


## 大法官即將進行刑法§239「通姦罪除罪」言詞辯論，是否除罪化，對異性、同性伴侶都有影響嗎？

 LU0000041 (一般會員) 刑事犯罪 / 妨害婚姻及家庭 2020-05-24 14:37

看「748號解釋法」施行細則第24項：民法以外之其他法規關於夫妻、配偶、結婚或婚姻之規定，及配偶或夫妻關係所生之規定，於第二條關係準用之。但本法或其他法規另有規定者，不在此限。

對於罪刑法定刑法採用「準用」的立法好像不太對？不知道現行法中同性結合關係是否適用刑法通姦罪？

不知道言詞辯論會是否會順代處理到這個問題。

 王琮儀 (認證法律人)

讚：2 留言：0

2020-11-12 09:18

提問人您好，關於這個問題簡單回覆如下：

同性之間的性行為不會構成「通姦」

按照過往的法院實務見解，構成通姦罪<sup>[1]</sup>的條件只限定在男女性器官接合的情況<sup>[2]</sup>。即使符合刑法的「性交」定義，有性器官、肛門或口腔的接觸<sup>[3]</sup>，但只要沒有男女性器官接合，就不符合「通姦」的要件。

所以假設A男與B男是根據司法院釋字第748號解釋施行法成立「第二條關係<sup>[4]</sup>」的伴侶，A男另外與C男從事性交行為，因為沒有生理男性與女性的性器官接合，所以無法滿足通姦罪的要件。除非A男是另外與D女從事性器接合的性交行為，但實務上並未出現過這種案例，無從得知法院如何判斷。

釋字第791號解釋未特別提及同性伴侶

就釋字本身的內容來說<sup>[5]</sup>，理由書與相關意見書的焦點著重在夫妻間的忠誠義務與隱私權、性自主決定權，以及平等原則、比例原則等權利與法理如何權衡的問題，並未特別對於同性伴侶的部分做討論。

### 註腳

[1] 2020年5月29日失效前的中華民國刑法第239條：「有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」

[2] 臺灣高等法院暨所屬法院91年法律座談會刑事類提案第7號：「刑法第二百三十九條『通姦』，係指

由於男女雙方合意，而為姦淫；和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，而修正刑法第十條第五項之前，口交係屬姦淫以外足以興奮或滿足性慾之色情行為。民國八十八年三月三十日立法院修正通過刑法第十條第五項有關性交之定義，……，而同章第二百三十九條之『通姦』或『相姦』則未與刑法第十條第五項之『性交』同時修正，顯係就刑法第二百三十九條之通姦或相姦，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』，是本件甲男、乙女之口交行為尚不構成刑法第二百三十九條前段、後段之罪。」

[3] [中華民國刑法第10條](#)第5項：「稱性交者，謂非基於正當目的所為之下列性侵入行為：

- 一、以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為。
- 二、以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合之行為。」

[4] [司法院釋字第748號解釋施行法第2條](#)：「相同性別之二人，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。」

[5] [司法院釋字第791號解釋](#)。

► [同性伴侶](#)，[通姦](#)，[司法院釋字第748號解釋施行法](#)，[婚姻](#)

---