



# 跨境通姦犯罪行為法律 適用之研究

張捷安\*

## 摘 要

刑法乃是國家行使主權中作為刑罰權規範之法律依據，而決定此刑罰權之範圍者，主要是由屬人原則、屬地原則、保護原則與世界法原則建構而出。通姦罪之法定刑為1年以下有期徒刑，亦即對於通姦犯罪之處罰，最重只能判處1年之有期徒刑，因此具有中華民國國籍者在中華民國領域外的通姦犯罪行為，依照屬地原則、屬人原則與保護原則之規定，因為並非屬於最輕本刑為3年有期徒刑以上之重罪，因此並無法適用刑法第239條通姦罪之法條予以處罰。至於有配偶且具有中華民國國籍者在大陸地區為通姦犯罪時，或者是為中華民國國籍者之配偶，本身不具中華民國國籍（例如大陸籍配偶），若在大陸地區與人發生通姦或相姦之行爲時，現行司法實務上之見解係認為大陸地區仍屬於中華民國領域範圍，因此對於在大陸地區從事通姦行爲或相姦行爲者，均得適用本國刑法處斷。

本研究係針對跨國的通姦犯罪，依據刑法的效力與適用範圍、通姦罪構成要件與除罪化爭議、在大陸地區、港澳地區與中華民國領域外所為通姦犯罪之法律效果等議題，分析通姦犯罪之態樣，探討在臺灣境外所為通姦犯罪行為之法律適用結果。

**關鍵字：**通姦犯罪、跨境犯罪

\* 國立中正大學犯罪防治研究所、法律學研究所博士候選人。群業法律事務所共同主持律師。





## A Research on Applicability of law against the crime of adultery committed outside Taiwan

*Chang, Chieh-An* \*

### Abstract

Power of criminal punishment is based on criminal law when a nation exercises its sovereignty. The power of criminal punishment is built on the basis of personal principle, territoriality principle, protection principle and principle of global law. The legally prescribed punishment to the crime of adultery is a limited imprisonment under one (1) year. In other words, the maximum sentence to punish the criminal of adultery is one year imprisonment. If a person having the citizenship of the Republic of China commits the crime of adultery outside the territory of the Republic of China, or in the area of Hong Kong or Macao, Clause 239 of Criminal Law (crime of adultery) can't be applied to the punishment of him/her because according to territoriality principle, personal principle and protection principle, the minimum principle punishment is not the felony of fixed term sentence more than three years.

However, if a person having a spouse and a citizenship of the Republic of China commits adultery in Mainland China, or the person not having the citizenship of the Republic of China but having a spouse who has the citizenship of the Republic of China (for example, the spouse having the citizenship of the People's Republic of China) commits adultery in Mainland China, our criminal law can be applied to judgment of the act of adultery in Mainland China because the viewpoint of our current judicial practice regards Mainland China belonging to the domain of the Republic of China.

---

\* Liu & Chang Law Firm, Barrister.



This research discusses the legal effect and the applicability of the criminal law, the elements of crime of adultery, the issue of decriminalization of adultery, and the legal effect on the crime of adultery committed in Mainland China, Hong Kong or Macau, or outside the territory of the Republic of China. According to the types of the crime of adultery, this research also analyzes and probes the law applicability against the crime of adultery committed outside Taiwan.

Keyword: adultery, transnational crime



## 壹、前言

臺灣臺中地方法院最近公布一則判決，內容指出從中國嫁到臺灣的陳姓女子，2013年5月至8月返回中國湖南省探親，與不詳男子通姦，2014年4月生下兒子，丈夫經基因比對，確認兒子不是他的，提出通姦告訴，陳女坦承通姦，但強調她在中華民國「領域外」犯案，臺灣司法不能追究，然而承審之法官認為「大陸地區仍屬我中華民國領土」，臺灣當然有審判權，依通姦罪判決4月徒刑，陳姓女子不服上訴二審法院後，因未依規定補提上訴理由，被臺灣高等法院駁回上訴後，全案定讞。然而將大陸地區之犯罪視為在中華民國領域內犯罪，是否論理上有值得商榷餘地？另，在日本、新加坡、中國大陸、南韓相繼取消或廢除關於通姦罪之處罰規定後，在國內想要進行通姦犯罪之行為人顯然在亞洲地區有更多通姦犯罪地點可以選擇。從而若配偶之一方有至中華民國境外為通姦之犯罪行為者，另一方配偶可否就該通姦的配偶及其相姦者向中華民國法院提出通姦罪的告訴？這涉及我國刑法能否適用在中華民國領域外之問題。

我國刑法關於刑法效力之適用範圍，主要是採取屬人原則與屬地原則，至於對於本國領域外之外國人的犯罪行為，若其侵害的對象是本國人或本國法益，或是所侵害者為國際社會所共同認定的基本價值時，另有保護原則與世界法原則，此等關於刑罰權效力之決定，已經成為國際上全部法治國家之根本理念。針對在中華民國境外的犯罪行為，依據屬人原則、屬地原則、保護原則與世界法原則，刑法體系內係有一套規範可以依循判斷。本研究欲探討跨國通姦犯罪之法律適用結果，除分析刑法的效力與適用範圍、針對通姦罪構成要件與除罪化等議題進行探討外，對於在大陸地區、港澳地區及中華民國領域外所為通姦犯罪之法律效果，亦將依照犯罪態樣之類型，依據刑法效力之決定原則及刑法之規範內容加以分析論述。

## 貳、研究方法

本文採用法學文獻探討研究方法進行論述，主要著眼於刑法效力之適用範圍、通姦罪之構成要件、通姦罪除罪化之爭議、在中華民國境外與大陸地區或港澳地區為通姦犯罪等不同犯罪類型態樣進行法律適用效果之分析與論述。



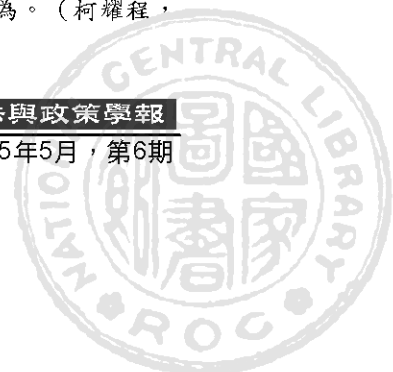
## 參、刑法的效力與適用範圍

### 一、概 說

法權為國家主權之一，而國家的主權都有一定的範圍，只有在這一定範圍內，國家才可以主張其所擁有的主權。刑法為國法主權之一種，當然有其效力範圍，刑法也僅能在國家主權得以主張之範圍下，方具有規範的效力。刑法是作為刑法權規範的法律依據，而決定此一刑罰權範圍者，係由兩個基礎原則建構而成，一為「屬地原則」，一為「屬人原則」，前者是為判斷刑法效力是否及於一定領域，後者是為決定刑法效力是否適用於一定之人。此二基本原則的規範，均僅能對於我國具有主權的領域主張，以及對於本國人才能適用。然對於本國領域外之非本國人的犯罪行為，其侵害的對象為本國人或本國法益，或所侵害者為國際社會所共同認定的基本價值時，上開二個關於刑法效力之決定原則即顯得有所侷限，故在刑法的效力決定判斷上，除關於領域與人民的二個適用原則外，更輔以「保護原則」與「世界法原則」<sup>1</sup>。此種刑罰權效力之決定原則，已經成為全世界法治國家共同根本的理念。在領域與人民的適用基礎上，輔以保護原則與世界共同維護保障國際所公認的理念與價值之世界法原則，不但使得刑法保護之功能得以彰顯，國家存在之價值及本國人民的權利，得以受

<sup>1</sup> 現行刑法關於地之效力與歐陸多數國家之刑法相同，係以屬地原則為主，並輔以屬人原則、保護原則與世界法原則。依據林山田教授之論述，刑法中關於地的效力，主要係以屬地原則為主要準則，在屬地原則之外，尚採取屬人原則、保護原則與世界法原則，以輔助屬地原則之不足。刑法中採取屬人原則之規定，計有（1）本國公務員在本國領域外犯特定之罪者，即刑法第6條之規定，（2）本國人在本國領域外犯特定之罪者，即刑法第7條之規定；刑法中採取保護原則者，計有（1）保護本國之國家法益，即刑法第5條第1款、第2款、第3款、第5款至第7款，（2）保護本國人民之法益，即刑法第8條；刑法中採取世界法原則之規定者，即刑法第5條第4款、第8款至第10款。（林山田，刑法通論上冊第92頁至第97頁，2005）

另，依據柯耀程教授之論述，刑法係作為刑罰權規範之法律依據，而規範刑罰權範圍之基礎原則有二，即刑法效力及於一定領域之「屬地原則」，以及刑法效力及於一定人的「屬人原則」。惟因此二基本原則的規範，僅能對於我國具有主權的領域主張，以及對於本國人而適用，但對於本國領域外之非本國人的犯罪行為，其侵害之對象若為本國人或本國法益，或是侵害國際共同認定的基本價值時，上開兩個刑法效力之基本原則，即顯得有所侷限，故而在刑法效力決定基礎上，除關於領域與人民的二個適用原則外，更輔以「保護原則」與「世界法原則」。採取屬地原則之定，有刑法第3條及第4條之規定；採取屬人原則之規定有刑法第6條及第7條；採取保護原則之規定者，有刑法第5條第1款、第2款、第3款、第5款、第6款、第7款及第8條；採取世界法原則者，有刑法第5條第4款屬於航空飛安之規範、第8款涉及毒品危害防制條例所規定之運送、販賣等行為、第9款販賣人口之行為、第10款海上搶劫之海盜行為。（柯耀程，刑法概論第41頁至第49頁，2007）



到本國法之保障，也使得身為國際成員之國家，得以共同對抗國際間所共同禁止的國際公罪（柯耀程，2007）。

## 二、屬地原則

屬地原則又稱為領域原則，係指凡在本國領域內所為的犯罪行為，不問行為人或被害人是否為本國人，均一律受到本國刑法權之拘束。此一原則係基於國家法權範圍的根本觀念而來。亦即一個國家法權效力及於所統治的一定領域。屬地原則乃刑法關於地之效力的最主要原則，現行刑法第3條前段規定：「本法於在中華民國領域內犯罪者，適用之」，即是宣示領域原則。所謂領域，包括領土、領海、領空。此外，根據刑法第3條後段規定：「在中華民國領域外之中華民國船艦或航空機內犯罪，以在中華民國領域內犯罪論。」至於在我國駐外領事館內犯罪，可否視為在我國領域內犯罪，實務與學者間則有不同見解。有認為各國駐外使領館，依國際法原則，駐外使領館不服從駐在國之裁判權，故我國駐外使領館雖在外國領域內，亦為我國法權所及，在我國駐外使領館內犯罪者，自可視同在國內犯罪，而得適用本國刑法處斷（韓忠謨，1992）。有認為我國刑法並未就在我國駐外使領館內犯罪者，明文規定視為是在本國領域內犯罪，為免違反刑法禁止類推之原則，自不宜比附援引刑法第3條後段，而認為在我國駐外使領館內犯罪得以在我國領域內犯罪論（林山田，2005）。實務上最高法院的見解則認為，若駐在國同意放棄其刑事管轄權者，則在我國駐外使領館中之犯罪，即得以在我國領域內犯罪論（最高法院58年第一次民刑庭總會決議，1969）。

## 三、屬人原則

屬人原則之基礎係認為一國之人民，不問為官或為民，都應受其本國法律規範之拘束，並同受其規範之保護。所謂屬人原則者，係指凡本國人違反本國刑罰法律，不問行為人身在何處，是在本國領域外或本國領域內，均受到刑法之規範。屬人原則中所稱之本國人，其認訂標準是以國籍作為基準，故只要具備我國國籍者，即屬於刑法上所稱之本國人，而基於本國人受其本國法規範之原則，以及國家對人民之主權關係，自應適用我國刑法之規定。屬人原則係源自於國家與人民間的基本權利義務關係而來，本不需透過法律加以創設，惟對於本國人在本國領域外之犯罪行為的規範，刑法第6條與第7條特別設定規範的適用關係。刑法第6條規定：本法於中華民國公務員



在中華民國領域外犯左列各罪者，適用之：一、第121條至第123條、第125條、第126條、第129條、第131條、第132條及第134條之瀆職罪。二、第163之脫逃罪。三、第213條之偽造文書罪。四、第336條第1項之侵占罪。凡此所規定之罪名，根本上都是屬於公務員職務犯罪的類型，且係針對在本國領域外所犯者。至於對於本國人在本國領域外之犯罪行為，刑法第7條則另規定為：「本法於中華民國人民在中華民國領域外犯前2條以外之罪，而其最輕本刑為3年以上有期徒刑者，適用之。但依犯罪地之法律不罰者，不在此限。」，亦即，在本國領域外犯本法所規定犯罪之本國人，必須所犯之罪其最輕本刑在3年以上且依犯罪地之法律必須加以處罰，若所犯之罪不在屬於此3年以上之罪名，或犯罪地之法律並不處罰該行為，則本國刑法均無適用餘地。有學者認為刑法第7條，以犯罪輕重程度作為本國人在領域外犯罪之限制顯然不甚恰當（黃榮堅，2003），因為對於本國人於領域外之犯行為，本於屬人原則之拘束，本應一體適用，若以犯罪輕重程度作為本國刑法是否適用之標準，易形成刑法縱容本國人於領域外之犯罪行為（柯耀程，2005）；此外，這樣的限制也涉及了國家主權行使之範圍，觀諸其他各國刑法，例如德國刑法、瑞士刑法、奧地利刑法，均無如我國所設「最輕本刑為三年以上有期徒刑」方得適用之限制，從而如此自我設限顯非妥當。

#### 四、保護原則

刑法的適用效力中屬於保護原則者，有刑法第5條第1、2、3、5、6、7款及第8條之規定（柯耀程，2007）<sup>2</sup>。刑法作為國家刑罰權規範的基礎，自需對於國家所欲保護的權利為權力宣示，當刑法所保障的權利在領域內受到侵害時，刑法自得依據屬地原則加以規範；惟當刑法所保障之權利在領域外受到侵犯時，即無法透過屬地原則加以規範，若行為人屬於本國人時，尚得依據屬人原則而適用刑法，但如所受害者為領域外，且侵害加害人非為本國人時，既無法依據屬地原則，也不能依照屬人原則適用刑法，此時刑罰權保障之機制，顯然有規範不足之情形（柯耀程，2007）。為確保本國刑法所欲保護之權利得以更周延的受本國法之保護，在刑法的適用效力中，自須輔以保護原則。

<sup>2</sup> 刑法第8條之規範，依據國內多數刑法學者之意見，認為是刑法效力中屬於保護本國人民法益之保護原則的體現（請參考註釋1）。另，在一般國際法上，有將此規定定性為是「被動的國籍（屬人）原則」，惟此應係立於準據法選擇時之本位觀察判斷。刑法第8條之立法意旨是為善盡國家保護人民之責，及顯示國家主權之宣示效應，因此為保護本國人民在領域外之權利，本國刑法第8條才周延的予以規範。（柯耀程，刑法概論第47頁，2007）



在刑法的規定中，保護原則作為刑法效力的決定原則者，主要是著重於法益保護的觀點。從刑法第5條及第8條之條文可知，刑法關於保護原則之適用，所欲保障的整體性法益有內亂罪、外患罪、刑法第135條、第136條、第138條之妨害公務罪、偽造貨幣罪、刑法第201條至第202條之偽造有價證券罪、第211條、第214條、第218條以及第216條行使第211條、第213條、第214條之偽造文書罪。此等法益因為涉及國家存續基礎、國家的經濟、金融秩序或公共信用等層面，因此縱令在本國領域外，不問任何人，如有侵害此等法益，本國刑法均得適用而加以處罰。保護原則下，除了整體性法益之保護外，本國人民在國外之權利仍必須加以保護，此一方面是為善盡國家保護人民之責，一方面為宣示國家主權。依據刑法第8條規定：「前條之規定，於在中華民國領域外對於中華民國人民犯罪之外國人，準用之。」，而依據刑法第7條條文內容則為：「本法於中華民國人民在中華民國領域外犯前二條以外之罪，而其最輕本刑為三年以上有期徒刑者，適用之。但依犯罪地之法律不罰者，不在此限。」，刑法第8條之規定，係採取概括式的引介立法方式，亦即引介了刑法第7條之條件規定，然而刑法第7條本身即有規範漏洞已如前述，如此引介也導致了刑法第8條出現了規範上之不足，亦即，當本國人民在本國領域外，受到外國人之侵害時，必須所受侵害之程度達到最輕本刑為3年有期徒刑之刑之罪時，本國刑法方有介入適用之餘地，當所犯非此類嚴重犯罪，例如本國人在領域外被外國人搶劫、詐騙，因所犯之程度未達適用之條件，故我國刑法並無適用餘地，如此對於本國人民在領域外之保障顯有不足之處，有學者甚至認為如此規定顯然有自廢武功之嫌（柯耀程，2007）。

## 五、世界法原則

刑罰權為國家主權之宣示，若漫無邊際的對於一定之犯罪採取世界法原則宣示一國之刑罰權，必然容易造成國際間國家與國家間主權主張之緊張關係，是得以成為世界法原則之範圍者，必須限定在屬於國際所公認之犯罪的條件上，也就是對於該一定的犯罪，是國際社會所欲共同對抗者。另因該等犯罪所侵害之法益關係，常具有對象之不特定性或屬於全體人類社會所欲保護之普世價值，例如恐怖主義之攻擊犯罪，對此等犯罪，國際間莫不希冀形成共同抗治之防治網絡。我國刑法採用世界法原則之規範內容，依據刑法第5條第4款、第8款、第9款、第10款共可分為四種類型：1、屬於航空安全之規範者，即刑法第185條之1劫持航空器罪、第185條之2危害航空安全罪；2、毒品罪，即涉及毒品危害防制條例所規定之運送、販賣等行為者；3、販賣人口之



行為者，即刑法第296條之1所規範之罪；4、海上搶劫之海盜行為者。對於以上四種犯罪，不論犯罪地與犯罪行為人為何，本國刑罰權即得依據世界法原則之規範，對該等犯罪行為適用本國刑法之規定。

## 六、在大陸地區犯罪，是否得適用我國刑法處斷？

最高法院迄今之見解均係認為中國大陸地區仍屬我國領土之一部分，因此依此邏輯推演，自然得出：「依中華民國憲法第4條明文：『中華民國領土，依其固有之疆域，非經國民大會之決議，不得變更之。』，而國民大會迄今未曾為變更領土之決議或複決。另中華民國憲法增修條文第11條復規定：「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。」，亦即，憲法增修條文是將臺灣與大陸地區規定為「自由地區」與「大陸地區」，臺灣地區與大陸地區人民關係條例第2條第2款更指明：「大陸地區：指臺灣地區以外之中華民國領土。」。上開條文均明白揭示大陸地區仍屬我中華民國之領土；甚且，依據臺灣地區與大陸地區人民關係條例第75條之規定：「在大陸地區或在大陸船艦、航空器內犯罪，雖在大陸地區曾受處罰，仍得依法處斷。但得免其刑之全部或一部之執行。」，據此，現行最高法院的意見認為大陸地區現在雖因事實上之障礙為我國主權所不及，但在大陸地區犯罪仍應受我國法律之處罰，即明示大陸地區猶屬我國領域，並未對其放棄主權<sup>3</sup>。」之結論。依據上開最高法院之見解，通姦者及相姦者若具有中華民國國籍，則其等在大陸地區為通姦犯行者，屬在中華民國領域內犯罪，若不在免予追訴處罰之範圍內，中華民國之法院對於通姦者與相姦者均有審判權，應為實體判決<sup>4</sup>。

然而，最高法院上開關於大陸地區屬於中華民國領域內之見解，顯然呈現出我國憲法關於主權認知與現實狀況脫節之情形。大陸地區與臺灣地區60餘年來已經各自形成獨立的法律體系與司法系統，若要拘泥於憲法條文中關於我國領土規定，不尊重臺灣地區與大陸地區事實上已經各自形成的法秩序與法體系，強加單一臺灣地區之法律於涉及兩岸法律事務之獨斷作法，恐將惡化兩岸法律體系之衝突與兩岸人民對法律的疏離。2003年，曾有法輪功信徒向臺灣高等法院提起自訴，以其為法輪功信徒至中國時遭受迫害為由，控告當時的中國國家主席江澤民觸犯我國的「殘害人群治罪條例」。當時高等法院的處理方式，是以刑事訴訟法第5條之規定為依據，認為案件應

<sup>3</sup> 請參考最高法院89年度臺非字第94號、90年度臺上字第705號裁判意旨。

<sup>4</sup> 請參考臺灣臺中地方法院104年度審易字第1261號判決。



由犯罪地或被告之住所、居所或所在地之法院管轄，而該案被告江澤民、犯罪地均不在臺灣高等法院管轄轄區，自訴人等又未於訴訟中聲請將案件移轉於有管轄權之法院，故而諭知管轄錯誤判決，免去了臺灣高等法院通緝中國國家主席江澤民的窘境。嗣後最高法院維持高等法院之見解，認為：「中國目前為我國法權所不及，實亦無從為移轉管轄之諭知，原判決為此項諭知，顯難認為違法」。然而，按照刑事訴訟法第9條的規定，當找不到有管轄權法院時，應該由直接上級法院指定管轄法院；當案件無法依一般的管轄權規定決定管轄權法院時，本條也規定，應由最高法院指定管轄法院。因此依照現行刑事訴訟法的規定，是一定要有法院受理訴訟，而不得依事實上無從移轉管轄為理由，拒絕受理；最高法院所說無從諭知為管轄法院的見解，顯然有違背刑事訴訟法關於管轄規定之嫌。

## 七、在港澳地區犯罪，是否得適用我國刑法處斷？

香港澳門關係條例對於臺灣人民在港澳地區為犯罪行為者，定有特別規定。依香港澳門關係條例第43條規定：「在香港或澳門或在其船艦、航空器內，犯下列之罪者，適用刑法之規定：一、刑法第五條各款所列之罪。二、臺灣地區公務員犯刑法第六條各款所列之罪者。三、臺灣地區人民或對於臺灣地區人民，犯前二款以外之罪，而其最輕本刑為三年以上有期徒刑者。但依香港或澳門之法律不罰者，不在此限。香港或澳門居民在外國地區犯刑法第五條各款所列之罪者；或對於臺灣地區人民犯前項第一款、第二款以外之罪，而其最輕本刑為三年以上有期徒刑，且非該外國地區法律所不罰者，亦同。」，從而當臺灣地區人民在港澳地區，受到外國人之侵害時，必須所受侵害之程度達到最輕本刑為3年有期徒刑之刑之罪時，本國刑法方有介入適用之餘地。

## 肆、通姦罪之構成要件與除罪化

### 一、通姦罪的構成要件

刑法第239條規定：「有配偶而與人通姦，處一年以下有期徒刑。其相姦者，亦同。」，所謂通姦係指婚姻關係外男女雙方意思合致之姦淫行為，又稱和姦（最高法院17年10月13日決議）。本罪之構成要件有二：一則本罪主體須為現有配偶之人，二



則須有與他人和姦之行爲。又因本罪爲即成犯，亦即，有配偶之人與他人爲姦淫行爲時即已成罪，故以在通姦時需有配偶身份爲前提條件；至如於通姦後其婚姻關係因離婚或被依法撤銷，均不影響本罪之成立。本條後段規定相姦罪，乃指認識與自己通姦者爲有配偶之人，而與之和姦之犯罪。通姦罪之處罰，其主要立法目的乃在於保護婚姻的純潔性（林東茂，2012）。依據刑法第239條關於通姦罪之規範內容，通姦罪處罰之態樣有二，一爲處罰有配偶者於婚姻關係存續期間與他人發生性行爲，另一則爲無配偶者與有配偶之人發生性行爲，若當事人雙方各自有婚姻關係存在，則在雙方各自有效的婚姻關係存續中所爲之性行爲，均各自成立通姦罪而非相姦罪，實務意見上有認爲此種態樣是屬於通姦行爲與相姦行爲的想像競合<sup>5</sup>（法務部，1981）。

對於配偶之一方有同性戀行爲，學者有認爲傳統所指性交是指遺傳學上或生理學上的異性生殖器相交的行爲，刑法於第10條所賦予「性交」之立法定義，則是擴大了一般人所理解的性交意義，將同性或異性間的肛交、口交、異物插入生殖器行爲，一概稱爲性交。因此同性之間自可以有刑法上所稱之性交行爲。配偶之一方另有與同性發生性交之同性戀情形，當然同爲婚姻外之性交行爲，此同性戀行爲對於婚姻純潔性的破壞，並不稍遜於異性戀，因此應該同樣成立通姦罪。從而，配偶之一方與同性或異性有性器官以外之接合接觸行爲，應該仍然成立通姦罪，因爲立法上既然規定了通姦罪之處罰，刑法第10條又規定了性交的定義，依據刑法之體系性解釋自然必須將有配偶者與同性或異性之性交行爲均認爲成立通姦罪名（林東茂，2013）。然而學界中也有持否定見解，認爲通姦並無刑法第10條第5項之適用（盧映潔，2008），持否定意見之學者論點係主張刑法第239之法條條文既維持原來通姦用語，且立法例上已逐步除罪化，寧可採嚴格解釋<sup>6</sup>（甘添貴，2004、陳子平，2000、曾淑瑜，2008）。而在司法實務上，因爲通姦罪爲二審確定之案件，最高法院對口交或肛交等行爲是否屬於通姦或相姦，未曾表示過見解；而依據臺灣高等法院暨所屬法院 91 年法律座談會之表決內容可知，多數法官認爲：「刑法第239條『通姦』，係指由於男女雙方合意，而爲姦淫；和姦係指與有配偶之人互相合意，而爲姦淫行爲；姦淫係指男女交媾行爲，而在修正刑法第10條第5項之前，口交係屬姦淫以外足以興奮或滿足性慾之猥褻行爲。民國88年3月30日立法院修正通過刑法第10條第5項有關性交之定義時，亦同時修正刑法第240條、第241條、第243條、第298條、第300條……，均將上開條文內

<sup>5</sup> 法務部檢察司70檢2字第388號函。

<sup>6</sup> 甘添貴，刑法各論下冊第300頁。陳子平，刑法各論下冊第435頁。曾淑瑜，刑法分則實例研習第356至361頁。



有關「為猥褻之行為或『姦淫』」修正為「為猥褻之行為或『性交』」。而修正後刑法之「性交」範圍較「姦淫」為廣，而刑法第239條與修正之刑法第240條、第241條同屬刑法第17章之妨害婚姻及家庭罪，惟該章刑法第240條、第241條之「姦淫」均與刑法第10條第5項之性交同時修正，而同章第239條之「通姦」或「相姦」則未與刑法第10條第5項之「性交」同時修正，顯係就刑法第239條之通姦或相姦，仍維持原來該條係指男女姦淫行為而不擴及修正後之『性交』，因此該法律座談會之會議結論是採取口交或肛交行為尚不構成刑法第239條之罪之見解<sup>7</sup>。然而我國二審法院在上開法律座談會會議後，針對上開爭點，仍存在分歧之判決：有持肯定說者認為口交肛交亦構成刑法第239條之通姦罪，例如臺灣高等法院高雄分院103年度上易字第107號判決（針對口交）、臺灣高等法院花蓮分院102年度上易字第26號判決（針對肛交）等；有持否定說者認為刑法第239條應該採取嚴格解釋，若非異性間之性器官結合，無能成立通姦罪，例如臺灣高等法院93年度上易字第1506號判決、高等法院臺南分院104年度上易字第7號、高等法院花蓮分院102年度上易字第129號判決，顯然司法實務界對於通姦罪之構成要件仍存有相當分歧的看法而未有統一之見解。

## 二、通姦罪除罪化的爭議

通姦罪處罰與除罪化之議題，向來為社會所熱烈討論之議題，尤其在南韓憲法法庭於2015年2月26日裁決宣布在南韓執行62年之通姦罪為違憲後，通姦罪是否除罪化之爭議更備受關注。中國大陸、英國、香港、新加坡、日本、德國等國家或地區關於通姦行為之處罰均已經採取不處罰或除罪化之態度，而在2015年2月26日，韓國憲法法院之法官又以7比2之比例決議廢除了關於通姦罪處罰之法律後，通姦罪處罰之合憲性議題，在國內再度引起討論。韓國憲法法庭認為通姦罪侵害了公民的性自主權和隱私權，韓國憲法法院在贊成廢除通姦處罰之意見書中寫道：「應該由人們的自由意志和愛來決定是否要維持婚姻，這件事不應根據刑事法規而遭到外部的強制干涉。」，首席法官朴翰哲（譯名）更進一步說明：「就算通姦是應該受到譴責的不道德行為，國家權力不應該干涉個人的私生活。」（賴若函，2015）。然而在韓國憲法法庭公布廢除通姦處罰之投票結果後，由朝鮮日報所進行的一次民意調查結果顯示，近65%的受訪者反對這一投票結果。甚且，在2014年的另一項民調更發現，60%的韓國人民支

<sup>7</sup> 臺灣高等法院暨所屬法院91年法律座談會彙編（92年7月）第 311-313 頁。



持將通姦行為繼續列為刑事犯罪（紐約日報，2015），顯然多數韓國民眾在法律情感上仍不認同憲法法院之判斷結果。韓國關於通姦罪之處罰雖然已經擁有62年的執法歷史，惟近年來韓國在通姦犯犯罪之處罰執法上已經明顯放鬆，定罪的通姦者真正服刑的事情越來越少見。韓國憲法法院決定廢止通姦處罰行為其實是反映了韓國價值觀的轉變：從推崇傳統亞洲價值觀到尊重個人權利與自由。

反觀我國情形，儘管刑法學者間幾乎一面倒的支持將通姦罪除罪化，但我國的大法官會議解釋於釋字第554號解釋文中卻表示：婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障（參照司法院大法官解釋第362號、第552號解釋）。婚姻制度植基於人格自由，具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能，國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，自得制定相關規範，約束夫妻雙方互負忠誠義務。性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，固得自主決定是否及與何人發生性行為，惟依憲法第22條規定，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障。是性行為之自由，自應受婚姻與家庭制度之制約。婚姻關係存續中，配偶之一方與第三人間之性行為應為如何之限制，以及違反此項限制，應否以罪刑相加，各國國情不同，應由立法機關衡酌定之。刑法第239條對於通姦者、相姦者處1年以下有期徒刑之規定，固對人民之性行為自由有所限制，惟此為維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要。為免此項限制過嚴，同法第245條第1項規定通姦罪為告訴乃論，以及同條第二項經配偶縱容或有怨者，不得告訴，對於通姦罪附加訴追條件，此乃立法者就婚姻、家庭制度之維護與性行為自由間所為價值判斷，並未逾越立法形成自由之空間，與憲法第二十三條比例原則之規定尚無違背（司法院大法官解釋第554號解釋文，2002）。基此，大法官會議似乎對家庭價值觀念仍固執於傳統的保守態度，因此在大法官解釋第554號解釋文中仍重申通姦罪在立法上，立法者並未逾越其立法形成之空間，解釋文並且強調通姦罪已經附加有追訴之限制條件，因此認為通姦罪之處罰於我國並不違憲。

通姦行為之處罰誠然是涉及到相當濃厚的道德價值觀認同問題，我國刑法關於婚姻制度之保障，主要基植於對於一夫一妻制之基礎與保護婚姻制度之安全性，然而這樣關於婚姻制度認知的保護觀念，是否仍然符合現代法治之潮流，是否合於憲法上比例原則之檢視，確實容有討論之餘地（黃榮堅，2008）。甚且，通姦行為本質上屬於合姦之行為，行為人彼此間並無侵犯對方之性自主決定權，而遭背叛的另一方配偶可以主張其於民事上基於配偶身分所取得之配偶權遭受侵害，而訴請為通姦行為之配偶或相姦人應擔負損害賠償之責任，乃係屬於民事法上侵權行為損害賠償之另一層面議



題。在刑事法的領域中，若企圖以集體主義的思想加以規制禁止，恐將產生刑法的規範實益落空（陳俊偉，2004）。誠然，法律是最低限度的道德要求，在多元的當代社會中雖然存在許多不為多數人或主流價值觀所認同的行為諸如自殺、未婚男女的劈腿行為、不孝順、奢華消費等都是屬於違反道德規範，但並不是所有不道德行為都應該被納入刑事處罰，國家以刑罰來滿足人民對道德需求的作法恐怕無能達到預期效果，反而造成法規範執行於實然面與應然面產生重大落差的後果。另有學者認為若關於夫妻間婚姻關係之存續要動用刑罰加以維護，顯然不合於刑事法上關於比例原則的要求，因此現行法對於通姦行為之處罰，在刑法上根本欠缺合理的保護法益（甘添貴，2006）。臺灣苗栗地方法院的一位陳姓法官於2015年8月在承審一件妻子控告丈夫到大陸經商而與當地某越南籍女子通姦之案件時，認為通姦罪之處罰確有違憲之虞，於是暫停該案之審判而向司法院大法官提出再次釋憲的聲請。該名陳姓法官認為，目前夫妻外遇案例在法院承辦案件中司空見慣，臺灣離婚率居亞洲第1，遠高於大陸，可見通姦罪顯然已無威嚇作用，而縱使透過民事程序的訴訟判決配偶須履行同居義務，勝訴者卻不能依法強制執行，若強制要求同居又可能觸犯妨害自由罪嫌，則通姦罪之處罰存在的價值到底是什麼？（引自2015年8月21日蘋果日報）。實則，法律制度之設計，關於性行為自主權之位階本高於由社會形成共識之婚姻制度，法律原則解釋與應用均應與時俱進，不能拘泥陳腐的維護忠誠觀念的思想，而且現代法治國家以刑罰制裁通姦罪已成為少數，而且兩人性觀念成熟，行使個人身體自主權並無須經第三人同意，則國家法律對於個人性自主決定權之限制或以刑罰手段制裁，顯然已違反憲法比例原則而有違憲之虞。

## 伍、刑法效力於臺灣地區外通姦犯罪之適用

### 一、通姦者或相姦者為具有中華民國國籍，在大陸地區為通姦犯罪者

#### （一）司法實務意見

臺中地方法院於承審一件大陸籍配偶返回大陸探親時，在大陸地區與人發生通姦行為，該名大陸籍配偶返台後不久生下一名嬰兒，該名大陸籍配偶之丈夫懷疑該名嬰兒不是自己的親生子女，因此進行親子血緣關係之鑑定，在該名丈夫確認嬰兒並非為



親生子女後，遂向法院提出通姦罪之告訴。臺中地方法院之法官於審理後認為：「按依中華民國憲法第4條明文：「中華民國領土，依其固有之疆域，非經國民大會之決議，不得變更之。」，而國民大會迄今未曾為變更領土之決議。另，中華民國憲法增修條文第11條復規定：「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。」，又臺灣地區與大陸地區人民關係條例第2條第2款更指明：「大陸地區：指台灣地區以外之中華民國領土。」。上開條文均明白揭示大陸地區仍屬我中華民國之領土；甚且，依據臺灣地區與大陸地區人民關係條例第75條之規定：「在大陸地區或在大陸船艦、航空器內犯罪，雖在大陸地區曾受處罰，仍得依法處斷。但得免其刑之全部或一部之執行。」，據此，大陸地區現在雖因事實上之障礙為我國主權所不及，但在大陸地區犯罪仍應受我國法律之處罰，即明示大陸地區猶屬我國領域，並未對其放棄主權……。準此，通姦者及相姦者若具有中華民國國籍，則伊等在大陸地區之某不詳處所犯有通姦犯行，屬在中華民國領域內犯罪，若不在免予追訴處罰之範圍內，中華民國之法院對於通姦者與相姦者均有審判權，應為實體判決」（臺灣臺中地方法院104年度審易字第1261號判決參照），並判處該名大陸籍配偶有期徒刑4個月。

## （二）本文意見

本文認為，大陸地區與臺灣地區60餘年來已經各自形成獨立的法律體系與司法系統，若要拘泥於憲法條文中關於我國領土規定的法匠思維，不尊重臺灣地區與大陸地區事實上已經形成的法秩序與法體系，強加單一臺灣地區之法律於涉及兩岸法律事務之作法，恐將惡化兩岸法律體系之衝突與兩岸人民對法律的疏離。況且，縱令認為大陸地區屬於中華民國領域範圍，然而臺灣地區與大陸地區長期以來各自所形成法體系卻不能不予承認與尊重，從而本文認為，若臺灣地區人民在大陸地區觸犯我國所規定之通姦罪行，應認為屬於中華民國領域外犯罪而回歸刑法第7條之規定予以判斷認定，亦即，應認為中華民國人民在大陸地區犯通姦罪嫌者，因大陸地區並不處罰通姦犯罪，且通姦罪之最重本刑並非3年以上有期徒刑之罪，因此並無我國刑法之適用；而縱令依據目前多數之刑事司法實務意見，認為大陸地區的通姦犯罪仍然屬於在中華民國領域內犯罪，中華民國法院於承審該類案件時，亦應審酌兩岸已經各自有法律規範體系之事實，將在大陸地區之犯罪行為以區域法衝突之方式選用對案件最有關係之準據法，例如以犯罪事件中之犯罪行為地、犯罪行為人之國籍地等因素來決定該刑事



犯罪事件之準據法，避免兩岸間之關係因刑事案件之法律衝突而加劇惡化<sup>8</sup>。

## 二、通姦者或相姦者為具有中華民國國籍，在港澳地區為通姦犯罪者

臺灣人民在港澳地區為通姦行為者，香港澳門關係條例卻有較臺灣地區與大陸地區人民關係條例更為寬鬆之規定。依香港澳門關係條例第43條規定：「在香港或澳門或在其船艦、航空器內，犯下列之罪者，適用刑法之規定：一、刑法第五條各款所列之罪。二、臺灣地區公務員犯刑法第六條各款所列之罪者。三、臺灣地區人民或對於臺灣地區人民，犯前二款以外之罪，而其最輕本刑為三年以上有期徒刑者。但依香港或澳門之法律不罰者，不在此限。香港或澳門居民在外國地區犯刑法第五條各款所列之罪者；或對於臺灣地區人民犯前項第一款、第二款以外之罪，而其最輕本刑為三年以上有期徒刑，且非該外國地區法律所不罰者，亦同。」，同法第44條規定：「同一行為在香港或澳門已經裁判確定者，仍得依法處斷。但在香港或澳門已受刑之全部或一部執行者，得免其刑之全部或一部之執行。」。因我國刑法第239條通姦罪之法定刑為1年以下有期徒刑，且通姦行為港澳地區法律所不罰，是有配偶之臺灣人民如在港澳地區與人通姦者，並無我國刑法第239條之適用。

## 三、通姦者或相姦者為具有中華民國國籍，在中華民國領域外為通姦犯罪者

通姦者與相姦者若具有中華民國國籍者，依刑法上之屬人原則，本應受我國刑法之規範，惟若通姦者或相姦者係於中華民國領域外例如日本、美國或加拿大等境外為

<sup>8</sup> 台灣地區與大陸地區各自有遵守之法秩序與法規範，已經是60年來存在之事實，尤其兩岸人民交流後跨海的法律爭端有愈來愈多之趨勢。兩岸間的旅遊糾紛、跨海投資所引發之法律問題、民事經貿糾紛以及共同打擊犯罪、遣返通緝要犯等領域，都是兩岸間目前積極在處理之法律問題。若單純的僅僅把大陸地區也當作中華民國刑法效力所及之一部，認為所有發生在大陸地區之犯罪事件都能天真的適用中華民國刑法予以審判執行，以此方式企圖解決兩岸間所存在之犯罪事件，恐怕根本就像在象牙塔內法匠式的適用法律。

兩岸司法機構的設置不盡相同，法秩序的規範內容更存有差異，有學者主張因為律師是專業人員，熟悉各種法律制度，若由兩岸律師通過非訴訟糾紛解決機制建立緊密的聯絡，在兩岸人民發生民事司法紛爭時，協助辦理送達、公文書認證與裁判之執行等業務，將有助於。解決紛爭並增進彼此的尊重與寬容。（劉文忠，2010，兩岸律師交流便利經貿助力司法互助，法制日報）



通姦犯罪者，因刑法第239條所規定通姦罪之處罰，關於通姦行為或相姦行為之最重本刑均為1年之有期徒刑，則依刑法第7條之條文內容：「本法於中華民國人民在中華民國領域外犯前2條以外之罪，而其最輕本刑為3年以上有期徒刑者，適用之。但依犯罪地之法律不罰者，不在此限。」，對於具有中華民國國籍而在境外為通姦或相姦行為之行為人，將被認定因非屬在中華民國領域外犯最輕本刑3年以上有期徒刑之重罪，因此對於該等通姦行為或相姦行為均無能適用中華民國刑法加以處斷。如此法律適用之結果，是否將變相鼓勵國人出國買春，因為行為人並沒有因此擔負任何刑事罪責？又是否將鼓勵通姦或相姦者將通姦之犯罪地點選擇到中華民國境外以規避國內關於通姦罪之處罰？凡此均有檢討之餘地，惟在現行刑法尚未修正之前，這卻也是在現行法律適用下必須接受的奇特現象。

#### 四、通姦者或相姦者具有中華民國國籍，在中華民國之船艦或航空機上為通姦犯罪者

依據刑法第3條規定：「本法於在中華民國領域內犯罪者，適用之。在中華民國領域外之中華民國船艦或航空機內犯罪，以在中華民國領域內犯罪論。」，從而通姦者或相姦者若為中華民國國民，在中華民國領域外的船艦或航空機上為通姦之犯罪行為者，無論該船艦或航空機為本國國有或私人所有，縱令該船艦或航空器航行或停泊於中華民國領域外，只要是屬於中華民國之船艦或航空器，我國刑事司法機關對於在我國船艦航空器上之通姦或相姦行為，在有告訴權人提出告訴後，仍可進行偵查追訴並進而適用我國刑法加以處斷。

#### 五、通姦者或相姦者具有中華民國國籍，在中華民國駐外使領館為通姦犯罪者

通姦者或相姦者具有中華民國國籍，在我國駐外領事館內為通姦犯罪者，可否視為在我國領域內犯罪依據我國刑法處斷，實務與學者間有不同見解已如上述。有學者認為各國駐外使領館，依國際法原則，駐外使領館不服從駐在國之裁判權，故我國駐外使館雖在外國領域內，亦為我國法權所及，在我國駐外使領館內犯罪者，自可視同在國內犯罪，而得適用本國刑法處斷（林山田，2005），依此見解，通姦者或相姦者具有中華民國國籍而在我國駐外使領館為通姦犯行者，自得適用我國刑法。另有學者



認為我國刑法並未就在我國駐外使領內犯罪者，明文規定視為是在本國領域內犯罪，為免違反刑法禁止類推之原則，自不宜比附援引刑法第3條後段，而認為在我國駐外使領館內犯罪得以在我國領域內犯罪論（林山田，2005），依此見解，我國刑法對於在我國駐外使館內所發生之通姦犯罪，並無管轄權或審判權而無適用我國刑法之餘地。至若依照實務上最高法院的折衷見解則認為，若駐在國同意放棄其刑事管轄權者，則在我國駐外使領館中之通姦犯罪，即得以在我國領域內犯罪論，通姦罪之告訴權人得對於在我國駐外使領館內的通姦犯罪提出刑事告訴。

## 六、刑法之保護原則與世界法原則於境外犯通姦犯罪之適用

依據刑法中關於保護原則之規定，當本國人民在本國領域外，受到外國人之侵害時，必須所受侵害之程度達到最輕本刑為3年有期徒刑之刑之罪時，本國刑法方有介入適用之餘地（刑法第8條）。因此若當所犯非此類嚴重犯罪，例如本國人的配偶發現另一半的配偶在領域外與外國人發生通姦之犯罪時，因該外國人所犯之程度未達適用刑法第8條之條件，故無法對該名外國人適用本國刑法之規定。

此外，因為通姦行為之處罰並非國際社會間公認為維持共同秩序與價值所必須加以入罪處罰之犯罪態樣，此從上揭關於通姦罪除罪化爭議之論述及可見一斑，因此，依照我國刑法關於世界法保護原則之規定內容，在中華民國境外所發生之通姦犯罪，並不適用我國刑法關於通姦罪處罰之規定。

## 陸、結 論

刑法乃作為刑罰權規範之法律依據，而決定此刑罰權範圍者，主要是由屬人原則、屬地原則、保護原則與世界法原則建構而出。依本研究分析論述之結果可知，對於中華民國國民在中華民國領域外的通姦犯罪行為，依照刑法中關於屬地原則、保護原則之規定並無法援引刑法第239條之法條予以適用處斷。至於具有中華民國國籍者在大陸地區為通姦犯罪，或對具有中華民國國籍之配偶在大陸地區為通姦犯罪之行為時，依據目前多數法院之實務上見解係認為大陸地區屬於中華民國領域，因此得適用本國刑法處斷。至於港澳地區，因為香港澳門關係條例中，關於刑法效力之適用範圍定有特別規定，而依據香港澳門關係條例第43條及第44條之規定內容，我國刑法第239條通姦罪之法定刑為1年以下有期徒刑，且通姦行為港澳地區法律所不罰，是有配



偶之臺灣人民如在港澳地區與人通姦者，並無我國刑法第239條之適用。本文認為，若臺灣地區人民在大陸地區觸犯我國所規定之通姦罪行，應認為屬於中華民國領域外犯罪而回歸刑法第7條之規定予以判斷認定，亦即，應認為中華民國人民在大陸地區犯通姦罪嫌者，因大陸地區並不處罰通姦犯罪，且通姦罪之最重本刑並非3年以上有期徒刑之罪，因此並無我國刑法之適用；而縱令依據目前多數之刑事司法實務意見，認為大陸地區的通姦犯罪仍然屬於在中華民國領域內犯罪，中華民國法院於承審該類案件時，亦應審酌兩岸已經各自有法律規範體系之事實，將在大陸地區之犯罪行為以區域法衝突之方式選用對案件最有關係之準據法，例如以犯罪事件中之犯罪行為地、犯罪行為人之國籍地等因素來決定該刑事犯罪事件之準據法，並在審理此等案件時審酌因行為人所屬領域內區域之不同所造成對法規範認知與期待之誤解，於選擇適用之準據法時、優先選擇與案件關係最切之法律、論罪科刑時考量行為人主觀對法律之認知情形而予以適當之減刑或免刑。



## 參考文獻

### 一、書籍

- 甘添貴(2006)。《罪與刑-林山田教授六十歲生日祝賀論文集》。五南出版。
- 甘添貴(2004)。刑法各論下冊。三民出版。
- 林東茂(2012)。《刑法綜覽》。一品文化。
- 林山田(2001)。《刑法通論上冊》。自版。
- 柯耀程(2007)。《刑法概論》。元照出版。
- 柯耀程(2004)。《刑法問題評釋》，元照出版。
- 柯耀程(2005)。《刑法總論釋義》，元照出版。
- 陳子平(2014)。刑法各論下冊。元照出版。
- 黃榮堅(2003)。《刑法基礎學上》。元照出版。
- 黃榮堅(2008)。《刑罰的極限》。月旦出版。
- 曾淑瑜(2013)。刑法分則實例研習。三民出版。
- 盧映潔(2008)。刑法分則新論。學林出版。

### 二、期刊論文

- 陳俊偉(2004)。〈入罪化與除罪化——刑事立法政策之基本思維〉。國立中正大學法律學研究所碩士論文。

### 三、網路文章

- CHOE SANG-HUN (20015). "Adultery Is No Longer an Affair of the State in South Korea". (<http://cn.nytimes.com/asia-pacific/20150227/c27korea/zh-hant/>)(2015/2/27)
- 賴若函。〈通姦除罪釋憲 大法官別再糊弄〉。(<http://www.businesstoday.com.tw/article-content-80392-127925>)(2015/9/24)
- 劉文忠。兩岸律師交流便利經貿助力司法互助，法制日報。(www.hellotw.com 發佈日期：2010年10月12日，法制日報)

