

專家諮詢意見書

案號： 111年度憲民字第904052號

專家學者 姓名或名稱：黃丞儀

1 為（憲法訴訟類型）提出專家諮詢意見事：

2

3

應揭露事項

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

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

8 三、其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。

9

10

專業意見或資料

11 目次

12	壹、法經驗事實分析	3
13	一、台灣人民歷史經驗中的死刑	3
14	二、傳統中國法下的死刑規範：以清代為主	13
15	三、古代中國執行死刑的虛與實：終極的肉刑、生命刑與廢死的乍現	20
16	四、小結：法經驗事實和法文化脈絡中的死刑對當代台灣的意義	28
17	貳、法規範合憲性分析	34
18	一、生命權、人性尊嚴和免於酷刑權利於我國憲法上的規範基礎	34
19	（一） 生命權在我國憲法上的規範基礎	35
20	（二） 人性尊嚴在我國憲法上的規範基礎	39
21	（三） 免於酷刑的權利在我國憲法上的規範基礎	43
22	二、死刑干預生命權、免於酷刑權利，侵犯人性尊嚴	45
23	（一） 生命權、免於酷刑權利和人性尊嚴的關係	46
24	（二） 以比例原則檢驗死刑是否可以證立	46
25	1. 以嚇阻作為死刑目的	48
26	2. 以應報作為死刑目的	50

1 三、死刑違反共和國原則，牴觸自由民主憲政秩序 57
2 參、廢除死刑後，有何足以取代死刑的其他形式制裁手段？或應有哪些配套措
3 施？ 63
4

5 關於憲法法庭所詢刑法第二百七十一條第一項死刑規定及有重要
6 關聯之刑法第三十三條第一款死刑規定是否牴觸憲法一事，以下首先
7 從法經驗事實層面分析死刑的制度背景，包括：一、台灣人民歷史經
8 驗中的死刑，二、傳統中國法下的死刑規範，三、古代中國執行死刑
9 的虛與實，以及四、小結。

10 其次，就鈞庭所示言詞辯論爭點提綱，針對死刑是否合憲，敬陳
11 管見。

12 壹、法經驗事實分析

13 一、台灣人民歷史經驗中的死刑

14 生活於台灣的人群，並非始終都具有實施死刑的生活經驗。
15 依照日本殖民時期成立的臨時台灣舊慣調查會，自1909年開始
16 進行調查而出版的《番族慣習調查報告書》，台灣原住民族基本
17 上不曾實施死刑。

18 **泰雅族**對於侵害他人名譽、財產、身體或生命，或破壞部
19 落慣例的行為，在古代可能由「族眾及被害者對加害者施以毆
20 打、捆縛、驅逐、殺死等私刑，但是現在（按：調查時）一般
21 都依交付贖財之方法解決」。¹即便是私刑中的殺死，「一般番人

¹ 此處所引中文，皆出於：中央研究院民族學研究所編譯，台灣總督府臨時台灣舊慣調查會，《番族慣習調查報告書（第一卷）泰雅族》，台北：中央研究院民族學研究所，第253頁，1996。

1 忌諱同族相殺，認為下手的人會罹患『bjiheng』（身體腫脹之
2 病），且子孫必會夭絕，故大多以贖財解決，只有頑強自恃，犯
3 了這些罪行卻仍不悔改者，才不得已把他殺死」。²關於贖罪，
4 日本學者山路勝彥指出，「違反行為發生後，為了重建崩壞的世
5 界秩序，必須先將神的懲罰除去。作為一般過程，違反者提出
6 贖罪品，為了和解而安排共食的機會，不只是對受害者，也對
7 才ツトフ（神）乞求原諒，事情才會被認為是告一段落。這個
8 贖罪的行為正是與近代刑法世界有著顯著差異、作為泰雅族習
9 慣法的根本精神。經過這一連串的過程，違反者的罪就會被認
10 為祛除了」。³

11 《番族慣習調查報告書》提到，排灣族和魯凱族⁴對於不法
12 行為的制裁，「普通採用收取贖財或體罰，另外亦罕有放逐、禁

² 同前註，第254頁。此外，李亦園在1960年代針對南澳地區的泰雅族人進行調查，說明：「南澳的泰雅族人有一條習慣的法律，即對於破壞 gaga 紀律的罪犯，倘若他不能提供出一隻大豬來舉行『賠祭犧牲』的話，便把他開除 gaga 的屬籍，這種刑罰是除了死刑以外的最重的一種刑罰，直到此人能提出犧牲時為止，他才能恢復成為 gaga 中的一員。（...）實際上失去 gaga 的人，便失去了享受同 gaga 中人互助的權利，直接的威脅了其生存。他們在不斷的經驗裏，已深深瞭解，個人的生存必須仰仗於團體，因此，qutux gaga 集體活動的最後目標，便在給與 gaga 成員以最大的安全，從而使成員能維持其生存。」參見李亦園等，《南澳的泰雅人—民族學田野調查與研究》上冊，台北：中央研究院民族學研究所，第135-136頁，1963。此處所謂「死刑」未必是泰雅族的習慣，而是國家法律進入部落後的情形。

³ 山路勝彥，《台湾タイヤル族の一〇〇年》，東京：風響社，第91-92頁，2011。另外，山路勝彥說明：「如果有人殺了人而藏起來，村民會害怕神降下災厄於村民全體。無論誤殺還是故意，加害者都會向村裡提出贖罪，村的有力人物會試圖解決此事件。基於該贖罪，以村為單位進行共食，進而修復因事件而生的龜裂。」「儘管是個人的違反行為，也不將該犯罪的責任由一個人來承擔，而是讓共有生活的人們全體承受，就是泰雅族習慣法，gaga 的精神。基於犯罪者與其他村民生活在同樣的環境，不僅僅將特定個人作為處罰的對象，也追究產生犯罪行為的這個社會的責任，這個事實才是重要的。違反行為會對世界秩序帶來很深的龜裂。當它每次發生時，人們就會努力回復至今為止與神（才ツトフ）的均衡狀態。因此人們試圖努力祛除如烏雲般聚集的污穢，修復受損的世界。犯罪不是以對特定個人的處罰坐收的事情。而是攸關整體秩序的問題，叩問著整個社會產生犯罪的責任。」參見同書，第105頁、第114頁。

⁴ 臨時台灣舊慣調查會在調查過程中認為排灣族（pauwan）、魯凱族（calisian）和卑南族（puyuma）三族屬於同一種族，因此在報告書中「稱本族或 pauwan 族時，其範圍甚廣，除以往的 pauwan 族外，尚包括 calisian 及 puyuma 兩族」。中央研究院民族學研究所編譯，台灣總督府臨時台灣舊慣調查會，《番族慣習調查報告書（第五卷）第一冊排灣族》，台北：中央研究院民族學研究所，第5頁，2003。但蔣斌在本卷的編序指出，「本卷雖以『排灣族』為題，然實際涵蓋的範圍，僅等同於今日習稱的『西魯凱群』（包括下三社群與霧台群）與『西排灣群』（包括拉瓦爾與布曹爾兩個亞族）」，參見同書，第4頁。

1 足等處罰。本族自古以來即幾未行死刑，無論何等重罪，亦以
2 贖財、放逐等解決」。⁵就**阿美族**而言，侵害他人財產、身體、
3 生命和名譽時，由頭目、長老、社民以協議的方式決定制裁方
4 式，南勢番系統的阿美族對於毆打致死的行為，通常令加害人
5 須「捨棄住家、家具、家畜而出奔他社，否則會被逐出社外，
6 沒收家產」。⁶此時，被害人家屬可以獲得加害者的家畜與土地。
7 驅逐期間通常為一年，「如果加害人不履行繳交以上的贖財，則
8 被害人的親屬可殺死加害人」。⁷而馬太鞍、太巴塢及海岸地方
9 的阿美族處罰較輕，「傷害他人時，重罪者被索賠活豬一頭，輕
10 罪者則遭索賠酒或番刀。對於過失致死，昔時曾准許報仇，但
11 現在則尊重人命，改為索賠水牛或豬」。⁸在尊親屬被人殺死的
12 狀況，處罰方式是沒收加害人的財產、歸被害人之血親所有
13 （部分則由集會所使用），將其逐出社外，並公開允許被害人家
14 屬替血親復仇。⁹

15 至於**卑南族（Puyuma族）**，「並無放逐、絕交、私刑、死刑
16 等之例」。¹⁰即便是殺害行為，「若係與他社社民為仇敵關係，則
17 准許復仇。如係常見的使用暴力而致誤殺人者，其全部財產遭
18 被害人家屬沒收，但是如係正當防衛則無罪」。¹¹**鄒族**對於不法
19 行為的制裁手段雖然有「毆打、叱責、格殺及贖財」四種方式，

⁵ 中央研究院民族學研究所編譯，台灣總督府臨時台灣舊慣調查會，《番族慣習調查報告書（第五卷）第四冊排灣族》，台北：中央研究院民族學研究所，第291頁，2004。

⁶ 中央研究院民族學研究所編譯，台灣總督府臨時台灣舊慣調查會，《番族慣習調查報告書（第二卷）阿美族、卑南族》，台北：中央研究院民族學研究所，第127頁，2000。

⁷ 同前註。

⁸ 前註6書，第128頁。

⁹ 前註6書，第130頁。

¹⁰ 前註6書，第374頁。

¹¹ 前註6書，第373頁。

1 但是「格殺的刑法，據說近來各部族幾乎都已不採用」。對於生
2 命的侵害，「頭目老番在場叱責並毆打犯人，且令其賠償一邱之
3 地給遺族。若是誤殺則僅令其賠償土地」。¹²

4 賽夏族對不法行為的制裁則包括「頭目的懲罰、族眾的排
5 斥以及贖財」，頭目對「罪情較重者可施以毆打、揪髮、蹴踏等
6 體罰，但是不能殺傷之」。就殺害行為而言，「不論故意或過失
7 殺害，加害人和被害人的兩姓間因此發生仇敵關係。然而自古
8 以來就忌諱同族互相傷害，所以這種情形通常會央請有勢力者
9 從中仲裁，由加害人提出贖財了案」。¹³

10 雖然原住民族社會極少使用死刑，但是居住於台灣的漢人
11 和平埔族群從荷蘭統治時期（1624-1662）開始，就已經歷近代
12 早期（early modern）西方式的司法及刑罰制度，其中包含死刑。
13 荷蘭東印度公司在大員設有長官與評議會，1636年設立大員法
14 院（Council of Justice），適用荷蘭法律來審理案件，曾有被告經
15 判處死刑後再由長官和地方議會赦免。¹⁴而除了斬首之外，死刑
16 的執行方式還包括極殘酷的車裂刑（Radbraken）。¹⁵

¹² 「邱」為井田法單位，一邱約為十六平方里。中央研究院民族學研究所編譯，台灣總督府臨時台灣蕃慣調查會，《番族慣習調查報告書（第四卷）鄒族》，台北：中央研究院民族學研究所，第203頁，2001。

¹³ 中央研究院民族學研究所編譯，台灣總督府臨時台灣蕃慣調查會，《番族慣習調查報告書（第三卷）賽夏族》，台北：中央研究院民族學研究所，第138頁，1998。

¹⁴ 王泰升，《台灣法律史概論》，台北：元照出版，第28頁，2020。根據鄭維中的研究，1636年11月有一件獵場監督員在野外誤殺漢人的案件，地方議會指派一位議員擔任臨時檢察官，進行調查和求刑。公司法庭審理判處死刑，地方議會認可後，在處刑的刑場，當地的漢人商賈懇請長官赦免犯人，因為受害漢人在中國仍有遺孤，長官和地方議會便決定赦免死刑，改處罰金，並扣留犯人薪水，以支付受害者家屬。參見鄭維中，《荷蘭時代的台灣社會：自然法的難題與文明化的歷程》，台北：前衛出版社，第185-187頁，2004。另外，也有針對平埔族群施加死刑並予以赦免的例子，目的在招降叛亂的放索人，參見同書，第81頁。

¹⁵ 實施車裂刑的對象是漢人海盜主謀，目的在於宣示荷蘭東印度公司剿滅海盜的決心，並且不希望原住民族包庇漢人。參見鄭維中，《略論荷蘭時代台灣法制史與社會秩序》，《台灣風物》，第52卷1期，第17頁，2002。

1 而鄭氏王國時期（1661-1683）和大清帝國統治時期（1683-
2 1895），官府適用大明律和大清律，帶來了傳統中國的五刑（笞、
3 杖、徒、流、死）。¹⁶1895年5月8日〈馬關條約〉生效後，6月17
4 日台灣總督府在台北舉行始政式，8月6日發布全島施行軍政，
5 對於台灣人民的反抗多以「臨機處分」的名義殺死。同年11月
6 依日令公布〈台灣住民刑罰令〉，除了納入先前公布的〈台灣人
7 民軍事犯處分令〉（對各種攻擊或妨礙日軍的行為處以死刑）¹⁷，
8 並將當時的日本陸海軍刑法及普通刑法（即1880年舊刑法）列
9 為補充法源。雖然如此，學者王泰升認為，該刑罰令以斬首為
10 執行死刑方式，加上其他違反現代刑法精神的規定，台灣應該
11 要等到1896年4月1日進入民政時期，且同年8月公布律令第四號
12 規定：「在台灣之犯罪依帝國刑法處斷之」後，依照法國刑法
13 （1810年）制定的日本1880年舊刑法才算真正施行於台灣。¹⁸

14 依據日本舊刑法，有關內亂罪的部分僅「首魁及教唆者」
15 處以死刑。高野孟矩擔任總督府高等法院長期間（1896年5月至
16 1897年10月），對於所謂「匪徒案件」的處理較為寬和，如1897
17 年各地方法院共計審理526名涉及土匪罪名的被告，只有54位遭
18 判死刑，僅佔一成餘。¹⁹

19 到了1898年兒玉源太郎就任總督後，公布〈匪徒刑罰令〉，

¹⁶ 一般認為，五刑的刑罰體系定於唐律，然而唐律大體承襲隋代開皇律，即包括生命刑（死刑）、自由刑（流、徒）、身體刑（杖、笞），同時伴隨財產刑（贖刑）。參見仁井田陞，《補訂中國法制史研究 刑法》，東京：東京大學出版會，第110頁，1980。

¹⁷ 例如：「捏造流言蜚語或喧噪呼號妨礙軍隊、艦隊、軍用船舶之靜肅者」、「將鴉片煙及其吸食器交與大日本軍人、軍屬、其他從軍者，或供其吸食場所者」均處以死刑。參見黃昭堂，《台灣總督府》，台北：前衛出版社，第225頁，2002。

¹⁸ 王泰升，前註14，第249-250頁。

¹⁹ 王泰升，《台灣日治時期的法律改革》，台北：聯經出版，第238-243頁，2014。

1 「不問何等目的，凡以暴行或脅迫為達成其目的而為多眾結合
2 者」，均視為「匪徒」，處以唯一死刑，連未遂犯也以本刑論罪，
3 並溯及既往生效。²⁰此後，因「(政治)匪徒」案件科處死刑的
4 被告人數激增，從1897年的54人(佔所有匪徒案件的10.3%)上
5 升到1898年的247人(26.4%)，1899年更一舉處死863人(60%)，
6 1901年到達顛峰910人(68.7%)。²¹因此，王泰升曾謂：「於1899
7 年至1902年間，一位台灣政治反抗者，縱使能逃過軍憲警當場
8 格斃的毒手，仍必須面臨有超過六成可能會被法院判處死刑的
9 厄運。」²²可知台灣人民接觸近代(modern)西方式法院及刑法
10 的初體驗，就是死刑大量運用在政治反抗案件上。²³

11 日本殖民者濫用死刑以震懾台灣民眾的作法，在進入民政
12 時期將近二十年後的西來庵事件到達顛峰。1915年5月台灣總督
13 府在台南地方法院開設臨時法院²⁴，審理包括余清芳等人在內的
14 「匪徒」，經檢察官起訴1,430人，其中法院判處死刑者866人，
15 佔60%。一口氣要處決八百多人，震驚日本帝國議會，因此

²⁰ 吳豪人，《殖民地的法學者》，台北：台大出版中心，第133頁，2017。王泰升、薛化元、黃世杰編著，〈匪徒刑罰令〉，《追尋台灣法律的足跡：事件百選與法律史研究》，台北：五南圖書出版，第110頁，2014。

²¹ 同註19，表4-2「台灣總督府地方法院對匪徒案件之處置(1895-1906)」，第241頁。後藤新平曾表示，在1898年到1902年之間，五年內總督府殺死的「叛徒」計有11,950人。而從1895年日本攻台開始，到1902年的八年間，在台灣被殺戮的人已達32,000人，超過當時台灣人口的百分之一。黃昭堂，前註17，第93頁。

²² 前註19，第246頁。

²³ 根據劉彥君針對日治法院檔案台中地方法院刑事判決原本的研究，〈匪徒刑罰令〉實施後，檢方經常將強盜罪和匪徒罪混用，總督府覆審法院甚至發展出「(盜、匪)結合體」的見解。在1899至1902年這段案件高峰期，台中地方法院的匪徒案件中，「非武裝反抗判決數都高於武裝反抗判決，且差距相當大」，因此他認為「匪徒罪判決很有可能就是容納了該法施行前的強盜案件」，「如果說匪徒刑罰令是『政治刑法』的話，本法實際運作上關於政治的『純度』可能沒有想像中的高」。參見劉彥君，〈強盜或抗日？—以日治法院判決中的「匪徒」為核心〉，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，第72頁、第75頁，2006。不過因為劉彥君的分析對象僅限於台中地方法院，是否可以推及全台，需要進一步研究。此處仍採取王泰升前揭觀點，不否定〈匪徒刑罰令〉的政治性。

²⁴ 依據1896年頒布的〈台灣總督府臨時法院條例〉，針對顛覆政府、反抗施政之暴動、危害高官顯要、外患罪以及觸犯〈匪徒刑罰令〉諸罪的案件，總督可以在適當場所設置臨時法院，不受一般管轄區域的限制。黃昭堂，前註17，第226頁。

1 「日本政府乃以大正天皇登基為由進行恩赦，被判處死刑者除
2 業已執行的95人（包括余清芳）外，獲得減刑」。²⁵這也是日治
3 時期〈匪徒刑罰令〉最後一次的適用。

4 1919年實施內地延長主義後，雖然日本1907年刑法仍須透
5 過總督發布律令才能實施，從而可以避免許多台灣殖民地特有
6 的刑事規定（如〈匪徒刑罰令〉）因牴觸日本刑法而無效，但是
7 一些特別刑法如〈治安警察法〉、〈治安維持法〉以及戰時刑事
8 法規亦依天皇發布的敕令而施行於台灣。1920年代以後，政治
9 犯便不曾被判處死刑。²⁶

10 而在一般刑事犯罪的部分，1904年總督府以律令公布〈罰
11 金及笞刑處分例〉，恢復傳統中國法上的笞刑，搭配〈犯罪即決
12 例〉，讓警察機關自行定罪後可以迅速執行笞刑。因此，論者認
13 為1920年代以前日本統治當局對於刑罰的態度傾向「重刑主義」。
14 ²⁷但1920年代以後，笞刑遭廢止（1921），「被判有期徒刑者僅佔
15 所有被告約一成，被判死刑或無期徒刑者甚少」，即便1930年代
16 進入戰爭時期，「被處死刑或無期徒刑的人數仍未大幅增加」。²⁸

17 日本於1945年8月15日向盟軍宣布投降，同年10月25日由台
18 灣省行政長官兼警備總司令陳儀進行軍事接收。依照1945年3月
19 中國國民黨國防最高委員會制定的〈台灣接管計畫綱要〉第五

²⁵ 王泰升，〈日本殖民統治下台灣的「法律暴力」及其歷史評價〉，《國立政治大學歷史學報》，第25期，第9頁，2006。另外的記載是「鎮壓此事件時，總督府出動大砲轟擊村落，在八月六日對噍吧嘓的攻擊中，總共有三〇九人被殺。另外，在各地也有多人遇害或被捕。因噍吧嘓事件而被逮捕者，余清芳以下共計一四六四人，其中被判死刑的達九〇三人。但實際上真正被執行死刑的人數是二百人，剩下的七〇三人被減為無期徒刑（《警察沿革志》，第二篇上卷，八二八頁）。」參見黃昭堂，前註17，第107頁。

²⁶ 在戰爭時期依照〈治安維持法〉曾有判處無期徒刑之例。參見王泰升，前註14，第271頁。

²⁷ 王泰升，前註14，第278頁。

²⁸ 王泰升，前註19，第295-297頁。

1 條：「民國一切法令，均適用於台灣，必要時得制頒暫行法規。
2 日本佔領時代之法令，除壓榨箝制台民、牴觸三民主義及民國
3 法令者，應悉予廢止外，其餘暫行有效，視事實之需要，逐漸
4 修訂之。」²⁹因此，中華民國國民政府於1935年公布的〈中華民國
5 國刑法〉（下稱〈刑法〉）即於台灣正式施行迄今。其中第33條
6 規定的主刑種類包括死刑，從未修正。

7 除〈刑法〉之外，另外有為數甚多的特別刑法以死刑（或
8 唯一死刑）為刑度。例如〈危害民國緊急治罪法〉（1931年制定、
9 1946年1月30日政治協商會議閉幕前一天決定廢止，2月13日明
10 令廢止）承繼〈暫行反革命治罪法〉，規定「以危害民國為目的
11 而擾亂治安，私通外國或勾結叛徒圖謀擾亂治安，或煽惑軍人
12 不守紀律、放棄職務，或與叛徒勾結者，均處死刑」。³⁰

13 根據學者林山田於1986年的整理，「在普通刑法規定為唯一
14 死刑之罪僅有四種，但在特別刑法，則有二十九種之多；或如
15 完全相同之二種行為，在普通刑法與在特別刑法，則有相差懸
16 殊之法定刑」。³¹就民國以降，特別刑法的肥大化衍生出「特別
17 刑法之功能較普通刑法為優」、「特別刑法制定簡便迅速」及
18 「制定特別刑法以行重典」等特性，論者亦有認為受到傳統中
19 國法「以例破律」的影響。³²

²⁹ 王泰升，〈台灣戰後初期的政權轉替與法律體系的承接〉，《台大法學論叢》，第29卷第1期，第15頁，1999。

³⁰ 國史館編印，《中華民國史法律志》（初稿），台北：國史館，第509頁，1994。（此一部分由林山田撰寫。）

³¹ 林山田，〈論特別刑法〉，收錄於林山田主編，《特別刑法論文選輯》，台北：國立政治大學法律研究所，第18頁，1986。

³² 關於以上三項特性，請參見林山田，前註31，第8-9頁。王泰升教授認為國民黨政權統治時期和日治時期均受到傳統中國法「以例破律」的影響，制定特別刑法以因應對內高壓統治的需要。王泰升，前註14，第257-258頁。

1 國民政府接收後，不到兩年便爆發二二八事件（1947），台
2 灣人民再度經歷類似清治時期和日治初期「未經審判即就地槍
3 決（就地正法）」的國家暴力。³³從近期出版的檔案來看，即以
4 南京政府調派增援部隊上岸的基隆為例，3月8日午後開始，出
5 現大量市民死傷，死因包括「『槍決』、『國軍調查結果槍決』、
6 『憲兵隊調查結果被死』、『被警員槍決死』，或者在自宅、街上
7 『被流彈受傷、死亡』等，然而更多是死傷原因『不詳』一當
8 中或有根本無法記錄在官方檔案上的濫行報復或掃射致死」。³⁴
9 「少數於刑場執行槍決，更多是前近代式公開在南榮路派出所
10 前、市區田寮河旁槍斃示眾，或於八船里海岸、社寮島（今稱
11 和平島）海岸槍決。（...）還有更多是行方不明，最終在『基隆
12 市海面』、『海面』、『日新町海中』、『海內海面』、『永安旅社對
13 面海面』尋獲屍體。」³⁵

14 雖然當時警備總司令部就1947年5月16日解除戒嚴之後，非
15 軍人犯戒嚴法第九條之案件，除「審判已至終結程度，仍由軍
16 法機關審結」外，其餘案件同意由原審判機關移送法院辦理。³⁶
17 但實際上依據當時有效的〈戒嚴法〉，二二八事件爆發當時，台
18 灣並非屬於接戰地域，也沒有「法院或與其管轄之法院交通斷
19 絕」的狀況，依法根本不應採取軍事審判。³⁷更遑論大部分於二

³³ 參見曾文亮，〈二二八事件中的叛亂與懲罰：兼論戰後初期國民政府的政治、軍事與法律關係〉，《台灣史研究》，第22卷第4期，第83-122頁，2015。

³⁴ 吳俊瑩，〈導言〉，黃翔瑜等編，《二二八事件檔案彙編（三十）》，台北：國史館，第24頁，2022。此時主要負責的應該還是基隆要塞司令部，並非單純由省外增援部隊為之。

³⁵ 同前註，第24-25頁。

³⁶ 參見陳宏昌，〈導言〉，周琇環等編，《二二八事件檔案彙編（三）》，台北：國史館，第2頁，2002。

³⁷ 二二八之後，3月9日宣布戒嚴，陳儀主張不論是否有軍人身分，均劃歸軍法審判，來台宣慰的白崇禧也同意。雖然在南京的國民政府有不同意見，但最終為了避免事態更形嚴重，仍予同意追認。關於南京中央的不同意見，參見1947年12月2日國防部軍法局簽辦意見（第三處處長何政涵所擬簽呈）：「查本案係白（崇禧）部長到台時，令准由軍法審判，事後發現於法無據，始一再呈請

1 二八事件中死亡的案例都屬於5月16日解嚴前部隊濫殺和就地槍
2 決的情形³⁸，這些案件中，連軍法審判也沾不上邊。後續綏靖和
3 清鄉均由軍方主導和指揮，由軍事機關移交普通法院審理的案
4 件不多。³⁹

5 1949年隨著台灣再次進入戒嚴，〈懲治叛亂條例〉、〈檢肅匪
6 諜條例〉加上刑法第一百條的規定，造成多數政治案件均由軍
7 事法院審理。根據促進轉型正義委員會於2021年發布的〈任務
8 推動及調查結果報告書〉，政治案件中「具『審理結果』資料總
9 數為12,034人次。被判處重刑者佔28%：包括死刑者共1,153人
10 （下略）」。⁴⁰其中1,039人是在政治案件的高峰時期，亦即1950
11 年代遭判處死刑。

12 單以1952年為例，當年度即判處207人死刑。⁴¹這個數目逼
13 近1898年台灣總督府公布〈匪徒刑罰令〉後，當年度處死的人
14 數（247人）。無怪乎論者認為：「這般以嚴酷法律作為鎮壓異己、
15 鞏固政權的工具，實為百年台灣人民共同生活經驗。」⁴²台灣
16 人民在漫長的二十世紀，充分體驗死刑作為鎮壓政治運動和異

國府核准，故此項錯誤責任，完全應由國防部擔負。國府如准備查，似無異於國府代負其責。」參見吳俊瑩，〈不願負此責任：白崇禧與二二八的軍法審判〉，出處「台灣與海洋亞洲」，網址：<https://tmantu.wordpress.com/2022/03/23/>（最後瀏覽日：2024年4月1日）。另參見曾文亮，前註33，第110-112頁。

³⁸ 「戒嚴後，陳儀曾授權憲兵4團團長張慕陶，對戒嚴期間有報復、搶劫姦淫者，准予就地正法。」「包含警備總部、憲兵團、基隆、高雄要塞司令部以及國軍第21師綏靖司令部等都有秘密逮捕與濫行制裁的行為。」參見曾文亮，前註33，第99頁。

³⁹ 曾文亮統計由高等法院和台南高分院審理的這類案件大約68件、121名被告。而進入司法審判程序者，有近三成獲判無罪。參見曾文亮，前註33，第113-114頁。另參見財團法人二二八事件紀念基金會，《二二八事件責任歸屬研究報告》，台北：財團法人二二八事件紀念基金會，第66-73頁，2006。

⁴⁰ 促進轉型正義委員會，《任務推動及調查結果報告書》「第二部：探求歷史真相與責任的開端：壓迫體制及其圖像」，台北：促進轉型正義委員會，第2-147頁，2021。

⁴¹ 同前註，第2-148頁。

⁴² 王泰升，〈變遷中的台灣人民法律觀〉，《台灣法的斷裂與連續》，台北：元照出版，第203頁，2002。

1 議分子的主要法律工具。統治者可以濫用死刑，一般人民僅能
2 束手就擒，沒有反制的法律管道。

3 二、傳統中國法下的死刑規範：以清代為主

4 如前所述，居住於台灣西半部的漢人和平埔族分別於1661
5 年（鄭氏王國）和1683年（大清帝國）進入傳統中國法的支配
6 範圍。鄭氏王國因襲明律，但統治期間相當短暫。⁴³大清帝國將
7 台灣收入版圖時，大清律經歷了兩次制頒，分別是在順治三年
8 （1646，下稱「順治律」）和雍正三年（1725，下稱「雍正律」）。
9 大清帝國結束統治台灣前，大清律又復經歷乾隆五年（1740，
10 下稱「乾隆律」）和同治九年（1870，下稱「同治律」）的兩次
11 制頒。⁴⁴

12 以死罪數量來看，大清律繼承明律的「律例合體」，雖然律
13 文上看似死罪罪名逐漸減少（順治律有262個死罪，雍正律僅

⁴³ 「關於鄭氏時代司法制度，因資料缺乏，在實際上，於台灣是否一切依照明制施行，則不得而知。但除特殊情形外，原則上奉行明制，固無疑問。」戴炎輝、蔡章麟纂修，《台灣省通志稿政事志司法篇》第一冊，台北：台灣省文獻委員會，第6頁，1955。

⁴⁴ 清世祖順治元年（1644）攝政王多爾袞入關，暫用明律治罪，並翻譯為滿文。順治三年（1646），頒布〈大清律集解附例〉，復頒滿文大清律。康熙十八年（1679），清聖祖愛新覺羅·玄燁「特諭定律之外，所有條例，應去應存，著九卿、詹事、科道會同詳加酌定」，會同更改條例，名為〈現行則例〉（刑部則例，非六部見行則例）。康熙二十八年（1689），因盛符升入奏「律例需歸一貫」，因此將〈現行則例〉編入大清律條，並且詳加注疏。雍正三年（1725），清世宗愛新覺羅·胤禛將康熙朝所輯律、例，頒布《大清律集解附例》，律文共436條。清高宗乾隆五年（1740）修例，總計815條。清穆宗同治九年（1870）再行纂修頒布。清代修例頻繁，律和例的關係，向來有認為如原則法與具體法，或根本法與細目法（梁啟超），或普通原則與特別法的關係（黃靜嘉）。然而有清一代，律文並非沒有刪修（例如順治律絞監候的律文僅62條律文，雍正律則減至60條律文，斬監候也從78條律文降至76條律文。）大體上，律和例的關係和發布的時間先後有關，如清史稿刑法志所稱，從乾隆元年（1736）開始，每三年刑部修例一次，乾隆十一年（1746）後五年一修，光是乾隆一朝（1735-1796）就纂修八、九次，從嘉慶到同治（1796-1875），條例增加至1892例，「有例不用律，律既多成空文，而例遂愈滋繁碎。其間前後抵觸，或律外加重，或因例破律，或一事設一例，甚且因此例而生彼例」。參見李祖蔭等註，《清史稿刑法志註解》，法律出版社，第23頁，1957。黃靜嘉，〈薛著「讀例存疑」重刊本序〉，薛允升著《讀例存疑重刊本》，台北，第4頁，1970。閔冬芳，〈清律中的死罪律目及各類死罪數量消長述析〉，《法制史研究》，第23期，第262頁、第264頁，2013。

1 190個，乾隆律再降為189個死罪罪名)，但是條例中規定死刑的
2 例文未必同步減少。如將律、例中有關死罪的罪名合計，順治
3 律中死罪有537個，雍正律減為388個，乾隆律又回升到439個，
4 清中葉以後逐步攀升，到清末多達840個。⁴⁵

5 與現代死刑不同，清代死刑依照執行的時間分為立決和監
6 候二種，一般認為是立基於明律的「真犯死罪」和「雜犯死罪」
7 的區別上。隋唐以前，死刑依照執行方式，分為殊死與非殊死。
8 近來研究指出，西漢開始，非殊死可以透過贖死的方式，把生
9 命刑轉換為財產刑。例如《漢書》〈惠帝紀〉：「元年冬十二
10 月，...民有罪，得買爵三十級以免死罪。」⁴⁶不過，因為贖死涉
11 及財力懸殊而造成死刑執行結果差異，備受抨擊，而在漢宣帝
12 神爵年間（西元前61年至前58年）改為減死。⁴⁷隋朝以降不採殊
13 死、非殊死的區別，對死刑的分類從行刑方式轉變為依照罪名
14 而為分類，區別為真犯死罪和雜犯死罪。⁴⁸

⁴⁵ 此處引用的數字，詳見張寧，〈清代的大赦與死刑—制度及實踐中的法與「法外之仁」〉，《法制史研究》，第28期，第57頁，2015。關於律例相加的死罪數目，有不同的統計結果。根據閔冬芳的統計，順治律的真正死罪規定為213個（加上雜犯死罪為223個），雍正律的真正死罪規定有394個（加上雜犯死罪為407個），乾隆律的真正死罪規定為431個（加上雜犯死罪為444個），同治律的真正死罪規定為760個（加上雜犯死罪為772個）。請參閱冬芳，〈清律中的死罪律目及各類死罪數量消長述析〉，《法制史研究》，第23期，第260-270頁，2013。

⁴⁶ 轉引自陶安（Arnd Helmut Hafner），〈殊死考〉，《法制史研究》，第10期，第17頁，2006。

⁴⁷ 當時無力繳贖者還可以選擇接受宮刑，最有名者如司馬遷，《漢書》〈司馬遷傳〉：「家貧，財賄不足以自贖」。一般認為，漢文帝劉恆雖然廢除肉刑，但漢景帝劉啟允許死罪罪犯選擇宮刑，以避免死刑，《漢書》〈景帝紀〉：「死罪欲腐者，許之」。從史料上來看，贖死和以宮刑免死，都在西元前64年到西元前61年（漢宣帝元康、神爵年間）出現最後一例。參見陶安，前註46，第19-20頁。陶安指出，西漢初年的「買爵制度使貧富之間的刑罰失去平衡，造成救濟貧困罪犯的問題，廢除肉刑的實質效果就表現為解決這個貧困問題，也可以說這一改革是買爵制度的善後處理」。（第15頁）劉欣寧則對此說採保留見解，認為「殊死」是否有固定用法，是否等同死罪，從文本上很難找到固定的依據。另外引用日本學者富谷至的見解，認為贖刑並非普遍實施，而是有時限的臨時措施。參見劉欣寧，〈陶安あんど《秦漢刑罰体系の研究》述評〉，《法制史研究》，第16期，第359-373頁，2009。

⁴⁸ 胡興東，《中國古代死刑制度史》，北京：法律出版社，第57頁，2008年。另見《唐律疏議》〈名例〉：「『其雜犯死罪』，謂非上文十惡、故殺人、反逆緣坐、監守內姦、盜、略人、受財枉法中死罪者」，採取負面表列的方式定義何謂「雜犯死罪」。參見劉俊文，《唐律疏議箋解》，北京：中華

1 清代繼承明代死刑制度，區分為「真犯死罪決不待時」（立
2 決）、「真犯死罪秋後處決」（監候）和「雜犯死罪」。其中「雜
3 犯死罪」通常可改以徒刑論處，或以納贖的方式免死。⁴⁹而「決
4 不待時」和「秋後處決」搭配上執行方式的斬刑、絞刑，又衍
5 生出四種類型：斬立決、斬監候、絞立決和絞監候。

6 清代死刑制度隨著朝代而有變化，在觀察時，不能只注意
7 到死罪的罪名多寡，而必須掌握不同時期這四種類型的數量升
8 降。例如乾隆律和雍正律相比，斬立決增加了5個、絞立決增加
9 了3個，斬監候增加33個、絞監候增加了9個，看起來死罪的數
10 量增加，但實際上多集中在「秋後處決」（監候）的類型。但乾
11 隆四十年（1775）將大量的斬監候和絞監候改為立決，依據嘉
12 慶六年（1801）最後修訂的狀況來看，斬監候改為斬立決計50
13 個，絞監候改為絞立決計19個，佔乾隆律總數的15.65%。論者
14 認為立決死罪變多，已經造成清代死刑制度的結構性重大變化。
15 ⁵⁰表面上看，清代中後期用刑益重，但其實立決罪名的增加和死
16 罪的覆核程序有密切關係，和清帝國治理模式的轉變也有關。

17 眾所周知，清代關於死罪案件，只能由皇帝定案，無論三
18 法司（刑部、都察院、大理寺）或九卿頂多只能定擬。如所犯
19 為立決案件，皇帝確認後下旨，即由地方正印官執行死刑。如

書局，第196頁，1996。

⁴⁹ 古代中國的「徒刑」並非在監服刑，而是在一定期間內提供勞役。清末變法以前，歷朝並無現代意義的監獄執行現代刑罰的徒刑。《唐律疏議》名例：「徒者，奴也，蓋奴辱之。」劉俊文認為，「歷代徒刑的實質，皆為在一定的時限內，對罪犯實行強制奴役」。參見前註48，第29、32頁。除此之外，傳統的徒刑包括羞辱的成分，例如黥面（睡虎地秦簡：「五人盜，贓一錢以上，斬左止，又黥以為城旦」）。秦朝以來，徒刑區分男女，漢制承襲秦法，男子徒刑五等：髡鉗城旦、完城旦、鬼薪、司寇、罰作。其中髡鉗城旦，髡是剃髮，鉗是鐵製頸鉗，男子剃髮、帶鐵頸圈，早晨築牆修城，日間警衛巡城。完城旦不需髡鉗，鬼薪是入山砍伐柴薪，司寇則為巡守警備，以上均需剃去鬚髮，又稱為耐罪。參見滋賀秀三，徐世紅譯，〈刑罰的歷史—東方〉，楊一凡、寺田浩明主編，《日本學者中國法制史論著選·先秦秦漢卷》，北京：中華書局，第65頁，2016。

⁵⁰ 胡興東，前註48，第363-364頁。

1 所犯為監候案件，則入朝審或秋審。⁵¹一般而言，所有案件都由
2 州縣先行處理，包括簽差傳提、勘查檢驗、收押交保、聽斷審
3 擬等。⁵²但死罪案件州縣正印官只能在審擬之後，送交府、道、
4 按察使司審轉，最後由督撫親審。⁵³各省督撫具題秋審案件時，
5 應先區分：**情實**（情罪屬實）、**緩決**、**矜**（可矜，老幼殘疾等人
6 犯罪或因救護父母傷亡等而犯罪）、**疑**（可疑，案情上有可疑之
7 處，須待研究者）、**留養承祀**等五類。⁵⁴在規範上，凡是案件涉
8 及秋審，程序相當繁複，有送件期限、審轉等要求，勾決時間
9 也有限制。⁵⁵《清史稿刑法志》曾謂：「二百餘年來，刑部歷辦
10 秋、朝審，句稽講貫，備極周密。長官每以此校司員之優劣。
11 究之人命至重，死者不可復生，其所矜慎，猶在實、緩。」⁵⁶

12 然而，實際運作中，審轉的經濟成本和程序成本太高，造
13 成死刑案件累積太多，因而衍生出以特殊形式的「恩赦」或就

⁵¹ 《清史稿刑法志註解》，前註44，第89頁。依據《台灣省通志稿政事志司法篇》的敘述，朝審是對「拘禁於刑部監獄囚犯之判決」，亦即對「京師死罪囚犯」；秋審是對「各省死罪囚犯的判決」，參見前註43，第103-104頁。

⁵² 張偉仁，《清代法制研究輯一》第一冊，台北：中央研究院歷史語言研究所，第164頁，1983。

⁵³ 依照清史稿刑法志的說明，這類案件倘若「死罪係謀反、大逆、惡逆、不道、劫獄、反獄、戕官並洋盜、會匪、強盜、拒殺官差，罪干凌遲、斬梟者，專摺具奏，交部速議；殺一家二命之案，交部速題；其餘斬、絞，具專本具題，分送揭帖於法司科道，內閣票擬，交三法司核議。如情罪不符及引律錯誤，或駁令復審，或徑行改正；合則如擬核定。議上立決，命下，釘封飛遞各州縣正印官或佐貳，會同武職行刑。監候則入秋審。」同前註44，第89頁。「科道」係指督察院所屬吏戶禮兵刑工六科給事中，和十五道監察御使，合稱科道官。

⁵⁴ 同前註，第91頁。留養承祀又稱「存留養親」，為雍正以後才新增的類別。

⁵⁵ 秋審案件有送件期限，依照地理區域而別，最早為雲南、貴州、廣西、廣東、四川等省，前一年封印日前（農曆12月20日）就要送出。最遲是直隸省，當年3月30日前送出即可。刑部設有秋審處，先由刑部十七司選派專辦秋審官，會同審查各省呈送案件，依照上述五類定擬後，彙送秋審處坐辦司員再加刪除補正，送交總辦司員酌覈定擬，呈送刑部堂官批閱。坐辦官員和總辦官員在此之前尚需先會審，倘若擬罪與各省所擬不同，另作一冊，以待堂議。堂議決定後，再印製成冊，分送九卿詹事科道。8月上旬，九卿詹事科道等官集議於天安門外，分別依照實緩矜留，逐一唱報。如需改擬，另朗誦改擬理由書。九卿等關對於可否准駁，亦應朗誦意見書。然後依眾議，分擬實緩矜留，具奏皇帝，經皇帝裁斷後，屬於情實者，於冬至前60日內勾決。如果緩決達三次以上，降旨複查情節，視情形予以減刑。參見《台灣省通志稿政事志司法篇》，前註43，第102-103頁。

⁵⁶ 前註44，第93頁。

1 地正法來解決這個問題。首先，由於秋審案件中多屬緩決（監
2 候），經常重複同樣的程序，造成各省監獄人滿為患。⁵⁷因此自
3 乾隆十六年（1751）後，緩決三次以上多可獲得減刑。這個作
4 法到了乾隆三十六年（1771）成為定制，嘉慶後更屬常態，形
5 同特殊的「赦免」。⁵⁸由此可知，吾人想像中的傳統中國死刑在
6 執行上，有許多的變形。

7 一般而言，清代徒罪以上案件都必須送交上級審轉，死罪
8 案件更須將人犯解送到省城由督撫親審。然而解送人犯需要由
9 地方州縣自己負擔費用。即以1827年的山東為例，每解送一名
10 人犯到省城就要「約賠銀五六十兩，遠則百餘兩不等」⁵⁹，導致
11 有些基層官員為了避免解送耗盡庫銀，索性隱匿不報。同時，
12 囚犯也可能在途中逃跑或遭劫。而長期審轉將造成案件無法確
13 定，於地方民情亦有所影響。因此，道光六年（1826）制定條
14 例，免除偏遠地區的軍流人犯、命案徒犯解送省城由按察司複
15 審的要求。道光二十四年（1844）閩浙總督劉韻珂進一步要求
16 免除死刑案件解送到省的審轉規定。雖然刑部不同意，但道光
17 二十七年（1847）劉韻珂再次奏請，終獲皇帝認可。

18 隔年（1848）林則徐亦針對雲南等邊省匪犯，要求不必解
19 審，只要將案件移交按察司，督撫覆核後，便可請出王命旗牌，
20 就地正法。咸豐（1861-1875）之後，太平天國造成清帝國統治

⁵⁷ 高遠拓兒，〈清代地方秋審的程序和人犯管理—關於乾隆年間的提犯、巡歷、留禁問題〉，《日本學者中國法制史論著選·明清卷》，北京：中華書局，第469頁，2016。

⁵⁸ 參見張寧，〈清代的大赦與死刑—制度及實踐中的法與「法外之仁」〉，前註45，第63-65頁、第94-95頁。日本學者中村茂夫認為，長期關押在監，對於死刑犯而言，已經產生刑罰的效果，而且反覆秋審，也將使其恐懼害怕，達到「儆戒一般民眾」的效果。參見中村茂夫，〈秋審餘滴〉，《愛大史學》第八號，第10-23頁，1999。

⁵⁹ 鈴木秀光，〈清末就地正法考〉，《日本學者中國法制史論著選·明清卷》，北京：中華書局，第442頁，2016。

1 變局，就地正法頻繁實施，多半由地方官員先斬後奏。但這種
2 作法沒有律例上的依據，刑部屢欲廢止，地方督撫則群起反對，
3 因此光緒八年有限度同意。⁶⁰實際運作上，地方官不時出現濫殺
4 的狀況，無視朝廷法制。⁶¹

5 台灣在1887年獨立為一省前，屬於福建省的一部分。按前
6 述規定，死罪案件應解送福建省城福州，由按察司、督撫審理。
7 但實際上，在乾隆五十一年（1786）林爽文事件後，台灣最高
8 文官台灣道加按察使銜，可以和台灣最高武官台灣鎮總兵直接
9 審理，聯名上奏。⁶²由於台灣和福建相隔海洋，來往需俟汛期，
10 道光三年（1823）後，台灣道覆審軍流和命案徒犯後，不需將
11 人犯解送省城，只需轉送案件即可。⁶³而乾隆四十七年（1782）
12 後，皇帝屢次准許台灣鎮、道審結後，一面正法，一面上奏。
13 如果官員在械鬥搶劫等嚴重影響邊區社會安定的案件，仍先定
14 擬罪名，再等候皇帝同意，還會受到皇帝斥責，認為不知輕重。
15 ⁶⁴根據學者林文凱的研究，**台灣鎮、道連審的案件，幾乎有九成**
16 **的主犯都是恭請王命，先行正法**，其餘案件則定擬為斬立決或
17 絞立決，先請旨，旨到正法。由於台灣地處「海疆重地」，因此
18 案件經常加重處罰，本來應擬斬監候、絞監候的案件一律加重

⁶⁰ 同前註，第451頁。

⁶¹ 例如光緒七年（1881）台灣道對彰化縣知縣將邱阿蘭等三人就地正法一事批示：「該縣竟視奏定章程為具文，輒將邱阿蘭等三名及另案報獲之賊犯廖古黨、許池二名先後擅自處決。殺人之權，可以屢次獨專，實屬悖謬已極。」淡新檔案31804-12（光緒七年8月27日），轉引自前註59，第462頁。

⁶² 1789年（乾隆五十一年）林爽文事件發生後，加台灣道按察使銜始能上奏，並與台灣鎮總兵聯銜，「台灣鎮總兵是掛印總兵，處決刑犯時必須請出的王命旗牌，掛印總兵和總督同為十面，比一般總兵多出五副」，換言之，台灣鎮總兵可以像督撫一般進行就地正法。許雪姬，《北京的辮子—清代台灣的官僚體系》，台北：自立晚報出版社，第14頁、第47頁，1993。

⁶³ 《清宮諭旨檔台灣史料》（四），第329-330頁，台北：故宮博物院，1996。

⁶⁴ 林文凱，〈清代刑事審判文化—以台灣命盜案件審判為個案之分析〉，《法制史研究》，第25期，第105頁，2014。

1 到斬立決、絞立決，而斬立決、絞立決案件則直接就地正法。⁶⁵

2 從淡新檔案來看，地方更常運用就地正法，例如同治十一
3 年（1872），刑部要辦理減刑，要求地方上報案件，淡水廳刑總
4 書具稟表示：「本廳自咸豐年間，悉值地方多事，至同治初年，
5 肅清所有死罪人犯，多係就地正法懲辦，具無招解之案。」⁶⁶甚
6 至光緒八年（1882），刑部擬有限度承認就地正法時，台灣道劉
7 璈仍札飭新竹縣正堂「所有台灣聚眾持械搶劫，情罪較重之犯，
8 應請仍循舊章，解由道府訊明後，稟請兩院批准轉飭就地正法」。
9 ⁶⁷此外，淡新檔案顯示台灣地方官府也會使用杖斃的方式，執行
10 法律以外的死刑。例如糾眾搶米並且打傷地方總理所率壯丁的
11 首謀，即予「杖斃示眾」。⁶⁸

12 台灣在大清帝國的版圖中屬於海疆，解審不易，中央監督
13 也不易。在允許就地正法等特殊方式之餘，帝國統治者也對於
14 台地是否殺戮過重，導致京師久旱不雨，諭令檢討「不得有意
15 從嚴株連拖累」。⁶⁹死刑容易造成濫殺，也是傳統中國帝王的統
16 治考量之一。因此，有從程序上，加強覆核程序的繁複；有從
17 實際執行上停止死刑。這些考量或許出於儒家價值的君王慎刑，
18 或許出於陰陽感應之說。由於帝制中國的運作以皇帝為核心，
19 往往政隨人息，作法因時而異。

⁶⁵ 同前註，第106頁。

⁶⁶ 淡新檔案31101-17，另參見王泰升、曾文亮、吳俊瑩，〈論清朝地方衙門審案機制的運作—以《淡新檔案》為中心〉，《史料與法史學》（中央研究院歷史語言研究所會議論文集之十七），第293頁，2016。

⁶⁷ 淡新檔案31804-20，同前註，第294頁。

⁶⁸ 淡新檔案33302-9。

⁶⁹ 參見林文凱，前註64，第107頁。

1 三、古代中國執行死刑的虛與實：終極的肉刑、生命刑與廢死的 2 乍現

3 死刑在傳統中國法中的定性究竟為何？上古中國的五刑為
4 墨（黥）、劓、剕（刖）、宮、大辟。⁷⁰其中大辟為死刑，宮為去
5 勢，刖為斬趾，劓為截鼻（或和刖並列，去耳），墨為刺青。程
6 樹德《九朝律考》〈漢律考〉指出漢代死刑有三：梟首、要斬
7 （腰斬）、棄市（磔附）。肉刑有三：黥、劓、刖左右趾。⁷¹

8 根據前京都大學東洋法制史學者富谷至的研究，**秦漢的死刑是肉刑的一部分**。他認為，漢代五刑中，前四者都是毀損身體的部分，第五個大辟，在執行上包括腰斬和砍頭。⁷²無論是斬首或腰斬，都是死無全屍，身首異處。從儒家經典來看，屍體殘缺也是一種對個人和家族的羞辱。⁷³而梟首、車裂（轘）、磔都是犯人死後，處理屍體的方式。（一般而言，車裂並非生前為之。⁷⁴）死刑如果作為一種終極的肉刑，其目的恐非單純剝奪生命，而是**透過在身體上烙印，以體現「斷絕」關係**。⁷⁵

⁷⁰ 典出周禮秋官司刑，另，沈家本考周朝刑制，另列劓、斬、殺、膊、焚、髡、屋誅、車轘、鞭、刖等刑。參見沈家本，〈歷代刑法考：刑制總考一〉，《沈家本全集》第三卷，中國政法大學出版社，第9-11頁，2010。

⁷¹ 但實際上宮刑仍在，雖然漢文帝劉恆廢除肉刑，但宮刑一直到東漢安帝劉祐永初年間（107-113）才停止。論者有謂北魏仍有宮刑，因此宮刑在隋代以後才絕跡。參見沈家本，同前註，第115頁。

⁷² 關於「棄市」究竟是斬首還是絞首，近來學界有異說，但通說認為棄市是斬首。而從秦到晉，「斬」是腰斬或斬首，亦有不同見解。參見富谷至，〈究極の肉刑から生命刑へ—漢～唐死刑考〉，富谷至編，《東アジアの死刑》，京都大学學術出版會，第5-6頁，2008。另參陳俊強，〈無冤的追求—《天聖令·獄官令》試論唐代死刑的執行〉，《法制史研究》，第16期，第128-130頁，2010。

⁷³ 《孝經》〈開宗明義章〉：「身體髮膚，受之父母，不敢毀傷，孝之始也。」注疏：「父母全而生之，已當全而歸之。…故夫子云：『不虧其體，不辱其身，可謂全矣。』」

⁷⁴ 富谷至，〈究極の肉刑から生命刑へ—漢～唐死刑考〉，前註72，第37頁。

⁷⁵ 富谷至，〈究極の肉刑から生命刑へ—漢～唐死刑考〉，前註72，第20頁。中文翻譯另參富谷

1 中國法制史權威滋賀秀三曾經在討論傳統中國刑罰歷史時
2 提出他的看法：「『刑』字本身的最初意義，不就是在肉體上刻
3 下特定的『形』或『型』嗎？」⁷⁶進一步指出：「為了實現將某
4 個成員從社會中除掉的同樣目的，死刑是別無其他的最直接的
5 形式，肉刑則是以較緩和的方式實現上述目的。正如文獻所載，
6 受肉刑者被視同死亡，它由此成為立嗣的直接原因。這再清楚
7 不過地反映出肉刑的目的，是實現了一種民事死亡。」⁷⁷「從根
8 本上看，死刑與肉刑也是在與放逐同樣的理念上建立起來的刑
9 制。」⁷⁸「上古刑罰均具有致命的效果，何種行為適用何種刑罰，
10 基本上沒有定則。每當有人危及共同體的存在時，便讓他消失
11 在社會之外，刑罰作為非日常性的社會防衛手段而存在。」⁷⁹

12 富谷至和滋賀秀三的研究對理解中國古代死刑提供了一條
13 重要的認識線索，亦即當死刑作為一種終極的肉刑，透過身體
14 的毀壞達到排除於共同體之外的效果時，死刑的目的不只是為
15 了威嚇或一般預防，而且也是名譽和社會身分的剝奪。例如
16 《禮記》〈王制〉：「刑人於市，與眾棄之。」就顯示死刑不只是
17 剝奪生命，更需要「與眾棄之」，達到社會排除的效果，讓死刑
18 犯從共同體中消失。這點對於圍繞著倫理身分建立的中國禮法
19 社會而言，具有格外重要的意義。

20 漢文帝十三年（西元前167年）廢除肉刑乃中國千古一變的

至，周東平譯，〈從終極的肉刑到生命刑—漢至唐死刑考〉，《中西法律傳統》，第7卷，第17頁，2009。

⁷⁶ 滋賀秀三，徐世紅譯，〈刑罰的歷史—東方〉，楊一凡、寺田浩明主編，《日本學者中國法制史論著選：先秦秦漢卷》，北京：中華書局，第63頁，2016。

⁷⁷ 同前註，第64頁。

⁷⁸ 同前註。

⁷⁹ 同前註。

1 重要法制改革。⁸⁰然而，從實際執行的狀況來看，由於欠缺中間
2 類型的刑罰，肉刑廢除後，反而造成死刑適用範圍的擴大⁸¹，死
3 刑的主要效果也逐漸從社會意義的排除轉變為生命的剝奪。從
4 東漢到魏晉，不斷有恢復肉刑之議，贊成者的主要理由就是肉
5 刑可以減少死刑的適用。⁸²

6 不過，肉刑終究在法典上並未恢復，取而代之的是從北魏
7 開始逐漸發展成熟的流刑。透過自由刑的刑罰來取代身體刑的
8 恢復。⁸³同時，死刑的執行方式在斬首之外，也採取絞首，不再
9 以身體的毀壞為目的，從而死刑不再是「作為從生物界驅逐、
10 隔絕的死刑，僅僅作為具有剝奪生命意義上的死刑」。⁸⁴

11 肉刑雖在規範上被廢除，但宋代以後，卻將凌遲列為法定
12 刑。⁸⁵明代《大誥》更有極殘忍的肉刑如墨面文身挑筋去指、墨
13 面文身挑筋去膝蓋、剝指、斷手、刖足等。⁸⁶清末修議法制時，
14 沈家本主張廢除凌遲、梟首、戮屍等刑，同時廢除刺字、緣坐。

⁸⁰ 沈家本曾論道：「舉千數百年相沿之成法，一旦欲變而易之，此非有定識以決之，定力以行之，則眾說之淆亂足以惑其聰明，眾力之阻撓足以搖旗號令，故變之難也。」參見沈家本，〈刑法分考：除肉刑〉，《沈家本全集》，第3卷，中國政法大學出版社，第115頁，2010。

⁸¹ 肉刑雖然多半轉化為徒刑或附加笞刑，但像是「斬右趾」之罪改為「棄市」，笞三百或笞五百也常造成人命殞損。班固曾評論：「(文帝)外有輕刑之名，內實殺人。」陳俊強，《從肉刑到流刑—漢唐之間刑罰制度的變革》，台北：元華文創，第7頁，2023。

⁸² 支持恢復肉刑的曹魏時期李勝質疑：「全其命，懲其心，何傷於大德？今有弱子，罪當大辟，問其慈父，必請其肉刑代之矣。」參見陳俊強，同前註，第26頁。

⁸³ 北魏孝文帝太和十六年(492)，正式將流刑納入法定的正刑。參見陳俊強，同前註，第103頁。

⁸⁴ 富谷至考據認為絞刑出於北方少數民族部落內部的刑罰，到北魏才漸漸成為中原王朝的刑罰。大致是北魏孝文帝太和元年(476)才確定絞首為法定死刑之一。參見富谷至，前註72，第28-33頁。

⁸⁵ 岩井茂樹，〈宋代以降の死刑の諸相と法文化〉，富谷至編，《東アジアの死刑》，京都大学學術出版會，第73頁，2008。

⁸⁶ 參見沈家本，〈明大誥峻令考〉，《沈家本全集》，第4卷，中國政法大學出版社，第525-548頁，2010。

1 ⁸⁷沈家本同時訴諸傳統君王之道（「治國之道，以仁政為先」）和
2 世界潮流（「考諸今日環球各國，又皆廢而不用」），獲得清廷同
3 意。⁸⁸然而，面對當時已然沸沸揚揚的廢除死刑論，沈家本認為：
4 「廢除死刑之說，今喧騰於歐美各州矣，而終未能一律實行者，
5 政教之關繫也。」⁸⁹進一步提及協助清朝修律的日本刑法學者岡
6 田朝太郎認為：「各國之中，廢止死刑者多矣。即不廢死刑者，
7 亦皆採用一種之執行方法。今中國欲改良刑法，而於死刑尤認
8 斬絞二種，以抗世界大勢。」沈家本不僅認為大清帝國不可能
9 廢除死刑，更不可能專採一種死刑執行方式，只能漸進改革，
10 先將死刑改為以絞首為主、斬首為特別之刑，大幅將斬決改為
11 絞決。如果再刪去一項，「必至貲議蜂起，難遽實行」。⁹⁰

12 光緒三十一年（1905）年由修訂法律館提出的《刑律草案》
13 第十六條仍然維持：「凡死刑為斬決、絞決、絞監候，俱於行刑
14 場執行。」⁹¹但是，光緒三十三年（1907）提出的《刑律草案》
15 （後來成為《大清現行刑律》的藍本），便已將斬首除去，死刑
16 的執行方式限於絞首。⁹²其後宣統三年（1911）公布的《欽定大
17 清刑律》和民國成立後北京政府公布的《暫行新刑律》（1912）
18 都明定死刑以絞首的方式執行。⁹³

⁸⁷ 參見沈家本，〈刪除律例內重法摺〉，《沈家本全集》，第4卷，中國政法大學出版社，第611-614頁，2010。

⁸⁸ 同前註。

⁸⁹ 參見沈家本，〈死刑惟一說〉，《沈家本全集》，第4卷，中國政法大學出版社，第661頁，2010。

⁹⁰ 同前註，第662頁。

⁹¹ 參見黃源盛纂輯，《晚清民國刑法史輯注》（上），台北：元照出版，第11頁，2010。

⁹² 同前註，第68頁。

⁹³ 《欽定大清刑律》第三十八條：「死刑用絞，於獄內執行之。」《暫行新刑律》第三十八條：「死刑用絞，於獄內執行之。」《暫行新刑律施行細則》第四條第一項至第三項：「一、現決人犯，無論斬絞，均處絞刑。二、秋後人犯，例入情實者，處絞刑。三、秋後人犯，情實，例應聲敘免勾或改絞，及例入緩決者，處無期徒刑。」參見黃源盛，前註91，第301頁、第398-399頁、第509

1 《暫行新刑律》第三十八條【補箋】提到：「死刑之執行，
2 不採公行制者，蓋刑罰之設，所以制裁犯人，而實出於不得已
3 者，非以之威嚇犯人以外之人也，而死刑尤為不得已之制裁，
4 公行之制實與刑罰原理不合。況從事實上察知，**不但不足以懼**
5 **民，而反養成殘忍之性**，刑事政策，固如是乎。」⁹⁴

6 民國十六年（1927）國民政府公布《中華民國刑法》（又稱
7 「舊刑法」），其中第五十三條仍規定：「死刑用絞，於監獄內執
8 行之。」理由沿襲前述《暫行新刑律》的補箋內容。⁹⁵而1935年
9 公布的《中華民國刑法》（亦即現行刑法），並未規定死刑的執
10 行方法，導致各地作法不一，國民政府於1945年公布《監獄行
11 刑法》第九十四條第一項明定：「死刑用絞，在監獄內特定場所
12 執行之，未設絞機者，得用槍斃，其執行規則，均由司法行政
13 部定之。」1954年公布的《監獄行刑法》第九十條則規定：「死
14 刑用電或絞在監獄內特定場所執行之。未設電機、絞機者得用
15 槍斃，其執行規則均由司法行政部定之。」1980年修正後，第
16 九十條增加用瓦斯執行死刑。直到1993年修正後，《監獄行刑法》
17 第九十條才確定採取「藥劑注射或槍斃」執行死刑。換言之，
18 直到1980年以前，絞刑都還是法定的執行死刑方式之一。

19 帝制時期的中國並非只有肉刑、凌遲遭到批判⁹⁶，對於死刑

頁。

⁹⁴ 參見黃源盛，前註91，第399頁。

⁹⁵ 參見黃源盛，《晚清民國刑法史輯注》（下），台北：元照出版，第896頁，2010。

⁹⁶ 如宋代陸游曾經批評凌遲，「肌肉已盡而氣息未絕，肝心聯絡而視聽猶存，感傷至和，虧損仁政，實非聖世所宜遵也。若謂斬首不足禁姦，則臣亦有以折之。昔三代以來用肉刑，而隋唐之法杖脊，當時必以謂非肉刑杖脊，不足禁姦矣。及漢文帝唐太宗一日除之，而犯法者乃益稀少，幾致刑措，仁之為效，如此其昭也。」陸游，〈條對狀〉，《渭南文集一》，卷五，四部叢刊初編集部（與精選陸放翁詩集合刊，據上海涵芬樓景印江南圖書館藏明華氏活字本重印），第15-16頁，1989。至於肉刑，楊鴻烈提到：「從東漢起，歷魏晉諸朝，直到北宋，差不多有七八次的復興運動，但未曾實現這復興。」相關主張復興和反對肉刑的說法，參見楊鴻烈，《中國法律思想史》，台北：臺灣商務印書館，第346-371頁，1993。

1 也不乏反省。除了採用恩赦以緩和刑殺之暴烈，在制度上，帝
2 制中國曾有數位皇帝透過覆奏的程序限制，來減低死刑的濫用，
3 如清世宗愛新覺羅·胤禛曾於雍正二年（1724）下詔，不分京
4 內外省，監候案件中情實者必須三覆奏，皇帝勾決後方可處決。
5 ⁹⁷因此，朝審和秋審都同行三覆奏的程序。⁹⁸

6 死罪三覆奏的制度起源可溯至唐律：「諸決大辟罪，在京者，
7 行決之司五覆奏；在外者，刑部三覆奏。」貞觀五年（631），
8 唐太宗李世民因懊悔處死大理丞張蘊古和交州都督盧祖尚而創
9 設此制。⁹⁹然而，如前所述，帝制中國的制度經常隨著皇帝更迭
10 而變化。武則天統治時期，覆奏制度即形同虛設。中唐至五代，
11 覆奏次數更是逐步減少，到北宋仁宗〈天聖令〉只剩在京一覆
12 奏，地方不必覆奏。¹⁰⁰前述雍正皇帝所定三覆奏，不過二十五
13 年，清高宗乾隆十四年（1749）便諭令，一覆奏即可。乾隆皇
14 帝批評三覆奏「實不過具文。若不詳閱招冊，即照例十覆亦不
15 過照例稟旨」。¹⁰¹

16 在漸進廢除死刑方面，當以唐玄宗李隆基的作法最為突出。
17 唐玄宗即位後，二十五年內沒有執行死刑。¹⁰²以開元二十五年
18 （737）為例，當年判處死刑共58人，實際上都是「免死配流」，

⁹⁷ 「(朕)獨念朝審重囚，其情實者，刑科必三覆奏，聞勾除者方行處決，而外省情實重囚，惟於秋審後法司具題，即咨行該省，無覆奏之例，朕思中外一體，豈在京諸囚宜加詳慎，在外省者獨可不用詳慎乎？人命攸關，自當同仁一視。」轉引自張寧，前註45，第60頁。

⁹⁸ 張寧，前註45，第60頁。

⁹⁹ 陳俊強，〈無冤的追求—《天聖令·獄官令》試論唐代死刑的執行〉，《法制史研究》，第16期，第135頁，2009。

¹⁰⁰ 同前註，第136-137頁。

¹⁰¹ 張寧，前註98，第60頁。

¹⁰² 陳俊強，〈唐代死刑發展的幾個轉折〉，《中華法理的產生、應用與轉變》，中央研究院歷史語言所會議論文集之二十，台北：中央研究院歷史語言研究所，第237頁，2019。

1 將死刑降為流刑，或是在流刑執行前加上杖決。到了天寶六載
2 (747)，唐玄宗即位三十六年，正月詔曰：「朕承大道之訓，務
3 好生之德，於今約法，已去極刑。議罪執文，猶存舊目。既措
4 而不用，亦惡聞其名。自今以後，**斷絞斬刑者，宜除削此條**，
5 仍令法官約近例，詳定處分。」¹⁰³論者認為此舉「可視為中國
6 史上最早廢除死刑的記載」。¹⁰⁴

7 然而刪除斬絞刑之後，有無替代措施？依照《資治通鑑》
8 的紀錄，「凡應絞斬者，皆重杖流嶺南」。¹⁰⁵除了配流遠惡之處
9 (嶺南)，並加以重杖。重杖即陸游在〈條對狀〉中提及的「杖
10 脊」，受刑者伏地，遭受施刑者以硬杖擊打脊椎。以此代替死刑，
11 究竟是死是活，端視施刑者下手輕重。因此，司馬光在《資治
12 通鑑》中批評唐玄宗此舉「慕好生之名」，「其實有司率杖殺之」。
13 ¹⁰⁶而所謂的「玄宗廢死」，也在隨後爆發的安史之亂中煙消雲散。
14 繼位的唐肅宗李亨收復長安後，將參與安史集團的官員處斬、
15 腰斬、賜自盡、決重杖死。既然斬絞之刑並未從唐律消失，唐
16 玄宗的廢死實屬帝制中國漫長歷史中乍現的一抹流星。

17 唐玄宗嘗試以流刑加重杖取代死刑，而這種「貸刑」的模
18 式，在古代中國歷史上不乏其例。¹⁰⁷以唐代為例，有加役流和
19 長流，代替死刑。世所周知，李白以長流夜郎而豁免一死。¹⁰⁸

¹⁰³ 王欽若等纂編，《冊府元龜》卷六一二，〈刑法部·定律令第四〉，台北：台灣中華書局印行，第7348頁，1972。

¹⁰⁴ 參見陳俊強，前註102，第228頁。

¹⁰⁵ 《資治通鑑》卷二一五，〈唐紀三十一〉，「唐玄宗天寶六載正月戊子條」。轉引自陳俊強，前註102，第244頁。

¹⁰⁶ 參見陳俊強，前註102，第246頁。

¹⁰⁷ 參見胡興東，前註48書，第70-95頁。

¹⁰⁸ 陳俊強，〈從唐代法律的角度看李白長流夜郎〉，《臺灣師大歷史學報》，第42期，第21-50頁，2009。

1 元明清時期，論者指出「大量採用由死入生的替代刑，為此形
2 成了兩大制度，即發配到邊疆服軍役的充軍制度和各種形色的
3 贖刑制度」。¹⁰⁹就充軍而言，明代不僅雜犯死罪可以充軍抵死，
4 真犯死罪（十惡、故意殺人、反逆緣坐等）亦可。¹¹⁰雜犯死罪
5 者發配到衛所和重要戰略據點，屯田、養官馬，或提供工役、
6 自備牛馬運米輸邊。而真犯死罪的部分，如屬「情可矜疑」類
7 型，多半改為充軍。¹¹¹論者統計，明代大約有三成的死罪案件
8 不執行死刑，改為充軍，以利邊防衛戍。中後期以後更甚，如
9 明英宗正統三年（1438），死罪案件中屬於「應死而情輕」者總
10 計四百多人，全數發配充軍。¹¹²

11 就贖刑而言，明太祖朱元璋首定《贖罪條例》。¹¹³洪武十三
12 年（1380）諭示「自今惟犯十惡並殺人者論死，餘死罪皆令輸
13 粟北邊以自贖」。明成祖永樂十一年（1413）制定《運糧贖罪
14 例》，規定死罪的贖糧為六十石，其後隨時間演變而增加數量。
15 ¹¹⁴除了運糧之外，亦有運灰、運炭、運磚、運碎磚可以贖死。
16 ¹¹⁵贖罪者還分為無力、有力、稍有力、稍次有力等，分別課以
17 不同數量的米糧或贖銀。¹¹⁶倘若無力繳贖，死刑可以轉換為服
18 勞役，《運糧贖罪例》即規定「無力運糧者，發天壽山種樹，死

¹⁰⁹ 胡興東，前註48書，第88頁。

¹¹⁰ 關於明律中「真犯死罪」和「雜犯死罪」的差別，請參見巨煥武，〈「真犯死罪」與「雜犯死罪」—明代律例中的死罪〉，《政大法學評論》，第51期，第1-44頁，1994。

¹¹¹ 胡興東，前註48書，第90頁。

¹¹² 胡興東，前註48書，第91頁。

¹¹³ 明律御製序：「雜犯死罪，并徒流笞杖等刑，悉依贖罪條例科斷。」論者謂，「此贖罪條例，累朝俱有更易。」參見黃彰健，《明代律例彙編》（上），台北：中研院史語所，第147頁，1979。

¹¹⁴ 胡興東，前註48書，第92頁。

¹¹⁵ 黃彰健，〈會定運磚運灰等項做工則例〉，前註113書，第46-52頁。

¹¹⁶ 黃彰健，〈大明律讀法所載在外納贖諸例橫圖〉，前註113書，第60-77頁。

1 罪終身」。¹¹⁷

2 清朝承襲明制，進一步將贖刑分為三類：納贖、收贖和贖
3 罪。¹¹⁸納贖主要針對雜犯死罪，但也包括部分的真犯死罪。¹¹⁹
4 收贖則是以老幼、廢疾、婦人等為對象。康熙二十九年（1690）
5 制定《死罪現監人犯輸米邊口贖罪例》，就捐贖採取具體規定。
6 雍正十二年（1734）則於《預籌運糧事例》明定「不論旗民，
7 罪應斬絞」，三品以上捐運糧銀一萬二千兩，四品五千兩，五品
8 六品則為四千兩，七品以下，進士、舉人二千五百兩，貢、監
9 生二千兩，平民一千二百兩。直到乾隆二十三年（1758），下諭
10 「將斬絞緩決各犯納贖之例永行停止」，贖死制度到此為止。¹²⁰
11 論者認為，明清時期由於充軍和納贖制度的大幅運用，**雜犯死**
12 **罪幾乎不再實際執行死刑，導致雜犯死罪「有死罪之名，無死**
13 **罪之實」**¹²¹，可說是另類「廢死」。

14 四、小結：法經驗事實和法文化脈絡中的死刑對當代台灣的意義

15 雖然傳統中國法已經不再是支配台灣的法律體系，然而透
16 過文化遞延，仍然對當代台灣人民的法律意識造成影響。不過，
17 這種意識層面的影響往往只是口耳相傳或透過通俗戲劇、文學
18 的演繹（或想當然爾的所謂「傳統儒家文化」），和傳統中國法

¹¹⁷ 胡興東，前註48書，第93頁。

¹¹⁸ 「贖刑有三：一曰納贖，無力照律決配，有力照例納贖；二曰收贖，老、幼、廢疾、天文生及婦人折杖，照律收贖；三曰贖罪，官員正妻及例難的決並婦人有力者，照例贖罪。」參見《清史稿刑法志註解》，前註44，第59-60頁。

¹¹⁹ 「根據清會典卷五六的記述，納贖以軍民犯公罪和生員以上犯輕罪時為限，並不是一種普遍的制度。事實上，應贖的罪和不應贖的罪的界線，往往並不明確。」參見《清史稿刑法志註解》，前註44，第61頁。

¹²⁰ 參見《清史稿刑法志註解》，前註44，第65頁，胡興東，前註48書，第94頁。

¹²¹ 大清《刑律草案》（1907）第三十七條「刑罰種類」【沿革】。參見黃源盛纂輯，前註91，第68頁。

1 的具體規範和實際運作，有著相當大的落差。透過前揭國內外
2 學界累積的龐大學術研究成果，進行詳細分析，可以得知：

3 （一）在上古中國，死刑的性質近乎終極的肉刑，經由對犯罪
4 人的身體處置，進行帶有社會意義的隔絕，不僅讓受刑人從共
5 同生活的社群中消失，也從關係上予以切斷，同時具有倫理上
6 的羞辱意涵。

7 （二）在肉刑消失後，死刑逐漸轉換為生命刑。其後三、四百
8 年間，不斷有倡議恢復肉刑的主張，主要理由就是相較於死刑
9 的剝奪生命，肉刑雖然毀壞身體但至少仍保留生命。不過，當
10 流刑逐漸成熟後，死刑出現替代方案，恢復肉刑之議就漸漸消
11 失。從而可知，帝制中國的統治者並非沒有思考死刑的替代方
12 案。

13 （三）唐帝國的統治者先後對死刑進行反省。唐太宗李世民從
14 程序上建立了三覆奏的制度，唐玄宗李隆基從實質上要求削除
15 斬絞二刑，而且實際停止執行死刑達二十五年之久。唐玄宗
16 「廢死」之後的替代方案就是加役流、長流、決杖流等刑。但
17 重杖之刑，經常造成杖下無生還者，等同死刑。

18 （四）明清之後，雜犯死罪常可以透過贖刑和充軍等方式免死。
19 明帝國甚至有具體的條例規定死罪可以透過贖銀、運輸米水磚
20 灰，或提供勞役，予以折免。（亦即「有錢出錢，有力出力」，
21 充實國庫，強化邊防。）雖然在罪名重大的真犯死罪部分（特
22 別是謀反等政治性犯罪），未必能夠贖刑，但至少到了清中葉以
23 後，緩決三次就等於減免死罪，形同實質「廢死」。

1 （五）在帝制中國時期，「刑罰是對否定代表皇帝命令的法的秩
2 序的行為的非難」，因此刑罰制度的變化，包括死刑在內，經常
3 繫於統治者的意志。¹²²無論覆奏、贖死、杖斃、就地正法，均
4 出於皇帝的決斷。即便是同一個朝代，也無法從單一君王的詔
5 令（如唐玄宗李隆基刪削斬絞二刑或清世宗愛新覺羅·胤禛要
6 求三覆奏）去推論整個朝代或整個時期都推行特定制度。死刑
7 的執行也可能為了帝國統治需要而改變，如前述的充軍。從實
8 際層面來看，**死刑的執行經常有不平等狀況，如身分階級會影
9 響贖銀多寡**。這類問題自漢代以來，即不時引發議論。可見死
10 刑並非具有一致性的刑罰。

11 （六）傳統律典中的真犯死罪多與儒家倫理有關，例如十惡幾
12 乎都是因違犯忠、孝或倫理關係而產生的罪名，包括謀反、謀
13 大逆、謀叛、惡逆（歐及謀殺祖父母、父母等尊長）、不道、大不敬、
14 不孝（包括詬詈父母等尊長）、不睦（謀殺及賣總麻以上親、歐告夫及
15 大功以上尊長、小功尊屬）、不義（殺本屬府主、刺史、縣令及見受業
16 師）、內亂（姦小功以上親、父祖妾等）。歷朝以來，十惡均屬真犯
17 死罪，需擬為立決，無法緩決。可見**死刑在帝制中國是鞏固禮
18 法秩序的工具，進一步藉以正當化統治基礎**。相較之下，許多
19 侵害生命身體的一般犯罪案件反而有機會透過緩決制度逃過一
20 死。

21 （七）台灣隸屬大清帝國版圖後，由於與福建省相隔重洋，為
22 了處理層出不窮的分類械鬥和反叛事件，除了允許台灣鎮總兵
23 和台灣道加按察使銜聯名上奏之外，乾隆後期出現就地正法
24 的手段。此固由於台灣的特殊狀況，但清帝國中期中以後逐漸無法

¹²² 富谷至，〈前近代中國的死刑論綱〉，《法制史研究》，第14期，第106頁，2008。

1 控制地方社會，需透過重刑來威嚇，也是原因之一。從淡新檔
2 案中可以看到，清治時期地方官府不依律審轉而直接將台灣人
3 犯杖斃或就地正法的情形。到了日治初期，台灣人民再次經歷
4 了台灣總督府藉由臨機處分和〈匪徒刑罰令〉，不循正式司法程
5 序而大量處決的狀況。二次戰後，國民政府接收台灣，不久爆
6 發二二八事件，亦出現大量未經法院審判即行處決的事例。隨
7 著戒嚴、〈懲治叛亂條例〉和〈檢肅匪諜條例〉的實施，在程序
8 簡略的軍事審判下（在1956年之前僅一審一覆核、即便1956年
9 公布〈軍事審判法〉之後也欠缺審檢分隸，且總統保有核定權
10 ¹²³），大量的政治犯遭論以唯一死刑之罪。¹²⁴由此可知，台灣人
11 民在超過百年的歷史當中，不斷經歷統治者濫用死刑，鎮壓政
12 治異議。在台灣歷史上，死刑並非如一般大眾想像的發揮社會
13 安全防護功能，大多時間死刑是鞏固君權、殖民統治和威權政
14 治的法律工具。

15 （八）從族群歷史經驗來看，死刑並非現在生活於台灣的各族
16 群都曾經採取的制度。依據台灣總督府臨時台灣舊慣調查會的
17 報告，原住民族在荷治時期以前，幾乎沒有死刑的制度，而是
18 以逐出部落（社外）作為最嚴厲的懲罰。再以中華民國憲法通
19 過時，依規定各蒙旗亦得選出國民大會代表、立法委員和監察
20 委員的蒙古族而言，當其歷史上與中原法律無關時（即無涉元
21 明清律例時），罕見死刑的規定。¹²⁵以〈衛拉特法典〉（約1640

¹²³ 關於總統如何透過「核定權」介入審判，甚至逕行改判，參見促進轉型正義委員會，《任務推動及調查結果報告書》第二部，前揭註40，第2-48頁、第2-55頁，特別是第2-52頁。另外，總統就算沒有逕行改判，也可以透過發還復審的方式，讓軍法官知道其意向。請參見陳昱齊，〈難逃一死：李進來案的審判過程分析〉，國史館館刊，第77期，第49-82頁，2023。

¹²⁴ 林政佑、曾文亮，〈威權統治時期軍事審判體制之法制基礎、合法性及其與自由民主憲政秩序之關係〉，促進轉型正義委員會委託研究計畫期末報告，第31-42頁，2021。

¹²⁵ 參見島田正郎，〈モンゴル法における刑罰の変遷〉，《東洋史研究》，第40卷第1期，第103-144頁，1981。尤其是第108頁以下比較韃靼法、衛拉特（瓦剌）法典、喀爾喀法典和大清律例中的蒙

1 年左右制定) 為例, 其第一條規定:「若有人紊亂體制, 殺害部
2 族之人, 劫掠其物, 蒙古將與衛拉特攜手, 雖可赦免該人, 但
3 沒收其全財產。若有捕獲該犯者, 可得其半, 餘半由蒙古將與
4 衛拉特平分。」¹²⁶在帝制中國法典中應論以斬立決的十惡(謀
5 反、謀大逆), 在蒙古族的衛拉特法典只處以財產刑。

6 而已然主權獨立的蒙古國在2010年宣布廢除死刑時, 總統
7 額勒貝格道爾吉(Tsakhagiin Elbegdorj)更提及近代蒙古人民遭
8 受國家濫用死刑:「蒙古人已經受夠了死刑這個選項。歷史已經
9 明確揭示了這些事實, 從1937年10月, 到1939年4月, 僅僅16個
10 月之間, 就有所謂的特別全權委員會51個法庭判處並執行了
11 20,474個蒙古公民的死刑。」¹²⁷無論過去或當代, 蒙古族和蒙古
12 國的經驗亦值得納入我國憲法法庭對於死刑制度的歷史考察。

13 (九)最後, 日治時期由台灣人編輯發行的〈台灣新民報〉在
14 1932年12月6日刊出一篇評論〈死刑廢止論〉, 認為死刑是透過
15 刑法將國民排除於當今社會之外的刑罰, 並逐一說明廢除死刑
16 的論點, 最後提及「從刑事政策、人道、社會經濟及人格尊重
17 等層面, 吾人期待死刑廢除之日, 早日來到」。¹²⁸同一時期, 時
18 任國民政府司法院院長的居正於民國二十五年(1936)在《中
19 華法學雜誌》發表〈死刑存廢論〉, 逐一駁斥支持死刑的主張,

古例, 可以發現瓦剌法和喀爾喀法典都是以贖財為主。島田正郎指出:「北亞遊牧民族的刑罰以定額的家畜賠償或是家畜罰為中心, 特別在有法典留存的十三世紀以後, 其中又以十七世紀以後的刑罰尤為明顯。而且以家畜賠償為主的時期, 或是家畜罰為主的時期, 不認為在時間上有必然的先後關係, 毋寧應該認為兩者是同時並行發展。」(第136頁)

¹²⁶ 參見島田正郎, 同前註, 第123頁。中文翻譯依吳豪人所譯, 詳見吳豪人, 〈成吉思汗的子裔如何廢除死刑—蒙古廢除死刑的法律社會學觀察〉, 《法制史研究》, 第27期, 第177-178頁, 2015。

¹²⁷ 參見吳豪人, 同前註, 第179頁。

¹²⁸ 「斯の如く、刑事政策上、人道上、社会經濟上及人格尊重等のポイントよりて、吾人は死刑の一日も早く廃止されん事を切に期待するものである。」評壇〈死刑廢止論=人格尊重的表示〉, 台灣新民報, 1932年12月6日。

1 並歷數當時（1936）已經廢除死刑的國家，如奧地利、葡萄牙、
2 羅馬尼亞、瑞士、荷蘭、挪威、瑞典、塞爾維亞、立陶宛、捷
3 克、丹麥、美利堅合眾國有八州、哥斯大黎加、瓜地馬拉、尼
4 加拉瓜、宏都拉斯、委內瑞拉、巴西、烏拉圭、古巴、阿根廷、
5 哥倫比亞等國，謂：「**死刑不但以人殺人，助長暴戾之氣，有傷**
6 **人道之和已也**。刑罰貴有伸縮，庶可適應罪狀，而死刑無之，
7 刑罰貴在感化，而**人死不可復生，絕無自新之路**，刑罰不能保
8 無過誤，而一旦執行死刑，**雖明知冤濫，無由救濟**，語其流弊，
9 更僕難數。即就事實論，死刑之行久矣，而可當死刑之重罪，
10 方層出不窮，回視**實行廢止死刑諸國，犯罪之數，未聞加多**，
11 孰得孰失，豈不彰彰乎。」¹²⁹

12 身為中國國民黨元老的居正，歷經大清帝國緝捕革命黨人
13 論以大逆而斬決、梟首的殘暴，目覩民國肇建後各種軍事政治
14 權力濫用死刑打擊異己¹³⁰，殆有所感焉，因而從人道、法律適
15 用、不可回復性、刑罰有效性及世界潮流等角度倡言廢除死刑。
16 由是可知，至少從上個世紀的三〇年代開始，無論台灣或中國
17 的輿論和知識菁英都開始檢討死刑是否必要。這恐怕並非巧合，
18 而是立基於近代歷史經驗的深刻思考所致。從二十世紀的人類
19 經驗來看，只要有死刑存在，掌權者就可能濫用死刑，肆行迫
20 害。

21 基於憲法裁判宜參酌相關法制度在人民歷史經驗中的實踐

¹²⁹ 居正，〈死刑存廢論〉，收於陳三井、居蜜合編，《居正先生全集》（上），台北：中央研究院近代史研究所，第277-278頁，1998。

¹³⁰ 關於中國國民黨在黨治時期，如何透過法律（如〈暫行反革命治罪法〉（1928）將意圖顛覆中國國民黨籍國民政府或破壞三民主義者，均判處死刑），來濫用死刑，請參見劉恆奴，〈革命/反革命：南京國民政府時期國民黨的法律論述〉，王鵬翔編，《2008法律思想與社會變遷》，台北：中研院法律所籌備處，第255-304頁，特別是第272-273頁，2008。

1 情形，爰提出法經驗事實分析如上。

2 貳、法規範合憲性分析

3 以下謹就憲法法庭所示言詞辯論爭點提綱，針對死刑是否
4 合憲，敬陳管見。

5 一、生命權、人性尊嚴和免於酷刑權利於我國憲法上的規範基礎

6 在比較憲法案例上，認為死刑違憲的著名憲法法院判決包
7 括1990年的匈牙利憲法法院判決¹³¹和1995年的南非憲法法院判
8 決。¹³²而支持死刑合憲者經常援引的判決則有印度最高法院的
9 見解¹³³，以及美國聯邦憲法法院在1976年作成判決的 *Gregg v.*
10 *Georgia*。¹³⁴然而這些終審法院的判決都是以其憲法上的具體規
11 定為基礎，例如南非1993年過渡憲法（Interim Constitution）第
12 九條（生命權）、第十條（人性尊嚴）和第十一條第二款（免於
13 酷刑）¹³⁵，匈牙利1989年憲法（1949年憲法全面修正）第五十
14 四條第一款（生命權、人性尊嚴）和第二款（免受酷刑）¹³⁶，
15 印度憲法第二十一條（生命和人身自由之保障）¹³⁷，以及美國

¹³¹ Decision 23 of 31 October 1990 (X31) AB of the Constitutional Court of Hungary.

¹³² *S. v. Makwanyane and Another*, CCT/3/94 (6 June 1995), or 1995 (3) SA 391 (CC) of the Constitutional Court of South Africa.

¹³³ *A.K. Gopalan v. State of Madras*, AIR 1950 SC 27; *Maneka Gandhi v. Union of India* (1978) 1 SCC 248; 和死刑有關的判決如 *Jagmohan Singh v. State of Uttar Pradesh* (1973) 1 SCC 20.

¹³⁴ 428 U.S. 153 (1976).

¹³⁵ Section 9: “Every person shall have the right to life.” Section 10: “Every person shall have the right to respect for and protection of his or her dignity.” Section 11 (2): “No person shall be subject to torture of any kind, whether physical, mental or emotional, nor shall any person be subject to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.”

¹³⁶ Article 54: “(1) In the Republic of Hungary everyone has the inherent right to life and to human dignity. No one shall be arbitrarily denied of these rights. (2) No one shall be subject to torture or to cruel, inhuman or humiliating treatment or punishment. Under no circumstances shall anyone be subjected to medical or scientific experiments without his prior consent.”

¹³⁷ Article 21: “No person shall be deprived of his life or personal liberty except according to procedure

1 憲法增修條文第八條（免受酷刑）和第十四條（不得違反正當
2 法律程序逕行剝奪生命、自由和財產）。¹³⁸換言之，各國憲法法
3 院在進行憲法論理時，均緊扣其憲法條文規定，以論證死刑是
4 否符合該國憲法。

5 以下首先探究我國憲法有關生命權、人性尊嚴和免受酷刑
6 權利的規範基礎，概略整理歷來大法官解釋和判決對此等權利
7 的論理。然後分析依據相關憲法規範和憲法解釋，死刑對於這
8 些基本權利的干預在憲法上是否可以充分證立。

9 (一) 生命權在我國憲法上的規範基礎

10 中華民國憲法並沒有直接將生命權列入權利清單，第十五
11 條規定：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」大法官
12 於2020年作成釋字第792號解釋指出「刑罰法規涉及人民生命、
13 人身自由及財產權之限制或剝奪，國家刑罰權之行使，應嚴格
14 遵守憲法罪刑法定原則」，從而認定最高法院兩則判例「牴觸憲
15 法第八條及第十五條保障人民人身自由、生命權及財產權之意
16 旨」。隨後於2021年作成的釋字第803號解釋亦明白肯認生命權
17 為憲法保障之權利。¹³⁹

18 事實上，我國大法官從1999年作成的釋字第476號解釋開始，

established by law.”

¹³⁸ The Eighth Amendment: “Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.” Section 1, the 14th Amendment: “[...] nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; [...]”

¹³⁹ 釋字第803號解釋亦明白指出憲法保障人民生命權，解釋文段碼2：「103年6月10日修正發布之槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第2條第3款規定對於自製獵槍之規範尚有所不足，未符合使原住民得安全從事合法狩獵活動之要求，於此範圍內，與憲法保障人民生命權、身體權及原住民從事狩獵活動之文化權利之意旨有違」。

1 便以憲法第十五條保障的生存權作為生命權的規範基礎。¹⁴⁰學
2 者李震山曾批評這種作法固然可以擴大司法救濟的範圍，但是
3 欠缺細緻的權利概念思辨。¹⁴¹依其看法，生存權較接近「不妨
4 害人格尊嚴的最低基本生存條件」，亦即受益權之一種。而從體
5 系性解釋來看，這也比較能夠解釋為何生存權與工作權、財產
6 權同條並列。但生命權屬於自由權最核心的範圍，性質並非受
7 益權。¹⁴²李震山進一步認為「生命權應屬人類固有之權利先於
8 國家而存在」，係「憲法中不成文之基本權利」。¹⁴³

9 由於我國釋憲實務長期以來已經將憲法第十五條當作生命
10 權的規範基礎，並非以憲法第二十二條為據，相關討論遂將生
11 存權區分為積極和消極面向。積極面向為社會經濟層面的生活
12 條件保障，消極面向則為防免國家行為侵害生命的抵禦權性質
13 （例如黃昭元大法官於釋字第767號解釋所提協同意見書）。然
14 而，即便將生存權區分積極和消極面向，使生命權附麗於消極
15 面向的生存權，生命權的具體內容為何，尚乏具體化的內涵。

16 要清楚界定生命權的內涵本屬不易，從比較憲法的角度來
17 觀察，其具體內涵往往視脈絡而定。以印度最高法院的判決為
18 例，為了讓生命權更具體化，該院採取「以尊嚴為基礎的生命
19 權」觀念體系（conception of the right to live with human dignity），
20 認為生命權不只擔保個人的四肢無缺、一息尚存，更須活得有

¹⁴⁰ 釋字第476號解釋理由書段碼1：「憲法第八條、第十五條固明定人民身體之自由與生存權應予保障；（中略）尤不得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護意旨。」

¹⁴¹ 參見李震山，《多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心》，台北：元照出版，第103頁，2007。

¹⁴² 同前註，第102頁。

¹⁴³ 參見李震山，《人性尊嚴與人權保障》，台北：元照出版，第33頁，2020。

1 尊嚴。¹⁴⁴印度最高法院因此列出具體的清單，包括適足營養、
2 衣物、住居所，得以閱讀寫作的設施，表達自我的機會、行動
3 自由、有意義的人際交流等等，作為「以尊嚴為基礎的生命權」
4 內涵。¹⁴⁵這種作法將生命權和人性尊嚴結合，成為所有涉及
5 「人格完整」(personal integrity)的重要權利的來源，輻射範圍
6 包含表意自由、基本生活條件、隱私權、自我決定權等等。不
7 過，此一操作方式恐怕失之過寬，且仍舊無法回應「生命權核
8 心內容」的問題。¹⁴⁶

9 再從國際人權法的角度來看，按〈歐洲人權公約〉第二條
10 第一項前段「每個人的生命權應受到法律之保障」，學者廖福特
11 分析歐洲人權法院的判決指出：「沒有生命權之保障，便無法享
12 有〈歐洲人權公約〉所保障之其他自由及權利。」¹⁴⁷因此，生
13 命權的保障必優先於其他各種權利，國家應該積極通過法律和
14 建置司法體系以確保生命權不被恣意剝奪。但〈歐洲人權公約〉
15 第二條第一項後段又規定：「不得故意剝奪任何人的生命，但是
16 執行法院依法定罪的判決不在此限。」¹⁴⁸可見〈歐洲人權公約〉
17 對於生命權並未採取絕對保障。歐洲人權法院將其審查重點置
18 於「公平審判機關及程序」，並採取嚴格審查標準，以避免國家

¹⁴⁴ *Maneka Gandhi v. Union of India* (1978) 1 SCC 248.

¹⁴⁵ *Francis Coralie Mullin v Administrator, Union Territory of Delhi* (1981) 1 SCC 608. Cited from Anup Surendranath, *Life and Personal Liberty*, in Sujit Choudhry, Madhav Khosla, and Pratap Bhanu Mehta (eds), *THE OXFORD HANDBOOK OF THE INDIAN CONSTITUTION*, pp.756-776, Oxford University Press, 2016.

¹⁴⁶ 如南非憲法法院在 *Makwanyane* 判決中針對生命權、免於酷刑的權利追問其權利核心內容 (the essential content of a right) 為何。See *S. v. Makwanyane and Another*, supra note 132, para 132-133. 但該法院隨即表示其判決不一定需要解決「核心是什麼」的問題，因為死刑剝奪生命，無論如何就是消除了生命權的核心內容 (para 134)。

¹⁴⁷ 廖福特，〈生命權與廢除死刑－歐洲理事會觀點之分析〉，《政大法學評論》，第92期，第57頁，2006。

¹⁴⁸ Article 2, Section 1: "Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law."

1 違法、恣意剝奪生命。

2 此外，歐洲人權法院將〈歐洲人權公約〉第二條的生命權
3 保障結合第三條禁止酷刑的規定，在 *Öcalan v. Turkey* (2003) 判
4 決中說明：「不是死刑本身就是酷刑，同時不是因為有禁止酷刑
5 規定便禁止死刑。」¹⁴⁹該法院認為，歐洲理事會會員國當時幾
6 乎均已廢除死刑，因此「在平時處以死刑如果不是不人道之處
7 罰，至少是不能被接受的處罰，其不再是〈歐洲人權公約〉第
8 二條所允許」。¹⁵⁰由此可見，即便是歐洲人權法院，亦須從各會
9 員國對於公約的實踐脈絡來掌握生命權的具體作用。

10 從前揭比較憲法和國際人權法的角度來觀察，生命權的具
11 體化和作用很難脫離其他相關的權利。我國釋憲實務也有類似
12 的發展，如生命權與身體權、原住民之文化權利並列（釋字第
13 803號解釋）、生命權與人身自由、財產權並列（釋字第792號解
14 釋）、生命權與健康權並列（參見釋字第767號解釋許宗力大法
15 官、許志雄大法官、黃昭元大法官個別提出的協同意見書）。另
16 外如釋字第767號解釋亦將生存權、健康權並置。

17 至於生命權的保障，究竟是採取相對保障或絕對保障？依
18 照大法官釋字第476號解釋（1999），應該是傾向於相對保障。
19 該號解釋認為：「國家刑罰權之實現，對於特定事項而以特別刑
20 法規定特別之罪刑所為之規範，倘與憲法第二十三條所要求之
21 目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合，即無乖於比例原
22 則，要不得僅以其關乎人民生命、身體之自由，遂執兩不相伴
23 之普通刑法規定事項，而謂其有違於前開憲法之意旨。」從大

¹⁴⁹ ECHR, *Öcalan v. Turkey*, Judgment of 12 March 2003, para 191. 參考廖福特，前註147，第66頁。

¹⁵⁰ 參見廖福特，前註147，第67頁。

1 法官認為涉及生命權的案件亦有比例原則之適用，可見其對生
2 命權的保障採取相對保障（另參釋字第194、263、512號解釋）。

3 (二) 人性尊嚴在我國憲法上的規範基礎

4 中華民國憲法本文並未如德國基本法、南非憲法、印度憲
5 法或世界人權宣言等將尊嚴（dignity）或人性尊嚴（human
6 dignity）載明於條文。

7 第二屆國民大會於1992年5月27日通過憲法增修條文第十條
8 第六項：「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，
9 消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。」其用語提到「人
10 格尊嚴」，然而根據學者陳昭如的研究，該條文的出現背景為90
11 年代初期推動憲改時，婦運團體「婦女新知」提出〈婦女憲章〉，
12 經國民黨國代葉金鳳於第二屆國民大會臨時會提出修正案，在
13 基本國策章納入婦女平權條款，始出現「婦女之人格尊嚴」等
14 文字。在先前的審查會階段，國民黨國代高惠宇為表示支持
15 〈婦女憲章〉，曾提到：「我們對於婦女人格、基本人權的尊重
16 是不分黨派、不分性別。」¹⁵¹可知該條文所稱「人格尊嚴」，較
17 偏向對於婦女人格的尊重，未必相當於德國基本法中的「人性
18 尊嚴」（或譯為人的尊嚴，Menschenwürde）。¹⁵²

19 不過，大法官透過後續的憲法解釋，將增修條文第九條第

¹⁵¹ 參見陳昭如，〈改寫男人的憲法：從平等條款、婦女憲章到釋憲運動的婦運憲法動員〉，〈政治科學論叢〉，第52期，第67-68頁，2012。

¹⁵² 學者李建良曾把「人的尊嚴」做為憲法概念的思想淵源，直指人的尊嚴和自然法有密切關係，其基礎來自於基督教傳統中的「神的形象」和近代理性哲學（如康德認為，人本身就是目的，不可僅僅成為他人的工具或手段）。參見李建良，〈自由、平等、尊嚴—人的尊嚴做為憲法價值的思想根源與基本課題〉（上），月旦法學雜誌，第153期，第200-204頁，2008年2月。

1 五項的「人格尊嚴」轉換為「人性尊嚴」的概念¹⁵³，如釋字第
2 372號解釋（1995）解釋文提到：「維護人格尊嚴與確保人身安
3 全，為我國憲法保障人民自由權利之基本理念。」而蘇俊雄大
4 法官在其協同（含部分不同）意見書，傾向於將「維護人格尊
5 嚴」定性為一般人格權，另外強調人性尊嚴之不可侵犯性。¹⁵⁴
6 釋字第445號解釋（1998）在解釋集會遊行法的事前許可制是否
7 違憲時，進一步將表意自由和尊嚴進行連結：「國家所以保障人
8 民之此項權利，乃以尊重個人獨立存在之尊嚴及自由活動之自
9 主權為目的。」至釋字第485號解釋（1999），大法官在審查
10 〈國軍老舊眷村改建條例〉是否對其他人民構成不公平待遇，
11 正式使用「人性尊嚴」的用語，認為「國家應提供各種給付，
12 以保障人民得維持合乎人性尊嚴之基本生活需求」（理由書段碼
13 1）。釋字第550號解釋（2002），亦採取類似的立場，認為「社
14 會福利之事項，乃國家實現人民享有人性尊嚴之生活所應盡之
15 照顧義務」（理由書段碼1）。

16 除了將人性尊嚴和國家保護義務連結之外¹⁵⁵，釋字第567號
17 解釋（2003）更將思想自由界定為「最基本之人性尊嚴」，認為

¹⁵³ 不過也有區分人格尊嚴和人性尊嚴者，如許宗力大法官在釋字第656號解釋所提部分協同意見書中即未使用多數意見的人性尊嚴，而採人格尊嚴的概念，例如「道歉如係出於公權力所迫，並在公開場合為之，則道歉人受影響的，就不僅僅是不表意自由，也因令其感到屈辱，還包括人格尊嚴」，其後又將人格尊嚴替換為人格權。而在同號解釋中，李震山大法官所提協同意見書，則使用人性尊嚴和人格權。

¹⁵⁴ 參見蘇俊雄大法官，協同（含部分不同）意見書，第三點：「對於解釋文中所指，夫妻之間侵害一般人格權或人身安全，非屬國人生存形相之核心部分者，則尚未至侵犯人性尊嚴之程度；其是否可謂不堪同居之虐待，自應本其具體之情節，衡量其社會相當性而斷，並不適用絕對保護原則。這是國家考慮到其他家庭及社會關係之一般利益，應行之措施，與憲法保障男女平等及一般人格權之意旨，不相違背。惟對一般人格權及人身安全之保障，尚必須注意到『人性尊嚴』之不可侵犯原則之適用。若其一方過當之行為，有否定自由之人格以及威脅健康與生命者，應解為憲法上所不容許，而須即刻受到國家絕對之保護（註五）。本號解釋文謂：『若受他方虐待已逾越夫妻通常所能忍受之程度而有侵害人格尊嚴與人身安全者，即不得謂非受不堪同居之虐待』，其解釋意旨，亦即在肯定『人性尊嚴』不受侵犯之原則。」

¹⁵⁵ 另參釋字第753號解釋（2017）、釋字第766號解釋（2018）。

1 「非常時期，國家固得為因應非常事態之需要，而對人民權利
2 作較嚴格之限制，惟限制內容仍不得侵犯最低限度之人權保障。
3 思想自由保障人民內在精神活動，是人類文明之根源與言論自
4 由之基礎，亦為憲法所欲保障**最基本之人性尊嚴**，對自由民主
5 憲政秩序之存續，具特殊重要意義，不容國家機關以包括緊急
6 事態之因應在內之任何理由侵犯之，亦不容國家機關以任何方
7 式予以侵害」(理由書段碼3)。可見人性尊嚴、思想自由和自由
8 民主憲政秩序有密切的關係。

9 其後，大法官更積極地將人性尊嚴擴展到各種以人格完整
10 為中心的憲法未列舉權利，諸如人格權(釋字第664號解釋)、
11 隱私權(釋字第585、603、631號解釋)、名譽權(釋字第656號
12 解釋、111年憲判字第2號判決)、身體權(釋字第689號解釋)、
13 婚姻自由(釋字第748號解釋)、原住民文化權(釋字第803號解
14 釋)。

15 大法官透過歷來解釋，將人性尊嚴納入我國憲法秩序。但
16 究竟人性尊嚴僅屬憲法原則(客觀法價值秩序)，抑或憲法保障
17 的基本權利(主觀權利)？

18 彭鳳至大法官在釋字第588號解釋(2005)提出的一部協同
19 意見書中認為：「人性尊嚴乃憲法最高價值，既係指導憲法適用
20 的客觀標準『人性尊嚴』，亦係基於憲法整體規範及自由民主憲
21 政秩序所導出、可以單獨作為憲法上請求權基礎之人民主觀權
22 利『人性尊嚴條款』，任何國家公權力均應予以尊重並加以保護，
23 不容以任何形式侵犯之，屬於不得經由修憲程序變更的憲法核
24 心領域。」

1 由此可知，彭大法官認為人性尊嚴可以同時兼括憲法上客
2 觀法價值秩序和主觀權利。在適用上，她認為：「憲法有關各基
3 本權利規定，應認為係作為人民主觀權利之『人性尊嚴』之特
4 別法，原則上優先於人性尊嚴條款而適用。(…)換言之，人性
5 尊嚴的侵犯，原則上以公權力行為牴觸其他基本權利保障規定
6 為前提。」這個看法相當程度避免人性尊嚴條款過度擴張，以
7 免「獨尊人言言殊的人性尊嚴條款」，導致法律保留原則和比例
8 原則形同虛設。

9 不過，在釋字第603號解釋（2005）中，許玉秀大法官對人
10 性尊嚴條款則持「補遺條款」的看法，認為：「在我國憲法沒有
11 （德國基本法第一條）相同規定的情況下，人性尊嚴條款應該
12 解釋為未明文的基本權概括條款，而屬於基本權規則的上位原
13 則。(…)當憲法各個基本權規定不敷使用時，可以援引人性尊
14 嚴作為解釋依據。」如果採取此說，人性尊嚴條款可以導出憲
15 法第22條在當下尚未被辨識的基本權，是較為擴張性的作法。

16 就未列舉權利而言，李震山大法官曾在釋字第728號解釋
17 （2015）所提不同意見書中表示：「以基本國策的方針性內容要
18 去證立憲法人權清單所無之基本權利，並非易事，例如：環境
19 權、健康權、文化權、社會權、和平權、語言權或集體權等，
20 其除須結合憲法第二十二條規定外，尚要經詳細論證，方具說
21 服力。」是否加入人性尊嚴，就能讓未列舉權利的論證更為有
22 力？李大法官曾在其論著表示除了當作獨立的基本權利之外，
23 人性尊嚴條款可以作為具有「承接規範」（Auffangnorm）功能
24 的概括條款，可以本於「輔助性原則」（Subsidiaritätsprinzip）補
25 充「結構規範」（Anlagenorm）的遺漏，以完整保障基本權利
26 的保障。「當人性尊嚴受到侵害，優先適用個別基本權利，而在

1 一般基本權利之要件下無法保障時，則適用人性尊嚴條款，以
2 確保基本權利。」¹⁵⁶由此觀之，似乎較近於許玉秀大法官前述
3 見解。

4 如果依照許、李兩位大法官的看法，人性尊嚴不僅是基本
5 權利，也是橫跨各項基本權利之上的原則性規範，可以補充具
6 體各項基本權利不足之處。此一看法背後的意義在於權利保障
7 必須完整，人性尊嚴作為法治國家的終極價值，必須彌罅補漏，
8 以實現憲法保障基本權利的目的。

9 然而，我國大法官尚未針對人性尊嚴發展出如此縝密的論
10 理。在憲法文本規範不足、釋憲實務見解不明的狀況下，核心
11 議題包括：(一) 人性尊嚴究竟是否為基本權利¹⁵⁷、(二) 人性
12 尊嚴是絕對保障或相對保障、(三) 人性尊嚴的具體功能究竟為
13 何，目前均無法從大法官解釋或憲法裁判中獲得截然清楚的答
14 案。

15 (三) 免於酷刑的權利在我國憲法上的規範基礎

16 我國憲法本文及增修條文並未如其他國家憲法明文規定禁
17 止酷刑或不人道待遇（如美國憲法增修條文第八條、南非1996
18 年憲法第十二條第(1)項第(d)、(e)款、匈牙利1989年憲法第五十
19 四條第二項、立陶宛憲法第二十一條第三項）。歷來大法官解釋
20 或憲法法庭裁判亦均未提及人民有免於酷刑的權利。

¹⁵⁶ 李震山，前註143，第10頁。

¹⁵⁷ 111年憲判字第8號判決曾一語帶過：「本件裁判憲法審查聲請，[...]亦涉及未成年子女丙○○受憲法保障之人格權及人性尊嚴之基本權利。」(段碼21)然該判決除此處之外，均以人性尊嚴與人格權並列，未再提及「人性尊嚴之基本權利」。因此，無法將此一語句當作憲法法庭已經肯認人性尊嚴為基本權利。

1 然而，酷刑與不人道審訊本即法治國家所不許，有認為此
2 乃固有、普遍的權利，不待憲法規定，人民當然享有。¹⁵⁸（否
3 則可能造成一個明顯不符合法治國家要求的悖論，由於憲法未
4 明文規定禁止酷刑，因此國家可以對人民實施酷刑。）另有從
5 國際公約的角度，認為聯合國〈公民與政治權利國際公約〉（公
6 政公約）第七條免於酷刑之權利屬於絕對法（jus cogens）的性
7 質，大法官可以將免於酷刑之權利認屬我國憲法第八條第一項
8 人身自由的核心保障，「且為最高位階的絕對權利」。¹⁵⁹亦有認
9 為〈公政公約〉第七條的免於酷刑權利，可以歸入我國憲法第
10 二十二條的未列舉權利，而且依照釋字第567號解釋劃為「不容
11 侵犯之最低限度人權保障」，不許任何法律限制此一權利。¹⁶⁰而
12 此一解釋途徑，亦和大法官第689號解釋透過憲法第二十二條肯
13 認的「免於身心傷害之身體權」相仿，二者屬於同一性質的抵
14 禦權。

15 然而，「免於身心傷害的身體權」（或釋字第780號解釋之
16 「身體不受傷害之權利」）適用的範圍甚廣，例如尿液採檢
17 （111年憲判字第16號判決）、抽血檢測酒精濃度（111年憲判字
18 第1號判決）、跟追採訪（釋字第689號解釋）。而免於酷刑的權
19 利基本上是針對國家機關所實施之刑罰，其對象和目的都相當
20 明確。

21 免於酷刑的權利不只是讓受刑罰人得以免於國家過度限制
22 其人身自由或傷害其身體，更是為了避免國家透過酷刑，違法

¹⁵⁸ 李震山，前註143，第163-164頁。

¹⁵⁹ 黃昭元，〈公民與政治權利國際公約與憲法解釋〉，《司法院大法官一〇四年度學術研討會—人權公約與我國憲法解釋》，司法院主辦，第110-112頁，2015年12月5日。

¹⁶⁰ 廖福特，〈不受酷刑作為權利—以國際標準建構我國憲法規範〉，黃舒芃編，《憲法解釋之理論與實務（七）》（下冊），第470-474頁，2010。

1 採證，違反公平審判原則。國家不惟應透過正當法律程序蒐集
2 司法程序所需事證，更不可濫用酷刑以增加法定刑以外之處罰
3 方式。無論睡眠剝奪、長期站立、疲勞訊問或是其他使肉體痛
4 苦的偵查手段或刑事處遇，都不只是侵犯人民之身體權、人身
5 自由，更是違反法治國所要求的正當法律程序和審判公平原則。
6 因此，免於酷刑權利在憲法上的規範基礎應為憲法第八條第一
7 項：「非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮
8 捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」

9 二、死刑干預生命權、免於酷刑權利，侵犯人性尊嚴

10 如前所述，目前我國釋憲實務對生命權採相對保障，人性
11 尊嚴尚未明確肯認為獨立之基本權利，免於酷刑權利應以憲法
12 第八條為規範基礎。然則，死刑是否干預生命權、免於酷刑權
13 利，侵犯人性尊嚴？

14 從初步理由（*prima facie reason*）來看，死刑以侵入性的方
15 式破壞人民的身體，進而終止其意識運作，使其無法繼續生存
16 下去，已嚴重干預生命權。而我國死刑的執行方式雖採槍決，
17 而非斬首、絞首或通電致死，但槍決的過程仍將對肉體造成極
18 大的痛苦，甚至可能因為心臟位置差異或執行者的技術，無法
19 一槍斃命，必須重複開槍。此一刑罰過程對一般人而言均可產
20 生難以克服的心理畏怖，超越一般刑罰的合理範圍，屬於過度
21 且不人道的刑罰，已嚴重干預人民免於酷刑之權利。然而，此
22 等干預是否在憲法上無法獲得證立？再者，對於生命權和免於
23 酷刑之權利構成干預，是否當然侵犯人性尊嚴？

24 關於第一個問題，必須透過比例原則的檢驗才能獲得答案。

1 關於第二個問題，則必須檢視這兩項權利和人性尊嚴的關係。
2 如果第二個問題的答案是肯定的且是包含的關係（亦即人性尊
3 嚴包含這兩項權利），則進一步要分析人性尊嚴是否可以進行比
4 例原則的檢驗？從而判斷死刑是否可以在憲法權利論證上被證
5 立。因此，首先檢視生命權、免於酷刑權利和人性尊嚴的關係。

6 （一）生命權、免於酷刑權利和人性尊嚴的關係

7 生命權和免於酷刑權利都蘊含避免人的價值被貶損為工具
8 或客體的意義。生命的存在是人性尊嚴的起點，如果生命不存
9 在，無法奢談人性尊嚴的保障。¹⁶¹因此，人性尊嚴之保障必然
10 預設生命權的保障。而酷刑將造成人的理性能力減弱、甚至喪
11 失，讓人在殘酷且不人道的刑罰威脅下，失去自由意志，因此
12 人性尊嚴的保障必然反對酷刑。由此可知，人性尊嚴包含生命
13 權和免於酷刑權利。三者進行憲法論證時，必須採取整全性
14 解釋，將尊嚴、生命和身體視為相同的保障對象，死刑同時干
15 預三者。

16 （二）以比例原則檢驗死刑是否可以證立

17 雖然人性尊嚴在我國尚未確立為基本權利清單的權利之一，
18 但從歷來大法官解釋和憲法法庭裁判，應可確定人性尊嚴為我
19 國自由民主憲政秩序的重要原則，不得經由修憲等途徑予以變

¹⁶¹ “Human life is the vital basis of human dignity as the essential constitutive principle, and as the supreme value, of the constitution.” BVerfG, 1 BvR 357/05 of 15/02/2006, [119] 另有翻譯為“Human Life is the vital basis of human dignity as the primary structural principle and superior constitutional value.” 請見 Kai Möller, *The Right to Life Between Absolute and Proportional Protection*, in Simon Bronitt et al., eds., *SHOOTING TO KILL: SOCIO-LEGAL PERSPECTIVES ON THE USE OF LETHAL FORCE*, p. 30, Bloomsbury Publishing, 2012. 中文翻譯：「人的生命是人性尊嚴的生命基礎，而人性尊嚴則為根本性之建構原則（tragendes Konstitutionsprinzip）及最高之憲法價值（oberster Verfassungswert）。」請參見李建良譯，〈「航空安全法」判決〉，《德國聯邦憲法法院裁判選輯（十三）》，司法院，第103頁，2011。

1 更。(釋字第567號解釋、第603號解釋參照)然而,人性尊嚴在
2 我國釋憲實務是否採取絕對保障?湯德宗大法官在釋字第766號
3 解釋所提部分協同意見書指出:「我國憲法並無類似德國基本法
4 第一條第一項『人性尊嚴』之規定,大法官亦未採取類似德國
5 聯邦憲法法院之『人性尊嚴絕對保護』說」(段碼9)。¹⁶²

6 從憲法理論上來說,作為憲法原則的人性尊嚴應該追求最
7 佳化(optimization),讓相衝突的權利獲得最佳的實現。¹⁶³依照
8 德國法哲學家 Robert Alexy 的見解,人性尊嚴是一個橋樑概念,
9 銜接描述性的「人之概念」(concept of person)以及規範性要求
10 「被當作人一樣嚴肅看待的權利」(the right to be taken seriously
11 as a person)。人性尊嚴作為憲法原則,固然可以避免其作為基
12 本權利而有完全不可侵犯(untouchable)的最高性(亦即,一
13 旦亮出「人性尊嚴」這張王牌,所有公權力措施都無法被正當
14 化)¹⁶⁴,但是由於人性尊嚴同時可以被表述為「所有人都必須
15 被當成人一樣嚴肅看待」的義務規範(obligation norm)和「所
16 有人都有權被當成人一樣嚴肅看待」的權利規範(rights norm),

¹⁶² 蘇俊雄大法官曾於釋字第372號解釋所提協同(含部分不同)意見書提到:「人性尊嚴之權利概念及其不可侵犯性,有要求國家公權力保護與尊重之地位。在個人生活領域中,人性尊嚴是個人『生存形相之核心部分』(kernbereich privater Lebensgestaltung),屬於維繫個人生命及自由發展人格不可或缺之權利,因此是一種國家法律須『絕對保護之基本人權』(unter dem absoluten Schutz des Grundrechts)。」但該處文字較似介紹德國的人性尊嚴理論。

¹⁶³ Robert Alexy, LAW'S IDEAL DIMENSION, p. 203-219, Oxford University Press, 2021. 此處採取德國法哲學家 Robert Alexy 對於原則和規則的區別,「規則是一旦滿足其構成要件即指示確定法律效果的規範,即滿足特定的前提就確定地要求、禁止、允許或授權做某事的規範。規則因此可以簡稱為『確定性的命令』,它的典型適用方式就是涵攝。相對的,原則乃是最佳化命令,就此而論,原則是一種規範,它要求某事在相對於法律與事實的可能範圍內以盡可能高的程度被實現。這意謂著,原則能夠以不同的程度被實現,其所要求的實現程度不緊取決於事實上的可能性,同時也取決於法律上的可能性。[...]衡量是原則的典型適用方式。」參見羅伯·阿列西,王鵬翔譯,《法概念與法效力》,台北:五南出版社,第110頁,2013。

¹⁶⁴ 在主張人性尊嚴是基本權利的學者中,亦有認為人性尊嚴的基本權利「並非完全不可限制」,只是不能予以剝奪,「其限制除應依法律外,最主要的,不能限制其重要(核心)內容(Wesensgehalt),否則有為立法比例原則」。參見李震山,前註143,第26頁。

1 從而可以和基本權利一樣進行比例原則的衡平 (balancing)。¹⁶⁵

2 以 Alexy 主張的「重力公式」(Weight Formula) 而言，進行
3 衡平時，有兩個重要的原則：實質性 (substantive) 和認識性
4 (epistemic)。前者要求「當某一權利受侵害程度越大時，所欲
5 滿足的另一權利的重要性就要越高」；後者則是「當干預憲法權
6 利的特定措施越嚴重時，它所賴以成立的認識基礎就要越確定」。
7 (The more heavily an interference in a constitutional rights weighs,
8 the greater must be the certainty of its underlying premises.)¹⁶⁶

9 依此見解，由於死刑對於人性尊嚴的侵害嚴重（對生命權、
10 免於酷刑權利的干預強度應已達最高），所欲滿足另一權利的前
11 提必須在經驗事實上有高度可確定的基礎 (certain premise)。以
12 目前刑罰理論而言，分別有兩種理論：嚇阻 (deterrence) 和應
13 報 (retribution)，嘗試建構死刑的目的。如果要證立死刑合憲，
14 除了前述所欲滿足之權利（受害者的生命法益）必須更為重要
15 或至少同等重要外，亦需在認識基礎上證明該等權利獲得滿足
16 的前提事實極為可確定。不能夠僅憑主觀認知，就認定已經通
17 過衡平原則的檢驗。否則國家殺人（死刑）所侵害的利益極大
18 （生命法益），假設嚇阻或應報的結果在認識基礎上相當不穩固，
19 終究無法通過比例原則審查。

20 1. 以嚇阻作為死刑目的

21 以嚇阻論來說，如果認為死刑的目的在於嚇阻犯罪以確保

¹⁶⁵ See Alexy, supra note 163, LAW'S IDEAL DIMENSION, pp. 214-215.

¹⁶⁶ See Alexy, supra note 163, p. 210. 請留意 Alexy 另以干預強度 (intensity of interference) 表述認識性的衡平公式 (epistemic Law of Balancing)，參見，Robert Alexy, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS, pp. 418-419, Oxford University Press, 2010.

1 社會大眾的安全，那麼以下經驗命題必須高度可確定：死刑可
2 以降低重大犯罪（如殺人罪）發生的機率。

3 依據目前英語學界的經濟學與實證研究，有學者認為死刑
4 有顯著的嚇阻效果，甚至具體指出每執行一次死刑，可以減少
5 十八個殺人案的發生。¹⁶⁷但也有使用相同研究方法（縱橫資料，
6 panel data）的實證研究（和前一研究發表在同一期的 *American*
7 *Law and Economics Review*），透過1950-1990年的州層級資料分
8 析得出，監獄中的生活品質對於嚇阻犯罪具有效果，但欠缺系
9 統性證據支持死刑的執行率和犯罪率之間有關連。¹⁶⁸類似研究
10 包括 Kovandzic、Vieraitis 與 Boots 於2009年發表的論文，運用美
11 國1977-2006年相同性質的州層級資料，獲得相同的結論：「透
12 過計量經濟學的分析工具，實證上無法支持死刑的執行或存在，
13 可以嚇阻潛在的殺人犯進行殺人行為。」¹⁶⁹ Donohue 與 Wolfer
14 更進一步在2009年的研究中指出，某些近年支持死刑具備嚇阻
15 力的研究結果其實具有計量方法上的瑕疵，才使得其研究結果
16 偏向具有嚇阻效果的結論。¹⁷⁰

17 美國國家科學院的執行機構－國家研究委員會（National
18 Research Council）於2012年成立「嚇阻與死刑」研究小組
19 （Committee on Deterrence and the Death Penalty），檢視2012年為
20 止的各種研究文獻，該小組發布報告指出：「目前的研究成果無

¹⁶⁷ Hashem Dezhbakhsh, Paul H. Rubin, and Joanna M. Shepherd, *Does Capital Punishment Have a Deterrent Effect? New Evidence from Postmoratorium Panel Data*, 5 AM. L. & ECON. REV 344 (2003).

¹⁶⁸ Lawrence Katz, Steven D. Levitt, and Ellen Shustorovich, *Prison Conditions, Capital Punishment, and Deterrence*, 5 AM. L. & ECON. REV 318 (2003).

¹⁶⁹ Tomislav V. Kovandzic, Lynne M. Vieraitis & Denise Paquette Boots, *Does the Death Penalty Save Lives? New Evidence from State Panel Data, 1977 to 2006*, 8 CRIMINOLOGY & PUBLIC POLICY 803 (2009).

¹⁷⁰ John J. Donohue III and Justin Wolfers, *Estimating the Impact of the Death Penalty on Murder*, 11 (2) AM. L. & ECON. REV 249 (2009).

1 法證明死刑究竟降低、增加殺人罪的發生比率，或沒有任何影
2 響。」¹⁷¹「因此建議在進行是否採取死刑的司法政策時，不需
3 考量這些研究成果。」¹⁷²

4 除了使用美國各州的資料所作的研究，也有實證研究使用
5 香港與新加坡的資料，比較兩地的死刑執行（香港在1993年廢
6 除死刑）和殺人罪發生比率的相關性，得到結論：「死刑的執行
7 和殺人罪的發生機率之間沒有相關性。」¹⁷³目前仍欠缺大規模
8 且具可信度的台灣法實證研究，分析死刑對台灣人民的重大犯
9 罪（主要是發生殺人罪的機率）而言是否具有嚇阻效果。

10 由此可知，「死刑可以嚇阻犯罪」的主張尚缺乏可確定的認
11 識基礎，若死刑以此為目的，將無法通過比例原則的檢驗。

12 2. 以應報作為死刑目的

13 相較於「死刑可以嚇阻犯罪」的主張屬於效益論
14 （consequentialist argument）的論證，「死刑作為一種應報」的
15 主張偏向於義務論（deontology）。因此，若要討論「死刑作為

¹⁷¹ National Research Council, DETERRENCE AND THE DEATH PENALTY (Committee on Deterrence and the Death Penalty, Daniel S. Nagin and John V. Pepper, eds.), p. 2, Washington, DC: The National Academies Press, 2012.

¹⁷² 後續研究如 Chalfin 與 McCray 在一篇2017年的文獻分析中指出，先前眾多的研究成果中，多數以時間序列（time-series）進行統計分析的研究，都不認為死刑具有嚇阻犯罪的效果。即便使用美國州層級的縱橫資料（panel data）進行統計分析，結果仍然是正反皆有，莫衷一是。更何況使用縱橫資料可能有政策內生性的問題存在。Aaron Chalfin & Justin McCrary, *Criminal Deterrence: A Review of the Literature*. 55 (1) JOURNAL OF ECONOMIC LITERATURE 5, at 28-9 (2017). Stephen Oliphant 亦於一篇2022年的研究論文使用1979-2019四個州（Illinois, New Jersey, Washington, Pennsylvania）暫停執行死刑的資料，得到結論：暫停執行死刑和死刑率的降低之間沒有顯著關連，沒有證據顯示死刑能夠嚇阻犯罪的發生。Stephen N. Oliphant, *Estimating the Effect of Death Penalty Moratoriums on Homicide Rates Using the Synthetic Control Method*, 21(4) CRIMINOLOGY & PUBLIC POLICY 915 (2022).

¹⁷³ Franklin E. Zimring, Jeffrey Fagan & David T. Johnson, *Executions, Deterrence, and Homicide: A Tale of Two Cities*. 7 (1) JOURNAL OF EMPIRICAL LEGAL STUDIES 1 (2010).

1 一種應報」的主張是否能夠找到可確定的認識基礎（certain
2 epistemic premise），恐怕無法像「死刑作為嚇阻犯罪」的主張一
3 樣，檢驗究竟減少多少殺人案件的發生機率，從實證資料上
4 去檢驗「死刑是否真的讓罪有應得的人獲得最適切的懲罰」。討
5 論「死刑作為一種應報」的主張時，無可避免地會涉入應報的
6 目的，如何以及是否可能達成該目的。

7 應報論（retributivism）雖然有不同派別，但共通的原則就
8 是「罪有應得」（just deserts），其核心概念包括罪刑相當
9 （commensurateness，或譯為「對等性」¹⁷⁴）和合比例性
10 （proportionality）。¹⁷⁵簡單來說，應報論者主張最嚴重的犯罪行
11 為應得到最嚴厲的懲罰。所以，對於罪大惡極的犯罪行為，處
12 以死刑就是適切的應得。這種說法有許多值得挑戰之處。首先，
13 如何定義最嚴重的犯罪行為？是本質上的惡（根本惡，radical
14 evil）、犯罪手法的兇殘，或者是受害者的數量多寡？¹⁷⁶其次，
15 一個社會中最嚴厲的懲罰為什麼就是死刑？如何決定最嚴厲的
16 懲罰為何？誰才是最終的判斷者？

17 並非所有的應報主義者都支持死刑，例如**溝通應報論的重**
18 **要理論家 Anthony Duff 就認為溝通應報論（communicative**

¹⁷⁴ 參見許家馨，〈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》，第15期，第263頁，2014。

¹⁷⁵ 罪刑相當（commensurateness）只看犯罪行為本身的嚴重程度而定，合比例性（proportionality）則是比較性的，如果A行為該當A'刑罰，那麼比A嚴重十倍的B行為就應該處以比A'更重十倍的刑罰。“Whereas commensurateness is a cardinal phenomenon, proportionality is an ordinal phenomenon.” See Matthew H. Kramer, *THE ETHICS OF CAPITAL PUNISHMENT: A PHILOSOPHICAL INVESTIGATION OF EVIL AND ITS CONSEQUENCES*, p. 74, Oxford University Press, 2011.

¹⁷⁶ 有時候這三者很難區分，例如希特勒和其黨羽將猶太人送進集中營和煤氣室，進行種族滅絕，這究竟是根本惡（radical evil），還是死亡人數多到難以想像的殘暴行為？而如何進行比較，又是困難的問題。Matthew Kramer用以證立死刑的「翦除理由」（purgative rationale），其中就針對什麼構成惡（evil），特別列舉三種心理狀態：嗜虐的惡意（sadistic malice）、冷漠無情（heartlessness）、極度輕率（extreme reckless）。但在具體個案上，如何認定這些主觀要素的存在，都不是容易的事情，也可能造成審判結果的不一致。See Kramer, *supra* note 175, pp. 187-203.

1 retributivism) 不可能支持死刑。¹⁷⁷當代溝通應報論認為刑罰是
2 共同的社群對犯罪行為的非難 (censure)，透過實質恰當
3 (substantive fit，或譯「實質對應性」) 的刑罰，讓行為人懊悔、
4 自新，並與社群成員和解 (repentance, reform, and reconciliation)。
5 ¹⁷⁸要能夠產生這個結果，在主體上行為人必須具有理性能力，
6 而刑罰必須有相應於犯罪行為的「痛苦處遇」(hard treatment)，
7 才足以開啟上述「懊悔、自新、和解」的機會。

8 死刑一旦執行，就不可能產生改過自新 (reformation) 的結
9 果，犯罪行為人也不可能在生命消逝後與社會成員和解。表面
10 上看起來，死刑和溝通應報論無法相容，理所當然。但要論證
11 死刑違反溝通應報論並沒有這麼容易。

12 Duff 認為，同樣造成死亡的結果，如果是犯罪行為人自殺，
13 他的死亡可以對社群成員傳達懺悔和改過的意思，社群成員也
14 將透過他的自殺 (死亡) 對他產生不同的看法 (類似和解的效
15 果)。那麼，死亡確實可以滿足溝通應報論的要求，為什麼自殺
16 可以，國家殺人就不行？¹⁷⁹Duff 舉了三個理由：首先，自殺是
17 犯罪行為人自己認為應該如此，死刑則是別人宣稱犯罪行為人
18 應該如此，甚至是強迫他如此，前者是第一人稱，後者是第三
19 人稱，在溝通上具有完全不同的意義；其次，死亡是終局的、
20 無法回復的狀態，死刑將犯罪行為人從人類共同生活的社群中
21 移除掉，這和自殺是犯罪行為人自己決定從社群中被移除完全
22 不一樣，他認為只有犯罪行為人自己可以做出這種終局的判斷；

¹⁷⁷ 除了 Anthony Duff 之外，Dan Markel 也是反對死刑的溝通應報論者。See Jeffrie G. Murphy, *Executing Retributivism: Panetti and the Future of the Eighth Amendment*, 103 NW U. L. REV 1163 (2009).

¹⁷⁸ See R. A. Duff, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY, pp.131-143, Oxford University Press, 2003. 中文介紹參見許家馨，前註174文，第250頁以下。

¹⁷⁹ See Duff, *supra* note 178, pp. 153-154.

1 第三，溝通應報論者認為，刑罰的目的是讓犯罪行為人承認並
2 願意接受施加在他身上的刑罰是一種苦行贖罪（penance），但死
3 刑執行前如果犯罪行為人始終沒有悔改，更不要說承認這種贖
4 罪機制，死刑執行後，犯罪行為人亦不可能有此反省，死刑最
5 終沒有刑罰的意義。¹⁸⁰

6 雖然 Duff 已經明白表示溝通應報論和死刑不相容，但仍有
7 學者認為二者並非截然對立。我國學者許家馨認為如果將死刑
8 的適用範圍限縮在極端邪惡的殺人犯（extravagantly evil
9 murderers），溝通應報論未必會否定死刑。如溝通應報論所主張，
10 這種殺人犯的兇殘行為是對社會送出的信息（message），而死
11 刑正是社會回應這種兇殘行為的反制信息（counter-message）。
12 ¹⁸¹關於死刑讓懺悔不可能，他延伸 Matthew Kramer 的見解認為
13 執行死刑前的時間如果拖得夠長，懺悔還是有可能發生。¹⁸²此
14 外，死刑本身就是一個最重要的信息，當犯罪行為人犯下滔天
15 巨惡的殺人罪行時，必須讓他知道，死亡是人類最終的平等一
16 踐踏他人人性尊嚴和生命權的兇殘殺人犯本身的人性尊嚴和生
17 命權也必須被剝奪。¹⁸³

18 在回應「死刑讓溝通不可能」這點批評時，許家馨認為這
19 個問題其實就和犯罪行為人始終都沒有悔改一樣，即便犯罪行
20 為人始終都不接受包括死刑在內的各種刑罰，刑罰作為一種非
21 難（censure）仍是有意義的溝通。¹⁸⁴死刑和其他選項的差別只

¹⁸⁰ See Duff, *supra* note 178, p. 155.

¹⁸¹ See Jimmy Chia-Shin Hsu, *Does Communicative Retributivism Necessarily Negate Capital Punishment*, 9 CRIM. L. & PHI. 603 at 610 (2015).

¹⁸² See Hsu, *supra* note 181, p. 608.

¹⁸³ See Hsu, *supra* note 181, p. 612.

¹⁸⁴ “It is a fundamental idea of communicative retributivism that even if the reprimanding message is rejected, the act of communicating censure is still a meaningful enterprise.” See Hsu, *supra* note 181, p.

1 在於讓犯罪行為人可以反思的時間長或短，死刑有終點，其他
2 刑罰或許沒有終點。但就不願意悔改的犯罪行為人而言，無論
3 長短，他始終拒絕接受這份譴責的信息，死刑就是他自己選擇
4 的結果。¹⁸⁵

5 在區別死刑和酷刑何者違反人性尊嚴時，許家馨認為酷刑
6 嚴重影響人的自主性 (autonomy)，因此永遠不可能被證成。但
7 死刑如果適用在罪大惡極的極端邪惡犯行上，並沒有破壞人的
8 自主性，因為是這種極端邪惡的犯罪行為人的惡行貶損了自己
9 作為人的價值，他的殺人行為證明了他自己的生命不值得存在，
10 死刑就是他應得的處罰。¹⁸⁶他用一個比喻，就像裝盛紅酒的玻
11 璃杯，它的價值在於那珍稀高貴的紅酒，如果紅酒已經嚴重變
12 質到會產生惡害，把玻璃杯摔破不見得是比較差的處置。

13 即便同樣採取應報論，對於許家馨上述見解也有不同的看
14 法。例如刑法學者謝煜偉認為：「縱使認為行為人應負起完全的
15 刑事責任，但就『刑』的評斷，不應僅就犯罪行為及行為人之
16 因素列入考量，更應將視野拉高到前述修正的社會應報論的層
17 次，由社會整體負起終極的犯罪處理責任—包括持續不斷地對
18 犯罪原因的理解與犯罪者再社會化的努力，以及對犯罪受害者
19 及其家屬的照護與救助。犯罪者之生命一旦被國家有意識的剝

614.

¹⁸⁵ “Execution is actually the result of the criminal’s own choice. The Choice is to reject the political community’s censure, after a long period of contemplation.” See Hsu, *supra* note 181, p.614.

¹⁸⁶ 許家馨在此使用一個玻璃杯裝成紅酒的譬喻，如果紅酒已經嚴重變質到會產生惡害，把玻璃杯摔破就是一種避免紅酒對其他人產生惡害的恰當處置。換言之，極端邪惡的殺人犯已經透過其犯行證明他的生命的內涵嚴重變質，他的行為已經讓自己的生命價值貶低到不值得生存下去，因此相對應的刑罰就應該是死刑，這一點都沒有侵害他的自主性 (autonomy)。許家馨的論文提到，“That is the worth of a life cannot be separated from the deed that comes to define the life. When the wine decays to an extraordinary degree with serious harmful effect, the glass should be broken.” See Hsu, *supra* note 181, p. 615.

1 奪，這個終極的犯罪處理責任即無法完遂。」¹⁸⁷另外，刑法學
2 者廖宜寧亦從現實上犯罪行為人和國家之間的權力差距，質疑
3 「以剝奪相對人生命為效果的刑罰，究竟是否還能主張其屬於
4 （雙邊對等的）溝通」？¹⁸⁸

5 除了上述評論外，許家馨的論點可能需要面對下述挑戰：

6 如果認為死刑是對犯罪行為人的「反制信息」（counter-
7 message），這個溝通的對話並未完成。溝通應報論的「溝通」
8 包括以刑罰對犯罪行為人的行為加以非難，犯罪行為人因此對
9 其犯行產生懺悔、改過並尋求和解。許家馨將這個對話提前到
10 犯罪行為人的犯行本身就是對話的開啟，因此法官宣告死刑就
11 可當作對話的完成。這和溝通應報論將對話的終點設在犯罪行
12 為人對於刑罰的反應，有重要的不同。如果刑罰的宣告就算是
13 對話的完成，不論犯罪行為人對刑罰的反應如何，充其量只是
14 「各說各話」，沒有真正的溝通。犯罪行為人在刑罰宣告後沒有
15 開啟任何反思過程，施加刑罰就只是單純的懲罰或是對社會宣
16 示犯行已經被懲罰。

17 之所以要「簡化」溝通應報論的對話過程，其實是為了因
18 應死刑的特殊性，亦即死刑執行後，犯罪行為人無論如何都不
19 可能進行任何思考或反省。固然如 Matthew Kramer 所建議，如
20 果死刑執行過程拖得夠長，產生反省的機會比較高。但死刑有
21 終局性，不管拖得再久，執行後就結束所有心智過程。也因此，
22 許家馨才會認為即便不悔改，死刑作為一種非難，還是有意義
23 的溝通。至死不悔的死刑犯已以其行為充分證明了他的生命不

¹⁸⁷ 謝煜偉，〈重新檢視死刑的應報意義〉，《中研院法學期刊》，第15期，第194頁，2014。

¹⁸⁸ 廖宜寧，〈應報作為刑罰的正當性基礎〉（未刊稿），第28頁。（本文由作者提供）

1 值得存在。這個看法可能已經脫離了溝通應報論的範圍，而進
2 入哲學上的「罪惡應該如何被處理」的議題。不同的哲學理論
3 或宗教觀點對此議題採取不同的立場。就憲法原則的適用而言，
4 應該盡量以「非排他性」(non-exclusionary)的理由來證立特定
5 制度或法律是否符合憲法秩序，除非憲法已經明白指示我國憲
6 法採取某一特定哲學或宗教立場。這也是憲政民主國家的憲法
7 之所以可能成立的基礎。

8 綜合上述，一般應報論無法回答「究竟何種罪行是最嚴重的
9 的，而應處以最嚴厲的刑罰」，以及「為何最嚴厲的刑罰就非得
10 是死刑不可」。而溝通應報論的主張者對於是否支持死刑，立場
11 不一。即便支持死刑的溝通應報論者，也無法回答死刑是否真的
12 能夠讓犯罪行為人產生「懊悔、自新、和解」的心智過程，
13 實證上也無法驗證。

14 因此，無論嚇阻論或應報論，都無法在可確定的認識基礎
15 上有效說明死刑是否能達成其預設的目的，自然更難進一步證
16 立手段和目的之間具有必要關聯，亦即執行死刑確實可以達成
17 該目的，且為最小侵害手段（即便是針對罪大惡極的犯罪行為，
18 是否有其他同樣有效的嚴厲手段）¹⁸⁹。而在狹義比例原則的操
19 作上，如前述重力公式的分析，在欠缺可確定的認識基礎上，
20 難以操作。基此，死刑無法通過比例原則的檢驗。

21 縱使對人性尊嚴、生命權和免於酷刑權利採取相對保障，
22 死刑仍無法通過比例原則的檢驗，對於我國憲法實務長期以來

¹⁸⁹ 同樣的看法，可見於南非憲法法院的見解，“In the balancing process, deterrence, prevention and retribution must be weighed against the alternative punishments available to the state, and the factors which taken together make capital punishment cruel, inhuman and degrading: the destruction of life, the annihilation of dignity, the elements of arbitrariness, inequality and the possibility of error in the enforcement of the penalty.” *S. v. Makwanyane and Another*, 1995 (3) SA 391 (CC), para 135.

1 已經確立的人性尊嚴原則、生命權和免於酷刑權利，構成過度
2 的干預，應屬違憲。

3 三、死刑違反共和國原則，牴觸自由民主憲政秩序

4 中華民國憲法第一條規定：「中華民國基於三民主義，為民
5 有民治民享之民主共和國。」大法官釋字第499號解釋指出：
6 「憲法條文中，諸如：第一條所樹立之民主共和國原則、第二
7 條國民主權原則、第二章保障人民權利，以及有關權力分立與
8 制衡之原則，具有本質之重要性，亦為憲法整體基本原則之所
9 在。基於前述規定所形成之自由民主憲政秩序，乃現行憲法賴
10 以存立之基礎，凡憲法設置之機關均有遵守之義務。」即便修
11 憲都無法改變這些憲法基本原則。

12 關於共和國原則，一般認為和國家的形式（forms of state，
13 或稱「國體」¹⁹⁰）有關，尤其禁止君主世襲制¹⁹¹，或雖無皇帝
14 或國王名號但毫無任期限限制並由統治者指定繼任人的獨裁體制。
15 ¹⁹²我國大法官解釋和憲法判決僅提到民主共和國原則，而未進
16 一步區別共和國原則。此外民主共和國原則經常與國民主權原
17 則並列，適用於有關選舉制度的案件（如釋字第721號解釋、
18 112年憲判字第11號判決）。

19 不過，誠如學者陳新民所說：「現代憲法意義的共和國概念，

¹⁹⁰ 李念祖，〈中華民國憲草及約法文本中的國體變化：憲法史的觀察〉，《東吳法律學報》，第34卷第4期，第23-28頁，2023。

¹⁹¹ 不過也有澳大利亞學者認為，即便澳大利亞人民在1999年的公投仍舊選擇維持英國君主為澳大利亞的國家元首（the head of state），憲法條文也承認女王及其繼任者對澳大利亞享有統治權，但澳大利亞憲法仍有共和國原則的適用空間。See John M. Williams, *Republicanism*, in Cheryl Saunders and Auriene Stone (eds), *THE OXFORD HANDBOOK OF THE AUSTRALIAN CONSTITUTION*, pp. 379-404, Oxford University Press, 2018.

¹⁹² 吳庚、陳淳文，《憲法理論與政府體制》增訂七版，第44-45頁，2023。

1 已將古典的共和國視為國家外在『形式』的表徵，轉化為確定
2 國家權力擁有的內在體制問題。(…)只憑國體的規定是不夠的，
3 仍須其他的憲法原則來加以確立。」¹⁹³學者林子儀等四人更近
4 一步指出：「共和國的理念，源自共和主義的憲法理論(…)在
5 今天的思考脈絡下，共和主義強調『政治』是個人人格實踐的
6 一部分，公眾事務的參與係建立在個人藉由對彼此皆為社會性
7 存在主體的尊重，決策乃是循溝通的方式而作成。(…)因此，
8 在共和主義下的憲法制度，強調透過憲法對於言論自由與結社
9 自由的保障，以創造活絡的市民社會，並藉由鼓勵公民參與志
10 願性社團，落實普遍的『參與式民主』。從這個角度來看，共和
11 主義的理念，與強調平等、參與的民主理念，雖不完全相同，
12 但亦有相通之處。」¹⁹⁴

13 由當代共和主義來思考共和國原則的內涵，會認為政府的
14 存在是為了保障人民免於被私人或公權力宰制。要達成這個目
15 的，政治哲學家 Philip Pettit 認為至少要滿足三個核心要求：公
16 民享有「免於受支配」的自由 (freedom as non-domination)、權
17 力混合的憲政體制 (mixed constitution)、積極參與公共生活的
18 公民成員 (contestatory citizenship)。¹⁹⁵

19 相較於古典自由主義強調「免於被侵犯」的自由 (freedom
20 as non-interference)，「免於受支配」的自由認為公民積極、平等
21 地參與公共生活更為重要，唯有如此人民才能保有選擇實施何
22 種公共政策或法律制度的自由，實現所謂的「自治」(self-

¹⁹³ 陳新民，《中華民國憲法釋論》修訂四版，第61頁，2001。

¹⁹⁴ 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，《憲法—權力分立》四版，第17-18頁，2022。

¹⁹⁵ Philip Pettit, *ON THE PEOPLE'S TERMS: A REPUBLICAN THEORY AND MODEL OF DEMOCRACY*, Cambridge University Press, 2012.

1 government)。因此，憲法保障人民思想自由、表現自由、集會
2 結社自由、宗教自由、職業自由、居住遷徙自由，甚至財產權、
3 契約自由、一般行動自由，都是讓公民不需要期待他人的善意
4 (如皇帝的恩賜)，就可以積極且平等地參與公共領域，發揮其
5 生命的價值。¹⁹⁶這可以稱為實質面向的共和國原則。¹⁹⁷

6 從實質面向的共和國原則來看，刑罰的目的在於確保人民
7 可以安全地生活在免於受支配的政治社群，積極地參與政治社
8 群的事務決定過程。¹⁹⁸犯罪行為其實都是將受害者當成支配對
9 象，讓受害者屈從於加害者的意志。國家透過法律，對這樣的
10 行為施加刑罰，最終是在維護受害者不受犯罪行為威脅的自主
11 性 (autonomy)，唯有在這樣的安全保障下，人民才有可能平等
12 且積極地參與公共生活，進而激盪公民德性 (civic virtue)。¹⁹⁹

13 參照當代共和主義的刑罰理論，實質面向的共和國原則應
14 該肯認：本質上不法 (*mala in se*，相對於「因為規定禁止而不
15 法」，*mala prohibita*) 的行為例如侵害生命、身體、財產或破壞
16 公共秩序，都可以找到刑罰化的正當基礎，因為其影響了他人
17 的自主性。而貫徹這種「刑罰的目的是確保人民活在免於受支

¹⁹⁶ Pettit, *supra* note 194, p. 103.

¹⁹⁷ 學者陳愛娥曾整理德國學者關於共和國原則的學說，其中 Josef Isensee 認為：「共和國指涉的對象及於國家與社會，其內涵不僅限於制度規劃，亦包含倫理要求：受委託執行職務者，應基於公益服務國民全體，而非為個人、個別團體（職務倫理）；國民也應具備公共意識。」參見陳愛娥，〈憲法基本原則：第三講—共和國原則〉，《月旦法學教室》，33期，第42-49頁，2005。

¹⁹⁸ Philip Pettit, *Criminalization in Republican Theory*, in R.A. Duff et al. eds, *CRIMINALIZATION: THE POLITICAL MORALITY OF CRIMINAL LAW*, p. 141, Oxford University Press, 2014.

¹⁹⁹ 「公民德性」(civic virtue) 是古典共和主義的核心概念，在當代通常定義為「公民自願將其公共善置於私人利益之前」(“Civic virtue is in turn defined as ‘the willingness of citizens to subordinate their private interests to the general good.’”)。See Frank I. Michelman, *The Supreme Court, 1985 Term - Foreword: Traces of Self-Government*, 100 HARV. L. REV. 4, at 18 (1986). 另外也有將「公民德性」轉換為程序性概念包括思辯 (deliberation)、政治平等 (political equality)、合意治理 (agreement as regulative ideal)、公民參與 (citizenship and participation)。See Cass R. Sunstein, *Beyond the Republican Revival*, 97 YALE L. J. 1539, 1547-1558 (1988).

1 配的政治社群」的理路，在選擇刑罰的方式時，共和主義的刑
2 罰理論指出，除了要考量（一）能夠降低犯罪發生機率外，還
3 要（二）避免過於嚴厲，以免享有公權力的人可以用刑罰來支
4 配他人，（三）避免污名化受指控者，（四）對待犯罪行為人必
5 須將之視為能夠對其犯行產生懊悔，並允許社會復歸，（五）對
6 應不同嚴重程度的犯行必須有不同嚴厲程度的刑罰。²⁰⁰

7 正如同犯罪行為人是將受害者置於其支配下，侵害其自主，
8 刑罰也是「支配政治社群中的他人」，進而侵害行為人的自主，
9 是以共和主義刑罰理論採取刑罰的節制原則（principle of
10 parsimony）。進一步言，公權力的行使對象可以廣及整個政治社
11 群，如果允許採取死刑這種過於嚴厲且不可回復的刑罰來支配
12 人民，對於人民自主性的損害將比單一案件的自主性損害更大。
13 實質面向的共和國原則追求的是公民可以安全、平等地在政治
14 社群，參與公共事務，發揮生命價值，即便死刑有嚇阻效果，
15 可以避免潛在受害者的自主遭到侵害，但遭到國家殺死的行為
16 人也同樣是政治社群的成員，刑罰最終目的仍是追求其經由悔
17 改或自新，回歸到政治社群，繼續發揮公民德性，但死刑剝奪
18 了這種可能，直接將受刑人徹底、永遠地排除在政治社群之外。

19 基於此，共和主義者如 Philip Pettit 明白表示死刑不應該是
20 法律允許的刑罰選項。²⁰¹實則，死刑作為一種刑罰方法，顯現
21 的是國家對犯罪行為人的完全支配（total domination）。和其他

²⁰⁰ Pettit, *supra* note 197, p.145.

²⁰¹ “Capital and corporal punishment would be outlawed by a number of constraints, as would branding or any form of long-term stigmatization.” See Pettit, *supra* note 197, p145. 另外，Philip Pettit 和犯罪學家 John Braithwaite 在合著專書中，亦表示應該禁止針對人身的刑罰，因為這將透過侵入身體或終結生命展現他人的支配。See John Braithwaite and Philip Pettit, *NOT JUST DESERTS: A REPUBLICAN THEORY OF CRIMINAL JUSTICE*, p. 102, Oxford, UK: Clarendon Press, 1990.

1 刑罰不同，犯罪行為人在死刑之中，已完全喪失自主性。

2 實質面向的共和國原則必須放置在我國民主化以來大法官
3 透過憲法解釋和裁判建構的自由民主憲政秩序底下來進一步具
4 體化。自由民主憲政秩序的重要基礎包括基本權利和人性尊嚴
5 的保障，大法官業已累積為數甚多的解釋強調在自由民主憲政
6 秩序底下，個人有免於受支配的自由，包括保障個人內在精神
7 活動的思想自由（釋字第567號解釋）、人格自由發展的尊重
8 （釋字第603號解釋）、免於身心傷害的身體權（釋字第689號解
9 釋）、同性之間的婚姻自由（釋字748號解釋）等，在在均針對
10 個人自主性（autonomy）。唯有獨立自主的人民，才有健全的民
11 主共和國。

12 這也是中華民國推翻帝制，建立共和的憲政原意。
13 中華民國憲法對基本權利的保障，充實了（substantiate）此一實
14 質面向的共和國原則，而人性尊嚴作為自由民主憲政秩序的重
15 要原則，更讓自主性不是空洞的哲學概念，可以用來檢驗民主
16 共和國的統治正當性，避免人民遭受公權力恣意侵害。

17 台灣在1945年脫離殖民地，進入中華民國的統治，同樣具
18 有人民掙脫專制統治者支配、可以積極參與政治社群的時代意
19 義。然而，經歷二二八事件，再經歷長達38年的戒嚴、43年的
20 動員戡亂時期，終於在1990年代初期邁入民主化，讓中華民國
21 憲法的民主共和國原則可以落實。台灣人民親歷各個時代的政
22 治權力宰制，無論是清帝國的就地正法、日本殖民政府的臨機
23 處分、國民政府的逕行槍決，或戒嚴時期中華民國政府透過軍
24 事法院及各種特別刑法大量判處死刑，都充分顯示死刑作為支
25 配工具的強大負面效果。透過死刑，國家公權力否定了犯罪行

1 為人的自主性；透過死刑，不只是政治犯，所有公民都有可能
2 被排除在政治社群之外（「刑人於市，與眾棄之」），更遑論積極
3 行使公民參與，發揮公民德性。有鑑於此，吾人實應汲取原住
4 民族的歷史智慧，尤其是泰雅族 Gaga，嘗試讓犯罪者和共同生
5 活在同一社群的族人（人民），一起修復被破壞的秩序。

6 台灣的自由民主憲政秩序，已然建構了對共和國原則實質
7 面向的保障，保障人民免於受支配的自主性。但死刑的存在，
8 卻允許了國家公權力徹底剝奪人民的自主性，而這種剝奪是無
9 法回復的，因此構成自由民主憲政秩序的價值矛盾。和同時期
10 制定、通過的印度憲法不同，中華民國憲法沒有任何一個條文
11 提及死刑，更不要說肯認死刑的正當性。²⁰²而憲法基本權利清
12 單相當清楚地顯示，中華民國憲法所欲維持的共和國是讓人民
13 可以積極參與政治社群，保障人民免於專制政治權力宰制，進
14 而實現「民有、民治、民享」的憲法預設目標。然而，只要有
15 死刑存在的一天，就無法避免掌權者擴張「罪大惡極」的概念
16 （不論是對國家、對社會或對其他人民），將特定公民排除於政
17 治社群。因此，無論從規範價值或憲政經驗來分析，死刑和中
18 華民國憲法所擔保的自由民主憲政秩序有根本性的衝突，應予
19 宣告違憲。²⁰³

20

²⁰² Article 72 (1)(c), 72 (3), and 134, the Constitution of India. Also see *Jagmohan Singh v State of Uttar Pradesh* (1973) 1 SCC 20. Anup Surendranath, *Life and Personal Liberty*, in Sujit Choudhry, Madhav Khosla, and Pratap Bhanu Mehta (eds), *THE OXFORD HANDBOOK OF THE INDIAN CONSTITUTION*, pp.764, Oxford University Press, 2016.

²⁰³ 其他國家的憲法法院在宣告死刑違憲時，也多採取類似的論證，認為基於憲法肯定的新價值秩序（如南非過渡憲法結語的「跨越歷史鴻溝」或匈牙利憲法的法治國原則），過去遭政治權力濫用的死刑應該終止，不能繼續存在於新生的民主共和體制。”It is a transitional constitution but one which itself establishes a new order in South Africa; an order in which human rights and democracy are entrenched[.]” See *S. v Makwanyane*, supra note 132, para 7. 另外請參考匈牙利憲法法院院長 Solyom 的協同意見書：“The drafter of the Constitution worked with the values of pluralism, characteristic of a society and State after a change of regime; the modification of the Constitution promulgated on 23 October 1989 (by Act XXXI of 1989) broke with the ‘official’ ideology which had formerly served as the

1 參、廢除死刑後，有何足以取代死刑的其他形式制裁手段？或應有哪
2 些配套措施？

3 如上所述，廢除死刑並非純然外國思潮，具有深厚的本土
4 脈絡，而且死刑無法通過比例原則檢驗，侵犯人性尊嚴、嚴重
5 干預生命權和免於酷刑權利，更牴觸自由民主憲政秩序中的共
6 和國原則，應予宣告違憲。

7 然而，死刑雖然在憲法規範上不具有合憲解釋的空間，仍
8 須考慮民主社會中司法判決與人民的意見溝通，尊重不同意見
9 的表達，理解不安的情緒。宣告死刑違憲後，宜由立法機關本
10 乎憲法判決之意旨，於一定期間內刪除刑法或其他法律中的死
11 刑規定。此外，由於終生監禁一樣會徹底剝奪受刑人社會復歸，
12 使其無法參與政治社群，將其自主性貶損至零，同樣牴觸自由
13 民主憲政秩序的共和國原則及人性尊嚴原則，應不予考量。至
14 於我國法律體系中最嚴厲的刑罰應該如何規定，在不侵犯人性
15 尊嚴、違反憲法保障之基本權利的前提下，宜尊重立法形成自
16 由。在等待立法通過的期間，應本於死刑違憲的宣告，暫停執
17 行死刑。

18 暫停執行死刑在其他國家並不罕見，大韓民國即長達二十
19 七年未執行死刑。²⁰⁴ 憲法判決設此過渡期間，可以讓社會進行

basis of the State and with the requirement that the rights need to be interpreted in accordance with this ideology.” See Hungarian Constitutional Court, supra note 131, Decision 23 of 1990, 31 October, 1990.

²⁰⁴1998年2月就任的金大中總統在任內推動一系列民主改革，包括推動廢除死刑。金大中總統曾於1980年代，遭控以策動光州政變而涉及內亂陰謀罪，經軍事法庭判處死刑。迫於國際壓力，韓國政府並未執行。金大中雖免於一死，但他的親身經歷說明了死刑經常是政治迫害、鞏固威權的手段。因此，金大中上任後，先行推動暫時停止執行死刑，並持續進行廢除死刑的理念溝通。繼任的盧武鉉總統，也維持暫停執行的政策，並對6名此前已被判決死刑的罪犯，給予特赦，並改為無期徒刑。因此，自1997年12月30日，金泳三總統於全國6處對23名罪犯分別執行死刑後，迄今大韓民國未曾執行死刑，長達27年餘。目前大韓民國已被國際特赦組織認為是「事實上廢除死刑國家」。

1 對話，並瞭解死刑對民主共和體制的嚴重危害。另外，政治部
2 門亦可利用這段立法期間，針對社會安全的維護，進行更積極
3 而有效的制度設計。

4

5

6

附屬文件之名稱及其件數

文件編號	文件名稱或內容	備註

7

8

9

此致

10 **憲法法庭 公鑒**

11

12 中華民國 113 年 4 月 17 日

13

14

具狀人 (簽名蓋章)

15

撰狀人 (簽名蓋章)

本人 黃丞儀 受憲法法庭指定，就 111 年度憲民字第 904052 號王信福聲請案等，提出專業意見，並出席憲法法庭於 112 年 4 月 24 日就本案所行之言詞辯論期日。謹依憲法訴訟法第 19 條第 3 項規定，就相關專業意見或資料之準備或提出，揭露相關資訊如下：

		是/否	如是，其情形
一	相關專業意見或資料之準備或提出，是否與當事人、關係人或其代理人有分工或合作關係。	否	
二	相關專業意見或資料之準備或提出，是否受當事人、關係人或其代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。	否	
三	其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。	否	

此 致

憲法法庭

陳報人：黃丞儀 (簽章)

4/17/2024 (日期)