

最高法院刑事提案裁定

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

下列法律問題，本庭就受理案件經評議後所擬採之法律見解，因本院先前裁判之見解已產生有複數紛歧見解之積極歧異，爰提案予刑事大法庭裁判：

本案提案之法律問題

人民因觸犯刑罰法律，經合法起（自）訴而受法院判處罪刑確定，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義而聲請解釋憲法（司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款參照，下或稱聲請違憲解釋），經司法院大法官宣告其確定終局裁判所適用之刑罰法律違憲，並宣示應自該解釋公布之日起失其效力，則就檢察總長對聲請人據以聲請解釋之原因案件所提起之非常上訴，本院究應認其屬「犯罪後之法律已廢止其刑罰」，而依刑事訴訟法第302條第4款之規定諭知免訴？抑應認屬「行為不罰」，而依同法第301條第1項之規定諭知無罪？

理由

壹、本案基礎事實：

被告為有配偶之人，於民國104年8月26日與人通姦，經合法起訴由法院論以刑法第239條前段之有配偶而與人通姦罪，並處有期徒刑確定。被告以該確定判決所適用上開刑罰法律有牴觸憲法疑義，於109年5月21日向司法院聲請解釋憲法，經司法院大法官於同年月29日為司法院釋字第791號解釋（下稱釋字第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。

貳、本院先前裁判所持之見解

01 一、應諭知免訴說（犯罪後之法律已廢止其刑罰）：

02 (一)、司法院大法官解釋之效力，除解釋文內另有明定者外，應自
03 公布當日起發生效力，亦即司法院大法官解釋原則上係向後
04 生效，故經司法院大法官解釋宣告違憲而失其效力之刑事實
05 體法，即屬「犯罪後之法律已廢止其刑罰」。釋字第 791 號
06 解釋既宣告刑法第 239 條關於通（相）姦罪刑之規定違憲，
07 應自解釋公布之日（即 109 年 5 月 29 日）起失其效力，則上開
08 通（相）姦罪刑之規定，即因此而自該解釋公布之日起發生
09 廢止之效果。又依人民聲請所為法律或命令違憲審查之司法
10 院大法官解釋，例外對聲請人據以聲請解釋之原因案件具有
11 溯及之效力，聲請人受不利確定終局判決者，得依解釋意旨
12 為非常之救濟。故對聲請人（即被告）所據以聲請解釋之原
13 因案件，經檢察總長提起非常上訴時，本院應以「犯罪後之
14 法律已廢止其刑罰」為由，除將有罪之原判決（及第一審判
15 決均）撤銷外，另依刑事訴訟法第 302 條第 4 款之規定，諭知
16 免訴之判決。

17 (二)、本院先前受理與上揭本案基礎事實相同之案件，即 109 年度
18 台非字第 191 號及 110 年度台非字第 3 號判決所持見解，均認
19 有刑事訴訟法第 302 條第 4 款所規定「犯罪後之法律已廢止其
20 刑罰」之情形，而依該規定諭知免訴之判決。

21 二、應諭知無罪說（行為不罰）：

22 (一)、司法院大法官解釋之效力，原則上係向後產生，然對聲請人
23 據以聲請解釋之原因案件，例外具有溯及之效力，其受不利
24 確定終局判決者，得依解釋意旨作為聲請再審或非常上訴之
25 理由。釋字第 791 號解釋既宣告刑法第 239 條關於通（相）姦
26 罪刑之規定，應自該解釋公布之日起失其效力，則上開通（
27 相）姦罪刑之規定，對於該解釋聲請人之原因案件而言，即
28 例外溯及於制定公布時自始無效，或至遲於其行為時失效，
29 而非可據以處罰，則該解釋聲請人（即被告）之通（相）姦
30 行為自屬不罰。案經檢察總長提起非常上訴，本院除應將原
31 判決（及第一審判決均）撤銷外，另以該聲請人（即被告）

之通（相）姦行為不罰為由，依刑事訴訟法第301條第1項規定諭知無罪之判決。

(二)、本院先前受理與上揭本案基礎事實相同之案件，即110年度台非字第2號及110年度台非字第16號判決所持見解，均認屬「行為不罰」，而依刑事訴訟法第301條第1項規定諭知無罪之判決。另釋字第522號解釋意旨略以：77年1月29日修正公布之證券交易法第177條第3款關於違反主管機關其他依該法所為禁止、停止或限制命令者處以刑罰之規定，違背刑罰明確性原則，而與憲法保障人民權利之意旨不符，自本解釋公布日起，應停止適用等旨，經檢察總長對釋字第522號解釋聲請人據以聲請之原因案件提起非常上訴，本院90年度台非字第158號判決亦採無罪說之見解。

參、本庭擬採應諭知免訴說之法律見解，理由如下：

一、刑事訴訟乃針對被告具體行為，在彈劾主義訴訟制度之下，透過檢察官公訴權或自訴人自訴權之行使，於訴訟條件完備之情況下，透過法院為實體之審判，以確認並實現國家刑罰權存否暨範圍之程序。而行為人被訴之行為之所以不受刑事處罰，有係因行為時本無刑事處罰之法律明文，依刑法第1條前段「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限」之規定，由於其行為時之法律既無處罰明文，即非犯罪，故而自始不予處罰，此乃罪刑法定主義（無法律即無犯罪，無法律即無刑罰）之規制使然；亦有係因行為雖屬犯罪，然由於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。

二、案經起（自）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項規定諭知被告無罪之判決；然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，由於國家刑罰權於其犯罪後既已不

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（自）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款規定為免訴之判決。是以，因「行為不罰」而諭知無罪判決者，係由於國家刑罰權自始即不存在之故；因「犯罪後之法律已廢止其刑罰」而諭知免訴判決者，則係國家刑罰權於發生後，嗣因上開事由方歸於消滅之故，兩者之原因事例有別。至論者或謂「犯罪後之法律已廢止其刑罰」之情形，實係「行為不罰」，而應改列為諭知無罪判決事由云云，既與刑事訴訟法第302條第4款之規定不合，顯係從立法論之觀點而言，尚非解釋論之適議。

三、依人民聲請所為法律或命令違憲審查之司法院大法官解釋，原則上應自解釋公布當日起，向將來發生效力，經解釋宣告與憲法意旨不符之法律或命令，基於法治國家法安定性之考量，原則上自解釋生效日起失其效力，此為司法院大法官解釋之一般效力；惟為賦予聲請人救濟之途徑，該解釋對聲請人據以聲請之原因案件亦有效力，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，則為司法院大法官解釋之特別效力（司法院釋字第177號、第185號、第188號及第592號解釋意旨參照）。具體而言，司法院大法官解釋憲法而宣告刑事確定判決所依據之刑事實體法相關規定違憲，對於聲請人聲請解釋之原因案件，例外具有溯及之效力，其得據為非常救濟之法制理由，根源於國家權力（司法權）之作用——廢止相關刑罰法律，其對聲請人原屬犯罪之行為，得產生不予論罪科刑效果之事由及理論依據，係「（犯罪後之）法律已廢止其刑罰」，使刑罰業經廢止而僅向後發生之效力，溯及作用於聲請人聲請解釋之原因案件，至於對聲請人不予論罪科刑而有類同「行為不罰」之結果，僅係刑罰法律經廢止後之狀態而已。易言之，「廢止（刑罰）」之國家權力作用，始有法效暨其範圍可言，「行為不罰」之狀態，則無若何之作用及法效。

四、釋字第791號解釋宣告刑法第239條關於通（相）姦罪刑之規定，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，應自該解釋公布之日起失其效力，並於上開範圍內，變更司法院釋字第554號解釋意旨，乃係於刑罰法律制定公布並施行相當期間後，權衡生活價值觀念變遷之時代性所為之協調整合。此觀釋字第791號解釋之理由書略以「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特定刑事實體法違憲失效，例外對聲請人據以聲請解釋之原因案件賦予溯及之效力，目的無非係使其個案可利用現有之訴訟程序以為特別之非常救濟，寓有獎勵之意味，以肯定其對維護憲法之貢獻（司法院釋字第725號、第741號及第757號解釋意旨參照）。故被宣告違憲失效之刑事實體法，其規範喪失效力之回溯射程，以能達到個案救濟之目的為已足，亦即於非常救濟程序裁判時，以「犯罪後之法律已廢止其刑罰」為由，使個案聲請人不受刑罰足矣，並兼顧法之安定性與公平性。倘認被宣告違憲刑事實體法之失效，應回溯至個案聲請人原因案件之行為時，甚至追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（即刑法第239條關於通（相）姦罪刑之規定不違憲）互相牴觸，且與釋字第791號解釋係基於時代演進，性自主權利與婚姻價值觀念逐漸改變所為調節規範之旨趣不符。況且鑑於僅釋字第791號解釋之聲請人始得依該解釋意旨，就其據以聲請之原因案件為非常之救濟；至其他適用相同違憲刑事實體法之確定終局裁判案件，其當事人於該違憲解釋公布前，未以同一法律發生有牴觸憲法疑義而合法聲請解釋憲法者，並不與

焉（司法院釋字第 686 號解釋意旨參照，即禁搭便車）之救濟差別，若謂個案聲請人之通（相）姦行為不罰，於茲對照其他在釋字第 791 號解釋公布前，有通（相）姦行為且受有罪判決確定，然並未對於刑法第 239 號之通（相）姦罪刑規定合法聲請違憲解釋之人而言【通例】，釋憲個案聲請人豈非形同法外之徒，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。

五、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（中央法規標準法第 4 條、第 20 條第 2 項及第 22 條第 1 項規定參照），在特例之情況下，則依司法院大法官解釋憲法之意旨定之。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，應自解釋公布日起立即失效，則被宣告違憲之上開通（相）姦罪之刑罰法律，等同於經立法院通過廢止其罪刑規定並經總統公布。釋字第 791 號解釋對聲請人據以聲請解釋之原因案件具有溯及之效力，其受不利確定終局判決者，得依該解釋意旨依法定程序為非常之救濟，係因原確定終局裁判所適用之法律事後業經宣告違憲失效，而等同已廢止其刑罰之故，並非由於其行為本無處罰明文或本不應加以處罰，亦即並非其行為時法律無處罰其行為之前明文規定所致【A 例】。故於釋字第 791 號解釋公布日之前，有該當刑法第 239 條關於通（相）姦罪構成要件之行為，經合法起訴繫屬於法院審理中尚未確定之案件，於上開解釋公布後，法院自應以犯罪後之法律已廢止其刑罰為由，依法諭知免訴之判決（本院 109 年度台上字第 2903 號判決意旨參照）【B 例】。至於自釋字第 791 號解釋公布日起，若有任何人（包括聲請人）為合於原通（相）姦罪構成要件之行為者，基於刑法第 1 條前段關於罪刑法定主義之規定，因其行為時已無法律明文規定其行為係應處以刑罰之犯罪，故該等事例始屬行為不罰而應諭知無罪判決之情形【C 例】。綜合前述【通例】以觀，上揭【A 例】、【B 例】、【C 例】事

例情形不盡相同，推導其法律結論之脈絡自屬有別，略如《附錄》簡表所示。

- 六、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，依其判決時應適用之法律而為判決（本院29年2月22日29年度總會決議及54年台抗字第263號判決前例參照），與前揭本案基礎事實相同之案件，其原論罪科刑之確定判決，因其各該被告聲請對於確定終局裁判所適用之法律（即刑法第239條之通（相）姦罪刑規定）發生有牴觸憲法之疑義而聲請解釋憲法，經司法院大法官為釋字第791號解釋，認刑法第239條關於通（相）姦罪刑之規定違憲，應自該解釋公布之日起失其效力，案經檢察總長執以對該解釋相關聲請人通（相）姦原因案件之確定判決提起非常上訴，倘經本院以非常上訴為有理由而撤銷原判決（及第一審判決）後，案件回復原訴訟程序，而依原審所認定之事實略為：各該聲請人有通（相）姦之行為，且各該聲請人行為時，其行為係符合通（相）姦罪構成要件之有責行為而屬犯罪，並非行為不罰。由於刑法第239條之通（相）姦罪刑規定，嗣經釋字第791號解釋宣告違憲，應自該解釋公布之日起失其效力，亦即廢止刑法關於通（相）姦之罪刑，且對各該聲請人據以聲請解釋之各該原因案件，具有溯及之效力。茲既由本院代替原審法院而為判決，本院於判決時，依前揭說明，自應以案件有「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款之規定，諭知免訴之判決，始稱適法。苟採各該聲請人之通（相）姦行為屬「行為不罰」（亦即行為時法律並無處罰其行為之明文）之見解，而認應依同法第301條第1項規定諭知無罪判決，依前揭說明，似非妥洽。
- 肆、上揭歧異之法律見解，經徵詢其他各庭結果，其中刑事第二庭、第三庭、第四庭、第五庭、第六庭及第九庭之回復意見，均同意本庭所擬採免訴說之法律見解；另刑事第七庭及第

八庭之回復意見，則採無罪說之法律見解而有所不同。本庭經評議後認本件法律問題，經依法徵詢後，既仍有積極歧異存在，爰依法院組織法第 51條之2第1項第2款規定，裁定提案予刑事大法庭裁判。

伍、本庭擬指定庭員蔡憲德法官為刑事大法庭之庭員。

中 華 民 國 110 年 4 月 22 日

刑事第一庭審判長法官郭 毓 洲

法官沈 揚 仁

法官王 敏 慧

法官林 靜 芬

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 4 月 23 日

《附錄》

【通例】	【A例】		【B例】
行為人有通（相）姦行為，於合法起訴後，經法院判決有罪確定。	某甲有通（相）姦行為，於合法起訴後，經法院判決有罪確定。		某乙有通（相）姦行為，經合法起訴繫屬於本院審理中。
未聲請違憲解釋	聲請違憲解釋 對於確定終局裁判所適用之法律（即刑法第239條之通（相）姦罪刑規定）聲請違憲解釋。		
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，等同於廢止上開通（相）姦罪之刑罰，此後通（相）姦之行為不罰，僅係上述刑罰廢止後之狀態。質言之，於該解釋公布前所為之通（相）姦行為，乃「廢罰而免訴」，並非「不罰而無罪」。			
（有罪確定）	上開解釋對某甲據以聲請解釋之原因案件，亦有效力。		本院109年度台上字第2903號判決 （改判免訴）
	免訴說？	無罪說？	
	本院109年度	本院110年度	

(續上頁)

	台非字第191號及110年度台非字第3號判決。	台非字第2號及110年度台非字第16號判決。	
【 C 例】 自釋字第791號解釋公布之日（即109年5月29日）起，此後之通（相）姦行為即不為罪，而屬「行為不罰」，斯乃由於罪刑法定主義之故。			