刑訴第 420 條第 1 項第 6 款「輕於原判決所認罪名」實務見解之檢討[1]

文／李嘉興

壹 問題之提出

某甲向某乙購買第二級毒品後，販賣予某丙圖利，某甲於被訴販賣毒品案件偵查中供稱毒品來源為某乙，惟迄於某甲販賣毒品案判決有罪確定後，某乙始被檢警查獲並遭檢察官提起公訴，嗣經判處罪刑確定。此時某甲得否以發現新事實、或新證據為由聲請再審，端視刑事訴訟法（以下除引用原文外，簡稱本法）第 420 條第 1 項第 6 款所規定「…… 輕於原判決所認罪名」應為如何解釋而定，此一解釋不僅係訴訟法之問題，同時亦係實體法問題。解釋之寬嚴涉及確定裁判安定性與真實發現之衝突命題。

審判實務援引上開條款聲請再審者，以主張應為無罪判決者居多，鮮有以有法定刑罰減免事由聲請再審者，但並非絕無僅有。而如後所述，終審最高審判機關曾以判例、決議[2]方式表示所謂「輕於原判決所認罪名」之法律上意見，然上開判例及決議所表示之見解，迄今已相去 50 餘年或近 40 年，是否沒有重新討論之餘地？不無疑問。鑒於本法再審制度係參考德國刑事訴訟法（下簡稱德國法）第 359 條而制定[3]，而如後所述卻又與德國法之立法體例不同，本文擬從國內學者之見解，及與德國法立法體例上之差異，重新思考上開法律上見解。

其次，作為前導問題，須先說明的是我國現行刑罰法規有關刑罰減輕相關規定，大致言之，有規定為必減之類型者；有規定為得減之類型者，亦即是否減輕，立法者授權法官依具體個案情節裁量是否減輕二種類型。此外，尚有單純係刑罰輕重之裁量者[4]。上開有關法定事由之事實認定有錯誤時，究以該事實認定錯誤為基礎而適用之法規有無違誤，亦即是否有違背法令，而得循何種程序救濟，不在本文探討之內。所欲探討者僅限於上開所舉刑罰減輕事由之事實認定錯誤，例如行為態樣係未遂而誤認為係既遂，原係教唆而錯誤認定係正犯等，尤以題旨所示有法定必減之情形，得否依本法第 420 條第 1 項第 6 款規定尋求救濟。

貳 實務上之見解與主要學說之回顧

一、實務見解方面

現行審判實務上，最高法院先於 56 年間以判例解釋「所謂應受輕於原判決所認罪名之判決，係指應受較輕罪名之判決而言，至宣告刑之輕重，乃量刑問題，不在本款所謂罪名之內。[5]」嗣又承襲上開判例意旨於 70 年 6 月 23 日經由刑庭總會議決議更具體的解釋稱：

「刑事訴訟法第 420 條第 6 款規定因發現確實之新證據，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，原認殺直系尊親屬罪實係普通殺人罪，原認血親和姦罪[6]實係通姦罪等是，至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[7]、累犯、連續犯[8]等刑之加減，並不屬於刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款所指罪名之範圍」等語。

最高法院沿襲上開判例及決議意旨先後多次表示相同之見解[9]。嗣就毒品危害防制條例第 17 條第 1 項法定必須減刑之類型亦先後多次表示：「毒品危害防制條例第 17 條第 1 項規定供出毒品來源，因而查獲正犯或共犯者，減輕或免除其刑，係就同一罪名刑之減輕或免除，僅關於科刑範圍，其罪名未變，且非法定免除其刑，與刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款之範圍不符。」且非單一個案[10]。對於有法定必須減刑之類型者，亦認為不合於「輕於原判決所認罪名」之再審要件。據此可推論，刑法第 57 條之單純刑罰裁量，固然不用說，在法定減輕類型中，無論係裁量減輕型，或非裁量型之法定減輕，罪名及法定刑若未輕於原確定判決所認定之罪名者，均不符「法定刑較輕之相異罪名」，無本法第 420 條第 1 項第 6 款之適用。見解先後一貫且為消極之判斷。

觀諸上開判例、判決及決議，可以說僅依法文之文義，從形式上以邏輯及說文解字方式說明限制之理由及根據，未見實質之理由與根據。例如在未遂或教唆犯（均係裁量減輕型），罪責之不法內涵遠低於正犯或既遂犯，何以因非法定刑不同，罪質相同，即被拒之於千里？

二、學者見解方面

有謂刑事庭決議從嚴認定「罪名」，而提出罪質是否相同，惟此一見解將罪質與罪名劃上等號的理由，該決議並無多加說明。事實上就再審之制度目的而論，既、未遂與否之認定若涉及事實認定，當為再審之制度所應救濟之範圍，上開實務見解並不妥當[11]。有謂刑法總則之規定，也有可能涉及輕重判斷。例如，原確定判決認被告為共同正犯，新證據則指出其僅為幫助犯，此時應可據以聲請再審。再如，原確定判決認為被告為殺人既遂犯，新證據則指出被害人之死亡乃其他原因造成，因此僅構成未遂犯，此時，亦得據以聲請再審。至於犯罪競合之情形，不能一概而論，在法條競合之情形，因競合而退居次位之法條（例如被吸收之法條）已經不是判決基礎之罪名，因此，不得針對該次位罪名而提起再審。其次，在所謂裁判上一罪的情形，若是想像競合犯或牽連犯[12]，由於從法定重者處斷，輕罪只是併予論罪，但非據以科刑之基礎，所以不得針對輕罪聲請再審[13]。以上決議將既遂犯與未遂犯視為同一罪名，將單次犯與連續犯也視為同一罪名，其法理基礎何在，似乎有待商榷。並且，如此一來，縱使判決確定後發現應改為未遂處罰之新證據，也不得據以聲請再審，過度限縮再審之機會並剝奪被告之權利，並不適宜[14]，而對上開實務上見解提出質疑。亦即雖係法定裁量減輕，罪質雖同，但罪名如已不同（例如殺人與幫助殺人）；或雖係既遂與未遂（法定裁量減輕），但罪名已有不同，復有事實認定錯誤之情形，自應允予提出再審，以資救濟。

參 德國法之繼受及我國刑事訴訟法制定之經緯

我國刑事訴訟法係於民國 17 年 7 月 28 日制定公布，當時之利益再審係規定於本法第 441 條，嗣於 24 年 1 月 1 日修正並改列條號為第 413 條，並增訂第 2 項；再於 56 年修正並改列條號為第 420 條，雖其後復經多次修正，但就第 420 條第 1 項第 6 款規定須以「輕以原審判決所認罪名」為要件部分，始終未修改。

而有關再審之法制，向有法國法與德國法不同之立法例，法國僅有為受判決人之利益，始得聲請再審；德國則不僅得為受判決人之利益聲請再審，亦可為其不利益聲請再審，現行法採德國法模式[15]。德國相關利益再審及其限制，規定於該國刑事訴訟法第 359 條、第 363 條[16]。其中第 359 條第 5 款之要件為「…… 無罪，或適用輕刑罰法規之輕的科刑（軽い刑罰法規の適用による軽い刑）；有譯為「適用刑法較輕之罪名」[17]；或「對其適用較輕刑法而判處較輕刑罰」[18]。而同法第 363 條則係對聲請再審限制規定，該條文第 1 項規定「再審，不得以相同刑罰法規的適用，作為刑之量定的變更目的（再審は、同じ刑罰法規に基づいて異なった量刑をする目的のために行うことはできない）」；第 2 項規定「同樣的，再

（文轉三版）

註釋

1 類似之條文尚有刑法第 27 條第 1 項中止犯減輕、第 63 條老少減輕；貪污治罪條例第 8 條第 2 項；兒童及少年性剝削防制條例第 43 條第 2 項；槍砲彈藥刀械管制條例第 18 條第 1 項後段；組織犯罪防制條例第 8 條；人口販運防制法第 37 條等。

2 目前因法院組織法修正，由最高法院大法庭作成之法律見解，提案法庭有遵守之義務，雖無通案之效力，但據以裁判之終局判決將成為最高法院之「先前裁判」，除非再行提案，否則應採取先前裁判之見解，據以統一法律見解。

3 林永謀著：刑事訴訟法釋論下冊第 180 頁。

4 刑法第 57 條各款參照。

5 最高法院 56 年度台抗字第 102 號判例。

6 刑法於 88 年 4 月 21 日修正時已將文字改為「性交」。

7 刑法第 62 條有關自首之規定，於 94 年修法後改為裁量減輕；未遂犯依刑法第 25 條第 2 項規定亦係法定裁量減輕。

8 連續犯之規定業於 94 年 2 月 2 日修正時刪除。

9 最高法院 104 年度台抗字第 432 號、同院 105 年度台抗字第 265 號裁定參照。

10 最高法院 106 年度台抗字第 377 號、第 503 號；同院 107 年度台抗字第 184 號裁定參照。

11 黃朝義教授著：刑事訴訟法第四版第 780 頁。

12 刑法第 55 條牽連犯之規定亦已於 94 年 2 月 2 日刪除。

13 林鈺雄教授著：發現確實之新證據，刊登於 2000 年 10 月台灣本土法學雜誌第 15 期第 101 頁。

14 林鈺雄教授著：刑事訴訟法下冊 2005 年第四版第 394 頁。

15 蔡墩銘教授著：刑事訴訟法論 88 年 6 月第三版第 528 頁；黃東熊教授著：刑事訴訟法研究第 244、245 頁；林鈺雄教授前揭刑事訴訟法論第 383 頁參照。

16 朱石炎教授著：刑事訴訟法論修正第七版第 555 頁；日本法務大臣官房司法法制調查部編：ドイツ刑事訴訟法典第 139、

法源法
www.lawba
檢索全部法規、司法判解、行政函釋、裁判書、起訴書、論著
JUDICIAL
司法
訂閱辦法
本刊每
全年
費用新臺
如蒙
請郵政
帳
5005
帳
司法院

法律網 ank.com.tw 一欄式檢索、各類資料進階檢索 原資訊 專線 509-3536 L WEEKLY 周刊 周出刊 訂閱 幣400元 訂閱 劃撥 號 4377 戶 司法周刊

（文接二版）

審，不得以限制行為能力為理由，進行為了刑之減輕之目的的再審（同様に、再審は、限定責任能力を理由に刑の軽減をする目的のために行うことはできない）」。有譯為對「同一法條之量刑或是為限制責任能力而被減輕刑罰」，或「目的係以變更同一法條之量刑為理由者；目的係以限制責任能力減輕刑罰為理由者」不許聲請再審[19]。亦有譯為「旨在尋求根據同一刑法作出不同量刑之再審，為不合法」；「旨在尋求基於減輕刑事責任能力而減輕刑罰之再審，同樣不合法」[20]。

從上開德國法第 359 條第 5 款之利益再審，除在明文上排除「重的法定刑」或「同一法定刑」之刑罰法規的從輕科刑；同法第 363 條規定亦排除包括「限定責任能力」，及「依同一法規之適用的量刑上變更」之再審。

然以德國法為藍本之我國法卻僅規定「輕於原判決所認罪名」，並無相當於德國法第 363 條之規定，此一差異之原由為何，究存有什麼意義？

肆 德國法立法經過

德國法是在 1877 年制定，但在相當於現行法第 5 款，當時之草案只允許「以無罪為目的之再審」，不允許將較輕刑罰法規之適用作為目的的再審。修正案是在會議委員會時由議員所提出。提案理由認為，在對受有罪確定判決者之利益的意義上，不存有任何區別「無罪為目的之再審」及以「較有利刑罰法規之適用之再審」的理由。

對於該提案，政府委員強烈反對，理由是如採納該提案，變得無法對再審請求案件急劇增加予以限制或抑制之政策上理由。就此批評，議員當中作了「因為只有針對犯罪行為應該受到更輕處斷之其他犯罪行為被證明之案件擴大再審，不會有單純就從輕量刑聲請再審問題」之法案說明旨趣，而採納了修正案。之後因作了更加嚴密之規定，進一步修正為「依較輕刑罰法規之較輕的科刑」。就其嚴密性作了如下的說明，「亦即認為在較輕的刑罰法規係規定 1 年至 5 年之有期徒刑；較重的法規是規定 1 年至 10 年之有期徒刑的情形，在以較重之法規判處 1 年有期徒刑確定時，如依修正前的文字，因認為是應該依較輕之刑罰法規判處有期徒刑 1 年為理由，不允許再審。聲請再審，不是單純由較輕刑罰法規的適用為不可或缺性獲取正當化，實際上可能會認定較輕的處罰的事實是比較重要的」。進而制定了補充第 359 條第 5 款意旨之第 363 條。亦即第 5 款是作了不承認請求量刑變更之再審旨趣的確認。當初第 363 條是與在如何的範圍內，可聲請不利益再審於討論會上被提出，不只是針對無罪判決，也將「應該適用較重之刑罰法規」納入對象。為了明確該旨趣，也採「不允許在同一刑罰法規之法定刑範圍內，以從重量刑為目的之再審」等提案。最後，在為受判決人之利益聲請再審也被援用，對為受判決人之利益的再審和不利益的再審二者，均不允許以適用在同一法規內的量刑變更之再審請求，制定了德國刑事訴訟法第 363 條第 1 項之規定[21]。

伍 由本法與德國法之差異，作不同於德國法解釋「輕於原判決所認罪名」之可能性

由德國上開立法討論過程，容許依再審規定為量刑的變更，很明顯的是徹底規定以適用由不同刑罰法規之情形為限，在文義上亦相當明確，與本法之立法體例顯然不同。

本法係於民國 17 年 7 月 28 日在大陸地區制定，現階段沒有立法文獻可資查考，無從為歷史或沿革解釋，探求立法時之真意，難以判斷當時略去德國法第 363 條規定真正緣由。是否可從法文既曰「輕於原判決所認罪名」，即已足以排除「以變更同一法條之量刑；以限制責任能力減輕刑罰為理由」之再審，即非無疑。況且我國刑法法規所規範之犯罪類型與德國刑法分則之結構並不同，例如傷害罪，德國刑法區分為一般傷害及危險傷害 2 種類型[22]，殺人亦區分為一般殺人及謀殺 2 類型，且同一類型之犯罪，尚因情節是否輕微而異其法定刑[23]。換言之，我國刑法法規未有如德國刑法分則般細分犯罪行為之態樣，而所謂罪名云者，實體法有密不可分之解釋關係，是否應與德國法為相同之解釋？

本法既與德國法存有上開差異，自有彈性解釋之空間。又法定事由之刑罰減輕或免除，無論係裁量減輕或法定必減之類型，因有法定事由之存在，即限縮了國家刑罰權之範圍，未遂犯之成立更係以刑法分則（含特別刑罰，下同）有特別規定者為限[24]，立法者已對原來基本類型之犯罪構成要件加以修正，對本不構成犯罪之行為擴大處罰。再者，刑法分則之犯罪類型均有可能成立教唆或幫助，不於分則設如未遂犯般，於各個處罰法條後設規定者，僅係立法上之便宜行事。則未遂、教唆等立法者所修正者不僅構成要件之罪名，尚包括刑罰輕重，關於刑罰部分實質上等同「借刑立法」型態之一種。因此，犯罪行為態樣為正犯或教唆抑或幫助，縱罪質相同，主文之記載亦不相同，例如殺人與殺人未遂；殺人與教唆殺人；殺人與幫助殺人未遂等。且除行為態樣不同外，行為之不法內涵相較於既遂犯、正犯之犯罪情節輕，量刑罪責亦低於既遂、正犯，核屬不同之罪名，應無異論。又同樣是有事實認定上錯誤之瑕疵，且同樣是違反刑事訴訟實質真實原則，復同樣足以影響國家對被告刑罰權之範圍，在審判實務上，除有特殊情形外，大抵均予以裁量減輕。則僅因係裁量減輕，即被封鎖於「應」受較輕罪名之判決之外，此一區別欠缺合理性。經由判例及決議解釋「較輕罪名」之判決限於「法定刑」較輕之相異罪名，將處斷刑[25]排除在外，更有增加法律所無之限制之虞。更何況，排除之理由除以係「裁量」外，並無更具體根據及理由，說是純文字之機械性邏輯演繹亦不為過。

至供出毒品來源因而查獲共犯或其他正犯之情形，雖主文記載之文字相同，但事實認定既然有誤，且係法定必減之行為類型，毫無裁量之餘地，若僅因判決「主文」及「核被告所為欄」理由內文字記載在形式上與確定判決記載相同，忽視立法者已對於所規範之基本犯罪類型予以修正，將之排除救濟途徑外，使國家對受刑人之刑罰權不當延長，嚴重剝奪受憲法保障之人身自由，牴觸科刑上刑罰正義，更甚於上開既、未遂犯等裁量減輕之類型，亦欠缺與「應受較輕罪名判決」相區別之正當理由。參以本法再審制度係參照德國法而制定，卻無如德國法第 363 條規定般，明文排除同一刑罰法規適用之再審，從本法與德國立法體例比較解釋、本法第 420 條第 3 項已增訂所謂新事實或新證據，尚包括判決確定後始存在之事實、證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，擴大對受判決人之救濟，及如後所述，現今利益再審制度旨趣之已因時代轉變，應擴張文義解釋，允許為受判決人之利益聲請再審較為妥適。至於單純量刑情狀之裁量應排除於再審聲請之外，自不待言。再者，不論是刑法總則或特別法類型之法定減輕之再審，因為仍應受「發現新事實或新證據」之要件的制約，亦不致於輕易開啟再審之門，影響確定判決視同真實之法的安定性。

104 年 2 月 4 日修正本法第 420 條第 6 款之立法旨趣為：「再審之制度之目的既在發現真實，並求追具體之公平正義，以調和法律之安定與真相之發現，自不得獨厚於法律之安定性而忘卻正義之追求。」[26]亦即正義的追求已優位於法之安定性，其後更修正規定除顯無必要外，法院應通知聲請人及其代理人到場，聽取其意見，得請求調查證據，法院認有必要者應為調查等[27]，提高再審聲請人在程序上之主體地位，更足徵再審制度已由過往過度偏重法的安定性，轉變調整為提供受判決人更有效率之程序救濟機能。只有事實認定有瑕疵之確定判決必獲糾正，方能彰顯司法制度存在之價值及判決之威信，若拘泥於文義，從字面上演繹，認須以「法定刑較輕之相異罪名」為限，始能聲請再審，亦難謂與現今利益再審制度之旨趣相符。

陸 代結語

再審之理念，夾雜著法的安定性與實體的真實 2 要求的對立。曩昔在法安定性之公共利益優位下，雖設置利益型再審制度，但對實務出現最多之本法第 420 條第 1 項第 6 款有關「黑、白」型之再審，構築難如登天之銅牆鐵壁，喻為永不開啟鐵門，亦不為過。如今時移勢異，勢異則備變。隨著國家應對基本人權竭盡全力予以保障之人權意識的抬頭，除了「黑、白」類型之再審外，「罪名及刑罰輕重」型之再審，在上開判例、解釋安定 50 餘年及近 40 年之後，是否已到應突破純文字之束縛，依利益再審之目的，調整視基本人權對法的安定性所作之最後一線挑戰[28]之再審之門，殊值側身法曹者再度省思。

（作者為臺灣高等法院高雄分院法官）

註釋

140 頁。

17 蔡墩銘教授譯：德日刑事訴訟法第 130 頁。

18 連孟琦譯：德國刑事訴訟法第 333 頁。

19 吳麗琪譯：德國刑事訴訟法第 617 頁；蔡墩銘教授譯：德日刑事訴訟法第 131 頁。

20 連孟琦譯：德國刑事訴訟法第 335 頁。

21 日本東京經濟大學教授大出良知著「西ドイツ刑事再審法の研究 ・ 序説 2」刊登於法律時報第 49 卷 5 號。

22 王士帆等合譯 2017 年最新版德國刑法典第 290 頁。

23 見同上刑法典第 298 頁。

24 刑法第 25 條第 2 項規定參照。

25 高仰止教授著：刑法總則之理論與實用第 484 頁「所謂處斷刑係指：對一定之犯罪，依法定之事由，於裁判時選擇法律所定之刑，或就法律上加減之刑，而決定賦予特定犯人之刑罰。」另請參照最高法院 108 年度台上字第 4167 號判決意旨。

26 此一理由雖係針對最高法院當時判例所創設之新規性及確實性而為闡述，但經由允許判決時尚不存在或尚未發現之新證據亦得聲請再審，因而擴大救濟之機能。

27 刑事訴訟法第 429 條之 2、第 429 條之 3 等參照。

28 黃東熊教授，註 15 著，第 243 頁註 3。