

111 年度憲民字第 904052 號王信福及相關併案共 37 件聲請案

(死刑案) 專家諮詢意見書

國立臺灣大學法律學院

謝煜偉教授

憲法法庭收文
113. 4. 17
憲A字第 695 號

因 鈞庭審理 111 年度憲民字第 904052 號王信福聲請案及相關併案共 37 件聲請案，諭示如憲庭力 111 憲民 904052 字第 1131000119 號函附件 1 所示本案爭點題綱，徵詢本人之意見，謹提出書面意見如下，敬供 鈞庭卓參。

應揭露事項

- 一、 相關專業意見皆為本人撰寫，另委請學校兼任研究助理曾亭瑄碩士生協助蒐集相關實務判決及條文，並無與當事人、關係人或其代理人有分工或合作關係。
- 二、 相關專業意見或資料之準備或提出，並無受當事人、關係人或其代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。
- 三、 無其他提供金錢報酬或資助者。

爭點一：作為法定刑之一種的死刑是否違憲

壹、 死刑制度是否廢除與死刑制度是否違憲二者概念不同，不必然相關。

思考死刑制度是否違憲，與思考死刑應否廢除係二個不同的層次。合憲結論與廢死主張二者並不衝突。即使在政策上主張死刑制度應立即無條件廢除，但未必代表著死刑制度必然是違憲的。相對的，亦有可能存在認為死刑違憲但並不主張廢除死刑的看法。死刑是否違憲，仍舊需要區分不同階段、不同類型及條件，分別檢視始能做出判定。

憲法解釋作為一種相對於立法權、行政權，作為抗多數決的司法權行使，

不應將死刑制度合憲或違憲下的替代方案以及其社會前提、民意趨向列入是否應宣告違憲的具體判斷當中。當憲法法庭開始顧慮應如何面對民意反應，並將其形成一明確的爭點加以審理之際，即是將原本被隱蔽起來的心證影響因素予以顯在化，可能會使得法規範解釋適用之判斷受到不當之影響。死刑違憲下的替代方案為何，是政治及政策上的決定，應交由執政者及立法者審慎評估，釋憲者頂多僅能預想該種替代方案是否亦可能違憲。釋憲者亦不能因為尋覓替代方案無果而對於現存的違憲狀態視而不見。因此，爭點題綱（一）提及：「如果認為死刑違憲，有何足以取代死刑的其他刑事制裁手段？或應有哪些配套措施？」即屬不適切的提問。本意見書亦無法且不應回答此問題。

貳、人性尊嚴概念流於空泛恣意，無法成為衡量死刑合憲與否的判斷尺度。國家剝奪人民生命權的權力行使並非當然違憲，但作為一種憲政秩序下特殊的例外狀態，其不能置於刑罰的脈絡下予以正當化。

首先，縱使於公政公約（ICCPR）第 6 條 1 項明言：「任何人之生命不得無理剝奪」，但這並非意味著公約基於各國憲法之位階賦予了國家剝奪生命權之正當基礎，而仍須依各國憲法秩序判斷是否「無理剝奪生命」。我國憲法並未如日本國憲法第 31 條一般明確表示刑罰剝奪人民生命之正當法律程序要求：「未經法律所定之程序，不得剝奪任何人之生命、自由或科處其他刑罰。」¹我國憲法第 23 條所得允許採取的手段僅為以法律「限制」人民的基本權，而非「剝奪」。從文義而言看似「國家不得剝奪生命權/生存權，僅能限制之」，然而顯然這樣的解釋過於表面，自由的限制如監禁無異是剝奪了自由行動的權利，且過去曾被限制的自由亦不可能回復。更不用說，如沒收或褫奪公權終身之類的刑罰無異是終局性的剝奪受罰對象之特定財產權及參政權。

固然參照聯合國憲章及世界人權宣言前言，在在表明對於人性尊嚴概

¹「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。」當然，這並不代表在日本死刑就沒有合憲性的爭議。一是死刑與日本國憲法 13 條（個人之尊重）、25 條（國民生存權）的合憲性判斷，二是死刑與同法 36 條（禁止殘虐刑罰）的合憲性判斷。

念的肯認，我國更有多號解釋宣示維護人性尊嚴是自由民主憲政秩序的核心價值，將個人主體性、人格自主發展與人性尊嚴相連，但其仍舊僅止於理念性的宣示，而非成為判斷國家權力行使是否有牴觸憲法基本原則的具體判準。

即使有說法認為可依照源自於康德（Immanuel Kant）理論的客體公式（Objektformel），主張剝奪生命的死刑即是「終極性地把人當作是客體的舉措」而侵犯人性尊嚴，然而這種看法僅是以「傳教義」的方式，直接將生命權與人性尊嚴綁在一起說兩者絕對不可侵犯，卻毫無具有說服力的論證。更何況，眾所周知，康德認為死刑是法不可或缺的基礎，而死刑不但沒有違反人性尊嚴，透過處刑，死刑犯的人性尊嚴才得以獲得。康德所謂：「即使市民社會的全體成員合意要解散社會，在解散之前所有仍在監獄中的殺人犯仍應當處死²」這句名言，依舊建立在受刑人乃具有刑罰適格的道德主體之前提上。憲法法庭不應直接援用人性尊嚴的神主牌進行無意義的論證，而是應該重新思索在現代憲法脈絡下「刑罰的本質」與「國家剝奪生命的權力行使」之間的關係。

在政治哲學上，常有主張死刑是基於一種市民社會的例外狀態而剝奪人民生命的權力行使。這種例外的狀態可能有幾種類型，一是最嚴重的國家緊急狀態：當威脅國民全體之安全、引發革命、出現秩序崩解乃至於無政府狀態之際，換言之，就是國家處於緊急狀態之際，剝奪生命作為國家求自保（自我維持與自我存續之機能）所展現出來的最後手段(ultima ratio)。另一種則是國家承繼市民所享有的去除危險源之自我防衛本能而來，針對如殺害他人這種嚴重觸犯自然法之人，基於自我防衛權能、維護安全的例外措施。無論是哪一種，皆是當面對國民全體的共同敵人，處於緊急情況已威脅到國家或市民存亡時，以剝奪特定對象之生命權作為達成自我保衛目的的手段³。然而，這種在緊急狀態的自我防衛措施（危險源排除、隔離）是法秩序運作

2 Immanuel Kant 著，樽井正義、池尾恭一訳，人倫の形而上学，カント全集 11，法論の第 1 部・第 49 節，2002 年，181 頁。

3 詳細論述，參見謝煜偉，重新檢視死刑的應報意義，中研院法學期刊，15 期，2014 年 9 月，166-176 頁。

的例外狀態，其所使用之手段為現實上排除侵害的應急手段，其所著重的是行為人的「危險性（dangerousness）」，其與「刑罰」這種以「責任」、「應答可能性」為前提的手段，具有本質上的歧異。

申言之，從歷年來大法官解釋及近期憲法判決可清楚得知，刑罰權之行使嚴格受到憲法無罪推定原則⁴、罪刑法定、明確性原則⁵、罪責原則⁶之拘束。特別是罪責原則，人民僅因自己之刑事違法且有責行為而受刑事處罰，且其所受處罰程度不得超過罪責範圍，其內涵也會與罪刑相當原則乃至於比例原則有所關連⁷。近期在 111 年憲判字第 18 號判決、113 年憲判字第 1 號判決中，亦明確指出，上述所稱之「刑罰」係指國家為對從事刑事違法且有責行為之人民予以非難，所施加符合罪責相當之嚴厲處遇，因此國家對於人民之任何不利益處遇，是否具刑罰之性質，當須視是否與上開所描述刑罰之概念要素相符而定。

而刑罰的本質又是什麼？在近代刑法觀念下，刑罰的本質是惡害，是賦予與罪行相應苦痛的「應報」，但應報的前提需建立在人的法主體性，亦即：假定所有的市民身為理性自律的主體，彼此共同構成法的共同體基於信賴對方具有遵法意識而經營共同生活，並在觸犯刑罰法規時具有得以承擔相應責任之資格。這種市民形象的基本設定是近代市民刑法運作的根本前提，固然是一種「共同主觀」下的產物，卻是這套系統存立不可或缺的設定⁸。

前述以危險源（非市民）隔離為目的的例外保安措施，縱使在外觀上與作為刑罰的死刑一樣具有剝奪生命的共通特徵，然而，其不具備上述刑罰概念要素之性質，因此就算可能可以作為一種憲政秩序下特殊的例外狀態存在，其也不能置於刑罰的脈絡下予以正當化。具體而言，若將死刑定位為一

⁴ 司法院釋字第 665 號解釋參照。

⁵ 司法院釋字第 602 號及第 792 號解釋參照。

⁶ 司法院釋字第 662 號、第 669 號、第 679 號、第 687 號及第 775 號解釋參照。

⁷ 司法院釋字第 669 號、775 號及 777 號解釋參照。不過，罪責原則與罪刑相當原則之間的關係，始終未能於大法官解釋中予以釐清。釋字 775 號解釋「蔡明誠大法官提出之部分協同意見書」中清楚指出該號解釋將罪刑相當原則與比例原則併列，但對於罪責原則、罪責前提、罪刑相當原則與比例原則之關係未予辨明，仍有商榷之處。實屬的論。

⁸ 至於這套共同幻想下的實像與虛相，以及實際上可能出現的問題，非本意見書所能乘載，故省略不談。請參見佐藤直樹，共同幻想としての刑法，1989 年，白順社。

種以隔離排害為目的的「類保安處分」的話，這樣的國家權力行使已然牴觸「責任原則」之意義，而不具刑罰之適格性。此外，亦有違反憲法明顯區隔原則的疑問；依照司法院釋字 799 號、812 號解釋以降所謂「明顯區隔原則」的想法，這種剝奪生命的權力行使作用不得假借刑罰執行的外衣而為之。如此一來，稱之為「死刑」一語本身即是弔詭。

參、刑罰的目的論述中，僅有相應於行為責任的「應報」是合乎正當性的。然而，應報責任與刑罰程度的對應關係，並沒有絕對的基準，「死罪」係相對概念，沒有必死之罪行可言。

緊接著下一個問題是，現代法治國下不可能出現以剝奪生命為內容的刑罰嗎？要回答這個問題，必須先處理刑罰目的論的疑義。傳統的「刑罰目的論」，大抵不脫應報觀點、一般預防觀點以及特別預防觀點。簡要而言，這種刑罰目的論是以「罪與罰」的對應關係出發，注重「投入刑罰」所能達成的意義。而目前較為主流的相對應報刑論則認為，應報與預防不是完全互斥的概念，談及「應報」是著重過去犯罪行為之制裁，而目的則是放眼未來犯罪之防止，可以在刑罰內部統合兩種不同的刑罰目的，亦即以應報為刑罰正當性基礎，而在應報範圍內發揮犯罪預防功能的作用（具預防機能的應報刑）。

刑罰所能發揮的犯罪預防作用，往往建立在不穩定的實證基礎上，甚至多未能有效通過目的正當性的檢驗，因此無論是訴諸於心理威嚇或強化規範意識的一般預防，或者以苦痛賦予以達心理拘束作用乃至於以消極隔離以排除侵害的特別預防⁹，皆僅屬宣示刑罰或執行刑罰所附帶而得的效果。刑罰正當性的基礎仍舊只能建立在應報之上。其餘如社會象徵作用、撫慰受害者或其家屬等，皆僅是刑罰本質外的附帶目的，這些目標固然在社會大多數人心中或許佔有相當程度的份量，但在憲法論證的層次上，仍舊需依憑應

⁹ 至於改善、教育及再社會化的特別預防目的，並非執行刑罰（剝奪權利）本身所能達成，而需透過區分「刑之執行」與「行刑」二個不同的領域，運用前者以創造出後者的空間，而讓受刑人能夠在行刑領域當中獲得改善、再社會化的機會。因為「行刑」並非自由刑本身的內容，「行刑」是為了解決受刑人自身個人問題的措施、為了去除刑之執行之弊害所為之福祉性措施。參見土井政和，社会的援助としての行刑（序説），法政研究，51 卷 1 号，1984 年 10 月，35-96 頁。

報責任而存在。

在應報刑論的諸多版本當中，無論是較為常見的相對應報刑論、傳統的絕對應報刑論，乃至於近年來蔚為風潮的規範應報刑論、溝通應報論，皆有兩項重要的共通特徵，亦即強調責任非難與罪刑均衡。基於不同的應報刑論觀點，有的會認為責任非難本身即是目的，有的則會認為對於過去犯行的回顧性譴責，具有展望未來的積極意義，可能是恢復被犯罪否定的法規範秩序，亦可能是恢復受刑人的理性，無論如何，責任非難可看做是一種國家對公眾或對特定個人的一種特殊形式的訊息傳達。然而，光憑責任非難一事，並無法決定何種刑罰措施的投入以及投入程度要多少才是正當的。是以，應報刑論得以證立刑罰（包括刑種及程度）正當性的關鍵在於罪刑均衡原理的運用。

根據英美法哲學界的討論，犯罪與刑罰的均衡關係可以從以下三種層次加以檢討：（1）犯罪輕重與刑罰高低的比例性（proportionality），（2）犯罪與處罰（惡害賦予）程度的相稱關係（commensurateness），以及（3）同害報復法則（lex talionis）¹⁰。同害報復法則其實就是俗稱的「以牙還牙、以眼還眼」，這可以說是要讓「罪」與「罰」直接達成完全相稱的要求，過去致生多少惡害，就需接受同等程度、同等內容的制裁。同害報復法則雖然沒有排除死刑作為對應殺人的手段，但亦不是非死刑不可¹¹。

其次，就（1）比例性而言，係指犯罪輕重之序列需與處罰輕重之序列相應，例如比竊盜還嚴重的強盜罪，其刑罰在一般的情況下要比竊盜的刑度更重，而殺人又要比強盜處罰更重。換言之，合比例性注重的是犯罪類型內部的輕重排序必須對應到刑罰高低的序列，因此一個罪質相對較輕的犯罪就不能適用較重的刑罰。根據 Andrew Von Hirsch 及 Andrew Ashworth 的用語¹²，（1）的比例性乃一種序數關係、順位關係的比例性（又可稱為順序上的均衡性；相對均衡（ordinal proportionality）），也就是透過罪質輕重排序，

¹⁰ 中文文獻上的檢討，可參考許家馨，應報即復仇？，中研院法學期刊，15期，2014年9月，260-266頁。

¹¹ 許家馨，前揭註10，267頁。

¹² Andrew Von Hirsch & Andrew Ashworth, *Proportionate sentencing: exploring the principles* 137-41 (Oxford University Press, 2005).

對應到刑罰輕重的序列。這種罪與刑的內部均衡要求，成為罪刑均衡原理的最重要概念。但是合比例性只能夠檢討罪與罪之間刑罰是否輕重失衡，卻對刑罰的絕對值是否失衡一事無能為力。

相對地，(2)的相稱性，強調的不是輕重序列的問題，而是刑罰量是否與犯罪程度相稱的問題，亦即犯罪對價性的問題，例如竊盜是否值得用五年以下有期徒刑來處罰等等。因此，又可稱之為基數上的、數值上的均衡性，或絕對均衡 (cardinal proportionality)¹³。所有的刑事立法在設定罪與罰關係之際，需要一個定錨點 (anchoring points) 作為刑罰級距的設定原點，但這種犯罪與刑罰等價交換的關係，並非自明之理。犯罪與刑罰本屬不同屬性的、非對稱性的性質；我們也難以形成一個絕對唯一的標準，將異質性的利益對應到刑罰所剝奪的生命、自由或財產的程度¹⁴。是以，這種絕對的罪刑均衡基準點，毋寧說是難以特定的。也就是說，即使是情節最嚴重之罪行，也沒有對應到非死刑不可的絕對性；在不同的刑罰文化脈絡之下，情節最嚴重之罪行對應到死刑以外的其他刑罰 (如終身刑或無期徒刑) 仍然可能是符合相稱性的要求。

罪刑均衡原則僅能要求最嚴厲的刑罰需搭配最嚴重的罪行，然而死刑是否可以被列為最嚴厲的刑罰以相稱於最嚴重的罪行一事，並無法從中得知。除了規範應報刑論得以明確排除死刑作為刑罰的適格性之外，一般的「應報刑論」無法對死刑的正當性提供立論基礎，因為其只著重罪與罪、罪與刑之間內部的均衡性，而無法對「死罪」的當否，以及「以生命剝奪作為刑罰內容」的當否提出有效的證成。在刑法論爭的洪流中，透過應報概念的再評價可以有效對抗以預防、嚇阻與抑止為中心的目的刑論，對於避免重刑化傾向、避免把人當做手段的歷史悲劇重演一事具有一定的正面意義，然而，當市民社會的共識是將剝奪生命視為對應最嚴重罪行的刑罰時，應報刑論亦無置喙的餘地。

申言之，應報的內涵在於反應行為的侵害性與行為人於行為時的可責

¹³ *Id.* at 141-43.

¹⁴ 不過，在規範應報論的脈絡下，死刑並不具備刑罰適格性。參見謝煜偉，前揭註3，174-175頁。

性，不能夠扮演積極證立刑罰之角色，而僅能作為刑罰的必要條件以及外部限制（outer limits），一般謂之「消極責任主義」¹⁵。因此，責任作為刑罰的上限，刑罰手段或矯治處遇的必要性，不能夠逾越犯罪行為當時所存在之不法及有責性所形成的行為責任程度，此乃責任原則最重要的意涵。

如前所述，若法定刑中的死刑能夠符合以作為責任非難的性質，並且符合上述憲法基本原則的話，似乎並非絕對不可能想像。然而，即使法定刑罰種類當中就算肯認死刑的存在，究竟能否找到必然對應到「死刑」的罪行（必然的死罪），仍然是否定的。有論者主張所謂「翦除論」的觀點認為，當罪行係具有本質性的、極端的邪惡（monstrously evil）時，犯罪行為人所屬的社群便有義務以死刑將犯罪者逐出社群之外，藉以證成「必然死之罪行」¹⁶。然而，要說明犯行是否極端斜惡、泯滅人性一事，僅是一種主觀道德感受的呈現，彷彿僅是死刑登場時在背後陪襯的應援曲。翦除論以死刑充作受刑者對所屬社群所應負道義責任之實現，以求道德秩序平穩，其所追求的目的實與現代法治國家所欲追求的治理目標不能相容。

肆、判斷死刑是否為恣意性的酷刑一事，應區分為判決、等待執行以及執行三個不同的層次來思考。依照目前實務上的作法，在法院量刑階段，死刑的量定尚難稱為恣意。選擇是否執行以及何時執行一事雖非全然無標準可言，仍充滿高度不確定性。最後，等待死刑執行以及以槍決作為死刑執行之方法有可能屬殘酷不人道的刑罰執行。

一、死刑量刑審酌框架

我國將兩公約內國法化之後，死刑量刑審酌框架相當程度受到公政公約的影響。特別是公政公約第6條第2項前段所謂「情節最嚴重罪行」，相當程度拘束了我國法院實務對死刑的適用。按照2018年人權事務委員會36號一般性意見第5段係指：「對於最嚴重的罪行，僅在最特殊的情況下和最嚴格的限制下適用死刑」。在最嚴格限制的基調下「情節最嚴重罪行」的

¹⁵ 關於這部分的討論，尚涉及應報與預防目的的雙重影響。學說繁多，可參照謝煜偉，前揭註3，154-163頁。

¹⁶ 相關討論，參見謝煜偉，前揭註3，179-182頁。

內涵為：直接且故意（蓄意）造成死亡結果；若有多數行為人參與時，必須是具核心主導地位；應以犯罪行為本身的情狀作為審查情節最嚴重之依據，此際，需要留意有無與犯行有關之減輕因素。

再者，36 號一般性意見第 37 段也可推導出，「情節最嚴重之罪行」的判斷只不過是判處死刑的「必要條件」，而非「充分條件」。亦即，在同意見第 37 段中表示：「在所有涉及適用死刑的案件中，法院量刑必須考慮犯罪行為人個人情狀（the personal circumstances of the offender）和犯行的個別情狀（the particular circumstances of the offence），包括犯行的特定減輕因素（its specific attenuating elements）。因此，若屬於強制性/義務性的死刑（mandatory death sentences）而不給內國法院裁量空間判斷是否要將該犯行認定為將招致死刑的犯罪（to designate the offence as a crime entailing the death penalty）以及判斷是否在犯罪行為人的個別情狀下做出死刑判決（to issue the death sentence in the particular circumstances of the offender），實屬恣意。」

綜合以上兩段的敘述，本意見指出了四個極為關鍵的重點：(1) 將死刑量刑應審酌事項分為「犯行本身事項」與「犯罪行為人個人事項」兩類。(2) 將犯行本身的審查連結到「招致死刑之罪行」乃至於「情節最嚴重罪行」。(3) 「犯罪行為人個人事項」僅具判斷上的次要地位，不能只因為犯罪行為人個人事項的惡劣程度，就使得一個犯行本身未達情節最嚴重程度的案件因此判處死刑。(4) 法院也不能只憑犯行本身的情節嚴重程度極高，就得以不考慮犯罪行為人個人事項，直接判處死刑。一個僅因犯行情節極嚴重就不予考量行為人個人事項能否作為從輕因素的死刑判決，勢必是本質上具恣意性的(arbitrary in nature)。

由此標準來檢視我國實務可以發現，我國法院近年的死刑相關判決中已經廣泛接納 36 號一般性意見有關情節最嚴重罪行的認定限制，並且普遍出現區分犯行情狀與行為人個人事項的觀察視角¹⁷。同時，在判決中也可以

¹⁷ 最早出現在 105 年度台上字第 985 號刑事判決當中。相關評論參見謝煜偉，「教化可能性」在死刑量刑判斷上的意義與定位——從最高法院 102 年度台上字第 170 號判決到 105 年度台上字第 984 號判決之演變，臺北大學法學論叢，105 期，2018 年 3 月，167-168 頁。近期例如最高法院 111 年度台上字第 1775、2045、718、469 號、110 年度台上字第 3445、4953、4958、3266 號、110 年度台非字第 222 號、109 年

發現，實務上逐漸揚棄了過去幾年僅單純臚列刑法第 57 條各款事由的「一盤散沙式盤點法」，出現了先判斷犯行情節因素再判斷行為人個人因素等具有結構化的死刑量刑框架。

例如最高法院 110 年度台上字第 3266 號刑事判決¹⁸，將死刑量刑分為二階段，第一階段完全以「犯情因素」積極形成足以選擇死刑的「情節最嚴重罪行」，然後第二階段將包含行為人因素與其他因素的「一般情狀」全部包裹成判斷是否足以自選科死刑的程度降低到迴避死刑。又如最高法院 110 年度台上字第 4953 號刑事判決特別針對個別情狀僅能向下減輕一事提出說明：「蓋死刑之諭知係終結人民一切權利之極刑，屬現代刑事司法制度中最嚴厲手段，無加重餘地，是判斷行為人『個別情狀』，乃在考量是否有向下減輕之裁量空間，除犯行本身情節屬最嚴厲之程度外，個人情狀也沒有任何供下修量刑之餘地時，才能得出判處死刑之結論。」甚至如最高法院 111 年度台上字第 2045 號刑事判決，採取三階層量刑判斷框架，更細緻地先劃定責任刑的粗胚，再微調責任刑度，最後才會從展望性的觀點，藉由其他一般情狀因素考慮行為人社會復歸可能性¹⁹。

度台上字第 1379、940 號、108 年度台上字第 4039、2191 號判決。

¹⁸ 本判決：「第 36 號一般性意見第 37 段……具體指出死刑案件量刑應審酌事項必須包括犯罪的具體情節與罪犯的個人情狀。上開解釋，連結至我國刑法第 57 條量刑事由之關係與適用，死刑案件之量刑基準，應區分為與犯罪行為事實相關之『犯罪情狀』，及與犯罪行為人相關之『一般情狀』。必先審查『犯罪情狀』是否屬『情節最重大之罪』，作為劃定是否適用死刑之範疇，再綜合犯罪行為人之人格與社會生活情形之『一般情狀』，考量得否求其生。亦即，若依『犯罪情狀』未達『情節最重大之罪』，即無適用死刑之餘地。如依『犯罪情狀』可選擇死刑，法院仍應綜合考量『一般情狀』，有無可減輕或緩和罪責之因素，使之保留一線生機。進而言之，所犯是『情節最重大之罪』，僅係得以選擇死刑之『必要條件』，而非『充分條件』，不能僅因犯罪情狀極度嚴重，即科處死刑；反之，所犯不是『情節最重大之罪』，不能單憑行為人一般情狀之惡劣性，即恣意提高罪責刑度之上限，而科處死刑。」其他如最高法院 111 年度台上字第 718 號、110 年度台上字第 4958 號刑事判決亦同。

¹⁹ 判決指出：前述公政公約之規範，於納入刑法第 57 條量刑事由之審酌，可整合出三個階段的量刑判斷框架。於第一階段，先以刑法第 57 條之「犯行個別情狀」事由（下稱犯情事由），即犯罪之動機、目的（第 1 款）、犯罪時所受之刺激（第 2 款）、犯罪之手段（第 3 款）、犯罪行為人與被害人之關係（第 7 款）、犯罪所生之危險或損害（第 9 款），初步劃定行為人之行為責任，此為「責任之粗胚」（或稱「責任之上限」），而依其法定刑或處斷刑之外部界限，得出其責任刑之上下限。於第二階段，則應審酌刑法第 57 條之「行為人個人情狀」事由（下稱個人事由），即生活狀況（第 4 款）、品行（第 5 款）、智識程度（第 6 款）、犯後態度（第 10 款），作為責任刑之微調，……亦即，在此階段應考量行為人與其行為相關之個人事由，藉以判斷行為時之「可責性」得否降低而往下調整其責任刑。……量刑之第三階段，應就更生改善可能性等其他與案件相關之量刑因子，再予列入審酌是否仍有調降空間，且第二階段、第三階段之考量過程，係就各量刑因子予以交互評比，而允許有加重、減輕之波動幅度，倘此部分整體評價後，認已突破責任刑之下限（即下緣或級距），自可落入較輕刑度之範圍內形成宣告刑，但若認毫無情有可原之處，亦僅能做出「不減輕」之結論，不能單憑個人事由之惡劣性，或無更生改善之可能性，而拉高其責任刑度之上

由此可知，我國法院在決定是否要量處死刑時，並非全無標準或框架，而是有一定的判斷流程及檢討架構，難謂為恣意、不可預測之量刑判斷。除了有將死刑量刑應審酌事項分為「犯行本身事項」與「犯罪行為人個人事項」兩類之外，並將「犯情因素」連結到「情節最嚴重罪行」之形成，此外認定「犯罪行為人個人事項」時僅具次要地位，並未只因行為人個人的惡劣，就使得一個犯行本身未達情節最嚴重程度的案件因此判處死刑。最後，以教化可能性／改善更生可能性作為迴避死刑事由一事，縱然可能面臨恣意模糊的危險，但因對被告乃有利的條件，而法院無論是使用「教化可能性」「社會復歸可能性」「改善更生可能性」等字眼，皆有考量行為人個人事項作為從輕因素，因此，本人認為並無恣意可言。

二、情節最嚴重罪行的認定方式

公政公約第 36 號一般性意見延續第 6 號一般性意見關於就公政公約第 6 條第 2 項前段所指「最嚴重罪行(the most serious crimes)」之解釋。因此，諸如第 6 號一般性意見第 7 點指出最嚴重罪行這個詞的意義必須嚴格限定、需限於蓄意殺害並造成生命喪失之犯罪等並無實質差異。而最重要的論述段落在同意見第 35 段，其表明：「『最嚴重的罪行』一詞必須作狹義解釋，僅限於涉及故意殺人的極端嚴重罪行。在（公約）第六條的框架中，非屬直接(directly)和蓄意(intentionally)導致死亡的罪行，例如殺人未遂、貪污及其他經濟和政治犯罪、持武器強盜、海盜、擄人勒贖、毒品和性犯罪等，儘管罪質嚴重，但絕不能作為判處死刑的理由。本著相同的精神，即便是最嚴重的罪行，行為人僅有限度參與或共犯者，例如為殺人提供實行手段，也不能作為判處死刑的理由。」

我國法院近年的實務判決中，已經有明確提及刑法第 57 條各款事由與「情節最嚴重罪行」之間的關係。然初期沒有進一步提出所謂「情節最嚴重罪行」的本土化解釋。換言之，法院沒有合理說明究竟犯行具體情節應到達何等程度才堪稱「得選擇死刑」。例如，最高法院 105 年度台上字第 984 號

限，否則將嚴重抵觸憲法上責任原則的要求。

判決中僅指出：犯罪動機目的具倫理上的特殊可責性、手段殘暴、結果具嚴重破壞性這三點。不過，到底要產生何種侵害結果才具結果嚴重性，例如被害死者的個數是否形成結果嚴重破壞性重要的判準？並沒有進一步具體說明之。

臺灣高等法院 107 年度上重更一字第 6 號判決曾有更具體的說明：由「情節最重大之罪」之文義，可知其本質上含有「客觀比較」之意涵，故同樣係故意之殺人行為，仍須視其個案情節之嚴重程度（例如：犯罪行為人是否具有嚴重之偏激觀念及反社會性格；犯罪行為有無反覆實施之高度危險性、是否具有奇特性而易引起他人仿效；犯罪手段是否具備血腥、殘暴等特質；犯罪對象是否具有不特定性〈即是否為無差別殺人〉？是否屬於兒童、少年或其他必須特別保障之人？犯罪所殺害之人數及其對於國家及社會安全秩序所生影響之嚴重程度等），並斟酌當前國人之法律感情，客觀審慎地綜合考量，而難僅因符合某項條件，即謂已屬「情節最重大之罪」，進而科處死刑。

問題在於，犯罪動機及目的、犯罪時所受之刺激、犯罪手段、與被害人之關係、犯罪所生之危險或損害等事項有非常多樣複雜的排列組合關係，法院應如何劃定「情節最嚴重罪行」的門檻，實屬不易。即使歸納所有下級審做出科處死刑判斷的判決，這些判決僅能正面說出該個案屬於「情節最嚴重」，但無法指出「情節最嚴重」的邊界在何處。

就此，最高法院使用「單項反面排除法」的方式，試圖從主觀故意的程度、有無計畫性的角度，排除惡性較低的情況。換言之，只要犯罪情節中有上述任一因素惡性較低，就代表整體情節不可能是最嚴重情節。因此，即使其他客觀上的犯情因素（如被害人個數、手段兇殘性等）非常嚴峻，也仍然無法彌補某一因素惡性較低的評價。

從此可以發現最高法院並非採取「綜合點數門檻制」的方式衡量「最嚴重情節」，亦即，並非將各項因素賦予點數評價再給予加總，總計點數超過特定分數門檻即謂「最嚴重」，而是個別觀察單項犯情因素，當個案中的此

項犯情因素（如犯意層級）並非屬於最高等級，就非屬「最嚴重情節」。

其中最常用來排除最嚴重情節的因素是主觀故意的程度。最高法院近年來皆主張：36 號一般性意見所稱「涉及故意殺人的嚴重罪行」，對應於我國刑法架構，應限縮於刑法第 13 條第 1 項之直接故意。非直接故意殺人之罪行，儘管侵害結果非常嚴重，也不能作為適用死刑之理由²⁰。

由於這種行為人僅具「間接故意」的殺人案件多半是放火燒死多數被害者的案件，行為人客觀上所造成的侵害結果往往非常巨大，因此也格外引發檢察官的質疑，認為最高法院不應將蓄意的（intentional）直接翻譯為「直接故意」。不過，平心而論，最高法院以更嚴格的標準來認定情節最嚴重罪行，將範圍限縮在直接故意，其並沒有違反公約精神可言。

最高法院 110 年度台非字第 222 號刑事判決，可謂清楚總結了此項爭議：「在我國實務上，關於行為人究屬直接故意或間接故意之調查，具有重大意義，乃因間接故意並未如直接故意明知其行為必將造成構成要件事實之實現，而發生之結果既非行為人內心所努力追求，亦非確定必然發生，祇係預見其有可能發生，予以容認而聽任事情自然進展，終致發生犯罪結果，故**間接故意之不法與罪責內涵，顯較直接故意為輕**。二者惡性之評價既有輕重之別，為免輕重失衡，其等不同歸責程度，在量刑上即有差別。尤涉**選科極刑（死刑）與否之情形**，倘行為人之殺人犯意係出於間接故意，而非**不法及罪責內涵較重之直接故意**，自非「**情節最重大之罪**」，如此解釋，始符上述祇在最特殊之情況與最嚴格的限制下適用死刑之立法意旨，且與基於直接故意而殺人之極嚴重罪行相較，亦不致發生量刑輕重失衡之情形。從而，公政公約第 6 條第 2 項所稱「**情節最重大之罪**」，參照人權事務委員會第 36 號一般性意見之解釋內容，不論依體系及目的解釋，皆係指涉及故意

²⁰ 參見最高法院 109 年度台上字第 940 號刑事判決，肯認原判決依照第 36 號一般性意見之意旨，認定本案「被告 5 人殺人之犯意既均係出於間接、不確定故意，而非程度上更為蓄意、嚴重之直接、確定故意，其惡性評價當非無輕重之別，雖使被害人甲女家屬痛失至親，所受心靈傷痛難以回復，仍與『情節最重大之罪』有間，尚難對林春雄科處死刑」。另參見最高法院 110 年度台上字第 3266 號刑事判決：「本件上訴人所犯殺人罪名，既係基於間接故意，而非程度上更為蓄意、嚴重之直接故意，雖造成 6 人死亡之結果，使告訴人及被害人家屬痛失至親，所受心靈傷痛難以平復，仍與『情節最重大之罪』有間，依公政公約第 6 條第 2 項規定，尚難對上訴人科處死刑。」

殺人之極嚴重罪行，此之故意應限定為直接故意，始合於立法意旨。」

最高法院進一步將「單項反面排除法」運用在其他的犯情因素「計畫性」之上，也就是認為，與有計畫的、有目的性的殺人行為相比，偶發性、非具計畫性的殺人，所應受非難的程度較低，因此非計畫性殺人亦非屬「情節最嚴重」之罪行²¹。

三、執行死刑之方式

要論證何謂殘酷、非人道，進而思考死刑是否為酷刑一事，並無法從乾燥無味的「人性尊嚴」或「人道」辭藻中找尋穩固的立論根基。過去歷史上有許多手段殘忍不人道的刑罰執行方式，如斷頭臺、肉身刑、五馬分屍等酷刑，如今，雖然刑罰（特別是死刑）執行益趨「人道」，然而，並不代表不能「更人道」；殘酷性乃是一種相對比較下的概念。以《禁止酷刑及其他殘忍不人道或有辱人格之待遇或處罰公約》第 1 條第 1 項所接襲的酷刑定義來看，係指「故意對其肉體或精神施以劇烈疼痛或痛苦之任何行為」，其聚焦在對受刑人的疼痛與痛苦的判斷上。而且，其所承擔的痛苦並非僅侷限於肉體，也包括精神上的苦痛。不過，同條項但書亦說明：「純粹因法律制裁而引起或法律制裁所固有或附帶之疼痛或痛苦，不在此限。」因此，爭點在於，再等待執行一直到執行死刑之際，是否有超出死刑所固有或附帶之疼痛或痛苦，而有被認為是屬於酷刑的餘地。

現行制度下，死刑判決確定後一直到執行死刑為止，並沒有任何可遵循性或可預測性。

首先，刑法第 51 條第 1 款規定「宣告多數死刑者，執行其一。」同條

²¹ 參見最高法院 110 年度台上字第 2633 號刑事判決：「按對計畫性殺人之高度非難，係因行為人於早期階段，即為求致人於死進行殺人計畫，並依計畫進行準備、實行，導致侵害生命之危險性及輕視生命之態度均較為重大，故若某殺人行為具有計畫性，不僅提升了發生侵害生命之危險性，亦因行為人為求確實殺死某人甚或數人而加以計畫及準備，明顯可看出行為人輕視生命之態度，而應加以強烈非難；相較於隨機、偶發性之不具計畫性之殺人行為，應認可非難程度有一定程度之減低。準此，殺人是否具備計畫性，通常對殺人行為應受到非難的程度，及行為人刑責之輕重自有重大影響，是以在實務上其他就是否應判處被告死刑有所爭議之案例，多將此作為重要因子進行審酌，故本件量定上訴人之刑責時，似不可輕忽其殺人是否具計畫性及殺害人數此一因子對量刑之影響。原判決認定本件上訴人既非計畫性殺人，依上開說明，自導致侵害生命之危險，及輕視生命程度以觀，對上訴人之非難尚不得被評價為較計畫性殺人甚或殺數人之情形更高，於此意義上，原審未深入審慎釐清明白，既認上訴人本件非係預謀性之有計畫殺人，則如何該當前揭所謂『情節最重大之罪』？即有加以審究研求之餘地。」

第 2 款規定「宣告之最重刑為死刑者，不執行他刑。但罰金及從刑不在此限。」因此，受有死刑判決宣告之被告，除了死刑之外，並無可能受有其他拘束人身自由之徒刑宣告。過去被告受死刑判決之諭知後，檢察官依照舊羈押法第 2 條及舊刑事訴訟法第 458 條以「待執行」為由，透過執行書不定期的拘禁受判決人之自由，其拘束人身自由之法源依據欠缺憲法位階之授權，且其羈押之決定違反憲法第 8 條人身自由之保障。同時，剝奪受判決人針對待執行羈押之救濟途徑，亦有違反憲法第 8 條、第 16 條之問題²²。

過去以來在規範依據不明確的情況下，死刑定讞待執行者僅能夠被動等待某一天突然被通知要執行死刑。這種不定期剝奪人身自由，且法地位妾身不明的狀態，一直到近期監獄行刑法修正後看似獲得調整，該法第 148 條規定：「死刑定讞待執行者，應由檢察官簽發死刑確定待執行指揮書，交由監獄收容。死刑定讞待執行者，得準用本法有關戒護、作業、教化與文康、給養、衛生及醫療、接見及通信、保管、陳情、申訴及訴訟救濟等規定。監獄得適度放寬第一項之待執行者接見、通信，並依其意願提供作業及教化輔導之機會。」然而，這個「收容」並非刑罰的執行，亦非羈押。過去待決死囚在看守所收押，而且無法適用累進處遇制度晉升的狀態，固然獲得改善，然而，其剝奪人身自由的依據仍然是明顯違反憲法中的明顯區隔原則（既然不是刑罰執行，就不應在監獄收容），亦違反比例原則（不定期的人身自由拘束狀態作為死刑執行的附帶痛苦實屬過度而且逾越必要性與衡平性）。

其次，刑事訴訟法第 461 條規定「死刑執行應經司法行政最高機關核准」，無異將刑罰執行轉化為徹底政治性之決定，並且將死刑犯的「生命狀態」之規範評價加以懸置，創造出一項不受法規範保障之例外狀態（剝奪生命「權」的生命），這些處於例外狀態下的赤裸生命何時會被執政者所代言的國家權力終結，完全繫乎於政權掌控者之意志，淪為恣意的刑罰執行，而

²² 大法官曾針對此類問題做出不受理之決定（第 1370 次不受理案件），其不受理的理由竟是：「檢察官執行指揮書並非法院確定終局裁判，聲請人自不得持之聲請解釋。且經核聲請意旨所陳，係在爭執檢察機關執行處分之當否，並非具體指摘確定終局裁判所適用之何法令客觀上發生如何抵觸憲法之疑義。」然而，真正的釋憲標的並非檢察官的執行指揮書，而是（當時之）羈押法第 2 條，以及（當時之）刑事訴訟法第 458 條。

有牴觸憲法第 23 條之問題。依照死刑執行規則，直到執行當日，才會告知死囚當天會執行死刑，這種讓死囚每天早上親身經歷生死交關的痛苦，其心理上的殘忍痛苦程度，早已超越了一般人的想像。

再者，目前現行死刑執行規則第 6 條規定，執行死刑，用槍決、藥劑注射或其他符合人道之適當方式為之，且執行槍決時，應對受刑人使用頭罩，使其背向行刑人，行刑時射擊部位定為心部，於受刑人背後定其目標。行刑人與受刑人距離，不得逾二公尺。執行前，應由法醫師先對受刑人以施打或其他適當方式使用麻醉劑，俟其失去知覺後，再執行之。而且目前以槍決為主的實務作法，縱然在施用麻醉劑的作用下，相當程度減輕了受刑人當下的痛苦感受，然而，其使用以近距離背對槍決，讓生命維持的身體器官迅速造成破壞而喪失運作的執行方式，不但是一種變相的肉身刑（透過在肉身上的破壞達成刑罰執行效果），同時這樣的執行方式也多被我國實務判決認證為一種極其殘忍的手段。例如：「以近距離行刑式槍決被害人，犯罪手段殘忍。」（臺灣高等法院 109 年度上重訴字第 24 號判決參照）。又如「開槍格殺，幾無任何反擊或逃離之可能性，只得任由被告恣意逞兇而當場傷重不治死亡，足見被告上開持槍殺人手段至為兇殘，其近乎行刑式槍決之駭人情境」²³。可以認為，在毫無抵抗可能性之下開槍格殺，不因是國家公權力執行而使得駭人程度就因此降低。

綜上所述，無論是等待執行死刑或者執行死刑方法的本身，都有難以忽視的酷刑性格，而有違憲的疑慮。當然，本人也需強調，關於執行的殘酷性的檢討，終究是枝微末節的，終極來看，追求乾淨、無痛、清潔、衛生的死刑執行手段，無助於卸下國家得以正當地剝奪人民生命一事本身的權力/暴力本質。本人也並非因而主張為了避免不定期拘束人身自由的待決狀態，所有死刑確定判決一確定就立即執行，因為在現行制度下，死刑判決的作出仍然需要符合超越一般刑事審判程序更高規格的超級法律正當程序（super due process of law），即使判決定讞後，仍有再審、非常上訴以及聲請憲法解釋

²³ 臺灣高等法院臺中分院 108 年度上重訴字第 7 號刑事判決參照。其他同樣提到近距離行刑式槍殺係屬手段殘忍者，例如臺灣臺中地方法院 108 年度重訴字第 672 號刑事判決、

等方式，在程序上謹慎把關。因此，可以得知，只要做出死刑判決（定讞），依現行法必然會出現明顯違憲的死刑犯待決狀態。而這個謬誤僅能夠透過宣告死刑違憲，或者運用合憲性的解釋，以「執行無期徒刑」作為死刑執行的內容。

附帶一提，近年來關於死刑議題，時常出現一種「宣告死刑但不執行死刑」的看法，也就是一方面維持「死刑」的象徵意義和對應最嚴重犯行的應報意義，另一方面避免實現因誤判或執行過程中的絕對不正義。這看似非常完美的方案，但對筆者而言，這無非是變相讓「死刑定讞待執行者」成為永遠妾身不明的供犧之人，其永遠等待執行死刑的狀態，無異是一個法律規範的灰色地帶，其處於監獄等待執行的期間，既不是羈押（因此監獄行刑法使用一個更模糊的字眼：「收容」），也不是在執行刑罰（因此僅是「得準用」監獄行刑法相關規定）。這種看不見盡頭的收容，比起不得假釋的無期徒刑（終身刑）在規範上的地位更為低下，連刑罰執行都稱不上，因此無法直接適用設施內處遇的權益規定，僅能透過國家的恩惠片面地被決定要不要準用。更何況，終身刑或其他形式不得假釋的無期徒刑早已被認定為是一種恣意殘忍的「酷刑」了。我們難道可以沾沾自喜於以死刑宣告作為向受刑人與社會大眾的「溝通作用」，卻對於活生生的殘酷收容視而不見嗎？

伍、小結

國家剝奪人民生命權的權力行使並非當然違憲，但作為一種憲政秩序下特殊的例外狀態，其不能置於刑罰的脈絡下予以正當化。而死刑作為刑罰手段，其所對應的目的清單中，僅有相應於行為責任的「應報」是合乎正當性的。其餘如預防犯罪、社會象徵作用、撫慰被害人等，皆僅是刑罰本質外的附帶目的，這些目標固然在社會大多數人心中或許佔有相當程度的份量，但在憲法論證的層次上，仍舊需依憑應報責任而存在。然而，應報責任與刑罰程度的對應關係，並沒有絕對的基準，「死罪」係相對概念，沒有必死之罪行。其次，判斷死刑是否為恣意性的酷刑一事，應區分為判決、等待執行以及執行三個不同的層次來思考。依照目前實務上的作法，在法院量刑階段，

死刑的量定尚難稱為恣意。選擇是否執行以及何時執行一事雖非全然無標準可言，仍充滿高度不確定性。最後，等待死刑執行以及以槍決作為死刑執行之方法有可能屬殘酷不人道的刑罰執行。

爭點二：如果認為死刑制度合憲

壹、得適用死刑的犯罪類型應排除無故意致死亡結果發生之犯罪。

如果先退萬步言死刑制度合憲，那麼關於得適用死刑的犯罪類型必須限制在「情節最嚴重犯行」。而根據公政公約內國法化後的內容來看，除構成要件中有故意致死亡結果發生例如殺人等罪之外，其他法定刑內含有死刑，然在構成要件中無故意致死亡結果的犯罪類型（如附表一），皆有抵觸憲法比例原則、罪刑相當性原則的疑慮。也就是說，所有與故意造成生命喪失無關的犯罪皆不得適用死刑。

貳、參考公政公約第 36 號一般性意見，刑法第 19 條第 2 項在死刑適用的案件當中，應目的性限縮至「應減輕其刑」。

前述公政公約第 36 號一般性意見第 49 段指出：締約國不應對面臨特殊障礙、難以與他人平等地進行自我辯護的個人，例如存有嚴重社會心理和心智缺陷(serious psycho-social and intellectual disabilities)而妨礙其進行有效辯護的個人，以及具有限道德上/規範上可責性(limited moral culpability)的個人，判處死刑。」針對能否對精神障礙者「判處」死刑的部分，上開敘述可以得出二種不得判處死刑的類型：(一)針對在訴訟上因為個人的特殊障礙情狀(例如存有嚴重社會心理和心智缺陷)而導致無法進行有效自我辯護之人，(二)具有限可責性的個人，不得判處死刑。

首先，就第(一)類而言，其聚焦在進入刑事程序階段行為人能否為自己有效自我辯護等類似於所謂訴訟能力或就審能力的判斷問題。換言之，其判斷重點應為於行為後，進入偵查及審判階段時，行為人的精神狀態為何？行為人是否存有嚴重的精神障礙？而該固有之生理特徵是否對於行為人能正確理解刑事程序各項舉措之意義，並且能夠擁有與辯護人有效溝通、主張

訴訟行為等高層次的認知與推理思考能力產生妨礙？換言之，並非單純僅看行為人本身內在的精神障礙狀態及疾病程度即得出不得判處死刑的結論，而是要看該精神狀態對於在刑事程序各個階段對訴訟能力（或有稱就審能力）的影響。在此，解釋上不應狹義理解為僅限於審判階段的就審能力問題，事實上在偵查階段，很可能因為行為人的精神疾病影響，導致在沒有受到實質有效辯護的情況下，受到暗示或誘導而做出錯誤的供述。而這種因精神狀態而對無法有效自我辯護的點，即使是形式上屬於強制辯護案件，仍然需要個案實質認定，是否在經過律師協助之後，能夠讓行為人彌補其精神狀態對於訴訟能力的妨礙或缺陷，而得以妥適並有效的為自己辯護。若答案仍然是否定的話，則原審科處死刑的判決自然抵觸了上開公約解釋之意旨。

而就第（二）類所謂「具有限可責性之人不得判處死刑」這段敘述，可以從「責任能力」的角度加以理解。所謂有限的責任能力，按照我國刑法第19條第2項已經有明確規範依據以及認定標準，唯應留意者為該條項之法律效果為「得減輕其刑」，是否要減刑乃法院裁量之事項，但是在本號一般性意見書之後，應進行「合公約/合憲性的限縮解釋」，換言之，若是涉及可能判處死刑的案件，行為人一旦符合同條項限制責任能力之條件，法院即不得處斷死刑²⁴。

參、死刑案件適用的程序保障

假設死刑制度合憲的前提下，死刑案件所適用的刑事程序也必須要是高於其他刑事案件的程序，例如：(1)被告在第三審的意見陳述及聽審權之保障、(2)死刑評議一致決、(3)量刑事實之證據調查程序應與犯罪事實之調查程序分離，以符合憲法所保障的正當法律程序。基於篇幅，本意見書對程序上的保障措施暫且省略不談。

²⁴ 實際上，法院在處理責任能力減輕之案件時，也罕見出現不減輕而仍判處死刑的案例，因此此一合公約的限縮解釋對於實務操作也不會產生任何現狀上的變動，因為目前單就此點，實務操作是合乎一般性意見之意旨。

結論

我國的死刑制度正處於持續性、長期性的違憲狀態。固然在抽象的法定刑層次中，並不能認為將死刑列入刑罰中必然違反憲法，然亦無法援引人性尊嚴等內容曖昧不清且虛妄的空洞概念作為具體的審查基準。究竟何等犯罪構成要件得配死刑，應報難以告訴我們適切的回答。透過比例原則（尤其是必要性原則）的審查可知，如果不能證立非死不可，那就沒有必要使用死刑來作為最嚴重犯行的對應。至於在個案中何等犯罪情節得以量定死刑、何等情狀得以迴避死刑，若考慮現行實務的判斷標準，尚難謂恣意不明確。至於選擇是否執行以及何時執行一事雖非全然無標準可言，仍充滿高度不確定性。最後，等待死刑執行的過程以及以槍決作為死刑執行之方法有可能屬殘酷不人道的執行。假設 鈞庭認定死刑本身的存在乃合憲，則得適用死刑的類型應排除無故意致死亡結果發生之犯罪。其次，參考公政公約第 36 號一般性意見，刑法第 19 條第 2 項在死刑適用的案件當中，應目的性限縮至「應減輕其刑」。

京大法學部畢業、芥川賞小說家平野啟一郎在《死刑について（關於死刑）》（岩波書店・2022 年）這本由演講錄改編而成的小書問到：「一個死刑存置的社會中，我們（將）會失去些什麼？」當我們在思考死刑所能達成的目的與功效的同時，也不要忘了，死刑制度存在的現況下，社會成員會失去什麼隱微卻重要的東西？死刑制度存在的現況下，會加深或加劇什麼不利益的現象或社會結構？當我們在做利益權衡的時候，切勿忘記這些在現狀之下持續背負在每一個人身上的枷鎖。這些隱微細小的面向不能僅憑法學論證觀察出來，而必須透過各個法庭之友以法學以外的其他視角輔助，才能夠清楚看到。用敏銳雙眼清楚看見現行死刑制度背後細微的利益與不利益，並且做出最終合憲或違憲的決斷，正是大法官所肩負的使命。

附表一

構成要件 無 故意致死亡結果發生		構成要件 有 故意致死亡結果發生	
刑法 §101(1)	以暴動犯前條第一項 (按：意圖破壞國體，竊據國土，或以非法之方法變更國憲，顛覆政府，而以強暴或脅迫著手實行)之罪者， 首謀者 ，處死刑或無期徒刑。	刑法 §185-1(2)	以強暴、脅迫或其他非法方法劫持使用中之航空器或控制其飛航，因而致人於死者，處死刑或無期徒刑。
刑法 §103(1)	通謀外國或其派遣之人，意圖使該國或他國對於中華民國開戰端者，處死刑或無期徒刑。	刑法 §185-2(3)	以強暴、脅迫或其他非法方法危害飛航安全或其設施因而致人於死者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑；致重傷者，處五年以上十二年以下有期徒刑。
刑法 §104(1)	通謀外國或其派遣之人，意圖使中華民國領域屬於該國或他國者，處死刑或無期徒刑。	刑法 §226-1	犯第二百二十一條、第二百二十二條、第二百二十四條、第二百二十四條之一或第二百五十五條之罪，而故意殺害被害人者，處死刑或無期徒刑；
刑法 §105(1)	中華民國人民在敵軍執役，或與敵國械抗中華民國或其同盟國者，處死刑或無期徒刑。	刑法 §271	殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。前項之未遂犯罰之。
刑法 §107(1)	犯前條第一項之罪（按：在與外國開戰或將開戰期內，以軍事上之利益供敵國，或以軍事上之不利益害中華民國或其同盟國）而有左列情形之一者，處死刑或無期徒刑： 一、將軍隊交付敵國，或將要塞、軍港、軍營、軍用船艦、航空機及其他軍用處所建築	刑法 §328(3)	犯強盜罪因而致人於死者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑；致重傷者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。

	<p>物，與供中華民國軍用之軍械、彈藥、錢糧及其他軍需品，或橋樑、鐵路、車輛、電線、電機、電局及其他供轉運之器物，交付敵國或毀壞或致令不堪用者。</p> <p>二、代敵國招募軍隊，或煽惑軍人使其降敵者。</p> <p>三、煽惑軍人不執行職務，或不守紀律或逃叛者。</p> <p>四、以關於要塞、軍港、軍營、軍用船艦、航空機及其他軍用處所建築物或軍略之秘密文書、圖畫、消息或物品，洩漏或交付於敵國者。</p> <p>五、為敵國之間諜，或幫助敵國之間諜者。</p>	<p>刑法 §332(1)</p>	<p>犯強盜罪而故意殺人者，處死刑或無期徒刑。</p>
<p>刑法 §120</p>	<p>公務員不盡其應盡之責，而委棄守地者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。</p>	<p>刑法 §333(3)前段</p>	<p>未受交戰國之允准或不屬於各國之海軍，而駕駛船艦，意圖施強暴、脅迫於他船或他船之人或物者，因而致人於死者，處死刑、無期徒刑或十二年以上有期徒刑。</p>
<p>刑法 §185-1(1)</p>	<p>以強暴、脅迫或其他非法方法劫持使用中之航空器或控制其飛航者，處死刑、無期徒刑或七年以上有期徒刑。其情節輕微者，處七年以下有期徒刑。</p>	<p>刑法 §334(1)</p>	<p>犯海盜罪而故意殺人者，處死刑或無期徒刑。</p>
<p>刑法</p>	<p>公務員利用權力強迫他人</p>	<p>刑法</p>	<p>意圖勒贖而擄人，因而致</p>

§261	犯前條之罪（按：者，處死刑或無期徒刑。	§347(2)	人於死者，處死刑、無期徒刑或十二年以上有期徒刑；致重傷者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑。
刑法 §332(2)	犯強盜罪而有下列行為之一者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑： 一、放火者。 二、強制性交者。 三、擄人勒贖者。 四、使人受重傷者。	刑法 §348(1)	犯前條第一項之罪（按：擄人勒贖罪）而故意殺人者，處死刑或無期徒刑。
刑法 §333(1)	未受交戰國之允准或不屬於各國之海軍，而駕駛船艦，意圖施強暴、脅迫於他船或他船之人或物者，為海盜罪，處死刑、無期徒刑或七年以上有期徒刑。	民用航空法§100(2)前段、 §100(3)	以強暴、脅迫或其他方法劫持航空器因而致人於死者，處死刑或無期徒刑。 第一項之未遂犯罰之。
刑法 §333(3)後段	未受交戰國之允准或不屬於各國之海軍，而駕駛船艦，意圖施強暴、脅迫於他船或他船之人或物，致重傷者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。	民用航空法§101(3)	以強暴、脅迫或其他方法危害飛航安全或其設施，因而致人於死者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑；致重傷者，處五年以上十二年以下有期徒刑。
刑法 §334(2)	犯海盜罪而有下列行為之一，處死刑、無期徒刑或十二年以上有期徒刑： 一、放火者。 二、強制性交者。 三、擄人勒贖者。 四、使人受重傷者。	民用航空法§110(2)	製造廠或維修廠之負責人、受雇人或其他從業人員，因執行業務，以未經檢驗合格之航空器各項裝備及其零組件從事製造或維修，致人於死者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑；致重傷者，處五年以上十二年以下有期徒刑。
刑法 §348(2)	犯前條第一項之罪（按：擄人勒贖罪）而有下列行為之一者，處死刑、無期	妨害兵役治罪條例 §16(2)	結夥持械阻撓兵役，因而致人於死者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒

	徒刑或十二年以上有期徒刑： 一、強制性交者。 二、使人受重傷者。		刑；致重傷者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑。
民用航空法§100(1)	以強暴、脅迫或其他方法劫持航空器者，處死刑、無期徒刑或七年以上有期徒刑。	妨害兵役治罪條例§17(2)前段 §17(3)	公然聚眾持械反抗兵役推行，因而致人於死者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑 公然聚眾持械反抗兵役推行，因而致人於死，首謀者，處死刑或無期徒刑
民用航空法§100(2)後段	以強暴、脅迫或其他方法劫持航空器致重傷者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。	兒童及少年性剝削條例§37(1)	犯第三十三條第一項、第二項、第三十四條第二項、第三十五條第二項或第三十六條第三項之罪，而故意殺害被害人者，處死刑或無期徒刑
妨害兵役治罪條例§17(3)	公然聚眾持械反抗兵役推行，首謀者，處死刑或無期徒刑。	殘害人群治罪條例§2(1)Φ	意圖全部或一部消滅某一民族、種族或宗教之團體，而有左列行為之一者，為殘害人群罪，處死刑、無期徒刑或七年以上有期徒刑： 一、殺害團體之分子者。
毒品危害防制條例§4(1)	製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑。	懲治走私條例§4	犯走私罪而持械拒捕或持械拒受檢查，傷害人致死者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以下罰金
毒品危害防制條例§6(1)	以強暴、脅迫、欺瞞或其他非法之方法使人施用第一級毒品者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑；處無期徒刑或十年以上有期徒刑者，得併科新臺幣一千萬元以下罰金。		

<p>毒品危害 防制條例 §15(1)</p>	<p>公務員假借職務上之權力、機會或方法犯第四條第二項（按：製造、運輸、販賣第二級毒品）或第六條第一項之罪（按：強暴、脅迫、欺瞞或其他非法之方法使人施用第一級毒品）者，處死刑或無期徒刑；處無期徒刑者，得併科新臺幣三千萬元以下罰金。犯第四條第三項至第五項、第五條、第六條第二項至第四項、第七條第一項至第四項、第八條第一項至第四項、第九條至第十四條之罪者，依各該條項規定加重其刑至二分之一。</p>		
<p>陸海空軍 刑法 §14(1)</p>	<p>意圖破壞國體、竊據國土，或以非法之方法變更國憲、顛覆政府，而以強暴或脅迫著手實行者，處十年以上有期徒刑；首謀者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。</p>		
<p>陸海空軍 刑法§15</p>	<p>以暴動或勾結外力犯前條第一項之罪（按：意圖破壞國體、竊據國土，或以非法之方法變更國憲、顛覆政府，而以強暴或脅迫著手實行），首謀者，處死刑或無期徒刑。</p>		
<p>陸海空軍 刑法 §17(1)、 (2)</p>	<p>有下列行為之一者，處死刑或無期徒刑： 一、將部隊或第五十八條第一項或第五十九條第一</p>		

	<p>項之軍用設施、物品交付敵人者。</p> <p>二、為敵人從事間諜活動，或幫助敵人之間諜從事活動者。</p> <p>三、擅打旗號或發送、傳輸電信授意於敵人者。</p> <p>四、使敵人侵入軍用港口、機場、要塞或其他軍用設施、建築物，或為敵人作嚮導或指示地理者。</p> <p>五、強暴、脅迫或恐嚇長官或上官投降敵人者。</p> <p>六、為敵人奪取或縱放捕獲之艦艇、航空器或俘虜者。</p> <p>前項之未遂犯，罰之。</p>		
<p>陸海空軍 刑法 §18(1)、 (2)</p>	<p>意圖利敵，而有下列行為之一者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑：</p> <p>一、毀壞第五十八條第一項或第五十九條第一項之軍用設施、物品，或致令不堪用者。</p> <p>二、損壞或壅塞水陸通路、橋樑、燈塔、標記，或以他法妨害軍事交通者。</p> <p>三、長官率部隊不就指定守地或擅離配置地者。</p> <p>四、解散部隊或誘使潰走、混亂，或妨害其聯絡、集合者。</p> <p>五、使部隊缺乏兵器、彈藥、糧食、被服或其他重要軍用物品者。</p> <p>六、犯第六十六條第一項</p>		

	或第四項之罪者。 前項之未遂犯，罰之。		
陸海空軍 刑法 §19(1)、 (2)	以前二條以外之方法供敵人軍事上之利益，或以軍事上之不利益害中華民國或其同盟國者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。 前項之未遂犯，罰之。		
陸海空軍 刑法 §20(2)	洩漏或交付前項（按：關於中華民國軍事上應秘密之文書、圖畫、消息、電磁紀錄或物品）之軍事機密於敵人者，處死刑或無期徒刑。		
陸海空軍 刑法 §24(1)	投敵者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。		
陸海空軍 刑法§26	指揮官無故開啟戰端者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。		
陸海空軍 刑法 §27(1)、 (2)	敵前違抗作戰命令者，處死刑或無期徒刑。 前項之未遂犯罰之		
陸海空軍 刑法 §31(4)	戰時犯第一項（按：委棄軍事上應秘密之文書、圖畫、電磁紀錄或其他物品）或第二項（按：棄置前項物品於敵）之罪，致生軍事上之不利益者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。		
陸海空軍	無故離去或不就職役而攜		

刑法 §41(1)後 段	帶軍用武器、彈藥或其他直接供作戰之軍用物品者，戰時犯之者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。		
陸海空軍 刑法 §42(2)	戰時犯前項（按：長官擅離部屬、配置地或擅自遷移部隊駐地）之罪者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；致生軍事上之不利益者，處死刑或無期徒刑。		
陸海空軍 刑法 §47(2)	戰時犯前項（按：違抗上級機關或長官職權範圍內所下達或發布與軍事有關之命令）之罪者，處死刑或無期徒刑。		
陸海空軍 刑法 §48(2)	戰時犯前項之罪（按：聚眾犯違抗上級機關或長官職權範圍內所下達或發布與軍事有關之命令者）， 首謀者 ，處死刑或無期徒刑； 在場助勢 之人，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。		
陸海空軍 刑法 §49(2)	戰時犯前項之罪（按：對於長官施強暴、脅迫或恐嚇者）者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。		
陸海空軍 刑法 §50(2)	戰時犯前項之罪（按：聚眾犯對於長官施強暴、脅迫或恐嚇）， 首謀者 ，處死刑或無期徒刑； 下手實施者 ，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。		

陸海空軍 刑法 §53(1)、 (2)	以強暴、脅迫、恐嚇或他 法劫持軍用艦艇、航空 器，或控制其航行者，處 死刑、無期徒刑或十年以 上有期徒刑。 前項之未遂犯，罰之。		
陸海空軍 刑法 §58(3)	戰時犯第一項之罪（按： 毀壞軍用機場、港口、坑 道、碉堡、要塞、艦艇、 航空器、車輛、武器、彈 藥、雷達、通信、資訊設 備、器材或其他直接供作 戰之重要軍用設施、物 品，或致令不堪用）者， 處死刑或無期徒刑；犯第 二項之罪者，加重其刑至 二分之一。		
陸海空軍 刑法 §65(1)	未經許可，製造、販賣或 運輸軍用武器或彈藥者， 處死刑、無期徒刑或十年 以上有期徒刑。		
陸海空軍 刑法 §65(2)	意圖供自己或他人犯罪之 用，而未經許可，製造、 販賣或運輸軍用武器或彈 藥者，處死刑或無期徒刑。		
陸海空軍 刑法 §66(2)	戰時犯前項前段之罪（按： 為軍事上虛偽之命令、通 報或報告）者，處死刑、 無期徒刑或十年以上有期 徒刑；致生軍事上之不利 益者，處死刑或無期徒刑。		
殘害人群 治罪條例 §2(1)2-6	意圖全部或一部消滅某一 民族、種族或宗教之團體， 而有左列行為之一者，為 殘害人群罪，處死刑、無 期徒刑或七年以上有期徒 刑：		

	<p>二、使該團體之分子遭受身體上或精神上之嚴重傷害者。</p> <p>三、以某種生活狀況加於該團體，足以使其全部或一部在形體上歸於消滅者。</p> <p>四、以強制方法妨害團體分子之生育者。</p> <p>五、誘掠兒童脫離其所屬之團體者。</p> <p>六、用其他陰謀方法破壞其團體，足以使其消滅者。</p>		
<p>槍砲彈藥 刀械管理 條例 §7(3)</p>	<p>意圖供自己或他人犯罪之用，而犯前二項之罪(1.未經許可，製造、販賣或運輸制式或非制式火砲、肩射武器、機關槍、衝鋒槍、卡柄槍、自動步槍、普通步槍、馬槍、手槍或各類砲彈、炸彈、爆裂物</p> <p>2. 未經許可，轉讓、出租或出借前項所列槍砲、彈藥)者，處死刑或無期徒刑。</p>		