

最高法院 109 年度台抗大字第 1221 號案件

法律鑑定意見書

謝煜偉

國立臺灣大學法律學院副教授

目次

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none">一、序言二、利益受判決人再審之制度目的與審理對象三、「應受無罪之判決」、「應受輕於原判決所認罪名之判決」於科刑上一罪之適用疑義四、科刑上一罪中得據以聲請再審的對象五、結論 |
|---|

一、序言

受判決人可否為其利益，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？
--

根據本提案裁定之內容可知，本案所涉及的基礎事實為：原確定判決認定受判決人共 4 次加重竊盜犯行（編號 1 至 4 之部分），論以加重竊盜罪之連續犯，而受判決人僅針對編號 1 至 3 的部分主張有有刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款規定應受無罪判決之再審事由，而就編號 4 之部分構成犯罪並不爭執。則爭點在於，受判決人得否以原確定判決中所認定具裁判上一罪關係之部分犯罪事實，作為據以聲請再審之對象。

以下分別從：(1) 刑事訴訟法第 420 條利益受判決人再審制度之目的與再審審理對象、(2) 「應受無罪之判決」、「應受輕於原判決所認罪名之判決」之解釋，以及(3) 科刑上一罪中得據以聲請再審的對象等面向，分別析論我國實務學說之內容，並輔以日本法觀點檢討之，最後提出己見。

二、利益受判決人再審之制度目的與審理對象

過去的刑事再審制度向來被認為是充滿絕望、接近於死亡的救濟途徑。固然在制度設計上被認為是針對確定判決認定事實錯誤（事實誤認）而創設的特殊救濟管道，然而就像是一道存在但「打不開的大門」，由於設定非常高的開啟門檻，使得能夠成功開啟再審程序的比例宛如鳳毛麟角。眾所周知，過去實務見解無非是基於對利益再審制度目的的不當理解，而將新證據限制在「判決當時已存在而未發現」的情形。基於如此的制度理解下，把利益受判決人再審原本在於救濟事實誤認與冤抑的目的混入了以糾正法院審理錯誤或瑕疵之思考¹。

不過，在 2015 年刑事再審制度修正，明確將刑事訴訟法第 420 條之制度目的確立在發現真實並追求具體之公平正義，避免冤獄，以調和法律之安定與真相之發見，不得獨厚法安定性而忘卻正義之追求。此外，立法理由更特別強調人民有受憲法保障依循再審途徑推翻錯誤定罪判決之權利。由此可知，在 2015 年修法之後，擴大受判決人得以救濟事實誤認下錯誤定罪判決的基本方向，是明確且堅定的。由此可知，利益受判決人之再審作為事實誤認的特別救濟制度，其核心目的在於救濟冤案被告，提供法院重新檢視原確定判決是否有誤認事實之情形。

雖然 2015 年修法放寬新事證的進入門檻並且導入新舊證據綜合判斷的方法，然而。關於新事證對原確定判決的影響程度，並未有任何調整，依舊要求新事證的動搖效果達到「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」的程度，才能夠成功開啟再審。條文文字雖然沒有更動，既然再審制度目的已有實質上的調整，則吾等對於上開「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」文字的理解，也應一併做思考上的重新調整，始符合體系性的一貫解釋立場。

本鑑定意見認為，最高法院就利益再審制度的目的在於救濟事實誤認這一點，不但透過這幾年的裁定逐步鞏固，同時也可以發現越來越從「實質角度」認定「事實誤認」與「冤案救濟」的意義。在此，近期最高法院 109 年度台抗字第 812 號裁定清楚地將新事證的動搖對象確定在「原確定判決認定之**事實**」之上，亦即，新事證所要動搖的，不是原判決本身，而是原確定判決所認定之（犯罪）**事實**。這樣的見解無非是基於事實誤認的非常救濟手段而來，而有相當程度的說服力²。

¹ 謝煜偉，掙開刑事再審判例的鎖鏈？／中高院 102 聲再 132 裁定，臺灣法學雜誌，259 期，2014 年 11 月，頁 204-205。

² 「再審係為匡正已確定判決所發生之**事實誤認瑕疵**而設計，屬非常救濟手段，為保障人權以實現正義，與確保法的安定性以維繫人民對裁判之信賴二者間，求其兩全，聲請再審之新事證，自須足以動搖原確定判決認定之**事實**，故刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款、第 3 項明定得據以聲請再審之新事實、新證據，非但內容係未經原確定判決法院調查審酌，尚且須執以與原確定判決已調查審酌之舊證據綜合判斷，從形式上觀察，即具有足以動搖原確定判決事實認定之可能性，二者兼備，始足當之。又是否足以動搖原確定判決之事實認定，必須於尊重原確定判決對原卷存舊事證所為評價之前提下，併就因新事實、新證據加入，對舊證據所造成之影響、修正，綜合考量，依客觀存在之經驗法則、論理法則，而為判斷。」最高法院 109 年度台抗字第 812 號裁定參照。

日本法上通說及實務見解也同樣認為，聲請再審的審理對象並非以形式上的「有罪判決」為單位，而是以原判決所認定的「犯罪事實」作為討論之依據，因此即使只有一個有罪判決中認定數個犯罪事實，其中一部之犯罪發生誤認的情況下，自然得准予開啟再審³。

為了要能夠清楚確認原確定判決認定之事實內容及界線，勢必需要整全性地考慮判決主文、事實及理由，不能僅侷限在判決主文所揭示之罪。尤其是本提案裁定所涉及的科刑上一罪類型，正好是屬於實質上存有數個犯罪事實，但僅在判決主文當中擇一呈現的典型例。若未能清楚考察這一點，將會如提案裁定中所揭示的否定說，僅觀察判決最終於主文上所呈現之罪名，來決定是否准予開啟再審。上開否定說無非是將利益受判決人再審目的從救濟「事實認定錯誤」解為救濟「判決罪名錯誤」，並不可採。相對的，提案庭所採的肯定說，則是認為應從判決理由內敘明不另為無罪諭知之情形，為總括整體性之觀察判斷。提案庭認為，既然速審法第 9 條第 1 項所定「第二審法院維持第一審所為無罪判決」，實務上多採取應整體性之觀察判斷之立場，則應可類比在再審審理時亦應同樣採取整體性觀察判斷。本鑑定意見基本上贊同上述肯定說之立場。不過，需留意刑事再審與速審法兩者間的制度目的並非完全相同，類比上未必能充分化解質疑。

本鑑定意見認為，比較好的參考座標應是最高法院 106 年度台抗字第 842 號裁定。本裁定認為：即使受判決人曾經經過總統特赦，然特赦，係向「將來」（非「過去」）發生效力，且只限於「罪」、「刑」宣告無效。而有罪判決，係以「主文」、「事實」及「理由」3 項構成，特赦效力僅止於就「主文」乙項之罪、刑宣告，有所宣示（無效），而對於該確定判決所認定犯罪的「事實」與「理由」2 項，既無宣告，故於理論上，當是依然存在；特赦非真正等同於「清清白白」的無罪。故准予受特赦之聲請人針對判決所認定犯罪之事實與理由聲請再審。

從此號裁定可以清楚得知，即使罪與刑之宣告皆因特赦而不復存，該確定判決所認定犯罪的「事實」（及「理由」）仍可作為刑事訴訟法第 420 條 1 項 6 款聲請再審的對象。換言之，聲請再審的審理對象，應是原確定判決認定犯罪之「事實」，亦即犯罪事實。

基於應實質界定判決中認定犯罪事實的立場，必須回應接下來的質疑。亦即，此舉是否將會使得審理案件大量超越法院所能負擔的能力？就此，條文規定需要到達「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」，

³ 河上和雄ほか編，大コンメンタール刑事訴訟法，第 10 卷，2 版，2013 年，頁 28，東京：青林書院〔川崎英明執筆〕。固然，再審作為事實誤認的特別救濟制度，審理對象為原確定判決所認定之犯罪事實是否會受到新證據影響而產生動搖，因此，若對於犯罪事實產生合理懷疑，即應開啟再審，就此點而言，實務與學界立場並無歧異。然而，日本實務卻進一步認為，若能在「在公訴事實的同一性範圍內」藉由證據證明力的重組來**重新認定別的犯罪事實**的話，則得以駁回再審聲請。此見解受到了學界猛力的批判，認為此種限制無非是抵觸了雙重危險禁止原則，並且僅以自由證明程序就認定了新的犯罪事實，並非妥適。參見川崎英明，再審請求審の審理対象：姫路郵便局強盗事件・即時抗告審決定[大阪高裁平成 28.3.15]，新・判例解説 watch：速報判例解説，19 号，2016 年 10 月，頁 225-228；中川博之，再審請求事件の審理対象及び決定の在り方について：大阪高等裁判所(第 6 刑事部)平成 28 年 3 月 15 日決定を契機として，刑法雑誌，57 卷 1 号，2017 年 12 月，頁 50-61。

換言之，並非任何犯罪事實的變動就可以導致得以聲請再審的結論，而是應該進一步判斷「犯罪事實」的變動程度，是否會因此導致原判決所形成的「犯罪評價」出現重大的變更，亦即從「有罪科刑」變成「無罪、免訴、免刑或輕罪」之評價。換言之，刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款的審查流程可以明確分為三個階段：「發現新事證單獨或綜合判斷→犯罪事實變動→將造成犯罪評價重大變更」，我們應從犯行的「犯罪事實」的角度觀察有無因新事證之加入而產生犯罪評價重大變更（從有罪科刑變成無罪、免訴、免刑或輕罪）的情況，來決定可否准許聲請再審。

所謂「犯罪事實認定之變動致使犯罪評價重大變更」之意義為何？與本提案有關的爭議在於，科刑上一罪中，若有一部犯罪事實因發現新事證而產生合理懷疑時，就該部犯罪事實之犯罪評價可否該當於「應受無罪」；同屬科刑上一罪的他部犯罪事實，可否該當於「應受輕於原判決所認罪名」，而得以開啟再審？

三、「應受無罪之判決」、「應受輕於原判決所認罪名之判決」於 科刑上一罪之適用疑義

如前述，爭議在於在科刑上一罪中，若有一部犯罪事實因發現新事證而產生合理懷疑時，能否准許開啟再審？開啟再審的範圍為何？本提案裁定僅提示第一個問題，亦即能否准許開啟再審。然本鑑定意見認為，除了要問能否准許開啟再審之外，尚必須思考第二個問題，亦即，若能開啟再審，其開啟再審的範圍為何？是否僅限該部犯罪事實之部分？抑或當然擴及所有犯罪事實？或者應區分不同情形加以討論？

根據本提案裁定所做的整理，現行實務見解針對上開問題，分別有二種不同之立場：

(1) 肯定說

代表裁判為最高法院 83 年度台抗字第 430 號裁定：「按連續犯係裁判上一罪，但實質上則係數罪，必須所起訴之連續行為經審理結果成立犯罪者，始生『以一罪論』之效果，其中如部分行為不成立犯罪，即無連續關係可言，該部分即屬無罪，實務上之慣例僅在理由敘明，不在主文另為無罪之諭知，但不論在主文諭知或在理由敘明，二者同係受無罪判決則無二致。查刑事訴訟法第四百二十條第一項得聲請再審者係有罪之確定判決，而非以確定案件之判決主文為對象，應就全判決意旨予以審酌。本件受判決人就上述(二)(三)項事實，曾受有罪判決確定，既經發見確實之新證據，足認該部分應受無罪之判決，縱因上述第(一)項事實仍應成罪，而第(二)、(三)項部分雖依實務慣例僅應在判決理由內敘明，不另為無罪諭知，然亦係應受無罪之判決，仍屬同法第四百二十條第一項第六款所指應受

無罪判決之情形。原裁定謂無再審之實質意義，似有可議。檢察官抗告意旨，執以指摘原裁定不當，非無理由，爰將原裁定撤銷，由原法院更為適法之裁定。」然本裁定所據以准許再審者為「應受無罪判決之情形」，而非「輕於原判決所認之罪名」，(二)(三)項事實固然可以重新加以審理，然(一)項事實的部分並未有應受無罪判決之情形；況且本裁定亦無進一步認定(一)項事實因(二)(三)項事實的變動而連帶出現「輕於原判決所認之罪名」的情況，故理論上(一)項事實仍應受原確定判決之既判力拘束。不過實務上如何處理，並無法從本裁定當中窺知。就此，提案庭之見解亦採取肯定說之看法，認為基於連續犯係實質上數罪，應從實質角度為整體性之觀察，若部分犯罪事實有應受無罪判決之情形，仍得准許再審。細究提案裁定之文字，其以「編號1至3部分發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認此部分有應受無罪判決之情形，以原確定判決合於刑事訴訟法第420條第1項第6款規定聲請再審。」其意似指僅有前三部分的犯罪事實可開啟再審，編號4的部分既然沒有應改判無罪之情形，仍應受原確定判決既判力效力所及。

關於此點，提案庭之見解與日本通說及最高裁之見解相同。

日本刑事訴訟法第435條第6款有類似我國刑訴法第420條第1項第6款規定的架構。該款規定：「發現明確之新證據而認受有罪判決之人應受無罪或免訴之判決，或有受科刑判決之人應受免刑或輕於原判決所認之罪之判決者」得以為受判決人之利益聲請再審。基本結構與我國法近似，該條文的學說及實務見解可供我國法律適用時之參考。

首先，依本條款文義，聲請再審可以進一步細分為四種類型，分別為：①應判決無罪②應判決免訴③應判決免刑④應判決輕於原判決之罪。其中②③與本件爭點無直接關連，茲予以省略。僅針對應判決無罪以及應判決輕於原判決之罪兩種情形討論之。

首先，就應判決無罪之情形討論。所謂無罪，包括被告不成立犯罪，以及被告無法被證明犯罪兩種情形，而問題在於在此所謂的「犯罪」所指為何？當有罪判決中，部分之犯罪事實因發現新證據而有可能認定為不成立或無法證明之際，究竟能否准許再審之聲請？

就此，日本學說上分為肯否兩種見解，肯定說認為此處的「罪」應以犯罪事實是一個或數個來區分，即使做出一個有罪判決，若其中有數個犯罪事實被認定有罪，而其中一部分發生事實誤認的情況，就「該部分之犯罪事實」應可該當於條文中所謂「應受無罪之判決」之要件⁴，其考慮來自於再審之目的乃提供受判決人救濟事實誤認之弊，因此「罪」之認定範圍應以「實質上的犯罪事實」為計算單位，因此除了數罪的情形當然要個別計算之外，實質上屬數罪的科刑上一罪(裁判上一罪)，其中一部之犯罪事實若有事實誤認，也應准許再審，較能達救濟之

⁴ 高田卓爾ほか編，注解刑事訴訟法(下)，全訂新版，1977年，頁318，東京：青林書院〔高田卓爾執筆〕。

目的⁵。相對的，有基於肯定見解的折衷版本認為，若科刑上一罪中，最重之罪（犯罪事實）發現有無罪之新證據才有必要准許再審⁶。上述這兩種見解的根據皆在於科刑上一罪是實質上數罪，縱然判決主文上僅記載其一，然針對個別的實質上數罪進行事實認定仍屬不可欠缺，若其中事實之認定發現誤認卻不允許聲請再審，並不合理。

就此，日本實務在戰前舊法時代曾有裁判例認為，連續犯中即使有一部分的事實認定有因新證據產生變動，仍然無法該當於「應受輕於原判決所認之罪」之情形⁷。不過由於日本戰前的舊刑訴法再審制度目的並非在於救濟事實誤認的受判決人，而是在於處理確定判決顯著謬誤的事實認定，除非錯誤顯著，否則應維持確定判決的權威與法安定性。因此對於再審要件解釋採取相當嚴格的態度⁸。

不過，學說上一般認為，在戰後刑訴法制度目的出現重大轉換之後，上述大審院的見解，便欠缺判決先例的地位。而一直要到 1998 年，日本最高裁在マルヨ無線強盜殺人放火事件中，針對「想像競合犯」始做出具有判決先例地位的裁定。該裁定針對想像競合犯之部分犯罪有應認為無罪之新證據時，認為得以准許再審⁹。亦即，以該案所涉及的犯罪事實為例，原確定判決認定被告（受判決人）夥同友人共同侵入電器店內殺害二名值班人員（一人死亡，另一名重傷）並奪取財物後將店鋪放火燒毀，犯強盜殺人、強盜殺人未遂、現住建築物放火罪之想像競合犯（從強盜殺人處斷）。而再審聲請並未針對強盜殺人及強盜殺人未遂之部分爭執，僅針對現住建築物放火罪的部分，認為火災發生的真正原因是在辦公室內燃燒中的煤油暖爐在直立狀態下異常燃燒所導致，而非如原判決認定是被告因被告用腳踢翻暖爐任其延燒所導致。就此，日本最高裁在本裁定中明白表示：「原確定判決認定科刑上一罪中，其中一部之罪因發現新證據而有應認無罪之際，即使該罪並非最重之罪，實質上相當於等同在主文中改判無罪，該當刑訴法第 435 條第 6 款之再審事由。」如此，等於是明白拒卻了否定說的想法。

不過接下來的問題是，若准許開始再審，其開啟再審的範圍應如何劃定？沒有爭執的部分是否仍為原確定判決之既判力所及？僅針對發生事實誤認之部分（如放火罪）開始再審？抑或科刑上一罪全部既判力皆被推翻，連同強盜殺人等

⁵ 河上和雄ほか編，大コンメンタール刑事訴訟法，第 10 卷，2 版，2013 年，頁 28，東京：青林書院〔川崎英明執筆〕。

⁶ 佐伯千仞、団藤重光編，総合判例研究叢書：刑事訴訟法（14），1963 年，頁 112，東京：有斐閣〔白井滋夫執筆〕。

⁷ 大決昭和 15 年 2 月 14 日法律新聞 4533 号 5 頁。

⁸ 佐伯千仞、団藤重光編，総合判例研究叢書：刑事訴訟法（14），1963 年，頁 114，東京：有斐閣〔白井滋夫執筆〕。

⁹ 最決平成 10 年 10 月 27 日刑集 52 卷 7 号 363 頁。相關評釋，僅參見山本晶樹，確定判決が科刑上一罪と認定したうちの一部の罪につき無罪とすべき明らかな証拠を新たに発見した場合と刑訴法 435 条 6 号の再審事由—マルヨ無線強盜殺人放火事件(最高裁決定平成 10.10.27)，判例時報，1679 号，1999 年 9 月，頁 246-249；寺崎嘉博，刑事判例研究(35)確定判決が科刑上一罪として処断した一部の罪について無罪とすべき明らかな証拠を新たに発見した場合と刑訴法 435 条 6 号の再審事由、その他(最高裁決定平成 10.10.27)，ジュリスト，1172 号，2000 年 2 月，頁 130-132。

部分皆需重為判斷？最高裁裁定內容沒有直接處理這個問題，且從結論來看，最高裁亦不認為有足以推翻原確定判決所認定之犯罪事實，故未准許開始再審。因此無法窺知對於科刑上一罪之部分准許開始再審後，原確定判決所形成的確定力（既判力）被推翻的範圍為何。但從上開判示理由中僅就該「一部之罪」有改判無罪的字句推測，應僅就可能改判為無罪的部分，受開始再審效力之所及。其餘部分應如何處理，尚有待後續討論。

從制度目的而言，再審作為「犯罪事實」認定錯誤的救濟管道，本鑑定意見支持本提案裁定所持之見解，亦即，刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款所稱「無罪判決」，於裁判上一罪案件，解釋上應併就於判決理由內敘明不另為無罪諭知之情形，為總括整體性之觀察判斷。因此，姑且先不論其他部分的犯罪事實能否開啟再審，至少就有新事證動搖的犯罪事實範圍，應可准許開啟再審，以全救濟事實誤認之目的。至於原判決針對實質上數罪的全部犯罪事實所為之犯罪評價，是否連帶受到其中一部犯罪事實開啟再審的影響，而連帶被推翻？尚必須考慮該部「犯罪事實」的變動程度，是否會因此導致原判決形成的「犯罪評價」出現重大的變更，亦即，同屬科刑上一罪的他部犯罪事實，是否已不足以支撐原判決所為之犯罪評價，而僅能支撐「輕於原判決認定之罪名」？

(2) 否定說

由上述說明可知，本提案裁定中所列之「否定說」，係從判決所形成的罪名角度，判斷有無出現「輕於原判決認定罪名」的情形，嚴格來說，其與「肯定說」並非完全立於對立立場。既然否定說乃嘗試從「輕於原判決認定之罪名」角度，處理他部犯罪事實的法律評價，這麼一來，按照本鑑定意見的脈絡，肯定說與否定說兩者，仍存在著相互調合之空間。

關於是否該當於「輕於原判決認定之罪名」，實務見解一致地認為，刑總加減事由的基礎事實變動不能成為聲請再審的原因¹⁰，例如最高法院 104 年度台抗字第 234 號裁定：「所謂輕於原判決所認罪名，係指與原判決所認罪名比較，其法定刑較輕之相異罪名而言，至刑之加減事由，並不屬於該條第一項第六款所指罪名之範圍。毒品危害防制條例第十七條第一項規定「供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者」，係就同一罪名刑度之減輕或免除，僅關科刑範圍，其罪名

¹⁰ 參見最高法院 70 年第七次刑事庭會議決議：「刑事訴訟法第四百二十條第一項第六款規定，因發見確實之新證據，足認受有罪判決之人，應受輕於原判決所認罪名之判決者，為受判決人之利益，始得聲請再審。條文既曰輕於原判決所認「罪名」，自與輕於原判決所宣告之「罪刑」有別，所謂輕於原判決所認罪名，係指與原判決所認罪名比較，其法定刑較輕之相異罪名而言，例如原認放火罪實係失火罪，原認殺尊親屬罪實係普通殺人罪，原認血親和姦罪實係通姦罪等是。至於同一罪名之有無加減刑罰之原因者，僅足影響科刑範圍而罪質不變，即與「罪名」無關，自不得據以再審。從而自首、未遂犯、累犯、連續犯等刑之加減，並不屬於刑事訴訟法第四百二十條第一項第六款所指罪名之範圍。」進而，後續最高法院也大致上延續決議內容做判斷，例如最高法院 104 年度台抗字第 501 號裁定、最高法院 107 年度台抗字第 81 號裁定：「條文既曰輕於原判決所認「罪名」，自與輕於原判決所宣告之「罪刑」有別，而係指與原判決所認罪名比較，其法定刑較輕之相異罪名而言，至宣告刑之輕重，乃量刑問題，不在本款所謂罪名之內。」

未變，揆之上開說明，自不得據為聲請再審之原因。」綜合上開實務見解，關於「輕於」原判決所認罪名之解釋，我國實務向來採取所謂「法定刑」說，亦即單純的量刑裁量輕重變更，並不包括在罪名變更的範圍內，如最高法院 56 年度台抗字第 102 號裁定所言：「宣告刑之輕重，乃量刑問題，不在本款所謂罪名之內。」

具體而言，關於自首，最高法院 102 年度台抗字第 628 號裁定除了援引上開刑庭決議的內容外，另認為：自首為刑罰減輕之原因，僅足影響科刑範圍而不變其罪質，要與「罪名」無關，抗告人以犯同一罪名之法定減輕刑罰事由，作為其所謂發現確實之新證據而聲請再審，自不符其應受輕於原判決所認「罪名」之判決，顯與刑事訴訟法第四百二十條第一項第六款規定再審要件不合¹¹。

至於連續犯，實務上向來也認為，若僅有部分犯行應改認定為無罪，原確定判決所認定的罪名並無變更，故不能符合刑事訴訟法第四百二十條第一項第六款所指罪名之範圍，不得聲請再審。例如最高法院 89 年度台抗字第 108 號：「連續犯之數個犯罪行為當中，倘有部份犯行經嗣後證明為無罪，惟既不變更原確定判決所論罪名，亦不影響其科刑範圍，自非屬刑事訴訟法第四百二十條第一項第六款所指罪名之範圍，而不得聲請再審。……抗告人所言縱然屬實，仍不能變更原確定判決論處抗告人**連續行使偽造私文書之罪名**，亦不影響判決科刑之範圍，即與刑事訴訟法第四百二十條第一項第六款規定得聲請再審之要件不合。因認本件再審之聲請為無理由，乃以裁定駁回其再審之聲請。經核於法尚無違誤。」又如臺灣高等法院高雄分院 94 年度聲再字第 56 號裁定：「茲綜觀再審聲請狀所載意旨，聲請人僅係就其中冒用會員王○○、洪○○名義冒標之犯行部分，以前揭事由聲請再審，並非就全部連續行使偽造準私文書犯行均聲請再審。是依前揭說明，聲請人所言縱然屬實，仍不能變更原確定判決論處聲請人**連續行使偽造準私文書之罪名**，亦不影響判決科刑之範圍，聲請人所為再審之聲請，即與刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款規定得聲請再審之要件不合¹²。」

不過，上述實務見解所處理者，皆為「其他犯罪事實」仍然可維持連續犯評價的情形，並沒有處理到若其餘的犯罪事實已無其他相連續之行為，僅成立某罪之單次犯而非連續犯時，是否即屬「輕於原判決所認之罪名」等問題。就此，本案在徵詢各庭意見階段，刑事第四庭所採取之見解，正是採取肯定看法。亦即，當連續犯罪名必然會變更為非連續犯（單次犯）時，得以開啟再審。反之，若連續犯罪名並不會因而改變時，則連續犯底下所有的犯罪事實皆無法開啟再審，那怕因發現新事證而使得某部犯罪事實已經明顯可被推翻，結論上仍然是不得開啟再審。

相較於上開刑庭決議不當地將涉及罪質差異的連續犯（以及未遂犯），與自首、累犯並列。國內有學說則清楚地將連續犯與自首、累犯等情形相區隔，認為，

¹¹ 另參照臺灣臺中地方法院 98 年度聲再字第 47 號裁定：「自首僅係同一罪名加減刑罰之原因，與罪名無關。準此，本件聲請人以其施用第一級毒品犯行有自首之酌減其刑之情事，原確定判決未予審酌，顯有未洽為由，向本院聲請再審，與其所涉犯之罪名既屬無關，依前揭說明，聲請人之聲請，並無理由，應予駁回。」

¹² 後經最高法院 94 年度台抗字第 409 號裁定維持。

自首、未遂犯、累犯等刑之加減不屬於「罪名」之變動，而科刑上一罪（裁判上一罪）則以其最重之罪應受較輕罪名之判決者，始得為再審之聲請¹³。

此外，其他有學說認為決議將既遂犯與未遂犯視為同一罪名、單次犯與連續犯視為同一罪名之法理基礎不明，而主張不應過度限縮再審之機會並剝奪被告之權利¹⁴。同時，該學說援引德國學說上的意見，區分「想像競合犯、牽連犯」與「連續犯」之不同，就前者（想像競合與牽連犯），由於從法定刑重者處斷，輕罪只是併予論罪，而非據以科刑之基礎，所以不得僅針對輕罪聲請再審；相對的，就連續犯之部分，若新證據所動搖之部分犯罪事實，不足以讓其他犯罪事實從連續犯變更為單次犯的話，不得據以聲請再審，反之，若新證據所動搖的犯罪事實足以讓其餘的犯罪事實僅能論以單次犯的話，由於原本據以加重其刑至二分之一的基礎失其附麗，則應可以「輕於原判決所認罪名」為理由聲請再審¹⁵。此見解與徵詢意見階段刑事第四庭所採取之見解大致相同。

日本實務對於所謂「應判決輕於原判決之罪」，過去也是採取極為限定的解釋。早在 1950 年代日本最高裁大法庭在解釋「舊刑事訴訟法第 485 條 6 款（應認輕於原判決所認之罪）」時，尊重原裁定採取「法定刑比較說」之立場，亦即比較原判決所認定之犯罪與現認定之犯罪兩者的法定刑輕重，若法定刑輕於原判決所認定之罪，才能符合開啟再審的條件，並不能以影響量刑輕重的犯罪情狀作為比較基準¹⁶。固然本大法庭裁定所處理的對象是舊刑事訴訟法，其再審制度之理念與目的與戰後現行刑事訴訟法並非完全相同，但該大法庭裁定仍舊對於現行刑事訴訟法第 435 條 6 款所謂「認受有受科刑判決之人應受輕於原判決所認之罪之判決」之解釋扮演相當重要的地位。

緊接著，日本最高裁延續先前大法庭判例的見解，針對聲請人主張發現新證據證明行為時存有「心神耗弱狀態」（相當於我國刑法舊第 19 條第 2 項之「精神耗弱」用語），認為仍屬同一犯罪中的量刑變更，故維持原審否定再審聲請之裁定¹⁷。而隔年最高裁再針對同一刑罰法規當中包含買受、販賣、搬運等複數之實行行為態樣的「包括一罪」表示意見；該裁定認為，若原確定判決認定之「犯罪事實」（買受、販賣玄麥）與依新證據所認定的「其他犯罪事實」（無買受販賣而僅有搬運玄麥）兩者皆適用相同法定刑之同一法條時，不能合乎「應受輕於原判決所認之罪」之要件¹⁸。而後日本最高裁於 1967 年針對現行刑事訴訟法採取與上開（針對舊刑事訴訟法之）大法庭判例相同之見解，認為所謂「應受輕於原判決所認之罪」是指其法定刑比原判決認定的犯罪之法定刑更輕之謂，若僅有應科處

¹³ 林永謀，刑事訴訟法釋論，下冊，改訂版，2007 年，頁 240。

¹⁴ 林鈺雄，刑事訴訟法，下冊，8 版，2017 年 9 月，頁 526。

¹⁵ 林鈺雄，發現確實之新證據：實務相關見解之綜合評釋，臺灣本土法學雜誌，15 期，2000 年 10 月，頁 101-102、109。

¹⁶ 最大決昭和 25 年 4 月 21 日刑集 4 卷 4 号 666 頁。就此，我國實務上過去以來採取法定刑輕重比較之立場恐怕也是有受到這一系列日本最高裁見解的影響。

¹⁷ 最決昭和 28 年 10 月 15 日刑集 7 卷 10 号 1921 頁。

¹⁸ 最決昭和 29 年 10 月 19 日刑集 8 卷 10 号 1610 頁。

較原判決所科之刑更輕之情狀，不能該當之¹⁹。就此，可以說正式確立了法定刑比較說的立場。

相較於日本實務上採取較為嚴格解釋的態度，日本學界則有若干不同意見，首先，有見解認為，從現行刑事訴訟法作為保障人權、強化救濟事實誤認的目的而言，文義上將所謂「較輕之罪」限定在「法定刑較輕之罪」是超出文義範圍的限制。即使有為了避免濫行聲請再審的政策考慮，該款項仍然有「新規性」與「明確性」等要件把關。況且，日本並無如德國刑訴法有明文規定責任能力減輕事由之誤認不得聲請再審的條文，從實質角度來思考，如心神耗弱等刑罰減輕事由這種類型上通常會影響到處斷刑範圍的情形卻不允許提起再審，實在不合乎利益再審的制度旨趣。而諸如從正犯／教唆犯改認幫助犯、既遂犯改認未遂犯，這種通常會影響處斷刑範圍的刑罰減輕規定基礎事實誤認，亦應認為屬於「應受輕於原判決所認之罪」。至於原認「數罪併罰」改認「科刑上一罪」的情況，由於同屬類型上通常會影響處斷刑範圍的事實誤認，亦應符合「應受輕於原判決所認之罪」之範圍²⁰。此外，學說上另有見解認為就死刑確定判決中，若出現死刑量刑審酌事由的事實誤認，縱使只是量刑上的事實誤認，亦應從擴大救濟的角度，開啟再審²¹。

該論者進一步耙梳當初制訂舊刑事訴訟法之際作為立法官僚之一的司法省刑事局長林賴三郎所著述之內容，發現在制訂法律之際，對於「較輕之罪」的解釋並沒有如前述大法庭裁定採取單以法定刑輕重比較的立場，而是認為「因誤認有法律上刑之加重減輕為理由之事實而宣告較重之刑的情形，為了使其刑減輕，仍有適用之。然而如以誤認關於刑期裁量之事實為理由認科刑過重時，不應認再審之訴」²²亦即，並未排除對於法律上刑之加重減輕規定的事實誤認（即使適用同一刑罰法規），而僅有排除關於刑度裁量之事實誤認而已。而現行刑事訴訟法第 435 條第 6 款所謂「認受有受科刑判決之人應受輕於原判決所認之罪之判決」用語幾乎完全承繼舊刑事訴訟法之規定，從歷史及體系解釋來看，並沒有道理拘泥於「法定刑輕重比較」的立場，而應有較寬鬆解釋的空間²³。

就此，最近日本的下級審法院已經開始出現若干鬆動的立場。高等裁判所的裁判例認為，既然要比較的是「較輕之罪」而非「較輕之刑」，以法定刑輕重作為判斷罪之輕重固然是一項重要的標準，但仍然可以進一步針對罪與罪之間犯罪類型內容（各構成要件要素如基本行為及結果等）的比較，來認定輕重²⁴。具體

¹⁹ 最決昭和 42 年 10 月 31 日裁判集刑 164 号 1049 頁。

²⁰ 河上和雄ほか編，大コンメンタル刑事訴訟法，第 10 卷，2 版，2013 年，頁 32-33，東京：青林書院〔川崎英明執筆〕。

²¹ 大出良知，刑事訴訟法 435 条 6 号の「原判決において認めた罪より軽い罪」の意義，現代法学：東京經濟大学現代法学会誌，26 号，2014 年 2 月，頁 39。

²² 林賴三郎之著述內容，轉引自大出良知，刑事訴訟法 435 条 6 号の「原判決において認めた罪より軽い罪」の意義，現代法学：東京經濟大学現代法学会誌，26 号，2014 年 2 月，頁 43。

²³ 大出良知，刑事訴訟法 435 条 6 号の「原判決において認めた罪より軽い罪」の意義，現代法学：東京經濟大学現代法学会誌，26 号，2014 年 2 月，頁 43-46。

²⁴ 広島高裁岡山支決平成 28 年 1 月 6 日判時 2304 号 138 頁。

而言，該裁定認為縱然強盜致死罪與強盜殺人罪的法定刑皆相同，然而考慮兩罪之間，前者是加重結果犯，後者是故意犯，兩者違法性存有較大的差異，可謂相異的犯罪類型。而若當死亡結果未發生時，前者僅會成為強盜致傷或強盜，但後者卻會論以強盜殺人未遂，兩種在處斷刑上差異更為明顯。再者，在具體比較刑度的分布情況可以發現，強盜致死罪量刑原則上並不會選科死刑，但強盜殺人罪的話，量處死刑的機會大增。是以，從再審目的在於救濟確定判決事實誤認的角度來說，從強盜殺人罪變更為強盜致死罪，應可認為是「較原判決認定更輕之罪」。

透過上述日本法相關見解變遷的考察可知，縱使實務上過去以來採取法定刑輕重比較的立場，然而，這種解釋方式不但不合乎當初立法制定時的立法旨趣，且有增加文義所無之額外限制（從「較輕之罪」變成「法定刑較輕之罪」），限縮救濟空間的弊病。而日本學說上有提出「類型上通常會影響處斷刑範圍」的觀點，基本上可採，但仍應就影響處斷刑範圍的「理由」，以及「罪名呈現」上做進一步的分析。

就此，本鑑定意見認為，前述日本下級審裁判例指出一條較為合理的解釋方向。亦即，要比較的是「較輕之罪（名）」而非「較輕之刑」。亦即，不能僅侷限於比較刑法分則間不同罪名之法定刑輕重，即使法定刑未改變，仍應從犯罪類型與罪質上的角度判斷處斷刑範圍是否因此變更，並因此涉及罪名的改變（例如既遂罪變未遂罪、連續犯變單次犯、正犯變從犯、從重罪處斷的想像競合犯變從次重罪處斷之想像競合犯），若為肯定，則可符合「輕於原判決所認罪名」。

質言之，在比較**罪名輕重之際，不應陷入「刑分加減事由」或「刑總加減事由」的分類迷思中**。實務上所稱之「刑總加減事由」固然作為法律上的加重減輕規定，皆具影響處斷刑上下範圍的性質，然而其實質內涵卻迥然相異，有作為責任減輕事由，有作為法定量刑審酌事由，亦有從刑事政策目的考量之規定，例如自首減輕、累犯加重、或者特別刑法當中諸如自白或供出來源而減輕之規定等，固然會影響處斷刑範圍，然並不會改變基於犯罪事實所劃定的「罪名」，因此即使這些規定所涉及的基礎事實發生誤認，亦不能該當於本條款所謂「輕於原判決所認之罪名」。相對地，例如既遂罪改認未遂罪、連續犯改認單次犯、正犯或教唆犯改認幫助犯的情況中，由於未遂犯、連續犯、幫助犯成立的基礎事實等皆屬於與犯罪行為性質緊扣的犯罪事實，在罪名呈現上與既遂犯、單次犯、正犯或教唆犯並不相同，因此若發生事實認定的錯誤使得罪名變更為較輕的未遂犯、單次犯、幫助犯等情形時，可以該當於「輕於原判決所認之罪名」。

至於想像競合犯或牽連犯，情況則較為特殊。在現行實務的操作之下，實質上的數罪若成立想像競合犯或牽連犯，在罪名上並沒有分別宣告，而是直接以作為處斷依據之重罪為其罪名之宣告。因此，例如從某重罪處斷的想像競合犯因基礎事實變更而變成從次重罪處斷之想像競合犯時，就會直接涉及罪名上由重罪變更為較輕之罪的情形，而符合「輕於原判決所認罪名」之要求。

有疑問的是，像是刑法第 19 條第 2 項限制責任能力減輕、第 23 條第 2 項防衛過當減免、第 24 條第 2 項避難過當減免、第 162、167、324 條親屬間減輕或

減免、第 227 條之 1 俗稱兩小無猜條款之減免等規定，雖然涉及犯行時犯罪事實認定上的變更，理論上也應該同樣賦予開啟再審之機會，然而，依照目前實務的作法來看，這些減免條款的適用並不會影響到罪名的認定，因此勢難符合「較輕罪名」的要求。如此恐怕會陷入不平等的局面。因為若立法者特別針對定的責任減輕事由另定一條法定刑相異的條文，例如義憤殺人罪、生母殺嬰罪、己手墮胎罪，這些考慮到罪責程度較低而處罰較輕的犯罪可以符合「較輕罪名」，然其他實質上同樣是罪責程度較低的減免規定即使適用卻不符合，顯然未盡合理。不過，這或許要用更完善的修法來處理此種不平等的問題。

總結來說，本鑑定意見認為，判斷是否屬「較輕罪名」時，不應僅從法定刑輕重來比較，而應從基於犯罪事實所劃定的「罪名」概念判斷，例如既遂罪變未遂罪、連續犯變單次犯、正犯變從犯）皆屬「改認較輕罪名」之情形²⁵。而想像競合犯或牽連犯作為處斷依據的罪名宣告若產生變動，亦屬之。相對的，無自首改認有自首、有累犯改認無累犯、或者改認有自白或供出來源，這些事項並未改變基於犯罪事實所劃定的罪名；而限制責任能力減輕、防衛過當減免、避難過當減免、親屬間減輕或減免、兩小無猜條款減免等規定，雖然涉及了處斷範圍的調整，但也未到達「罪名變更」的程度，囿於現行法的文義，不符合開啟再審之條件。

是以，本提案裁定所提及的否定說見解，針對「較輕罪名」的認定採取過於狹隘的解釋，應不可採。而當同屬連續犯的部分犯罪事實改認無罪之下，其餘的犯罪事實必然會讓犯罪評價從連續犯改認為單次犯時，屬於實質上犯罪類型輕重且涉及不同輕重罪名的變更，得以開啟再審。但若其餘的犯罪事實並不會使得犯罪評價從連續犯改認為單次犯，而仍然維持連續犯的評價時，在**其餘犯罪事實這個範圍內**，不該當於「輕於原判決所認之罪名」。

四、科刑上一罪中得據以聲請再審的對象

若准許開始再審，其開啟再審的範圍應如何劃定？沒有爭執的部分是否仍為原確定判決之既判力所及？僅針對發生事實誤認之部分開始再審？抑或科刑上一罪全部既判力皆被推翻，連其他部分皆需重為判斷？對此，本提案裁定似未加以明確闡述，不過從提案庭以「連續犯實質上係數罪」、且針對編號 1 至 3 的事實認「應受無罪判決」為由應准許再審等敘述來看，似乎僅有針對發生事實誤認的部分開始再審，其餘有罪科刑部分仍未受再審效力所及之意。相對的，否定說背後所持的看法，則從判決主文認定之科刑上一罪「整體角度」認為，一旦開啟再審，勢必會造成該判決就科刑上一罪所形成的確定力（既判力）完全被推翻，所有犯罪事實皆開啟再審的局面，因此，才會將焦點集中在科刑上一罪整體是否

²⁵ 附帶說明，參照前述日本法院裁判例之精神，若兩罪名之法定刑完全相同，但行為不法內涵及罪責程度相異且可分出輕重的話，仍然可以該當於「較輕之罪名」。

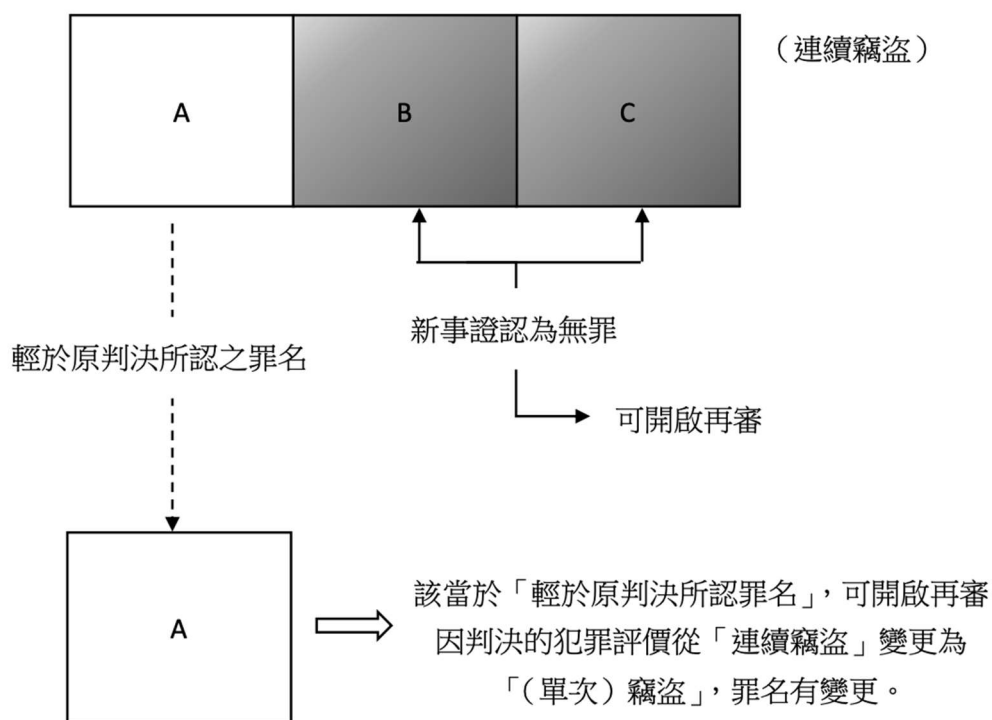
符合「應受輕於原判決所認罪名之判決」。

在此，若從罪數理論的角度而言，裁判上一罪係將實質上係數罪的情形基於科刑上的考量予以作一罪之評價，然而其犯罪事實相異，須個別按照證據認定之。其與實質上一罪等單一犯罪事實的情況並不相同。由前述可知，再審制度目的在於救濟犯罪事實認定上的錯誤，因此在科刑上一罪中，允許針對個別犯罪事實的誤認以開啟再審，完全合乎再審救濟之目的。

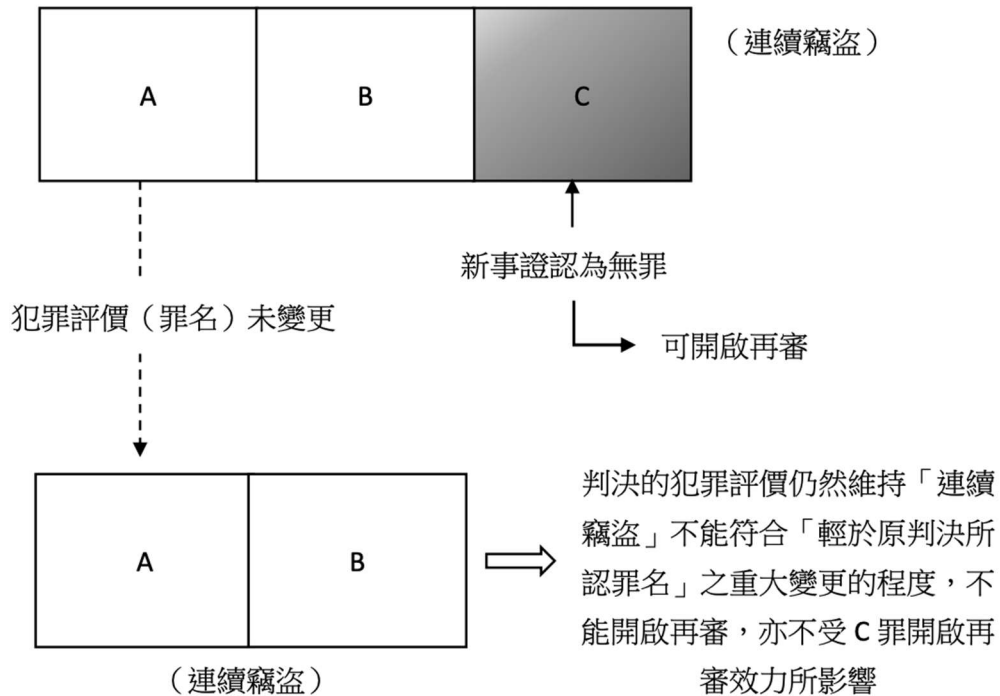
而在科刑上一罪之中，其他未受新事證直接影響的犯罪事實，究竟能否連帶成為開啟再審之對象？應考慮者為：其他未受新事證直接影響的犯罪事實是否仍能支撐原判決主文中所呈現的犯罪評價？若為肯定，則就此部分不應准許再審。亦即，其餘未受新事證直接影響的犯罪事實仍受原確定判決之既判力所及。反之，若其他未受新事證直接影響的犯罪事實已無法支撐原判決主文中所呈現的犯罪評價，且從犯罪類型與罪質上的角度認為將「輕於原判決所認罪名」時，則應可該當於同款「足認受有罪判決之人應受輕於原判決所認罪名之判決」之情形，准許開啟再審。具體而言，例如原本的連續犯將會變為單次犯時，可准許開啟再審；原本從某重罪處斷之想像競合犯或牽連犯，因該重罪受新事證影響改認無罪，而需改判單純一罪或實質上一罪或改以次重之罪處斷時，則其他未受新事證直接影響者亦應開啟再審。

可以下述圖表呈現之：

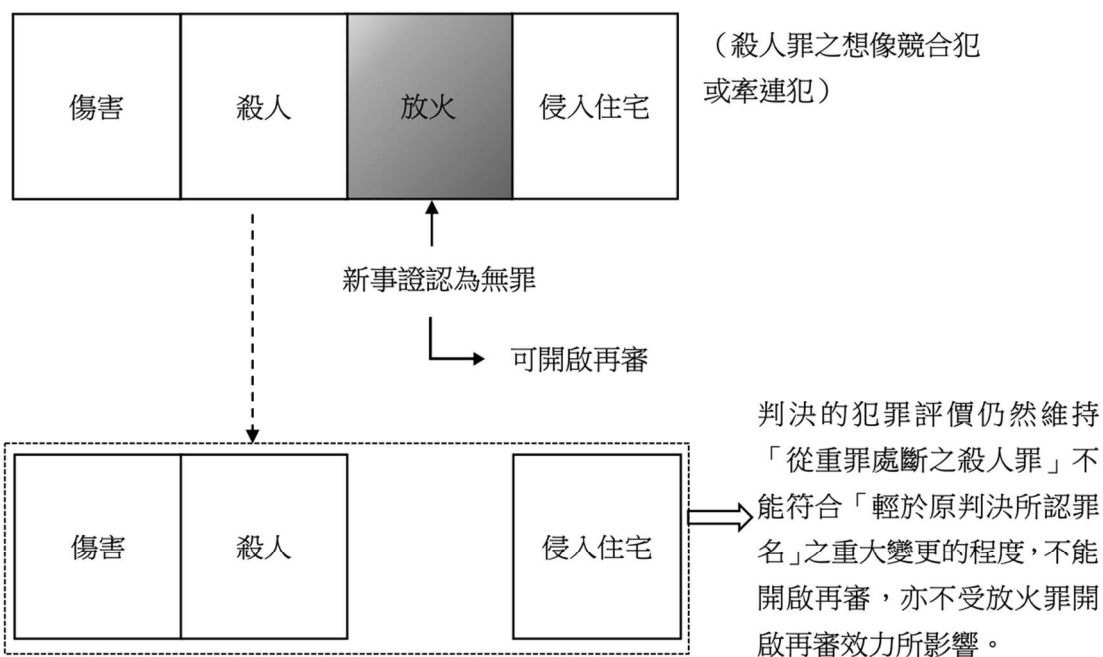
(一) 案例一



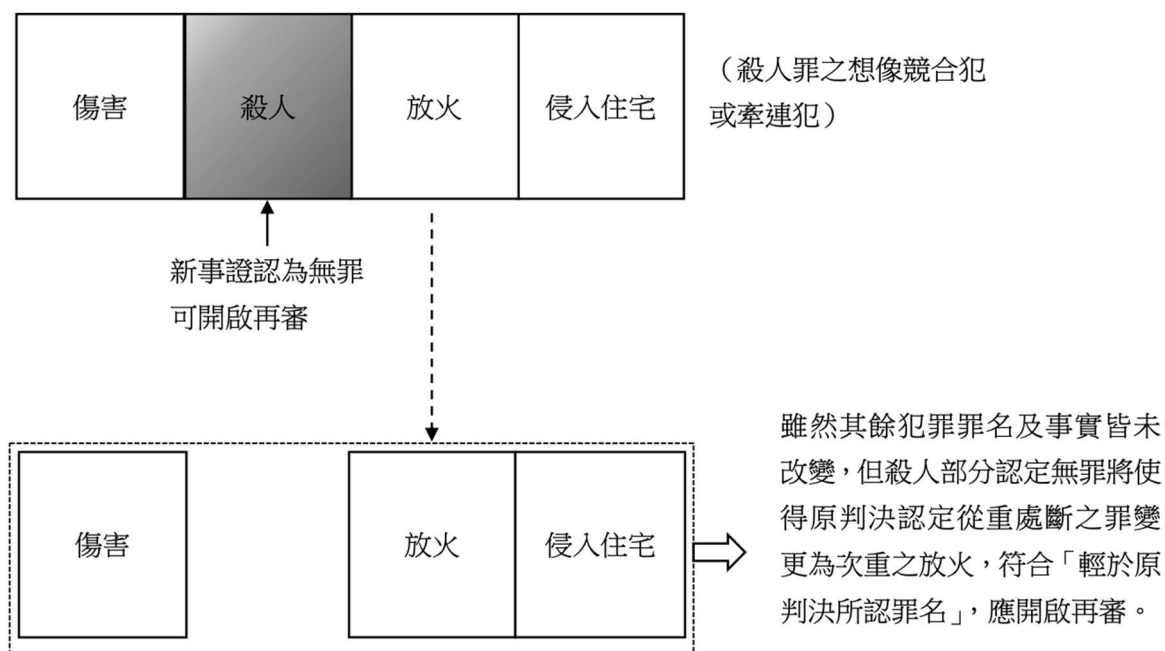
(二) 案例二



(三) 案例三



(四) 案例四



附帶說明，案例二的 C 罪部分以及案例三的放火部分，在單獨開啟再審之後，再審法院審理後若認定無罪，固然可單獨就該部分下無罪判決，但若審理後仍認定該部分為有罪，應如何下判決？雖然與所詢問的鑑定命題無直接關連，但若從旁論角度而言，筆者初步認為，若法院認定為 C 罪部分或放火部分與其餘部

分屬數罪關係，則單獨下有罪判決即可，但若認為與其餘犯罪間具一罪關係，亦即，再審後認定之結論完全等同於原確定判決者，則似乎僅能以既判力擴張之方式，諭知免訴判決。

五、結論

本鑑定意見認為，基於刑事訴訟法第 420 條利益受判決人再審制度之目的在於事實誤認之救濟，再審聲請之審理對象，不應侷限在判決主文所揭示之罪，而應整全性地考慮判決主文、事實及理由，從各個「犯罪事實」的角度觀察可否准許聲請再審。基於此點，本鑑定意見贊同提案庭所持之肯定見解，並且，參酌日本最高裁判例及學說立場，科刑上一罪之部分犯罪事實若有應受無罪判決之情形，應可個別開啟再審。

而所謂「應受輕於原判決所認罪名」，固然我國實務與日本裁判例相同採取法定刑輕重比較說之立場，然而，這個見解未必符合文義要求，且有額外增加法條所無之限制，不當限縮再審開啟的空間。事實上，若從避免濫行開啟再審的角度來看，尚有新規性與明白性（動搖效果）的要件來把關，因此，解釋上仍然應該回歸「較輕罪名」的初衷。而在判斷是否屬「較輕罪名」時，不應僅從法定刑輕重來比較，而應從基於犯罪事實所劃定的「罪名」概念判斷，例如既遂罪變未遂罪、連續犯變單次犯、正犯變從犯）皆屬「改認較輕罪名」之情形。而想像競合犯或牽連犯作為處斷依據的罪名宣告若產生變動，亦屬之。相對的，無自首改認有自首、有累犯改認無累犯、或者改認有自白或供出來源，這些事項並未改變基於犯罪事實所劃定的罪名；限制責任能力減輕、防衛過當減免、避難過當減免、親屬間減輕或減免、兩小無猜條款減免等規定，雖然涉及了處斷範圍的調整，但也未到達「罪名變更」的程度，囿於現行法的文義，不符合開啟再審之條件。

另一方面，本件提案裁定所涉及更重大的問題在於，在科刑上一罪之中，其他未受新事證直接影響的犯罪事實，究竟能否連帶成為開啟再審之對象？應考慮者為，其他未受新事證直接影響的犯罪事實是否仍能支撐原判決主文中所呈現的犯罪評價，若為肯定，則就此部分不應准許再審。亦即，其餘未受新事證直接影響的犯罪事實仍受原確定判決之既判力所及。反之，若其他未受新事證直接影響的犯罪事實已無法支撐原判決主文中所呈現的犯罪評價，而有「輕於原判決所認罪名」時，則應可該當於同款「足認受有罪判決之人應受輕於原判決所認罪名之判決」之情形，准許開啟再審。具體而言，例如原本的連續犯將會變為單次犯時，可准許開啟再審；原本從某重罪處斷之想像競合犯或牽連犯，因該重罪受新事證影響改認無罪，而需改判單純一罪或實質上一罪或改以次重之罪處斷時，則其他未受新事證直接影響者亦應開啟再審。