

## 論比例原則於刑事規範之審查 — 以釋字第 791 號為例

許家源<sup>\*</sup>

### 【目次】

壹、前言

貳、我國釋憲實務之比例原則

一、比例原則之學理構造

二、適用之權利類型與審查標準

三、比例原則對刑事實體法之審查狀況

參、釋字第 791 號之分析

一、解釋文及理由

二、協同意見書、部分協同意見書及不同意見書

三、小結

肆、除罪之後又如何？一代結論

一、大法官逕行除罪化之隱憂

二、過度狹義的狹義比例原則

三、以超法律理由取代立法權之正當性

參考文獻

---

<sup>\*</sup> 台北大學法學博士，靜宜大學法律學系專任助理教授，台灣日本刑事法研究學會秘書長。

## 摘 要

2020 年 5 月 29 日，我國大法官會議以第 791 號解釋宣告了刑法通姦罪違憲，直接將爭議多年的通姦罪一舉「除罪化」，在我國由來已久的通姦罪，自此走入歷史。本號解釋之重要論據係憲法第 23 條之「比例原則」。雖然比例原則在行政法領域之審查運用甚廣，其模式也日益定型，但就刑事法方面而言，基於刑事法與行政法之作用不同，尤其是刑事實體法之獨特性、嚴厲性，大法官在違憲審查上，與審查國家其他行為時理應有所不同。本文先行回顧大法官解釋以往之操作方式，繼而針對本號解釋之理由書及協同、部分協同、不同理由書等加以分析，認為大法官以往對於刑事實體法之審查上存在諸多疑慮，本號依然欠缺明確且具體之理由，其直接宣告違憲，不無侵害立法權之虞，而且對於適合性、必要性、狹義比例原則等子原則之說明，並未本於刑事實體法之特殊性而調整，驟然以宣告違憲之理由直接除罪化，一旦在未來形成慣例，有除罪化爭議之其他刑事實體法，恐將面臨不當之違憲審查。

**關鍵字：**比例原則、除罪化、違憲審查，通姦罪

## 壹、前言

若將比例原則比喻為法律學上的「巨星」，恐怕一點都不為過。「比例原則」不僅在憲法及行政法上佔有重要一席，在我國釋憲實務及審判實務上，其頻繁運用之情況更不在話下。我國大法官以憲法第 23 條為根據，透過歷來之解釋，不斷充實比例原則之內涵，其對於形成並維護法治國理念之貢獻，不言可喻。

誠如週知，比例原則既然身為憲法位階之「鐵則」，各種公權力行為—包含立法行為在內，均受其拘束，殆屬無疑。在我國釋憲實務上，大法官對於刑法或特別刑法以比例原則作為違憲審查之量尺者，可說日益頻繁，若以近年內之解釋為例，包括：釋字第 617 號（刑法第 235 條散布猥褻物品罪）、釋字第 623 號（兒童及少年性交易防制條例第 29 條）、釋字第 630 號（刑法第 329 條準強盜罪）、釋字第 669 號（槍砲彈藥管制條例第 8 條第 1 項）等，然而，矚目度、討論度最高的，莫過於宣告刑法通姦罪違憲之釋字第 791 號。通姦除罪化之議題，在道德、倫理、法律之間辯論長達數十年，通姦罪立法至今也超過一甲子，似乎隨著宣告違憲而塵埃落定。其中，比例原則正是本號解釋宣告違憲的關鍵論據。

然而，塵埃落定是否意味著該曲終人散？大法官雖然不是第一次以比例原則審查刑事實體法之合憲性，惟其判準或內涵是否與其他公權力作為或法律之審查有所不同？按刑事實體法，本質上係以「保護法益」為立法目的，並以相對嚴厲的「刑罰」作為手段，其損益之均衡與否，立法者理應已做過罪刑均衡原則之損益衡量，此與大法官眼中的損益標準是否有所不同？大法官直接宣告違憲之作法，難道沒有侵害立法權之虞？本文將嘗試從刑事法研究者之角度，先行彙整大法官對於比例原則之操作，尤其是以釋字第 791 號為例，說明比例原則於審查刑事規範時與其他審查有何異同，藉此釐清上開種種質疑，並提出建議。

## 貳、我國釋憲實務之比例原則

### 一、比例原則之學理構造

依照學理之通常描述，比例原則是用以判斷公權力行使之「目的」與「手段」之間是否合乎比例的審查標準，進而確定該公權力之行使是否為憲法所容許<sup>1</sup>。此一原則雖然源自行政法領域（警察法領域），但在二次大戰之後，緣於實質法治國思想之持續發達與形塑，逐漸成為憲法原則，其不僅適用在行政行為上，也拘束立法行為與司法行為，甚至包括地方自治條例之制訂行為<sup>2</sup>。

我國之比例原則可溯源自德國法，並以憲法第 23 條規定作為上位依據。其操作大致可分為兩種模式，即「三階段模式」與「四階段模式」。所謂三階段模式在國內教科書上較為常見，亦即以「適當性」、「必要性」、「衡量性」三原則依序進行審查，我國行政程序法第 7 條規定「行政行為，應依下列原則為之：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡」此三款規定，具體呈現了三階段模式的意義，將上述學理條文化<sup>3</sup>。不過，此種審查模式，筆者認為此種模式容易忽略「立法目的」的審查，尤其在刑事法領域之審查，往往涉及其是否符合「最後手段性」（謙抑性），若按上述之三階段模式，此一目的恐怕被忽略，因此本文認為宜以四階段模式審查較能全面性涵蓋。

所謂四階段模式，具體來說應該是「兩階段、四子原則」之審查，詳言之，即：第一階段為公益目的（正當性）之審查，第二階段為必要

---

<sup>1</sup> 塩野 宏(2015 年)，《行政法 I》，93 頁，有斐閣，（第 6 版）。許育典（2020 年 9 月），《憲法》，66～67 頁，元照出版，（修訂十版）；吳庚（2015 年 2 月），《行政法之理論與實用》，59 頁，三民書局，（增訂十三版）。

<sup>2</sup> 宇賀克也（2015 年），《地方自治法概說》，221 頁，有斐閣，（第 6 版）。。

<sup>3</sup> 吳庚，前揭書，59 頁。

性審查。具體來說，按憲法第 23 條規定「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」其中「除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益」即為第一階段之審查，而所謂「所必要者」則為第二階段之審查。第一及第二階段，依序包含下列四項子原則之審查：1.公權力所追求之目的，須具有憲法上之正當性；2.公權力為追求前項目的而使用之手段必須有助於目的之達成；3.公權力為追求目的之達成，若有多個相同有效之手段可選擇，則必須使用侵害最小之手段；4.所保護與所侵害之權利，彼此間在損益衡量上，應處於法益相稱的關係<sup>4</sup>。不過，須附帶說明的是，我國行政程序法（第 7 條）、行政執行法（第 3 條）、警察職權行使法（第 3 條）等其他多項法律也有比例原則之明文，但在文獻討論取向及行政法院之實際操作上，似與大法官在違憲審查上之運用有別，值得另外為文深究，本文在此暫予擱置，以下仍以憲法第 23 條為中心，容先敘明<sup>5</sup>。

從釋憲實務上觀察，我國大法官會議解釋對比例原則之子原則作成較為具體明白之闡述者，首推釋字第 476 號<sup>6</sup>。其解釋文載稱「...倘與憲法第二十三條所要求之『目的正當性』、『手段必要性』、『限制妥當性』符合，即無乖於比例原則。...」日後大法官對於比例原則之運用，也多

<sup>4</sup> 許育典，同註 1；另參黃舒梵，「比例原則及其階層化操作——一個著眼於司法院釋憲實務趨勢的反思」，中研院法學期刊，第 19 期，2016 年 9 月，6～7 頁。申言之，四項子原則之 1.為第一階段之審查，2.～4.則屬第二階段之審查。

<sup>5</sup> 關於此一狀況之說明，請參林明鏞(2014 年 8 月)，〈「比例原則之功能與危機」〉，月旦法學雜誌，第 231 期，66～67 頁。

<sup>6</sup> 我國大法官會議解釋套用憲法上「比例原則」者，始於 1996 年的第 414 號解釋理由書，但僅一筆帶過，並未具體闡述。翌年即 1997 年第 428 號解釋是套用比例原則宣告系爭法律合憲之解釋，但審查極為寬鬆。大法官適用比例原則宣告法律違憲的第一號解釋是 1997 年的釋字第 436 號，但只有結論，仍未有具體闡述。直至 1998 年釋字第 445 號解釋，才是第一個引用比例原則並附理由宣告系爭法律（集會遊行法第 11 條第 3 款）違憲的解釋，但理由仍未見完整闡述。參黃昭元，「大法官解釋審查標準之發展（1996-2011）：比例原則的繼受與在地化」，台大法學論叢，第 42 卷第 2 期，2013 年 6 月，215 頁以下。

以此為基礎，例如釋字第 542、544、551 號。但是在 2009 年釋字第 669 號解釋，比例原則之子原則，從三項擴張為四項，亦即：「目的正當性」、「手段適合性」、「手段必要性」、「限制妥當性」，其標準更形具體。

然而，值得觀察的是，釋字第 476 號係以比例原則審查刑事實體法（毒品危害防制條例）之部分規定（第 4 條第 1 項，針對製造、運輸、販賣一級毒品者，法定刑定為死刑、無期徒刑之刑罰效果）是否違憲，其理由書提及「...國家刑罰權之實現，立法機關本於一定目的，對於特定事項而以特別刑法規定特別之罪刑，以別普通刑法於犯罪及刑罰為一般性規定者，倘該目的就歷史淵源、文化背景、社會現況予以觀察，尚無違於國民之期待，且與國民法的感情亦相契合，自難謂其非屬正當；而其為此所採取之手段，即對於人民基本權利為必要之限制，乃補偏救弊所需，亦理所當為者，即應認係符合憲法第二十三條之比例原則。至於其依循上述目的與手段間之均衡，就此等特定犯罪之評價所為之法定刑規定，在法益保護之考量上，普通刑法之其他犯罪與之並不相侔者，尤不得單以個人之價值判斷，執以否定立法之價值體系，而以其關乎人民生命、身體自由之乙端，即謂係有違於前開憲法規定之保護意旨。」強調在「目的」正當與否之判斷上，須衡量歷史淵源、文化背景、社會現況、國民感情等因素；而在「手段」方面，則認為只要在目的正當之下所採取者，即滿足必要性之要件；最後在目的、手段之「均衡」上，認為只要與普通刑法之其他犯罪「並不相侔」者，則認為合乎狹義比例原則。看似層次分明，但論理顯然不足，難免有為德不卒之憾！

## 二、適用之權利類型與審查標準

從我國大法官會議歷來之解釋觀察，比例原則適用之權利領域多以防禦權性質之自由權之限制為主，例如言論自由、宗教自由、集會結社自由、人身自由、居住自由、職業自由等。蓋比例原則本質上即是一道人民面對國家權力的控制閥，其審查標的以自由權之干預為主。我國大

法官會議針對刑事實體法所為之解釋，尤屬明顯，當然也是源自刑法或其特別法多屬禁止規範，對人民行為之各種自由產生限制作用。

引用比例原則作為違憲審查之解釋，近十幾年來日益頻繁，由於我國晚近先後受到德國、美國之影響，包括德國之審查密度理論與美國之審查標準理論，不同審查標準也在各個權利類型的解釋上交錯出現<sup>7</sup>。例如釋字第 414 號有關商業性言論的管制，大法官採用了美國法上所謂「雙階理論」<sup>8</sup>，在釋字第 415 號又引進美國實務審查言論自由時常用之「雙軌理論」等。至於德國法方面的審查密度理論，則以釋字第 584 號為代表，從職業自由案件引進「三階審查密度理論」。惟此兩種審查標準最初是源自大法官之留學國背景、學者或實務出身而有所區分，但近年來似乎越來越不嚴格區分，兩種標準也在不同解釋中交互、融合使用，似乎有本土化之趨勢<sup>9</sup>。本號解釋所採用的標準，亦即一般所稱的「一個原則、三種標準」，即為德、美融合後之標準。

### 三、比例原則對刑事實體法之審查狀況

我國大法官會議解釋歷來對刑法或其特別法進行審查者，約有六十七號，其中刑法分則之部分，計有二十四號<sup>10</sup>，比例不低。由於各該規定可再區分成兩部分觀察：一是「構成要件」，另一是「法律效果」（包

<sup>7</sup> 事實上，鄰國日本也大致如此，同時受到美國（二重の基準論）、德國（三段階審查論）的影響。參 淡路智典，「違憲審查基準としての比例原則と統制密度－議会の事実認定・予測権限をめぐるドイツの議論を参考として」，社學研論集，第 16 期，2010 年 9 月，210 頁。

<sup>8</sup> 「言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範。」

<sup>9</sup> 黃昭元，前揭文（註 6），237~239 頁。

<sup>10</sup> 包括第 36、63、82、96、99、102、122、127、143、145、158、165、174、176、263、388、407、435、509、554、617、630、777、791 號解釋等。

括刑罰及保安處分)，前者之爭點多落入明確性原則之審查範疇，後者則多有比例原則審查之空間。以下，舉最近三則：釋字第 777 號、第 669 號及第 630 號為例，進一步加以分析。

### (一) 釋字第 777 號<sup>11</sup>

#### 1. 爭點所在

本號解釋之爭點有二：一是針對民國 88 年 4 月 21 日公布之刑法第 185 條之 4 之「構成要件」是否違反法律明確性原則？其二是本條之「刑度」是否違反比例原則？僅就後者整理如下。

#### 2. 比例原則之審查

系爭刑法第 185 條之 4 規定：「駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑。」，針對後段量刑有無違反比例原則之爭議，大法官在結論上認為與憲法罪刑相當原則「尚無不符」，亦即未違反比例原則。

依其審查之邏輯，係先就比例原則之法理作為大前提，認為「人民身體之自由應予保障，憲法第 8 條定有明文。限制人身自由之刑罰，嚴重限制人民之基本權利，係不得已之最後手段。立法機關如為保護合乎憲法價值之特定重要法益，並認施以刑罰有助於目的之達成，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，雖得以刑罰規範限制人民身體之自由，惟刑罰對人身自由之限制與其所欲維護之法益，仍須合乎比例之關係，尤其法定刑度之高低應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相稱，始符合憲法罪刑相當原則，而與憲法第 23 條比例原則無違。」，在此大前提下，繼而針對爭點進行涵攝，認為「系爭規定係為保障人民之生命身體及道路往來交通安全等重要法益。核其目的，尚屬正

---

<sup>11</sup> 民國 108 年 5 月 31 日公布。



當。且其採取刑罰手段，禁止駕駛人離開現場，對維護交通安全以避免二次事故、減少被害人死傷之目的之達成，非無助益。」換言之，系爭規定已符合目的正當性、適合性。至於必要性及狹義比例原則，則認為「...系爭規定於立法時，係參考刑法第 294 條第 1 項遺棄罪而規定法定刑為 6 月以上 5 年以下有期徒刑。...。核遺棄行為及逃逸行為，均未對被害人生命及身體構成直接侵害，但同有增加被害人死傷之危險，罪責內涵相類似，其訂定相同之法定刑，尚非過當。況法院就符合 88 年系爭規定構成要件之犯罪行為，得因個案情節之差異而宣告不同的刑度，俾使犯罪情節輕微之個案得依刑法第 41 條第 1 項本文易科罰金，以避免執行短期自由刑或易服社會勞動，致過度影響行為人重新回歸一般社會生活之流弊（本院釋字第 662 號及第 679 號解釋參照），藉由法官裁量權之行使，避免個案過苛之情形，88 年系爭規定有關刑度部分，與憲法罪刑相當原則尚無不符，未違反比例原則。」

從上開理由觀之，其所審查之項目，在形式上已囊括目的之正當性及適當性、狹義比例原則等子原則，惟對於必要性似乎未直接言明，對於「審查基準」同樣語焉不詳。不過，所謂「罪刑相當原則」乃狹義比例原則在審查刑事實體法之具體標準，對於此一標準，本號解釋之呈現方式係以系爭規定之立法理由為據而認定其並未過當，未違反比例原則。

## (二) 釋字 669 號<sup>12</sup>

### 1. 爭點所在

本案爭點在於槍砲條例第 8 條第 1 項關於空氣槍之處罰規定是否違憲。按該條項規定：「未經許可，製造、販賣或運輸鋼筆槍、瓦斯槍、麻醉槍、獵槍、空氣槍或第四條第一項第一款所定其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，併科新臺

<sup>12</sup> 民國 98 年 12 月 25 日公布。

幣一千萬元以下罰金。」，其中未經許可製造、販賣、運輸具殺傷力之空氣槍為處罰要件部分，不論行為人犯罪情節之輕重，均以無期徒刑或五年以上有期徒刑之重度自由刑相繩，對違法情節輕微、顯可憫恕之個案，法院縱適用刑法第五十九條規定酌減其刑，最低刑度仍達二年六月以上之有期徒刑，無從具體考量行為人所應負責任之輕微，為易科罰金或緩刑之宣告，尚嫌情輕法重，致罪責與處罰似不相對應。

## 2. 比例原則之審查

本號解釋之邏輯大致同上開釋字第 777 號，其先說明系爭規定合於比例原則之大前提（1）「立法機關如為保護合乎憲法價值之特定重要法益，並認施以刑罰有助於目的之達成，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，雖得以刑罰規範限制人民身體之自由，惟刑罰對人身自由之限制與其所欲維護之法益，仍須合乎比例之關係，尤其法定刑度之高低應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相符，始符合罪刑相當原則，而與憲法第二十三條比例原則無違。」且（2）「...是製造、運輸、販賣具有殺傷力空氣槍之行為，雖對一般民眾之生命、身體、自由及財產等法益尚未構成直接之侵害，但立法機關認前述行為已足造成高度危險，為保護上開重要法益，乃採取刑罰之一般預防功能予以管制，可認係有助於重要公益目的之達成。此外，因別無其他與上開刑罰規定相同有效，但侵害較小之替代手段可資採用，是該刑罰手段亦具有必要性。」

但本案情況並不合於上述之大前提，本號解釋就其涵攝之結果認為「...立法機關雖得以特別刑法設置較高之法定刑，但其對構成要件該當者，不論行為人犯罪情節之輕重，均以無期徒刑或五年以上有期徒刑之重度自由刑相繩，未能具體考量行為人違法行為之惡害程度，對違法情節輕微、顯可憫恕之個案，可能構成顯然過苛之處罰，而無從兼顧實質正義。...系爭規定對犯該罪而情節輕微者，未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定，對人民受憲法第八條保障人身自由權所為之限制，有違

憲法第二十三條之比例原則。」因而認定系爭規定違憲。

### (三) 釋字第 630 號<sup>13</sup>

#### 1. 爭點所在

本案爭點在於刑法第 329 條即準強盜罪之規定是否違憲。詳言之，即立法者就竊盜或搶奪而當場施以強暴、脅迫者，列舉防護贓物、脫免逮捕或湮滅罪證等三種不同事由，一律論以強盜行為相同之評價，賦予相同程度之刑罰制裁，不能按具體發生情節，另就該部分犯行各依妨害自由、傷害或其他該當之規定處罰，有牴觸平等原則、比例原則，並有擴大適用竊盜或搶奪罪名之嫌，亦有違罪刑法定原則。

#### 2. 比例原則之審查

本號解釋在結論上認為準強盜罪（下稱本罪）之規定並不違反比例原則，惟其理由書係綜合論述平等原則、比例原則、罪刑法定原則等之審查意見，並未專就比例原則之審查加以說明，理由書不免過於簡化。惟從前後脈絡觀之，或可約略看出其操作比例原則之思路。

按其理由書首先說明「人民之『身體自由、人身安全及財產權』，受憲法第八條、第二十二條及第十五條規定之保障」，且本罪所列舉之三種客觀具體事由，「屬於竊盜及搶奪行為事發之際，經常促使行為人對被害人或第三人施強暴、脅迫之原因，故立法者選擇論以強盜罪，俾能『有效』保護被害人或第三人之身體自由、人身及財產安全不受非法侵害。」由此可以看出，本號解釋係先以保障特定之基本權作為前提，本罪之立法目的因而「正當」，而且手段是「有效」。最後認為本罪「...並未有擴大適用於竊盜或搶奪之際，僅屬當場虛張聲勢或與被害人或第三人有短暫輕微肢體衝突之情形」，因此並未以強盜罪之重罰，適用於侵害人身法

---

<sup>13</sup> 民國 96 年 7 月 13 日公布

益之程度甚為懸殊之竊盜或搶奪犯行，尚無犯行輕微而論以重罰之情形，與罪刑相當原則即無不符」，言下之意，本罪不會有擴張及於輕微犯行之虞，似以此認為目的與手段之間符合狹義比例原則，具有均衡關係。

#### (四) 小結

除上開三則解釋之外，釋字第 544 號、第 551 號、第 646 號及第 775 號等情形大致相同。從這幾則解釋之內容來看，有幾點值得檢討或日後持續關注之處。

首先，每一則刑事實體法條文的背後，目的即在於禁止某種犯罪行為，當然有其所欲保護之特定「法益」，也是刑法不可或缺之機能，其立法目的必然具有比其他法律更具高度的公益性、正當性。因此，在比例原則的審查流程中，似乎理所當然、若有似無的被輕輕帶過，然而，過於輕忽的結果，將有導致誤觸謙抑原則之虞，須知刑罰相較於行政罰，其效果往往具有難以回復之性質，大法官宜透過其解釋提醒立法者，並清楚引導立法者必須重視刑法謙抑思想或最後手段性之意義。

其次，當大法官就（手段）「適合性」與「必要性」此等具有價值判斷之部分加以審查時，其適合性高、低之理由（例如對該特定法益產生何等保護效果？保護範圍又如何？等），以及其最小侵害之手段之論據（例如作為比較是否具最小侵害性之比較手段為何？比較之結果如何？），由上開解釋觀之，其著墨相當有限，反而把解釋重心置於「狹義比例原則」下之損益衡量，不無頭輕腳重之感<sup>14</sup>。

再者，針對特定之刑事規範，若認定其有違比例原則者，若屬部分違憲，尚不致導致除罪化之結果時，其課予立法機關依解釋意旨限期修改者，尚無問題，然一旦已經達到須加以除罪化之時，是否適合由大法官逕自宣告使之立即失效？此一作法有無損及立法權之虞？此一問題待

<sup>14</sup> 類似觀點請見吳耀宗(2020年6月)，〈評釋字第777號解釋關於肇事逃逸罪之違憲問題〉，月旦裁判時報第96期，77頁以下。

分析釋字第 791 號之後，再一併探究。

## 參、釋字第 791 號之分析

本文既以比例原則為題，以下之分析也僅就本號涉及比例原則之部分加以整理，對「協同意見書」、「部分協同意見書」及「不同意見書」所為之彙整，亦同。此外，本號解釋以比例原則進行審查之標的，主要為刑法第 239 條之通姦罪（即「系爭規定一」）、釋字第 554 號解釋（即「系爭解釋」）兩者，其餘涉及平等原則之部分，也不在分析之列，容先敘明。

### 一、解釋文及理由

#### （一）開場白：有重新檢討之必要性

本號解釋理由書的開頭，已經「明顯暗示」通姦罪將無法通過比例原則審查，預告了其違憲之結論。

在理由書首段即以系爭解釋及第 748 號解釋之內容為引子，稱「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。」，緊接著說明這十幾年來的社會文化變遷，續稱「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。」因此，面對婚姻之社會功能轉變之前提下，最後直言：「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) 定性：性自主權

針對系爭規定一處罰通姦、相姦者一事，是否限制人民基本權利？若是，又是哪一項基本權利被限制了？理由書繼續說明：「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。」在定性系爭規定一限制了「性自主權」，故應以比例原則進行審查。

## (三) 審查基準：嚴格審查

承前述，既然須動用到「比例原則」，則應採取嚴格或寬鬆之標準？又該如何決定？雖然一般認為影響基本權利越嚴重，其審查標準越嚴格，反之，則越寬鬆<sup>15</sup>，惟本號解釋一如過往，僅以「性自主權與個人之人格有不可分離之關係，...自應受較為嚴格之審查。」表示其審查之標準。當然，從大法官歷來解釋對於人格權或人身自由之侵害，其比例原則之審查往往採取嚴格標準<sup>16</sup>。

## (四) 立法目的：有公益性，目的正當

從系爭解釋以來，通姦罪之立法目的即被定位於婚姻制度之保障，本號解釋亦循此方向說明，稱「...。國家為維護婚姻，非不得制定相關

---

<sup>15</sup> 許宗力（2012 年 12 月），〈「論法律明確性之審查：從司法院大法官相關解釋談起」〉，台大法學論叢，41 卷 4 期，，1688 頁。

<sup>16</sup> 例如釋字第 664 號。

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。」，故通過比例原則第一階段有關目的正當性之審查。以下繼續說明第二階段三項子原則之審查。

#### (五) 適合性：低度適合性

就以「刑罰」做為手段，是否適合於或有助於達成「維護婚姻忠誠義務之目的」？本號解釋認為：「基於刑罰之一般犯罪預防功能，...，自有一定程度嚇阻該等行為之作用。...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。...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...尚非完全無助於其立法目的之達成。」上開有關嚇阻作用之說明，如果打個比方，可以說是「雖然不是不及格，但卻是低分通過」。

#### (六) 必要性：尚非無疑

即便適合性較低，但仍是「適合」，所以接下來就「必要性」或「最小侵害性」說明其審查結果。

對此，本號解釋先本於刑罰之一般預防犯罪功能，認為「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。」但其後又本於刑法謙抑性原則，認為「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。」既然如此，則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」，以一句語意不清的「尚非無疑」做為結語，頗令人玩味。

### (七) 狹義比例性：有失均衡

最後一個子原則，來到「損益衡量」之判斷。其認定系爭規定「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」，其不利益來自三方面：1. 「...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。」；2. 「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」；3. 「...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」等。故結論上認為系爭規定一之限制「所致之損害顯然大於其目的所欲維護之利益」，故有失均衡。

綜合上開審查之過程，最後本號解釋結論如下：「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。」

## 二、協同意見書、部分協同意見書及不同意見書

本號解釋共有部分協同意見書二份（黃虹霞、蔡明誠）、協同意見書六份（許宗力、蔡炯燉、許志雄、黃昭元、謝銘洋、黃瑞明與詹森林）、不同意見書一份（吳陳鐸），有關比例原則之意見，整理如下：

### (一) 部分協同意見書



雖然解釋理由書認為系爭規定一以刑罰作為手段乙節，仍具低度適合性，也僅稱必要性「尚非無疑」。但黃虹霞大法官則認為「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；...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」，亦即不具備適合性；此外，「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。...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，...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。」亦即不符必要性，因此，在狹義比例原則之判斷上，強調「弊大於利，已然失衡」<sup>17</sup>。

蔡明誠大法官則認為本號解釋有關比例原則之論述，「仍有值得商榷之處」。其進一步說明如下：「...既認其立法目的正當，且與其適合性相符。至於刑事處罰與所欲達成目的之效益間相互衡量，卻不認具有其相當性，亦即欠缺狹義比例原則。惟從比例原則審查之整合觀察，本號解釋既認為在刑事立法目的既屬正當性，且立法者就此所作出系爭規定之政策決定，亦認原則上其具適合性，隨之如欲認其不具相當性（衡平性）或有過苛（Übermaß）之情形，宜有更多之說理，以全其說。」<sup>18</sup>，亦即認為本號解釋關於狹義比例原則之判斷過於跳躍，說理不足。

<sup>17</sup> 黃虹霞大法官部分協同意見書，8～14 頁。

<sup>18</sup> 蔡明誠大法官部分協同意見書，13～14 頁。

## (二) 協同意見書

協同意見書雖達六份之多，但其中僅三份論及比例原則之審查，茲歸納如下：

許志雄大法官認為以刑罰處罰通姦者及其相姦者，顯然係對性自主權為「強力限制之立法」。因此，「採取較高密度之比例原則審查系爭規定一，堪稱妥適」<sup>19</sup>。此外，關於解釋理由書就必要性之審查部分，認為「嚴格而言，該論述並非就有無其他比刑罰侵害小亦能達成相同目的之手段可資運用，所為評斷，故非真正比例原則中之必要性審查。依其文義，無寧係認為通姦行為主要涉及感情及私人間權利義務，與公益關係不大，似不應以刑罰手段制裁之。是所質疑者，係手段本身是否合憲，而非有無較小侵害之手段可資運用。」<sup>20</sup>

黃昭元大法官針對通姦罪之立法目的提出補充意見。他強調本號解釋與系爭解釋兩者在立法目的上「都只是很含蓄地指出配偶雙方互負忠誠義務，而沒有進一步明示忠誠義務之核心要素，也沒有說明配偶一方依據忠誠義務究竟可以對他方主張什麼權利？縱使承認有配偶權，其內容究竟為何？」因此進一步補充認為：「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。…。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。」<sup>21</sup>

謝銘洋大法官針對「必要性」之判斷，指出「刑罰」所帶來的副作用

<sup>19</sup> 許志雄大法官協同意見書，11～12 頁。但許大法官也提及，採取高密度之審查標準，通常也是追求重大公益，然而本號解釋理由書卻提及通姦行為尚不致明顯損及公益，因此認為「肯定系爭立法目的之正當性於前，否定重大公益於後，不無矛盾之嫌」（見意見書 14 頁）。

<sup>20</sup> 同前註，13 頁。

<sup>21</sup> 黃昭元大法官協同意見書，16～18 頁。

用未必有利於解決問題，他認為「若人民對刑罰的依賴性過高，須靠國家刑罰來解決民事紛爭，不僅無法真正解決問題，而且造成更大的社會問題並嚴重浪費國家司法資源。此由過去票據法以及專利侵害之刑罰規定所產生的嚴重問題即可知。...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。」申言之，通姦罪以刑罰為手段介入民事紛爭，不具適合性與必要性，更可能製造無謂的經濟及程序成本。

### (三) 不同意見書

本號解釋唯一逆風的是吳陳鑽大法官，在這一份不同意見書裡，吳大法官可說全方位的回應解釋理由書之各個觀點。

在論述脈絡上，其首先否定性自主權屬於憲法第 22 條之基本權利。其說道：「性行為自由及隱私權，以不妨害社會秩序公共利益為前提，始受憲法之保障」，而「通相姦行為衍生所謂之性行為自由及隱私權，妨害社會秩序公共利益，不受憲法之保障」。也因此「對通相姦者以刑罰制裁，依憲法第 22 條規定，不生侵害性行為自由及隱私權之違憲問題。」即便如多數說意見認為其屬於基本權利，「仍不生違反憲法第 23 條比例原則之問題」，其理由如下<sup>22</sup>：1、對通相姦者以刑罰制裁，係為維持社會秩序增進公共利益之目的，此目的具正當性；2.限制通相姦者之性行為自由及隱私權，有助於維持社會秩序增進公共利益目的之達成；3.無其他較以對通相姦者以刑罰制裁侵害為小之方法，可以同樣達成上開維持社會秩序增進公共利益之目的。4.對通相姦者以刑罰制裁，係為維護極

---

<sup>22</sup> 吳陳鑽大法官不同意見書，6～9 頁。

重要之公共利益，所採取之手段，非屬失衡。申言之，吳大法官逐一審查後，認為立法目的具正當性，此一手段亦屬適合、必要，且損益並未失衡，故結論認為通姦罪之立法並不違憲。

### 三、小結

以法制史之角度來看，通姦罪早在 1934 年立法之前即已出現不小反對聲浪，而在立法之後，除罪化之呼聲也是時有所聞<sup>23</sup>。歷經八十五年後的今日，大法官以立即失效之宣告違憲方式與之告別，但以本號解釋本身而言，在比例原則之論述上，本文認為確實同意以上幾位大法官在個別提出之意見書所指出之部分意見，但本號解釋有幾項立論不足之處，包括：

1. 在基本權利之範圍上，雖然一再以「性自主權」為軸線，也雖然在立法目的上難以準確考據，但其衍生之婚姻、倫理、家庭制度等，在我國社會裡，不得不承認與性自主權仍有相當深度之連結，畢竟從刑分的角度來說，刑法第 239 條所在之罪章（第十七章）為「妨害婚姻及家庭罪」，為社會法益之位置，或是具有重層性法益之性質。
2. 在適合性之審查上，所謂的「低度」一語究何所指？所謂一般預防對於具有內在感情為基礎之通相姦行為人而言，如何能嚇阻？以刑罰介入愛情而期待有犯罪預防之功能，甚至課予愛或不愛之法律上義務，誠難想像。
3. 在必要性的部分，正如可以觀察到本號解釋所謂「尚非無疑」之描述，顯然過於迴避，蓋撇開「刑罰」不談，民事上之財產上、非財產上之

---

<sup>23</sup> 有關法制史方面之補充，詳見蔡炯燉大法官之協同意見書，有較為完整之考據。

損害賠償，或身分法上的其他制度設計，都可作為達到相同目的且侵害更輕為之手段，多數意見似乎急於躍入狹義比例原則做結論，因而打住不論，難免令人有為德不卒之感。

4. 在結論上，雖然依循前面之鋪陳所暗示，作成違憲之結論。但欠缺更全面性的論述，尤其是「弊大於利」之衡量上，若能加入社會、司法資源等成本之損耗，將更具說服力。

此外，本號解釋雖僅有一份不同意見書，其立基於通姦、相姦行為衍生之「性行為自由及隱私權」有「妨害社會秩序公共利益」，並以家庭制度所具有之多重功能一繁衍、教育、經濟、文化等，妨害上開公共利益之（通相姦）行為，應不受憲法保障。以此觀點延伸，未來有配偶之人與他人為性交者，雖然刑事責任已無，但仍有民事責任，本文認為，不同意見書所預測之未來，值得持續觀察、印證，是否因為通姦除罪化而導致民事損賠上無法得到有效之救濟？抑或家庭制度再無他法足以維護？申言之，多數意見雖然本於「當今」學理上之有力論據，但不同意見也呈現出「未來」之現實上隱憂，恐怕更需要時間來印證。

## 肆、除罪之後又如何？一代結論

### 一、大法官逕行除罪化之隱憂

除通姦罪之外，誹謗罪、公然侮辱罪、賭博罪、施用軟性毒品等罪，是否也可能會面臨比例原則的審查而遭大法官「逕行」除罪化？以上各罪，多年來一向不乏除罪之呼聲，假設以釋字第 791 號之審查模式，未來除罪化之機率恐怕不低。以最常見、歷史更久遠的賭博罪為例，其端正社會風氣之立法目的符合公益性、正當性，而刑罰也僅具低度適合性，且顯然不是侵害最小之手段（民法上「賭債非債」，可直接否認債權之合

法性，其侵害性更低)。最後，其施以刑罰所致損害(短期自由刑之弊端、人身自由之侵害等)亦可能多過於利。又如誹謗罪、公然侮辱罪，其立法目的同樣具有公益性，以刑罰作為手段也未必適合，何況其人格權之侵害一向有民事上侵權行為作為請求權基礎，利弊也未必均衡。上開各罪，其遭到除罪化恐怕也指日可待。

但問題在於，由大法官宣告違憲而立即失效、除罪之作法，是否妥當？因為除罪化係代表某一原本具刑事不法性之行為已不需要施以刑罰，其往往是需要同一社會之群體彼此透過共同生活關係而形成共識，若委由大法官以「專業司法」逕行定調，未必有助於社會共同生活之利益，反之，稍有不慎，可能造成更大的裂痕，或需要更多時間彼此磨合。因此有論者指出，司法機關直接援引憲法位階之比例原則，對個別法律予以糾正，即予法律優位原則不一致，這種不一致性或矛盾性，是否係因為披著正義外套的比例原則，而具有絕對優先價值，仍有諸多再行商榷之餘地<sup>24</sup>。

## 二、過度狹義的狹義比例原則

狹義比例原則運用於刑事實體法上，應留意的其損益評估之範圍。按任何一個犯罪「行為人」，就是一位刑事訴訟法上的嫌疑人或被告，其所招致之損益評估，往往超越實體法的想像。即使在偵查階段，可能馬上面臨的是名譽、信用、家庭、工作的負面影響，一旦最後為有罪判決確定，面對刑罰的侵害，其影響之時間將持續更久。除了嫌疑人或被告之外，國家司法資源的消耗、社會復原的成本等等，均應評估在內，恐怕比一般行政行為被宣告違法、違憲之情形，其損害將更廣、更久。

## 三、以超法律理由取代立法權之正當性

---

<sup>24</sup> 林明鏘，前揭文(註5)，71~72頁。

比例原則往往面臨高度價值判斷。以釋字 791 為例，其解釋理由留下許多難以具體化之價值判斷，例如「手段之適合性較低」、「尚非無疑」、「社會自由化與多元化的發展」等，許多判斷往往不是法律因素，司法機關固然依大法官審理案件法（第 13 條）有調查事實、行言詞辯論之權限，但有關立法事實之判斷未必能夠完全取代立法機關，尤其是「狹義比例原則」之衡量上，立法機關（國會）應享有優先評價權，司法機關宜予以尊重<sup>25</sup>。以通姦罪為例，其早就存在除罪化之呼籲，立法機關卻始終不進行提案或討論，如今卻由司法機關取代原應屬於立法機關權限之事項，如此之取徑不免有遊走灰色地帶之嫌，何況，在除罪化之後，對於通姦、相姦之行為，其侵害之私權性質為何、相應之救濟制度是否能有效對應等問題，仍須待立法權之機制始能完備，大法官直接宣告違憲之作法，看似有效率，但恐怕未必能提供相應之保障，此一作法恐怕仍有待商榷。

---

<sup>25</sup> 高見勝利，「立法府の予測に対する裁判的統制について」芦部信喜還暦記念論文集「憲法訴訟と人權の理論」，有斐閣，1985 年，41 頁。

## 參考文獻

### 一、中文

吳庚 (2015 年 2 月),《行政法之理論與實用》,三民,(增訂十三版)。

吳耀宗 (2020 年 6 月),〈評釋字第 777 號解釋關於肇事逃逸罪之違憲問題〉,月旦裁判時報第 96 期。

林明鏘 (2014 年 8 月),〈「比例原則之功能與危機」〉,月旦法學雜誌,第 231 期。

許宗力 (2012 年 12 月),〈「論法律明確性之審查:從司法院大法官相關解釋談起」〉,台大法學論叢,41 卷 4 期。

許育典 (2020 年 9 月),《憲法》,元照,(修訂十版)。

黃舒芃(2016 年 9 月),〈「比例原則及其階層化操作——一個著眼於司法院釋憲實務趨勢的反思」〉,中研院法學期刊,第 19 期。

黃昭元(2013 年 6 月),〈「大法官解釋審查標準之發展(1996-2011):比例原則的繼受與在地化」〉,台大法學論叢,第 42 卷第 2 期。

### 二、日文

宇賀克也,《2015 年》地方自治法概說,有斐閣,(第 6 版)。

高見勝利,「立法院の予測に対する裁判的統制について」芦部信喜還暦記念論文集「憲法訴訟と人權の理論」,有斐閣,1985 年。

淡路智典,「違憲審査基準としての比例原則と統制密度—議会の事実認定・予測権限をめぐるドイツの議論を参考として」,社学研論集,第 16 期,2010 年 9 月。

塩野 宏(2015 年),《行政法 I》,有斐閣,(第 6 版)。



# **Reviewing the Constitutionality of the Norms of Criminal Punishment in Terms of the Principle of Proportionality—focusing on the the J.Y. Interpretation No. 791**

Hsu Chia-Yuan

## **Abstract**

On May 29, 2020, the TCC (Taiwan Constitutional Court) renders the J.Y. Interpretation No. 791, holding the Article 239 of the Criminal Code unconstitutional. The provision shall become null and void immediately after the announcement of this interpretation. In the interpretation, the TCC held the adultery crime is unconstitutional by the principle of proportionality. Although the principle of proportionality is usually be taken as the standards of judicial review, and it is becoming more and more finalized. But the basis of criminal law and administrative law is different, especially the uniqueness, strictness of criminal law. The standards of the principle of proportionality should be different from the others. The study confirm the significance of the principle of proportionality—the due purpose, necessary means, and proper restrictions required by the previous J.Y. Interpretations concerned with the Criminal Code. And the finding is some of them—especially the No. 791, violate the principle of separation of powers, and try to make some suggestions for reference.

**Keywords :** the principle of proportionality, separation of powers, decriminalize adultery



## 《靜宜法學》徵稿簡則

1. 本刊定期於每年十二月出版一期。
2. 本刊歡迎法學論文、判決評釋與外文譯稿等專業作品。如係譯稿，請一併附上原文及原作者同意書。
3. 來稿採隨到隨審之原則處理，並以雙向匿名審查之方式進行審查。
4. 來稿不應有內容全部或主要部分已在或將在其他刊物發表者之情事。
5. 來稿件進入審查程序而撤回者，投稿人應負擔三千元審稿費，且三年內拒刊投稿人之稿件。
6. 來稿請用 Office Word 格式傳送至 editor.pulaw@pu.edu.tw。
7. 來稿字數應介於一萬五千與三萬字之間，但經編輯委員會同意者，不在此限。
8. 來稿請以中、英文呈現標題、作者姓名、現職，三百字左右之摘要與十個以內之關鍵詞。
9. 來稿註釋採當頁附註，並於文末列明全部參考文獻，其格式經本刊編輯委員會通知符合後再由投稿人寄送電子檔。
10. 稿件一經刊登，相關法律責任均由投稿人承擔。
11. 本刊不致稿酬，但贈送每位作者當期學刊一本與抽印本十本。
12. 投稿人另應在本刊編輯委員會決定採用後填具著作權聲明、授權本刊出版之同意書與個人基本資料表。

## 靜宜法學引註及參考文獻記載格式範例

一、來稿應包括：

(一) 作者中、英文姓名、任職學校(機構)名稱、地址與聯絡電話。

(二) 內容依如下順序排列：

1. 中題目，
2. 中作者姓名，
3. 目次，
4. 中摘要，
5. 中關鍵詞，
6. 本文，
7. 附錄，
8. 參考文獻。
9. 英文題目
10. 英文作者姓名
11. 英文摘要
12. 英文關鍵字

二、各標題順序依壹、一、(一)、1、(1)等層次為之，正文每段第一行第一字前空兩字。

三、註解之處理按 Office Word 軟體之「插入」、「註腳」程序所得標準格式為之。

四、中、日文文獻之註解格式如下：

1. 卷、期、頁數均以阿拉伯數字呈現，如：37 卷 2 期，頁 55-57。
2. 引用同一著作時，如係緊接上一註解而來時，以「同前註」行之；頁數不同者，另標明之。
3. 大法官解釋、法院判決(決議)及行政函示等公文書原則上無須註明出處。
4. 其他格式範例如下：

- (1) 專書：作者(出版年)，《書名》，引用頁數，出版者，版次。
- (2) 譯著：原著作者，翻譯作者(出版年)，《譯著名稱》，引用頁數，出版者，版次。
- (3) 編著：作者(出版年)，〈論文名稱〉，載：編者，《書名》，引用頁數，出版者。
- (4) 期刊論文：作者(出版年)，〈論文名稱〉，載：《期刊名稱》，卷期數，引用頁數。
- (5) 學位論文：作者(畢業年)，《論文名稱》，引用頁數，○○大學○○學系(研究所)碩(博)士論文。
- (6) 研討會論文：作者，〈論文名稱〉，研討會名稱，主辦單位，會議日期，引用頁數。
- (7) 政府公報：立法院公報處(出版年)，〈立法院第○屆第○會期○○委員會第○次會議記錄〉，《立法院公報》，卷期數，頁數。
- (8) 報紙：○○報(刊登日期)，〈標題〉，○版。
- (9) 網頁：<http://www.○○○○.○○>(最後瀏覽日期：○年/○月/○日)。

五、引用其他外文文獻者，依各國通行作法為之。

六、參考文獻之格式如下：

- (一) 排序順序：各著作之前不加編號，中、日文資料在前，其他外文在後。中、日文著作依作者姓名筆定其先後，其他外文則依作者姓氏字母。
- (二) 參考文獻之格式與註解同，但關於期刊論文與收錄於編著中之論文部分應列出該篇論文之始、末頁數。

## 《靜宜法學》第九期

二〇二〇年十二月出版

---

發行人：李介民

主編：蔡穎芳

編輯委員：郭冠甫、李介民、戴志傑、許家源

執行編輯：姑慕.瓦歷斯

出版者：靜宜大學法律學系

地址：433 台中市沙鹿區台灣大道七段 200 號

電話：04-26328001 轉 17043

傳真：04-26327666

---

定價：250 元