

2020 司律二試 線上模考班

讀家首次

「線上模考班」來囉！

讓大家久等了，我們在五月、六月、七月、八月及九月各舉辦一次模擬考，特別邀集各科授課王牌師資針對熱門考點、爭點出題，幫助您在考前練習最完美的組織作答架構與答題內容分布演練！



超強師資

民法與民事訴訟法 - 程穎 (陳姿嵐)、周宜瑾
 公司法、保險法與證券交易法 - 陳楓 (雷鈞崑)、毅文 (連弘毅)
 憲法與行政法 - 陳希 (洪宜辰)、鍾禾 (莊智翔)
 刑法與刑事訴訟法 - 楊過 (郭文傑)、王子璽

報名日期

該月份模擬考試前月份的最後一天
 (例：5月份報名截止日為4/30)

費用

報名任乙月份售價為新台幣**1500**元，
 全報優惠新台幣**6500**元

考試科目 (題數比照國考)

民法與民事訴訟法、刑法與刑事訴訟法、憲法與行政法、公司法、保險法與證券交易法

考試規劃 *

月份	寄送考卷日	收卷截止日	寄回考卷日
五月	5/5 (二)	5/14 (四)	6/5 (五)
六月	6/5 (五)	6/15 (一)	7/6 (一)
七月	7/6 (一)	7/15 (三)	8/5 (三)
八月	8/5 (三)	8/14 (五)	9/7 (一)
九月	9/7 (一)	9/16 (三)	10/8 (四)

附註：

- 1.請使用藍色或黑色原子筆或鋼筆作答，不得使用螢光筆或鉛筆。
- 2.請在答題紙封面寫上購買之「月份、科目、題號、購買者姓名」以供查核。
- 3.繳交方式：請於規定之收卷截止日前交至櫃台 (以郵戳為憑)，逾時不提供批改服務。
 (1)郵寄至：台北市中正區館前路8號4樓，讀家補習班模考班組收。電話：(02)7726-6667。
 (2)現場繳交：親自送至台北市中正區館前路8號4樓。
- 4.寄送考卷日會寄送試卷、答題紙及擬答，答題紙不須額外購買。
- 5.本班保留日期異動資格。

讀家

READER PLACE

02-7726-6667 · 02-7726-6766

台北市私立讀家法律商業技藝文理短期補習班

10047 台北市中正區館前路八號四樓 北市教終字第10730162700號



狀元們的唯一選擇



2020

讀家司律 一試 二試 總複習

史上最強師資陣容來啦！超強雙師資只在讀家！
堂數最多！師資最優！CP值最高！就是要讓你今年就上榜！

一試 + 二試 11111元 一試 6500元 二試 6500元

獨家再贈

1. 公法經典考題完全解析－李荃和律師
2. 9月份乙次線上模考班

一試總複習			二試總複習		
科目	師資	上課日期/時間	科目	師資	上課日期/時間
民事財產法	張璐(洪健智)	7/14(二)18:45、7/15(三)18:45、7/16(四)18:45	民事財產法	張璐(洪健智)	8/12(三)18:45、8/13(四)18:45、8/14(五)18:45
身分法	程穎(陳姿嵐)	6/20(六)18:45	身分法	程穎(陳姿嵐)	9/5(六)9:30
刑法	連芯(簡佑君)	6/8(-)18:45、6/11(四)18:45、6/15(-)18:45	刑法	連芯(簡佑君)	8/15(六)14:00、8/16(日)14:00、8/22(六)14:00、8/23(日)14:00
憲法	徐偉超	5/24(日)9:30、5/31(日)9:30	憲法	徐偉超	8/16(日)9:30、8/23(日)9:30
行政法	徐偉超	6/14(日)9:30、6/21(日)9:30、6/28(日)9:30	行政法	徐偉超	8/30(日)9:30、9/6(日)9:30、9/13(日)9:30
民訴	李甦(李杰峰)	6/22(-)18:45、6/24(三)18:45、6/29(-)18:45、7/1(三)18:45	民訴	李甦(李杰峰)	8/31(-)18:45、9/2(三)18:45、9/7(-)18:45、9/9(三)18:45
			刑訴	言頁(許願)	9/19(六)9:30、14:00、9/26(六)9:30、14:00
刑訴	言頁(許願)	7/11(六)9:30、14:00、7/12(日)14:00	公司法	祁明(林子堯)	8/29(六)9:30、14:00、18:45
公司法	祁明(林子堯)	5/30(六)9:30、14:00	證交法	祁明(林子堯)	9/12(六)9:30、14:00、18:45
證交法	祁明(林子堯)	6/13(六)9:30、14:00	保險法	高宇(高振格)	8/20(四)18:45
保險法	高宇(高振格)	6/18(四)18:45	智財	凝以(林穎)	8/15(六)18:45、8/16(日)18:45
票據法	歐政(毛書傑)	5/19(二)18:45	財稅	王介(曾玟智)	8/18(二)18:45
強執	歐政(毛書傑)	5/26(二)18:45	海商	許霍(方凱弘)	9/17(四)18:45
國公	林毅(葉祐逸)	6/6(六)18:45	海洋	許霍(方凱弘)	9/24(四)18:45
國私	林毅(葉祐逸)	6/27(六)18:45	勞社	游正暉	9/21(-)18:45、9/23(三)18:45
法英	Alexis(郭怡妘)	6/28(日)14:00			
法倫	歐拉(陳慶鴻)	6/4(四)18:45			
加贈加開!!!					
民事財產法	賴川(賴建禛)	5/20(三)18:45、5/27(三)18:45、6/3(三)18:45	民事財產法	賴川(賴建禛)	8/15(六)9:30、8/22(六)9:30、8/30(日)14:00、9/6(日)14:00
	程穎(陳姿嵐)	7/7(二)18:45、7/8(三)18:45、7/10(五)18:45	刑法	周易(楊駿賢)	8/25(二)18:45、8/27(四)18:45、9/1(二)18:45、9/3(四)18:45
刑法	周易(楊駿賢)	5/13(三)18:45、5/21(四)18:45、5/22(五)18:45	憲法	寧尚(李俊良)	8/17(-)18:45、8/19(三)18:45
憲法	寧尚(李俊良)	5/18(-)18:45、5/25(-)18:45	行政法	鍾禾(莊智翔)	9/8(二)18:45、9/10(四)18:45、9/15(二)18:45
行政法	鍾禾(莊智翔)	6/16(二)18:45、6/23(二)18:45、6/30(二)18:45	民訴	蕙偉(張建偉)	8/21(五)18:45、8/28(五)18:45、9/4(五)18:45、9/11(五)18:45
民訴	蕙偉(張建偉)	6/5(五)18:45、6/12(五)18:45、6/19(五)18:45、6/26(五)18:45	刑訴	莫莉(王妙華)	8/22(六)18:45、9/5(六)14:00、18:45、9/19(六)18:45
			公司法	陳楓(雷鈞威)	8/24(-)18:45、8/26(三)18:45、8/30(日)18:45
刑訴	莫莉(王妙華)	6/6(六)9:30、14:00、6/13(六)18:45	證交法	陳楓(雷鈞威)	9/14(-)18:45、9/16(三)18:45、9/18(五)18:45
公司法	陳楓(雷鈞威)	7/2(四)18:45、7/9(四)18:45			
證交法	陳楓(雷鈞威)	7/11(六)18:45、7/12(日)9:30			

☆讀家保留調整上述師資權利與課程時間權利

讀家
READER PLAC

02-7726-6667 · 02-7726-6766

台北市私立讀家法律商業技藝文理短期補習班

10047 台北市中正區館前路八號四樓 北市教終字第10730162700號



讀家補習班刑法講座：頭頭釋道一釋字
第 775、777、791 號解釋概覽

編者：楊過

【釋字 775 號解釋 累犯加重本刑案】

1、解釋爭點：

刑法第 47 條第 1 項有關累犯加重本刑部分，是否違反憲法一行為不二罰原則？又其一律加重本刑，是否違反憲法罪刑相當原則？

2、解釋文：

刑法第 47 條第 1 項規定：「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」有關累犯加重本刑部分，不生違反憲法一行為不二罰原則之問題。惟其不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第 8 條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則。於此範圍內，有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨修正之。於修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。

3、解釋理由書：

人民身體之自由應予保障，憲法第 8 條定有明文。人身自由乃憲法保障之重要基本人權，立法機關為保護特定重要法益，以刑罰限制人身自由，雖非憲法所不許，惟因刑罰乃不得已之強制措施，具有最後手段之特性，自應受到嚴格之限制（本院釋字第 646 號及第 669 號解釋參照）。

又有關刑罰法律，基於無責任無處罰之憲法原則，人民僅因自己之刑事違法且有責行為而受刑事處罰（本院釋字第 687 號解釋參照）。刑罰須以罪責為基礎，並受罪責原則之拘束，無罪責即無刑罰，刑罰須與罪責相對應（本院釋字第 551 號及第 669 號解釋參照）。亦即國家所施加之刑罰須與行為人之罪責相當，刑罰不得超過罪責。基於憲法罪刑相當原則（本院釋字第 602 號、第 630 號、第 662 號、第 669 號及第 679 號解釋參照），立法機關衡量其所欲維護法益之重要性、防止侵害之可能性及事後矯正行為人之必要性，綜合斟酌各項情狀，以法律規定法官所得科處之刑罰種類及其上下限，應與該犯罪行為所生之危害、行為人責任之輕重相符，始與憲法罪刑相當原則及憲法第 23 條比例原則無違。

一、系爭規定一不生是否違反憲法一行為不二罰原則之問題，惟其不分情節，一律加重最低本刑，致個案過苛部分，不符憲法罪刑相當原則及比例原則。

刑法於中華民國 24 年 1 月 1 日制定公布（自同年 7 月 1 日施行）時，其第 47 條規定：「受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，5 年以內再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」立法理由係以：「受刑後復犯罪，可證明通常刑之不足以懲治其特別惡性，而有加重其刑之必要」。嗣於 94 年 2 月 2 日修正公布，95 年 7 月 1 日施行，成為系爭規定一，明定：「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」除修正累犯要件之再犯限於故意犯者外，其餘仍維持構成累犯者加重本刑之法律效果。其修正理由略稱：「累犯之加重，係因犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，需再延長其矯正期間，以助其重返社會，並兼顧社會防衛之效果。」姑不論累犯要件應如何定義，立法者之所以在原違犯條款所規定之處罰外，再以系爭規定一加重本刑之處罰，理由在於行為人前因犯罪而經徒刑執行完畢或一部之執行而赦免後，理應產生警惕作用，返回社會後能因此自我控管，不再觸犯有期徒刑以上之罪。然而行為人卻故意再犯後罪，足見行為人有其特別惡性，且前罪之徒刑執行無成效，其對於刑罰之反應力顯然薄弱，故認有必要加重後罪本刑至二分之一處罰。

依上開系爭規定一法律文義及立法理由觀之，立法者係認為行為人於前罪徒刑執行完畢或一部之執行而赦免後，5 年內又故意違犯後罪，因累犯者之主觀惡性較重，故所違犯之後罪應加重本刑至二分之一。是系爭規定一所加重處罰者，係後罪行為，而非前罪行為，自不生是否違反憲法一行為不二罰原則之問題。

惟系爭規定一不分情節，一律加重最低本刑。因目前實務上有期徒刑加重係以月為計算單位，如最低法定本刑為 6 月有期徒刑，累犯加重結果，最低本刑為 7 月有期徒刑。本來法院認為諭知 6 月有期徒刑得易科罰金或易服社會勞動即可收矯正之效或足以維持法秩序（刑法第 41 條第 1 項及第 3 項規定參照），但因累犯加重最低本刑之結果，法院仍須宣告 7 月以上有期徒刑，致不得易科罰金或易服社會勞動。因此，系爭規定一不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第 8 條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則。於此範圍內，有關機關應自本解釋公布之

日起 2 年內，依本解釋意旨修正之。於修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。

釋字 775 號解釋黃昭元大法官協同意見書：

一、刑法第 47 條第 1 項部分

[2] 本號解釋宣告刑法第 47 條第 1 項違憲的結論及理由中，有以下幾點值得注意：

(一) 累犯應加重最低本刑的效果規定部分，違憲；至於應加重最高本刑部分，不違憲。

(二) 「應加重」最低本刑規定違憲的範圍？：於過苛個案始例外違憲？或原則上即違憲，應改為「得加重」最低本刑？

(三) 刑法第 59 條與效果規定過苛之關聯？

(五) 沒有審查累犯之要件規定是否違憲。

以下僅就上述各點，進一步表示本席之看法。

(一) 累犯應加重「最低」本刑的效果規定部分，違憲；應加重「最高」本刑部分，不違憲

[3] 本號解釋除未審查刑法第 47 條第 1 項所定累犯的要件外，就其效果規定，則以違反罪刑相當原則為由，僅就「應加重最低本刑」部分宣告違憲；至於「應加重最高本刑」部分，則不違憲。此項結論，和日本有關累犯之加重規定類似，而和德國刑法就特別累犯係規定僅應加重其最低本刑，卻不容許加重最高本刑之情形，則剛好相反。同仁羅昌發大法官、詹森林大法官則認為應加重最高本刑部分，也同樣違反罪刑相當原則。

[4] 本席支持本號解釋的立場，並補充以下兩項理由：

(1) 刑法第 47 條第 1 項固然規定累犯應加重最高本刑至二分之一，依我國實務見解，這只是將原本的法定最高刑度提高二分之一，而成為其處斷刑上限。例如原法定刑範圍是一年以上七年以下有期徒刑，應加重至二分之一，其處斷刑上限即為十年六月。在此上限內，法官依情節或宣告十年有期徒刑（超出原法定最

高刑度），或宣告六年有期徒刑（在原法定最高刑度內），均屬合法量刑。換言之，「應加重」最高本刑的規定，實務運作結果等於是「得加重」最高本刑，而非一律加重。對於累犯之被告而言，並不會導致其所受宣告刑必然高於原法定最高本刑之不利益。對法官而言，應加重最高本刑的規定，則是擴大法官的量刑範圍，讓法官對於惡性重大、情節嚴重之累犯，仍得處以高於原法定最高本刑之宣告刑。被告既不會遭受必然之不利益，法官也享有得依情節而加重量刑之授權，於應加重時即得加重，毋須加重時亦得不加重，而可兼顧個案正義之需求。故應加重最高本刑之規定部分，自不違反罪刑相當原則。

（2）就應加重最低本刑而言，其處斷刑之最低刑度則必然會比原來的法定刑最低本刑更高。且依我國實務立場，至少會加重有期徒刑一個月。（解釋理由書第16段參照）對被告而言，必會產生上述之不利益；對法官而言，則是限縮（而非擴大）其量刑範圍，即使是惡性或情節相對輕微之累犯，法官也必須加重（至少增加一個月有期徒刑），致會有「毋須加重時仍應加重」之個案不正義。故本號解釋認應加重最低本刑之規定，於情輕罰重、個案顯然過苛之情形，會與罪刑相當原則有違；而應加重最高本刑之規定部分，則無此違憲疑慮。

（二）「應加重」最低本刑部分違憲，理由及範圍？

[5] 本號解釋固然宣告累犯應加重最低本刑部分之規定違憲，但也留下一個可能的疑問：其違憲的範圍，究竟是限於會造成過苛個案時，始例外違憲？或「應加重」本身在原則上就違憲，而應改為「得加重最低本刑」？

[6] 解釋文第1段宣告刑法第47條第1項：「…惟其不分情節，…，一律加重最低本刑，…，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，…，不符憲法罪刑相當原則，…。於此範圍內，有關機關應自本解釋公布之日起2年內，依本解釋意旨修正之。於修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。」（黑體為本文所加）這有兩種可能的理解，一是理解為現行法的「應加重最低本刑」規定，原則上仍不違憲，只是在會發生情輕罰重的特殊個案才會違憲，始可例外不加重。第二種理解則是認為「應加重最低本刑」規定在原則上即違憲，而應調整為「得加重最低本刑」，因此將來法官對於累犯之最低法定刑並無應加重之義務，而得逐案個別認定後再決定是否加重。

[7] 以上述解釋文字來看，第一種理解似乎比較接近本號解釋之意旨，但本席認為第二種理解應該更為妥當，且實際操作結果也會傾向第二種理解。主要理由是：刑法第 47 條第 1 項係採取一般累犯，而非特別累犯之要件，並不要求構成累犯之前後犯罪間具有相同或類似之性質；也沒有限於暴力等具有重大惡性特徵之犯罪類型，始足以構成累犯；又前罪縱屬過失犯，只因後罪為故意犯有期徒刑以上之罪者，亦可成立累犯。換言之，刑法第 47 條第 1 項有關累犯之要件過於寬鬆，本號解釋對此要件部分既未審查，又未非難。於此前提下，累犯之效果就應適度放寬，而不應採取「應加重」的強制效果規定。這也是比較法上，多數國家之立法例。如果累犯之要件嚴格，或可採取較嚴格的效果（如一律加重法定本刑等）；但如累犯之要件相對寬鬆，則應給予法官有較大的個案量刑空間，以兼顧個案正義。故本席認為：如果繼續維持目前有關累犯之要件規定，則現行之「應加重」規定在原則上應該違憲，立法者未來修法時，應改為「得加重」。

（三）刑法第 59 條與效果規定過苛之關聯

[8] 本號解釋認為累犯應加重最低本刑規定違憲的理由中，特別強調「…一律加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致…個案…遭受過苛之侵害部分，…不符憲法罪刑相當原則」（黑體為本文所加），似乎是認為只有於不符合（也無法適用）刑法第 59 條的個案，累犯應加重最低本刑的規定才會過苛而違憲。在方法上，如此解釋似乎是認為刑法第 47 條第 1 項之抽象、一般性刑罰效果規定，是可以用立法者設有刑法第 59 條的個案調節機制為由，而認其仍合憲。

[9] 對此理由，本席有以下兩點不同想法：第一，刑法第 59 條之適用應該是屬於宣告刑階段的個案決定，而刑法第 47 條有關累犯加重的規定是否過苛，則屬立法者所為之處斷刑規定是否違憲的抽象審查問題。如果本件是以個案裁判為具體審查對象的裁判憲法審查程序，本院可以將刑法第 57、59 條等規定之適用與否及其結果，納入考量，而據以評價個案裁判之結果是否合憲。但本案仍是抽象法規審查，本席認為：本院不宜也不應將宣告刑階段才能適用的相關減免規定（如刑法第 57 至 63 條等），逕用以評價抽象的法定刑或處斷刑規定是否違憲。如果可以用刑法第 59 條來緩和任何法定刑或處斷刑的違憲爭議，這不僅會混淆對

於法定刑或處斷刑規定的抽象審查和對個案裁判結果的具體審查，也會導致再嚴苛的任何法定刑規定都是合憲；甚至會導致如釋字第 263 號解釋之結論，連唯一死刑都是合憲，只因為有刑法第 59 條！依此邏輯推演，如立法者對於竊盜罪科以最重為死刑的法定刑規定也可以合憲，只因為仍得適用刑法第 59 條！

[10] 其次，如此適用刑法第 59 條反而是容許或逼迫法官去濫用或誤用刑法第 59 條。特別是在法定刑過於嚴苛的罪名，即使犯罪情節明顯不符刑法第 59 條所稱犯罪之情狀顯可憫恕，有良心的法官就只好棄腦從心，閉著眼睛勉強適用刑法第 59 條，不斷地將之當成無可奈何之餘的個案調整機制。然而，就制度而言，刑法第 59 條並不是戰鬥力破表的烈空座神獸，一經召喚，即可克制阿爾宙斯而解除危機。反之，正因為法律效果過苛，所以才需要適用刑法第 59 條。如此召喚超級進化版的 59 神獸來解決累犯應加重規定的合憲爭議，正好凸顯該規定之實屬過苛、違憲。

（五）、刑法第 47 條第 1 項所定累犯要件是否違憲？

[13] 本號解釋只宣告刑法第 47 條第 1 項累犯應加重最低本刑的效果規定部分違憲，並沒有審查累犯的要件規定是否違憲。因此刑法第 77 條有關累犯假釋之撤銷、監獄行刑法有關累進處遇之分級及升級標準等、外役監條例（第 4 條第 2 項第 3 款）等執行階段中有關累犯之相關規定，並不受影響。

[14] 雖然本席支持本號解釋之宣告累犯應加重最低本刑的規定部分違憲，但也同時認為刑法第 47 條第 1 項有關累犯之要件，其實也有重新檢討修正之必要。在立法政策上，值得檢討之處至少有以下幾點：

[15] 一般或特別累犯？：現行法所定累犯之前後罪要件，僅要求前罪為有期徒刑之宣告，後罪為故意犯有期徒刑以上之罪者，即會構成累犯，而應加重其刑，這是一般累犯的規定。然如此規定，完全沒有考量前後罪之間是否具有相同或類似罪質，以致有較高的重複犯罪可能，或會造成較大的法益侵害，因此需要加重對後罪的處罰；甚至前罪屬過失犯罪者，亦可能成立累犯，顯然是過於寬鬆的規定。本席在上述第[6]段之所以認為現行法「應加重」其刑的規定原則上違憲，而應改

為「得加重」，主要考量也是因為現行法有關累犯的要件過於寬鬆，以致有必要給予法官適當的個案裁量空間。就此而言，本席傾向於支持將現行法所定之一般累犯，改成特別累犯。亦即：前後罪應屬相同或類似罪名之特定犯罪，或具有相同之手段或法益特質（如都是暴力犯罪、都是竊盜罪、都是性犯罪），且有充分之實證資料足以顯示這些犯罪之再犯率明顯高於其他犯罪，因此需要透過累犯制度來加重處罰其特別惡性或危害，以達特別預防之目的。如果改採上述特別累犯之要件，則其效果即可繼續維持現行法所定之應加重最低及最高本刑。

[16] 又現行法係以前罪執行完畢或赦免後，5 年以內故意再犯為成立累犯之時間要件。於比較法上，亦有以前罪判決確定後一定期間內再犯，作為累犯之成立要件者。這兩種模式，固屬立法政策之選擇。然由於法院審理速度之差異、法院裁判資訊查核之可能誤差等不可歸責於被告之事由，致上述 5 年期間之計算，於實務上相當複雜，也偶有錯誤，因而影響後罪判決之確定性及被告之權益。如採以判決確定後再犯來認定是否成立累犯，應該是比較簡單的制度設計，也容易操作，並可減少諸多偶然性的不公平。不過這就比較是立法政策的選擇，而和合憲與否的爭議不必然有關。

釋字第 775 號解釋 學說見解評析：

(一)累犯加重處斷刑的實質理由¹：

1、特別惡性？

這又分成以下這幾種不同的理解方向：

(1)累犯行為人的素行人格或一般傾向產生了強烈的法敵對狀態，具有特別惡性，有特別預防的理由：若採取特別預防角度來立論累犯，因處斷刑上限已經超越法定刑上限，已違反罪責原則，也同時牴觸以行為刑法、行為責任為基礎的刑事法理念。

(2)累犯人格不易收到矯正效果，刑罰感受力較差，故應增加後犯罪行為本身的制裁效果：此說考量到負擔公平原則及公平應報效果，認為累犯人格忽視刑罰制裁效用，具特別惡性，因此應該提高其刑罰，始能使累犯的惡害感受與一般犯罪人

¹ 許恒達，累犯與處斷刑加重之裁量－評大法官釋字第 775 號解釋暨後續實務裁判，月旦法學雜誌，294 期，頁 15-27，2019 年 11 月。

相同。這說的疑慮在於，要以捉摸不定且欠缺具體依據的刑罰感受力為由而通案地加重累犯刑責恐不妥適。

(3)行為人後犯罪行為產生較高度罪責的非難可能性：警告模式主張累犯行為人因前犯罪被處罰後會導致出「梗阻促因」，如果還不在乎這樣的警告，透過後犯罪表達克服了梗阻促因時，也就證明後犯罪行為本身具有更高的可非難性。但我們並不排除累犯行為人在為後犯罪時是很清楚知悉警告的，只是基於無關乎知悉警告與否的事由而故意犯罪。

(4)行為人後犯罪行為產生較高度不法的非難可能性：當行為人又再度故意侵害法益時，其行為不但違反了不得侵害法益的義務，還進一步違反因前罪名所帶來的「不得再一次犯罪」的義務，因此後犯罪行為具有較高度的不法非難性。但是這樣的看法顯然有所疑慮，因為不法加重的基礎是後犯罪，所以必須認定有無存在更加干擾後犯罪法益的加重事由，而不得僅以此行為更加違犯規範忠誠而予以加重，採此種看法顯然將不法加重的理由與後犯罪的保護法益脫勾處理。

2、刑罰反應力？

其實從前犯罪刑罰執行後竟又再犯的事實可以知悉，前犯罪的矯治效果功用極其有限，行為人對於既有的刑罰施用效果都已經感應力有限了，此時應轉向採取其他更適宜的刑罰手段來應對，而絕非再次動用已經被證明功能有限的自由刑來處斷行為人。

3、社會防衛？

若是立基於特別預防的想法，為達社會防衛的目的而將累犯隔離，實質上已經是將自由刑純粹視為隔離危險犯罪者的手段，基此而加重自由刑最高值的作法，更是違反比例原則與罪責原則，亦模糊刑罰與保安處分的界線。

而如果是從一般預防的角度以觀，這樣的想法已是將加重制裁累犯作為擔保社會安全的刑法工具，已踰越罪責原則。且加重累犯的處罰，表示司法者承認刑法並未真正完全貫徹其應有的規範效果，因為若刑法規範效力已經夠強，理論上就不會出現累犯才是，對累犯加重處罰無異於對法規範自打嘴巴！

(二)無奈的解釋應對策略²：

² 許恒達，累犯與處斷刑加重之裁量－評大法官釋字第 775 號解釋暨後續實務裁判，月旦法學雜誌，294 期，頁 27-30，2019 年 11 月。

正本清源之道應該是立即全面刪除累犯規定。(不過這個應該是無期待可能性 巧) 所以在現階段下還是必須為累犯加重處罰找出其合理性的基礎。

較為有理的論據是「不法與罪責雙重加重說」。亦即在不法層面，不同於一般行為人只侵害了後犯罪的保護法益，累犯行為人負有額外附加的同類行為控管義務，這是類似於不作為犯的保證人地位，故累犯行為人為後犯罪時，同時侵害了後犯罪法益以及因前犯罪所生的同種類行為額外控管義務。(且此附加義務只限於最重要且最具社會保護需求的法益態樣，例如殺人罪或者是性自主侵害的故意型犯罪。)

且在此還必須考慮累犯行為人在實行後犯罪時，確實具有充分忽視前犯罪行為制裁作用警告的明確內在意志，此必須要有證據充分證明行為人在意志的形塑過程中克服了梗阻促因。

最後綜合整理結論如下：

- 1、累犯僅適用在極度重大的殺人罪或是性侵害犯罪。
- 2、前後罪名必須屬於同罪質且相類手段之犯罪行為。
- 3、個案中必須有充分證據證明，行為人明顯忽視法規範所給予的警告，且行為人並無任何特別的生理病徵或性格缺陷。

釋字第 777 號解釋：駕駛人無過失及情節輕微之肇事逃逸案

1、解釋爭點：

刑法第 185 條之 4 之構成要件是否違反法律明確性原則？

2、解釋文：

肇事逃逸罪其中有關「肇事」部分，可能語意所及之範圍，包括「因駕駛人之故意或過失」或「非因駕駛人之故意或過失」（因不可抗力、被害人或第三人之故意或過失）所致之事故，除因駕駛人之故意或過失所致之事故為該條所涵蓋，而無不明確外，其餘非因駕駛人之故意或過失所致事故之情形是否構成「肇事」，尚非一般受規範者所得理解或預見，於此範圍內，其文義有違法律明確性原則，此違反部分，應自本解釋公布之日起失其效力。

3、解釋理由書：

88 年暨 102 年系爭規定之「肇事」構成要件語意所及之範圍，部分違反法律明確性原則，就此部分應失其效力。

查 88 年暨 102 年系爭規定之構成要件有四：「駕駛動力交通工具」、「肇事」、「致人死傷」及「逃逸」。其中有關「肇事」部分，可能語意所及之範圍，包括「因駕駛人之故意或過失」或「非因駕駛人之故意或過失」（因不可抗力、被害人或第三人之故意或過失）所致之事故，除因駕駛人之故意或過失所致之事故，依其文義及刑法體系整體關聯性判斷，為該條所涵蓋，而無不明確外，其餘非因駕駛人故意或過失所致事故之情形是否構成「肇事」，尚非一般受規範者所得理解或預見，於此範圍內，其文義有違法律明確性原則，此違反部分，應自本解釋公布之日起失其效力。

4、重要意見書整理：

< 傾向認為無過失肇事非肇事的見解 >

【許宗力大法官部分協同意見書】：

本席認為，從法條文義結構觀察，駕駛人既應停留於造成死傷之事故現場、禁止逃逸，則「肇事」概念必然包含駕駛人對於事故發生有所認識，並且係因其行為所致之情狀。換言之，「肇事」概念涵蓋因駕駛人故意、過失所致之事故，應屬無疑。在此語意「核心」範疇之外，如果認為單純發生事故也可能為肇事概念所及，則無論是被害人、第三人或不可抗力下引發的交通事故，都可能構成「肇事」。

針對此類處於語意外延的情狀，若從受規範的社會大眾角度而言，一來基於一般語感，稱「駕駛動力交通工具肇事」，通常會理解為駕駛人駕車「引發」事故，二來由於往往合理期待參與道路交通往來的一般用路人皆會遵守交通規則，基於此「容許信賴」的心理預設，應無法要求受規範者預見自己尚須承擔他人（事故對造、第三人等）違規所創設的社會風險。從而本席認為，應對系爭要件採取合憲性的限縮解釋，認為這類「邊際」事例，亦即非因駕駛人故意、過失所導致

的交通事故，並不在受規範者所得理解、預見的肇事語意範圍之內。簡言之，人民所認知的肇事應不包括自身無故意、過失的「天降橫禍」情形。若依此理解，則「肇事」概念應已具備合理範圍內之明確性，而能通過法律明確性原則的檢驗。至於本件解釋的多數意見，則採取了與本席相異的解釋策略，認為系爭規定有關肇事之意涵，在駕駛人具故意過失之部分尚稱明確，但是否涵蓋非因駕駛人故意過失所致之部分，則不明確，並僅就此不明確部分，宣告違反法律明確性原則而立即失效。本席認為多數意見的解釋方法論容有檢討餘地，因為當宣稱一個法律用語的語意內涵部分明確、部分不明確時，無疑是在宣稱此用語在概念上是否包含該不明確部分，存在爭議，而若語意涵蓋範圍存在爭議，即形同概念本身有欠明確性。故承認「部分不明確」時，其實已然承認概念整體不明確，從而應無切割處理、分別宣告憲法效力之空間。

然而，思量本席所支持的合憲限縮，與多數意見的部分違憲宣告，於法律效力上殊途同歸，都是使「肇事」概念自解釋公布之日起皆不再適用於「非因駕駛人故意過失」之部分。另一方面，本席主張的合憲性解釋雖是在承認法律用語已具一定程度明確性下，進一步限縮、具體化規範內涵，但毋寧仍對遭排除部分蘊有一定程度的違憲評價，與正面做出違憲宣告僅有量的差異而已。再加上促成本件解釋深具憲法價值，亦能有助化解法院實務上之紛擾，本於異中求同，形塑多數意見最大共識之考量，本席最後仍勉強支持多數意見之解釋原則。

【湯德宗大法官部分協同暨部分不同意見書】：

如上多數意見直接產生兩個值得商榷的後果。首先，兩系爭規定所稱之「肇事」，於其指涉「非因駕駛人之故意或過失所致事故」部分，因非一般受規範者所得理解或預見，有違「法律明確性原則」，故為違憲。然，嗣後立法者修法時，仍得明定：該條所稱「肇事」，包括「非因駕駛人之故意或過失所致之事故」在內。蓋「法律明確性原則」僅屬「形式合憲性」的判斷，而非「實質合憲性」的判斷。換言之，本解釋實際上並未就系爭規定所稱「肇事」，按憲法之評價標準，得否包括「非因駕駛人之故意或過失所致之事故」在內，進行判斷。尤有甚者，現行法中使用「肇事」一詞者不勝枚舉，按多數大法官的邏輯，以後凡稱「肇事」均應作「分裂式的理解」—其指涉「因駕駛人之故意或過失所致事故」的部分，尚不違反「法律明確性原則」；其指涉「非因駕駛人之故意或過失所致事故」的部分，則違反「法律明確性原則」！莫非「斯斯」有兩種，「肇事」也有兩種？如此解釋，豈符合人民的法常識？！

本席以為，關於系爭規定「構成要件」部分，應以限縮解釋的方法，將系爭規定解為「合憲」。亦即，採「合憲性限縮解釋」，明確釋示：「依其文義、一般社會通念及刑法體系觀之，88年系爭規定與102年系爭規定所稱『肇事』，係指因駕駛人之故意或過失之有責行為所致之事故；所稱『逃逸』係指駕駛人為規避可能之法律責任，未經他造當事人同意，逕自離開事故現場」。據此，立法者固仍得明確規定：駕駛人於發生車禍事故時，無論其於事故之發生有無故意或過失，皆有「停留現場」、「通報警察機關處理」、甚至實施「緊急救護」等義務；惟駕駛人違反上開義務而「逃逸」時，立法者如擬對之處以「刑罰」，仍應以「因駕駛人之故意或過失致生事故」而「逃逸」者為限。蓋行為人應僅就其「有責」之行

為，接受國家「刑罰」之制裁，殆為現代法治國家共同遵循之基本原則。

【詹森林大法官部分協同、部分不同意見書】：

本席認為，審查系爭規定所稱「肇事」之法律明確性時，必須將該規定所稱之「逃逸」一併納入考量，此乃系爭規定為「肇事（後）逃逸罪」當然應有之推論。

按「逃逸」，文義上，即當然含有非難意味。換言之，「逃逸」乃後行為，目的在於脫免被人發現逃逸人之「不法先行行為」。換言之，如無不法之先行行為，何須「逃逸」。就系爭規定而言，「肇事（後）逃逸」，應係指駕駛動力交通工具致人死傷後，駕駛人自知或害怕自己就該「致人死傷」必須負起法律責任，但又不願勇敢面對，遂起意藉由「逃之夭夭」，以脫免此項責任。據此，就「發生事故」部分，駕駛人如因無故意或過失而不須負擔法律責任，則駕駛人縱使未經表明其身分即離開現場，亦不應指為「逃逸」。

簡言之，系爭規定處罰之行為，既然是「逃逸」，而非「肇事」，則基於「逃逸」之目的在於隱匿先前之不法行為，系爭規定中，作為「逃逸」先行行為之「肇事」，應限於有故意或過失之情形。就自己無故意或過失之「事故」，駕駛人於嗣後縱未表示身分而離開現場，仍非「逃逸」，該先前之「事故」，亦從而無「肇事」可言。要求無故意與過失之駕駛人，必須如最高法院所稱，如同有故意或過失一般，依舊向被害人或其他人表明身分、報警處理或以其他類似方式停留現場，依本席所信，縱非已逾越法律管制範疇，進入道德規範境界，亦不在系爭規定構成要件涵蓋範圍內，而不應予以處罰。事故之發生，如完全可歸責於被害人者，更是如此。

<傾向認為無過失肇事是肇事的見解>

【黃昭元大法官協同意見書】：

在本案，多數意見認為系爭規定所稱肇事是否包括無過失之情形，不夠明確。純就肇事二字的可能文義（狹義指有責肇事，廣義包括與事故之發生有客觀上因果關係）而言，上述質疑固有其理路。然我國交通主管機關及法院實務向來似都認為肇事包括無過失致生事故之情形，於此並無重大歧異，亦無難以理解、預期或審查確認的不明確。反而是應否包括故意肇事之情形，法院實務及相關學說仍有爭議。多數意見之上述見解，不僅一舉變更長期以來的法院穩定見解，且造成刑法與道路交通法制有關肇事規定，在解釋上的體系斷裂。

從立法沿革來看，立法者在 1999 年增定系爭規定時，當時之立法理由就已表明係參酌刑法第 294 條第 1 項規定。如依此立法意旨，系爭規定所稱肇事自不應限於有責肇事之情形，而亦應包括無責肇事，即客觀上發生交通事故之情形。因為依刑法第 294 條第 1 項規定，即使無自救力之人之陷於無自救力狀態，並非由行為人造成，例如嬰兒或老年人純因本身之生病等事由，而陷於無自救力狀態，其父母或照護者如未及時為必要之扶助、養育或保護，仍會構成刑法第 294 條第 1

項之罪。換言之，所謂依法令負有扶助等義務者，並不限於那些對於「對無自救力之狀態」之出現，因故意過失而負有刑事責任之人。放在系爭規定的架構下，不論是無責或有責肇事，只要發生交通事故並致人死傷，駕駛人就應有停留現場為必要救護之積極作為義務，始符合系爭規定減少死傷之立法意旨。

這 50 年來，道交條例上述條文所稱之肇事，一直是包括無責肇事。行政機關、法院及人民也都已採取或接受這個理解，而認無責肇事者也有停留現場並為必要救護之行為義務。本號解釋卻對無責肇事者之適用系爭規定有所質疑，不僅可能進一步衝擊道交條例之解釋適用，也徒增人民困惑。

查系爭規定之立法目的係為「維護交通安全，加強救護，減少被害人之死傷」，除為及時救護事故被害人外，另有減少二次事故（保護第三人）的目的。就此立法目的而言，則無論肇事是否有責，只要有人死傷，都應納入系爭規定之適用範圍，始足以達成上述立法目的。反之，如果要求肇事者先自行判斷本人對於事故之發生是否有過失，並據以認定駕駛人有無停留現場、並為必要救護之義務，這反而會造成系爭規定在適用上的不明確。蓋駕駛人對於事故之發生是否有責，往往需要事後的鑑定才能得知並確定。即使駕駛人自認或確信本人無責後，才離開事故現場，但如事後鑑定認為有 1% 之過失，則仍會該當系爭規定之肇事逃逸。對於駕駛人而言，最保險的作法也仍然是：只要有事故發生，不論是否有責，都要留在現場，並採取一定的救護措施。

【林俊益大法官部分協同暨部分不同意見書】：

本解釋係大法官第 1 次以法律明確性原則宣告刑法分則條文部分違憲，至為奇特！「肇事」二字，依本解釋第 1 段意旨所示，部分違反法律明確性，部分沒有違反法律明確性原則，同樣「肇事」二字，右面觀之，明確有效，左面觀之，不明確無效，究是有效？還是無效？讓人難以捉摸！不禁讓人懷疑本解釋本身是否也有違反法律明確性原則之疑義？

本解釋為何不參酌立法目的？因為參酌立法目的，「肇事」二字就不會不明確。誠如本解釋理由所引 88 年系爭規定的立法目的是為「維護交通安全，加強救護，減少被害人之死傷，促使駕駛人於肇事後，能對被害人即時救護」而增訂，是以所有駕駛動力交通工具的駕駛人，一旦發生車禍事故，無論有無過失，都要立即停車查看，如有死傷，應立即放置交通障礙標誌，馬上報警救護，在場停留等候，以達維護交通安全、加強救護的目的。任何使用動力交通工具的駕駛人，參酌立法目的，就可明白「肇事」二字，就是指發生車禍事故的意思。

本解釋理由為何強調「不應再參考其他相關法律」？目的係為排除道路交通管理處罰條例第 62 條，當中有關「肇事」二字已經累積 50 年的事實經驗。多數意見想要視而不見，藉以達到「肇事」二字不明確之結論，因此限縮判斷基準。

上開規定(指道路交通管理處罰條例第 62 條的規定)，施行迄今已滿 50 年，駕車「肇事」一詞，可謂人盡皆知，無人不曉，隨意問一下週遭使用動力交通工具的駕駛人或市井小民：「請問什麼是駕車肇事？」幾乎都會回答：「肇事，就是發生

車禍、發生事故啊！有什麼問題嗎？」可知一般駕駛動力交通工具的駕駛人均能明瞭，「肇事」一詞，就是發生車禍事故，是中性的名詞，沒有區別其發生原因，不論有無過失，都一體適用。

本席認為，「肇事」一詞，參酌道路交通管理處罰條例第 62 條、88 年系爭規定及 102 年系爭規定之法體系整體關聯性，應為一般使用動力交通工具之受規範者即交通工具之駕駛人所能理解及可預見，「肇事」一詞，就是發生車禍事故，不論有無過失，均應停留現場，不可逃逸。

雖然本解釋文第 1 段釋示，無過失肇事的駕駛人離開現場，不構成肇事逃逸罪，但有無過失，不是駕駛人說了算，最終還是要由法院判斷，假如法院最終判斷駕駛人有 1% 的過失，還是有可能成立肇事逃逸罪，罪加一等，得不償失！本席在此誠摯的勸告所有駕駛人，只要發生車禍事故，致人死傷，無論如何，一定要停車檢查、報警救護、協助就醫及保全證據，維護交通安全，減少死傷，絕對不要自認無過失而逕行離開現場！

5、薛智仁教授對釋字第 777 號解釋的評釋：

(1) 法律明確性原則³

a、刑法明確性原則的主要功能應在於「確保由具有直接民主正當性的立法者決定國家刑罰權，以實現民主原則與權力分立原則」，「確保刑罰的可預見性」只是附隨的功能而已。

而明確性的審查基準，主要在於立法者是否透過刑罰規定表達其規範意旨。此時，系爭規定的法條文義、立法目的、與法體系的整體關聯等等，皆是探知其規範意旨可能的素材。是故，刑罰明確性的從嚴審查標準，應是提高對於規範意旨與意義的明確性門檻。

b、故肇事逃逸罪的構成要件是否明確，就取決於其是否充分明確地表達出立法者之規範意旨，參酌 1999 年增訂本罪的立法理由，本罪的規範目的是：「維護交通安全，加強救護，減少被害人之死傷，促使駕駛人於肇事後，能對被害人即時救護，特增設本條，關於肇事致人死傷而逃逸之處罰規定」，故立法理由已清楚表明本罪的規範意旨是在「保障被害人的人身安全」。此足以提供法官與檢察官是用本罪的具體方針，剩下的適用爭議是所有刑法規定都不可避免的，不足以否定本罪的客觀規範意旨明確的事實。

³ 薛智仁，肇事逃逸罪之合憲性－評釋字第 777 號解釋，月旦裁判時報，92 期，頁 82－88，2020 年 2 月。

本罪適用範圍的不明確性，其實成因並不在立法者的規範意旨不明，而是在於最高法院逐漸脫逸立法者的原始規範意旨，自行援引多元的保護法益觀點重新界定其適用範圍所致。

c、而在審查結論上，本號解釋認為肇事概念包含無責肇事會使一般受規範者無法預見，因為肇事應是指涉一種負面評價的意思，此種推論過快，原因在於這個所謂負面評價應該指的是事件的負面後果，但不一定可以連結到引發事件的人之故意過失，例如：小孩子亂開瓦斯爐引發火災，即使他完全不知瓦斯爐的危險性，我們也會說他闖了禍。但闖禍的負面評價是在於火災造成人身財產的損害，而不在於小孩有故意或過失。

d、又本號解釋協同意見書有認為肇事逃逸罪是在處罰行為人逃避責任，這前提就已經預設是肇事者要有故意或過失，故排除無過失肇事的情形，此推論仍然過快，原因在於，此逃避的「責任」有可能是其他法律(民事)或倫理上的責任，不一定是指刑事責任，如果這裡的責任不是只有指涉刑事責任的情況，則認為肇事包含無過失肇事並不會就讓一般受規範者無法預見。

(2)罪刑相當原則⁴

a、罪刑相當原則的內涵包含「相對均衡」與「絕對均衡」兩者。

相對均衡指的是不同犯罪之刑罰程度應與其犯罪情節成正比(例如強盜罪刑罰程度應高於竊盜罪的刑罰程度)；絕對均衡則是指個別犯罪之刑罰程度與其犯罪情節符合比例。

b、在相對均衡的觀察面向上，因為肇事逃逸行為在不法程度上具有多樣性，其所涵蓋的逃逸行為，輕至未救助輕傷被害人，重至故意不作為殺人，中間尚包含過失致重傷、過失傷害、過失致死、遺棄等等各種不同的態樣，故只要制定出來的刑度整體上足以反應逃逸行為之平均不法程度，其相對於其他罪名就不算是明顯失衡，因此，本罪 1999 年與 2013 年之法定刑尚屬相對均衡。

c、至於在罪刑的絕對均衡之觀察視角下，釋字第 777 號解釋單純從 2013 年調整刑度後，導致就算情節很輕微也無法易科罰金為由，認定此調整後的刑度違反罪刑相當原則，這可能不是妥當的推論。因為易科罰金標準明顯過於形式化，因為

⁴薛智仁，肇事逃逸罪之合憲性－評釋字第 777 號解釋，月旦裁判時報，92 期，頁 88－94，2020 年 2 月。

易科罰金只是刑事制裁體系避免執行徒刑的方式之一，即使不能適用易科罰金，適用緩起訴、緩刑或易服社會勞動等制裁手段，仍然可能避免過苛的刑罰。

d、綜合上述，肇事逃逸罪之法定刑是符合罪刑相當的均衡要求的，因為其法定刑的範圍大致上對應於逃逸行為的平均不法內涵，且對於輕微案件至少都保有緩刑或緩起訴的適用可能性。

(3)立法方向建議⁵

a、肇事概念的意義是事故實現自大眾交通的典型風險，肇事的主觀要件是故意、過失或是無過失並不重要，但若主管機關為配合本號解釋的要求，則修法時可以考慮對肇事增訂一個立法定義，明訂其包含故意、過失及無故意過失的肇事在內。

b、至於本罪的法律效果，則只要依據肇事者「違反之作為義務」(此與到底本罪保護何種法益有很大的關聯性)本身的不法與罪責程度設計其法定刑即可。

c、真正違反法律明確性原則和罪刑相當原則的不是本罪的立法規定，而是適用法律不當的司法裁判！

既然講到了涉及刑法第 185 條之 4 肇事逃逸罪的釋字第 777 號解釋，那我就順便幫大家爬梳一下有關肇事逃逸罪的所有爭點吧！(吼吼吼)

1、肇事逃逸罪保護法益：

(1)被害人生命身體安全：可以參見肇事逃逸罪的立法理由：「為維護交通安全，加強救護，減少被害人之死傷，促使駕駛人於肇事後，能對被害人即時救護，特增設本條，關於肇事致人死傷而逃逸之處罰規定。」其認為肇事逃逸罪主要就是保護被害人的生命身體安全，側重的是救助義務⁶。

(2)維護公共交通安全：學說上亦有認為本罪之保護法益應為交通公共安全。其認為：因為車禍發生後，不論有無死傷，多數車禍皆可能留下殘破的現場令人驚懼，也會引發後續的公共危險（例如：大貨車撞斷電線桿，電線桿橫壓在馬路上；被

⁵薛智仁，肇事逃逸罪之合憲性－評釋字第 777 號解釋，月旦裁判時報，92 期，頁 94－96，2020 年 2 月。

⁶許玉秀，擇一故意與所知所犯－兼論違憲的肇事逃逸罪，台灣本土法學雜誌，13 期，頁 197，2000 年 8 月。黃榮堅，不能駕駛與肇事逃逸，台灣本土法學雜誌，7 期，頁 152，2000 年 2 月。陳志輝，肇事逃逸罪與遺棄罪之競合關係，台灣本土法學雜誌，70 期，頁 241，2005 年 5 月。薛智仁，肇事逃逸罪保護之法益，台灣法學雜誌，236 期，頁 192，2013 年 11 月。

後車追撞、汽油外漏引發燃燒或爆炸、機油溢出路面讓過往的機車騎士打滑摔傷)。任何肇事者都有義務監控這種公共危險狀態，不讓實際侵害發生，這是不允許肇事逃逸的首要原因⁷。

(3)被害人之民事訴追利益：學說上有見解認為肇事逃逸罪應係仿自德國刑法第142條的規定，立法目的乃在於排除交通事故證據消失的危險，而使交通事故原因的調查，不致陷於困難重重之境，其保護法益兼及交通事故的雙方參與人(受損者與加損者)的私人利益，以確保民事損害賠償請求權，故屬抽象的財產危險犯⁸。

也就是說，保全民事賠償請求權之思維可為刑法第185條之4賦予新生命，若不解釋肇事逃逸罪所要保護法益為保護被害人之民事賠償請求權，則將大大減損本條所應彰顯之效用。

(4)協助確認事故與責任歸屬：學說有認為，在肇事逃逸罪各個不同的法益中，「協助確認事故與責任歸屬」說法是比較合理可採的，因為交通事故發生後，現場經常一片混亂或證據保全不易，究竟是誰對誰錯，往往判斷困難，如果無法確認事故發生之因果關係，那麼就無法判定法律責任之歸屬，因此，駕駛人倘若沒有逃逸，透過駕駛人之陳述說明，有可能使得國家與當事人比較容易確認事故原因與責任歸屬，有助於國家公權力的行使⁹。

也就是說，本說認為本罪中所創造出來的應該是「在場義務」而非「救助義務」，且此等在場義務最重要的內容即是肇事者必須「揭露身分」，或留下可供確認其姓名身分之人別資訊，因為所有後續責任的釐清，全都始於「揭露身分」。理由則是「車禍事故之責任，倘肇因肇事者之離去或隱瞞身分，而處於懸而未決之狀態，將使民眾對於刑事偵查與審判之司法制度喪失信心，如能早日確認車禍事故責任，可使民眾提高安全感與安心感，更能強化對司法制度之信賴。此外，肇事者於事故後卻留在現場，即使未必達到保全證據之程度，亦可使後續事故責任的釐清省卻找查別人資訊的成本，而這些均非私人利益，而屬公共利益」¹⁰。

(5)多重保護法益說：近期實務見解主張肇事逃逸罪所保護的法益就是兼容以上所有的保護法益，形成多重保護法益的說法。

最高法院104年度台上字第2570號判決：刑法第185條之4肇事逃逸罪所保護的法益，除維護各參與交通的眾人往來安全、避免事端擴大，和立即對於車禍受傷人員，採取救護、求援行動，以降低受傷程度外，還含有釐清肇事責任的歸屬，及確保被害人的民事求償權功能，兼顧社會與個人的重疊性權益保障。

⁷ 林東茂，刑法分則專題之一—交通犯罪，月旦法學雜誌，177期，頁236—237，2010年2月。

⁸ 林山田，刑法各罪論(下)，頁320，2005年9月5版。

⁹ 吳耀宗，肇事逃逸罪：第一講—保護法益，月旦法學教室，94期，頁38—39，2010年8月。

¹⁰ 王皇玉，2013年刑事法發展回顧：酒駕肇逃之立法與實務判決，臺大法學論叢，43卷特刊，頁1261，2014年11月。

2、行為人留在現場發呆、睡覺而不為有效的救護措施，是否算是逃逸？

有學者認為即便肇事者停留在現場，但其未履行救助義務，例如在現場睡覺、發呆的行為，亦屬本罪所規範之逃逸¹¹。

亦有論者認為，行為人如果只是其軀體形式上在場，但實際上沒有任何投入救助的動作，是否亦可該當本罪的逃逸？對此問題應該認為，關鍵在於到底甚麼叫做「在場」、「離開」，這從物理上來看都是量差的問題，距離被害人一公尺、一百公尺、一公里、十公里，如果不是從對被害人的作用可能性來看，是完全沒有任何意義的。但若重點是對被害人的作用，在甚麼都不做的情況下，就算是一公尺，也是世界上最遙遠的距離。基此，也應該認為在這種情形下行為人沒有阻止風險輸出的實質救助行為而認定為符合逃逸要素¹²。

雖然上述的說法符合規範目的，亦即符合本罪課與救助義務的本旨，然如此解釋已經違背最基本的文義範圍，超越文義界限，構成不利行為人之類推適用，違反罪刑法定原則。因為逃逸從文義上來看，指涉的意思即是「逃離不見蹤跡」，係指物理上離開現場之意，把這種心理上的「逃逸」也視作本罪之逃逸，即有脫逸最基本文義解釋的疑慮。打個比方，如果對於這種心理上的「逃逸」也可以認為是本罪之逃逸要素的話，那麼如果今天老師要點名，小明人是到課堂上上課了，不過他是標準的身在課堂、心在電玩類型的人，所以都不好好上課、心不在焉，結果老師上課在講授什麼概念，小明通通都沒學習到。那麼這種情況，老師可以記小明曠課嗎？在上述逃逸的討論中，對於停留在現場但未為任何救助行為的情形認為是逃逸的說法，在這裡恐怕也會認為小明「曠課」了¹³。

3、無過失肇事是否為肇事？

(1)實務見解：肯定說(但宜注意釋字第 777 號解釋改採否定說)

最高法院 107 年度台上字第 2571 號判決：刑法第 185 條之 4 規定之目的，在對於肇事後未於現場即時救護被害人而逃逸之行為加以處罰，以維護交通安全及被害人之利益。故祇要行為人駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸，即構成上開罪名，至於行為人是否自認有肇事原因，以及實際上有無過失責任，則屬另一問題，並不影響上述罪名之成立；否則，祇要肇事者自認無肇事原因或過失責任，即可置被害人生命、身體危難於不顧，而逕行離去，顯違前揭條文之立法旨意。

¹¹ 盧映潔，論刑法第一八五條之四「肇事致人死傷逃逸罪」的法益保護，月旦法學雜誌，112 期，頁 245，2004 年 9 月。

¹² 周漾沂，2016 年刑事法實務見解發展回顧：食品安全、交通安全，與抽象危險犯，國立台灣大學法學論叢，46 卷特刊，頁 1489-1490。

¹³ 此比喻出自蔡聖偉教授刑事問題研究大學部課堂的巧妙比喻。

實務見解認為，只要車禍事故的發生與行為人有因果關係，即使可以認定行為人對於車禍是無過失，也仍屬肇事。

(2)學說見解：否定說

學說上對實務肯認無過失肇事亦為肇事此見解則有嚴厲的批判，認為我們譴責肇事逃逸，必須是逃逸者有一個違法的前行為，如果認為被撞的人必須救助追撞者，這個追撞者的法律地位反而因為撞人而升高，遭到追撞是無辜的被害人，竟然還必須承擔法律義務，去救助製造災禍的人，天底下有這種道理？為避免對合法駕駛人過苛，行為人須對交通事故有過失始為本罪之肇事者¹⁴。

4、近期有關肇事逃逸罪最重要的判決：

最高法院 104 年度台上字第 2570 號判決:

1、考諸此肇事遺棄（逃逸）罪，最重要之點，乃是在於「逃逸」的禁止，若未等待警方人員到場處理，或無獲得他方人員同意，或不留下日後可以聯繫的資料，就逕自離開現場（含離去後折返，卻沒表明肇事身分），均屬逃逸的作為

2、而為確保公眾交通的安全，所稱「肇事」，當指客觀上的車禍發生情形已足，不以行為人對於該車禍的發生，應負刑責為必要，此因肇事責任歸屬，尚屬下一順位，需費時間，才能釐清、不爭。

3、又為釐清責任，並確保車禍中遭受死傷一方的權益，肇事的各方（按有時不祇對立的雙方，甚至有多方的連環車禍），其對外關係，應構成一整體；具體而言，非但駕駛人和汽車是一整體，而且駕駛人與其乘客也是一整體，例如：駕車者臨停違規、下車離開，或車上乘客違規亂丟物品或隨意打開車門等，一旦肇事而逃逸，無論車內違規的一方係親友或一般人員，對於受害的另方，都應共同構成一整體，居於保證人的地位，全該當於本罪所規範的肇事概念。

評析：此有關肇事逃逸罪的標竿實務見解認為駕駛、乘客以及汽車應視為是一整體，當乘客違規肇事時，也直接將駕駛視為是肇事者，對被害人都居於保證人地位。這看似標新立異的見解，其實並無新意。只要讀者們清楚認知到過往實務穩定看法皆認為無過失肇事亦屬肇事，那麼在此判決中當然就可以推論出結論—即便肇事的是乘客，駕駛對車禍之發生係屬無過失，但無過失肇事仍屬於肇事，所以仍然可以認為駕駛有肇事！

¹⁴ 林東茂，刑法分則，頁 269—270，2018 年 9 月。

5、致人死傷的性質：

多數說與實務認為是「客觀構成要件要素」；少數學說認為是屬於「客觀處罰條件」。

6、肇事逃逸罪與有義務遺棄罪之競合

1、早期司法實務見解認為有義務遺棄罪與肇事逃逸罪屬於法條競合的特別關係，應優先適用特別法的肇事逃逸罪。

2、惟新近實務見解認為(最高法院 99 年台上字第 4045 號判決)：保護之法益，有義務遺棄罪為個人之生命、身體安全，與肇事逃逸罪係為促使駕駛人於肇事後能對被害人即時救護，以減少死傷，側重社會公共安全之維護，二者並非特別法與普通法關係，同時符合上開二罪之犯罪構成要件時，即應成立一行為觸犯二罪名之想像競合犯。

其實就算是在近期實務見解中，也有認為肇事逃逸罪和有義務遺棄罪兩罪的競合關係，應屬法條競合中的特別關係的見解！

最高法院 104 年台上字第 2883 號判決：刑法第一百八十五條之四肇事致人死傷逃逸罪之構成要件，較之同法第二百九十四條第一項遺棄罪為寬，且前者之法定刑度較後者為重，立法目的似有意將駕駛動力交通工具肇事致人受傷而逃逸行為之處罰，以前者之規定取代後者之意，則在駕駛動力交通工具肇事，致人受傷，使陷於無自救能力而逃逸之情形，刑法第一百八十五條之四即為同法第二百九十四條第一項之特別規定，而應優先適用。

釋字第 791 號解釋：【通姦罪及撤回告訴之效力案】

1、解釋爭點：

刑法第 239 條規定是否符合憲法第 22 條保障性自主權之意旨？本院釋字第 554 號解釋應否變更？

2、解釋文：

刑法第 239 條規定：「有配偶而與人通姦者，處 1 年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」對憲法第 22 條所保障性自主權之限制，與憲法第 23 條比例原則不符，應自本解釋公布之日起失其效力；於此範圍內，本院釋字第 554 號解釋應予變更。

3、解釋理由書：

系爭規定一(刑法第 239 條通姦罪)部分

一、有重新檢討系爭規定一合憲性及系爭解釋(釋字第 554 號解釋)之必要

查婚姻係配偶雙方自主形成之永久結合關係，除使配偶間在精神上、感情上與物質上得以互相扶持依存外，並具有各種社會功能，乃家庭與社會形成、發展之基礎，婚姻自受憲法所保障（系爭解釋與本院釋字第 748 號解釋參照）。惟隨著社會自由化與多元化之發展，參諸當代民主國家婚姻法制之主要發展趨勢，婚姻關係中個人人格自主（包括性自主權）之重要性，已更加受到肯定與重視，而婚姻所承載之社會功能則趨於相對化。此由系爭規定一對婚姻關係中配偶性自主權之限制，多年來已成為重要社會議題可知。是憲法就此議題之定位與評價，自有與時俱進之必要。此外，憲法所保障之基本權種類與範圍，亦經本院解釋而持續擴增與深化。經本院釋字第 585 號及第 603 號解釋明確肯認為受憲法第 22 條保障之隱私權，即為適例。從而，系爭解釋所稱系爭規定一「為維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要……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」乙節，已非無疑；尤其系爭規定一是否仍合乎憲法比例原則之要求，更有本於憲法相關基本權保障之新觀念再行審查之必要。

二、據以審查之憲法權利及其審查基準

系爭規定一明定：「有配偶而與人通姦者，處 1 年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」禁止有配偶者與第三人間發生性行為，係對個人得自主決定是否及與何人發生性

行為之性行為自由，亦即性自主權，所為之限制。按性自主權與個人之人格有不可分離之關係，為個人自主決定權之一環，與人性尊嚴密切相關，屬憲法第 22 條所保障之基本權（系爭解釋參照）。

系爭規定一既限制人民受憲法保障之性自主權，應符合憲法第 23 條比例原則，即須符合目的正當性，且該限制有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，而與其所欲維護法益之重要性亦合乎比例之關係。又性自主權與個人之人格有不可分離之關係，是系爭規定一對性自主權之限制，是否合於比例原則，自應受較為嚴格之審查。

三、系爭規定一違憲

按婚姻制度具有維護人倫秩序、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。故國家為維護婚姻，非不得制定相關規範，以約束配偶雙方忠誠義務之履行。**查系爭規定一以刑罰制裁通姦及相姦行為，究其目的，應在約束配偶雙方履行互負之婚姻忠誠義務，以維護婚姻制度及個別婚姻之存續，核其目的應屬正當。**

首就系爭規定一維護婚姻忠誠義務之目的言，其主要內容應在於維護配偶間親密關係之排他性，不許有配偶者與第三人間發生性行為而破壞婚姻關係。基於刑罰之一般犯罪預防功能，系爭規定一就通姦與相姦行為施以刑罰制裁，自有一定程度嚇阻該等行為之作用。又配偶雙方忠誠義務之履行固為婚姻關係中重要之環節，然婚姻忠誠義務尚不等同於婚姻關係本身。**配偶一方違反婚姻忠誠義務，雖可能危害或破壞配偶間之親密關係，但尚不當然妨害婚姻關係之存續。因此，系爭規定一以刑罰規範制裁通姦與相姦行為，即便有助於嚇阻此等行為，然就維護婚姻制度或個別婚姻關係之目的而言，其手段之適合性較低。惟整體而言，系爭規定一尚非完全無助於其立法目的之達成。**

惟基於刑罰之一般預防犯罪功能，國家固得就特定行為為違法評價，並採取刑罰手段予以制裁，以收遏阻之效。然基於**刑法謙抑性原則**，國家以刑罰制裁之違法行為，原則上應以侵害公益、具有反社會性之行為為限，而不應將損及個人感情且主要係私人間權利義務爭議之行為亦一概納入刑罰制裁範圍。婚姻制度固具有各種社會功能，而為憲法所肯認與維護，惟如前述，婚姻制度之社會功能已逐漸相對化，且憲法保障人民享有不受國家恣意干預之婚姻自由，包括個人自主決定「是否結婚」、「與何人結婚」、「兩願離婚」，以及與配偶共同形成與經營其婚姻關係（如配偶間親密關係、經濟關係、生活方式等）之權利，日益受到重視。又婚姻之成立以雙方感情為基礎，是否能維持和諧、圓滿，則有賴婚姻雙方之努

力與承諾。婚姻中配偶一方違背其婚姻之承諾，而有通姦行為，固已損及婚姻關係中原應信守之忠誠義務，並有害對方之感情與對婚姻之期待，但尚不致明顯損及公益。故國家是否有必要以刑法處罰通姦行為，尚非無疑。

系爭規定一雖尚非完全無助於立法目的之達成，但其透過刑事處罰嚇阻通姦行為，得以實現之公益尚屬不大。反之，系爭規定一作為刑罰規範，不僅直接限制人民之性自主權，且其追訴審判程序亦必然干預人民之隱私。按個人之性自主權，與其人格自由及人性尊嚴密切相關。系爭規定一處罰通姦及相姦行為，直接干預個人性自主權核心範圍之程度，堪認嚴重。再者，通姦及相姦行為多發生於個人之私密空間內，不具公開性。其發現、追訴、審判過程必然侵擾個人生活私密領域及個人資料之自主控制，致國家公權力長驅直入人民極私密之領域，而嚴重干預個人之隱私（本院釋字第 603 號解釋參照）。是系爭規定一對行為人性自主權、隱私之干預程度及所致之不利益，整體而言，實屬重大。況國家以刑罰制裁手段處罰違反婚姻承諾之通姦配偶，雖不無「懲罰」違反婚姻忠誠義務配偶之作用，然因國家權力介入婚姻關係，反而可能會對婚姻關係產生負面影響。是系爭規定一之限制所致之損害顯然大於其目的所欲維護之利益，而有失均衡。

綜上，系爭規定一對憲法第 22 條所保障性自主權之限制，與憲法第 23 條比例原則不符，應自本解釋公布之日起失其效力；於此範圍內，系爭解釋應予變更。

重要意見書整理：

【黃虹霞大法官部分協同意見書】

不是所有不善行為都應該以刑罰處罰。又性自主權應受憲法保障，是本院釋字第554號解釋即已肯認的。而刑法第239條通姦罪規定，是以刑罰限制配偶及其相姦人之性自主權，依憲法第23條規定，刑法第239條通姦罪規定須符合手段適當性（對婚姻制度之維護等有相當程度助益）、必要性（有以刑罰處罰違反行為之必要，因為刑罰具最後不得已手段特性，刑罰能不用就該不用），並須符合狹義比例原則（以刑罰處罰之利大於弊）。謹再分別說明如下：

（一）不適合以刑罰作為處罰手段，因為對婚姻制度之維護等沒有相當助益

最重要的是婚姻美滿的基礎在於感情，而感情植基於自由意志，有時難以道理計。配偶間為美滿婚姻所必要之兩情相悅，無法經由法律強制建構，故而刑法第239條通姦罪規定對配偶間情感維繫、婚姻美滿是無效之手段；且此一規定常致生配偶對簿公堂之結果，而配偶對簿公堂，影響配偶和睦及家庭和諧（本院釋字第569號解釋參照）；更經本院進一步調查結果，亦證實經通姦罪之訴追後，婚姻很大比例係以離婚收場。

綜上，刑法第239條通姦罪規定對婚姻制度之維護沒有相當關聯，對個別婚姻關係之存續與圓滿未有助益，甚至有害；對配偶間感情沒有加值、只有貶值作用，與其立法目的之達成間，已難再謂其具手段適當性。

（二）沒有以刑罰處罰之必要

婚姻制度應受國家重視，並受憲法制度性保障，乃屬當然；但此與通姦罪應否合憲沒有論理上之必然關聯，因為以刑法規範通姦行為不等於重視婚姻制度；反之，若認其違憲也不等於不重視婚姻制度。

另通姦行為有悖於善良風俗並嚴重違反婚姻契約，應受非難指摘，固屬社會一般通念；惟非難指摘不等於應科以刑罰，又通姦罪之告訴不乏係出於報復目的，但刑罰應避免為報復目的而設，且報復固有疏解一時情緒之作用，惟沒有回復原狀或實質補償之功能，也難以根絕被害人之困擾。尤其婚姻本質為民事契約關係，就婚姻契約之違反，本質上為民事契約不履行及或侵權行為之爭議，其救濟原則上屬民事訴訟範疇；而就其制度性救濟，民法既已設有保障機制，自應回歸且宜回歸民事損害賠償救濟。又經全盤考量後，縱仍認應進一步保障，也是如何落實民法既有規定或至多增強民法規定之問題而已。

更何況較諸現行由國家對通姦罪行為人常見之易科歸入國庫之罰金處罰，判令加害人金錢賠償之民事救濟，對受害之他方配偶更具實質補償效益。另刑法第239條規定之法定刑為1年以下、2月以上有期徒刑，屬對犯罪行為人科處短期自由刑之規定，而短期自由刑之矯正教化功能極其有限，本當避免；尤其通姦者如為家庭之經濟來源，其若須入監服刑，還可能使家庭成員頓失依怙。是通姦不當行為尚難謂已達必須動用刑罰不得已手段之程度，即刑法第239條規定尚難認符合刑罰侵害最小手段原則。從而自難遽謂刑法第239條通姦罪規定對通姦行為人科處刑罰係維持社會秩序、公共利益之所必要，或謂為婚姻制度性保障目的而尚仍有以刑法規範通姦行為之必要。

又刑法有謙抑、節約原則，應該被用來處理較重大反社會性之行為；如果是單純背於道德之作為，較不具刑罰可罰性，不該以刑罰處理之。很多國家不再有通姦罪規定應該就是基於這個道理。

（三）手段與所欲保護法益間之比例關係不相當，即所造成之弊害大於其利益

通姦罪規定係以限制人身自由作為手段，其直接使與人性尊嚴相關之人民性自主權受到重大限制，並其追訴審判過程則不免觸及隱私，致亦間接侵害隱私，極不利個人人格之自由發展。又通姦罪之追訴輒淪為報復手段，更致兩敗俱傷，對告訴與被告即配偶雙方均造成嚴重、甚至無可彌補之傷害，並常導致婚姻關係無可挽回、家庭破裂。

通姦罪規定屬告訴乃論之罪（刑法第245條第1項參照），其罪質與公益本已較無關聯，甚且通姦罪規定係刑法中僅見之以縱容或宥恕為限制告訴權人即受害配偶告訴權行使之條件者（刑法第245條第2項參照），足見刑法第239條規定所欲保護法益之公益性質本屬薄弱。是若續以刑法第239條規定作為處罰通姦行為之手段，其相關法益之保護與限制間自失均衡。

【許宗力大法官協同意見書】

本號解釋系爭規定一的制裁對象是「有配偶而與人通姦者」及其「相姦者」，雖未明文以性別為分類基準，表面上性別中立，但一般人大致同意，在我國的社會文化脈絡下，即使在性別平等日益受到重視的今日，對婚外性行為管制與處罰仍帶有濃厚性別意涵，同時對於男女發生婚外性行為的價值判斷存在雙重標準：同樣是參與婚外性行為，女性通姦者遭到社會斥為淫娃蕩婦，而男性通姦者都只是犯了「天下男人都會犯的錯」；女性永遠背負著貞節牌坊，要從一而終，通姦根本十惡不赦，沒浸豬籠就算了，還敢奢望得到原諒；而男性腳踏兩條船，不僅容易獲得原諒，甚至為世人所暗自欽羨。更甚者，男性作為通姦人，本是婚外性行為不可或缺的參與者，在系爭規定二適用結果下，因為被害配偶或基於經濟因素或子女利益、家庭和諧等考量而撤回對通姦配偶之告訴，其撤回告訴效力不及於相姦人，而搖身一變成為國家處罰女性相姦人不可或缺的「幫手」。如論者所言，不管是對被害配偶或相姦人而言，女性永遠是最終的輸家。總之，即便於當代性別平等思潮下，對婚外性行為的評價與處罰，依然帶有社會看待性別如Gayle Rubin所稱” Charmed Circle” 般之階層化的價值判斷，在一幕幕社會新聞的版面上，我們只會看到女性通姦配偶「洗門風」的新聞，卻幾乎未曾聽聞男性通姦配偶也同樣被社會期待要「洗門風」，就是信手拈來的一例。這個社會顯然還有很長一段需要共同學習成長的路要走。

基於以上理由，本席認為系爭規定一及二固然屬於性別中立之法律規範，其適用結果已形成對於女性長期穩定之不利處境，更隱藏對於婚外性行為處罰之性別雙重標準，此種性別間接差別待遇，並無法確實維繫婚姻關係之和諧與圓滿，其手段與目的間並無實質關聯，而與憲法第7條保障性別實質平等之意旨不符。本號解釋多數意見固已看出系爭規定一及二適用結果，呈現性別分布失衡之現象，卻對是否違反憲法第7條性別平等保障的問題過門不入，而拐個彎，轉到憲法增修條文第10條第6項促進兩性地位實質平等要求之脈絡，可惜了。爰提出協同意見補充說明如上。

【黃昭元大法官協同意見書】

一、據以審查系爭規定一的憲法權利

（一）性自主權

從性行為自由到性自主權：釋字第554號解釋認通姦罪限制了憲法第22條保障之性行為自由，顯係以性行為自由為本院據以審查之權利，其內涵為：是否及與何人發生性行為之自主決定權。按系爭規定一所處罰之通姦及相姦行為，依立法意旨及向來法院實務見解，僅限於男女間之性器官接合行為，而不包括其他類型之性交行為，亦不包括精神上外遇等不涉及肉體上性行為之性親密關係。故其所限制之個人權利，最直接及最主要者，確為（狹義的）性行為自由。於2002年公布之釋字第554號解釋中，大法官首度並明白承認性行為自由屬憲法第22條保障之非明文權利，就憲法權利之演進而言，自有其釋憲史上的重要意義，值得致敬。

在此基礎上，本號解釋則改以性自主權來指稱系爭規定一所限制之權利，乃係進一步強調性行為自由與個人人格自主形成及發展的內在關聯，而不只是較無關人格自主的一般行為而已。蓋釋字第554號解釋亦同時強調性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，本號解釋改採性行為自由之上位概念，即性自主權，以凸顯性行為自由應屬個人就其性親密關係所為之自主決定，且強調性自主權與人性尊嚴、人格發展、個人自主間之密切關聯。又性自主權之概念及用語，與目前法制用語亦較為接近；其涵蓋範圍，除了性行為之自主決定外，另包括不涉及肉體上性行為之其他性親密關係的自主決定，例如所謂的精神上外遇、心靈伴侶、同性或異性密友等各層面的性親密關係。對此，本席亦認為性自主權是比性行為自由更適當的權利名稱。

（二）隱私權？

本席認為：系爭規定一確實是直接限制性自主權，也常會間接干預個人生活私密領域及資料自主控制之隱私權。然後者尚非系爭規定一本身在表面上直接且必然干預者，而是適用系爭規定一而造成之常見後果，較屬間接之限制。在少數之例外情形，如發生於公共場所（如公園、野外等處）之通姦行為，或通姦人坦白自認、留下公開或其配偶可知悉之通姦證據者（如已認領非婚生子女之戶籍登記等），即可能不致干預通姦雙方之上述空間及資訊隱私權。

又被害配偶以通姦為由，訴請離婚或賠償，其訴訟過程其實也會干預通姦雙方之空間及資訊隱私權。因此不管是刑事或民事訴訟，其訴訟程序都會干預通姦人及相姦人之上述隱私，結果上並無不同。只是單純的民事訴訟並無法發動警方協助蒐證，國家公權力介入的程度較低。惟如認系爭規定一侵害隱私權而違憲，則以通姦為由所提起的民事訴訟，其審理程序可能也會發生類似的違憲疑慮。能否有

效區別刑事與民事訴訟，而認前者之干預隱私應該違憲，但後者之干預隱私則合憲？這會是個難題。基於上述理由，本席仍贊成本號解釋未以隱私權為審查依據，而僅於審查系爭規定一對性自主權之干預是否符合狹義比例原則時，才提及隱私，並認系爭規定一對於隱私之干預重大，因此 $B > Z$ （弊大於利）而違憲。

（三）平等權？

在本案，縱令不考量相對有利女性的少數年份統計，而以多數年份所呈現的女多於男之整體統計結果為準，此項統計上的性別差異程度多年來大致在10%以內，並未超過20%，明顯未達釋字第666號及第760號解釋所認定之懸殊程度，是否已足以構成間接的性別歧視，這是本號解釋多數意見猶豫之處。蓋任何法律之實際適用結果，多會有性別、種族、年齡等各種因素之統計上差異；完全不出現任何因素之統計上差異者，反屬例外。以判決有罪確定被告之性別比例來說，於大多數犯罪類型，男性被告人數都明顯高於女性。我們應無從據以主張：多數刑罰規定之實際適用結果，對於男性會構成間接歧視。在統計上，如何控制變數，並排除無關之相關因素，以認定確實存在有統計上的顯著差異，固可參考援引統計學之各種專業方法（如迴歸分析、卡方檢定等）。然即使認定存在有統計上（顯著）差異，是否當然就構成違憲的法律上差異，仍須進一步論述。前者是事實問題，後者已涉及規範評價。

以本案來說，系爭規定一之實際適用結果所以會有上述性別差異，其實是源自系爭規定二，而非系爭規定一所直接且必然導致者，此即本號解釋理由書第43段中所述：「…系爭規定二之實際適用結果致受系爭規定一刑事處罰者，長期以來，呈現性別分布失衡之現象，…」。換言之，在系爭規定一與其適用結果之呈現性別分布失衡現象間，其實是另有系爭規定二之變數，這才是更主要、甚至是真正的變數。立法者如先修正系爭規定二，改為告訴不可分，系爭規定一即不至於會產生上述之性別差別影響歧視，而只會有是否侵害性自主權之違憲爭議。本號解釋於審查系爭規定一時，並未引用性別平等為依據，而在審查系爭規定二時，始於理由書第43段以併此指明的方式，回應並很委婉地贊同社會輿論及學說之上述指摘，應該是比較細緻、穩妥的論述方式。

二、通姦罪規定所追求之目的？

本席認為：上述所謂婚姻忠誠義務，說穿了，就是配偶一方對於他方性器官的排他、獨占使用權，這是本號解釋和釋字第554號解釋所沒有說出口的配偶權之核心要素。所謂系爭規定一之目的在維繫婚姻，其實是在維護上述性獨占權。婚姻既課以雙方互負（性）忠誠義務，也賦予雙方互有性獨占的對等權利。通姦罪所要保護的核心法益，其實是婚姻存續中，配偶一方對他方之性獨占權，且得排除任何第三人，而不只是要求他方配偶要盡其性忠誠義務而已。如此也才能解釋為何非婚姻關係一方之相姦人應與通姦人同罪，因為通姦人及相姦人係共同破壞了

建立在上述性獨占權之上的合法婚姻關係及婚姻制度。再者，所謂婚姻忠誠義務在理論上及實際上本都還會包括精神及感情層面的忠誠義務，而不只是性行為層面之忠誠。不只是性行為層面之忠誠。違反精神或感情層面的忠誠義務，其對婚姻之破壞，未必小於通姦。然系爭規定一並不處罰違反（廣義）忠誠義務的精神上出軌行為，而僅處罰違反性行為忠誠義務的通姦行為。即使擴大通姦罪的處罰範圍，而包括男女性器官接合行為以外的其他性交行為（參刑法第10條第5項），受處罰之行為仍然只是性行為，而不及於精神及感情層面的不忠誠行為。由此可證通姦罪所要維護的婚姻之忠誠義務，其核心正是上述性忠誠義務（即性獨占權）。

康德是如此定義婚姻：婚姻是一男一女為終身享有對方性器官（使用權）所成立之結合。哲學家以其洞見，一語揭穿了法律的面紗。依此定義，所謂配偶雙方互負忠誠義務，如從權利面來說，其實就是配偶雙方互惠使用對方性器官的排他性獨占權利。這不但是個雙務契約，甚至還有對世效力，因為能排除任何第三人之使用他方配偶性器官，並可追究相姦人之責任。相姦人之所以應與通姦人同罪，也正是侵害了被害配偶之性獨占權，而不是相姦人違反了什麼性忠誠義務。從憲法觀點來說，通姦罪所涉及的核心爭點，正是婚姻關係中，配偶一方之性獨占權與他方（包括通姦人與相姦人）性自主權的衝突。

其實我國現行法律體系並未完全堅持或貫徹婚姻應具有上述性獨占權的規範效力。刑法第245條第2項規定：配偶縱容或有怨者，對通姦人及相姦人都不得告訴。套句康德的用語來說，在刑法第245條第2項規定下，配偶性器官使用權並不必然是終身獨占、徹底排他的。綜合法第239條及第245條第2項規定，似可推知其整體意旨為：配偶性器官之使用權，在原則上固應為雙方各自獨占，但仍可授權或容忍他方配偶與第三人分享使用，因此較接近優先使用的效力，而不是徹底排他。就此而言，作為刑法通姦罪規範前提之性獨占權，因為刑法第245條第2項之存在，其意涵及效力已經動搖，至多只能說是性優先權而已。依刑法第245條2項規定，被害配偶對於通姦人，既可以事前縱容，也可於事後宥恕，顯然通姦所侵害的法益，與公益關聯很低，因此容許配偶處分。既然其屬個人利益的性質顯然高於公共利益，國家實無必要非以刑法處罰不可。

其次，依強制執行法第128條第2項規定，法院命夫妻同居之判決，仍不得強制執行。換言之，國家並無法以法律手段強制配偶相互間之實際履行其性義務。如真要貫徹性獨占權，在法理邏輯上，是否應容許強制執行？在現實上，有可能嗎？國家之所以不提供其公權力，以貫徹配偶一方對他方性器官之使用權，是否意謂在法理上，婚姻雙方之是否及如何發生性關係，實不具公益性，而屬感情領域事項，最終仍應由個人自主決定。即使是訴諸忠誠義務，也無法強制配偶一方對他方履行性義務。

再者，已婚配偶間之強制性交亦有刑法第221條強制性交罪之適用，這也是容許配偶一方得基於其性自主，而拒絕履行性義務。配偶中任一方如違反他方意願而強制為之，甚至會構成犯罪。可見配偶之性自主權，並不當然受婚姻之拘束；反而是配偶間之性義務應受到個人性自主權之制約，而不是性自主權當然應受性義務之制約。

回到系爭規定一立法目的之審查，本席認為其關鍵問題為：是否應無條件賦予並承認婚姻制度當然有上述性獨占權之保障及內涵，且具有排他效力？本席認為：如繼續以維護婚姻關係的性獨占權為系爭規定一之立法目的，此項目的之涵蓋範圍顯然過於廣泛，其效力也過於強烈，而難認合憲。

可是刑法…婚姻回不去了：在現實世界中，被害配偶一旦發動刑法通姦罪之追訴程序，縱令後來撤回對通姦配偶之告訴，又即使一方想要回到平凡一天，但雙方婚姻多半就如電視劇「犀利人妻」最終回的著名台詞：「可是瑞凡…我回不去了」。據統計，在法院審理的通姦罪案件中，就算通姦配偶最後未被判決有罪（包括撤回告訴或判決無罪等情形），也約有半數案件之婚姻最後仍是離婚收場。可見系爭規定一之存在，其立法目的或係為維繫婚姻，然其實際後果往往是破壞個別婚姻關係。

感情的世界多屬個人道德、倫理的自主範疇，就連父母、親人也難以干預或勉強，更遑論國家法律。在兩人世界中，能夠攜手同行，白頭偕老，固屬美事。然如因各種因素致難以繼續同行，縱令動用刑法伺候，監獄關得住人，但還是關不住心。刑法第239條通姦罪規定，是該劃下句點了。

【謝銘洋大法官協同意見書】

一、 婚姻的維持，無法靠刑罰的威嚇

婚姻與家庭是社會穩定和發展的重要基石，而婚姻是以感情為基礎，通姦除罪化並不表示婚姻不重要，只是告訴大家，婚姻是兩情相悅的事，不能靠國家來幫你們維持，不能靠國家拿著刑罰的鞭子在後面鞭策；婚姻要靠自己，夫妻必須花更多心思來互相了解、尊重，更關心另一半，以積極主動的態度去提升婚姻的品質並經營美滿的家庭生活，刑罰的介入反而扭曲了婚姻的本質。

婚姻在有第三者介入後，就已經出現破綻，此時對於夫妻雙方而言，應該是如何修補破裂的婚姻，包括雙方坦承以對，甚至尋求專業的婚姻諮商，而不是利用刑罰的威嚇手段，去造成更大的撕裂，或只是勉強維持婚姻的形式。以刑罰處理婚姻問題，只是鋸箭法，其實並沒有真正解決婚姻關係中的破裂問題。通姦罪的存在，甚至使得已經分居多年，卻因某種原因而仍然維持形式婚姻關係者，也同樣面臨通姦罪刑罰的威脅。而父母親對簿公堂、以刑罰相逼，對子女更是造成一輩子難以抹滅的傷害。

二、 刑罰應是不得已的最後手段，不應被濫用

通姦的問題，主要是夫妻雙方的感情與婚姻的問題，純粹是私的生活領域的問題，以國家刑罰介入，不僅不適當，而且以刑逼民的結果，往往寬恕了自己的配偶，卻迫使相姦的第三者必須支付高額的賠償費。而且國家於刑罰權發動時，所進行的犯罪偵查以及後續的刑事審判程序，必須介入極為隱密的私的領域而且必須一再的揭露，更是造成對個人隱私權嚴重且持續性的傷害。

三、 系爭規定施行的結果往往造成對女性實質不平等

系爭規定二對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人，使得對婚姻有忠貞義務的配偶可以脫免於刑罰之外，卻使對婚姻無忠貞義務的第三人，要單獨受到處罰，實屬不合理的現象，而且在台灣，單獨受到處罰的，往往是女性，這也引起許多婦女團體和學者的批評。

【王皇玉教授的鑑定意見書】

1、其實，配偶之一方對他方之通姦行為提出告訴，「會造成婚姻、家庭之破裂」，此乃淺顯易懂的道理，真的算不上什麼深奧且值得辯論的釋憲難題，因為不管一百年前的立法者，或做出釋字554號解釋的大法官們，或是配偶雙方，甚至一般尋常小老百姓，都可以輕而易舉地預料通姦罪之提告，對婚姻的殺傷力更甚於維護。然而，刑法卻依然蒙著眼睛，自我催眠地堅持通姦罪是為了維護婚姻制度此等論述。此外，從通姦罪的刑事判決數量上來看，亦可以發現民眾利用「提起通姦罪」，以「挽回婚姻」的案件數，極為稀少。因此，刑法學說上，大多數的學者每每提及通姦罪是為了「保護婚姻制度」，常常會有「心虛」之感。也正因為通姦罪有這樣「理不直氣不壯」的保護法益，以致對於通姦罪在刑法解釋與適用，也叢生爭議，完全無法以「保護法益」作為目的解釋的依歸。所見者，反而是各種流於意識形態、似是而非的解釋，徒增法律適用的上的「不安定性」與「不平等」之現象。

2、又在有關於通姦罪犯罪事實的舉證上，究竟是根據當事人雙方的口供，抑或單方口供，抑或各憑記憶而認定，還是以其他違法方式，諸如跟蹤、竊聽、破門而入、抓姦在床等方式而證明，令人不敢想像，因為不管是何種方式，都是一種將成年人之性愛隱私，赤裸裸地假借通姦罪之訴訟程序，公諸於世。性交行為本有其私密的特性，對於通姦罪之偵查與審判，竟然可以要求個人隱私退讓，而令雙方當事人自行揭露或任由他人揭露成年人間的性愛過程，其實已非「正義的伸張」，而是披著「被害人」外衣的配偶，利用訴訟程序所進行的報復行為。此外，也由於性交行為本身之私密特性，在實務上，通姦罪的證據，常無直接證明性交行為之證據，而是廣泛使用「情況證據」，例如「孤男寡女深夜共處一室，如無曖昧，其誰能信」等擬制或推測方式論罪，此等論罪方式，實已違反罪疑唯輕或無罪推定原則。

3、至於我國通姦罪現象面的觀察上，有案件數量稀少的現象(王教授以Lawsnote資料庫以「通姦罪」為關鍵字，搜尋台北地方法院(都會區)與屏東地方法院(非都會區)，在100年到106年之間的通姦罪判決數量。統計結果，台北地方法院自100年到106年間，通姦罪的判決數維持在24到35件之間，屏東地方法院自100年到106年間，通姦罪的判決數，則在7到18件之間)，套句目前年輕人常用的語言，到底是哪來的自信，認為刑法上的通姦罪，可以維護婚姻制度？若要細數現代社會中的離婚原因，「婚外性行為」絕非主因，甚至婆媳之間的紛爭，婆婆媽媽的介入，對婚姻的殺傷力更甚於婚外性行為，何以刑法不去追究此等破壞婚姻之行為？更何況現代社會中，維繫婚姻的方式千奇百怪，有些婚姻有性無愛、有些是

有愛無性，也有些採取開放式性關係，或是只要給錢安撫就睜一隻眼閉一隻眼的態度，從而，以「婚外性行為」作為婚姻破裂的主因，並進而以刑法加以追究與干預，根本是一種用一百年前農業社會的單一價值觀來衡量現代人，且將刑罰桎梏不當地強加於現代人民身上的作法。

通姦罪存在如此大量犯罪黑數(所謂犯罪黑數，即係指客觀上存在犯罪，但卻未進入到官方犯罪統計數字中，不用受到法律制裁)，其可能代表的意義有二：

(1)、法律除了制定之外，還要實踐，也就是要講究法律的有效性。通姦罪犯罪黑數過多，顯示所制定的法律，其有效性受到質疑，亦即法律並未有效地運作，規範並未有效地貫徹，如此不僅將影響人民的守法意願，也無法形成國民對此等犯罪的不法意識。

(2)、通姦罪犯罪黑數之存在，形同該條文如同具文般的存在，而每年偶爾會有數百件判決，並非意味著正義被實現，反而營造司法不公之氣氛，甚至違反平等原則。

4、且亦有提告者往往出於卑劣動機或使用違法手段取得證據的問題。所謂卑劣的動機，亦即通姦罪提供配偶一個可以利用法律程序進行報仇，或貫徹金錢上勒索的手段，且這樣的手段根本無助於婚姻的維繫。又由於通姦罪之成立，必須「抓姦在床」，因此激發出各式各樣私人違法蒐證的手段。一般社會新聞中常出現的抓姦手段，幾乎都是犯罪手段，例如自行或是委託徵信社，以跟蹤、監聽、在車上裝GPS、在臥室裝針孔攝影機、侵入住宅或闖入飯店房間等方式，甚或將通姦之二人強行脫衣拍照、違法搜索使用過的保險套、衛生紙等方式，進行蒐證。因此往往抓姦者所違犯之犯罪行為，比通姦行為更為惡劣。

5、在撰寫本文期間，本人試圖搜尋與閱讀其他國家廢除通姦罪的法學文獻，但在找資料與閱讀資料時，頓時有種陷入時空錯置的感覺，因為廢除通姦罪是上個世紀中期，亦即1960至1970年代討論非常熱烈的議題，在閱讀這些1960年代的文獻時，除了有一種彷彿在進行法律考古學的荒謬之感，更令人錯愕的是，50年前各國討論廢除通姦罪的主流原因，就是通姦罪的存在，不管是理論上或實際上，都不能對婚姻有什麼維護的作用，相反的，只有毀滅婚姻的作用，而何以這麼簡單的道理，在今天號稱亞洲最為自由、民主的國家，卻不適用？

【蔡聖偉教授的鑑定意見書】

通姦罪背後是否存在著刑法上具備法益資格的利益？

1、維護夫妻間的忠誠(忠貞)義務：「違反性忠誠義務」這個陳述本身根本沒有回答任何問題。因為在這裡要追問的是「國家對於通姦行為施加刑罰的理由何在」，忠誠義務的說法在實質上等於是提出「因為構成了通姦罪」這句話來回答，這就陷入了循環論證，荒謬處不言而喻。打個更容易理解的比方：刑法第342條第1項背信罪的構成要件行為乃「違背其任務之行為」，所謂的違背任務，依照通說看法，就是未忠實履行財產信託義務。但背信罪的刑罰理由當然不會是行為人未盡財產照料義務（因為這樣也只是重複描述構成要件行為而已），而應該是未盡義務所引起的財產損害。

何況，本罪關於告訴乃論以及告訴撤回效力例外不及於相姦人的設計（刑事訴訟法第239條但書），會產生不罰通姦之配偶，單罰第三者的情形，而這也是司法實務上的常態。如果要以違反性忠誠義務來說明處罰的正當性，就會導致弔詭的局面：最後受處罰的不是侵害性忠誠義務的配偶，而是不負性忠誠義務的第三人。

感情是一種只能給不能要的東西，強制手段無法對感情提供任何擔保或影響，不可能透過刑罰威嚇讓人不變心。

2、作為抽象機制的婚姻及家庭：依照這種抽象機制的理解方式，婚姻及家庭制度是否受到國家保障，其實和刑法上有無設置通姦罪這個刑罰制裁規範沒有必然的關聯。一個純粹經驗性的論據就是，那些業已廢除通姦罪的國家，並沒有因此被質疑放棄對婚姻制度的保障。

這種作為抽象機制的婚姻與家庭制度，也和其他立基於大眾信賴的集體法益（如文書作為證明工具的制度、以貨幣作為支付工具的制度）不同，在通姦罪的情形，一般人並不會因為通姦行為的大量存在而喪失對婚姻或家庭制度的信賴，進而自外於這些體制。自己是否要走入婚姻關係以及是否要實施婚外性行為，都是取決於自己的自由意志，不會受到他人犯行影響。由此可知，對於婚外性行為的刑罰制裁與維護抽象的婚姻與家庭制度之間，不具任何關聯，手段與目的間欠缺有效性。

更有甚者，如果通姦罪所保護者確為某種超脫具體個人的抽象制度（整體法益），那麼告訴乃論的設計就會是一種體系上的違反，因為如此就會讓刑事追訴取決於告訴權人的恣意，某程度上也就是賦予個人處分集體法益的權限。

3、具體的婚姻及家庭關係與夫妻間感情的圓滿狀態：

(1)事先的嚇阻、預防功能：當徐志摩在劍橋初見林徽音心頭一顫的那刻起，他和張幼儀的婚姻便已敲起喪鐘，已經不再可能會有所謂的圓滿狀態，儘管當時徐與

林沒有實施任何性行為。另一方面，對於已經變心的人來說，通姦罪的存在能讓他懸崖勒馬，恐怕也只有極為少數的特例。但即便真的會有在這種情境下還會因顧慮觸法而放棄婚外性行為的人，只要內心的悸動程度夠強，通姦罪的存在就只會讓他（或她）想方設法擺脫自己在本罪的主體適格性，促使他（或她）先行解消婚姻關係，而無法讓「恨不相逢未嫁時」的想法從心中抹去。道理很簡單，法律無法製造或撲滅愛情的火焰，刑罰無法讓人不變心。

更何況，為了這種（純屬臆測的）預防作用，法制度上必須要容忍嚴重侵害個人隱私的刑事程序，也無法見容於狹義的比例原則（衡平性要求）。性行為位於隱私權所要保障的核心領域，通姦罪卻是以這個最私密領域的行為作為處罰對象，勢必導致在整個追訴審判程序中，大開國家入侵當事人隱私的大門，諸如調查私密通訊對話甚或日記。這樣的代價，竟然只是為了追訴一個1年以下的輕罪，而且只是為了追求一個純粹出於臆測猜想的嚇阻效果，恐怕難以通過衡平性的檢驗。

(2)事後的修補作用：在通姦行為業已發生的情形，所謂維護當事人婚姻、家庭或是夫妻感情，應該是指他方配偶能夠透過通姦罪的追訴可能性來維繫（或修補）夫妻間被破壞的感情。但從社會現實來看，一旦動用通姦罪來追究通姦配偶的刑事責任，最後大多都會以離婚收場；通姦罪的存在不但不能維護或修補原本的婚姻與家庭，反而是相反地補上最後致命的一刀。在這種情形，通姦罪的存在意義就只是撫平告訴人內心怨恨憤怒的情緒而已。固然在絕大部分的通姦事件中，告訴權人都會因為配偶的背叛而在心理上產生極大的痛苦。但心理上的痛苦並不當然就可以成為對另一個人施加刑罰的理由。如何平復（或補償）這類精神上的痛苦情緒，應該是民法的任務，當事人可以針對離婚原因請求慰撫金，而不是透過刑法來解決。

審查結論：

維護夫妻間忠誠義務的說法明顯不具法益適格（而只是構成要件的重述）。至於維護婚姻與家庭制度這部分，無論是指抽象的婚姻機制還是具體的婚姻與家庭關係，通姦罪的存在，要不是與前開目的之達成不具有有效性關聯，不然就是無法通過衡平性（狹義比例原則）的檢驗。由於無法通過比例原則的審查，自然就不會是立法者的政策選擇問題。不過在衡平性審查的部分，由於衡量因子及衡量觀點的開放性與多元性，結論並非絕對的正確性宣稱。不過無論如何可以確定的是，必須先證立刑事制裁合於比例原則，刑事制裁才能夠成為一個立法選項，也才稱得上是立法裁量問題。

【薛智仁副教授的鑑定意見書】

1、本罪所干預的基本權，計有：性行為自由(憲法第22條)、一般人格權(憲法第22條)及人身自由(憲法第8條)。

2、目的正當性：一個刑法規範是否符合憲法第23條之目的正當性，判斷標準在於是否追求憲法所容許的公共利益，而不在於其是否符合刑法學的法益概念。刑法學的法益概念發展至今，其實還沒有辦法提出一個稍具共識的判斷標準，作為刑事立法的界限。例如，法益理論向來將違反道德和侵害法益一分為二，主張單純違反道德的行為並沒有侵害法益，但是到底什麼是單純違反道德，又為何所謂道德就不代表刑法應予保護的利益，法益理論仍然無法提出有說服力的解釋。除此之外，民主國家中立法者作為民意的代表，其立法權力僅受到憲法的拘束，法益理論是刑法釋義學所發展的刑事立法界限，而不當然具有憲法的拘束力。因此，刑法規範即使是在保護道德或風俗，只要這個道德或風俗沒有違反憲法價值（例如性別平等），仍可認為是追求正當目的。故釋字第554號解釋認定通姦罪是在保護婚姻存續與圓滿，係正當的公益目的，值得肯定。

3、手段適合性：在判斷通姦罪有無維護家庭婚姻的作用時，重點在於對通姦行為的譴責及刑罰，能否嚇阻其他潛在行為人實施通姦，或者強化社會大眾對於禁止通姦的規範信賴，而不是在於追訴通姦能否挽救行為人的婚姻關係。如同對於殺人行為的處罰，我們不會說處罰殺人無法讓被害人復活，挽回其生命，就說殺人罪沒有保護生命的效果，我們也不應該說，對於通姦行為的處罰無法修復行為人與其配偶之間的關係，就認為通姦罪沒有保護家庭婚姻的作用。據此，多數學說指出通姦的追訴經常加速婚姻的崩壞，固然可能是個事實，但是這與判斷通姦罪的手段適合性無關，因為通姦罪維護婚姻家庭的效果，來自刑罰嚇阻他人通姦或強化大眾對禁止通姦之規範信賴。從消極一般預防來看，我們並不能排除在潛在行為人之中，有人因為害怕刑罰而不實施通姦行為，雖然這種嚇阻作用的高低還是取決於行為人是否預期通姦行為會被發覺和追訴。從積極一般預防來看，立法者透過通姦罪向社會大眾傳達保持對配偶的忠誠、維護家庭和諧的價值觀念，此種觀念的建立和鞏固，同樣可能影響個別的行為人是否通姦的決定。如果我們不排除通姦罪能夠嚇阻他人通姦，或是使他人認同家庭價值而不為通姦，那麼通姦罪可以減少他方配偶遭到背叛、妨礙家庭和諧的負面因素，應該也是難以被否認的作用。因此，婚姻家庭圓滿有賴雙方配偶的自願感情投入，並不能否定通姦罪可能減少妨礙家庭和諧的負面因素，進而有助於維護家庭婚姻，得以通過手段適合性的審查。

4、手段必要性：如果要證立通姦罪違反手段必要性原則，我們必須審查：就通姦罪所欲追求之公益目的而言，民事損害賠償及裁判離婚係（1）「同樣有效」

且(2)「干預基本權較輕微」的手段。針對前提(2)「干預基本權較輕微」，我們可以肯定，通姦行為之民事法律效果係干預財產權及婚姻自由，通姦罪之制裁規範則是具有限制人身自由的效果，即使得易科罰金或易服社會勞役，亦無法排除個案中限制人身自由的可能性，民事法律效果比刑罰手段更輕微。但是，前提(1)民事法律效果和刑罰手段「同樣有效」，是否真的存在？本文持否定的立場，理由有二。

第一個理由是，二者所追求的「目的」並不相同，難以相互比較。對於通姦行為的民事法律效果與刑罰手段，在抽象層次上都是在保護婚姻家庭，但是在具體層次上，民事法律效果的任務在回顧式處理已被破壞的婚姻，刑罰手段的任務是在展望式防止其他婚姻受到破壞，二者無法相互比較。

第二個理由是，即使我們承認民事損害賠償也帶有一般預防的效果，使其在所追求的目的上得以和刑罰手段相提並論，二者的「預防效果」也難以相互比較。在目前以及可預見的將來，我們並沒有證據去論斷民事法律效果和刑罰手段在一般預防效力上的高低，此一經驗知識的欠缺也適用在通姦罪上。經驗上無法斷定民事法律效果和刑罰之預防效果高低，釋憲者也無法做出比立法者更周全睿智的判斷，因此在手段必要性的審查上，只能尊重立法者的優先評價權限。就保護婚姻家庭的公益目的而言，立法者既然認為民事效果欠缺與刑罰手段相同的保護效果，那麼在違憲審查上就無法否定刑罰手段之必要性。

5、手段合比例性：

(1)手段的正面效益：通姦罪所維護的公共利益價值有多大，需要更具體的分析。這可從兩個角度切入：一是婚姻忠誠義務的價值大小，二是刑罰維護婚姻忠誠義務的效力高低。

婚姻僅被視為具有親密性與排他性之永久結合關係，其功能不在於繁衍後代，而是在維護個人人格健全及人性尊嚴，不得與第三者從事性行為的忠誠義務，其作用在於維持配偶彼此的尊重及信任，發展親密的情感。我們可以肯認，配偶之間的尊重、信任及親密情感，絕對是建立實質婚姻關係的基礎，因此禁止通姦的忠誠義務所維護的價值重大。惟通姦的隱密性使原本就不穩定的刑罰嚇阻作用更加降低，加上配偶實質感情的狀態及影響因素多端，禁止通姦對於維護實質婚姻關係的影響力可能非常稀薄。

(2)手段的負面效益：接著要審查的是，通姦罪的刑罰所造成的權利干預程度及幅度有多大。本文認為可以考量以下因素：一是本罪行為規範對於性行為自由的干預，二是本罪制裁規範對於一般人格權和人身自由的干預，三是踐行刑事程序對於隱私的干預。

由於性行為自由保障個人得選擇與何人從事性行為，「禁止通姦」的行為規範將會干預（限制）有配偶之人及其（潛在）相對人的性行為自由，此一限制在有配偶之人身上尤其重大，因為其於「婚姻存續期間」不得和「配偶以外」之所有人為性器接合。儘管本罪在法律上保留有配偶之人與「配偶」為性行為的可能性，不過實現此一性行為自由仍然以獲得配偶同意為前提，如果配偶不同意與之為性行為，在極端情況（例如雙方長期分居或關係破裂）之下，將導致有配偶之人現實上沒有實施性器接合的可能性。據此，本罪行為規範「禁止通姦」對於性行為自由之限制程度重大。

一般人格權的內涵之一是個人在公眾的名聲或形象不會受到貶損，然而本罪授權國家宣告行為人成立「通姦罪」，係對於行為人公開正式譴責其實施犯罪，因而構成對其一般人格權的限制。基本上，由於國家是將特別具有社會可非難性的行為模式規定為犯罪行為，因此「有罪宣告」是對於個人行為的重大譴責及人格否定。由於我國目前並無註銷犯罪紀錄的相關規範，任何人在網路上亦得隨時查詢有罪判決及其犯罪事實，有罪判決對於一般人格權的侵害程度也隨之大幅增加。至於「宣告一年以下有期徒刑」構成對於人身自由的干預，則是沒有疑問。

又通姦通常發生在私密領域裡，取得性器接合證據的手段必定伴隨著高度侵害隱私的後果，例如住宅搜索、身體檢查。結論上會認為通姦罪之追訴在事實上潛藏過度侵害當事人隱私權的危險。

(3)整體權衡：依據德國聯邦憲法法院「越如何，則越如何」的比較性衡量公式，對基本權的侵犯越嚴重，所獲致的利益就必須越大，越有份量。從前面的分析可知，通姦罪所直接干預之性行為自由、一般人格權、人身自由，以及間接影響之隱私權，不僅都是和人性尊嚴的實現有密切關係的基本權利，其侵害程度也都相當直接重大，因此只有在正面效益重要而迫切的時候，才能夠認定其合於比例。就此，通姦罪所欲保護之實質婚姻關係儘管價值亦屬重大，但是一來因為通姦被察覺的風險低，二來實質婚姻關係之影響因素多端，通姦罪刑罰透過嚇阻作用，所產生維護不特定多數實質婚姻關係的效果相當稀薄，通姦罪的正面效益和負面效益之間不成比例。

6、結論：

通姦罪目的在於維護婚姻家庭，此具有目的正當性。本罪透過刑罰嚇阻其他人不得通姦，宣示維護婚姻家庭的價值，尚未被證明是完全不適合的手段，且具有民事損害賠償及請求裁判離婚所無法取代的效果，故合於手段適當性與必要性。惟本罪對於行為人造成的基本權干預程度重大，其所達成之維護家庭婚姻的效益過於稀薄，故不合於手段合比例性。據此，通姦罪違反憲法第23條比例原則。

附錄：

【大法庭首例裁定】：最高法院 108 年台上大字第 2306 號裁定！！

最高法院 108 年台上大字第 2306 號裁定：

1、主文：

行為人以一行為觸犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪，及刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之加重詐欺取財罪，依刑法第 55 條前段規定從一重之加重詐欺取財罪處斷而為科刑時，於有預防矯治其社會危險性之必要，且符合比例原則之範圍內，由法院依組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定，一併宣告刑前強制工作。

2、本案法律爭議：

被告以一行為觸犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪，及刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之加重詐欺取財罪，如依想像競合犯從一重之加重詐欺取財罪處斷，應否依較輕之參與犯罪組織罪所適用之組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定，一併宣告刑前強制工作？

3、大法庭之見解：

(一)法律係理性、客觀、公正且合乎目的性之規定，因此，法律之解釋，除須顧及法律之安定性外，更應考慮解釋之妥當性、現在性、創造性及社會性，始能與社會脈動同步，以符合民眾之期待。而法官闡釋法律時，在文義射程範圍內，如有複數解釋之可能性時，應依論理解釋方法，在法律規定文義範圍內，闡明法律之真意，以期正確妥當之適用。

(二)刑法第 55 條想像競合犯之規定，既列在刑法總則編第七章「數罪併罰」內，且法文稱「一行為而觸犯數罪名」，則依體系及文義解釋，可知行為人所犯數罪係成立實質競合，自應對行為人所犯各罪，均予評價，始屬適當。此與法規競合僅選擇其中最適宜之罪名，為實質上一罪，明顯有別。換言之，想像競合犯本質上為數罪，各罪所規定之刑罰、沒收及保安處分等相關法律效果，自應一併適用，否則將導致成立數罪之想像競合與成立一罪之法規競合，二者法律效果無分軒輊之失衡情形，尚非立法者於制定刑法第 55 條時，所作之價值判斷及所欲實現之目的。

(三)刑罰評價對象，乃行為本身；想像競合犯係一行為觸犯數罪名，為避免對同一行為過度及重複評價，刑法第 55 條前段規定「從一重處斷」。又刑法第 33 條及第 35 條僅就刑罰之主刑，定有輕重比較標準，因此上揭「從一重處斷」，僅限

於「主刑」，法院應於較重罪名之法定刑度內，量處適當刑罰。至於輕罪罪名所規定之沒收及保安處分，因非屬「主刑」，故與刑法第 55 條從一重處斷之規定無關，自得一併宣告。

(四)罪刑法定原則，指法律就個別犯罪之成立要件及法律效果，均應明確規定，俾使人民能事先預知其犯罪行為之處遇。參與犯罪組織罪和加重詐欺取財罪之構成要件與刑罰，均分別在組織犯罪防制條例及刑法中，定有明文。行為人以一行為觸犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪，及刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之加重詐欺取財罪，於從一重之加重詐欺取財罪處斷而為科刑時，因所犯輕罪(參與犯罪組織罪)之刑罰以外之法律效果，即組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項強制工作之規定，並未被重罪所吸收，仍應一併適用。因此，上開對刑法第 55 條前段規定，在文義射程範圍內，依體系及目的性解釋方法所為之闡釋，屬法律解釋範疇，並非對同條但書所為擴張解釋或類推適用，亦與不利類推禁止之罪刑法定原則或罪刑明確性原則無違。

(五)修正前組織犯罪防制條例，對發起、主持、操縱、指揮或參與集團性、常習性及脅迫性或暴力性犯罪組織者，應於刑後強制工作之規定，經司法院釋字第 528 號解釋尚不違憲；嗣該條例第 2 條第 1 項所稱之犯罪組織，經二次修正，已排除原有之「常習性」要件，另將實施詐欺手段之具有持續性或牟利性之有結構性組織，納入本條例適用範圍，並對參與犯罪組織之行為人，於第 3 條第 1 項後段但書規定「參與情節輕微者，得減輕或免除其刑」。惟同條第 3 項仍規定「應於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作，其期間為三年」，而未依個案情節，區分行為人是否具有反社會的危險性及受教化矯治的必要性，一律宣付刑前強制工作 3 年。然則，衡諸該條例所規定之強制工作，性質上原係對於有犯罪習慣，或因遊蕩、懶惰成習而犯罪者，所為之處置，修正後該條例既已排除常習性要件，從而，本於法律合憲性解釋原則，依司法院釋字第 471 號關於行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，及比例原則等與解釋意旨不相衝突之解釋方法，為目的性限縮，對犯該條例第 3 條第 1 項之參與犯罪組織罪者，視其行為之嚴重性、表現之危險性、對於未來行為之期待性，以及所採措施與預防矯治目的所需程度，於有預防矯治其社會危險性之必要，且符合比例原則之範圍內，由法院依該條例第 3 條第 3 項規定，一併宣告刑前強制工作。

學者文章補充：

一、林鈺雄教授¹⁵

1、想像競合為真正競合，犯罪包含輕重罪在內皆已成立，故其法律效果是已經結合全部已成立的犯罪之所有效果，輕罪效果並非毫無意義，結合原則才是想像競合之基本原則，僅在法律特別規定排除的範圍內，始予以例外優惠，此即刑法第 55 條前段的「從一重處斷」。

又前段從一重處斷規定特別排除結合原則的射程距離，依其文義僅止於可比較輕重的刑罰/法定本刑而已。故在不同制裁種類的刑罰 VS 保安處分之間，採累積併科，故無論重罪的刑罰多重，輕罪保安處分之諭知皆不受影響，其自始就不在前段規定的吸收範圍！

2、上述觀點亦可從體系解釋獲得支持的理由。我國刑法將兩種觸犯數罪名的真正競合型態，一併納入「第七章 數罪併罰」，其本質及原則就是結合觸犯的數罪名效果而併罰之，僅在有特別規定時才予以排除(此即刑法第 55 條前段的從一重處斷)。

3、基於結合原則而宣告與刑罰不同制裁種類的輕罪保安處分，既符合想像競合作為真正競合定性的競合論法理，以及二(多)元制裁體系的目的，也符合從一重處斷的條文文義與立法本旨。且如此亦合於刑事政策上的需求，否則無異於是昭告人民：如果你害怕被宣告輕罪之保安處分，就不要只犯輕罪，一定要多犯一個重罪？若果如此，在法理上也徹底違反了充分評價的要求。此外尚可能違反憲法上的平等原則：除了多犯一條重罪的行為人外，其餘性犯罪者皆可能施以強制治療處分，這明顯是恣意的差別待遇！

4、德國帝國法院代表性的統一見解為 RGSt 73, 148 此後來也被聯邦最高法院所繼受。其亦確認了輕罪法律效果對於主文宣告的作用，以及結合原則。畢竟沒有人可以只因為多觸犯了一個重罪，就反而得到概括豁免輕罪其他法律效果的好處。(現行德國刑法第 52 條第 4 項亦持相同立場)

¹⁵ 以下整理自 林鈺雄，想像競合犯可否宣告輕罪保安處分？－最高法院 108 年度台上大字第 2306 號案鑑定意見書，月旦法學雜誌，299 期，2020 年 4 月，頁 76－79，84－86。

二、薛智仁教授¹⁶

1、想像競合的從一重處斷，為了要在罪名宣告上充分反應一行為所實現的不法與罪責內涵，故其意義是指完整宣告全部重罪與輕罪之罪名，而非僅宣告重罪之罪名。

2、從一重處斷的規範意義是指示法官以重罪的全部法律效果，作為決定想像競合法律效果的唯一根據，輕罪的主刑、保安處分以及沒收等法律效果完全被吸收。如果認為從一重處斷只限縮適用於主刑，在依據重罪與輕罪可以重複宣告多個保安處分或沒收時，則很難解釋為何對於想像競合重複宣告多個保安處分或沒收，不會產生和重複宣告多個主刑一樣的一罪二罰問題，以及此種差別待遇的合理根據為何。故在此應認為輕罪的全部法律效果都被重罪吸收，法官僅以重罪的法律效果規定作為決定想像競合法律效果的框架。

3、因為從一重處斷使較輕罪名的法律效果被完全吸收，使較輕罪名不構成法官量刑時的量刑框架，若立法者為了防止可能的量刑失衡或不公，認為有必要承認輕罪的法定刑下限、沒收及保安處分構成法官的量刑框架，則需透過立法明文規定。現行刑法第 55 條但書即為輕罪法定刑下限的封鎖作用之明文，但立法者卻未明訂輕罪的沒收與保安處分的封鎖作用，則基於罪刑定原則，法院即不可超出最重罪名之法律規定的可能文義，對行為人諭知輕罪的沒收與保安處分，否則即屬於違反類推適用禁止原則。

4、為了避免行為人因為多違犯重罪，反而不得被諭知輕罪之沒收或保安處分等法律效果，立法者應儘速增訂刑法第 55 條第 2 項：「前項情形，較輕罪名所定之褫奪公權、沒收或保安處分，仍適用之」。

5、最高法院 108 年台上大字第 2306 號裁定最後的解釋結論令人遺憾：大法庭將從一重處斷限縮適用在主刑，不及於沒收及保安處分，但我們實在找不到理由說，只有一併宣告輕罪與重罪之主刑才違反一事不二罰原則，一併宣告輕罪與重罪之沒收與保安處分卻不違反一事不二罰原則。

又大法庭對於組織犯罪條例第 3 條第 3 項進行合憲性解釋，已逾越了解釋的界限。因為再怎麼合憲性解釋，也不應該逾越法條明顯可辯的文義：因為法條上(組織犯罪條例第 3 條第 3 項)已經寫得很清楚是「應」，故已經逾越了合憲性解釋的界限。

¹⁶ 薛智仁，再論想像競合之輕罪封鎖作用，月旦法學雜誌，299 期，2020 年 4 月，頁 101—106。

三、許恒達教授¹⁷

1、我國立法者在刑法第 55 條中採取從重罪處斷模式，此即選擇吸收原則，以重罪法定刑構成整體科刑的量刑區間，但立法者也進一步補充性納入結合原則，此即刑法第 55 條但書之輕罪的封鎖作用。這是以吸收原則為主、結合原則為輔的立法模組。

2、則接下來的問題是，在我國刑法第 55 條但書只規定輕罪法定刑可以適用結合原則的前提下，輕罪的其他刑事制裁(例如沒收或保安處分)究竟應該依照吸收原則而全部被重罪吸收？還是可以適用結合原則，而在數罪名想像競合時可得適用而一併論知？

基本上應認為輕罪的法定刑下限、保安處分(針對行為人本身危險性的預防需求)及沒收(去從刑化後，有獨立的規範目的)等規定，在合理安排法律效果的視角下，因為輕罪已經成立，實無任何排除適用輕罪相關規範的空間。

3、但是，因為想像競合在法效上有多種選擇的可能性，究竟立法政策之決定為何，需透過法律明文予以規定。考量到我國立法者只寫從重罪處斷，原則上採吸收原則，雖立法者又針對輕罪法定刑下限明文採取結合原則，並承認封鎖作用，但這種不利於行為人的法律效果，必須有立法明文承認才能用於想像競合的處理，無明文即應認為沒收與保安處分不可以適用結合原則，而無法一併論知。故既然我國立法者僅立法承認輕罪法定刑下限有封鎖作用，則考量想像競合法效的多元可能性，不宜直接認為立法者已承認沒收與保安處分均一律適用結合原則，特別是承認封鎖作用的法效極度不利於行為人，若要承認則必須以具有立法文字為前提。

4、保安處分與沒收皆非典型意義的最低本刑，所以如果透過解釋將封鎖作用擴大應用到保安處分及沒收，即有違反類推適用禁止之誡命。

5、強制工作屬於保安處分，制度理念應該是施用於「有犯罪之習慣或因遊蕩或懶惰成習而犯罪之人」，效果是用來矯治行為人本身的再犯危險性，既然該種處分無關刑罰，那就與探討「犯罪行為與刑罰的合比例性」之罪刑相當原則無關。認為多犯一個重罪即可以脫免輕罪原本應論知的強制工作進而認為違反罪刑相當原則之觀點，殊有不當。

6、簡評大法庭裁定：

(1)想像競合屬於數罪沒有錯，但若謂所有罪名的法律效果都要一併適用(刑罰、

¹⁷ 許恒達，強制工作與想像競合封鎖作用的法定前提：兼評最高法院 108 年台上大字第 2306 號刑事裁定，月旦法學雜誌，299 期，2020 年 4 月，頁 112-130。

沒收及保安處分)，恐怕言過其實。

(2)輕罪的沒收與保安處分，並非主刑，無關刑法第 55 條，既然無關刑法第 55 條，表示立法者針對想像競合輕罪的沒收與保安處分並未表達其處理方式，則當立法不明時，自然應該採取有利於行為人的立場，只從重罪一切制裁內容處斷，輕罪除較重本刑下限外一律被重罪吸收。

(3)大法庭未實質考察關鍵的刑法第 55 條文義射程，反而極其唐突地大膽推論不違反類推適用禁止原則，無視指引想像競合法律效果的刑法第 55 條的文義射程。

大法庭提出了極其冗長且語意不明的標準：「對犯該條例第 3 條第 1 項之參與犯罪組織罪者，視其行為之嚴重性、表現之危險性、對於未來行為之期待性，以及所採措施與預防矯治目的所需程度，於有預防矯治其社會危險性之必要，且符合比例原則」，因其內容極度概括，實難定性所指的行為人再犯特殊危險性為何。因為我國目前尚無針對一般再犯可能性的保安處分，幾乎所有保安處分都有獨立且特別的危險因子，大法庭此舉看似限縮了強制工作的適用範圍，但負面來看，卻也創設了極度一般、且無任何特殊行為人危險屬性，不免讓人擔心未來強制工作是否可能成為隔離危險行為人的一般性保安處分。

強勢登場

2021讀家

律師司法官 全修A班



▶ 108年律師司法官榜首
大力推薦師資群，只在讀家！

讀家優惠 (即日起至5/30止)

雲端 **32800** 元 原價 39500元

贈送 B班雙師資

5/30前再加贈 程穎民事財產法、楊過刑法

面授 **32800** 元 原價 35900元

科目	師資	上課日期	堂數
民事財產法	張璐 (洪健智)	預計2020/7/17起每周一、三、四、五18:45上課	32
	程穎 (陳姿嵐)	2020/11/23起每周一、四18:45上課	32
身分法	程穎 (陳姿嵐)	2020/10/20起每周二、四18:45上課	11
刑法	連芯 (簡佑君)	2020/6/30起每周二、五18:45、日14:00上課	33
	楊過 (郭文傑)	2020/11/10起每周二、四14:00上課	32
憲法	徐偉超	2020/7/4起每周六9:30、14:00上課 (7/25、9/5、9/12停課)	20
行政法	徐偉超	2020/10/3起每周六9:30、14:00上課	34
民事訴訟法	惹偉 (張建偉)	2020/10/16起每周三、五18:45、日9:30、14:00上課	36
刑事訴訟法	言頁 (許願)	2020/12/19每周六14:00、18:45上課	30
公司法	祁明 (林子堯)	2020/12/13起每周日9:30、14:00上課	14
證交法	祁明 (林子堯)	2021/1/31起每周日9:30、14:00上課 (2/28停課)	9
保險法	高宇 (高振格)	時間安排中	10
	柏達 (吳治霖)	時間安排中	10
票據法	歐政 (毛書傑)	2021/2/24起每周三、五18:45上課	6
強制執行法	歐政 (毛書傑)	2021/3/24起每周三、五18:45上課	6
法律倫理/法律英文	師資與時間安排中		
國際公法/國際私法	師資與時間安排中		
智財	凝以 (林穎)	2021/3/29起每周一、五18:45、日9:30上課	15
海商/海洋	許霍 (方凱弘)	2021/5/2起每周日9:30、14:00上課	12
勞社	游正曄	2021/5/3起每周一、三18:45上課	12
財稅	王介 (曾玠智)	2021/3/30起每周二18:45上課	11

10月開班

全修B班預定師資群

【民事財產法】賴川 【刑法】周易 【憲法】寧尚 【行政法】鍾禾
【民事訴訟法】李甦 【刑事訴訟法】益明 【公司法/證交法】陳楓

※本年度雲端課程僅提供線上筆記

☆讀家保留調整上述師資權利與課程時間權利

讀家

READER PLAC

02-7726-6667 · 02-7726-6766

台北市私立讀家法律商業技藝文理短期補習班

10047 台北市中正區館前路八號四樓 北市教終字第10730162700號

