

最高法院 109 年度台抗大字第 1221 號

鑑定報告書

吳俊毅

國立高雄大學法律學系教授/ 法學院比較刑法研究中心(CrimLaw)主任

壹.問題的提出	2
貳.連續犯的性質	3
一.連續數行為而犯同一之罪名	3
二.數行為間具有連續性	4
三.連續犯的地位	4
參.因新事實或新證據的再審	5
一.概說	5
二.再審目的	6
1.比較法的觀察	6
2.我國的規定	7
肆.對於問題的分析與回答	9
一.比較法的觀察	9
1.實體法的部分	9
2.再審目的的審查	10
二.根據我國法	10
1.實體法的部分	10
2.再審目的的審查	10
伍.對於問題擬答的評論	11
一.甲說	11
二.乙說	11
陸.結論	12

壹.問題的提出

最高法院第六庭因為審判以下案件認為擬採為判決基礎之法律見解，由於最高法院先前裁判對此有歧異，爰提案予刑事大法庭裁判。

本案基礎事實

甲於民國 74 年、75 年間，因連續加重竊盜案件，經原審法院維持第一審法院論處其犯連續毀越安全設備於夜間侵入住宅竊盜罪刑（共 4 次加重竊盜罪【下稱編號 1 至 4 部分】，處有期徒刑 3 年）之判決，駁回檢察官及甲在第二審之上訴，甲不服提起上訴，經本院於 76 年 3 月 26 日以 76 年度台上字第 1660 號判決，認其上訴無理由而予駁回確定。甲就編號 4 部分構成犯罪並不爭執，而僅就編號 1 至 3 部分主張有刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款規定應受無罪判決之再審事由，對原確定判決提出再審聲請。

本案法律問題

甲可否為其利益，僅就連續犯等裁判上一罪之部分犯罪事實，以發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認該部分事實不能證明，而依刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款規定聲請再審？

是否根據新的事實或新的證據開啟再審，按照刑訴法¹第 460 條第 1 項第 6 款，除了證據或者事實的新穎性，還要符合這個規定的再審目的。不論修法前後皆然，不過，這一塊並沒有在修法時獲得關注。根據新的事實或新的證據認為非連續犯而應為行為單數時，是否符合刑訴法第 460 條第 1 項第 6 款的再審目的，最高法院在 70 年度第 7 次刑事庭會議決議(1981 年 6 月 23 日)認為，刑訴法第 460 條第 1 項第 6 款的「輕於原判罪所認罪名之判決者」的再審目的，是指與原判決所認罪名比較，其法定刑較輕之相異罪名。連續犯係「同一罪名之有無加減刑罰之原因，僅足影響科罪範圍而罪質不變，即與『罪名』無關，自不得據以再審。」這個看法一直是主流的看法²，也是擬答乙說(否定說)的理由。

再審是法院對於確定判決的一個再度檢視的除錯機會。藉消除因為程序進行所產生無法補救的極端錯誤，扭轉人民對法院判決正確性的嚴重負面印象，並重新取得人民對於司法公正性的信賴。再審並不是法院三級三審以外的另一個審級(第

¹ 刑訴法 = 刑事訴訟法

² 像是，89 年度台抗字第 108 號、94 年度台抗字第 409 號刑事裁定。

四審)，再審目的的範圍在解釋上的鬆緊拿捏應該特別慎重。本文擬由連續犯在實體法的性質與功能性的探討開始。聚焦在與本案有關的刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款的再審目的範圍的內涵。研究方法上，想從比較法的角度，參考同屬歐陸法系的德國刑法與刑事訴訟法的規定與適用經驗，在我國對問題討論的深度與廣度較為不足的情況下希望能獲得有用的啟發，據此提出理想的論證架構。接著，再根據前述的理論，與兩個擬答(甲說、乙說)的結論與理由進行比較分析，一旦出現意見差異時，直接找出歧見發生的癥結所在並且對此進行評論。最後，個人將提出對於本案問題的答案以及理由。

貳.連續犯的性質

已刪除的刑法第 56 條：「連續數行為而犯同一之罪名者，以一罪論。但得加重其刑至二分之一。」這是連續犯的規定。把本質上行為人實行數個同類的行為，卻不適用同種實質競合的規定，而是視為只實行一次可罰行為構成要件，也就是說，就當作是沒有競合，而擬制為一罪。在競合的體系上，從行為人只有實行同種的可罰行為構成要件這一點來看，連續犯是介於實行一個行為的無競合，以及實行數行為的同種實質競合之間。

一.連續數行為而犯同一之罪名

在連續犯的情形，行為人實行的數個行為，而且可以在時間或者地點上做出區隔，這些行為，按照刑法皆具有可罰性，而且還屬於「同一罪名」。何謂「同一罪名」，司法院大法官會議釋字第 152 號為同一罪名的判斷標準劃出一道分水嶺。在釋字第 152 號作成之前，文獻上，刑法第 56 條的同一罪名指所實現的構成要件係「罪質相同」，至於罪質相不相同是要如何確定，應該比對構成要件的保護法益，比方，因為竊盜罪與強盜罪的保護法益都是財產法益，所以，竊盜罪與強盜罪是刑法第 56 條的同一罪名³。釋字第 152 號認為，刑法第 56 條的同一罪名應為「構成要件相同」，也就是，實行的數個行為所實現的可罰行為構成要件，都是系出相同的基本構成要件，亦即，基本構成要件與其加重、減輕構成要件都屬構成要件相同，像是，普通竊盜罪與加重竊盜罪是同一罪名，但普通竊盜罪與強盜罪、準強盜罪就不是同一罪名⁴。

上述的看法似乎是對於連續犯成立前提的「同一罪名」適用範圍的擴張解釋，因為刑法第 56 條規定「以一罪論」，在基本與加重或減輕構成要件混雜實行的情況，究竟應該論以何者，文獻上認為應該比較法定刑而論以刑罰較重之罪名⁵。

³ 陳樸生，刑事訴訟法實務，8 版，1996 年，頁 332。

⁴ 陳樸生，前揭書，頁 332、黃常仁，刑法總則，2 版，2009 年，頁 307。

⁵ 陳樸生，前揭書，頁 333。

二.數行為間具有連續性

行為人實行數個實現同一罪名的行為，這些行為之間必須具有「連續性」，刑法第 56 條才有適用。連續性的判斷，文獻上多數看法認為，主觀上行為人應有多次(系列性地、重覆地)實行可實現同一罪名行為的意思，並且基於故意⁶。若按照行為人的行為計畫可認，他只是想要化整為零地達成特定的目的⁷，雖然從外觀看來有數個可罰行為，還是當作一個行為事件的過程而評價為只有實現一個可罰行為構成要件(接續犯)。至於行為人主觀上到底有沒有想要一系列地、重複地實行可實現同一罪名的數個行為，在實務上並不容易操作，亦即是難以證明的⁸。所以，刑法第 56 條能否適用，判斷的關鍵還是落在數個實現同一罪名可罰行為，有沒有時間上或空間上的關聯性，也不管被害者是否為同一個人⁹，還是走客觀的觀察角度，判斷關鍵落在客觀事實面向的成分可能還是比較大的。

三.連續犯的地位

刑法第 56 條的連續犯，性質上是同種的實質競合(§ 55 刑法)。只不過，在行為間具有連續性的情形，而由立法者特地挑選出來的、擬制的一罪，也就是，「當成是只有實現一次可罰行為構成要件」的情形。

在法律效果上，首先，在行為人連續實行相同的構成要件該當行為的情形，會直接被認為是該罪的連續犯。按照刑法第 56 條但書，可以宣告較單純一罪的情形高出平均值百分之 50 的刑罰，對此，法官有裁量權。刑法第 56 條但書描述的不是例外的情形，也不是一個強制的條款。

要注意的是，行為人究竟實行了幾個可罰行為構成要件該當的行為，還是要全數確定的。連續犯並不是一個讓國家刑事訴追機關可以就行為數量的全貌含混帶過的藉口，儘管最後就只是論成立一罪，從實體法跟程序法的角度，還是要符合真正的行為數量。

因此，根據刑法第 56 條，一方面，在宣告及決定刑罰時，特別是，自由刑，並

⁶ 認為連續犯僅限於故意犯，陳樸生，前揭書，頁 330。反對的看法，韓忠謨，刑法原理，1992 年 4 月，頁 389。

⁷ 認為，限於侵害同一法益的數行為，且彼此間具有時間空間上的緊密性，像是同時同地；最高法院 93 年台上字第 6697 號、96 年台上字第 88 號判決、101 年台上字第 407 號。

⁸ 黃常仁，前揭書，頁 306。實務上，似乎只有從客觀的面向觀察認為，數行為於同時同地或密切接近之時地實施，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上屬接續犯，像是，最高法院 93 年台上字第 6697 號判決、100 年台上字第 5153 號判決。

⁹ 黃常仁，前揭書，頁 306。

不會有實質競合的一罪一罰的累計加總的效果。另一方面，是否會比單純一罪的情形宣告並執行較高的刑罰，對此，法官有裁量權¹⁰。

此外，在基本與加重或減輕構成要件混雜實行的情況，文獻上認為應該比較法定刑而論以刑罰較重之罪名。刑法第 56 條但書也可以適用。

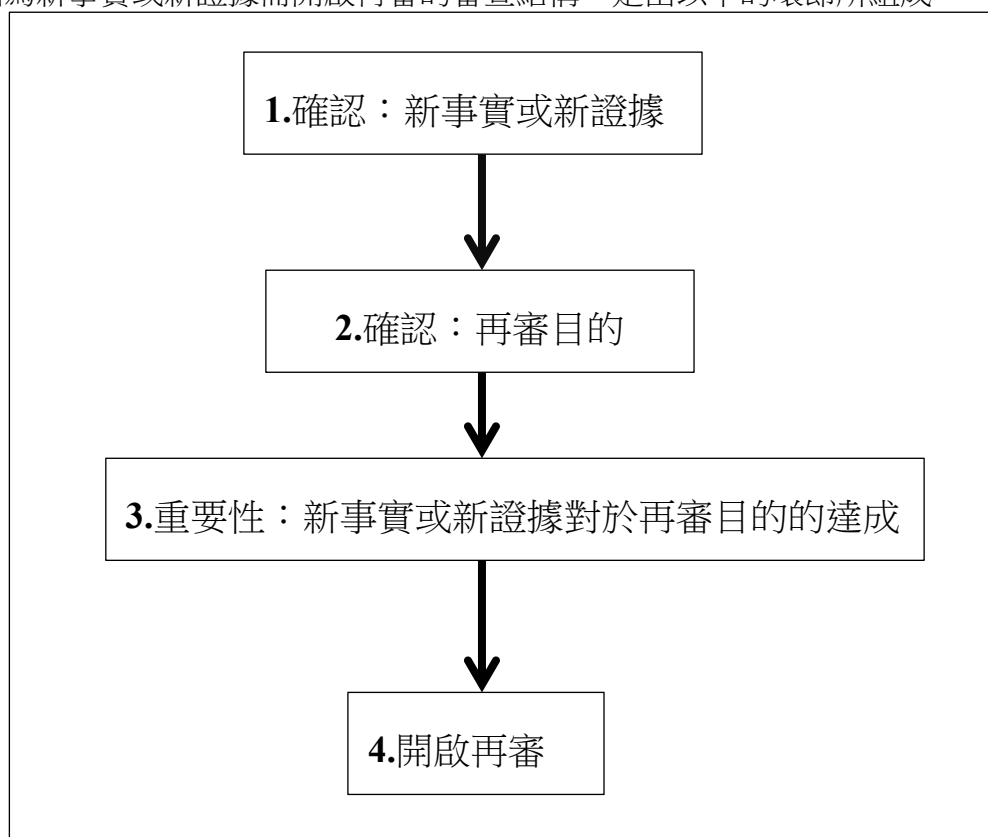
參.因新事實或新證據的再審

一.概說

按照刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款以及同條第 3 項，在適用上，有幾個地方，對我們來說是個亟待探索的領域。

由於這個規定與德刑訴法¹¹第 359 條第 1 項第 5 款在敘述上的相似性，德國學理以及實務為掌握規定的看法，在我們思考相同的問題時，可以提供對於切入點以及解答的啟發。在研究方法上，德國所發展出來的體系性介紹架構，套用在刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款以及同條第 3 項的解析並沒有違和感，相當值得推薦。

是否因為新事實或新證據而開啟再審的審查結構，是由以下的環節所組成¹²。



¹⁰ 甚至認為可以減輕，陳樸生，前揭書，頁 335。

¹¹ 德刑訴法 = 德國刑事訴訟法

¹² 吳俊毅，德國因新事實或新證據的再審 - 兼論鑑定人與再審的關係，收錄於：羅秉成/李榮耕 主編：刑事再審與救濟無辜，2016 年，頁 117 以下。

(圖一) 因為新事實或新證據開啟再審的要件審查結構

在操作上，是否因為新事實或新證據而開啟再審程序，要通過以下的條件所組成的環節的檢驗。如(圖一)所示，在第一關，要有新事實或新證據存在，在這裡，事實或者證據的概念，以及是否是新的(新穎性)等問題是討論的重點。再來，是為被告利益的再審的目的，在這裡，討論上都是聚焦在判決的內容為何。在最後一關，要判斷的是，根據新事實或新證據是否足以達成再審的目的，亦即，新事實或新證據的重要性。通過前面這三道關卡之後，就可以對於是否可因新事實或新證據開啟再審作出肯定的回答¹³。

因為本次研討的問題，理論上主要是涉及到第二個層次的「再審目的」。底下的段落，在理論的鋪陳上，想以「再審目的」作出發並聚焦在分析操作時重要的標準以建構理想的論證架構。

二.再審目的

1.比較法的觀察

我國的再審規定是採取德國的立法例，不但是為有利於被告，而且也可以為不利被告而提起再審¹⁴，也採取開放的再審事由設計。無獨有偶地，也有再審程序的德國，在雙方多年的操作經驗累積下，不約而同地，因為新證據(台灣、德國)，以及新事實(台灣、德國)而開啟再審是所佔比例最高的再審原因¹⁵。因為再審規定與德國的立法例頗為相似，在研究方法上，德國的操作經驗可以對我們在思考相同的問題時，提供切入角度的有用啟發。

在德國，根據新事實或新證據再審的規定，只作為允許為被告利益而提起再審的事由。

根據新事實或新證據的再審，是規定在德國刑事訴訟法典第 359 條第 5 款。

德刑訴法第 359 條第 5 款：「為受判決人的利益，因為判決已生效而終結的程序得再度開啟...

5.當有新事實或新證據，其單獨或連同先前所取得的證據，足以支持被告無罪，或適用更輕的刑法作比較輕的處罰，或者，在宣告保安處分時，作截然不同的決

¹³ 吳俊毅，德國因新事實或新證據的再審 - 兼論鑑定人與再審的關係，收錄於：羅秉成/李榮耕 主編：刑事再審與救濟無辜，2016 年，頁 117 以下。

¹⁴ 陳樸生，前揭書，1993 年，頁 556；林山田，刑事程序法，5 版，2004 年，頁 749 以下。

¹⁵ 林鈺雄，刑事訴訟法(下)，2013 年，頁 432；德國的情況，Beulke/ Swoboda, StPO, 14. Aufl., 2018, Rn. 586; Kühne, StPO, 9. Aufl., 2015, Rn. 1113; Kindhäuser, StPO, 1. Aufl., 2006, § 33, Rn. 19.

定，…」

這個規定描述了有利於被告的再審目的：無罪、或適用更輕的刑法作比較輕的處罰。與本案有關的部分可能涉及的是後者。

適用更輕的刑法作比較輕的處罰是說，應該適用有別於確定判決所認定的罪名及法律效果。所謂「輕」的判斷，是對照不同罪名的法定刑(上限或下限)，看何者是比較低的，或者，比較所描述的可罰性的行為情狀¹⁶。也包含競合的規定，所以，為了改成比較輕的競合規定，或者為了改成行為單數(Tateinheit)(§ 52 德刑法)的規定¹⁷，也就是沒有行為多數(Tatmehrheit)(§§ 53, 54 德刑法)的實質競合，皆可為被告利益而開啟再審。因為在行為多數的情形，會按照所有實行的可罰行為構成要件，以把個別刑罰加重到最高的刑罰方式來決定加總的刑罰(Gesamtstrafe)(§§ 53, 54 德刑法)，相較於行為單數時根據法定刑沒有強制加重所宣告的一個刑罰(§ 52 德刑法)，行為單數的法律效果是比較輕的。

不過，有兩種情況必須要排除。德刑訴法第 363 條：「(1)不得以根據相同的刑法應作成其他的量刑為目的而開啟再審。(2)亦不得以因為減輕責任能力(§ 21 德刑法)應減刑為目的而開啟再審。」首先，被告認為確定判決基於相同罪名在量刑上面應該要輕一點，如果對罪名沒有意見，而是認為判得太重，因為不是主張應對被告宣告無罪，對此，不能算是為被告的利益而允許再審¹⁸，此外，認為確定判決應該按照減輕構成要件的減輕條件或者撤銷加重構成要件的加重條件來決定法律效果，也不得據此開啟再審¹⁹。同樣地，同條第 2 項，因為減輕責任能力而減刑的再審也被禁止，也不得開啟再審。德國實務上²⁰，德刑訴法第 359 條第 1-4 款以及第 6 款也可以僅對有罪判決進行修正(Schuldspruchberichtigung)，縱使目的並不是在追求無罪的判決。德刑訴法第 363 條，相對於德刑訴法第 359 條第 5 款，前者是一般規定，在適用上，後者具有優先性。儘管還是根據相同的刑罰規定，可因為有應宣告較輕的刑罰的新事實或新證據而開啟再審。

2.我國的規定

刑訴法第 420 條：「(1)有罪之判決確定後，有下列情形之一者，為受判決人之利益，得聲請再審：(…)六、因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者。

¹⁶ Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., 2010, § 359, Rn.41.

¹⁷ Temming, HK-StPO, § 359, Rn. 27 ; Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., 2010, § 359, Rn.41.

¹⁸ Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., 2010, § 359, Rn.41.

¹⁹ Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., 2010, § 359, Rn.41.

²⁰ 從 BGHSt 48, 153 ff. 開始。

(...)(3) 第 1 項第 6 款之新事實或新證據，指判決確定前已存在或成立而未及調查斟酌，及判決確定後始存在或成立之事實、證據。」

刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款規定因新事實或新證據而為被告利益的再審的目的：無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決。與本案有關的可能涉及的是第一個與最後一個再審目的。

(1)無罪判決

所謂「為受判決人之利益」是指，如果確定判決是有罪判決，組成這個判決的罪名及法律效果，不應該如此，而是應該適用比較輕的法定刑的罪名，或者不應該再作成一個確定的有罪判決。不過，因為規定沒有列舉，並不包含法律效果只宣告保安處分的確定判決。

根據新的事實或證據，可完全排除受判決人的正犯性，或者符合阻卻違法、阻卻責任或免除刑罰的事由²¹。法院可據此作成無罪的判決。

另外，單一案件，在實體法上，可能是行為單數或想像競合，也可能是行為複數的實質競合(包含舊法的連續犯)。因為是在同一個案件的程序，法院應該對整個案件的結果修正並且作成無罪的判決。

(2)輕於原判決所認罪名的判決

根據新的事實或者新的證據，應該對被告宣告輕於原判決所認罪名的判決。在這個情況，法院不應對被告宣告無罪的判決，還是要宣告有罪的判決，只是在實體法上，係根據比較輕的罪名以及相搭配的法律效果裁量空間，來對被告作成新的有罪判決並且宣告比較輕的刑罰。這個目的包含了兩個要素：應宣告比較輕的罪名以及比較輕的法律效果。

所謂比較輕的罪名，首先，我們應該會直接從行為單數的情況出發，原判決對可罰行為構成要件適用的看法，根據新事實或新證據應該被推翻，並認為應該適用比較輕的可罰行為構成要件。原則上，對於構成要件輕、重差異的看法，必須基於本質上的差異，像是，故意犯與過失犯。至於從基本構成要件衍生的加重或減輕構成要件、刑罰加重或減輕事由，是基於相同的行為事實，因為基礎的行為事實相同而實現相同的基本構成要件，性質上還是相同的罪名²²。

²¹ Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., 2010, § 359, Rn.38.

²² 不過，實務上，比方，刑法第 271 條普通殺人罪與第 272 條殺直系血親尊親屬罪，前者是後者的基本構成要件，後者是刑罰加重事由，被認為是不同的罪名，最高法院 70 年度第 1 次刑事庭會議決議(23.06.1981)；林鈺雄，前揭書，頁 532。

按照新事實或新證據，對於競合規定的基礎事實有不同的看法，比方，在行為單數的想像競合犯(§ 55 刑法)，如果原判決是根據比較重的構成要件，根據新的事實或證據，應該根據比較輕的構成要件，並且改依其法定刑來決定新的、比較輕的刑罰，跟比較輕的刑罰一起看，是比較輕的罪名。在行為多數的情況，原判決認為有行為多數，像是實質競合和舊法的連續犯，根據新事實或新證據，認為僅有行為單數，亦即，因為行為多數變成行為單數導致「罪名由多變少」。按照確定判決，不論是在同種或者異種的實質競合，還是在連續犯，根據新事實或新證據應該認為係行為單數，所實現的可罰行為構成要件應該不脫之前認定的類型，只是罪名的「數量」變少。似乎還是成立相同的罪名，由於法定刑的裁量空間不變，並沒有成立比較輕的罪名。在這個情況，有一個新的行為事實，法院應該據此將原先的行為多數看法推翻並認為只有一個行為，而且僅實現一個可罰行為構成要件。刑法的競合規定，涉及到在判決中對罪與刑的決定，即使認為多次實現相同的罪名，可根據實質競合的規定累計加總處罰，或是根據舊法連續犯的規定可在量刑時加重高過平均值百分之五十的宣告刑。看起來，似乎仍舊是根據先前認定的可罰行為構成要件，也就是，相同的罪名，並沒有出現比較輕的可罰行為構成要件，不過，根據刑法的競合規定，其處罰累計加總的規定，以及在連續犯的操作上根據比較重的可罰行為構成要件且可加重超過均值百分之五十的宣告刑，根據新事實或新證據認為，罪名的數量是減少的，應該要和比較輕的法律效果這個要素一起看，整體觀之，也就不能累計加總刑罰或者可加重超過均值百分之五十的刑罰。最後，應該按照個別可罰行為構成要件的法定刑上、下限來量刑，因為不可能改認其他的可罰行為構成要件，看似字面上是相同的罪名，事實上是罪數變少刑罰也變輕，因實行四個加重竊盜罪而根據連續犯規定論以一罪，對比實行一個加重竊盜罪的行為，整體觀察連續犯的基礎事實，罪數多不會是輕微的情況，罪數少也不會是加重的情況，罪名應該是不一樣的。應肯定有刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款的「輕於原判決所認之『罪名』」的再審目的而允許開啟再審程序。

肆.對於問題的分析與回答

一.比較法的觀察

1.實體法的部分

在本案的情形，甲實行四個夜間侵入住宅並且竊盜的行為，根據德國刑法第 53 條行為多數的實質競合規定，會成立四個加重竊盜罪(§ 243 I 第 1 款 德刑法)，然後據此作出一個加總的處罰(§ 54 德刑法)。所謂的加總的處罰，是指法律效果上，在行為多數的情形，按照「加重處罰原則」(Asperationsprinzip)應該按照全數實現的構成要件都加重到最重的法律效果來決定最後應執行的處罰，藉此對行為人個

人以及個別的可罰行為進行總結的評價²³。不過，個別的刑罰不得超過一個數額，在有期徒刑不得超過 15 年，在罰金刑不得超過 720 天。

2.再審目的的審查

在本案，有新事實或新證據足認被告的前三個加重竊盜罪的部分應該作無罪判決，不過，對第四個加重竊盜罪的部分並不爭執。根據德刑訴法第 359 條第 5 款有兩個再審目的，「無罪」以及「適用更輕的刑法作比較輕的處罰」，就整個判決的內容觀察，原判決是確定有四個加重竊盜行為，是行為複數 (§§ 53, 54 德刑訴法)，按照新的事實或新證據認為被告只有實行一個(第四個)加重竊盜行為，是行為單數 (§ 52 德刑訴法)，整個判決並不是要改為無罪，而是要改為只有一罪，「適用更輕的刑法作比較輕的處罰」有適用的可能。法律效果上，在行為多數的情形，應該按照全數實現的構成要件都加重到最重的法律效果來決定最後應執行的處罰，在行為單數的情形，係按照所實現的構成要件的法定刑的裁量空間決定一個刑罰。在本案，對於判決的結果，是以行為單數或沒有實質競合，來取代原先行為多數或實質競合，搭配上量刑規定的差異，行為單數的情形是沒有加重刑罰的，有符合德刑訴法第 359 條第 5 款的「適用更輕的刑法作比較輕的處罰」的再審目的。可據此對確定判決開啟再審。

二.根據我國法

1.實體法的部分

在本案，行為人實行四個夜間侵入住宅並且竊盜的行為，按照舊刑法的實質競合與連續犯的規定，係實行四個加重竊盜罪 (§ 320 I 第 1 款 刑法)。根據事實，由於這四個行為具有連續性，依照舊刑法第 56 條連續犯的規定，行為人被認為只有實行「一次」加重竊盜罪，而且在量刑時可加重其刑至二分之一。

2.再審目的的審查

在本案，有新事實或新證據足認被告的前三個加重竊盜罪的部分應該作無罪判決，不過，對第四個加重竊盜罪的部分並不爭執。這描述的是，原判決所確定的事實，有部分是不正確的、不存在的，有部分的是正確的、是存在的，整體來說，還是要作有罪的判決。刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款的「輕於原判決所認罪名之判決」可能有適用。在這裡，涉及到的是對於競合規定的不同看法，按照確定判決，認為有四個加重竊盜罪的行為，除了刑法的實質競合規定，因為行為間具有連續性，而按舊刑法第 56 條的連續犯視為只有實現一個加重竊盜罪的可罰行為構成

²³ Wessels/ Beulke/ Satzger, StGB AT, 46. Aufl., 2016, Rn. 1095; Krey/ Esser, Deutsches Strafrecht AT, 6. Aufl., 2016, Rn. 1395.

要件。根據新事實或新證據，被告只有實行一個能實現加重竊盜罪的行為，是真的只有實現一個加重竊盜罪，是沒有競合，所以，實質競合與連續犯的規定皆無法適用，也就不能適用搭配的刑法累計加總或者得加重量刑的規定。這樣罪名數量由多數轉為一個，並且其量刑上屬加重的規則被排除適用，也是為了讓被告受到輕於原判決所認罪名之判決。是否可認為有刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款的再審目的，字面上，儘管罪名不變，因為不可能改認其他的可罰行為構成要件，罪數變少刑罰也變輕了，對此應予肯定。

伍.對於問題擬答的評論

一.甲說

(1)肯定說。應開啟再審。

(2)理由：根據新事實或新證據認為前三個行為不存在、應受無罪判決。與第四個行為切割觀察，根據前三個行為的錯誤部分，認符合刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款的「應受無罪判決」的再審目的。

按照確定判決，甲實行四個行為。根據新事實或新證據，前三個行為並不存在而應受無罪判決，應該跟第四個行為切割觀察，只就前三個行為的部分，認為具有刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款的「應受無罪判決」的再審目的，應允許開啟再審程序。

單一案件，在實體法上，可能是行為單數或想像競合，也可能是行為複數的實質競合(包含舊法的連續犯)。因為是在同一個案件的程序，法院應該對整個案件的結果修正並且作成無罪的判決。在本案，應該就案件標的的行為事實，亦即，四個行為，作整體的觀察，最後還是應該根據第四個行為認為實現一個加重竊盜罪，並作有罪判決。應該基於刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款的「輕於原判決所認之『罪名』」的再審目的。甲說的理由讓人有，想閃過最高法院對於「輕於原判決所認之『罪名』」這個再審目的的多數看法的論證困境(罪名相同)，徒增為甲另闢開啟再審目的途徑的印象。

二.乙說

(1)否定說。不得開啟再審。

(2)理由：根據新事實或新證據認為前三個行為不存在、應受無罪判決。但被告仍因為第四個行為實現加重竊盜罪而具有可罰性，應作有罪判決。是否允許開啟再審，應該審查是否符合刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款的「輕於原判決所認之『罪名』」的再審目的。在本案還是成立一個加重竊盜罪，並且根據相同的科刑範圍，無法認定不同於原判決的罪名。並不符合刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款的再審目的。

乙說是最高法院的主流看法。在本案，有新事實或新證據足認甲的前三個加重竊盜罪的部分應該作無罪判決，不過，對第四個加重竊盜罪的部分並不爭執。這描述的是，原判決所確定的事實，有部分是不正確的、不存在的，有部分是正确的、是存在的，整體來說，還是要作有罪的判決。確定判決對於競合規定的基礎事實有不同看法，亦即，確定判決認為有行為多數(個)，以及「實現多個可罰行為構成要件」、「成立多個罪名」，根據新的事實或新的證據認為只有一個行為，以及「實現一個可罰行為構成要件」、「成立一個罪名」。也就是，實際上「罪名是由多變少的」，解釋上，罪名儘管不變，數量卻是減少的，不應將個別刑罰加重並且累計加總，加上也不成立連續犯，量刑時也不得超過平均值加重到百分之五十。最後，應該按照個別可罰行為構成要件的法定刑上、下限來量刑，因為不可能改認其他的可罰行為構成要件，看似字面上是相同的罪名，事實上是罪數變少刑罰也變輕，因實行四個加重竊盜罪而根據連續犯規定論以一罪，對比實行一個加重竊盜罪的行為，整體觀察連續犯的基礎事實，罪數多不會是輕微的情況，罪數少也不會是加重的情況，罪名應該是不一樣的。應肯定有刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款的「輕於原判決所認之『罪名』」的再審目的而允許開啟再審程序。

陸.結論

1. 對於本案的擬答。個人同意甲說的結論，在論述上，認為應該贊同乙說採刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款：「輕於原判決所認罪名之判決」的再審目的切入方式。從標準看，除了單一行為的「罪質」異同的比較的「質變」觀察，也不能忽略在行為多數改認為行為單數時，因為「罪數」由多變少的「量變」所形成的刑罰減輕的可能性(不以個案實際上是否加重處罰)。
2. 是否開啟再審，有幾個前提必須實現，根據新的事實與新的證據而開啟再審的情形，在本案，主要是涉及到刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款的再審目的是否存在。
3. 根據事實，甲實行四個加重竊盜罪的行為，因為具有主、客觀的連續性，依據舊刑法第 56 條連續犯的規定以一罪論，且得據此加重其刑至二分之一。性質上，連續犯是一個同種的實質競合的情形而在評價上視為是只有實現一個可罰行為構成要件。不過，這個規定卻是在實際操作上遭到扭曲的，像是認為，實際實行的行為數就可以不用詳加追究釐清全數行為的藉口，會堅持同罪名的看法可能多少受此看法的影響。儘管最後就只是論成立一罪，從實體法跟程序法的角度，還是要符合真正的行為數量。根據新的事實或新的證據認為，行為人並沒有實行三個加重竊盜罪的行為，只有實行第四個加重竊盜罪的行為，也就是只有實行一個加重竊盜罪的行為。
4. 對於刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款的再審目的，在討論上似乎多聚焦在行為單數的情形所適用的構成要件是否相同，至於在行為多數的情形，像是多變

少，並沒有詳細的標準提出。大多同意以罪質的異同作為是否實現刑訴法第420條第1項第6款的再審目的的標準，不過，行為數量及其罪數的減少，可否也被刑訴法第420條第1項第6款的再審目的所包含，對此並沒有獲得深入的討論。對照實質競合的規定，在行為多數應成立數罪而應宣告有期徒刑時，應依各刑的最長以上，各刑合併之刑以下定出累計加總的刑罰，但不得超過三十年(§ 51 I 第5款 刑法)。我國的總刑的最大上限是比德國還要高出一倍的²⁴。

5. 確定判決的標的係基於行為多數，根據新的事實或新的證據認為有部分行為不存在，而應該認為行為只有實行一個可罰行為。審查這是否屬於刑訴法第420條第1項第6款的再審目的，因為在相同的程序，法院應該作有罪的判決，在這裡，會落在確定是否有「輕於原判決所認罪名之判決」的再審目的上面。因為罪數由多變少，法律效果上，實質競合的加總刑罰或連續犯的得加重刑罰條款皆無法適用，僅能因為實現一個加重竊盜罪而在法定刑的上、下限裁量空間內決定刑罰，可能就只是達到下限而已，就這一點，應肯定有刑訴法第420條第1項第6款「輕於原判決所認罪名之判決」的再審目的。

²⁴ 請參考本文，肆. 一. 1.。