

同性婚姻釋字後的通姦罪解釋及其因應： 從司法院釋字第 554 號到第 748 號解釋*

林慈偉**

<摘要>

司法院釋字第 748 號解釋（下稱「釋 748」）肯定了同志的婚姻平等權利，同時，此號解釋也涉及相關法領域的配套修正，對既有的社會秩序有所衝擊，而刑法第 239 條通姦罪存廢討論及解釋適用即為其一。從釋 748 的角度析論通姦罪解釋適用之可能疑義，我們可以發現，該號解釋已表明其僅針對同性伴侶婚姻自由部分的平等保護而「不及於其他」，據此不會推論出通姦除罪之結論；且因其多次強調「承認同性婚姻並不會影響既有異性婚姻所建構的社會秩序」，這意味著在釋 748 架構下同性、異性婚姻背後各存有之價值利益不同並有所差異，若此再乘以釋 554 透露通姦罪背後所蘊含將婚姻與生殖功能結合色彩則可認通姦罪所要保障的婚姻秩序也可能僅是專屬於「既有異性婚姻所建構的社會與倫理秩序」的一種而自始與同性婚姻無涉。因此，現階段我們實難直接以釋 748 作為通姦罪保護法益及於同性婚姻、通姦行為要件之解釋應包含至同性配偶的婚外性等立論。至於異性、同性配偶婚外性均罰一說，也僅是形式上的平等，釜底抽薪之道，仍應回歸到通姦應刑罰性等實質思考。本文一方面爬梳通姦罪於我國立法論及司法裁判面之討

* 作者特別感謝兩位匿名審查委員的鼓勵及寶貴意見。

** 臺灣廢除死刑推動聯盟法務主任，國立政治大學法學院法律學系博士生。

E-mail: linadi1208@gmail.com。

• 投稿日：08/07/2018；接受刊登日：09/20/2018。

• 責任校對：顏良家、董建廷、余瑋迪。

• DOI:10.6199/NTULJ.201811_47(SP).0002

論現狀及爭議，另一方面析論普通法院關於通姦罪裁判實務可能受釋 748 之影響及因應，並提供建議。

關鍵詞：司法裁判、通姦罪、通姦行為、男女性器接合、罪刑法定、司法院釋字第 748 號解釋、司法院釋字第 554 號解釋、同性婚姻

◆ 目 次 ◆

壹、前言

貳、刑法通姦罪之討論現狀

一、立法論：通姦除罪趨向

二、通姦罪於司法裁判面之爭議

參、普通法院關於通姦罪裁判實務可能受司法院釋字第 748 號解釋之影響

一、司法院釋字第 748 號解釋：從異性婚姻到同性婚姻架構脈絡

二、同性婚姻概念所導致的通姦罪處罰範圍消長

三、普通法院裁判的因應

肆、結論