

專家諮詢意見書

案號： 111 年度 憲民 字第 904052 號

| |
|-------------|
| 憲 法 法 庭 收 文 |
| 113. 4. 10 |
| 憲A字第 613 號 |

專家學者、機關或團體

姓名或名稱：鄭善印

1 為（憲法訴訟類型）提出專家諮詢意見事：

2 應揭露事項

3 一、相關專業意見或資料之準備或提出，無與當事人、關係人或其代
4 理人有分工或合作關係。

5 二、相關專業意見或資料之準備或提出，無受當事人、關係人或其代
6 理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。

7 三、無其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。

8 專業意見或資料

9 一、有關題綱一之問題，本人以為現行法之死刑規定「並未違憲」：

10 (1)死刑除剝奪生命權外，一般以為至少還有死刑「是否為酷刑」、
11 「是否侵害人性尊嚴」、「是否侵害人民之生存權」、「是否違反平
12 等原則」？等四個違憲疑慮。

13 本人以為，對於第一個疑慮，應該先弄清：酷刑指的究竟是手段
14 或死刑本身？倘若指的是手段，例如認為絞首、槍擊等執行手段
15 太過殘忍，其實還有一些更緩和的方式可以選擇；倘若指的是死
16 刑本身，那是同語反覆，因為與「是否應廢死」實質意義相同。

17 對於第二個疑慮，是否侵害人性尊嚴問題，我認為以人性尊嚴作
18 為一切法律的根本規範，實在過度抽象，以至於有如潘朵拉的盒
19 子般，無物不可生出，並且也忽略了其內容的「自律」精神。雖
20 然，我國憲法實質內容可能包含「人性尊嚴」（條文內並無該語），
21 但人性尊嚴究竟指的是什麼？是「生命無價，不可人為剝奪」，
22 還是「應尊重個人自由意志及其選擇」？倘若是前者，則為何我
23 國現行法上還有「優生保健法」？還有「安寧緩和醫療條例」？
24 為何對於自殺未遂者不予處罰？為何容認因正當防衛而殺人的行
25 為？又為何在國際法上承認殺人的戰爭行為？原因應該是，在俗
26 世法上只能作到「生命無價，應盡力保護，不可不合理地剝奪」，

1 否則只能在某種宗教或某種倫理領域內，才能找到「生命無價，
2 不可剝奪」的誡命。我認為人性尊嚴的核心概念毋寧應該是在後
3 者，亦即尊重個人的自由意志及其選擇，而不是絕對地、無條件
4 地維護生命。而重大規範的存在、死刑的威嚇、可能的死亡選擇，
5 難道不是自由意志者，亦即行為人，早已洞悉的前提嗎？故即使
6 我國憲法實質上承認人性尊嚴，亦無法將死刑認定為違憲，因為
7 「人性尊嚴」與「生命絕對」並不相等。對於第三個疑慮，本人
8 以為憲法第 15 條雖有「人民之生存權應予保障」之規定，但其
9 內涵應該是「政府應盡力維持陷於匱乏者的生存」，例如整頓福
10 利政策、設置緊急救命措施等，而不應該是「政府應保障所有人
11 無虞匱乏」或者「保障所有人維持生命」。倘若是無例外的保障，
12 那要如何解釋同條規定的「人民之工作權應予保障」？因為世界
13 上沒有人人都有工作的國家。故，死刑的存廢，實與有無違反生
14 存權的保障，很少相關。對於第四個疑慮，所謂「剝奪生命是否
15 違反平等權」的問題，本人以為，若有實質理由，當然不會違反
16 平等原則；相反的，若有實質理由，例如出現極端重大的屠殺案
17 件，而法律竟然事先就將死刑廢除，讓被屠殺的人之生命價值與
18 殺人者之生命價值出現不平等的情形，那才真正是違反平等原則。

19 (2)死刑制度所追求之目的有哪些？是否皆合憲？我認為皆合憲。

20 (A) 刑罰目的：我以為，本題可以將死刑包含在各種刑罰內論
21 述，先論刑罰目的，再論死刑目的。到目前為止，通說認為刑罰
22 目的有六。一為傳統應報說，二為（消極的）規範應報說，三為
23 （積極的）一般預防說，四為心理威嚇說，五為矯治說，六為隔
24 離說。傳統應報說認為刑罰本身就是目的，此外別無其他追求之
25 目的，亦即法共同體內之人，一旦違反規範就應受罰，猶如敲鐘
26 與聲響的關係一樣（康德、黑格爾學說）；（消極的）規範應報
27 說認為，犯罪乃對法秩序的破壞，對於這種否定法秩序的行為，

1 必須以刑罰的再否定，來恢復原本的法秩序，亦即否定的否定而
2 回歸到肯定（謝煜偉;161）；（積極的）一般預防說同樣重視規
3 範與刑罰對犯罪人回歸法和平的作用，但認為刑罰目的乃「規範
4 的再確認」與「實踐」，並藉此教育國民對於法的忠誠以及回復
5 國民對於法秩序的信賴；心理威嚇說則認為，刑罰目的在於威嚇
6 潛在犯罪人不可犯罪，因此積極的一般預防說與心理威嚇說都具
7 有一般預防功能，都是前瞻的，只是前者重在規範功能，後者重
8 在心理威嚇（謝煜偉;160）；矯治說，乃認為犯罪係一種疾病，
9 可以用人為矯治方式讓其痊癒；至於隔離說，則認為刑罰監禁的
10 目的無他，隔離使無害而已，故與規範及一般預防毫無關係。

11 （B）實證上矯治說成效不佳：上述的矯治說在美國1950~1970年
12 大規模的實驗後，發現不如原先想像的樂觀，其中最具震撼性的
13 文獻，乃1974年的《Martinson Report》。Martinson 曾針對
14 1945~1967年間，在美國及其他國家矯治體系中，以英語發表的
15 231個有關更生的報告，作了長達六個月的研究，並以在這些矯治
16 體系中曾經使用過的矯治措施，例如「職業教育訓練」、「個別諮
17 商」、「集體諮商」、「改變環境」、「藥物處遇」、「判決刑期」、「社
18 區處遇」、「保護管束與假釋」、「加強監視」等為自變項，來衡量
19 與他變項「再犯率」之間的關係。結果得出令人沮喪的結論：所
20 有的這些矯治措施對於人犯的更生及再犯率的降低一無用處，或
21 者說我們對於如何矯治犯罪人及降低再犯率尚無頭緒。Martinson
22 又接著說：「這並非意味著，我們發現並無成功或部分成功的案例；
23 而只是意味著，這些成功或部分成功的案例，因屬個別，以致於
24 無法成為明白的類型，以便彰顯任何特別處遇方式的效能。同時，
25 這些資料也並非意味著，更生領域之外的因素無法降低再犯率。
26 譬如，傾向這個因素，在30歲以上犯人的情形下，就會造成較低
27 的再犯率；其所意味的只是，在我們的處理方式下，這些因素似與

1 任一處遇模式稍微有關而已。其後，Martinson 在接受「至少有
2 20%矯治功能」的不同意見質疑後，也承認矯治確有若干功能。

3 (C) 死刑制度追求之目的合憲：矯治說出現不樂觀的結論後，
4 刑罰目的的焦點乃重新回到質化的、抽象的應報說或心理威嚇說
5 或隔離說上，死刑制度亦同。死刑制度在傳統應報說上追求的目
6 的是「死刑本身」，亦即行為人以自主意思犯死刑之罪而受死刑
7 宣告，乃其應得之果，其應甘受，故合憲；在消極的規範應報說，
8 死刑追求的目的乃經由死刑宣告，而回復原先法秩序的狀態，但
9 因受刑人已被汰除在法秩序之外，對其而言，除傳統應報說的惡
10 有惡報外，是否合憲，可能受到質疑，尤其是在「不可剝奪生命
11 的法秩序」之下。但我國現行憲法，非以不可剝奪生命為前提，
12 有此因得此果乃天經地義之事，故即使遭到汰除也應該合憲，除
13 非蔑視現行憲法；在積極的一般預防說，死刑追求的是規範的再
14 確認與回復國民對法的信賴，雖然以行為人的死亡作為追求社會
15 教化的手段，有違傳統應報說，但此乃成本效益論的本質，故應
16 合憲；在心理威嚇說，死刑追求的是對潛在犯罪人的威嚇，使其
17 不敢為惡，雖然從長期來看，死刑並無十足的威嚇功能，但也並
18 非全無作用，依照吾人的「生活經驗法則」，所有處罰都會產生
19 短暫效果，更何況死刑。此外，觀察被宣告死刑者無不紛紛尋找
20 各種救濟管道，可知死刑確有相當的威嚇功能，故仍合憲；在矯
21 治說方面，受死刑宣告及執行者已亡，故無所謂矯治成功與否問
22 題，若以矯治說為準，也無合憲與否問題；在隔離說方面，由於
23 死亡所追求之目的為「永久隔離」，故以現行憲法為準，死亡的
24 永久隔離目的，亦合憲，除非先驗地認定不得將人永久隔離，如
25 終生刑。

26 (3) 以死刑作為達成上述目的之手段，造成剝奪人民憲法上權利之
27 效果，是否為我國憲法所許？我認為「是的，是我國憲法所許」，

1 理由如下：

2 (A) 我國憲法並未如德國基本法般在第102條明定「廢死」，我國
3 憲法既無明確標準，則憲法之下的死刑法律有無違憲，實在不宜
4 輕易決定，除非經由「國民公投」。日本每隔幾年就由官方作一
5 次民意調查，以了解民意對於死刑的傾向，這樣作可能是較為負
6 責及民主化的政府，否則輕率即由幾人決定這麼重大且充滿價值
7 爭議的政策，實在危險。倘若勉強檢討死刑與憲法上諸原則有無
8 違反，亦即有無可能「間接違憲」，則可以討論的是「比例原則」。
9 眾所週知，比例原則也是由大法官在憲法第23條中，仿德國憲法
10 並經辯證而得，在我國憲法上其實並無此明確規定。但因比例原
11 則只有框架性，並不牽涉實質內容，故這麼多年來，倒也被國人
12 接受。而比例原則強調的是「適當性」、「必要性」、「法益權衡
13 性」。其中適當性主要是說「手段應與目的符合」，手段若非達成
14 目的之必要條件，即非手段；而必要性主要講的是「在幾個手段
15 中應選取最合理必要的一個」；法益權衡性則強調「維護之法益
16 與犧牲之法益應達平衡」。故死刑所要追求的目的，即與其可能
17 有手段是否適當、合理必要及有無平衡的問題。

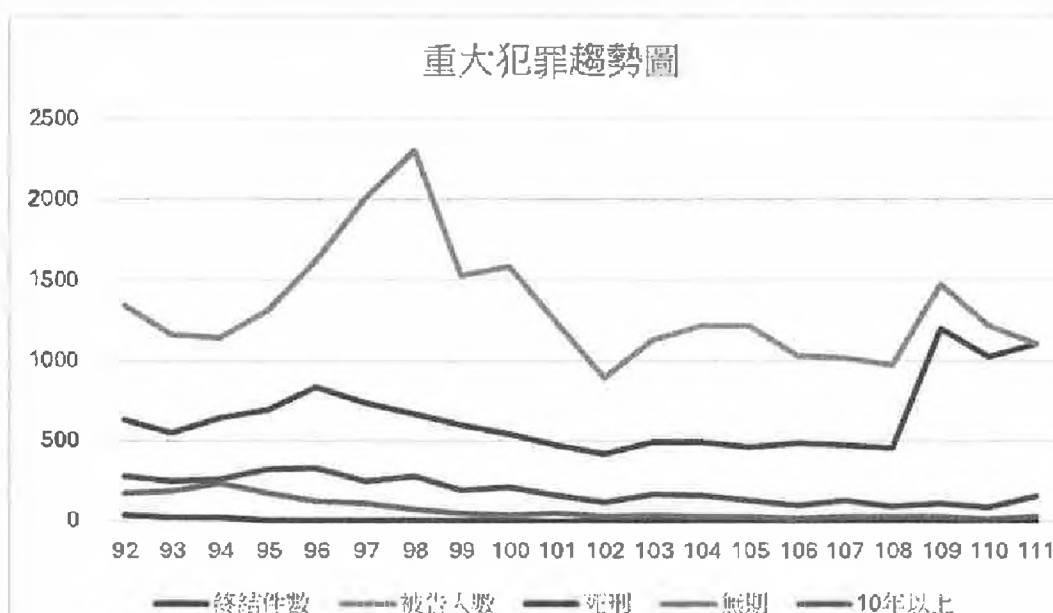
18 (B) 死刑作為手段，其所追求的目的，無非就是「抑制(重大)犯
19 罪」，也就是能否因死刑的規範與威嚇功能而讓(重大)犯罪減
20 少？觀察以下我國近20年來的重大刑事案件第一審裁判結果表及
21 趨勢圖，應該可以看出，在重大刑案終結件數、被告人數、處死
22 刑人數、處無期徒刑人數、處10年以上有期徒刑人數的趨勢線均
23 大致相同，但實際上在民國95、96、97、98、106、108、110、
24 112諸年，我國均未執行死刑。從而簡單比較得出：

- 25 a. 無論判處死刑人數多寡，對於重大刑案被告人數變動不大。
26 b. 無論是否執行死刑，對於重大刑案件數及遭判死刑人數影響均
27 不大。108、110年未執行死刑，但109年被告人數卻突然升高。

c. 民國95年後，判處死刑人數急遽減少，民國98年後判處無期徒刑人數也急遽減少，此與95~98年未執行死刑可能有關，亦即未執行死刑影響的可能是法官判處死刑或無期徒刑的態度，卻不影響（重大）犯罪的增減。

| 民國/項目 | 終結件數 | 被告人數 | 處死刑人數 | 處無期徒刑人數 | 處10年以上徒刑人數 |
|-------|------|-------|-------|---------|------------|
| 92 | 628 | 1,341 | 41 | 179 | 283 |
| 93 | 547 | 1,162 | 27 | 188 | 251 |
| 94 | 641 | 1,143 | 26 | 238 | 261 |
| 95 | 694 | 1,312 | 5 | 176 | 326 |
| 96 | 839 | 1,618 | 6 | 127 | 331 |
| 97 | 735 | 2,008 | 8 | 112 | 249 |
| 98 | 668 | 2,300 | 7 | 76 | 283 |
| 99 | 602 | 1,527 | 7 | 53 | 193 |
| 100 | 543 | 1,581 | 7 | 42 | 212 |
| 101 | 477 | 1,242 | 4 | 51 | 163 |
| 102 | 420 | 895 | 7 | 34 | 120 |
| 103 | 491 | 1,132 | 1 | 42 | 170 |
| 104 | 495 | 1,218 | 6 | 31 | 165 |
| 105 | 465 | 1,217 | 2 | 30 | 134 |
| 106 | 485 | 1,031 | 3 | 22 | 101 |
| 107 | 475 | 1,019 | 3 | 31 | 130 |
| 108 | 458 | 974 | 2 | 32 | 97 |
| 109 | 504 | 1,471 | 5 | 33 | 111 |
| 110 | 420 | 1,218 | 2 | 14 | 88 |
| 111 | 492 | 1,358 | 3 | 34 | 158 |

資料來源：92、102年司法統計



1 (C) 從上表及趨勢圖看出，死刑作為手段，對於「抑制整體（重
2 大）犯罪」的目的，並無「適當性」。但這種情形可能與死刑宣
3 告及執行無關，而與犯罪有太多原因有關，亦即刑罰只不過是增
4 減犯罪的原因之一而已。我們觀察對於竊盜的處罰便知，即使再
5 多的處罰，對於增減整體竊盜罪並無明顯作用；但若從個案來看，
6 監禁作為終止該「習慣犯」往後罪行的手段，卻是適當的。相同
7 道理，從個案看「重大累、再犯」的死刑，對其往後可能的犯罪
8 應有抑止作用。若不如此理解，則所有種類的處罰均缺乏適當性。
9 至於其餘的必要性及權衡性，因為死刑乃唯一手段，故亦無不符
10 問題。進而言之，對於捷運車廂殺人這種不知原因的重大殺人案
11 件，我們若不再從「比例性（重罪重罰、輕罪輕罰）」及「對稱
12 性（最重大的犯罪應處以最嚴厲的刑罰）」來檢討，則顯然無法
13 符合「實質的比例原則」，因為對於最重大的犯罪，卻無法用最
14 嚴厲的刑罰對應，顯然「罪刑失衡」。而最嚴厲的刑罰，無非就
15 是「以命償命的同害報復」。

16

17 二、經由上述論證，本人認為死刑制度合憲，但在實質比例原則下，
18 亦即在「罪與刑的比例性及對稱性」要求下，現行有死刑規定之
19 法律，宜作限縮：

20 (一)(1) 得適用死刑之犯罪類型，原則上應限定在剝奪生命之重
21 大犯罪上，但有少數例外，如戰犯或恐怖分子，其餘均宜修正，
22 理由在於「同害報復」。

23 (2) 本件各申請案所適用的罪名，因都屬剝奪生命之重大犯
24 罪，故無違憲問題，理由亦為「同害報復」。

25 (二)(1) 得適用死刑的刑事被告範圍，應與一般刑事被告同，必
26 須限於有自由意志、有違法性意識、有罪責的被告。

27 (2) 若被告依其行為時的辨識能力程度，而有不罰或得減輕

1 其刑的差別，並且因此而有宣告死刑、無期徒刑或有期徒刑之區
2 別，此乃適用刑法第19、64、65、66條之結果，並未違反平等原
3 則，亦無違憲問題。

4 (三)死刑由於其嚴厲性、不可回復性，以及有誤判及誤量之可
5 能，故在現行法上宜多一些配套措施，例如死刑裁判第三審應採
6 行強制辯護、並行言詞辯論，各審級證據能力應無任何瑕疵、證
7 據種類宜多元而不可僅有共同被告證詞或生物證據、証明力應達
8 無可懷疑程度，甚至須法官全員一致同意；此外，執行方式亦應
9 改變成較具人道之方式。但最高法院定讞後，不宜再多出一些遲
10 延執行的非常救濟程序，否則我國司法難獲國民信任。就此而
11 言，刑事訴訟法第388條確已非修不可，因為與現行措施相反。
12 但似以「統一解釋法律」方式為之即可，無須認其違憲，否則非
13 但憲法並無相關之概念規定，且動輒認定違憲，易讓國民懷疑憲
14 法之基本規範性及長期穩定性。

15 三、由於我國民調曾經顯示，雖然反廢死者占8成，但若改以「不得
16 假釋之終生刑」取代，則反廢死者即縮小為6成餘。是故，在死
17 刑與得假釋之無期徒刑中間，若加上一個「不得假釋之終生
18 刑」，可能可以緩和死刑的嚴厲性及減少判死數量，這也是我國
19 解決「廢死、反廢死」爭議之一個良好方法。

20 本文主要參考資料：

21 一、謝煜偉，重新檢視死刑的應報意義，中研院法學期刊，第15期，
22 2014年9月，頁139~206。

23 二、許家馨，應報即復仇？——當代應報理論及其對死刑之意涵初
24 探，中研院法學期刊，第15期，2014年9月，頁207~282。

25 三、李茂生，應報、死刑與嚴罰的心理，中研院法學期刊，第17期，
26 2015年9月，頁295~311。

27 四、101年司法統計、111年司法統計。

1

2

附屬文件之名稱及其件數

| 文件編號 | 文件名稱或內容 | 備註 |
|------|---------|----|
| | | |
| | | |

3

4

5

此致

6

憲法法庭

公鑒

7

8 中華民國 113 年 4 月 8 日

9

具狀人鄭善印

鄭善印



10

撰狀人

(簽名蓋章)