

憲法法庭 113 年憲判字第 8 號判決部分不同意見書

楊惠欽大法官提出

張瓊文大法官加入壹部分

朱富美大法官加入

本席就本號判決主文第一項關於以「刑事程序符合憲法最嚴密之正當法律程序要求」為合憲限縮解釋之內容部分，以及主文第六項與第十三項部分，均尚難同意，爰就該部分提出不同意見書。

壹、本號判決主文第一項關於以「刑事程序符合憲法最嚴密之正當法律程序要求」為合憲限縮解釋之內容部分

本號判決主文第一項係諭知：刑法第 271 條第 1 項：「殺人者，處死刑、無期徒刑或 10 年以上有期徒刑。」第 226 條之 1 前段：「犯第 221 條、第 222 條……之罪，而故意殺害被害人者，處死刑或無期徒刑……」第 332 條第 1 項：「犯強盜罪而故意殺人者，處死刑或無期徒刑。」及第 348 條第 1 項：「犯前條第 1 項之罪而故意殺人者，處死刑或無期徒刑。」規定，所處罰之故意殺人罪係侵害生命權之最嚴重犯罪類型，其中以死刑為最重本刑部分，僅得適用於個案犯罪情節屬最嚴重，且其刑事程序符合憲法最嚴密之正當法律程序要求之情形。於此範圍內，與憲法保障人民生命權之意旨尚屬無違。

可知本號判決主文第一項係針對本件聲請案所聲請如附表所示 4 則刑法分則規定即本號判決所稱之系爭規定一至四（下併稱系爭分則犯罪規定），所規範之犯罪（下稱主文第

一項之罪)，認為依各該規定之犯罪構成要件規範，而為之法定刑中關於「死刑」部分之規定，於符合「個案犯罪情節屬最嚴重，且其刑事程序符合憲法最嚴密之正當法律程序要求」之範圍內，係屬合憲。

承上所述，本號判決主文第一項係採合憲性限縮解釋之解釋方法，而所為之「合憲限縮內容」，則是系爭分則犯罪規定中之「死刑」，僅適用於「個案犯罪情節屬最嚴重」及「刑事程序符合憲法最嚴密之正當法律程序要求」。本席贊成上述合憲限縮內容中關於「個案犯罪情節屬最嚴重」部分，並肯認就主文第一項之罪，個案為死刑之科處，其刑事程序必須符合「憲法最嚴密之正當法律程序要求」；但認為以「系爭分則犯罪規定以死刑為最重本刑」，作為審查標的之本號判決主文第一項，所謂「刑事程序符合憲法最嚴密之正當法律程序」一節，尚非於採取合憲性限縮解釋時所應容許之「合憲限縮內容」。爰分述如下：

一、合憲性解釋之解釋內容，尚不得逸脫解釋標的之文義範圍

所謂法律之合憲性解釋，係指法律條文之內容有多種解釋可能，若可得出合憲之結論時，所應採取之解釋方法，以維持法律之合憲性。合憲性解釋既係為維持法律之合憲性，則所為之合憲性解釋內容，應認尚不得逸脫解釋標的之法律條文內容之文義範圍。

二、依本號判決主文第一項之解釋標的內容，得作為合憲性限縮解釋之內容者，應屬關涉犯罪構成要件者

觀附表所示關涉本號判決主文第一項解釋標的之系爭

分則犯罪規定之條文內容，可知本號判決主文第一項所審查之法規範內涵，係包含「犯罪構成要件」及其「法定刑」之刑法分則規定，則於本號判決已肯認死刑得作為主刑種類（詳參本號判決理由第 62 至 65 段）之前提下，本號判決主文第一項就系爭分則犯罪規定以死刑作為最重法定刑之規範內容，進行是否符合比例原則之審查，基於下列理由：

- (1) 本號判決主文第一項係採合憲性限縮解釋，即透過各種解釋方法為系爭分則犯罪規定之內容限縮，而認此等規定以死刑為最重法定刑係屬合憲之判斷。
- (2) 本號判決主文第一項係為法規範而非裁判是否合憲之審查，且所審查之法規範即系爭分則犯罪規定之死刑係屬法定刑之規範；亦即個案之整體犯罪事實縱該當系爭分則犯罪規定之構成要件（包含合憲性限縮解釋之限縮內容），該個案亦僅是具備對被告科處死刑之必要條件，而非充分條件（詳下述）。

從而，本席認本號判決欲透過各種解釋方法就系爭分則犯罪規定之內容予以限縮，俾使系爭分則犯罪規定關於以死刑為最重法定刑部分合憲，僅得就系爭分則犯罪規定中關於「犯罪構成要件」部分之規定為之。亦即以系爭分則犯罪規定所規範之各「犯罪構成要件」言，客觀上係存有如科處死刑係合於憲法比例原則之犯罪態樣（整體犯罪事實），而此等客觀上可能存在之犯罪態樣，即係本號判決主文第一項所得為「合憲性限縮解釋之內容」。

三、以「刑事程序符合憲法最嚴密之正當法律程序要求」作為合憲限縮內容之疑義

本號判決主文第一項所為合憲性限縮解釋之限縮內容，

係包含「個案犯罪情節屬最嚴重」及「刑事程序符合憲法最嚴密之正當法律程序要求」兩部分，其中關於「個案犯罪情節屬最嚴重」部分，本席認為自其限縮解釋之內容及系爭分則犯罪規定之本質言，其係透過限縮系爭分則犯罪規定之「犯罪構成要件」內涵，而肯認系爭分則犯罪規定以死刑作為最重法定刑之合憲性，依上開本意見書之見解，自應予以肯定。

惟就「刑事程序符合憲法最嚴密之正當法律程序要求」部分，本席雖肯認個案之科處死刑，其相關程序應符合憲法最嚴密正當法律程序之要求，但認此正當法律程序之要求，尚不得作為本號判決主文第一項所解釋標的即「系爭分則犯罪規定以死刑為最重本刑」之合憲限縮內容。理由如下：

- (1) 系爭分則犯罪規定係關於犯罪構成要件及其法定刑之實體規範（規定內容詳見附表），至於本號判決主文第一項所稱之「刑事程序符合憲法最嚴密之正當法律程序要求」，依本號判決理由，係指「刑事程序之規範及實踐均符合最嚴密之正當法律程序要求」（本號判決理由第 70 段參照）；是所涉者無非係規定主文第一項之罪應進行如何刑事程序之法規範，以及個案之實際調查及偵審過程，均應合於憲法最嚴密正當法律程序之要求。然規範主文第一項之罪之系爭分則犯罪規定，並無涉及主文第一項之罪，其刑事程序應如何進行之內容，則以「刑事程序符合憲法最嚴密之正當法律程序要求」，作為主文第一項之解釋標的即「主文第一項之罪以死刑為最重本刑」之合憲限縮內容，核已逸脫解釋標的之文義範圍。

(2)規定主文第一項之罪應進行如何刑事程序之法規範，其目的係為透過此等程序規定，於個案中之確實踐行，以謀求個案之實體正義，故不論係刑事程序之法規範內容或其實踐，均為能更正確查得犯罪事實及其整體犯罪情狀、被告個人情狀等等情事，俾於個案中得為最妥適之罪刑宣告；亦即刑事程序之憲法最嚴密正當法律程序要求，目的係在謀求個案罪刑宣告之真確。惟本號判決主文第一項之解釋標的係系爭分則犯罪規定「其中以死刑為最重本刑部分」，而本號判決主文第一項亦係進行其解釋標的之法規範是否合憲之審查，該解釋標的所稱之「死刑」則係指該法規範所規定之「法定刑」，尚非個案裁判依據系爭分則犯罪規定所為之「死刑宣告」。故本號判決主文第一項以「刑事程序符合憲法最嚴密之正當法律程序要求」為限縮解釋之內容部分，核有將裁判憲法審查之應審查事項，作為法規範憲法審查之合憲限縮內容之疑義。

貳、本號判決主文第六項（即科處死刑之評議應一致決）部分

本號判決主文第六項係諭知：「科處死刑之判決，應經各級法院合議庭法官之一致決。法院組織法就主文第一項之案件，未明定應經合議庭法官之一致決始得科處死刑，與憲法保障人民生命權及正當法律程序原則之意旨有違。有關機關應於本判決宣示之日起2年內，依本判決意旨修正相關規定。各級法院關於主文第一項案件之審判，自本判決宣示之日起，均應依上開意旨辦理，惟於本判決宣示時業已作成之歷審判決，其效力不受影響。」

本席贊同本號判決認主文第一項之罪，其整體偵審（含調查）程序，應符合憲法最嚴密正當法律程序之觀點，但認於本號判決主文第一項肯認「死刑」作為主刑之合憲性下，基於死刑係生命權之剝奪所具之不可回復性，在判決之評議上，應「一致決」始符合憲法最嚴密正當法律程序之要求，其意旨所在應係為避免個案之冤抑，是此評議「一致決」之對象，當係植基於個案犯罪事實之犯罪構成要件該當及情節是否屬最嚴重之情形部分，至於死刑之科處，「一致決」尚非憲法上之要求。爰分述如下：

一、主文第一項之罪之評議應分「罪」與「刑」之兩階段評決

依本號判決主文第一項之諭知，其以死刑為最重本刑之合憲性係立基於「個案犯罪情節屬最嚴重」及「刑事程序符合憲法最嚴密之正當法律程序要求」，而個案之審理程序終結後，所進行者乃裁判之評議，而評議之功能及目的則是為論罪及科刑。關於主文第一項之罪之評議，本席認應分別就「罪」，即個案之犯罪構成要件是否該當及情節否屬最嚴重之情形，以及「刑」，即犯罪構成要件該當且情節屬最嚴重者是否科處死刑，分別為之。理由如下：

（一） 犯罪事實該當主文第一項之罪之構成要件且情節屬最嚴重者，僅是具備科處死刑之必要條件，尚非充分條件

依如附表所示系爭分則犯罪規定，可知本號判決主文第一項之罪，其法定刑除死刑外，均有無期徒刑，或另尚有有期徒刑，且因本號判決主文第一項係就審查標的之法規範，

進行規範是否合憲之審查，則本號判決主文第一項所為之合憲限縮內容，核係針對系爭分則犯罪規定以死刑為最重本刑之合憲性而為，尚非就個案裁判之死刑宣告是否合憲所為（詳參本號判決理由第 83 段及第 85 段）。

從而，個案犯罪事實經認定該當主文第一項之罪之構成要件，且屬情節最嚴重者，該被告是否科處死刑，尚須認定其有無法定應減輕其刑（含不得科處死刑）之事由；縱此等刑之減輕事由均不具備，基於法官依法就個案宣告刑所具之裁量權，法官尚須綜合考量如刑法第 57 條第 4、5、6、10 款等之關於各別被告之生活狀況、品行、智識程度、犯後態度等一般情狀之量刑因子¹，始得為「刑」（包含死刑）之科處。故犯罪事實該當主文第一項之罪之構成要件且情節屬最嚴重者，僅是具備科處死刑之必要條件，尚非充分條件。

（二）犯罪構成要件是否該當及情節是否屬最嚴重者，均植基於合議庭法官所認定之犯罪事實

本號判決主文第一項之合憲限縮內容中關於「刑事程序符合憲法最嚴密之正當法律程序要求」部分，其目的核係為透過最嚴密正當法律程序之檢驗，以確保所認定犯罪事實之正確性。

此外，本號判決主文第一項之另一合憲限縮內容即「犯罪情節屬最嚴重之情形」部分，觀其判決理由，核係以主文第一項之罪均屬故意殺人之侵害生命法益之最嚴重犯罪類型，而於此種最嚴重犯罪類型下，除須係基於直接故意、概

¹ 有最高法院 112 年度台上字第 1291 號、第 4901 號、113 年度台上字第 880 號刑事判決等可參。

括故意或擇一故意之殺人既遂外，尚須再綜合考量「被告之犯罪動機與目的、所受刺激、犯罪手段、所生危險或損害、行為人違反義務之程度、與被害人之關係等犯罪情狀，進一步確認被告之犯罪動機與目的在倫理及法律上確具特別可非難性，或其犯罪手段為特別殘酷，或其犯罪結果具嚴重破壞及危害性者」，以判斷個案犯罪情節是否屬最嚴重之情形（詳參本號判決理由第 76 至 81 段）。是依本號判決如上述關於「犯罪情節屬最嚴重情形」之闡述，可知包含個案之犯罪構成要件是否該當及情節是否屬最嚴重之情形，其認定均係植基於合議庭法官所認定之個案犯罪事實。

（三）關涉「論罪」與「科刑」之證據，所要求之證明程度未盡相同

關係犯罪構成要件是否該當及個案犯罪情節是否屬最嚴重者之涉及「論罪」之犯罪事實，於證據上係依嚴格證明法則²，至於前項所述之個案被告是否存有關於「刑」之法定減輕事由或關係量刑之一般情狀，其對證據之要求則非均至嚴格證明之程度³。申言之，就論罪與科刑之證據言，所要求之證明程度係未盡相同。

綜上，個案犯罪事實該當主文第一項之罪之構成要件且情節屬最嚴重者，僅是具備科處死刑之必要條件；而個案犯罪構成要件是否該當及情節是否屬最嚴重者，均應依憑犯罪事實之認定；而犯罪事實之認定則係依調查證據之結果，並論罪與科刑所依憑之證據，其證明程度之要求又未盡相同；

² 林鈺雄，刑事訴訟法（上），新學林，2022 年 10 月，頁 511；林俊益，刑事訴訟法概論（上），新學林，2021 年 9 月，頁 429-432；最高法院 107 年度台上字第 3185 號、112 年度台上字第 1461 號、113 年度台上字第 2704 號刑事判決等參照。

³ 林俊益，前揭書，同註 2；最高法院刑事判決，同註 2。

加以現行刑事訴訟法第 289 條第 2 項基於：「犯罪事實有無之認定，與應如何科刑，均同等重要，其影響被告之權益甚鉅，原條文第三項僅給予當事人就科刑範圍表示意見之機會，而未經辯論，尚有未足，爰依司法院釋字第七百七十五號解釋意旨，將原條文第三項移列第二項，明定……就科刑範圍辯論之，俾使量刑更加精緻、妥適」之理由，已有關於應就科刑範圍辯論之明文⁴下，可認合議庭法官之評議，區隔論罪與科刑之階段為之，係有助於個案評議之縝密確實，故就主文第一項之罪，本席認其評議應分「罪」與「刑」兩階段分別為之。

二、主文第一項之罪之評議，其「一致決」之要求，應僅及於論罪即個案犯罪事實之構成要件該當性及情節是否屬最嚴重部分，而不應及於科刑階段

本號判決係透過主文第一項之罪之罪質類型（故意殺人），在個案上係可能存有屬情節最嚴重之情形，並於刑事程序符合憲法最嚴密正當法律程序之要求下，而肯認系爭分則犯罪規定以死刑為最重本刑之合憲性，其理由主要則為死刑判決「如有錯誤冤抑，必將產生不可回復之生命損失。為避免錯誤冤抑，並促使法院作成更正確、妥當之裁判」（詳見本號判決理由第 110 段）；此外，並以「為擔保並正面宣示合議庭法官就被告具有科處死刑之加重量刑因子確無任何合理懷疑，並促使審判者慎思、正視死刑判決之嚴重後果，同時避免個案量刑之適用偏差或不平等」（詳見本號判決理由第 111 段），而認主文第一項之罪，其死刑之科處應經合議庭法

⁴ 刑事訴訟法 289 第 2 項：「前項辯論後，應命依同一次序，就科刑範圍辯論之。於科刑辯論前，並應予到場之告訴人、被害人或其家屬或其他依法得陳述意見之人就科刑範圍表示意見之機會。」

官之一致決，始符合最嚴密正當法律程序之要求。惟查：

（一）冤抑與否係存於論罪階段，尚非科刑階段

關於主文第一項之罪，就論罪之評議言，依本意見書前開所述，係應進行犯罪構成要件之該當性及犯罪情節是否屬最嚴重情形之評議，又此等要件之涵攝係均植基於相關犯罪事實之認定；相關犯罪事實之認定則植基於證據。而憲法正當法律程序之要求，目的即為經由正當法律程序之檢驗，以求得據為裁判論據之證據真實性，進而求得所認定犯罪事實之無冤抑。

再個案犯罪事實已經合議庭法官評議認為該當主文第一項之罪之構成要件且情節屬最嚴重之情形者，核已具備科處死刑之必要條件，是於此等案件之科刑階段，合議庭法官評議時所應審究者，係關於被告是否存有「刑」之法定減輕事由及關係量刑之一般情狀（包含目前審判實務所稱之教化可能性），而此等事由所關涉者，多屬涉及個案被告之個人性事由（如責任能力、阻卻違法事由或教化可能性等），尚非關於是否成立犯罪及是否屬情節最嚴重情形等之犯罪主要事實，是本席認於科刑階段所評議之事項，尚與所謂之「冤抑」無涉。

（二）為避免冤抑所為之評議一致決要求應在「論罪」程序

關涉犯罪構成要件及個案情節是否屬最嚴重情形之犯罪事實，於證據上係採嚴格證明法則，已如前述，即證據須達到之心證要求係無合理懷疑之確信⁵，則於論罪之證據係應

⁵ 林鈺雄，前揭書，同註2。

達無合理懷疑之確信下，復對合議庭職業法官（本號判決理由第 112 段參照），要求依其心證所認定之犯罪事實，對犯罪構成要件之是否該當及情節是否屬最嚴重情形，應為一致決之決定，就避免冤抑言，尚難謂無其正面意義；並因該當主文第一項之罪之構成要件，且情節屬最嚴重之情形者，已具備科處死刑之必要條件，而死刑因屬對生命權之剝奪，具不可回復性，是基於最嚴密正當法律程序要求之意旨，就「成罪」與否，即個案是否該當主文第一項之罪之構成要件及情節是否屬最嚴重之情形者，為評議一致決之要求，本席予以肯認。

惟依本意見書所主張分論罪及科刑兩階段進行評議言，於科刑階段，個案如已涉及應否判處死刑之問題，當係於論罪階段之評議，已經一致決認定個案被告該當主文第一項之罪之構成要件，且屬犯罪情節屬最嚴重之情形，則該個案被告除有法定之刑之減輕事由或於量刑之一般情狀認尚具備教化可能性等減輕因子外，係應科處死刑。惟如上所述，於科刑階段所涉者多係關涉被告之個人事由，而其中屬刑法第 57 條科刑應審酌情狀中之犯罪行為人生活狀況、品行、犯罪後態度等情狀事實，或刑法第 59 條之減輕事由等，其證明程度之要求均屬自由證明⁶，從而就此等事實之認定及要件之涵攝可能存在之差異空間將更大，其達成一致決之困難度勢將增加⁷，則於本號判決肯認主文第一項之罪以死刑為最重本刑之合憲性下，並基於本意見書如上述關於個案冤抑與否所關涉者係「論罪」尚非科刑之意見，本席認為本號判決就死

⁶ 林俊益，前揭書，同註 2，頁 430。

⁷ 本席認為嚴格證明所要求之確信，易使成立之困難度增加，但自由證明則易因個人主觀信念或意識形態而增加判斷歧異之可能。

刑之科處所為合議庭評議應一致決之要求，亦即科處死刑應經合議庭法官一致決，若未能一致同意科處死刑，其刑度之量處則仍維持過半數決之要求，實質上將增加判處死刑之困難度，甚或反係增加是否科處死刑之不平等的可能⁸，而尚難認屬憲法最嚴密正當法律程序之要求。

實則，除基於死刑因屬對生命權之剝奪，具不可回復性，「為避免冤抑」，而就主文第一項之罪，應肯認憲法最嚴密正當法律程序要求應包含評議之一致決，即本席所主張關涉冤抑與否之論罪部分應一致決外，其評議之憲法正當法律程序要求，應僅是多數決，至於係屬過半數、三分之二之特別多數決甚或一致決，本席認立法者應具一定之裁量空間。

叁、本號判決主文第十三項（即違反主文第六項之原因案件個案救濟）部分

本號判決主文第十三項係諭知：「本件各聲請人就據以聲請之各該確定終局判決依法院組織法相關規定所為之評議，不符主文第六項意旨部分，除有證據證明各該確定終局判決係以一致決作成者外，各得請求檢察總長提起非常上訴，檢察總長亦得依職權提起非常上訴。」

惟本席尚難同意，理由如下：

一、依本號判決主文第十項之諭知⁹，本件聲請案之原因案件，其各該確定終局判決所認定之犯罪情節，如非屬最嚴重而仍判處死刑者，聲請人係得請求檢察總長提起非常上

⁸ 合議庭成員中有反對死刑者及無此情形者，就相同案情之個案是否判處死刑，在不同合議庭間發生歧異之可能將增加。

⁹ 本號判決主文第十項：「本件各聲請人據以聲請之各該確定終局判決所認定之個案犯罪情節如非屬最嚴重，而仍判處死刑者，即與本判決本文第一項意旨不符。各聲請人如認有上開情形，得請求檢察總長提起非常上訴；檢察總長亦得依職權就各該確定終局判決認定是否有上開情形，而決定是否提起非常上訴。」

訴，檢察總長亦得依職權提起非常上訴。從而只須原因案件經各該確定終局判決所認定之犯罪情節，可能非屬最嚴重者（本件聲請案之聲請人均係遭判處死刑確定者），無論確定終局判決諭知其等死刑之評議是否經一致決，此等個案均將因非常上訴之提起，而由最高法院就檢察總長所提起之非常上訴事由進行調查（刑事訴訟法第445條規定參照），即就個案情節是否該當最嚴重之情形予以審究，並因此非常上訴程序所進行個案犯罪情節是否該當最嚴重情形之評議，關係原確定終局判決所為「死刑」之諭知是否違背法令，依本號判決主文第六項之諭知，本席認其所為個案係該當情節最嚴重情形而不准非常上訴之評決，應採一致決。則此類原因案件，其實質上已因此而經最高法院為死刑之一致決評議，實無因確定終局判決之評議可能非經一致決為之，而作成主文第十三項之必要。

二、又中華民國78年10月2日發布之司法院暨所屬法院文卷保存期限實施要點（於94年9月8日廢止）第1點及94年4月1日訂頒之機關共通性檔案保存年限基準關於法院類檔案保存年限基準表，均規定評議簿之保存年限為10年。從而本件聲請案之原因案件，可能有相當比例之確定終局判決，將因評議簿已逾保存年限（可參本號判決附表二所載各該確定判決之判決日），致難以查認其等之死刑評議是否係經一致決；而基於評議簿之保存期間係依當時有效之法令所為，加以上項所述以外即經檢察總長就個案為已該當犯罪情節最嚴重情形之判斷者，其個案不該當犯罪情節最嚴重情形之可能性，論理上已

係大為降低，並因死刑具有不可回復性，審判實務上一向對死刑之評決係極為慎重，況程序規定之違憲，並不當然就個案具有實質救濟意義；是本席認關於「一致決」部分之聲請人個案非常救濟，應依循現有之非常上訴相關規範為之，即經調查後，有證據足以認定各該確定終局判決係未經一致決即為死刑之諭知（或維持）者，始得認該個案之確定終局判決具有不符本號判決主文第六項所為之一致決要求，從而該當提起非常上訴之事由，得對該確定終局判決提起非常上訴，尚非如本號判決主文第十三項之諭知，即除能證明各該確定終局判決係以一致決作成者外，均應認係違反本號判決主文第六項之要求。

附表：

刑法	構成要件	法定刑
271 I	殺人者	死刑、無期徒刑或 10 年以上有期徒刑
226-1 前段	犯第 221 條、第 222 條……之罪【註 A】，而故意殺害被害人者	死刑或無期徒刑
332 I	犯強盜罪而故意殺人者	死刑或無期徒刑
348 I	犯前條第 1 項之罪【註 B】而故意殺人者	死刑或無期徒刑

【註 A】

刑法	條文內容
221 I	對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者，處 3 年以上 10 年以下有期徒刑。
222 I	犯前條之罪而有下列情形之一者，處 7 年以上有期徒刑： 一、二人以上共同犯之。 二、對未滿 14 歲之男女犯之。 三、對精神、身體障礙或其他心智缺陷之人犯之。 四、以藥劑犯之。 五、對被害人施以凌虐。 六、利用駕駛供公眾或不特定人運輸之交通工具之機會犯之。 七、侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內犯之。 八、攜帶兇器犯之。 九、對被害人為照相、錄音、錄影或散布、播送該影像、聲音、電磁紀錄。

【註 B】

刑法	條文內容
347 I	意圖勒贖而擄人者，處無期徒刑或 7 年以上有期徒刑。

