最高法院刑事大法庭裁定

110年度台非大字第13號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長
被　　告　周方慰

選任辯護人　謝伊婷律師

上列上訴人因被告妨害家庭案件，本院刑事第一庭裁定提案之法律爭議（本案案號：110年度台非字第13號，提案裁定案號：110年度台非大字第13號），本大法庭裁定如下：

主　文

刑法第239條通（相）姦罪刑之規定，經司法院釋字第791號解釋宣告違憲，應自解釋公布之日起失其效力。本院就最高檢察署檢察總長對被告據以聲請上開解釋之原因案件所提起之非常上訴，應認其屬「犯罪後之法律已廢止其刑罰」，而依刑事訴訟法第302條第4款規定諭知免訴之判決。

理　由

一、本案基礎事實

被告周方慰為有配偶之人，於民國104年8月26日與人通姦，經檢察官起訴由法院依刑法第 239條前段規定判處有配偶而與人通姦罪刑確定。被告以該確定判決所適用之上開刑罰法律有牴觸憲法疑義，向司法院大法官聲請解釋憲法（下稱聲請釋憲），經司法院於109年5月29日作成釋字第791 號解釋，宣告「刑法第239條規定：『有配偶而與人通姦者，處1年以下有期徒刑。其相姦者亦同。』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，本院釋字第 554號解釋應予變更」等旨。最高檢察署檢察總長（下稱檢察總長）以上揭確定判決有適用法則不當之違背法令且於被告不利為由，提

起非常上訴。

二、本案法律爭議

被告因通姦行為經法院判處罪刑確定，對於確定判決所適用之刑罰法律向司法院大法官聲請釋憲，經司法院釋字第 791號解釋宣告刑法第 239條關於通（相）姦罪刑之規定違憲，應自解釋公布日起失效，則就檢察總長對被告據以聲請解釋之原因案件所提起之非常上訴，本院應認其屬「犯罪後之法律已廢止其刑罰」，而依刑事訴訟法第302條第4款規定諭知免訴之判決？抑應認屬「行為不罰」，而依同法第301條第1項規定諭知無罪之判決？

三、本大法庭之見解

㈠、刑事訴訟乃針對被告具體行為，在彈劾主義訴訟制度下，經公（自）訴權之行使，於訴訟條件完備之情況下，由法院為實體之審判，以確認並實現國家刑罰權存否及範圍之程序。案經起訴由法院審判之結果，雖認定被告有被訴之行為，然倘其行為時之法律並無處罰明文，即非犯罪，亦即確認國家對被告之刑罰權自始不存在者，法院應以「行為不罰」為由，依刑事訴訟法第301條第1項規定諭知無罪之判決；倘被告行為時之法律原有處罰明文，但因「犯罪後之法律已廢止其刑罰」者，由於國家刑罰權在被告犯罪後既已被廢止而不再存在，則經由刑事訴訟確定並實現國家刑罰權之程序即無進行之必要，起訴權因此失所依附而歸於消滅，法院自不得為實體之審判，而應依同法第302條第4款規定諭知免訴之判決。是被告被訴行為之所以不受刑事處罰，或係因行為時本無刑事處罰之法律明文，依刑法第 1條前段關於罪刑法定主義即「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限」之規定使然，故而自始不予處罰；或係因行為雖屬犯罪，惟因犯罪後之法律已廢止其刑罰，故而事後不予處罰。兩者從是否科予刑罰之結果而言，固無區別，然其原因事例、判決本旨

及理由依據殊異。

㈡、由立法院制定通過且經總統公布之既存法律，其規範效力之變動或喪失，常例係經立法院修正或廢止相關法律規定並經總統公布而生效，在特例之情況下，則依司法院所公布大法官解釋憲法之意旨定之。司法院大法官解釋憲法而宣告刑事確定判決所依據之刑罰法律違憲，對於聲請人聲請解釋之原因案件，例外具有溯及之效力，聲請人受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由。茲釋字第 791號解釋宣告刑法第 239條通（相）姦罪刑之規定違憲，應自解釋公布日起失效，則被宣告違憲之刑罰法律，等同於經立法院廢止，其對聲請人據以聲請解釋之原因案件具有溯及之效力，而得據為非常救濟之法制理由，無非根源於國家權力（司法權）之作用——廢止刑法第 239條通（相）姦罪刑規定，並使其原則上僅向後發生之效力，例外溯及作用於上開原因案件。至於對聲請人不予論罪科刑而有類同「行為不罰」之結果，僅係該刑罰法律經廢止後之反射狀態而已，並非聲請人行為時之法律原無處罰明文。

㈢、釋字第791號解釋宣告刑法第239條通（相）姦罪刑規定，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，係權衡現時生活價值觀念變遷之時代性所為之利益協調整合，此觀該解釋之理由書說明略以「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」等旨，闡釋風移俗易，法與時轉，社會變遷導致規範調整更易之必要性即明。司法院大法官解釋宣告法律違憲失效，例外對聲請人據以聲請解釋之原因案件賦予溯及效力，目的無非係使該個案可利用現有訴訟程序以為非常救濟，寓有特別獎勵意味，以肯定其對維護憲法之貢獻。故關於刑法通

（相）姦罪刑規定失效之回溯射程，苟能達該個案救濟目的即可，亦即以「犯罪後之法律已廢止其刑罰」為由，使該個案聲請人不受刑罰足矣，從而，應認上開規定失效之回溯射程及於該個案依非常救濟程序為裁判時，以兼顧個案救濟與法之安定性及公平性。倘認刑法通（相）姦罪刑規定之失效，應回溯至個案聲請人原因案件之行為時，甚至推溯至法律制定公布時自始無效，而以「行為不罰」為由，以使個案聲請人不受刑罰，則此不僅與91年12月27日公布而於個案聲請人原因案件行為時仍屬有效之司法院釋字第 554號解釋意旨（即刑法通（相）姦罪刑之規定不違憲）互相牴觸，且與釋字第 791號解釋係鑑於時代演進，馴致性自主權利與婚姻價值觀念改變，乃為規範調節之旨趣不符。況且，相較於僅釋字第 791號解釋之聲請人，始得就其據以聲請之原因案件依該解釋意旨為非常之救濟，惟其他同經法院判處刑法通（相）姦罪刑確定之眾多受刑人，於該解釋公布前未對該刑罰法律合法聲請釋憲者並不與焉之差別而言，若謂釋字第 791號解釋聲請人原因案件之通（相）姦行為不罰，殊非合理，據此可窺悉採「行為不罰」見解之論點，尚不具有規範體系之合理性。

㈣、刑事確定判決經檢察總長提起非常上訴，本院認該判決違背法令，以非常上訴為有理由，依法應予以撤銷，且該確定判決不利於被告而應另行改判時，本係代替原審法院根據原所認定之事實，依其判決時所應適用之法律而為判決。本件被告被訴妨害家庭案件，原論罪科刑確定判決所認定被告為有配偶之人與人通姦之事實，係該當行為時刑法第 239條前段通姦罪構成要件之有責行為而屬犯罪，並非行為不罰，但由於刑法通姦罪刑之規定，嗣經釋字第 791號解釋宣告違憲，應自該解釋公布日起失效，亦即廢止該罪刑規定，且對被告據以聲請解釋之本件原因案件具有溯及至原審法院為判決時

之效力。茲既由本院代替原審法院而為判決，依前揭說明，自應以該原因案件有「犯罪後之法律已廢止其刑罰」之情形，依刑事訴訟法第302條第4款規定諭知免訴之判決。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　8　　月　　25　　日

刑事大法庭審判長法　官　吳　　燦

法　官　郭　毓　洲

法　官　徐　昌　錦

法　官　許　錦　印

法　官　段　景　榕

法　官　李　英　勇

法　官　李　錦　樑

法　官　林　勤　純

法　官　謝　靜　恒

法　官　梁　宏　哲

法　官　蔡　憲　德

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　110　　年　　8　　月　　25　　日