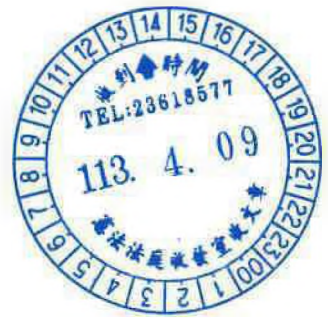


法庭之友意見書

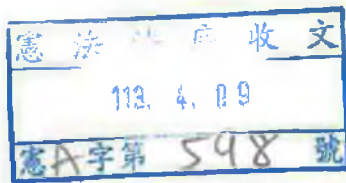
案號：111 年度 憲民 字第 904052 號

法庭之友 名稱：中國國民黨立法院黨團
(人民、機關或團體) 代表人：傅崐萁



代理人

姓名：翁曉玲



為人民聲請憲法審查案件，依《憲法訴訟法》提出法庭之友意見事：

壹、應揭露事項

本意見書相關專業意見或資料之準備或提出，由中國國民黨立法院黨團委託代理人翁曉玲立法委員（同為國立清華大學副教授）撰寫完成。未與當事人、關係人或其代理人有分工或合作關係；未受當事人、關係人或其代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值；亦未具任何指揮監督關係。

貳、支持維持現行死刑法律規定之立場

本案涉及死刑存廢立法政策重大爭議，關係社會秩序、公共利益及司法正義，本屬立法者之立法裁量範疇。在立法院未修法廢除死刑制度前，憲法法庭應尊重立法形成自由，不宜藉釋憲權的行使，變相移轉憲法賦予立法院的政策決定權。

參、意見書之主張

- (一) 死刑乃我國法制史上長久規定。中華民族傳統法制中，死刑歷經數千年，所討論者，尚非存廢，而係死刑的執行方式。民國成立後，尚未制憲前，當時刑律、刑法仍明定死刑制度。我國憲法雖未明文禁止死刑，但從法制沿革來看，憲法並未排斥死刑之存在。
- (二) 司法院大法官會議歷來憲法解釋肯認死刑合憲。貴院大法官會議第 194、263 和 476 號等三號解釋，肯認死刑作為法定刑之規定，係本於特別法之目的而為之處罰，乃為維護國家安全、社會秩序及增進公共利益所必要，無違憲法第 23 條之規定，與憲法第 15 條亦無牴觸。

- (三) 我國社會主流民意乃反對廢死，多年來未曾改變。台灣民間社會「應報主義」觀念甚強，「死刑」制度受到普遍多數民意支持。近十年（2013~2024 年）有關台灣民眾對死刑存廢的民意調查分析，反對廢除死刑者之比例從未低於 75%，最高者甚至達到 90%。由此可見，在我國社會國民法律情感中，大多數國民並不贊成廢除死刑，反而認為死刑制度合憲合法，具有必要性。
- (四) 廢除死刑並非絕對的普世價值，亦非國際公約強制要求。就全球人口數和地域幅員來看，維持死刑制度的國家人口總數仍佔全球多數。由此可知，廢除死刑並非當前世界國家的主流普世價值，不少國家仍然維持並執行死刑。
- (五) 借鏡美國最高法院對死刑合憲性審查之經驗。美國最高法院有關死刑合憲性的判決歷程，係採取「既不撒手，也不全面介入」的態度，在尊重立法與民意之際，能保留隨時「進場」監督的空間。它不做死刑「全有全無」的判斷，而是以比例原則與正當程序來審查個別死刑規定是否罪刑相當、執行與量刑（與執行）是否恣意濫用，並且逐步給死刑設下界限。
- (六) 死刑存廢，屬立法政策，憲法法庭應尊重立法制定權。死刑存廢政策，關係社會秩序、公共利益及法律正義，本屬立法者之立法裁量範疇，憲法法庭不宜藉釋憲權的行使，變相移轉憲法賦予立法部門的政策決定權，應尊重立法制定權。

肆、意見書之理由

死刑應否存廢，一直是極具爭議的問題，在法政策和學理上或各有其依據。茲就本意見書反對廢死之主張，依續按「我國法制沿革」、「司法院大法官會議歷來解釋」、「死刑存廢的民意」、「國際社會對死刑的看法」、「美國司法對死刑合憲性審查之經驗」及「死刑存廢屬立法形成自由」等主張，分項說明如下。

一、我國法制史上從未廢除死刑制度

法律是規制人類社會的規範，必須配合人類生活的型態，因時空的差異，作不同的修正。正因如此，法律不論如何翻修，都不能脫逸人類社會既存的文化情感及價值觀。中華民國憲法之解釋與適用，應符合中華民國的文化傳統、法制沿革、人民的法感情和慣例。國外法制雖具有參考價值，然國內憲政精神與慣例，更應作為釋憲的優先依據。

我國傳統法制中，自先秦、漢至清，實施五刑之刑罰種類有輕有重¹，其中死刑歷經數千年仍被保留。傳統法制中，對於死刑輕重的區別標準，是以死刑執行之方式為準，對於刑罰種類上必須保留死刑之意見，並無分歧。為中國起草刑律的日本學者岡本朝太郎認為，死刑是國家對付「給社會帶來重大危害並且絕對不治的罪人」所採取的手段，應該「存於明文而廢於實踐」並「應當以科學的、進步的態度來把

¹ 先秦時期的五刑係採墨、劓、剕、宮、大辟（即死刑）等五種刑罰，漢至清朝之五刑即為「笞、杖、徒、流、死」。

握」。²

民國後的刑律或《刑法》仍維持一貫保留死刑的立法政策，只在符合「人道主義」的死刑執行方向有所修正。歷來各個版本的「憲法、臨時大法」（包括現行憲法），均未對廢除死刑之事有所討論。可見憲法制定時，對於已存在之死刑制度，制憲者無意特別排除，僅在強調應符合憲法第 23 條之比例原則。是故，從我國法制沿革可知，死刑制度無論如何演進，廢除死刑從來不是選項之一。尤其在憲法文義未明文禁止死刑之情形下，運用前揭歷史及起源解釋法之憲法解釋方法，亦可探究制憲者並未反對死刑之存在。

死刑存廢，本屬於刑事立法政策選擇問題，並非憲法誠命，倘若未經時間醞釀凝聚共識，尊重立法者提出適切解決方案，而係逕宣告死刑制度違憲，恐將引發民怨，造成後續修法之壓力，對於法律秩序安定性之衝擊不言可喻。司法機關就法律規定進行憲法審查時，通常應抱持謙抑態度，尊重立法機關之立法決策，只有在酷刑情況下可以逐步的介入作成違憲解釋而予禁止。前揭日本學者岡田朝太郎「存於明文而廢於實踐」之說法，至今看來，依然受用。

二、司法院大法官會議歷來解釋死刑合憲

有關死刑合憲與否的問題，行憲以來，司法院大法官會議曾作出第 194、263 及 476 號等三號解釋，均認為立法規範刑罰制度之死刑，為立法政策議題，除了唯一死刑違憲外，死刑之存在尚無違憲之虞。

(一) 釋字第 194 號解釋（1985 年）認為，「戡亂時期肅清煙毒條例第五條第一項規定：販賣毒品者，處死刑，立法固嚴，惟係於戡亂時期，為肅清煙毒，以維護國家安全及社會秩序之必要而制定，與憲法第 23 條並無牴觸，亦無牴觸憲法第七條之可言。」而本號解釋（包括不同意見書）強調者有二：其一，戡亂時期（非承平時），死刑具有必要性。但法條若僅規定唯一死刑，立法過苛，違憲。其二，死刑是否必要、是否過嚴，為立法政策應研究之問題，不生牴觸《憲法》第 23 條之問題。

(二) 釋字第 263 號解釋（1990 年）認為，「懲治盜匪條例為特別刑法，其第二條第一項第九款對意圖勒贖而擄人者，不分犯罪情況及結果如何，概以死刑為法定刑，立法甚嚴，惟依同條例第 8 條之規定，若有情輕法重之情形者，裁判時本有《刑法》第 59 條酌量減輕其刑規定之適用，其有未經取贖而釋放被害人者，復得依《刑》法第 347 條第 5 項規定減輕其刑，足以避免過嚴之刑罰，與憲法尚無牴觸。」本號解釋重點在立法甚嚴之死刑，倘若輔以減輕條款，與《憲法》尚無牴觸；大法官雖未直言死刑合憲，亦間接承認死刑作為法定刑並未違憲。

(三) 釋字第 476 號解釋（1999 年），解釋文略以，《肅清煙毒條例》第五條第一項：

² 岡田朝太郎，〈死刑止宜一種論〉，收入王儀通，〈調查日本裁判監獄報告書〉附錄，北京：農工商部印刷科，1907 年 5 月，頁 78 以下。轉引自黃源盛，〈法律繼受與近代中國法〉，元照出版，2007 年 3 月，頁 143。

「販賣、運輸、製造毒品、鴉片或麻煙者，處死刑或無期徒刑。」、《毒品危害防制條例》第四條第一項：「製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒刑者，得併科新臺幣一千萬元以下罰金。」其中關於死刑、無期徒刑之法定刑規定，係本於特別法嚴禁毒害之目的而為之處罰，乃維護國家安全、社會秩序及增進公共利益所必要，無違憲法第二十三條之規定，與憲法第十五條亦無牴觸。」本號解釋明確指明死刑不違憲，強調對於特定事項而以特別刑法規定特別之罪刑所為之規範，符合目的正當性、手段必要性、限制妥當性即無違憲。惟對於死刑之科處須採取最嚴格的審查密度，僅在國家有特別重大公益，並且以死刑為手段與此特別重要之公共利益有緊密關聯，符合比例原則等憲法原則。

前述司法院大法官解釋肯認死刑並無違憲，雖多年來仍不斷有人向司法院大法官聲請死刑釋憲案，惟至本案受理之前，大法官對這些聲請案件向來以「裁定不受理」之議決方式處理並表示：「關於死刑為法定刑是否違憲部分，業經本院釋字第 194 號、第 263 號及第 476 號等三號解釋有案，尚無再行解釋之必要。」由此可知，大法官迄今的思考脈絡未有改變。

三、我國主流民意向來反對廢除死刑

從 1990 年以來，有關死刑存廢之討論與民意調查報告相當豐沛。無論是政府機關委託、網路媒體、學術機構所公布之民調數字都顯示，我國多數民意主張維持死刑，只有少數人贊成廢除死刑。參看中正大學犯罪研究中心近十年（2013~2024 年）就台灣民眾對死刑存廢的民意調查分析，反對廢除死刑者之比例從未低於 75%，最高者甚至達到 90%。由此可見，在我國社會的國民法律情感中，大多數國民強烈認為死刑制度合憲合法，具有必要性，不贊成廢除死刑。

2013~2024 年死刑存廢民意調查數字統計表

公布時間	主張廢除死刑	反對廢除死刑	民調來源
2024.02	23.1%	85.83%	中正大學犯罪研究中心
2023.02	12.2%	87.8%	中正大學犯罪研究中心 ³
2022.02	18.7%	76.3%	中正大學犯罪研究中心
2021.03	18.7%	76.3%	中正大學犯罪研究中心
2020.02	16.9%	77.4%	中正大學犯罪研究中心
2020.03	14.9%	76.8%	中正大學犯罪研究中心
2019.03	15.7%	79.6%	中正大學犯罪研究中心
2018.03	13.8%	80.2%	中正大學犯罪研究中心
2017.7	6.9%	90.6%	中正大學犯罪研究中心
2016.2	7.6%	83.3%	中正大學犯罪研究中心
2015.5	14.4%	85.4%	中正大學犯罪研究中心
2014.8	7.3%	83.2%	中正大學犯罪研究中心

³ 國立中正大學犯罪研究中心及犯罪防治系，2013~2023 年度司法與犯罪防制滿意度調查，<https://deptcrc.ccu.edu.tw/index.php?option=module&lang=cht&task=showlist&id=118&index=1>（最後瀏覽日 2024/4/6）

2013.8	9%	84.2%	中正大學犯罪研究中心
--------	----	-------	------------

資料來源：本研究自製

台灣民間「應報主義」觀念甚強，「死刑」制度受到絕對多數民意支持。多數國人之正義觀，乃認為罪大惡極之犯罪行為人，若不處以死刑，則無法滿足社會大眾對正義的要求。倘若憲法法庭將多數民意認同之正義觀棄若敝屣，逕自判決死刑違憲，恐難避免人民「自力救濟」訴諸私刑正義，而且將使本就岌岌可危之司法信任感，再度面臨空前浩劫。

鑑於本案具高度爭議，民意差距懸殊，為避免憲法守護者的憲法法庭成為破壞憲政秩序之始作俑者，釋憲者應本諸維護「憲政民主秩序」之原則，維持死刑規範合憲之一貫見解，肯認死刑之刑罰權屬立法形成自由，並且只有在最殘酷之罪行才予執行，可謂最小侵害手段，亦符合罪刑均衡原則。

四、廢除死刑並非絕對的普世價值，亦非國際公約強制要求

1948年，聯合國通過《世界人權宣言》時，全世界有19個國家已廢除死刑。根據國際特赦組織調查報告顯示，2023年全球已有112國完全廢除死刑，9國廢除普通犯罪死刑，但仍有78個國家維持死刑，其中有23個國家雖法律上保有死刑，但已超過10年未執行死刑；另外則有55個國家仍然保留並執行死刑。⁴亞洲的我國、中國大陸、日本、南韓、北韓、新加坡、馬來西亞，大部分中南半島國家、印度、印尼、巴基斯坦、阿富汗；歐洲的白羅斯；美洲的美國、古巴、貝里斯；以及大部分中東與北非國家，皆仍存在死刑。就全球人口數和地域幅員來看，維持死刑制度的國家人口總數仍佔全球多數。由此可知，廢除死刑並非當前世界國家的主流普世價值，不少國家仍然維持並執行死刑。

隨著數十年時間的推進，國際社會雖通過了數項禁止死刑和限制死刑的公約文書，例如《旨在廢除死刑的〈公民權利和政治權利國際公約〉第二項任擇議定書》、《歐洲人權公約》關於廢除死刑的第6號議定書、《歐洲人權公約》關於在所有情況下廢除死刑的第13號議定書，以及《美洲人權公約廢除死刑議定書》等。然而，除了2002年《歐洲人權公約》發佈第13號議定書明訂不分戰時和平時之所有情況下一律廢除死刑的規定外，其他《公民與政治權利國際公約》和《美洲人權公約》並未要求簽約國一律廢除死刑，而是朝向廢除死刑目標邁進，僅要求凡未廢除死刑之國家，應將死刑的適用範圍縮小到僅適用於最嚴重的罪行，亦即非犯情節最重大之罪，不得科處死刑。⁵另就公約簽署實際狀況來看，包括美國、日本、韓國在內等107個國家，並未簽署《旨在廢除死刑的〈公民權利和政治權利國際公約〉第二項任擇議定書》⁶。

⁴ 參見 <https://www.amnesty.org/en/what-we-do/death-penalty/>，最後瀏覽日期 2024.04.06。

⁵ 見《公民與政治權利國際公約》第6條第2項規定；《美洲人權公約》"AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS"第4條第2項規定。

⁶ 《公民與政治權利國際公約》《旨在廢除死刑的〈公民權利和政治權利國際公約〉第二任擇議定書》（英語：Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at

2009年3月31日，我國立法院批准《經濟社會文化權利國際公約》及《公民與政治權利國際公約》兩項聯合國人權公約(ratification)，同時通過「兩公約施行法」，並於同年5月14日公布實施。然如前述所言，《公民與政治權利國際公約》第6條並未強制所有簽約國家須全面廢除死刑；而且礙於國際現實，我國形式上亦未完成簽署前述公約之程序⁷，故縱使我國將此公約內國法化，並非表示我國現行實施死刑之法律規定當然違反前揭公約。

綜上所述，廢除死刑並非絕對的普世價值，亦非國際公約強制要求，許多國家仍視自己的國情文化和民意歸向而維持死刑制度。

五、借鏡美國最高法院對死刑違憲審查之經驗

美國建立及實施司法違憲審查制度，歷史最為悠久，不僅累積相當的實務經驗，學理相關的討論也相當的豐富。雖然，到目前為止以及可見的未來，美國實務界或學術界，對於違憲審查的理論，很難達成共識。但從其豐富的學說討論，相互的分析批駁，也形成了一些重要的理論學派，殊值借鏡。

死刑存廢在美國一直是爭議不斷的問題。由於聯邦憲法增修條文第8條禁止「殘酷異常之刑罰」(cruel and unusual punishment)，死刑是否及在何種程度內可能抵觸該條規定，往往也就必須由職司違憲審查的司法機關來認定。美國最高法院(the Supreme Court of the United States，以下簡稱「最高法院」)有關死刑合憲性的判決，自然成為死刑存廢關鍵戰場。但死刑「合憲性」爭議，與死刑一般性的「存廢」是有差距的。因為死刑「存廢」乃是涉及全面的倫理、政治、宗教、刑事政策問題；而死刑「合憲性」，僅是死刑存廢中的一環，此外「合憲性」的判斷，又有很大幅度必須探究「法院」之角色——某個刑罰到底是否為「殘酷異常」，該全由法院來決定，或是信賴立法部門的判斷？當「法律」與道德、政治、宗教有所區分時，死刑「合憲性」也就必須與死刑的「政策妥當性」必須區分開來。

雖然「合憲性」只是「死刑存廢」的一部分，但美國聯邦憲法是美國境內位階最高的法律，聯邦及各州法律不能與之抵觸。於是，擁有憲法最終權威解釋權的最高法院，可以「一言廢死」，被判處死刑的被告，必定亟亟聲請法院審查死刑相關法律與判決；各界（支持或反對）死刑的團體，也都會把精力放在個案的憲法訴訟上。再加上法院裁判與純粹政治解決，最大不同之處就是法院必須「論理」，舉出各種論點，回應多方意見，說明系爭法律的「死刑」規定，是否為「殘酷異常之刑罰」。這就使得憲法和法院，在死刑存廢爭議中，成為眾所關注的焦點。

整體而言，美國最高法院對於死刑是否合憲，採取的是一種漸進、片斷、逐案判斷的態度。它從未直接認定死刑制度全盤合憲或違憲，而是盡量將判決理由射

the abolition of the death penalty) 是《公民權利和政治權利國際公約》的一則附屬協定。該議定書於1989年12月15日創設，1991年7月11日生效。截至2022年4月，第二議定書共有90個締約方；但仍有107個國家未簽署此議定書。參見 <https://indicators.ohchr.org/>。

⁷ 馬英九總統簽署的兩公約批准書，在同年6月15日被聯合國以聯合國大會2758號決議僅承認中華人民共和國為中國合法代表而拒絕存放(deposit)。

限縮在個案事實與類型，做成「附條件合憲」，或是「特定條文違憲」的裁判。因此，死刑作為一種刑罰制度，會不斷地被最高法院微調，相關的判決也一步一步堆砌起較為複雜的樣貌。在有關增修條文第八條「殘酷異常刑罰」的論理上，最高法院往往以「演進中的文明標準」（evolving standards of decency），以及「嚴重不合比例」（grossly disproportionate）這類高度倚賴當前美國社會共識（或趨勢）的審查基準，來判定系爭刑罰是否合憲。

此外，最高法院除了審查規定死刑的法條本身之外，也會針對死刑的「執行」是否公平、是否恣意，加以審查。也就是說，一個外觀中立的死刑規定，如果在執行上有著嚴重的不公，或是極度恣意，也可能因此被宣告違憲。

（一）死刑的「死而復活」——Furman 與 Gregg 案

1. Furman v. Georgia：有限度宣告死刑違憲

美國憲法條文本身並沒有直接、明確地規定死刑是否違憲。但在憲法增修條文第 5 條⁸，提及聯邦「可判死刑之罪」（capital crime）原則上應由大陪審團起訴；同時也規定國家剝奪人民「生命」時，不得重複處罰，而且要遵循正當法律程序。因此，制憲者應該是預設死刑之存在。而前述的增修條文第 8 條⁹，明文規定「不得課處過高之保釋金、罰金，亦不得判處殘酷異常之刑罰」（以下稱「殘酷異常條款」），則是各類刑罰、處罰的憲法界限。原先只拘束聯邦政府的「殘酷異常條款」，後來最高法院藉由增修條文第 14 條的「正當程序條款」¹⁰（規定各州不得未經正當法律程序而剝奪人民之生命、自由，或財產），而適用到各州。¹¹

早在 1879 年的 Wilkerson v. Utah 案件，¹² 最高法院曾認定，猶他屬地（Utah Territory）法律規定「對一級謀殺行為處以槍斃」的死刑執行方法，並不構成憲法所禁止的「殘酷異常」。這也顯示了在制憲時期以至十九世紀末，「死刑合憲性」並不是一個問題。死刑本身不會被認為違憲，頂多是「執行方式」或「罪刑相當」可以檢討。

1972 年的 Furman v. Georgia 案，¹³ 則是第一次宣告死刑違憲。然而，本案死刑違憲的理由、範圍，以及效果，都非常不清楚。本案的 3 名被告，分別在 Georgia 與 Texas 州，因謀殺與強姦罪被判處死刑。而最高法院的多數判決，是以不具名的法庭意見，簡短地表示「在這些案件中判處並執行死刑，構成殘酷異常之刑罰，而違反了增修條文第 8 條與第 14 條之規定」（the imposition and carrying out of the death penalty in these cases constitute cruel and unusual punishment in violation of the Eighth

⁸ 有關美國憲法增修條文全文請見：

<https://web.archive-2017.ait.org.tw/infousa/zhtw/PUBS/Constitution/amendment.htm>

⁹ 同上註。

¹⁰ 同註 8。

¹¹ Louisiana ex rel. Francis v. Resweber, 329 U.S. 459 (1947); Robinson v. California, 370 U.S. 660 (1962).

¹² 99 U.S. 130 (1879)

¹³ 408 U.S. 238 (1972).

and Fourteenth Amendments），並且撤銷發回州法院院的死刑判決。¹⁴沒有任何多數意見書的「論理」，因此也無法從不具名法庭意見中揣摩出多數大法官所欲指示之方向。

九位大法官，無論是多數方（認定死刑違憲，撤銷發回），或是不同意見方，均各自發表協同意見書或不同意見書。九位大法官寫了九個意見書，可見本案爭議之大。尤其多數意見彼此之間觀點歧異，更讓人難以摸索法院「見解」為何。其中只有兩位大法官（Brennan 與 Marshall 大法官），認為死刑制度一律違憲；另外站在多數方的三位大法官（Douglas、Stewart 與 White 大法官），主要關切死刑的執行面、程序面，以及個別死刑規定是否造成恣意與歧視。

Douglas 大法官的協同意見書，¹⁵主要站在「死刑在適用上不公平」，總是弱勢、少數群體的人民才會被判處死刑。而這樣的結果，是因為法律給陪審團太大的裁量權，才會如此。有鑑於此，這些賦予陪審團極大裁量的法律，在適用上違憲。它們造成的歧視，與殘酷異常條款蘊含的平等精神有所牴觸。¹⁶Stewart 大法官的協同意見書，¹⁷首先承認「應報」（retribution）乃是刑罰（包括死刑）的正當目的之一，不可完全排除，與 Douglas 大法官相同，他不討論抽象的「死刑本身是否違憲」，而關注於死刑法律執行面的公平性。在 Stewart 大法官看來，死刑當然「殘忍」，但是否「異常」就要看執行面。而事實上每年這麼多人因謀殺與強姦被判刑，犯罪情節與本件被告相當的這麼多，卻只有被告被判死刑。這是何等恣意、隨興的選擇標準？就此而言，死刑和「被雷打死」一樣的「殘酷異常」。因此，他認為憲法上的「殘酷異常條款」，無法容忍死刑如此恣意、反常地課處（so wantonly and so freakishly imposed）。¹⁸

White 大法官的協同意見書，¹⁹也是從死刑的「執行狀況」來加以檢討。他認為，本案並不需要處理「死刑是否當然違憲」（unconstitutional *per se*）的問題，所以僅須從死刑的適用、執行狀況來看它是否違憲。系爭法律規定，謀殺與強姦，乃是得判死刑的罪刑，然而即使被判決犯了這兩個罪的被告，也極少真正被處以死刑。判處死刑的數量如此少，無論從「威嚇」或「應報」的刑罰功能來看，它都無法達成其目的！在利益權衡的天平上，死刑達成的「利益」如此之少，它就是一個「過度」（不必要）的處罰，因而構成憲法上的「殘酷異常」！²⁰同時，也因為死刑的適用案件太少，以至吾人根本無法說明如何區分「判處死刑」與「未判處死刑」的案件。這樣恣意、無效的刑罰，無法為憲法所容忍。

綜上，雖然 Furman 有五票多數大法官認定「本件之死刑判決違憲」，構成了法院判決（Judgment of the Court），但卻沒有五票支持而能形成具有一般判例拘束力

¹⁴ *Id.* at 239.

¹⁵ 408 U.S. at 240-57 (Douglas, J., concurring).

¹⁶ *Id.* at 256-57.

¹⁷ 408 U.S. at 306-10 (Stewart, J., concurring).

¹⁸ *Id.* at 309-10.

¹⁹ 408 U.S. at 310-14 (White, J., concurring).

²⁰ *Id.* at 313.

的法院意見 (Opinion of the Court)。最高法院不僅沒能宣告所有的「死刑制度」違憲，甚至系爭州法是否本身違憲也都語焉不詳。五位大法官的交疊共識，就是本案系爭的死刑法律給予陪審團極大恣意裁量空間，使得法律「執行」面高度恣意而不平等，因此構成「殘酷異常」之刑罰。認定死刑一律違憲的，是 Brennan 與 Marshall 大法官，但另三位大法官則採取較為節制的態度，認為無須處理這樣抽象寬泛的議題。

至於四位不同意見的大法官觀點就比較有共同性，而且 Burger、Powell、Rehnquist 大法官的不同意見書，都是四位（另有一位 Blackmun 大法官單獨寫一份類似個人感想的意見書）全部加入。首席大法官 Burger 的不同意見書首先表示，²¹如果我們（本意見書同時有四位大法官支持）擁有「立法權」，那將會加入 Brennan 或 Marshall 大法官，廢止死刑；但在憲法爭議上，個人的道德觀以及對死刑有效性的看法，就必須擱在一旁。這幾句文字很明確地將死刑的政策、道德、社會效益面向，與憲法論述區分開來。

Burger 在意見書中亦指出，關於何謂「殘酷異常」之刑罰，法院一向以「演進中的文明標準」作為界定的指標。²²但在民主國家，立法機關的判斷，才能體現當代社會的「文明標準」。就立法者的決定，法院應該要盡量尊重、順從，僅在極例外的情況，有明確強烈證據足以推翻立法者的判斷時，法院方能介入。而死刑是否嚴重違反社會良心標準，以致於立法者的判斷不再值得司法加以尊重呢？顯然沒有這種情況。目前還有 40 州、華盛頓特區，以及聯邦法都保留死刑，聯邦國會甚至在最近的 11 年內還四度增加得判死刑的罪名，美國社會顯然並未認為死刑違反了當代演進中的文明標準。²³

持多數意見的幾位大法官對「質疑死刑威嚇力」也提出看法。Burger 大法官指出，各種刑罰之間的「威嚇力比較」，本來就不可能要求絕對精確的測量。廢死論者對死刑威嚇力的質疑，如果拿來質疑無期徒刑或其他任何刑罰，恐怕也都適用。無期徒刑是否真的比「20 年有期徒刑」更有威嚇力，其實也沒有充分證據。甚至，違規停車罰 \$10 是否真的比罰 \$5 更有嚇阻效果？事實上，刑罰是否具有威嚇力，本身就有人提出質疑。那難道所有的刑罰，都因為政府無法充分證明其具有威嚇力，就全盤被打為「殘酷異常」之刑罰而違憲？²⁴ Burger 大法官認為，這根本不是司法能夠去處理的問題，故應尊重立法者的判斷。

Powell 大法官的不同意見書也同樣強調，²⁵死刑是否違反社會文明標準，當然應該優先由立法機關判斷。而且從憲法增修條文第五條的文義（仍承認死刑之存在）以及「殘酷異常條款」的制定原意，都不可能想要廢止死刑。他更逐點逐項回應多

²¹ 408 U.S. at 375-405 (Burger, J., dissenting).

²² *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101 (1958) (The Amendment must draw its meaning from the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society.)

²³ 408 U.S. at 383-85 (Burger, J., dissenting).

²⁴ *Id.* at 395-96.

²⁵ 408 U.S. at 414-70 (Powell, J., dissenting).

數意見以及其他「死刑違憲論」的說法，指出從全國多數州與聯邦仍保留死刑的事實，就明顯得知美國社會並未認為死刑牴觸「演進中的文明標準」。至於「陪審團裁量過大」的問題，他反而認為這就是陪審團的功能——陪審團也可以體現社會價值，判處被告死刑。因此，既然各地的立法者與陪審團，並未全盤否決死刑，那就表示公眾並未接受廢死論者的道德與社會實益論調。²⁶

2. Gregg v. Georgia：有條件承認死刑合憲性

雖然 Furma 案並未全面認定死刑違憲，但該案多數意見對死刑的質疑，尤其是執行上的恣意、陪審團的裁量過大等理由，使得全國各地都不再判處/執行死刑。在此同時，想要繼續使用死刑的各州，也開始修正既有的刑法與刑事訴訟法，試圖說服最高法院肯認「修正版」的死刑規定。這種「修正論」或「改革論」努力，在 1976 年的 Gregg v. Georgia 獲得了成功。²⁷

Gregg 案的判決是 7 比 2，多數意見維持 Georgia 州的死刑法律與裁判；但依舊沒有形成五票支持的法院意見。由 Stewart 大法官主筆，Powell 與 Stevens 大法官加入的意見書，主要有三項重點：(1)對謀殺罪課處死刑，並非當然違憲。(2)應報與威嚇，均屬憲法所許之目的。(3)系爭州法的死刑審理程序與認定標準，可以通過憲法審查。

他重申法院一向以「演進中的文明標準」作為認定刑罰是否構成「殘酷異常」的基準。而「演進中的文明標準」，一方面要考量公共態度，另一方面還是要檢視系爭刑罰是否符合人性尊嚴——不得「過度」(excessive)。所謂過度，意指該刑罰不可造成「不必要且恣意」的痛苦(unnecessary and wanton infliction of pain)；而且不得與其罪行之程度嚴重不合比例(not be grossly out of proportion to the severity of the crime)。²⁸

有鑑於立法者原則上是較為適合認定「文明標準」的機關，在「殘酷異常」的審查中，司法應該尊重立法者，並且推定經由民主程序制定的刑罰是合憲的。只要系爭刑罰並未達到「殘酷、非人道，或與其罪行不合比例」，司法審查就不可要求立法者要選擇「最輕之可能刑罰」。要質疑立法者合憲性的一方，應負起重大的舉證責任。²⁹

接下來，Stewart 大法官討論的焦點為：對謀殺罪課處死刑，是否當然(per se)違反殘酷異常條款？從歷史與法院先例的分析，Stewart 大法官採取否定說。此外，他還整理了 Furman 案判決以來，各州立法的反應，證明美國社會對死刑的背書——至少 35 州制定了新的「得判死刑之罪行」，國會也在 1974 年立法規定劫機得處死刑。這些新法致力於遵循 Furman 案的標準，明定得以判處死刑的事由與程序，同時也規定某些絕對死刑。加州甚至公投推翻該州法院「死刑違反州憲法」的判決。它

²⁶ *Id.* at 419-42.

²⁷ 428 U.S. 153 (1976).

²⁸ *Id.* at 173.

²⁹ *Id.* at 175.

們都顯示了，死刑並未為人民選出的代表所否定。再從陪審團的「表現」來看，直到 1974 年底，至少有 254 人被判處死刑，到了 1976 年，更累積到 460 人。這表示死刑仍然在某些情況是必要的。³⁰

除了「社會接受」之外，死刑尚能滿足「應報」與「威嚇」兩個社會目的。就應報而言，死刑展現了社會對於特定罪行的道德憤怒。雖然有人反對應報，但應報乃是人性，也一直是刑事正義的一環。當人們認為社會不願意對犯罪者處以「應得」的處罰，就可能導致人人自行執法的無政府狀態。職是之故，應報雖然不再是現代刑法最重要的目標，但仍然是正當目標之一，與人性尊嚴並不必然抵觸。死刑的存在，表達了「某些罪行本身就是對人性的嚴重侵害，唯一可能的回應就是死刑」之社會信念。就威嚇力而言，雖然有研究指出死刑的威嚇力未必大於其他刑罰，但這些研究的實證證據仍有爭議。而且對於某些詳盡規劃的謀殺行為（如買兇殺人），或是無期徒刑囚犯殺人，似乎死刑仍有其他刑罰無法取代之威嚇作用。³¹

那麼，以死刑處罰犯下謀殺罪之人，是否不合比例呢？Stewart 大法官指出，雖然死刑的確嚴厲又不可回復，但當犯罪者刻意剝奪他人生命時，死刑並非絕對不合比例的處罰。在極端的罪行，是可能採取極端制裁的。因此，死刑並不當然違憲。其合憲性端視犯罪情形、犯罪者特質，以及做成死刑的程序。³²

最後具體檢視 Georgia 州的死刑規定（實體、程序）。Stewart 大法官表示，Furman 案並未全盤否定死刑的合憲性，但也要求課處死刑的相關量刑規定與程序，必須能夠大幅降低陪審團恣意、任意、反常的裁量。³³而在量刑（決定是否課處死刑）時，以下兩個條件可以大幅減少 Furman 對死刑課處程序太過恣意的擔憂：(1)兩段式審理程序（bifurcated proceeding）：將「定罪」與「量刑」分由不同的程序來處理；(2)量刑參考指標：量刑者（主要是陪審團）應獲得判處死刑之相關資訊、考量因素，且應有具體指標。³⁴

Georgia 州在 Furman 案之後修正的新法，可以通過上述的審查標準。首先，它確實採行了兩段式審理程序，將「定罪」與「量刑」分離開來。而且 Georgia 州法規定，如果陪審團要建議課處死刑，必須考量有罪的謀殺行為人，是否符合法律明文規定的「加重刑罰事由」（如：是否出於求財因素？是否對警察或司法人員犯下謀殺？是否有犯下可判死刑之罪的前科？……）。在判決之後，此類案件則自動上訴至州最高法院，而州最高法院必須審查每個判處死刑的決定有無下列情形——是否出於激情或偏見的影響？證據是否足以支持陪審團「符合加重刑罰事由」的決定？量刑結果與其他類似案件的刑度相比，是否不成比例？Stewart 大法官的意見書認為，這樣的程序已經足以消弭 Furman 對該案中死刑制度的質疑（過於恣意），陪審團再也不能「恣意且反常」地課處死刑。既然 Georgia 州法已經符合憲法要求，州法

³⁰ *Id.* at 181-82.

³¹ *Id.* at 185-86.

³² *Id.* at 187.

³³ *Id.* at 188-89.

³⁴ *Id.* at 189-95.

院判處 Gregg 死刑的判決也就維持原判。

White 大法官撰寫的協同意見書，在法理上與 Stewart 大法官的見解並無太大差異，只是更詳盡地分析本案的事實、案情、量刑標準。

3. 小結—奠定美國死刑合憲性爭論方向的里程碑

Furman 及 Gregg 兩案，經常被說成美國「短暫廢死」的紀錄，或是說最高法院「先砍掉死刑，又讓死刑復活」的髮夾彎。這兩案，一方面激起了死刑合憲性的熱烈討論，同時卻也讓之後的死刑辯論都建構在這兩案的基調。Furman 及 Gregg 兩案的「定錨效應」，包括：

- (1) 死刑制度不當然違憲，但有關死刑的個別法律、程序，仍受「殘酷異常條款」的司法審查。
- (2) 司法合憲性審查的標準是「演進中的文明標準」，並且量刑不得有「嚴重不合比例」之情形。但這兩個標準均以尊重立法者為原則，主張違憲者應負舉證責任。
- (3) 死刑案件的量刑，必須能夠確保不致濫用裁量，與其他類似案件相較有著量刑一致性。因此在程序與標準上，立法必須謹慎。
- (4) 死刑亦有「罪刑相當」或「比例原則」的要求。

之後，死刑相關憲法案件依舊層出不窮，但「全盤廢止」、「當然違憲」的主張幾乎沒有再出現過。而站在本質論，概括認定死刑就是侵犯人性尊嚴（如 Brennan 大法官的見解）之說，也鮮見於憲法辯論之中。之後的案件，都集中在「個別」的議題或法律，一點一滴檢討相關法律的問題，尤其是「執行」面發生的惡果、弊端，經常成為討論的焦點。這種「一次解決一案」的司法最小主義，加上不論抽象哲學價值而看具體效果的務實主義，也是美國司法審查的特色。

(二)罪刑相當—嚴重不合比例

在判斷某個死刑規定是否為「殘酷異常」的刑罰時，其是否「過度」、「不必要」，乃是美國法院考量的重點之一。就量刑、刑度上的「比例原則」，美國一向採取「嚴重不合比例」（grossly disproportionate）的標準，不要求「最輕處罰手段」，而且相當尊重立法者的判斷。但在死刑合憲性的爭議，最高法院仍在一些案例中，認定死刑的判處違反比例原則而構成殘酷異常之刑罰。

1977 年的 Coker v. Georgia，最高法院判決 Georgia 州「強姦成年女性得處死刑」之法律規定違憲。大法官 White 主筆之相對多數意見，認為強姦雖為重大惡行，但法律對於並未剝奪他人生命的罪行判處死刑，在罪與刑之間嚴重不合比例。何況 Georgia 州是唯一對「強姦成年女性」課處死刑的州，顯示從客觀上來看，這也是不符合美國社會文明標準的。

1987 年的 Sumner v. Shuman 案涉及了 Nevada 州的絕對死刑規定：被判處「無

期徒刑且終身不得假釋」的受刑人，在服刑中犯下謀殺罪，就當然判處死刑。最高法院以 6 比 3 的多數，宣告系爭法律的絕對死刑規定違憲。由 Blackmun 大法官撰寫的多數意見書指出死刑的量刑必須是「個別判斷」(individualized)，量刑者應考量各種減刑因素（例如，被告的人格、犯罪當時的情狀等）。因此，法律強制規定，被判處無期徒刑不得假釋且在服刑中的人，犯下謀殺罪，一律判處死刑，就抵觸了憲法增修條文第 8 條與第 14 條。

在法理的分析上，最高法院認定，在死刑案件，區分「致死之罪」與其他罪行，是有道德基礎的。雖然多數意見也承認「我們不能否定兒童強姦罪的受害者將要承受的長期痛苦」(We cannot dismiss the years of long anguish that must be endured by the victim of child rape.)，但死刑仍然不是合乎比例的刑罰。³⁵ Blackmun 大法官詳細分析了先例，一向都將「謀殺」與搶劫、強姦等其他「非致死之罪」加以區分；在判斷死刑是否「過度」時，「故意實施的一級謀殺」與「其他侵害個人的非殺人之罪」（即使是兒童強姦罪）就是不同。後者在道德侵犯性、對個人的傷害，對公眾的侵害，以及嚴重性與不可回復性，都無法與前者相比。³⁶

(三) 美國經驗的綜合整理

從 1972 年的 Furman 案至今，美國最高法院有關死刑合憲性的判決歷程，可說是跌跌撞撞，一路摸索。從一開始的嘗試介入 (Furman)，到不久後的煞車 (Gregg)，再接著採取程序取向的審查，運用漸進、片斷，一次一案逐漸累積的務實途徑，在社會主流觀念、憲法要求、司法角色之間拿捏分寸。在二十一世紀後，更選擇劃定個別領域限制使用死刑。

美國最高法院這種「既不撒手，也不全面介入」的態度，在尊重立法與民意之際，也能保留隨時「進場」監督的空間。這的確是在世界最悠久的司法合憲性審查基礎上，結合了 common law 的傳統訓練（一次一案，逐漸累積，以及慎重造法），加上美國法律現實主義 (legal realism) 之浸淫，所拿捏出來的司法審查途徑。這當然有很多美國的特殊背景經驗，其他國家未必能直接抄襲移植，但也有許多值得參照之處。以下大略整理美國最高法院多年來審查死刑合憲性的經驗如下：

第一，不做「全有全無」的判斷，而是以比例原則與正當程序來審查個別死刑規定（與執行）

在 Brennan 與 Marshall 大法官分別於 1990 年、1991 年卸任之後，美國再也沒有積極主張「全面廢死」的大法官。自由派與保守派大法官們，都是著重在個別的州法、判決或是某個類型的死刑規定，是否違反憲法的殘酷異常條款。「死刑當然違憲」與「死刑一律合憲」的論點，幾乎不再出現在法院判決書以及訴狀上。美國司法謹慎、節制的作法，原則上把死刑議題（與其他刑罰議題）留給民主程序解決，但保留司法必要的介入空間，可以讓司法、憲法與社會大眾持續對話。美國最高法

³⁵ 554 U.S. 407 (2008).

³⁶ *Id.* 437-39.

院至今一直都還是死刑辯論的重要場域，也是拜此種「司法適度節制」的途徑所賜。

第二，民意與立法趨勢作為死刑合憲性判斷的重要依據

任何「合憲性」問題，尤其涉及人民權利者，當然不能只看民意決定。然而，美國的歷史經驗使得法院也會猶豫：若是自行宣告某種超越性的絕對價值，用一種家長主義的角度來引導社會，會不會成為另一種霸權？因此，輕蔑地甩開「民意」，通常不是美國司法解釋的風格。尤其，死刑（或是任何刑罰）是否合憲，的確在本質上就需要參酌民意方向。美國「殘酷異常條款」的界定，無論從制憲者的意思或是法院的解釋，都是以「演進中的文明標準」作為基本精神，而這就是一個高度社會性，結合了歷史與當代脈絡的概念。同樣的刑罰，在二十年前或許一點都不覺得是「殘酷」的，但現在可能被認為非常野蠻。如果不參酌社會整體的「觀感」、「感受」，那跟本無法界定何謂「殘酷」或「異常」。

而在刑罰上的「比例原則」，同樣要考量當代民意與社會觀點。因為刑罰講究的是「罪刑相當」，而到底怎樣的刑罰是「相當」，也無法以單純的「以牙還牙，以眼還眼」的粗糙古老公式來界定。同樣的一樁「謀殺」行為，在不同的社會，或是不同地位的人，都可能對於何種刑罰（死刑？無期徒刑？十年有期徒刑？）才是「相當」，有很不同的看法。

美國最高法院值得注意者，是自由派與保守派大法官，都不約而同地以「各州立法（修法）趨勢」作為論證「全國共識」的依據。這可以跳脫單純以「民意調查」當成依據的陷阱，轉而觀察某種「趨勢」。當然，這也使得何謂「當代共識」、「演進中的文明標準」等概念，會更有辯論餘地。

第三，除了表面的法條規定外，特別關注法律的執行與量刑程序

由於不做抽象哲學分析與價值引導，所以從 Furman 案一路看下來，最高法院相關判決都不是只看法條本身如何規定，而需要「執行面」的實證數據與觀察。「外觀中立的死刑卻對黑人、窮人特別不利」，一向是社會各界與法界對死刑最在意的，法院也多次將這個現象納入考慮。這就使得死刑合憲性的對話變得更加立體、深入，而且融入社會脈絡。對於死刑是否「過度嚴苛」，也因為這些實證資料，而能跳脫空口說白話的階段，有著較為細緻且有說服力的論證。

在這個分析角度下，司法審查自然也會著重如何控刑罰的「執行」以及量刑的「裁量」。死刑就算不「全盤違憲」，但法院仍可將「未能適當控制量刑裁量」（亦即，在選科死刑的規定下，如何才能判處死刑）的死刑制度宣告違憲。比起「死刑違背人性尊嚴，一律違憲」的宣告，這種「因裁量過大而違憲」或「程序不正當」的作法，社會大眾接受度較高，也同樣可以警告立法者與法院不要輕易判處死刑，更把最終的決定仍然交給立法與審理案件的法院。

第四，依然逐步設下死刑的界限

從 1976 年 Gregg 確定美國最高法院不會全盤宣告死刑違憲後，最高法院設下

的幾個憲法界限，包括：1. 非殺人罪，不得判處死刑（Coker, Kennedy）。2. 絕對死刑原則上違憲（Summer）。3. 不得對智能障礙者判處死刑（Atkins）。4. 不得對未成年人判處死刑（Roper）。5. 較可能通過違憲審查的死刑制度（Gregg）--將死刑限縮在特定極端惡行的範圍、就是否判處死刑適用特殊程序、確保本案與其他相似案件會受到相同對待。6. 將死刑限縮在特定極端惡行的範圍。7. 就是否判處死刑適用特殊程序。8. 確保本案與其他相似案件會受到相同對待。

另外，2004 年麻州州長委員會報告 (The Massachusetts Governor's Council Report) 亦提出死刑應有的修正方向，似能充分考量死刑在實體及程序規範應該遵循之原則，在最大的可能性及限度內，更為正確及公正地執行此一刑罰。報告的內容如下：³⁷

1. 死刑案件應限縮有限之罪名。³⁸ 2. 由民選的州檢察長具體求刑，更有民主正當性。3. 被告由兩個以上符合一定資格認定之律師辯護。4. 量刑程序中，充分考量減輕刑度的證據。5. 充分考量及評估人證可能存在的錯誤。6. 確保實體證據的正確性。7. 達到沒有任何懷疑的程度。8. 全國性獨立的科學證據審議機制。9. 上訴法院得因事實或法律上的不當而撤銷死刑判決。10. 獨立的死刑審議委員會。

綜上所述，美國最高法院對死刑違憲審查之經驗，非常值得我國借鏡，其「適時監督、但不全面介入死刑存廢」的作法，表現出遵守權力分立原則與尊重立法與民意之態度。

六、死刑存廢屬立法政策，憲法法庭應尊重立法制定權，謹守違憲審查權之分際

（一）絕大多數國家係由立法機關決定廢除死刑，而非憲法法院

關於死刑存廢、限縮或擴張的討論，涉及現代人對刑罰觀念、刑罰的價值與功能、犯罪型態、公眾對死刑之意識、法律文化傳統，以及世界人權趨勢等多元且複雜的觀點。由於死刑存廢的影響，是由社會全體去面對與承擔，所以有關死刑存廢之最終決定，應該尊重多數民意，由代表和實現多元民主的民意機關來決定，不宜由憲法法院作成政治（政策）決定，始符合憲政民主、權力分力的重要原則。

目前全球已有 112 個國家全面廢除死刑，有 9 國是廢除普通犯罪死刑。這些廢除死刑的國家，不是於憲法中明訂禁止死刑，就是由立法機關修法廢止死刑，抑或是因簽署公約。僅有 3 個國家——南非、葡萄牙和立陶宛，係透過憲法解釋，由憲法法院宣告死刑違憲，而廢除死刑。蓋一國刑罰制度之設計，屬於國家重要刑事立法政策，應由立法者考量國情、宗教、文化等因素，本於社會現實之認知及價值觀之取捨來具體型塑刑罰制度，方為適當。死刑乃刑罰之一種，故死刑存廢，應由立法機關透過民主程序處理決定方為適當，不宜透過違憲審查之方式來議決如此重大法律制度之存廢。

³⁷ <https://www.mass.gov/doc/governors-council-on-capital-punishment-final-report-2004/download>（最後瀏覽日 2024/3/23）。

³⁸ 如基於政治目的而殺人，為妨害司法而殺害證人、檢察官或法官，故意虐待殺人，在一次犯罪中殺害兩個以上之人，在多次的犯罪中殺人等等重大類型的犯罪等。此外，排除共謀或教唆非直接性殺人。

（二）憲法法庭作為司法違憲審查機關不宜擴權，取代立法權

自 1987 年 8 月解嚴起，司法院大法官作為憲法守護者的功能，有相當突破性的發揮。從司法院大法官解釋發展的脈絡中可看出，司法院大法官功能的發揮與我國人權保障的進展，有相互影響的互動關連性。然而近年來，不少社會人士與法學者發現，司法院大法官會議比以往更加頻繁的發動司法違憲審查權，在一些與人權有關的釋憲案中，常見有「擴權」情形，介入立法形成自由，明顯違背了法治國家權力分立原則。

司法機關的違憲審查權，乃是一種「法適用」的權力，不應與立法機關的「法制定」的權力（即立法權）相互混淆。在議會民主制度下，議會（即立法機關）與議會法律向來是整體法秩序的核心。議會是現實中實現民主的關鍵，肩負形成人民總體意志的任務，作成代表多元民主之政治決定。議會的「法制定」權，在具體實踐上，經歷多元利益彼此間的競爭、辯論與妥協的過程，故在規範上具備更高的民主意志形成能力，更具民主優位。司法違憲審查機關，雖然在權力分力與制衡關係上，相當程度享有「控制立法」的權力，但絕不能自認為有權「侵犯立法」、「主導立法」或「取代立法」。

在德國，聯邦憲法法院為追求實質法治國的理念，其憲法解釋取向具有強烈價值導向，在憲法解釋領域中，似已出現違憲審查權與立法權之界線日漸模糊的傾向，頗受德國憲法學界擔心。聯邦憲法法院甚至被批評「主宰一切」，過度侵犯立法者的政治形成空間，逾越其作為「法適用」權力的分際，而面臨「司法違憲審查權政治化」的憲政危機。³⁹

蓋「法適用」活動的本質，乃是「法官受（憲）法拘束性」與「個案性」的要求。在法適用的傳統下，「法官受法拘束」的意義，不僅要求「法官對憲法規範的解釋必須能從該憲法規範中被順理成章地導出，而且更要求「法官的解釋結果必須能成功回溯到憲法規範，與整套憲法規範取得體系上的一致與協調。」⁴⁰；至於「個案性」的特性，乃是相對於「法制定」活動的一般性，為解決具體個案任務而來的，換言之，「法適用」係指向於個案，法官的解釋必須以服務「解決個案爭議」為目的。⁴¹基此，憲法法院的「法適用」活動，無論如何應被侷限在就個案「漏洞填補」的界線範圍內，以此與「法制定」活動之本質作清楚區分。

就有關死刑合憲性的釋憲討論中，大法官於釋字第 194、263 及 476 號等三號解釋中，先後表示尊重立法者之立法形成自由，近期憲法法庭就假釋制度作成憲法判決，其中有多位大法官於協同和不同意見書中不約而同地指出，就刑之執行的政策

³⁹ 黃舒梵，功能最適原則下司法違憲審查權與立法權的區分，收錄於氏著「民主國家的憲法與其守護者」，元照出版，2009，頁 248。

⁴⁰ 黃舒梵，憲法解釋的「法適用」性格，收錄於氏著「民主國家的憲法與其守護者」，元照出版，2009，頁 225。

⁴¹ 黃舒梵，同前註，頁 227。

選擇與制度設計，立法者應享有立法形成空間之主張。⁴²多年來，司法院大法官已在多項憲法解釋案中強調尊重「立法形成自由」或「立法裁量」，藉以釐清司法違憲審查權與立法權的分際，亦期減緩司法介入立法，恐招致立法權與司法權間的權力衝突問題，可謂用心良苦。

針對本案，倘若憲法法庭未謹守「法適用」權的界線，而逕行宣告死刑違憲，恐將面臨「抗多數決」的困境，引發社會上對欠缺民主基礎的司法機關過度干預具有直接民主基礎的立法權之質疑，會受到違憲擴權的批評，實不可不慎。大法官面對死刑爭議，應基於「司法自制」，不應介入此一高度立法政策爭議議題，應由立法機關決定是否廢止死刑，而非逕予認定死刑違憲，以免折損司法威信。

(三) 生命權不可無理、非法剝奪，而非絕對不可剝奪

我國憲法第二章中人民之權利雖未明示生命權之保障，然其應屬憲法中不成文之基本權利，故亦受到憲法保障。生命權既是人類固有之權利，被賦予至高無上之地位與重視，當然不能恣意予以剝奪，若須例外加以剝奪，則須有絕對合理、合法之原則為依據。在國際法及國家法的現實上，因優生保健實施墮胎、緩和安寧治療、自願安樂死、軍人因作戰而奪取他人生命、警察因職權行使致人於死，以及於緊急情況下軍警可對恐怖分子襲擊等剝奪生命權之實例，屢見不鮮。此等現實情形，與主張全然尊重「不得殺人」誡命之和平主義者、宗教團體、生命權團體、人權團體之理想，相距甚遠。

如前所述，當今仍有許多國家維持死刑制度，包括以保障人權為立國目的之美國和與我國國情相近的日本。日本自古即有死刑，即使明治維新後接受西方法制，且憲法未予明定，至今仍維持死刑制度。日本的死刑制度，有憲法上的合憲解釋，有日本內國法的法律根據，且未違反國際法（未簽署《廢除死刑公約》），因此日本死刑制度存立的法律基礎，不容疑問。日本之判例，即認為刑法中死刑之規定係屬合憲，因為其憲法第三十一條規定：「任何人非依法律規定程序，不被剝奪生命、或自由、或科處其他刑罰」，若依法定程序應可剝奪生命，且能達到一般預防，杜絕特殊之社會罪惡，並使全體之人道觀優位於個體之人道觀。同時，死刑亦不違反該國憲法第三十六條之規定：「公務員之拷問及殘酷刑，絕對禁止。」此乃主張死刑有存續必要性之最典型之觀點。⁴³

自民初刑法制定以來，我國法律向來允許死刑之存在，並賦予法官有依法剝奪他人生命的權利，在 1990 年代還有 89 種「絕對死刑之罪」，法官毫無裁量空間。釋字第 263 號解釋作成後，指出關於擄人勒贖唯一死刑之規定，不分犯罪之情況及其結果如何，概以死刑為法定刑，立法甚嚴，有導致情法失平之虞，宜在立法上兼顧人民權利及刑事政策妥為檢討。進入二十一世紀，政府致力於減少最高可判處死

⁴² 憲法法庭 113 年憲判字第 2 號判決中，包括許志雄、陳忠五、楊惠欽、蔡宗珍、朱富美等大法官均提出假釋制度之相關規定涉及立法政策之看法。

⁴³ 李震山，從憲法觀點論生命權之保障，收錄於氏著「人性尊嚴與人權保障」，元照出版，2009 年 2 月，第 3 版，頁 48。

刑的罪行或廢除唯一死刑之修法，迄今所有法條均已刪除「絕對死刑」之規定，而一律改為「相對死刑」，且通常是與無期徒刑或十年以上有期徒刑並列。

釋字第 476 號解釋則從法益衡量觀點說明，國家刑罰權之實現，對於特定事項而以特別刑法規定去制定特別之罪刑（死刑、無期徒刑），倘與憲法第二十三條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合，即無乖於比例原則，不得單以個人之價值判斷，執以否定立法之價值體系。釋字第 512 號解釋亦將死刑列屬立法裁量之結果：「對於被告判處死刑、無期徒刑之案件則依職權送最高法院覆判，顯已顧及其利益，尚未逾越立法機關自由形成之範圍，於憲法保障之人民訴訟權亦無侵害，與憲法第七條及第二十三條亦無牴觸。」由此可見，死刑規範乃屬立法裁量，只要符合罪刑相當比例原則，並無違憲之虞。

（四）顧及國民法感情，立法者尚有維持死刑最後手段性之必要

死刑的維持，是國民的整體意思，存廢與否，係屬刑事立法政策的問題。死刑的應報、最後手段性，為立法者所無法忽視。對於罪大惡極之犯罪行為人，若不處以死刑，則無法滿足社會一般人大眾對於正義的要求，法社會的安寧秩序將因此而動盪不安。國家在排除被害者的復仇權而獨占刑罰權時，雖已表現現行刑罰已不可能完全依照被害者復仇情感而存在，惟仍須合理納入國民法的應報情感，藉以鎮靜被害者感情，即為國家責無旁貸的責任。國家刑罰權若與國民法感情脫節，輕忽被害者的心理感受，刑事司法將喪失國民的信賴感，導致無法維持社會秩序，亦無法使犯罪被害者從犯罪的被害中回復癒合。

近年來，台灣不時發生手法兇殘、駭人聽聞的兇殺和虐死案件。加害者冷酷無情的反應，甚至是狡猾和試圖脫罪的態度，引發了許多台灣民眾的怨恨，屢屢指責政府暫停執行死刑助長犯罪，甚至訴求要增加死刑罪名。故對「最嚴重的罪行」，作為最後手段性的死刑，仍有維持之必要性。只要符合比例原則之檢驗，不應有違憲之虞。此觀點亦符合前揭美國最高法院在此議題上，往往以「演進中的文明標準」及「嚴重不合比例」這類高度倚賴當前美國社會共識（或趨勢）的審查基準，來判定系爭刑罰是否合憲，盡量將判決理由射程限縮在個案事實與類型，做成「附條件合憲」，或是「特定條文違憲」的裁判。

另以日本為例，就死刑與無期徒刑之間的刑度裁量比例，大致上以死亡被害者人數作為裁量的要素，當死亡被害人為一人時，為 3：7，二人時為 6：4，三人時則為 8：2。其中，左右法官判斷的要素，則是過去是否有前科，以及有否殺害的計畫。⁴⁴而在這些事案中，法官首先必須區分行為人殺人的情節輕重（故意或者過失），只有其中最嚴重的故意殺人，才有量處死刑的可能，並再次遴選出「犯情節最重大之罪」，也就是「最嚴重的罪行」，再透過死亡被害者人數、行為是否有前科及有殺害的計畫性等三要素來加以判斷。再以刑事法的學理及實務來看，殺一個人成立一罪，殺十個人成立十罪，殺百萬人成立百萬個殺人罪，數罪併罰。如果殺百萬人跟

⁴⁴ 井田良，《死刑制度と刑罰理論：死刑はなぜ問題なのか》，東京：岩波書店，2002.1，頁 34-36。

殺三個人一樣，最多只關三十年或無期徒刑，刑法的最後手段性、罪刑均衡原則（重罪重罰、輕罪輕罰、罪罰相當），均將受到嚴重破壞。此亦是聯合國《公民與政治權利公約》對於《防止及懲治殘害人群罪公約》之罪者，並未完全禁止科處死刑之事理。

（五）死刑有其存在之正當化基礎，仍是「社會控制的必要之惡」

對於死刑之正當化依據，可以從以下立場觀察。⁴⁵

1. 從人道主義立場觀察，判處死刑者係屬罪大惡極之人，剝奪其生命，使其永久隔離社會，避免再度危害他人，合乎人道原則。若言死刑不人道，無期徒刑亦同，卻予容許，豈不矛盾。
2. 從刑事政策立場觀察，無論從應報思想、犯罪特別預防以及一般預防，死刑均有一定的作用。
3. 從司法實務立場觀察，由於採相對死刑，死刑範圍已大為縮小，加上對於死刑之判決及執行，層層救濟，關關審查，可謂已達求其生而不可得之地步。
4. 從被害人立場觀察，死刑對於被害人及家屬，具平忿滿足之功用。
5. 從經濟效益立場觀察，以槍決為例，死刑只需一顆子彈及行刑前監所有限之花費即可，相較長期監禁所需經費，天壤之別。
6. 從社會心理立場觀察，殘酷之犯行使風險社會下的潛在不安全感持續上升，基於不希望成為下一位受害者之主觀上不安安全感，死刑便有存在之必要。

依據前述，以我國目前之社會現況、文化民情而言，尚難全面廢止死刑。目前死刑在台灣仍是「社會控制的必要之惡」，而有維持之必要。倘若國民一般法感情產生變化，感到死刑殘忍不堪時，再由立法者依民主與法治程序，修法廢止，尚不嫌遲，亦更符合民主法治國之憲政精神。

伍、結論

本意見書認為憲法法庭對於本案之違憲審查，應從我國法制沿革出發，無論刑罰制度如何演進，廢死從未是選項；應該尊重司法院大法官會議歷來解釋；應該參考美國最高法院對死刑存廢違憲審查之經驗，採取漸進、片斷、逐案判斷的態度。長久以來，我國民意始終有高達七成以上反對廢止死刑，對於「殘酷異常」的殺人案件，民間更要求政府應加速執行死刑。司法院大法官已有三號釋憲解釋肯定死刑並不違憲，兩公約亦未強制規定要廢除死刑，當今社會對死刑看法並未有重大轉變，世界先進國家維持死刑制度所在多有，實不宜違反主流民意，貿然宣布死刑違憲。尤其死刑存廢政策乃屬立法重大政策，攸關社會秩序、公共利益與司法正義甚鉅，本屬立法者之立法裁量範疇，憲法法庭不宜藉釋憲權的行使，變相移轉憲法賦予立法機關的政策決定權。倘若憲法法庭做成死刑違憲之判決，恐將介入立法形成自由，對立法政策方向施以不當指導，破壞權力分立原則。

⁴⁵ 許福生，《刑事政策學》，《元照出版社》，2017年2月三版，頁154~156。

此 致

憲 法 法 庭

公 鑒

中 華 民 國 1 1 3 年 4 月 9 日

具狀人：中國國民黨立法院黨團

(簽名蓋章)



代表人：傅崐萁

(簽名蓋章)

立法委員 **傅崐萁**

代理人：翁曉玲

(簽名蓋章)

立法委員 **翁曉玲**