



# 最高法院新聞稿

發稿日期：110年8月25日

發稿單位：書記廳

連絡人：法官兼書記官長 林恆吉

連絡電話：02-23141160#6711 編號：110-刑大09  
0910-027-699

## 最高法院刑事大法庭110年度台非大字第13號

### 刑法通（相）姦罪釋憲非常上訴案件新聞稿

司法院釋字第791號解釋宣告刑法通（相）姦罪刑之規定違憲失效，對於被告據以聲請之原因案件而言，係「犯罪後之法律已廢止其刑罰」？「行為不罰」？

本院刑事大法庭於今日宣示裁定，認為：

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。

#### 壹、本件法律爭議

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？

#### 貳、理由摘要

一、案件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。

- 二、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理理由，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。
- 三、釋字第791號解釋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，而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，係使該個案可利用現有訴訟程序以為非常救濟，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乃為規範調節之旨趣不符。
- 四、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有

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，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。