

法庭之友意見書

案號：111 年度憲民字第 904052 號

法庭之友 姓名：徐育安

| | | |
|------------|-----|---|
| 憲法法庭收文 | | |
| 113. 4. 16 | | |
| 憲A字第 | 671 | 號 |

姓名：陳弘儒

送達代收人：趙麗婷

聲請人 王信福

相對人

1 為法規範憲法審查提出法庭之友意見事：

2 壹、應揭露事項

3 一、本法庭之友意見書，其相關專業意見或資料之準備或提出，
4 與當事人、關係人或其代理人並無分工或合作關係。

5 二、本法庭之友意見書，其相關專業意見或資料之準備或提出，
6 亦無受當事人、關係人或其代理人之金錢報酬或資助及其金
7 額或價值。

8 三、本法庭之友意見書，並無其他提供金錢報酬或資助者之身分
9 及其金額或價值。

10

11 貳、支持「死刑違憲」一方當事人之立場

12 中華民國刑法第33條死刑之規定違憲。

13

14 參、主張

15 中華民國刑法第33條死刑之規定，因抵觸憲法之自由民主憲政原
16 則、人性尊嚴與比例原則而違憲，應予廢除。

17

18 肆、理由之摘要

19 一、死刑欠缺刑罰理論上的正當性

20 根據現代之應報理論，刑罰係法權主體在法律關係之中，為自己
21 行為負責之應報，而死刑則是消滅其所具有之法律關係，兩者並不相
22 容。死刑所具有之威攝與預防機能，欠缺實證上的確實根據。刑罰係
23 國家在一民主憲政秩序中，為糾正特定主體利用犯罪濫用其自由所為
24 之平衡，對於犯罪者相應地限制其人身自由。而對於極端重大之犯
25 罪，僅得為最高程度之自由限制，而非消滅法權主體地位之死刑。

26 二、死刑違反比例原則

1 刑事處罰限制人民基本權，死刑更剝奪生命權，當以最嚴格之標
2 準檢視其正當性。制裁規範根據比例原則之合目的性審查，應檢視刑
3 罰之應報與預防目的，而死刑作為應報與預防之手段，其對於生命權
4 侵害之殘酷性與不可回復性，使生命成為國家抗制犯罪之手段而被客
5 體化，侵害人性尊嚴，且顯非為達成上述目的之最小手段。

6

7 伍、理由

8 一、民主憲政制度下的死刑之違憲審查兩個取徑

9 死刑是否違憲的問題，可從兩個思考的軸線進行審視，首先，是
10 單純就死刑本身作為一種國家干預人民基本權的強制行為切入，審查
11 此種剝奪人民生存權的制裁方式-尤其死刑具有至為殘酷、毀滅且無
12 法回復的性質-在現代民主憲政制度中是否具有正當性？其次，另一
13 個思考取徑則是從刑事規範違憲審查的角度切入，審查以死刑為法律
14 效果之特定制裁規範是否違憲。

15 上述兩種對於死刑是否違憲的思考取向存在著內在的關聯性，因
16 為，目前通行對於刑事規範的違憲審查結構，主要是以比例原則進行
17 檢驗，依此，審查特定制裁規範中，死刑是否具備合目的性、必要性
18 與狹義比例性，這些檢驗標準在在都與死刑本身的特質及正當性息息
19 相關。凡此，死刑作為刑事規範之法律效果，剝奪人民根本之生命
20 權，在民主國家的制裁體系與刑事規範效力中具有特殊意義。此外，
21 由於我國的大法官會議已有數個相關解釋可作為討論之對象，因此，
22 值得先予以探究。

23 我們將說明，不論是從刑事規範違憲審查或是民主憲政國家的基
24 本原則出發，死刑皆不具憲法的可允許性（constitutional permissibil-
25 ity），從而，本次的法規範憲法審查應宣告中華民國刑法第33條死刑
26 之規定違憲。

27 二、大法官會議過去相關解釋

1 我國大法官會議就死刑是否違憲的問題，曾進行過三次規範違憲
2 審查，以下將分為兩個部分進行評析¹：

3 (一) 特別刑法唯一死刑之規定

4 釋字第194號解釋指出，戡亂時期肅清煙毒條例第5條第1項對於
5 販賣、運輸、製造毒品或鴉片者，處死刑之規定，「立法固嚴，惟因
6 戡亂時期，倘不澈底禁絕煙毒，勢必危害民族健康、國家安全及社會
7 秩序，故該項規定與憲法第23條並無牴觸」。本號解釋以立法背景特
8 殊作為正當化基礎，亦即以所謂處於戡亂時期，作為嚴厲處罰的理
9 由，簡而言之，屬於治亂世用重典的說法。

10 於戡亂時期不斷被延長效期的懲治盜匪條例²，其第2條第1項第9
11 款規定意圖勒贖而擄人之唯一死刑處罰，釋字第263號解釋先指出該
12 規定「旨在提高意圖勒贖而擄人罪之刑度，期能遏阻此種犯罪，維護
13 治安，使社會大眾免於遭受擄人勒贖之恐懼」，強調嚴刑峻罰所能產
14 生的嚇阻效果，藉由預防此種犯罪發生，以期安定人心。本號解釋接
15 著對於唯一死刑之規定則是指出，其「不分犯罪之情況及其結果如
16 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
17 上兼顧人民權利及刑事政策妥為檢討。惟依同條例第8條之規定，上
18 述擄人勒贖案件，仍適用刑法總則及刑法分則第167條、第347條第5
19 項之規定。裁判時若有情輕法重之情形者，本有刑法第59條酌量減輕
20 其刑規定之適用，其有未經取贖而釋放被害人者，亦得減輕其刑，足
21 以避免過嚴之刑罰。是上開懲治盜匪條例第2條第1項第9款之規定，
22 尚難謂與憲法牴觸。」

¹ 釋字第443號僅指出，剝奪人民生命之事項應遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之，亦即死刑應採法律保留。

² 本條例於2002年始遭廢止，本條例之相關爭議，請參閱蔡兆誠，懲治盜匪條例早已失效，律師雜誌，235期，頁88-92（1999年）。

1 釋字第263號解釋之合憲見解實存在重大的疑問，因為，依其意
2 旨對於特定刑罰是否符合狹義比例之檢驗，是將法定刑與刑法第59條
3 規定合併後作為違憲審查之對象，並藉由59條犯罪情狀顯可憫恕的減
4 輕規定通過比例原則之檢驗。由於刑法第59條屬於刑法總則之規定，
5 如此一來，按照本號解釋見解論證之邏輯，立法者對於不法程度明顯
6 較為輕微之犯罪，例如竊盜罪，即便是明顯過度地科予死刑之法律效
7 果，似乎都可以如法炮製，宣告此種罪與刑毫不相當之法定刑合憲，
8 可見此一審查方式明顯不當之處。

9 (二) 死刑與制裁規範的正當性

10 大法官於釋字第476號解釋指出，肅清煙毒條例與毒品危害防制
11 條例關於製造、運輸、販賣毒品之行為得論處死刑之規定，應屬合憲
12 之刑事法規定，其理由乃是在於，「倘僅藉由長期自由刑之措置，而
13 欲達成肅清防制之目的，非但成效難期，要亦有悖於公平與正義」，
14 而死刑之刑罰規定「係本於特別法嚴禁毒害之目的而為之處罰，乃維
15 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
16 定，與憲法第15條亦無抵觸」。本號解釋之內容頗為簡短，但仍可看
17 到其合憲結論出自三個不同方向的論據：大法官從預防、應報與比例
18 原則進行論證。然而，死刑是否確實能從上述三個論據取得其正當
19 性，不無疑問：

20 首先，釋字第476號解釋認為從預防的角度來說，國家若欲圖禁
21 絕某種行為即得祭出極刑。這樣的論證似乎可以運用在所有的犯罪，
22 因為，在一個法秩序中，所有的犯罪皆屬法社會所無法容忍的行為，
23 都應該被徹底禁止，依此，將會推導出一個荒謬的結論，亦即所有的
24 犯罪皆可科以死刑，其不當甚為明顯。

25 其次，大法官於此並未完整說明的是，為何毒品犯罪行為之代價
26 得為死刑，而僅僅是以公平正義為理由，如此簡略的論述明顯過於空
27 洞。詳言之，製造、運輸、販賣毒品之行為，在整體法秩序中是否屬

1 於最為嚴重的不法類型本即有疑，而即便予以肯定，是否得回報以死
2 刑，也絕非理所當然，畢竟此等行為尚無法直接造成任何人的死亡結
3 果。

4 最後，也必定成為疑問的是，以死刑做為防制毒品犯罪之手段，
5 如何符合比例原則之要求。因為，即便認為死刑有助於抗制毒品犯
6 罪，但是，運用此種手段是否符合侵害最小原則以及狹義比例原則，
7 顯然成為疑問，畢竟長久以來的極刑政策並未真正禁絕毒品犯罪，而
8 是否其他的手段無法壓制毒品對於社會的影響，也未見論述。

9 由上述分析可見，本號解釋就比例原則之審查，在論述的說明上
10 極為欠缺，所憑藉的可能僅是警察國家對於嚴刑峻法的依賴，而未就
11 各個涉及的考量切實說明，當即無法據以判斷其通過審查之實質理由
12 為何，是故，從審查密度上的要求來說，明顯不符合死刑所應有的高
13 度。

14 大法官其後於釋字第551號解釋，針對毒品危害防制條例第16條
15 有關誣告行為採「反坐法」之規定，由於誣告他人販賣毒品，誣告者
16 也科以販賣毒品罪，且有可能因而判處死刑，就此，本解釋指出：
17 「以所誣告罪名反坐，所採措置與欲達成目的及所需程度有失均衡；
18 其責任與刑罰不相對應，罪刑未臻相當，與憲法第23條所定比例原則
19 未盡相符」，因而認定該條文違憲。本號解釋再度使用比例原則檢視
20 死刑，可能是由於立法者未確實考量誣告反坐處罰之合理性，以致明
21 顯過度處罰而違反比例原則。

22 我們認為，死刑本質上是一種剝奪生命的手段，因此，應該受到
23 嚴格審查標準，從刑事規範違憲審查的面向仔細思考在民主憲政國家
24 中死刑是否具有堅實的合憲性理由。此外，我國刑法殺人罪之規定，
25 昔有謂「欠債還錢、殺人償命」，此一古諺可說是深植人心，至今仍
26 為許多人所堅信。這樣的刑罰理念是否可通過合憲性檢驗，尚須進一
27 步探討。

1 最值得吾人檢視的是，作為我國主刑之一的相關死刑規定是否違
2 憲。以下，我們將從刑事制裁規範之違憲審查、刑罰哲學以及憲政哲
3 學的角度思考死刑的合憲性。

4 三、重新反省刑罰理論與死刑

5 (一) 死刑與應報理論並不相容

6 康德認為刑法是一個定言令式 (Strafgesetz ist ein kategorischer
7 Imperativ)，因犯罪而受到相應的刑事制裁就是正義的，其程度要以
8 符合正義的同等原則 (Prinzip der Gleichheit) 作為標準，如此，方不
9 至於偏頗失衡，此一原則本身意味著惡有惡報、自作自受，侮辱他人
10 者就是在侮辱自己，亦即對於他人所做的行為將返回自身，而這就是
11 應報、同態報復 (ius talionis)。依此，刑罰的基礎僅僅是為了符合正
12 義的要求。康德認為以正義的思考即足以正當化刑罰，而其所內含的
13 應報則決定了刑罰的種類與程度，符合正義最純淨與嚴格之要求，此
14 即康德之應報 (Vergeltung) 理論³。黑格爾則是指出犯罪是一種真正
15 的不法，其本質為一種對於他人自由意志的強制 (Zwang)，即便是
16 對於他人所有之物，因為該物係所有人意志之所在，掠取此物亦屬對
17 於所有人意志之強制，從而失去對於他人應有的尊重，破壞法權主體
18 相互之間的承認 (Anerkennung) 關係⁴。以犯罪之不法意義為基礎，
19 黑格爾接著說明刑罰正當性之所在，首先，犯罪的不法是一個對於法
20 予以抵觸與否定之狀態，而刑罰則是對此否定之否定 (Widerspruch
21 eines Widerspruchs)，對於侵害者也回敬侵害，亦即以還諸彼身
22 (Wiedervergeltung) 的方式揚棄犯罪，使法能被重新確立
23 (Wiederherstellung des Rechts)。⁵

³ Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, Werkausgabe Band VIII, in: Wilhelm Weischedel (Hrsg.), 1982, S. 453.

⁴ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Werk 7, 1986, § 36, 95.

⁵ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, a.a.O., § 97.

1 當代支持應報理論的德國刑法學者 Rainer Zaczyk 指出，在康德
2 法哲學理論中，正義的理念與其所欲建立的自由法秩序相互依存，正
3 義即是在描繪人與人的關係之中，對於自由予以尊重的舉止，並且，
4 正義將形塑一個國家的法律狀態，因此，建構符合人性正義的刑罰制
5 度，自當位居首要⁶。而對於以應報論支持死刑的問題，Rainer
6 Zaczyk 一方面引述康德文本中指出，其實康德於道德形上學一書的
7 序言中已經自行先行表明，該書後段包括論及刑法部分的說明是不夠
8 詳盡完整的⁷。因此，既然康德此處的論述僅為一個暫時性的結論而
9 非最終定論，當即毋須將該段落視為其刑罰理論之全部，並以此斷定
10 康德必然支持死刑⁸。其次，Rainer Zaczyk 從反面論述道，從康德整
11 體的理論著眼，若果真貫徹其以人為法權主體性出發的批判性法哲學
12 理論，當即會否定死刑作為一種刑罰類型，並非法律上的刑罰
13 （Rechtsstrafe）⁹。持同樣立場的德國刑法學者 Michael Köhler 也指
14 出，根據自由理念所建構的刑法觀，與那種全然剝奪行為人自由之刑
15 罰是不相容的，尤其是死刑，這種刑罰全盤排除行為人於法律關係之
16 外，甚至可以說是消滅了其所具有的法律關係¹⁰。

17 除了德國學者的研究之外，R.A. Duff 身為英美重要的刑罰哲學
18 家，也提出溝通應報論（communicative retributivism）¹¹，指出刑罰
19 具有的溝通功能：刑罰是國家用來與加害人與社會成員針對不法侵害
20 行為的道德溝通。溝通應報論也強調刑罰對於行為人身為法權主體性
21 的重視，因此否定了死刑具有正當刑罰的可能性。

⁶ Rainer Zaczyk, „Zur Begründung der Gerechtigkeit menschlichen Strafens“, Eser-FS, 2005, S. 207, 211 ff., 215 ff.

⁷ Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, Werkausgabe Band VIII, Weischedel (Hrsg.), 1982, S. 313.

⁸ Rainer Zaczyk, „Zur Begründung der Gerechtigkeit menschlichen Strafens“, Eser-FS, 2005, S. 207, 209, 215 f.

⁹ Rainer Zaczyk, a.a.O., S. 207, 215 f.

¹⁰ Michael Köhler, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1997, S. 591 f.

¹¹ R.A. DUFF, *PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY* (2001). Duff 建構出一個較為完整的刑罰哲學，從刑罰的本質到政治社群的政治道德觀如何影響刑罰的種類選擇。本意見書無法給予詳細的論述，因此只能選擇其關鍵概念進行討論。

1 溝通應報論提出兩個重要理由，說明死刑與溝通應報論的不相容
2 性。首先，「科處死刑」本身就是告訴加害人，他已全然被人類社會
3 所移除掉了。R.A. Duff認為，這種「不應該存在這個世上」的宣
4 稱，唯有第一人稱才有可能成立。但是，國家向行為人說：「你不應
5 該存在這個世上」，這將否定了溝通應報論的「溝通」意義，因而根
6 本不是溝通。其次，國家乃是透過死刑向社會宣告：「他不應該存在
7 這個世界上」，這種第三人稱亦無法獲得證成。¹²因為，我們已經無
8 法透過一種整全性價值（例如宗教）表達出這種第三人稱式的生命終
9 極價值的主張。¹³與此相關聯的是，死刑就是將一個人置於悔悟與贖
10 罪的可能性之外，告訴這一個人他已經沒有希望了。然而，國家不可
11 能擁有這種判斷的正當權力。¹⁴

12 即使經過了20多年，R.A. Duff之溝通應報論對死刑的反對立場也
13 越來越堅定與明顯。例如，R.A. Duff在最新研究中¹⁵，指出 Matthew
14 Kramer 的翦除論（purgative rationale）的錯誤。¹⁶因為，一旦仔細思

¹² 許家馨曾在〈應報即復仇？當代應報理論及其對死刑之意涵初探〉一文中，指出溝通應報論算是當代英美刑罰理論最有力的理論主張，並指出在 Duff 視野中要為死刑找到一個證立的位置很難。請參考，許家馨，應報即復仇？當代應報理論及其對死刑之意涵初探，中研院法學期刊，15 期，頁 268-269（2015 年）。但值得注意的是，在上述文章發表之前，許家馨即有針對溝通應報論與死刑的關係提出更積極的證成說明，在其英文文章中，許家馨認為，溝通應報論並未真正否定死刑的證立可能。請參考，Jimmy Chia-Shin Hsu, *Does Communicative Retributivism Necessarily Negate Capital Punishment*, 9 CRIM LAW AND PHIL. 603, 604 (2015).

¹³ R.A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY 155 (2001).

¹⁴ R.A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY 155 (2001).

¹⁵ R. A. Duff, *Purgative Punishment and the Importance of Perspective*, in WITHOUT TRIMMING: THE LEGAL, MORAL, AND POLITICAL PHILOSOPHY OF MATTHEW KRAMER 321 (Mark McBride & Visa AJ Kurki eds., 2022).

¹⁶ Matthew Kramer 是翦除論（purgative rationale）的提倡者，認為死刑在一般的犯罪行為中是無法獲得證成的。但是面對極端邪惡的作惡者（extravagantly evil-doer），死刑應該保留在這種犯罪之中。從而國家與社會有義務處決此類行為人，因為他的存在本身玷汙了社會的基本價值。MATTHEW KRAMER, THE ETHICS OF CAPITAL PUNISHMENT- A PHILOSOPHICAL INVESTIGATION OF EVIL AND ITS CONSEQUENCES 180 (2011). Kramer 認為翦除論是獨立於嚇阻論與應報論的刑罰理論，可以獨立用來證成死刑在極端邪惡犯罪之正當性。但是，許家馨卻認為，結合翦除論與應報論亦可以證成死刑的必要性。許家馨這種混合理論（hybrid theory）面對到極大困難，一來他必須說明為何死刑本身是一種溝通，到底要跟誰溝通？溝通了什麼東西？二來，他必須要納入翦除論中對於惡的本體論問題以及先設定惡的存在然後說有執行死刑之必要。三來，他忽視了死刑作為一種刑罰制度最關鍵之處在於民主體制是否能夠正當地擁有它與執行它的問題。簡單來說，混合理論遇到的難題遠超過它可處理的範圍。例如，民主體制下的死刑之正當性問題也是 Matthew Kramer 在回應 R.A. Duff 的批判中，願意退讓之處，Kramer 說：「另一方面，我要以一種妥協的精神

1 索國家利用刑罰來與社會成員溝通時，我們必須仔細區分第一人稱、
2 第二人稱與第三人稱涉及到國家可以對行為人可說與可做之事的差
3 異。溝通應報論強調的是，透過第二人稱的視野與加害人溝通，那麼
4 我們會理解到溝通概念本身會構成了一個內在限制，侷限國家的可說
5 之話與可行之事。死刑就是一種牴觸溝通內在條件的行動，它本身不
6 是溝通。

7 由上述現代應報理論的論述中可以清晰見到，在應報論的理論發
8 展下，一個建構在以人為主體的刑罰觀，死刑與應報論存在著不相容
9 之處，因為，死刑將消滅一個人的主體地位。此一看法有其見地，犯
10 罪行為之法律效果是以一個法權主體作為其規範對象，而死刑之效果
11 卻正是使此種規範關係不復存在。用一個較為平鋪直敘的說法，既然
12 應報乃是要要求一個理性的人要為自己的行為負責，而犯罪者死亡後已
13 然成為失去主體地位的屍體，即無法再為任何事負責，此種矛盾在罪
14 大惡極者之情形更為明顯，試想一個犯下種族滅絕者，可以簡單地藉
15 由自身的死亡來抵上其所犯下成千上萬的殺害行為。

16 (二) 預防理論與死刑

17 透過死刑預防犯罪最大的疑義在於，立法者欲利用極刑之威懾力
18 以最有效地嚇阻犯罪，將刑罰的工具性推至極限。然而，透過死刑防
19 堵重大犯罪的策略是否能確實奏效，卻是極富爭議。雖然，我們的確
20 可以在英文文獻上看到聲稱死刑能阻止犯罪的研究結論，主張死刑的
21 執行能夠預防犯罪¹⁷，但是，隨之而來的是反對此種宣稱的浪潮，批
22 評前述研究的統計方式不但欠缺說服力，忽視了影響犯罪因素的複雜

結束我對 Duff 的回應。...我沒有要放棄支持死刑的翦除論理論...但一個一般性服膺於自由民主原則的治理體系或許已經可以足夠讓它履行重要的道德義務。」Kramer 並未放棄翦除論，但是已經隱約地在思索民主體制內刑罰執行的根本正當性課題了。Matthew Kramer, *Looking Back and Looking Ahead- Replies to the Contributors*, in WITHOUT TREMMING: THE LEGAL, MORAL, AND POLITICAL PHILOSOPHY OF MATTHEW KRAMER 363, 517-18 (Mark McBride & Visa AJ Kurki eds., 2022).

¹⁷ Dezhbakhsh, H., Rubin, P. H., & Shepherd, J. M. (2003). Does Capital Punishment Have a Deterrent Effect? New Evidence from Postmoratorium Panel Data. *American Law and Economics Review*, 5(2), 344-376.

1 性，甚至可能推導出恰好相反的結論¹⁸。類似的質疑也在德文文獻中
2 可以看到，德國刑法學者 Hans-Ludwig Schreiber 指出，從實證上的
3 研究觀之，原本以死刑為法律效果的重大犯罪，於廢除其死刑規定之
4 後，並未出現犯罪增加的情形¹⁹。

5 或許有人會認為，於死刑之執行與預防犯罪上，更涉及到的是國
6 家的保護義務。因為，其他社會成員（非行為人）之生命權也是要保
7 護的對象，因此這涉及到一個政治道德的選擇：國家要消極地保護加
8 害人之生命權或是積極保護並不具有道德錯誤的其他社會成員之生命
9 權。²⁰

10 我們認為，上述的觀點忽視了規範論證應該要具有的嚴謹性。僅
11 從規範性的保護義務考察死刑之問題忽視了預防論長久以來對於實證
12 資料的爭執。資料間變項的彼此關係、資料組的時序、干擾因子、不
13 同背景條件或是比較框架的差異，都會影響到支持這種保護義務背後
14 的實證分析。忽視實證分析的複雜與爭議性是危險的，因為它轉移了
15 嚇阻論最關鍵的爭議之一：如何可以合理預測重刑對於社會治安的影
16 響，而不僅是落入一般的直覺？

17 如果真的要思考，這種保護義務的之實證根據的論述，美國早有
18 一些討論。例如 Cass Sunstein 與 Adrian Vermeule 也認為，必須仔細
19 地將實證研究資料進行檢驗、分析與理解其局限性。²¹ 我們想要指出

¹⁸ Berk, R. (2005). "New claims about executions and general deterrence: deja vu all over again?" *Journal of Empirical Legal Studies* 2:303-330; Fagan, J. (2006) *Death and Deterrence Redux Science, Law and Causal Reasoning on Capital Punishment*. *Ohio State Journal of Criminal Law*, 4, 255-320; Donohue, J., & Wolfers, J. (2006), *The Death Penalty: No Evidence for Deterrence*, *Economists' Voice* 3/5, 1-6.

¹⁹ Hans-Ludwig Schreiber, *Todesstrafe*, ZIS 2006, 327, 329.

²⁰ 類似意見可以參考，蘇永欽，〈比例還是絕對〉，奔騰思潮，2024年3月24日，<https://www.lepenseur.com.tw/article/1662>（最後瀏覽日：2024年4月5日）。

²¹ 請參考，Cass Sunstein and Adrian Vermeule, *Is Capital Punishment Morally Required? Acts, Omissions, and Life-Life Tradeoff*, 58 STAN. L. REV. 703 (2010). Sunstein 與 Vermeule 主張，基於死刑之執行在經驗資料的統計與分析上可以嚇阻未來的犯罪，因此國家有一個道德義務需要執行死刑。但是，他們也注意到資料分析在應用上的局限性，例如閾值效應（threshold effect）與國際的差異等等。更重要的是，在他們文章刊載後，*Stanford Law Review* 同時也邀請其他學者進行回應。其中一個最重要的回應是，John Donohue 與 Justin Wolfers 針對贊成有嚇阻效應的統計分析

1 來的是，這種以國家保護義務為抽象論證的方式過於忽視了實證資料
2 在分析上的不確定性，只是企圖要為死刑之執行提供一個似是而非的
3 「說法」而已。

4 我們認為，真正負責任的主張必須要一個合理可信的方法論基礎
5 上進行。然而，正是這種對於死刑嚇阻效應之實證研究的不確定性與
6 偶然性因素，讓我們看到了預防理論的局限。例如，2012年美國國家
7 科學院國家研究委員會（National Research Council of the National
8 Academies）發布了一份名為「嚇阻與死刑」（Deterrence and the
9 Death Penalty）的報告，指出關於死刑如何影響殺人案件數量的諸多
10 研究，始終未能提供是否能夠減少、增加或毫無影響的資訊，因此，
11 委員會建議暫勿使用這些研究作為判斷死刑對殺人案件有何影響的依
12 據，所有聲稱死刑會降低、增加殺人案件數量或不生影響的說法，皆
13 不應左右有關死刑政策的判斷²²。

14 （三）刑罰正義與死刑

15 法社會制定各種行為規範以規制行為的界限，禁止自由受到濫用
16 而造成侵害，若有違反者，即授權法官剝奪其自由，此授權之的制裁
17 規範，其內容為刑罰之法律效果，刑罰的執行以實現正義為目的，而
18 刑罰之所以具有合目的性，乃是由於其具有多重的功能。首先，刑罰
19 之所以實現正義，在於國家透過限制犯罪者的自由以回復法社會成員
20 之間的平等關係，自由的專屬性以及自由被剝奪的不可回復性，確保
21 是以平等的方式回復成員地位上的平等關係，不因犯罪者之身分地位
22 或財富而有差異，這是刑罰之固有、內在的功能。其次，刑罰施加所
23 具有的不可回復性，形成一個法社會的禁忌，以所有人為規範對象劃

進行後設資料分析，他們的研究顯示認為死刑具有嚇阻效應的研究證據非常脆弱，一個小小改變會引起不一樣的分析結果。請參考，John Donohue & Justin Wolfers, *Uses and Abuses of Empirical Evidence in the Death Penalty Debate*, 58 STAN. L. REV. 791 (2010).

²² National Research Council. (2012), *Deterrence and the Death Penalty*. Committee on Deterrence and the Death Penalty, Daniel S. Nagin and John V. Pepper, Eds. Committee on Law and Justice, 102.

1 下一道不得逾越的界線，因此，刑罰確實因其威嚇性而具有消極預防
2 的功能，但是，必須要予以說明的是，消極預防雖然是刑罰所具有的
3 功能，但並非刑罰之目的本身，而僅僅是達成目的的手段，刑罰的目
4 的乃是在於重建平等的法社會，以符合糾正的正義，而非傳統應報論
5 者的交換式正義。²³

6 國家藉由刑罰回復人與人之間平等的之法律狀態，回復和平的法
7 秩序，而身體刑與死刑之疑義在於，國家僅得藉由剝奪行為人所濫用
8 的自由以回復平等狀態，國家刑罰因此乃是對於人身自由的限制，而
9 自由刑推至極限也無法轉化為死刑，亦即無法轉變為身體刑。更重要
10 的是，國家作為執行社會公器的第三者，並非被害人的打手，亦不得
11 重複犯罪人之侵害行為，簡而言之，國家不得如犯罪人一般，也進行
12 盜竊、傷害、強制性交他人之不法行為，企圖以此應報犯罪者，依
13 此，殺人既然本身即為一法秩序所否定之不法行為，國家自不得仿效
14 之。可能會有論者認為，藉由立法者透過民主程序可以制定死刑，以
15 此治癒死刑所內含的不法，但是，這一點正是民主國家要避免的，否
16 則，國家可以透過形式民主程序重現納粹的不法，使不尊重人權的體
17 制與思想死灰復燃。

18 (四) 關於民主正當性的部分

19 死刑與民主憲政基本原則的矛盾關係在於，死刑的排除邏輯牴觸
20 了民主國家中的非排除性原則 (the principle of non-exclusion)。死
21 刑，就是國家向公民表達你不是我們政治社群的一員的方式，而這
22 與自由民主憲政原則相牴觸。

23 平等 (equality) 不僅保障政治社群成員的政治參與權利，在根
24 本意義上也保障所有社群成員的道德平等身份 (moral equals)。此種
25 道德平等身份穿透到法律中，形成「法律之前，人人平等」的基本原

²³ 徐育安，正義理論與刑罰應報理論之重構，臺北大學法學論叢，124 期，2022 年 12 月，281 頁以下。

1 則。道德平等者的理念也讓民主成為一個厚實概念 (a thick
2 concept)，將社群成員的道德平等資格視為民主的重要構成條件。因
3 此，民主不僅是政治事務的參與而已，民主亦非僅是程序性概念。民
4 主是政治社群成員的共同事業 (joint enterprise)，社群成員是共同作
5 者 (co-authors)，也是共同貢獻者 (co-contributor)。²⁴因此，民主社
6 群的成員在形成爭議之前（換言之在需要共同討論之前）就有了一種
7 特別的正義需求：人們需要滿足彼此的溝通需求。

8 國家在這種溝通需求中擔負起重要角色。因為，國家作為一種
9 結社 (association) 與一般私人結社 (private association) 不一樣。它
10 必須站在理性第三者的角度處理與面對私人間的糾紛與法益侵害，而
11 不能夠只是將自身視為社會共同體的一種反射。將死刑視為一種對社
12 會的交代，就是將國家視為一種社會結社的反射而已。但是，我們需
13 要更進一步，民主國家是否可以正當的擁有死刑作為一種武器，來對
14 付人民？²⁵

15 在此，我們認為奠基在自由民主憲政原則的法秩序下，國家負
16 有非排除義務 (the duty of non-exclusion) 這個非排除義務奠基以下
17 三個規範性理據：

18 第一、民主體制下的政治社群的成員不論其政治平等 (political
19 equals) 可能具有的差異或條件限制，但其皆具有道德平等 (moral
20 equals) 的地位。²⁶這種道德平等者的概念觀是自啟蒙運動以來的重
21 要基本價值。道德平等者是自由權利與平等權（或平等保障）的重要
22 規範基礎。承認社會成員的道德平等地位課與了國家平等關懷的基本
23 要求。

²⁴ SEANA SHIFFRIN, DEMOCRATIC LAW 52 (2021).

²⁵ 顏厥安在 2010 年時已針對這個主題進行探討，請參考，顏厥安，毒藥與十字架，思想，17 期，頁 151-172 (2010 年)。

²⁶ 關於政治平等地位與道德平等地位的關係，可以參考 SEANA SHIFFRIN, SPEECH MATTERS: ON LYING, MORALITY, AND THE LAW 171-175 (2014).

1 第二、國家作為一種強制性結社（compelled association），自身
2 不能成為一個映射社會結社的載體。不同社會結社（social associa-
3 tions）可以基於其結社大小、親密程度、結社性質而以實質價值做為
4 社會結社排除特定成員的理由，²⁷但是，在多元價值與複雜社會交流
5 下，作為強制結社的國家與具有親密關係的社會結社或是表意性結社
6 並不相同。國家不具有這種社員排除權。相反地，國家必須成為社會
7 成員孕育思想、構思意見以及相互交流的重要載體（site）。在理念上
8 受到非排除原則的拘束，在實踐上必須最大可能實踐非排除原則。死
9 刑作為社會與物理上排除手段，在根本意義上是與非排除原則相抵觸
10 的。以往從個體出發的社會契約論探討死刑是思索死刑與生命權之關
11 係，但是從道德平等者與國家之非排除義務可以見到死刑亦與個人之
12 平等保障有緊密關聯。死刑作為一種社員排除的行使，從道德平等的
13 民主觀是無法獲得正當性理據的。²⁸

14 第三、國家由於握有相當資源與布局（frame）溝通環境的各式
15 手段，因此國家反而要致力成為一個非選擇性包含的載體（a site of
16 unselective inclusion），讓社群成員可以在其中找到棲身之所。²⁹ 這樣
17 的要求來自於一個淺顯易懂的道理，人作為一個社會性存在，不論
18 其品行好壞、觀念正確與否，皆有一個正當需求在自身與他者間找
19 到一個棲身之所。我們可以見到，社會契約論雖然為國家權力運作
20 提供了某一種正當性的詮釋，但是卻也容易忽視國家這種結社的積極
21 佈局的意義。

22 簡單來說，國家作為一種特別的結社團體是無法透過私人締約
23 的結社團體性質來理解的。透過民主憲政原則而來的具體規範誠命形

²⁷ Roberts v. Jaycees, 468 U.S. 609 (1984).

²⁸ 我們其實可以見到例如死刑的恣意性或是量刑的可控制性（tractability）問題皆是反映出了死刑對於國家平等關懷的破壞，其不可控制性讓死刑的定罪與科刑之結果高度依賴於偶然性條件上。堅守國家的平等關懷責任的具體落實之一就是消除恣意性。

²⁹ SEANA SHIFFRIN, DEMOCRATIC LAW 52 (2021).

1 成了國家的非排除義務。此外，國家擁有關鍵的資源、能力、公共場
2 域，得以讓民主社群的成員共同參與。在這個意義上，從民主法概念
3 觀出發，會發現到民主國家的重要基本目標是：保障每個社會成員在
4 彼此之間擁有一個棲身之所。這就是國家的非排除原則的基礎。

5 國家雖然不是不能針對重要問題進行表述與討論，但是，在非
6 排除原則下，國家無法像一般結社團體一樣，以根本價值差異作為理
7 由排除政治社群的成員。這種不可排除性在抽象層次表現在憲政理念
8 的平等關懷（equal concern）、基本權條款中的平等保障、恣意禁止
9 原則，在憲政機關的設計上也出現於立法機關的多元包容性
10 （diversified inclusiveness）以及規則的普遍性、社會國原則也體現了
11 非排除原則的積極面向：對於社會成員的照顧義務。

12 奠基在道德平等觀念下的非排除原則已經可以在我國憲法解釋
13 與實務中找到可以對接的憲政原則。而在具體司法實踐中，我們也發
14 現到社會國原則在我國的實踐上，相當程度上也反映出民主法內道德
15 平等者的概念觀。讓國家在面對社會結構變遷時，對於國民負有相當
16 給付義務。甚或在司法解釋上，雖然也承認立法者的形成自由，但是
17 也指出需要適時通盤檢討，展現出介入立法形成自由的可能。³⁰

18 從非排除原則聯繫到死刑之違憲審查，我們希望指出，握有憲
19 法解釋權的憲法法庭對於本案的法規範之違憲審查不宜自我限縮其解
20 釋權能與論證的細緻性。因為，憲法法庭作為公共理性運作的論證場
21 域，在制度上與論理細緻度上是少數適格的憲政機關，其可以透過規
22 範論證、憲政價值與平等關懷視野檢視死刑之排除性與自由民主憲政
23 原則的內在矛盾與相互牴觸之關係，從而在憲法解釋中不僅可確認基
24 本權利的保障，亦可鞏固自由民主憲政基本原則。

³⁰ 孫迺翔，憲法解釋與社會保險制度之建構，臺大法學論叢，35卷6期，頁241-290（2006年）。

1 四、死刑之規範違憲審查

2 制裁規範對於基本權具有高度的侵害性，其合憲性審查主要是以
3 比例原則作為標準，並區分為三個層次，即合目的性、必要性與狹義
4 比例性。

5 （一）制裁規範之合目的性審查

6 對於制裁規範進行合目的性審查，可以區分為兩個部分：首先，
7 是目的本身的正當性，一般來說，此處所謂目的的正當係指規範所擬追
8 求者係出自公共利益（Gemeinwohlinteresse）上的理由，而國家設置
9 制裁規範之正當目的，乃是為了以此確保行為規範的貫徹，而刑罰所
10 具有的應報與預防機能，即符合此一目的設定³¹。其次，則是審查制
11 裁手段是否適合於達成所擬追求之目的，從死刑作為制裁來說，即是
12 指死刑是否能夠達成應報與預防之目的。

13 德國聯邦最高法院（BGH）於1995年審理東德時期法官枉法做出
14 死刑判決案件時指出，從人道主義的角度來說，任何國家都無權透過
15 此制裁來處分其公民的生命。相反地，所謂生命權的絕對保護
16 （absoluter Lebensschutz）即是在於，要求法律社會確認生命的不可
17 侵犯性為其最高價值，而這一點正是透過放棄死刑來實現的。此外，
18 為了從一開始就避免濫用死刑的風險，應認為死刑無論在何種情況下
19 都是不被容許的，永遠不能排除誤判的可能性。更重要的是，德國聯
20 邦最高法院接著強調，歸根究底，以人性尊嚴（Menschenwürde）的
21 理念言之，國家機關執行死刑是完全難以接受和無法容忍的。³²

22 德國公法學者 Jens Kersten 延續此一對於死刑的質疑，指出德國
23 憲法上的人性尊嚴，在實質上即是在於拒斥人被視為客體，尤其是被
24 國家所工具化。此處較為特殊的是，他認為死刑的宣告與執行本身，
25 即已使被判決者成為一客體，成為國家要消除的對象，而無論使用何

³¹ Otto Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 287 ff.

³² BGHSt 41, 317, 325.

1 種執行方式，皆不脫其殘忍、非人道與羞辱性質的死刑，係保障人性
2 尊嚴之制度所應否定者³³。依此，不論死刑此種刑罰的目的或功能為
3 何，皆無法避免其對於人性尊嚴的傷害。

4 (二) 制裁規範之必要性審查

5 對於制裁規範的必要性審查，主要在於侵害最小之審查，檢視所
6 有足以達成目的之諸手段中，何者對於人民基本權之侵害最小。就
7 此，死刑對於生命所具有的毀滅性，其侵害可以說是其他的處罰難以
8 比擬的，因此，對於必要性審查來說，所要檢討的問題就是，其他的
9 手段能否同樣達成處罰的目的。

10 首先，從應報的觀點來看，已如上所述的是，對於不法濫用行動
11 自由的犯罪，具有正當性的應報便只有限制犯罪者之自由，此以糾正
12 遭到破壞的平等關係，而非踏著犯罪人的腳步，重複著不法行為，是
13 故，從應報的觀點來說，無從認為行為人有重大侵害行為，例如殺
14 人，就反射地認為犯罪人也應當被殺。正確的應報所指的是，對於嚴
15 重濫用行動自由的行為，得剝奪犯罪者相應程度的自由，就此，在制
16 度上本即存在無期徒刑的設計。

17 其次，從預防的觀點來看，在社會上多存在死刑具有高度嚇阻性
18 的成見，然而，對於侵害最小的審查來說，要檢視的當然是，其他侵
19 害較小的刑罰手段能否達成同樣的嚇阻效果。就此，以無期徒刑所能
20 產生的威嚇力來說，遙遙無期的監禁生活，對於一個自由的人來說無
21 疑構成莫大的煎熬，即便在漫漫年月之後獲得假釋，也已消磨完了大
22 半人生，對於此種嚴厲後果之刑罰，不但無人可以等閒視之，且其所
23 具有的痛苦性與威懾性，實不亞於死刑。

³³ Jens Kersten, Die Todesstrafe ist abgeschafft. Art. 102 GG und die Diskussion der Todesstrafe in Deutschland, in: Henning Rosenau/Philip Kunig/Ali Kemal Yildiz (Hrsg.), Rechtsstaat und Strafrecht, 2021, S. 158 ff.

1 或有論者認為，無期徒刑可能將因假釋而在實際上失去其應報與
2 預防之效果。對此疑問，首先應指出的是，無期徒刑之受刑人於一定
3 之服刑期間後得申請假釋，係保留受刑人於死亡之前的最後希冀
4 （Prinzip der Hoffnung）³⁴，反之，毫無假釋機會的無期徒刑有違人
5 性尊嚴之虞。其次，我國目前對於無期徒刑訂有25年的假釋年限，相
6 較於德國的15年已明顯較長，其應報與預防思想更甚，若仍有不足，
7 或可考慮增加其他假釋條件。

8 （三）制裁規範之狹義比例性審查

9 狹義比例性審查之審查，在於審查目的與手段之間的均衡性，刑
10 法學者普遍認為，此一審查即為罪刑相當原則之體現，而此一部分之
11 考察所根植的理論基礎，即為應報思想。德國聯邦憲法法院亦指出，
12 正義的理念將會要求，構成要件及其法律效果兩者之間，應當恰如其
13 分（sachgerecht）³⁵。上述傳統應報的論述，固然防堵了預防理論將
14 刑罰不斷擴張的傾向，有其重要的意義，然而，必須指出的是，這種
15 應報理論乃是建立在交換正義的思考模式之下，將焦點放在犯罪行為
16 所造成的法益侵害上，而處罰則被視為此一侵害的倒影，兩者之間必
17 須相互符應，此種思考的方式將國家刑罰視為救濟私人損害的手段，
18 亦即將國家公權力理解為代替私人復仇的工具。此種思考方式明顯的
19 疑義在於，若果真按照殺人償命的邏輯，當出現一人殺害兩人以上的
20 情形時，刑罰的正義將永遠無法實現，當然，其實也同樣無法說明的
21 是，為何其他並未造成人命喪失的犯罪，卻也存在著死刑的規定。

22 回到刑罰的本質，其作為國家公權力之施展，不論犯罪所涉及的
23 是所謂的個人法益抑或是集體性法益，在犯罪已然侵害法益之後，國
24 家仍宣告並執行刑罰，所要護衛的是刑法構成要件所彰顯的價值秩
25 序，亦即行為規範的效力，因此，刑罰的強度所符應的是，行為規範

³⁴ BVerfGE 45, 187, 245; Scheffler, JR 1996, 485.

³⁵ BVerfGE, 20, 323, 331.

1 的違反在一個國家之中被非難與重視的程度。是故，刑罰之高低非如
2 數字般可以精確計算，刑罰之輕重其實有其相對性，亦即僅是要求嚴
3 重之犯罪應當予以較嚴厲之法律後果，反之，輕微之犯罪則科予較輕
4 之刑度，因此，所謂罪刑相當，僅是一種序列式的，或者說是一種成
5 正比式的關係³⁶。同樣很清楚的是，相同的犯罪在不同的國家的刑度
6 也不盡相同，因此，我們應放棄的是對於死刑的迷思，最嚴重犯罪所
7 對應的固然應當是最高程度的處罰，但並非即為死刑。

8 伍、結論

9 刑罰為國家對於人民最為嚴厲之行為，必須通過最嚴格之審
10 查，更精確言之，必須毫無疑義，始具有其正當性，中華民國刑法
11 第33條死刑之規定，欠缺刑罰正當性之基礎，牴觸憲法之自由民主
12 憲政原則、人性尊嚴與比例原則而違憲，應予廢除。

13

14 此致

15 憲法法庭 公鑒

16

17 中華民國 113 年 04 月 09 日

18

具狀人 徐育安 陳弘儒

19

20

21

撰狀人 徐育安 陳弘儒

³⁶ 許玉秀，刑罰規範的違憲審查標準，收錄於國際刑法學會台灣分會主編，民主、人權、正義——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，頁 398（2005 年）；許澤天，刑法規範的基本權審查——作為刑事立法界限的比例原則，出自於，黃舒玓主編，憲法解釋之理論與實務，第七輯，上冊，中央研究院法律學研究所籌備處，頁 303（2010 年）。