

婚外性的罪與罰

座談會

時間：2013年4月12日，13：30-17：00

地點：台灣大學法律學院霖澤館 1301 視聽教室

主辦單位：台灣大學法律學院人權與法理學研究中心、刑事法研究中心、
台灣法學雜誌

協辦單位：行政院國家科學委員會人文處法律學門

議程：

● 第一場

主持人：許宗力教授（台灣大學法律學院）

引言人：黃榮堅教授（台灣大學法律學院）

林鈺雄教授（台灣大學法律學院）

林明昕副教授（台灣大學法律學院）

● 第二場

主持人：尤美女（立法委員）

引言人：詹森林教授（台灣大學法律學院）

官曉薇助理教授（台北大學法律學系）

黃詩淳助理教授（台灣大學法律學院）

黃詩淳助理教授¹：

一、法律對婚姻的保障

婚姻在我國民法上為一男一女以終身共同生活為目的所為之契約，其效果包括身分及財產二方面：身分上，夫妻互負忠誠（貞操）義務、同居義務，並可冠配偶之姓，以及協議住所；財產上則發生日常家務代理權、家庭生活費用分擔（扶養義務）及夫妻財產之關係。

在民法親屬編之外，配偶間尚有互相繼承財產之權利（民§1144）、一方因生命權被侵害而死亡時，他方得向加害人請求慰撫金之權利（民§194）、一方若為公務員／軍人／學校教職員而病故、意外死亡或因公死亡時，他方得領受遺族撫卹金²、勞工保險的死亡給付（喪葬津貼：勞保條例§62、遺屬年金給付及遺屬津貼：同法§63-§65）、國民年金的遺屬年金給付（國民年金§41）、住宅補貼（青年安心成家作業規定第8點）。可見婚姻關係之密切。

法律獎勵並保障婚姻，給予上述積極的效果。惟婚姻之維繫建立於雙方之共同付出，一旦雙方不願意繼續維持婚姻關係，不願繼續獲取法律上給予的優待措施，法律也難以強迫兩人終身共同生活，因剩下的不是美滿的關係，而只是婚姻的形骸，故也允許雙方協議解消婚姻關係（離婚）。

二、離婚觀和民事上離婚實踐的變化

若有一方或雙方從事明顯違背婚姻義務之行爲（例如婚外性行爲、拒絕同居），傷

害他方對婚姻之信賴，危害婚姻關係，使婚姻成為「負面存在」時，法律也給予人們終止終身共同生活之契約的選擇，即為離婚。比較法上，離婚的司法實踐，逐漸從對有責配偶的制裁（有責主義），轉化為讓不快樂的雙方脫離彼此的方法（破綻主義），而是中性的結果³。

（一）民法上已具備對有責配偶之制裁（損害賠償）

不過，對於離婚的結果有責或責任較重之一方，仍必須付出一定的代價。具體言之，民法上的離婚在夫妻間發生三大效力：

1. 夫妻財產制關係的消滅，進行剩餘財產差額分配請求（民§1030-1）

此制度讓夫和妻婚後所取得的財產平均分配，亦即公平評價雙方對此段婚姻關係的貢獻，有福同享。

2. （裁判離婚時）贍養費的給與（民§1057）

此乃保障無責配偶因離婚而陷於生活困難時，他方必須給與贍養費，也就是原來存在於配偶之間的扶養義務，即使在婚姻關係解消後，仍例外地繼續存在。

3. （裁判離婚時）損害賠償（民§1056）

因離婚而受有財產上損害之配偶，得向他方請求賠償。或因離婚而受有非財產上損害的無責配偶，得向有責配偶請求賠償（慰撫金）。關於通姦，現行實務普遍承認，婚姻中的通姦或虐待等行爲，已構成對他方配偶之侵權行爲，而得請求損害賠償，其根據有舉出民法第184條第1項後段，或第195條第3項者。退一步言，即便被害配偶來不

¹ 以下內容為黃詩淳老師所提供之書面引言稿，與座談當日的引言內容大致相同，故此部分發言內容以引言稿取代逐字稿。

² 公務人員撫卹法第8條、軍人撫卹條例第4條、學校教職員撫卹條例第9條。

³ 但我國尚未採用積極破綻主義，在裁判離婚時，仍須比較原告和被告的可歸責程度。其缺點將在本文後述四再行討論。

及在婚姻中行使此權利，訴請裁判離婚成功，並不妨礙在婚姻關係解消後，再依據侵權行為或第 1056 條提出損害賠償之請求。

不論是第 184 條第 1 項後段、第 195 條第 3 項或第 1056 條，都是對違背婚姻的忠誠義務之人給予之制裁。給與制裁的前提是，我們肯定每個婚姻關係的當事人都「享受幸福美滿的婚姻關係的權利」（有稱為配偶權、婚姻權、夫權、妻權者）的話，婚外性行為的配偶以及性行為的相對人，確實傷害了另一方配偶的此種權利，或說是期待，所以對於加害人課以制裁。因此，婚外性行為的一方並非不用付出代價。

(二)離婚傷害的減低（財產清算與贍養費）

如上所述，離婚時會有剩餘財產差額分配的權利，這是清算婚姻關係中的財產的公平措施，另有請求贍養費的權利，也可保障無責並窮困的配偶離婚後的生活。這和三十年前完全不同，過去沒有剩餘財產差額分配，並且離婚後未成年子女原則上由父親保護教養（現在則是雙方協議或由法院酌定），導致許多妻隱忍不敢離婚。暫且不論現行法的規定落實程度為何，至少在制度面上，對於離婚配偶的保障係合理而周到，離婚不再是令人恐懼的結局，而僅是讓不快樂的雙方脫離婚姻的手段。

三、以刑罰制裁婚外性行為的必要性

若民法上已經對違背婚姻忠誠義務者有損害賠償的制裁了，那麼，究竟有無必要再以刑罰制裁違背婚姻忠誠義務之行為（通姦罪）？

(一)制裁的實施只會導向婚姻毀滅，無助維繫婚姻

法律所要保障的是「幸福美滿的」婚姻，不是痛苦的婚姻，所以允許痛苦婚姻的雙方離婚，已如上述。除了離婚的結果外，

現行法還肯認一方對他方施以制裁，但不論是民事損害賠償或刑事罪刑，結果上都是加速毀壞雙方的信任，導致情感徹底破裂。殊難想像，有一方配偶被判賠償或有罪後，還能心平氣和與他方繼續維持婚姻。

日本戰前存在的通姦罪，正是立於這樣的前提，明治 40（1907）年刑法第 183 條規定：「（第 1 項）有夫之婦通姦者，處二年以下有期徒刑，其相姦者亦同。（第 2 項）前項之罪須夫告訴乃論。但夫縱容通姦者，其告訴無效」⁴。並且，大正 11（1922）年刑事訴訟法之規定，須在婚姻關係已解消後，或已提起離婚的民事訴訟之後，夫始得提出通姦的刑事告訴⁵。換言之，日本刑事訴訟法在當時就已認為，依照正常的人性心理，通姦罪的追訴必然造成婚姻毀滅；如果沒有離婚的決心，而提起通姦罪的告訴，顯然是自相矛盾，故不允許當事人追究配偶和相姦人的刑事責任。亦即，日本的法條構造，揭示了一個簡單的道理：如果當事人還希望維繫婚姻，不論在邏輯上或人性上也好，都不應該也不可能主張追究通姦罪。因此，我國某些論者雖主張「通姦罪的存在是為維繫婚姻」，從日本早年的實踐即可得知，不可能有這樣的目的或效果。

附帶補充，日本 1922 年刑事訴訟法尚規定，若夫對妻撤回告訴，則當然發生對相姦人也撤回之效果⁶；我國刑事訴訟法第 239 條但書允許單獨對配偶撤回告訴，其效力不及於相姦人，與日本有很大不同。

(二)過度重視婚姻義務中的性獨占面向，與

⁴ 舊刑法（明治 13（1880）年大政官布告第 36 號）第 353 條與 1907 年法大致相同，惟舊法的刑度為 6 個月以上至 2 年以下。

⁵ 1922 年刑事訴訟法第 264 條。

⁶ 同法第 268 條第 3 項。

其他義務失衡

既然通姦罪的存在對於維繫當事人的婚姻並無效果，唯一的意義就是滿足報復的要求，亦即「制裁背叛婚姻者」。然而，婚姻的承諾（義務）並不只有貞操一項，尚有同居義務、家庭生活費用分擔（扶養）義務等。如果刑罰的存在是為了藉由制裁背叛婚姻之人，以達嚇阻（其他人從事）違背婚姻義務的行為，那麼，理當將同樣都是「背叛婚姻」的其他行為也都入罪才是，例如「無正當理由而拒絕同居者」或是「無正當理由拒絕負擔家用開支者（賭博花光光、好吃懶作等）」均是。刑法獨厚貞操義務，並不具說服力。至少，並沒有任何的明文或哲學思想告訴我們，婚姻當中最重要的就是性的獨占（守貞），其餘的例如同甘苦共患難、相互扶助的點都僅是次要。

四、小結並續論民事上通姦的損害賠償

(一)關於刑事上通姦罪的存續合理性

法律給與婚姻當事人豐厚的保障，其前提是這段婚姻是「幸福美滿的關係」，倘若因故關係觸礁，民法上設置了大致上公平的清算和補償方式，離婚不再是令人恐懼的結果，而是讓雙方脫離痛苦的方法。所以，主張暫緩廢除通姦罪論者雖認為「若要廢除通姦罪，則需要更完整的民事上的配套措施」，若目的是在使受傷害之配偶獲得公平的待遇，其實問題不大，因離婚時的財產分配與贍養費請求只要符合要件均能被肯定。也就是說，我們不需要再「以刑逼民」，因為民法上的制度基本上已經足以提供無責配偶公平的保障，並且，離婚後的未成年子女之親權酌定，與父或母的通姦行為並無關連，而以子女最佳利益來認定；換言之，證明配偶通姦，並不因此有利自己成為親權人。

此外，支持通姦罪存續論者，提出「通姦罪可以保護或維繫婚姻」，此點，在論理上不成立，從日本戰前刑事訴訟法的規定也可知，對當事人而言，通姦罪只可能毀滅婚姻，不可能維護婚姻。

不過，吾人也須警惕，若僅廢除刑法上的通姦罪，但民法第 1052 條仍繼續將通姦作為裁判離婚原因，且法院繼續肯定未通姦之配偶得依侵權行為之法則對通姦之配偶和相姦人請求損害賠償（慰撫金）的話，欲離婚或欲獲得賠償之配偶，仍必須設法蒐集對方通姦的證據，亦即抓姦帶來的違法取證、侵害隱私的問題，並不因為廢除刑法之通姦罪就消失。

(二)民事上通姦的損害賠償之合理性

故而更根本的問題是，在一方配偶為婚外性行為時，我們應否允許他方配偶對之請求賠償？這是超越刑法通姦罪的、留給民法的疑問。

1. 欲保護的法益不存在時，應否定損害賠償之請求

傳統上民事肯定一方配偶的婚外性行為，破壞了婚姻的和諧，而構成侵權行為，即使尚未離婚，無責配偶亦得向通姦配偶及相姦人請求損害賠償。這是因為婚外性行為傷害了原本圓滿的婚姻關係（乃是法律所保護的法益）。從這樣的前提出發，日本最判平成 8 年 3 月 26 日民集 50 卷 4 號 993 頁的見解就具備相當說服力，亦即在婚姻關係已陷入破綻之情形，日本的最高法院否定一方配偶得向通姦配偶以及相姦人請求損害賠償。因為，侵權行為所要保護的「法益」也就是「圓滿的婚姻關係」並不存在之故。如此作法，可以避免在消極破綻主義法制下，無法離婚而僅存婚姻空殼怨偶，以婚外性行為向對方請求損害賠償的不當結果。

不過，再進一步，婚姻的圓滿或是利益狀態，本賴雙方的自由意志，如果有通姦配偶自願放棄這種幸福或是利益，何以他方能夠制裁通姦配偶呢？以往，我們是認為因為受害配偶有「為配偶之權利（享受幸福婚姻之權利）」，而這個權利被通姦行為破壞了，這個道理就和其他權利受侵害而得請求損害賠償並無不同。例如工廠發出巨大噪音危害周圍居民的健康，因居民的健康權受侵害，自得向工廠請求非財產上的損害賠償，跟婚外性行為侵害配偶權一樣，在民法上最後都是用金錢來撫平傷痛。

2. 拋棄利益（婚姻）的自由應予尊重

但健康權、生命權、名譽權、自由權和所謂的配偶權仍有本質上的差異：健康、生命這種權利專屬於權利主體「一個人」，配偶權卻非如此，它存在兩個權利主體之間，而是仰賴雙方的「自由意志」，形成一段圓滿幸福的關係，也才是法律要保護的權利或是利益狀態。倘若權利主體自願放棄權利，例如健康權受侵害的居民不願意對工廠請求損害賠償，法律自無強求其行使權利之道理。同樣，如果婚姻關係的當事人，自願放棄「美滿幸福婚姻」的權利或利益，而去追求婚外性行為、或者離家出走而棄配偶於不顧，法律難道不應加以尊重？婚外性行為的配偶固然傷害了他方配偶的信賴，傷害了婚姻關係的健全，但既然是權利人自己所做的選擇，公權力也無從干涉，國家無法強制人民愛誰或不愛誰，人民也不能動用國家的力量強迫另一個人來愛自己，與自己繼續婚姻關係。正如同結婚委諸於當事人的自由意志，是否繼續婚姻（一個利益狀態）也是如此。所以，基於婚姻自由的理念，對於不願意繼續婚姻的通姦配偶，我們也只能在心中為他的放棄「婚姻」這個利益的選擇惋惜，卻難以認為他的放棄利益構成何種違法。

「傷了另一半的心」是對另一半的侵權行為嗎？比較其他的身分法益，例如兒子長年賭博、遊手好閒，無視父母的期待，傷害父母的心（生到一個敗家子），並不構成對父母的侵權行為；例如父親另有家庭，認領了非婚生子女之後卻對之不聞不問，僅每月付扶養費盡義務，傷害了子女對父親的期待，但父親對子女也不構成侵權行為。每個人一生中或多或少都會因為別人的行為而傷心，特別是當行為人的表現不符合社會的角色期待時，但法律並未給與這些傷心的父母子女得向對方請求損害賠償之權。我們並不會說，在敗家子的例子中，子女的行為傷害了親子關係（也是一種法律保護的權益/身分法益），而受害之父母得請求損害賠償。故婚外性行為的配偶雖傷害了他方配偶對婚姻關係的期待，但類比父母子女關係後可知，不能逕而肯定所謂的受害人得對行為人請求賠償。

3. 請求通姦之損害賠償和追究婚姻破裂之責任的副作用

況且，美滿婚姻關係的利益的喪失，通常雙方均有若干責任，追究關係破裂究竟歸責於哪方較多，就必須將誰在哪一天與對方吵架、摔破東西、不負擔家用、冷戰、辱罵、婚外性行為（在何地、與何人、發生幾次關係等細節）、拒絕性生活等夫妻間的瑣事，全部暴露出來，一一舉證。若閱讀過離婚之裁判書即可得知，此即為現行我國裁判離婚和通姦損害賠償之實務現狀，對當事人是莫大的隱私侵犯和二度傷害。然而為了制裁對方，讓法院相信對方對破壞婚姻關係責任較重，以達離婚和損害賠償之效果，便不得不如此。

這既是請求通姦的損害賠償，也是依據通姦而訴請裁判離婚時共通的問題。根本解決之道，是刪除將通姦作為離婚原因的規

定，引進分居制度，以一定期間的分居事實認定婚姻之破綻，有此破綻便准許離婚，並否定通姦之損害賠償，停止追究配偶是否有通姦、婚姻的破綻是哪方的過錯，而用離婚加上剩餘財產差額分配和贍養費，來得到公平清算的結果即可。

提問與討論

主持人尤美女委員：

我們謝謝黃助理教授。以上三位引言人都已經引言完，可能各位有各種不同的想法，包括希望的配套，但是又提到是不是當然可以請求賠償等等，我們現在就開放提問。

提問一（林明昕老師）：

我是對詹老師這邊有一些疑問，然後對官老師這邊也有一些補充。

剛剛詹老師提到德國民法的實務是不能請求慰撫金的，我想要問的是：台灣的民法第 195 條與德國民法第 253 條有些差距，而德國的第 253 條還是台灣未修正前的內容；從而我們第 195 條放那麼大，會不會因此成爲通姦者一方之配偶的請求權基礎，用以請求通姦的慰撫金？我個人是覺得沒有。因爲可能是要解釋成「人格權」受侵害。不過配偶通姦，對我人格有什麼影響？最多只是感覺不好而已吧？這樣算不算呢？所以我想瞭解一下。因爲剛詹老師提到德國是不承認，我們是承認的；是不是因爲兩國相關條文的解釋上有差別的結果？

另外，因爲我們現在沒有民訴的老師在。我想請教的是：如果我們民法上有承認這些不管是屬於「制裁」或其他不利益的效果，而爲了要達到這些效果，有時候都是要打官司。從而在打官司的過程中，一樣有可

能碰觸隱私之干擾等等的問題，導致在比例原則的審查上會發現，用干預最大的手段去得到一個小的利益而已。這樣子似乎不符合比例原則；這也是我的懷疑。不過這可能是訴訟法上的問題。

針對官老師剛提到的，我想回應，我剛剛並沒有完全反對用男女平等的議題去討論。我只是擔心，如果只是把男女平等的論點抓在刑法第 245 條第 2 項中討論時，恐怕最後修法的結果就只是把這條宥恕的規定拿掉而已；這樣子是比較可怕的地方。至於說實質平等者，是要達到事實上能夠貫徹法律上所要設計之平等的觀點，我倒覺得是可以繼續論證的地方，這是我的小小回應。

提問二（林鈺雄老師）：

我要問的是民事程序的干預正當性問題。譬如說你文章⁷第 5 頁有提到，原審在認定有沒有通姦事實的時候，一下子提到什麼他人錄音對話顯示出什麼樣的交往關係，一下子又調查說兩人多次同班機出入境，然後就接一句話：「其謂上訴人跟楊女之交往已逾越通常男女社交禮儀範疇，違背夫妻之忠貞義務，而故意以背於善良風俗之方法，侵害被上訴人基於配偶關係之身分法益……。」我覺得這裡面有兩個問題，第一個是林明昕老師剛才提到，民事訴訟判斷通姦損害賠償問題的調查證據程序，事實上也有如同刑事訴訟揭示親密關係所造成的干預，換句話說，一樣有過度干預及隱私侵害的問題；而且據我所知，刑事訴訟排除私人不法取證的情況，比民事訴訟還多很多，所以民事訴訟造成的隱私侵害也很嚴重，即便標的只是請求一筆慰撫金，但卻可能造成更大權利侵害。就像上一場提到的，爲了查明有無通姦要先進行法庭的調查證據，不管是

⁷ 指會議資料中，詹森林老師所提供的引言稿。

日記、錄音帶，甚至於還有的是性愛錄影帶，當庭勘驗、播放這些就爲了調查通姦真相？這不就回到我們一直質疑的問題，干預那麼大，最後卻只是爲了要那幾塊錢，這個手段跟目的之間已經不合乎比例。第二個，坦白講，我覺得這種民事裁判透露太多對別人生活方式的道德指導，爲什麼德國法一直不承認通姦慰撫金的請求，它的困難在哪邊？除了法理問題之外，我想用我國這則裁判對照一下，講白話一點，就是我們法官常常去做別人道德的仲裁者，去評價別人交往方式「顯然逾越男女社交禮儀範圍」，這是法律授予法官的職責嗎？他們兩個早都已經是成年人了，有必要被管這些嗎？尤其是通姦行爲有證明的困難度，所以導致我們開啓法官無限介入的空間，不管是平常互動親不親密或幾次搭同班機出入境，任何和兩人交往有關的事情法官都管得著，還可以在判決中憑自己的價值觀加上評語。我覺得我們似乎藉由訴訟的這條途徑，開啓國家對私人更大的干預，順道再贈送國家對私人生活方式的道德評價，而且一切還都是「以法律之名」，即便只是幾萬元的慰撫金。

第二個問題是想請教黃老師，我國實務判斷子女的監護時，會不會考慮通姦因素？通姦者是不是因此被認定爲是有責的一方，所以造成爭取子女監護的比較負面的影響？以及，你認爲應不應該考慮這個因素嗎？

提問三：

我是執業律師，剛剛都有個前提假設是，通姦了以後會怎樣，後面的民事責任那樣子。現在有個問題是說，你如何證明它是通姦？如果除罪化以後。因爲我們現在有很多是用現行犯的方式來抓通姦，民法第 1052 條與配偶他人合意性交是構成離婚的理由之一，這個是大老婆重要的一個工具，如果刑

事完全都把它取消掉的話，那以後我們如何用現行犯的方式，要求警察機關來提供協助，來查通姦上的證據？剛剛黃教授有提到說不要以刑逼民，但是有可能是沒有這個刑就更沒有後面的民啊！因爲與他人合意性交，這種事情都在房間裡面進行，而且可能洗個澡以後，所有證據都消滅了，這種情形，如果沒有這樣一個刑事在前面作爲蒐集證據的手段的話，我們完全用民事保全證據，那可能等到好幾天好幾年好幾月好幾星期以後，我們才能做到，所以不可能用民事上的保全證據來做請求。請考慮，如果沒有這樣的刑事手段，可能對大老婆的權益也未必是保護周到。當然通姦罪的存在可能不能維繫婚姻，若是從第 1052 條來看，它要毀滅婚姻的話，它還是一個很好的手段，如果說沒有這樣子一個刑事的保護的話，可能根本就查不到相關的證據。

另外就是男女比例失衡的問題，我覺得應該是修刑事訴訟法第 239 條但書的問題，就是告小三跟配偶是一起告，或是一起撤回，這樣的話，比例一定是平等的，這個供各位做參考，謝謝。

主持人尤美女委員：

我們先就這幾個問題先回答，等下再進行第二輪。

詹森林教授：

第一個是林明昕老師的問題，德國民法第 253 條其實是類似我國民法第 227 條之 1。德國民法從前只有依侵權責任才可以請求慰撫金，依契約責任不得請求慰撫金，現在的民法則於第 253 條規定只要法律明文規定，就得請求慰撫金，所以德國現行民法第 253 條與通姦是否可以請求慰撫金，基本上沒有關連。另外，我國民法第 195 條第 3 項

規定的是身分法益，不是人格法益，第 195 條第 3 項規定不法侵害他人基於父母、子女、配偶關係而生之身分法益，準用同條第 1 項，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。所以我國法院認為當配偶之一方有通姦行為時，就是侵害他方配偶基於配偶關係而生之身分法益，並且包括第三人的行為在內。因此我們跟德國的條文幾乎都是一樣的，但我們多了第 195 條第 3 項的條文，這是德國民法所沒有的。德國民法之所以不賦予通姦情況之下的慰撫金，或許是因為他們的觀念使然，或者是他們認為如同我剛才所強調的，夫妻之間的權利義務應該由身分法來做完整的規定，原則上不可以再藉助侵權行為法，所以通姦之配偶不負給付慰撫金責任，與德國民法第 253 條條文的變動應該沒有太大的關係，更不會因為德國修了第 253 條而發生什麼影響，這是第一個回答。

第二，要取得通姦的證明可能因此侵害或影響通姦行為當事人的一些隱私，這似乎是無法避免。這個問題與第三位發問者的問題是相關的，但第三位發問者比較著重於，不這樣又如何取得通姦之證明並拿來作為訴諸離婚之理由？如果我們仍然認同通姦得作為離婚之事由，則原告亦須證明被告有通姦之行為。如果被告否認，則原告應如何證明被告有通姦之行為而請求法院准予判決離婚？就我所知（當然都是看報紙的，或是偶爾看一下判決），原告幾乎都交給微信社蒐集被告通姦的證據。或許當太太有外遇時，先生比較有方法自己跟蹤、尾隨，然後破門而入，而無須藉助微信社；反過來如果先生有外遇，則太太是否自己有能力跟蹤、尾隨，不太知道官曉薇老師有沒有做過實證分析？想像上，似乎比較少見。所以如何維持被害配偶婚姻上的權利，又不太影響有通姦行為的加害配偶及第三人的隱私，這當然是

值得考慮的問題。但是，我個人不當然認為，為了取得通姦之證據一定會不符比例地侵害到通姦行為人之隱私，而應該個案處理。如果個案上被害配偶為取得證據而不符比例地侵害加害配偶及第三人之隱私時，或許我們可以認為這種方式蒐集證據是不應允許的。但是，我相信也有一些其他的情況，被害配偶可以輕易證明加害配偶與他人之間有通姦之行為，這時候難道就因此不讓被害配偶有侵權行為法上的主張嗎？我持保留看法。當然，前提問題依舊為：被害配偶究竟得否享有損害賠償請求權，特別是慰撫金之請求。剛才黃詩淳老師最後也提了，這絕對是個開放的問題。

黃詩淳助理教授：

關於損害賠償的請求是不是在民事實務上的現況會侵害隱私？其實這個問題不只是通姦這個行為存在這樣的問題，事實上在現行第 1052 條的規定底下，想要離婚的話，原則上法院只支持比較無責的那一方的配偶提出來的離婚請求。所以想要離婚的那方必須要拼命地蒐集各種對他方配偶不利的證據，包括通姦的證據，或者是惡意遺棄的證據，或其他重大事由的證據。可能根本的原因並不是通姦本身，而是在我們沒有改採積極破綻主義的離婚的條文之前，恐怕想要離婚的那方，在民事訴訟的實務上都不可避免地必須要舉出一些閨房上面，或說家庭生活上面的一些不和諧，或者他方犯錯的這些證據，才能夠達到離婚的效果，這是根基於現行第 1052 條的問題點。所以，我記得之前不知道是不是尤委員，有提出應該要引進分居制度的主張，我個人當然是非常支持，也就是說如果引進分居制度之後，再配合積極破綻主義，一定時間的不同居，就可以導出離婚的結果，這樣雙方就不需要再拼命地在訴訟上面舉證對方有通姦或是不同居，或虐

待，這些醜事就可以不用一一地曝露在法庭底下，這可能是對雙方比較好的做法。再回應第三位的問題，如果沒有刑事上面的通姦罪的話，是不是就會造成當事人離婚請求上的不便呢？這個問題如果我們可以把離婚改變成破綻主義，然後加上分居制度的話，當然可以得到一定程度的緩解，此時也就不需要通姦罪的存在了。

再來第二個問題是，通姦這樣的行為是不是對日後爭取子女的監護權會有不利的影響？這個因為我沒有做過實證的研究，不敢斷言，但是根據徐慧怡教授跟吳從周教授，之前寫過一篇關於法院實務在如何判斷離婚之後，未成年子女的親權歸屬的時候，他們舉出了十個判斷要素，當中其實並沒有包含一方配偶的不貞行為，就是說即便是不貞的那方，也不致影響未來可不可以取得子女監護權的因素。什麼因素會影響？通常就是譬如比較有親友支持的那一方，可能就比較容易讓法院覺得他是適合之後監護子女的那方，亦或是有家暴的歷史的那方就會被認為是比較不適合監護子女的，至於有通姦行為是否比較不適合監護子女，並沒有在那十個要素當中被突顯出來。

我最後想補充的是日本的做法，其實日本的法院也傾向於認為父母親的道德問題，就是他是不是忠貞，對於婚姻是不是專一，這件事情其實並不影響他跟小孩的關係。因為曾經有過一個訴訟是這樣：爸爸是做婚外性行為的一方，媽媽跟小孩為原告去告爸爸跟第三人，請求侵權行為的損害賠償，就是慰撫金。後來日本的最高法院是肯定了配偶，也就是媽媽的請求，但是他們認為小孩沒有權利向爸爸以及第三人請求，這是因為父親對小孩的愛，並不會因為在外從事了對婚姻不忠的行為而受到影響，我們可以從這個的想法認為，父母親的性自由，其實並不

應該成為監護小孩，或者是能不能適當的照顧小孩的根據。

官曉薇助理教授：

首先回應林明昕老師。在主張通姦除罪的時候我們有平等論和權利論的掙扎，以權利論來講的話，因為性行為自由已經受到大法官釋字第 554 號解釋受到諸多婚姻制度的限制，因此才會往平等論去發展。其實大法官也有在釋字第 554 號解釋裡判斷比例原則，他們說有告訴撤回這些訴訟上面的一些隱私考量，就覺得已經符合比例原則了，所以比例原則這套也行不通。大法官唯一沒有判斷的就是平等原則，所以我現在才會以平等原則來論述。但是，平等原則的危險在於面對一種僅修改訴訟程序的主張，那就是：如果實質平等是因為告訴的不平等撤回造成的，只要把准許僅撤回配偶告訴的刑事訴訟法第 239 條但書拿掉就會有平等處罰。面對修改刑訴 239 條這樣的說法，我的回答會是這樣：這一個邏輯犯了當年國民黨的婦女團體的錯誤，那時婦女團體認為原本僅處罰女性婚外情的刑法，如果平等讓它也處罰男性的時候，最後女性會得利。當時以為外遇比例遠高於女性的男人一定會被刑法 239 條的處罰所處罰而大快人心，沒想到在五十年後的今天，這個表面平等的條文還是處罰了女性。我認為只要這個社會裡面，對於女性的婚外情跟男性的婚外情有截然不同的評價的時候，刑法的處罰就會有所差異，當告訴撤回僅能全部對通姦配偶和相姦人同時撤回時，男性的婚外情就會全部被撤回，而女性的婚外情正好相反。所以丈夫可以選擇要全部撤回或全部告，他一樣選擇不撤回以修理小王，即便會處罰到他的太太；而太太在考量是要全撤或全告時，一樣會為了不讓丈夫受處罰而撤回對小三的告訴。所以說要修改撤回的規定時犯了 1940 年代國民黨婦女團

體的謬誤。只要中間的社會文化沒有改變的時候，通姦罪就仍然會對女性不利。

補充一下關於通姦是否會影響監護權和贍養費的問題。美國許多州的州法院判例會明白表示，不能因為離婚當事人的通姦而影響監護權的判定。這個道德行為與當事人是否適任父母，從子女最佳的利益考量來看，係屬兩回事。贍養費也是一樣，贍養費在美國金額較高的原因是，他們認為離婚以後的生活水準必須與離婚前的生活水準相當。也就是說，你如果在離婚前可以買 Gucci 包的話，法院就會判你仍可以買 Gucci 包的贍養費。贍養費的數目考量是綜合各種因素，主要是當事人經濟狀況，就贍養費也有州法院明白表示，不能用離婚之過失（例如通姦），去判斷贍養費的給予。

提問四：

我要問的是有關於刑法的問題，前一場林教授有提到審查的比例原則，用起來的結果讓我感覺好像是在講說，我用了這個刑罰之後，是不是大家就不會這麼做，或是說被罰的人本身就不會再這麼做，簡單來講就是刑法上刑罰理論的特別預防或消極一般預防。我舉個例子，以竊盜罪來講，是不是因為有了竊盜罪，所以讓我們免於被盜的風險呢？我們是不是因為有了竊盜罪，使得被抓到的那些竊盜的人出獄之後就不做了？在偵訊竊盜的過程之中，是不是也一定很常常的會侵犯到居家隱私，因為家裡的東西被偷了，所以警察進來，你的隱私權也被侵害了。進去牢裡面蹲完出來的人，一般來講，他們在牢裡面學了更多的技術，出來之後反而更會竊盜，這是不是在比例原則上面也沒辦法通過比例原則的審核？還是說我們對於刑法上面的比例原則適用並不是以實際上人們會怎麼做，或者是被處罰那個人之後會怎麼做，而是比較積極的一般預防那樣，是一

個規範的維護，是大家認為這個規範應該要被持續下去，所以我們才處罰他？

提問五：

我補充說明，剛剛談到有關於抓姦、取得子女監護的部分，事實上不是進入法院，通常我們在實務上所看到的是，他們根本不要讓這個紛爭進入法院的一個拮据手段。所以其實通姦罪對受害配偶來講，他們只是在抓姦的過程裏面，就已經非常的勞民傷財了，一旦進入訴訟之後，還要負擔律師的費用以及訴訟所要的花費，所以對他們來講，抓姦是最簡單的一種方式，不要再進入訴訟，我就可以解決我的婚姻問題、或者我的子女監護問題，或者我的財產問題。

提問六：

我是婦女新知基金會的祕書長，現在也是法學院博二的學生。我想舉出一個補充數據，其實在民國 100 年的司法統計年報裡面，我們現在離婚的事由裡，真的用到配偶跟第三人性交離婚的事由，總共在 4,795 件裡面只有 17 件，也就是佔了不到百分之零點零幾的比例，大部分 65% 的事由，都是採取第 1052 條第 2 項的概括事由，夫妻之間有重大事由無法繼續婚姻。所以，如果從實務統計來看，與第三人性交本來就不會是實務上提起離婚訴訟的主要理由。

第二個部分我想問兩個問題，第一個，剛才老師們有提到我們現在用民法第 195 條第 3 項，如果是基於配偶關係的人格重大法益侵害，但這部分我有個疑惑，如果以配偶本身來講，他是自願的跟對方發生性行為，如果今天配偶可以基於他的配偶地位來行使這些重大法益，是不是表示我的配偶其實擁有我的貞操權，或是擁有我人格上的這些法益呢？就算我同意我跟其他人發生性行為，

我的貞操權仍然在我的配偶手上嗎？這樣子貞操權的解釋，我們會不會甚至回到第一場，林鈺雄老師所提醒的，不處罰婚外情，只處罰婚外性，民法上的法益保護也是刑法上的「性器牢籠說」嗎？第二個問題我也想請問，今天如果我們回到整個婚姻的債之相對性來講，甚至說今天我跟你訂下婚姻之約的人，其實是你的配偶而不是那個第三人，在第 1056 條的規定也很清楚，在判決離婚之後只有配偶可以向配偶基於配偶的地位所行使並且請求，那請問第 195 條第 3 項在法院實務上可以向第三者請求慰撫金，甚至是其他的損害賠償的法益基礎到底是什麼？這部分是我的疑問，謝謝。

詹森林教授：

首先，從實務上來看，至少就最高法院及各級法院的裁判而言，民事上，不只處罰所謂的婚外性，也處罰婚外情。最高法院一再強調，可以構成被害配偶請求慰撫金的情形，不限於加害配偶與第三人通姦，配偶一方與第三人通姦固然是常見，但是如果配偶與第三人有通姦以外的親密行為，也是屬於被害配偶得請求慰撫金之情形。所以從民事的角度來看，如果要講懲罰的話，或者顛倒過來，應該說加害人應負責之事由，不只限於婚外性，婚外情也會構成對被害配偶的侵害。接下來，什麼權益被侵害？剛才講到，陳昭如老師曾提到的問題，也是外國曾經討論的問題：相姦之第三人被告時，似乎可以主張：「婚姻是你們夫妻兩個人的事，通姦代表他／她（加害配偶）喜歡我，雖然他／她對你（被害配偶）有承諾，但我（相姦之第三人）又沒有對你為承諾！」可是，請大家注意，在純財產法上，有所謂 *intentional inducement of breach of contract*，惡意挖角就是最簡單的例子。惡意挖角在財產法上並非當然不構成侵權責任。挖角的第三人也可以

主張：「本來是你們兩個人的契約，我又沒有受該契約的拘束。林老師讚啦，我就把他從政大挖到台大，再從台大挖到超大，我就是故意要 *induce him to breach his contract with his original employer*。」但是，民事上，惡意挖角之契約外第三人仍有可能應負財產法上的侵權責任。所以並不當然可以認為，婚姻僅屬夫妻兩個人之義務，第三人沒有參與婚姻，所以不對婚姻負有任何的義務。另外，最高法院還沒有裁判，但我一直在想，如果相姦之人不是明知與其通姦之人是有配偶之人，僅為過失而不知，但為愛所驅，刀山火海還是沈淪下去吧，到底構成或不構成侵權責任？可惜我們還沒有這種案件。

接著，通姦情形之被害法益是什麼？德國法或德國實務所謂反求諸己的意思就是說，被害配偶應該反省，連自己的配偶都顧不了，還能怪什麼呢？而且，如果法院容許被害配偶告第三人，則第三人又可以主張通姦之配偶是共犯，構成共同侵權行為，而向通姦配偶求償一半，從而，被害配偶請求相姦之第三人賠償時，其實也反彈到自己的配偶。婚姻關係應不應該有所謂配偶相互間的性專屬權，至少在婚姻關係之內的是可以檢討的。不過最高法院 55 年台上字第 2053 號判例就特別提到，婚姻不是只有性而已，婚姻是以「夫妻共同生活之圓滿安全及幸福為目的」，所謂「夫妻共同生活圓滿安全及幸福」不限於性，所以配偶之間透過婚姻所產生的法益，不只是性，也包括其他方面的家庭生活幸福美滿。因此，第三人使配偶之一方有婚姻外之性行為時，不管有沒有侵害他方配偶的性專屬權，是不是至少也妨礙他方與配偶透過婚姻所享有之共同生活幸福美滿權利？這就是被害配偶遭受侵害之法益。第 195 條第 3 項規定的不是人格法益，而是身分法益。因此，我們還是可以找到一個被

害的身分法益，而不是人格法益。第三人與配偶一方有通姦之行爲時，或許沒有當然侵害他方配偶的人格法益，但是不是已經侵害他方配偶透過婚姻所取得的身分法益？這是可以討論的。這就是被告所侵犯之原告的法益。

官曉薇助理教授：

我認爲已婚女性還是會有相見恨晚的時候，也有跟已婚男性一樣的一失足成千古恨的可能，但是女性的一失足與男性的失足完全不一樣。目前完全沒有女性站出來說，我因爲被抓姦而失去了小孩監護權，或者說錢和人俱失，什麼都必須要放棄，因爲她們根本被社會忽略和唾棄。我們常覺得這條刑法保護大老婆，可是別忘了也有大老婆因爲這個刑法受難，她躲在黑暗的角落哭泣，社會看不到她們。我在判決裡面看到那麼多大老婆的名字和她們的故事，我真的想問，男人會發生的事情，例如在婚後遇到想要的女人，女人何嘗又不會？女人如何在誓約的三十年後確保自己不會愛上別人？當然女性常說，我才不會如此作賤自己，可是我們要問，爲什麼女性要把這個牢籠加在自己的身上？當已婚女性發現所遇非人，而相見恨晚的那人又出現了，這時被抓姦的人換成是女性，這時刑罰會作用在妻子身上，當老婆被先生抓姦了之後，大老婆會因爲原本在婚姻中的弱勢加上刑罰程序的弱勢，而成爲最弱勢的人。丈夫會在訴訟之前想盡各種方法讓妻子拋棄現有的財產、還有孩子的監護權，結果什麼都沒有，除了刑罰的羞辱之外，還有來自社會的羞辱。過去十年內大概有兩、三千位大老婆她被通姦判刑，可是爲什麼我們沒有去問問她們的感受以及她們的故事呢？

黃詩淳助理教授：

我簡單回應第一個問題，到底通姦跟竊盜可不可以相提並論呢？人的財產權、健康權、生命權或是自由權這種東西，跟婚姻關係這個身分法益可以相提並論嗎？因爲像健康、生命或是財產，它是專屬於權利主體個人，可是婚姻關係卻不是這樣，它是存在於兩個權利主體之間，它的成立與否、它的維繫與否，其實是相當仰賴他們雙方的自由意志，然後他們才會形成一段美滿的關係。剛才說過，法律要保護的權利或是利益？還是這個美滿的關係？詹老師也說了，要保護的是一個經營幸福美滿家庭生活的權利。如果說今天不是通姦，而是配偶其中一人自願放棄這個美滿的狀態，他就是自我自暴自棄，每天不去做一個配偶該做的事情，然後躺在家裡好吃懶做，不去照顧小孩類似這樣的事情，他自願放棄法律要保護的美滿的婚姻的話，是不是我們還有強求他方繼續行使權利、繼續維持這段關係到底？好像沒有必要這樣做。用比擬來講，婚姻關係的當事人如果是自願放棄這樣的權利，而去追求婚外性行爲，或者是離家出走，或是因爲宗教信仰而出家，暫時不想回家照顧小孩類似這樣子，他想要解消婚姻關係的話，其實法律也應該予以尊重才對。所以我不太認爲婚姻關係的保護，或是身分法益，可以跟人格權或是財產權相提並論。舉個比較極端的例子，身分法益不只是存在夫妻之間，也存在父母與子女之間，可是今天我們會說因爲父不父、子不子，就承認另外一方可以請求侵權行爲損害賠償？好像沒有。比方說，子女交了不好的朋友，常常吸毒、好吃懶做，傷害了父母親對子女的期待的時候，父母親難道可以對子女請求侵權行爲的損害賠償、請求慰撫金嗎？所以，是不是夫跟妻的行爲傷害了他方或者是社會對於這段美滿關係的期待

的時候，就應該允許他方請求慰撫金，這是我覺得比較有疑問的地方，至少是不能跟財產權，或是跟人格權的損害來加以並論。

詹森林教授：

容我回應黃老師最後講的這句話。身分法上，父不父、子不子時，父子相互之間不能請求賠償，或許可以承認如此。但是，如果子不子是因為第三人所導致，父或母可不可以告第三人？我舉很簡單的例子，如果我帶壞你的小孩，你可不可以告我？當然不可以嗎？剛才黃老師提到一個日本的案子，小孩因父親與第三人通姦而起訴告父親請求賠償，日本法院駁回小孩的請求。但是該判決的理由我覺得很牽強。日本法院認為父親對小孩的愛不會因為父親有外遇而受影響，所以小孩不可以告父親。怎麼會沒有影響呢？父母因有外遇而不在家裡，對小孩當然有負面影響。所以不管日本最高裁判所的結論值不值得贊成，我覺得其理由太過牽強。

主持人尤美女委員：

這裡有一個嚴肅的問題，剛剛黃教授提到了一點，通姦罪如果我們要把它除罪，配套其實是要跟離婚的破綻主義在一起的，這裡面就會牽涉到，回到民法雖然可以離婚，但是通姦要怎樣去證明？在證明的過程、在訴訟的過程裡面，一定要提出相當的證據，這種私密的行為要怎麼樣提出證據，它絕對會去侵害到隱私，所以它是一個兩難。唯一能夠解決的，其實就是讓婚姻回到所謂的破綻主義，將分居跟破綻一起處理，大家好聚好散，不再去問到底誰對誰錯。這裡很重要的，破綻主義最重要的是處理離婚的效果，關於子女的監護權，其實法律已經規定了，剩餘財產分配法律也都規定了，另外就是贍養費，剛剛也提到在外國判贍養費，不是在判誰對誰錯，而是讓因離婚而弱勢一方離婚

以後的生活，能夠跟婚姻中的生活保持一樣的水準。這裡當然就會又牽涉到，也有可能過錯的一方是比較窮的，比較有錢的那方其實是沒過失的，當你不談論過失的時候，因為對方外遇而離婚，最後還要去養對方，是否公平？所以我是覺得這裡面還有很多的問題要去探討。

另外剛剛再提到的，到底侵害什麼樣的法益可以去請求所謂的慰撫金？在民法第195條第3項講的是配偶關係的身分法益，但是我會覺得是不是剛剛提到的「婚姻關係應受尊重的權利」更妥適。我覺得這樣子可能比較能解釋：兩個人結婚了，我們婚姻關係本來就應該被尊重，結果被破壞，破壞者是你跟小三，你和小三是共犯，應負連帶責任，所以他們兩個必須要連帶負擔損害賠償的責任，我會覺得從這個角度看較有說服力。這部分第195條是沒有規範到，我想能不能解釋是一種婚姻關係應受尊重的權利。

另外我想請教的是，其實德國不作為義務的請求權，就是你不能夠侵門踏戶，今天通姦罪拿掉，你把人直接帶到我家，還睡到主臥室來，因為有民衆跟我陳情這塊，所以這裡我會覺得有一個不作為的義務，原配應有排除的權利。

詹森林教授：

可以用民法第18條，畢竟第767條限於所有人。順便回答昭如的問題，我認為縱然被害配偶不是系爭共同居住房屋之所有人，反而通姦配偶才是房屋所有人時，被害配偶仍享有排除通姦配偶帶外遇對象回家的權利。同樣地，如果夫妻二人都不是共同居住房屋的所有人，而是租來的，但是夫把外面的女人帶進來，這時妻就沒辦法引用民法第767條，但是依據第18第1項應該是可以的。被害配偶剛好是共同居住房屋之所有

人時，可以借助第 767 條：但是被害配偶如果不是所有人，我認為同樣地不能讓加害配偶把外面的男人或女人帶進來，例如夫妻共同居住的房子是租來的。（林明昕老師：那民法第 962 條占有呢？）占有被妨害者這條也是可以，可是你用第 18 條是多麼神聖的一個條文，用第 18 條第 1 項，不要用第 962 條！那是基於物的財產上利益而去排除他人干涉。（林鈺雄老師：是可忍，孰不可忍！）對啊！不能忍受的不是你占用我的房間，不是財產法益被侵害，而是人格法益被侵害，所以用第 18 條應該是比較恰當的。德國沒有我們的第 18 條，我們的第 18 條是從瑞士來的。

主持人尤美女委員：

再來就是，裡面有提到對於徵信的費用可不可以請求的問題，當然這裡徵信會牽涉到妨礙秘密，所以這變成是非法的、會去侵害到隱私，這樣的費用可以去請求嗎？甚至說是你的侵權行為所造成的財產上損害？當然目前實務上是不認可，就是不能請求。這裡變成雞生蛋，蛋生雞的問題，我為了要蒐集證據所以非去找徵信社不可，因此侵害隱私成爲必要的惡。所以通姦除罪化如果能夠跟破綻主義、分居主義一起討論的話，似乎較能根本解決問題，否則的話，這裡其實是一個災難糾葛。

詹森林教授：

還是有一個問題，將來您要立法的時候，當然要決定應該不應該給被害配偶慰撫金請求權？以及如果決定要給，則應不應該有限制？要不要限於尚未離婚始得請求？或離婚後始得請求？要不要限制只能對第三人請求？或只能對有通姦行為之他方配偶請求？這些大概都在立法政策上至少可以考慮的，但是要不要明文化？或是經過考慮之後，在立法上應該認爲，以目前情況，明文化並不適宜，還是讓諸實務因應發展比較妥當。以上問題，大概是將來您拍板定案時應該考慮的。（尤委員：「那你的建議呢？」）我的建議是，我通常不太希望立法者立太多條文，或是太死、太細膩的條文，否則學說與實務就比較沒有發展空間。

主持人尤美女委員：

那我們今天這場就到此結束，非常謝謝三位引言人！

第二場座談會紀錄整理：蔡尚育、唐玉盈