

## 通姦罪被宣告違憲後，如果另一半外遇該怎麼辦？

文:王琮儀 (認證法律人) · 家庭·父母子女 · 2022-12-23

### 案例

2020年5月，司法院大法官做出了釋字第791號解釋，認為刑法第239條通姦罪的規定過度侵犯隱私與性自主決定權，不符比例原則；刑事訴訟法第239條可以單獨對通姦的其中一方撤回告訴的規定，違反平等原則，所以跟通姦罪有關的這兩個條文，都被宣告違憲而失效<sup>[1]</sup>。

而在通姦罪被宣告違憲之後，最受矚目的問題是，在婚姻中遭到另一半背叛的人，應該怎麼辦呢？

### 註腳

[\[1\]](#) 參考[司法院釋字第791號解釋](#)理由書，第31段、第32段。

### 本文

#### 一、成立通姦罪，沒有想像中容易

##### (一) 刑法與民法，標準大不同

##### 1. 刑法通姦罪的成立要件

在過去的法院實務中，其實構成通姦罪<sup>[1]</sup>的條件非常嚴格，限定在男女性器官接合的情況<sup>[2]</sup>。縱使是符合目前刑法的「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。

舉例來說，外遇配偶單純與第三者傳送帶有性要約的簡訊、用交友軟體在網路視訊中談論性事、一起洗鴛鴦浴，甚至是口交或肛交這類符合刑法「性交」定義的行為，都不會成立通姦罪。

##### 2. 民法侵害配偶權的成立要件

相較於刑法對於通姦的判斷非常嚴格，民法上對於侵害「配偶權<sup>[4]</sup>」的要件就相對寬鬆，即使沒有性交（包含通姦），舉凡擁抱、牽手、親吻、一起洗澡、蓋棉被聊心事等行為，綜合判斷之後，認為外遇配偶與第三者之間有逾越一般朋友的交往關係，都可能被判定為侵害配偶權<sup>[5]</sup>，要負損害賠償的責任。

## （二）被害配偶的舉證難題

在民事訴訟裡面，舉證通常是最重要，也最困難的事情<sup>[6]</sup>。所以也有一些想法是覺得，如果通姦行為由刑法處罰，就會由檢察官、警察蒐集犯罪證據，有檢警介入偵查，就會有發動搜索、扣押的權限，蒐證相對比較容易<sup>[7]</sup>。

### 1. 開啟刑事偵查之前，仍然需要由被害配偶舉證

然而，在檢警介入之前，被害配偶其實還是有蒐集、提出證據的必要，也可能因為要尋求徵信業者的服務，而花費大量的金錢。雖然理論上，國家機關必須要承擔偵查犯罪的任務，由檢察官跟警察協力偵查犯罪。但是，偵查程序開啟的前提是「有犯罪嫌疑<sup>[8]</sup>」。如果被害配偶只是跟檢察官、警察說明自己的配偶有外遇，但沒有舉出相當的證據提出告訴，也沒有辦法讓檢警相信真的有外遇的情形、進一步開啟偵查程序。

### 2. 民事舉證相對較容易

所以，不只是民事訴訟中被害配偶要負舉證責任，就算藉由提起刑事通姦罪告訴，配偶也必須提出相當的證據。而要確實取得刑事通姦行為的證據，在實務上有相當的難度（除非當場抓姦、或者取得沾有雙方體液的保險套，甚至是確認外遇配偶與第三者有生子女）；相對來說，要證明民法上有侵害配偶權的事實則相對容易<sup>[9]</sup>。

二、被害配偶可以爭取的權益有哪些？（見圖1）

## 配偶外遇，我該怎麼辦？



刑事：已不再有通姦罪

2020/5/29 大法官釋字第 791 號解釋



民事：侵害配偶權，要負損害賠償的責任

對象 外遇配偶、第三者

賠償內容 ①損害賠償 ②精神慰撫金

發現配偶外遇 !!

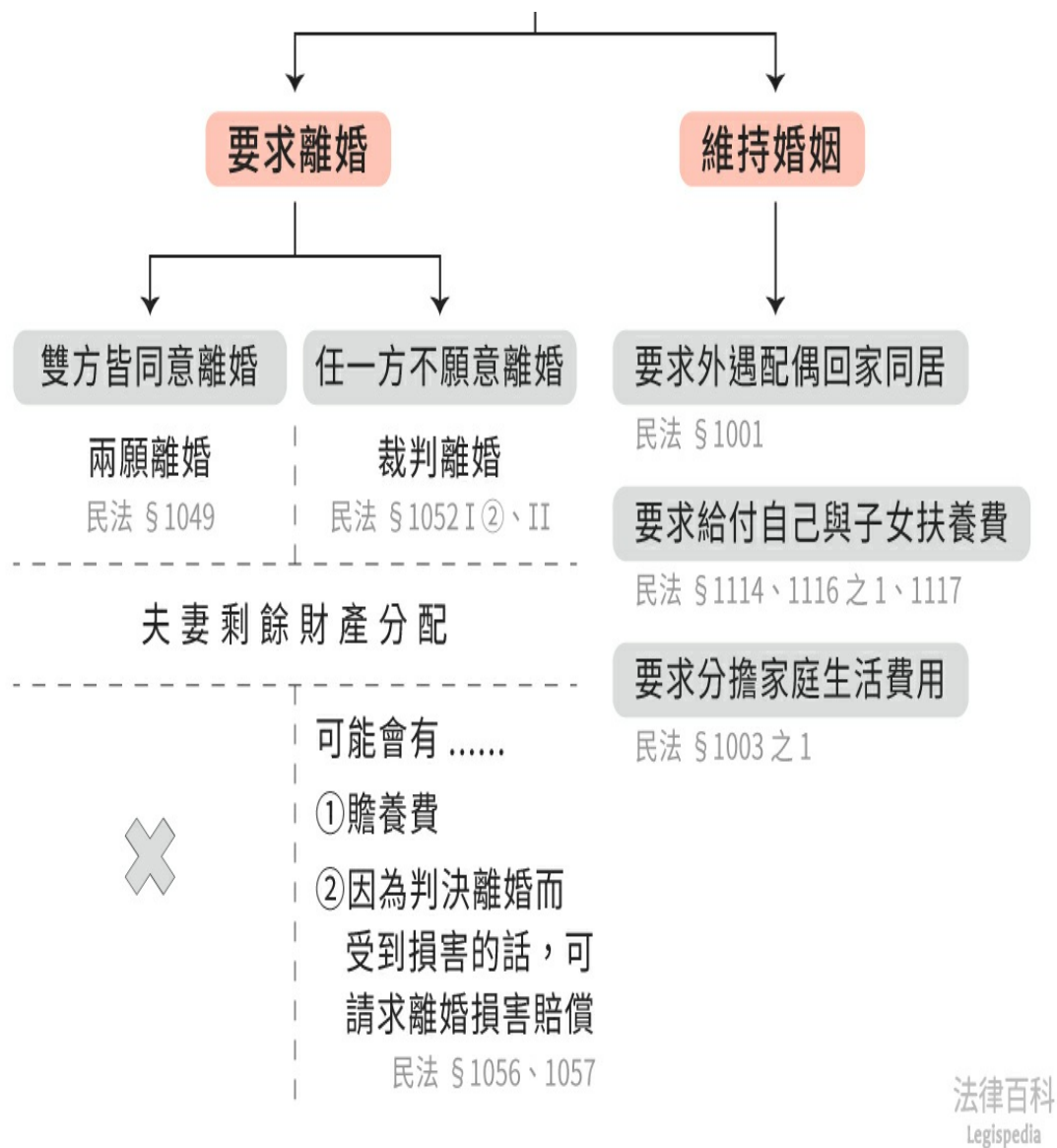


圖1 配偶外遇，我該怎麼辦？

資料來源：王琮儀 / 繪圖：Yen

前面的分析，主要是在說明被害配偶主張通姦罪的困難度，本段要說明的，則是被害配偶可以主張的民事請求權。

#### (一) 侵權行為損害賠償

被害配偶可以向外遇配偶跟第三者請求因為配偶權被侵害，而產生的損害賠償與精神慰撫金<sup>[10]</sup>。

#### (二) 被害配偶決定要離婚的情形

如果被害配偶真的覺得無法維持婚姻，可以採取以下方式，爭取自己法律上應有的權利：

##### 1. 兩願離婚或訴請裁判離婚

在外遇配偶同意的情況下，兩人可以協議離婚<sup>[11]</sup>；如果外遇配偶不願意離婚，被害配偶也可以主張對方的外遇行為符合民法的法定離婚事由，向法院請求裁判離婚<sup>[12]</sup>。

## 2. 主張因為離婚而產生的費用請求權

無論是協議離婚或判決離婚，只要兩人沒有特別約定夫妻財產的制度，離婚就會有剩餘財產分配請求權可以主張<sup>[13]</sup>。如果是判決離婚，依據個案情形可能還有贍養費和離婚損害賠償等可以請求：被害配偶如果因為判決離婚生活陷入困難，可以請求贍養費<sup>[14]</sup>；因為判決離婚而受到損害的話，則可以請求離婚的損害賠償<sup>[15]</sup>。

### （三）被害配偶想要維繫婚姻的情形

如果被害配偶考量家庭、經濟、情感等各種因素而想要維持婚姻，在他方外遇、偶爾回家一次的情況，可以請求外遇配偶履行同居義務<sup>[16]</sup>。

如果是處於經濟弱勢而難以生活的被害配偶，則可以依情形請求給付自己與子女的扶養費<sup>[17]</sup>。

最後，若外遇配偶沒有給付足夠金錢供家用時，被害配偶也可以請求分擔家庭生活費用<sup>[18]</sup>。

## 三、結語

通姦罪被宣告違憲後，許多人也許會擔心，刑法不再保障婚姻了，怎麼辦？然而，法律上依然有其他的規定，能夠幫助遭到另一半背叛的人爭取權利。用刑罰規定也許可以維繫形式上的婚姻關係，但過程中可能會產生更大的傷害<sup>[19]</sup>，也不一定能讓失去感情基礎的人重新建立感情基礎<sup>[20]</sup>。隨著時代變遷，法律如何保障婚姻制度，是值得我們深思的問題。

### 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] 配偶權是一個實務上所承認的概念，認為婚姻雙方有對彼此誠實的義務，對婚姻享有不受破壞的權利。例如[最高法院55年台上字第2053號民事判例](#)裁判要旨：「婚姻係以夫妻之共同生活為其目的，配偶應互相協力保持其共同生活之圓滿安全及幸福，而夫妻互守誠實，係為確保其共同生活之圓滿安全及幸福之必要條件，故應解為配偶因婚姻契約而互負誠實之義務，配偶之一方行為不誠實，破壞共同生活之圓滿安全及幸福者，即為違反因婚姻契約之義務而侵害他方之權利。」
- [5] 例如[臺灣高等法院108年度上易字第1156號民事判決](#)：「是侵害配偶關係所生身分法益之行為，自不以通姦行為為限，倘夫妻任一方與他人間存有逾越朋友交遊等一般社交行為之不正常往來，甚而肌膚之親，其行為已逾社會一般通念所能容忍之範圍，已達破壞婚姻共同生活之圓滿安全及幸福之程度，即足當之。」
- [6] [民事訴訟法第277條](#)：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」
- [7] 對被害人而言，還可能進一步在刑事訴訟程序當中提起附帶民事訴訟，規定在[刑事訴訟法第九編 附帶民事訴訟](#)。
- [8] [刑事訴訟法第228條](#)第1項：「檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查。」
- [9] [最高法院106年度台上字第2560號民事裁定](#)：「雖無法證明有上訴人所指之通姦行為，惟其等要約做愛及相互撫摸性器官，已逾越成年男女正常往來之分際，侵害上訴人基於配偶關係之身分法益，情節重大。」
- [10] 在實務上，可能的請求權基礎包含以下條文（參考[臺灣高等法院108年度上易字第1259號民事判決](#)、[臺灣高等法院109年度上易字第202號民事判決](#)、[臺灣高等法院109年度上易字第8號民事判決](#)）：  
[民法第184條](#)第1項前段：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」  
[民法第185條](#)：「  
I 數人共同不法侵害他人之權利者，連帶負損害賠償責任。不能知其中孰為加害人者亦同。  
II 造意人及幫助人，視為共同行為人。」  
[民法第195條](#)第1項：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」  
[民法第195條](#)第3項：「前二項規定，於不法侵害他人基於父、母、子、女或配偶關係之身分法益而情節重大者，準用之。」  
[臺灣高等法院108年度上易字第1156號民事判決](#)：「慰撫金之酌給標準與財產上損害之計算不同，然非不可斟酌雙方身分資力與加害程度，及其他各種情形核定相當之數額。又民法第195條第1項所謂之『相當金額』，應以實際加害情形及被害人之身分、地位、與加害人經濟狀況等關係定之。」
- [11] [民法第1049條](#)：「夫妻兩願離婚者，得自行離婚。」
- [12] [民法第1052條](#)第1項第2款、第2項：「  
I 夫妻之一方，有下列情形之一者，他方得向法院請求離婚：……二、與配偶以外之人合意性交。  
II 有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚。但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。」
- [13] [民法第1030條之1](#)：「  
I 法定財產制關係消滅時，夫或妻現存之婚後財產，扣除婚姻關係存續所負債務後，如有剩餘，其雙方剩餘財產之差額，應平均分配。但下列財產不在此限：  
一、因繼承或其他無償取得之財產。  
二、慰撫金。」

II 依前項規定，平均分配顯失公平者，法院得調整或免除其分配額。

III 第一項請求權，不得讓與或繼承。但已依契約承諾，或已起訴者，不在此限。

IV 第一項剩餘財產差額之分配請求權，自請求權人知有剩餘財產之差額時起，二年間不行使而消滅。自法定財產制關係消滅時起，逾五年者，亦同。」

[\[14\]民法第1057條](#)：「夫妻無過失之一方，因判決離婚而陷於生活困難者，他方縱無過失，亦應給與相當之贍養費。」

[\[15\]民法第1056條](#)：「

I 夫妻之一方，因判決離婚而受有損害者，得向有過失之他方，請求賠償。

II 前項情形，雖非財產上之損害，受害人亦得請求賠償相當之金額。但以受害人無過失者為限。

III 前項請求權，不得讓與或繼承。但已依契約承諾或已起訴者，不在此限。」

[\[16\]民法第1001條](#)：「夫妻互負同居之義務。但有不能同居之正當理由者，不在此限。」

[\[17\]民法第1114條](#)：「

左列親屬，互負扶養之義務：

一、直系血親相互間。

二、夫妻之一方與他方之父母同居者，其相互間。

三、兄弟姊妹相互間。

四、家長家屬相互間。」

[民法第1116條之1](#)：「夫妻互負扶養之義務，其負扶養義務之順序與直系血親卑親屬同，其受扶養權利之順序與直系血親尊親屬同。」

[民法第1117條](#)：「

I 受扶養權利者，以不能維持生活而無謀生能力者為限。

II 前項無謀生能力之限制，於直系血親尊親屬，不適用之。」

[\[18\]民法第1003條之1](#)第1項：「家庭生活費用，除法律或契約另有約定外，由夫妻各依其經濟能力、家事勞動或其他情事分擔之。」

[\[19\]參考司法院釋字第791號解釋](#)理由書，第32段。

[\[20\]參考黃榮堅（1999）](#)，〈論通姦罪的除罪化〉，《刑罰的極限》，頁16-17。

## 延伸閱讀

蘇國欽（2020），《[什麼是性交？什麼是猥褻？什麼是性騷擾？](#)》。

雷皓明、張學昌（2020），《[贍養費金額可以要多少？](#)》。

梁維珊（2018），《[協議離婚應該注意的事項](#)》。

## 標籤

► [通姦罪](#)，[配偶權](#)，[婚姻](#)，[外遇](#)，[離婚](#)