

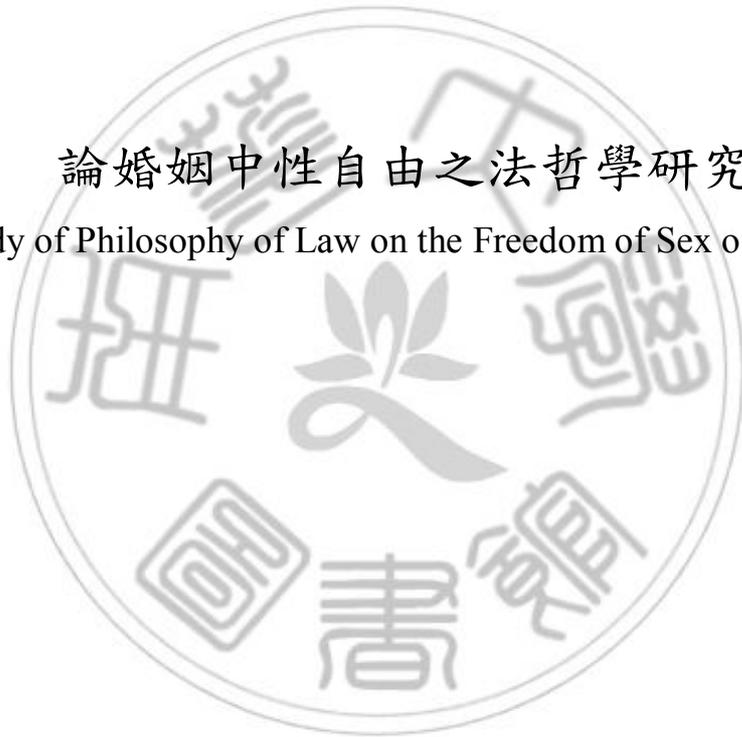
南 華 大 學

哲學與生命教育學所

碩士論文

論婚姻中性自由之法哲學研究

A Study of Philosophy of Law on the Freedom of Sex of Marriage



研 究 生：何振吉 撰

指 導 老 師：陳士誠 副教授

中華民國一百零二年六月二十日

致謝

感謝太太楊織雲，其背後默默支持，乃筆者前進的動力，其體諒、包容，讓筆者無後顧之憂，順利完成學業。感謝嘉義市政府警察局陳建民主任秘書的鼓勵，澎湖縣警察局戴能振督察長的指導，不論是課業或者處事的道理，都讓我受益良多。一千多個日子，在教室的學習情景，學術上的討論，趕作業及討論報告的革命情感，感謝眾位學長姐、同學、學弟妹的共同砥礪，有你們大家的陪伴，讓這三年的研究學習變得更加充實。最後，僅以此文獻給我最愛的家人及雙親。

摘要

本論文乃處理通姦罪之相關問題，其中有法理上的，文化上的，甚至宗教上的角度。但本國乃一法治國家，人民的一切行為，最重要的依據乃是法律，故法律對通姦之理解，乃整個討論之最關係處。而以刑法論處通姦，在各國均有其長遠之歷史，而現今人權高漲，人之身體上之權益，即性行為之自由，是否受一紙婚約所限制，不無討論之餘地。況且以法論法，《刑法》239條之通姦罪，是否有違本國《憲法》第23條之比例原則，其實不無疑問。而為了加強本論之論證，在討論中加入了各國法律對通姦行為之看法，在文化宗教方面，亦比較了哲學對此的不同看法。本文並列舉法院判決實證案例二則，對於通姦罪確定判決有罪、無罪結果作分析比較，以為婚外性行為除罪化的參考。最後本文研究認為用刑法來規範通婚外性行為，無助於維持婚姻與家庭，可予以從刑法上除罪化，使通姦行為回歸民事救濟途徑，作為損害賠償請求權乃至於裁判離婚之基礎。

關鍵字：通姦、法益保護原則、人權、除罪化、比例原則

Abstract

In this paper I would like to discuss the problems of adultery, the ways of discussion are from the viewpoint of theory of laws, of culture and of religion. Taiwan is a country ruled by laws, therefore the most important ground to judge our behavior is nothing but the laws and the understanding about adultery is the key point for my discussion. There is a long history in nations to punish the behavior of adultery by criminal laws, but today the situation is changed that the human right of body runs high – it causes the problem whether the right of body, that is, the freedom of sexual behavior, should be restricted by a contract of marriage. On the other hand the crime of adultery presented in the 239 of 《criminal laws》 may be against the 23 of 《Constitution》 which presents the principle of proportionality, that is the most serious difficulty for the 239 of 《criminal laws》. In order to make the argument of my paper clear, I try to show the viewpoints of different nations about the crime of adultery, of culture, philosophy and religion. The judgments from court are also important to justify what the problems are, according to this reason I give two examples, the one is for the guilty of adultery and the two against it. This examples can be compared each other in order to have more understandings about the possibility of decriminalization of adultery. Finally I hold the point that it is not useful to hold the marriage by the crime of adultery, and it is better to be free from the crime of adultery and to solve the problem of adultery by the way of civil code in order to find the foundation of the right to ask the reparation of damage and even the foundation to judge the divorce.

Keywords: Adultery, Principle of Protection of Law interest, Human Right, Decriminalization, Principle of Proportion

目錄

1. 緒論	1
1.1. 研究動機.....	1
1.2. 研究目的.....	1
1.3. 研究方法.....	1
2. 通姦罪一般性論述	4
2.1. 通姦罪的定義及處罰.....	4
2.2. 中國古代以嚴厲之處罰對付通姦行為.....	5
2.3. 清朝.....	6
2.4. 民初.....	7
2.5. 民國後之改進	8
3. 通姦罪除罪化.....	9
3.1. 除罪化的意義	9
3.2. 私人道德與公共秩序維護之區分—同性戀除罪化.....	9
3.3. 從法益保護原則看通姦罪之立法缺失.....	10
3.4. 海洋法系國家「美國」對通姦罪的規定	11
3.5. 大陸法系國家「德國」對通姦罪的規定	13
3.6. 亞洲地區國家「日本」、「韓國」對通姦罪的規定.....	15
3.7. 中國.....	20
4. 婚姻內性自由的倫理性	22
4.1. 倫理與道德的義涵.....	22
4.2. 法律與道德的關係.....	25
4.3. 通姦罪的倫理根基.....	31

5. 婚姻內性自由除罪化理論紛爭	34
5.1. 婚姻內性自由除罪化肯定說	34
5.2. 婚姻內性自由除罪化否定說	37
5.3. 婚姻內性自由除罪化折衷說	41
5.4. 從犯罪構成理論看婚姻內性自由的特點	42
5.5. 婚姻內性自由理論評價	45
6. 婚姻中性自主古今中外各學派的見解	51
6.1. 中國文化傳統—儒家	51
6.2. 外國學派—康德(Kant)的見解	51
6.3. 佛教	53
6.4. 基督教	55
6.5. 伊斯蘭教	60
6.6. 小結	63
7. 本國通姦罪案例解析	64
7.1. 個案研究及分析	64
7.2. 綜合檢討	70
8. 結論與建議	73
8.1. 結論	73
8.2. 建議事項	76
9. 參考文獻	79
9.1. 書籍	79
9.2. 期刊	81
9.3. 碩博士論文	83

1. 緒論

1.1. 研究動機

法律對人行為的規範，其中目的之一乃追求正義與公理之實現。通姦罪，刑法乃規定以告訴乃論的方式作為刑事訴訟程序的發動要件。但本罪是否應以刑法論處，人的見解不盡相同，有認為此乃私領域之部分，屬個人之間的情感問題，倘若以刑法論之，有干預人身自由之困難。由於此法有如此之困難，在法律之執行上，即遇到種種由此困難所引生的種種不理事項，而至此執法人員之行動，可能受到困擾。例如在告訴乃論之前提下，被告者常會在不就範的情況下被告上法庭，而通姦的另一方則被懷疑是否與告訴人有串謀，或懷疑告訴人藉此進行報復，並進而勒索金錢，以至被告會作激烈之反抗。此即本研究極待瞭解其真正本質之處。

1.2. 研究目的

如上所述，性行為其實乃屬私人感情之領域，不管是否已婚，行為本身，在現代文明國家之中乃屬行為人之自主權部分，若行為人被公認為成年人，有能力控制自己者，則他人乃不得依其它理由干擾。此理由無它，因為在文明社會中，最高的規範乃人之權利(Right)，在權利的行使中，以不傷害他人為前提下，自己本身之權利不得任意受到限制。然在刑法之規定下，行為人之性行為只限於婚姻內之配偶，而不許逾越，這本是以法律侵犯人之基本權利。本研究之希望瞭解通姦罪可否予以從刑法上除罪化，或有較合適之作法，加以研究俾作深度之析論。

1.3. 研究方法

本文所採用之研究方法，約略可區分為文獻探討、法理探討、比較分析法及社會價值思考。茲分別簡述如下：

i. 文獻探討

本文蒐集國內外，包括有關刑法學、通姦罪研究、刑事政策、倫理學、儒家思想之相關書籍及論文，加以研究，除了對於法哲學理論及概念，諸如除罪化等，予以說明外，並分析有關婚外性行為議題上各學派之理論及論述，以期能正確且符合時宜的探討通姦行為是否該除罪化。

ii. 法理探討

刑法具有痛苦性以及最後手段性，本文藉由刑法第239條通姦及相姦罪之制定，從刑法謙抑思想及罪責原則精神等法理，探討對於通姦等無被害人犯罪類型的行為，以刑罰對行為人及相對人作出制裁，是否有違反憲法第23條比例原則¹精神。

iii. 比較分析法

本文以海洋法系國家及大陸法系國家的立法與本國立法見解為範圍，並參酌最主要的宗教教義及中國傳統儒家思想，透過歷史之發展、各國立法之比較，宗教上、道德上的觀點，介紹贊成與反對兩方立場的論點來討論通姦行為是否應入罪或非罪化，尤其中華人民共和國與我們有同文、同種的歷史及文化，在人文背景相似下，其通姦行為應否處罰的討論，以及最終並未入法的結果都是值得我們參考。

¹ 比例原則的內涵包括：a. 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。B. 必要性原則；係指對賦予之刑罰乃最小之侵害，故又稱之為最小侵害原則。C. 相當性原則(狹義比例原則或禁止過度原則)；係指採取限制基本權的手段縱然合乎一的目的，且屬必要的最低侵害的手段，但仍不可與其欲達之目的顯失均衡。等3個子原則。

iv. 社會價值思考

當今社會已婚男女接觸、交往進而發生婚外性行為，比例偏高。本文藉由傳統中國儒家文化思想觀點，針對通姦行為做合理的價值判斷。尤其儒家所謂五倫中，夫婦居中，而為其他各倫之基礎，夫婦一倫成立於婚姻。婚姻正常與否，影響到宗族與社會秩序之穩定。雖然現今家庭乃至社會秩序之維護實較昔日為難。但是儒家所建立之倫理規範，乃具有相當價值，古典之智慧，仍值得提出討論，以建立新時代的婚姻倫理。

2. 通姦罪一般性論述

2.1. 通姦罪的定義及處罰

通過立法的手段處理婚外性行為的問題，至今仍是某些國家的主要選擇。在這些國家中，大多在刑法設置了通姦罪或類似通姦罪的罪名。而所謂通姦是與配偶以外之異性在合意之情形下發生生殖器官之接合，若在同性之間，僅能發生猥褻行為，不可以本罪處罰，至於與配偶和姦的第三人，則為相姦者²。而有配偶之人，係指已經依法結婚，其婚姻關係尚合法，有效存續中而言，而行為者之是男是女，不是本法之追問者。通姦罪中的有配偶的人和與其相姦的人都以正犯處罰。刑法通說認為通姦罪是必要的共犯以及對向犯。³而此法行之範圍，包括嫖妓時雙方當事人，也同樣成立通姦罪。各國的立法例對於通姦之處理，其方式可分為下列幾種：

i. 僅罰有夫之婦者

此種立法流行於尊重夫系宗族之社會，因有夫之婦與人通姦，易致血統混淆，足以亂宗，故視為嚴重犯行，至於有婦之男子縱或生活放蕩，如相姦者非有夫之婦，即無異姓亂宗之虞，故認無關宏旨。例如我國《中國暫行新刑律》第289條、民國17年《舊刑法》、日本1947年以前刑法第138條。

ii. 僅罰男性相姦者

此種立法亦常見於重視夫系宗族的社會。僅處罰男性相姦人的原因，在於只要男性相姦人誘騙有夫之婦，意圖跟她發生性關係，即使對方願意，甚至不管是否真的有發生性行為，處罰的時點便提前至「誘騙」行為完成時，以確保夫權不

² 最高法院 17 年 10 月 13 日決議參照。

³ 吳昌植：〈韓國刑法上的通姦罪考察〉，北京：清華大學法學院碩士論文，2004，頁 6。

受他人侵害。雖然，此一犯罪行為與前述通姦行為的樣態，不太一致，但是，不失通姦罪提前處罰的類型。如《新加坡刑法》第498節條文規定，任何人明知或有理由相信一名婦女是有夫之婦，而去誘騙她，意圖使她與任何人進行不正當性行為，即可被判處最長二年徒刑或罰款，或兩者兼施。

iii. 分設夫婦處罰條件

此種立法常見於重視夫系宗族之社會，通常對丈夫寬厚對妻嚴酷。如《義大利舊刑法》第559條規定之通姦者，指有夫之婦與人通姦，其處罰條件較寬；第560條處罰夫於家中或他處公然蓄妾者，其處罰條件較嚴。

iv. 平等處罰者

即配偶任何一方與人通姦，相姦同等處罰。現代各國基於男女平等原則，對通姦行為，多傾向平等處罰。認為通姦之可罰性，在於違反配偶之婚姻與家庭義務，故無論發生於夫妻之任一方均應加以處罰。如我國刑法第239條。

v. 不處罰者

英國之普通法，自始便不處罰通姦罪，僅作為宗教法制裁之對象。而英格蘭與威爾斯基於宗教法庭在1730年代晚期即不再有通姦罪起訴的案件為由，於1857年廢除此一宗教法律，從此即不認通姦行為有其可罰性。⁴

2.2. 中國古代以嚴厲之處罰對付通姦行為

由於我國重禮教，對妨害風俗之犯罪，範圍甚廣，凡非夫妻關係男女之間性交均稱為「姦非罪」，處罰姦非行為，所要保護的是正當的生殖器接合行為，也

⁴ 劉安桓：〈論通姦罪存在法理基礎〉，台北：國立台北大學法學研究所，2004，頁6-8。

就是性道德所容許下婚姻關係內的性行為。當婦女未結婚與男子姦淫者，稱為「無夫姦」；男子未使用強制力與女子姦淫者稱為「和姦」⁵。唐代以前之法典，亡遺失傳，無法得知其內容，況且秦漢以降至唐代之沿革，除於其篇目體例有所損益改廢外，其內容實未見有多大修正，此可以從非法律之文書史籍，如《戰國策》、《史記》等尋得「姦非罪」之蛛絲馬跡⁶。而最早的姦罪條文及懲處的記載可上溯到先秦，《尚書·呂刑》：「宮辟疑赦，其罰六百錫，閱實其罪。注：宮，淫刑也，男子割勢，女子幽閉，次死之刑」⁷。先秦時期的宮刑，就是姦淫罪的刑罰。注文提到男子要割其勢，女子要幽閉，這都是毀人性器官之刑罰，極為殘酷。中國上古之刑罰距現代已遠，現以近代前之有清一代之刑罰為例，作為說明。

2.3. 清朝

《明律》有云：凡和姦者，杖八十，有夫杖九十，刁姦杖一百，其和姦刁姦者男女同罪。

《清律》編目全同《明律》，內容亦多承襲《明律》。關於清代刑事法律，可謂自唐律以來，一脈相承，雖其刑名與刑罰有所變更，但罪名大致可溯及其淵源。《大清律例》，係於律中附以條例，故名律例。分名律例、史律、戶律、禮律、兵律、刑律、工律7篇，30門，律文436條。姦淫罪在大清律例中是規定在刑律犯姦門⁸。律謂“凡妻妾與人通姦，而(本夫)於姦所親獲姦夫、姦婦登時殺死者，勿論。若止殺死姦夫者，姦婦依(和姦)律斷罪，入官為奴。⁹凡和姦，杖八十

⁵ 許福生：〈強姦罪立法沿革之探討〉，刊於台北：《警學叢刊》，第24卷，第2期，2007，頁202。

⁶ 黃秉心：《中國刑法史》，台北：育光書局，1996，頁415。

⁷ (漢)孔安國：《十三經注疏·尚書正義(整理本)》第4冊，台北：台灣古籍出版社，2001，頁642。

⁸ 張嘉育：〈妨害性自主罪之解構與重建〉，台北：中國文化大學法律學研究所，2010，頁7-8。

⁹ 沈之奇：《大清律輯注(卷19)》，《刑律·人命》，懷效鋒、李俊點校，北京：法律出版社，1999，頁633。

，有夫者，杖九十，刁姦者(有夫無夫)，杖一百”。婦女淫佚亦列為七出條件之一。

2.4. 民初

中華民國建立後，法制並未立即從新制定，南京臨時政府於民國元(1912)年3月10日明令宣示：「現行民國法律未經議定頒布，所有從前施行之法律及新刑律，除與民國國體相牴觸各條，應失效力外，餘均暫行援用，以資遵守。」也就是臨時政府所頒布的《暫行新刑律》。在本法律第23章〈姦非及重婚罪〉對通姦者的懲罰如下：

第二八九條和姦有夫之婦者，處4等以下有期徒刑或拘役；其相姦者亦同。
第二九〇條本宗總麻以上親屬相和姦者，處2等至4等有期徒刑。
第二九四條、第二八九條之罪須告訴乃論。但本夫事前縱容或事後得利而和解者其告訴為無效。

本條例僅處罰有夫之婦與人通姦者，即僅處罰「有夫姦」，相姦人亦是通姦罪所規範的對象，該規定不分貴賤均適用之。通姦罪為告訴乃論，本夫事前縱容妻子與人通姦或事後達成和解者不得告訴。至於妾或無夫女子的「無夫姦」，則不在處罰的範圍內，顯不按中國禮教處罰純然私通野合之行為，將此部分轉入家庭教育、學校教育、輿論制裁等方式防止之，而非以刑罰矯正道德行為，已有區分道德和法律領域之概念。¹⁰本法於民國8(1919)年經過多次修訂完成「暫行新刑律改定刑法第二次修正案」。¹¹有關〈姦非重婚罪章〉部分，改名為〈妨害風化罪章與妨害婚姻罪章〉。最主要修正為：

- i. 20歲以上之女子非本章之行為主體。

¹⁰ 林君如：〈通姦罪判決之實證研究〉，台北：台灣大學國家發展研究所，2011，頁15。

¹¹ 黃源盛：《法律繼受與近代中國法》，台北：元照出版公司，2007，頁31。

ii. 對通姦罪之告訴權人設有告訴限制。

所以「暫行新刑律改定刑法第二次修正案」似乎藉由罪章之名稱，宣示通姦罪之立法目的與防止善良風俗被破壞有關，又觸犯通姦罪同時可宣告褫奪公權之從刑，當時的通姦罪立法顯然是侵害社會法益之罪，明確表示出通姦行為不只會破壞婚姻制度，更會妨害社會善良風俗。除此之外，兩次修正案就通姦罪規定僅有條號的變動，其他內容並無差異，均有處罰「無夫姦」¹²之行為。

2.5. 民國後之改進

現行《中華民國刑法》許多立法政策及建立之內容多仿效他國法律之規定而形成。因此，乃與本國先前的法律有所差異。然而，將通姦罪納入刑事制裁範疇內，用以「正倫常、清道德並善風俗」之舊制初衷，並未因西方思想東進有何動搖¹³。民國16(1927)年4月國民政府定都南京，於民國17(1928)年3月頒布的《中華民國刑法》(簡稱舊刑法)，系沿襲刑法第二次修正案條文體例，但刪除「無夫姦」之處罰規定，讓無夫之婦，在非婚姻中的性行為因此而除罪化。民國24(1935)年1月1日國民政府頒布新的《中華民國刑法》(簡稱新刑法)有關通姦罪，依該法第239條規定，將文字修正為：「有配偶而與人通姦者」。其與舊刑法256條：「有夫之婦與人通姦者。」僅對與人通姦之有夫之婦進行處罰，對有婦之夫與人通姦者不加處罰之規定，力行男女平等處罰主義，不再只以婦女為通姦罪的主體，而以中性條文規定男、女通姦者，一律處罰。另外配偶的告訴權訂於刑事訴訟法，刑法僅規定告訴權之限制，並增列配偶事後宥恕亦不得再提出告訴之限制。¹⁴

¹² 〈通姦罪判決之實證研究〉，頁19。

¹³ 〈妨害性自主罪之解構與重建〉，頁5。

¹⁴ 〈通姦罪判決之實證研究〉，頁21。

3. 通姦罪除罪化

二十世紀中葉以來，歐美各國與日本相繼的將通姦除罪化，除了民族道德觀念不再賦予婚外性行為強烈的道德責任外，從刑法理論視之，除罪化代表者婚外性行為不再具有刑法非難的必要，亦即屬於不具有應罰性的行為。¹⁵本文在此臚列海洋法系國家美國及大陸法系國家德國與亞洲地區韓國、日本及中國大陸之立法法例作比較法學的討論，從他國立法方向與除罪化情形進行觀察並加以歸納，希冀從此中得出未來對通姦罪除罪化的參酌方向。

3.1. 除罪化的意義

由於近代社會的變動激烈，人民生活意識、行動方式、價值觀念等也都產生很大變化，因而許多過去被視為犯罪的不法行為，在現社會看起來，早已經不視為犯罪更不適以刑法處罰。相反的有些直到今日仍然不是刑罰限制對象的行為，卻被普遍要求成為刑事法限制的現象，這就是犯罪化。

而所謂的除罪化是指其行為雖屬不法行為，但若用刑罰以外的法律效果更能收效，所以將此等行為排除於犯罪範圍之外與此相似的概念有所謂的「非刑罰化」。嚴格的說，此兩者的概念有所不同，可就廣義的說，除罪化乃是從刑法中排除，不以國家之資源加以限制，也即是國家不代表告訴者進行訴訟，而此種行為也就是國家並不以訴訟人身份加以告訴，至於其是否傷害他人之權益，或其是非對錯，則由他人以私法告訴，或以個人的道德觀念來加以判斷。

3.2. 私人道德與公共秩序維護之區分—同性戀除罪化

同性戀除罪化第一次提出是1957年，以“尚訴檢察長案”為背景，英國同性戀及賣淫委員會主席沃爾芬登出版 *The Report of the Departmental Committee*

¹⁵ 柯勝義：〈從法史學觀點論我國刑法上之通姦罪〉，台北：國防管理學院法律學系碩士論文，1993，頁159。

on Homosexual Offences and Prostitution (簡稱為 Wolfenden report)。此報告在評論了同性戀和娼妓的有關法律之後，提出建議，主張同性戀乃當事人在相互同意狀態下，所發生的私人的性行為，不應該科處刑罰。法律的目的即使是維持公共秩序，保護個人免受非法侵害。而同性戀與娼妓等，乃屬於私人道德問題，不應由法律所處理的效力所及範圍。由於該委員會報告建議，英國遂廢除了對 20 歲以上成年人同性戀的刑罰規定。¹⁶

3.3. 從法益保護原則看通姦罪之立法缺失

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害。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，即無刑法可言；亦即無法益受到侵害或危險，則無施以刑罰處罰之必要。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，依其順序，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」。所以法益之功能，在刑法上主要有二：

- i. 決定刑罰必要性。
- ii. 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並具有相當性。有「入刑化」之必要時，始得賦予該刑種；具有相當性時，始得為該刑度之訂定。即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。¹⁷這樣也可以導出一基本刑事立法原則

¹⁶ 李偉：〈刑法之除罪化思想探討〉，北京：中國政法大學碩士學位論文，2004，頁 3。

¹⁷ 鄭錦鳳：〈論通姦罪除罪化-兼評大法官釋字第 554 號解釋〉，刊於台北：《軍法專刊》第 55 卷，第 5 期，2009，10，頁 15。

，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。¹⁸

《中華民國刑法》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，而其構成要件如果以生命、身體、自由、名譽、財產法益等，五種個人法益檢視，充其量可檢討其對名譽是否侵害或危險而已。¹⁹

某些違反社會公約及道德的行為，固然應加以非難，但是其行為倘若可以運用相關法律，或是行政法規處罰，就可達到社會的期待，並實現公平正義，就非必要以刑法來科刑。所以夫妻一方，發生婚外性行為，對另一方配偶是否造成名譽損害，或有受損之情形，依刑法理性原則，該名譽損害，應依客觀理性評價判斷，而非單純當事人之感受。易言之，依據理性之第三人處此情境，在客觀上亦有損名譽之感覺時，始可謂之。倘若國家利用公權力強行介入夫妻間「私領域」的行為，對違反婚姻忠誠之一方施以刑事制裁，乃有不合比例原則者，因為婚姻中的性行為本屬個人私領域，其傷害也只是配偶之感情，而非身體，而國家則以告訴之主體，強行以刑法介入，是以國家保護人民之行徑，有失比例原則，傷害到人民之權益。

3.4. 海洋法系國家「美國」對通姦罪的規定

海洋法(或習慣法)制度(common law system)源自英格蘭法律，盛行於大不列顛、美國四十九州(路易斯安納州除外)及其他受英國影響之國家，習慣法制度之代表國為英國與美國，亦稱英美法。²⁰相較於大陸法系之刑法，英美法系刑法其諸多特色係大陸法系所無，本文茲以美國之刑法中對於通姦罪除罪化的相關規定作為探討：

¹⁸ 黃仲夫：《刑法精義》，台北：元照出版社，2006，頁17。

¹⁹ 台灣基隆地方法院93年度基簡字第721號判決參照。

²⁰ 〈妨害性自主罪之解構與重建〉，頁31。

3.4.1. 美國通姦罪緣起

美國是一個以清教立國，在傳統中對性比較保守的國家，直到上世紀五、六十年代前，美國各州政府還對公開裸露行為往往冠以“有傷風化”的罪名。美國早期社會的法律對通姦懲罰也比較嚴厲，輕則逐出本地，重則裸體示眾，還有許多地方要烙上火印，乃至私刑處死。²¹ 1910年《美國聯邦刑法典》第156條規定：

任何人犯通姦者，處三年以下徒刑，已婚婦女與未婚男子相姦者，男女雙方均構成通姦罪；已婚男子與未婚女子相姦者，男子犯通姦罪。

即使到了上個世紀的後期，通姦為罪的傳統仍然在美國獲得了一定程度的保留，據1983年的統計，有10個州在刑事法律中規定了通姦罪、私姦罪和非法同居罪。有8個州的法律只禁止通姦，而不禁止私姦和非法同居；有3個州只有通姦罪和非法同居，有2個州只規定私姦罪，只有2個州既沒有通姦罪也沒有私姦罪和非法同居罪。²²

3.4.2. 美國通姦罪除罪化情形

美國在過去二十年間，實體法歷經了廣泛修訂與法典化之變動，而現在雖然美國聯邦政府與其各地方州政府皆有個自的刑法典，但三分之二的刑法典皆會以美國法律學會(American Law Institute)所編制之模範刑法典(Model Penal Code)為藍本，做程度不同之修正。近代美國曾發生過兩次關於通姦罪的修法風潮，一次在1930年代，另一次在1970年代。此等改革之建議乃基於慰藉(heart

²¹ 宋海山：〈性犯罪的社會倫理研究〉，重慶：西南政法大學碩士學位論文，2004，頁32。轉引潘緩銘：《性的社會史》，刊於鄭州：河南人民出版社，1998，頁392。

²² 李擁軍：〈寬容與不容，現代社會法對性調整的特點趨勢-以性權利為視角的考察〉，刊於昆明：《法制與社會》，第6期，2006，頁145。

balm)的侵權行為理論來請求損害賠償。²³

傳統實務見解基於慰藉(heart balm)的侵權行為理論，認為背叛婚姻承諾要對配偶為賠償責任。此理論可再分為兩種侵權行為基礎。²⁴在成人同意的立法精神下(Consenting Adult Bill)，對於兩個已成年的男女，在雙方同意下，所發生的接觸關係，所進行的親密行為，沒有所謂的誘騙或誘拐。基本上視為隱私範圍，實務上，法院不願再予理會。

美國法律學會並於1962年所提模範刑法草案認為：刑法不應介入私人的道德領域，所以建議應將通姦罪除罪化。ALI並指出：將通姦除罪化的理由是簡單的，因為通姦行為只被認為是不道德的行為而已。並且它是屬於無被害人犯罪，所以在刑法學中，通姦行為不能被認為是犯罪。基於相同的原因印第安那州亦於1976年將通姦罪自刑法中刪除。²⁵

普遍法之美國對通姦除罪化之理由，主要係私領域與公領域之區分；在大陸法之國家如德國，並非只作如是之考慮，而是以通姦罪的希有性為主，見下文。

3.5. 大陸法系國家「德國」對通姦罪的規定

大陸法(或成文法)制度(civil law system. Or the continental code)源自於羅馬王朝，之羅馬法，採行於歐洲大陸、拉丁美洲、蘇格蘭。大陸法主要法源為制定法²⁶。本文茲以德國之刑法中對於通姦罪除罪化的相關規定作為探討：

德國1969年之前，《德國刑法》仍有通姦罪的處罰。《德國舊刑法》第172條規定：由於通姦而引起離婚者，有罪責配偶之一方及其共同責任人，處

²³ 蕭仲廷：〈從「法治國刑法」觀點探討婚外性行為之法律責任〉，台中：東海大學法律學系碩士論文，2004，頁149。

²⁴ a.離間夫妻感情(alienation of affections)系指：當某人故意去離間其他配偶的情感，則他必須為該侵害配偶身分法益行為負責。

b.婚外性行為(criminal conversation)系指：當某人與其他有配偶之人發生肉體關係時，則他必須為該侵害配偶身分法益行為負責。

²⁵ 〈從「法治國刑法」觀點探討婚外性行為之法律責任〉，頁157。

²⁶ 〈妨害性自主罪之解構與重建〉，頁31。

六月以下懲役。刑事訴追，非經告訴不得開始。²⁷

3.5.1. 德國舊刑法通姦罪立法之理由

德國聯邦參議院 1962 年提出的刑法草案及理由中說明通姦罪的立法理由：

- i. 通姦罪具有維護善良風俗，以及宣示國家視婚姻為社會共同生活重要基礎之作用，若廢除通姦罪讓民眾誤解，國家不再像以前一樣重視婚姻制度。
- ii. 通姦罪的廢除會抵觸《西德基本法》第 6 條規定：婚姻及家庭應受國家制度的特別保護。

依上開立法理由可知，德國參議院的草案把離婚列為通姦罪成立的理由，是以通姦罪的追訴不能對婚姻有什麼保護作用，在大部分的情況下，只有毀滅婚姻的作用，因為對通姦的配偶或第三人處以刑罰，通常只會促使通姦之配偶決意離婚。所以德國當初廢除通姦罪的規定，是在認知通姦罪無法維繫婚姻制度的基礎，以及維護善良風俗並宣示國家重視婚姻制度形成的無為立法目的。

3.5.2. 德國新刑法廢除通姦罪立法之理由

在 1969 年聯邦議會第五任期刑法修正特別委員會第一次書面報當中說明：廢除通姦罪規定的理由有三：i. 基於稀少有罪案件數量；ii. 異常輕微的刑罰；iii. 貧乏的規範意義等理由而認為刑事政策上沒有規定通姦罪的必要。²⁸

²⁷ 徐昌錦：《通姦除罪化-案例研究與實證分析》，台北：五南圖書出版公司，2006，頁 160。

²⁸ 〈從法治國刑法觀點探討婚外性行為之法律責任〉，頁 125。轉引黃榮堅：〈論通姦罪的除罪化〉，刊於台北：《刑罰的極限》，元照出版社，1999，頁 3-17。自 1958 年，德國每年有罪的通姦罪案件約 100 到 200 件，若以 1966 年為例，該年 136 件有罪的通姦罪判決中，有 117 件是諭知罰金，其餘都是宣告自由刑的判決，並大多同時宣告緩刑。在此情況下，刑法修正委員會認為，通姦罪的規定是危險的，因為該罪是告訴乃論的犯罪，其告訴通常是出於「卑劣的動機」，告訴人藉此進行報復，並進而勒索金錢，該規定對於婚姻制度的維繫沒有任何幫助。所以刑法修正特別委員會在 1962 年刑法大委員會對於維持通姦罪規定的論點再做思考，認為，通姦罪的廢除並不致於誤導國民以為國家不再重視婚姻，此從其他國家的實證經驗，例如：挪威、丹麥、瑞典、芬蘭及英格蘭等國家可以佐證，該罪的除並不影響國民對於婚姻意義的認

3.5.3. 德國和我國刑法通姦罪之比較

德國舊刑法的通姦罪與我國刑法第 239 條通姦罪訂定最大不同是，德國刑法的犯罪構要件是以通姦行為導致離婚為前提；我國刑法則是單純以有配偶之人與人通姦為要件，也就是說我國即使是在婚姻關係仍然存續的狀態下，仍可提起通姦罪的告訴，讓通姦的配偶或相姦之人負擔刑事責任。但德國舊刑法的規定，夫妻必須因通姦而離婚，告訴人才能提起告訴。德國通姦罪立法顯然已考量到婚姻關係的維繫，必須建立在夫妻互信的基礎上，在婚姻關係存續下提起告訴，只會使得搖搖欲墜的婚姻關係更為惡化，所以才特別訂定，以因通姦行為導致離婚為犯罪構成要件。

3.6. 亞洲地區國家「日本」、「韓國」對通姦罪的規定

亞洲地區的「日本」、「韓國」深受中國文化的薰陶，在傳統禮教道德觀念深受儒家思想之影響，國民基本之道德觀念亦源自儒家思想，立基於禮教道德觀念深植之社會。²⁹雖然韓國目前尚有通姦罪規定，但在 2008 年女星玉素利因通姦罪被起訴判刑後，韓國法務部也研議廢除通姦罪。³⁰反觀日本卻放棄傳統觀念，將法律與道德適切分離，進而廢除通姦罪，其立法歷程頗值得深思。

3.6.1. 日本

3.6.1.1. 二次大戰後制定新憲法後除罪化緣由

第二次世界大戰後日本制定新憲法，當中第 14 條規定：法律之下人人平等。憲法第 24 條規定：婚姻，應係基於兩性之合意而成立，並以夫婦享有同等權

知。

²⁹ 《通姦除罪化-案例研究與實證分析》，頁 164。

³⁰ 韓國知名女星玉素利 2006 年 5 月底至同年 7 月初發生婚外性行為 3 次，經其丈夫朴哲提告，2008 年被判刑 8 月，緩刑 2 年。

利為基本，而相互協力維持之。關於配偶之選擇、財產權、繼承、住居之選定、離婚及其住關於婚姻及家族之事項，法律應以各人之尊嚴，與兩性之平等為基礎，而制定之。

日本當時在民智漸開之情況下，刑法只處罰有夫之婦之通姦罪，更顯得與社會觀念扞格不入，加上新憲法特別強調男女平等觀念，修正通姦罪乃成了急切而無可避免的課題，但問題是究竟採取平等的夫婦均處罰，或夫婦均不處罰，便產生極大的爭議。學者之間的論戰也因此而起。也發展出二派主張。採處罰主義的學者認為：通姦行為侵害配偶權，破壞夫妻間誠實義務，且會擾亂家庭生活，影響親人安定的生活，而且通姦行為紊亂道德的純潔，造成血統紊亂，侵害家庭制度，且基於男女平等，對於有婦之夫通姦行為亦一併處罰。

而採不處罰主義的學者認為：婚姻與其他契約相同，都是民法上一種契約行為，乃夫妻雙方基於永久共同生活所為的意思表示。因此，夫妻一方破壞婚姻行為與其他違反契約的行為相同，不外解除婚姻契約與損害賠償。夫妻一方與他人通姦，破壞婚姻生活，本質上是一種違反契約的行為，其所負擔的僅是民事責任而已，所以不如將通姦罪除罪化，而完全委由民事法規範之。

其後在法制審議會時，雙方見解勢均力敵不相上下，表決結果，主張廢除通姦罪處罰之意見以少數差額獲得通過。是以，基於適應戰後憲法精神，刪除了與憲法男女平等精神違反的只處罰有夫之婦通姦之刑法規定。³¹

3.6.1.2. 通姦罪除罪化後的做法

日本廢止刑法的通姦罪時，加強通姦配偶的民事責任，替代刑罰的科處。《日本民法典》第751條規定：由於婚姻關係，夫妻有同居、互相幫助和扶助的義務。這裏的義務，一般認為是以貞操義務³²為前提的，配偶任何一方通姦，

³¹ 《通姦除罪化-案例研究與實證分析》，頁 159。轉引柯勝義：〈從法學觀點論我國刑法上之通姦罪〉，台北：國防管理學院法律學系碩士論文，1993，頁 166-168。

³² 羅麗：〈日本關於第三者插足引起家庭破裂的損害賠償的理論與實踐〉，刊於武漢：《法學評論》，1997年，3月，頁3。

均得被作為離婚的理由而予以考慮，另外，日本判例明確地表明肯定受害配偶者向第三者提出的損害賠償請求。但是也有學者認為；法律上加強通姦者的民事責任，無疑是增加其個人的經濟負擔，對於因通姦而引起社會問題者，是另一種方式的處罰。但是日本廢止通姦罪迄今也未曾聽聞該國的社會秩序，因為婚外性行為氾濫而受到影響。因此以民事制裁即可解決通姦問題時，實無須再強加刑事制裁，如此，才符合刑法謙抑思想要求。³³

3.6.2. 反抗除罪化之例子 – 韓國

韓國在古朝鮮時代已有法律處罰通姦行為，尤其對女性處罰更為嚴厲。這樣的傳統一直持續到三國時代和統一新羅時代。在高麗時代以《唐律》為基礎，發展了獨自的法律根據。除了固有的經國大典外，中國的《大明律》是朝鮮時代的基本法，普遍適用於刑事案件。但是，由於當時固有法裏，實體法規定不足，直到朝鮮建國到光武9(1905)年頒布《刑法大全》為止，五百多年《大明律》以刑法上的普通法的身分，一直適於一般刑事法領域。³⁴朝鮮末年甲午更張期有大規模近代性的立法活動，雖然1905年的《刑法大全》具有形式上的近代性，但其內容，只不過是《大明律》和《大典會通》的翻譯而已。因此，這時期的通姦罪和朝鮮時期的通姦罪本質上沒有差別。隆熙2(1908)年，幾位日本刑法學者修訂了《刑法大全》的通姦罪內容，此後，刑法上的通姦罪規定只處罰相姦的婦女。這樣只處罰相姦婦女的不平等主義，一直持續到了日本殖民統治時代結束。1945年解放之後，依據1945年11月2日美軍政法令第211號和1948年制憲憲法第100條規定的過渡期措施，其效力仍然存在。在1953年10月生效的韓國刑法之前，雖然在韓國刑事令下被適用的《日本刑法》裏的通姦罪規定隱含著違反憲法，存在男女平等的問題，然而殖民地時代的《

³³ 柯勝義：〈從法學觀點論我國刑法上之通姦罪〉，台北：國防管理學院法律學系碩士論文，1993，221頁。

³⁴ 〈韓國刑法上的通姦罪考察〉，頁9。轉引朴秉濠：《韓國法制史考》，首爾：法文社出版社，1974，頁415-418。

日本刑法》仍然保持者既有的法律效力。³⁵

《韓國刑法》各則第二篇第四章“社會道德的罪”第 2 4 1 條有如下的通姦罪規定：

有配偶者，通姦時處二年以下的有期徒刑，與其相姦者也同樣受處罰。前項罪需有配偶者的告訴才處理。但配偶者慫恿或者宥恕通姦行為的，不能告訴。³⁶本罪的告訴，在普通犯人後經過 6 個月，不能被提起。(刑事訴法第 230 條第 1 款)，而且事先如果沒有取消婚姻或者提起離婚訴訟時，也不能告訴。當再度與原來的有責配偶結婚或撤回離婚訴訟時，看作取消告訴(刑事訴訟法第 299 條)。

因此，通姦罪是以婚姻關係的中斷或者離婚訴訟的繼續為有效條件的。³⁷韓國刑法上的通姦罪規定，是為了廢止舊時代的蓄妾制度和確立一夫一妻主義的婚姻制度而產生的保護女性的規定。³⁸

1952 年 5 月刑事法修改特別審議委員會全體會議確定了共 405 條的刑法修訂案。關於通姦罪法務部門把第 325 條通姦罪由二年以下有期徒刑降為一年以下有期行刑，並附加了罰金刑的選擇。具體內容如下：

有配偶者通姦的，處一年以下有期徒刑或者五〇〇萬圓以下罰金相姦者也處罰。有配偶者的告訴才提起公訴。但配偶者慫恿或者宥恕的，不能告訴。

不過，上述的法務部刑法修正案在上呈國會時，由於遇到很多議員的反對和女性團體的反對，所以沒有實行。

韓國法制編纂委員會於 1948 年基於男女平等原則，經過四次討論，全部通過將只處罰相姦婦女的舊規定改變為男女皆罰綱要：通姦罪以男女平等的理念為基準，對相姦婦和相姦夫按同一條件來處罰，但定為親告罪。³⁹當法制編纂委

³⁵ 〈韓國刑法上的通姦罪考察〉，頁 10。

³⁶ 〈韓國刑法上的通姦罪考察〉，頁 5。

³⁷ 〈韓國刑法上的通姦罪考察〉，頁 7。

³⁸ 〈韓國刑法上的通姦罪考察〉，頁 16。

³⁹ 〈韓國刑法上的通姦罪考察〉，頁 10。轉引朝鮮法制編纂委員會編，《刑法起草綱要》，第

員會編纂刑法草案時，曾決定廢除通姦罪。但是政府部門在對此進行全面討論時，得出政府必須考慮偌大國民情緒結論。因為幾位法制編纂委員會員決定不了如此重大的問題，所以政府把法制編纂委員會編纂刑法草案提交國會，並先審議早已定下來的通姦條文。然後，在1951年4月制訂出如下政府草案並通過法制處提交給國會：第二五七條：有配偶者，通姦時處二年以下有期徒刑，與其相姦者也同樣處罰。

由於採用日本舊刑法中處罰有夫之婦和相姦者的不平等主義，解放後，憲法制定平等條文時，人們對舊刑法上的不平等主義是否違憲，紛紛討論起來了，下面是憲法裁判所就通姦罪的違憲問題作出四個重要判決：

- i. 1990年9月刑法第241條(通姦罪)違憲與否的審判決定要點：為了維持善良的性道德、一夫一妻主義、婚姻制度、為了保障家庭生活而守護夫婦之間的性誠實義務，為了事前預防通姦行為以避免起社會惡害，規制和處罰通姦行為是有必要的，它既不侵害自主權、決定權的本質內容，又不侵害人性尊嚴價值和幸福追求權，所以，通姦罪與憲法第36條第1款⁴⁰的規定並未抵觸。並且通姦罪的規定採取男女平等處罰主義，它與法律之前人人平等的原則亦不抵觸。
- ii. 憲法裁判所1993年3月就刑法第241條(通姦罪)違憲審判決定要點：1990年9月憲法裁判所就刑法第241條通姦罪的違憲與否問題，已做出合憲判決，現在還不存在變更判決的事由，因此，維持原來的決定而引用當時的判決理由，本審判維持原來決定。
- iii. 續1990年9月的合憲判決和1993年3月的合憲判決後，憲法裁判所於2001年10月就刑法第241條通姦罪的違憲與否問題，以8：1的比率作出第3次合憲判決。雖然該裁判所判決通姦罪規定不違背憲法第37條第2款⁴¹、憲法第11條第1款⁴²、憲法第36條第1款而符合在最小範圍內性自己決

3輯，第7號，1948，頁46。

⁴⁰ 《韓國憲法》，第36條第1款：婚姻和家庭生活以個人的尊嚴以及兩性的平等為基礎，成立而維持。

⁴¹ 《韓國憲法》，第37條第2款：國民的一切自由和權利，只有在需要保障國家安全、維持秩

定權的限制。但該裁判所也指出：世界正處於廢止屬於個人倫理問題的通姦罪的趨勢；法對於私人生活的性問題介入是不妥當的，經常被惡用於脅迫及獲得撫慰金的手段等事實，並勸告立法部門，需誠懇地考慮廢止通姦罪。⁴³

iv. 韓國女星素利玉 2006 年因通姦罪被檢察部門起訴立案，素利玉事後提請憲法法院對通姦罪進行違憲審判，2008 年 10 月憲法院 9 名大法官投票結果 4 票認為不違憲，5 票認為違憲，認為沒有滿足可以做出違憲決定的票數(6 票)。做出通姦罪符合憲法的決定。⁴⁴這已經是韓國憲法法院第 4 次裁決通姦罪符合憲法精神。

3.7. 中國

3.7.1. 通姦罪在中國的立法情況

在中國大陸，除與軍人配偶通姦外，並無刑事處罰的規定⁴⁵。在立法時期《中華人民共和國刑法》對於通姦罪之存廢，也是有很大的爭論，肯定說的理由：

- i. 通姦行為影響家庭和睦，並容易發生姦殺、墮胎、溺嬰等後果，危害很大。
- ii. 將通姦罪規定為親告罪，處罰不至於過寬。
- iii. 司法機關對於引發其他重大案件的通姦行為，實際上也需要加以審理，為求立法一致，故須將一定條件的通姦行為入罪。

否定說的理由：

- i. 通姦是道德問題，應該靠教育或社會輿論加以解決，靠刑罰解決不了。
- ii. 通姦事件相當普遍，如果將其列為犯罪，僅會造成司法機關的負擔，但效果

序及維護公共福利的情況下，由法律進行限制。

⁴² 《韓國憲法》，第 11 條第 1 款：全體國民在法律上一律平等，任何人不因其性別、宗教信仰或社會位的差異，而在政治、經濟、社會和文化生活等一切領域內，受不同待遇。

⁴³ 〈韓國刑法上的通姦罪考察〉，頁 31。

⁴⁴ 法院解釋裁定理由書內容：通姦罪危害社會秩序的社會意識仍然有效。不能看作侵害了個人性生活的自我決定權和私生活的秘密及自由。並表示：通姦法並沒有違反人的性自主權和隱私權，針對違反這條法律者的現有刑罰是恰當的。

⁴⁵ 〈婚外性行為之法律研究〉，頁 223。

如何？值得懷疑。

iii. 世界各國刑法多採不罰論，若刑法規定通姦罪，與國際潮流不符。

iv. 對於因通姦而造成虐待、遺棄甚至傷人殺人等後果，可依照相關規定處罰，無庸再規定通姦罪。⁴⁶

雖然通姦罪在《中華人民共和國刑法》中沒有規定但在1950年7月制定的《中華人民共和國刑法大綱草案》第156條曾明確的規定通姦罪。因為在立法時期也是有很大的爭論所以中國大陸對於婚姻外性行為，係採「通姦除罪化」的立法例，在刑事上並無處罰的規定，僅在與軍人之配偶通姦的情況下，始有刑事處罰的規定。故中國大陸對於有配偶而與人通姦的行為，原則上並不加以處罰。⁴⁷

3.7.2. 中國沒有除罪化之問題

中國的法律系統不同於英美海洋法系國家的法律體系，也不屬於大陸法系國家的犯罪體系，雖然大陸法系國家的法律中占有重要位置的各種原則，在中國刑法典中也被規定並受到人們的重視，但中國刑法的犯罪理論體系不同於大陸法系的犯罪體系由構成要件該當性，違法性，責任性的三階段模式組成，而是在舊蘇聯刑法學的影響下，由客體，客觀方面，主體，主觀方面的四個階段組成。但是在道家、儒家思想的發源地中國當然處罰倫理要素比較強的通姦罪，正好相反，中國政府採取通姦罪不處罰主義，是與世界法律趨勢接軌的。⁴⁸

⁴⁶ 〈通姦罪決之實證研究〉，頁29，轉引陳毓雯：〈通姦罪除罪化之討論〉，刊於台北：《刑事法雜誌》，第37卷，第6期，1993，12，頁60-64。

⁴⁷ 〈婚外性行為法律問題之研究〉，頁245。

⁴⁸ 〈韓國刑法上的通姦罪考察〉，頁1。

4. 婚姻內性自由的倫理性

由以上討論可知，在注重人權之國家如美國，通姦除罪化之最重要理由是私領域之道德與公領域之人權法理，有極大差距，而不宜用公領域之刑法以國家之名義，對私領域之作為人身行為自由之性自主，進行告訴。然而所謂倫理領域之內涵為何，乃須進一步討論者。

4.1. 倫理與道德的義涵

倫理道德問題和我們日常生活密切相關，儘管一般人常常將它當成迂腐的教條。認為談論倫理道德是傳統、保守的象徵，但是幾乎每一個人在生活中都無法避免某些倫理道德的論述。「我們應該過什麼樣的生活？」這個問題是希臘哲學家蘇格拉底(Socrates)最關心的問題。⁴⁹也是倫理與道德核心的問題。

4.1.1. 倫理的中西涵義

倫理這個概念，通常看到的解釋就是人倫之理，即人與人相處關係應有的道理。東漢許慎在其《說文解字》中，對倫理的解釋分別為：“倫”從人，輩也，明道也；理，從玉也。“倫”的意思，指人際關係顯示出符合一定的規矩、準則，而且代代相傳。“理”的原意，指依照玉本身的紋路來雕琢玉器，使得玉器成型有用，後來引申為治理、協調社會生活和人際關係。⁵⁰《現代漢語詞典》將倫理定義為“人與人相處的各種道德准則”⁵¹在中國文字中，道德和倫理的含義是相似的，都是指社會和個人經過一定的方式的治理、協調，使社會生活和人際關係符合一定的秩序和準則。

在西方，“倫理”(ethics)一詞源出希臘文(ethos)，意為風俗、習慣、性格等，

⁴⁹ 林火旺：《倫理學》，台北：五南圖書出版社，1999，頁3。

⁵⁰ 章海山、張建如：《倫理學引論》，北京：高等教育出版社，1999，1-2頁。

⁵¹ 中國社會科學院語言研究所：《現代漢語詞典》，北京：商務印書館，1996，頁832。

最早出現在古希臘名著荷馬(Homer)史詩的《伊利亞特》(The Iliad)中，本意是指一群人共居的地方，後來引申為共居的人們所形成的性格、氣質以及風俗習慣。而後古希臘哲學家亞理斯多德(Aristotle)在其所著西方最泰斗的倫理學專著《尼各馬倫理學》(Nicomachean Ethics)一書中最先賦予其倫理和德行的含義。他把德性分為兩類：一類是理智的，一類是倫理的，倫理德性是由風俗習慣沿襲而來，因此把“習慣”(ethos)一詞的拼寫方法略加更動，就有了“倫理”(ethikee, ethics)這個名詞。倫理是人在社會生活中與他人相處外而形成的處理人與人關係的某種習慣或品性。⁵²西方的倫理學(ethics)就是關於道德社會科學，又稱道德學。⁵³

從倫理作為一種思想理論體系來解釋，這種理解與對道德的理解也很容易溝通，一個講人倫之理，一個講人倫的行為規範。其實二者是一體，即道德與規範都是二者包含的應有之義。⁵⁴

4.1.2. 道德的中西含義

在我國古代，“道”、“德”原本分開使用。“道”指事物運動變化的規律、法則，引申為道路。人之“道”即是人所應遵循的具有必然性的規律與法則，也意味者做人的道理。正如《易經·系辭》所言：“一陰一陽之謂道。立天之道，曰陰與陽。立地之道，曰柔與剛。立人之道，曰仁與義”。“德”義近於得。“德”為一象形文字，在甲骨文中其形表示直視前行、有所獲得之義。如孔子曰：主忠信，德也。(《論語·顏淵》)這裏的“德”，已具有倫理意義了。⁵⁵後來其寫法變化，上從“直”下從“心”，意指心之端正、遵循社會的特定規範制度，人們認識並遵循“道”內得於己，外施於人即為“德”。外施於人，是指因自己內心無愧而獲得的心理上的滿足與愉悅。“道”“德”運用組成“道德”一詞除了指調整人們之間關係的行為規範與準則外，還指人的思想品德、情操修養、善惡評價及風俗習慣等。《現

⁵² 張傳友：《倫理學引論》，北京：人民出版社，2006，頁2。

⁵³ 楊浩江：〈刑法的倫理性審視〉，重慶：西南政法大學碩士學位論文，2008，頁2。

⁵⁴ 宋希仁：《道德觀通論》，北京：高等教育出版社，1998，頁107。

⁵⁵ 〈刑法的倫理性審視〉，頁3。

代漢語詞典》將道德定義為：道德是社會意識形態之一，是人們共同生活及其行為的準則和規範。⁵⁶對古代中國人而言，道德主要是一種必然的接受物，道德被假設為來自「天」或來自「心」，對主體而言是必須如此。這種道德根源的必然性假設忽視了道德自由與道德權利。因而，中國古代道德的發展是在一個一元的、必然、絕對的環境下進行的。換言之，道德的灌輸與培塿不是建立在對人們的理性、權利肯定基礎。因此，我國古代道德體系在近世紀社會走向瓦解、從而喪失對人的約束力是必然的。但至少它啟示我們，道德必須注意到以權利、自由作為前提的重要意義。就此重要意義，欲使人們察覺地、穩穩地履行道德，必須建立起道德權利與道德自由，使人感受到履行道德不僅僅是為他人為社會，也是為自己，使自己成為道德之本體。

在西方文化中“道德”一詞來於拉丁文 *moralitas*，意指風俗習慣、性格德行，後來引申出規範準則、品德修養及善惡評價等義。長期以來，在西方乃至中國文化中倫理與道德這兩個名詞經常被當作同義詞使用，許多時刻甚至可以互換使用，也常被連在一起稱作“倫理與道德”或“倫理道德”。故，無論是在我國古代還是在西方，道德的基本含義是一致的，它既包括規範準則與個人品質修養之義，也包括社會的風俗習慣與道德評價之意，它是社會人倫秩序與個體品德修養二者的統一。⁵⁷

從中國傳統思想認為，道德是調整人們之間及個人同社會之間的行為規範的總和，為一定社會的經濟基礎所決定並且為之服務。而其道德中包含了不少禁忌存在。但我們可以瞭解到的並不是所有對於「性」的禁忌都是正確的。例如，中國人基於道德心之考量，鮮少談及有關「性」的話題。因而，摒棄不合時宜的舊道德仍需要有挑戰自我、挑社會的勇氣。新的見解有時能夠補充普遍看法，有時則能讓人看到普遍看法的侷限性和片面性，這是一種科學的態度。無論是倫理道德，還是權威的思想言論，我們在想它怎麼樣有道理的同時，也應該思考一下

⁵⁶ 《現代漢語詞典》，頁 259。

⁵⁷ 《道德觀通論》，頁 3。

它是否適用於任何場合或者任何時代，是否必定。⁵⁸

4.1.3. 倫理與道德的區別

黑格爾（Hegel）在《法哲學原理》中對道德與倫理做了區別，黑格爾在其“精神哲學”中將精神的發展分為抽象法、道德法和倫理法三個環節，他認為“道德”是“自由在內心中的實現”它表現為良心；“倫理是內在自由與外在自由的統一，它表現為一定的社會組織和關係。”倫理高於道德，它抽象法與道德法的制合與統一⁵⁹所以有學者認為“倫理“是倫理學中的一級概念，而”道德“是”倫理“概念下的二級概念。二者不能相互替代，它們有各自的概念範疇和使用區域。道德作為社會意識形態是指調節人與人，人與自然關係的行為規範和總和。倫理從本質而言，是關於人性，人倫關係及結構等問題的基本原則概括。倫理與道德是有著顯著區別的兩個概念，倫理範疇側重於反映人倫關係以及維持人倫關係所必須遵循的規則，道德範疇側重於反映道德情狀或道德活動主體行為應當，倫理是客觀法，是他律的道德是主觀的，是自律的。⁶⁰

4.2. 法律與道德的關係

人類是有社會性的，有社會就必須有一套規範存在，無論人類組織為部落、都市或國家，不能沒有維持團體生活秩序的規範，此即「社會規範」。人生活於社會中，受到多重社會規範約制，道德、宗教可以說是第一層規範，而法律就是第二層規範，若人們均遵守第一層規範，那也就沒有第二層的問題，因法律乃是最低標準，只有在無法以道德、宗教而為規範，且達到須以法律加以規定時，才是用法律強制規範的時候。⁶¹

⁵⁸ 〈論我國刑法強制性交罪之發展〉，頁 17。

⁵⁹ 劉全德：《西方法律思想史》，北京：中國政法大學出版社，1996，頁 92-93。

⁶⁰ 堯新瑜：〈倫理與道德概念的三重比較義〉，刊於長沙：《倫理學研究》，第 4 期，2006 年，頁 26。

⁶¹ 蔡墩銘：〈刑法之基本性格〉，刊於台北：《法令月刊》，第 21 卷，第 10 期，2000，10，

然而有些人卻認為「道德就是法律」。但事實上並非如此，雖然法律對行為規範的目的和功能是和道德一樣。都是為了改善人類的生活情境、解決利益衝突、導引人際合作、促進社會和諧，但這兩者之間仍有許多不同，我們至少可以從以下幾點加以區別。

- a. 合法不一定合乎道德；一名辯護律師明知其當事人有罪，但是他以合法的程序為其脫罪，這樣的做法是否合乎道德，則會令人質疑。
- b. 法律無法涵蓋某些道德面向；遇見路人被搶不但沒有見義勇為反而駐足圍觀，這是不道德的行為，但是並不會受到法律的限制，只會遭受道德的譴責。
- c. 法律所禁止的行為不一定是道德；例如和兩個女人結婚，是我們的法律所不允許，但是在許多回教國家卻不然，至於這樣的行為是否合乎道德則有爭議。
- d. 違反法律和道德的制裁者和制裁方式不同；政府是執行法律的單位，違法者要受到政府公權力有形的制裁，而道德則訴諸於個人良心，違反道德不會受到公權力的制裁，而是受到社會大眾輿論無形的譴責。⁶²

從以上說明可知，法律雖對行為具有規範作用，但是法律仍然不能夠取代道德，法律最多只是將一些嚴重的道德缺失訂定為條文，藉以強制社會成員不得違反，法律並不能將所有不道德的行為都加以制裁。⁶³

不道德未必等同於犯罪，那麼道德的法律化和法律的道德化本來就是相向的“對流”過程。一般而言，強調道德教化、宗教規制和夫權意識較濃的時代和國度比較容易將通姦行為“犯罪化”而比較注重權利自由和“法律形式化”的國家和時代則傾向將通姦行為“除罪化”故而不難理解《唐律》對“姦非”罪規定的詳盡和系統，也不難理解宗教色彩較濃的古印度刑法和伊斯蘭的《古蘭經》對通姦行為懲罰的殘酷性。⁶⁴

至於社會之倫理或道德是否亦為刑法保護之對象？固屬見仁見智。惟因社

頁 232。

⁶² 《倫理學》，頁 13-14。

⁶³ 《倫理學》，頁 14。

⁶⁴ 唐東楚：〈現代社會中通姦行為的“非罪化”〉，刊於鄭州：《河南公安高等專科學校學報》，2003，02，頁 44。

會之倫理或道德，每隨時代與環境之變革，其內涵亦不斷地隨之發生變化，並無一致及明確之判斷標準。且所謂社會倫理，如與個人倫理相對使用，則實與社會生活中之道德規範無異，乃超越個人，而為一般社會心理所表現之倫理、道德或道義。若然，則所謂刑法之任務在維護倫理。實無異以個人或不特定人或多數人之內心心情為其保護之對象。因此，倘強調刑法此種社會倫理機能，不問其對於法益是否有侵害或危險，僅以該行為是否違反社會倫理作為認定犯罪之標準，不僅易導致認事用法不一，且可能擴大犯罪之處罰範圍，並使刑法與倫理或道德陷於混淆。

雖然法律和道德是社會控制的手段，也是規範文化的主體。法律是國家統治階級的意志體現，而統治階級的意志也包括了道德的內容，因此法律觀是道德實施的最有力的手段。特別是在社會形態變更和社會轉型時期，利用法律觀強化新的道德觀念，具有良好的社會效應，從法律規範和道德規範的內容來看，往往存在法律觀和道德觀相互重合的部分。古代封建社會的“三綱五常”，既是法律條文，又是道德規範。由於法律重在禁止，法律觀對個人行為也就重在懲治於已然，而道德觀重在防患未然。因此，法律觀不但是道德觀的下限、保證，而且是時時提醒人們“趨善防惡”的自覺，從而成為道德觀的警示和堤防。法律觀重在強制，道德觀重在自覺，但自覺常被個人的任性所弱化，因此外在強制可以強化內在的道德觀念。”謹乎其外“有助於”養乎於內”，也是道德觀養成的規律之一。法律觀鮮明的體現國家和社會整體利益，維護公正，它不但有助於提高為公的道德境界，而且在更高層次上，既達到“依乎法而深其類”的程度時，法律觀與道德觀的自覺即達到融合為一，從而使人達到意志和行動的自由。⁶⁵

綜上觀之，通姦是不道德的，這肯定是一種主流道德規範。但能否升為法律，要看它是否是全社會公眾的一種具有社會支撐效果的公共道德準則，立法者應該非常苛刻的去選擇、清理。對通姦進行懲罰恐怕並不是全社會共同的道德認知

⁶⁵ 《道德觀通論》，頁 68。

，通姦行為非要升為法律，恐怕就會淪為立法中的道德霸權主義了。⁶⁶

4.2.1. 在理論上法律與道德的關係

20世紀美國著名法學家羅斯科·龐德(Roscoe Pound)，他引用19世紀德國著名法學家耶林涅克(G.Jellinek)的著名命題“法律是最低限度的倫理規範”來說明法律和道德的區別和聯繫。依照耶林涅克和龐德的觀點，道德可分為兩個層次，即“最低限度的倫理規範”和“倫理奢侈”。⁶⁷道德就好比商品一樣，分為必需品和奢侈品。龐德和耶林涅克把道德所分的兩個層次中，前者就像必需品，表現在社會規範上就是維持社會秩序所必不可少的要求，例如不殺人放火，誠實信用等，這些是最低要求，應該由法律予以規定，後者就像奢侈品，表現在社會規範領域，就是只有少數人才能夠做到的行為，是少數人格高尚者的自覺為，例如捐贈大筆財產修建醫院、學校，在危難時刻捨己救人等，這些是較高的道德要求，不是一般人所能做到的，不應該由法律強制性的規定，只能交還給道德調整。⁶⁸

夫妻性忠誠到底應該由法律調整還是由道德調整，關鍵的問題是性忠誠究竟在夫婦間，是最低限度的倫理規範還是倫理奢侈，究竟是每個人都能做到，還是只有人格高尚者的自覺行為。顯然性忠誠是屬於最低的倫理要求，它是大多數人都擁有的，也是大多人應然能夠做到的要求。因此夫妻之間的性忠實不應該交給道德調整，它屬於最低的倫理道德的範疇，而應該由法律加以規定。道德就日本法學博士美濃部達吉表示：法和道德的區別，在於其規律的內容，道德是人的內部的精神作用規律，而法則是人的外部行動的規律，或以道德是關於各人主觀的良心發動規律，而法則是關於人和人相互間干涉的規律。他又說：就內容而論，法和道德，同是社會的規律，而且又同是人的意思和利益規律，二者實無所區別

⁶⁶ 韓志才：〈對禁止有配偶者與他人同居的認識〉，刊於池州：《池州師專學報》，第16卷，第4期，2002，11，頁41。

⁶⁷ 呂風英：〈關於夫妻忠實義務的法理分析〉，刊於遼寧：《遼寧師範大學學報(社會科學版)》，第6期，2002，頁15。

⁶⁸ 黎乃忠：〈從婚姻的契約性本質論夫妻忠誠契約的效力〉，重慶：西南政法大學碩士學位論文，2009，頁16。

。二者的區別，只在於法的規律，有強要性，而道德規律，則沒有強要性。⁶⁹所以道德規律是相對的，而為「希望這樣」，「這樣可以」的規定，至於個人在實踐的場合，遵守與否，純任由個人的良心判斷。法的規定則是絕對的，其所要求者是「應這樣」，「不可不這樣」以不給人們自由判斷的餘地，不問其自己願意與否，必須遵守，為其規律本質。道德的規律，是作為善惡的標準，法的規律，則超越善惡之界，而要求人們絕對依從。⁷⁰

通姦罪是由道德義務提升為法律定義義務，違反性忠誠是要受到法律的制裁。雖法律與道德是調整社會關係的兩個系統，各自有著獨立的管轄領域卻也相互存在著轉化，婚姻關係不僅是一種人身關係，同時也體現了社會倫理關係，倫理道德與法律具有一致性。但與道德相比，法律所提出的往往是較低限度的要求，是底線。

4.2.2. 在社會實踐中法律與道德關係的歷史推演

在傳統的農業社會裏，幾乎所有的國家都把通姦作為一條重罪。其原因首先是，在夫權社會，婦女是從屬於丈夫的，通姦事實上是一個男人侵犯了另一個男人的私有財產和尊嚴；其次，在私有制形成的初期，人們要把財產傳給自己的子女，在不能控制生育的情況下，男人要保持血統的純粹，他們自然要求與自己有性關係的女人決不能被其他男人染指；再次，家庭是社會的細胞，通姦可能會因破壞既定的家庭秩序而進一步破壞社會秩序。⁷¹通觀中外刑法規制通姦的歷史變遷，可以發現通姦歸罪的流變特點；通姦歸罪的“目的觀”已發生重大變革。古代通姦歸罪主要重在社會風化和血統正宗以及由此而來的財產繼承的保護，而現代通姦歸罪日趨注重婚姻家庭的穩定。18世紀以前的英國宗教法庭，通姦歸罪一直旨在禁止教士的不端行為。後來的普通法則將已婚女子的“通姦”與未婚女子

⁶⁹ 美濃部達吉：《法之本質》，林紀東譯，台北：台灣商務印書館，1993年3月，頁54。

⁷⁰ 《法之本質》，頁55。

⁷¹ 宋海山：〈性犯罪的社會倫理研究〉，重慶：西南政法大學碩士學位論文，2004年，頁11。

的“私姦”區別開來，因為前者可能帶來“假後代”(spurious offspring)，從而使血統摻假，搞亂財產繼承關係。隨者現代社會人權意識的高漲，將通姦歸罪與財產繼承相關聯的觀點早已失去市場。現代刑法規定只要是通姦男女一方已婚，就構成通姦罪。⁷²道德與善良風俗之內涵甚為抽象模糊，隨著社會時代之變動，不同時代之人對於善良風俗之定義也不盡相同。且所謂道德及善良風俗之概念是來自於社會大眾褒貶毀譽之累積，因此，其可能建立在錯誤的事實假設或錯誤的論證上，又或者評價規範來自於社會大眾非理性的感性為基礎，此種過社會大眾價值判斷之行為規範界線，會導致刑法本應為理性、可預測性、可檢驗的立法基準，失去控制。⁷³所謂的正當性風俗、性秩序，通常是遵循社會上絕大多數人的性道德價值判斷，若將其作為刑法立法基礎，則可能對於刑法最後手段性及刑法謙抑思想等原則有所違背。

由於性別平等的思潮，使得性交與生殖行為脫鉤，轉而強調性愉悅的滿足，而當每個人的性行為領域不再附加以道德色彩之行為，就沒有什麼違反性道德、善良風俗等性行為，而將焦點放在刑法所表明的立場，即當一個性的行為造成他人性自主權的侵害時，才屬刑法所欲加禁止及處罰的行為。因此，所謂性自主權，簡單的說，就是一個人決定要不要從事性的行為之權利，在此，有學者認為性自主，即為性權利的內涵，性自主就是表現性主體的地位，享受性所帶來的愉悅。⁷⁴

法律和道德代表著不同的規範性命令，然而它們控制的領域卻在部分上是重疊的。從另一個角度來看，道德中有些領域是位於法律管轄範圍之外，而法律中也有些部門在很大程度上是不受道德判斷影響的。但是實質性的法律規範制度仍然存在的。其目的就在於強化並使人們遵守一個健全社會所必不可少的道德規則

⁷² 〈現代社會中通姦行為的“非罪化”〉，頁 43。

⁷³ 黃榮堅：〈棄權又越權的大法官釋字第六一七號解釋〉，刊於台北：《台灣本土法學雜誌》，第 89 期，2006，12，頁 56。

⁷⁴ 〈妨害性自主罪之解構與重建〉，頁 29。轉引黃榮堅：〈刑法上性自主概念之研究〉，刊於台北：《行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告》，2004，10，頁 21-24。

。75惟就刑罰制裁之嚴酷性以及倫理道德之不一致性而言，在社會倫理及個人道德之領域內，刑法實宜儘量避免介入，以求達到保障人權之目的。因此，以國民現實之法意識為基礎，在保持社會基本秩序之必要及最小限度範圍內，使刑法對於社會之健全風俗、國民全體之健康等根本社會倫理之維持，連營某種程度之機能，始能到外予以允許。

4.3. 通姦罪的倫理根基

4.3.1. 通姦罪的倫理省思

面對人性尊嚴闡述論點時，其基本要件在於自律、自決，人若在作為一個人，基本上應自治、自律的範圍中，仍受他治、他律，即無尊嚴可言，因此為符合憲法上對人性尊嚴的要求、實踐人格自我發展，個人或社會團體就其自我地位即應有自治、自律的權限，這樣的權利即為人們自我決定權。因此面對這最自然而附著於人類身上之「性」權利時，其係為一種自主權，而此自主權係表彰個人要與誰發生性關係，何時欲發生性關係，皆是個人之自我決定權所具體表彰之，也就是說，此乃符合「自我決定」之要素。

因此，從人性尊嚴下，可以推論自我為「性」的主體。「性決定自由」亦為人之基本權，這基本權之行使，正可具體表彰出性的權利就是一個人在不侵犯他人，也不危害社會的條件下，有權表達和滿足其性愛和性欲，不必存有任何外加的犯罪感、羞恥感、不道德或恐懼感。再者人民作為民主法治國之共同體成員，相互承認對方之主體性與自我決定自由，從憲法以下的所有法規範，其內涵與適用均不得抵觸此基礎規範。而個人之主體性以及個人的自我決定、自我形成的權利，在憲法中所有基本權利的最主要功能皆在保障個人自我實現之意旨，也因而

⁷⁵ 博登海默：《法理學-法律哲學與法律方法》，鄭正來譯，北京：中國政法大學出版社，2004，頁 399。

都是「人性尊嚴」就憲法保障的體現。⁷⁶所以在已對於法益造成侵害或危險之前提下，再視其侵害法益之行為態樣，是否違反社會倫理：倘此行為亦違反社會倫理時，即可肯定該行為具有科以刑罰之必要性。即若無明顯法益保護存在的話，立法上宜將其除罪化。

4.3.2. 刑罰的倫理基礎

依現今社會之價值觀以及憲法之基本原理構造，刑法所應優先保護者，為屬於個人尊嚴基礎之生命、身體、自由、名譽、秘密及財產等個人法益。國家刑罰權之根據與界限，僅能就侵害此等個人法益行為，以及侵害保護此等法益所不可或缺之外部前提條件的行為，始能認其為犯罪而課以刑罰。因此，對於此等生活利益及外部條件之侵害乃係將一定行為作為犯罪之最小限度的前提。倘國家不顧有侵害此等生活利益，而純自違反道義或社會倫理之觀點，將一定行為定為犯罪，應認已超越國家刑罰之界限。⁷⁷所以人們法律意識的增強、景仰法律是件好事，但如果對法律的過分迷信將會導致「法律萬能論」，從而忽略其他更恰當的社會控制力量的代替作用和價值(比如道德)，最後導致的是「法律濫權化」，喪失權威性。為此作為立法者、司法者以及學者，一定要在民眾的情緒衝撞下保持清醒；法律不是萬能的，尤其是人類私生活領域，法律不可取代道德作用。如果道德是通過說教和輿論來實現控制的，法律是以強制力做後盾的，就是要強行讓你這樣做或者不讓你這樣做。不管你內心是否服氣。法律管得太多的時候，人們就會喪失很多個人自由，不自由的社會是一個很不寬鬆的社會，會產生很多問題。

78

⁷⁶ 洪銘憲：〈論我國刑法強制性交罪之發展〉，嘉義：國立中正大學法律學系研究所，2006，頁30。

⁷⁷ 甘添貴：〈犯罪除罪化與刑事政策〉，刊於台北：《罪與刑-林山田教授六十歲生日祝賀論文集》，五南出版社，1998，頁622。

⁷⁸ 〈對禁止有配偶者與他人同居的認識〉，頁41。

4.3.3. 通姦罪非維持夫妻性秩序的工具

我國現行法律對婚姻中的兩性關係的調整，一方面鑒於歷史和國外的經驗，並結合我國婚姻關係的現狀，考慮我國政治、經濟、文化、思想道德觀念等因素作了相應的一些規定。⁷⁹對於通姦行為，以立法加以處罰，但是，是否有了相關的法律規定，問題就可以解決了呢？法律是解決通姦行為的最好方式嗎？法律武器並不能遏制，法律的規定有符合客觀規律發展的要求，才有生命力，如果我們一味的根據人們希望制定法律，希望用法律來創造社會秩序，那麼結果是我們可能造就的只是法律條文而非社會秩序。⁸⁰

從「自然化」的情形下性行為不僅僅是單純的慾望發洩而已，它更是陰陽兩宇宙力量在人類身體四肢具體而微妙的展現，天地相交而生萬物，男女交合而生子女。從儒家思維而論，性係人與人之間的關係標準，更是倫理道德基本價值架構而來。它所要表現的，並非排斥性的本身，所考量的，誰有權利和誰為性行為？在什麼情形下可為性行為？最終的目的是將「人倫關係」納入做為道德思維之考量。因此，在中國的社會，因為我們不把「性」視為個人的私生活之一部分，而是將其視為個人道德的一部分，基此，也使得中國人甚少去談論「性」。有時更是避談「性」。

⁷⁹ 李昊：〈對完善我國調整兩性關係法律的思考〉，刊於寶雞：《寶雞文理學院學報》，第 23 卷，第 6 期，2003，12，頁 100。

⁸⁰ 〈對禁止有配偶者與他人同居的認識〉，頁 40-41。

5. 婚姻內性自由除罪化理論紛爭

婚姻乃人倫之肇始，家庭的初基、社會之根本，風化之端緒。既然立法者認為通姦行為，除了直接侵害婚姻及家庭制度外，還有傷風化，而且學說上也有人認為，通姦罪同時具備保護性道德與婚姻制度的兩種法益⁸¹。所以在婚姻中性自由的刑罰與除罪化過程理論中，中外刑法學界雖都普遍認為婚外性行為不道德，但就其中該行為是否需要入罪或非罪化，理論界眾說紛云、莫衷一是。綜觀各家之主張，可將其疏理概括為否定說、肯定說、折衷說。

5.1. 婚姻內性自由除罪化肯定說

5.1.1. 通姦行為不符合刑罰目的

i. 通姦罪的規定是對性自主決定權、追求幸福權、平等權的侵害：人有決定自己命運的自主決定權，而自主決定權包括性行為上的決定權。用通姦罪刑罰來強制他人的婚姻生活，意味著夫妻之間已經沒有感情時，也要受到國家的不當干涉。文獻上主張性自主權應該受到婚姻關係中貞操義務限制的這種說法，提供一個通姦除罪化的理由，因為通姦罪所欲維護的貞操義務，基本上仍以義務為由，強迫他人只能夠把性行為發生在婚姻關係中，如果只為了義務而發生性行為，那就是性客體，性工具；而限制他人發生性行為，也等於否認對方是性主體的地位，在本質上也是妨害性自主權。因此貞操義務的存在根本和刑法保護性自主權的立法是相衝突的。⁸²

ii. 國家刑罰權的行使存在問題。法律的規制對象不是人們的內心世界而是人們表現出來的外部行為，但在控制婚外性行為的通姦罪中，通姦者其通姦行為來源

⁸¹ 周志平：《刑法各論》，台北：自版，1972，頁 487-488。

⁸² 張裕嘉：〈性犯罪的刑事立法規範-以性自主權的保障為核心〉，台北：政治大學法律學研究所，2005，頁 67。

於人的性本能，由於和人的感情有關的性行為有者衝動性、隨意性、反覆性以及隱密性的特徵，所以自己處份自己的法益的婚外性行為並沒有侵害他人的法益。

因此處罰通姦行為的刑罰侵害了個人自律的權利。雖然通姦行為違背一般人的道德觀念，但對屬於個人「私領域」的性生活，國家用刑罰權來介入而且把它立法成為犯罪是不合理的。國家對私人的生活領域的干涉應當限制在最小範圍內，而且限制國民的基本權利時也是應當存在法律規範的事由。對於沒有實際被害人的法律構成要件，容易變成國家濫用公權力而侵害個人私領域的工具和理由。

83

iii. 法的有效性問題。一個社會的一般輿論對通姦行為者進行道德譴責，但這不是國家的干涉。通姦者不認為婚外性行為是犯罪的一種，而是基於心理及生理上的性需求來實施該行為。因此，用刑罰手段來制裁通姦行為，事實上沒有法律效果。與其說通姦者是因為害怕自由刑和罰金刑而不敢為婚外性行為，倒不如說是因為良心的指責和社會的譴責而有所顧忌。所以通姦罪規定的一般預防效果並不強。⁸⁴

5.1.2. 通姦行為不符合刑事政策之概念

通姦罪立法，是不能達到維護婚姻、家庭制度之目的的，而人類的感情又非法律所能控制。通姦是一種雙方自願的性交行為。所以“犯罪人不侵害犯罪人自己”當一種有害行為出現時，人們自然會想到讓受害人“拿起法律武器來保護自己的合法權益”，於是就會引發對這種有害行為進行法律控制的社會呼聲，這似乎已成為整個社會的常態反應。然而，其中卻隱藏著對法律的迷信，在許多人的觀念中，以國家強制力量為後盾的法律武器似乎是法律無邊的。儘管，在關於“法的局限性”的法理學討論中，許多學者已經認識到法律控制範圍是有限的，認識

⁸³ 吳昌值：〈韓國刑法上通姦罪之考察〉，刊於北京：《中國刑事法雜誌》第6期，2003，頁1。

⁸⁴ 〈韓國刑法上通姦罪之考察〉，頁121-122。

到涉及人們的思想，認識、信仰或私人生活方面的問題不宜採用法律手段。但這些討論大多是教義學性質的很少觸實務及法律控制的成本問題。⁸⁵

5.1.3. 通姦告訴規定之不公平

《刑事訴訟法》第 239 條但書規定：「告訴人得僅對配偶撤回告訴。」係為《刑事訴訟法》告訴不可分之例外，卻讓通姦罪在施行上，會因告訴人看在夫妻間之情份或家庭因素而原諒自己的配偶，卻不願意原諒相姦者，導致進入法院的被告比例是相姦者多於通姦者，又因通姦者的男女比例是男多於女，相姦者的比例是女多於男，導致女性相姦者成為被告中最多的一群，男性通姦者甚至常因配偶撤回告訴後，在法庭上必須以證人身份證述與相姦者的通姦行為，相姦者完全無法避免刑事責任之制裁，形成對婚姻有忠誠義務的通姦者，不用擔負任何責任，但相姦者既未對告訴人有婚姻忠誠的義務，也未侵害告訴人的人身自由與產財法益，一個沒有維繫婚姻制度義務之相姦者卻獨自面對司法程序，在庭上經常成為告訴人和相姦者的戰爭，對相姦者而言制度不公平，而告訴人的婚姻問題，也不會因此得到解決，使得通姦罪僅成為告訴人報復洩恨的工具而已。⁸⁶

5.1.4. 小結

通姦行為在刑事上構成《刑法》第 239 條之通姦罪及相姦罪，但因其係告訴乃論之罪，法律規定得於第一審言詞辯論終結前撤回告訴，故捉姦之一方配偶即可利用《刑事訴訟法》第 239 條告訴不可分之原則，對於通姦之配偶及相姦人提出告訴後，再對該通姦配偶撤回告訴，此時相姦人如不願接受其和解條，則相姦人將獨自受到刑事制裁，並應負損害賠償責任，而通姦配偶卻能逍遙法外，此規定難免成為不肖人士設計「仙人跳」之勒索工具，先以詐欺方式使他人與之

⁸⁵ 桑本謙：〈法律控制的成本分析-以對通姦和黃色短信的法律控制為例〉，刊於重慶：《現代法學》第 29 卷，5 期，2007，頁 16。

⁸⁶ 〈通姦罪判決之實證研究〉，頁 102。

為性行為，之後再向對方請求「遮羞費」，而有助長犯罪之虞。又通姦罪如經配偶縱容或有怨者，依法即不得告訴，此規定亦直接或間接助長「買春」或「包養」等性交易歪風。所以在通姦罪除罪化之前，如為維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要。亦宜考慮刪除前揭告訴不可分及經配偶縱容或有怨不得告訴之規定，以維護刑法實現正義之目的。⁸⁷

5.2. 婚姻內性自由除罪化否定說

認為在婚姻外之性行為，有性自主權不構成犯罪的否定說，應該是一種中國社會傳統文化的觀點。儘管近期否定說受到肯定說以及國際潮流的衝擊，但否定說也是極力維護其主張及理由，按其保護法益理由的不同，具體又可分為以下幾類：

5.2.1. 通姦罪能保護家庭及婚姻之忠貞

i. 保護婚姻之和諧⁸⁸

學者甘添貴認為：「刑法將通姦罪規定於妨害婚姻及家庭罪中，旨在維護婚姻生活之和諧及健全之家庭制度，保護善良風俗。」⁸⁹首先通姦罪之存在，無非係希望藉由刑法之處罰規範，嚇阻通姦行為之發生，除為維持家庭之存續及和諧外，不外乎即為維護一般社會大眾觀念中之社會善良風俗社會秩序。⁹⁰其次通姦行為破壞了家庭的和諧穩定。婚姻是一種男女之間的相互信任，相互忠實的關係，通姦行為卻破壞了這種相互信任的關係，難免導致離婚的結果。眾所周知，離婚的大一部分原因是由第三者介入引起的。

⁸⁷ 〈婚外性行為法律問題之研究〉，頁 313。

⁸⁸ 詳見台灣新竹地方法 89 年度易字第 619 號刑事判決。

⁸⁹ 甘添貴：〈犯罪除罪化與刑事政策〉，刊於台北：《罪與刑-林山田教授六十歲生日祝賀論文集》，五南出版社，1998，頁 627。

⁹⁰ 詳見司法院大法官釋第 554 號解釋。

ii. 保護婚姻⁹¹與家庭制度⁹²

學者劉昭辰認為：「通姦罪在我國是被列為婚姻及家庭刑罰規範之章節中，故要保護者應該是婚姻家庭制度。」⁹³所以通姦論罪保護的焦點是為維護社會婚姻制度，監督婚姻存續中配偶的忠誠度，並禁止第三者的介入，以保護受傷害一方的權益，並補償其精神的痛苦，或是其家庭的損失。目前通姦罪對於維護婚姻本身的穩定性，是否有實質助益？通姦除罪化是否會動搖婚姻的穩定基礎，或是會造成人類一味的強調情慾自由，而漠視婚姻存續期間伴侶彼此相互的貞操義務與責任？若藉由通姦行為的除罪化，反作為滿足自己性欲的藉口，這將會造成逃避婚姻責任的懦弱行為，男女既然抉擇要進入婚姻體制，實應信守貞操義務，否則對其配偶，或是雙方家人是極不公平的，通姦除罪化是否會造成更多的人公然的尋求外遇，而扭曲整個社會價值觀，並衝擊原本就已經很脆弱的家庭體制，這見人見智！

主張廢止通姦罪的人認為，通姦罪的規定不保護忍受並饒恕通姦行為配偶的善良被害人，只保護復仇心強的被害人。但有過錯的配偶犯錯誤時無過錯的配偶為了家庭和子女而饒恕對方，並給對方重新做人的機會的行為是應該鼓勵的。因此屬於親告罪的通姦罪規定可以起到預防家庭破裂的作用。有配偶者和配偶以外的第三者發生的性行為，不能認為是人的尊嚴價值和追求幸福權以及身體的自主權的內容。考慮到通姦行為會導致家庭破裂和社會道德崩潰，因此，即使符合上述的基本權也當用法律來對其進行限制才對。通姦罪是懲罰婚外性行為的刑事立法。即是保護配偶的性忠誠，反對婚外的性自由。同時通姦罪也是保護配偶權的刑事立法。要否對夫妻一方的通姦行為提起訴訟，其權利全在另一方配偶身上。

⁹¹ 詳見台灣高等法院台中分院 89 年度上易字第 453 號刑事判決。

⁹² 詳見台灣台北地方法院 93 年度貞字第 950 號刑事簡易判決。

⁹³ 劉昭辰：〈通姦行為侵害「配偶權」？必須負損害賠償責任？-由台中地院兩則判決談起〉，刊於台北：《法令月刊(第 58 卷)》，第 6 期，2007，06，頁 35。

iii. 保護配偶間之忠貞⁹⁴

大法官許玉秀認為：「通姦罪之侵害法益可解釋為背叛性忠誠。」⁹⁵所謂夫妻的性忠誠，指“夫妻不為婚外之性行為，在性生活上互守貞操，保持專一。”在古代，出於維繫男系血統的純正，對妻子的貞操要求極為嚴格，懲罰也非常嚴厲，而對丈夫並無相關要求。現代社會，當代各國立法均規定配偶間互有誠實的義務，即男性也有保護貞操，忠實於配偶的義務，充分體現男女平等的原則。各國立法普遍規定夫妻互負貞操義務。隨者研究的深入，有學者更進一步認為，貞操義務不僅約束配偶雙方當事人，而且也約束其他有配偶的義務人，即社會公眾全體，要求夫妻主體以外的其他任何客體承擔不侵害此種忠貞的義務。⁹⁶

對於多數夫妻來說，性生活的忠誠是婚姻存續中至關重要的因素，並構成婚姻的生命基礎。因此，通姦行為可能毀滅婚姻。⁹⁷因為它是對婚姻家庭穩定和睦與社會安定以及社會道德風尚存在嚴重的消極影響。所以有配偶者和第三者相姦的行為違背善良的性道德和婚姻制度以及夫妻之間的性誠實義務。因此為了維持善良的性道德和婚姻制度、為了保障家庭生活以及夫妻之間的性誠實義務，為了預防通姦行為所導致的社會惡害，處罰通姦行為是必要的。⁹⁸

iv. 小結

有學者認為通姦是私領域的事，屬於習俗和倫理道德控制的範圍，法律不應該干涉公民之間的私事。然而這些理由都是沒有普遍性原則。法律和道德有大範圍的重合，被道德禁止的行為(比如殺人放火)完全可以成為法律懲罰的對象。並且法律也從來不把自己的調整界限劃在私領域或公領域的交界處，事實上誰也無

⁹⁴ 詳見台灣高等法院台南分院 99 年度上易字第 285 號刑事判決。

⁹⁵ 許玉秀：〈夫妻之保證人地位-兼論通姦罪-評釋九十年度台上字第一五六號、九十年更(一)字第九四號、八十六年度上訴字第三九八號、八十六年度訴字第一五六五號判決〉，刊於台北：《台灣本土法學雜誌》，第 39 期，2002，10，頁 91。

⁹⁶ 姚輝：《人格權法論》，北京：中國人民出版社，2012，頁 157。

⁹⁷ 《人格權法論》，頁 407。

⁹⁸ 〈韓國刑法上的通姦罪考察〉，頁 18。

力在這二者之間劃出一條清晰的界限。如果說法律不應該干涉私領域 那麼法律對毒品施用、賣淫、嫖妓及淫穢物品交易等等，這些明顯看上去更像私領域的行為就可以袖手旁觀了。所以在婚姻制度下，為確保配偶之性生活純潔，及保護婚姻制度，對破壞婚姻契約中忠貞義務之人施以刑事處罰是有必要的。⁹⁹

5.2.2. 通姦罪立法律規範的必要性

主張廢止通姦罪的人認為，刑罰制裁不具有抑制通姦行為的法律效果，但這是一切刑法都具有的刑事政策上的問題，而不是通姦罪的問題。事實上刑罰的一般預防效果是很難統計的。潛在的犯罪人是由於害怕刑罰而不實施犯罪，還是因為即使沒有法的約束也不實施任何違法行為，這是無法知曉的。因此，以沒有刑法效果為由主張廢止通姦罪無異於主張廢止刑法。之所要處罰傷害他人身體的暴行行為，是因為該行為具有可罰性。由於有配偶的人和配偶以外的第三者相姦的行為也具有可罰性，因此處罰通姦行為是正當的。而且通姦罪規定為親告罪的原因是想用法律的方式來避免家庭破裂，而且發現配偶的通姦行為後，選擇離婚還是饒恕對方取決於無過錯配偶的決定。因此通姦罪的規定算是最合理的制度了。

5.2.3. 落實審判減少通姦行為

通姦行為來源於人的性本能，具有衝動性、隨意性及隱密性的特徵。因此，那種認為通姦是處分自己的法益，不具有侵害他人法益的性質，因而不能受到處罰的主張是貶低了自己配偶和別人之間性關係的表現。從某個角度來說，通姦可以認為是屬於個人內在心情的表現，但這樣的處份自己的法益的行為同時也給當事人帶來了不可磨滅的傷害，損害了社會的善良道德，處罰它符合我國公民的一般情感，其次國家不會強迫國民“愛他或者不愛他“，“要跟他結婚或者不要跟他結婚“，這是理所當然的事。通姦行為確實屬於個人的私生活，但是國家在道

⁹⁹ 黃榮堅：〈論通姦罪之除罪化〉，刊於台北：《刑罰之極限》，元照出版社，2000，頁 11。

德領域的刑罰權也並非絕對不能行使，只是刑法應盡可能不滲透到道德領域，國家應當在最小範圍內干涉，但是當私人的幸福建立在犧牲家庭成員的幸福與和平時，諒不能僅僅只尊重其中一個人的幸福。因國家用通姦罪的規定來處罰私人領域的通姦行為是對的。亦有學者認為通姦罪的規定在實務上有被惡用的弊端，但這不是通姦罪的問題，而是制度運行中的問題。通姦罪保護的法益與其說是屬於個人法益，不如說是屬於社會法益。換言之處理通姦行為時，不僅應從男女的性關係或者個人的性決定權以及追求幸福權的側面來判斷，而且更應從維持家族制度或者婚姻制度的角度來揭示才對。國家用刑罰來處罰通姦行為是法適用的問題，不是法理論的問題。由現行實務運作之結果，通姦罪經判決確定，可謂大都均可易科罰金而無庸入監服刑，而使嚇阻犯罪之功能降低，亦將使通姦行為人之預期懲罰成本下降，而無法有效達預先阻止通姦行為發生之目的。¹⁰⁰

5.2.4. 通姦立法應否符合國情而非順應國際潮流

在吸收先進文明時，不加思索地把外國的制度引進來是非常危險和盲目的。雖然外國制度在他國本土上合適，這並不表明那個制度符合我國的國情以及國民的意識水平。雖然世界各國的立法例，體現出廢止通姦罪的趨勢，但在我國傳統倫理上，男女之間的貞操觀念仍然根深蒂固，而且維持婚姻制度和夫妻之間的性誠實義務被理解為我國社會的道德標準，我們當前的社會意識尚將通姦行為看成是危害社會秩序和他人的權利。所以按照我國人民的意識和情緒來說，通姦行為給家庭與社會所帶來的嚴重危害，以法律對其加以規制，以阻止危害後果的發生是必要的。¹⁰¹

5.3. 婚姻內性自由除罪化折衷說

¹⁰⁰ 李怡諄：〈現行通姦罪規範之法律經濟分析-兼論憲法上家庭之立法保護模式〉，高雄：國立中山大學中國與亞太區域研究所，2010，頁 126。

¹⁰¹ 汪玢玲：《中國婚姻史》，上海：人民出版社，2001，頁 457。

通姦罪之折衷說，則是以刑罰本質為對犯罪之應報，同時要求應當實現刑罰其他目的之學說，此說認為刑罰是因有犯罪而產生的，將刑罰原因歸之於應報主義；卻也同時承認刑罰之目的是預防犯罪。它調和絕對理論與相對理論，融合正義觀念與目的思想於一體，既肯定刑罰所固有之懲罰本質，又主張刑罰具預防目的。¹⁰²所以折衷說本來應當基於結果上沒有具備結果無價值的事實而主張廢止通姦罪，但大部分折衷說，卻從行為價值的角度出發而主張維持通姦罪。但是刑法首重保護法益，就是為了保護人與人間共同生活的必不可少的價值，國家應當做為刑罰的保護手段。但除了保護法益之外，有時世俗行為的性質也是刑法價值評價、評判的對之一，換言之，刑法也保護社會倫理價值。如果保護法益是考量結果而得出來的，保護行為價值是考慮行為而得出來的。那麼犯罪具有侵害法益和違反義務的兩面性質，而不包含結果不法和行為不法，所以刑法應當保護法益，同時也保護社會倫理行為價值。¹⁰³

對人的某種行為規定為不法犯罪，是利用國家的刑罰權的規制，還是利用道德來解決，這需要按照當時代的狀況和社會成員的意志來決定。因此，對通姦行為是否科處刑事責任，刑事制裁，或是只使用罰金刑，或除罪化等問題，都屬於立法者的意志問題。換言之，是立法政策的問題，因此，屬於立法者的立法自由。

5.4. 從犯罪構成理論看婚姻內性自由的特點

5.4.1. 犯罪構成客觀方面的特殊性

通姦行為，因為發生在婚姻中，配偶是我們關係最密切的人，另一半發生婚外性行為，常會使當事人的精神受到傷害。考慮到精神傷害的程度很難從外部加以衡量，法律將這一標準交由當事人自己掌握，由當事人根據自己對另一半婚外

¹⁰² 〈妨害性自主罪之解構與重建〉，頁 122。

¹⁰³ 〈韓國刑法上通姦罪之考察〉，頁 2。

性行為之容忍度來決定如何處理，而當事人的容忍度恰恰反映了另一半通姦行為的社會危害性。若當事人對發生婚外性行為之另一半予以寬宏，且未提起告訴，表明了通姦行為的社會危害性較小，具有可容忍性，不必追究刑事責任；若當事人對另一半的婚外性行為無法容忍，並提起告訴時，表明了通姦行為的社會危害性較為嚴重，應予追究刑事責任。在此，告訴這一動作即是當事人對另一半婚外性行為容忍度的明確反應。

5.4.2. 通姦罪在刑事法律體系上的特殊性

通姦罪屬於配偶的專屬告訴權¹⁰⁴，這樣的規定在實體上涉及到較多的人倫情理，對定罪量刑產生影響之外，還涉及到與專屬告訴權有關的一些程序法概念，比如告訴、自訴、公訴、等需要加以疏理，這就使得告訴乃論罪與非告訴乃論罪相比，表現出宏觀的特殊性，還可以從實體法和程序法兩個方面加以理解。從實體法的角度來看，通姦罪的配偶專屬告訴權表現出以下幾種特點：

- i. 個人法益成為主要犯罪客體。通姦行為涉及撫養、贍養、親情、愛情、貞操、名譽、和風俗等方面的社會關係。其犯罪危害性的影響也是屬於私人生活領域，對於當事人來說精神上的傷害往往要大於物質上的損失。
- ii. 與其他非告訴乃論罪相比，通姦罪的處罰較低，同時通姦罪的量刑輕重在很大程度上取決於告訴人的寬宥與否的態度。

從程序法的角度來看，通姦罪的告訴乃論與其他非告訴乃論罪相比，其特徵主要表現為以下兩點：

- i. 通姦罪不適用自訴程序，根據我國《刑事訴訟法》319條規定：「犯罪之被害人得提起自訴」。但是該法第321條規定：「對於直系尊親屬或配偶，不得提起自訴。」且上開條文經大法官釋字第596號解釋，以此規定係為防止配偶之間因自訴而對簿公堂，致影響夫妻和睦及家庭和諧，乃為維護人倫關係所為之

¹⁰⁴ 《刑事訴訟法》第234條II參照。

合理限制。¹⁰⁵犯罪之被害人適用自訴程序，由告訴權人逕向法院提告，但是配偶之通姦行為卻不適用自訴程序，案件須經由檢察官提起公訴。

ii. 配偶對告訴權的處分權。通姦行為的提告反映了通姦行為的危險性，成為犯罪構成的必要條件之一，告與不告決定了通姦行為的另一半是否構成犯罪。由於是屬於專屬告訴權，國家之追訴權對私人的讓渡，告訴權已經由公權性質轉為私權性質，告訴權的行使與否完全由當事人自己決定。

5.4.3. 通姦罪在告訴效力的特殊性

通姦罪之告訴效力上的特殊性主要表現為“告訴可分、撤訴可分”。《刑事訴訟法》第238條規定了告訴不可分原則，“告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴或撤回者，其效力及於其他共犯”。但《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”。《刑法》第238條規定表明對於告訴乃論之案件採取告訴不可分及撤回不可分原則，只有該法第239條之有配偶者與人通姦作為例外。

5.4.4. 通姦行為定罪機制上的特徵

刑事訴訟之程序，是由控、辯、審三方主體建構，經過控、辯雙方的控訴與辯駁，由法院最終裁判罪或非罪。在非告訴乃論案件中，檢察官控訴權具有職權及職責的雙重屬性，必須嚴格按照刑事訴訟法的程序行使，其怠於行使職權的行為是一種瀆職行為。由於檢察官代表的是國家和社會整體共同利益，因此不可與被告和解，更不可以任意將告訴撤回，表現出較強的剛性。相比之下，通姦案件中的配偶做為被害人成為告訴人，其告訴權主要的還是一種私權利，只要不是濫用告訴權，完全可以自主決定告訴或者撤回告訴，與檢察官的告訴權相比，具有很大的柔性。具體來說，通姦罪之告訴乃論與非告訴乃論案件相比出現兩個特徵：

¹⁰⁵ 詳見司法院大法官釋第569號解釋。

- i. 控、辯雙方都有可能成為雙重主體。在非告訴乃論案件中，檢察官提起公訴的權力是一種公權力，代表了國家和社會公共利益。檢察官相對於被告而言始終處於絕對優勢，在刑事訴訟程序中始終處於控方地位，而不能成為被控方。而在通姦罪之告訴乃論案件中，被害人的告訴權被視為一種私權利，告訴提起後，作為原告的配偶與作為被告的配偶處於平等地位。
- ii. 當事人的意思自治，直影響審判結果。在非告訴乃論案件中法院的審判建立在對事實的認定和相關法律規定的基礎上，而不取決於控、辯雙方的意思表示。而在通姦罪之告訴乃論案件則不同，控、辯雙方的意思表示對於法院審判產生重要影響。

5.5. 婚姻內性自由理論評價

5.5.1. 刑法的價值構造

價值衝突是法存在的前提條件之一，法的功能就在於最大限度的防止價值衝突中價值喪失與損耗。在任何一個社會中，價值衝突都是普遍存在的，而最根本的價值衝突就是個人價值和社會價值的衝突，面臨這樣一個價值衝突，首先就存在一個價值選擇問題。刑法就面臨這樣一種選擇，強調刑法的社會保護機能，則在一定程度上意味者人權保障機能的弱化。¹⁰⁶所以在社會價值與個人價值發生衝突的時候，一般人就毫不猶豫的選擇個人價值。康德指出：「人有一種社會化的傾向，同時又有一種個體化的強烈傾向。正是這種社會化與個體化的對抗推動了社會的發展。依舊原始契約建立起來的國家，應該有個人自由。所謂自由，是每個人意志的自由與其他人的自由的共存，也就是人各有自由而不侵犯別人的自由。」¹⁰⁷基於這種觀點，當我們再看通姦罪，是不是應該懷疑它的正當性？婚外性行為應該是行為人自己的自由，並且沒有侵犯別人的自由，如果對他們科以刑罰

¹⁰⁶ 陳興良：《走向哲學的刑法學》，北京：法律出版社，1999，頁111。

¹⁰⁷ 〈刑法之除罪化思想探討〉，頁2。

，是不是也侵犯了他們的自由？

正由於存在社會價值與個人價值，所以在刑法的目的或機能上就出現了刑法的人權保障機能 and 刑法的社會保障機能。刑法的人權保障機能以保障個人自由為內容，並表現在立法和司法兩方面。立法上，刑事立法是為個人的自由選擇界定範圍，提供一定的行為模式，因此應當盡可能的為個人的選擇留下充分活動的可能性空間。所以刑法具有對個人自由的保障機能，同時也是對權利的一種限制，此即行使保護犯罪行為者的權利和利益，避免因國家權力的濫用而使其受害。又刑法的人權保障機能 and 社會保障機能，根本上是一致的，這主要表現在有效的人權保障對於社會秩序的穩定發展是必不可少的條件。¹⁰⁸

如果社會從懲罰某種有害行為中獲得的收益不能補償因此而耗費的成本，那麼這種有害行為就應當處於法律控制的範圍之外，同時意味著，放縱這種有害行為反而會提高整個社會的福利水平，不用說，有害行為進行法律控制的所有花費最終還要分攤在納稅人身上。如果法律決策者蔑視這種邏輯，過度擴展法律控制的範圍，就會引起一系列負面的連鎖應。¹⁰⁹婚姻中的效率，正如在合夥關係中一樣，要求對婚姻外性關係進行救濟。刑事處罰、民事損害賠償和道德規制都各有其優缺點。國家無須將救濟方式局限為一種。就法律救濟而言，從當前世界立法發展的大趨勢來看，一個合理規範婚外性關係的法律應兼顧婚姻的價值和個體自由價值，而在這兩種價值中，第二種價值應當具有相對的優先性，因為從根本意義上來看，婚姻的價值最終還是服務於個體自身的價值。當代法治在此領域的表現是“法律應當注重對個體權利的尊重和保護“尊重當事人的自由與自治，努力擴大個人的私域空間，規範婚外性關係的法律不能過度干預私人生活空間，規範婚外性關係的法律不能過度干預私人生活領域。事實上，如何處理婚外性關係是一個十分複雜的社會與法律問題，法律救濟和道德規制應並重。道德可以通過宣傳教育，樹立道德榜樣，造成道德輿論，感染人們的思想，震撼人們的心靈，促使

¹⁰⁸ 《走向哲學的刑法學》，頁 123。

¹⁰⁹ 桑本謙：〈法律控制的成本分析-以對通姦和黃色短信的法律控制為例〉，刊於重慶《現代法學》第 29 卷，5 期，2007，09，頁 18。

人們接受正確的婚姻家庭社會責任道德觀念。形成正確的快樂道德情感，培養理想道德的人格。在規範婚外性關係這個問題上，法律作為一種事後的、外在的強制手段，道德作為一種事前的、內在的精神力量，對維護婚姻家庭的穩定、社會的和諧不可或缺。¹¹⁰

5.5.2. 婚姻與性自主權

i. 貞操義務

夫妻因結婚而互負性方面的誠信義務謂之為貞操義務。¹¹¹又稱配偶生活排他專屬義務。通常係指夫妻雙方性生活的純潔，互守誠實專一性生活義務，不得為婚姻外之性行為，以確保共同生活之圓滿、安全與幸福。據此，主張與他人為性行為的積極性自主權及拒絕與他人為性行為的消極性自主權，在婚姻關係中必須受到貞操義務的限制。¹¹²因為婚姻內包含性關係，為了維繫婚姻內性關係的獨占和排他，則處於婚姻關係中的個體性自主權必須受到限制。其區別僅在於受限制的程度不同，有學者認為僅主張婚姻關係外，與他人為性行為的性自主權受到限制，有學者則認為這層限制應該擴及至主張婚姻關係內拒絕與配偶為性交的消極性自主權。即便認為婚姻內包含性關係，然而在人性尊嚴的要求下，任何人不能被物化、工具化。沒有人應該因為繁衍後代的理由，而被物化或工具化為生產機器；也沒有人應該為了給他人一條正當宣洩性欲的管道，而成為他人發洩性欲的工具。即便婚姻中包含性關係，在婚姻關係中，每個人依然是獨立自主權利主體，當然也包括性權利。不論婚姻的本質是生殖或是滿足性欲，性行為都能達到這個要求，前提是在雙方都有意願的情況下。¹¹³蓋夫妻互負貞操忠實義務乃婚姻關係最基本要求，尤其婚姻以愛情為基礎，愛情以性愛為基礎，婚姻關係之穩定性

¹¹⁰ 王琪：〈婚外性關係規制的濟學思考〉刊於西安：《法治與社會》，2007，04月，頁810。

¹¹¹ 黃村力：〈貞操之權利與義務論〉，刊於台北：《警專學報》，第2卷，第3期，1997，06，頁55。

¹¹² 〈從「法治國刑法」觀點探討婚外性行為之法律責任〉，頁26。

¹¹³ 張峰裕：〈性犯罪的刑事立法規範〉，台北：政治大學法律學研究所，2005，頁60。

，於很大程度上倚賴於性生活之忠誠不二。¹¹⁴

ii. 性自主權與婚姻

性自由權是一種獨立的人格權，是權利主體具有獨立、完整的人格所必須具備的權利。無論男子還是女子，不論結婚與否，為平等的民事主體，都應當具有獨立、完整的人格，在法律上都應當平等地享有性自由權。因此，性自由權從本質上即是人權，對家庭性自由的侵害即是對人權侵害。¹¹⁵

面對夫妻關係，一方面，我們要維護家庭的穩定；另一方面，又不至於過多的干涉他人的私生活。一些經濟學家認為：婚姻實際上是一種夫妻雙方的長期契約，因此，男女雙方的結婚和離婚，實際上就是婚姻契約的締結和解除，應該充分體現意思自治的私法精神。¹¹⁶所以在處理婚外性行為時，應當特別注意防止把道德問題法律化。

5.5.3. 刑法謙抑思想

通姦罪中的有配偶的人和與其相姦的人都以正犯處罰。刑法通說認為通姦罪是「必要共犯」及「對向犯」。按照現在的通姦罪規定來處理案件時，可以得出有認識的性工作者和有配偶的男性之間發生性行為也屬於通姦罪的結果，但讓性工作者負相姦罪的刑事責任顯然是合乎實際情況的。¹¹⁷因為性工作者從事性交易只因要得到報酬，如果性工作者從事性交易所獲得的物質利益，能夠彰顯自己的生命的價值，為何非要將其入罪？如果拍攝寫真集之男女明星能夠利用美貌與健美的體格賺錢，為何性工作者就不能夠用自己的性器官來賺錢？況且嫖客與

¹¹⁴ 〈婚外性行為法律問題之研究〉，頁 42。

¹¹⁵ 劉守芬，王琪：〈論婚內強姦與中國文化之關係〉，刊於濟南：《出東公安專科學校學報》，2002，頁 11。

¹¹⁶ 姚洋：〈法律是否該懲罰婚外情-一個經濟學的分析〉，刊於北京：《北大法律周刊》2001，04，頁 132。

¹¹⁷ 〈韓國刑法上的通姦罪考察〉，頁 6。

性工作者發生性行為，那也只是利用他人的性器官來發洩性欲的一種管道而已，其中並未帶有情感性及反覆性的問題。況且通姦行為在雙方當事人相互間合意前提下，即使某行為屬於犯罪或偏差行為，但當事人均不會對這種行為，向司法機關舉發，所以從刑法的學理而言，通姦這種無被害人犯罪行為並不會造成合法利益的損害(包括個人、社會、國家利益)或合法利益損害的危險，也就是說通姦是沒有明顯法律保護的犯罪行為。¹¹⁸

刑法謙抑思想乃認為在適用刑法對抗犯罪時，須基於謙讓抑制之本旨，只有在最合理以及最小限度下方得為之。此項思想，係將刑法作為保護個人生活利益之最微手段，又稱為刑法之最後手段性。

5.5.4. 刑法的最後手段性

社會上存在者許多社會控制工具，如宗教、道德、良知、倫理、善良風俗、教育、法律...等等。刑法係所有法律規範中最嚴厲的，其係藉由國家公權力的強制制裁而具痛苦性、強制性與殺傷性的法律手段。刑法使用刑罰或保安處分的法律效果，做為規範或維護社會共同生活秩序的最後手段，故立法上若以刑法以外的法律效果，亦能有效防止不法行為時，則應避免使用刑罰。若輕易動用刑罰的法律手段，破壞刑罰謙抑原則，不但使人民動輒得咎，亦耗損刑法嚇阻犯罪的能量。唯有在以其他法律效果未能有效防制不法行為之時，始得以刑罰作為制裁的法律效果，這即是刑法的最後手段性。¹¹⁹

從刑法沿革的角度來看，通姦罪是在封建時代家長支配的社會裏，為了把妻子捆綁為男性獨占物而產生的制度，於是只處罰妻子的通姦行為。¹²⁰首先，通姦罪的目的觀已發生重大變革。古代通姦歸罪主要重在社會風化和血統正宗以及由此而來的財產繼承權的保護，而近、現代通姦歸罪日趨注重婚姻家庭的穩定。1

¹¹⁸ 〈刑法之除罪化思想探討〉，頁 3。

¹¹⁹ 林山田：《刑法通論(上)》，台北：林山田出版，增訂 8 版，2002，頁 64。

¹²⁰ 〈韓國刑法上的通姦罪考察〉，頁 16

8世紀以前的英國宗教法庭，通姦歸罪一旨在禁止傳教士的不端正行為。後來的普通則將已婚女子的通姦與未婚女子的私姦區別開來，因為前者可能帶來假後代(spurious offspring)，從而使血統摻假，搞亂財產繼承關係。英語中通姦(adultery)的原意是玷污、摻假的意思，後者則不可能造成血統摻假。隨者現代社會人權意識的高漲，將通姦歸罪與財產繼承相關關係的觀點早已失去市場。¹²¹其次，通姦歸罪的夫權意識已經或正在發生改變。過去那種視妻、妾為丈夫的財產或附庸，罰女而不罰男的觀點正在逐漸退出市場，通姦歸罪趨向男女平等。

通姦罪違反刑法的邏輯，即：兩個共同犯罪人(通姦的犯罪主體)的行為沒有侵害兩個共同犯罪人，(仍是通姦的犯罪主體)。現代刑法的發展注定其在調整範圍和對象上“有所為而有所不為”。因為行為的嚴重社會危害性在某種程度上取決於特定的時代背景，與當時社會的價值取向有關；而行為的嚴重社會危害性相比行為的刑事違法性而言是第一性的，後者是由前者所決定的。所以刑法規範內容和社會保護功能上的不完整性，決定了我們不能要求刑法規制所有社會行為。¹²²

雖然法律適用時，由於通姦被害者的忍耐心和報仇心的多寡以及通姦行為人的經濟能力不同，會出現不同結果，但為了保護個人的名譽和私人生活，把通姦罪規定為親告罪也是不得已，而且這不是通姦罪才有的問題，其他親告罪也有類似問題。¹²³視為刑罰，法規範內的問題。只是在刑法上，具備構成要件符合性且具有違法性的行為所阻卻的違法性，是具體上應當懲罰的違法性。另外，刑法上應當考慮的違法性的程度，是應值得處罰的違法性的程度。從全部法秩序的觀點被認為是違法的，尚需在量上具有一定程度以上的重要性，在質上與刑罰制裁相適應。¹²⁴雖然行為具有構成要件符合性，但從實質的違法性的觀點看，這種違法性還不是不到值得處罰程度的違法。

¹²¹ 〈現代社會中通姦行為的“非罪化”〉，頁 43。

¹²² 〈現代社會中通姦行為的“非罪化”〉，頁 44。

¹²³ 〈韓國刑法上的通姦罪考察〉，頁 18。

¹²⁴ 高翔：〈可罰的違法性理論研究〉，威海：山東大學碩士學位論文，2008，頁 5。

6. 婚姻中性自主古今中外各學派的見解

6.1. 中國文化傳統—儒家

中國古代法律以宗法制度為基石，極富倫理色彩。而宗法倫常，古人認為源於婚姻，所謂“有天地然有萬物，有萬物然後有男女，有男女然後有夫婦，有夫婦然後有父子，有父子然後有君臣，有君臣 然後有上下，有上下然後禮儀有所措”。¹²⁵而法律思想向以儒家學說為主體，影響法制制度至為深切，直至清末，鮮有變易。儒家思想數千年來賴以維繫人心，建立綱紀者，即為封建家族的倫常觀念。我國固有法制，數千年來都受該禮教的支配。直至清末，始受西洋文化影響，而不得不變更法制。¹²⁶

6.2. 外國學派—康德(Kant)的見解

德國哲學家康德最早提出配偶權的概念，康德認為，婚姻雙方彼此的關係是平等的占有關係，而在於婚姻中，互相他方擁有兩種權利，一是對人權，一是對物權。夫妻的對物權即夫妻相互具有物權的支配關係，基於這種支配關係而擁有的權利，即可以排除第三人的獨占的、排他的支配權。康德的學說對於後世有很大的影響。¹²⁷他通過對婚姻契約和一般契約的對比，提出婚姻的當事人所謂的交換，就是兩個不同性別的人為了終身互相占有對方的性官能而產生的結合體，它是依據人性法則產生其必要性的一種契約。康德認為：「為了實現婚姻的目的夫和妻都要委身於對方使自己成為一種物。」這本來是與人性權利相矛盾的，但由於他們彼此是對等地獲得對方，所以恢復並重新建立了理性人格。康德所謂的交換，是建立在雙方性官能的基礎上，把夫妻的婚姻看成是兩性的結合體、肉體上

¹²⁵ 《易經·序卦傳》。

¹²⁶ 韓忠謨：《法學緒論》，台北：作者自版，1994，頁 178-182。

¹²⁷ 康德：《法的形而上學原理-權利的科學》，北京：商務印書館，1991，頁 95-96。

的彼此交換，由於兩性的生理差別，人類固有的性本能，兩性官能的交換是現實存在的，也是人類實現自我發展所必須的。這是婚姻的自然屬性。具體到社會中，它反映了一定的社會生產方式和生活方式的客觀要求，是一定的物質社會關係和一定的思想社會關係的結合。¹²⁸

但是將人視為手段，在康德的哲學而言，是一種不道德的行為。這時，你不再是一個有尊嚴的人，而僅是自然界中的一個事件而已。這是對人的不尊敬。它觸犯了康德的「道德義務」。¹²⁹依康德所言，男女雙方因婚姻之締結，而有要求他方提供性器官之權利，並加以獨占。由於雙方性器官之提供，而完成性生活，所以最完美的性生活須有賴夫妻間合作協力。康德個人主義之見解：這方面並不承認夫妻關係為一「共同體」之觀念，而僅就個人結合之外觀及其目的觀察婚姻關係，故個人主義的婚姻觀，係認為婚姻為配偶之間的契約關係。因此，康德承認婚姻關係為「性的共同體」。康德表示：「個人與另一個人(即婚姻契約之相對人)，將各人生殖器及性能力供以相互使用。」即為「性的共同體」。而他主張婚姻為遵從自然法則下自然的「性的共同體」。簡言之，「婚姻關係在互異其性之兩個人間(男女間)，將各人性的特徵物，供於對方終生交互的占有之結合」。因而，康德主張，男女兩性交互的使用對方之性的特徵物，且因使用而得到某種快樂為婚姻契約的前提，故其所主張的婚姻契約不是任意的契約，而係基於人性自然法則之必要的契約。

然而，對於兩性之男女而言，康德認為，既可於自然的使用對方之性的特徵物為享樂，故從被使用之一方而言，則無所謂人格，而與所謂物者，別無二致。康德又謂，將妻(或夫)之人格，視為「物」可由夫(或妻)所有配。換句話說，依同一方法夫妻相互支配時，一方自可於支配他方之場合，回復其被支配時所視為「物」之自己人格(婚姻當事人之本來人格，自可復原而從行確立)，故婚姻當事人互相間，縱有占有關係，亦不因人格支配(占有或被支配(被占有))，而與人格權

¹²⁸ 〈從婚姻的契約性本質論夫妻忠誠契約的效力〉，頁 28，轉引鄭麗：〈婚姻關係的契約分析〉，北京：中國政法大學碩士學位論文，2003，頁 1。

¹²⁹ 陳榮華：《葛達瑪詮釋學和中國哲學的詮釋》，台北：明文書局，1998，頁 156。

來之概念相互矛盾。因而，以婚姻為滿足自己之「性的衝動」，而將生殖器交互的供與於對方占有使用為目的之要物或諾成契約。¹³⁰如是，若依康德之性共同體之看法，可以導出性契約理論，若違反契約，則違約一方可被以私法所追究，而不是刑法上的告訴。

6.3. 佛教

佛教五戒律當中的不邪淫戒，就是規範夫妻雙方除了配偶以外，不得與其他人有夫妻關係之實。不邪淫即除了夫妻之間的男女關係，一切不受國家法律或社會道德所承認的男女關係，均稱為邪淫。邪淫。又作欲邪行。為十惡之一即在家者不可為的惡行之一，以男性而言，指與妻子以外之女性淫行，又雖與妻子，但行於不適當之時間、場所、方法，亦為邪淫，不邪淫包括；男女雙方不得於、非時、非處、非量、非理而淫行。所以佛教徒的婚姻和性行為也是否合中國傳統的國家社會的制度。以下是筆者透過佛教經典及論述，來說明佛教對於婚外性行為的立場與態度。

6.3.1. 節欲生活

“一切眾生以愛欲而正性命”，愛欲是三界眾生輪迴的根本。如《圓覺經》云：「諸世界一切種性，卵生、胎生、濕生、化生，皆因淫欲而正性命，當知輪迴愛為根本。」也就是說有愛欲之心，就會輪落三界之中而不得解脫。佛陀對在家的弟子，只禁止邪淫而不禁正淫。在家的夫婦要有正常的性生活才能維持家庭的和樂。至於不邪淫就是不侵犯別人的名節，所謂邪淫一般是指合法的夫妻關係之外的愛欲行為，例如、強姦、重婚、妨礙家庭等婚外之性行為。¹³¹犯邪淫者的果

¹³⁰ 〈論我國刑法強制性交罪之發展〉，嘉義：國立中正大學法律學系研究所，2006，頁 81。

¹³¹ 陳美蓮：〈基督教、佛教的婚姻觀對婚姻品質之影響〉，嘉義：嘉義大學家庭教育研究所士論文，2006，頁 23。

報，據《中阿含經·卷五十》載，邪淫者必受現世及後世之惡報。《分別善惡報應經》云：

邪欲報有十種，何等為十：一、欲心熾盛，二、妻不貞良，三、善不增長，四、善法消滅，五、男女縱逸，六、資財密散，七、人多疑慮，八、遠離善友，九、親族不信，十、命終三途(三途 即地獄、惡鬼、畜生)。

兩性之間的迷戀，經過多生累世的薰染，於是在人們的意識深處，它已變成一種習性，以至變得癡迷堅固。眾生若能守持不邪淫，則可得種種功德，如《十善業道經》言：若離邪行，即得四種智所贊法，何等為四：一、諸根調順，二、永離喧掉，三、也所稱讚，四、妻莫能侵。不邪淫可以得貌端莊，夫婦和睦的果報。夫婦相敬如賓，無有其他淫亂行為，能和睦相處，成為美滿家庭。

6.3.2. 夫妻以禮相待相親相愛

婚姻建立在愛欲的基礎上，是諸因緣合和的產物，愛欲是內因，其他的條件是外緣。它的本質是“緣起性空”，虛幻不實的。《佛說尸迦羅越六方禮經》所云：

「西向拜者。謂婦事夫。有五事。一者夫從外來，當起迎之。二者夫出不在，當炊蒸掃除待之。三者不得有淫心於外夫，罵言不得還罵作色。四者當用夫教誡，所有什物不得藏匿。五者夫休息蓋藏乃得臥。夫視婦亦有五事。一者出入當敬於婦。二者飯食之，以時節衣被。三者當給與金銀珠璣。四者家中所有多少，悉用付之。五者不得於外邪畜傳御。」

其中「不得有淫心於外夫」的意思是：「不可以再跟別的異性交往而做出越軌的行為。」它不只包括姦淫，還包括男人的心不可轉移到妻子以外的女性身上，因此和妻子以外的人交往，女人即使在心中，也不可追求丈夫以外的男人。這都被認為是不道德的行為。

從佛法的觀點來看，眾生都是以自我為中心的從“我執”產生“我愛”。但我執重，煩惱就多，凡事從“我”的角度看問題，就會產生二元對立的分別心。譬如：這個是我的身體，這是我的丈夫、妻兒，這是我的國家，這是我的財產，這是我的思想，這是我所討厭是我所喜歡的，這是我的痛苦，這是我的快樂，這一切的一切，都是以們我為主。

6.3.3. 守貞的婚姻生活

佛教對學佛者基本要求就是要在日常生活中，奉行五戒與十善，受五戒是信仰的實踐。所以夫妻間必須忠誠，守貞，不可犯了「殺、盜、淫、妄、酒」等五戒，夫妻當不越軌，不得與夫婦之外的一切男女發生關係。佛教徒的持戒是重內心的發意，而不重肉體的貞操，佛教主張貞潔、守欲，不可淫亂的婚姻生活。所以「戒淫」其意涵包括：

- a. 侵害婚姻關係與婚外男女之通姦。
- b. 任何婚姻外之性行為。
- c. 指男女之間不正常的性行為。
- d. 不可侵犯婚姻的忠誠。

是故，一般人的「色欲」、「愛欲心」表現在對異性的追求、家庭的迷戀，對男歡女愛之事執著不捨。這種欲念是一強大的潛在心力，它是絕大多數生命痛苦的主要根源。也正是這種大小不一的欲望，引導眾生往復輪迴於此娑婆世界。只要我們覺悟到生死輪迴的根本源「自我見」，那麼「愛欲結」就會被逐漸解開，束縛我們的無明、貪愛的力量就會失去作用，超越生死，解脫自在便能得到。

6.4. 基督教

基督教的教義存在於《聖經》之中，尤其以馬太福音中的〈登山寶訓〉為代表。基督教對於婚姻中的性行為，主要教義認為要順乎人性，使男女關係合理

化，以鞏固家庭基礎，維持社會秩序。

6.4.1. 婚姻是神設立的

依據《舊約聖經·創世紀》二章一八至二五節，耶和華說：「那人獨居不好，我要為他造一個配偶來幫助他。耶和華使他沈睡，於是取下他一條肋骨又把肉合起來，造一個女人。那人說，這是我骨中的骨，肉中的肉，可以稱他為女人，因為他是從男人身上取出來的。」由此我們可以看出婚姻家庭是神親自設立的，強調婚姻是神的預備。¹³²是以一男一女做為結合，以便繁殖後代。而這種創造的重要性，在於它意味著人類繼續上帝的工作，它是一種「絕對的創造」。所以，假若這種行為或經驗不是朝著這神聖目的而為的話，便會視為罪¹³³。因此，當人類以性作為享樂的話，便是一種罪過。換言之，凡一切跟我們肉體有關和屬於一些純感受的東西，皆被界定為不好和不神聖，是不應該被強調的，所以婚姻是神計畫中的配合，而神設立這個家庭，一定有他美好的計畫和目的。

6.4.2. 婚姻是永久的契約

基督教原則上反對夫妻離異，耶和華以色列神說：

「離婚、分居和以強暴待妻子的人，都是我所恨惡的。所以當謹守你們的心，不可行詭詐和不忠。」

所以神的旨意，乃要每一對夫婦終其一生，都以生生不息，深湛無比屬靈、情感、肉體的吸引力，彼此相愛。

〈馬太福音〉十九章第六節提到：「上帝所配合者，人不可分開。休妻另娶者，即同姦淫。」這傳遞我們三個婚觀念：

¹³² 〈基督教、佛教的婚姻觀對婚姻品質之影響〉，頁 14。

¹³³ 〈論我國刑法強制性交罪之發展〉，頁 9。轉引吳敏倫，張燦輝：《性之哲學反省》，台北：台灣商務印書館，1980，頁 9-10。

- a. 神自己將夫妻配成一對。一男一女可能出於自己的抉擇而結連理，但在結婚的那一刻是神把他們套在一起，將兩個不同的個體融合為一。
- b. 從神的角度來看，婚姻是不可分裂的結合，只有死才能使夫妻分離。
- c. 為何人試圖把神所配合的分開，就是藐視神的旨意，這樣的人必自食惡果。因此，婚姻不可拆散，不論什麼誘惑、軟弱，或受到各種危險所威脅，都不能分開神所配合的。

也因此，新約認為夫妻雙方是對對方肉體具有獨占權。就此論述，夫妻間雖因婚姻契約存在，而使得夫妻間不能有彼此的「性決定自由權」。

6.4.3. 婚姻是貞潔的生活

《聖經》中神對夫妻婚姻中的性行為是有所約束的。夫婦除了自己的配偶之外，絕不對任何異性產生男女之間的愛情，也不能背著配偶和其他人發生任何性行為。¹³⁴〈希伯來書〉十三章四節：「婚姻人人都當尊重，床不可污穢，因為苟合行淫的，神必審判。」婚姻是由上帝設立，是神聖的、終身的，只有婚姻中的性行為才是唯一的合法形式，無論是丈夫還是妻子，在婚姻外發生性關係都是犯了姦淫罪，通姦是罪惡和錯誤的，受到上帝的詛咒，因為它玷污了聖靈的殿堂——基督徒的身體。¹³⁵

《聖經》中也記載了對通姦者的處罰，與鄰居之妻行淫的，姦夫淫婦都必須處死，姦婦要用石頭砸死，第一塊石頭由其丈夫來扔。教會對通姦這類道德罪犯，的懲罰包括：讓他們光頭赤腳在公共場所示眾，剝奪做禮拜的權利，革除教籍，罰款等。但是〈約翰福音〉第八章有段記載：有一次，文士和法利賽人帶著一個行淫時被拿來的婦人來，叫她站在當中，然後對者耶穌說：「夫子，這婦人是正在行淫時被拿的。摩西在律法上吩咐我們，把這樣的婦人用石頭打死。」對於耶穌而言，這是一個兩難選擇，如果耶穌判行淫的婦女有罪，就犯了殺人罪，但

¹³⁴ 〈基督教、佛教的婚姻觀對婚姻品質之影響〉，頁 16。

¹³⁵ 黃王國：〈中世紀教會對性的規範〉，天津：天津師範大學碩士學位論文，2009，頁 49。

如果饒恕她，又違背了十誡中的不可姦淫。耶穌回答：「你們中間誰是沒有罪的，誰就可以先拿石頭打她。」屋裏的人聽到這話都出去了，剩下耶穌和那個婦女，耶穌對她說，我不定妳的罪。去吧，從此不要再犯罪了。¹³⁶由此可看出，耶穌的回答也表現了他的仁愛和對性的寬容。¹³⁷

6.4.4. 婚姻的目的是在繁衍子孫

基督教認為，性雖然具有不可抗拒的吸引力，但它卻是邪惡的根源，魔鬼撒旦時刻在用「性欲」誘惑以使人們墮入地獄的懲罰。所以基督教所持的立場認為人類為了參與上帝創造萬物的過程進行中，應用禁欲主義的道德倫理去規範人們的性行為，基督教認為性行為和性想法均是不潔的，任何性行為和想法是有罪的，需要做懺悔和救贖，即使是為生殖為目的的婚姻內的性也是不能被原諒，如果雙方很享受並沈浸其中，那更是一種大罪。¹³⁸《新約·哥林多前書》第6章說：

你們豈不知不義的人不能承受神的國嗎？不要自欺，無論是淫亂的、拜偶像的、姦淫的、作戀童的、親男色的...都不能承受神的國。¹³⁹你們要逃避淫行。人所犯的無論什麼罪，都在身子之外，惟有行淫的，是得罪自己的身子。豈不知你們的身子就是聖靈的殿堂嗎？

¹⁴⁰

《新約·加拉太書》第5章也說明情慾與聖靈的水火不容：

我說你們當順者聖靈而行，就不放縱肉體情慾了。因為情慾和聖靈相爭，聖靈和情慾相爭，這兩個彼此相敵，使你們不能作所願意作的。.....行這樣事的人必不能承受神的國。¹⁴¹

性之所以在基督徒的眼裏是邪惡的，是因為他們的世界被分為肉體和精神

¹³⁶ 《約翰福音》8，3-11。

¹³⁷ 〈中世紀教會對性的規範〉，頁9

¹³⁸ 〈中世紀教會對性的規範〉，頁1。

¹³⁹ 《哥林多前書》6，9-11。

¹⁴⁰ 《哥林多前書》6，18-19。

¹⁴¹ 《加拉太書》5，16-21。

，現實與理念兩個部分，他們認為肉體；現實的世界是短暫的、不真實的，精神、理念的世界才是他們的最終歸宿。這種二元論深受柏拉圖(Plato)二元論的影響，後來早期基督教又吸收了斯多葛(Stoicism)的禁慾主義，奧古斯丁認為：人是由精神和肉體兩部分組成，世界也是由精神和物質兩部分組成，精神與物質這兩個世界是對立的，人們只有專注於精神事物，擺脫世俗事務的束縛，才能取悅上帝。¹⁴²

6.4.5. 婚後夫妻相處之道

基督教美滿婚姻的三種基本要素：信、望、愛。信是堅決意志忠貞不二，是夫妻兩人在神面前互相信實；信是一種觀念又是一種行為，它是相信並且如此照著做。望是信賴所產生的力量，這力量足以把各種可能性自未來中引出來。愛是看對方與自己一樣地珍貴，以仁愛互相尊重。

多妻不是神的心意：「雖然神有多的餘力能創造多人，他不是單造一人麼？為何只造一人呢？乃是他願人得虔誠的後裔。所以當謹守你們的心，誰也不可以詭詐待幼年所娶的妻。」(瑪二 15)

綜上所述，在基督教早期，教會對女性的理解主要是通過夏娃此一形象。為此，女人被看成道德意志上的脆弱者，被撒旦引誘，引誘男人者，褻瀆神者，原罪之源，於是導出女性邪惡的看法，從而演變成性也與罪有關。¹⁴³基督教以一種消極和壓抑的態度來看待性行為。所以從新約中可以歸結，十分重視貞潔律法，不論是肉身或思想中，而性行為只限於發生在合法的夫妻中，強調彼此對性忠誠，也就是對神的義務與對永生的努力。¹⁴⁴

¹⁴² 〈中世紀教會對性的規範〉，頁 8。

¹⁴³ 〈論我國刑法強制性交罪之發展〉，頁 14。轉引林中澤：〈西歐中世紀基督教的婚姻觀與性倫理〉，刊於台北：《歷史月刊》，第 151 期，頁 42-43。

¹⁴⁴ 〈論我國刑法強制性交罪之發展〉，頁 24。

6.5. 伊斯蘭教

許多伊斯蘭國家自封建社會的興盛以後，國家就慢慢地陷入了相對的停滯狀態，由於宗教文化對社會各個方面的深度滲透，社會對法律新的要求長期低迷，除了有關市場經濟所必需的相關法律之外，許多伊斯蘭國家根本不存在如西方發達國家的調整新的社會關係的法律。¹⁴⁵由於《古蘭經》在伊斯蘭法律體系具有至高無上的地位進而往往直接獲得法律效力，因此通姦罪的法律相關責任歷數千年而未改，成為許多伊斯蘭國家(尤其是政教合一國家)處理通姦罪或制定與通姦有關的法律時的權威依據。¹⁴⁶

6.5.1. 伊斯蘭婚姻觀

伊斯蘭教反對禁慾，絕慾與終身不婚的獨身主義，鼓勵男婚女嫁，認為結婚是每個成年穆斯林應盡的社會與宗教義務，禁止成年的穆斯林不娶不嫁。《古蘭經》云：

眾人當敬畏安拉，祂從一個人創造了他們，並由同類上造化他的配偶，並由他兩衍生了許多男女。¹⁴⁷

《布哈里聖訓》云：

同你們相比，我是最畏主、最敬主的了。……我也討老婆。誰若放棄我的教行，他便不是我教門的人。¹⁴⁸

在先知時代，有部分穆斯林為了宗教功修而不結婚，這種過著獨身生活的想法，

¹⁴⁵ 周少青、李紅勃：〈婚外性關係的法律規制〉，刊於長春：《行政與法月刊》2004，04，頁108。

¹⁴⁶ 〈婚外性關係的法律規制〉，頁109。

¹⁴⁷ 中國回教協會譯解，《古蘭經中文譯解》，第四章，第一節，台北：中國回教協會自版，2000，頁48。

¹⁴⁸ 穆薩·寶文安哈吉、賈賈提·賽來哈吉：《布哈里聖訓實錄精華》，北京：中國社會科學出版社，2003，頁204。

不但沒有獲得先知的讚揚和鼓勵，反而受到否定和批評。《古蘭經》云：

結婚是我的道路，不力行聖行者，不是我的教民，你們應婚嫁，不要學基督徒那樣出家修行。你們應選擇多趣的、多子的婦女，據真主看，比不生育的美女尤為可愛。你們要結婚，多繁殖，到了後世，我要以你們同世界民族比賽，看誰的人數多。¹⁴⁹ 青年人哪，你們有結婚能力者應當結婚。結婚最能杜絕淫事，保障貞操。¹⁵⁰

可見在伊斯蘭教看來，結婚是一項神聖、崇高的行為，穆斯林甚至將結婚視為接近安拉的一種功修，認為誰結婚，誰便完成了宗教的一半。伊斯蘭教之所以鼓勵結婚，其原因在於人類除了藉由婚姻滿足生理上的性需要之外，另一方面婚姻還擔負著繁衍子嗣、延續生命的重責大任。同樣都是結婚的行為，但隱藏的含意卻大不相同，故阿拉伯語稱人類生理需要而結婚的行為是「瓦直卜」（意為「當然」），稱人類為了繁衍子嗣而結婚的行為是「遜奈」（意為「聖行」）。¹⁵¹

6.5.2. 反對婚外性行為

伊斯蘭教看待性行為就如同肚子餓需要吃飯一樣，視性行為就是天性，所以伊斯蘭教既不主張禁欲，也不主張縱欲，而是提倡合情、合理的節慾，允許有限範圍的性關係，而結婚則是解決性欲的最好方式，因此伊斯蘭教主張人類透過婚姻滿足生理上的性需要，同時也反對任何形式的婚外性行為。《古蘭經》云：「你們不要接近私通，因為私通確實是下流的事，這行徑真惡劣。」¹⁵²

對於婚外性行為，作為伊斯蘭刑法重要淵源之一的《古蘭經》更明文規定應以法律的手段予以處罰：

淫婦和姦夫，你們應當各打一百鞭你們不要憐憫他倆而減免真主的

¹⁴⁹ 《古蘭經中文譯解》，第三十章，第二十一節，頁 265。

¹⁵⁰ 《古蘭經中文譯解》，第十六章，第七十二節，頁 265。

¹⁵¹ 馬亞萍：〈淺談伊斯蘭教的婚姻觀〉，刊於蘭州：《西北民族學院學報》，第 2 期，1994，頁 47。

¹⁵² 《古蘭經中文譯解》，第十七章，第三十二節，頁 265。

刑罰。……姦夫只得娶淫婦，或娶多神教徒，淫婦只得嫁姦夫，或嫁多神教徒，信道者不得娶她。¹⁵³

告誡女教民說：「不通姦-不以別人的兒子冒充丈夫的兒子。」(第60章12節)《布哈里聖訓錄》更是明確規定：「對已婚姦夫處以石擊極刑。」(第86章2節)「未婚男女私通，各鞭打一百；已婚男女通姦，則亂石砸死。」(第34章66節)回教法律《古蘭經》《聖訓集》中計有數十處直接論及通姦罪。《古蘭經》第25章第68節說：「誰犯此類罪惡(指通姦)誰遭懲罰。」第60章第12節告誡女教民說：「不通姦-不以別人的兒子冒充丈夫的兒子。」《布哈里聖訓實錄》第86章第21節明確規定，「對已婚姦夫處以石擊極刑。」第34章第66節規定：「對於屢犯姦情之女奴，應當出售。」等等。《可蘭經》具體應用標準是，已婚男女犯通姦罪者，處以石擊極刑，未婚男女罪通姦罪者，處以鞭笞刑。由於《古蘭經》和《聖訓集》在伊斯蘭法體系具有至高無上的地位，並且往往直接獲得法律效力，因此通姦罪的法律相關責任歷數千年未改，成為許多伊斯蘭國家(尤其是政教合一的國家)處理通姦罪或制定與通姦有關的法律時的權威依據。¹⁵⁴

6.5.3. 有限制的多妻制

伊斯蘭教的婚姻制度基本上主張一夫一妻制，但在特殊的情況下允許有限制的多妻。《古蘭經》云：

如果你們恐怕不能公平對待孤兒，那麼，你們可以選擇娶你們愛悅的女人，各娶兩妻、三妻、四妻；如果你們恐怕不能公平地待遇她們，那麼；你們只可以各娶一妻，或以你們的女奴為滿足。這是更近於公平的。¹⁵⁵

¹⁵³ 《古蘭經中文譯解》，第二十四章，第二-三節，頁 227-228。

¹⁵⁴ 〈婚外性關係的法律規制〉，頁 108。

¹⁵⁵ 《古蘭經中文譯解》，第四章，第三節頁 49。

從這一規定來看，伊斯蘭教雖然允許男性可以娶四個妻子，但男子必須要在物質和精神上都公平對待每個妻子，如果不能公平對待，就只能娶一個妻子。事實上，在伊斯蘭世界中並非每個穆斯林男性都有能力娶四個妻子，只有極少數的富人才有娶多妻的經濟能力，絕大多數的男性還是只娶一個妻子，至今一夫一妻制仍是伊斯蘭教婚姻的主要形態。¹⁵⁶

6.6. 小結

從以上分析可以看出，婚外性關係的處理或調整手段，在不同國家或同一國家的不同歷史時期，有著截然不同的表現，有的國家用刑法，有的國家用民法，有的國家民、刑法並用，有的國家則把它完全留給道德去調整，甚至有的國家實際上甚至連道德的調整都不再需要(如當今的美國)，這種不同與其說是法律的不同，不如說社會發展階段以及文化、歷史傳統的不同，或者說是社會生活需要不同。當今的美國之所以不再需要用法律去強行規制人們的婚外性行為乃是因為美國社會生活需要的使然；而伊斯蘭國家通姦法的嚴峻也與其獨特的社會構成以及由此產生的社會生活需要密切相關。¹⁵⁷反觀我國，人與人的情感交流方式，已多元化，法律是否有必要以保障家庭秩序及婚姻關係為藉口，而處罰婚外性行為，或是應該順應潮流，看成契約關係，予以除罪，這都是值得我們深思的。

¹⁵⁶ 劉俐廷：〈明清穆斯林漢文著述中的性別觀〉，台北：國立政治大學民族學系碩士論文，2007，頁 58。

¹⁵⁷ 〈婚外性關係的法律規制〉，頁 108。

7. 本國通姦罪案例解析

7.1. 個案研究及分析

為明白目前通姦罪，法院審理情形，筆者利用司法院法學檢索系統，查尋該法院對於通姦罪判決有罪、無罪結果 2 則作分析比較，以為婚外性行為除罪化的參考。

7.1.1. ○○地方法院刑事簡易判決 1 0 1 年度嘉簡字第 2 7 8 號

i. 主文：

張○○與有配偶之人相姦，處有期徒刑參月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。

ii. 犯罪事實及理由：

一、被告張○○與告訴人之夫王○○(業經告訴人撤回告訴，另由檢察官不起訴處分確定)，每次同事出遊定會參加。其夫於 1 0 0 年 1 0 月間因觀察勒戒自看守所出監後，帶同被告前去產檢，產檢後其夫即向伊坦承其等之婚外情，且被告懷孕之子即受胎自其夫，1 0 月中旬伊目睹被告已大腹便便，確定被告懷孕，伊即邀約被告詳談，談話中被告坦承與其夫有性關係，伊向其等 2 人確認後之結果一致，遂提出本件告訴。

二、按婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障(司法院大法官第 3 6 2 號、第 5 5 2 號、5 5 4 號解釋)¹⁵⁸。大法官係從憲法保障婚姻與家庭

¹⁵⁸ 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，人固得自主決定是否及與何人發生性行為，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。查刑法第 239 條對於通姦者、相姦者處 1 年以下有期徒刑之規定，雖對人民之性行為自由有所限制，惟此乃為維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要；另為避免此項限制過嚴，同法第 245 條第 1 項則規定通姦罪為告訴乃論，以及同條第 2 項經配偶縱容或宥恕者，不得告訴，係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之價值判斷，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

制度的制度性保障功能出發，認為個人人格自由發展權的性行為自由權，仍應受婚姻與家庭制度之制約。從而認為目前通姦罪及相姦罪，因為採告訴乃論之罪，以及刑法上另有經配偶縱容或宥恕者，即不得告訴之限制，認為對此等行為制定刑罰，並未逾越立法形成自由之空間，不違反憲法比例原則。是本條刑罰既仍合法存在，且合憲性解釋原則下，尚屬合憲。本院仍應依據法律審判。爰審酌被告即明知王○○係有配偶之人，竟無視告訴人夫妻情誼，恣縱私慾，率為相姦犯行，所為已侵害告訴人間夫妻關係之誠摯信賴與家庭和諧基礎，且迄今仍未能與告訴人就民事賠償部分達成和解，而徵得告訴人原諒。雖夫妻長期共同生活，難免偶因生活瑣事引發爭端摩擦，對於各自生活習慣性亦未必一再容忍；且刑法上通姦、相姦罪名之存在，能否延續原有婚姻以維社會倫常，抑或僅以民事損害賠償責任相繩為已足，常見學者提出質疑；然通姦、相姦罪名之合憲性既經司法院大法官以釋字第 554 號解釋文詳予確認，已如前述，夫妻之一方自足以產生國家刑罰權介入維繫婚姻生活之合理信賴，縱使爾後婚姻關係之長久穩固仍待夫妻投入情感用心培養，而非端賴一紙刑事判決即一蹴可幾，惟遭矇蔽或處於弱勢地位之夫妻一方既可依循刑事訴訟途徑尋求法律救濟及保護，職司適用法律之法院自無退卻或消極以對之權利，本院仍應就被告於本案中之具體犯罪情節，予以量處適當刑度，兼衡其犯罪動機、手段，及其於偵查中坦承與告訴人之夫有相姦犯行之犯後態度等一切情狀，量處如主文所示之刑，併諭知易科罰金之折數標準，以示懲儆。¹⁵⁹

iii. 本文分析

a. 本案被告張○○明知證人王○○為有配偶之人，雙方發生婚外情，並承認有性行為，且被告張○○懷孕，告訴人得知後提出本案告訴。

b. 承審法官引用釋字第 554 號解釋認為通姦罪之立法目的係為維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序。又說婚姻關係之長久穩固仍待夫妻投入情感用心培養，而非

尚無違背。

¹⁵⁹ 參照嘉義地方法院 101 度嘉簡字第 278 號

端賴一紙刑事判決即一蹴可幾，並說明職司適用法律之法院自無退卻或消極以對之權利。故通姦罪的存在是否能達到此一目的？這也顯現法官對於通姦入罪的不認同，惟應依法審判的法治觀念。

c.在實務上從沒看過因為買春而真正被提通姦罪告訴的，此乃因當事人瞭解沒有感情的婚外性行為是不會影響他們的婚姻關係的。所以無論刑事法律如何介入，均無法代替配偶之間的溝通、體諒和關心，以彌補婚姻關係實質基礎的缺口。婚姻共同生活基礎之維持，原應出於夫妻雙方之情感及信賴等關係。所以，欲追求美滿的婚姻，除當事人的自我充實與成長外，並沒有其他的替代方法。¹⁶⁰

d.本案因告訴人原諒其丈夫，但未原諒被告，故雙方未達成合解，這也演變成兩個女人的戰爭，違背婚姻忠誠的丈夫未受刑事追訴，但無婚姻忠誠義務的被告反而要接受刑事制裁。

7.1.2. 臺灣○○地方法院刑事判決 1 0 1 年度易字第 3 1 2 號

i. 主文：戴○○無罪

ii. 理由：

a. 公訴意旨略以：被告戴○○明知呂○○（所涉通姦罪嫌，業經告訴人梁○○撤回告訴，經檢察官為不起訴處分）為有配偶之人，竟基於相姦之犯意，在呂○○住處，與呂○○合意發生性行為。嗣於同日，呂○○之妻梁○○（2人於100年9月離婚）帶同警員當場查獲，並扣得沾有呂○○精液之衛生紙1團、毛髮1根，因認被告戴○○涉犯《刑法》第239條之相姦罪嫌。

b. 犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決。¹⁶¹次認定不利於被告之事實，須依積極證據，苟積極證據不足為不利於被告事實之認定時，即應為有利於被告之認定，更不必有何有利之

¹⁶⁰ 《刑罰的極限》，頁12。

¹⁶¹ 參照《刑事訴訟法》第154條第2項及第301條第1項。

證據；又事實之認定，應憑證據，如未能發現相當證據，或證據不足以證明，自不能以推測或擬制之方法，以為裁判基礎。¹⁶²

c. 另按犯罪事實之認定，為確定具體的刑罰權之基礎，須經嚴格之證明，故其所憑之證據不僅應具有證據能力，且須經合法之調查程序，否則即不得作為有罪認定之依據。倘法院審理之結果，認為不能證明被告犯罪，而為無罪之諭知。

d. 公訴人認被告戴○○涉犯相姦罪嫌，係以被告之供述、證人呂○○之證述、證人即告訴人梁○○之證述、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表各 1 份、鑑定書 1 份、妨害家庭案照片及蒐證錄影光碟 1 片為據。

e. 被告戴○○坦認：知悉呂○○為有配偶之人，伊帶宵夜至呂○○住處，2 人一起吃宵夜及飲酒，因為伊心情不佳，呂○○有安慰伊，之後呂○○撫摸伊身體，用手指插入伊陰道，當時呂○○有要求要用性器插入，但是伊拒絕，之後伊躺在床上休息，呂○○就在旁邊自慰等語。經查：

(一)告訴人梁○○與呂○○有夫妻關係，且被告戴○○坦承知悉上情。

(二)「姦淫」既為本罪之構成要件¹⁶³，即應以證據嚴格證明。查告訴人梁○○帶同員警莊○○等人前往上開處所，由梁○○以鑰匙開門進入，於房間內見呂○○未穿衣服僅下半身裹著浴巾，被告戴○○穿著內衣褲並套穿呂○○之背心，2 人一起躺臥在床等情，可見告訴人梁○○及查獲員警均未親眼目睹被告戴○○與呂○○之間有性器接合之行為至明。又證人呂○○於檢察官訊問時證稱：當天伊只有用手指愛撫並插入戴○○的性器官，是先用手指愛撫插入後，才自慰，沒有直接發生性行為等語，被告於檢察官訊問時亦堅稱：所謂性關係就是呂○○有用手指插

¹⁶² 而刑事訴訟法上認定犯罪事實之積極證據，係指適合於被告犯罪事實認定之積極證據而言，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內；然而無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在時，致使無從形成有罪之確信，根據「罪證有疑，利於被告」之證據法則，即不得遽為不利被告之認定(最高法院 30 年上字第 816 號、29 年上字第 3105 號、30 年上字第 1831 號、40 年台上字第 86 號及 76 年台上字第 4986 號判例參照)。

¹⁶³ 刑法第 239 條所謂「通姦」，係指男女雙方合意，而為姦淫；所謂「相姦」係指與有配偶之人互相合意，而為姦淫行為；「姦淫」係指男女交媾行為，以兩性生殖器官已否接合為準，始足當之。

入伊陰道，但呂○○並未用陰莖插入伊陰道或肛門，2人也沒有口交等語，再參諸現場扣得衛生紙1團，經送鑑驗之鑑驗結果，僅檢出呂亦明之精子細胞，並未檢出被告戴○○之上皮細胞，此與證人呂○○前揭證述其僅以手指插入後，自己才自慰等情不謀而合。雖被告戴○○、呂○○於前揭時、地，衣衫不整共睡一床或有瓜田李下之嫌，客觀上要難謂被告戴○○、呂○○僅屬單純朋友關係而無任何男女曖昧情愫，依常情而論，若男女合意發生性交，則男女之間必有曖昧情愫，男女間之情愫為2人合意性交行為之必要條件，合意性交僅為曖昧情愫之充分條件，亦即男女縱有曖昧情愫，邏輯上不盡然可據以推論2人已發生合意性交行為，況犯罪事實應依證據認定之，本件被告戴○○之行為於道德上雖屬可議，惟尚無積極證據足以證明被告戴○○與呂○○已為性器接合之行為，自與刑法第239條之構成要件有間。

f. 被告戴○○與呂○○雖衣衫不整共處一室，然其2人斯時是否已達到性器接合之程度，尚有未明，被告戴○○所稱呂○○僅以手指插入其陰道，並非全然不可採信。從而公訴人所提之證據，在客觀上並未達於通常一般之人均不致有所懷疑之程度。此外復查無其他積極證據足資證明被告有公訴人所指相姦犯行，本院無從形成被告有罪之確信，自難以該罪名相繩。既不能證明被告犯罪，揆諸前揭說明，依法應為被告戴○○無罪之諭知，以昭慎重。

7.1.3. 臺灣高等法院刑事判決101年度上易字第1028號

上訴人：臺灣○○地方法院檢察署檢察官

被告：戴○○

上列上訴人因被告妨害家庭案件，不服臺灣○○地方法院101年度易字第312號判決，提起上訴，本院判決如下：

i. 主文：原判決撤銷。戴○○與有配偶之人相姦，處有期徒刑肆月，如易科罰金以新臺幣壹仟元折算壹日。

ii. 理由：

a. 呂○○於前述時地，確曾以手指插入被告戴○○性器官而實行刑法第 10 條第 5 項規定之性交事實，可以認定¹⁶⁴。

(一)雖然被告辯稱：並未與呂○○以性器官接合，不構成相姦罪行云云；被告戴○○坦承知悉呂○○為有配偶之人，竟仍與呂○○衣衫不整、幾近赤身裸體共睡一床而實行符合刑法性交定義之姦淫行為，被告所為對於婚姻關係忠誠義務普世價值之維持，顯有扞格，且於通姦罪尚未除罪化之今日，所為即屬刑法第 239 條立法目的所規範婚姻關係存續中異性不正常性交行為之範。

(二)被告由呂○○以手指插入性器官之方式與呂○○性交之相姦犯行可以認定，應予依法論科。

b. 撤銷改判及科刑審酌事項：

(一)撤銷改判之理由：原審採信被告之辯解，未綜合全案情節而為被告無罪諭知，檢察官提起上訴指稱原判決不當，為有理由，應予撤銷改判。

(二)科刑審酌事項：爰審酌被告不知謹守理性，保持男女分際，破壞夫妻倫常制度傷害告訴人，影響社會善良風氣，犯後猶飾詞推諉等一切情狀，認宜量處如主文所示刑罰，並諭知易科罰金之折算標準。¹⁶⁵

iii. 本文分析

a. 戴○○明知呂○○為有配偶之人，在呂○○住處，與呂○○發生性關係。呂○○之妻梁○○帶同警員當場查獲戴○○與呂○○衣衫不整共處一室，並扣得沾有呂○○精液之衛生紙 1 團、毛髮 1 根，惟雙方被告否認有性器官接合之性行為，但承認有用手指插入陰道。

b. 通姦罪之蒐證困難，本案因發生在呂○○住處，其妻持有住宅鑰匙開門進入，屬於合法的進入，倘其妻以其他不當手段侵入，恐有侵入住宅及妨害秘密之情事

¹⁶⁴ 刑法第 10 條第 5 項規定，性交者，包括以性器進入他人之性器、肛門或口腔之行為，或者以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門之行為。

¹⁶⁵ 參照臺灣高等法院刑事判決 101 年度上易字第 1028 號

- 。
- c. 俗話說“捉姦在床”，本案因證人未當場看見被告性交，只發現沾有精液之衛生紙 1 團、毛髮 1 根。第一審法院因被告未坦承性交就依「無罪推定原則」¹⁶⁶判決戴○○無罪，但是依現場情況；被告衣衫不整共處一室，沾有精液之衛生紙，法官全然未依「經驗法則」¹⁶⁷推論雙方有性交之性行為。惟檢察官上訴；第二審法院卻以衣衫不整、幾近赤身裸體共睡一床、用手指愛撫並插入性器官。認定符合刑法性交定義之姦淫行為，而改判戴○○有罪，本判決是否符合通姦罪姦淫的構成要件，尚有疑議。
- d. 與案例一相同配偶之一方提起通姦罪告訴，最終離婚收場。
- e. 本案因告訴人原諒其丈夫，但未原諒被告，情況與案例一相同，違背婚姻忠誠的丈夫未受刑事追訴，但無婚姻忠誠義務的被告反而要接受刑事制裁。

7.2. 綜合檢討

7.2.1. 通姦者無罪反而相姦者入罪

臺灣高等法院法官黃蕪對通姦罪的判決曾說：

實務審判上，女性以通姦為理由，提出來的刑事判決，十件有九件是對先生撤回告訴；可是對那個第三者女的刑事判罪了。相反的，先生提出來的訴訟，太太通常是不被原諒的。太太原諒先生，是顧慮到先生的名譽、職務、事業前程，告他，婚姻就完了，所以就一肚子怨恨對準了那個女性第三者。¹⁶⁸

很明顯的，以上兩個案例就如黃蕪法官所言，配偶都原諒了先生，但卻未原諒相姦的女方，從表面上來看，夫或妻為婚外性行為均受同等處罰，乃符合男女平等

¹⁶⁶ 《刑事訴訟法》第 154 條第 1 項：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」

¹⁶⁷ 《刑事訴訟法》第 155 條：「證據之證明力由法院本於確信自由判斷，但不得違背經驗法則及論理法則。」(源自亞里斯多德(Aristotle)所創分析哲學派之「經驗主義(empiricism)，強調一切知識來自於經驗，根據經驗解釋事理，不摻雜無法驗證的空泛想法。)

¹⁶⁸ 黃蕪：〈只懲罰女人的通姦罪廢了吧〉，刊於台北：《聯合報》，15 版，1999，12，23。

的要求。但是社會仍存在夫通姦無所謂，妻通姦應處罰的不平等觀念，縱使刑法規定平等處罰，實際上的執行效果倒是可議的。

7.2.2. 通姦證據能力形成執法者蒐集困難

提出通姦罪的原告，第一個要面對的就是舉證責任，因為刑罰的裁判均須依有力且確切的證據證明，但是通姦事實多發生在私密場合，且通姦罪不處罰預備犯及未遂犯。除非捉姦時算好「天時、地利、人和」，強行破門而入，否則實難認定兩人是否發生過性行為。就算當場發現通姦者赤裸身體、扣有擦拭過的衛生紙或是使用過的保險套，但是通姦當事人，如果不承認有通姦事實，那麼通姦者是否有罪，就要由法官「自由心證」，確信真的有通姦事實。這也是通姦行為，舉證困難的原因。若採取更有效的舉證手段往往必須冒著觸犯刑法毀損罪、妨害秘密罪的處罰風險。為了要蒐集證據，當事人往往耗費大量時間、精力與金錢取得證據，但是通姦罪即使成立，通姦犯的法定刑度僅為一年以下有期徒刑。如果以作為非價判斷反映的法定刑度與耗費的資源相比較而言，通姦罪之告訴對於懲罰婚外性行為其實是一個不經濟的做法。

7.2.3. 自由心證判決形成矛盾

由案例二的判決，我們可以看到法官自由心證及對刑法通姦罪的構成要件的認知差異，更反映出法官未受嚴格邏輯論證(arguments)的訓練；同樣的事證，同樣用中華民國刑法判決、但不同的法官對證據的見解，對法條的適用，卻產生天壤之別的判決，第一審判決無罪，但第二審卻判決有罪，這如何讓人對司法的公信力產生信心，承審法官對於案件判決的理由，會因為思緒不一樣而有不同的想法，不同的想法導致不同的判決結果。結果就是與社會習慣相悖，或跟民眾期待不符，未盡法通、情通、理通及悖逆社會常情，經驗遭議論或批評的時常發生，而爭議的發生，雖與偵、審的司法官見解有關，但法律對犯罪行為規範有欠周全

，也有值得探討之處。

7.2.4. 動用通姦罪追訴最終離婚收場

現行刑法第 239 條設立通姦罪，處罰有配偶之人在婚姻外的性行為。然而社會現實上，夫或妻的外遇行為一旦動用通姦罪從事追訴與審判，其結果大部分係以離婚收場，使通姦罪並不能達到立法上想保護婚姻及家庭的立法目的，反而對於婚姻及家庭具有破壞性的作用。¹⁶⁹

7.2.5. 撤回告訴浪費司法資源

若就基於成本及資源層面來看，任何人發動刑事司法程序，國家均須要投入相當的人力與物力作調查與審判，倘若通姦罪之有告訴權配偶，發動刑事訴訟程序的目的只為了獲取鉅額的和解金，如此即模糊了刑法通姦罪是為維護婚姻、家庭制度之立法目的。若告訴人不是為了恫嚇被告而撤回告訴，其撤回告訴之行為顯然也是體認到以刑法相繩通姦行為，根本無法挽救婚姻破滅，此非刑法所應涉入的領域，雖然配偶違背了當初共組家庭的承諾，但以刑罰相繩通姦行為，並非明智的選擇，如斯情形，就應該將通姦罪除罪化，不要因為刑罰使得夫妻關係雪上加霜。¹⁷⁰

¹⁶⁹ 林山田：《刑法的革新》，台北：學林文化事業出版，2001，頁 68。

¹⁷⁰ 〈通姦罪弊決之實證研究〉，頁 43。

8. 結論與建議

法律作為統治階級的一個專制工具，一個社會的上層建築，維護社會秩序、保障公民人權的一種手段，如果不能和時代發展的腳步一致的話，後果將是可想像的，依目前的時空環境，如果我們對於婚姻外性行為仍然堅持傳統的“重刑輕民、以刑為主”的法律思想，那麼將會背離國際社會的主流。其實法律既是一種主觀的意識形態，又是一種客觀的現實反映，說法律是主觀的，因為法律畢竟是由“人”制定出來的，施行過程中也要通過人的主觀意識起作用；說法律是客觀的，因為法律畢竟是一種上層建築，而且只能是客觀的人民知識水平的反映，任何法律都不能脫離人民知識水平。所以我們探討我國的法律現代化時，必須要立足於我國當前人民的生活水準和現實情況。¹⁷¹

筆者針對我國婚外性行為是否該以刑法處罰或非罪化之問題，分就本國歷史沿革及各國立法與主要宗教教義研究論述後，提出本文觀點與建議：

8.1. 結論

由於本文旨在探討婚姻外性行為是否該入罪或除罪化，所以僅基於法律現代化的觀點對我國刑法體系進行檢討並提出我國通姦罪除罪化思想，其研究心得及結論如下：

8.1.1. 婚外性行為是道德行為非法律問題

通姦行為應入罪或除罪化，在我國的刑事立法最主要表現為法家的“嚴刑峻法”與儒家的“德主輔刑”之間的矛盾，不過儒家僅管強調“德主輔刑”但在刑事立法中仍然體現出一種帶有理想色彩的重刑化思想傾向，這種傳統法律思想認為，法律與道德同屬秩序規範，為了維持社會秩序，便將道德規範以法律規定之，以致不具法律規範價值者，常臚列於傳統律例之中。時至今日，法學教育日漸普及

¹⁷¹ 〈刑法之除罪化思想探討〉，頁 19。

人民的法意識已非如傳統那般保守。在此背景下，我們更應確實思考法律與道德分界，不應再將二者混為一談，忽略法律與道德應有的分界，將道德條款列入法律規範中，產生法律強制道德的現象。更進一步地，我們應討論刑法通姦罪及若干不合時宜的道德條款，並探討其除罪化的可行性。¹⁷²

8.1.2. 刑法並不能遏制婚外性行為之發生

夫妻之任何一方為婚外性行為，均堪認係出於一定之需求，而需求之原因，不論是夫妻間彼此之溝通不良、個人感情因素甚至是單純的追求性的滿足及刺激等因素所產生之需求，在實務上恐怕均非合法婚姻中的性行為可以予以替代；是縱然可以認可家庭生活關係，仍有賴法律之規範，方能達成一定的保護，但是欲藉由刑罰特有威嚇性格加以規範，此時需求者予以考慮的，即刑法之威嚇，是否足以根絕或有效降低原本欲為通姦行為人之行為需求？而刑罰之威嚇程度，又泰半以上取決於可以實際實現刑罰之程度。所以，如將刑罰視為通姦行為人將可能支付之成本，苟通姦行為人經由通姦可獲得之滿足，猶大於其將可能受到之刑法處分，則行為人在仍有需求且欲追求自身最大滿足之情形下，通姦罪之存在，恐怕不足以有效阻止婚外性行為之發生。¹⁷³

8.1.3. 通姦行為無損配偶法益

婚外性行為在世俗上被認為是不名譽之行為，惟所謂名譽乃社會上一般人對一個人之人格所作之評價，對於未為通姦之他方配偶，其人格評價並無任何的影響。因此，通姦行為，對於未為通姦之他方配偶，並無妨害名譽之情形存在。又所謂善良風俗或所謂一般道德觀念，均與刑法學中之社會法益的內涵有所出入，以之為一種法益而藉刑罰之手段予以保護，實滋疑義。¹⁷⁴通姦罪在犯罪行為的歸

¹⁷² 〈從「法治國刑法」觀點探討婚外性行為之法律責任〉，頁 93。

¹⁷³ 李怡諄：〈現行通姦罪規範之法律經濟分析-兼論憲法上家庭之立法保護模式〉，高雄：國立中山大學中國與亞太區域研究所，2010，頁 211-212。

¹⁷⁴ 〈婚外性行為法律問題之研究〉，頁 314。

類上，屬於無被害人之犯罪，且另一方面，通姦罪並無助於婚姻狀態之維護、補救。基於比例原則、刑法謙抑思想、罪責原則，以及刑法之最後手段性，並為追求兩性之間的實質平等，實應將《刑法》第239條通姦罪予以除罪化，使通姦行為回歸私領域，依據民法之規定，依循民事爭訟程序獲得救濟。¹⁷⁵

8.1.4. 通姦蒐證困難定罪率低

由於性行為的特殊隱密性，使得在偵查、追訴的過程中，產生極大的問題，又偵查所取得的證據，在證據能力及證據證明力部分，司法審判實務中亦多有分歧，而造成通姦行為之定罪率偏低，更大大降低了政府之威信。況縱使通姦行為經有罪判決確定，依現行實務之判決，多以簡易判決，最多量處六個月以下，得以易科罰金之短期徒刑，更讓通姦行為，本可藉由自由刑而產生之嚇阻及禁止犯罪功能，無法達到目的地。復因通姦行為之蒐證上，因前述通姦行為之私密性，往往需支付高額之成本，反而有不當蒐證而觸犯其他刑法規定之風險，故為了節省司法資源，實應考慮婚外性行為除罪化。

8.1.5. 通姦罪立法不符合世界潮流

世界各國因國情不同，有關生活上之法律規範固有差異，但不同的文化可以相互融合，先進國家之法律理論亦可參考借鏡，尤其在全球化之今天，各國人民大量移動交往，自有必要再將法律規範趨向同一化，並承認國際社會有一套共同之行為準則，使我國法治建設之改革方向國際化，而能與世界主流價值接軌。¹⁷⁶

8.1.6. 通姦入罪並不能對家庭產生制度性保障

有配偶之人與第三人發生婚外性行為，他方配偶之所以會進行通姦罪告訴之

¹⁷⁵ 鄭椿瀚：〈同性戀婚姻法律問題之研究〉，台北：中國文化大學中山與大陸研究所碩士論文，2010，頁83。

¹⁷⁶ 《通姦除罪化-案例研究與實證分析》，頁155-156。

動機，除希望發生婚外情之一方回心轉意、懲罰婚外情、作為獲得較佳離婚條件(如贍養費)、取得子女監護權之手段外，其藉此為報復手段者，亦不乏其例，而在社會現實上，基於通姦之舉證困難及對配偶的經濟及精神依賴等因素考量，女性不易對配偶提出告訴，冀免人財兩失，縱使提出通姦告訴進行訴追程序後，其欲藉此刑罰之威嚇功能維繫婚姻之存續與和諧圓滿者，恐緣木求魚而不可得，在實務上，提出通姦告訴進行訴追程序後，反而更因此造成婚姻家庭之危機，加速婚姻家庭之瓦解，顯見通姦罪對婚姻及家庭具有破壞性之作用。¹⁷⁷

8.2. 建議事項

目前國內對於通姦罪應否廢除，其爭論不外道德與法律的關係，通姦所引發的社會問題。此對照前述各國廢除通姦罪的爭議，可以發覺爭論點幾乎相同，而這些論點從他們廢除通姦罪的爭議中，都可以尋找到強有力的廢除理由，且在他們廢除通姦罪後，並沒有產生反對者所擔心的問題。從比較法觀點而言，不論是刑法謙抑思想、法益保護原則及外國立法，對於刑法通姦罪及其立法，廢除我國刑法上的通姦罪，不論時間的遠近都是無可避免趨勢。¹⁷⁸但在尚未廢除前，筆者有以下建議事項：

8.2.1. 將婚外性行為除罪化

就通姦罪而言，性忠誠義務與性自主權的觀念是否可以相容，不無疑問，獨占與自由、自主，概念上應該是抵觸的，當性自主權意識抬頭，所以必須要考慮到的或許是婚姻制度中的性忠誠義務，而不是性自主權。因為性自主權擴大了人體的身體控制權，所以不可能走回頭路。因此，本文建議以與性自主權思潮為由

¹⁷⁷ 〈婚外性行為法律問題之研究〉，頁 315。

¹⁷⁸ 〈從法史學觀點論我國刑法上之通姦罪〉，頁 232。

，將通姦罪除罪化。¹⁷⁹

8.2.2. 修正民法親屬篇

面對一個不完美的婚姻，除了在道德上譴責違背婚姻契約的外遇者之外，對通姦行為提出告訴並不能追討感情，當事人對簿公堂，在法庭針鋒相對，反而實質上破壞婚姻。與其浪費時間與精力在訴訟上，倒不如從制度面改革，修正民法親屬編，¹⁸⁰對於因通姦而造成夫妻之一方嚴重情緒悲痛時，除得請求一般之賠償外，並得加計請求懲罰性賠償。或者明訂法院侵害之情節，在一定數額範圍內酌定賠償額，如情節重大，賠償額得增加至一定數額。¹⁸¹以求取夫妻財產制度的平衡，與保障婚姻當事人在婚姻關係中經濟地位的獨立與離婚時能夠有效取得合理之財產分配。

8.2.3. 健全離婚制度

雖然世人有決定自己命運的自己決定權，並且這種自己決定權包括性行為上的決定權，但是通姦罪的規定並未強制他人一定要面對無愛情的婚姻生活。感情是婚姻的基礎，拋開感情來談論婚外性行為的問題是不現實的。婚外性行為有可能是夫妻雙方感情及性關係不和諧而發生的結果。如果除了配偶以外還有情人的話，可以通過離婚的方式清算舊有的婚姻關係，然後開始新的婚姻關係。所以規定通姦罪，並強制了他人的婚姻生活，沒有愛情的夫妻只要善用國家的立法機制，仍然不會受到國家的不當干涉。

8.2.4. 培養正確的婚姻觀

在現代社會裡，用什麼樣的方式來導正社會既存的婚外性行為事實是最適當

¹⁷⁹ 〈性犯罪的刑事立法規範-以性自主權的保障為心〉，頁 158。

¹⁸⁰ 〈從「法治國刑法」觀點探討婚外性行為之法律責任〉，頁 174。

¹⁸¹ 《通姦除罪化-案例研究與實證分析》，頁 234。

的做法？用刑法來規範通婚外性行為，可能易生反效果；對自己的配偶提起通姦告訴，根本無助於維持婚姻與家庭，與其用一個無效的手段來規範，不如配合適當的道德教育，培養正確的婚姻觀念與性道德觀念，才是真正的解決之道，以減少婚外性行為，才能真正的使得婚姻關係能夠穩固。¹⁸²

¹⁸² 張苑真：〈台灣婦運的外遇與婚姻論述-以通姦除罪化議題為例(1990-2003)〉，新竹：清華大學社會研究所碩士論文，2004，頁 33。

9. 參考文獻

9.1. 書籍

- 中國回教協會譯解，《古蘭經中文譯解》，台北：中國回教協會自版，2000。
- 王澤鑑：《侵權行為法一冊-基本理論·一般侵權行為》，台北：作者自版，1998。
- 尤美女：《愛情·法律·新女性》，台北：聯經出版公司，1996。
- 尹蓉先：《兩岸婚姻法親屬法比較研究》，台北：五南圖書出版公司，1999。
- 呂世倫：《黑格爾法律思想研究》，北京：中國人民公安大學出版社，1989。
- 呂有文：《刑法各論》，台北：三民書局，1986。
- 任寅虎：《中國古代婚姻》，台北：台灣商務印書館，1998。
- 李永然：《婚姻權益與離婚狀例》，台北：永然文化出版公司，1993。
- 吳巡龍：《新型法訴訟制度與證據法則》，台北：新學林出版公司，2005。
- 吳晶晶：《讓法律保護妳-女性不可不知的法律常識》，台北：方智出版社，1995。
- 吳敏倫，張燦輝：《性之哲學反省》，台北：台灣商務印書館，1980。
- 林山田：《刑罰論》，台北：台灣商務印書館，1992。
- 林山田：《犯罪問題與刑事司法》，台北：台灣商務印書館，1982。
- 林山田：《刑法的革新》，台北：學林文化出版公司，2001。
- 林山田：《刑法通論(上)》，台北：作者自版，2002。
- 林山田：《刑法通論(下)》，台北：作者自版，2002。
- 林山田：《刑法各罪論(下)》，台北：作者自版，1999。
- 林永汀：《如何保障婚姻權益》，台北：世潮出版公司，1994。
- 林士超：《現代婦女的法律問題》，台北：書泉出版社，1999。
- 林幸慧：《兩性必備婚姻法律問題》，台北：漢湘文化事業公司，1996。
- 林秀雄：《家族法論集(一)-夫妻財產之研究》，台北：漢興書局公司，1995。
- 林秀雄：《家族法論集(二)-夫妻財產之研究》，台北：漢興書局公司，1995。
- 林秀雄：《家族法論集(三)-夫妻財產之研究》，台北：漢興書局公司，1995。

- 林菊枝：《我國民法親屬編修正法評論》，台北：五南圖書公司，1987。
- 林鈺雄：《嚴格證明與刑事證據》，台北：學林文化出版公司，2002。
- 林輝煌：《論證據排除-美國法之理論與實務》，台北：元照出版公司，2003。
- 姜世明：《新民法證據法論》，台北：學林文化出版公司，2004。
- 施慧玲：《家庭、法律、福利國家「現代親屬法論文集」》，台北：元照出版公司，2001。
- 孫彬、姬新江：《婚姻家庭法學》，北京：中國人民公安大學出版社，2004。
- 徐昌錦：《通姦除罪化-案例研究與實證分析》，台北：五南圖書出版公司，2006。
- 高世瑜：《中國古代婦女生活》，台北：台灣商務印書館，2001。
- 高鳳仙：《親屬法-理論與實務》，台北：五南圖書出版公司，1998。
- 張柏峰：《中國的司法制度》，台北：韋柏文化公司，2004。
- 張榮貴：《典型婚姻家庭案件訴訟證據適用》，北京：中國檢察出版社，2004。
- 許世臣：《證據蒐集與紛爭解決》，台北：新學林出版公司，2005。
- 許文生：《民法親子關係案例實用》，台北：永然文化出版公司，1993。
- 黃仲夫：《刑法精義》，台北：元照出版公司，2006。
- 黃源盛：《法律繼受與近代中國法》，台北：元照出版公司，2007。
- 黃秉心：《中國刑法史》，台北：育光書局，1996。
- 黃榮堅：《刑罰的極限》，台北：元照出版公司，1999。
- 陳榮華：《葛達瑪詮釋學和中國哲學的詮釋》，台北：明文書局，1998。
- 陳興良：《刑法哲學》北京：中國政法大學出版社，1997。
- 陳自強：《民法講義 I，契約之成立與生效》，台北：學林文化公司，2005。
- 陳志龍：《法益與刑事立法》，台北：作者自版，1993。
- 陳榮傳：《兩岸法律衝突的現況與實務》，台北：學林文化公司，2003。
- 陳錫露：《清官能斷家務事》，台北：書泉出版社，1993。
- 陳顧遠：《中國婚姻史》，台北：台灣商務印書館，1992。
- 郭東旭：《宋代法制研究》，保定：河北大學出版社，2000。
- 蔡樞衡：《中國刑法史》北京：中國法制出版社，2005。

- 韓忠謨：《法學緒論》，台北：作者自版，1994。
- 彭懷真：《婚姻與家庭》，台北：三民書局公司，2001。
- 楊大文主編：《婚姻家庭法學》，上海：復旦大學出版社，2001。
- 楊遂全：《第三人侵害婚姻家庭的認定與處理》，北京：法律出版社，2001。
- 劉孟錦：《婚外情(婚外生子)法律教戰手冊》，台北：華律文化出版社，2001。
- 曹漫之：《唐律疏議譯註》，吉林：吉林人民出版社，1989。
- 黑格爾：《法哲學原理》，范揚，張企泰譯，北京：商務印書館，1985。
- 康德：《法的形而上學原理-權利的科學》，北京：商務印書館，1991。
- 康德：《單純理性界限內的宗教》，李秋零譯，台北：商周出版社，2005。
- 鄭玄：《禮記注疏》，賈公彥疏，台北：藝文印書館，1989。
- 穆薩·寶文安哈吉、賈賈提·賽來哈吉：《布哈里聖訓實錄精華》，北京：中國社會科學出版社，2003。

9.2. 期刊

- 柯志明：〈惡的詰難-康德根本惡說的反思〉，刊於台北：《哲學與文化》，27卷，第12期，2000，12。
- 土屋真一：〈論除罪化〉，盧秋生譯，刊於台北：《刑事法律雜誌》，第20卷，第2期，1976，09。
- 王如玄：〈嚴懲「包二奶」的大陸新婚姻法〉，刊於台北：《律師雜誌》第269期，2002，02。
- 王海南：〈論一夫一妻婚姻制度與重婚信爛保護-評司法院大法官釋字第五五二號解釋〉，刊於台北：《月旦法學雜誌》，第96期，2003，05。
- 甘添貴：〈妨害婚姻與口交通姦〉，刊於台北：《台灣本土法學》，第42期，2003，01。
- 林秀雄：〈婚姻之形式要件〉，刊於台北：《輔仁法學》，第12期，1993，06。
- 林中澤：〈西歐中世紀基督教的婚姻觀與性倫理〉，刊於台北：《歷史月刊》，第151期，2000，08。

- 官曉薇：〈性、謊言、婚外情-從大法官解釋字第五五十四號彈性型為自由之憲法基礎與架構〉，刊於台北：《財團法人李模務實法學基金會》，2004，12。
- 南方朔：〈「通姦」雙重標準，男人隱私女人不貞〉，刊於台北：《新新聞周刊》，第 601 期，1998，09。
- 徐昌錦：〈通姦罪合憲法解釋之評析〉，刊於台北：《台灣本土法學》，第 77 期，2005，12。
- 徐昌錦：〈也談通姦除罪—從審判實務之角度出發〉，刊於台北：《司法周刊》，第 1274 期，2006，02。
- 許玉秀：〈夫妻間之保證人地位-兼論通姦罪-評釋九十年度上字第一五六號、九十年度上更(一)字第九四號、八十六年度上訴字第三九八六號、八十七年度訴字第一五六五號判決〉，刊於台北：《台灣本土法學》，2002，10。
- 許福生：〈強姦罪立法沿革之探討〉，刊於台北：《警學叢刊》，第 24 卷，第 2 期，2007，02。
- 陳毓雯：〈通姦除罪化之檢討〉，刊於台北：《刑事法雜誌》，1993，12。
- 鄭昆山：〈通姦犯罪在法治國刑法的思辨-評釋字第五五四號解釋〉，刊於台北：《月旦法學雜誌》，2004，02。
- 鄭錦鳳：〈論通姦罪除罪化-兼評大法官釋字第 554 號解釋〉，刊於台北：《軍法專刊》第 55 卷，第 5 期，2009，10。
- 羅彤華：〈唐代社會的無夫姦現象〉刊於台北：《新史學雜誌》第 20 卷，第 3 期，2009，09。
- 劉錦賢：〈儒家之婚姻觀〉，刊於台中：《中興大學中文學報》，第 21 期，2007，06。
- 瞿明安：〈簡論社會文化因素對人類性行為的影響〉，刊於香港：《華人性人類學研究》，第 1 卷，第 2 期，2009，07。
- 簡明忠：〈康德的「德育觀」在我國國中德育上的涵義〉，刊於台北：《教育文粹》，第 12 期，1983，12。
- 馬亞萍：〈淺談伊斯蘭教的婚姻觀〉，刊於蘭州：《西北民族學院學報》，第 2

期，1994，02。

9.3. 碩博士論文

王明郎：〈從比較法觀點論同性伴侶暨同性婚姻法律之保護〉，台北：國防管理學院法律學研究所碩士論文，1998。

李偉：〈刑法之除罪化思想探討〉，北京：中國政法大學碩士學位論文，2004。

吳昌植：〈韓國刑法上的通姦罪考察〉，北京：清華大學法學院碩士論文，2004。

林春長：〈事實上夫妻之研究〉，台北：私立輔仁大學法律學研究所碩士論文，2000。

林宗霖：〈兩岸婚姻制度之比較研究〉，台北：私立文化大學法律學研究所碩士論文，2004。

林君如：〈通姦罪判決之實證研究〉，台北：台灣大學國家發展研究所，2011。

柯勝義：〈從法史學觀點論我國刑法上之通姦罪〉，台北：國防管理學院法律學系碩士論文，1993。

陳榮修：〈論夫妻間之侵權行為〉，台北：私立輔仁大學法律學研究所碩士，1984。

陳美蓮：〈基督教、佛教的婚姻觀對婚姻品質之影響〉，嘉義：嘉義大學家庭教育研究所士論文，2006。

張嘉育：〈妨害性自主罪之解構與重建〉，台北：中國文化大學法律學研究所，2010。

張菀真：〈台灣婦運的外遇與婚姻論述-以通姦除罪化議題為例(1990-2003)〉，新竹：清華大學社會研究所碩士論文，2004。

黃王國：〈中世紀教會對性的規範〉，天津：天津師範大學碩士學位論文，2009。

黃偉廷：〈唐宋姦罪之研究〉，台北：中國文化大學史學系(所)碩士論文，2010。

游蕙菁：〈大陸新婚姻法之研究-兼論兩岸婚姻法上關於「結婚」與「離婚」規定之比較〉，台北：私立東吳大學法律學系研究所碩士論文，2002。

彭莉惠：〈女性婚外情情慾歷程之研究〉，台北：私立東吳大學社會學系研究所碩士論文，2003。

蔡秀娟：〈康德道德教育之倫理意函〉，嘉義：南華大學哲學系碩士論文，2008。

劉安桓：〈論通姦罪存廢之法理基礎〉，台北：國立台灣大學法學系碩士論文，2004。

劉孟錦：〈婚外性行為法律問題之研究〉，基隆：國立海洋大學海洋法律研究所碩士論文，2006。

劉俐廷：〈明清穆斯林漢文著述中的性別觀〉，台北：國立政治大學民族學系碩士論文，2007。

蕭仲廷：〈從「法治國刑法」觀點探討婚外性行為之法律責任〉，台中：私立東海大學法律學研究所碩士論文，2004

錢明琬：〈貞操權之法律觀-兼論民法第一百九十五條之修正〉，台中：國立中興大學法律系碩士論文，1998。

薛文郎：〈配偶強制性行為的規範之探討〉，嘉義：國立中正大學法律學研究所碩士論文，2003。

黎乃忠：〈從婚姻的契約性本質論夫妻忠誠契約的效力〉，重慶：西南政法大學碩士學位論文，2009。

鄭世脩：〈否認子女之訴之研究〉，台北：私立輔仁大學法研所碩士論文，1993。

鄭椿瀚：〈同性戀婚姻法律問題之研究〉，台北：中國文化大學中山與大陸研究所碩士論文，2010。

鄭麗：〈婚姻關係的契約分析〉，北京：中國政法大學碩士學位論文，2003。