

## 憲法法庭 112 年憲判字第 2 號判決協同意見書

呂太郎大法官提出

壹、本判決確認刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款規定中，所謂「應受……免刑……之判決」（下稱系爭規定），包含依據應「減輕或免除其刑」之法律規定，就個案可能為免刑判決之情形在內，本席敬表贊同。但就本判決多數意見所持理由，認為尚有補充之處，爰提出協同意見。

貳、系爭規定之文義，本包含依據應「減輕或免除其刑」之法律，於個案應受免刑判決之情形

按刑事有罪判決之內容，不外乎：1. 確認被告在過去某一時點，有符合刑事法律所規定犯罪構成要件之行為；2. 就該行為依刑事法律宣示被告應負之刑罰。換言之，刑事審判之任務，係依法律規定之程序，發現事實之真相，並於被告有符合法律規定犯罪構成要件之行為時，將法律規定將應有之刑罰，反映至該案件。在此過程，法院所扮演者，僅如「高懸之明鏡」，清晰的反射案件之全貌，對犯罪事實之全盤經過，既無增減，對於被告應負之刑事責任，亦未添柴加火。

申言之，從法院之立場言，法院僅為法之代言人，任務在宣示法之內容而非決定或創造法之內容。在犯罪事實認定上，法院僅能就所「認識」之證據，「判斷」立法者所預定之犯罪構成要件是實存否，或其案情如何，固然不發生由法院「決定」或「裁量」之問題；即使從法院所宣示之刑罰而言，亦為法院依據法律規定，對照個案事實及情節，將立法者所預定之法律效果，「宣示」出來

而已，而非由法院「決定」應如何處罰。從被告之立場言，被告所受之判決，均為該個案依據法律「應受之判決」。因此，不論實體法係規定應「免除其刑」、「得免除其刑」、應「減輕或免除其刑」或「得減輕或免除其刑」，如開始再審後法官依個案之犯罪情節，為「免刑之判決」者，法理上均應認為係被告所「應受免刑之判決」，而在系爭規定之文義範圍內。

從另一觀點，再審程序是以審查原「確定判決」有無再審理由為開始，朝向作成「新判決」為目標。無論何者，均以處理法院之「判決」為核心。以刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款規定：「……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。」為例，如法院於開始再審後判決被告無罪，即為該款所稱被告「應受無罪之判決」；法院為免訴判決，即為該款所稱被告「應受免訴之判決」；法院變更確定判決宣示之甲罪，改為較輕之乙罪，即為該款所稱被告「應受輕於原判決所認罪名之判決」。同理，於法院為「免刑之判決」，亦復如是。至於法院係依據刑事實體法「免除其刑」、「得免除其刑」、應「減輕或免除其刑」或「得減輕或免除其刑」中哪一規定為「免刑之判決」，對判決結論而言，並無差別，對被告而言，亦無差別。本判決雖受限於原因案件所適用之法律，確認依「應受減輕或免除其刑」之法律，於個案應受免刑判決之情形，亦包含在內。但就法理而言，並不以此為限。

參、應依憲法保障被告人身自由或罪責相當原則進行審查

本判決雖依憲法平等原則審查系爭規定，然而，正如民法第 6 條規定：「人之權利能力，始於出生，終於死亡。」

」不會發生若未將此所謂「人」，解釋為包含男人在內，則「男人」與「人」相比之結果，將有所差異而違反平等原則一樣。因為「男人」之概念既包含於「人」之概念內，自不發生「男人」應與「人」相比，而有差異之問題。系爭規定「應受……免刑……之判決」之文義，既應「包含」依法律「應受減輕或免除其刑」之規定，於個案應受免刑判決之情形在內，自不發生二者如何比較其差異，而有是否違反平等原則之問題。更何況系爭規定所稱「應受……免刑……之判決」，係指開始再審後法院所為之「判決」內容，與「應受減輕或免除其刑」係「實體法規定」，為完全不同之兩件事，更無比較之基礎，自不生所謂平等之問題。

本席認為，因確定判決之可能誤認事實，致被告依實體法規定「應減輕或免除其刑」之事實，未被斟酌，致被告承受超過其行為應承受之刑罰，此一結果已達違反正義之程度，不但使被告受憲法保障之人身自由受到侵害，亦違反罪刑相當之憲法原則，故應許被告依再審程序以求救濟。

#### 肆、中華民國 104 年修正之系爭規定，重在放寬再審事由之「證據新規性」

一、刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款，於 104 年 2 月 4 日修正時，將原規定：「……六、因發現確定之新證據，足認……」，修正為「……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……」其立法理由謂：「鑒於現行實務受最高法院 35 年特抗字第 21 號判例、28 年抗字第 8 號判例；及 50 年台抗字第 104 號判例、49 年台抗字第 72 號判例、41 年台抗字第 1 號

判例、40 年台抗字第 2 號判例及 32 年抗字第 113 號判例拘束，創設出『新規性』及『確實性』之要件，將本款規定解釋為『原事實審法院判決當時已經存在，然法院於判決前未經發現而不及調查斟酌，至其後始發現者』且必須使再審法院得到足以動搖原確定判決而為有利受判決人之判決無合理可疑的確切心證，始足當之。此所增加限制不僅毫無合理性，亦無必要，更對人民受憲法保障依循再審途徑推翻錯誤定罪判決之基本權利，增加法律所無之限制，而違法律保留原則。」（本判決第 26 段參照）

二、然細探該立法理由，實值玩味。蓋上開判例均無「必須使再審法院得到足以動搖原確定判決而為有利受判決人之判決無合理可疑的確切心證，始足當之」之見解。細言之，最高法院 28 年抗字第 8 號及 35 年特抗字第 21 號判例僅在表明所謂「發現之新證據」，指於事實審法院審判時已存在之證據；32 年抗字第 113 號及 40 年台抗字第 2 號判例，係表明就「新證據之本身形式上觀察，毋須經調查程序」，顯然可認為足以動搖原確定之判決者而言；41 年台抗字第 1 號判例，則不再強調「新證據之本身形式上觀察，毋須經調查程序」之要件，僅強調新證據足以動搖原確定之判決；49 年台抗字第 72 號及 50 年台抗字第 104 號判例再進一步放寬，認為「固非以絕對不須經過調查程序為條件」，但必須可認為確實足以動搖原確定判決而為受判決人有利之判決者為限。

三、由上可知，所謂「必須使再審法院得到足以動搖原確定判決而為有利受判決人之判決無合理可疑的確切

心證，始足當之。」並非源自判例之見解。上開立法理由所據實務見解為何，雖未可知。然犯罪事實應依證據證明之（刑事訴訟法第 154 條第 2 項規定參照），至於應至何種程度始可謂已為證明，學說固有不同觀點，但須至被告犯罪已證明到無合理可疑之程度時，始得認定被告犯罪，則為一般可接受之見解。換句話說，只須有任何合理可疑被告未犯罪，即應為無罪之判決。「無合理可疑」既為認定被告犯罪所須之證明程度，有合理可疑時，即應為被告無罪之判決，於此邏輯下，欲推翻被告受有罪之確定判決之再審，只須對確定判決之事實認定有合理可疑，有依新證據予以推翻之可能性即為已足，而非須到達依新證據無合理可疑足以推翻有罪判決之程度，方得為再審（日本最高裁判所於昭和 50 年[西元 1975 年]5 月 20 日裁定，所謂白鳥案再審裁定參照）。

四、本席認為，有關新證據對作成新判決之影響性，須達到「足認」之程度，104 年 2 月 4 日修法前後並無不同。換言之，修正前係「因發現確實之新證據，……足認……」，修正後則為「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……」。至於所謂「發現」，於修正前法律未明文，實務及通說均認為不包含事實審法院判決後始發生之證據。修正後則於同條第 3 項規定：「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。」因此，104 年 2 月 4 日修正重點，應在於放寬得據為再審理由之「證據新規性」，亦即將再審之事由，擴大至事實審法院判決時已存在並未發現，以及其後存在或成立之事實、證據，在判斷是

否足認應為新判決之層面上，並得就新事實或新證據，單獨或與先前之證據，綜合判斷。至於究竟應證明至何種程度，始「足認」應為新判決，於修法前後並無不同，係妥諸學理發展。

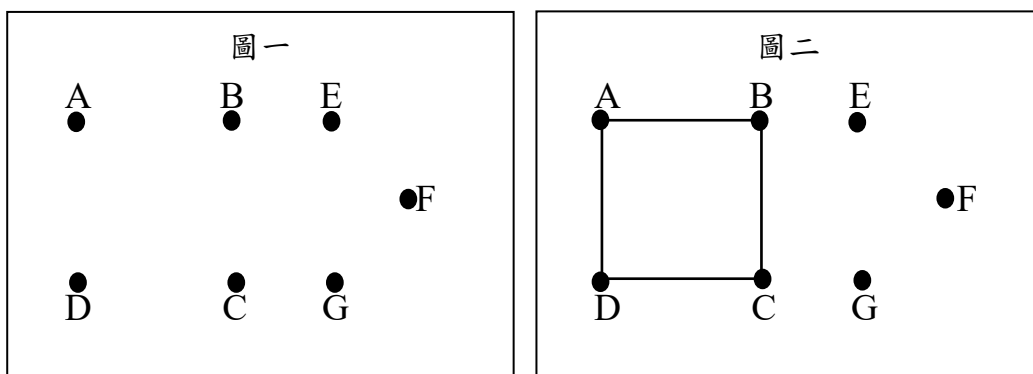
蓋以「發現確實之新證據」作為再審之理由，可追溯至清末（宣統3年，西元1911年）之刑事訴訟律草案第444條第6款規定：「因發現有免訴或撤銷公訴或較輕原判決應受輕刑之確實證據，可直接指摘原判決不當者。」在此草案中，明白規定所謂「確實證據」，必須是可直接指摘原判決不當之證據，不得與其他證據結合（前述最高法院32年抗字第113號及40年台抗字第2號判例之見解，或係受此影響）。10年北洋政府制定之刑事訴訟條例第458條第4款規定：「因發現確實證據，足認受刑人應受無罪、免訴或輕於原審所認罪名之判決者」，此一規定後為國民政府於17年公布之刑事訴訟法第441條第4款所沿用，迄104年2月4日修正前，大體未變。依前述立法沿革可知，104年2月4日之修正最有別於以往者，毋寧是關於再審要件之「證據新規性」之修正。

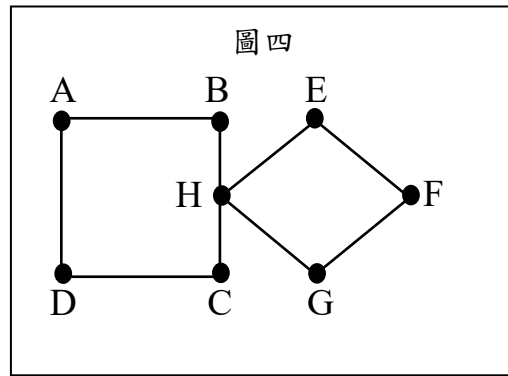
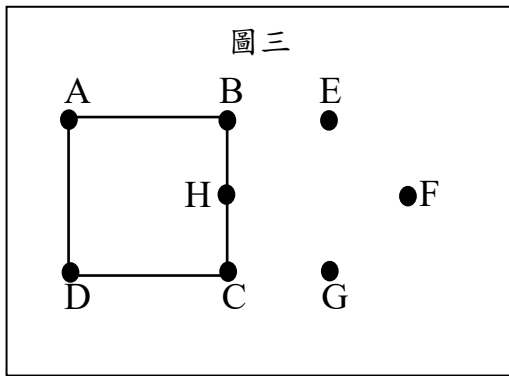
五、吾人或可將法院認定犯罪事實之過程，比擬為尋找描述犯罪之地圖。假設在犯罪行為發生後，留下A至G可能與犯罪行為有關之事實（如附圖一）<sup>1</sup>。法院經審理後於確定判決中判斷：A、B、C、D四個事實彼此關聯，但A、B、C、D與E、F、G均無關聯，EF、FG之間

---

<sup>1</sup> 證據亦為一事實。吾人經常由已知之A事實（例如燈炮發光），推論不知之B事實（例如有通電）。從證據法之觀點，此一推論過程，便是證明，其中A便是證明B之證據。法院所認定之事實，除了公眾周知之事實，或事實於法院已顯著或為其職務上所已知者外，都必須以證據證明（刑事訴訟法第157條及第158條規定參照）。作為再審之新事實，亦不能外。

雖有關聯，但 EG 之間却無關聯，因而認定犯罪地圖，就是由 ABCDA 之連線所形成之四邊形（如附圖二），至於 E、F、G 則為獨立於犯罪事實之外之 3 個事實。若判決確定後，被告又主張發現 H 之新事實，位置如附圖三，而聲請再審。在 104 年修法前，H 僅為 ABCDA 之連線所形成之四邊形上之一點，H 之發現仍不足以動搖由 ABCDA 之連線所形成之犯罪地圖，因此不得作為再審之事由。但於修法後，受理再審聲請之法院，尚可以將 H 與其他 E、F、G 等證據為綜合判斷，若判斷結果 H 與 E、F、G 均無關聯，則犯罪地圖仍為 ABCDA 之連線所形成之四邊形，H 雖為發現之新證據或新事實，但對犯罪地圖既無影響，仍不得作為再審之事由，應駁回其再審之聲請。反之，若法院認為 H 與 E、G 均有關聯，E、G 又分別與 F 有關聯，則 EFGHE 亦可形成另一事實之四邊形（如附圖四），此一事實存在，已足以動搖原確定判決所認定由 ABCDA 連結之犯罪事實，此時即應為開始再審之裁定。案件經開始再審後，即回復通常審判程序（與言詞辯論再開類似），依通常程序就 A 至 H 各點之關聯性判斷，以認定真正之犯罪地圖。既不受確定判決所認定之 ABCDA 之拘束，亦不受開始再審裁定所認定 EFGHE 之拘束，自屬當然。





伍、開啟再審後，依「應受減輕或免除其刑」之法律，仍得按個案情節為減輕其刑之判決

一、發現有刑事實體法規定應「減輕或免除其刑」之再審事由而開啟再審後，再審法院依個案之案情，認為雖不應為「免除其刑」之判決，但應為「減輕其刑」之判決者，得否為「減輕其刑」之判決？想像上可能有肯定與否定之見解。

二、就此，本判決僅謂：「於開始再審之裁定確定後，法院應依其審級之通常程序，更為審判（刑事訴訟法第 436 條規定參照），回復判決確定前之通常審判程序重新審判，採嚴格證明程序，進行實質審判。至於最終審判結果是否確實為免刑之判決，則視審理結果所得心證而定。」（本判決第 29 段參照）對於前開問題，並未明白表示。

三、本席認為應採肯定說。蓋法院所以未為減輕或免刑之判決，係因法院誤認法律規定應「減輕或免除其刑」之事實所致，茲既發現有應為減輕或免刑判決之新事實或新證據，即應重新審判，並就個案被告依法律應受減輕或免除其刑進行判斷，回復個案應有之判決，以符合



實體正義及罪責相當原則。因此，縱依個案情節不應為免除其刑之判決，仍應依「減輕其刑」之規定而為判決，如採否定說而謂經歷再審程序證據調查及言詞辯論後，法院雖已得出依該個案情節應「減輕其刑」，但未達應「免除其刑」程度之心證，不符合「應受免刑判決」之再審要件，仍須維持原判決之刑罰，不啻使開始再審以後所進行之程序，全歸於徒勞，且無異要求法官須坐視確定判決之明顯錯誤於不顧，顯非合理。