

專題研究報告

論配偶一方與第三人合意性交之 侵權行為責任

國立成功大學法律學系四年級
蔡嘉宸

一、研究動機:

今年適逢系上第一次與台南地院合作，使學生能有機會暑假時有一個月的時間待在法院實習。而學生選擇的是民事庭，民事庭部分委由盧亨龍法官指導。過程中盧法官跟我們分享了不少其對法律問題的見解，其中包含了法官自己為何從原先贊成配偶權轉至否定的想法(詳見臺灣臺南地方法院 112 年度訴字第 221 號民事判決)。相反地，學生則是傾向支持配偶一方得向出軌一方請

求損害賠償，故於實習中得讓學生了解不同觀點，及反思自己對配偶權的認識。而在實習結束後，經過一個月的沉澱，最終仍是決定嘗試將實習中盧法官分享的見解與自身思考作融併，從而撰寫本次研究報告。

二、研究目的:

釋字第 791 號解釋宣告通姦罪違憲後，現今針對配偶之一方與第三人合意性交僅餘民事求償一途。然而配偶權在適用侵權行為責任上一直容有爭議，特別是實務上對於配偶權的概念十分模稜兩可，從而連請求權基礎亦多有含糊。尤其在臺灣臺北地方法院 109 年度訴字第 2122 號民事判決公布後，曾一度激起社會不小的波瀾，當然否定配偶權的判決並非從無出現，只是以往尚有通姦罪搭配，方較缺乏社會關注。而請求出軌的損害賠償在實務上雖然常見，不過實務見解向來穩定而少有齟齬，但細究論證理由實有待商榷。尤其此一問題在幾件否定配偶權的判決出現後更為凸顯，故本文擬重新爬梳配偶權與忠誠義務、侵權行為之關聯，嘗試描繪出其完整樣貌。

三、研究方法與過程:

- (一) 本文首先彙整實務目前對於配偶權的見解，並以臺灣臺南地方法院 112 年度訴字第 221 號民事判決，及臺灣臺北地方法院 109 年度訴字第 2122 號民事判決，對照目前實務見解，逐列爭點以作為本文思考方向，復參考學說文獻，行塑自身體系及觀點。亦是在過程中反覆琢磨問題意識並進行釐清，最後寫出本篇雛形，幾經調整，以求論理上的完整及說服性。
- (二) 論述上擬先分析婚姻的定性及配偶間的權利義務後，確立婚姻關係中實有忠誠義務的存在，並論述此等義務與婚姻美滿、出軌一方性自主權的衝突。接著探討忠誠義務與配偶權的關聯，和適用第 184 條第 1 項前段及後段、第 195 條第 3 項等爭議，並帶出第三人與出軌之配偶成立共同侵權行為之問題後，寫下本文見解及展望。

四、研究結果與問題討論:

(一) 婚姻:

1. 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¹。因此有論者認為所謂婚姻實則包含婚姻契約及婚姻關係在內²，申言之，係指配偶雙方為經營共同生活之目的，並使雙方人格得以實現及發展，成立具有親密性及排他性之結合關係³。亦有論者比

¹ 參照釋字第 748 號解釋及釋字第 791 號解釋。

² 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，2021 年 10 月，頁 62。

³ 參照 112 年憲判字第 4 號第 30 段。

較釋字 554 號至第 748 號解釋的轉變，認婚姻已從早期社會制度轉變成當事人間的契約關係⁴。

2. 綜上所述，應可認婚姻具有身分契約之性質，則婚姻契約中當事人間的權利義務究係為何即成重點。由於婚姻與公序良俗有密切關聯，故法律對於婚姻關係規定之內容，不許當事人加以變更⁵。惟婚姻關係並非全無契約自由，由於民法未規定之相關婚姻關係內容，原則上仍許雙方合意約定。如家庭生活費用分擔之約定、約定夫妻財產⁶。而觀民法中有明文者，其權利應有日常家務代理權（第 1003 條）；義務部分則包含同居義務（第 1001 條）及扶養義務（第 1116 條之 1），卻未見有所謂忠誠義務或配偶權之規定，從而成為本文處理的爭議所在。

(二) 忠誠義務的確立：

1. 學說上有認為參照民法第 1052 條第 1 款及第 2 款，重婚及與配偶以外之人合意性交既得做為離婚請求，足見配偶間互負忠誠義務⁷。而早年有認民法第 1001 條的同居義務即包含忠誠義務⁸，比較法上德、法及瑞士民法典對此則有更細膩之規定可供參照⁹。另外從社會制度面觀之，我國婚姻採行單偶制，其主要內容係為維護配偶間親密關係之排他性¹⁰及身分之對等性，亦可見立法者對於婚姻制度喻有忠誠義務的要求。加上早年有刑法第 239 條即所謂通姦罪的處罰，及釋字第 554 號解釋的鞏固，配偶間互負忠誠義務似乎已成定論。惟在釋字第 791 號宣告通姦罪違憲後，配偶間是否不再需要互負忠誠義務即生爭議。學說上有認為本號解釋，只是代表忠誠義務從以往基於父系社會所預立的身分誡命，轉變為出於配偶間自由意志所為之平等承諾¹¹，並非配偶間不再需要互負忠誠義務。然實務則出現否定忠誠義務(或作配偶權)的判決¹²。
2. 而本文認為釋字第 791 號解釋第 30 段既謂：「…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。…」足見釋字第 791 號解釋亦肯認婚姻中忠誠義務

⁴ 李念祖、李劍非、廖崇崑，評釋字第 791 號解釋——從性別身分到平等契約？，月旦法學雜誌 (No.315)，2021 年 8 月，頁 66。

⁵ 同註 2。

⁶ 同註 4，頁 79。

⁷ 同註 2，頁 143。

⁸ 吳岐，中國親屬法原理，1947 年，頁 77。

⁹ 同註 2，頁 145。

¹⁰ 參照高雄高分院 111 上易 321 民事判決。

¹¹ 同註 4，頁 70

¹² 參照臺南地院 112 訴 221、澎湖地院 111 訴 2、臺北地院 109 訴字 2122 等民事判決，惟其得心證之理由不盡相同。

之存在，此乃延續釋字第 554 號解釋的見解。變更部分僅係認通姦罪對於配偶之性自主權限制，於婚姻所承載之社會功能相對化的演進下，未合於比例原則而已，非謂當事人間就私法上的義務關係因此改弦易轍。

(三) 忠誠義務的內容:

1. 既已確立忠誠義務之存在，首先究明者乃忠誠義務的實質內容。而忠誠義務如前所述並非明文於民法典上，其乃實務所創設之概念。最早出現在最高法院 41 年度台上字 278 號判決，其意旨謂：「民法親屬編施行前之所謂夫權，已為現行法所不採，故與有夫之婦通姦者，除應負刑事責任外，固無所謂侵害他人之夫權。按夫對於妻在現行法上並無何種權利可言，他人與其妻通姦，除應負刑事責任外，固無所謂侵害夫之權利，惟依社會一般觀念，如該他人明知為有夫之婦而與之通姦，不得謂非有以違背善良風俗之方法加損害於人之故意，苟夫確因此受有財產上或非財產上之損害，依民法第 184 條第 1 項後段，自仍得請求賠償損害。」依此意旨，最高法院認一方之出軌行為侵害配偶他方的並非「權利」而係「利益」至於何種「利益」則未為詳究。
2. 次者，亦是目前多數實務最常引用¹³之最高法院 55 年度台上字第 2053 號民事判決，其判決有謂：「民法第一百八十四條第一項前段規定，以權利之侵害為侵權行為要件之一，故有謂非侵害既存法律體系所明認之權利，不構成侵權行為。惟同法條後段規定，故意以背於善良風俗之方法加害於他人者，亦同。則侵權行為係指違法以及不當加損害於他人之行為而言，至於侵害係何權利，要非所問。而所謂違法以及不當，不僅限於侵害法律明定之權利，即違反保護個人法益之法規，或廣泛悖反規律社會生活之根本原理的公序良俗者，通姦之足以破壞夫妻間之共同生活，而非法之所許，此從公序良俗之觀點可得斷言，不問所侵害係何權利，對於配偶之他方應構成共同侵權行為，再按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。」
3. 前開最高法院雖明確點出忠誠義務，並認為出軌行為所侵害者係「權利」即目前實務所稱之「配偶權」而言，申言之，係要求配偶間互負誠實義務(或作忠誠義務)為內容之權利。但在適用上卻依民法第 184 條第 1 項後段而非前

¹³ 參照高等法院 112 上易 618、臺中高分院 112 上易字 127、高雄高分院 111 上易 321 號、花蓮高分院 111 重家上 2 等民事判決。

段，應有未妥，蓋究係侵害「權利」又或「利益」仍有未明。再者，將相對的契約上義務與以絕對化，要非合適¹⁴。

4. 而在釋字 791 號解釋中，黃昭元大法官將忠誠義務定性為配偶一方對於他方性器官的排他、獨占使用權¹⁵。不過目前實務認為對配偶權之侵害並不以合意性行為為限，而是端視情節是否重大，就個案侵害程度、損害狀況、被害人之痛苦程度等個別情事，客觀判斷之¹⁶，似可認民事上的忠誠義務之範疇較原先通姦罪為廣。惟本文以為實務無論刑事上或民事上，對忠誠義務皆係指配偶一方對於他方性器官的排他、獨占使用權。之所以看似民事之範疇為廣，僅係民事舉證上無如刑事上所謂確信的程度，故兩者本質實則相同。
5. 對此有實務即指摘此義務無非將配偶物化、隱含為他方之客體的概念¹⁷，惟若就外國心理學研究即指出出軌者其中一項心理需求即是渴望獲得主導權¹⁸。是以如認主張者忠誠義務者係物化他方，然而出軌之一方又何嘗不是在物化第三人，以尋求主導權之滿足。由此可見，主導他方的心理可能是性關係中的正常現象，差別只在於良好的婚姻中雙方找尋到一個平衡點，而在不健全的婚姻關係下，出軌者基於各種因素向外尋求滿足。此項心理需求是否真係出於物化配偶的心態，及基於此心態於現實互動下的狀態皆有待商榷，故本文以為不能僅憑想像上先入為主地非難該心態，尤須從心理、生物及社會學的角度去檢視，是以最多僅能認該心態係動機的一種，而不具法律上評價意義。

(四) 忠誠義務與婚姻美滿:

1. 目前實務判決多數看法，係將夫妻互守忠誠義務與確保婚姻生活之圓滿安全及幸福畫上等號¹⁹。而釋字第 791 號解釋雖認憲法保障人民享有與配偶共同形成與經營其婚姻關係之權利，然婚姻之成立本以雙方感情為基礎，是否能維持和諧、圓滿，實有賴婚姻雙方之努力與承諾；另就民法典雖有婚姻關係之權利義務的規定，但未必有指涉追求婚姻圓滿幸福的意旨，且以該主觀情感作為法律上配偶權的概念，本質上除與法律的客觀特質難以相容外，在憲法法理上亦有國家過度干涉人民自由的疑慮²⁰。再者，忠誠義務並非婚姻圓滿

¹⁴ 王澤鑑，侵權行為法，2015年6月，頁104、105。

¹⁵ 參照釋字第791號解釋，黃昭元大法官之協同意見書第31段。

¹⁶ 參照最高法院112上易字618、臺中高分院111上易487、高雄高分院111上易321等民事判決。

¹⁷ 參照臺北地院109訴字2122民事判決，第五、(三)、4段。

¹⁸ <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3648986/>。最後瀏覽日2023年9月26日。

¹⁹ 參照最高法院55年度台上字第2053號民事判決。

²⁰ 參照台南地院112訴221民事判決，第三、(二)、2、(1)、(2)段。

幸福的擔保手段，重要者係情感上之溝通、互信與承諾²¹。而本文亦認為忠誠義務與婚姻美滿無涉，但並非因此否定忠誠義務，申言之，應係有其他層面的考量。

2. 思考上，本文擬從沒有忠誠義務的情況下進行推敲，之所以不許與婚外第三人性行為，關乎婚生推定制度，倘若婚生推定與真實情況相去甚遠，則架構血親、姻親及禁止近親婚的概念將不具實益，且待至繼承之時又將衍生多少確認親子之訴及婚生否認之訴的訴訟紛爭；再者是本於未成年子女作考量，於被收養的孩子知悉其非養父母所生時，尚且有如此大的心理衝擊²²，則換作獲知此種生世時又將產生何種影響。故從上述例子不難發現忠誠義務所涉及的層面不僅是配偶間的關係，更連動至子女，乃至於家庭的建構與社會的互動。申言之，忠誠義務係架構婚姻至家庭制度的橋樑。而觀釋字第 712 號解釋²³有謂：「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障。家庭制度植基於人格自由，具有繁衍、教育、經濟、文化等多重功能，乃提供個人於社會生活之必要支持，並為社會形成與發展之基礎。」亦足見之。
3. 另釋字第 791 號解釋雖謂「婚姻所承載之社會功能相對化」然應僅係針對釋字第 554 號解釋提及：「…國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，自得制定相關規範，約束夫妻雙方互負忠誠義務。性行為自由…依憲法第二十二條規定，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障。是性行為之自由，自應受婚姻與家庭制度之制約。」做調整。申言之，是釋字 554 號解釋將確保婚姻制度之存續與圓滿，定調為忠誠義務之社會公益面向，此亦應係受前開實務見解²⁴影響。只是釋字第 791 號解釋認為此僅屬個人感情且主要係私人間權利義務爭議，從而淡化忠誠義務該部分社會公益色彩，但並不代表否定忠誠義務其他社會制度功能。可知**建立忠誠義務之重點在於維繫婚姻背後的家庭制度**，其規範目的並非達成婚姻美滿；復就婚姻美滿一事，本文以為婚姻價值本就應人而異，當事人或因情投意合，或因利益，又或出於種種考量，法律上無必要，也不應該對此預作價值判斷。
4. 附帶一提的是社會上近來多有討論的開放式關係，本文以為如婚姻的配偶間欲以此維繫婚姻，自非法所不許。然此彼非常態之關係本非社會共識之婚姻，甚至兩者本非同一件事，自不可同日而語。可尋思者，是否正因我國過於專注婚姻制度與家庭功能，而忽略社會上存有其他聲音與需求，身分關係

²¹ 同前註 20，第三、(二)、2、(3)段；同前註 17，第五、(三)、9 段。

²² https://adoptinfo.sfaa.gov.tw/life/page/inform_skill。最後瀏覽日：2023 年 10 月 7 日。

²³ 參照釋字第 362 號、第 552 號、第 554 號及第 696 號解釋。

²⁴ 同前註 19。

雖要求嚴謹，但亦應提供新的選項給不同聲音。而不是執拗於婚姻制度與家庭，使得不同聲音被迫只能加入，但加入後又與現行婚姻制度產生扞格；另外論理上亦不是以異化婚姻的本質來解決問題，此等作法無異混淆婚姻與非婚的區際。故架構上或可採二元並立，提供婚姻與非婚兩制度供社會選擇。

(五) 忠誠義務與性自主權之衝突:

1. 在婚姻中基於忠誠義務，而使得配偶間不得自由與第三人合意性交，有實務認為此乃侵害婚姻中一方思想自由、言論自由、性自主決定權²⁵。亦有認為在尊重性自主決定權的建制下，如同時肯認忠誠義務存在，無異使他方配偶得以實施侵害基本權的手段，來保證自身主觀上的美滿完整，不啻係對於性自主決定權的否定，且於手段、目的之間，難以建立正當性聯結²⁶。
2. 惟本文認為契約之成立，除當事人意思表示合致外，亦包括當事人具有受契約拘束之意思。而忠誠義務既為婚姻中之義務，故於當事人締結婚姻時，因雙方意思表示合致並有為拘束之意，從而彼此之性自主權亦因之受到限制。是當事人基於個人人格自主下所為之決定，自對其意思表示負責應屬當然之理。故於配偶一方與他人合意性交，而他方請求損害賠償亦僅是基於其義務違反所生，若言侵害云云應屬無據。

(六) 忠誠義務與配偶權:

1. 在確認忠誠義務之後，其與配偶權之關聯須更進一步分析。目前實務肯定配偶權者大抵認為婚姻中有要求配偶負忠誠義務為內容之權利²⁷。不過亦有判決認在配偶權於指涉婚姻忠誠義務之範疇時，僅係相信他方會信守專一諾言之期待，屬規律社會生活秩序的一般利益，即基於配偶身分關係所生之法益而非權利²⁸；另有學說援引德國比較法之觀點，將配偶權解為一種「婚姻上人格權」著眼於單身者至有配偶者間，因身分上轉變及其配偶間的互動，而使人格內涵產生變化，故認乃屬人格權²⁹。本文則認為**實務所謂配偶權**，僅係請求配偶履行特定義務之權利，而配偶之出軌行為所侵害者要非侵害此等請求權。蓋此等請求權根本無從侵害，並無法作為侵權行為不法侵害之客體。
2. 按民法第 184 條第 1 項前段旨在保護絕對權，其與同項後段所保障之除權利外，亦包含法益即財產上及非財產上法益(身分法益、人格法益)兩類，有所分

²⁵ 同前註 17，第五、(三)、第 10 段。

²⁶ 同前註 20，第三、(二)、2、(3)段。

²⁷ 同前註 19。

²⁸ 參照花蓮高分院 111 重家上字 2 民事判決，第六、(一)、2、(1)段。

²⁹ 劉昭辰，通姦行為侵害「配偶權」？必須負損害賠償責任？——由台中地院兩則判決談起，法令月刊，58 卷 6 期，2007 年 6 月，33-44 頁。

- 際。前開學說雖有認婚姻上人格權的概念，但觀民法第 195 條之立法說明³⁰，應可認立法者就身分法益和人格法益有所區別，分別適用第 1 項和第 3 項。而第 1 項所稱人格權僅包含身體、健康、名譽、自由、信用、隱私及貞操，故婚姻人格權適用上似只能歸入於人格法益的範疇，然身分法益又設於同條第 3 項，故德國比較法的觀點在我國法上會有究應適用第 1 項或第 3 項之爭益，當然是否有將身分法益獨立於人格法益之必要，或有再行討論的空間。
3. 而本文基於配偶間負有忠誠義務的觀點，而認為此義務正是配偶間具有身分法益的來源。蓋一方既對他方負有法律上的義務，則他方應其義務負擔而受有法律上一定程度的利益，此利益即屬於第 184 條第 1 項後段所稱者。申言之，配偶一方之身分法益係來自他方對於忠誠義務之負擔。故於配偶之一方與第三人合意性行為時，因其忠誠義務之違反，致使他方原先享有配偶身分上之利益不復存焉而受有損害，復依第 18 條和第 195 條第 3 項準用同條第 1 項之規定，得向出軌一方請求非財產上損害賠償。
 4. 不過有實務判決³¹指出，第 3 項所稱身分法益，乃是基於一定權利主體之間的關係而存在的法益，係對於其「關係本身」所為的直接剝奪、妨礙其完整性的行為。而非指對於該關係之一方當事人的主觀情感、感受之敵對行為，或該關係之存在的品質而言。並援引立法理由中所舉之例，即未成年子女被人擄略時，係對父母親權客觀上之直接剝奪。並復舉最高法院有認子女之受有角膜撕裂傷，未影響其為子女之身分³²；及當事人受有下半身癱瘓，其配偶、子女之精神上痛苦來自身分關係之感同身受，難謂已造成身分關係之疏離、剝奪³³。由此可見，本項係保護身分法益的客觀存在，而非保護身分關係的內在品質。
 5. 然參照立法理由另一舉例，即配偶之一方被侵犯，他方因之造成精神上之痛苦亦可請求觀之，似可認本項並非單純處理身分關係客觀存在的問題。蓋配偶縱被第三人侵犯，在婚姻關係未消滅前，本不因該侵犯導致配偶關係而消滅，足見即使在身分關係客觀存在時仍有請求空間。惟此一問題在民法債編 88 年修訂前之過程中即生爭議，學說有認為基於個人人格自主的精神，應僅構成對該被強制性交者的人格權侵害³⁴。
 6. 而本文則認為配偶關係所生之法益乃由不同義務群建構而成，因一方對他方

³⁰ <https://mojlaw.moj.gov.tw/LawContentReason.aspx?LSID=f1001351&LawNo=195>。最後連覽日 2023 年 9 月 27 日。

³¹ 同前註 23。

³² 參照最高法院 103 年度台上字第 1989 號民事判決。

³³ 參照最高法院 104 年度台上字第 1364 號民事判決。

³⁴ 葉啓洲，性侵害與被害人近親的身分法益，月旦法學教室，2017 年 10 月，10-11 頁。

負有義務，從而他方享有對此所生之法益，此應係配偶法益之本質。由於出軌行為違反忠誠義務，使他方本享有法律上之利益不復存焉，從而直接剝奪其因此義務所生之配偶法益的完整性，故有第 195 條第 3 項適用。

(七) 忠誠義務與第三人負責：

1. 目前實務大抵認為出軌一方與第三人間成立共同侵權行為³⁵，然而婚姻中的忠誠義務既存於配偶之間，何以要求第三人須為當事人間的義務負責？如否，其責任又為何。有學說認婚姻契約產生兩種義務，一是配偶間「有配偶之人不得與他人為性行為」之契約義務，乃屬配偶間之義務；二是第三人負「不得與他人之配偶為性行為」之義務，然只能依稀窺知第三人須尊重登記婚之公示外觀³⁶。
2. 另外比較法上³⁷，美國多數州、德國、奧地利、法國、英國、澳洲等國家及日本實務，皆否定婚外合意性交之第三者的侵權行為損害賠償責任。理由大抵有三，第一係法律不應介入與人格密切不可分之性自主，第二是搭配離婚破綻主義，第三則係考量外遇訴訟對於當事人間的戕害(如侵害隱私權、婚姻關係惡化更烈等)。
3. 本文則以為解釋上除不宜將忠誠義務絕對化外，第三人亦非對有配偶者負有法律上之義務，而不得與之為合意性行為，故應從第 184 條第 1 項後段的成立要件觀之，即第三人與配偶之一方合意性行為是否屬於背於善良風俗，此乃第三人之所以負擔賠償責任的來源。是否背於善良風俗，除考量社會倫理外，依其功能性解釋，分須審酌自由競爭、組成類群具體化及直接侵害三者³⁸。而婚姻雖於當事人擇偶時不免於多數追求者中出現競爭關係，惟當婚姻關係確立後身分即歸於安定，如若容認此競爭關係持續至婚姻當中，無疑是將此等身分關係當作市場交易的客體，不啻物化配偶，更徒增身分關係之不確定性，此際與身分法上追求安定性之意旨相違背，故身分關係自不適用自由競爭；再者，出軌行為本由配偶一方與第三人等為之，自行成類群化的態樣；復觀兩人合意性行為後，因一方義務之為反而使他方身分法益受有侵害。最後針對社會倫理部分，於通姦罪廢除前，以刑法相繩有配偶者及其出軌之第三人。
4. 通姦罪雖經釋字 791 號解釋宣告違憲，惟不當然社會倫理已能接受有配偶者

³⁵ 同前註 22。

³⁶ 同前註 4，頁 71。

³⁷ 鄧學仁，婚外合意性交之第三者損害賠償責任——評臺灣臺北地方法院 109 年度訴字第 2122 號民事判決，月旦裁判時報 (No. 126)，2022 年 12 月，頁 26。

³⁸ 同前註 14，頁 438、439。

與第三人間發生性行為，詳述見本文第(三)、2段。從而第三人如故意與有配偶者合意性行為，仍有第184條第1項後段之適用，故與該配偶成立共同侵權行為；至於比較法上的考量，由於牽涉離婚等制度的配套措施，如日本為此設下三大較嚴苛之要件³⁹(第一是該夫妻雖曾同居12年，但已經長期分居32年，第二係該夫妻間並無未成年子女，第三則是該離婚並未造成無責的配偶他方陷於精神上、社會上、經濟上極其苛酷的狀態等顯著違反社會正義的特別情事，因此准許來自責配偶之離婚請求。)，及社會文化不同，不當然可比附援引，但應足具參考價值，故本文暫持保留態度。

(八) 結論與展望:

1. 在每個請求違反忠誠義務損害的案件中，其實皆係一段婚姻關係破裂的悲劇。出軌的背後有太多因素或考量，此涉及生物學、心理學乃至社會運行的課題，並非全然為法律所能概括。而法律所要處理者，無非確立婚姻的架構、當中之權利義務，及斟酌兩造個案情況，以尋求公平正義。此類請求損害賠償無非係於當事人違反義務時，一方要求他方為自己於締結婚姻契約時所合致的義務內容負責，理解上難認為自己行為負責係侵害自身的權利。比較法上雖有所謂婚姻人格權的概念或許用以詮釋配偶權尚屬妥適，不過此說又與我國立法者區別人格法益及身分法益之立場迥異。
2. 而實務所稱之配偶權，實則係請求他方履行義務之請求權，然出軌行為並無從侵害此等請求權。故應從身分法益著眼，即此配偶法益正係他方負有忠誠義務而生，適用上以民法第184條第1項後段為請求權基礎。又針對婚姻外的第三人，雖不受當事人間忠誠義務之拘束。之所以要求其負責，係因與有配偶者合意性交乃屬違背善良風俗，並侵害配偶他方之身分法益，故適用上亦應以民法第184條第1項後段，從而兩者成立共同侵權行為，堪屬無疑。
3. 倘當事人認此段婚姻關係無以為繼，最適當之方式當以離婚的方式使婚姻關係消滅，而非以出軌的方式逃避問題。是其既選擇違反自己曾合意之義務，自也須為自己違反義務的行為負起法律上的責任，這毋寧是個人自主的基本要求。立法上也許可思考的是否此等案件的產生，肇因於現行的離婚制度下有諸多不適，誠如對112年憲判字第4號限制唯一有責配偶請求裁判離婚一案之反思；另外可思考非婚法學的引進，將婚姻與非婚制度二元並立，在不變動原有婚姻制度下，使社會具有多元的選擇，亦有可能是一種解套。
4. 最後，真的非常感謝台南地院盧亨龍法官一個月以來的指導，及民事紀錄科陳淑芬科長的照顧，使學生能在實習後撰寫出本文，謹此銘謝！

³⁹ 同前註34，頁28。