

憲法法庭 法規範憲法審查 辯論意旨 書 (言詞辯論問答補充)

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)  
陳錫卿 (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)

憲法法庭收文
113. 5. 14
憲A字第 871 號

訴訟代理人 姓名：李宣毅律師

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

聲請人 蕭新財 (會台字 13460)  
楊書帆 (107 年度憲二字第 276 號)  
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		
2		
3	壹、 死刑作為不能被正當化的違憲刑罰手段，只是在犯罪後對社會加增純粹的惡害，	
4	而不是憲政國家中合憲的刑罰，應予廢除.....	4
5	一、 刑罰制度先於憲法存在，然受憲法對於刑罰制度內容的嚴格管控、與刑罰邊界的	
6	絕對框架性限制.....	5
7	二、 死刑有關之三號解釋標的與本案不同，且憲法實務已發生變遷.....	12
8	(一) 系爭三號解釋不構成憲法訴訟法第 42 條第 1 項本文之程序障礙.....	12
9	(二) 憲法實務已有變遷.....	18
10	1、 憲法實務所確立國家行為不可侵越之界線與程序效果.....	19
11	(1) 國家行為有不可侵越之憲法界限.....	19
12	(2) 基本權干預不可侵越的絕對與相對憲法界限。.....	21
13	(3) 國家行為對人民之重大干預的程序效果.....	22
14	2、 憲法實務操作罪刑相當原則已有長足之開展.....	23
15	3、 憲法實務關於刑罰規範之審查方式，已有實質變遷.....	26
16	(三) 其他情事亦有重大變遷：.....	38
17	1、 民主轉型與防衛性民主思潮：.....	38
18	2、 死刑替代方案與司法實務之典範移轉：.....	39
19	3、 重刑思想的失控趨勢：.....	40
20	4、 關注被害人的修復式司法：.....	41
21	(四) 小結：.....	44
22	三、 本件憲法判斷不生溯及效，對確定並執行之刑事死刑判決不生影響：.....	45
23	貳、 憲法決定論與抗多數決困境：.....	48
24	參、 結語：.....	52
25		
26		

1 謹就併案審理死刑案，關於辯論期日 鈞庭垂詢問答，補充辯論意旨事：

2  
3 壹、聲請人方主張死刑制度違憲，理由在於以剝奪人民的生命為刑罰，逾  
4 越憲法容許國家干預基本權的絕對界限，而一個不能被正當化的刑罰手  
5 段，只是在犯罪後對社會加增另一個純粹的惡害，而不是一個合憲的刑  
6 罰。

7  
8 代理人既主張死刑違憲，則死刑違憲與廢除死刑，對代理人即非可分的  
9 兩種決定，而只是同一件事：死刑如屬違憲，國家就根本不可以使用死  
10 刑，而應該將死刑從憲法的法秩序中除去。更應強調者，所謂死刑違憲  
11 與廢除死刑分屬二事，除了預設死刑「合憲」之結論外，更類似於混淆  
12 目的與理由、對動機加以惡意攻擊的誅心謬誤：「不能為了（由司法）  
13 廢除死刑，而（強行）主張或宣告死刑違憲。」。

14  
15 正如代理人主張，對憲法訴訟而言，國家存置死刑制度與國家對於死刑  
16 的使用，不是好不好的問題，而是對不對的問題，不是政治問題，而是  
17 憲法問題；代理人問的是國家刑罰權行使的憲法界限問題，問的是國家  
18 可不可以、能不能夠用刑罰殺人的問題。代理人因此從死刑對人性尊嚴  
19 的冒犯、對人民有不可容忍的恣意過度處罰風險與對生命權的侵害不能  
20 通過憲法審查等路徑主張違憲。至關於冤罪論而廢死，代理人並在正當  
21 法律程序中予以補充，這種源於司法制度的不完美必然、而現實上不可  
22 避免的冤罪危險，對人民所可能產生的恣意、過度的死刑刑罰，以及對  
23 於國家主張死刑「正義性」基礎的重大動搖。

24  
25 代理人再次重申：死刑作為不能被正當化的違憲刑罰手段，只是在犯罪  
26 後對社會加增純粹的惡害，而不是憲政國家中合憲的刑罰。

1 一、刑罰制度固具有先憲法存在之價值與意義，而為憲法所接納，令立  
2 法者得以之為維持社會秩序的工具；然基於刑法對基本權限制的本  
3 質性與歷史經驗的工具化高度危險，應受憲法價值體系，為刑罰制  
4 度內容的嚴格管控、與刑罰邊界的絕對框架性限制，始與實質意義  
5 的法治國下的「罪刑『法定』原則」無違，並合乎我國憲法第二章  
6 第 23 條對人民基本權保障之體系正義。

7  
8 允請 鈞庭斟酌者，乃刑罰、乃至於整個刑法體系究竟是甚麼？對  
9 於「過去已經發生」的、確定的惡害結果，給予非價責難，並對於  
10 行為人（也就是被告），以干預其基本權的方式，對其製造惡害的  
11 「制裁」，究竟對憲政秩序帶來何種正面的價值？

12  
13 此應值提醒者，作為一個「純粹」回應「過去已經發生而確定」的  
14 惡害（或說犯罪）結果，國家使用刑法、刑罰，以「制裁犯罪」的  
15 正義之名，額外對加害人製造一個惡害，以為對處。相比於民事賠  
16 償、行政罰、秩序罰，刑罰特別專注地指向對基本權的侵害，也就  
17 是對基本權的持有者，基於制裁的本質與目的，對其製造惡害與痛  
18 苦。然而人類苦難的歷史經驗告訴我們，刑罰一貫被用作為統治工  
19 具<sup>1</sup>（附件 41），如何避免刑罰成為純粹的社會控制工具，就是面對  
20 刑法的憲法學任務。

21  
22 在這樣的認識下，整個刑罰制度的目的，根源雖然在對應人心最幽

---

<sup>1</sup> 鍾宏彬，法益理論的憲法基礎，許玉秀教授指導，國立政治大學法律學研究所碩士論文，1999 年 7 月，第一章第 2 頁：「自古以來都是受政治影響最深的法律，因為它往往被當作整肅異己的統治工具；就算不被用在鬥爭，由於刑法強力的震懾效果，也經常被渴望安定秩序的大眾與追求政績的善意執政者，拿來處理社會問題。也就是說，統治者和大眾這兩方，不管是否對國家社會有共同的理想，他們當下最迫切追求的秩序和利益分配願景，都會反映在刑法上。」

1 微的、對於「制裁」「犯罪」以「回復」「正義」的期待，而各種  
2 刑法理論與憲法的要求，就是將刑罰這件事升華到有別於純粹的復  
3 仇，而是一個理性的「應報」，甚至是、乃至是一個社會遭受犯罪  
4 破壞、重新建構的憲法學任務：集中於控制國家對刑罰的使用，在  
5 目的上賦予刑罰正面的憲法與社會意義，同時在手段上約束入罪的  
6 門檻，限制處罰的種類，與控制處罰的強度。

7  
8 在前揭「刑罰係由來於人類正義感情而對惡行所為的反動，本質上  
9 屬於應報，對受刑人而論皆是以苦痛為內容之執行。刑罰既屬為維  
10 持國家秩序所被承認的制度，自然期待其扮演著實現一定目的的功能」<sup>2</sup>(附件 42)的理解下，無論法益理論或應報理論的重構，都可  
11 以認為是在嘗試賦予刑罰在「復仇」以外的正面社會意義，而得以  
12 此將先於憲法存在的刑罰制度，安放於自由民主憲政秩序的框架  
13 內。  
14

15  
16 換言之，代理人以為，憲法秩序下的刑罰制度，就是本於人民對他  
17 人基本權的侵害行為，或對於社群最根本價值秩序的重大冒犯行為  
18 始得施加處罰的回應，亦即由法益理論的法益侵害與保護來控制如  
19 何合憲地「入罪」；國家因而在憲法秩序內，為避免復仇循環而基  
20 於國家刑罰主義，對應於侵害與冒犯的程度，透過對行為人施以基  
21 本權限制之制裁，宣示規範有效，也就是應報理論與刑罰目的論的  
22 憲法意義，在於重新宣示法規範秩序的效用，並回復法和平秩序、  
23 促進犯罪市民再社會化的過程。此法治國原則下的刑罰制度，並非  
24 僅僅要求立法者應以憲法第 170 條以立法院通過，總統公布之形式

---

<sup>2</sup> 黃朝義，刑事政策刑罰論，警大法學論集第 39 期，109 年 10 月，頁 53。

1 意義上之法律明定罪刑為已足，更要求其內容需符合實質意義法治  
2 國下的憲政秩序，始符合法治國原則下之「罪刑『法定』」原則。

3  
4 觀司法院釋字第 791 號解釋：「基於刑罰之一般預防犯罪功能，國  
5 家固得就特定行為為違法評價，並採取刑罰手段予以制裁，以收遏  
6 阻之效。然基於刑法謙抑性原則，國家以刑罰制裁之違法行為，原  
7 則上應以侵害公益、具有反社會性之行為為限，而不應將損及個人  
8 感情且主要係私人間權利義務爭議之行為亦一概納入刑罰制裁範  
9 圍」<sup>3</sup>，即明示「入罪」門檻受到憲法之限制<sup>45</sup>，立法者並不得將任  
10 何行為入罪化而課以刑事處罰：「即使管制再怎麼不夠，也不是都  
11 可以用刑法來湊」。

12  
13 此種就社會中某種「刑罰萬能論」實係對整體公共秩序之妨害，亦  
14 可見於憲法實務中，如謝大法官銘洋之批評：「國家對個人之刑  
15 罰，應是不得已的強制手段，特別是自由刑，涉及對人民身體自由  
16 的嚴重限制，除非必須對其採強制隔離施以矯治，才能維護社會秩  
17 序時，其科處始屬正當合理（本院釋字第 544 號解釋參  
18 照）。」、「然而過去國人對於刑罰的『迷戀』程度，在其他民主  
19 國家殊屬罕見，許多案件其實都只是民事糾紛，但卻因為有刑罰的  
20 規定，不僅可以『以刑逼民』，還可以利用檢察官來蒐集證據，而  
21 且刑事附帶民事無須繳納裁判費，更是助長了以刑逼民的風  
22 氣。」、「若人民對刑罰的依賴性過高，須靠國家刑罰來解決民事

<sup>3</sup> 司法院釋字第 791 號解釋理由書第 31 段。

<sup>4</sup> 司法院釋字第 791 號解釋許大法官志雄提出之協同意見書，似認為此段理由應係指刑罰手段本身違憲，頁 13-14。

<sup>5</sup> 司法院釋字第 791 號解釋黃大法官昭元提出之協同意見書：「從現代憲法的原則來看，國家應否以刑罰手段制裁通姦？這就是通姦罪是否違憲的問題核心。」，堪稱切中要害，頁 1、第 1 段。

1 紛爭，不僅無法真正解決問題，而且造成更大的社會問題並嚴重浪  
2 費國家司法資源。」<sup>6</sup>。

3  
4 相對於「入罪」的憲法界限，我國憲法實務更多在處理「處刑」的  
5 憲法界限，司法院釋字第 551 號解釋即指出立法者使用之刑罰效  
6 果，應受憲法第 23 條比例原則之審查<sup>7</sup>，此後並作成多宗立法者刑  
7 罰效果違反罪刑相當原則或應為合憲性限縮之解釋與判決<sup>8</sup>，除一例  
8 係將罪刑相當之保護擴張及於非常救濟程序權之情況<sup>9</sup>，其中多數係  
9 針對情節輕微個案課以過重之處罰<sup>10</sup>，即立法者訂定過高之最低刑  
10 度（「低消」過高），而於此部分認為違反罪刑相當原則之情形，  
11 顯屬可認為憲法實務於罪刑相當原則處理較為嫻熟的類型。較特別  
12 係司法院釋字第 551 號及第 630 號解釋，以「均衡性」確認「同害  
13 報復」不符罪責原則，並對準強盜罪為合憲性限縮，以衡平劃定刑  
14 度相當於強盜罪之罪責界線；另外 鈞庭 113 年憲判字第 3 號判決  
15 以「併此指明」之方式，對刑法第 309 條於科處自由刑之具體案件  
16 情節應有之憲法「入刑門檻」<sup>11</sup>。

17  
18 另司法院釋字第 796 號解釋亦指出，如立法者制定之法律對人身自

<sup>6</sup> 司法院釋字第 791 號解釋謝大法官銘洋提出之協同意見書，頁 2。

<sup>7</sup> 司法院釋字第 551 號解釋理由書第 1 段：「憲法第八條、第十五條明定人民身體之自由與生存權應予保障。立法機關為實現國家刑罰權，本於一定目的，對於特定事項以特別刑法規定特別之罪刑，其內容須符合憲法第二十三條所定要件。」

<sup>8</sup> 司法院釋字第 630 號、第 669 號、第 775 號、第 777 號，及第 790 號解釋；憲法法庭 111 年憲判字第 2 號、112 年憲判字第 13 號，及 113 年憲判字第 3 號判決。

<sup>9</sup> 憲法法庭 111 年憲判字第 2 號判決。

<sup>10</sup> 司法院釋字第 669 號、第 775 號、第 777 號，及第 790 號解釋；憲法法庭 112 年憲判字第 13 號。

<sup>11</sup> 憲法法庭 113 年度憲判字第 3 號判決理由第 64 段：「惟系爭規定就公然侮辱行為處以拘役部分，雖屬立法形成空間，且法院於個案仍得視犯罪情節予以裁量，然拘役刑究屬人身自由之限制，其刑罰重於屬財產刑性質之罰金刑，縱得依法易科罰金，基於憲法罪刑相當原則之精神，單以言論入罪即剝奪人民身體自由，仍有過苛之虞。本於憲法保障人身自由及言論自由之意旨，系爭規定所定之拘役刑，宜限於侵害名譽權情節嚴重之公然侮辱行為，例如表意人透過網路發表或以電子通訊方式散佈公然侮辱言論，從而造成持續性、累積性或擴散性嚴重損害之可能者，始得於個案衡酌後處以拘役刑。」



1 由產生「過度剝奪」，則違反比例原則而違憲侵害憲法第 8 條保障  
2 之人身自由<sup>12</sup>；此意旨亦為 鈞庭 113 年憲判字第 2 號判決所重申  
3 <sup>13</sup>，換言之刑罰剝奪基本權之程度，仍有其「刑罰界限」，不得構  
4 成「過度」之剝奪。

5  
6 由此憲法實務可為明證：對於刑罰之入罪原因、入罪態樣、刑度設  
7 計之安排、最低刑度之門檻等，無一不受違憲審查機關依憲法為全  
8 面之控制。舉輕以明重，如刑罰之「低消」、「均衡性」、「過度  
9 與否」與個別刑種之「入刑門檻」均受到憲法嚴格之控制，刑罰之  
10 各種「邊界」乃至「內涵」顯然均受憲法嚴格之管束。甚至如刑罰  
11 自罰金刑跳躍至自由刑之邊界， 鈞庭已可以幾乎如「著無庸議」  
12 地「併此指明」，殊難想像從自由刑跳躍至生命刑的邊界，可以毫  
13 無理由地任由立法者、司法者保留恣意的量刑邊界，本於無限制的  
14 自由裁量科處死刑，而不受憲法原理原則的框架性支配。凡此足  
15 認，基於實質法治國原則，雖然憲政制度容任國家對刑罰的使用，  
16 然仍務求將刑罰嚴格控制在憲政秩序框架中，避免國家對刑罰的使  
17 用最終流於失控，反而動搖憲法的基本價值。

18  
19 代理人以為，更可以將謝大法官銘洋的觀察，從另一個角度去理  
20 解。如回頭思索刑罰「以暴制暴」的現象外觀，即國家壟斷並施以  
21 刑罰、「對過去的惡害施以新惡害」這個樣貌來看，並沒有為社會  
22 創造積極的價值，反而指向緩和犯罪對社會與被害人的驚恐與憤怒  
23 的情緒，此毋寧更類似於一種由國家透過統治權力、以犯罪者生命

---

<sup>12</sup> 司法院釋字第 796 號解釋理由書第 8 段。

<sup>13</sup> 憲法法庭 113 年憲判字第 2 號理由第 28 段與第 33 段。

1 所創造的政治嗎啡。一如毒蟲對毒品帶來「爽快」的無止境「物質  
2 毒癮」追求，人民對刑罰不受控制的依賴與迷戀，也會產生「精神  
3 毒癮」，結果就是立法政策上毫無根據的「刑罰萬能論」與「重刑  
4 迷思」：當社會情緒不滿足於秩序違反的民事或行政管制手段，就  
5 更期待轉向刑罰純粹的「惡害」，輕的惡害存在不足以鎮靜社會的  
6 躁動情緒，就會指向更重的惡害，直至重無可重。這也正是所引用  
7 立法理由所觀察，「非惟無懲肅之效力，適養成國民殘忍之風」、  
8 「不但不足以懼民，而反養成殘忍之性」，直至最嚴峻、乃至比最  
9 嚴峻而更嚴峻的刑罰，都可以冠以罪有應得、社會秩序、國家安全  
10 等種種正義之名，而被主張為國家社會所需要也必要。

11  
12 據此我們也可以看出，刑法並不是國家對基本權保護機能的制度，  
13 並且此種說法具有顯然之謬誤。終究實則刑法只有創造一個「犯罪  
14 後會遭受制裁」的法秩序，但並沒有對於法益遭受侵害的風險，從  
15 事前予以積極的防免，或創造任何現實的障礙。以具有高度反覆發  
16 生可能的家庭暴力罪為例，代理人也常面對家暴者諮詢家庭暴力事  
17 件並詢問聲請保護令之效果，然而當代理人卻常於協助盤點其環境  
18 與關係的風險因子時以為保護措施之建議時，卻不得不經常提出當  
19 事人現實上仍存在遭受暴力行為的高度風險，除了聲請保護令外也  
20 應該有其他現實的避險思考。畢竟違反保護令罪只能在犯罪發生  
21 後，增加行為人的懲罰，但不會在拳頭或是武器落到人的身體上的  
22 時後，從身體上冒出一個名為「憲法與法律」的「保護令」「力  
23 場」，把傷害人的拳頭或武器彈回去。

24  
25 所以某種程度，國家刑罰主義，毋寧是國家對於人民基本權保護義

1 務失能的「債務不履行」責任，而且還是責任中最廉價的那一種  
2 <sup>14</sup>。由此即可明瞭，刑罰並不是國家履行基本權保護義務的內涵，  
3 如果國家是正面、積極地保護基本權，是應該透過社會政策的改  
4 善，消除社會中不安全的因子，並且在犯罪發生之後，積極且長期  
5 地給予受犯罪影響之人陪伴與支持，將每一個被犯罪影響的人民，  
6 都能夠盡可能地「回復原狀」，不管是經濟上的、關係上的、對法  
7 秩序的信賴上的，乃至於對法和平的安定期待。

8  
9 代理人據此主張，刑罰制度固具有先憲法存在之價值與意義，而為  
10 憲法所接納，令立法者得以之為維持社會秩序的工具；然基於刑法  
11 對基本權干預的本質性、與歷史經驗的高度工具化危險，應受憲法  
12 價值體系、為刑罰制度內容的嚴格管控、與刑罰邊界的絕對框架性  
13 限制，始與實質意義的法治國下的「罪刑『法定』原則」無違，並  
14 合乎我國憲法第二章第 23 條：「以上各條列舉之自由權利，除為  
15 防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利  
16 益所必要者外，不得以法律限制之。」對人民基本權保障之體系正  
17 義旨趣<sup>15</sup>。

<sup>14</sup> 於此值補充者，乃確立非直接故意為死刑障礙即間接故意不得判死之最高法院 110 年度台上字第 3229 號刑事判決即湯景華案，原因事實即倖存之被害人曾在另案為受判決人利之證人作證，經受判決人提告偽證後，相關司法文書並未依憲法保障資訊隱私權之旨趣遮掩該倖存被害人之住所，至被害人循司法文書上被害人住所所在放火至被害人一家死於祝融，倖存被害人因當兵而脫免於死。本案就犯罪結果而言，國家機關之疏失與該犯罪結果，具有不可或缺之因果關係，而為國家「加害給付」之適例。

<sup>15</sup> 憲法法庭 113 年度憲判字第 2 號判決許大法官志雄協同意見書：「憲法審查時，對立法機關之政策形成抱持高度尊重態度，乃立法裁量論之旨趣。而比例原則之運用，必然蘊含利益衡量及價值選擇，自始與立法裁量格格不入。蓋若依比例原則作成違憲判斷，則無異於司法機關經過利益衡量及價值選擇後，推翻立法機關之政策形成，乃至自為決策。是多數意見一方面承認立法裁量，另一方面卻採行比例原則，並作成違憲判斷，難免出現矛盾。」、「翁岳生大法官於釋字第 455 號解釋協同意見書中指出：『立法者於制定法律時，於不違反憲法之前提下，固有廣大的形成自由，然當其創設一具有體系規範意義之法律原則時，除基於重大之公益考量以外，即應受其原則之拘束，以維持法律體系之一貫性，是為體系正義。』嗣憲法審查實務明白承認，體系正義為憲法上之要求（釋字第 667 號、第 688 號、第 777 號、第 781 號、第 782 號及第 783 號解釋參照）」，頁 3

1 二、司法院釋字第 194 號、第 263 號與第 476 號解釋即系爭三號解釋與  
2 本件憲法訴訟之訴訟標的並非同一，且系爭三號解釋後，憲法實務  
3 與有關情事已經發生變遷：

4  
5 (一) 系爭三號解釋對與本案形式上即可比對並非同一解釋或訴訟標  
6 的，於本件不構成憲法訴訟法第 42 條第 1 項本文之形式程序障  
7 礙：

8  
9 按憲法訴訟法第 42 條第 1 項、第 2 項明定：「法規範審查案件  
10 或機關爭議案件，經司法院解釋或憲法法庭判決宣告不違憲或  
11 作成其他憲法判斷者，除有本條第二項或第三項之情形外，任  
12 何人均不得就相同法規範或爭議聲請判決。」、「各法院、人  
13 民或地方自治團體之立法或行政機關，對於經司法院解釋或憲  
14 法法庭判決宣告未違憲之法規範，因憲法或相關法規範修正，  
15 或相關社會情事有重大變更，認有重行認定與判斷之必要者，  
16 得分別依第三章或第七章所定程序，聲請憲法法庭為變更之判  
17 決。」，因此本案中不斷有關係機關、學者專家乃至社會大  
18 眾，均基司法院釋字第 194 號、第 263 號與第 476 號解釋，提  
19 出「大法官曾三次宣告死刑合憲」之主張，或指出憲法或相關  
20 法規範並未修正或社會並未變遷，或認為 鈞庭應維持原議  
21 等，強調本案標的具有不可質疑之合憲性。

22  
23 應值代理人辨明者，此係憲法訴訟「既判力遮斷效」之原則與  
24 例外，即對於業經解釋或裁判之「訴訟標的」於「形式上」  
25 「原則否認」其爭訟可能性，以確保法安定性，並「例外」明

1 定重為解釋或判決之要件。此觀立法理由：「二、第一項：本  
2 法修正施行前之司法院解釋及依本法所為之憲法法庭判決，均  
3 有拘束各法院、機關、地方自治團體及人民之效力，且為維護  
4 憲法秩序之安定，解釋或判決均不宜輕易變更。非但不許該解  
5 釋或判決之當事人基於同一原因案件復聲請變更，亦不許當事  
6 人或當事人以外之任何人基於其他原因案件聲請變更。」、  
7 「三、第二項：（一）惟考量法規範憲法審查機制之最高宗旨，  
8 仍在追求客觀法規範秩序之合憲性，是法規範縱經司法院解釋  
9 或憲法法庭判決宣告未違憲，如有因憲法或相關法規範有所修  
10 正，或相關社會情事已有重大變更，而有重行檢視審認予以變  
11 更或補充之必要時，應例外允許各法院、人民或地方自治團體  
12 之立法或行政機關，分別依第三章第二節、第三節及第七章所  
13 定聲請法規範審查之程序聲請判決變更前所作成之解釋或判  
14 決。（二）至於國家機關或立法委員，如對於法規範之合憲性仍  
15 有疑義，應本其憲法職權提案修正或為適當措施，爰不賦予聲  
16 請變更判決之權。<sup>16</sup>」，即可明瞭。

17  
18 其中司法院釋字第194號解釋爭點係以：「煙毒條例販賣毒品  
19 處死刑之規定違憲？」，解釋文以：「戡亂時期肅清煙毒條例  
20 第五條第一項規定：販賣毒品者，處死刑，立法固嚴，惟係於

---

<sup>16</sup> 此部分立法理由已實質變更司法院釋字第405號解釋見解，同時亦可回應關於憲法法庭對於抗多數決的疑慮。依現行憲法訴訟法本條立法理由所採態度，基於憲法機關間既彼此協作又相互制衡的立場，如果立法機關或行政機關對於憲法法庭的判決結果不滿意，固然不可以直接推翻憲法法庭判決的直接效力，然而並不妨害立法機關或行政機關另行提案立法，嘗試開創新的憲政秩序狀態，挑戰憲法法庭過去的見解。此可認為係平等的憲法機關，透過憲法所賦予的權力，於憲政秩序框架內彼此對話的過程。司法機關在此的挑戰是，如何藉由司法說理的本質，與定紛止爭的功能性，嘗試讓其他憲法部門接受司法決定的「正義性」，並穩定社會對該爭議的潛在不安。換言之，透過國家社會既有共同認可的價值為基礎，說服其他憲法機關，目前這個司法機關的決定，也是我們國家社會應該共同認可的價值。

1 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  
2 制定，與憲法第二十三條並無牴觸，亦無牴觸憲法第七條之可  
3 言。」，理由有關聯性部份指出：「戡亂時期肅清煙毒條例為  
4 特別刑法，其第五條第一項：「販賣、運輸、製造毒品或鴉片  
5 者，處死刑」之規定，立法固嚴，惟因戡亂時期，倘不澈底禁  
6 絕煙毒，勢必危害民族健康、國家安全及社會秩序，故該項規  
7 定與憲法第二十三條並無牴觸。又該條例第五條第一項規定，  
8 並不因男女、宗教、種族、階級、黨派之不同而異其適用，亦  
9 無牴觸憲法第七條之可言。」，其中動員戡亂時期乃根據動員  
10 戡亂時期臨時條款予以補充或限制憲法之適用，與現今承平時  
11 期之憲法有顯然之差異，且戡亂時期肅清煙毒條例為此時期之  
12 特殊立法且業經廢止，此差異並為解釋文與解釋理由所明文承  
13 認，因此司法院釋字第 194 號解釋之解釋標的、解釋時之憲法  
14 規定與解釋時之法律規定，均與本案有所不同，無論如何難認  
15 本案聲請標的即刑法第 33 條死刑制度與相關與殺人罪有關之刑  
16 法分則規定，為司法院第 194 號解釋效力之所及，或至少已有  
17 解釋標的之憲法與相關法規範之修正，且代理人亦認有關情事  
18 亦有重大變遷，而有重行認定與判斷之必要。

19  
20 又司法院釋字第 263 號解釋係針對：「懲治盜匪條例擄人勒贖  
21 唯一死刑之規定違憲？」，解釋文認：「懲治盜匪條例為特別  
22 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  
23 情況及結果如何，概以死刑為法定刑，立法甚嚴，惟依同條例  
24 第八條之規定，若有情輕法重之情形者，裁判時本有刑法第五  
25 十九條酌量減輕其刑規定之適用，其有未經取贖而釋放被害人

1 者，復得依刑法第三百四十七條第五項規定減輕其刑，足以避  
2 免過嚴之刑罰，與憲法尚無牴觸。」，理由書有關聯部份以：  
3 「刑法第三百四十七條第一項規定：『意圖勒贖而擄人者，處  
4 死刑、無期徒刑或七年以上有期徒刑』。懲治盜匪條例為特別  
5 刑法，其第二條第一項第九款對意圖勒贖而擄人者處死刑之規  
6 定，則旨在提高意圖勒贖而擄人罪之刑度，期能遏阻此種犯  
7 罪，維護治安，使社會大眾免於遭受擄人勒贖之恐懼。此項規  
8 定，不分犯罪之情況及其結果如何，概以死刑為法定刑，立法  
9 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  
10 政策妥為檢討。惟依同條例第八條之規定，上述擄人勒贖案  
11 件，仍適用刑法總則及刑法分則第一百六十七條、第三百四十  
12 七條第五項之規定。裁判時若有情輕法重之情形者，本有刑法  
13 第五十九條酌量減輕其刑規定之適用，其有未經取贖而釋放被  
14 害人者，亦得減輕其刑，足以避免過嚴之刑罰。是上開懲治盜  
15 匪條例第二條第一項第九款之規定，尚難謂與憲法牴觸。」，  
16 其中懲治盜匪條例為特別刑法，乃特別針對刑法部分行為，另  
17 為加重刑度之法律特別規定，如今以被認為不合時宜而經立法  
18 院廢止，更重要者乃司法院釋字第 669 號解釋即認為刑法第 59  
19 條，並非適足之衡平條款，足認司法者對於刑罰邊界的合憲性  
20 控制，有趨向更為嚴格審查的趨勢，不容立法者以特別刑法無  
21 止盡地在普通刑法以外訴諸重刑<sup>17</sup>。因此司法院釋字第 263 號解  
22 釋之解釋標的，其法律規定與立法原旨，均與本案有所不同，

<sup>17</sup> 司法院釋字第 669 號解釋許大法官宗力提協同意見書：「最後本席必須善意提醒立法者，切莫誤認對特別刑法中的重刑規定，只要一律設置衡平條款即為合憲。固然衡平條款配合刑法第五十九條規定，已經能大幅降低刑罰的嚴峻性，不過針對特別刑法的目的位階、適合性、必要性、相當性、明確性等，仍將面臨司法者愈益嚴格的檢視。蓋在嚴格審查標準下，眾多特別刑法規定以嚴刑峻罰作為維護治安之手段，是否能提出實證基礎支持其適合性與必要性，本席有理由對之不敢樂觀。」

1 實則就解釋文所據特別刑法同一行為態樣之法條刑法第 347 條  
2 第 1 項規定已修正為：「意圖勒贖而擄人者，處無期徒刑或七  
3 年以上有期徒刑。」對不生死結果之單純擄人勒贖犯行，亦  
4 排除死刑之適用，而有解釋基礎之變更，無論如何難認本案聲  
5 請標的即刑法第 33 條死刑制度與涉殺人罪而科處死刑之有關刑  
6 法分則規定（包括刑法第 348 條第 1 項擄人勒贖而故意殺人之  
7 規定），為司法院第 263 號解釋效力之所及，或至少已有解釋  
8 標的之相關法規修正，且代理人亦認有關情事亦有重大變  
9 遷，而有重行認定與判斷之必要。

10  
11 另司法院釋字第 476 號解釋係針對：「毒品條例之死刑、無期  
12 徒刑規定違憲？」，解釋文係認為：「人民身體之自由與生存  
13 權應予保障，固為憲法第八條、第十五條所明定；惟國家刑罰  
14 權之實現，對於特定事項而以特別刑法規定特別之罪刑所為之  
15 規範，倘與憲法第二十三條所要求之目的正當性、手段必要  
16 性、限制妥當性符合，即無乖於比例原則，要不得僅以其關乎  
17 人民生命、身體之自由，遂執兩不相侔之普通刑法規定事項，  
18 而謂其係有違於前開憲法之意旨。」、「中華民國八十一年七  
19 月二十七日修正公布之『肅清煙毒條例』、八十七年五月二十  
20 日修正公布之『毒品危害防制條例』，其立法目的，乃特別為  
21 肅清煙毒、防制毒品危害，…對於此等行為之以特別立法嚴厲  
22 規範，當已符合比例原則；抑且…若僅藉由長期自由刑措置，  
23 而欲達成肅清、防制之目的，非但成效難期，要亦有悖於公平  
24 與正義。肅清煙毒條例第五條第一項：『販賣、運輸、製造毒  
25 品、鴉片或麻煙者，處死刑或無期徒刑。』毒品危害防制條例



1 第四條第一項：『製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或  
2 無期徒刑；處無期徒刑者，得併科新臺幣一千萬元以下罰  
3 金。』其中關於死刑、無期徒刑之法定刑規定，係本於特別法  
4 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  
5 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  
6 五條亦無牴觸。」，其理由關聯而主要不重複部分以「憲法第  
7 八條、第十五條固明定人民身體之自由與生存權應予保障；惟  
8 國家刑罰權之實現，立法機關本於一定目的，對於特定事項而  
9 以特別刑法規定特別之罪刑，以別普通刑法於犯罪及刑罰為一  
10 般性規定者，倘該目的就歷史淵源、文化背景、社會現況予以  
11 觀察，尚無違於國民之期待，且與國民法的感情亦相契合，自  
12 難謂其非屬正當；而其為此所採取之手段，即對於人民基本權  
13 利為必要之限制，乃補偏救弊所需，亦理所當為者，即應認係  
14 符合憲法第二十三條之比例原則。至於其依循上述目的與手段  
15 間之均衡，就此等特定犯罪之評價所為之法定刑規定，在法益  
16 保護之考量上，普通刑法之其他犯罪與之並不相侔者，尤不得  
17 單以個人之價值判斷，執以否定立法之價值體系，而以其關乎  
18 人民生命、身體自由之乙端，即謂係有違於前開憲法規定之保  
19 護意旨。」<sup>18</sup>，然而肅清煙毒條例業經另以毒品危害防制條例代

<sup>18</sup> 不得不指出者，司法院釋字第476號解釋理由第2段：「煙毒之遺害我國，計自清末以迄民國，垂百餘年，一經吸染，萎靡終身，其因此失業亡家者，觸目皆是，由此肆無忌憚，滋生其他犯罪者，俯首即得；而製造、運輸、販賣無非在於使人吸食，其吸食者愈眾，則獲利愈豐，因是呼朋引類，源源接濟，以誘人上癮為能事。萃全國有用之國民，日沈湎於鴉毒之鄉而不悔，其戕害國計民生，已堪髮指；更且流毒所及，國民精神日衰，身體日弱，欲以鳩形鵠面之徒，為執銳披堅之旅，殊不可得，是其非一身一家之害，直社會、國家之鉅蠹，自不得不嚴其於法；而欲湔除毒害，杜漸防萌，當應特別以治本截流為急務，蓋伐木不自其本，必復生；塞水不自其源，必復流，本源一經斷絕，其餘則不戰自消也。」，顯然係出於中華民國延續清帝國「法統」而來之「大中華史觀」所關聯「東亞病夫」的「家國恥辱」，本文雖然並未直接主張此部分有法制環境變遷或社會重大情事變更，然於中華民國法制因應民主轉型以降全面「本土化」之「民主轉型」趨勢，乃至於促進轉型正義條例、政黨及其附隨組織不當取得財產處理條例之立法乃至於司法院釋字第793號解釋肯認「轉型正義」為憲法價值之當下，司法院釋字第476號解釋對此毫無遮掩、更以之形塑理由的強烈國族歷史情感，即有必要重行認定與判斷，亦懇請 斟酌。

1 之，且毒品危害防制條例第4條第1項關於刑度之設計，又經  
2 鈞庭112年憲判字第13號判決，就最低刑度為無期徒刑部分宣  
3 告違反罪刑相當而違憲，司法院釋字第476號解釋之解釋標  
4 的，其法律規定或與本案有所不同、或經在後解釋或判決有所  
5 動搖，而有解釋基礎之變更，無論如何難認本案聲請標的即刑  
6 法第33條死刑制度與殺人罪有關之刑法分則規定，為司法院第  
7 476號解釋效力之所及，或至少已有解釋標的之憲法與相關法  
8 規範修正，且代理人亦認有關情事亦有重大變遷，而有重行認  
9 定與判斷之必要。

10  
11 綜上所述，系爭三號解釋均非涉及故意殺人之罪名，且屬特定  
12 時空環境特別刑法之規定，相關法令均已有所修正或變更，與  
13 本件解釋標的係涉及殺人罪而科處死刑的規定，形式上有所不  
14 同，無論如何難認本案聲請標的即刑法第33條死刑制度與殺人  
15 罪有關之刑法分則規定，為系爭三號解釋之同一解釋標的並為  
16 系爭三號解釋效力之所及，或至少已有解釋標的之憲法與相關  
17 法規範修正，且代理人亦認社會情事有重大變遷，而有重行認  
18 定與判斷之必要。

19  
20 (二) 代理人除上開形式上訴訟標的之區別外，並認為系爭三號解釋  
21 後，實質上憲法實務已有重大變遷：

22  
23 代理人以為，固然系爭三號解釋形式上不能認為與本案訴訟標  
24 的為同一受審查之法規範，而構成程序上之形式障礙，然終究  
25 不能迴避實體上本案訴訟標的的違憲審查判斷，可能存在與系

1 爭三號解釋潛在之扞格與齟齬，而有受到類如同本件辯論期日  
2 關係機關誤為援以主張合憲性之缺憾，故而仍有就此說明其本  
3 案憲法重要性之必要。代理人以為系爭三號解釋之解釋憲法基  
4 礎理論與原則與有關情事均已發生變遷，確有依現行憲法實務  
5 就本案標的之死刑制度，由 鈞庭進行認定與判斷之必要。

6  
7 1、憲法實務關於憲法規範之體系，與對人民基本權之重大干預，  
8 於系爭三號解釋後之多號解釋與判決，確立國家行為不可侵越之  
9 界線與程序效果：

10  
11 (1) 司法院釋字第 499 號解釋：國家行為有不可侵越之憲法界限。

12  
13 不應諱言也無須逃避，我國行憲來台後，確實經歷過與不符合  
14 我國憲法所設定自由民主憲政秩序之威權統治時期<sup>19</sup>，司法實  
15 務亦受到強烈政治影響<sup>20</sup>。其中卓有代表性者，乃司法院釋字  
16 第 31 號解釋，由司法者一手開創的「萬年國會」，至司法院  
17 釋字第 261 號解釋，面對國會世代交替、人員凋零而難以為繼  
18 之現實與民主轉型之巨大社會壓力，由司法者親手終結「萬年  
19 國會」，堪為適例。

20  

---

<sup>19</sup> 或可參照促進轉型正義條例第 3 條第 1 款：「本條例用語定義如下：一、威權統治時期，指自中華民國三十四年八月十五日起至八十一年十一月六日止之時期。」，代理人無意深入捲入蔣氏父子統治時期之功過論定，但台灣戒嚴時期法制狀況確屬非常時期之特別狀況，應毫無疑問。

<sup>20</sup> 司法院大法官會議第 405 次會議速紀錄，黃大法官亮發言：「…至於政治問題，我不表示意見。我第一次審查會時，便說關於政治的見解，我願遵依中央黨部的意見。所以我同意曾大法官上次的建議，依大法官會議法第十二條請中央黨部派員列席…」，頁 18。司法院大法官會議第 406 次會議速紀錄，黃大法官亮發言：「…至於政治問題，我不發表個人意見，而願遵從中央之意見。張大法官前天說總裁有一個手令，未知今日有帶來否？…但刑法之意見，我是沒有改變的。」，頁 7。

1 鑒於我國此種遺憾之過往，即不難理解代理人一再引用之司法  
2 院釋字第 499 號所確立的，作為「實質法治國」基礎的自由民  
3 主憲政秩序：「憲法中具有本質之重要性而為規範秩序存立之  
4 基礎者，如聽任修改條文予以變更，則憲法整體規範秩序將形  
5 同破毀，該修改之條文即失其應有之正當性。憲法條文中，諸  
6 如：第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民主權原則、  
7 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  
8 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  
9 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  
10 憲法設置之機關均有遵守之義務。」，其中特別應注意者，乃  
11 代理人所加以強調、憲法第二章整章關於基本權之保護，整體  
12 均受該解釋所指定、為自由民主憲政秩序之基石，不容變更。

13  
14 此憲法第 23 條明定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止  
15 妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利  
16 益所必要者外，不得以法律<sup>21</sup>限制之。」，作為我國憲法唯一  
17 允許國家以法律限制基本權之基礎，並本質性地構成自由民主  
18 憲政秩序之一環，受本解釋所指自由民主憲政秩序所絕對保  
19 障，具備不可侵越性，受憲法絕對之控制，既不許修憲者以修  
20 憲程序於形式上變更之，立法者亦當然不可以透過立法程序侵  
21 蝕憲法第 23 條實質保障之基本權內涵。

22  
23 由此司法院釋字第 499 號解釋，即可導出刑罰制度，作為本質  
24 係對人民基本權施加惡害以為制裁之制度，即需嚴格控制於實

---

<sup>21</sup> 憲法第 170 條：「本憲法所稱之法律，謂經立法院通過，總統公布之法律。」

1 質意義法治國之罪刑法定主義內，因而立法者得否使用人民之  
2 生命為刑罰的對象，必須受憲政秩序的內部體系價值之規制；  
3 換言之，生命入刑之邊界，即生命權得否以刑罰為理由「限  
4 制」<sup>22</sup>，乃憲法保留事項，受司法者嚴格之違憲審查，應無疑  
5 義。

6  
7 (2) 司法院釋字第 567 號解釋、796 號解釋；鈞庭 111 年度第 2 號  
8 判決、113 年度第 2 號判決：國家干預基本權有不可侵越之絕  
9 對與相對之憲法界限。

10  
11 除上開形式意義之憲法邊界並構成憲法保留的理由外，代理人  
12 亦不厭其煩一再指出，系爭三號解釋後，憲法實務作成司法院  
13 釋字第 567 號解釋，業已劃定立法者有絕對不可侵犯之基本權  
14 紅線，並宣告不容國家機關以任何形式侵犯思想自由，且為  
15 鈞庭 111 年憲判字第 2 號判決所重申<sup>23</sup>，而為迄今有效、且持  
16 續為憲法實務承認之原則。類此系爭三號解釋後，憲法實務作  
17 成如前所述司法院釋字第 796 號解釋，以人身自由於基本權體  
18 系之重要性，指出以限制手段構成「過度剝奪」為其違憲特  
19 徵，且為鈞庭 113 年憲判字第 2 號判決所重申，併為迄今有  
20 效、且持續為憲法實務承認之原則。

21  
22 由作成在系爭三號解釋後，對於思想自由與人身自由所生的基  
23 本權干預存在絕對與相對界限，合併思想之於生命、人身之於

<sup>22</sup> 代理人仍有必要重申：死刑係對生命權乃至以生命為行使基礎之其他基本權為「剝奪」。

<sup>23</sup> 憲法法庭 111 年憲判字第 2 號判決理由第 14 段及第 15 段參照。

1 生命的客觀依存性，我們就以至少認為，對生命的干預存在相  
2 當且不低於於思想自由與人身自由的絕對與相對界限，此憲法  
3 原則為系爭三號解釋作成時未經確立，自有依上開作成於後之  
4 解釋與判決確立之憲法原則，重行認定與判斷死刑與死刑制度  
5 是否已逾越憲法干預基本權之絕對或相對界限之必要。  
6

7 (3) 司法院釋字第 744 號解釋：國家行為對人民之重大干預合憲  
8 性，程序上舉證責任之由國家負擔，即國家不能證明合憲時，  
9 應受違憲之宣告：

10  
11 系爭三號解釋後，憲法實務除上開形式意義之憲法邊界並構成  
12 憲法保留的理由，且實體上基本權之干預具有絕對與相對之憲  
13 法實體界限外，更對於憲法訴訟由原來大法官會議改制為憲法  
14 法庭之訴訟化、司法化、程序化之發展，逐步建立憲法訴訟程  
15 序上「舉證責任」之觀念：即違憲或合憲容有不明時，應由人  
16 民或國家之何造承擔不利益判決結果。

17  
18 誠如代理人指出，司法院釋字第 744 號解釋理由書指出：「按  
19 化粧品廣告之事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為  
20 違憲。系爭規定之立法資料須足以支持對化粧品廣告之事前審  
21 查，係為防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回  
22 復危害之特別重要之公共利益目的，其與目的之達成間具直接  
23 及絕對必要關聯，且賦予人民獲立即司法救濟之機會，始符合  
24 憲法比例原則及保障言論自由之意旨。」，整理相關意見書，

1 湯大法官德宗指出此係我國憲法「嚴格審查基準」之濫觴<sup>24</sup>，  
2 林大法官俊益認為所謂「原則上應為違憲」即採比較憲法中美  
3 國法之處理方式而屬「推定違憲」<sup>25</sup>，許大法官宗力、羅大法  
4 官昌發、詹大法官森林亦採「推定違憲」之見解<sup>26</sup>，蔡大法官  
5 明誠、許大法官志雄則對於本件上開結論或與比較憲法上「事  
6 前審查禁止」、「事前抑制禁止」<sup>27</sup>之原則較相當。黃大法官  
7 昭元之意見頗有集大成的氣象，認為本件採嚴格審查標準，除  
8 實體上嚴格之合憲門檻外，並於程序上發生：「原則上違憲，  
9 應由政府機關證立系爭規定合憲」之效果<sup>28</sup>。

10  
11 此號作成於系爭三號解釋後之解釋，所闡釋之實體上嚴格標  
12 準，與相應之程序效果，乃空前而重大，代理人主張考慮生命  
13 刑所為的對人的未來概括為（事前）的非價責難，應有依本號  
14 解釋所揭示系爭三號解釋作成時尚未發現之憲法上實體與程序  
15 原則，重行認定與判斷死刑與死刑制度是否已逾越憲法干預基  
16 本權界限之必要。

17  
18 2、憲法實務關於刑法規範之審查，操作罪刑相當原則之經驗，於  
19 系爭三號解釋後，已有長足之開展：

<sup>24</sup> 司法院釋字第 744 號解釋湯大法官德宗提出之部分協同意見書，頁 1。

<sup>25</sup> 司法院釋字第 744 號解釋林大法官俊益提出之部分協同意見書，頁 11-12。

<sup>26</sup> 司法院釋字第 744 號解釋許大法官宗力提出之協同意見書，頁 1；同解釋羅大法官昌發提出之協同意見書，頁 1、5-6；同解釋詹大法官森林提出之協同意見書，但詹大法官有認為推定違憲之範圍有放寬而與向來解釋見解不一致，頁 5-6。

<sup>27</sup> 司法院釋字第 744 號解釋蔡大法官明誠提出之協同意見書；同解釋許大法官志雄提出之協同意見書，頁 8-13，許大法官並感慨：「在違憲審查上，立法事實扮演關鍵性之角色，惟因國內有關討論尚少，一般認識不足，致生上開質疑。本號解釋顧慮此一問題，乃刻意規避『立法事實』、違憲性之『重大推定』及『舉證責任』等用語，卻因而未能借此機會闡明立法事實之意義、重要性及檢證方法，殊為可惜。」。

<sup>28</sup> 司法院釋字第 744 號解釋黃大法官昭元提出之協同意見書，頁 4-7。

1  
2 代理人以為，作為代理人違憲論路徑之一的「罪刑相當原  
3 則」，於司法院釋字第 194 號、第 263 號與第 476 號解釋作成  
4 時，並未經憲法實務充分掌握與開展：罪刑相當原則於我國憲  
5 法實務之濫觴，應在司法院釋字第 476 號解釋隔年作成的司法  
6 院釋字第 517 號解釋中，我國刑法巨匠蘇大法官俊雄在其不同  
7 意見書中所提「立法者在選擇一項違法行為的制裁體系時，其  
8 所為的效果預測或者衡量決定，因此仍然必須合乎比例原則的  
9 規範要求，俾確保『罪』與『刑』的衡平。」、「鑑於此等附  
10 屬刑法的規範形成決定，涉及『事件特性、侵害法益之輕重程  
11 度以及欲達到之管制效果』等諸多因素的預測與衡量，本席固  
12 贊同適用『可支持性審查』此種中度的審查標準，而對立法者  
13 的規範形成決定予以適度之尊重；惟若其規範設計嚴重背離法  
14 治國家刑法的基本原則，以致無法維持其『罪』與『刑』的衡  
15 平關係時，則該等規範仍應被評價為違反比例原則，而應受違  
16 憲之宣告。」，可知在司法院釋字第 476 號解釋的時期，當時  
17 對於行政刑法與特別刑法，縱使涉及人身自由之限制，仍採取  
18 較為寬鬆之審查基準，且罪刑相當原則尚未發展成熟，並且根  
19 本為大法官多數意見所不採。

20  
21 直至司法院釋字第 476 號解釋的 8 年後，於司法院釋字第 630  
22 號解釋理由中，提及「據此以觀，刑法第三百二十九條之規  
23 定，並未有擴大適用於竊盜或搶奪之際，僅屬當場虛張聲勢或  
24 與被害人或第三人有短暫輕微肢體衝突之情形，因此並未以強  
25 盜罪之重罰，適用於侵害人身法益之程度甚為懸殊之竊盜或搶



1 奪犯行，尚無犯行輕微而論以重罰之情形，與罪刑相當原則即  
2 無不符，並未違背憲法第二十三條比例原則之意旨。」，該號  
3 解釋中許大法官玉秀的協同意見書，則更為具體地操作了罪刑  
4 相當原則的適用：「本件聲請的違憲爭點，不在於竊盜或搶奪  
5 而當場施以強暴脅迫，是否應該入罪，而在於系爭的準強盜罪  
6 適用強盜罪的法定刑，是否符合罪刑相當原則，因此直接比較  
7 準強盜罪與強盜罪構成要件所涵攝的事實範圍，論斷準強盜罪  
8 適用強盜罪刑罰，是否有輕重失衡之處，如果以強盜罪重刑適  
9 用於與強盜構成要件事實不相當之事實，則難以免除與憲法上  
10 比例原則不相符合的疑慮。由於刑罰手段或許可以稱為不得已  
11 的手段，但多半不是侵害最小的手段，故審查某一規範是否符合  
12 罪刑相當原則，不能僅就該規範的內容單獨審查，而必須從  
13 不同構成要件事實之間，比較不同規範之間的法定刑，才能審  
14 查罪刑相當原則。」，至司法院第 669 號解釋在空氣槍刑度的  
15 案件中，始於解釋理由明確宣示罪刑相當原則的意義。而於逾  
16 20 年後、自司法院釋字第 775 號解釋以降，接連罪刑相當原則  
17 作成司法院釋字第 777 號解釋與司法院釋字第 790 號解釋，至  
18 鈞庭 113 年度憲判字第 3 號以「併此指明」對此原則極有信心  
19 之操作，堪信憲法實務超過 25 年的理論發展與實務操作，始對  
20 罪刑相當原則有堅定的信心與操作經驗，而與司法院釋字第 476  
21 號作成之時空環境有明顯的憲法演進與變化。

22  
23 應補充者係許大法官宗力於司法院釋字第 669 號解釋所提出之  
24 協同意見書，即提及司法院釋字第 476 號解釋在適用罪刑相當  
25 原則的困難時指出：「至於罪刑相當原則之審查，權衡法定刑

1 有無違反罪刑相當性如何具體操作，向來甚為棘手。何種行為  
2 處以何種刑度係屬過分嚴苛之處罰，倘若欠缺客觀、明確且有  
3 理論基礎的標準據以操作，不可諱言地易流於主觀法感情的論  
4 斷，無從具體確認國家刑罰權的行使是否在憲法界線之內—在  
5 我國所採之抽象違憲審查制度下，因脫離具體個案事實情節，  
6 僅能從抽象的構成要件與刑度規定判斷，審查難度尤高，這是  
7 本案在解釋方法上所面臨的主要困難。本院早期之釋字第四七  
8 六號解釋曾謂：就法定刑規定『尤不得單以個人之價值判斷，  
9 執以否定立法之價值體系』，其保守的態度即是出於恐怕審查  
10 流於人言言殊的考量，而遲遲不能有所突破。」「不過，上  
11 述困難毋寧突顯仔細探求客觀比較標準，憑以判斷刑罰苛酷與  
12 否的必要，而不應是放棄刑度之司法審查的理由。」，更可證  
13 明，遠在 25 年以前司法院釋字第 476 號解釋以前的年代，釋憲  
14 者對於操作「罪刑相當原則」尚有相當疑慮，與目前已累積大  
15 量釋憲實例操作之情況，顯有不同，自應由已相對嫻熟於操作  
16 「罪刑相當原則」之 鈞庭，認定與判斷死刑與死刑制度之合  
17 憲性。

18  
19 3、憲法實務關於刑罰規範之審查方式，已發生實質變遷：

20  
21 系爭三號解釋前之時期，我國憲法實務於刑罰規範之審查之態  
22 度，可以司法院釋字第 445 號解釋主文：「集會遊行法第二十  
23 九條對於不遵從解散及制止命令之首謀者科以刑責，為立法自  
24 由形成範圍，與憲法第二十三條之規定尚無牴觸。」為代表<sup>29</sup>，

<sup>29</sup> 類此亦可見司法院釋字第 204 號解釋，對於票據刑事責任之審查。

1 雖以憲法第 23 條進行審查，惟廣泛承認立法形成自由，依其理  
2 由觀之：「倘集會、遊行經該管主管機關命令解散而不解散  
3 者，依本法第二十八條規定，處集會、遊行負責人或其代理人  
4 或主持人新台幣三萬元以上十五萬元以下罰鍰。此係規範集  
5 會、遊行不遵從主管機關所為解散命令，對於負責人、代理人  
6 或主持人所為之行政秩序罰。相互參酌，『經該管主管機關命  
7 令解散而不解散，仍繼續舉行經制止而不遵從』，第二十九條  
8 始對首謀者科以刑罰。因此，後者為前者之後續行為，應受處  
9 罰之人，亦未必相同。後者對於首謀者科以二年以下有期徒刑  
10 或拘役，乃處罰其一再不遵從解散及制止之命令。如再放任而  
11 不予取締，對於他人或公共秩序若發生不可預見之危險，主管  
12 機關亦無從適用刑事訴訟法之規定為必要之處分。至於社會秩  
13 序維護法第六十四條第一款規定之妨害安寧秩序須『意圖滋  
14 事，於公園、車站、輪埠、航空站或其他公共場所，任意聚  
15 眾，有妨礙公共秩序之虞，已受該管公務員解散命令，而不解  
16 散』為要件，刑法第一百四十九條規定之公然聚眾不遵令解散  
17 罪則須『公然聚眾，意圖為強暴脅迫，已受該管公務員解散命  
18 令三次以上，而不解散者』為處刑之對象。不論主觀要件與客  
19 觀要件，均與集會遊行法第二十九條規定之內容，有輕重之  
20 分，即不得指其違反憲法第二十三條規定之必要原則」<sup>30</sup>，依其  
21 意旨幾近以純粹工具化的刑事法為其立論，因為對於比僅科處  
22 行政罰時、更嚴重的秩序違反行為，不層升課以刑事處罰，不  
23 足以維護集會、遊行之安全與秩序<sup>31</sup>。

<sup>30</sup> 司法院釋字第 445 號解釋理由書第 16 段。

<sup>31</sup> 比較司法院釋字第 718 號解釋，李法官震山提出、葉法官百修、陳法官春生及陳法官碧玉加入之部分不同意見書：「三、附論：集會遊行縱屬和平性質 集會遊行縱屬和平性質 集會遊行縱屬和平

1  
2 此顯然指向「工具的刑法」而非「憲政的刑法」，考慮我國自  
3 行憲後迅即進入非常時期，經歷國家重大變故，至於臺灣後又  
4 經歷長期非常態之戒嚴，因而在此種長期強調國家安全、領袖  
5 崇拜之政治環境下，以刑法訴諸安全、秩序並非不可理解，至  
6 於解釋當時我國完成第一次全民總統直選尚不足一年，尚難擺  
7 脫此種迷思，並不讓人不意外。對刑罰此種「強烈干預基本  
8 權」之國家行為，所以容有立法形成自由之原因，顯非因為刑  
9 法位於憲法的開放性空間<sup>32</sup>，亦當然不是來源於憲法文本的具體  
10 憲法委託，而毋寧如代理人前述，這種附合於「應報」或說  
11 「『正義』的報復觀」並作為「社會控制工具」的刑法，乃是一  
12 種先於憲法存在、而普遍為社會所承認，而於立憲後由憲法  
13 接納為立法者用以維護社會秩序，並因旋即發生的國家重大變  
14 故，大法官們在相當長期間在高舉國家安全、訴求嚴格社會控  
15 制的現實需求下，對就刑罰之使用採取極度寬容之立場，即不  
16 難想見。

17  
18 至系爭司法院釋字第 476 號解釋，以「人民身體之自由與生存  
19 權應予保障，因為憲法第八條、第十五條所明定；惟國家刑罰  
20 權之實現，對於特定事項而以特別刑法規定特別之罪刑所為之  
21 規範，倘與憲法第二十三條所要求之目的正當性、手段必要  
22 性、限制妥當性符合，即無乖於比例原則」，可見在人民多次  
23 對嚴峻的刑罰規範發起挑戰後，對大法官亦有所啟發，而明示

---

性質，依集遊法第二十九條規定 依集遊法第二十九條規定 依集遊法第二十九條規定仍得處『首謀者』  
刑罰，有輕重失衡之虞 有輕重失衡之虞 有輕重失衡之虞，應速改弦更張」，頁 30-32。

<sup>32</sup> 參司法院釋字第 499 號解釋及憲法第二章第 23 條。

1 憲法對刑罰規範，應以比例原則對刑罰規範，進行合憲性之把  
2 控，相同之立場並繼而為其後多號解釋所重申<sup>33</sup>。

3  
4 然其中司法院釋字第 544 號解釋：「國家對個人之刑罰，屬不  
5 得已之強制手段，選擇以刑罰處罰個人之反社會性行為，須刑  
6 事立法之目的具有正當性，施以刑罰有助於立法目的之達成，  
7 且別無其他侵害較小亦能達成相同目的之手段可資運用時，始  
8 得為之；而刑罰對基本權利之限制與立法者所欲維護法益之重  
9 要性及行為對法益危害之程度，尚須處於合乎比例之關係。至  
10 何種行為構成犯罪，應處以何種刑罰，刑罰是否為達成立法目  
11 的之適當且必要手段，以及判斷相關行為對個人或社會是否造  
12 成危害，乃立法者自由形成之範圍。就特定事項經評價為刑事  
13 不法行為，以特別刑法規定特別罪刑，倘與憲法第二十三條所  
14 要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合者，即無乖  
15 於比例原則，業經本院釋字第四七六號解釋闡釋在案。」<sup>34</sup>，確  
16 明顯可以發現論理構成幾近自相矛盾之大哉問，如前引粗黑底  
17 線強調之解釋理由部分，如承認「何種行為構成犯罪」、「相  
18 關行為對個人或社會是否造成危害」、「應處以何種刑罰」、  
19 「刑罰是否為達成立法目的之適當且必要手段」，即對刑罰之  
20 目的正當性、手段適合性、手段必要性，一律均認為屬於「立  
21 法形成」，毋寧完全放棄對所有構成比例原則要素的司法審  
22 查，如此高度尊重立法形成之結果，違憲審查如走過場，根本  
23 不可能通不過「憲法第二十三條所要求之目的正當性、手段必

<sup>33</sup> 此後接續重申受比例原則審查意旨，如司法院釋字第 544 號、第 551 號、第 554 號、第 558 號、第 578 號、第 594 號解釋等。

<sup>34</sup> 司法院釋字第 544 號解釋理由書第 1 段。

1 要性、限制妥當性」之比例原則審查。

2  
3 由此亦不難發現與理解，即便憲法實務承認亦注意到應對於刑  
4 罰規定在憲法框架秩序中加以控制，然此所謂就刑罰規定進行  
5 比例原則審查，究竟應該如何加以操作，在相當一段時間中，  
6 仍呈現搖擺而摸索之狀態。誠如許大法官玉秀對於司法院釋字  
7 第 646 號解釋的批評意見：「多數意見一方面開宗明義提及最  
8 後手段原則，也就是遵循最後手段原則的刑事立法，在一切規  
9 範中，應該受最嚴格的審查，他方面卻認為是否採取刑罰制裁  
10 手段，所應考慮的社會環境、犯罪現象、群眾心理與犯罪理論  
11 等因素，立法者較有體察與判斷的能力，所以應該尊重立法者  
12 的決定，也就是採取寬鬆審查標準。此種矛盾論述，來自於面  
13 對刑罰規範搖擺不定的審查態度，搖擺不定的審查態度，則可  
14 能來自於對刑罰或者是盲目的、或者是不負責任的迷信」<sup>35</sup>，同  
15 號解釋林大法官子儀與李大法官震山之觀察與警告：「立法事  
16 實判斷之審查而言，縱使採取多數意見所持之中度審查標準，  
17 立法者於系爭規定之決定亦無法通過審查」、「系爭規定之根  
18 本問題在於，其刑罰構成要件可涵蓋之情形過廣，易發生執法  
19 浮濫或恣意之流弊。多數意見之所以指出避免發生過苛刑罰之  
20 用意，顯見其亦已察覺系爭規定此一根本問題。刑罰構成要件  
21 的設定中若無法使一般人得知該行為何以具有違法性及可罰  
22 性，將使刑法工具化」<sup>36</sup>，雖然歷來對刑罰規定，多會採取類如  
23 本號解釋理由般：「人民身體之自由與財產權應予保障，憲法

<sup>35</sup> 司法院釋字第 646 號解釋許大法官玉秀提出之不同意見書，頁 1。

<sup>36</sup> 司法院釋字第 646 號解釋林大法官子儀及李大法官震山共同提出之不同意見書，頁 2-3、頁 9。

1 第八條及第十五條定有明文。如以刑罰予以限制者，係屬不得  
2 已之強制措施，具有最後手段之特性，自應受到嚴格之限  
3 制。」，然究其實質，殊難理解究相關規定受到司法者如何之  
4 「嚴格」審查。

5  
6 此毋寧反映，雖然我國大法官意圖透過憲法審查，對於向來工  
7 具化的刑法，進行憲政化的處置，並以比例原則為合憲的調控  
8 工具。然而於具體操作上，則對於國會通過之刑罰法律，所以  
9 面臨「難以下手」的困境，顯然就是因為刑罰制度本身，具備  
10 先憲法存在、「為了制裁而制裁」之工具性格。既然是處於價  
11 值中立的純粹工具，則本無善惡之分，然而憲法比例原則的操  
12 作，處處都須處理憲法價值之權衡，結果即不免流於左支右絀  
13 之困境。

14  
15 另純就釋義學操作技術上言之，必要性原則可認對於刑罰規範  
16 之審查幾近寸步難行。蓋如嚴格依限制人身自由（以上）之刑  
17 罰規範應採「嚴格」審查基準的一貫違憲審查立場，殊難想像  
18 任何刑罰規範沒有侵害較少的替代手段。因之往往只餘狹義比  
19 例原則之操作，如司法院釋字第 558 號解釋般，其禁止之行為  
20 規範侵蝕至基本權核心（於本號解釋為「歸國權」）等重大侵  
21 害時，則較易受到違憲之宣告，然如行為規範不涉核心並可認  
22 受到某種價值保護時，則如司法院釋字第 509 號解釋、第 554  
23 號解釋，憲法實務即維持向來見解而對立法決策退讓。

24  
25 此際應特值強調者，乃司法院釋字第 594 號解釋，許大法官玉

1 秀之部分協同意見書，幾近以整份意見書的篇幅，開展「刑罰  
2 規範之審查準據應有別於其他法律規範」的憲法學理路，代理  
3 人以為深具開創性與啟發性。其根本上原因，在於刑罰制度的  
4 「先憲法性」，以至於憲法實務不得不承認立法者對於其內涵  
5 形成具有一定之優先權，然而就刑罰手段對基本權干預之嚴酷  
6 性，又不得不如代理人指出，司法者應本於憲法對於刑罰使用的  
7 各個關鍵節點，為框架性的嚴格掌控。

8  
9 從這種以「節點」駕馭並把控刑罰制度的方法路徑，合併向來  
10 憲法實務之觀察，許大法官認為應該區分「行為規範」即圍繞  
11 刑罰規範核心目的、即為保護法益所形成之禁止或誡命規範、  
12 與「制裁規範」即對違反行為規範而課予刑罰制裁之效果，並  
13 進一步進行「應罰性」即行為規範具備適合「入罪」之法益強  
14 度，以及「需罰性」即制裁規範相應於保護法益所為基本權衝  
15 突衡量之比例原則審查，並在比例原則的使用上，許大法官認  
16 為應該以「刑罰最後手段性」原則與「罪刑相當原則」，來進  
17 行手段適合性與必要性之操作，至為精闢。<sup>37</sup>(附件 43)

18  
19 此後大法官逐漸調整違憲審查之態度，主要具代表性係透過罪  
20 刑相當原則來為刑罰邊界之調控，自司法院釋字第 630 號解釋  
21 提出之「犯行輕微而論以重罰」或其變形「不分情節輕重一  
22 律…」即在刑罰的效果手段的審查上，尋覓出一操作上相對簡  
23 便的捷徑。透過手段強度與邊緣案例之比較，強調邊緣案例之

---

<sup>37</sup> 陳志輝教授亦採與代理人相同之見解，認為許大法官此份意見書特具刑法規範憲法審查的開創性，並繪製審查流程表，見氏著「論肇事逃逸罪之保護法益 - 兼淺論本罪之合憲審查」，收錄於刑事法與憲法的對話，2017 年 3 月，頁 614-618。



1 不正義，並在違憲操作上，著重於「過度處罰」的抑制。方法  
2 路徑上，類似傳統邏輯學上以特稱個例反證全稱命題。嗣後自  
3 司法院釋字第 669 號解釋開始，透過實務累積，此罪刑相當原  
4 則逐漸成為憲法實務、特別是違憲宣告的寵兒。

5  
6 然而如司法院釋字第 669 號解釋許大法官玉秀及林大法官子儀  
7 共同提出之協同意見書指出：「本席等認為槍砲彈藥刀械管制  
8 條例第八條第一項規定…關於空氣槍規定部分（下稱系爭規  
9 定）處罰過苛，故支持多數意見的解釋結論，但認為系爭規定  
10 違反比例原則之處，在於系爭規定的法定刑度過高。就平衡保  
11 障人民基本權及維護法益的考量而言，調整法定刑度的高低，  
12 並維持現行刑法對於法官裁量權的規定，較能兼顧通案與個案  
13 正義。如果維持系爭規定的法定刑度，另行設置情節輕微條  
14 款，而擴大法官裁量權，卻未能同時制定裁量標準，反而有造  
15 成個案不正義的風險。」，這樣的缺憾在特定的刑罰領域，如  
16 毒品、槍砲等治安領域，或類此具社會高度惡感的政治性立法  
17 如酒駕、兒少等，因政策上對重刑主義之濫用，而整體呈現刑  
18 度失衡之重刑化趨勢，然憲法審查檢討時，又僅願透過衡平減  
19 刑條款擴張司法者量刑空間，而不願要求立法者為刑度均衡規  
20 劃上之整體檢討。鈞庭 112 年度憲判字第 13 號判決，毋寧正  
21 是落入此兩位大法官當年如讖語般之批評，不禁讓人唏噓。雖  
22 有未竟全功之遺憾，然對於刑罰使用之「節點」進行控制，憲  
23 法實務可認已逐漸累積熟練之操作經驗。

24  
25 至司法院釋字第 791 號解釋，堪稱具代表性之重大解釋，本號

1 解釋在變更司法院釋字第 554 號解釋認為通姦罪合憲之見解  
2 外，更重要的意義是明確指出，立法者要「入罪」一個行為，  
3 有明確的憲法門檻。隱而不顯但同樣卓有重要性的是 鈞庭 113  
4 年度憲判字第 3 號判決的「併此指明」部分，此明示對於任何  
5 一個「刑種」，憲法容許其他機關基於刑罰目的，無論立法或  
6 司法，其「上刑」即限制該刑種所涉之基本權，也有明確的憲  
7 法門檻。兼以司法院釋字第 551 號、第 630 號解釋對體系的刑  
8 罰規定，不僅具備條文間水平面向的「均衡性」要求，乃至更  
9 應符合整體「罪刑相當」之要求。堪信確實如代理人所述，憲  
10 法實務經長期之累積，確立刑罰規定在憲法秩序下，應受憲法  
11 受「入罪」門檻、「上刑」門檻、刑度「均衡」與「罪刑相  
12 當」之外部與內在之框架性審查與節制。

13  
14 在此應補充者，或有論者以為，所以大法官於司法院釋字第 791  
15 號解釋變更見解，乃因婚姻制度中的個人性與家族性的側重比  
16 例已發生社會變遷<sup>38</sup>。惟我國制定、施行民法後，即承認個人為  
17 獨立之權利能力主體，個人之權利義務因此得擺脫對其家族、  
18 血統、種姓、性別角色等身份標籤之依附，使個人權利之保障  
19 不因形成社會關係或身份關係而受減損，屬一社會規範因法制  
20 化而產生之典範轉移適例。據此，釋字第 791 號解釋宣告通姦  
21 罪違憲、肯認個人在婚姻關係中仍受性自主權之保障，歸之於  
22 釋字第 554 號之後的社會變遷所致，其實或只是大法官慮及釋

---

<sup>38</sup> 司法院釋字第 791 號解釋理由書第 24 段：「隨著社會自由化與多元化之發展，參諸當代民主國家婚姻法制之主要發展趨勢，婚姻關係中個人人格自主（包括性自主權）之重要性，已更加受到肯定與重視，而婚姻所承載之社會功能則趨於相對化。此由系爭規定一對婚姻關係中配偶性自主權之限制，多年來已成為重要社會議題可知。是憲法就此議題之定位與評價，自有與時俱進之必要。」

1 字第 554 號解釋所未認識之民法所帶來之既有典範轉移效果，  
2 提供含蓄的替說詞而已。社會變遷早在民主制定時即已開始，  
3 只是之前的釋憲者囿於代際發展之間有文化認識之侷限性而見  
4 所不及，以致仍依社會變遷之前的觀念做成解釋之故。

5  
6 正如我國於民國立國、民法制定乃至立憲，男女平等之概念即  
7 自始已植入我國，然民法親屬編於民國 19 年制定時，仍保有大量  
8 不符男女平等憲法原則之規定，行憲至今仍持續檢討中<sup>39</sup>。甚  
9 至納妾制度自民國以前即存在，即便立國、制憲先進賢哲，亦  
10 不可免<sup>40</sup>，至民國 65 年司法院釋字第 147 號解釋，夫納妾亦不  
11 過妻不履行同居義務之正當理由。諸般實例可證明我國作為立  
12 憲不足百年，實質行憲不過五十年之立憲主義後進國家，憲法  
13 至今仍未能發揮作為國家根本大法，確立基礎價值秩序之功  
14 用，毋寧如前引軼事王政先生對梁啟超先生就維護納妾制度所  
15 質疑：「若以其在歷史上已有極深之根柢，遂任其自生自滅，  
16 則 1911 年之革命特多事耳。」

17  
18 歐洲、美國古老立憲國家有行憲超過百餘年與社會磨合之經  
19 驗，對於其憲法之精神本旨、以及社會需求脈動，並憲法與現

---

<sup>39</sup> 民法親屬編 74 年修正之行政院民法親屬編部分條文修正草案總說明所列修法重點「(二)貫徹男女平等原則」；並參司法院釋字第 365 號解釋文：「民法第 1089 條，關於父母對於未成年子女權利之行使意思不一致時，由父行使之規定部分，與憲法第七條人民無分男女在法律上一律平等，及憲法增修條文第 9 條第 5 項消除性別歧視之意旨不符，應予檢討修正，並應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時，失其效力。」，可為明證。

<sup>40</sup> 網路上有則廣傳之梁啟超先生軼事，稱先生 1925 年於清華大學中國通史課上講授：「從人權上觀察，蓄妾制之不合理，自無待言；但以家族主義最發達之國，特重繼嗣，此制在歷史上已有極深之根柢；故清季修訂新民律時，頗有提議禁革者，卒以積重難返，且如歐律以無妾之故，而僕僕于私生子之認知，亦未見其良。故妾之地位，至今猶為法律所承認也。」，學生王政反駁謂：「既承認蓄妾制在人權上為不合理，則當設法以革除之。若以其在歷史上已有極深之根柢，遂任其自生自滅，則 1911 年之革命特多事耳。」

1 有法制透過憲法機關之不斷對話所形成之「滾動發展」，已形  
2 成其憲法制度內蘊之慣性與價值。我國作為立憲、行憲史均屬  
3 極為年輕之國度，倘不能積極捍衛憲法應有、指引社會之立場  
4 與價值，其結果即是至今仍不能完全將前憲法的社會環境與法  
5 制，整合於憲法秩序中，而形成憲法理想與現實社會始終「靈  
6 肉分離」的分裂狀態，而不僅僅是一種「進步倡議」之差異。  
7 這也正是我國在此憲法都沒有完全落地的基礎上，進一步簽定  
8 並同意遵守各種進步的國家人權公約，所以遭遇社會極大之阻  
9 力而難以落實人權公約中的理想，其根本之原因。

10  
11 此於民法作為萬法之母，控制私法秩序，並合理分配社會生活  
12 之風險，並由民法次第發展現代法律之基本原理原則，尚不發  
13 生明顯扞格；而行政法作為憲法之近親，其規範國家與人民間  
14 之基本秩序，亦與憲法有同源之關係，亦不生重大歧異。然對  
15 刑法此種指向對人民施加惡害，而與基本權天生處於嚴重對立  
16 的法領域而言，即不得不有加以檢討的必要。尤其整體刑法學  
17 理與秩序，相較於人類使用刑罰的歷史，具有顯著的後設性，  
18 則於立憲後，如何將刑法牢牢掌握在憲法秩序中，即不得不為  
19 憲法於立憲、行憲後，重要之急迫任務。

20  
21 以此關照死刑制度，死刑固為古時統治者剝奪生命之極端刑  
22 罰，然我國制憲時，在憲法第 15 條明文規定生存權為憲法上基  
23 本權，原已包含生命權在內，同時並以憲法第 23 條明定比例原  
24 則，即發生關於死刑制度，本於立憲主義之精神，而發生法規  
25 範典範移轉。

1  
2 易言之，在制憲前，統治者向係透過剝奪生命權作為刑罰手  
3 段，一旦制憲，則已使國家刑罰權的發動受到憲法比例原則之  
4 合憲性控制。死刑剝奪生命權之手段既無法通過比例原則之審  
5 查，即非屬憲政國家所得採取之刑罰手段。然則，由於社會觀  
6 念仍然落後於憲法帶來的典範變遷，有時連司法者亦不能免；  
7 是以，憲法法庭於此案中變更釋字第 194 號、第 263 號、第 476  
8 號解釋而宣告死刑違憲，應係重申我國在制憲後即已帶來的法  
9 規範典範移轉，此實為過去之釋憲者，因囿於社會思想文化發  
10 展的滯後而有認識上的侷限，以致未能早予辨明，乃有今日必  
11 須變更的三則解釋之故。

12  
13 綜上所述，系爭三號解釋前後至今，依代理人梳理相關憲法實  
14 務對於刑罰規範審查之態度，可分為偏重刑罰的工具性性格，  
15 而高度尊重立法形成之早期（司法院釋字第 445 號解釋以  
16 前），嗣來到實務漸漸注意與重視刑罰規範應受合憲性管制的  
17 民主轉型期（司法院釋字第 476 號解釋至司法院釋字第 646 號  
18 解釋），乃至逐步摸索如何對刑罰規範進行外部與內在框架管  
19 制理論與實務的近期（司法院釋字第 669 號解釋至今）。自系  
20 爭三號解釋至今，憲法實務對於刑罰規範之違憲審查，確有明  
21 確的憲法實務之變遷，因而對於死刑所涉「生命刑」、「入刑門  
22 檻」，堪可確信應受憲法第二章第 23 條干預保留之絕對限制，  
23 無論就爭點提綱一就整體制度之「全稱命題」，或爭點提綱二  
24 對個別條件下之「特稱命題」，有實質上為全面合憲性之認定  
25 與判斷之必要。

1  
2 (三) 代理人於憲法與法律有發生規範變遷之情事外，亦認為參考其  
3 他情事亦有重大變遷，而有實質認定之必要：

4  
5 1、民主轉型與防衛性民主思潮：

6  
7 我國乃東亞難能可貴、從威權體制和平轉型民主政體的國家<sup>41</sup>，  
8 除司法院釋字第 499 號解釋以降，基於國家非常時期的歷史經  
9 驗，闡明司法對於立法權介入之必要性以外；近年因應兩岸對  
10 峙之趨勢，不得不以國家安全之名制定有關法令，而與基本權  
11 處於高度的緊張關係。

12  
13 考慮司法院釋字第 194 號與第 276 號的動員戡亂時期，與現在  
14 非動員戡亂的社會政經第五縱隊攻防時期，憲法審查從工具性  
15 格刑罰管控，到憲政主義下、應受憲法框架性限制之刑罰規  
16 範，面對國家安全需求的合憲管控，背景有其相似性然而面向  
17 憲法的審查內核有顯著差異性。

18  
19 在此特殊的對峙局勢中，我國憲法法庭確實有必要思考對岸的  
20 「名目性憲政主義」下具有中國特色社會主義的法治制度，與  
21 我國「實質性憲政主義」下的「實質意義的法治國」所建構的  
22 「自由民主憲政秩序」有何差異。尤其本案學者專家特別指出  
23 死刑制度之文化背景因素與民情需求，考慮對岸可以一年以死

---

<sup>41</sup> 尤其觀照非洲與南美洲軍政府之政治血淚，本國的和平民主轉型經歷在世界都可算珍貴。雖然有論者認為蔣氏父子選擇和平過渡有其時勢所趨的因素，但代理人以為，對於蔣氏父子的主觀情緒，不應否定在歷史轉換點所為選擇的評價，無論是有利於臺灣人民的，或不利於臺灣人民的。

1 刑殺害至少上千名的共和國國民<sup>42</sup>的現狀，倘若死刑制度並不相  
2 容於我國憲法秩序，則可認為兩岸不僅在政府體制與憲政秩序  
3 有所區別，甚至是構成國家的憲政「價值內核」都存在重大而  
4 根本之差異。

5  
6 此際由我國憲法法庭，認定並判斷我國死刑制度是否相容於我  
7 國憲法秩序與根本價值，從而確認並宣示在國家根基性的憲法  
8 價值秩序上，是否因為「同文同種」也「同根同源」而可認  
9 「兩岸一家親」，有其重要性與必要性，甚至已有越來越急迫  
10 之情勢。

## 11 12 2、死刑替代方案於司法實務之典範移轉：

13  
14 此誠如代理人此前所述，我國於民國 89 年發生第一次政黨輪  
15 替，執政的民主進步黨依其黨綱「二、行動綱領」第 26 點次：  
16 「尊重生命，嚴防冤獄，研議廢止死刑的可行性。」，任命支  
17 持廢除死刑之陳定南先生為法務部長，並以漸進式廢除死刑為  
18 政策方向，提案修正刑法。如代理人此前整理，當年係以大幅  
19 提高自由刑之上限，並修改假釋制度，希望促使法院可以改為  
20 判處長期自由刑或保證有最低相當長期自由刑的無期徒刑，替  
21 代死刑之宣告。

22  
23 而如代理人所整理，法院經過多年的實務演進，應可堪信，已  
24 經發生司法實務的典範移轉，原則以無期徒刑替代死刑之宣

---

<sup>42</sup> 數字引用自國際特赦組織台灣分會 2022 年發布之全球死刑報告，如附件 44。

1 告，死刑只在極端例外的重大案件始有用武之地。司法實務  
2 上，越來越多的死刑障礙，與幾乎執行不了的死囚，可以肯定  
3 我國實際法制運作上，死刑僅餘名目、而不具實質的威嚇力。

4  
5 對照辯論期日幾近全場機關與專家一致肯定：「死刑沒有嚇阻  
6 效果」或至少「死刑不能被證實有嚇阻效果」<sup>43</sup>，並為我國國家  
7 人權委員會引用國際專家對於我國死刑不具嚇阻效用之實證分  
8 析結論一致，更覺明顯。

9  
10 此可堪信，對我國已經相當期間謹慎宣告死刑與減少執行死刑  
11 之實況而言，幾無支持繼續存置死刑實證效用與必要性，此亦  
12 與系爭三號解釋以前之社會，顯有司法專業階層對宣告死刑之  
13 態度、與民間平民階層對於得否實際感知死刑的效用，確實都  
14 存在重大變遷。

### 15 16 3、重刑思想的失控趨勢：

17  
18 由於我國漸進式廢除死刑之政策，係以以大幅提高自由刑之上  
19 限，並修改假釋制度，促使法院以自由刑替代死刑之宣告，於  
20 此政策發展中，如未加以配套之政策宣導與推動，對社會反而  
21 產生「刑罰變嚴，但社會治安卻沒有變好」的誤解。結果就  
22 是，所謂「寬嚴並進」的司法，進一步帶來「寬嚴極端」的「M  
23 型」發展。近年每當發生重大刑案，即不免出現社會輿論大批

---

<sup>43</sup> 鍾宏彬博士亦統整相關研究，表示實證研究均不足以支持死刑之嚇阻效果，見附件 44，氏著「刑罰一般嚇阻作用之實證研究回顧」，收錄於刑事法與憲法的對話，2017 年 3 月，頁 311-342。



1 支持上修重刑、以儆不法的龐大輿論聲浪，堪為明證。

2  
3 這毋寧是命中了司法院釋字第 669 號解釋許大法官玉秀與林大  
4 法官子儀所憂心的發展：當司法者放寬了立法者選擇可能性的  
5 發展，而不是直接限制刑度範圍，不一定會得到司法者本來預  
6 設、限縮刑罰適用的結果。此一發展，可以司法院釋字第 777  
7 號解釋後，關於肇事逃逸罪之修法結果，大法官於解釋內容對  
8 刑罰預期發展的暗示，由修法結果來看幾乎完全落空，堪屬適  
9 例。

10  
11 司法者既然是在透過違憲審查，將個別刑罰規範與整體刑罰秩  
12 序，嚴格地掌握在憲法的框架性節制秩序中，也因此對於立法  
13 者開始明顯呈現失控趨勢的重刑法制發展，即有基於憲法原理  
14 原則積極介入管制之必要，以免整個刑罰法制在重刑迷思的歧  
15 路上，遠離自由民主憲政秩序，並且越走越遠，直至重無可  
16 重。

#### 17 18 4、關注於被害人的、修復式司法：

19  
20 我國刑事訴訟法近年最重要之修正，乃民國 108 年關於被害人  
21 程序地位之強化。我國所以強化被害人參與程序，乃希望透過  
22 被害人之程序參與，增進國家對被害者之照料。我國自引進修  
23 復式司法制度後，多集中關注於加害人向被害人道歉與賠償；  
24 實則代理人以為，修復的精神應自法和平性的回復與犯罪的事  
25 後處理機能加以理解：犯罪的發生對國家社會中的每個人都是

1 傷害，而刑事訴訟的任務，不單單是讓國家「合法處罰」犯罪  
2 者，而是透過整個程序的發展，讓社會中的每個人，可以從犯  
3 罪的傷害中回復，好好的讓自己的人生往前進。

4  
5 這也是代理人在本書狀最初段落中即主張，刑罰不是一種對基  
6 本權的保護制度，而是國家對於基本權保護「失敗」後，作為  
7 國家對基本權保護「債務不履行」的事後處理。國家自命為正  
8 義使者，使用刑罰制裁犯罪人，隨後「事了拂衣去」，假裝犯  
9 罪與國家沒有善盡保護義務、管束社會風險、維護社會安全都  
10 無關，拍拍屁股一走了之，何其不負責任！

11  
12 完整的債務不履行，難道不是國家應該要對犯罪所造成的所有  
13 傷害，對整個國家都負起「回復原狀」的國家責任：犯罪人就  
14 其侵害社會的行為，應該受到制裁並進行再社會化；犯罪人所  
15 所在的風險社群應該獲得國家的關注與支持，避免因為犯罪人的  
16 脫離而進入更危險的風險環境；被害人所受到的損害應該透過  
17 國家的制度由犯罪人賠償或由國家協助進行填補；被害人與被  
18 害人社群所感知到的其他痛苦與生命的影響、乃至風險環境的  
19 發生，應該由國家來協助進行長期的陪伴與支持；整個社會因  
20 為犯罪所受到的驚恐與正義感的冒犯，要透過國家的制裁與其  
21 他改善措施，重行宣示秩序之有效與安全。國家對犯罪的回應  
22 若如現在停留在判決與執行的那個當下，等同於沒有回應。

23  
24 此部分亦是代理人特別單獨具狀並於辯論意旨中指出：對被害  
25 人而言，「死刑可能沒有用」的原因。不僅僅是出於個案協助

1 時的個別被害者的觀察，而是本質上死刑也僅是一個停留在判  
2 決或執行時的「點」的回應；更不用說國家幾乎毫無考慮提供  
3 國家資源，長期支持修復受害者與所處社群的人生，給予全面  
4 而完整的陪伴與協助，遑論其他那些會因為犯罪行為而受到影  
5 響的人。<sup>44</sup>應值反思者，「大仇得報」以後的人生，究竟是甚  
6 麼？如果「大仇沒有（那麼徹底）得報」，是不是就完全沒有  
7 「應報」，而在仇恨解消以前，就不能或不值得好好活下去<sup>45</sup>？

8  
9 國家刑罰主義是為了避免復仇循環，也就是透過國家代替被害  
10 人「制裁」犯罪者，讓所有人能脫離犯罪的影響「好好地活下  
11 去」，而不僅僅是一個處罰加害人的正義使者。從這個角度來  
12 說，憲法意義下的國家刑罰權目的，本質上就與具備強烈「復  
13 仇」意義的死刑追求，並非那麼和諧一致。

14  
15 除了「制裁犯罪人」以外，刑事制裁的懲罰性應報立場，因為  
16 修復式司法的引進，毋寧發生了更關注於修復性的「犯罪事後  
17 處理機能」的基本價值轉換。我們整個社會都應該從犯罪的破  
18 壞中回復：加害人、被害人、加害人社群、被害人社群、國家  
19 社會的搖旗吶喊的群眾，都應該要從犯罪對社會的傷害中被修  
20 復，遠離犯罪對我們人生、乃至於個人的影響。實務上過去修  
21 復式司法，多僅集中於加害人向被害人道歉與賠償，毋寧只是

---

<sup>44</sup> 代理人陳述意見狀所引用、林作逸博士的受害者經驗，足可供反思。代理人並應指出，代理人所提出的併案聲請人邱和順先生案件被害人家屬陸定先生的意見，對照其父陸晉德先生之法庭外意見，並非是一種「彈劾」，而是希望提供完整的受害者側的觀點，也更希望能將此部分的討論引入「死刑判決/執行之後」的長期受害者生命經歷與影響，並國家對受害者應有的關照面向。

<sup>45</sup> 另代理人陳述意見狀所引用、不具名非當事人被害人家屬，其意見也發人深省。代理人當時是閒談中告知可請求檢察總長爭執法院創設的死刑障礙，因此其回答從代理人角度的詮釋，更傾向於相信他認為倘家人在天有靈，既然兇手已經受到了相當的制裁，也不會希望他糾結在案件的傷痛，要好好活下去。

1 將刑事制度作為實現民事損害賠償的工具，而根本沒有觸及具  
2 備倫理意義與政策價值的「修復」，不得不說至為遺憾。

3  
4 真正的修復，應該類似轉型正義，具有真相發現、共情理解、  
5 究責懺悔、共生向前，而與向來形式的、浮面的賠償性修復，  
6 有思考與價值層次上的顯然差異。在此應特別強調者，修復不  
7 等於被害人的寬恕，國家發現真相，幫助被害人知道與理解犯  
8 罪的發生，真正的目的是協助被害人去認識犯罪並不單純是一  
9 種天降橫禍的不幸，而有其複雜的社會性風險實現與犯罪人個  
10 別的困境條件，從而能夠有更多機會以理性超克並修復犯罪對  
11 被害人自身所帶來的創傷，而不至於糾結在被犯罪傷害的「謎  
12 團」，這才是國家對於基本權的直接「保護」。

13  
14 這種「非指向復仇」的修復式思考，其實也是從憲法所設定  
15 「多元寬容」的價值<sup>46</sup>，對刑罰規範的原始「應報復仇」意義進  
16 行轉向，而有法制價值的重大變遷。

17  
18 (四) 小結：

19  
20 司法院釋字第194號、第263號與第476號解釋即系爭三號解釋  
21 與本件憲法訴訟之訴訟標的並非同一，且系爭三號解釋後，憲  
22 法實務與相關情事已經有相當之變遷，就死刑此一重大干預基

---

<sup>46</sup> 我國自立憲以來，即係一部多民族平等共存的憲法，憲法第5條：「中華民國各民族一律平等。」與憲法第168條、第169條，即可證「多元寬容」乃我國立國之基本價值秩序；至憲法增修條文第10條第11項：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」，對憲法本文予以建設性的本土詮釋，其前段「國家肯定多元文化」部分，並明示「多元文化國」為我國基本的立國價值，而此多元文化國之價值，亦與憲法本文「多元寬容」的憲法價值立場相呼應，堪為明證。

1 本權之刑罰合憲性或合憲使用之條件，即爭點提綱一就整體制  
2 度之「全稱命題」，以及爭點提綱二對個別條件下之「特稱命  
3 題」，確有由 鈞庭本於憲法原理原則加以指明之必要。

4  
5 三、鈞庭就本件的判斷，依法原則上不發生溯及效，已經確定並執行之  
6 刑事死刑判決，不因 鈞庭本案裁判而受影響：

7  
8 按憲法訴訟法第 52 條第 1 項明定：「判決宣告法規違憲且應失  
9 效者，該法規自判決生效日起失效。但主文另有諭知溯及失效或  
10 定期失效者，依其諭知。」，立法理由明示：「原條文未明定被宣  
11 告違憲且應失效之法規範應自何時起失效，適用上易滋疑慮，爰參  
12 酌奧地利憲法第一百三十九條、第一百四十條之立法例，增訂第一  
13 項，俾臻完備。」，是 鈞庭經判斷認為本案審查之法規範違憲而  
14 應失效時，應以本條本文之規定即立即（向後）生效為原則，定期  
15 失效或溯及失效為例外。

16  
17 然如 鈞庭經判斷認為本案審查之法規範違憲而應失效時，修正前  
18 憲法訴訟法第 53 條第 2 項、第 3 項規定：「判決前已適用前項法  
19 規範作成之刑事確定裁判，檢察總長得依職權或被告之聲請，提起  
20 非常上訴。」、「前項以外之確定裁判，其效力除法律另有規定  
21 外，不受影響。但尚未執行或執行未完畢者，於違憲範圍內，不得  
22 再予執行。」，對宣告違憲立即失效之判決，賦予刑事確定裁判之  
23 溯及救濟效果；然本條業經修正，修正後憲法訴訟法第 53 條第 2  
24 項、第 3 項規定：「判決前適用立即失效之法規範作成之確定裁  
25 判，其效力除法律另有規定外，不受影響。」、「判決前以溯及失

1 效之法規範為基礎作成之確定裁判，得依法定程序或判決意旨救濟  
2 之；其為刑事確定裁判者，檢察總長得據以提起非常上訴。」，其  
3 立法理由特就此變化指出：「法規範違憲而立即失效，其與溯及失  
4 效之最大差異，表現在兩種模式對於既已確定之司法裁判之影響。  
5 原條文第二項所仿之德國聯邦憲法法院法第七十九條規定，以違憲  
6 法規範自始無效為原則，與我國過去釋憲實務宣告法規範違憲係向  
7 將來失效之原則，兩者制度體系與立法例全然不同，原條文第二項  
8 規定，就非據以聲請憲法法庭裁判之原因案件，賦予一般性、溯及  
9 性救濟效力，恐與長期釋憲實務型塑建立之原則產生落差，影響整  
10 體法秩序安定性之維護。而法規範違憲之情形須溯及變更法秩序始  
11 能滌除時，憲法法庭得依第五十二條第一項但書，宣告該法規範溯  
12 及失效。於此情況下，實體正義之實現則當優先於法安定性之維  
13 護。」，除非 鈞庭認為，我國長期使用死刑制度對憲法秩序之冒  
14 犯，非溯及變更已經確定之法秩序不能滌除，而為回復應有之憲政  
15 秩序，始需透過宣告違憲溯及失效，而將本判決之效力擴及於已經  
16 判決確定甚至已經執行之所有死刑判決。

17  
18 辯論期日 鈞庭垂詢如本件進行死刑判決是否造成過去確定並執行  
19 死刑引發救濟乃至刑事補償之疑問，首應如前憲法訴訟法規定，釐  
20 清判決效力所及之範圍。在此或可併參照司法院釋字第 287 號解釋  
21 理由書：「行政機關基於法定職權，就行政法規所為之釋示，係闡  
22 明法規之原意，性質上並非獨立之行政命令，固應自法規生效之日  
23 起有其適用。惟對同一法規條文，先後之釋示不一致時，非謂前釋  
24 示當然錯誤，於後釋示發布前，主管機關依前釋示所為之行政處  
25 分，其經行政訴訟判決而確定者，僅得於具有法定再審原因時依再

1 審程序辦理；其未經訴訟程序而確定者，除前釋示確屬違法，致原  
2 處分損害人民權益，由主管機關予以變更外，為維持法律秩序之安  
3 定，應不受後釋示之影響。」<sup>47</sup>，此雖係針對法律解釋所為之釋  
4 示，然亦彰顯大法官對於憲法解釋向後生效之基本立場，將之與立  
5 法理由中「我國過去釋憲實務宣告法規違憲係向將來失效之原  
6 則」相互觀照，更覺明顯。

7  
8 另從實體上以觀，我國刑事補償制度採特別犧牲說<sup>48</sup>，亦即僅有憲  
9 法保障之自由權利，受有超越一般應容忍程度之限制，構成其個人  
10 之「特別犧牲」時，始有依法律之規定，以金錢予以填補之權利。  
11 應值強調者，縱令 鈞庭認為死刑制度違憲，並不等於否定過去確  
12 定死刑判決認事用法之正確性，亦非為受判決人平反而稱其人其行  
13 並不構成「大惡不治之犯」。縱令判決違憲而不得判處死刑，亦當  
14 會受到國家嚴厲自由刑之限制，原則上亦是以無期徒刑而終身監禁  
15 最有可能。

16  
17 參考現行刑事補償法第 6 項規定「死刑執行之補償，除其羈押依第  
18 一項規定補償外，並應接受刑人執行死刑當年度國人平均餘命計算  
19 受刑人餘命，以新臺幣五千元折算一日支付撫慰金。」，可見立法  
20 者就我國刑事補償制度，對於死刑所受特別犧牲之評價，乃以相當  
21 於「至平均餘命之終身自由刑」之苦痛加以評價，並為此種特別犧  
22 牲中最为嚴重之類型。然過去受死刑判決人縱使有改判為無期徒刑

<sup>47</sup> 司法院釋字第 287 號解釋理由書第 1 段。

<sup>48</sup> 司法院釋字第 670 號解釋理由書第 2 段：「冤獄賠償法於形式上為國家賠償法之特別法，然本條項所規定之國家賠償，實係國家因實現刑罰權或為實施教化、矯治之公共利益，對特定人民為羈押、收容、留置、刑或保安處分之執行，致其憲法保障之自由權利，受有超越一般應容忍程度之限制，構成其個人之特別犧牲時，依法律之規定，以金錢予以填補之刑事補償」

1 之機會，考諸無期徒刑本質上係終身自由刑，兩者間並無形式上監  
2 禁日數之差別，而僅係受判決人如係宣告無期徒刑執行，因矯治效  
3 果良好而得假釋變更處遇形式以復歸社會之機會；此種差異，亦即  
4 受判決人因其犯罪而受終身隔絕於社會之處罰，但因違憲死刑之執  
5 行而未能獲得因改善自己而能除外給予回歸社會之機會，僅就現行  
6 刑事補償制度以觀，似難認已構成應受補償、超越一般應容忍程度  
7 之特別犧牲。

8  
9 因此辯論期日 鈞庭垂詢如本件進行死刑判決是否造成過去確定並  
10 執行死刑引發救濟乃至刑事補償之疑問，無論是基於現行憲法訴訟  
11 法就判決「時的效力」之原則規定，與向來憲法解釋與判決「向後  
12 生效」之實務，或者自實體上是否構成「特別犧牲」而應「依法補  
13 償」之法制現況，均應不生疑慮，並不存在過去確定並執行死刑引  
14 發救濟乃至刑事補償之可能性。

15  
16 貳、憲法決定論與 鈞庭的抗多數決困境：

17  
18 關係機關與部分學者專家始終強烈主張 鈞庭不應「冒天下之大不  
19 韙」，應本於「司法自制」對死刑制度與死刑使用的「憲法判斷」，持  
20 保留態度。然而誠如顏厥安教授回應代理人問題時指出：「那當然也有  
21 意見認為說，這種重大爭議問題應該由行政跟立法部門共同來形成一個  
22 共識，那如果是這樣的話，我想提醒的可能一個觀念就是說，其實各位  
23 大法官就是由具有民意基礎的行政權最高的這個總統所提名，然後經由  
24 最高民意機關的立法院所同意擔任的，因此大法官其實當然是有民意基  
25 礎的，也許你說它是一個間接民主，不能說它沒有民意基礎。相反地，



1 可以宣告死刑的法官是沒有任何民意基礎，法官有這麼大的權力可以把  
2 一個人宣告死刑，但他沒有任何民意基礎，檢察官也沒有。」

3  
4 代理人應指出，司法權並非如行政權掌握軍隊與政府系統，可以直接以  
5 其權力干預國家社會；司法權亦未如立法權可以制定法律並以預算對政  
6 府財政進行管控，而可以透過法律之規制與預算之放行，調控政府體制  
7 之運作；司法權本質上只負責在爭議中「判斷」，而不實際運作現實的  
8 國家權力。因之，每一個司法權判斷的結果，都需要仰賴其他的憲政機  
9 關的國家權力，出於對憲政體制的尊重加以遵循而運行，這也是憲政秩  
10 序讓司法權對任何爭議永遠擁有「說最後一句話」的權力，卻又能確保  
11 各憲法機關權力分立的秩序得以實現的基礎。畢竟對其他憲法機關而  
12 言：「你（敢）隨便說說，我（就敢）隨便聽聽。」<sup>49</sup>，代理人一貫認  
13 為，司法者沒有政治實權，有的就是無窮的、堅守法治並解決問題的智  
14 慧。法官依照刑事法律規定與相關法治國原理原則，宣判死刑的正當性  
15 之所在，也就是 鈞庭依照憲法第 78 條、第 171 條第 2 項與第 173  
16 條，由制憲者在憲法制定時明示賦予解釋憲法的權力、並依憲法訴訟法  
17 相關規定與憲法相關原理原則，宣判死刑違憲的正當性之所在。司法權  
18 在權力分立的立場，就是不問政治，僅依憑憲法的原理原則、與所確立  
19 的憲政價值秩序，去解釋死刑制度與死刑在憲法的評價地位、去判斷並  
20 宣告死刑制度的合憲與違憲。

21  
22 如果死刑制度違憲，司法權宣告違憲的效果也無非只是「無論立法權與  
23 行政權如何強烈地希望處決一個犯罪者，都不能得到司法權的支持」而  
24 已。正如司法權不能阻止蔣總統於動員戡亂時期「應即槍決可也」，而

---

<sup>49</sup> 司法院釋字第 530 號解釋被無視至今之結果，堪為悲慘之適例。

1 司法權即便承平時期，也難以阻止國家社會「人人皆曰可殺」的輿論浪  
2 潮，如此，而已。然而代理人不禁自問，亦不由提問，難道因為司法權  
3 難以壓抑社會對於重大刑事犯罪的復仇衝動，所以司法權就不應本於死  
4 刑制度對自由民主憲政秩序之牴觸，宣示阻止嗎？

5  
6 代理人更以為，顏厥安教授的觀察，可以從另一角度去理解，事實上大  
7 法官之提名審查、同意，均有提出大法官過去的著作、發表，受提名大  
8 法官並在立法院接受詢答。大法官過去的著作、發表，如已對死刑相關  
9 憲法問題表示過意見，或於詢答時表明對死刑之立場，則基於民主之可  
10 問責性（accountability）與司法之可預測性（predictability），自  
11 應要求大法官對自身對憲法在學術上的確信，與作為大法官對憲法忠誠  
12 之良心與良知，始終如一。更重要的是，一個以黨綱宣告廢死的執政黨  
13 總統，提名過去曾發表有關死刑意見、著作有關生命與死刑的憲法論著  
14 （列於被提名人著作列表中）的專家、學者為大法官，個別大法官於立  
15 法院進行同意權審查時，更具體表明對死刑議題之（憲法）價值判斷，  
16 並經過國會同意而通過任命為大法官。則大法官針對死刑問題作出憲法  
17 判斷，不正是在總統、國會的背書之下為之？又怎能說不具有民意基礎  
18 而欠缺民主正當性？在流水的民意中，堅持憲法而為判斷，正是 鈞庭  
19 作為司法化之憲法法庭應有「公平法院、我心如秤」之基本立場，也是  
20 「法律人講證據、憑良心、求正義的當然本色」<sup>50</sup>之具體展現。

21  
22 採取司法最小主義「讓事情懸而未決」（leaving things undecided）

23 或許有助於降低司法決策成本，然代價往往意謂者決策責任與負擔的外

---

<sup>50</sup> 蔡大法官彩貞所參與最高法院 109 年度台上字第 2311 號刑事判決：「如此，方能展現公平法院，我心如秤、毋枉毋縱的辦案基本態度，及法律人講證據、憑良心、求正義的當然本色，司法威信可以建立，人民信賴於是植基。」就司法與法律工作者應有的基本態度所為闡發，對末學後進代理人亦深有啟示。

1 移，可能反而增加民主社群整體所需要付出的決策成本<sup>51</sup>（附件 46）。  
2 以本案來說，死刑制度爭議其實早於憲法而存在，而為我國刑法立法、  
3 乃至立憲行憲時，連同整體刑罰秩序一併接納，實則代理人以為，死刑  
4 與憲政秩序格格不入。社會對此每每繼續猶豫、探索，就是繼續放任國  
5 家使用死刑而將人命工具化作為「復仇」的回應，並在其他積極基本權  
6 保護措施的繼續搪塞與怠惰。對於在這過程中繼續消逝掉的，從無辜市  
7 民因國家無力保護而受害、以至於犯罪市民因國家無能狂怒而殉葬的所  
8 有寶貴的生命，我們的國家，還要經歷多少「無價值的犧牲」，還要虛  
9 擲多少條人命，才能讓整個社會反思「死刑沒有用」？或至少，也許，  
10 「死刑沒那麼有用」？

11  
12 代理人必須承認，死刑某種程度是一個信仰的對決，是一個價值的對  
13 決，是一個意識形態的對決；是承認我國的憲法是一部多元寬容的憲  
14 法，或是一部除惡務盡的憲法；是一部和解共生的憲法，或是一部雖遠  
15 必誅的憲法；是一部承認每個人都有弱點的憲法，或是一部承認每個人  
16 都不犯錯的憲法…；但代理人必須指出，死刑不是一個看看今天明天我  
17 們國家需要甚麼，而由立法者決定用或不用的工具，而是看看我們的國  
18 家怎麼看待人與生命，而由主權者於立憲時嵌合在憲法文本間的、我國  
19 立國的根本價值所在。

20  
21 代理人以為，死刑制度之合憲或違憲，乃係由憲法文本與原理原則之  
22 「憲法決定論」而非尊重國民選出之國會立法選擇之「立法決定論」。

---

<sup>51</sup> 蘇彥圖，司法審查作為憲政工程，中研院法學期刊第 22 期，2018 年 3 月，頁 26-27。尤其本屆國會相關爭議法案即將三讀，重現當年重大政治衝突而再度引發憲法機關爭議，有如司法院釋字第 520 號、第 585 號及第 613 號解釋「延長賽」，司法最小主義飽受批評的、「說不清楚」也「講不明白」，只給出一個不能「定紛止爭」的司法決定而「為德不卒」，對整個國家社會繼續付出的代價，豈非明顯。

1 所謂死刑違憲與廢除死刑分屬二事，代理人曾於前言指出有其誅心觀  
2 點：「不能為了（由司法）廢除死刑，而（強行）主張或宣告死刑違  
3 憲。」，但其實深論之，對此反面言之亦無不可：「不能為了不要（由  
4 司法）廢除死刑，而（強行）主張或宣告死刑合憲。」，亦即無論合憲  
5 或違憲，對如今已經受理、辯論的當下，作為司法機關，只能依據憲法  
6 與相關之原理原則，進行憲法判斷並依法判決。

7  
8 參、結語：

9  
10 最後再度懇請 鈞庭三思：

11  
12  
13  
14  
15 以殺不能止殺，以暴不足以易暴；

16 「不要被惡所勝，反要以善勝惡。」<sup>52</sup>

17  
18  
19  
20  
21 死刑制度與我國憲法價值秩序不能相容，懇請 鈞庭宣告死刑制度違憲。

22  
23  
24  

---

<sup>52</sup> 聖經，羅馬書第 12 章第 21 節。

1 附屬文件之名稱及其件數

編號	文件名稱或內容	備註
附件 41	法益理論的憲法基礎-鍾宏彬	
附件 42	刑事政策刑罰論-黃朝義	
附件 43	刑事法與憲法的對話「論肇事逃逸罪之保護法益 - 兼淺論本罪之合憲審查」- 陳志輝	
附件 44	2022 全球死刑報告， <a href="https://www.amnesty.tw/index.php/node/14930">https://www.amnesty.tw/index.php/node/14930</a>	
附件 45	刑事法與憲法的對話「刑罰一般嚇阻作用之實證研究回顧」- 鍾宏彬	
附件 46	「司法審查作為憲政工程 - 結構最小主義的提議」- 蘇彥圖	

2 此 致

3 憲法法庭 公鑒

4

5 中 華 民 國 1 1 3 年 月 0 5 月 1 3 日

6

7

聲 請 人：王信福等 17 人

8

訴訟代理人：李宣毅律師律師

9

聲 請 人：張人堡等 2 人

10

訴訟代理人：莊家亨律師

11

聲 請 人：蕭新財等 3 人

12

訴訟代理人：劉繼蔚律師



