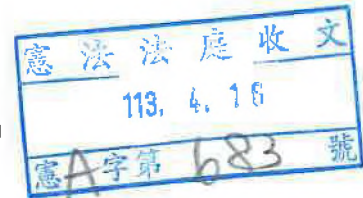


正本



憲法法庭 辯論意旨 書 (爭點提綱一部分)

主案案號：111 年度憲民字第 904052 號 ✓

聲請人

王信福 (111 年度憲民字第 904052 號) ✓

唐霖億 (107 年度憲二字第 276 號)

劉華崑 (107 年度憲二字第 276 號)

連國文 (108 年度憲二字第 160 號)

黃麟凱 (111 年度憲民字第 904050 號)

沈文賓 (111 年度憲民字第 904062 號)

連佐銘 (111 年度憲民字第 904058 號)

鄭武松 (111 年度憲民字第 904053 號)

沈鴻霖 (111 年度憲民字第 904040 號)

郭俊偉 (111 年度憲民字第 904039 號)

李德榮 (111 年度憲民字第 904044 號)

歐陽榕 (111 年度憲民字第 904046 號)

陳錫欽 (111 年度憲民字第 904042 號)

游屹辰 (111 年度憲民字第 904059 號)

蘇志效 (111 年度憲民字第 904054 號)

邱合成 (111 年度憲民字第 904065 號)

彭建源 (111 年度憲民字第 904051 號)



訴訟代理人

姓名：李宣毅律師

雪谷南榕法律事務所

聲請人

張人堡、楊書帆 (107 年度憲二字第 276 號)

訴訟代理人

姓名：李宣毅律師 (資料同前)

訴訟代理人

姓名：莊家亨律師

雪谷南榕法律事務所

聲請人

蕭新財（會台字 13460）

呂文昇（111 年度憲民字第 904064 號）

訴訟代理人

姓名：劉繼蔚律師

目 錄

1	壹、 覆爭點題綱一、(1)：死刑侵害的基本權利：.....	5
2	一、 死刑除剝奪生命權外，亦剝奪其他一切需賴生理活動始得存續或行使之基本權：.....	5
3	(一) 生命權在憲法上的意義：.....	5
4	(二) 生命權與生存權之辨：.....	8
5	(三) 生命權為先於憲法存在之固有權，可由憲法第 1 條民主共和國原則與第 2 條國	
6	民主權原則確立其基礎：.....	11
7	(四) 生命權的防禦意義與機能：.....	14
8	(五) 生命權描述彙整：.....	16
9	(六) 生命權剝奪結果-剝奪一切需賴個體生理活動始得存續或行使之基本權，或至	
10	少嚴重限制各該基本權涉及生命之保障內涵：.....	16
11	二、 死刑係國家對人的終局否定，侵害憲法保障人民之人性尊嚴。.....	19
12	(一) 具體化人性尊嚴，此其時也：.....	19
13	(二) 人性尊嚴應有的憲法意義：人之所以為「人」。.....	22
14	(三) 死刑因否定人性尊嚴而違憲：.....	28
15	(四) 依本國憲法實務亦可確認，死刑因其效果相當於「將受刑人永久逐出社會」，因	
16	此具備「永久否定受刑人社會成員身分之作用，也就不必再以使其復歸社會作為行刑之	
17	目的」，此際受刑人僅係「純粹防制犯罪對象與社會防衛客體之受刑人，其實是被當作	
18	社會的『敵人』或『他者』」，而侵害人性尊嚴：.....	31
19	(五) 死刑與人性尊嚴不衝突的意見不可採：.....	32
20	(六) 小結：.....	38
21	三、 死刑即剝奪生命之行為係具殘酷性之過度處罰，而有侵害人民免於受國家過度處罰	
22	之權利：.....	38
23	(一) 人民有免於受國家過度處罰之權利：.....	38
24	(二) 人民免於受國家過度處罰權利之內涵：.....	39
25	(三) 比較憲法與國際人權法上的參照，亦堪信此項權利之普世性：.....	39
26	(四) 死刑、肉刑與思想刑，都是過度的處罰：.....	40
27	(五) 依法制文獻以觀，亦可確認立法者肯定死刑之殘酷性，而屬過度之處罰：.....	41
28	(六) 依本國憲法實務亦可肯認，死刑因其侵犯人性尊嚴，縱非酷刑，亦屬一種過度處	
29	罰之方式：.....	43
30	(七) 小結：.....	43
31	貳、 覆爭點提綱一、(2)：「死刑制度」之合憲目的。.....	43
32	一、 代理人就本爭點之理解與取徑之方法論：.....	44
33	二、 基於我國死刑之立法脈絡與憲法實務，我國以死刑為刑罰手段之一種，立法者明示	
34	係基於應報之理由且並不承認一般預防之效用，而依死刑之作用又可排除特別預防之目的，	
35	應認死刑制度僅有應報之合憲目的：.....	45

1	三、傳統應報理論的合憲性理解 - 透過刑罰喚醒行為人的理性自我反省與回復，從而回	
2	復法和平性的狀態與秩序：.....	53
3	（一）傳統應報論再構成，於死刑制度目的論述之必要：.....	53
4	（二）絕對刑罰理論的刑罰目的：.....	54
5	（三）現代憲法與古老應報理論互動後應建構應報理論之合憲目的：.....	58
6	（四）刑罰的目的應為法和平狀態與秩序的回復：.....	61
7	（五）小結：.....	65
8	參、覆爭點提綱一、(3)：「死刑制度」違憲與配套之建議：.....	65
9	一、基於死刑對人民基本權利限制之廣泛與嚴重程度，死刑制度非屬立法形成自由，可	
10	否選用死刑為一種刑罰手段，司法權當然可以、也應該，依憲法條文、憲法解釋原則與相	
11	關之憲法原理嚴格加以審查：.....	65
12	（一）立法形成自由與憲法爭議：.....	66
13	（二）立法形成自由之意涵與界限：.....	68
14	（三）司法違憲審查與立法形成自由：.....	75
15	（四）死刑是「國家刑罰權行使界線」的問題，是「國家行為干預基本權強度與範圍」	
16	的問題，司法者具有不可迴避之實質審查義務，不能以立法形成自由，訴諸「司法節制」	
17	而加以逃避：.....	78
18	二、死刑制度違憲：.....	79
19	（一）死刑制度與前述合憲的應報目的不相適合，欠缺手段適合性，應屬違憲：.....	79
20	（二）死刑制度侵害人民免於過度處罰的權利，應屬違憲：.....	83
21	（三）死刑制度侵害人性尊嚴，應屬違憲：.....	89
22	（四）死刑制度剝奪基本權，應屬違憲：.....	91
23	（五）小結：.....	100
24	肆、結語：.....	108

1 謹遵囑就言詞辯論爭點提綱一，敬呈辯論意旨事：

2 壹、 覆爭點題綱一、（1）：死刑侵害的基本權利：

3 鈞庭問：「死刑除剝奪生命權外，是否另干預其他憲法上權利，如免
4 於酷刑之權利、人性尊嚴等？」

5 對此代理人主張：死刑除剝奪生命權外，又因其手段在消滅個體生理活動
6 之存續，因而同時剝奪其他一切需賴個體生理活動始得存續或行使之基本
7 權，亦否定人民存續的價值而侵害人性尊嚴，並使人民遭受殘忍而不人道
8 之處罰，而侵害人民受憲法保障免於過度處罰之權利。

9 一、死刑除剝奪生命權外，亦剝奪其他一切需賴生理活動始得存續或
10 行使之基本權：

11 （一） 生命權在憲法上的意義：

12 1、 死刑剝奪憲法保障人民之生命權，個體之生命與生理活動
13 之存續因此消滅，因而當然剝奪其他一切需賴個體生理活
14 動始得存續或行使之基本權或基本權的有關內涵，殊難想
15 像有何憲法保障之基本權利，有不因生命之剝奪而至少受
16 重大限制之可能性。首應申論者，基於法治國原則，作為
17 死刑剝奪標的之「生命」，「生命權」在我國憲法上應有
18 之意義為何。

19 對此代理人主張：所謂生命，乃基於自然法則，生物的物
20 理性、生物性的存在事實，亦人類個體參與社會活動、構
21 建自由民主憲政秩序之物理性、生物性基礎，一切仰賴個
22 體生理活動始得存續或行使之基本權，均以人民生命之存
23 續為其前提，乃先於憲法而存在，而基於憲法第1條民主
24 共和國原則與第2條國民主權原則，亦當然必須肯定主權
25 者之「生命存在」受到憲法之保障，而依附於生命存在之

1 列舉基本權及其他受憲法保障之權利，亦殊難想像缺乏保
2 障「生命」此一前提內涵，是「生命權」應專指人民之
3 「生命」、尤指生命之「存續」受憲法保障，本於基本權
4 之防禦機能，保障人民之生命免於國家之侵害。

5 2、「生命」源於自然法則，人類作為生物的物理性、生物性
6 的存在事實，個體各種生理活動之前提，應受憲法之保障：
7 「生命」於現行憲法及憲法增修條文，並未直接明揭其意
8 義及旨趣；然過往多號司法院解釋，司法院釋字第 284 號、
9 釋字第 471 號、釋字第 490 號、釋字第 517 號、釋字第 531
10 號、釋字第 538 號、釋字第 584 號、釋字第 624 號、釋字
11 第 646 號、釋字第 669 號、釋字第 690 號及釋字第 699 號
12 等解釋均承認人民之「生命」係受國家保障、保障人民生
13 命為國家重要任務之旨趣，然對「生命」在憲法上意義，
14 則未為明確之獨立闡釋。

15 3、此不當然等同於人民之生命不受憲法保護，誠如李震山教
16 授指出：「我國憲法雖未見『生命權』一辭，但國家不能
17 以之作為推遲保障人民生命權之理由，因為，生命權是先
18 於國家而存在，屬自然權、固有權或源權之一種，不待憲
19 法明文規定亟需保障，憲法若明文列舉保障，應屬事後再
20 『確認』的性質。」¹(附件 1)，蔡大法官宗珍亦曾撰文指
21 出：「透過憲法所建構的民主國家，各個人民以其獨立的
22 理性主體地位成為國家機器權力運作正常性之權源，乃民
23 主意涵下當然的要求與表現——一切權力來自人民，一切權

¹ 李震山，憲法未列舉之固有權-生命、身體、尊嚴與人格，多元、寬容與人權保障-以憲法未列舉權之保障為中心，元照出版，2007 年 09 月 2 刷 1 版，頁 100。

力的運作也必須回溯到人民的意志上。『民主』必須是建立在以各個人民為獨立自主的理性主體之前提上，而其作為理性『主體』而非客體的重要憑藉，即在於其生命、身體之生物性存在，以及精神性自決可能等地位。也因此，每一個『人』均應有權主張享有不受恣意侵害或剝奪的生命存在、身體完整、精神自決的地位，自然是不必冗長論證其理自明的思想。十九世來關於免於受國家意侵害的種種自由權與財產權的主張中，以人之生物性存在為核心的生命、身體、人身自由等，可說是理所當然地受到肯認。在憲政國家的基本人權的保障體系中，人之生命權、身體免於受侵害之權甚至是一切基本權的前提：如果作為『人』的生物性、實質性存在都不保，其他的進一步的權利期待亦僅屬空中樓閣。此亦說明了即使憲法並未明文對『生命』『身體』加以保障，生命自由權、身體不受侵害權亦屬當然的基本權內涵，只要這部憲法是一部『以民為主』的憲法，只要憲法下的國家遵循的是民主的制度，那麼『人』所能享有的這些權利地位便不言自明。」²(附件 2)、「如果以上所說明了要求不受恣意侵奪的生命權主張之重要性與必然性，那麼人之『生命自由』作為防禦性基本人權的當然項目，在我國憲法規範下理所當然受到憲法肯與保障便屬自明之事了。由此種人民得據以主張不受國家權利意侵害的基本人權之一環的生命自由而來，也可進一步肯認生命自由中所表彰的『生命價值』亦屬我國憲法所為的價值決定，因此國家不僅不可意侵害人民的生命自由，若人

² 蔡宗珍，從憲法生命權之保障看安樂死合法化問題，憲法與國家（一），頁 235-236，2004 年 4 月。

民的生命受到國家以外的暴力侵害時，國家甚且有義務設法排除該等侵害，以保護此憲法肯認的生命價值的完整性。」³，即指出生命是本於自然法則，對於人類作為生物，物理性的、生物性的實質存續的狀態，而對人民為憲政民主政體之基本組成與核心，基於我國憲法明定民主共和國原則、國民主權原則，作為人民社會活動與政治活動之生物性前題。因此生命存在、身體完整、與精神自決的權利地位，必然先於憲法存在、受憲法保障之應然，其理自明。

4、再參照司法院釋字第 567 號解釋、鈞庭 111 年度憲判字第 2 號判決肯認思想自由受憲法「絕對保障」⁴，並參以司法院大法官釋字 803 號、792 號將生命、身體並列闡釋，均可見此蔡大法官宗珍所指出人民「生命存在」、「身體完整」、與「精神自決」於憲法權利保障體系之一體性與根基性，此種源於自然法則，人類作為生物的物理性、生物性的生命存在，應受憲法保障，避免遭受國家侵害，殆無疑義。

（二）生命權與生存權之辨：

1、生命權之憲法基礎與內涵，向來憲法實務，以司法院釋字第 476 號涉及死刑之解釋為代表，固以憲法第 15 條「生存權」為其基礎。

³ 蔡宗珍，從憲法生命權之保障看安樂死合法化問題，憲法與國家（一），頁 236，2004 年 4 月。

⁴ 司法院釋字第 567 號解釋理由書：「非常時期，國家固得為因應非常事態之需要，而對人民權利作較嚴格之限制，惟限制內容仍不得侵犯最低限度之人權保障。思想自由保障人民內在精神活動，是人類文明之根源與言論自由之基礎，亦為憲法所欲保障最基本之人性尊嚴，對自由民主憲政秩序之存續，具特殊重要意義，不容國家機關以包括緊急事態之因應在內之任何理由侵犯之，亦不容國家機關以任何方式予以侵害。縱國家處於非常時期，出於法律規定，亦無論其侵犯手段是強制表態，乃至改造，皆所不許，是為不容侵犯之最低限度人權保障。」

- 2、然代理人以為「生存」不等於「生命」，「生存」係在「生命」存續之期間，繼續得以維持符合人性尊嚴之生活方式之謂：司法院釋字第 148 號、釋字第 203 號、釋字第 422 號、釋字第 494 號、釋字第 694 號、釋字第 701 號及釋字第 726 號即可資佐參。申言之者，「生存」係一種具（時間）延展性的概念，乃線或面的概念，然如將「生命」理解為「活著」這樣一種狀態、生命的存在本身，那麼「生命」僅有一種「點」的意義。
- 3、又司法院釋字第 476 號及釋字第 551 號解釋固另有將「生存」與「生命」兼論之旨，然「生命」之剝奪當然含有「生存」之剝奪；但倘如對個體施以酷刑、殘虐、凌辱並禁錮，「生存」之意涵幾被剝除，然「生命」卻仍然存續；是「生存」應係「生命」之下位概念，「生存」的色彩因生命之存在，始得進一步開展，因而可認「生命」先於「生存」而存在。
- 4、誠如李震山教授之批評：「生命權毋寧是最原始的，有生命之後方有生存之意義。…我國憲法將生存權與工作權、財產權並列，傳統上被稱為受益權，因此，生存權宜從經濟學、生態學考量，強調的是生存基本條件之保障。另一方面，生命權宜從生物學上、生理學層面考量，以其存在為論述重點。該兩項個別存在的基本權利，當遇有基本權利主體、保障範圍與功能、限制強度與密度、衝突與競合…等問題時，詮釋上皆會有不同結果，區分實益因而非常顯著。」⁵（附件 3）、「大法官以憲法 15 條作為保障生命

⁵ 李震山，生命權，法學講座第 22 期，頁 3-4，2003 年 10 月

1 權的依據，可省卻許多論證上的困擾，就如同大法官在釋
2 字第 418 號解釋理由書中針對二元訴訟制度，認為『然無
3 論採何種方式，人民於其權利因違法行政處分而遭受侵害
4 時，得向法院救濟，則無不同。』（另請參照釋字第 228、
5 297、442、448、466 號等解釋），此種『有保障就好』的
6 說法，就人權理論研究思辯的細緻化與體系化，不僅有所
7 妨礙，對生存權本身之適用，亦乏激濁揚清的功能。惟不
8 論以何種思考邏輯或模式，我國憲法應保障作為不成文基
9 本權利(Ungeschriebenes Fundamentalrecht)之固有生命權的
10 鐵則，應不會受到影響。」⁶，應屬的論。過往憲法實務
11 將生命權依託於憲法第 15 條生存權所生「生存」、「生
12 命」混同論，因生存權之特性而產生論理之困難，如代理
13 人前提出陳述意見所提出，前於模擬憲法法庭之專家意見
14 ⁷，均因此不得不於生命權以外，藉由另一個本國憲法未
15 明文之人性尊嚴之討論，以確立生命權不可侵犯之內涵，
16 可見其困擾。

17 5、 憲法第十五條生存權在解釋文、解釋理由中被運用時，常
18 與財產權、工作權等互有關連。可明確發現，生存權的運
19 用是，國民生活在社會中，必須具備哪些基本條件，方可
20 正常生活。這是有命可活的狀況下，討論如何好好活。至
21 於是否有命可活，顯然不是生存權想說明的。當然概念上
22 可以說，因為怎麼活都說了，當然是以活下來為前提才說
23 怎麼活。但是，如果沒有把概念區分清楚，當我們遇到困

⁶ 李震山，生命權，法學講座第 22 期，頁 5，2003 年 10 月

⁷ 具體引用範圍詳參代理人此前陳述意見文書

難議題時，思考會更受限制。故李震山教授指出，生命權為最原始的權利⁸(附件 4)，在有生命權的實踐之下，才有在憲法指明的社會國原則下，透過社會當時的客觀環境來確認國家應給付與人民、保障人民最基本的生活標準，「此種具有濃厚社會權（受益權）性質之生存權，與自由權中最核心的生命權，在性質上應有相當程度之不同。」⁹，指明生存與生命之區辨，蔡宗珍大法官亦否定以憲法第 15 條生存權作為生命權憲法文本基礎之見解¹⁰，均顯示生存權的受益權性質，往往會在思考與論理時，隱約造成一種「國家給予的」、「可以任意寬減的」的暗示，而這與「生命存在」的全有全無的「點」的特性，顯然有本質上的抵觸。

(三) 生命權為先於憲法存在之固有權，可由憲法第 1 條民主共和國原則與第 2 條國民主權原則確立其基礎：

- 1、生命權之憲法基礎應自何來，思考路徑上有憲法文本未列舉之自然權、固有權說或依憲法第 22 條擴張保障之概括權說¹¹。
- 2、憲法第 22 條：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」，然因條文中「不妨害社會秩序公共利益」之明文，則此種概括權之權利保障內涵，不免受到不確定抽象法律概念「社會秩序」與「公共利益」之框限，而降低基本權保障強度、減縮基本

⁸ 李震山，憲法未列舉之固有權-生命、身體、尊嚴與人格，多元、寬容與人權保障-以憲法未列舉權之保障為中心，元照出版，2007 年 09 月 2 刷 1 版，頁 102。

⁹ 同前註。

¹⁰ 蔡宗珍，從憲法生命權之保障看安樂死合法化問題，憲法與國家（一），頁 236-238，2004 年 4 月。

¹¹ 蔡宗珍，從憲法生命權之保障看安樂死合法化問題，憲法與國家（一），頁 239-240，2004 年 4 月。

1 權保障範圍之風險，而與前述人民「生命存在」、「身體
2 完整」與「精神自決」於憲法權利保障體系之一體性與根
3 基性，有所齟齬。

4 3、 反之，我國憲法第 1 條明定民主共和國原則、第 2 條明定
5 國民主權原則，依司法院釋字第 499 號解釋，具有本質之
6 重要性，亦為憲法整體基本原則之所在；本於此種本質重
7 要性規定所形成之自由民主憲政秩序，乃現行憲法賴以存
8 立之基礎，凡憲法設置之機關均有遵守之義務。基此為使
9 身為主權者之人民，能基於憲法運轉構成國家之自由民主
10 憲政秩序，即不能不保障其本於客觀之自然法則、就人類
11 作為一種生物，任何個體生理活動、包括構建自由民主憲
12 政秩序，所應具備的生物性基礎。換言之，自憲法存立基
13 礎之民主共和國原則與國民主權原則，即可當然導出「生
14 命存在」、「身體完整」、與「精神自決」，即生命權、
15 身體權與思想權，乃當然地、根本性地必須受到憲法基本
16 權之保障，不因未明文列舉於憲法第二章，即遭受到否定。
17 實則，如由生命作為各種基本權利享有與行使之生物性基
18 礎，列舉於憲法第二章之人民受憲法保障之基本權，均難
19 以想像其基本權內涵不包括保障其前提要件即「生命」之
20 旨趣，對此結論更覺明顯。

21 4、 誠如李震山教授指出：「憲法第二章並未列舉人民之生命、
22 身體、尊嚴或人格權之保障，但這些與生俱來、先於國家
23 存在、具有固有權層次的基本權利，不會因為憲法未將之

1 列為人權清單，國家即不予保障。」¹²，力陳生命權作為
2 一種防禦性基本權，先於憲法存在而應受憲法保障之鐵則，
3 代理人敬表肯定。李震山教授同時亦指出：「…因為，其
4 屬與生俱來之權利，先於國家而存在，在現代文明國家被
5 列為國家應保障的主要價值之一，應屬共識。該權利既是
6 不待規定而自明，雖未由憲法明示，但已是人皆明知的固
7 有權利，若需由憲法第二十二條保護之，屬於事後確認性
8 質，而非接納新權利，應將此種性質的權利劃屬非真正之
9 未列舉權，方足以凸顯該性質權利之尊崇性。」¹³，即便
10 不得不自憲法第 22 條加以推演生命權之存在，依生命權
11 之來源本質、即遵循自然法則之人的生物性，亦應認為此
12 種基於憲法第 22 條基本權之推演，對於生命權而言僅能
13 屬「事後」確認性質，而不許以條文中不確定法律概念加
14 以「框限」，更不容將生命加以區別劃分三六九等，異其
15 保障。

16 5、此參照蔡宗珍大法官指出：「以遵循自然法則之人的生物
17 性存在為生命自由所保護的客體，同時意味著『生命』非
18 可透過人為的方式加以定義或區分，所有人的生命均受到
19 此自由權一視同仁的保障。自由的基本權原即不容許國家
20 對基本權護客體進行定義，而生命自由尤為不許：一個以
21 生物性存在事實為保護客體的生命自由，若以定義方式來
22 界定受保護的客體或受保護的範圍的話，不啻是說於該生

¹² 李震山，憲法未列舉之固有權-生命、身體、尊嚴與人格，多元、寬容與人權保障-以憲法未列舉權之保障為中心，元照出版，2007 年 09 月 2 刷 1 版，頁 99。

¹³ 李震山，憲法未列舉權保障之多元面貌-以憲法第二十二條為中心，多元、寬容與人權保障-以憲法未列舉權之保障為中心，元照出版，2007 年 09 月 2 刷 1 版，頁 19。

1 命自由中加入了人為價值的判斷，換句話說，『生命』就
2 不再是循自然法則的表現，而是某些人所認可的『生命』。
3 由此不難看出，於生命的概念中加入人為價值判斷的內涵
4 的話，將成大災難：試想，透過『定義』方式來掌握生命，
5 那麼定義外的自然性、物理性的存在，便不再是得享有生
6 命自由的『生命』，如此一來便開啟了生物性的人的存在
7 狀態中有部分『生命』，有部分不是『生命』所謂無價值
8 的生命、價值低落的生命概念也就不難產生了。納粹德國
9 殘害數以萬的智障、低能、殘障、精神病患者的生命，不
10 正是以該等人的在已不具有生命有價性的理由下所為？因
11 此，受生命自由的保障的客體，即人之生命唯一的判準是
12 物理性、生物性的存在事實，決不允許以任何的判準加以
13 分化、區別。」¹⁴，擲地有聲，代理人更據此主張：即使
14 是壞人、惡人、坐奸犯科乃至天理難容之人，其生命存在
15 亦受到憲法一視同仁的保障，即使犯下「情節最嚴重之犯
16 罪」之人，其生命在我國自由民主憲政秩序下，仍受到憲
17 法一視同仁的保障，不許就其生命為憲法的非價責難。

18 (四) 生命權的防禦意義與機能：

- 19 1、 如代理人前書狀引用張娟芬女士所述：「生命權是一切權
20 利的前提，所有自由的基礎。此理至明，以致於說出來簡
21 直像一句廢話。」、「生命，是肉身的存有」、「生命權
22 是全有全無的，因為生死殊途。侵害生命權就是使那個人
23 死掉、全部死掉、並且永遠死掉，沒有『死去一點點』的
24 可能，沒有『死掉這一部分，但是另外一部分繼續活著』

¹⁴ 蔡宗珍，從憲法生命權之保障看安樂死合法化問題，憲法與國家（一），頁240-241，2004年4月。

的可能，也沒有『死去一段時間，過一陣子再復活』的可能。生命權的損害是全面的，永久的，這是生命權獨有的特性」¹⁵，乃對於前述「生命」係一種源於自然法則，對於人類生物性的生命存在特性的事實描述，均屬鞭辟入裡之洞察。由此應可直觀、具體且無違一般通念地理解：生命權之意義與內涵，即在於保障生命之存在本身，即保障人繼續作為一切自由權利存續之原點、人格依附之實在，人性尊嚴發揚之生物性存在的基礎；基於此種「諸權利基礎」之特性，及此種生命僅具有「有無」之狀態可知，生命之「限制」亦即生命之「剝奪」，必將同時限制依附於生命之上的一切需要生物基礎的自由與權利。

2、因此亦可知，此種意義之「生命」與「生命權」，其憲法上之屬性，應屬一種不容國家侵害、用以對抗國家之「防禦權」。其憲法文本上之基礎，無論是以本文反對、向來憲法實務所據憲法第 15 條生存權為其根基，認為該憲法文本的生存權，其射程除具有受益權性質之生存權外，亦兼有防禦權性質之生命權；或以憲法第 22 條為據，擴張憲法之權利清單，確認生命權受到憲法保障；又或本文所主張，基此生命的前述生物特性，由憲法上民主共和國原則、國民主權原則、基本權與生命之關聯，可以推認具有先於憲法存在而自憲法第 1 條民主共和國原則、第 2 條國民主權原則引申、或統合於列舉基本權上，應受憲法保障之生命權。然無論其憲法文本基礎為何，均不應以詞害意，而沖淡、稀釋此「生命」與「生命權」，特別是前述「諸

¹⁵ 具體引用範圍詳參代理人此前陳述意見文書

權利基礎」的重要性，與全有全無的「點」的性質，不應因憲法文本基礎之差異，而有所不同。

(五) 生命權描述彙整：

綜上所述，代理人以為所謂生命，乃基於自然法則，生物的物理性、生物性的存在事實，亦人類個體參與社會活動、構建自由民主憲政秩序之物理性、生物性基礎，一切仰賴個體生理活動始得存續或行使之基本權，均以人民生命之存續為其前提，乃先於憲法而存在，而基於憲法第 1 條民主共和國原則、第 2 條國民主權原則，亦當然必須肯定主權者之「生命存在」受到憲法之保障，而依附於生命存在之列舉基本權，亦殊難想像缺乏保障「生命」此一前提內涵，是「生命權」應專指人民之「生命」、尤指生命之「存續」受憲法保障，本於基本權之防禦機能，保障人民之生命免於國家之侵害。

(六) 生命權剝奪結果-剝奪一切需賴個體生理活動始得存續或行使之基本權，或至少嚴重限制各該基本權涉及生命之保障內涵：

- 1、 由上開生命與生命權的意義與保障內涵，
代理人主張：死刑除剝奪生命權外，因其手段在消滅個體生理活動之存續，因而當然剝奪其他一切需賴個體生理活動始得存續或行使之基本權，或至少嚴重限制各該基本權涉及生命之保障內涵；然基於「生命」此種物理性、生物性的本質特徵，殊難想像有何憲法保障之基本權利，有不因生命之剝奪而至少受重大限制之可能性。
- 2、 由於生命，乃基於自然法則，生物的物理性、生物性的存在事實，亦人類個體參與社會活動、構建自由民主憲政秩序之物理性、生物性基礎，一切仰賴個體生理活動始得存

續或行使之基本權，均以人民生命之存續為其前提。因此死刑，即國家物理性地消滅人民生命之存續，必然同時侵害一切仰賴個體生理活動始得存續或行使之基本權，視該項基本權本質對於人民此項物理性、生物性存續基礎的依存度，而有從嚴重限制乃至完全剝奪之程度差異。然基於「生命」此種物理性、生物性的本質特徵，殊難想像有何憲法保障之基本權利，有不因生命之剝奪而至少受重大限制之可能性。

3、申言之者，沒有生命，就沒有與其他有生命的人民討論平等（憲法第 7 條）的基礎；沒有生命，連身體都只能歸於塵土，人民身體的自由（憲法第 8 條）亦歸於虛空；沒有生命，連身體都歸於塵土，也談不上居住，更無從遷徙（憲法第 10 條）；沒有生命，即無從表達意思，就不能依靠他人從事扶乩降靈等非科學手段以外之方法，發表言論、著書立說（憲法第 11 條）、與人通訊（憲法第 12 條）、信仰宗教（憲法第 13 條）、集會結社（憲法第 14 條）；沒有生命，生存的意義完全喪失，更不能選擇職業工作，人世間因應社會生活所為價值衡量的財產，更於死人毫無意義（憲法第 15 條）；沒有生命，司法受益權之主體歸於消滅（憲法第 16 條）；沒有生命，就不能透過投票參與政治活動（憲法第 17 條），不能應考試，也不能服公職（憲法第 18 條），也不能接受國民教育（憲法第 20 條）；沒有生命，除民俗上的冥婚外無從與人成婚（婚姻自由，憲法第 22 條、司法院釋字第 362 號、第 552 號解釋，憲法法庭 111 年度憲判字第 20 號、112 年度憲判

字第 4 號判決)、不能再學習與接受繼續教育(受教育權與學習自由, 憲法第 22 條, 司法院釋字第 382 號、第 626 號、第 684 號解釋)、不能變更姓名(姓名權, 憲法第 22 條、司法院釋字第 399 號解釋)、不能自主發生性行為(性行為自由, 憲法第 22 條, 司法院釋字第 554 號解釋)、不能再依自主意思為契約之締結、變更、解消(契約自由, 憲法第 22 條, 司法院釋字第 576 號、第 580 號、第 602 號、第 716 號、第 728 號解釋)、無法自主控制個人資料與隱私(隱私權, 司法院釋字第 509 號、第 535 號、第 585 號、第 603 號、第 689 號解釋, 憲法法庭 111 年憲判字第 1 號、第 13 號、第 16 號判決)、不能在死後獲知血緣來源(確認血緣來源的權利, 憲法第 22 條, 司法院釋字第 587 號)、也沒有人身可以考慮安全或不安全(身體權與人身安全, 憲法第 22 條, 司法院釋字第 630 號、第 689 號解釋, 憲法法庭 111 年憲判字第 1 號、第 16 號判決)、不能參與社會活動形塑社會聲譽(名譽權, 憲法第 22 條, 司法院釋字第 656 號解釋, 憲法法庭 112 年度憲判字第 8 號判決)、更無從繼續發展人格(人格權, 憲法第 22 條, 司法院釋字第 664 號解釋, 憲法法庭 111 年度憲判字第 4 號、第 8 號、第 17 號判決)、不能依自主意思行為或決定停留或前往他處(一般行為自由與行動自由, 憲法第 22 條, 司法院釋字第 689 號、第 699 號解釋), 除民俗上的死後收養外, 無從於法律上再為收養子女(收養子女之自由, 憲法第 22 條, 司法院釋字第 712 號解釋)、沒有身體就更談不上健康(健康權, 憲法第 22 條, 司法

院釋字第 785 號解釋）、不能選擇依傳統文化繼續生活（原住民依傳統文化生活之權利，憲法第 22 條，司法院釋字第 803 號解釋，憲法法庭 111 年度憲判字第 4 號判決）、沒有大腦可進行思想活動（思想自由，憲法法庭 111 年度憲判字第 2 號判決）、不能表達對於原住民身分的認同（原住民身分認同權，憲法法庭 111 年度憲判字第 4 號、第 17 號判決）、不能決定以何種方式自主保障管理健康（管理自身健康風險之自主決定權，憲法第 22 條，憲法法庭 111 年度憲判字第 19 號判決）。

4、職此之故，代理人藉由憲法上關於生命與生命權之內涵，主張死刑除剝奪憲法保障人民之生命權外，因個體之生命與生理活動之存續因此消滅，而當然剝奪其他一切需賴個體生理活動始得存續或行使之基本權，或至少嚴重限制該基本權涉及生命之保障內涵；且基於「生命」此種物理性、生物性的本質特徵，殊難想像有何憲法保障之基本權利，有不因生命之剝奪而至少受到重大限制之可能性。

二、死刑係國家對人的終局否定，侵害憲法保障人民之人性尊嚴。

（一）具體化人性尊嚴，此其時也：

憲法實務向來對於「人性尊嚴」欠缺明確可操作之闡釋，本案死刑不僅是國家消滅一個人的物理性生命存在，更是以最嚴酷的刑罰，否定一個人的生存價值，除「生命」與「生命權」的層次外，藉本案更有必要嘗試更具體化形塑我國憲法上「人性尊嚴」的意義：

1、應該不會有任何法律系在學生敢說未曾聽聞人性尊嚴以及生命權，法律系教授、法官、憲法法庭在意的僅是其概念的憲法依

據、階層關係為何？檢視大法官在解釋文中有提及「人性尊嚴」者，有釋字 656 號¹⁶、603 號¹⁷、490 號¹⁸等；解釋文中提及「人格尊嚴」者，有釋字 372 號¹⁹。解釋理由中以及各種不同意見書中出現的頻率更是不勝枚舉。憲法法庭成立後至少於 111 年憲判字第 2 號【強制道歉案（二）】、111 年憲判字第 4 號【原住民與非原住民結婚所生子女之原住民身分案】、111 年憲判字第 8 號【改定親權事件暫時處分案】、111 年憲判字第 13 號【健保資料庫案】、111 年憲判字第 16 號【司法警察（官）採尿取證案】、111 年憲判字第 17 號【西拉雅族原住民身分案】、112 年憲判字第 4 號【限制唯一有責配偶請求裁判離婚案】、112 年憲判字第 8 號【誹謗罪案（二）】、112 年憲判字第 11 號【選舉幽靈人口案】等案件主要理由中反覆出現。

2、我國憲法中除了憲法增修條文第 10 條第 6 項出現過人格尊嚴外，實際尚未曾出現過「人性尊嚴」之內容，但我國憲法法庭實務反覆運用此一核心概念。究竟人性尊嚴的概念根據為何論者有提及三種說法。「其一，人性尊嚴之保障是先於憲法存在，

¹⁶「民法第一百九十五條第一項後段規定：「其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」所謂回復名譽之適當處分，如屬以判決命加害人公開道歉，而未涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即未違背憲法第二十三條比例原則，而不牴觸憲法對不表意自由之保障。」

¹⁷「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障（本院釋字第五八五號解釋參照）。其中就個人自主控制個人資料之資訊隱私權而言，乃保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。惟憲法對資訊隱私權之保障並非絕對，國家得於符合憲法第二十三條規定意旨之範圍內，以法律明確規定對之予以適當之限制。」

¹⁸「…復次，服兵役之義務，並無違反人性尊嚴亦未動搖憲法價值體系之基礎，且為大多數國家之法律所明定，更為保護人民，防衛國家之安全所必需，與憲法第七條平等原則及第十三條宗教信仰自由之保障，並無牴觸。…」

¹⁹「維護人格尊嚴與確保人身安全，為我國憲法保障人民自由權利之基本理念。增進夫妻情感之和諧，防止家庭暴力之發生，以保護婚姻制度，亦為社會大眾所期待。民法第一千零五十二條第一項第三款所稱「不堪同居之虐待」，應就具體事件，衡量夫妻之一方受他方虐待所受侵害之嚴重性，斟酌當事人之教育程度、社會地位及其他情事，是否已危及婚姻關係之維繫以為斷。若受他方虐待已逾越夫妻通常所能忍受之程度而有侵害人格尊嚴與人身安全者，即不得謂非受不堪同居之虐待。…」

不待憲法規定國家即須保障，憲法縱使規定，也僅具事後確認性質，不影響人性尊嚴屬原權或固有權之地位。其二，由憲法第二章所列舉之人民權利個別保障範圍內，即可推演出保障人性尊嚴之內容，縱然無法從例舉之人權清單中推求，至少亦可從概括保障規定（憲法第二十二條）中得到依據。其三，以憲法增修條文第十條例六項為依據：『國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全、消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。』²⁰，即便如此，大法官仍在諸多解釋與判決中，明白揭示：「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。」²¹，肯定人性尊嚴乃自由民主憲政秩序之核心價值，但人性尊嚴具體意義與保護內涵為何，似乎未盡具體明確。

3、「民國（下同）80 年 11 月我於中國比較法學會（現易名為台灣法學會）年會的學術研討會中，宣讀〈人性尊嚴之憲法意義〉一文時，『人性尊嚴』一詞尚非憲法或法律用語。1 年半之後的國民大會第 2 次修憲，始於憲法增修條文第 18 條第 4 項中明定，國家應維護『婦女之人格尊嚴』（81.5.28 公布，現為第 10 條第 6 項），該修憲約 2 年半後的司法院釋字第 365 號解釋（83.9.23），首次引用該規定（經第 3 次憲法增修條文改列於第 9 條第 5 項）作為解釋依據，直到司法院釋字第 485 號解釋（88.5.28）才在理由書中出現『維持合乎人性尊嚴之基本生活需求』一語，之後，釋憲中使用『人性尊嚴』一詞的頻率高於『人格尊嚴』而錯落在釋字

²⁰ 李震山，憲法未列舉之固有權-生命、身體、尊嚴與人格，多元、寬容與人權保障-以憲法未列舉權之保障為中心，元照出版，2007 年 09 月 2 刷 1 版，頁 137。

²¹ 司法院釋字第 603 號、第 803 號解釋，憲法法庭 111 年度憲判字第 4 號、第 16 號、第 17 號判決參照

第 490、550、567、585、603、631、656、664、 689、712、
753、791、803 等號解釋，以及憲法法庭 111 年憲判字第 2、
4、8、13、16 等號判決之中，而這些走過所留下的痕跡，皆
是值得回顧的素材。較令人惋惜的是，從 前述司法見解中並
不能探明『人格尊嚴』與『人性尊嚴』 用語差異性，更無法
歸納出整全式且可操作的『人性尊嚴的憲法意義』。²²(附件
5)，代理人以為，本案死刑作為國家從物理意義乃至社會意義
上，消滅一個人的物理性生命存在，否定一個人的生存價值，
除討論「生命」與「生命權」外，亦同時涉及更為抽象的人性
尊嚴，藉本案嘗試形塑我國憲法對於「人性尊嚴」的態度與操
作「人性尊嚴」之憲法釋義學方法，此其時也！

（二） 人性尊嚴應有的憲法意義：人之所以為「人」。

- 1、 憲法核心目的為保障人民，以此規範國家與人民之關係、國家
政府體制與國家權力間之關係，解釋與適用憲法，均應以「人」
為核心出發，以「人」為自由民主憲政秩序最核心的價值：憲
法出現的源初目的是保護人民免於國家的過度侵害，隨著憲法
不斷發展，國家更有積極保護人民、實踐自我的積極義務。觀
察何謂國家秩序存立的憲政秩序基礎²³，諸如民主共和國原則、
國民主權原則、法治國原則、社會福利國原則、多元文化國原
則。所有的原則不斷指向「人」、「保障人的權利」、「追求
人的價值自我實踐」、「國家為此所負擔之義務」。隨著眾人

²² 李震山著，人性尊嚴的憲法意義-回顧與反思，法學思索與社會實踐：林信和教授七秩榮慶暨榮退論文集（上冊），2023 年 01 月，頁 103。

²³ 「憲法條文中，諸如第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民主權原則、第二章保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則，具有本質之重要性，亦為憲法整體基本原則之所在。基於前述規定所形成之自由民主憲政秩序，乃現行憲法賴以存立之基礎，凡憲法設置之機關均有遵守之義務」司法院釋字 499 號解釋文參照。

1 不斷努力前進，我們越來越清楚各種要件及所架構的核心。釋
2 字 603 指出「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主
3 憲政秩序之核心價值」。故有謂「『人性尊嚴』為臺灣憲法不
4 成文的保障條款。」²⁴更有論者如此完整說明人性尊嚴與憲法
5 之關係「人的尊嚴構成整部憲法的核心部分，沒有尊嚴的憲法，
6 不成其為憲法。…保障人的尊嚴是憲法國家存在的目的…所有
7 的憲法法規均應以保障人的尊嚴為依歸…憲法中所保障的人民
8 基本權利，率皆源自於人的尊嚴保障。」²⁵(附件 6)，代理人
9 以此主張我國憲法是、也應該是一部「以人為本」的憲法，解
10 釋與適用憲法，均應以「人」為核心出發，以「人」為自由民
11 主憲政秩序最核心的價值。

12 2、「人」之所以為「人」，人的價值就是人性尊嚴：

13 李震山教授指出：「『人性尊嚴』之主體可預設為『一般理性
14 之人』（健全、自主的理性人），有依其自由意志而自治、自
15 律、自決的自主『本性』，對於公權力或他人無端所強加的他
16 律 或他決，亦有拒絕的『本性』。透過人的理性，可以形成
17 自己的概念世界與思想體系，而對該項『人的本性』或『人性
18 價值』的高度尊重，即係人性尊嚴所由生。」²⁶(附件 7)、

19 「憲法上人性尊嚴意義，可從積極與消極兩個面向界定之。積
20 極面係指，每個人皆有自治、自律、自決的自由與權利，但以
21 不侵害他人自由權利，以及不使他人或自己物化、工具化與拋
22 棄重要基本權利為底線。消極面係指，每個人皆有防禦或抗拒

²⁴ 李建良，自由、平等、尊嚴（上）-人的尊嚴作為憲法價值的思想根源與基本課題，月旦法學，153 期，2008 年 01 月，頁 185。

²⁵ 李建良，自由、平等、尊嚴（下）-人的尊嚴作為憲法價值的思想根源與基本課題，月旦法學，154 期，2008 年 02 月，頁 201。

²⁶ 同前註，頁 109。

1 他治、他律、他決的自由與權利，縱有依法律之干預，亦不
2 能形成被物化、工具化或掏空基本權利核心內容
3 (Wesensgehalt) 的結果。兩個面向的交集，就是德國聯邦憲
4 法法院審判實務上常引用學者 Günter Dürig 所創，不能將
5 人貶抑為純粹作為國家手段且物化的「客體公式」
6 (Objektformel)。」²⁷，如果說生命是基於自然法則，為物
7 理性、生物性的存續，並進而使人類在物質世界的活動成為可
8 能，可謂總括支配了人在物理上、生理上的一切活動與意義；
9 然而人並非純粹唯物的物質生物，大腦發展了語言、認知和社
10 會互動能力，人類據此而有脫離物質的抽象思考，並可進行各
11 樣行為的思考決定，發展社會活動，形塑「人類文明」。人類
12 的文明性，結合了人類物種的物質活動與精神活動，而彰顯人
13 之為人、人是為人、人所以為人的，就是人類族群中的每個個
14 人都具有的理性、自治、自律、自決的自主「本性」，就是人
15 性尊嚴，就是保障人可以是個「人」、做個「人」，而依其
16 「本性」在人類社會中發展，就是憲法意義下的人性尊嚴：保
17 障人作為有別其他生物的「種群文明特性」，亦即，保障人之
18 所以為「人」的權利。

19 3、人性尊嚴，也就是人的價值，不只是德國基本法保障的價值，
20 更是我國憲法保障的價值：

21 (1) 許玉秀教授曾撰文²⁸(附件8)指出：「人性尊嚴是中文，雖是
22 翻譯用語，但翻譯是精確的，沒有太過。不管是英文 human
23 dignity，德文 Menschenwürde，Dignity 尊貴與 Würde 價

²⁷ 同前註，頁 110

²⁸ 許玉秀，死刑違憲論述補遺（代序），放棄死刑走向文明，2015 年 9 月，頁 7-16

1 值都有正面的意義，所謂人作為人的特質，就是人的價值，
2 人作為人的那種價值，是有價值的價值，不管是日行一善的
3 人或作惡多端的人，都有的人的價值。這種價值觀，是『人
4 為萬物之靈』的價值觀、是『天生我材必有用』的價值觀。
5 孤單的個人互相結合組成團體，目的當然是保護每個人的存
6 在與發展，這種被保護的存在與發展，當然建立在每個人的
7 存在與發展是有價值的這個前提上面，承認每個人是有價值
8 的，他們的存在與發展才可能是有價值而需要被保護和成就
9 的。肯定人的價值，這是人的世界能存在和運作的前提，才
10 可能因此產生需要被保障的各種基本權。所有的基本權都是
11 建立在『人是有價值的』這個命題上面；所有基本權的設置，
12 也是為了實現人的價值這個目標。」，肯定人性尊嚴就是人
13 的價值，就是「人」之所以為「人」的價值，而肯定人的價
14 值、進而實現人的價值，就是以人為本的憲法，確認與保障
15 人民基本權所欲實現的目標。

16 (2) 我國憲法雖未如德國基本法第 1 條明定：「肯定人的價值，
17 這是人的世界能存在和運作的前提，才可能因此產生需要被
18 保障的各種基本權。所有的基本權都是建立在『人是有價值
19 的』這個命題上面；所有基本權的設置，也是為了實現人的
20 價值這個目標。」，而以憲法文本明示人性尊嚴的憲法地位，
21 然而我國憲法第 1 條明定民主共和國原則、第 2 條明定國民
22 主權原則，依司法院釋字第 499 號解釋，具有本質之重要性，
23 亦為憲法整體基本原則之所在；本於此種本質重要性規定所
24 形成之自由民主憲政秩序，乃現行憲法賴以存立之基礎，凡
25 憲法設置之機關均有遵守之義務。

(3) 據此，許玉秀教授指出²⁹：「人民如果沒有價值，怎麼可能民有民治民享？能夠有、治、享一個國家的人，是國家的主人，怎麼可能沒有價值？而保障了人民對國家的所有權、管理權、享受福利權，是不是就保障了人民的價值？」、「因為民主國家的人民是主人，主人是自己可以作主的人，這樣的人可以決定自己的價值，當然是尊貴有威嚴的。所以憲法保障人性尊嚴，是普世價值，而且台灣只要是民主國、法治國，就不可能自外於這個普世價值。」，由我國具本質重要性規定民主共和國原則、國民主權原則，當然可以導出作為國家構成員與主權者的人民，其「人」之所以為「人」的價值、也就是人的價值，亦即本文所指代的「人性尊嚴」，當然是我國憲法上重要的、是尊貴的、是受憲法保障的價值。此所以前引我國憲法實務，高舉「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。」³⁰，肯定人性尊嚴受憲法保障之根源所在。由此可知人性尊嚴，不只是好人的價值，也是壞人的價值，是安善良民的價值，也是作奸犯科者的價值，是豪奢巨富的價值，也是貧困乞兒的價值，是智者政客的價值，也是癡愚凡夫的價值…，任何人只要是人，就具有這種應該要被當成「人」來看待的、普世都承認的價值。

4、人性尊嚴，是駕馭在一切憲法基本權之上，完備整個基本權體系的根本價值：

誠如前引蔡大法官宗珍之見解：「透過憲法所建構的民主國

²⁹ 許玉秀，死刑違憲論述補遺（代序），放棄死刑走向文明，2015年9月，頁7-16

³⁰ 司法院釋字第603號解釋

1 家，各個人民以其獨立的理性主體地位成為國家機器權力運作
2 正當性之權源，乃民主意涵下當然的要求與表現——一切權力來
3 自人民，一切權力的運作也必須回溯到人民的意志上。『民
4 主』必須是建立在以各個人民為獨立自主的理性主體之前提
5 上，而其作為理性『主體』而非客體的重要憑藉，即在於其生
6 命、身體之生物性存在，以及精神性自決可能等地位。也因
7 此，每一個『人』均應有權主張享有不受恣意侵害或剝奪的生
8 命存在、身體完整、精神自決的地位，自然是不必冗長論證其
9 理自明的思想。」³¹，如前所述，本於民主共和國原則與國民
10 主權原則可以推導出「生命存在」、「身體完整」、與「精神
11 自決」，即生命權、身體權與思想權，乃當然地、根本性地必
12 須受到憲法基本權之保障，而能夠於抽象價值上駕馭此三者的
13 根基性憲法概念，即代理人在此主張的「人性尊嚴」：「人」
14 之所以為「人」。正因一切人的權利與價值，都被涵括在「人
15 性尊嚴」的內涵之下，也因此才得以架構人性尊嚴作為所有基
16 本權來源的崇高地位，也因此可以人性尊嚴作為基本權來推演
17 新的權利，如果否認這樣一種基礎，基本權的保障將不完整，
18 即如論者李建良教授所謂「人的尊嚴保障只是一種『根本性』
19 的保障，然此點並不足以減損尊嚴做獨立基本權的價值。蓋其
20 可發揮『補餘』的功能，形成完整的人權保障體系。」³²，不
21 僅一切現有的基本權，都可以被人性尊嚴所包括，甚至未來發
22 展中的基本權，也是透過人性尊嚴的價值映射而發展，以完備
23 憲法保障基本權的體系。

³¹ 蔡宗珍，從憲法生命權之保障看安樂死合法化問題，憲法與國家（一），頁 235-236，2004 年 4 月

³² 李建良，自由、平等、尊嚴（下）-人的尊嚴作為憲法價值的思想根源與基本課題，月旦法學，154 期，2008 年 02 月，頁 199。

5、職此之故，代理人以為：人性尊嚴是個體作為一個「人」應該被尊重的地位，也就是人的價值，即「人」之所以為「人」。代理人援引李震山教授對於人性尊嚴概念的完整描述，並引用許玉秀教授之論理，論述人性尊嚴的本國憲法根基，可堪為代理人主張之基礎。並由此也可以發現人性尊嚴除了包括人的生命這種物理性、生物性層面的意義與價值以外，也包括了人的文明這種精神性與社會性的意義與價值，而有總括一切因「人」而生、基本權中的基本權的根本性價值與地位，作為人性尊嚴在我國憲法應有之意義與地位。

（三）死刑因否定人性尊嚴而違憲：

死刑因係國家以消滅「人」作為處罰的手段，而否定人憲法上生命存在的地位，與生命存在的價值，否定「人」所以為「人」，即否定受刑人的人性尊嚴，而構成對人性尊嚴的侵害。

1、死刑係對受刑人憲法上「生命存在」地位之否定：

（1）誠如前述，我國憲法第 1 條明定民主共和國原則、第 2 條明定國民主權原則，均乃具有憲法根本重要性之原則，以此任何國民都是共和國組成員的一份子，也是國家的主權者。

（2）死刑形式上是國家從以消滅人的生命為手段，使人從物理上脫離國家社會的一切活動。在這個物理現象上可知，人民因為死刑的執行被排除於國家、社會之外，國家殺害共和國的構成員、也就是殺害擁有、治理、享有國家的主權者，國家並以此宣示，受死刑執行者無法再作為國家的構成員與主權者，只能一死，以饗國人。

（3）由此吾人可以理解，死刑因其係國家以消滅「人」為手段，就物理面而言，係消滅人生命之存續，進一步從制度面以觀，

1 此種「消滅」係解除了共和國構成員的「同胞」地位，受刑
2 人等如被共和國「除名」，且剝奪其作為共和國主權者的地
3 位與主權，係對受刑人憲法上「生命存在」地位之否定。

4 2、死刑的量處，除了表彰國家對受刑人犯罪行為予以最嚴厲的非
5 價責難，也同時是對受刑人向來的生命歷程予以最嚴厲的非價
6 責難：

7 (1) 受死刑判決人固然會面臨國家從物理上，就其生命加以「消
8 滅」，而喪失了構成員、主權者的身分地位；然而我們更可
9 以注意到，死刑不是單純不具其他評價意義的「殺人」，死
10 刑更是一種「處罰」，是對於受刑人的非價責難。

11 (2) 固然作為受刑人犯罪的代價，死刑作為一種處罰，基於我國
12 「行為刑法」的原則³³，當然是對於行為人行為的非價責難。
13 但進一步深入討論，由於我國刑法、特別是在量刑階段，於
14 刑法第 57 條兼採「行為」因素與「行為人」因素³⁴之設計，
15 而於司法判處死刑時，因量刑而必須同時考慮到的一切情狀、
16 除客觀行為責任因素以外，尚需考慮行為人主觀的責任因素，
17 綜合評價後始得量處死刑。邏輯上死刑作為我國最嚴厲的刑
18 罰，該量刑決定包括對「行為」以「行為人」最嚴厲之非難。
19 申言之，如考慮刑法第 57 條第 4、5、6 款等關於行為人之量
20 刑因素，係著眼於行為人人格特質與過往社會表現，尤其最
21 高法院於司法實務要求，於量刑階段應以「盤點存貨」之審

³³ 刑法第 1 條明定：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。」，此固然是罪刑法定主義之明文，依其條文「『行為』之處罰」，亦顯示我國刑法是一部「行為刑法」。

³⁴ 刑法第 57 條明定：「科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意下列事項，為科刑輕重之標準：…」，其中第 4、5、6 款分別為「四、犯罪行為人之生活狀況。」、「五、犯罪行為人之品行。」、「六、犯罪行為人之智識程度。」，顯然均與犯罪行為本身無關，而著眼於行為人的特質與過往的社會表現。

1 慎態度為之³⁵，則死刑的結論毋寧是表彰國家對行為人、對行
2 為人過往生命歷程予以最嚴厲的非價責難——你的人格發展、
3 社會表現、各方面從出生至今的生命歷程，殊無值得法院肯
4 定、稱許、理解、同情之處。

5 3、死刑的執行，除了消滅受刑人現在生命的存續外，也是消滅受
6 刑人未來生命的一切可能性，而這種帶有「處罰」意義的「非
7 價化」，也同時對受刑人未來的生命予以非價責難：

8 受死刑判決人既然面臨國家從物理上，就其生命加以「消
9 滅」，受刑人因此在接受死刑執行以後的生命，也失去了任何
10 發展的可能性，無論是向上的可能性，或向下的可能性，好的
11 可能性，或壞的可能性。受刑人在未來的生命中，無論有任何
12 可能的發展或表現，國家都透過殺死受刑人為手段，一括地加
13 以「取消」，包括受刑人未來生命的一切——你未來生命的一切，
14 國家社會都不在意。我們還可以注意到，死刑的量處與執行的
15 意義並不是「中性」的；作為國家的一種「處罰」，死刑具有
16 高度的道德非難意義。換言之，國家透過殺死受刑人為手段，
17 一括地將受刑人未來生命的一切可能都加以「消滅」，並不僅
18 僅只是客觀地「取消」，排除受刑人未來一切無論好壞的可能
19 性，而是評價性地，對受刑人未來的生命，予以非價責難——你

³⁵ 最高法院 102 年度台上字第 170 號刑事判決：「法院於行使刑罰裁量之決定行為時，除應遵守憲法位階之平等原則，公約保障人權之原則，以及刑法所規定之責任原則，法理上所當然適用之重複評價禁止原則，以及各種有關實現刑罰目的與刑事政策之規範外，更必須依據犯罪行為人之個別具體犯罪情節、所犯之不法與責任之嚴重程度，以及行為人再社會化之預期情形等因素，在正義報應、預防犯罪與協助受刑人復歸社會等多元刑罰目的間尋求衡平，而為適當之裁量。於法定刑包括死刑之案件，如考慮選擇科處死刑，本於恤刑意旨，除須符合上開諸項原則外，其應審酌之有利與不利於犯罪行為人之科刑因素，尤其刑法第五十七條所例示之十款事由，即應逐一檢視、審酌，以類似『盤點存貨』之謹密思維，其實詳予清點，使犯罪行為人係以一個『活生生的社會人』而非『孤立的犯罪人』面目呈現，藉以增強對其全人格形成因素之認識，期使刑罰裁量儘量能符合憲法要求限制人民基本權利所應遵守之『比例原則』。」，即所謂「吳燦基準」。

1 未來生命可能發生的一切，對這個國家社會都沒有值得肯定的
2 價值。

3 4、死刑否定人憲法上生命存在的地位與價值，否定「人」所以為
4 「人」，即否定受刑人的人性尊嚴，而構成對人性尊嚴的侵害：

5 承前，從我國憲法所定、具有憲法基本重要性的民主共和
6 國原則與國民主權原則，所揭示的所有人民與國家的關係，國
7 家以死刑「消滅」受刑人的生命，同時解消共和國成員的「同
8 胞」地位，受刑人等如被共和國「除名」，且剝奪其作為共和
9 國主權者的地位與主權，係對受刑人憲法上生命存在地位之否
10 定。此外，死刑的量處，對於受刑人過去的生命為非價責難，
11 而死刑的執行，對於受刑人未來的生命為非價責難。死刑自其
12 決定的過程與執行的結果，就是對共和國成員生命存在價值的
13 否定。準此，國家以死刑向共和國的所有人宣告，受刑人沒有
14 作為一個「人」，與其他國民一起同存於世的可能性，只能如
15 豬狗，如草芥，被國家「消滅」其生命，就是對「人」所以為
16 「人」的否定，而否定受刑人的人性尊嚴，構成對人性尊嚴的
17 侵害。

18 (四) 依本國憲法實務亦可確認，死刑因其效果相當於「將受刑人永
19 久逐出社會」，因此具備「永久否定受刑人社會成員身分之作
20 用，也就不必再以使其復歸社會作為行刑之目的」，此際受刑
21 人僅係「純粹防制犯罪對象與社會防衛客體之受刑人，其實是
22 被當作社會的『敵人』或『他者』」，而侵害人性尊嚴：

23 鈞庭 113 年度憲判字第 2 號判決尤大法官伯祥提出、陳大
24 法官忠五加入之協同意見書指出：「憲法所描摹之個人圖像是
25 活在社會中的理性人，並以個人作為社會成員為前提而保障其

1 人性尊嚴，若無期徒刑是必須終生在監獄中服刑之刑罰，則實
2 際上是藉由監獄之隔離功能將受刑人永久逐出社會之措施。這
3 樣的無期徒刑，因具有永久否定受刑人社會成員身分之作用，
4 也就不必再以使其復歸社會作為行刑之目的。縱使國家在外觀
5 上並未放棄對無期徒刑受刑人之矯正，但實際上受刑人因無望
6 復歸社會，根本沒有接受矯正之動力。淪為純粹防制犯罪對象
7 與社會防衛客體之受刑人，其實是被當作社會的『敵人』或
8 『他者』，其人性尊嚴已遭否定。」³⁶，固係針對沒有釋放可
9 能性的終身無期徒刑所為解釋，然其論理基礎指出如刑罰手段
10 的效果相當於「將受刑人永久逐出社會」，因此具備「永久否
11 定受刑人社會成員身分之作用，也就不必再以使其復歸社會作
12 為行刑之目的」，此際受刑人僅係「純粹防制犯罪對象與社會
13 防衛客體之受刑人，其實是被當作社會的『敵人』或『他
14 者』」，對於剝奪生命之死刑而言，亦有其適用，因而尤大法官
15 伯祥提出、陳大法官忠五加入之協同意見書所指出終身無期
16 徒刑侵害人性尊嚴的論理看法，於死刑亦有其適用。

17 (五) 死刑與人性尊嚴不衝突的意見不可採：

18 1、死刑與人性尊嚴不衝突論的理路：

19 有論者³⁷(附件9)認為根據「理性與自決才是人性尊嚴的核心」、
20 「生命的剝奪，並不必然違反人性尊嚴，甚至承擔責任，接受
21 刑罰，正是人之所以為人的尊嚴所在。」、「生命的重要性在
22 於承載理性，使自主以及自決成為可能。生命是載具，自主自
23 決是載體。」，依論者之主張：死刑是對生命權的剝奪，但是

³⁶ 憲法法庭 113 年度憲判字第 2 號判決尤大法官伯祥提出、陳大法官忠五加入之協同意見書，頁 7-8

³⁷ 許家馨，模擬憲法法庭部分不同部分協同意見書，放棄死刑走向文明，2015 年 09 月，一版，台北律師公會出版，頁 204。

因為受刑人承擔了責任、接受了死刑，因此維持了人性尊嚴。
論者並認為對於生命權的侵犯，有正當防衛、緊急避難、戰爭
等例外，因此可以證立生命權的侵害，並不會冒犯人性尊嚴。

2、死刑與人性尊嚴不衝突論的明顯瑕疵：

(1) 死刑的「國家行為」性：

死刑與人性尊嚴不衝突論，在引用正當防衛、緊急避難、戰爭等反例時，顯然忽略了死刑具有「國家行為性」，即由獨佔刑罰權的國家，對國家的「人民」（特別是在違憲審查的討論中）施以消滅「生命」的手段。

「國家」既非是基本權的主體，也因此「國家」並不能對人民主張基本權，則在「死刑」的這個國家行為的場景中，並不存在基本權主體間，因為基本權發生現實緊急的危害衝突，而產生的正當防衛與緊急避難，用以消滅人民的生命；同樣的，國家也不可能、也不可以，對於「個別人民」發動「戰爭」，而以此消滅人民的生命。

死刑具有的國家行為性，是相關反例中極其關鍵的差異，若非死刑屬於國家行為，死刑亦不會涉入違憲審查之討論。相關反例至多僅能證明生命權的保障並不是完全的「絕對化」，生命權的保障存在「相對性」，在特定的條件下，基本權主體可能會在其他基本權面前退讓，甚至連基本權主體的生命都必須加以退讓。

代理人以為刑法在這個時候可以給我們明確的指引。正當防

1 衛以及緊急避難兩者的基本特徵是「保護法益」、「防止法
2 益受害」。除了「必要」、「不得已」的要件檢驗之外，
3 「引發死亡結果」只可以是保護法益的附帶結果，不可以是
4 直接故意的對象，此亦是死刑與正當防衛、緊急避難在行為
5 上的顯然差異。特別是因為國家在判處死刑、執行死刑必須
6 符合正當法律程序，因此在國家判處、執行死刑時，不可能
7 具備正當防衛的「現時性」或緊急避難的「急迫性」。即使
8 是戰爭狀態，亦禁止對於放棄抵抗投降的敵人任意殺傷，那
9 樣的狀態已經是屠殺，而非戰爭³⁸。

10
11 與此相互呼應的，是錢建榮法官在其於模擬憲法法庭所提出
12 之鑑定意見，亦贊同南非憲法法院死刑案判決中，奧比。薩
13 克思大法官所指出：「在暴力發生很久之後，才處決一個已
14 被綁手綁腳的人，就完全不符合使用武力的比例原則，也不
15 能算是正當防衛。」³⁹（附件 10），足堪佐證。

16
17 誠如代理人前述所認生命權與人性尊嚴之關係，代理人在此
18 引用李建良教授之闡明：「生命為尊嚴的載體，若乏生命，
19 尊嚴即無所附麗，故生命權為憲法所保障，且應為一種相對
20 性的絕對保障，及除為保障另一生命權外，不得剝奪人的生
21 命。」⁴⁰，我們可以從尊嚴推導出生命權的保障，但不當然

³⁸ 參見 1907 年海牙第 4 公約第 23 條第 1 項第 3 款：「除各專約規定禁止者外，特別禁止：（三）殺、傷已經放下武器或喪失自衛能力並已無條件投降的敵人；」

³⁹ 錢建榮，模擬憲法法庭鑑定意見書，放棄死刑走向文明，2015 年 09 月，一版，台北律師公會出版，頁 511。該鑑定書第 25 頁

⁴⁰ 李建良，自由、平等、尊嚴（下）-人的尊嚴作為憲法價值的思想根源與基本課題，月旦法學，154 期，2008 年 02 月，頁 201。

1 可以從滿足特定條件時，個體間生命可能面臨意外的剝奪，
2 即從而認為國家消滅人民的生命，與人性尊嚴秋毫無犯。

3 (2) 對「人」之所以為「人」的否定，才是死刑侵害人性尊嚴的
4 原因，而並非所有會使生命消滅的行為，都有如死刑一般由
5 國家對人民生命為「非價責難」：

6 誠如許玉秀教授所指出：「死刑犯之所以被剝奪生命，
7 是因為他／她的生命被認為是沒有價值的，不是嗎？因為犯
8 下『人神共憤』的罪行，根本就是非人！既然因為不具有人
9 的價值而被處以死刑，不可能還有人性尊嚴。就被認為該死
10 的死刑犯而言，剝奪生命，當然剝奪人性尊嚴，而且就是為
11 了要剝奪他／她的人性尊嚴，才剝奪他／她的生命。所以就
12 死刑犯而言，剝奪生命，就是剝奪人性尊嚴，顯然沒有疑
13 義。」⁴¹

14
15 同樣與此相互呼應的，錢建榮法官在其於模擬憲法法庭所提
16 出之鑑定意見，亦贊同南非憲法法院死刑案判決中，奧比。
17 薩克思大法官所指出：「從某種角度來看，除非行刑手法殘
18 酷，否則『致死的刑罰』本身就充滿矛盾。前半段的『致
19 死』，讓後半段的『刑罰』沒有可執行的餘地：死囚只會被
20 消滅，而不會被懲罰。把活生生的一個人關在監獄裡，是一
21 種懲罰；可是一具屍體是沒有辦法再被懲罰的，最多只能加
22 以肢解。因此，死刑並不是憲法對個人的刑罰，而是要將低
23 於人性的罪犯，從憲法的視界中刪除。」⁴²，足堪佐證。

⁴¹ 許玉秀，死刑違憲論述補遺（代序），放棄死刑走向文明，2015年9月，頁7-16

⁴² 錢建榮，模擬憲法法庭鑑定意見書，放棄死刑走向文明，2015年09月，一版，台北律師公會出版，頁512。該鑑定書第26頁

謳歌個人人性的光輝以作為掩飾國家行為的黑幕，彷彿受刑人的死亡，都是出於信念自願承擔的死亡結果，是應該被稱頌傳世的英雄事蹟，而非出於國家絕對的權力所致的「犬死」。正是忘記了這個「死刑並不是憲法對個人的刑罰，而是要將低於人性的罪犯，從憲法的視界中刪除」，根本性的評價差異所在。

死刑所以冒犯人性尊嚴，是因為國家判處、執行死刑，而由國家對於人民的生命為「非價責難」：受刑人曾經的一切不堪為人、受刑人所犯的錯誤有如非人、受刑人未來的生命不值為人，這種對「人」之所以為「人」的否定，才是死刑侵害人性尊嚴的真正原因。

(3) 人死留名—虛無的幻夢：

論者主張死刑不侵害人性尊嚴，無非亦認為，人性尊嚴既係自律、自決的理性人的價值，則人民如犯下重大過犯，接受死刑之的結果也是人性尊嚴的體現；因之對如此的人民施加死刑，並無違反人性尊嚴。然而，這樣的說法顯然錯置觀察的角度。一個獨立自主的理性人，基於自決所為的行為，並承擔行為所生的後果，固能從道德意義上表彰人的尊嚴，然而這僅是個人基於自我實現的道德上決定，並不等於國家可以因此對行為人的生命予以最嚴厲的非價責難，並消滅人民的生命，亦不等於國家殺死一個人這樣的行為，不構成對人性尊嚴的冒犯。質言之，縱使死有重於泰山，亦有輕於鴻毛，然而一個人自以為該不該死、想不想死，以作為自

1 身行為結果的承擔，仍是個人層次的道德問題，並不是憲法
2 問題；但國家可不可以、能不能夠殺死一個人，則是國家權
3 力如何行使的憲法問題，論者明顯透過交換視角的手法，混
4 淆了這兩個問題。

5
6 「孔曰成仁，孟曰取義，惟其義盡，所以仁至。讀聖賢書，
7 所學何事，而今而後，庶幾無愧。」，固然是令人尊敬的信
8 念，然而這等面臨死亡無所畏懼的品行，是不需要對他人負
9 責的道德表現，反之，坦然以對的人性尊嚴之光越是耀眼，
10 越是顯得「死刑」對於被殺之人的羞辱與可惡，越是顯得
11 「施以死刑」的有權者，有多麼的殘暴。論者將國家「施以
12 處罰」透過「轉換視角」的手段，變更為個人「承擔責任」
13 的說法，實際上是透過將視角集中在理性人的「自我的道德
14 承擔」上，以此忽視作為憲法審查的考慮核心，也就是「國
15 家權力的憲法界限」。

16
17 更進一步現實地觀察，誠如許玉秀教授之批判：「就那個可
18 能生命誠可貴，但愛情、武士的榮譽或者其他事物價更高而
19 寧死不屈的人呢？他／她作為人的價值，在生命喪失之後，
20 真的還存在嗎？其實沒有，所謂的重於泰山，是抽象的人性
21 光輝在閃耀而已，可以證明為萬物之靈的人類，真的有價
22 值，應該在憲法裡面明文保障人的價值，但是那個具體的人
23 的價值已經隨著生命的逝去而不存在。有價值的，是那個曾
24 經活著的人活著的時候，死後被宣揚的都是活著的時候所呈
25 現的價值，要學習的也是活著的時候所做的事情。至於死了

1 以後的榮耀，那不是人的榮耀，那是已經成為鬼魂的或者是
2 天使的榮耀。」⁴³，所謂的人死留名，事實上卻是已經脫離
3 了國家的體系與組織，被憲法秩序終局否定的非人，終歸只
4 餘一抔黃土上的虛無幻夢而已。

5 (六) 小結：

6 職此之故，代理人以為，人性尊嚴為我國憲法之核心價值、
7 固有權利，保障人之所以為人，而死刑的判處與執行，係國家對
8 人的價值之終局否定，因而侵害憲法保障人民之人性尊嚴。

9 三、死刑即剝奪生命之行為係具殘酷性之過度處罰，而有侵害人民免 10 於受國家過度處罰之權利：

11 (一) 人民有免於受國家過度處罰之權利：

12 免於酷刑的權利固未明文規定於我國憲法，然而「罪刑相
13 當原則」即「人民身體之自由應予保障，憲法第 8 條定有明文。
14 限制人身自由之刑罰，嚴重限制人民之基本權利，係不得已之
15 最後手段。立法機關如為保護合乎憲法價值之特定重要法益，
16 並認施以刑罰有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目
17 的而侵害較小之手段可資運用，雖得以刑罰規範限制人民身體
18 之自由，惟刑罰對人身自由之限制與其所欲維護之法益，仍須
19 合乎比例之關係，尤其法定刑度之高低應與行為所生之危害、
20 行為人責任之輕重相稱，始符合憲法罪刑相當原則，而與憲法
21 第 23 條比例原則無違」，業經我國憲法解釋⁴⁴與判決⁴⁵所肯認，
22 因此可以導出對人民就其行為所應承擔之責任以外，施以過度

⁴³ 許玉秀，死刑違憲論述補遺（代序），放棄死刑走向文明，2015 年 9 月，頁 7-16

⁴⁴ 司法院釋字第 630 號、第 669 號、第 775 號、第 777 號、第 790 號、第 804 號解釋

⁴⁵ 憲法法庭 112 年度憲判字第 2 號、第 11 號、第 13 號判決

1 的處罰，即與憲法罪刑相當原則有所牴觸；換言之，人民有免
2 於受到國家過度處罰之權利。

3 (二) 人民免於受國家過度處罰權利之內涵：

4 所謂過度處罰，應具有質與量的兩個不同面向。於量的層
5 次，人民有免於逾越合理範圍而過重處罰的權利，而於質的面
6 向，人民有免於酷刑、殘忍或不人道處罰的權利。申言之，憲
7 法上罪刑相當原則，業已指明對人民課以處罰之憲法上界線，
8 則人民基於是項憲法原則之保障，即具有免於過度處罰的權利。
9 此際應值補充說明者，此項權利係罪刑相當原則之互文換義當
10 然之結果，而罪刑相當原則係一種憲法上「限制」人民基本權
11 利之「限制」，本質上為一種例外的例外，邏輯上亦僅有何謂
12 「相當」、何屬「過度」之界限判準，但如罪刑不相當而過重，
13 即屬違憲、處罰如過重，即不得採行，禁止過度處罰乃邏輯演
14 繹之必然結論，具有當然的不可寬減性。亦即，人民免於過度
15 處罰的權利，本質上係一種「絕對」的「權利」，乃因其權利
16 內涵實為憲法原則的本體之故。

17 (三) 比較憲法與國際人權法上的參照，亦堪信此項權利之普世性：

18 比較憲法上，美國憲法第 8 條修正案，即明定：「不得要求過
19 重的保釋金，不得課以過高的罰款，不得施予殘酷的、逾常的
20 刑罰。」⁴⁶，我國以施行法承諾遵守之聯合國公民與政治權利
21 公約第 7 條亦肯認：「任何人不得施以酷刑，或予以殘忍、不
22 人道或侮辱之處遇或懲罰。非經本人自願同意，尤不得對任何
23 人作醫學或科學試驗。」此項「酷刑禁止」之權利，根據公約

⁴⁶ Amendment VIII (1791)：「Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.」，中文翻譯引用自美國在台協會官方網站。

第 4 條，即便國家危殆之緊急狀態，亦不可有所減免；此項禁止酷刑的權利，亦明載於歐洲人權公約⁴⁷。於模擬亞洲人權法院於邱和順案之審理中，亦經國際專家一致指出，酷刑的禁止，不僅係習慣國際法，亦是長期以來於世界各國普遍肯認之國際強行法。在在肯認，人民免於過度處罰的權利，不僅是一句口號或原則，而是實實在在的在比較憲法與國際人權法上，普遍承認的基本人權。

（四）死刑、肉刑與思想刑，都是過度的處罰：

代理人一再反覆引用、指出，基於憲法民主共和國原則與國民主權原則，所導出人的地位，與個體得以進行社會活動，建構自由民主憲政基礎的必備條件即「生命存在」、「身體完整」與「精神自決」，此三種特性對應於基本權為生命權、身體權與思想權，而對此三者在概念上構成根本性牴觸的限制手段，就是「死刑」、「肉刑」與「思想刑」（思想改造）。

其中，「肉刑」為普世公認的「酷刑（torture）」，為自由民主憲政國家本於自由民主憲政秩序所不許，乃經驗自明之理；而針對「思想」的處罰，根據司法院釋字第 567 號解釋明揭：「非常時期，國家固得為因應非常事態之需要，而對人民權利作較嚴格之限制，惟限制內容仍不得侵犯最低限度之人權保障。思想自由保障人民內在精神活動，是人類文明之根源與言論自由之基礎，亦為憲法所欲保障最基本之人性尊嚴，對自由民主憲政秩序之存續，具特殊重要意義，不容國家機關以包

⁴⁷ 歐洲人權公約（European Convention on Human Rights）第 3 條：「任何人不得加以酷刑或使受非人道的或侮辱的待遇或懲罰。」

1 括緊急事態之因應在內之任何理由侵犯之，亦不容國家機關以
2 任何方式予以侵害。縱國家處於非常時期，出於法律規定，亦
3 無論其侵犯手段是強制表態，乃至改造，皆所不許，是為不容
4 侵犯之最低限度人權保障。」，肯定憲法對思想自由之保障程
5 度達到「絕對性」，不容國家基於任何原因、以任何方法限制
6 之，亦肯定思想刑屬於一種過度之處罰。

7
8 因此，同為構成憲政秩序根基，個體物理性、生物性必須的三
9 要素「生命存在」、「身體完整」、「精神自決」，其中「身
10 體完整」與「精神自決」之干預，即肉刑與思想刑，均構成過
11 度之處罰，則針對肉體「生命存在」之消滅，即「死刑」，縱
12 手段上採取不造成受刑人任何身心痛苦之方法為之，而未必相
13 當於「酷刑（torture）」，然依其強制結果之嚴重性而言，
14 亦不遜於對思想之干預，而與司法院釋字第 567 號解釋相當，
15 應屬過度之處罰。

16
17 （五） 依法制文獻以觀，亦可確認立法者肯定死刑之殘酷性，而屬過
18 度之處罰：

19
20 根據代理人此前提出李念祖教授於模擬憲法法庭所提出之鑑定
21 意見⁴⁸（附件 11），即已指出「我國 1907 年之刑律草案與 1928
22 年之舊刑法採取密刑（隱刑）」，依其註釋並引用黃源盛先生
23 於晚清民國刑法史料輯注指出：「1907 年清刑律草案第 7 章

⁴⁸ 李念祖，湯申先生就刑法第二百七十一條第一項處死刑等相關法律規定有違憲疑義聲請憲法解釋案鑑定意見(二)，放棄死刑走向文明，新學林出版有限公司，第 442 頁。

1 刑名之立法理由中已載明，死刑之執行方法，擬採絞罪在獄密
2 行之主義。死刑公行，乃肆諸朝市與眾共棄之義，其後變其意
3 為警戒眾人使不敢犯，然按古來各國之實驗，非惟無懲肅之效
4 力，適養成國民殘忍之風，故用絞之國，無不密行者，本案亦
5 然」、「死刑之執行，不採公行制者，蓋刑罰之設，所以制裁
6 犯人，而實出於不得已者，非以之威嚇犯人以外之人也。而死
7 犯尤為不得已之制裁，公行之制，實與刑罰原理不合。況從事
8 實上察之，不但不足以懼民，而反養成殘忍之性，刑事政策，
9 固如是乎。」，即已指明我國死刑採密刑（隱刑）制，而不採
10 公刑制，乃因死刑即處死一個人具有「殘酷性」，國民見聞此
11 種殘酷之行為，不僅不能達成威嚇的效用，反養成國民「殘
12 忍」的風俗習性；由此相關之法制文獻，亦可肯認死刑屬於一
13 種殘酷而過度之處罰。

14
15 此外，民國 94 年我國刑法全文修正時，委員會審查報告中整
16 理、法務陳定南部長於提案時表明修正草案，就我國的死刑政
17 策指出：「另本次修正涉及死刑政策部分，亦透過無期徒刑假
18 釋門檻之提高、有期徒刑上限之提高等足以替代死刑之終身監
19 禁及長期有期徒刑等措施，來漸進達成廢除死刑之目標。按死
20 刑起源於應報主義，係以國家公權力剝奪罪犯生命權，使其永
21 久與社會隔離，由於手段殘酷，不符刑罰亦具教化之主張，故
22 許多民主先進國家已廢除死刑或有條件的廢除死刑…」⁴⁹（附
23 件 12），亦表明「以國家公權力剝奪罪犯生命權，使其永久

⁴⁹ 立法院第五屆第六會期第十三次會議議案關係文書，頁討 16-17

1 與社會隔離」，此一手段本身即具有殘酷性，與如何執行死刑
2 無關。再次肯認死刑本身，屬於一種殘酷而過度之處罰。

3 (六) 依本國憲法實務亦可肯認，死刑因其侵犯人性尊嚴，縱非酷
4 刑，亦屬一種過度處罰之方式：

5 鈞庭 113 年度憲判字第 2 號判決尤大法官伯祥提出、陳大
6 法官忠五加入之協同意見書指出：「終生剝奪人身自由之無期
7 徒刑，因侵犯人性尊嚴而違反公約第 10 條第 1 項，進而即
8 使未達酷刑之程度，至少仍是公約第 7 條禁止之殘忍、不人
9 道或侮辱之處遇或懲罰。」⁵⁰，固係針對終生剝奪人身自由之
10 無期徒刑而論，然其推論基礎係以侵犯人性尊嚴為斷，而死刑
11 如前所述確有侵犯人性尊嚴，因之亦該當過度處罰。

12
13 此外，在司法院釋字第 803 號解釋辯論過程與解釋結果中，我
14 國大法官對於野生動物，尚能不忍其遭到獵捕、宰殺⁵¹；何況
15 於人命，豈有可能不覺殘忍而未生不忍人之心乎？

16 (七) 小結：

17 職此之故，死刑即剝奪生命之行為確屬具殘酷性之過度處罰，
18 而有侵害人民免於受國家過度處罰之權利。

19
20 貳、 覆爭點提綱一、(2)：「死刑制度」之合憲目的。

⁵⁰ 憲法法庭 113 年度憲判字第 2 號判決尤大法官伯祥提出、陳大法官忠五加入之協同意見書，頁 8

⁵¹ 司法院釋字第 803 號解釋言詞辯論筆錄，「詹大法官森林問…如果是動物，他是寧願被打死後被祭祀，或是寧願逃過這次的災難，活得更久一點？」，頁 48；黃大法官虹霞提出、蔡大法官炯墩、黃大法官瑞明、詹大法官森林加入之部分協同意見書：「無必要的殺戮絕非任何族群之福。」，頁 9；黃大法官瑞明提出、黃大法官虹霞加入四、五部分、詹大法官森林加入四以外部分之部分協同部分不同意見書：「許多動物親子間之情誼以及家庭關係密切，動物被獵殺前驚惶恐懼，家族成員被獵殺後之巨大痛苦不亞於人類。狩獵不僅破壞生態，而且狩獵的喜悅原來是建立在另一個生命被剝奪的痛苦上。」，頁 14-15。

1 鈞庭問：「死刑制度所追求之目的有哪些？是否皆合憲？」
2 對此代理人主張：死刑制度為我國刑罰制度之一環，參照立法理由，其合
3 憲目的在於「應報」，即透過刑罰喚醒行為人理性的自我反省與回復，從
4 而回復法和平性的狀態與秩序。

5 一、代理人就本爭點之理解與取徑之方法論：

6 代理人以為應先說明對此爭點之疑問，「死刑制度」本身其實是一
7 種「手段」，本身並不預設會對何種規範適用該項效果。如果
8 將死刑用於保護財產法益的規範，則目的就在於保護財產，如果
9 用於保護身體、生命法益的規範，則目的就在於保護身體、生
10 命；甚至如果將死刑適用在其他規範目的的條文中，就會發生不
11 同的目的。殺人工具本身是沒有目的的，使用這個工具去殺人
12 時，才會從行動中產生這個行為的目的。從這個層次加以理解，
13 死刑制度本身的合憲目的，就是為了在憲法原則的支配與限制
14 下，對犯罪人施予消滅生命的制裁。然而這樣一來，可能使得本
15 爭點在這個層次的討論毫無意義；更有甚者，類似這樣的問題可
16 能適用在任何效果手段的制度中，比如「罰鍰制度的目的」⁵²。

17
18 代理人對此爭點予以如後的詮釋：即本爭點並不是在討論以死刑
19 為裁罰效果、具體的刑法分則條文⁵³，或其他法律明定刑罰規定而
20 以死刑為裁罰效果之條文⁵⁴，其目的何在。本爭點係在釐清，由刑
21 法第 33 條第 1 款：「主刑之種類如下：一、死刑。」，以及我國

⁵² 行政罰法第 1 條：「違反行政法上義務而受罰鍰、沒入或其他種類行政罰之處罰時，適用本法。但其他法律有特別規定者，從其規定。」；在司法院釋字第 585 號解釋中，將罰鍰解釋為一種「強制手段」（理由書第 8 段），並認為是立法院調查權行使時的「附屬權力」（理由書第 26 段），但由「依調查事項及強制方式之不同，可能分別涉及限制多種受憲法保障之人民基本權利」（理由書第 25 段）等節可知，如非針對個別「調查義務—違反效果」之法律條文，則甚難進行深入的目的探求乃至比例原則之操作。

⁵³ 如刑法第 271 條：「殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。」

⁵⁴ 如毒品危害防制條例第 4 條第 1 項前段：「製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑。」

1 法典上所有選用死刑為法定刑之一的條文，集體共同構築之「死
2 刑制度」所可能追求達成之效用、即整體制度之目的為何。

3
4 代理人並以為，死刑制度為刑罰手段之一種，共同構成我國的刑
5 罰體系，因此應以我國整體刑罰制度的「普遍性(合憲)目的」為
6 基礎，進一步參照立法文件、以及檢視是否客觀上與死刑本質不
7 相適合之目的，消去立法者明示排除與客觀上性質與死刑顯不相
8 適合之目的，並對剩餘目的予以合憲性之理解，以之形塑代理人
9 所主張、我國「死刑制度」可能的合憲目的。

10
11 此應值強調者，即使經此推論，代理人有發現死刑制度作為整體
12 刑罰制度之一環，立法者選擇存置死刑制度，可能具有合憲的追
13 求目的；然此並不代表「死刑制度」合憲，而僅是表示尚無法在
14 純粹制度目的之層次，旋即獲致「死刑制度」違憲之結論。

15 **二、基於我國死刑之立法脈絡與憲法實務，我國以死刑為刑罰手段之**
16 **一種，立法者明示係基於應報之理由且並不承認一般預防之效用，**
17 **而依死刑之作用又可排除特別預防之目的，應認死刑制度僅有應**
18 **報之合憲目的：**

19 (一) 司法院釋字第 775 號解釋理由明示：「有關刑罰法律，基於無
20 責任無處罰之憲法原則，人民僅因自己之刑事違法且有責行為
21 而受刑事處罰（本院釋字第 687 號解釋參照）。刑罰須以罪責
22 為基礎，並受罪責原則之拘束，無罪責即無刑罰，刑罰須與罪
23 責相對應（本院釋字第 551 號及第 669 號解釋參照）。亦即國
24 家所施加之刑罰須與行為人之罪責相當，刑罰不得超過罪

責。」⁵⁵，林大法官俊益提出、蔡大法官炯墩加入之協同意見書進一步闡明：「刑罰法律，基於無責任即無處罰的憲法原則，人民僅因自己的刑事違法且有責行為而受刑事處罰（本院釋字第 687 號解釋參照）。刑罰須以罪責為基礎，並受罪責原則的拘束，無罪責即無刑罰，刑罰須與罪責相對應（本院釋字第 551 號及第 669 號解釋參照）。我國刑法於制定之初，於第 1 條前段開宗明義揭櫫罪刑法定原則，規定：『行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。』除闡明罪刑須以法律明定外，更揭示課予刑罰的標準是『行為刑法』，而非『行為人刑法』，亦即行為人負擔刑事責任應以其行為本身的惡害程度予以非難評價（本院釋字第 551 號解釋參照）。行為人的個人特質，例如身分、性格與心理素質等，本身對法益並無危險性或侵害性，行為人就此等特質，既無刑事違法且有責的行為，基於罪責原則，自不負擔任何刑事責任，亦不應受到任何刑罰，國家不得以個人特質作為非難或處罰人民的理由，此乃係法治國立法的基本原則。」⁵⁶，即指明罪責原則是基於法治國立法架構刑罰制度之基本原則。

鈞庭 113 年度憲判字第 2 號判決尤大法官伯祥提出、陳大法官忠五加入之協同意見書指出：「基於比例原則之合目的性要求，刑罰的使用必須兼顧應報、一般預防及特別預防三個目的。」⁵⁷，堪信為我國目前大法官所闡認一般的刑罰目的。

⁵⁵ 司法院釋字第 775 號解釋理由書第 12 段。

⁵⁶ 司法院釋字第 775 號解釋林大法官俊益提出、蔡大法官炯墩加入之協同意見書，頁 13

⁵⁷ 憲法法庭 113 年度憲判字第 2 號判決尤大法官伯祥提出、陳大法官忠五加入之協同意見書，頁 8

然基於死刑的執行效果在於消滅生命，又基於死刑消滅生命的執行效果，死刑並不具備「矯正、教化受刑人，促使受刑人改悔向上，培養其適應社會生活之能力，協助其復歸社會生活」⁵⁸。國家社會無法解決問題，所以只好消滅產生問題的人；最高法院即特別指出，死刑之刑罰目的在處罰（應報）與一般預防，而不及於特別預防。⁵⁹陳志龍教授亦指出：「持特別預防理論者，若肯定死刑可以存在的話，那麼表面上固可以倡言說是預防，但實際上，死刑確是特別預防目的的否定，因為死刑根本不讓受刑人生存，它是『消滅』受刑人的生命，它不是矯正受刑人，它不是預防受刑人再犯，所以如就這些觀點來看，死刑根本無法達成特別預防目的，它只是顯示出『特別預防的否定』。」⁶⁰（附件 13）另外，由於罪責原則的要求，刑罰係對應受刑人的責任，也僅能對應受刑人的責任，因此受刑人責任重到不得不「永久排除於社會之外」，更不可能與特別預防的目的相容。

應值補充者，係司法院釋字第 617 號解釋林大法官子儀所提出之部分不同意見書強調：「近代國家刑法之目的，並非賦予國

⁵⁸ 司法院釋字第 796 號解釋第理由 10 段

⁵⁹ 最高法院 105 年度台上字第 984 號刑事判決：「死刑之刑罰目的在處罰與一般預防，不及於特別預防：對於犯罪之『刑罰』，我國向認兼具『防治和處罰犯罪』之作用與功能。監獄行刑法第 1 條規定：『徒刑拘役之執行，以使受刑人改悔向上，適於社會生活為目的。』足見『教化』係『無期徒刑、有期徒刑及拘役』刑罰之執行目的，尚非死刑或罰金刑之刑罰執行目的。又現代刑罰理論所謂『犯罪應報』，係指理性化以後之法律概念，是基於分配正義原則之作用，對於不法侵害行為，給予等價責任刑罰之意。此即以犯罪人之行為責任為基礎，使『罪與責相符、刑與罰相當』之真意。實與最原始之『同害報應刑思想』，即『以牙還牙、以眼還眼、以命還命』之概念有別。不能以我國不採『同害報應刑思想』，即否定我國刑罰具現代刑罰理論之『犯罪應報』作用與功能。故而，刑罰之目的就『處罰或懲罰犯罪』言，具犯罪應報及一般預防色彩；就『防治犯罪』言，具一般預防及特別預防色彩。死刑作為刑罰之一種，當亦存有現代刑罰理論之『犯罪應報』概念。」，此即「鄭捷案」中所提出之「瑞華基準」。

⁶⁰ 陳志龍，刑法目的與預防理論，臺大法學論叢第 23 卷第 1 期，1993 年 12 月，頁 156

家創設使用刑罰之權力，而在於限制國家行使刑罰權的條件。」⁶¹，我國憲法實務已有多號解釋與判決指出，立法者制定效果為限制人身自由之刑罰規定，需出於「保護合乎憲法價值之特定重要法益」⁶²的目的，雖然此係就個別具體的分則刑罰條文所為之判準、且係針對自由刑所為之闡釋，然「法律使受刑人入監服刑，目的在使其改悔向上，適於社會生活（監獄行刑法第1條參照）。受刑人在監禁期間，因人身自由遭受限制，附帶造成其他自由權利（例如居住與遷徙自由）亦受限制。」，除因人身自由遭限制所附帶造成其他自由之限制、暨為使監獄能達成監獄行刑之目的所為必要之管理措施而於顯屬輕微的範圍內對基本權有所限制外，不得因身分之不同即剝奪其基本權之保障⁶³，即許大法官宗力指出，自由刑受刑人只是穿「囚服」的國民，並非基本權保障的「棄民」⁶⁴，其他的基本權利應與一般國民並無二致；死刑消滅生命所生的侵害，在質的程度上明顯超越自由刑，至少在概括性的容許使用死刑、存置死刑為刑罰手段之目的上，應具備至少不低於自由刑刑罰、適於「保護合乎憲法價值之特定重要法益」可能性之目的。

（二）自我國存置死刑的立法源流考察，依李念祖教授於模擬憲法法庭所提出之鑑定意見⁶⁵，其引用黃源盛「晚清民國刑法史料輯注」，指出我國刑法立法者所以將死刑存置之目的，可見於舊刑法第53條立法理由謂：「死刑存廢，學說尚不一致，在我

⁶¹ 司法院釋字第617號解釋林大法官子儀部分不同意見書，頁13-14

⁶² 司法院釋字第646號、第669號、第777號、第796號解釋；憲法法庭113年度憲判字第2號判決

⁶³ 司法院釋字第755號解釋參照。

⁶⁴ 司法院釋字第755號解釋許大法官宗力提出之協同意見書，頁1-2

⁶⁵ 參見李念祖，註48，第441-442頁。

1 國有不可廢者三：一曰法理。蓋刑罰如藥石，犯罪如疾病，醫
2 之用藥，非審其病質與藥力，則藥無效，而病不得瘳。故潰爛
3 之癰疽，非尋常藥力所能奏效者，則割去之。死刑之加於罪犯，
4 亦猶乎刀割之加於癰疽，定其適用之標準，厥有二端：曰大惡，
5 曰不治，使對此大惡不治之犯，不加以絕對淘汰之刑，豈國家
6 刑期無刑之意哉。二曰歷史。國家當改革之秋，沿歷史之舊固
7 不可，不審其所當存者，亦不可。我國自有史以來，倫紀之重，
8 未嘗或變，使一日廢止死刑，則對於干犯倫紀者，裁判必多窒
9 礙也。三曰社會心理。我國用死刑，相沿已久，使一日廢之，
10 其影響必及乎社會心理，兇惡之徒，必玩其刑輕而肆無忌憚，
11 良民必駭其不情，愈滋權利侵害之懼矣。」，即我國死刑存置
12 之立法目的，乃基於「法理」、「歷史」與「社會心理」。

13 (三) 其中「法理」部分，乃認為對「大惡不治之犯」，應加以「絕
14 對淘汰之刑」，即與應報理論所採無罪不罰、有罪必罰、輕罪
15 輕罰、重罪重罰、罰當其罪、罪刑相當之立場相當，堪信「應
16 報」確係我國刑法為死刑存置之目的，至少就目的之層次，此
17 部分刑罰目的本身，於刑事處罰整體制度以觀，尚難遽認即與
18 憲法原則有所抵觸。

19
20 另外，所謂「歷史」理由，考其行文意旨，係認為我國對於
21 「倫紀」⁶⁶即維繫人倫關係的秩序與法律，歷來都特別看重，
22 處罰也特別嚴厲，則對觸犯此類誠命的犯罪，若廢止死刑，而
23 沒有死刑手段可資使用，會有裁判妥適性的疑慮。究其實質內
24 涵，也應該是指對於特定之「重」罪，仍必須有死刑這樣的處

⁶⁶ 此部分以「倫紀」為「維繫人倫關係的秩序和法律。」，係依教育部重編國語辭典之注釋。

1 罰，姑不論「倫紀」的具體誡命內容為何，此存置死刑之立法
2 目的，仍應為前述之「應報」目的所包括。

3 (四) 此外甚有疑義者為「社會心理」，即有疑問是否採取心理強制
4 論之論點，係仰賴社會心理之作用而為威嚇⁶⁷(附件 14)之理路，
5 而兼採相對刑罰理論而有預防目的在內之價值立場，即是立法
6 者提示之「社會心理」應加以釐清之問題。細譯該部分立法理
7 由指出「我國用死刑，相沿已久，使一日廢之，其影響必及乎
8 社會心理，兇惡之徒，必玩其刑輕而肆無忌憚，良民必駭其不
9 情，愈滋權利侵害之懼矣。」，其意旨係認為我國已長期實施
10 死刑，如果馬上廢除這樣一個最嚴重的刑罰，恐怕在社會群眾
11 的心理反應上，會造成整體刑罰制度對意圖犯罪之人的威嚇力
12 下降，使安善良民對於可能受到犯罪危害的恐懼感上昇。

13
14 乍看之下，立法理由所稱死刑的目的，既然涉及了刑罰對於潛
15 在犯罪威嚇的作用，似可認為我國對於死刑，確有採取刑罰之
16 「一般預防」目的。然對照前引李念祖教授於模擬憲法法庭所
17 提出之鑑定意見⁶⁸，其引用黃源盛先生於晚清民國刑法史料輯
18 注指出「按古來各國之實驗，非惟無懲肅之效力，適養成國民
19 殘忍之風」、「死刑之執行，不採公行制者，蓋刑罰之設，所
20 以制裁犯人，而實出於不得已者，非以之威嚇犯人以外之人也。
21 而死犯尤為不得已之制裁，公行之制，實與刑罰原理不合。況
22 從事實上察之，不但不足以懼民，而反養成殘忍之性，刑事政
23 策，固如是乎。」，即已指明我國根據我國刑法立法之脈絡，

⁶⁷ 周漾沂，刑罰的自我目的性—重新證立絕對刑罰理論，政大法學評論第 147 期，頁 281-282

⁶⁸ 參見李念祖，註 48，第 442 頁。

立法者認為「刑罰之設，所以制裁犯人，而實出於不得以者，非以之威嚇犯人以外之人也」，完全否認刑罰具有一般預防之效果，且對於死刑本身而言尤為如此，且參照古今各國實施死刑經驗，從事實上考察，立法者亦採認死刑是「非惟無懲肅之效力，適養成國民殘忍之風」、「不但不足以懼民，而反養成殘忍之性」，否認威嚇刑的立法價值立場。死刑的嚇阻效用難以被實證研究所支持，而僅有「想像上之可能性」，應屬近代學界之多數意見⁶⁹(附件 15)，因此我國立法者在理由中所提出，不將刑罰的威嚇效果，列為我國立法者存置死刑之目的，應屬可採。

換言之，此部分「社會心理」的理由，並不是因為承認存置死刑可以達成威嚇而生預防犯罪的效用，反之，則是因為已經長期存置了死刑，如果貿然廢除則害怕可能產生負面的心理影響。姑不論以此種理由證立死刑存置的目的，則死刑繼續存置，就繼續有「長期存置死刑，不宜貿然廢除」而以免影響「社會心理」的「目的」，就像永遠追著自己尾巴咬而不得的狗一般，在論理上形成自我循環論證。更致命的問題是，此種目的使得死刑的存置本身成為死刑存置的目的；換言之，因為「國家要死刑」，所以「國家有死刑」，而這樣的理由可以一括適用於我國歷史上曾經出現過的任何酷刑，難認係出於「保護合乎憲

⁶⁹ 謝煜偉，重新檢視死刑的應報意義，中研院法學期刊，15期，2019年09月，頁141，註3部分，謝煜偉教授之點評亦值引用參考：「反對者可以質疑：在技術上停止執行死刑未必代表死刑的一般威嚇作用消失，只要死罪的立法仍舊存在，在社會心理上的威嚇效果並非不可想像。但無論如何，死刑能否發揮實際的威嚇作用一事並無有效的資料得以證實。其實更極端一點說，刑罰的阻作用（或一般預防作用）其實也建立在共同想像出來的基礎之上，如果真要從威嚇或抑止人犯罪的角度思考整個刑罰制度，那麼或許得出的答案可能是非常消極的。」

法價值之特定重要法益」⁷⁰之可能性，而顯不符合憲政秩序。

應值補充者，自前引立法文件，可以看出我國特別是死刑之存置，對刑罰之目的幾乎純以傳統的應報理論為其基礎，而不兼採預防理論，分類上較接近刑法學理上之絕對刑罰理論。

(五) 前引民國 94 年我國刑法全文修正時，委員會審查報告中整理、法務陳定南部長於提案時表明修正案關乎我國的死刑政策指出：

「另本次修正涉及死刑政策部分，亦透過無期徒刑假釋門檻之提高、有期徒刑上限之提高等足以替代死刑之終身監禁及長期有期徒刑等措施，來漸進達成廢除死刑之目標。按死刑起源於應報主義，係以國家公權力剝奪罪犯生命權，使其永久與社會隔離，由於手段殘酷，不符刑罰亦具教化之主張，故許多民主先進國家已廢除死刑或有條件的廢除死刑；惟是否全面廢除死刑，仍應視社會發展、法治觀念是否成熟及民眾共識與支持。根據歷年來所做之相關民意調查，民眾對於我國廢止死刑之意見，始終約有百分八十的受訪者，表示反對；但如有相關配套措施，反對意見則約下降至百分之四十，可見如有配套措施，並透過教育，導正民眾應報思想，應可逐步凝聚廢除死刑之社會共識。」⁷¹，亦肯認我國刑法至今之所以仍然存置死刑，全然出於應報之目的，以回應國人普遍支持之應報思想，而並非認為死刑有何預防或教化之正面機能。此足認上開法制文獻分析中，關於死刑採取應報理論之結論確屬實在。更可以看出利

⁷⁰ 司法院釋字第 630 號、第 669 號、第 775 號、第 777 號、第 790 號、第 804 號解釋；憲法法庭 112 年度憲判字第 2 號、第 11 號、第 13 號判決

⁷¹ 立法院第五屆第六會期第十三次會議議案關係文書，頁討 16-17

1 法理由中的「社會心理」，終歸還是出於回應民眾對於「應報」
2 的想像與需求。

3 (六) 職此之故，由我國存置死刑之立法源流考察，我國以死刑為刑
4 罰手段之一種，立法者明示係基於應報之理由且並不承認一般
5 預防之效用，而僅有應報之目的。尤以立法理由內所指刑罰係
6 為「制裁」犯罪之用語，似乎立法者之真意，係認為「刑罰的
7 本質只在於對犯罪人予以制裁，只要和法律的原則相符即足夠，
8 也就是對於行為人予以『制裁』。其並不再做刑罰能進而產生
9 更大的效果之『期待』」⁷²，或者說，「施以刑罰本身即具備
10 意義，刑罰不是追求特定目的之手段」⁷³，而與刑法學理上絕
11 對刑罰理論、純粹的傳統應報理論所採的價值立場相當。

12 三、傳統應報理論的合憲性理解 - 透過刑罰喚醒行為人的理性自我反 13 省與回復，從而回復法和平性的狀態與秩序：

14 (一) 傳統應報論再構成，於死刑制度目的論述之必要：

15 絕對刑罰理論下的應報觀，因其採取「刑罰自我目的」的價值
16 立場，這種「刑罰的自我目的」並不具備具體目的性指引之作
17 用，尤其是在違憲審查之程序中，如何面對「目的正當性」之
18 審查，即為其中困難的問題。這同時也呼應了代理人在回應本
19 爭點提綱時，最初段落所提出的瑕疵：討論特定的「死刑制度」
20 或刑罰制度之目的，最終可能回到「為了制裁而制裁」的結果，
21 也就是「制裁」本身就是目的。然而這種「為了制裁而制裁」，
22 無法呈現出其具體的價值內涵，從而難以進行目的正當性層次
23 的違憲審查操作。為了探討「制裁」本身的目的，則必須從更

⁷² 陳志龍，刑法目的與預防理論，臺大法學論叢第 23 卷第 1 期，1993 年 12 月，頁 122-123

⁷³ 此部分關於絕對刑罰理論，並參照周滄沂，刑罰的自我目的性—重新證立絕對刑罰理論，政大法學評論第 147 期，頁 283-284

深入抽象的「制裁本質」，即就此刑罰的自我目的，做進一步理解與再構成之必要。

（二）絕對刑罰理論的刑罰目的：

1、此部分已涉入刑法的抽象法理學探討，遠超出代理人學養的負擔界限，在此引用周漾沂教授之文獻，其本於「理性主體性」為基礎認為，刑法的規範性來源是每個理性人的主體性，基於理性主體的自我反思，使人類社群得以發展出具有普遍適用、自律的法規範，而以此構成刑法的規範內容即每個人與每個人間存在相互性的權利義務關係，即為法權關係（Rechtsverhältnis），最終構成實證法規範效力（Normgeltung）呈現了個人自由完全實現的法和平狀態。⁷⁴代理人以為，這可與大法官所揭示我國刑罰制度的基本罪責原則相呼應，因為所謂的責任，亦指向人的理性，必須是理性的主體才有依其理智辨別、與行為，並承擔責任的能力⁷⁵，而制裁在這樣的前提下開展，具有合理性。

2、從這個角度出發去看待犯罪的意義，周漾沂教授認為犯罪是對刑法的否定，而呈現出三個層次，即法實踐理性主體的自我矛盾（Selbstwiderspruch），產生了牴觸普遍性原則的「否定他人的權利」的行為準則與具體行動，進而造成人與人間相互性的法權關係的破壞（Rechtsverhältnisverletzung），而否定了具體的刑法規範，最後造成實證刑法規範效力的減損（Normgeltungsschäden），也是犯罪最為具體的意義，因刑

⁷⁴ 周漾沂，刑罰的自我目的性—重新證立絕對刑罰理論，政大法學評論第147期，頁287-297

⁷⁵ 刑法第19條各項分別規定：「行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力者，不罰。」、「行為時因前項之原因，致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低者，得減輕其刑。」、「前二項規定，於因故意或過失自行招致者，不適用之。」

1 法規範效力減損，使市民對於刑法規範所預設之世界狀態的信
2 賴產生動搖，影響市民從事社會交往的意願，或者增加其從事
3 社會交往的成本⁷⁶。

4 3、因此，周漾沂教授指出，刑罰的作用與目的，就可以從犯罪的
5 否定來觀察，此顯然採取黑格爾知名的否定公式「犯罪是行為
6 人對法律的否定，而刑罰則是對法律否定的再否定。」，從而
7 導出刑罰有以下意義與作用⁷⁷

8 (1) 刑罰是要促成犯罪者理性的自我回復：

9 既然犯罪的發生是行為人理性的錯誤而產生了「否定他人權
10 利」的行為準則與犯罪行為，刑罰的作用就是將錯誤的準則
11 擴張適用於行為人，而不僅僅是告知或指出其錯誤，以藉由
12 行為人感受其犯罪行為的準則適用於自身，造成自己的權利
13 被否定的效果，喚醒行為人理性的自我反省與回復；畢竟
14 「只有從肯定行為人是有自我回復能力之理性主體的角度，
15 刑罰的負面效果才能取得正面效果，因為負面效果只被理解
16 成主體內在理性作用中必經的一個階段。如果不是這樣觀
17 察，而單從刑罰的外在負面意涵來看，它也不過就是犯罪之
18 外的另一個對於世界的負數而已。」⁷⁸

19
20 周漾沂教授在此特別強調：「藉由以刑罰作為開端的理性自
21 我回復程序，並不保證行為人事實上一定能理性自我回復。
22 正如同行為人具有理性能力仍然會犯下錯誤一樣，行為人經
23 歷處罰後，也未必都能運用理性能力回到正確軌道。我們不

⁷⁶ 周漾沂，刑罰的自我目的性—重新證立絕對刑罰理論，政大法學評論第 147 期，頁 287-297

⁷⁷ 周漾沂，刑罰的自我目的性—重新證立絕對刑罰理論，政大法學評論第 147 期，頁 302-318

⁷⁸ 周漾沂，刑罰的自我目的性—重新證立絕對刑罰理論，政大法學評論第 147 期，頁 307

1 能先預期處罰行為人就必定能讓他回歸理性，然後再質疑到
2 底處罰實際能否讓他回歸理性，因為這種質疑是以一種效果
3 導向的想法作為前提，而此顯然未正確把握絕對刑罰理論的
4 邏輯。絕對刑罰理論預設行為人始終是具有實踐理性能力的
5 法主體，然後再依此前提演繹出刑的意義與作用，因此正確
6 的理解毋寧是，在肯定行為人是理性法主體的前提下，刑罰
7 的作用就只能在於揭露錯誤，並聽任行為人理性自我回復，
8 而不問最終能達到如何的效果。倘若刑罰的作用超出了揭露
9 錯誤之所需，就表示行為人不被承認為一個理性法主體。所
10 以，如此理解下的刑罰意味著對行為人的信賴與期待，這種
11 信賴與期待是理性主體性的反射結果，即使實際情況讓信賴
12 破滅或期待落空，仍然必須堅持對行為人的信賴與期待。原
13 因無它，只因為行為人無論是否犯罪，都毫無例外地被承認
14 為具有理性能力的法主體。」⁷⁹

15 (2) 刑罰是回復被犯罪破壞的法權關係：

16 周漾沂教授指出，刑罰從犯罪人的角度是「將犯罪之理性主
17 體，帶入其藉由犯罪所主張『得以侵害他人權利』之錯誤行
18 為準則的效力中，同樣地剝奪其個人權利，那麼就可以啟動
19 主體在法事項上的理性自我回復程序，透過揭露錯誤使得主
20 體辨識錯誤，以此作為其重新反思人際相處模式的契機，從
21 而回歸理性推論程序，在觀念上否定先前對法權關係的否定，
22 並自我決定其後將正確地建構法權關係。」，而從犯罪人與
23 其他人關係的角度則是「要消除錯誤從行為人及到他人的可
24 能性，必須解消他人的認知矛盾。為此，將錯誤行為準則效

⁷⁹ 周漾沂，刑罰的自我目的性—重新證立絕對刑罰理論，政大法學評論第 147 期，頁 307

力回饋到行為人自身的刑罰，同時必須對他人展示。藉由認知到行為人自我認識、自我和解、自我回復的過程，觀念上消除了影響其他主體理性推論的經驗性條件，亦即否定了『可以侵害他人權利』之準則的表象效力主張，進而重新確認其他理性主體原先所抱持的正確行為原則。」，而回復被犯罪破壞的法權關係。⁸⁰

(3) 刑罰將受損之規範效力回復至法和平狀態：

這一層次的作用，是在前面的機能作用下的當然結果，周教授的說明指出「藉由將透過犯罪所主張之錯誤為準則的效力擴及於行為人，開啟了行為人的理性自我回復程序，否定先前的錯誤行為為準則的效力，回歸理性自我決定，此在法領域裡則具體表現為否定『侵害他人權利』的錯誤行為為準則，回歸『承認他人權利』的正確行為原則，而既然實證刑法規範是以承認他人權利為其內容，受損的規範效力也會經由以上過程而被回復。從實證刑法規範作為形式框架的角度，一旦回復受損的規範效力，其社會生活導引力也隨之回復。市民認知到行為人藉由刑罰回復理性推論，以及認知到自己和和其他市民藉由刑罰確認自我理性推論的有效性，因而回復對規範效力的信賴與對實證刑法規範所設定之和平狀態的期待。因此，市民對實證刑法規範之信賴與期待的回復，並非基於刑罰作為一種惡害的驅動作用，毋寧是刑罰揭露錯誤而開啟行為人及其他市民之理性程序後的反射結果。市民對於實證刑法規範的信賴與期待，本來就不是建立在帶有刑罰制裁的行為規範框架上，而是建立在實踐行為規範之法主體的理性

⁸⁰ 周滢沂，刑罰的自我目的性—重新證立絕對刑罰理論，政大法學評論第 147 期，頁 313-314

特質上。簡言之，人們首先相信他人在社會交往中會善待自己，才隨之相信他人會藉由遵守刑法規範指示來善待自己；這即使在他人犯罪後也不構成例外。」⁸¹，周教授所為的絕對刑罰理論的法規範的效力的回復，如其所述，其關鍵在於「肯定個人為整體法律活動的中心，就如同在規範創建活動與規範實踐活動中一般，規範回復活動的動力，仍無疑來自始終身為理性主體的個人。」⁸²

(4) 由絕對刑罰理論的再構成，周漾沂教授亦重新證立刑法上罪刑相當原則、刑罰平等原則與國家刑罰原則，均應係源自絕對刑罰理論的應報理論，而非相對刑罰理論的預防理論。⁸³因此，代理人可以有相當的信心主張，立法者主張制裁本身就是刑罰的目的，此一目的係因源自對每一個人內在理性的肯定，而制裁是將犯罪者的行為準則擴張及於犯罪者本人，而削減犯罪人的權利，以此指明犯罪者的錯誤，喚醒其理性的自我反省與回復，從而以此為起點，回復法和平的狀態與秩序。這樣一個應報的目的，合乎以人為核心的憲法價值，而其所證立的刑罰基本原則，形式上亦與憲法秩序不生牴觸，而應該可以認為是合憲的。

(三) 現代憲法與古老應報理論互動後應建構應報理論之合憲目的：代理人以大量引用外部文獻的篇幅，重行建構應報理論之合憲目的，乃因為由相關立法文獻可以看出，或因其立法年代，我國刑法制定者對於死刑制度，確實採取純粹的傳統應報理論，誠如對於絕對刑罰理論常見的批評，就是絕對刑罰理論欠缺可

⁸¹ 周漾沂，刑罰的自我目的性—重新證立絕對刑罰理論，政大法學評論第 147 期，頁 317

⁸² 周漾沂，刑罰的自我目的性—重新證立絕對刑罰理論，政大法學評論第 147 期，頁 318

⁸³ 周漾沂，刑罰的自我目的性—重新證立絕對刑罰理論，政大法學評論第 147 期，頁 318-334

1 理解、可言說的目的⁸⁴，而這就造成了在辨識其目的的困難。

2 而這個問題在死刑制度又更為困難，因為應報理論及其後續的
3 發展，通常支持死刑者拿來作為存置死刑的理由。其中有應報
4 理論本質的原因，也就是應報理論與罪責原則或罪刑相當原則
5 存在近乎直接的內在聯繫。

6
7 罪刑相當原則存在一個論理上難以完備的部分，就是如何「相
8 當」？一方面的問題是，因為罪刑相當是一種「價值上」、
9 「評價上」的相當，這導致「罪刑的具體換算在理論上是一個
10 無解的問題，這是概念的本質使然，因而必須忍受一定程度的
11 恣意性。」⁸⁵。

12
13 另一方面的問題是，一個人可能犯下的罪，無論在質的方面，
14 或是量的方面，現實世界的犯罪可能性是具有延伸性的，是不
15 存在概念邊界的，是可能沒有上限的；然而以此相對應的問題
16 是，一個人可能負擔的刑罰，則會受到人類物理性、生物性的
17 限制，終究是有極限的，一個人能對犯罪提出的最最終極的償
18 付，就是包含自己生命在內的一切。這也就是立法文獻裡所看
19 到的用來支持死刑存置的「法理」：「對『大惡不治之犯』，
20 應加以『絕對淘汰之刑』」。

21
22 這也就是為何死刑存置論者往往依附在應報理論，因為純粹的
23 應報「似乎」在概念上留下了死刑的可能性：罪沒有盡頭，那

⁸⁴ 周滄沂，刑罰的自我目的性—重新證立絕對刑罰理論，政大法學評論第 147 期，頁 337

⁸⁵ 周滄沂，刑罰的自我目的性—重新證立絕對刑罰理論，政大法學評論第 147 期，頁 326

1 刑罰也不應該有盡頭，如果非要為刑罰加上一個極限，那就是
2 一個人的生命。這樣的說法只是將刑罰作為一種施加惡害的工具，然而在憲政主義的要求下，國家行為不能純粹只為了施加
3 惡害而施加惡害，而必須存在他的正面價值。因此，由「應
4 報」所訴求的「應得」的刑罰，在這個正面價值與其他憲法價
5 值、乃至衝突之價值，乃至相關憲法原則與誠命的限制下，就
6 會共同構成刑罰的極限。
7

8
9 代理人以為，基於憲法的整體價值而為評價，刑罰的極限所
10 在，結論並不當然如存置論者所期待，行為人只能「傾盡所
11 有」。這個極限的確認固然涉及憲法價值的抽象評價判斷，但
12 這不是放棄探求的理由。誠如司法院釋字第 669 號解釋，許大
13 法官宗力所提出之協同意見書指出：「至於罪刑相當原則之審
14 查，權衡法定刑有無違反罪刑相當性如何具體操作，向來甚為
15 棘手。何種行為處以何種刑度係屬過分嚴苛之處罰，倘若欠缺
16 客觀、明確且有理論基礎的標準據以操作，不可諱言地易流於
17 主觀法感情的論斷，無從具體確認國家刑罰權的行使是否在憲
18 法界線之內—在我國所採之抽象違憲審查制度下，因脫離具體
19 個案事實情節，僅能從抽象的構成要件與刑度規定判斷，審查
20 難度尤高，這是本案在解釋方法上所面臨的主要困難。本院早
21 期之釋字第四七六號解釋曾謂：就法定刑規定『尤不得單以個
22 人之價值判斷，執以否定立法之價值體系』，其保守的態度即
23 是出於恐怕審查流於人言言殊的考量，而遲遲不能有所突
24 破。」、「不過，上述困難毋寧突顯仔細探求客觀比較標準，
25 憑以判斷刑罰苛酷與否的必要，而不應是放棄刑度之司法審查

的理由。」⁸⁶，代理人以為，當罪沒有極限的時候，應報的刑
度極限之所在，就是憲法內蘊的、國家社會共同理性的極限之
所在。

（四）刑罰的目的應為法和平狀態與秩序的回復：

在此代理人認為應該進一步補充的是，在本文所引用的刑罰目的，指向對應於犯罪的法和平狀態與秩序的回復。如果從不同主體的角度觀察，就會看到不同層次的回復內涵。

首先我們會注意到的是犯罪行為的行為人，而對於行為人加以回復的內涵，正好對應了司法院釋字第 755 號解釋許大法官宗力提出之協同意見書所指出的「再社會化」的憲法誠命⁸⁷，這個誠命上與死刑制度存在本質的衝突。

其次應該注意到犯罪行為造成社會的驚恐，透過刑事司法的審判與刑罰的執行，對社群回復對規範效力的信賴。然而這樣一種規範效力的回復，可以藉由任何類型的刑罰或制裁呈現其非價意義，並不當然支持死刑制度的正當性與合理性。

進而近年的刑事政策發展，我們越來越注意到犯罪被害人的保護，不僅僅是犯罪行為人與被害人的民事損害賠償關係，修復式司法的推行，正是在被害人側的國家任務。此可以參照現行犯罪被害人權益保障法第 1 條條文強調「修復犯罪造成之傷

⁸⁶ 司法院釋字第 669 號解釋，許大法官宗力提出之協同意見書，頁 7

⁸⁷ 司法院釋字第 755 號解釋許大法官宗力提出之協同意見書，頁 3

害」、暨其立法理由所強調的國家責任，可堪為例。⁸⁸代理人
在此必須要指出，誠如批評者認為，持廢死論者不應代替受害
人「寬恕」行為人；同樣的，存置死刑論者，也不能理所當然
地，認為國家是一個純粹代替受害人「復仇」的「正義使
者」。

代理人此前提出的陳述意見狀，有關於重大刑案被害人家屬、
甚至包括本件共同聲請人案件之一的被害人家屬的公開意見，
即足以顯示：對被害人真正有意義的問題是：「不幸是如何發
生」的理解，以及「如何不要有下一個被害人」的昇華。⁸⁹這
些都是國家無可避免的事前、與事後的長期義務，也就是事前
在社會政策層面的犯罪預防，以及事後在刑事程序的修復式司
法，帶領社會走出犯罪帶來的創傷。這些都不是國家用幾顆子
彈，射穿行為人身體、消滅行為人生命所能做到的事。換言
之，死刑並沒有回應被害人真實的需要。

最後還有一個面向，是至今仍被高度忽略的，乃是行為人所處

⁸⁸ 民國 112 年 1 月 7 日修正犯罪被害人權益保障法第 1 條立法理由：「考量犯罪係社會多種因素共同作用之結果，除對犯罪者施以刑罰制裁外，國家對於犯罪發生之防止或被害之預防，有其責任存在，且從歷史發展觀之，將刑罰權賦予國家獨占，正是人民從自我保護任務解除之明白宣示。此外，由現行之立法目的觀之，即係以保護犯罪被害人及其家屬之生活照顧為出發（論者稱之生活保護理論），強調人民若因犯罪被害而導致無法維持原有生存能力，此時犯罪被害人如同身心障礙者、幼兒或老人等，均屬社會中之弱勢族群，國家自應提供適當協助，視為社會福利或社會救助體系之一環，並基於國家責任，維護人民基本權益（可謂國家責任理論）。是以，配合本法名稱之修正，並為善盡國家責任，政府自應透過提供各項保護服務（含法律、心理、生理與長期照顧等）及經濟支持（如犯罪被害補償金或其他經費補助），以協助犯罪被害人及其家屬回復正常、平穩生活，修復因犯罪而造成之傷害，並保障其相關權益，促進社會安全，爰為修正。」

⁸⁹ 我國重大矚目刑事案件「小燈泡案」受害人家屬王婉諭女士於網路節目被問及死刑時，噙淚哽咽地說：「所以對我來說，其實沒有所謂的一命換一命；因為，小燈泡的生命，跟親歷行兇者的這個生命，絕對不是等值的！所以，當我們看到這件事情發生的時候，我想的不再是一個對方能夠怎麼樣，因為其實都沒有任何的意義了。我想的是，我們到底台灣社會出了甚麼問題，我們可以做些甚麼來換回來，這樣子的未來來避免這樣發生可能性，其實這也是我們從政的初衷，因為我們真的希望，能夠做些甚麼，而且我真的很深刻的在事件當中，看見國家可以作很多事情，但是國家不作。」

1 社群的回復。申言之者，犯罪不是只有行為人的偏差、犯罪行
2 為對社會造成的驚恐、以及行為人對被害人與被害人社群的傷
3 害。我們應注意到當國家對行為人施以刑罰時，外觀上同樣是
4 在對於行為人施加惡害。這與過去行為人犯罪時，對被害人施
5 加惡害的情況，除去國家與人民的身分外，並沒有差別。固然
6 基於刑罰在惡害以外足以正當化刑罰的正面價值，行為人接受
7 刑罰是「應得」的、是「再社會化」的必然過程，而國家也透
8 過刑事審判與刑罰，回復社會一般大眾對於刑法規範效力的確
9 認與信賴，並對被害人提供情緒上的撫慰；然而，加害人的家
10 屬與所在的社群，作為國家刑罰行為的被害人的地位，並沒有
11 因為國家是在合法的施加惡害，就能理所當然地的認為他們
12 「活該」承受。承受來自於國家對處罰行為人，透過行為人社
13 會連帶的紐帶，而在行為人社群產生的其他不利益或傷害。

14
15 這類比較容易指出的例子，如扶養義務人因接受國家刑罰，而
16 導致受扶養人，比如兒童，因此失去其主要照顧者，所造成經
17 濟上與身分上的不利益，乃至於更進一步兒少風險環境的發
18 生。⁹⁰而在夫妻間犯罪並有未成年子女的情況，更是有可能會
19 出現「爸爸殺了我的媽媽，而國家要繼續殺了我的爸爸」的狀
20 況⁹¹。

⁹⁰ 民國 112 年 3 月間媒體披露，引發社會震動的，疑似保母虐童死亡案、即「凱凱案」，該案被害人生父下落不明，生母犯案後保外生產亦失聯，該案被害人的風險處境直到被害人兒童事故前，幾可謂毫無引發社會關注。誠如曾任台灣人權促進會會長周宇修律師於社群網站上廣為傳布之意見：「我們不在乎受刑人，不在乎受刑人的小孩會過什麼樣的生活。然後不釐清狀況網路出征一下或是荷槍實彈減輕罪惡感。」、「大家都滿手鮮血，不要裝沒責任。」，對於膝反射一般來得快去得也快的，在資訊快速流通的環境中，因媒體餵養所惹起、社會大眾在事件當下「素樸的正義感」所為的批評，堪屬適例。

⁹¹ 「洪當興案」為此類型之適例。

過去關於刑罰與修復的討論，往往「無視」了對加害人社群的關注，而代理人認為這種無視是錯誤的。因為如果我們承認行為人的犯罪行為可能存在社會性的風險成因，那麼加害人所處的社群，可能正是國家基於基本權保護義務，所需要特別關懷的風險群體。同時，國家對於犯罪行為人施加刑罰的惡害，固然對於行為人本人而言，有承受惡害的正當性，但對於行為人的家屬、行為人的社群因為國家刑罰行為所波及到的傷害而言，他們同樣是「無辜」的「被害人」，而應該與犯罪的被害人一樣，同樣受到國家的保護與照顧。更重要的是，無辜的人因為國家的刑罰的行使而波及受害，會嚴重破壞國家刑罰權行使的正當性。目前國內無論是學界⁹²或司法實務⁹³，已逐漸注意加害人家屬因為國家刑罰所受到的影響，然而此項關注顯然仍有所不足⁹⁴(附件 16)。

代理人關於「回復」所持意見，並引用謝煜偉教授所提出的「修正的社會應報觀」⁹⁵、「犯罪事後處理機能理論」⁹⁶(附件 17)。犯罪事後處理機能理論進一步具體化什麼是秩序恢復，而從具體的人際關係於犯罪後要如何修補以及對應來論述。國家機關內，包含刑罰系統在內的犯罪事後處理機能，若是沒有仔細修補恢復犯罪與刑罰所產生的各個傷害，則單純地以刑罰追求犯罪防止，很容易會形成刑罰不斷加重以求嚇阻效果，而

⁹² 林慈偉博士之博士論文，被告子女之兒童最佳利益與量刑政策，2023，國立政治大學何賴傑教授指導

⁹³ 民國 112 年 9 月 20 日臺灣彰化地方法院 112 年度國審交訴自第 1 號刑事裁定、臺灣高等法院臺南分院 108 年度囑上重更一字第 18 號刑事判決參照。

⁹⁴ 【TIDF 專訪】《我的兒子是死刑犯》導演李家驊：當鄭捷的父母必須跪著道歉，我希望觀眾分享那個羞恥感，<https://www.thenewslens.com/article/150126>

⁹⁵ 謝煜偉，重新檢視死刑的應報意義，中研院法學期刊，15 期，2019 年 09 月，頁 191 以下。

⁹⁶ 謝煜偉，寬容社會的曙光？-從市民刑法的例外、犯罪事後處理機能、社會責任於個人責任的反饋回應三篇評論文，中研院法學期刊，17 期，2015 年 09 月，頁 384。

1 忽略國家對於人民的保護義務。當國家在犯罪發生後，如果只
2 專注在犯罪行為人痛苦的賦予，卻沒有細究犯罪發生的風險來
3 源，檢討法益保護對策、提高犯罪防堵的可能性，並且提供
4 「受害者」支持與保障…；是則，犯罪事後處理機能沒有發
5 揮，真正的法和平的狀態就無法重現。

6 (五) 小結：

7 職此之故，代理人主張，死刑制度為我國刑罰制度之一環，根
8 據向來憲法實務，國家施以刑罰的可能合憲目的為應報、一般
9 預防與特別預防，然特別預防與死刑具有本質的不相容性，又
10 參照立法理由，可以認為一般預防並不是我國刑法立法者存置
11 死刑制度的目的與理由，因此死刑制度的目的應在於「應報」，
12 並引用周漾沂教授之研究，對此種採取絕對刑罰理論的應報主
13 義，進行合憲性之詮解：即透過刑罰喚醒行為人理性的自我反
14 省與回復，從而回復法和平性的狀態與秩序。

15 參、覆爭點提綱一、(3)：「死刑制度」違憲與配套之建議：

16 鈞庭問：「以死刑作為達成上述目的之手段，造成剝奪人民憲法上權
17 利之效果，是否為我國憲法所許？如果認為死刑違憲，有何足以取代死刑
18 的其他刑事制裁手段？或應有哪些配套措施？」對此代理人主張：死刑制
19 度違憲，對國家的違憲行為，等效的措施亦屬違憲，法理上並不存在等效
20 之「配套措施」，至多僅屬在政治上緩和衝擊之「過渡措施」，而我國法
21 制面已經預先採行「過渡措施」。

22 一、基於死刑對人民基本權利限制之廣泛與嚴重程度，死刑制度非屬
23 立法形成自由，可否選用死刑為一種刑罰手段，司法權當然可以、
24 也應該，依憲法條文、憲法解釋原則與相關之憲法原理嚴格加以
25 審查：

1 (一) 立法形成自由與憲法爭議：

2 我國憲法實務關於「立法裁量」或「立法形成自由」之用語，
3 首見於司法院釋字第 204 號解釋：「以刑罰制裁確保支票之流
4 通，易使執票人在收受支票時，忽視發票人之信用。施行以
5 來，已有被利用以不當擴張信用之缺失，唯僅係該項規定是否
6 妥善問題，仍未逾立法裁量之範圍，與憲法第十五條及第二十
7 二條尚無牴觸。」，細譯其內容，明顯指摘解釋之法律規定已
8 出現違反制度建置目的之規範瑕疵，然此並不直接涉及基本權
9 之限制且屬制度形成之內容，因此承認立法者有最適且應優先
10 處理之憲法權限與「義務」，僅於解釋文與理由中予以警告，
11 但並未直接本於此項瑕疵進一步審查是否更為影響人民之權
12 利，而有為憲法保障人民基本權之意旨，或牴觸憲法之有關原
13 則，而予違憲之宣告。類此於憲法未明文之空缺，而於法律自
14 由形成之內容，或明示或非明示出於權力分立，基於司法者原
15 則而予以尊重立法者之見解，承認立法者基於此即明示有實體
16 上專有價值或制度內容形成或憲法秩序上有優先處理之權力，
17 並可見於司法院釋字第 299 號解釋關於國民大會代表之薪酬給
18 付、司法院第 370 號解釋關於商標之除斥期間、司法院第 445
19 號、第 609 號、第 803 號、第 804 號解釋與 鈞庭 111 年度憲
20 判字第 18 號、113 年度第 1 號判決，關於相關法律所定違法
21 行為之制裁手段、司法院釋字第 477 號解釋關於受損權利回復
22 要件、司法院釋字第 495 號就海關運作之內容、司法院釋字第
23 611 號、第 768 號解釋與 鈞庭 111 年度憲判字第 10 號判決
24 關於公務員與專門職業公務人員人事制度、司法院釋字第 673
25 號、第 697 號、第 699 號、第 802 號解釋與 鈞庭 112 年度憲

判字第 10 號判決關於違反行政法上義務之制裁手段、司法院釋字第 797 號解釋關於行政程序之寄存送達方法等，均屬其適例。

此外關於「需立法形成」之制度內容或權利，既先於憲法而存在而受憲法保障，並要求立法者加以法制化其制度內容，或受憲法保護但要求立法者加以形成其內容，則基於憲法權力分立之原則，亦承認立法者基於此即明示有實體上專有價值或制度內容形成或憲法秩序上有優先處理之權力，此種類型應概可分為兩類，即有關於憲法制度性保障或憲法委託之內容形成，司法院釋字第 228 號解釋關於憲法 24 條國家賠償請求權之法律制度，司法院釋字第 302 號、第 610 號、第 639 號、第 709 號解釋與 鈞庭 112 年度憲判字第 6 號判決就憲法第 16 條之訴訟制度與正當法律程序、司法院第 315 號、第 337 號、第 369 號、第 377 號、第 698 號解釋就憲法第 19 條就租稅法律主義之租稅政策制度之選擇、司法院釋字第 468 號解釋就憲法 46 條關於總統、副總統選舉制度、司法院釋字第 472 號、第 550 號解釋就關於憲法第 155 條、第 157 憲法增修條文第 10 條第 5 項基本國策所為全民健康保險制度之內容、司法院釋字第 502 號、第 554 號、第 587 號與 鈞庭 112 年度憲判字第 4 號判決關於婚姻與家庭及收養制度乃至是否採用刑事手段、司法院釋字第 578 號、第 609 號解釋與 鈞庭 112 年度憲判字第 7 號關於委託立法者制定保護勞工之法律、司法院釋字第 781 號、第 782 號、第 783 號解釋關於軍公教退撫制度、 鈞庭 111 年度憲判字第 4 號對於原住民族優惠性差別待遇之形成、

1 鈞庭 111 年度憲判字第 6 號對於中央地方權限之區分、 鈞庭
2 112 年度憲判字第 12 號判決對於憲法明示須立法形成之選舉
3 制度等，亦為適例。

4
5 以關鍵字「立法形成自由」或「立法裁量」針對解釋或裁判之
6 理由，於 鈞庭網站進階檢索查得共 68 例，然於憲法訴訟法
7 施行至 鈞庭 113 年度憲判字第 2 號判決止， 鈞庭所作成之
8 42 宗判決中，即佔其中 15 例，而憲法訴訟法施行前過往司法
9 院共作成之 813 號憲法解釋，則僅佔其中 43 例。由此以觀，
10 可見近來憲法實務，呈現出對於「立法形成自由」呈現高度爭
11 議之趨勢，並以近例 鈞庭 113 年度憲判字第 2 號判決的部分
12 不同意見書⁹⁷⁹⁸⁹⁹，堪可為例證。

13 (二) 立法形成自由之意涵與界限：

⁹⁷ 憲法法庭 113 年度憲判字第 2 號判決楊大法官惠欽提出，張大法官瓊文、蔡大法官宗珍、朱大法官富美加入之部分不同意見書有關部分略以：「無期徒刑受刑人因假釋遭撤銷，而應再入監執行，其所執行者仍係原經判處確定之無期徒刑，其人身自由因此所受之限制，仍是源於無期徒刑之宣告，至系爭規定一及三所關涉者，至多亦僅是此等假釋經撤銷之無期徒刑受刑人，於曾入監執行相當期間後，其原遭判處確定之無期徒刑後續應再如何執行之問題。而就刑之執行，本席認立法者應享有較大之制度形成空間，加以系爭規定一及三縱認涉及 遭撤銷假釋之無期徒刑受刑人之 人身自由，但所關涉者亦僅是在『應執行無期徒刑』之前提下，應入監執行期間之長短。是關於系爭規定一及三是否合於比例原則之審查，應採寬鬆標準，即系爭規定一及三之規範目的正當，所採手段與規範目的之達成間具合理關聯，即難謂與比例原則有違。」

⁹⁸ 憲法法庭 113 年度憲判字第 2 號判決蔡大法官宗珍提出，張大法官瓊文、楊大法官惠欽、朱大法官富美加入之部分不同意見書有關部分略以：「刑法第 79 條之 1 第 5 項規定之規範意旨，係為建立撤銷假釋後執行『殘餘刑期』之制度；亦即撤銷假釋後，無論有期徒刑或無期徒刑，均應先執行殘餘刑期完畢，再接續執行他刑，且殘餘刑期與他刑不得合併計算假釋門檻年限。核其性質，應屬撤銷假釋後關於刑之執行之特別規定。而其既屬刑之執行之規定，自以論罪處刑之刑事確定裁判（包以論罪處刑之刑事確定裁判（包括定應執行刑之裁定）為前提，不涉犯罪之處罰。就此等刑之執行之政策選擇與制度設計，立法者應享有較大之立法形成空間。」

⁹⁹ 憲法法庭 113 年度憲判字第 2 號判決朱大法官富美提出，張大法官瓊文、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍加入之部分不同意見書有關部分略以：「蓋憲法不能鉅細靡遺地規範國家政治與人民生活，故授權由立法者來具體形塑各種制度。立法者本於對社會現實之認知及價值觀之取捨，透過對將來的預測與期望，而創造出抽象的法規範，是以有立法形成自由或稱立法裁量。釋憲機關對法規範進行違憲審查時，如立法者之評價與事實判斷具有重要性，除非對其見解可予反駁，原則上應加尊重。」

1 李建良教授指出：「憲法乃是建構國家組織及其活動之基礎，
2 憲法規範國家機關之組織、權限及其程序，並保障人民之基本
3 權利。憲法之規範效力復以憲法之優位性（Vorrang der
4 Verfassung）為前提要件，於此原則下，不僅行政權與司法權
5 應受憲法之拘束，即連立法權亦應受到憲法之制約。觀乎各國
6 憲政體制與經驗，憲法優位原則之確保，司法權往往扮演重要
7 之角色，特別是『法律違憲審查制度』之建立與運作，更是落
8 實憲法優位原則之重要機制。惟立法機關由人民選舉組成之，
9 代表人民行使立法權（憲法第六十二條），其所制定之法律，
10 基本上乃是『人民公意』之表現，因此，法律違憲審查制度之
11 運作，難免會面臨『反多數決之難題』（the counter-
12 majoritarian difficulty），且容易陷入『法』與『政治』
13 之糾葛與夾縫當中。為避免僭越立法機關之權限，司法機關於
14 審查法律之違憲性時，容應尊重立法機關之立法權限。於此情
15 形下，乃有所謂『立法裁量』或『立法形成自由』概念之提
16 出，其無非表示立法機關在制定法律時，擁有寬廣之形成空間
17 與裁奪餘地，而為司法權所應加以尊重者。在司法院大法官解
18 釋文及理由書中，經常可見『立法裁量』或『立法形成自由』
19 概念之使用，並作為認定系爭法律合憲之基礎，可為例證。若
20 謂『立法裁量』概念猶如界分立法機關與司法審查權限之辦
21 膜，似無不可，換言之，立法裁量之始也，為司法審查之終
22 也；反之，立法裁量之終也，則為司法審查之始也。」¹⁰⁰（附
23 件 18），堪信係對「立法裁量」與「立法形成」之意涵為深刻
24 之闡釋。

¹⁰⁰ 李建良，論立法裁量之憲法基礎理論，台北大學法學論叢第 47 期，2000 年 12 月，頁 154

1
2 然立法形成自由並非「『絕對』自由」，司法院釋字第 662 號
3 解釋即明揭：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之
4 權，憲法第七十八條定有明文。法律與憲法牴觸者無效，法律
5 與憲法有無牴觸發生疑義時，由司法院解釋之，憲法第一百七十
6 十一條規定甚明。是司法院大法官就憲法所為之解釋，不問其
7 係闡明憲法之真義、解決適用憲法之爭議、抑或審查法律是否
8 違憲，均有拘束全國各機關及人民之效力，業經本院釋字第一
9 八五號解釋在案。立法院基於民主正當性之立法責任，為符合
10 變遷中社會實際需求，得制定或修正法律，乃立法形成之範圍
11 及其固有權限。立法院行使立法權時，雖有相當廣泛之自由形
12 成空間，惟基於權力分立與立法權受憲法拘束之原理，自不得
13 逾越憲法規定及司法院所為之憲法解釋。」，因而對刑事訴訟
14 制度中關於「易刑」處分之宣告與執行方法，以其違反比例原
15 則而宣告違憲；此外，司法院釋字第 384 號解釋闡認立法者對
16 於憲法第 8 條憲法委託形成對於人身自由限制之法定程序有欠
17 實質正當而宣告違憲、司法院釋字第 610 號、第 653 號、第
18 752 號、第 755 號、第 800 號解釋與 鈞庭 111 年度憲判字第
19 11 號判決亦對立法者關於訴訟權與正當法律程序之形成，違
20 反了憲法第 16 條訴訟權保障而宣告違憲、司法院釋字第 664
21 號解釋對於立法者依憲法第 156 條之委託形成少年保護制度，
22 而就其中限制少年人身自由部分，宣示違反憲法第 23 條比例
23 原則侵犯憲法第 22 條保障之人格權而違憲、司法院釋字第
24 666 號解釋更是對於立法者對於性道德風俗有關之管制，對於
25 具對向性之性交易行為，僅處罰行為之一方有違反憲法平等原

則而宣告違憲、司法院釋字第 709 號、第 739 號解釋分別針對都市更新程序與自辦市地重劃審議程序，不符憲法要求之正當行政程序而宣告違憲、司法院釋字第 737 號解釋認為刑事訴訟法就偵查中之羈押審查程序，不能確保以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由，並使其獲知聲請羈押之有關證據，致有害犯罪嫌疑人之防禦及其辯護人有效之辯護，與憲法正當法律程序原則之要求不符而宣告違憲、司法院釋字第 748 號解釋關於現行婚姻與家庭制度，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，顯屬立法上重大瑕疵而有害婚姻自由並違反平等原則，宣告違憲、司法院釋字第 763 號解釋以立法者未就徵收土地規定政府應將土地使用情形定期通知，俾使原土地所有權人得及時行使權利，有違正當行政程序原則而宣告違憲、司法院釋字第 770 號解釋則認為，立法者於企業併購有關法律，未確保利害關係人揭露其利害關係並就股份對價之公平性有所確保，並設置有效之權利救濟機制，不符憲法第 15 條保障人民財產權之意旨而宣告違憲、司法院釋字第 786 號解釋以違反行政法上義務所採制裁手段過苛，不符比例原則與責罰相當原則而宣告違憲、司法院釋字第 790 號解釋關於特定犯罪之處罰所涉之刑事政策，立法者漏未規範適當之減刑事由致使輕微情節之個案處罰過苛，違反罪刑相當原則而宣告違憲、司法院釋字第 791 號解釋，就通姦罪對性自主權之限制，違反比例原則而宣告違憲、鈞庭 111 年度憲判字第 13 號判決，則對於個資法暨其他相關法律規定整體觀察，欠缺個資保護之獨立監督機制，對個人資訊隱私權之保護不足而予警告性

1 宣示並命限期修法、 鈞庭 112 年度憲判字第 14 號判決，對
2 於刑事訴訟程序未規範要求非常救濟程序之法官未就參與確定
3 判決構成迴避事由，形成法官「審查自己所作裁判」之情況，
4 與憲法第 16 條保障訴訟權之意旨有違而宣告違憲、 鈞庭
5 112 年度憲判字第 18 號判決，就立法者對於不同類型之選舉
6 得否向法院聲請重新計票之規範所為差別待遇，違反平等原則
7 而宣告違憲等，亦見諸我國憲法實務。

8
9 綜合觀察前述憲法實務關於具「立法裁量」與「立法形成自
10 由」之事物，司法者基此予以尊重，或本節在此等事物，司法
11 者加以審查與干預，難免啟人疑竇：是否司法者在不願意進行
12 違憲審查，而影響到法制現況時，就以「立法裁量」與「立法
13 形成自由」加以推託，而司法者選擇性地審查並加以干預時，
14 緣何此際「立法裁量」與「立法形成自由」又不重要、不值得
15 尊重，又往往不置一語，抑或說理尚嫌簡略，致使殊難掌握憲
16 法實務對此概念運用之實然。李建良教授即含蓄地批評：「上
17 述德國與我國之釋憲實務，似乎可以得到一個印象：『立法裁
18 量』或『形成自由』可以提供立法者脫免司法審查之擋箭牌，
19 或作為釋憲機關放棄司法審查權之拖詞」¹⁰¹，誠哉斯言。

20
21 申言之者，「『立法裁量』概念與理論之正面意義在於，其乃
22 屬『權力分立原則』之體現，換言之，釋憲機關固然可以審查
23 相關法律規範是否合乎憲法規範之要求，但亦必須適度尊重立
24 法者之自由形成權限，而不能動輒『替代』立法者從事政策決

¹⁰¹ 李建良，論立法裁量之憲法基礎理論，臺北大學法學論叢第 47 期，2000 年 12 月，頁 200

定。」¹⁰²，然司法違憲審查本即基於憲法權力分立之原則，由司法權對其他憲法權力機關之行為，依照憲法為其權力行使之合憲性進行審查與控制。此即前引司法院釋字第 662 號解釋意旨所在。如承認立法者基於「立法裁量」或「立法形成自由」，而有絕對不受司法審查的裁量或自由形成空間存在，毋寧承認立法機關在此範圍內毋須對憲法忠誠，而可以豁免遵守憲法，凌駕於憲法之上，恣意為之。反之，如司法機關未為適當之說理，而濫行運用「立法裁量」或「立法形成自由」為取徑簡便之說理，或是迴避政治爭議之託辭，則不惟減損司法違憲審查之機能，並使此項原則之適用陷於恣意，更與憲法權力分立之基本原理有所扞格。¹⁰³(附件 19)

舉例言之，就刑法第 239 條通姦、相姦罪之憲法審查，司法院釋字第 554 號解釋認為「婚姻關係存續中，配偶之一方與第三人間之性行為應為如何之限制，以及違反此項限制，應否以罪刑相加，各國國情不同，應由立法機關衡酌定之。…對人民之性行為自由有所限制，惟此為維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要。為免此項限制過嚴…對於通姦罪附加訴追條件，此乃立法者就婚姻、家庭制度之維護與性行為自由間所為價值判斷，並未逾越立法形成自由之空間」，顯然對於立法者就選擇使用刑罰手段所為之政策決定，高度尊重立法者裁量形成之空間；然於司法院釋字第 791 號解釋：「刑法第 239 條規定…

¹⁰² 李建良，論立法裁量之憲法基礎理論，臺北大學法學論叢第 47 期，2000 年 12 月，頁 231

¹⁰³ 黃舒芃，違憲審查中的立法形成空間，月旦法學雜誌第 185 期，頁 46-47

1 對憲法第 22 條所保障性自主權之限制，與憲法第 23 條比例原
2 則不符」、「刑事訴訟法第 239 條但書與憲法第 7 條保障平等
3 權之意旨有違，且因刑法第 239 條規定業經本解釋宣告違憲失
4 效而失所依附」，均宣告違憲失效，除於第 24 段對於是否合
5 於補充或變更解釋之程序部分敘明理由指出：「系爭解釋所稱
6 系爭規定一『為維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必
7 要……立法者就婚姻、家庭制度之維護與性行為自由間所為價
8 值判斷，並未逾越立法形成自由之空間』乙節，已非無疑；尤
9 其系爭規定一是否仍合乎憲法比例原則之要求，更有本於憲法
10 相關基本權保障之新觀念再行審查之必要。」，而重申先前解
11 釋「立法形成自由」之文字外，遍觀理由書其他部分，司法院
12 釋字第 791 號解釋，對於構成司法院釋字第 554 號解釋合憲之
13 重要理由即「立法裁量」或「立法形成自由」，毫無隻字片語
14 討論變更之有關理據。

15
16 代理人以為，司法院釋字第 791 號解釋黃大法官昭元所提出之
17 協同意見書：「立法代表並反映多數民意，自有其民主正當
18 性，惟立法結果甚至程序仍會受到司法違憲審查。特別是在少
19 數群體的權利受到多數壓迫，而無法期待民主程序之自我修正
20 時，法院尤應採取敏感的態度，以適當的方式介入審查。從權
21 力分立的觀點來看，司法違憲審查制度存在的主要功能正是在
22 制衡包括立法權在內的其他政府權力，而不是在代表民意或反
23 映民意。至於是否制衡？何時制衡？如何制衡？則為個案審查
24 時，法院決定在程序上是否受理？受理後採取何種審查標準？
25 違憲宣告後採取何種效力模式（如單純違憲宣告、定期失效或

立即失效等）？審查範圍及理由是要『寬且深』（wide and deep）或『窄且淺』（narrow and shallow）等不同層次的問題。但這些都是司法違憲審查（實質）正當性的問題，而非（形式）合憲性的問題。」、「換言之，只要有司法違憲審查制度的存在，就會有法律被宣告違憲。只要有法律被宣告違憲，就可能會引發對抗或反多數（counter or anti-majority）之質疑，因為任何法律都是由立法多數通過或維持，甚至還有人民多數的支持。上述質疑是司法違憲審查制度的宿命，也是大法官必須誠懇面對並謹慎看待的正當壓力來源。法院在審查時，雖亦得同時考量民意、政策、效率、社會成本等相關因素，但並不當然受其等拘束。由於規範體系及社會集體之變遷，加上個別乃至於多數大法官價值立場之變遷，本院今日宣告通姦罪違憲，並變更 17 年前公布的釋字第 554 號解釋，固有其時代意義，但也有其必然的時代脈絡及侷限。本號解釋一旦公布，即成歷史，而應（也會）受到當下及未來世代之討論、質疑或批判。本席既然支持多數意見，自當承擔此項歷史責任。」¹⁰⁴，適可為此為妥當之詮釋。特別是對於立法者針對少數群體所為的決定，而難以期待國會在多數決運作下可以自行檢討的情形，如在本案死刑制度係針對處於社會少數、弱勢的犯罪者所為基本權的嚴重剝奪，則更有需要司法者發揮「橫眉冷對千夫指」的勇氣，去捍衛平等保障每個人民的憲法價值。

（三）司法違憲審查與立法形成自由：

¹⁰⁴ 司法院釋字第 791 號解釋，黃大法官昭元提出之協同意見書第 10、11 段，頁 6-7

1 代理人以為，解決司法違憲審查與立法形成自由之衝突，仍應
2 回歸其憲法上具根本重要性之權力分立理論以觀。

3
4 申言之，在憲法權力分立之安排下，司法者是國家行為遵守憲
5 政框架之唯一、也是最終之守護者，必須、也應該把控憲政主
6 義之憲法邊界，對於其他國家機關包括立法機關之權力行使，
7 有不可推卸之審查義務。亦即，司法者有義務在每一個憲法問
8 題中，依照憲法規定、憲法原則與相關之法理，劃定憲政法治
9 之界限，並據以評價國家行為之合憲性，此即 鈞庭 112 年度
10 憲判字第 14 號判決所稱「立法形成之界限」¹⁰⁵，代理人以
11 為，憲政主義下此種界限的真實意義僅為「國家行為合憲之界
12 限」。

13
14 司法權基於司法本質之作用，可以為法制中「所有」規範涉及
15 之法律爭議問題，依憲法、憲法原則與憲法解釋方法等法理，
16 劃定法治國之合憲邊界所在。然而規範有不同的層級與密度，
17 對於涉入的憲法規定、制度內涵、權利保障與侵害之程度各有
18 不同。如司法者、尤其是立於最高司法審判機關之憲法法庭，
19 鉅細靡遺地對不分大小粗細之規範，一一劃定其細緻之抽象邊
20 界，則運用至極致時，毋寧係由司法者取代立法者，完成所有
21 法律規定的具體形成，而抵觸憲法權力分立之原則。因此，所

¹⁰⁵ 憲法法庭 112 年度憲判字第 14 號判決第 56 段：「憲法第 16 條保障人民之訴訟權，其意旨在使人民於其權利遭受侵害時，得依法向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，而獲及時有效救濟，以貫徹有權利即有救濟之憲法原則。至於訴訟救濟之程序、要件、審級等重要事項，原則上應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、目的及司法資源有限性等因素，以法律定之。是立法機關就訴訟制度之具體內容，自有一定之形成空間，本庭原則上應予尊重；惟如涉及訴訟權保障之核心內容（司法院釋字第 752 號及第 761 號解釋參照），則為立法形成之界限，而應加強審查。然因刑事訴訟攸關犯罪追訴、論罪科刑等刑事正義之實現，且與被告人身自由等重要權利密切相關，是相較於民事、行政訴訟等其他訴訟程序，刑事訴訟程序自應受憲法正當法律程序原則更嚴格之要求，自不待言。」

1 以承認有「立法裁量」或「立法形成自由」者，乃因憲法具有
2 框架性與開放性、應主要由權力來源具有民主正當性、且負有
3 將國家法律制度具體化形成的功能與義務的立法者，優先將法
4 律內涵具體填充完備，且國家資源有限，國家如何在有限資源
5 下，進行資源分配的政策排序，此種相對不具「是非對錯」的
6 事物領域，更適於由政治部門而非司法部門加以決定¹⁰⁶。

7
8 以此反面言之，立法者之具體作為或不作為，如具有憲法重要
9 性或為貫徹人民基本權利所必要¹⁰⁷，而得由司法機關本於憲
10 法、憲法原則與相關憲法解釋方法等法理，劃定法治國之合憲
11 邊界，評價其是非對錯者，即再無所謂「立法裁量」或「立法
12 形成自由」，毋寧如前引黃大法官昭元所述，只是司法違憲審
13 查（實質）正當性的問題。

14
15 應值補充者，人民尋求司法違憲審查，核心的訴求都只是在問
16 國家機關特定的作為或不作為，是否違憲？憲法對於該特定問
17 題的態度是什麼？只是在尋求「違憲」與否的答案¹⁰⁸。也就是
18 如果國家越線了、做錯了，就說國家錯了；反之國家如果沒有
19 錯，就說國家沒有錯。至於國家如果越線了，國家機關在線內
20 應該怎麼做？司法者固然可以基於積極的善意，與司法機關對
21 於憲法意旨詮解的權威性，告訴其他國家機關應該怎麼做比較

¹⁰⁶ 李建良，論立法裁量之憲法基礎理論，臺北大學法學論叢第 47 期，2000 年 12 月，頁 202-206

¹⁰⁷ 憲法訴訟法第 61 條第 1 項：「本節案件於具憲法重要性，或為貫徹聲請人基本權利所必要者，受理之。」

¹⁰⁸ 憲法訴訟法第 62 條第 1 項：「憲法法庭認人民之聲請有理由者，應於判決主文宣告該確定終局裁判違憲，並廢棄之，發回管轄法院；如認該確定終局裁判所適用之法規範違憲，並為法規範違憲之宣告。」

1 不會錯，免得其他國家機關一直「踩線」。但人民絕非是要求
2 司法機關，鉅細靡遺地、如撰寫工具使用手冊一般，指導其他
3 國家機關應該如何完美無瑕地，行使自己的憲法權力。¹⁰⁹

4 (四) 死刑是「國家刑罰權行使界線」的問題，是「國家行為干預基
5 本權強度與範圍」的問題，司法者具有不可迴避之實質審查義
6 務，不能以立法形成自由，訴諸「司法節制」而加以逃避：

7 死刑存廢固為重大政治爭議，且並不排斥由政治部門自行檢討
8 改變，然而死刑制度的存在本身並非政治問題，死刑是「國家
9 刑罰權行使界線」的問題，是「國家行為干預基本權強度與範
10 圍」的問題，是國家與人民關係的法律問題，是「憲法允不允
11 許國家殺人」的憲法問題，司法者具有不可迴避之實質審查義
12 務，不能以立法形成自由、訴諸「司法節制」而加以逃避。

13
14 司法者在此所面臨之困難，無非擔心司法者介入高度政治爭議
15 問題後產生民意、或民意機關的反撲。然而，憲法訴訟作為訴
16 訟權保障之一環，亦有共同維護「有權利，即有救濟」訴訟權
17 核心保障的義務。憲法既然保障人民有生命權，有人性尊嚴，
18 有免於過度處罰的基本權利，那麼當人民本於這些權利來到
19 鈞庭，鈞庭並已決定受理後，就有義務將這個問題的道理說
20 清楚，把憲法的紅線畫清楚，公平、公正地審理憲法訴訟並給
21 予回應，不因可能遭受公眾批評而受影響。¹¹⁰

¹⁰⁹ 黃舒芃，違憲審查中的立法形成空間，月旦法學雜誌第 185 期，頁 51。

¹¹⁰ 法官倫理規範第 2 條：「法官為捍衛自由民主之基本秩序，維護法治，保障人權及自由，應本於良心，依據憲法及法律，超然、獨立從事審判及其他司法職務，不受任何干涉，不因家庭、社會、政治、經濟或其他利害關係，或可能遭公眾批評議論而受影響。」

固然後果考察解釋並非不能作為憲法解釋的一種方法，然而這
應該僅限於出自法秩序變動的衝擊結果，而基於法安定性考慮
下對解釋結果所應採取的手段有所節制，而避免對現有的法秩序
產生過度衝擊；然此不應造成憲法是否解釋、如何解釋，竟然
要納入「政治反應」的考慮，並作為憲法解釋的參考原則，因為
這可能就已進入了「政策考量」的範疇¹¹¹。司法機關倘若以
「（流水般的）民意」來伸縮法治國的憲法與法律界限，毋寧
是用民意調查來定義何謂「自由民主憲政秩序」，堂而皇之地
宣告大法官的「政治性」與「非司法性」，反而高度有破壞權
力分立原則的危險。

終究司法權實際上既不掌握國家的武力，也不掌握國家資源的
分配，更不是直接從民主選舉獲得賦權的民主正當性。司法權
在憲法權力機關的特殊性與必要性，即在於本於憲法與法律，
作為其他機關間、乃至國家與人民間，身為一個司法仲裁者的
「政治中立性」，與作為憲法秩序的詮釋者與守護者的「憲政
正義性」，至少在權力行使的外觀上，應該是、也必須是「非
政治的」。

二、死刑制度違憲：

（一）死刑制度與前述合憲的應報目的不相適合，欠缺手段適合性， 應屬違憲：

代理人所主張的合憲的應報目的，即透過刑罰喚醒行為人理性

¹¹¹ 李建良，論立法裁量之憲法基礎理論，台北大學法學論叢第 47 期，2000 年 12 月，頁 219。

1 的自我反省與回復，從而回復法和平性的狀態與秩序；該目的
2 既係以個體的自我理性反省與回復為基礎，則本質上就與死刑
3 執行將人消滅生命的結果不相適合。因為當死刑執行後，死亡
4 的主體，就不再能夠進行理性活動，也不再能呈現出反省、回
5 復與相應的理性實踐活動；此亦是代理人所引用周漾沂教授於
6 其文中所採之看法。¹¹²

7 1、死刑制度無法通過罪責原則與刑罰平等原則的限制：

8 誠如前述，理由在於現實世界中，雖然罪存在無限的可能，但
9 因為受刑人終究不能脫離人類的物理性、生物性侷限，刑的施
10 加終究是有極限的。因此在罪刑相當的相當性上，即會產生要
11 在無限之罪，與有限之刑之間，根據相當性的要求，求其均
12 衡。

13
14 而我們同時適用憲法上的罪責原則，在這個條件下，就必須注
15 意到，因為輕罪輕責一定要輕刑，重罪重責一定要重刑，這一
16 個根據罪責的輕重排序，對應在刑罰的輕重排序，必須嚴格地
17 加以遵循，因此在罪責原則的要求下，從輕罪到無限嚴重的重
18 罪，與輕刑到最極端的死刑，就應該存在一一排序對應的關
19 係。

20
21 以數理符號示意，設存在一個把所有罪由輕到重排列的數列

24
$$\langle C_n \rangle_{n=1}^{\infty}, C_{n+1} > C_n$$

22 ，因為罪的無限性，所以這個數列可以一直排列到到無數個。

23 另外我們也把刑罰排成類似的數列

¹¹² 周漾沂，刑罰的自我目的性—重新證立絕對刑罰理論，政大法學評論第 147 期，頁 340

$$\langle P_n \rangle_{n=1}^{death}, P_{n+1} > P_n$$

，那個因為死是終局最重的刑罰，所以這個數列回停在死刑 P_{death} 的地方。由於前面我們已經根據罪刑相當與罪責原則，確立了這兩個數列存在由輕到重有一一對應的關係，那麼將這兩個數列對齊排列：

$$C_1, C_2, C_3, C_4, C_5, \dots, C_{death}, C_{death+1}, \dots$$

$$P_1, P_2, P_3, P_4, P_5, \dots, P_{death}$$

我們馬上會發現，到恰好對應於死刑 P_{death} 的臨界犯罪 C_{death} 後，比這個犯罪更重的其他罪，就再也找不到可以與之對應的，比死刑更重的刑，而不得不均對應到最嚴重的死刑 P_{death} 。回到文字，也就是說，對於「大惡不治之犯」，加以加以「絕對淘汰之刑」後，對大大惡不治之犯、大大大惡不治之犯，乃至於大無限多大惡不治之犯，我們都還是只有這個「絕對淘汰之刑」的死刑可以使用。

就像我們在最前面引用張娟芬女士的形容，「生命權是全有全無的，因為生死殊途。侵害生命權就是使那個人死掉、全部死掉、並且永遠死掉，沒有『死去一點點』的可能，沒有『死掉這一部分，但是另外一部分繼續活著』的可能，也沒有『死去一段時間，過一陣子再復活』的可能。生命權的損害是全面的，永久的，這是生命權獨有的特性」，而這個「點」的特性，就會形成我們以「有限之刑」來對應「無限之罪」的問題，最終因為我們永遠有更多一點的罪，而從跨過門檻應適用死刑的罪開始，任何更重的罪，也都勉為其難，只能一死。

然而對各輕重不同的罪，都只能齊一的給予死刑的結果，就與罪責原則與刑罰平等原則不符。批評者可能指出，這在任何以「有限之刑」來對應「無限之罪」，都會發生的問題，並非死刑所獨有。然而代理人必須要指出，與自由刑可以在執行階段動態調整而可以派生出無限可能的特性不同，死刑的效果是絕對的、是「點」的、是終極的，源於死亡對於人類的生物性具有的、絕對平等的特性¹¹³。換言之，我們只有將刑罰侷限在自由刑以下的範疇，才有可能利用自由刑於執行階段的無限可能性，去對應罪的開放性與無限性。在此意義下，死刑制度即會違反罪責原則與刑罰平等原則，而獲致違憲之評價。

2、以應報目的來說，死刑不具備手段適合性：

代理人應進一步指出，刑罰理論的討論，過度集中於證立刑罰的正當性，也就是對於國家加諸行為人刑罰的惡害，如何正當化的觀點。特別在這個面向上，行為人幾乎是被以一個「孤立的犯罪人」而呈現，似乎因此忽略了行為人是一個「活生生的社會人」的面向：在國家對行為人施加刑罰的惡害時，行為人所處的社群，包括父母、子女、兄弟姊妹、鄰居、朋友、師長、同學，也會因為行為人原有社會連帶的紐帶，感受到行為人被國家施以惡害的傷害。可能是經濟上的、親屬關係上的、情感關聯上的、甚至是來自社會其他人對於行為人的「滿溢的正義感」蔓延到行為人所處社群的其他人，或說「遷怒」。

以知名的「鄭捷案」而言，他毫無刑法上罪責的父母也永遠失去了一個曾經那麼珍視的兒子，他毫無刑法上罪責的弟弟失去

¹¹³ 如西方警語「Memento mori！」，人終有一死。

1 了曾經仰慕敬愛的哥哥，他毫無刑法上罪責的朋友失去了曾
2 經往來的好友；若說鄭捷本人的死是他的犯行所應得，然而他
3 們「無辜」的家人朋友，因為國家在犯罪後、以刑罰回應鄭捷
4 犯罪所加諸的惡害，進而對這些人造成的傷害，這樣一種「同
5 態報復」，是不是同樣都可以用那個案子裡「天理難容」的犯
6 行加以正當化？視為國家「替天行道」的「特別犧牲」？

7
8 這樣一個程度特別嚴重、因國家執行死刑行為而生、對其他
9 「無辜之人」不具罪責的惡害，與應報理論所欲反映的「正義」
10 價值不相適合，以至於即使不採取代裡人前述引用周漾沂教授
11 對於傳統應報理論的說明，代理人仍然以為，基於死刑執行的
12 惡害將波及無辜之人而產生過度惡害的不正義，死刑並不具備
13 有應報目的的手段適合性，應屬違憲。

14 **（二） 死刑制度侵害人民免於過度處罰的權利，應屬違憲：**

15 **1、 從死刑刑罰本質的殘酷性與過度性，死刑制度應屬違憲：**

16 代理人前已說明，應可從罪刑相當原則，獲致人民有免於過度
17 處罰權利的結論，同時此結論亦與憲法上的罪責原則相符。並
18 且由於此權利形同罪刑相當原則的變形，因此並不具有權衡或
19 寬減的可能性。進而，由此項權利的絕對性，如 鈞庭認為代
20 理人前述主張死刑已是侵害此項人民免於過度處罰的權利為可
21 採，那麼死刑制度就是違憲的。

22 **2、 從死刑量處刑具有恣意性而言，現行死刑制度欠缺合理控制死**
23 **刑判決恣意性之手段，無法有效防免人民免於受到不相稱其罪**
24 **責之過度處罰的風險，亦應屬違憲：**

1 (1) 罪刑「相當」的恣意性與不可避免的過度處罰：

2
3 罪刑相當並不是一種「以牙還牙，以眼還眼」的相當，否則
4 我們在傷害罪毋寧需要承認肉刑的必要性。在涉及生命的犯
5 罪，與使用死刑的刑罰，在刑事司法中看似具備「同害相
6 報」的外觀，毋寧只是一種情節最嚴重之罪與效果最嚴厲之
7 刑，因為生命法益的重要性，而產生偶然合致。

8
9 如前所述，罪刑相當並非出於同害得相當，而是經過罪責—
10 刑罰換算所得「價值上」、「評價上」的相當，這導致前引
11 周漾沂教授所指出的「罪刑的具體換算在理論上是一個無解
12 的問題，這是概念的本質使然，因而必須忍受一定程度的恣
13 意性。」¹¹⁴。亦即，「相當」這個應然面的訴求，在實然的
14 層次、在具體司法裁判的層次，具有「不得不然」的不確定
15 性，而使得死刑亦存在「不得不然」的恣意性。

16
17 在此這樣的恣意性停留在自由刑的範圍內時，由於刑罰矯正
18 處遇搭配行刑累進處遇與假釋制度，靜態的宣告刑、執行刑
19 的不確定性質與可能產生的過度處罰，可以在具體刑罰執行
20 的階段，因執行處遇的動態調整而獲得緩和。然而此在死刑
21 的情況，誠如前述，因其終局性的效果，死刑一但恣意被選
22 科執行，就絕對的使過度處罰成為現實，並且現實從自由刑
23 過度至死刑，在基本權侵害上不論質、或者是量，均構成顯
24 然可見的躍遷。這個死刑相較於自由刑的刑罰質、量的躍

¹¹⁴ 周漾沂，刑罰的自我目的性—重新證立絕對刑罰理論，政大法學評論第 147 期，頁 326

1 遷，使得量刑在實然面不可避免的恣意性、也就是罪刑是否
2 相當的「恣意性」，一但「恣意」而產生「失之過重」的瑕
3 疵，就會產生遠超自由刑的「過度性」，應而構成憲法所不
4 許的「過度處罰」。

5 (2) 量 刑 恣 意 性 與 免 於 過 度 處 罰 之 衡 平 ；

6
7 因此，無論如何承認罪刑「相當」在現實操作上的侷限性，
8 「不得不」承認其不能完全侷限於「點」的相當，而容許一
9 定程度的「不精確性」的「（不那麼）相當」。就如同在刑
10 罰明確性中，承認現實上無法「精準列舉」而產生的「薄冰
11 原則」¹¹⁵，是一種面對法律從抽象的應然面，落地到具體的
12 實然面，所不得不面臨的衡平妥協。

13
14 代理人從價值立場而言，反對此種出於現實的衡平妥協。然
15 而，如果不得不面對國家所面臨「不得不」的恣意性與「不
16 精確性」的「（不那麼）相當」的困難，代理人也必須堅
17 持，這種妥協並不是無限制的。如同在刑罰明確性的問題
18 中，國家仍然有義務具體化指出合理的「薄冰區」何在，而
19 不能空泛地指出整個湖面都有危險，以使明確性獲得合憲的
20 控制。同樣的，此際憲法的誠命應要求至少國家應在相應於
21 死刑的「嚴重性」程度上，要將具體可靠的操作準則盡可能

¹¹⁵ 司法院釋字第 680 號解釋，許大法官宗力與謝大法官在全共同提出之協同意見書，頁 11-12；「國家面對薄冰這個情況不明的領域，它事先掌握情況的能力實則也受到了侷限，即使立法者欲預先在可能落水之處——提請注意，事實上也有其困難——因立法者也非全能全知地能精準描述危險所在。」、「總之，在立法上無法強求之處，只要有足夠的風險指示提請受規範者注意，而授權母法所指涉的補充規範對人民而言係語意明晰且易於取得，則具體受規範的內容係訂在命令層次或法律層次，從受規範者的角度未必有太大的不同，對保護受規範者而言其實也已經足夠。」

1 明確化、具體化，以「限制」死刑的「恣意性」，而使死刑
2 不相稱於其罪責而構成過度處罰的風險性，被限制在可合理
3 接受的價值追求與現實妥協的衡平範圍內。

4
5 另一方面，對於此種出於現實可預見的過度處罰的風險，基
6 於人民免於過度處罰的權利，國家亦有憲法上法義務採取具
7 體有效的手段加以防免。換言之，未受到法規具體控制的恣
8 意死刑裁量，就會造成整個死刑制度本身的建構，欠缺有效
9 防免過度處罰的手段，侵害人民免於受到過度處罰（的風
10 險）的權利，而構成違憲。

11
12 應值補充者，縱令立法者認為死刑是我國刑罰制度所必要，
13 而 鈞庭亦出於司法節制的角度，勉而未便指摘違憲，然由
14 於死刑的嚴酷性與不可回復性，立法者欲存置死刑這樣的刑
15 罰，即有將「該死之人」的具體面貌，透過法律進行具體化
16 的憲法上義務。倘若立法者怠於具體化死刑入刑門檻的基
17 準，而將決定「誰該死」的價值判斷，更推卸由司法者來決
18 定；反之司法者若拒絕承擔由司法來決定「誰該死」的責
19 任，即有義務要求立法者，透過立法形成加以確定。

20
21 如司法者與立法者均拒絕加以量刑基準具體化以減輕死刑的
22 恣意風險，那結果就是除了不可知命運，與不可檢驗的良
23 心，別無憲法機關對國家處以死刑制度對於受判決人可能構
24 成過度處罰的風險，進行合憲性的控制。因此基於憲法上人

民有免於過度處罰的權利，只能與代理人一般，獲致死刑制度違憲的結論。

(3) 我國刑事司法已呈現死刑判決恣意性之實然：

我國刑事司法操作的實然結果而言面上，由於我國刑事法學教育向來偏重「犯罪論」而輕「刑罰論」之結果，我國刑事判決於量刑部分，向來呈現出論理上與裁量因素的交代上「蒼白無力」的現實。

觀照刑事司法有關死刑的量刑實務，我國死刑判決經歷兩公約施行，從民國 100 年間最開始要求事實審法院在死刑判決應詳實交代量刑審酌事由¹¹⁶，並於之後因「吳燦基準」之提出，始建立「盤點存貨」之要求與「教化可能性」之要素¹¹⁷，往後提出「情節最重大之罪」/「最嚴重的犯罪」之形式死刑門檻¹¹⁸，並逐步建立「精神與心智障礙」的主觀死刑障礙¹¹⁹，將間接故意造成死亡結果之犯罪排除於死刑範圍外¹²⁰，與被害人修復做為減輕事由¹²¹，應納入行為人與被害人父母與子女之情況¹²²。

¹¹⁶ 最高法院 100 年度台上字第 3447 號刑事判決，即邱合成案。

¹¹⁷ 最高法院 102 年度台上字第 170 號刑事判決，即吳敏誠案；關於教化可能性之判準，曾一度盛行，後又漸為如「更生改善可能性」、「矯正教化之合理期待」等用語所取代。

¹¹⁸ 最高法院 102 年度台上字第 2392 號刑事判決，即林于如案。

¹¹⁹ 最高法院 102 年度台上字第 4289 號刑事判決，即陳昆明案；較詳盡之論理可見最高法院 110 年度台上字第 3445 號刑事判決即李國輝案。

¹²⁰ 最高法院 103 年度台上字第 807 號刑事判決，但此標準在最高法院 103 年度台上字第 3062 號刑事判決即彭建源案所不採，至最高法院 110 年度台上字 3266 號刑事判決即湯景華案、與最高法院 110 年度台上字第 4958 號刑事判決即李昆霖案，經最高檢察署檢察總長對此聲請非常上訴駁回後，始堪確立。

¹²¹ 最高法院 108 年度台上字第 2191 號刑事判決。

¹²² 最高法院 109 年度台上字第 4461 號刑事判決，即洪當興案。

1 我國最高法院雖在刑法第 57 條之量刑例示規定基礎上，多年
2 來持續堅持「盤點存貨」的量刑審酌要求，對於事實審法院
3 全面進行死刑判決精緻化、死刑宣告慎重化的工程，令死刑
4 判決的量刑記載上，透過法院對於量刑因子詳載之現實，盡
5 可能相對完整呈現行為人各方面的面貌，並且易於辨識行為
6 人在各責任因子上所呈現的，法院就責任加重與責任減輕因
7 素之評價，但對於這些因素如何共同作用於最後的死刑判
8 決，則仍缺少具體的裁量基準，而往往只見於結論「上訴人
9 之行為實已達人神共憤而為天理、國法所難容，除處其死刑
10 外，並無其他選擇，爰量處如主文第二項之死刑，並褫奪公
11 權終身，以彰顯國法尊嚴與維護法治、倫理制度。」¹²³，如
12 抒情小品般，欠缺論理與操作的可靠路徑。

13
14 因此，我國法院往往在無期徒刑與死刑的生死取捨上，呈現
15 斷裂而不確定的結論，不僅造成死刑判決因此在事實審法院
16 與終審法院間不必要的來回往復，更是足以顯示死刑在欠缺
17 將死刑門檻具體化的量刑基準下，死刑判決的恣意性，達到
18 憲法所難以容忍，違反罪責原則與刑罰平等原則的重大瑕
19 疵，而因此不能符合罪刑相當原則，而有侵害人民免於過度
20 處罰的權例，應屬違憲。

21
22 此種恣意性的實證觀察，可參考代理人此前提出，關於死刑
23 恣意性的補充理由，代理人並引用台灣廢除死刑推動聯盟所
24 整理、關於目前我國受死刑判決人即本案所有共同聲請人，

¹²³ 最高法院 108 年度台上字第 940 號刑事判決，即翁仁賢案。

其判決存在恣意性之分析整理報告¹²⁴（附件 20）。尤其珍貴的是錢建榮法官以實務法官的經歷，於模擬憲法法庭所提出之鑑定意見中，對於死刑判決恣意性之批評：「我們這才赫然驚覺，詳細規定哪些案子應該判死刑的並不是法律，而是法官。每位法官都是獨一無二的，被處死的人，當初或現在，換了個法庭受審或許就不會死。本案聲請人何不是。我們甚至可以說，殺人犯被一槍斃命，與其說是因為他犯的罪，不如說這是依據過去所有相同或不同的犯罪，以及未來所有相同或不同的犯罪，所以才會拿他開刀。結果，『這最無可挽回的確定，是由最虛無飄渺的不確定所造成的』。¹²⁵，足以呈現我國死刑判決高度恣意性之實然。

（4）小結：

從量刑恣意性而言，我國現行死刑制度本身的建構上，欠缺有效降低死刑判決恣意性風險、避免死刑判決對受判決人處以不相稱其罪責的過度處罰之手段，且實然面確已呈現死刑判決之恣意性，應構成違憲。

（三）死刑制度侵害人性尊嚴，應屬違憲：

1、人性尊嚴具有絕對性：

代理人主張，人性尊嚴乃「人」之所以為「人」的價值，乃基本權中之基本權，所有受憲法保障之基本權利，均本於人性尊嚴而生。因此人性尊嚴之不可侵犯性，不是來自於任何的明文

¹²⁴ 台灣廢除死刑推動聯盟，《2024 台灣死刑判決報告：37 位死刑犯判決之恣意性分析》，2024 年 4 月。

¹²⁵ 錢建榮，模擬憲法法庭鑑定意見書，放棄死刑走向文明，2015 年 09 月，一版，台北律師公會出版，頁 501-505（該鑑定書第 15-19 頁）。引用段落為「伍、恣意的量刑違反平等原則」結論，該段內容之論理本文均予贊同，限於篇幅行文未予詳載；然本文以為死刑制度在平等原則上的本質問題，在於社會不同階層的犯罪風險程度不同，而社會低階層者如涉犯罪，也沒有足夠的資源在訴訟程序內進行有效、完整的防禦，更難以在訴訟外賠償被害人的損害，因此整體受死刑判決個案的傾向，即呈現出「僅適用於社會低階層者」的結果歧視樣貌，這種「由上等人來決定下等人值不值得活下去」的世界，難謂合乎憲法平等原則。

1 規定，而是因為人性尊嚴的定義性、建構性本質，是因為人性
2 尊嚴是「人」，也就是任何一個個體，所有一切受保護與尊重
3 的價值的核心來源，可以叫做人、人格、人性、尊嚴或任何一
4 種名詞，均不能妨害對於此種本質的認識。基於人性尊嚴立基
5 於憲法價值體系頂點的權利根本性之特質，若容許人性尊嚴可
6 被限制，毋寧承認國家可以任意雕塑基本權保障體系，任意形
7 成「應該怎麼樣的人」才叫做「人」的價值立場，就否認了人
8 是具有共同體中具有自我發展性、自我能動性的主體，而是反
9 過來認為人是在共同體之下，受共同體所支配、驅使的客體。
10 基於這樣的認識，即不得不賦予人性尊嚴在憲政價值體系的不可侵越性。
11

12 2、死刑是國家以刑罰為手段，對人民生命的一切所為的非價否
13 定，侵害人性尊嚴，應屬違憲：

14 誠如前述代理人主張，死刑因係國家以消滅「人」作為處罰的
15 手段，而否定人憲法上生命存在的地位，與生命存在的價值，
16 否定「人」所以為「人」，即否定受刑人的人性尊嚴，而構成
17 對人性尊嚴的侵害，因而在人性尊嚴的絕對性面前，只能獲致
18 違憲的結論。
19

20 相關反論或訴諸自我負責之正義觀，而認為死刑並不侵犯人性
21 尊嚴，反而在實現人性尊嚴。然而誠如代理人此前的主張，這
22 樣的意見忽略了死刑的國家行為性，與死刑制度的對受刑人的
23 道德非難性。更重要的質疑，則來自於這種相較於刑罰的「國
24 家行為性」，這種對行為人「自我負責」的要求，則具有個體
25 主觀的「自我性」。誠如某些論述所謂受刑人「怕死求生」之

1 批評甚或譏笑，死刑制度並不是在基於受刑人「坦然面對」、
2 「自我承擔」的前提下加以遂行的，而不可避免的，是由國家
3 赤裸裸的基於權力，絕對性地強加於受刑人生命的惡害。因
4 此，如果強制一個說錯話的人道歉，表明自我反省的意思，為
5 憲法秩序所不許¹²⁶，那麼強制一個做錯事的人，對於所犯的錯
6 誤作出自我承擔、自我負責的行為，當然也不能見容於憲法的
7 價值秩序，而不能免於受到違憲的評價。

8
9 代理人應嚴肅強調，死刑存置論者就死刑制度所提出、其個人
10 在道德理解上的正當性、輿論在民意支持的普遍性，乃至於社
11 會在歷史淵源的存續性，都不能等同於國家殺人的合憲性。國
12 家殺人要能被司法承認其合憲性，只能從國家殺人是否符合我
13 國憲法所揭示、構築的、自由民主憲政秩序的觀點加以尋見，
14 別無其他！

15 (四) 死刑制度剝奪基本權，應屬違憲：

16 1、國家對基本權之干預存在絕對性極限：

17
18 我國憲法實務，固然曾經作成司法院釋字第 194 號解釋、司法
19 院釋字第 263 號解釋，以及司法院釋字第 476 號解釋，透過特
20 定分則條文之合憲性，間接肯定了死刑在個別條文的合憲性，
21 而未對死刑制度持違憲排除的立場。

22
23 然而在此之後的解釋，逐漸呈現出立法者乃至於制憲者，於其
24 形成憲政法制的權限，存在嚴格而絕對的自由民主憲政秩序的

¹²⁶ 憲法法庭 111 年度憲判字第 2 號判決。

1 界限，本書狀已多次引用之司法院釋字第 499 號解釋、司法院
2 釋字第 567 號解釋，已經足以顯示這樣的、具有防衛性的憲法
3 價值立場：我國存在先於憲法、或具有憲法根本性的價值秩
4 序，不容立法者，乃至於修憲者，基於任何目的，以任何方式
5 加以侵犯。

6
7 此外，司法院釋字第 567 號、第 744 號與第 796 號等解釋，闡
8 明對於我國「思想自由」、「人身自由」與「言論自由」，於
9 基本權之實體限制界線，以及國家所欲為之限制於憲法訴訟程
10 序舉證責任之效果，亦足以認定國家對基本權之干預，存在絕
11 對不可侵犯之界限，並因此有就相關解釋加以再行檢視之必
12 要。

14 2、生命權相較於其他基本權，具備絕對優越性：

15
16 憲法上各基本權固皆受憲法保障，然憲法並非一視同仁、不分
17 高低地對所有基本權為平等之保障。觀諸憲法實務，如對於人
18 身自由，倘係以刑罰手段限制人身自由，採取嚴格限制之基準
19 ¹²⁷，如對憲法第 15 條工作權保障射程中、職業選擇自由之限
20 制，則區分為主觀限制或客觀限制，而異其保障¹²⁸，至如訴訟

¹²⁷ 司法院釋字第 790 號解釋理由：「人民身體之自由應予保障，憲法第 8 條定有明文。人身自由乃憲法保障之重要基本人權，立法機關為保護特定重要法益，以刑罰限制人身自由，雖非憲法所不許，惟因刑罰乃不得已之強制措施，具有最後手段之特性，應受到嚴格之限制（本院釋字第 646 號、第 669 號及第 775 號解釋參照）

¹²⁸ 司法院釋字第 584 號解釋許大法官宗力提出之協同意見書：「本件涉及工作權（職業自由）之限制，屬經濟基本權領域，在美國一般採寬鬆審查，德國中度審查，所採標準雖然有異，但都不認為應該嚴格審查者。然考量因素還有許多。以對基本權干預強度而論，本件涉及對特定職業選擇自由之終身剝奪，對基本權干預程度不可謂不強，採嚴格審查非無理由；但從另一個角度觀察，本件涉及的是對職業選擇自由主觀條件之限制，該條件是人民憑一己能力可以滿足或避免的，相對於客觀條件之限制，該條件之

1 權等程序基本權，如不涉及訴訟權核心之領域，則高度尊重立
2 法者立法形成之自由，尊重立法者所為「正當合理」之安排，
3 應屬「寬鬆審查」¹²⁹。整體泛言之，權利因其重要性，確實受
4 到憲法較高之保障，並於解釋或裁判中指出其憲法重要性，並
5 以人身自由與言論自由最為常見；相對而言，偏向社會面、程
6 序面的基本權利，如財產權、工作權、乃至訴訟權，則有審查
7 密度相對較寬鬆之傾向。

8
9 即使是同樣之基本權，管制方法、管制內容之不同，也會影響
10 審查密度，如過去釋憲實務對言論自由明示引用美國之雙軌理
11 論，區分對言論內容或目的之管制，或言論時間、地點或方式
12 之管制而異其審查標準¹³⁰；大法官在人身自由因是否具「處
13 罰」屬性而異其審標準¹³¹、於財產權亦以財產權之來源而異其
14 保障¹³²。

15
16 由此可見我國雖然並沒有靜態的、完整的基本權階層體系，然
17 相對而言，透過解釋、裁判對基本權闡述之積累，我國憲法基
18 本權仍然於大抵上存在模糊的階層化、具有優越、劣後關係的
19 價值階層排序。生命權在此基本權體系中，基於代理人前引幾

滿足是人民憑一己主觀努力無法達到者，限制條件可謂較寬鬆，倘客觀條件之合憲性審查應採嚴格審查，則主觀條件限制自以採中度審查為宜。」

¹²⁹ 司法院釋字第 574 號解釋：「憲法第十六條所規定之訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容，國家應提供有效之制度保障，以謀其具體實現，除立法機關須制定法律，為適當之法院組織及訴訟程序之規定外，法院於適用法律時，亦須以此為目標，俾人民於其權利受侵害時，有及時、充分回復並實現其權利之可能。訴訟程序尚未損於訴訟權核心內容，立法者自得斟酌憲法上有效法律保護之要求，衡諸各種案件性質之不同，就其訴訟程序為合理之不同規定，尚無違於訴訟權之保障（本院釋字第四四二號解釋參照）。」

¹³⁰ 司法院釋字第 445 號解釋。

¹³¹ 司法院釋字第 690 號解釋。

¹³² 司法院釋字第 781 號、第 782 號、第 783 號解釋。

1 近「諸權利原點」之特性，可認當然在此階層體系中具有絕對
2 優越之地位。

3
4 誠如蔡大法官宗珍所述：「適用『法益相稱性』的要求以節制
5 立法對於『生命自由』之干預權限，以致於必須判斷於個案中
6 生命法益相對於其他所涉及之法益孰輕孰重時、理論上並無法
7 依據一個預設的『基本權法益階層表』直接回答，而是應依個
8 案的內涵由主其事者具體判定。然而，即便如此，亦不表示生
9 命法可以與其他的基本權同置於天秤上，被『一視同仁』地於
10 個案中進行衡平判斷。雖然憲法中並無一預設的法益或價值次
11 序表，但是在觀照整體憲法秩序的精神與內涵下，卻仍無可避
12 免地會凸顯出某些法益或價值的優先地位：作為一切人的可能
13 發展之絕對性前提的『人性尊嚴』與『生命法益』！兩者對於
14 法秩序的重要性應是不言自明的：前者為一切人之理性價值的
15 源頭，而後者更為前者之生物基礎。因此，德國聯邦憲法法院
16 亦多次明白肯認人性尊嚴與生命法益乃一切法益之首，具有無
17 可置疑的優越地位。對於同以民主價值人性重為憲法核心價值
18 的我國，自可以援引同理。據此，面對比例原則下法益相稱性
19 的要求時，國家機關（主要當然是立法者）應無可以基於保護
20 其他法益而犧牲生命法益之餘地。」¹³³，所指出人性尊嚴與生
21 命法益的絕對優越性，代理人均予贊同並援用。

22
23 蔡大法官並進一步申述生命權的憲法客觀價值：「基本權的客
24 觀價值內涵，就生命自由而言，其價值即表現在生命自由所保

¹³³ 蔡宗珍，從憲法生命權之保障看安樂死合法化問題，憲法與國家（一），2004年4月，頁246。

障的『生命價值』或『生命法益』上。換句話說，憲法保障各個人民得以對抗國家不當干預的生命自由權，此等憲法規定同時也彰顯了憲法認同『生命價值』的意涵。因此，基本權作為防禦性自由權時，是一種主觀的公權利，於人民與國家間，是一種針對國家而發的相對性的權利；而基本權作為憲法的價值決定時，是一種客觀顯現的價值規範，此種客觀顯現的價值在理論上具有絕對性，對所有人、所有標的均能發揮其價值特性。生命法益既然具有絕對性、對任何人客觀成立，此意味了前文於生命自由的脈絡下論述所得的生命法益的概念，即為一具有客觀性的內涵：簡言之，人之生命的不可定義性、不可以任何人為的判準加以區分、不容許諸如『已減損了價值的生命、生不如死的生命，或是沒有價值的生命、空洞的生命』等概念於生命法益的客觀性下即成為一對所有人均能證立的價值內涵。」¹³⁴，可更能掌握生命權的憲法客觀價值意涵。

蔡大法官宗珍的前開闡明，足為代理人主張：「代理人以為所謂生命，乃基於自然法則，生物的物理性、生物性的存在事實，亦人類個體參與社會活動、构建自由民主憲政秩序之物理性、生物性基礎，一切仰賴個體生理活動始得存續或行使之基本權，均以人民生命之存續為其前提，乃先於憲法而存在，而基於憲法第1條民主共和國原則、第2條國民主權原則，亦當然必須肯定主權者之『生命存在』受到憲法之保障，而依附於生命存在之列舉基本權，亦殊難想像缺乏保障『生命』此一前提內涵，是『生命權』應專指人民之『生命』、尤指生命之

¹³⁴ 蔡宗珍，從憲法生命權之保障看安樂死合法化問題，憲法與國家（一），2004年4月，頁248-249。

『存續』受憲法保障，本於基本權之防禦機能，保障人民之生命免於國家之侵害。」之堅強基礎，並足以證立生命權的絕對優越性。

3、參照我國相關憲法實務，可以肯認基於生命權的絕對優越性，實體上具有不可干預性，而可認為死刑為違憲：

參照我國相關憲法實務，對特定基本權，曾指出存在不可干預的憲法界限。

(1) 基本權之絕對不可干預之界限

I 基本權之絕對不可干預 - 思想自由

司法院釋字第 567 號解釋即指出，思想自由具有「不容侵犯之最低限度人權保障」之性質，不容國家機關以包括緊急事態之因應在內之任何理由侵犯之，亦不容國家機關以任何方式予以侵害，縱國家處於非常時期，出於法律規定，亦無論何種侵犯手段，皆所不許。

此明示我國基本權體系中，存在一類基本權具有「不容侵犯之最低限度人權保障」之性質，為憲法所欲保障最基本之人性尊嚴、即最底線「人之所以為人」之價值，絕對地不容國家機關予以干預。

II 「過度剝奪」之絕對禁止 - 人身自由

又關於人身自由司法院釋字第 796 號解釋亦指出：「人民身體之自由應予保障，憲法第 8 條定有明文。人身自由乃人民行使其憲法上各項自由權利所不可或缺之前提，立法機關如為保護合乎憲法價值之特定重要法益，雖非不得制定限制人身自由之法律，但如使人身自由遭受過度剝奪，即有違憲法第 23 條比例原則，而不符憲法第 8 條保障人民身體自由之意旨。」，即指出人身自由如遭到「過度剝奪」，即有違憲法第 23 條比例原則，而不符憲法第 8 條保障人民身體自由之意旨。

此「過度」固然具有程度上之評價性，究剝奪到何種程度屬於「過度」，難以一概而論，然若「『完全』剝奪」人身自由，則已無評價比較之空間，而顯然屬於「過度」，即有違憲法第 23 條比例原則之違憲。此彰顯我國雖尚未如德國憲法明文承認「基本權本質內容保障限制之禁止」，然對於如人身自由一般重要而基礎之基本權，則不容「過度剝奪」而侵蝕基本權之核心保障；於此基礎下，如對人身自由「『完全』剝奪」，顯然程度超過任何一種「過度」剝奪，而當然有違憲法第 23 條比例原則。

III 小結：

準此以言，如基本權的重要程度達到與思想自由相當，即絕對的不許立法者為任何干預；或如基本權干預之手段，有就

1 對於如人身自由般重要性的基本權，為「過度剝奪」以上之
2 干預程度時，實體上均可以直接獲致違憲之結論。

3
4 (2) 基於生命權的絕對優越性，死刑制度違憲：

5 I 人類內在思想精神活動，需以「活著」為前提，始能進一
6 步進行內在思考之活動。因此生命之限制，當然一併造成
7 思想自由之限制，而思想自由既屬最低限度人權保障，生
8 命權也必然受到不低於思想自由之最低限度人權保障，而
9 具有不容國家以任何理由、任何方式、任何侵犯手段加以
10 侵犯之特性。

11 II 此外人身自由以人尚能「活著」為前提，否則無「生命」
12 而空餘腐敗的軀體即無法動彈、困於後人安置之一甕、一
13 塔、一墓，即便燒化成灰、散於虛空大海，亦無從選擇。
14 生命消亡時，人身自由即遭受「完全剝奪」，且因死亡具
15 有不可回復性，此人身自由之「完全剝奪」亦具有終局
16 性，而難謂不屬於「過度剝奪」，有違憲法第 23 條比例原
17 則，不符憲法第 8 條保障人民身體自由之意旨，也因此當
18 然地、違憲侵害了人民的生命權。

19 III 因此，從思想到人身，從抽象的精神到具體的肉體，基於
20 其「依附於生命」之特性，我們可以發現生命的剝奪，將
21 同時侵害前述具體各該憲法上基本權已經確認「不容侵
22 害」之範圍，則基於生命權之絕對優越性，死刑制度確屬
23 違憲而不許國家以任何理由、任何方式、任何侵犯手段加
24 以侵犯。

1 (3) 職此之故，無論國家以任何理由、任何方式、任何侵犯手段
2 加以侵犯人民的生命權，都是違憲的；死刑制度，也就是
3 說，國家以刑罰方式消滅人民的生命，是違憲的；而這已經
4 是對生命權最低限度的憲法保障。

5
6 4、國家對生命權進行干預，縱不論實體上生命權具有不可干預
7 性，憲法訴訟程序上，國家負證明干預合憲的舉證責任：

8
9 司法院釋字第 744 號解釋指出：「按化粧品廣告之事前審查乃
10 對言論自由之重大干預，原則上應為違憲。系爭規定之立法資
11 料須足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為防免人民生命、
12 身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共
13 利益目的，其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯，且賦予
14 人民獲立即司法救濟之機會，始符合憲法比例原則及保障言論
15 自由之意旨。」，是對於言論自由（重要基本權）之重大干
16 預，應於程序上「推定違憲」，而由國家負合憲性之舉證責
17 任，且國家機關僅能以「立法資料」，即限定舉證所用證據資
18 料之基準時點，說服憲法法庭相關規範之合憲性。

19
20 言論自由係一種將人內在思想精神活動表現於外之自由，非有
21 生命，無從行使。如不考慮扶乩、降靈等非科學之神秘現象，
22 生命一經限制，歸於死亡之肉體，即不再能向人類社會為表意
23 行為，是生命的限制，將使人民從死亡時點向後所有對外表
24 達，都無從發生，確屬對未來言論之一括限制，確將一併構成
25 言論自由之重大干預。因此生命權相較於言論自由具有基本權

之優越性，且手段上死刑的限制係絕對的、終局的干預，因此亦於本案違憲審查中，生命權應受到不只低於言論自由事前干預之保障，對於死刑制度，程序上應受違憲之推定，國家並僅得以立法資料，舉證其合憲性。

此前於死刑制度之目的時，頁已載明我國刑法制定時選擇存置死刑制度之原因：「法理」、「歷史」、「社會心理」，該目的無法通過審查應受違憲結論，已如前述。然應值代理人補充者，固然不應以後見之明「以今非古」，然代理人以為，回顧立法理由之內核，無非祖宗成法，不宜輕廢。姑不論「天變不足畏，祖宗不足法，人言不足恤」，然我國業已是憲政法治、民主轉型之社會，立法資料所持理由，對於現代法治社會中，國家限制人民權利之正當性基礎，所能提供之線索甚少，殊無推翻違憲推定之可能。

（五） 小結：

職此之故，代理人以就存置死刑之目的與死刑制度欠缺手段適合性敘明違憲之主張，並分別就過度處罰、人性尊嚴與基本權過度剝奪的面向，構成代理人主張死刑制度違憲之理由。應值補充者，蔡大法官宗珍亦曾明確指出：「若法律容許他人違反本人意願或在本人意願不明的情況下，終結本人的生命，不管基於基於任何正當化的理由，此一法律應已構成違憲。」¹³⁵，否定了死刑制度於我國憲法上存有任何

¹³⁵ 蔡宗珍，從憲法生命權之保障看安樂死合法化問題，憲法與國家（一），2004年4月，頁247；應注意在此蔡大法官宗珍有於該文進一步討論國家對生命法益的保護義務時補充認為：「註25：須強調的是，在此所稱國家必須以刑罰的方式來完成保護生命價值的義務，並未指涉到刑罰的具體內涵——國家以刑罰方式以彰顯生命法益的價值，並求其不受到危害，並不表示國家即可以或必須以例如死刑的手段來完成。」，頁250。

合憲的可能性，此與代理人結論完全一致，代理人敬表贊同並均予援用，懇請 鈞庭依憲法守護者之義務，宣告死刑制度違憲。

三、死刑違憲之配套措施：

討論死刑配套措施、或說「替代」方案，應該先看死刑是在甚麼背景下「被」替代。亦即，由司法來終結死刑，或經由政治運作來終結死刑，運作邏輯與思考方向就有所不同。

若是藉由司法來加以終結死刑，被宣告違反憲政秩序的死刑，本身就是不正義的。一項不正義的工具只需要被廢棄，而不需要被替代。因此，死刑的「替代」本身就是一個出於政治需要的命題：在死刑的終結徹底地對本國刑事政策與素樸的法感情，發生典範移轉的作用前，我們需要以甚麼樣的方式來緩和死刑從有到無之間所產生的「焦慮」，即使這樣的焦慮情緒是不必要的¹³⁶。

在此前提下，觀照死刑之下我國最嚴厲的刑罰，即「無期徒刑」言之，無期徒刑本質上就是終身監禁。一個沒有出獄可能的終身監禁，抽象來說也同樣是與社會的永久隔離，只是死刑是物理意義上的永久隔離，而不具假釋可能的無期徒刑是社會意義上實質的永久隔離。也就是，我國刑事制度上早已存在一個從社會外觀來看幾近「等價」的刑罰。此亦可參照 鈞庭 113 年度憲判字第 2 號判決，及相關之協同意見書，尤其尤大法官伯祥提出、陳大法官忠五加入之協同意見書，可資明證。

¹³⁶ 誠如司法院釋字第 748 號解釋前後，從「天不照甲子」到「明天太陽依舊升起」的過度。

然而，出於終身監禁的嚴酷性，我國刑法另設有假釋制度，可以在評估矯正情況良好時，給予無期徒刑受刑人由「在監處遇」轉換為「社會處遇」的可能性。而這個由「在監處遇」轉換為「社會處遇」的可能性，就構成死刑與無期徒刑在外觀上「不等價」的差異。如更進一步觀察，轉換為「社會處遇」的可能性越低，負擔越重，則無期徒刑的實質效果會越等效於死刑，反之，則越遠離死刑。換言之，只需要控制假釋制度的審查門檻，與假釋執行階段搭配的保安處分限制強度，就可以調控無期徒刑的執行，達到無限制地逼近、甚至超越死刑的嚴酷性的程度。

更進一步以張錫銘屢次申請假釋不准的社會事件¹³⁷可知，我國假釋制度運作的實務，雖然有制定受刑人假釋實施辦法，與假釋案件審核參考基準，在程序上與實體上，已有建立遵循的規範。實質上各級假釋審查委員會的運作，對於重大矚目刑案的受刑人，仍是採取嚴格審查，甚至接近於「終身監禁不得假釋」的實際。

倘若將此實務上之實際運作實態，一定程度地加以規範化，成為假釋的形式障礙，並在假釋執行、也就是社會處遇階段，設計多種類、多階段由嚴放寬漸進的保安處分，應已足以在作為緩和過渡階段政治壓力的「替代方案」。

此並可由司法院釋字第 755 號解釋，許大法官宗力所提出之協同

¹³⁷ <https://www.chinatimes.com/realtimenews/20230316003634-260402?chdtv>，最後瀏覽日期:2024 年 04 月 15 日。

意見書指出憲法有課以國家，協助受刑人「再社會化（Resozialisierung）」之憲法誠命與義務¹³⁸，獲得相當之指引。代理人並以為，我國民情所以對假釋制度、以及長期自由刑的替代等價性所以有所質疑，乃是因為對於我國作為受刑人在監處遇，轉換到假釋後的社區處遇間，具有過大的環境落差，並且欠缺協助受刑人漸進再社會化的中間處遇，並且於受刑人返回社會後，協助其適用社會之保護措施所致。

申言之，受刑人如豬狗般，基於劣等原則而於矯正機關內被豢養，其生活環境、社會控制之強度、自由被壓抑之程度、監所的社會文化演進程度，都與現實社會有極大的落差。被當豬狗養在矯正機關內的受刑人，不會因為身體走出矯正機關，就搖身一變成為尊嚴高貴完全適於社會生活毫無摩擦的、直立行走的社會人。在國家對矯正機關投入的資源，難以支持矯正機關的環境、建置，足以維護受刑人作為「穿著囚服的國民」最基本的尊嚴時，自然就必須面對受刑人從矯正機關進入社會，所面對的監所與社會的摩擦。對受刑人因此摩擦可能產生的壓力與再犯風險，基於憲法上的社會國原則，為確保整體的社會安全向上，國家應有義務挹注國家的資源予以消弭，提供受刑人復歸社會予以除了「精神勝利法」或「純道德期許」以外，更具體的資源支持，與社會控制強度的「軟著陸」。國家不能單純訴諸受刑人的自我期許與努力，如同許下「新年新希望」般，期待「明天會更好」¹³⁹。國家社會如果不做些甚麼，孤立的犯罪人，恆為孤立的犯罪

¹³⁸ 司法院釋字第 755 號解釋許大法官宗力提出之協同意見書，頁 2-4

¹³⁹ 「我也知道，在我裡頭，就是我肉體之中，沒有良善。因為立志為善由得我，只是行出來由不得我。」（羅 7:18）

1 人，再社會化的誠命，不過是一場空談；反過來更有甚者，造成
2 前端法制規劃，呈現刑罰濫用與重刑迷思而難以自拔的不良社會
3 控制循環。

4
5 實則，前引民國 94 年我國刑法全文修正時，委員會審查報告中整
6 理、法務陳定南部長於提案時表明修正案關乎我國的死刑政策，
7 其後段指出：「所謂配套之措施，依多數廢除死刑論者主張，係
8 以無期徒刑或較長之自由刑代之。本草案為配合未來廢除死刑，
9 遂將單一有期徒刑之上限及加重後之有期徒刑分別提高至二十年
10 及三十年，數罪併罰件之有期徒刑提高至四十年；其次，提高無
11 期徒刑之假釋門檻為初犯者須服刑逾三十年，累犯者須服刑逾四
12 十年，始得許假釋，同時將現行無期徒刑假釋後滿十五年未經撤
13 銷假釋者，其未執行之刑以執行論，提高為二十年，已相當程度
14 隔離重刑罪犯與社會之關係，應可祛除民眾之疑慮，漸進達成廢
15 除死刑之目標」¹⁴⁰，這些形式上如此僵硬、看似嚴酷的長期法定
16 期間，乃係作為死刑制度廢除配套之故，亦即採行「配套先行，
17 終局廢死」之政策推行策略。

18
19 細譯該次全文修正草案於委員會審查時，代表法務部出席、時任
20 檢察司司長蔡碧玉先後於跨界協調會、與委員會逐條確認修正時
21 發言指出：「第七十七條的部分簡單說明一下，行政版本原來只
22 提高無期徒刑的假釋門檻，依照現行刑法的規定，無期徒刑的假
23 釋門檻，如果是初犯要十五年，累犯則要二十年，才可以假釋。
24 有期徒刑，初犯要二分之一，累犯要三分之二，才可以假釋，而

¹⁴⁰ 立法院第五屆第六會期第十三次會議議案關係文書，頁討 16-17

1 原來行政院의修正版本就是將無期徒刑初犯的假釋門檻提高到三
2 十年，累犯則提高到四十年。提高的目的主要是要搭配廢除死刑
3 的政策，本部未來希望能達成廢除死刑的目標，把唯一死刑的罪
4 名改為相對死刑。不過，通常定有死刑的罪名會和無期徒刑與十
5 年以上有期徒刑選科，一旦將唯一死刑改為相對死刑後，如果無期
6 徒刑的假釋門檻還是維持在十五年，一般法官的心理會認為如判
7 無期徒刑不過是長期的有期徒刑，因此法官在心態上就不會用宣
8 告無期徒刑去替代死刑，如此一來，我們期待裁判者不要判死刑
9 的願望，就會比較難達成。另外也有人主張將無期徒刑改成沒有
10 假釋的終身監禁，不過學者認為這種做法有違人道，並有違憲之
11 虞，而且矯正機關亦認為將造成管教的困難，所以為了要維持有
12 假釋的無期徒刑，且能一定程度達到替代死刑的選擇，提高無期
13 徒刑假釋門檻，應是可行的方案，因此，最後決定提高一倍，初
14 犯三十年，累犯四十年，現在如果要將第四十七條的規定移植到
15 第七十七條，學者們可以接受的做法是將三犯的部分，如所犯又
16 為最輕本刑為五年以上有期徒刑者，不得假釋。」¹⁴¹(附件 21)，
17 於協調會後來累犯延長最低執行年限可以回到假釋執行實務對於
18 累犯假釋的實質、嚴格審查處理，而為修正動議刪除其中無期徒
19 刑累犯需執行最少四十年始得申請假釋的規定。待協調會達成修
20 正動議回到委員會續為審查後，因陳健民立法委員與尤清立法委
21 員，均認為從教化的角度，三十年作為申請假釋的形式門檻過
22 長，蔡碧玉司長即再重申死刑替代之政策方向指出：「現行條文
23 一直被詬病，現在法官不願意以無期徒刑替代死刑判決，其中很
24 重要的原因就是假釋門檻很低，在法官的心目中，無期徒刑等於

¹⁴¹ 立法院公報第 94 卷第 3 期委員會紀錄，頁 422-423

1 是長期的有期徒刑，在可以選科的狀況下，法官不會以無期徒刑
2 替代死刑。修正動議的規定可以誘導法官在選科死刑的時候，願
3 意用無期徒刑替代死刑。¹⁴²(附件 22)，後於協調時，立法委員
4 則仍堅持長期刑的嚴酷性，始折衷為現今法條上之二十五年。¹⁴³
5 經多年司法實務實踐，已可見法院實務確有逐漸接受當年立法政
6 策立場，而已可發現法院於量刑階段遇有選科死刑時，以「替代
7 死刑之無期徒刑」替代宣告死刑之跡象¹⁴⁴。

8
9 近例最高法院肯認原審量刑說明：「再審酌被告已 53 歲，依刑法
10 第 77 條第 1 項規定，無期徒刑之執行逾 25 年而有悛悔實據，得
11 假釋出獄，以被告之情形，縱或得以假釋，出監時已年近 80 歲，

¹⁴² 立法院公報第 94 卷第 3 期委員會紀錄，頁 283-284

¹⁴³ 立法院公報第 94 卷第 3 期委員會紀錄，頁 292-293

¹⁴⁴ 如最高法院 100 年度台上字第 7302 號刑事判決採納辯護人意見：「台灣國民男性平均年齡不到七十六歲，被告假釋出獄後即已七十六歲，身心均已無法再作奸犯科，縱使依原判決判處被告無期徒刑，亦無再犯之虞，更遑論於監獄中自由受限制，醫療衛生水準較低之環境下，被告是否能健康活到假釋門檻之年限，亦屬未知數。是就個別預防之觀點而言，實無判處死刑之必要。」，將案件撤銷發回；最高法院 101 年度台上字第 6680 號刑事判決肯定原審見解：「『以牙還牙，以眼還眼』、『殺人抵命』之應報主義，已非多數立憲主義之現代民主法治國家所追求之刑事正義政策，復參考行政院衛生署之統計資料，九十八年台灣地區男性之平均壽命為七十五點九歲，本件量處甲○○無期徒刑，嗣後其即便有悛悔實據而依法得於服刑二十五年後假釋出監，其人生黃金歲月已歸烏有，復慮及上訴人在監獄中，自我良心譴責或煎熬，如此之懲儆已符合『罪刑相當』之原則，故倘若遽行宣告具不可回復性質之死刑，斬斷其生機，實有未妥」，而維持無期徒刑定讞；最高法院 102 年度台上字第 170 號刑事判決：「如以科處無期徒刑而言，則上訴人得以期待假釋之期，似已近耄耋之人。究竟上訴人是否確實顯無教化矯正之合理期待可能，而無由以其他刑罰替代，原判決在未以實證調查，且無相關資料足以就有無改造之可能性進行評估前，遽以主觀之見地，謂上訴人即使在監獄執行仍有再犯之虞，難認有教化之可能，即失所據，其死刑之量定是否妥適自無從據以斷定，理由亦嫌欠備。」，將案件撤銷發回；最高法院 102 年度台上字第 531 號刑事判決，即吳啟豪案：「無期徒刑依法須執行逾二十五年，且有悛悔實據者，始得假釋出獄，否則仍須繼續執行監禁，令其與社會長期隔絕，以免危害他人，已兼顧行為人之教化、矯正與社會安全之維護。」，而將原審死刑判決撤銷自為改判無期徒刑定讞；最高法院 102 年度台上字第 2575 號刑事判決，即林國政案：「無期徒刑執行逾二十五年後，仍需接受強制鑑定、評估與治療，如其再犯危險顯著降低，始有假釋之可能，否則強制治療永不停止，形同終身監禁，永無出獄之日。刑法已盡其兼顧行為人之教化、矯正與社會安全之維護。第一審及原審均以除非修改法律增訂不得假釋之無期徒刑，使受刑人老死獄中，否則僅死刑始能真正將被告永世隔離，認上訴人確實已無藉由監獄行刑教化之措施而有矯治改善之可能，有使其與社會永久隔絕之必要，而處以死刑。漏未審酌刑法尚有完備的保安處分制度等防範措施，顯然誤解現行法制，又有判決理由矛盾之違誤。」，撤銷原審死刑判決自為改判無期徒刑定讞。此後對於選科無期徒刑而非死刑之判決，最高法院與事實審法院即經常採用吳啟豪案之例稿。

1 不論精神、體能均不若以往。何況被告在監執行多年結果，倘教
2 化功能不彰，自應不許假釋出獄；縱使假釋出獄，亦應付保護管
3 束，其期限依法長達 20 年（見刑法第 79 條第 1 項前段、第 93 條
4 第 2 項）。並應由檢察官指揮執行保護管束之事務，按被告（即
5 受保護管束人）具體情形，作妥善之規劃，採分類分級處遇措施
6 及施以複數之執行保護管束，強化監督及管理效果，並指揮警察
7 機關或其他適當之人協助執行保護管束；觀護人則每月至少訪視
8 或約談被告 1 次，視個案之需要，輔以電話查詢、運用觀護志工
9 就近輔導或以其他方式加強輔導，於約談時，應積極協助被告避
10 免涉入高危險犯罪情境（例如出入不正當場所、與素行不良之人
11 往還），以預防犯罪，並隨機宣導法律常識，訪視時，發現被告
12 有再犯罪之虞，應簽請檢察官處理或通知警察機關；執行保護管
13 束者，發現被告之生活動態等事項有違常規現象時，得增加被告
14 每月之報告次數；又被告在保護管束期間，如有刑法第 78 條第 1
15 項、第 2 項之情形，或違反法定應遵守事項之一，檢察官認情節
16 重大者，撤銷假釋，而令其入監執行（參見保安處分執行法第 64
17 至 66 條、第 74 條之 2、第 74 條之 3，以及地方檢察署執行觀護
18 案件手冊第一編保護管束之陸、報到之二之（三）；柒、約談之
19 一、三、七；捌、訪視之九；拾、擬定處遇計劃之一；拾伍、監
20 督之一、二；貳肆、撤銷處分一、二規定）。可知檢察官督導觀
21 護人、執行保護管束者，對被告施以輔導、教化及嚴加注意其言
22 行，倘有逾矩情事，尚非不可設法防範，甚至依法撤銷假釋，令
23 其再入監執行。原判決量處被告無期徒刑，已兼顧被告之更生改
24 善、復歸、社會安全之維護，而與罪責相當，尚難逕指為違
25 法。」，似乎足認法院業已逐漸接受如同代理人前述、藉由矯正

1 與假釋制度之正確執行，以及假釋後保安處分之有效運用，制裁
2 效用有相當之等價性。由此可認為，94 年刑法全文修正之政策方
3 向，將近二十年之實踐，於司法系統內逐漸發生以「死刑配套」
4 即現行無期徒刑之刑罰，替代「死刑宣告」之「典範移轉」。

5
6 代理人以為，現行司法實務於上開預先存置的「死刑配套」，經
7 法院多年以來基於刑罰謙抑性與刑罰最後手段性的實務運作，似
8 可認為已經相當程度發揮立法者預期的「替代死刑」之變遷。如
9 鈞庭認為死刑制度違憲而從形式上廢除死刑，據此多年以來普通
10 法院工作之成果，似無更為考慮死刑配套措施之必要。實則，所
11 謂配套措施或替代方案，並非憲法秩序層次之問題，恐係特別針
12 對「形式廢死」而生之「政治衝擊」，所為政策層次之特別因應
13 對策。如前所述，憲法法庭基於權力分立，除為避免立法者基於
14 用另一個違憲狀態作為現有違憲狀態之替代而必要者外，實不應
15 對此深入置喙。

16 肆、結語：

17 如同顧立雄律師在代理人此前提出陳述意見狀，於模擬憲法法庭影片
18 之陳述：我們是否願意承認，能平和生活成長而不致於犯罪的每個其他
19 人，相比於如聲請人這般曾鑄下大錯的人，只是比較幸運，沒有踩上社會
20 的比較薄的那一片冰層。對於那些如聲請人般、不幸墜入深淵的人，我們
21 的市民社會，是否選擇放棄他們而將之排除於集體之外，視為敵人加以消
22 滅；或者我們的社會仍然願意接納每一個犯錯的同胞，願意期待他們仍能
23 作為集體的一份子，期待他們仍有重返市民社會的那天。

24
25 代理人猶記得學習的第一堂法律課，便是陳大法官忠五於台灣大學開設之

民法總則，當年課前發下一張故事，寫著主人公一日生活的流水帳，隨著師長講解在故事中，法律如何在每個人的身邊，影響每個人生活中的一幕幕，最後老師總結的那句話，始終讓代理人記在心中：權利（Recht），就是法（Recht），也就是正義（Recht）。

司法究竟為何而存在？如知名日本電視劇 Legal High 中古美門律師所說：「如果民意可以決定一切，那就不需要這種拘泥於形式的建築和鄭重的手續，也不需要一臉傲慢的老頭子和老太婆，下判決的絕不是國民的調查問卷，而是我國學識淵博的你們。」

思及此，思及死刑，不覺反覆問己、問人、問天地、問那不可知的法律之神：國家殺人，以對市民殺人，而徹底否定人繼續作為人活著的權利（Recht），是否這就是法（Recht）？是否這就是正義（Recht）？是否就是作為市民社會「貴族」的法律人、與立於我國法律專業頂點的憲法法庭與十五位大法官，對於法、對於正義，並對於這個社會應有的樣貌，最終理想的解答？

懇請 鈞庭垂鑒，宣告死刑違憲，以維護憲法之秩序。

附屬文件之名稱及其件數

編號	文件名稱或內容	備註
附件 1	憲法未列舉之固有權-生命、身體、尊嚴與人格，多元、寬容與人權保障-以憲法未列舉權之保障為中心__李震山	
附件 2	從憲法生命權之保障看安樂死合法化問題，憲法與國家（一）__蔡宗珍	

附件 3	生命權__李震山	
附件 4	憲法未列舉權保障之多元面貌-以憲法第二十二條為中心，多元、寬容與人權保障-以憲法未列舉權之保障為中心__李震山	
附件 5	人性尊嚴的憲法意義-回顧與反思__李震山	
附件 6	自由、平等、尊嚴（上）—人的尊嚴作為憲法價值的思想根源與基本課題__李建良	
附件 7	自由、平等、尊嚴（下）—人的尊嚴作為憲法價值的思想根源與基本課題__李建良	
附件 8	死刑違憲論述補遺（代序），放棄死刑走向文明__許玉秀	
附件 9	模擬憲法法庭部分不同部分協同意見書，放棄死刑走向文明__許家馨	
附件 10	模擬憲法法庭鑑定意見書，放棄死刑走向文明__錢建榮	
附件 11	湯申先生就刑法第二百七十一條第一項處死刑等相關法律規定有違憲疑義聲請憲法解釋案鑑定意見(二)，放棄死刑走向文明__李念祖	
附件 12	立法院第五屆第六會期第十三次會議議案關係文書，頁討 16-17	
附件 13	刑法目的與預防理論__陳志龍	
附件 14	刑罰的自我目的性__重新證立絕對刑罰理論__周漾沂	
附件 15	重新檢視死刑的應報意義__謝煜偉	
附件 16	【TIDF 專訪】《我的兒子是死刑犯》導演李家驊：當鄭捷的父母必須跪著道歉，我希望觀眾分享那個羞恥感	

附件 17	容社會的曙光？ —從市民刑法的例外、犯罪事後處理機能、社會責任於個人責任的反饋回應 三篇評論文__謝煜偉	
附件 18	論立法裁量之憲法基礎理論__李建良	
附件 19	違憲審查中的立法形成空間__黃舒芃	
附件 20	台灣廢除死刑推動聯盟，《2024 台灣死刑判決報告:37 位死刑犯判決之恣意性分析》	
附件 21	立法院公報第 94 卷第 3 期委員會紀錄，頁 421-423	
附件 22	附件 22 立法院公報第 94 卷第 3 期委員會紀錄，頁 283-293	

1
2
3
4
5

此 致
憲法法庭 公鑒
中 華 民 國 1 1 3 年 月 0 4 月 1 5 日
具狀人

王信福
唐霖億
劉華崑
連國文
黃麟凱
沈文賓
連佐銘
鄭武松
沈鴻霖
郭俊偉
李德榮

歐陽榕

陳錫欽

游屹辰

蘇志效

邱合成

彭建源

撰狀人

訴訟代理人

李宣毅律師



1

具狀人

張人堡

楊書帆

撰狀人

訴訟代理人

李宣毅律師

訴訟代理人

莊家亨律師



2

具狀人

蕭新財、呂文昇

撰狀人

訴訟代理人

劉繼蔚律師



3

4