

DOI : 10.6256/FWGS.202010_(113).07

通姦無罪，婚姻萬歲——從司法院釋字第七九一號解釋論大法官的新婚姻制度保障論¹

文 | 陳昭如 | 國立臺灣大學法律學系教授

圖 | 編輯室提供

一、前言

2017 年 5 月 24 日，司法院史無前例地召開國際記者會，以三種語言公佈司法院釋字第七四八號解釋，宣告民法婚姻僅限一男一女違憲，向世界宣揚臺灣作為亞洲第一的區域人權領航者。立法者則在大法官所定下的兩年期限截止前，為了迴避「婚姻」或「伴侶」的名稱爭議，透過以大法官解釋字號作為法律名稱的「創舉」，通過司法院大法官釋字第七四八號解釋施行法，賦予同

性伴侶辦理結婚登記的權利，並以「第二條關係」之名規範同性伴侶類似（但不完全等於）婚姻的權利義務²。

三年後，也是史上第一次的大法官解釋公佈儀式於 2020 年 5 月 29 日上演。這次精心設計演出的創舉是由大法官暨司法院院長許宗力「預演」憲法法院審判長的角色，公開宣讀司法院釋字第七九一號解釋，作為將於 2022 年實施的憲法法院前奏曲³。這號解釋推翻了大法官過去於 2002 年認定刑法通

1 初稿曾發表於關鍵評論網：〈通姦無罪，婚姻萬歲（上）：從片面的通姦罪到釋 791 的漫漫長路〉，網址：<https://www.thenewslens.com/article/135839>；〈通姦無罪，婚姻萬歲（下）：大法官的新婚姻制度保障論〉，網址：<https://www.thenewslens.com/article/135843>，2020 年 6 月 1 日。本文除增加註腳與參考文獻外，也修訂並增加部分相關討論。感謝臺大法研所戴郁芳同學協助整理釋憲資料製作附表，並校訂稿件。

2 該法除於第二條規定同性伴侶得辦理結婚登記外，完全未將依該法成立的關係稱為婚姻，而是稱為「第二條關係」，並以「第二條關係當事人」而非「配偶」作為登記婚姻的雙方稱謂。此外，該法也規定「準用」（而非「適用」）民法部分規定。

3 2019 年通過大法官審理案件法的名稱與全文修正，更名為憲法訴訟法，並設三年緩衝期的日出條款，於 2022 年開始生效。依據憲法訴訟法的規定，憲法法院受理法規範及裁判憲法審查之案件做成判決（而非現行的「解釋」），並由任司法院院長之大法官為審判長。

／相姦罪合憲的司法院釋字第五五四號解釋，宣告刑法第二三九條通／相姦罪違憲，並進一步宣告刑事訴訟法第二三九條規定對配偶撤回通姦告訴效力不及於第三人（亦即可以只對配偶撤回告訴）的規定違憲，更給予「自公佈日起立即失效」的強效結果，在監服刑的當事人立刻獲釋，審理中的案件獲得免訴，無須如想登記結婚的同性伴侶般苦等立法者兩年。而且，如果沒有「隱藏版」不同意票的話，這號解釋以十四比一通過，表現出大法官的極高度共識。僅有吳陳環大法官提出不同意見書，而他也是在司法院釋字第七四八號解釋投下「顯名版不同意票」的兩位大法官之一⁴。雖然僅有一份不同意見書，但近些年來習於以多份意見書各言爾志的大法官們，仍有九位提出八份違憲結論相同、但論理有別的協同意見書。

這號解釋的聲請人包括法官們與通／相姦罪的有罪確定判決的被告⁵，一共有分屬八個地方法院的十九個法

官⁶、七個案件當事人提出聲請案，陣仗龐大，而且是以男性為主的陣容。雖然全臺灣地方法院法官的性別結構為女性法官略超過五成、女性庭長佔四成（見表一），但這十九個法官以男性為絕對多數，而且所有合議庭聲請案的審判長都是男性⁷。人民聲請案的聲請當事人是男略多於女（見表二），而所有聲請案中的被告也是男性略多於女性（見表四）。在法官聲請案中，雖然告訴人是夫妻各半，但有七個案件涉及告訴人對配偶撤回告訴，其中以丈夫撤回對妻子告訴為多，並有一個案件是妻子僅對女性第三者提出告訴（編號7）（見表三）。

大法官併案受理二十六個聲請案、並召開憲法法庭辯論，其結果是將通／相姦罪與得僅撤告配偶的規定宣告違憲。我們不難預期這結果。當大法官宣布受理過去曾被宣告合憲的通／相姦罪聲請案時，我們就可以從大法官決定重新審視過去決定的行為推測其意

4 在司法院釋字第七四八號解釋投下不同意票並提出不同意見書的兩位大法官為吳陳環與黃虹霞，前者的不同意見書仰賴傳統與國際人權的論理，後者則訴諸情感。坊間盛傳該號解釋有一個隱藏版不同意票，亦即有一位大法官投下不同意票、但未提出不同意見書。憲法訴訟法第三十三條第一項規定，判決應做成判決書，記載的項目包括「參與判決之大法官姓名及其同意與不同意主文之意見，並標示主筆大法官」。因此，在2022年憲法訴訟法上路後，大法官依法必須具名表示意見，不得有「隱藏版不同意」。

5 人民聲請案的當事人包括「通姦者」（婚姻中的配偶）與「相姦者」（婚外第三者），並有部分已婚當事人兼具「通姦者」與「相姦者」的身分。

6 提出聲請的十六個法院聲請案中有六個案件為合議庭，但全部聲請案中有部分聲請案包含數個案件。案件年度由2015年至2020年，法院包括花蓮、高雄、雲林、彰化、苗栗、桃園、臺北、臺中。

7 扣除一位無法經由公開資訊確認其生理性別的法官，十七位法官中僅有四位是女性。

向——如果號稱自由派佔多數的大法官不考慮推翻先前的解釋，或許就根本不會受理聲請案⁸。當司法院刑事廳長在通／相姦罪合憲性的憲法法庭上，代表司法院陳述「得只對配偶撤回告訴的規定違憲」的機關意見時，我們就不難推知這場釋憲可能的結果。我們也可以看到，一路走來、始終如一堅持婚姻價值的法務部，上一次在同婚憲法法庭上極力捍衛一男一女婚姻制度，這一次則力主以刑法保障婚姻的性忠誠。

在總統制的美國，歐巴馬總統於連

任後公開支持同性婚姻，因此在美國聯邦最高法院於 2013 年審理聯邦的防衛婚姻法（the Defense of Marriage Act，簡稱 DOMA）限制婚姻僅能一男一女的規定合憲性時，命司法部「不代表」政府方為 DOMA 辯護⁹。在半總統制（或「超級總統制」）的臺灣，總統、行政院長與法務部在同婚與通／相姦罪兩次釋憲案的表現——在兩次的憲法法庭上，代表行政權立場的法務部都站在保守的一方——，證明前述美國行政權拒絕為保守價值辯護的場景不會在臺灣出現。反對廢除通姦罪的人們或許也可

-
- 8 雖然司法院釋字第七九一號解釋的結果證明此推測，但其他國家的憲法審查經驗則顯示不一定如此。南韓憲法法院曾在 1990、1993、2001、2008 年四次進行通姦罪的合憲性審查，皆認定合憲，直到 2015 年第五次受理才改變見解。在美國，聯邦最高法院也曾受理審查先前在 *Whole Women's Health v. Hellerstedt* (579 U.S. ____ (2016)) 一案中被判決違憲的德州法律內容幾乎一模一樣的路易西安那州限制墮胎法，並同樣宣告違憲 (*June Medical Services v. Russo*, 591 U.S. ____ (2020))。不過，必須留意的是，在 *June Medical Services* 一案投下關鍵贊成違憲票的首席大法官 John Roberts 特別聲明，他之所以贊成維持 *Whole Women's Health* 的多數意見結論，是因為法安定性（判例遵循原則）的考慮，而非改變他的個人見解。他在 *Whole Women's Health* 一案是投下反對票。
- 9 該案為 *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013)。原告為女同志 Edith Windsor，她與伴侶 Thea Clara Spyer 在同性婚姻已合法化的加拿大結婚，該婚姻並獲紐約州承認，但由於 DOMA 第三條限制聯邦僅承認一男一女婚姻，在 Spyer 過世後，Windsor 無法適用聯邦的配偶遺產稅規定，因而必須繳納 36 萬 3 千元的遺產稅。如果她們的婚姻被承認的話，Windsor 可以獲益於配偶扣減而無須繳納任何遺產稅。顯然，本案涉及性別與階級的交織問題。值得一提的是，DOMA 是 1996 年在柯林頓總統任內通過，而柯林頓簽署該法案，並未行使總統的否決權。不過，由於該法在國會是足以反制否決的多數（veto-proof majority）通過（535 對 81），即便總統行使否決權也無用。在 *Windsor* 案判決前，柯林頓投書在《華盛頓郵報》，解釋當初簽署 DOMA 的「不得已」，公開表示簽署 DOMA 是個錯誤，該推翻 DOMA 了。見 Bill Clinton, It's Time to Overturn DOMA, *Washington Post*, March 7, 2013, http://www.washingtonpost.com/opinions/bill-clinton-its-time-to-overturn-doma/2013/03/07/fc184408-8747-11e2-98a3-b3db6b9ac586_story.html。由於聯邦政府拒絕捍衛 DOMA 第三條的規定，卻又不願意讓相關個案取得退稅或相關優惠，使得聯邦最高法院受理此案件得先處理因此而生的複雜性，在判決中必須先論證，何以眾議院的兩黨法律諮詢小組（Bipartisan Legal Advisory Group (BLAG)）辯護該法合憲性之訴訟參加足以使本案成為需要聯邦最高法院介入的對立爭議，因此聯邦最高法院就此有管轄權。行政權放棄為現行法的合憲性捍衛，確實會為違憲審查帶來程序上的難題，並且遭遇「行政權何以不向國會提案修法」的質疑。在前述判決中，聯邦最高法院也特別表示，雖然在本案中法院有管轄權，但這並不表示行政權不訴諸國會而向法院提起訴訟是適當的作法。聯邦最高法院的這個警示，在川普就任總統之後更是令人深思，因為川普政府經常訴諸法院來捍衛自己行政作為合憲性（尤其是總統的行政命令）。



放心，對於通姦的社會譴責不會因此消失。在僅十餘州有通姦罪（刑度從無期徒刑到十美元罰金不等）、且通姦罪在實際上鮮少被適用的美國¹⁰，有高達九成的人們認為通姦有錯、九成九的人們期待和配偶有排他性的性關係（Rhode, 2016: 20-21）；在沒有通姦罪的歐洲，德國、義大利與西班牙，也都有至少六成的人們認為通姦是道德上不允許的行為（Rhode, 2016: 160）。

大法官宣告通／相姦罪與單獨撤告規定違憲的結果雖不令人驚訝，未來可能也不會造成社會擁抱婚外性的後果，卻仍在臺灣社會投下震撼彈。支持者盛讚大法官保障人權與性別平等，反對者則痛斥其助長外遇文化。極度重視民意反映的行政院則立刻出面「安撫人心」，說明這號解釋並不改變通／相姦

行為破壞婚姻家庭的性質，仍有民事損害賠償責任。如此分歧的反應，說明了女性主義挑戰通姦罪何以一路走來始終艱辛。大法官的解釋文與理由書，則延續司法院釋字第七四八號解釋所開啟的道路，拓展我所稱的「新婚姻制度保障論」——擴大婚姻的入口，提升婚姻中的個人保障，確保婚姻作為社會磐石的優越地位——並以「數人頭的統計論」來闡述性別平等，擁抱不分性別、不分婚內婚外的性自主權。憲法法庭上演的臺灣奇觀與釋憲迴避爭議，則讓憲改的司法院存廢課題更顯迫切，也凸顯了面對性別與憲政民主關係的重要性。

二、挑戰通姦罪的漫漫長路，屹立不搖的婚姻忠貞義務

1927 年的《臺灣民報》上，署名為玉梅女士的作者發表了題為「男女性慾的法律問題」的文章（玉梅女士，1927）。她評述的對象不是當時日本殖民帝國在臺灣所實施、與內地相同的通姦刑法，而是由日本人協助起草的中國的暫行新刑律。不過，二者的內容相同，都只處罰「有夫之婦」通姦及其「相姦者」。玉梅表示，中國與日本的

10 美國對於婚外性的規範因州而異，其法律效果包含刑罰、侵權的民事損害賠償、離婚與監護權的考量因素等等，軍隊亦有相關規範。對於美國法中婚外性法律效果的全面性討論，見 Rhoads, 2016: 61-106。Rhoads 表示美國有二十一州仍有通姦刑法（2016: 184），但於 2019 年為十八州，且有至少七州正在考慮修法廢除通姦罪。見 Joanne Sweeny, Adultery and fornication: Why are states rushing to get these outdated laws off the books? Retrieved from <https://www.salon.com/2019/05/06/adultery-and-fornication-why-are-states-rushing-to-get-these-outdated-laws-off-the-books/>

通姦刑法都是效法德國而來，因為中國和日本的男性習於男尊女卑的家族道德，盛行「蓄妾、買妓、奸通寡婦處女」、「男子蓄妾及買女者多，女子為妾為妓者多」，男性就把公認這類行為合理的德國刑法當成理想的刑法。她批評「片面的通姦罪」允許男性通姦破壞家庭、危害一夫一妻、造成妻子的不安與被虐、妻子所生子女遭受繼承上的不公平，更指責那些支持男女不平等通姦罪的論者是支持男性本位、束縛女子貞操、肯定一夫多妻。她主張採用「夫婦平等的姦通罪」，夫妻在法律上有同等不得通姦的道德責任。

同樣是性出軌，卻只罰妻子和第三者而不罰丈夫（除非丈夫是別人婚姻的第三者），這是再明顯不過的差別待遇。面對這種差別待遇，主張相同待遇才是平等、持「等者等之」立場者可以有兩種選擇：一是夫妻皆不罰，二是夫妻皆罰。玉梅的選擇是後者：反對男性的通姦特權與一夫多妻、要求一夫一妻互負貞操義務，也就是不反對通姦罪，但反對僅處罰妻子通姦（與其相姦者）。中華民國刑法制訂時的中國婦運，也採納同樣的觀點，最終促成刑法通姦罪夫妻皆罰規定的誕生。

在 1933 年時，中國婦運團體要求將通姦、重婚與納妾入罪化，主張夫妻互負忠貞義務、禁止多妻也應該禁止納妾。1933 年的刑法修正案初稿採納了婦運界的意見，有關通姦罪的規定採取夫妻皆罰、通姦與相姦人皆罰的對稱規定。1934 年的立法院在討論後，表決廢除通姦罪規定，僅留通姦罪的民事法律效果，而婦運團體也接受此種男女對稱的規定，認為男女皆不罰也算符合男女平等原則。然而，贊成廢除通姦罪的立委們被譏為是在爭取「通姦權」。在二讀會時，史尚寬¹¹等立委反對廢除通姦罪，立法院長孫科將該條文重新送刑法委員會審查，結果改為僅罰「有夫之婦」的通姦，不處罰「有婦之夫」，又回復到只罰妻子出軌不罰丈夫外遇的差別待遇。面對通姦罪修法的髮夾彎，婦運起而抗議這種單獨處罰女性而放縱男性犯罪的立法草案，四處請願並進行立法遊說，主張男女應被同等對待，最終促成立法院在同年底通過夫妻皆罰的通姦罪。然而，男性立委們為了避免「搬石頭砸自己的腳」，一方面將通姦罪改為夫妻皆罰，另一方面搭配告訴乃論、配偶寬恕或縱容不得告訴的設計，以讓男性可以藉此逃脫通姦罪的刑罰¹²。

11 史尚寬於 1932 年以立法委員中的刑法專家身分被指定為刑法起草委員，但他在戰後成為臺灣知名的民法學者，曾任第二屆大法官（1958-1967）。

12 以上的通姦罪制訂經過，係綜合參考呂秀蓮轉述端木愷（曾任立委、東吳校長）的說法（呂秀蓮，2008：137-138），以及梁惠錦（1997）。



於 1945 年開始在臺灣施行的中華民國刑法，於是以夫妻皆罰的性別中立形式規範通／相姦罪（刑法第二三九條），處罰婚姻中的性背叛者以及破壞婚姻排他性的第三者，刑法第二四五條規範通／相姦罪為告訴乃論、配偶縱容或宥恕則不得告訴。再者，刑事訴訟法第三二一條規定對配偶不得提起自訴，第二三九條但書規定對配偶撤回告訴之效力不及於相姦人。於是，法律以限制告訴和自訴的程序規範雙管齊下，制度性地保障人們可以選擇性地訴追配偶的婚外性，而婚外第三者則可以被單獨提起自訴、且不能在原告對配偶撤回告訴時一併被「原諒」。

這些性別中立的規範，表面上看起來同等地對待丈夫與妻子作為配偶的地位，實際上是以中性的外表包裝男性的性特權。1970 年代的新女性主義運動就批評夫妻皆罰的通姦刑法實為男性中心的表現。在註冊著作權審查時

被內政部斥為「嚮往群交雜婚」偏激言論的《新女性主義》一書中，呂秀蓮檢討了通姦罪的性別意涵，指出男女互負貞操義務的表象，遮不住男性中心的窘境：男人可以拈花惹草，女人不許琵琶別抱；十之八九的外遇是丈夫所為，但妻子往往忍氣吞聲；妻子偶有不貞，丈夫可以「衝冠一怒弑紅顏」（殺妻）卻博得社會的喝采¹³，這是只准州官放火、不准百姓點燈，「笑娼不笑嫖」的雙重標準（1974：75-83）。她不只反對片面貞操的雙重道德標準，批評「笑娼不笑嫖」的性文化縱容男人買性，也討論了在司法院釋字第七九一號解釋沒納入審查的刑法第二四五條，嘲諷那些民國中國的立法者不肯「作繭自縛」，因此用此規定來讓「凡是有寬宏大量仁恕涵養的太太，便該一輩子寬恕下去」（1974：81）。呂秀蓮說，表面上很公平的法律規定，不是早就有了偏差嗎？不過，她並沒有反對婚姻的忠貞義務，而是主張「己所不欲，勿施於

13 呂秀蓮以當時轟動臺灣社會的臺灣留美學生鍾肇滿殺妻案為例。1972 年，在美留學的鍾肇滿因懷疑妻子外遇而殺了她，返臺自首後，卻因留美博士生的身分以及對女性外遇的社會譴責，而使得作為殺人犯的他備受社會同情和禮遇（呂秀蓮，1974：77）。

人」：「我們抨擊男性的不貞，絕不等於我們鼓勵女子越軌」，呼籲男性「因為你不希望你太太背叛你，所以你不應該背叛她」（1974：83）。當時，呂秀蓮還針對約七十位男性作了簡單的問卷調查，問題是：「您在外逢場作戲時，是否想到太太紅杏出牆也無所謂？」，結果有約三分之一拒答，三分之一認為應該互負貞操義務，三分之一「站在男性中心的立場，認為『偷吃』是男子的特權，女人莫問！」（1974：78-79）。

從玉梅到呂秀蓮，所反對的是片面的忠貞義務，所主張的是夫妻相互的忠貞義務。玉梅所面對的是形式上差別待遇的通／相姦罪，而呂秀蓮所批判的則是形式上相同待遇的通／相姦罪，這兩種表面上有別的通／相姦罪，運作上有實質相同的雙重標準。而她們所未提及的另一種雙重標準是，丈夫「抓姦在床」而殺死「姦夫淫婦」始終是刑法義憤殺人罪的典型案例，但妻子因家暴反擊殺夫卻不被認為構成義憤殺人罪。

解嚴後的 1990 年代出現了婦運廢

除通姦罪的倡議。不過，這些倡議大多沒有主張廢除法律上的婚姻忠貞義務，只是反對以刑罰來保障此義務，並批評得單獨對第三人提起自訴、撤回對配偶的告訴不及於第三人的規定形成「女人的戰爭」，讓妻子大戰女性婚外第三者，而外遇的丈夫則可全身而退。不過，這樣的倡議並未得到大法官的認可。2002 年，大法官首度在由法官所提起的釋憲聲請案確認通姦罪合憲，認定通姦罪、告訴乃論與配偶縱容宥恕不得告訴的規定，是立法者為了保障婚姻家庭制度而對於性行為自由間所為的合理限制，不違反比例原則（司法院釋字第五五四號解釋）。2003 年，大法官更以司法院釋字第五六九號解釋宣告刑事訴訟法第三二一條得單獨對第三人提起自訴的規定合憲，認可讓通姦罪成為女人戰爭的法律條件。陳宜倩（2005）便批評這號解釋是以家庭之名強化父權控制。當時的許宗力大法官是合憲說的多數意見大法官，支持可以單獨對第三人提起自訴。他也是 2020 年做成司法院釋字第七九一號解釋的大法官中，唯一曾參與 2003 年司法院釋字第五六九號解釋的大法官¹⁴。

14 許宗力大法官首次擔任大法官為 2004 年至 2012 年（陳水扁總統提名）。蔡英文總統在 2016 年因原司法院長暨大法官被提名人謝文定之威權履歷遭嚴厲質疑抨擊後，被迫更換人選，改提名許宗力為司法院長暨大法官，引發大法官是否得「再任」的憲政爭議。這是由於憲法增修條文第五條規定第二項前段規定大法官「不得連任」，而爭議的重點就在於：「不得連任」應被解釋為僅限「不得連續擔任」（因此可以在非連續擔任的情況下再次擔任），或在任何情況下都不得再次擔任（因此只要曾任大法官即不得再次擔任）。在此次大法官人事案，總統的提名與立法院的同意，都表示這兩個憲政機關採取「僅限不得連續擔任」的解釋。

從 1990 年代開始廢除通姦罪的倡議，不只沒能獲得有權者的支持，也始終備受爭議，即便是在改革陣營中也難成共識。不少婦運團體與女性反對廢除通姦罪，其理由除了支持婚姻的性忠誠義務外，也因為廢除通姦罪形同要求妻子繳械對付不貞丈夫的武器，取走妻子「以刑逼民」的籌碼。雖然尤美女立委曾經在 2013 年於立法院中首度提出廢除通姦罪及相關規定的法案，同步進行的婦女新知廢除通姦罪連署也獲得兩百多位法學者的支持，這史上第一次的法案仍舊無疾而終。支持廢除通姦罪的男性立委，也如民國中國的男性立委一般被譏為是爭取通姦權來圖利自己。對照之下，尤美女和其他立委所各自提出的同性婚姻法案則獲得挺同陣營的廣大支持，廢除通姦罪的主張則在反同陣營的猛烈批評下被擱置或區隔，以免同婚被廢除通姦罪「連累」、同志被與濫交掛勾。對於臺灣社會的調查研究也指出，臺灣民眾對於婚外性的接受度低於對同性戀與同居關係，而且男對婚外性的接受度較高（陳美華、王維邦，2017：90-91）。

在釋字第七四八號解釋認定「相同性別的兩人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結

合關係」、並且肯定同性伴侶關係可以和異性婚姻一樣作為穩定社會的磐石之後，終於輪到通姦罪釋憲上場，確認是否可以用刑罰來確保婚姻關係的「排他性」、參與破壞排他性的第三者是否可以被單獨訴追。有別於南韓憲法法院歷經四次通姦合憲的判決之後才在 2015 年判決通姦罪違憲，臺灣只經歷兩次通姦罪（及相關自訴規定）合憲的大法官解釋，接著就在第三次將之宣告違憲。不過，與南韓憲法法院相同的是，大法官並非以性別平等保障之名宣告通姦罪違憲，而是訴諸性自主權與隱私保障。

這號解釋雖然推翻了之前司法院釋字第五五四號的通姦罪合憲見解，大法官僅輕描淡寫地表示「系爭解釋應予變更」，完全未說明為何要推翻 2002 年的見解、通姦罪合憲的見解在當年究竟是對是錯。加拿大與美國的最高法院曾經分別在有關懷孕歧視與同志歧視的案件中選擇推翻判決先例，並且坦白承認過去的錯誤。加拿大最高法院在 1989 年認定懷孕歧視構成性別歧視¹⁵，在判決書中對於十年前曾主張「懷孕歧視不是性別歧視」的決定¹⁶表示悔意，首席大法官 Robert Dickson 明確指出，當時的判決是錯的，而今

15 Brooks v. Canada Safeway Ltd., [1989] 1 SCR 1219.

16 Bliss v. Attorney General of Canada, [1979] 1 SCR 183.

日也不應做出當時那種決定¹⁷。美國聯邦最高法院則是在 2003 年宣告德州性悖軌法 (sodomy law) 違憲¹⁸，推翻了 1986 年認定喬治亞州性悖軌法合憲的判決¹⁹，首席大法官 Anthony Kennedy 在判決中強硬地表示，1986 年認定性悖軌法合憲的決定在當年就是錯的，在今天也是錯的，應該被推翻^{20,21}。這種「懺悔認錯」的強力宣示，溯及地削弱舊見解的正當性，所傳達的訊息是：法院不（只）是因為時代社會變遷才推翻過去的見解，這是當年就該作、卻未作成的決定，現在只是修正過去的錯誤而已。不過，我國大法官從未以此種方式否定自己的過去，並藉此表示對特定價值的回溯性認可。

三、利益聚合：當支持弱勢權利符合優勢利益

黑人憲法學者 Derrick Bell (1980) 曾提出利益聚合 (interest convergence) 理論來解釋有權者為何支持某些弱勢權利，是因為支持這種弱勢權利既符合優勢群體的利益，也

不會改變優勢群體的地位。這個理論可以用來解釋大法官為何做出司法院釋字第七四八號解釋：在離婚率上升、婚姻偏好度持續下降的臺灣社會，性多數與性少數的結婚自由利益匯流，而且支持同性伴侶的結婚自由，既符合大法官與臺灣作為人權領航者、提升臺灣國際地位的利益、有利於執政者挽救聲

17 原文是：I am prepared to say that *Bliss* was wrongly decided or, in any event, that *Bliss* would not be decided now as it was decided then.

18 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

19 *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

20 原文是：*Bowers* was not correct when it was decided, and it is not correct today. It ought not to remain binding precedent. *Bowers v. Hardwick* should be and now is overruled.

21 此外，於 *Bowers* 案持協同意見的大法官 Lewis Powell 於判決後一年（1987）即退休，他在 1990 年時曾公開對當時投下贊成票表示後悔（Ruth Marcus, 1990）。

望但不必以行政權和立法權推動同性婚姻（Chen, 2019: 104）。肯定同志的結婚權，因此不僅無損於異性戀婚姻的繼續存在，更支持了婚姻的優越性。利益聚合理論也可以說明司法院釋字第七九一號解釋的誕生：廢除通姦刑罰可以打造大法官作為憲法人權捍衛者的形象（雖然得負擔被婚姻忠貞支持者批評的成本），卻不會真正損及男性的性權力與婚姻的優越地位；在以女性法官稍佔多數的地方法院，聲請通姦罪釋憲的法官卻以男性佔絕大多數。這個理論更可幫助我們瞭解，為何合法化性交易、廢除通姦罪與同性婚姻合法化容易獲得標榜自由派異性戀男性的支持：擁護女人的性自由和同志的結婚權，不會因此推翻不平等的性權力與婚姻優越性，甚且有利於男性的性特權。

簡而言之，司法院釋字第七九一號解釋以「隱私權」、「性自主權」、「平等」保障之名，認定通／相姦罪過度侵犯隱私、不當限制性自主權，所造成的侵害大於所欲維護的利益，通／相姦雖然損害婚姻忠誠、但不致明顯公益，無須以刑法來處罰；訴追不一定能挽救婚姻關係，而且同一行為的通姦人與相姦人因為身分不同而可能一個被罰、一個不被罰，更違反平等。但請注意，在此所指的平等是通姦人與相姦人被不同對待的不平等，而非性別的不平等。多數大法官也認為，遭受有罪判決的女性多於男性的性別失衡現象，雖然顯示女性在訴追審理過程中的不利、有違反憲法增修條文第十條第六項國家應促進兩性地位實質平等之嫌，但既然通／相姦罪與相關告訴撤回效力規定已經被宣告違憲失效，這樣的不平等也就不復存在。至於主張合憲說的一方，則認為以刑罰保障婚姻家庭制度符合比例原則，而相關條文既然是性別中立的規定，也就沒有違反平等²²。

比例原則是個神奇的工具。合憲說與違憲說雙方都操作比例原則，但各

22 或許由於我國的違憲審查是抽象而非具體審查，而且聲請釋憲案並非依據統計上的代表性所選出，大法官們並未具體檢視聲請案中被告與告訴人的性別比例與夫妻角色。表二所呈現的性別圖像（有罪被告男性略多於女性）有別統計上的性別圖像（女性有罪被告多於男性）。表三之法官聲請案為停止審理的案件，被告中男性也多於女性。

自得到不同的結論。大法官曾在釋字第五五四號解釋與五六九號解釋用比例原則論證通姦罪與自訴規定的合憲性，在第七九一號解釋則用比例原則論證其違憲性（但所處理的不是自訴規定，而是告訴規定）。平等觀則凸顯合憲說與違憲說的差異，以及違憲說的內部爭議。合憲說主張形式上性別中立的平等，違憲說訴諸形式平等規定所產生的間接差別待遇。然而，該號解釋沒有適用憲法第七條與增修條文第十條第六項的性別平等、也沒有進一步闡述釋字第六六六號解釋所採用的間接歧視理論。因此，許宗力與黃昭元大法官用協同意見書來主張係爭規定構成性別歧視，並且用量化統計論來論證是否對於女性構成不利的差別影響，雖然兩位大法官對於量化指標的比例、是否能以量化數字得出規範評價的意見不盡相同。

從法務部所提出的統計數字來看，女性的被告比例與有罪判決比例都高於男性，而且丈夫單獨對妻子撤回告訴的比例也高於妻子單獨對丈夫撤回告訴的比例²³。然而，這些數字的性別意義並非不證自明，僅憑統計上的差異也無法充分有效地論證性別不平等權力

關係的存在。主張實質平等理論的女性主義法學家 Catharine A. MacKinnon 曾經指出，不平等雖然經常表現為數字上的差異，但要瞭解不平等的廣度與深度，不是「數人頭」（head-counting）就可以了事，這也是為什麼差別影響（disparate impact）理論不等於實質平等理論（MacKinnon, 2011: 13）。她反對把認定不平等簡化為數人頭統計操作的差別影響理論，主張辨識「階層制」（hierarchy）——宰制與臣屬的權力動態關係——才是實質平等審查的核心。除了數人頭之外，前述兩位傾向於採取差別影響理論的大法官確實努力表現對相關規定形式上中立、實質上歧視女性的批評，甚且提出女性是永遠的輸家、通／相姦罪保障的是對配偶的性獨佔權的看法，黃昭元大法官並指出同性關係也應為通姦罪所涵蓋（但通姦罪既已違憲，則無納入同性性關係的問題）。

這些聽起來很進步，批評表面上中性、實質上片面貞操義務的言論，除了可以用利益聚合理論來認識之外，也讓人回想起玉梅、呂秀蓮等批評通姦罪的女性主義者早在多年前就提出的

23 2008 年至 2015 年 10 月間地方法院檢察署偵辦刑法第二三九條起訴的案件中，女性佔起訴的比例較男性高（平均約 52%），有罪判決的比例也較男性高（平均約 55%）；丈夫單獨對妻子撤回告訴的平均比率約 46%，高於妻子單獨對丈夫撤回之平均比率 39%。見《立法院公報》第 105 卷第 15 期（2016），頁 591-593。

洞見，以及十九世紀的知名自由主義者 John Stuart Mill。Mill 曾經指出婚姻和自願奴隸制的類似性，更在與 Harriet Taylor 結婚前，宣稱自己將讓妻子保有婚前的自由、如同根本沒結婚一樣，並且拒絕享受婚姻給予男性的特權（Mill, 1971）。特權群體的成員佛心地自稱放棄特權，確實比大刺刺地享受特權來得好，但也只有特權群體的成員能夠做此宣稱、能夠決定宣稱是否成為事實。而對女性主義者 Harriet Taylor 來說，「如同沒有結婚一般」哪裡就是自由與平等呢？她又哪能真的擺脫妻子的身分？更別說，歷史上有很長一段時間，她的女性主義思想與言論是因以 Mill 的名義發表而獲得重視。世上有多少人只知 Mill 之名，但全然不識 Harriet Taylor？今日的臺灣，還有多少人記得玉梅和呂秀蓮對於通姦罪的犀利批判？

暫時撇開多數意見的大法官們對於隱私權的差異看法不論²⁴，本號解釋的理由書認為通姦罪對於個人私密領域造成重大干預。這種對於國家與個人隱私關係的看法，看似相當重視個人權利的保障，卻正凸顯其對隱私權的男性觀點——以為男人和女人有相

同的隱私權，私領域應該免於外部干預——，落實了基進女性主義法學的批評：「隱私法將私領域視為個人自由的場域。對男人來說，這一點也沒錯。對女人來說，私領域卻是親密侵犯與施虐的所在，既不自由，也不怎麼個人」（MacKinnon, 1989: 168）。大法官所看見的是對隱私權的干預，所不見的是「反干預」的消極隱私保障可能合理化權力不平等的現狀。Reva Siegel（1996）對於丈夫懲戒權轉型的精闢分析，或可作為對隱私權論述的警示：在身分體制（status regime）的現代化過程中，保障丈夫婚姻特權之法轉變為婚姻隱私之法，從而透過轉化而保存了丈夫的懲戒權。

在隱私權之外，司法院釋字第七九一號解釋中被多數大法官共同支持的核心基本權是性自主權，其所想像的平等是不分性別的人們享有相同的性自主權。該號解釋理由書的結論指出，性別失衡的現象將因為相關規定被宣告違憲而「不復存在」。換言之，除去法律的枷鎖，就是保障自由；被法律所參與創造的不平等，在去管制之後就不會存在、或者不干法律的事。問題在於，人們是否「已經」有相同的性自由？在不

24 值得注意的是，黃昭元大法官在其協同意見書中指出本案適用隱私權有待商榷之處，並以家暴為例。不過，其討論並未引用女性主義法學的相關研究。

平等的性別權力關係下，人們有相同的性自由嗎？廢除通姦罪或許讓某些女人不因婚外性而遭受刑罰，但無疑也將擴大男人的性權力，男人將比女人更「自由」。往後，我們將可以觀察，婚外性的民事侵權行為損害賠償將如何繼續打造婚姻與性自由的性別關係。

如果我們反對以婚姻來綑綁性自由，支持保障開放性的伴侶關係自由與非傳統的生活形態，拒絕以法律來強制婚姻中的人們維持排他性關係，似乎就得消除對婚外性的法律懲罰，這包括廢除通姦罪以及婚外性的民事侵權行為的損害賠償，並降低或取消婚外性在教育、工作、軍隊等各領域的法律效果。Deborah L. Rhode (2016) 即如是主張。這個自由化的方案不只必須面對前述的平等問題，也必須回應法律是否應該管制親密關係中的欺瞞。Jill E. Hasday (2019) 提出了值得思考的建議。她檢視婚外性、親子關係、身分職業、交往或結婚動機等在親密關係中常見的欺瞞，探討美國法對於此類欺瞞的保障不足與過度保障，進而主張採取相同對待的「推定」(rebuttable presumption)，也就是原則上將親密關係中的欺瞞與非親密關係中的欺瞞一樣對待。她舉了一個愛達荷州的實例來說明此推定原則可以如何處理婚外性 (Hasday, 2019: 208-209)。Mary Neal 的丈夫隱瞞自己與其他女人外遇，



Mary 知道之後，向法院提起民事侵權訴訟控告丈夫對她為未經同意的接觸 (battery)，她主張：在丈夫隱瞞外遇的期間，她對於與丈夫發生性關係的同意無效，因為如果她知道丈夫跟其他女人有性關係的話，就不會想和丈夫發生性關係，這對她來說是個侮辱。愛達荷州最高法院將 Mary 的侵權行為主張與一般非親密關係的侵權行為主張相同看待，而 Hasday 認為這是相對適當的作法。

四、大法官的新婚姻制度保障論

在保障二人結合關係的婚姻制度與個人權利之間，司法院釋字第七九一號解釋確實朝向個人權利略微傾斜，指出當代婚姻已越來越重視個人人格權，而且人民的結婚自由包含個人是否結婚、與誰結婚、兩願離婚的自由。

然而，正如釋字第七四八號解釋將婚姻界定為社會的磐石，釋字第七九一號解釋仍舊肯定婚姻有「維護人倫秩序、性別平等、養育子女等社會性功能，且因婚姻而生之永久結合關係，亦具有使配偶雙方在精神上、感情上與物質上互相扶持依存之功能」，因此國家為了「維護婚姻」，可以制訂相關規範來約束配偶雙方忠誠義務的履行。說白了，大法官對於婚姻制度始終保持忠誠，也始終認為可用法律來保障婚姻內的忠誠。就此，大法官與法務部的差異主要在於神奇比例原則的操作，而不在於雙方對於婚姻制度的忠誠有別（雖然大法官相對支持較高度的婚內個人權利保障）。這就是二十一世紀的新婚姻制度保障論：以婚姻自由與保障婚內個人權利之名，確保國家對於婚姻制度的忠誠，維持婚姻至上主義。彷彿，法律保障進入與離開婚姻的某種自由，進入與離開婚姻的選擇就是自由的。彷彿，因為進入婚姻體制而享有的優勢、處於婚姻體制之外的弱勢，只是因為選擇是否締結婚姻契約的差別。彷彿，從「身分到契約」（from status to contract）之旅已經完成，而這等於從不平等邁向自由。

女性主義政治學家 Carole Pateman 曾在評論婚姻契約時指出，契約取代身

分的終極勝利並沒有終結父權，而是以現代的形式鞏固父權（Pateman, 1988: 187）。換言之，壓迫仍在，只是轉型。大法官看得見婚姻自由，看不到強迫婚姻體制，也無視於「自由選擇」如何被用以正當化不平等。在釋字第七四八號解釋中，大法官認定同性性傾向者與異性性傾向者有相同成立親密排他永久結合關係的渴望、意願、需求與能力，同性伴侶可以和異性婚姻共同成為穩定社會的磐石。如果渴望婚姻是常態、婚姻是穩定社會的磐石，那麼，不渴望婚姻、不在婚姻之中的人們算什麼呢？為何要以貶低非／不婚者的方式，來肯定同性的平等公民身分？為何假定「結婚的自由」與「不結婚的自由」是同等的自由？在釋字第七九一號解釋中，大法官繼續肯定婚姻的功能與國家對婚姻的忠誠，也繼續不討論人們是否有進出婚姻的實質自由。不過，我們或許仍須感謝臺灣的大法官只是提出讚頌婚姻價值的「磐石論」而已，沒有如同美國聯邦最高法院的大法官一般，在要求全美承認同性婚姻的判決中以如此的負面言語描述非婚／不婚的狀態：婚姻乃是回應「一個孤獨的人呼喊而無人回應」的這種普遍的恐懼；沒結婚就等於被判處在孤獨中生活，被排除於人類文明最古老的制度之外²⁵。

25 Obergefell v. Hodges, 135 S. Ct. 2584, 2600, 2608 (2015).

同對婚姻之懲罰」，違反平等原則。這兩號解釋所傳達的訊息是：可以擴大婚姻特權，應該消除婚姻懲罰。廢除通姦罪是往消除婚姻懲罰邁進了一步。將婚姻規範原則上準用於依據司法院釋字第七四八號解釋施行法登記結婚的同性伴侶，則是擴大婚姻特權的一步。對於婚姻體制之內與之外的人們來說，這些改變促進了誰的自由、誰的平等？這是新婚姻制度保障論必須面對的課題。

大法官的新婚姻制度保障論不只強調保障個人權利的、反對懲罰婚姻，也支持擴張婚姻特權。近些年來，大法官在有關夫妻贈與免稅的釋憲案中認可擴大免稅優惠，也在夫妻所得稅合併申報的釋憲案中反對懲罰婚姻。2008年的司法院釋字第六四七號解釋所處理的是遺產及贈與稅法規定配偶相互贈與財產免稅的規定，大法官雖然認定此免稅規定排除「未成立法律上婚姻關係之異性伴侶」並不違憲，但基於此類異性伴侶關係與法律上婚姻關係的相似性，主動表示立法機關可以考慮依照情形加以保障²⁶。2012年的司法院釋字第六九六號解釋則認定，夫妻的非薪資所得必須強制合併申報會比單獨申報增加稅負，造成對婚姻與家庭不利的差別待遇，加重夫妻的經濟負擔，「形

五、餘論：從性別與憲政民主看「法庭裡的大象」

最後，讓我們檢視通姦罪釋憲的憲政體制問題。在戒嚴時期的臺灣，一些大法官們同時擔任法務部的修法委員會委員，對於參與修法研擬工作與大法官身為釋憲者身分的衝突，一點也不以為意²⁷。曾主導民國中國通姦罪修法轉向的史尚寬，甚至在大法官任內以「個人意見」之名，公開在《聯合報》上發表為蔣介石三連任解套的法律意見（史尚寬，1959）。在民主化之後，這些模糊憲政分際、有違大法官憲法守護者身分與法官倫理的行為似乎已較少為人所聽聞。然而，在近日的參審制／陪審制爭議中，前大法官許玉秀投書網路

26 迄今該法並未修訂，仍維持配偶間相互贈與的財產不計入贈與總額的規定（遺產及贈與稅法第二十條第一項第六款）。不過，登記結婚登記的同性伴侶可以準用該規定而獲得免稅優惠。

27 例如范馨香、姚瑞光、鄭玉波都曾於大法官任內擔任法務部的民法研究修正委員會委員。

媒體公開揭露呂太郎大法官奉命至總統官邸報告聽訓的憲政奇觀（許玉秀，2020），此事件引發軒然大波之後，大法官的法官倫理與司法院的定位問題又再次浮上臺面²⁸。本號解釋的大法官迴避問題與憲法法庭上演的奇特場景，就正凸顯了面對此憲政問題的重要性。

在通姦罪釋憲案的憲法法庭上，司法院刑事廳長代表關係機關司法院陳述意見，臺上的大法官們包括她的兩位長官：司法院正副院長許宗力、蔡焜燉，以及前司法院秘書長呂太郎。我們無法探知他／她們的內心世界認定對方的身分為何，但這不重要。如果當事人的雙重身分可以主觀地自由切換，人們也可以客觀地自由解讀，分處憲法法庭臺上臺下的是長官和下屬、或是大法官和機關代表，宣讀解釋文的主體身分是大法官、還是司法院長。「下屬代表機關，向機關首長報告機關意見」的臺灣奇觀，正說明了司法院的憲政體制問題：身為憲法地位為「最高司法機關」的司法機關，實際上身兼統管全國司法行政事務的功能，最高司法機關的首長也是最高司法行政機關的首長，「司法

院」也是「司法行政院」。在遭受「司法院為刑事訴訟法的主管機關，因此正副院長應該迴避」的質疑後，司法院立刻表示，正副院長雖然具有雙重身分，但未參與相關法律的修訂，無須迴避，也無人聲請迴避，此前更有先例（司法院釋字第三七七號解釋）（司法院，2020）。而司法院雖然在該新聞稿中表示相關法律案意見的簽核是由秘書長決定，卻沒有說明前司法院秘書長呂太郎是否有迴避問題。顯然，司法院所採取的是司法行政職與大法官身分的「可分離論」。

「可分離論」是否有理？或許必須從並任正副院長的大法官為何身兼法官與司法行政職的雙重身分開始談起。本號解釋之所以產生前述的大法官迴避爭議與下屬向長官報告的場景，正因為司法院是主管訴訟法等相關法規的司法行政機關。其實，憲法第七十七條規定「司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒」，司法院既是「最高司法機關」，就應該是審判機關，而非行政機關。早在 1950 年代末期，雷震就曾

28 未來，如果國民法官法的合憲性爭議成為釋憲聲請的標的，在推動人民參與審判制度過程中扮演積極與關鍵角色的司法院院長與副院長、曾任秘書長的大法官是否應迴避，也會成為爭議。如果依據司法院前述新聞稿所述的標準，並任院長與副院長的大法官於任職期間曾處理者，即應迴避。雖然該新聞稿中並未對於曾任秘書長之大法官是否應迴避表示意見，但由其說明「釋憲客體的法規範，雖非並任院長、副院長之大法官在職期間曾處理者，惟倘該案件司法院廳處提具意見，或派員到庭陳述之發言意見，相關簽核由秘書長決之，不呈核至院長、副院長」，似乎可導出曾簽核意見之秘書長也應該迴避。

經在《自由中國》上大力疾呼，主張憲法第七十七條所稱的「司法院為國家最高司法機關」是指司法院即為掌理審判的最高法院，不能「兼理」、「兼管」司法行政，並且指出當初政協協議之修憲原則第四條就明訂「司法院即為國家之最高法院，不兼管司法行政」（雷震，1959：85）²⁹。當時的雷震沒有主張廢除司法院，而是要求將司法院改制為司法機關，反對司法院掌管法官升遷調動的人事，以免法官聽命於司法院長官（雷震，1959：89）³⁰。雷震一定沒想到，在1960年軍事法庭宣判他的案件前，蔣介石召集十四位高官要員到總統府討論如何審判雷震，當時的司法院院長謝冠生是其中之一，而謝冠生所支持的審判結論就是會議最後被採納的結論³¹，也是軍事法庭判決的結果。雷震也一定沒想到，經過半個多世紀，臺灣從戒嚴邁向民主化多年之後，司法院還不斷擴大司法行政權：司法院掌管全國法官的人事調動與懲處，享有制訂司

法制度的規則制訂權與司法監督權，而且繼續將戒嚴時期自行認定合憲的司法院法律提案權（司法院釋字第一七五號解釋）發揚光大，自己用的法律自己擬，不過法律案得送立法院審議。雖然在2001年的司法院釋字第五三零號解釋要求將司法院審判機關化³²，近年來所謂司法院審判機關化的實踐之一是將大法官制度改為憲法法院，但是法庭裡的大象——司法院實際上身兼「最高司法行政機關」的角色——不只紋風不動，還越長越大。

從反對非婚歧視的單身平等觀點（Chen, 2020）來看，一個以法律保障婚姻優越性的社會，並不正義。大法官的新婚姻制度保障論應該是被挑戰的對象，而非被頌揚的德政。要挑戰大法官的新婚姻制度保障論，就必須同時處理法庭中的大象存在問題。然而，在臺灣的女性主義法律改革運動中，司法院從未成為被要求廢除的對象。晚近

29 雖然雷震舉出制憲史料作為「鐵證」，不過他不只是訴諸制憲者原意，也有客觀的憲法文本與目的解釋、體系解釋的論證。

30 依據雷震的主張，要使司法院成為司法機關，應該實現1947年司法院組織法之規定，廢除最高法院與行政法院，在司法院下設民事庭、刑事庭、司法裁判庭與公務員懲戒委員會，而各級法院的人事升遷調動則由各級法院設置人事權衡委員會來決定（雷震，1959：89）。

31 依據被列為極機密的會議記錄，當時納入討論的有甲乙丙三案，謝冠生支持乙案：雷震明知劉子英為匪諜不告密檢舉，依戡亂時期檢肅匪諜條例第九條，處有期徒刑七年；以文字為有利於叛徒之宣傳，依懲治叛亂條例第七條處有期徒刑八年；定執行有期徒刑十年，違禁書籍十八冊沒收之（陳世宏、張世瑛、許瑞浩、薛月順編，2002：331-332）。

32 司法院釋字第五三零號解釋認定，司法院除大法官之外，其本身僅具「最高司法行政機關」之地位，使得最高司法審判機關與最高司法行政機關分離，因此要求修改司法院組織法、法院組織法等法律，以符合司法院作為最高審判機關的制憲意旨。

憲改中五院體制改革提議，也僅著重於廢除考試院與監察院，未將司法院納入主張廢除的對象。有統管全國法官與司法行政事務一條鞭的「司法行政院」存在，也就是有「司法的大家長」，每個法庭中都有大象，如何能有真正的司法獨立、真正民主化的司法？如果女性主義的法律動員竟要仰賴法庭中的大象來追求性別平等，這樣的性別平等能與憲政民主並存嗎？無法與憲政民主

並進的性別平等，還是我們要追求的平等嗎？性別平等的法律動員應該與司法的民主化同行，而非各行其是。面對憲政民主與性別平等的未來，我們是要看長官聽取下屬報告的臺灣憲法法庭奇觀繼續上演，還是修憲／制憲廢除司法院，向法庭中的大象說再見，讓臺灣奇觀走入歷史？獨立的憲法法院，不需要、也不應該與法庭中的大象共存。司法院，可以廢矣。

表一：2019 年地方法院法官性別比例

單位：人（百分比）

	庭長	法官	總計
女	82 (42.7%)	714 (52.8%)	796 (51.6%)
男	110 (57.3%)	637 (47.2%)	747 (48.4%)
總計	192 (100%)	1,351 (100%)	1,543 (100%)

本文製表。資料來源：司法院網站，〈司法院及所屬各機關員工人數〉，《機關人數性別統計》，取自 <https://www.judicial.gov.tw/tw/lp-1266-1.html>

表二：人民聲請案之聲請案件當事人

編號 *	年度	姓	性別	身分	備註
17	2018	林	男	通姦人	林男被女方之丈夫提告；女方亦被男方之妻子提告，男、女方皆為被告。通姦罪判決確定。 高雄地院 106 易 678：兩人均為有配偶之人，因此兩方皆為 239 條前段之通姦罪。

18	2020	林	男	相姦人	林男被女方之丈夫提告。 通姦罪判決確定。 臺中地院 108 易 1670：相姦罪。 女方通姦罪因丈夫撤回告訴，為 公訴不受理。
19	2020	林	女	相姦人	高雄地院 106 易 855：無罪。 二審：男通姦罪、女相姦罪。
20	2020	林	女	相姦人	臺中地院 107 易 3463：相姦罪。 二審：上訴駁回。
21	2020	詹	男	通姦人	新北地院 101 簡 6872：男通姦罪、 女相姦罪。 二審：上訴駁回。
		羅	女	相姦人	
22	2020	周	男	通姦人	臺北地院 106 易 889：通姦罪。 二審：上訴駁回。

本文製表。資料來源：司法院大法官網頁，取自 <https://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/jep03/show?expno=791>

* 第一欄「編號」為司法院大法官網頁之聲請書編號。

表三：法官聲請案之案件當事人與告訴人

編號 *	身分	姓	性別	身分	備註
1	被告	湯	男	通姦人	苗栗地院 104 苗簡 592 裁定
		阮	女	相姦人	
	告訴人	李	女		通姦人湯男之妻。
2	被告	郭	男	通姦人	雲林地院 105 簡上 83：釋 791 後原 判決撤銷，免訴判決。
	告訴人	葉	女		通姦人郭男之妻。

3	被告	陳	女	通姦人	花蓮地院 106 花原易 7：釋 791 後免訴判決。
		吳	男	相姦人	
	告訴人	陳	男		通姦人陳女之夫。
4	被告	李	男	通姦人	雲林地院 106 易 209：釋 791 後不受理判決。
		林	女	相姦人	
	告訴人	鍾	女		通姦人李男之妻。
5	被告	N / A	N/A	通姦人	花蓮地院 106 原易 223（判決不公開）
6	被告	黃	男	相姦人	花蓮地院 106 易 589：釋 791 後免訴判決。 對配偶撤回告訴。
	告訴人		男		通姦人許女之夫。
	被告	詹	女	相姦人	花蓮地院 106 易 600：釋 791 後免訴判決。 對配偶撤回告訴。
	告訴人		女		通姦人范男之妻。
	被告	錢	女	通姦人	花蓮地院 107 花原易 5：釋 791 後免訴判決。
		杜	男	相姦人	
	告訴人		男		通姦人錢女之夫。
7	被告	陳	女	相姦人	高雄地院 106 易 790：釋 791 後免訴判決。 通姦人陳男「未據檢察官提起公訴」。
	告訴人		女		通姦人陳男之妻。
8	被告	李	男	相姦人	花蓮地院 107 原易 89：釋 791 後免訴判決。 對配偶撤回告訴。
	告訴人		男		通姦人余女之夫。

9	被告	許	女	相姦人	花蓮地院 107 花原易 20：釋 791 後免訴判決。 對配偶撤回告訴。
	告訴人		女		通姦人之妻。
10	被告	許	男	相姦人	臺北地院 107 審易 2901：釋 791 後免訴判決。
	告訴人		男		通姦人之夫。
11	被告	王	男	通姦人	臺北地院 108 簡 1173：通姦罪二審：釋 791 後，原判決撤銷，本件免訴判決。
	告訴人	楊	女		通姦人王男之妻。
12	被告	王	女	相姦人	臺中地院 108 易 3441：釋 791 後免訴判決。 對配偶撤回告訴。
	告訴人		女		通姦人連男之妻。
13	被告	陳	女	通姦人	桃園地院 109 原易 7：釋 791 後免訴判決。
		邱	男	相姦人	
	告訴人	余	男		通姦人陳女之夫。
14	被告	高	男	通姦人	桃園地院 105 審易 1585：釋 791 後免訴判決。
	告訴人		女		通姦人高男之妻。
	被告	阮	女 (越南籍)	相姦人	桃園地院 105 審易 1818：釋 791 後免訴判決。
	告訴人		女		通姦人高男之妻。

15	被告	王	女	通姦人	高雄地院 107 易 103：釋 791 後免訴判決。
		李	男	相姦人	
	告訴人		男		通姦人王女之夫。
16	被告	羅	男	相姦人	彰化地院 107 易 1044：釋 791 後免訴判決。 對配偶撤回告訴。
	告訴人		男		通姦人陳女之夫。
	被告	吳	女	通姦人	彰化地院 107 易 1176：釋 791 後免訴判決。
		唐	男	相姦人	
	告訴人		男		通姦人吳女之夫。
	被告	黃	男	相姦人	彰化地院 107 易 1271：釋 791 後免訴判決。對配偶撤回告訴。
	告訴人	黃	男		通姦人張女之夫。

本文製表。資料來源：司法院大法官網頁，取自 <https://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/jep03/show?expno=791>

* 第一欄「編號」為司法院大法官網頁上之聲請書編號。

表四：被告通姦罪與相姦罪之性別統計

被告性別	被告罪名	案件數 (單位：件)	案件編號 *
女性	通姦罪	5	3、6-3、13、15、16-2
	相姦罪	10	1、4、6-2、7、9、12、14、19、20、21
男性	通姦罪	8	1、2、4、11、14、17、21、22
	相姦罪	11	3、6-1、6-3、8、10、13、15、16-1、16-2、16-3、18

本文製表。資料來源：司法院大法官網頁，取自 <https://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/jep03/show?expno=791>

*「案件編號」為司法院大法官網頁上之聲請書編號。另，因無法辨識案件編號 5 之被告性別，故未納入統計。

參考文獻

- 史尚寬（1959年1月15日）。〈目前憲法是否有修改之可能與必要之商榷〉。《聯合報》，第1、3版。
- 司法院（2020）。〈有關本院釋字第791號解釋，並任院長、副院長之大法官應否迴避該案審理之說明新聞稿〉。取自 <https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1887-222911-22ea7-1.html>
- 玉梅女士（1927年12月4日；1927年12月11日）。〈男女性慾的法律問題〉。《臺灣民報》，第八版。
- 呂秀蓮（1974；2008）。《新女性主義》。新北：聯合文學。
- 梁惠錦（1997）。〈民國二十三年婦女爭取男女平等科刑之經過〉。《國史館館刊》，23：143-168。
- 許玉秀（2020）。〈許玉秀觀點：蔡總統懂憲政分際嗎？〉。取自 <https://www.storm.mg/article/2824480?page=1>
- 陳世宏、張世瑛、許瑞浩、薛月順編（2002）。《雷震案史料彙編：國防部檔案選輯》。臺北：國史館。
- 陳宜倩（2005）。〈以家庭之名強化父權的社會控制〉。《月旦法學雜誌》，120：199-209。
- 陳美華、王維邦（2017）。〈非常規性實踐的性別化態度：男「性」特權、性別分工和婚家體制的角色〉。《女學學誌》，40：53-105。
- 雷震（1959）。〈各級法院應不應該隸屬於司法院？〉。《自由中國》，20（3）：81-90。
- Bell, D. (1980). Brown v. Board of Education and the interest-convergence dilemma. *Harvard Law Review*, 93(3): 518-533.
- Chen, Chao-ju. (2019). Migrating marriage equality without feminism: Obergefell v. Hodges and the legalization of same-sex marriage in Taiwan. *Cornell International Law Journal*, 52(1): 65-107.

- Chen, Chao-ju. (2020). Single equality in the age of marriage equality. *International Journal of Constitutional Law*, 18(2): 461-465.
- Hasday, J. E. (2019). *Intimate lies and the law*. New York, NY: Oxford University Press.
- MacKinnon, C. A. (1989). *Toward a feminist theory of the State*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- MacKinnon, C. A. (2011). Substantive equality: A perspective. *Minnesota Law Review*, 383: 1-27.
- Marcus, R. (1990). Powell Regrets Backing Sodomy Law. Retrieved from <https://www.washingtonpost.com/archive/politics/1990/10/26/powell-regrets-backing-sodomy-law/alae2efc-bec6-47ec-bfb6-1c098e610c5b/>
- Mill, J. S., & Mill, H. T. (1971). Early essay on marriage and divorce. In A. S. Rossi (Ed.), *Essays on sex equality* (pp.74-75). Chicago: University of Chicago Press.
- Pateman, C. (1988). *The sexual contract*. Redwood City, California: Stanford University Press.
- Rhode, D. L. (2016). *Adultery: Infidelity and the law*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Siegel, R. (1996). "The rule of love": Wife beating as prerogative and privacy. *The Yale Law Journal*, 105(8): 2117-2207.

