

## 法務部

法規範憲法審查言詞辯論意旨書

(111 年度憲民字第 904052 號聲請案及相關併案共 34 件)

## 目錄

壹、死刑作為法定刑之一(刑法第 33 條第 1 款)應合憲 .....	1
一、死刑不當然違反生命權之保障，尚應就比例原則權衡之.....	1
二、死刑不當然侵犯人性尊嚴或構成酷刑，應視其目的、方法及程序 予以審究.....	2
(一)人性尊嚴內涵非固定不變，應依現今(一般)理解來判斷 ....	3
(二)死刑如與罪責原則緊扣，非依預防目的而工具化犯罪人、執 行避免殘酷，可符合人性尊嚴.....	3
三、死刑作為刑罰手段，並不違反比例原則（刑罰目的檢驗）.....	4
(一)死刑在基於罪責衡平的目的觀下，應肯認其具有適當性 ....	4
(二)死刑係針對非死刑不足以衡平罪責的情節最嚴重犯罪，但若 基於特別預防的可能性，仍得選擇避用之，符合必要性原則 .	6
(三)死刑對情節最嚴重的犯罪，在罪刑相當下，無其他刑罰可能 的不得已情況，符合手段相當原則，具最後手段性.....	7
(四)小結.....	7
四、死刑是否違反平等原則需視個案適用程序審究 .....	8
五、死刑目前並不違反國際法，禁止死刑亦非有共識的國際法原則.....	9
六、謹守憲法解釋的界限，應維持向來死刑合憲之見解.....	9
(一)基於權力分立，貴院應採司法自制(judicial self- restraint)的審查立場，尊重行政與立法的形成空間.....	10
(二)死刑是重大、艱難的爭議問題，國內尚無共識，不宜透過憲 法解釋改變見解 .....	12
(三)以政治上達成共識為前提—歐洲人權法院的動態目的性解釋 .....	12
(四)避免引發憲政爭議，解釋應進行後果衡量(結果取向的解釋) .....	13
貳、死刑可適用之範圍與程序要求.....	14
一、本釋憲案所涉罪名條文經由公政公約補充要件，死刑作為法定最 高刑度，為不得已之最後刑罰，符合比例原則，均屬合憲 .....	14
(一)刑法第 271 條第 1 項殺人罪 .....	15
(二)刑法第 226 條之 1、第 332 條第 1 項、第 348 條第 1 項....	16

二、刑法第 19 條屬責任能力之規範，與被告之精神狀況得否量處死刑，屬所謂「刑罰受容性」之判斷不同，並無違憲疑義 .....	17
三、死刑案件程序面之特別保障 .....	18
(一)死刑案件為強制上訴、強制辯護、三審言詞辯論案件，審理不得逾 8 年 .....	18
(二)公政公約補充現行法公平審判程序規定 .....	19
(三)實務發展死刑量刑基準及程序要求，避免裁量恣意或歧視 ..	19
(四)死刑量刑應排除恣意及歧視，但量刑評決一致決並非憲法要求 .....	20
(五)死刑判決確定後，仍得提起特別救濟程序，不限次數，程序未終結前不得執行 .....	21

## 法規範憲法審查言詞辯論意旨書

案號：111 年度憲民字第 904052 號聲請案及相關併案共 34 件

相對人 法務部

代表人 郭永發

訴訟代理人 簡美慧

林麗瑩

李仲仁

為法規範憲法審查案件提出言詞辯論意旨書事：

### 答辯聲明

聲請人之聲請駁回

### 答辯要旨

死刑不當然違反生命權之保障，本案所涉罪名符合公民與政治權利國際公約(以下簡稱公政公約)最重大犯行，死刑作為法定刑最高刑度，為不得已之最後刑罰，符合憲法第 23 條比例原則，亦不當然侵犯人性尊嚴或構成酷刑，應視其目的、方法及程序審究；另刑法第 19 條屬責任能力之規範，與被告之精神狀況得不量處死刑，屬所謂「刑罰受容性」之判斷不同，並無違憲疑義，又死刑案件程序面已有特別保障，且禁止死刑尚非國際法原則之共識，從憲法解釋的界限，應維持向來死刑合憲之見解。

### 理由

#### 壹、死刑作為法定刑之一(刑法第 33 條第 1 款)應合憲

##### 一、死刑不當然違反生命權之保障，尚應就比例原則權衡之

生命權可由憲法第 15 條生存權導出(司法院釋字第 476 號、第 792 號參照)。惟依照基本權保障體系，憲法列舉之基本權仍得在第 23 條法律保留、比例原則之框架下限制之。或有質疑憲法第 23 條用語為基本權得以法律「限制」之，是否包括基本權之「剝奪」？惟此處不應拘泥表面字義，從解釋方法亦無從得出生命權的限制不包括剝奪。德國基本法第 2 條第 2 項保障生命權，而同項但書亦容許以法律干預(eingegriffen)。在此「干預」

生命權只能是剝奪，即死亡，此乃生命權的特殊性，係所謂全有或全無的基本權(“Alles-oder-Nichts” Grundrecht)，為其他基本權干預所無，而剝奪生命也將同時剝奪其他基本權的基礎<sup>1</sup>。因此縱允許生命權得依法干預(剝奪)之，但對生命權的干預比其他基本權干預需要憲法上更高的正當理由<sup>2</sup>。

基於生命權具有特殊的根本地位，德國聯邦憲法法院強調，生命權在基本法秩序中代表一個最高的價值，是人性尊嚴關鍵(vital)的基礎，也是其他基本權的前提<sup>3</sup>，但無論如何，禁止剝奪生命的誡命並非絕對(das Tötungsverbot ist nicht absolut)<sup>4</sup>。尚必須看是否符合憲法第 23 條的比例原則界限(詳後述)。

## 二、死刑不當然侵犯人性尊嚴或構成酷刑，應視其目的、方法及程序予以審究

人性尊嚴在我國憲法基本權未有明文，但已成為我國釋憲者經常引據於解釋或判決理由中<sup>5</sup>，司法院釋字第 567 號並將之提升至憲法的最高價值，具有不容國家機關以任何理由、任何方式予以侵害，此即參酌德國學說、實務對基本法第 1 條第 1 項所定人性尊嚴不得侵犯、具有絕對性及指引所有基本權之地位的看法<sup>6</sup>。其精神在於人都有自我的價值，受國家權力絕對的尊重，人是自主的而非受支配的物<sup>7</sup>。就生命權的干預，一般認為在符合保障之例外，而依法律允許剝奪生命之情況，並不當然違反人性尊嚴條款，尚需依其動機、目的和手段予以判斷<sup>8</sup>。

<sup>1</sup> Epping/Hillgruber, GG-Kommentar, 3. Aufl. 2020, Art.2, Rn.57；南韓憲法法院解釋該國憲法第 37 條第 2 項基本權限制規定(相當我國憲法第 23 條)，對生命權即為剝奪，亦同(參附件 2，裁判要旨 4.)

<sup>2</sup> Epping/Hillgruber, GG Art.2, Rn.57；德國除因基本法第 102 條廢除死刑(詳後文)，但經法律允許而剝奪人命的，仍存在於警察法、軍人防衛等領域。

<sup>3</sup> BVerfGE 39, 1(42)；vgl. auch BVerfGE 88, 203(251ff)；Epping/Hillgruber, GG Art.2, Rn.56

<sup>4</sup> Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio, 102.EL August. 2023, GG Art.2 Abs.2 Nr.1 Rn.7.

<sup>5</sup> 相關司法院解釋整理與分析，參照李震山，人性尊嚴的憲法意義，收於：法學思索與社會實踐－華岡法律人的志業；林信和教授七秩榮慶暨榮退論文集（上冊），2023，頁 101-128。

<sup>6</sup> 人性尊嚴具有絕對性，排除基本權權衡：e.g. BVerfGE 75, 369 (380)；具有領導地位：e.g. BVerfGE 6, 32 (36)；vgl. auch Epping/Hillgruber, GG Art.1 Rn.1, 10.

<sup>7</sup> BVerfGE 45, 187 (228)；133, 168 (197)，蔡宗珍，人性尊嚴之保障作為憲法基本原則，月旦法學雜誌，第 45 期，頁 99-102。

<sup>8</sup> Epping/Hillgruber, GG Art.1, Rn.19

## (一)人性尊嚴內涵非固定不變，應依現今(一般)理解來判斷

人性尊嚴的意涵並非固定不變，德國聯邦憲法法院認為如何才符合人性尊嚴，並無法離開歷史性的發展而得，強調只能立於現階段認知的狀態，不能主張該判斷永遠有效<sup>9</sup>。就整個刑事司法的發展史，該院也承認，最殘酷的刑罰總會被較溫和的刑罰取代，這種從較野蠻到較人道，從較簡單到較複雜的刑罰態樣上的前進步伐，會繼續不斷。從而只能根據現今理解的狀況(der jetzige Stande der Erkenntnis)判斷是否符合人性尊嚴<sup>10</sup>。

是以，死刑剝奪生命雖為最嚴重制裁，不當然即視為侵犯人性尊嚴，應從目前一般人對人性尊嚴的認識與期待而斷。而生命權與人性尊嚴也未必均一致<sup>11</sup>。死刑尤應從罪名、犯行，審判及執行過程，是否尊重主體性加以論斷。德國係經由基本法第 102 條明定廢除死刑，並非因生命權之保障與人性尊嚴條款所導出的憲法結論，德國各界則對死刑與人性尊嚴看法分歧<sup>12</sup>，德國聯邦憲法法院卻迄今不表示意見，讓此問題保持開放(offengelassen)<sup>13</sup>，學者認實際的意義在於是否再引進死刑的可能性，交給立法者決定<sup>14</sup>。

## (二)死刑如與罪責原則緊扣，非依預防目的而工具化犯罪人、執行避免殘酷，可符合人性尊嚴

刑法作為最嚴厲的制裁法，必須盡可能與法治國理想模式相應，而維護人性尊嚴居於主要地位<sup>15</sup>。德國聯邦憲法法院認為，在對正義的實現作最高度要求的刑事司法領域內，人性尊嚴確立刑罰本質的觀點及罪責與罪贖(Schuld und Sühne)的關係，即罪責原則(Schuldprinzip)：無罪責，無刑

<sup>9</sup> BVerfGE 45, 187(229)；蔡宗珍，前揭文(註 7)，頁 101。

<sup>10</sup> BVerfGE 45, 187 (229)；美國最高法院對死刑是否為酷刑而違憲，亦採相同看法(Gregg v. Gorgia 428 U.S. 153, at 171, 173, 175；參看附件 3)。

<sup>11</sup> Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio, GG Art.2 Abs.2 Nr.1 Rn.14.

<sup>12</sup> 德國相關肯定、否定立場，參見 Epping/Hillgruber, GG Art.102 Rn.6; Deier/Dreier, 3.Aufl. 2018, GG Art.102 Fn.171,172.

<sup>13</sup> Deier/Dreier, GG Art.102 Rn.58；BVerfGE 94, 115 (138)。最近在 2019 的引渡案中，訴願人爭執(可能遭受死刑)牴觸人性尊嚴問題，但聯邦憲法法院仍沒有針對此爭議回應：BVerfG, 04.12.2019 - 2 BvR 1258/19, 2 BvR 1497/19.

<sup>14</sup> Deier/Dreier, GG Art.102 Rn.58。

<sup>15</sup> Jescheck/ Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeine Teil, 5. Aufl. 1996, S. 26.

罰。刑事責任非難的前提是，理解刑罰規定且能夠為自己的行為準備好承擔法律後果的人才是責任主體<sup>16</sup>。並強調犯罪者不得在違反憲法保護個人社會價值與應受尊重的情況下，成為純粹防制犯罪目的的客體<sup>17</sup>，亦即不得為預防目的而工具化行為人。

人性尊嚴也導出酷刑的禁止。殘忍、不人道以及貶抑人格的刑罰不符人性尊嚴<sup>18</sup>。但嚴重的刑罰並不當然即違反人性尊嚴，如果刑罰是與受罰者的行為連結，正是這種對自我行為的刑法責任承擔(*strafrechtliche Verantwortlichkeit*)，顯示出國家基於保障人性尊嚴，給予個人自主性，亦即自我決定、自我負責的尊重<sup>19</sup>。如果死刑並非基於一般預防目的、不合比例的，且非殘忍的方式執行，應可符合人性尊嚴的框架<sup>20</sup>。

南韓憲法法院(22-1(A)KCCR 36, 2008Hun-Ka23)認為死刑本身並不當然違反人性尊嚴，死刑是基於行為人自主決定遂行殘酷犯行所應負的結果。在此情況，不應認為死刑僅係為了保障公眾安全之公共利益的工具(參附件 2 裁判要旨 6)；日本最高法院(最高裁昭和 23.3.12 判決)、美國聯邦最高法院〔*Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 173〕亦認為死刑，不當然構成酷刑而違憲，仍要視執行的方式是否殘忍或不人道，美國聯邦最高法院並認為如罪刑相當不過度，亦即不涉及不必要的痛苦、與行為嚴重性符合比例，應符合人性尊嚴(日、美判決分別參見附件 1-1, 1-2, 3)。

### 三、死刑作為刑罰手段，並不違反比例原則（刑罰目的檢驗）

#### （一）死刑在基於罪責衡平的目的觀下，應肯認其具有適當性

##### 1. 刑法有保護法益的任務，亦涉及生命權保護義務與人性尊嚴

刑法作為最嚴厲之制裁法，首要任務是法益保護<sup>21</sup>。特別是生命、身體

<sup>16</sup> BVerfGE 45, 187 (228); 109, 133 (171).

<sup>17</sup> BVerfGE 45, 187 (228); 人性尊嚴導出所謂「客體公式」(*Objektformel*): 人不能成為僅僅是國家支配的客體 BVerfGE 109, 133(150); 115, 118 (153); 蔡宗珍, 前揭文(註 7), 頁 100; Epping/Hillgruber, Art.1,Rn.13

<sup>18</sup> BVerfGE 131, 268 (287); Epping/Hillgruber, Art.1,Rn.13

<sup>19</sup> Epping/Hillgruber, GG Art.1,Rn.13.1; vgl. auch BVerfGE 45, 187 (228); 109, 133 (171).

<sup>20</sup> Deier/Dreier, 3.Aufl. 2018, GG Art.102, Rn.59f.

<sup>21</sup> Vgl. Jescheck/ Weigend, a.a.O., S.2ff; 8.

法益，基於人性尊嚴及生命權、身體完整性保障，也導出國家對於重要個人法益的保護義務，在個人對犯罪不得私力處理的前提下，如個人無法對抗其高度價值的個人法益遭嚴重犯罪的侵害，將動搖一般人對國家壟斷性權力的信心，就此應可導出個人對國家有效追訴，特別是嚴重侵害生命法益的犯罪必須「有效」追訴的請求權<sup>22</sup>。

## 2. 綜合理論的刑罰目的觀，在應報的罪刑相當範圍內，實現預防目的，刑罰手段與目的間應綜合判斷，非單一的觀察其目的正當性

國家以刑罰制裁保護法益，而刑罰手段涉及基本權干預，刑罰目的本身亦須探究其正當性。現代多數國家刑罰政策採多元的刑罰目的，我國現行刑法體系亦採取綜合理論(Vereinigungstheorien)<sup>23</sup>，結合並調和應報和預防兩種不同刑罰目的，以符合罪責的公正應報來實現預防效果。司法實務也大抵採綜合理論<sup>24</sup>，只有由責任程度證明是適當的刑罰(基於應報目的)，才具有威懾效果和社會教育意義(基於預防目的)<sup>25</sup>。刑罰手段與目的間應該綜合加以判斷，並非可單一觀察其目的正當性。

## 3. 涉及生命法益的嚴重侵害，在符合罪責原則下，死刑是犯罪者自我決定、自我負責的責任承擔，應肯認其具有手段的適當性

如上述，在綜合理論下，量刑基礎是行為的嚴重性和行為人個人的責任程度，法官考慮其他刑罰目的，如威懾和保安(社會防衛)等，僅能在受責任限制的刑度範圍內追求預防目的，此即由人性尊嚴所導出的罪責原則(Schuldprinzip)，德國聯邦憲法法院認為罪責不僅是刑罰的基礎，也是刑罰的上限<sup>26</sup>，不得以預防目的提高刑度。應報觀已與復仇、報復、仇恨不相干，而是一個尺度原則(Massprinzip)，亦即以應報的責任衡平，作為決定犯罪行為應得刑罰的基礎和標準<sup>27</sup>，而德國聯邦憲法法院肯認應報同時具有

<sup>22</sup> Vgl. Epping/Hillgruber, GG, Art.1, Rn.31.1.

<sup>23</sup> 我國刑法採行綜合理論之說明，參照許澤天，刑法總則，第4版，頁25。

<sup>24</sup> 特別是重大犯罪包括選科死刑案件，通常都有依綜合理論極為詳盡的論證，例如102年度台上字第170號判決，其餘參見李佳玟，從美國模範刑法典之量刑模式論我國量刑準則，中央研究院法學期刊第25期，2019，頁50-57。

<sup>25</sup> Vgl. Jescheck/Weigend, a.a.O., S.78f. 我國實務：最高法院110年台上字第5734號刑事判決。

<sup>26</sup> BVerfGE 50,5(12); 54,100 (108)

<sup>27</sup> Jescheck/Weigend, a.a.O., S. 66f.



贖罪的功能、並滿足公眾對正義的期待<sup>28</sup>。但綜合理論承認：行為人經由責任的抵償(衡平 Ausgleich)，重新與社會達成和解，若有需要及可能性，應使刑罰有再社會化的效果，基於這一目的，可減輕依責任所負的嚴厲刑度<sup>29</sup>。

又如前述，刑罰是與受罰者行為連結，正是這種對自我行為的刑法責任承擔，顯示國家基於保障人性尊嚴，給予個人自主性，亦即自我決定、自我負責的尊重。在個人價值重大的法益上，如生命權、人性尊嚴等，此類重大法益遭受極端殘忍的侵害，死刑基於應報的罪責衡平、贖罪觀下，回應公眾對正義的期待，應肯認其具有適當性。此也回應了被害人的正當利益，就規範觀點，刑法的非價判斷對於被害人具有實現一般性追求法律承認的功能。有認為國家刑罰獨佔要長久存續，只有當侵害發生，尤其是被害人重要權利受侵害後，國家採取的反應不能低於一個(受文化而定)的干預門檻<sup>30</sup>，亦有日本學者認為，如刑罰排除死刑，某層次意味著殺人犯的生命價值高於被害人<sup>31</sup>。就此，尤難否認死刑作為刑罰的可能。美國聯邦最高法院在 Gregg 案亦認為，死刑在某種程度上體現了社會對特別重大犯罪的道德憤怒，就一個有序的社會要求其公民要依賴法律程序而非靠自力救濟來平反，是至關重要的<sup>32</sup>。

## (二)死刑係針對非死刑不足以衡平罪責的情節最嚴重犯罪，但若基於特別預防的可能性，仍得選擇避用之，符合必要性原則

死刑只有在罪刑相當下才有可能，罪責未達死刑程度，不得基於預防目的而加重。在此，死刑不僅是責任的上限，也是罪責的底限，死刑只針對：非死不足以衡平罪責的情節最嚴重犯罪。如罪責仍有刑度往下區間，在量處死刑或無期徒刑皆合乎罪責時，則應選擇具復歸可能性的無期徒刑<sup>33</sup>。而死刑相較於其他刑罰手段確有本質上的不同，具有剝奪生命、無回復可能的極

<sup>28</sup> BVerfGE 45, 187 (259)

<sup>29</sup> Jescheck/ Weigend, a.a.O., S.76.

<sup>30</sup> Hörnle, Strafrecht, 引鍾宏彬、李立暉共譯中文版，刑事法雜誌第 57 卷第 5 期，頁 134。

<sup>31</sup> 竹田直平提出之「自誓死刑論」，引自謝煜偉，重新檢視死刑應報意義，中研院法學期刊第 15 期，頁 166。

<sup>32</sup> Gregg, 428 U.S., at 183. (參見附件 3)

<sup>33</sup> 許澤天，刑法總則，頁 24；最高法院 112 年度台上字第 1046 號判決亦可參照。

端性，死刑因而不具特別預防功能，不過基於綜合理論在憲法所賦予立法形成自由的範圍內，承認個別的刑罰目的，互相權衡彼此調和<sup>34</sup>，死刑縱排除行為人重回社會的可能性，但再社會化之請求權係從一般人格權導出，亦非絕對不可侵犯，並無違憲之虞<sup>35</sup>。相反的，基於特別預防目的，實務操作為迴避死刑事由，最高法院判決指出，情節最重大之罪，僅係得判處死刑的必要條件，而非充分條件，若有教化可能性，仍應排除死刑<sup>36</sup>。就以上說明死刑適用條件，應符合必要性原則。

### (三)死刑對情節最嚴重的犯罪，在罪刑相當下，無其他刑罰可能的不得已情況，符合手段相當原則，具最後手段性

基於死刑的不可回復性，須因犯行為最嚴重，非以死刑不足以回應其罪責之不得已情形下方得宣告，已如前述。實務以死刑為最終刑罰，應盡可能謙抑適用<sup>37</sup>，且還須確認已無教化可能性，為最後不得已之最終刑罰<sup>38</sup>。

有見解認為死刑並不符罪責原則，以犯罪亦有受客觀環境的影響，死刑恐將應由社會分擔的責任完全歸由行為人<sup>39</sup>，惟此仍為極少數意見，罪責原則強調的即為個人責任，在量定罪責時，都應盡可能排除非應由行為人承擔之責任。實務量刑時必須就刑法第 57 條所例示之 10 款事由，逐一檢視、審酌，其中關於行為人之生活狀況、品行、智識程度及犯罪後態度，歸類為一般情狀的“行為人”屬性事由，用以判斷行為人有無更生改善可能性，憑以考量是否迴避死刑<sup>40</sup>。因此客觀成長背景或其他社會因子，係為特別預防目的，以排除死刑之事由，實非加重行為人罪責事由。

### (四)小結

綜上所述，死刑僅能在罪責原則基礎上的罪刑相當下，最後不得已手段，

<sup>34</sup> BVerfGE 45, 187(253).

<sup>35</sup> Vgl. Deier/Dreier, 3. Aufl. 2018, GG Art. 102 Rn. 60. 再社會化係由人格權導出，vgl. BVerfGE 98, 169 (200); 45, 187 (237ff).

<sup>36</sup> 最高法院 104 年度台上字第 298 號判決、105 年度台上字第 1567 號判決參照。

<sup>37</sup> 例如最高法院 112 年度台上字第 1046 號刑事判決等。

<sup>38</sup> 例如最高法院 106 年度台上字第 3732 號、105 年度台上字第 682 號判決等。

<sup>39</sup> Roxin/Arzt/Tiedemann, Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht, S.7 林鈺雄，新刑法總則，頁 19 註 22；許澤天認係有爭議之問題，見氏著刑法總則，第 4 版，頁 26。

<sup>40</sup> 例如最高法院 110 年度台上字第 3266 號刑事判決；實務見解分析參見：溫祖德，論量刑前調查報告(含量刑鑑定)，臺北大學法學論叢，第 129 期，頁 151-158。

罪刑相當是憲法比例原則在刑法之化身<sup>41</sup>，而實務上，罪刑相當僅是得判處死刑的必要條件，而非充分條件，尚必須是僅在最嚴重之犯行，毫無復歸社會可能性的最終刑罰。日本最高法院（1983 年最高裁昭和 58.7.8 判決，參附件 1-1, 1-3）認為：死刑非屬殘虐刑罰，死刑規定亦未違背憲法意旨，為該院一貫見解。但死刑畢竟係將生命永遠剝奪，實屬冷酷嚴峻之極刑，有鑑於此，其適用必須非常慎重。若其罪責確屬重大，且從罪刑相當及一般預防觀點，認為極刑是不得不然時，死刑的選擇仍屬可接受。南韓憲法法院在前述 2010 年之判決（參附件 2 裁判要旨 5.C），亦認死刑並未違反比例原則，因為法律已在相關的不同法益之間取得平衡。美國聯邦最高法院在上述 Gregg 案<sup>42</sup>死刑合憲理由中亦承認，在極端情況死刑可以是適當的制裁，並體現社會的信念：有些罪行本身就是對人的嚴重侮辱，因此唯一適當的回應可能是死刑；在極端的犯罪，死刑並非不能通過罪刑相當性的審查，死刑就其嚴厲性及無可撤回性而言，確係獨特的刑罰，法院必須特別謹慎，但不能認為死刑無論如何都與奪取人命的犯罪不成比例；死刑作為一極端刑罰，可適用於極端的犯罪。

#### 四、死刑是否違反平等原則需視個案適用程序審究

死刑本身，從我國刑法係基於行為刑法，非行為人刑法，即刑罰的施加是因行為人所為具有責性、違法性的構成要件行為，除了行為人之年齡、精神狀態或其他客觀因素（具正當性之差別待遇），影響有責性或量刑的判斷外，刑罰之構成要件，不問種族、宗教、性別、教育等，因此刑法之死刑規定，原則上並未有基於歧視或不正當之差別待遇之因子；至於第二個層次死刑適用之範圍包括具體罪名或個案審判程序，則仍有審究是否符合平等原則、比例原則之餘地，特別是法院的量刑程序、裁量權行使是否有恣意性或歧視因子，則必須視量刑程序、量刑準則審究（詳意見書貳之說明）。

<sup>41</sup> 林鈺雄，新刑法總則，2023，第 11 版，頁 767。

<sup>42</sup> Gregg, 428 U.S., at 184,187.(參看附件 3)

## 五、死刑目前並不違反國際法，禁止死刑亦非有共識的國際法原則

國際公約、國際慣例所形成的國際法一般原則確為釋憲者解釋憲法的參考<sup>43</sup>。公政公約第 6 條第 1 項保障生命權不得受「無理」剝奪。同條第 2 項對仍有死刑之國家指示：凡未廢除死刑之國家，非犯情節最重大之罪，且依照犯罪時有效並與本公約規定及防止及懲治殘害人群罪公約不牴觸之法律，不得科處死刑等。足見公政公約亦未絕對禁止死刑。而我國將公約內國法化後，迄今已進行了三次國家報告的國際審查<sup>44</sup>。關於我國死刑制度與實務，2013 年初次審查委員會的結論性意見與建議，提及現任聯合國酷刑問題特別報告員，把源自於人性尊嚴的禁止死刑視為發展中的國際習慣法標準。審查結論強烈建議我國應加緊努力朝廢除死刑進行(第 56 段，參看附件 4)。最近的一次即 2022 年的第 3 次審查委員會結論性意見與建議，就死刑部分，審查委員會呼籲我國完成對國際人權憲章的承諾，將公政公約第二任擇議定書國內法化，採取與兩公約相同方式廢除死刑(第 73 段，參看附件 5)。

綜上，國際上源自人性尊嚴禁止酷刑的原則，逐漸朝向將最嚴厲的懲罰—死刑視為殘忍的刑罰，但目前仍在發展中，尚非普遍承認的國際法或國際習慣法<sup>45</sup>，國家廢除死刑的義務在於簽訂條約附加的任擇議定書。而國際審查委員會僅強調我國有履行廢除死刑的義務，但並未認定我國死刑制度已違反公約或國際法。

## 六、謹守憲法解釋的界限，應維持向來死刑合憲之見解

我國憲法並未對死刑制度顯示出反對的立場。在司法院釋字第 194 號、第 263 號及第 476 號中均認定死刑相關規定合憲。死刑制度已長期為我國憲政秩序所肯認。貴庭現再度受理死刑是否違憲的爭議，但有鑑於目前憲政秩序、社會法價值認識的現狀，本部認為不應率為見解轉向。

<sup>43</sup> 參見黃昭元，公民與政治權利國際公約與憲法解釋，發表於司法院大法官 104 年學術研討會，頁 102, 110 以下。

<sup>44</sup> 三次國際審查委員會的結論性意見與建議之中，英文版，參見以下連結：  
<https://www.humanrights.moi.gov.tw/17725/17733/Normalnodelist> 最後瀏覽日：2024.03.24

<sup>45</sup> Vgl. Deier/Dreier, GG Art.102, Rn.61.; SK-StPO/Wolter/Meye, Bd. X EMRK, 5. Aufl. 2019, Art.2 Rn.118.

### (一)基於權力分立，貴院應採司法自制(judicial self-restraint)的審查立場，尊重行政與立法的形成空間

死刑在我國社會中是一個意見針鋒相對且嚴重分歧的議題，涉及高度的價值取捨。釋憲者在此面臨所謂「抗多數困境」，亦即欠缺「直接」民主正當性的司法，卻要審查應經民主程序表達的政治、道德或社會價值，是否應謙抑自制的問題<sup>46</sup>。

不可否認憲法價值應隨時代演進。釋憲者被賦予特別的憲法解釋權，也具有續造憲法的任務，但即便如此，亦不應「高於」憲法。因釋憲者也承擔了維持法治國秩序與功能的責任，應避免超越解釋憲法的界限，尊重其他憲法機關權責。釋憲者依自己認定之憲法價值秩序來解釋憲法，將成為「憲法的主人」，法治國也可能改造為司法國<sup>47</sup>。

而釋憲機關「司法自制」的原則，或有引美國聯邦最高法院所謂政治問題不予審查，或有德國聯邦憲法法院所發展的原則：為其他憲法機關保留憲法所保障的政治形成的自由空間〔Raum freier politischer Gestaltung, BVerfGE 36, (1, 14-15)〕、立法的第一管轄權〔Erstzuständigkeit, BVerfGE 101, 158(217f)〕，此處不探究各種憲法解釋界限的理論<sup>48</sup>，旨在強調死刑制度應尊重行政與立法的形成空間。德國聯邦憲法法院除如上述就死刑制度保持緘默外，在同性伴侶是否視為憲法婚姻關係的爭議上，即認為立法者在此應享有形成空間〔BVerfGE 133, 59 (85)〕，而將屬於社會變革或所謂“社會工程”的任務留給行政與立法<sup>49</sup>。美國聯邦最高法院在Furman v. Georgia〔408 U. S. 238, 375-470 (1972)〕一案，雖宣告該件相關死刑判決之量刑規定恣意並涉及歧視，但並未宣告死刑本身違憲。該案評決

<sup>46</sup> 抗多數之困境(counter-majoritarian difficulty)，為美學界提出，深入之解析參見：黃昭元，司法違憲審查的正當性爭議，台大法學論叢第32卷第6期，頁103-151。

<sup>47</sup> 本段引自 Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., S. 361, 「憲法的主人」(Herr der Verfassung)一詞係氏引述 Fursthof 用語；對司法違憲審查抗多數正當性之質疑，尤其在困難案件(hard case)上司法應自制(Alexander M. Bickel 之主張)等，參見黃昭元，前揭文(註46)，頁9-14。

<sup>48</sup> 憲法解釋界限理論中文介紹分析，可參見：許宗力，憲法與政治，收氏著「憲法與法治國行政」，頁3-52；陳愛娥，大法官憲法解釋權之界限，月旦法學雜誌，第42期，頁37-51。李建良，論司法審查的政治界限：美國「政治問題原則」初探，人文及社會科學集刊，第9卷第4期，頁65-110；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，頁151-241。

<sup>49</sup> Möllers, Juristische Methodenlehre, S. 511.

係以 5:4 擦邊通過，四位不同意見的大法官，均認為司法權應謹守司法自制，死刑是刑事政策問題，或認為死刑存廢應由行政或立法處理，司法不應行使決策的意志(參附件 3)。韓國憲法法院前揭 2010 年宣告死刑合憲的判決中，亦採取同樣態度(參附件 2 裁判要旨 2.)。

司法自制與權力分立原則相關<sup>50</sup>，此權力分立尚可依功能取向的審查界限來說明：國家事務應分配由組成結構與決定程序各方面均具備最佳條件的機關來負責，即所謂依「功能最適」(funktionsgerecht)而劃分<sup>51</sup>。立法機關有普遍民意基礎、多元政治組合，組織比司法更適合形成重大決定；而其決定程序經多重討論、協商、聽證，亦更適合作為重大爭議辯論的場域。死刑是否合憲，雖然是基本權解釋的問題，卻涉及高度的價值取捨，如人性尊嚴內涵即屬於有待充實的概念且具有倫理性<sup>52</sup>，無法完全抽離社會公眾的價值判斷。生命權的保障在此更有法益間的權衡問題，均涉及所謂憲法規範的開放性結構及不確定性，而當各種論證互有衝突、難確認法續造的正當性時，釋憲即應警覺權力分立的界限<sup>53</sup>。美國聯邦最高法院在前述 Gregg 案判決死刑合憲的理由中，即強調司法不能超越憲法的界限，法官不能和立法者一樣；當法院捲入當今的激情並在相互競爭的政治、經濟和社會壓力之間做出選擇承擔主要責任時，司法的獨立性將受到損害<sup>54</sup>。因此，應確保具有政治決定權力機關的活動空間，因其任務正是在於評估社會情勢並決定如何規整，對於前景不明的風險性決定而言，行政和立法機關往往更有優勢，司法應尊重其政治形成自由，司法欠缺機制處理並考量法外因素<sup>55</sup>，此也涉及責任政治的基本原則，負有政治責任的國家機關宜享有自由空間，以便合理解決政治上的問題，否則憲法的規範性將受到傷害，這包括對重大爭議裁判所可能引發的後果及效應，如果無法加以掌握或控制，自應有所自制以免侵

<sup>50</sup> Möllers, a.a.O., S.510ff.

<sup>51</sup> 關於功能取向的分析法，參見許宗力，前揭文(註 48)，頁 45 以下；有認為功能取向與司法自制理論是不同的釋憲權界限理論，但兩者皆與權力分立有關，陳愛娥，前揭文(註 48)，頁 41 以下。

<sup>52</sup> Larenz, a.a.O., S.363.

<sup>53</sup> Vgl. Möllers, a.a.O., S. 511.

<sup>54</sup> Gregg, 428 U.S. at 174-175 (參附件 3)。

<sup>55</sup> Möller, a.a.O., S.511; 陳愛娥，憲法作為政治之法與憲法解釋，全國律師 7 卷 2 期，頁 31。

犯其他機關的責任領域<sup>56</sup>。

## (二)死刑是重大、艱難的爭議問題，國內尚無共識，不宜透過憲法解釋改變見解

德國是透過基本法第 102 條明文廢除死刑，並非經由釋憲。死刑是否違反人性尊嚴，在德國討論熱烈，但如前述，聯邦憲法法院迄今保持緘默，而不決定尚未成熟的案件，盡量尊重自己之前的決定，正是美國司法最小化主義(Judicial Minimalism)的主張<sup>57</sup>：法院秉持消極的美德，在當代重大爭議上保持緘默，是一種建設性的緘默，也是基於尊重民主。將重大基本的、艱難的爭議問題留給民主機制，這是基於強化民主問責性、民主的協商性等，如此方符合憲法的精神。

是否廢除死刑絕大多數國家是透過立法或修憲程序，經由(憲法)法院宣告死刑違憲的為極少數，而這些國家解釋死刑違憲也具共通背景，即行政與立法有趨一致的共識或至少無對立立場。如匈牙利、立陶宛釋憲前後政府部門正進行簽署加入以廢死為前提的歐洲理事會及歐洲人權公約(及其第六號議定書)<sup>58</sup>，南非則是在反種族隔離背景下，由行政部門、立憲機關主動將問題交給憲法法院決定<sup>59</sup>，我國目前對於是否廢除死刑尚未有共識。

## (三)以政治上達成共識為前提—歐洲人權法院的動態目的性解釋

歐洲人權公約第 2 條第 1 項關於生命權之保障，但書仍允許死刑。歐洲理事會(der Europarat)即公約的成員國是經由第 6 號、第 13 號議定書的簽署批准而達成歐洲全面廢死。歐洲人權法院在解釋公約上開條文允許死刑的範圍，即採取了所謂目的性的動態解釋(teleologisch-dynamische Auslegung)<sup>60</sup>，也就是人權法院依客觀目的解釋，隨政治面的共識發展，調整解釋條文的方向。人權法院在 2005 年 Öcalan<sup>61</sup>案中，認為未經公平審判，

<sup>56</sup> 李建良，前揭「論司法審查的政治界限：美國『政治問題原則初探』」，頁 104。

<sup>57</sup> See Cass R. Sunstein, One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court, P.4-5.

<sup>58</sup> 參見，林鈺雄，刑事訴訟程序與國際人權，2007，頁 33-34 及註 85。

<sup>59</sup> 黃丞儀，因為和解，所以共生—淺介南非憲法法院廢除死刑之判決，全國律師，第 15 卷第 8 期，頁 4,8。文內提及南非 1993 臨時憲法過程，是否要明定廢除死刑，沒有明確結論，表示留給憲法法院決定，司法部在憲法法院審理時，表達贊成廢除死刑。

<sup>60</sup> SK-StPO/Wolter/Meye, Bd. X EMRK, 5. Aufl. 2019, Art.2, Rn.118.

<sup>61</sup> EGMR,12.5.2005(GK) Öcalan./TUR, Nr.46221/99

死刑的宣告將構成公約第 3 條的酷刑。在本案的判決理由中，人權法院也提及在當時仍有多數會員國未簽署或批准第 13 號議定書情況下，人權法院無法認定在會員國間，已建立死刑本身即構成酷刑的見解<sup>62</sup>。到了 2010 年，絕大多數會員國已簽署議定書的情況下，人權法院在 Al-Saadoon<sup>63</sup>案判決理由中承接 Öcalan 一案中的立場，以公約條文的解釋必須與構成其部分的國際法規則一致，有鑑於各國陸續簽署第 6 號及第 13 號議定書，並指出歐洲理事會的政策要求新加入的國家必須廢除死刑，因此認為公約第 2 條第 1 項但書已被修正，死刑應被禁止。

是以，歐洲人權法院以各會員國簽署批准廢死議定書為前提，逐步轉向認定死刑不符合公約第 2 條<sup>64</sup>，亦即是在各會員國有政治共識的情況下，司法上方採取同一步調。就此觀點而言，亞洲多數國家的共識仍是維持死刑，司法上並無如此解釋的前提。學界也認為，目前全球尚有許多具影響力的國家仍堅守死刑制度，難認為禁止死刑是一個有共識的國際法原則<sup>65</sup>。

#### (四)避免引發憲政爭議，憲法解釋應衡量後果

解釋法律包括憲法，應該就法論法，不應以會帶來何種後果而決定解釋方向。但解釋憲法除了典型的政治問題外，面對基本權規範的抽象、不確定性，其規範審查權會觸及最廣義之法解釋界限，而進到合目的性考量的政治層次，更由於憲法具有的政治性，釋憲機關的解釋難免於政治性裁判，就必須取向於預期的後果，以及對社會而言，後果的合目的性及可承受性<sup>66</sup>。解釋者應擺脫個人主觀的意見，將此問題是否「已有共識」納入解釋的考量範圍<sup>67</sup>，在有不同的解釋可能性時，選擇公眾較可接受者。

亞洲國家普遍存在死刑，日本與南韓均有過對死刑違憲審查的案件，目前均維持死刑合憲的判斷。貴庭對本案的解釋，如放棄後果衡量絕不可行。

<sup>62</sup> EGMR, 12.5.2005 (GK) Öcalan./TUR, Nr.46221/99, Rn.165.

<sup>63</sup> EGMR, 02.03.2010, Al-Saadoon./GBR, Nr.61498/08, Rn.116ff.

<sup>64</sup> SK-StPO/Wolter/Meye, a.a.O., Rn.117.

<sup>65</sup> Vgl. Deier/Dreier, GG Art.102 Rn.61.; SK-StPO/Wolter/Meye, a.a.O., Rn.118.

<sup>66</sup> Vgl. Larenz, a.a.O., S.364; Möllers, a.a.O., S.206, 497; 關於結果取向的解釋，vgl. Möllers, a.a.O., S.195-211; 國內文獻，蘇永欽，結果取向的憲法解釋，憲政時代，第 14 卷第 1 期，頁 1 以下；許宗力，前揭文（註 48），頁 27-28。

<sup>67</sup> Vgl. Möllers, a.a.O., S. 206, 500.



在國內長久以來對於維持死刑制度之民意居高不下，貴庭在時空環境沒有改變情形下，若驟然宣告死刑制度違憲，是否會引發國內社會對立及衝突，影響憲政秩序，引發憲法機關間衝突及國內社會動盪，不可不慎。

## 貳、死刑可適用之範圍與程序要求

基於死刑議題的高度爭議性，在合憲範圍的解釋上，仍宜採取司法自制立場，承前所引用之「司法極小化主義」進行較窄而淺(narrow and shallow)的審查：只就本件系爭法條審查合憲性，不急於設定廣泛適用的規則(Broad rules)；關於死刑案件的程序規則盡量不深入詳細指示，僅提出一般準則<sup>68</sup>，畢竟當社會尚未有共識時，淺的決定，較能異中求同。例如美國聯邦最高法院在前揭 Gregg 案，僅回應 Furman 案量刑程序恣意、有歧視性的違憲理由，建立陪審團裁量應有指引避免恣意，使其聚焦個案被告及其犯行的個別情況的一般原則，並未具體指示何種程序規定，此後再逐案決定各州規定是否違憲<sup>69</sup>。

其次，我國已批准兩公約並通過兩公約施行法，兩公約已內國法化。依照兩公約施行法第 2、3 條規定，兩公約有關人權之規定、公約人權事務委員會之一般意見已為我國內具有拘束力之規範。刑事司法實務並已將兩公約規定、一般意見納入刑事實體法與程序法之解釋，具有補充現行法功能，並有優先性，實務上判決未遵循或審酌兩公約或一般意見者，構成判決違背法令<sup>70</sup>。是審查本案系爭規定是否合憲時，應以兩公約規定、一般性意見就相關規定之補充與修正為基礎。以下即在前揭兩前提下闡述本部意見：

### 一、本釋憲案所涉罪名條文經由公政公約補充要件，死刑作為法定最高刑

<sup>68</sup> See Sunstein, supra note, at 10-13. 在淺的(shallow)解釋這部分，氏提出兩種形式(forms)，此處就死刑量處的程序原則，應屬於其所謂抽象原則有共識(如公平審判)，但對其特別的內涵仍有不同看法 {agreements about abstract principles amid disagreements or uncertainty about the particular meaning of those abstractions} 的情形。

<sup>69</sup> 關於 Gregg 案判決分析及後續聯邦最高法院審查死刑案件之逐案校準調整，參見李佳玟，前揭文(註 24)，頁 81 以下。

<sup>70</sup> 例如最高法院 102 年度台上字第 446 號判決意旨；另參見王正嘉，論死刑之裁量與界限：以兩公約與比較法為出發，臺大法學論叢，第 45 卷第 2 期，頁 717。

度，為不得已之最後刑罰，符合比例原則，均屬合憲

### (一)刑法第 271 條第 1 項殺人罪

殺人罪法定刑為死刑、無期徒刑或 10 年以上有期徒刑；法院在個案的量刑空間，除死刑、無期徒刑外，尚可在最低 10 年以上有期徒刑之區間裁量。

#### 1. 死刑的補充構成要件「情節最嚴重」

至於死刑，尚須遵循公政公約第 6 條第 2 項所示非犯情節最重大(the most serious crimes)之罪，不得科處死刑，構成死刑的補充構成要件，限縮適用範圍。加以第 36 號一般意見認為所謂「情節最嚴重」必須作嚴格解讀，限於涉及故意殺人的極嚴重罪行，謀殺未遂亦不得判處死刑(意見書第 35 段)。

#### 2. 「情節最嚴重」認定標準：例外適用原則

永山基準為日本最高法院在死刑案件(1983 年最高裁昭和 58.7.8 判決)建立之判準，必須就其所列各種情況綜合加以考察，認為其罪責誠屬重大，極刑是不得不然時，死刑方屬可接受。實務上，判斷是否情節最嚴重，參照永山基準，係就刑法第 57 條各款事由以與犯行有關的犯罪情狀判斷之，回歸以被告具體個別犯罪情節、所犯之不法及責任之嚴重程度等犯罪情狀，得否作為選擇科處死刑之充足理由為斷。確立以罪責原則為量刑之基礎，再審酌是否仍有教化可能性，死刑為不得已情形之最終刑罰，學者稱此為死刑例外適用原則<sup>71</sup>。

此外，聯合國經濟及社會理事會公布「保障死刑犯人權保證條款」第 1 條對情節最嚴重可判死刑之犯罪，限定於「蓄意且造成致命或極嚴重之後果的犯罪」。我國部分實務見解基於此條款，復將情節最嚴重之罪作嚴格且狹義解釋，在主觀犯意對應於我國刑罰法律架構，限縮於直接故意<sup>72</sup>，只有在最特殊的情況下和最嚴格限制下適用死刑，亦即縱為情節最嚴重之犯行，若非直接故意仍應排除死刑。

<sup>71</sup> 王正嘉，前揭文(註 70)，頁 737；代表性判決：最高法院 102 年度台上字第 170 號判決。

<sup>72</sup> 例如：最高法院 103 年度台上字第 807 號判決、112 年度台上字第 1291 號判決意旨參照。

死刑在本條項殺人罪之適用，將僅限於制裁最嚴重的殺人行為，就保護具最高價值的生命法益，為最後不得已之手段，應符合比例原則，並不違憲。南韓刑法第 250 條第 1 項殺人罪、日本刑法第 199 條殺人罪，構成要件均同我國，因實務適用上亦限於極殘酷或罪責重大之最後不得已手段，均經宣告合憲<sup>73</sup>。

## (二)刑法第 226 條之 1、第 332 條第 1 項、第 348 條第 1 項

### 1. 屬殺人罪與重大犯罪之結合犯，死刑要件亦須符合「情節最嚴重」

刑法第 226 條之 1 條強制性交、猥褻故意殺人、第 332 條第 1 項強盜殺人及第 348 條第 1 項擄人勒贖故意殺人三罪均有殺人外，尚結合其他高度嚴重之暴力犯罪，其死刑判斷與前述殺人罪相同，構成要件須情節最嚴重，為不得已最後手段，符合比例原則。

### 2. 法定刑限於死刑、無期徒刑亦符合比例原則

我國目前配合公政公約，限縮死刑適用範圍，採取廢除所有絕對死刑，現行法規已無以死刑為唯一法律效果之規定。至於系爭相關罪名現行法定刑限於死刑、無期徒刑則符合比例原則：

#### (1)法定刑設定，司法應尊重立法者在此事務領域之決定空間

立法者在制定實質內容的刑罰規範時，如何考量行為不同的不法內涵與罪責內涵，原則是立法者自行決定，除非有恣意的情況。何種事實因素，以致於其正當化立法者不同處理，原則應屬於立法者的形成自由，此為德國聯邦憲法法院之見解〔BVferGE 45, 187 (253)〕<sup>74</sup>。關於法定刑的設定，我國大法官對立法機關就刑罰相關立法事實之判斷與預測，如合乎事理而具可支持性，均予適度尊重(例如釋字第 646 號解釋)。蓋如前述，立法機關所具之民主正當性，較諸司法機關更能反映當代社會紛呈的多元價值，前者並有基於民主論辯所為之決定，是由事務領域與機關功能最適之角度，亦應肯

<sup>73</sup> 參見附件 1-2 (日本 1948 年最高裁昭和 23.3.12 判決)，2(南韓憲法法院判決要旨 8)。

<sup>74</sup> 關於此處所涉之立法裁量，參見：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，頁 162-163。

認合理審查標準，予以尊重<sup>75</sup>。

## (2)系爭規定法定刑為死刑、無期徒刑，尚屬合理，未違反比例原則

系爭犯罪，均在殺人外結合有其他高度嚴重之暴力犯罪，較刑法第 271 條殺人罪不法內涵嚴重，其法定刑重於殺人罪，僅限死刑、無期徒刑，就犯罪輕重序列須與處罰輕重序列相應，或法定刑度的層級化而言，尚符合比例性<sup>76</sup>。至於系爭罪名可處死刑的情況與刑法第 271 條相同外，法官量刑空間僅剩無期徒刑，不似殺人罪名尚有 10 年以上有期徒刑之區間，是否違反比例原則一節，亦引用德國聯邦憲法法院就謀殺罪，法定刑為唯一無期徒刑，認定合憲之理由：法官在具體個案上，尚有刑總相關減刑規定可資適用，或透過構成要件的嚴格限縮解釋，避免罪刑不相當，該規定並不違反比例原則 [BVferGE 45, 187(261ff)]。目前我國刑法第 59 條可提供個案若罪責過苛時，法院仍有不處無期徒刑之可能，是以相關法定刑尚不違反比例原則。南韓憲法法院前揭 2010 年死刑合憲判決中，亦認該國「懲治性犯罪及被害人保護法」第 10 條第 1 項性侵結合殺人之犯罪，法定刑為死刑、無期徒刑，亦認為無違反比例原則、平等原則。

## 二、刑法第 19 條屬責任能力之規範，與被告之精神狀況得否量處死刑，

### 屬所謂「刑罰受容性」之判斷不同，並無違憲疑義

刑法第 19 條就刑法體系而言，屬於責任能力之規範，雖會影響死刑之量處，但並非針對死刑之規定。而對此責任能力之一般規範，就死刑審查其合憲與否，不能有悖於刑法體系。

關於被告之精神狀況與死刑之量處，實務另發展所謂的刑罰受容性標準<sup>77</sup>，係按照被告在審判時而非行為時的實質精神狀況進行審查，而應考量對於這類被告裁處或執行死刑適當與否，而融入整體死刑裁量基準內。本爭點實涉公政公約第 36 號一般意見，其第 49 段謂：締約國應避免對於面臨特殊障礙難以在與他人平等的基礎上進行自我辯護的個人，如存在嚴重社

<sup>75</sup> 參見許宗力大法官在司法院釋字第 669 號協同意見書。

<sup>76</sup> 法定刑的比例性，參見謝煜偉，前揭文(註 31)，頁 151。

<sup>77</sup> 刑罰受容性用語，參照王正嘉，前揭文(註 70)，頁 718-720。

會心理和心智障礙而阻礙其進行有效辯護的個人，以及道德可非難性有限的個人判處死刑。此意見就精神障礙者能否判處死刑，具體指明在訴訟上因為個人之特殊障礙情狀而導致無法進行有效自我辯護，以及道德上非難性有限之人，不應判處死刑<sup>78</sup>。美國聯邦最高法院在 Hall v. Florida [572 U.S. 701] 認為，如果一個人沒有能力做出深思熟慮的判斷，死刑有威攝效果的前提即不存在，也減損了應報目的價值；而對此類被告不能量處死刑，也在確保審判程序的正當性；但不能僅靠智力測驗確定是否可判處死刑，必須關注其他精神障礙的證據。是以，死刑刑罰受容性判斷應屬量刑階段，斟酌行為人之精神障礙是否具有限道德上可責性，有別於刑法第 19 條關於行為人於行為時責任能力有無或減輕之判斷。即使行為人於行為時不符合刑法第 19 條第 1 項或第 2 項不罰或減輕其刑事由，仍應於死刑量刑審酌其一般情狀時，斟酌其精神障礙是否具有限道德上之可責性<sup>79</sup>。

### 三、死刑案件程序面之特別保障

#### (一)死刑案件為強制上訴、強制辯護、三審言詞辯論案件，審理不得逾 8 年

死刑案件依照刑事訴訟法(下稱刑訴法)第 344 條第 5 項規定，係強制上訴案件；依同法第 31 條亦在強制辯護範圍，雖在第 388 條有因第三審原則不行言詞辯論而不適用強制辯護規定，惟此經由最高法院於 105 年 12 月 6 日訂定之「最高法院刑事案件行言詞辯論要點」第 1 點第 2 款規定「原審宣告死刑之案件，除判決明顯違背法令，必須撤銷發回者外，應行言詞辯論。」第 2 點第 1 項第 4 款規定「被告未經選任辯護人者，審判長應指定律師為其辯護。」是以，死刑案件上訴三審除應行言詞辯論外，亦為強制辯護案件。另依刑事妥速審判法第 7 條，案件自第一審繫屬日起已逾 8 年未能確定之案件，除依法應諭知無罪判決者外，若認有侵害被告受迅速審判權利，且情節重大者，應減輕其刑之規定，以及同法第 5 條第 3、4 項規定審

<sup>78</sup> 實務見解例如最高法院 102 年台上 4289 號、110 年度台上字第 3445 號。

<sup>79</sup> 最高法院 110 年度台上字第 3445 號判決要旨參照。

判中羈押不得逾5年，期限屆滿視為撤銷羈押，應將被告釋放等規定，亦為死刑案件所適用。

## (二)公政公約補充現行法公平審程序規定

公政公約及人權委員會之一般意見具內國法效力，已如前述。實務已建立判處死刑只能依照「犯罪時有效並且不違反公約規定的法律」行之。以最高法院102年度台上字第170號判決為例，強調參照兩公約第6條第2項規定，以及人權事務委員會第32號一般性意見第59段，都要求在最終處以死刑之案件，應嚴格遵守公正審判之正當程序保障(即指公約第14條受公平審判權)，所以不僅論罪階段需踐行實質正當法律程序，於科刑階段也應該受正當法律原則之拘束。該判決理由並提及，對被告而言，涉及到公約權利乃聽審、陳述意見、辯論等權利，我國現有刑訴制度，如刑訴法第289條就此仍未有更精緻、完整的保障規定，然就公約適用的角度而言，此等權利之依據，可直接從公約第14條第3項第4款前段得出，毋待修法。

## (三)實務發展死刑量刑基準及程序要求，避免裁量恣意或歧視

為確保死刑裁量之明確性與客觀性，避免裁量之恣意或任意性而浮動，最高法院發展針對死刑的量刑基準及程序要求<sup>80</sup>。死刑的量處，法院須在罪責原則基礎上，綜合刑法第57條所列10款事項等有利與不利之情狀為評價後，依被告具體犯罪情節、所犯之不法及責任之嚴重程度，檢視其罪責是否尤屬重大外，尚須審慎衡酌有無足以迴避死刑適用，判斷是否已無復歸社會之更生改善可能。實務將刑法第57條10款事由中之第4、5、6、10款所列犯罪行為人之生活狀況、品行、智識程度及犯罪後之態度，稱一般情狀的行為人屬性事由(一般情狀事由)；其他各款則屬與犯罪行為情節有關之行為屬性事由(犯情事由)，後者攸關是否選科死刑之理由，前者則與犯罪行為人有無更生改善可能性(或稱教化可能性)之判斷有關，憑以考量是否迴避死刑<sup>81</sup>。至於考量行為人有無更生改善(教化)可能性之判斷，最高法院

<sup>80</sup> 李佳玟，前揭文(註24)，頁52以下，最高法院102年台上字第170號判決意旨參照。

<sup>81</sup> 溫祖德，前揭文(註40)，頁157-158。例如最高法院110年度台上字第4957號、111台上字1775號

進一步要求**實施量刑前調查報告或情狀鑑定**，就行為人之**人格形成**及其他相關背景資訊，以**實證調查方式進行評估**<sup>82</sup>。上述實務發展的死刑案件量刑基準與程序要求，避免裁量之恣意而導致歧視。

此外，本件所涉法條之死刑案件，均屬故意犯罪而發生死亡結果之案件，依照國民法官法第5條第1項第2款規定，**原則應進入國民法官審判程序**，而國民法官案件依同法第83條第3項就量刑評議，**提高死刑評決數**，從一般案件過半數決提高至三分之二決。又依照國民法施行細則第274條：「討論是否判處死刑時，審判長宜使國民法官充分理解死刑之意義與效果，提醒死刑為對犯罪情節最重大之罪所科處之最嚴重刑罰，應特別注意其衡平性及公平性，並適時說明於我國具有效力之國際公約對於科處死刑之限制。是否判處死刑之表決，宜單獨行之。」是以，死刑之量處受到指引，應可避免恣意。

#### **(四)死刑量刑應排除恣意及歧視，但量刑評決一致決並非憲法要求**

一致決是美國憲法增修條文第6條受陪審團審判權利的內涵之一<sup>83</sup>，即陪審團審判的評決必須為一致決。而美聯邦最高法院認為死刑之量處，陪審團可做為刑事制度及當代社會價值兩者間的連繫橋樑<sup>84</sup>，但並未指示死刑案件必須經陪審團審判。該院在宣告死刑合憲的 Gregg 一案，主要審查喬治亞州量處死刑之規定，認為該州之規定使陪審團的裁量權有適當引導，並有提供充分資訊，使陪審團能夠聚焦在被告及其犯行的特殊情況，而非恣意決定，陪審團雖有裁量權，但此裁量權受到明白且客觀的標準控制，因而不致有具歧視性的適用結果，此外死刑案件均自動上訴該州最高法院審查等，為該州死刑相關規定並不違憲的主要理由<sup>85</sup>。因此量處死刑之重點並非在一致決而是量刑應有指引或基準，以排除恣意，且應聚焦個案的特別情況，並有必要的上訴審查罪刑相當性。前述我國現行法之程序、實務發展之死刑量刑

<sup>82</sup> 同上。

<sup>83</sup> See *Thompson v. Utah*, 170 U.S. 343, 347 (1898); *Patton v. United States*, 281 U.S. 276, 288 (1930).

<sup>84</sup> *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. at 190.

<sup>85</sup> *Id.* at 197-207. (並可參附件 3. 本案裁判要旨 3)

基準，應均可滿足上述原則。

此外，日本裁判員制度，有關終局評議表決，係規定「應包括法官及裁判員雙方在內的合議庭人數之過半數意見」(裁判員法第 67 條第 1 項)，就評決數而言，與非裁判員之通常程序同為「過半數決」(裁判所法第 77 條第 1 項)，量處死刑與其他案件相同，無特別規定。一致決或可提高死刑量處門檻，但從憲法相關原則而言，並非必要。

(五)死刑判決確定後，仍得提起特別救濟程序，不限次數，程序未終結前不得執行

死刑判決確定如有提起再審或憲法訴訟，依刑訴法第 435 條規定再審程序進行中，法院得裁定停止執行，依憲法訴訟法第 43 條規定憲法法庭得為暫時處分裁定停止執行。此外，法務部依照監獄行刑法第 145 條第 2 項授權訂定之「執行死刑規則」中第 2 點第 3、4、6 款規定，死刑案件提起憲法訴訟中(聲請大法官解釋程序在進行中)、聲請再審、非常上訴程序進行中，或依赦免法規定為大赦、特赦或減刑之研議中，不得於程序或事由終結前令准執行。且上開各類特別救濟程序，均無次數限制。是以有別於一般刑事判決確定後之特別救濟程序不停止執行，死刑判決確定後如有提起或聲請特別救濟，即不得執行，盡可能避免誤判並確保程序穩妥。

此致

憲法法庭 公鑑

中 華 民 國 113 年 4 月 16 日

具狀人 法務部

代表人 蔡清祥

撰狀人 郭永發

林麗瑩

簡美慧

李仲仁