

論我國如何從停止死刑到 廢除死刑之立法政策

陳志祥*、陳荔彤**

目次

壹、前言	二、在司法上
貳、停止死刑 ¹ 之主要理由	(一)對於非直接故意侵害生命法益之犯罪， 法官切勿量處死刑
參、廢除死刑 ² 之主要理由	(二)在罪刑不相當時，法官有義務適用刑法 第 59 條減輕其刑
一、死刑違背我國憲法之規定	(三)法務部長及執行檢察官應依刑事訴訟法 之最後審查權把關
二、死刑違背生命價值之理念	
三、死刑存廢與治安好壞無關	
肆、廢除死刑之漸進方法	伍、廢除死刑之配套措施
一、在立法上	一、取代死刑之無期徒刑不得假釋
(一)廢除相對死刑	二、無期徒刑僅適用於直接故意殺人之罪
(二)死刑評議應改採全數決	三、有期徒刑之假釋決定權回歸法院
(三)判決前應落實量刑辯論	四、死刑或無期徒刑之罪應加入有期徒刑
(四)最高法院應兼行事實審	五、建立長期自由刑之制度——廢除有期徒 刑 15 年之上限
(五)死刑改採完全強制辯護制	六、全面修法或制訂有期徒刑提高標準條例
(六)引進死刑緩刑制	七、侵害生命法益之犯罪不應有時效問題
(七)修正赦免法之相關規定	陸、結論
(八)大法官補充解釋憲死刑違憲	
(九)立法院立法或修法廢除死刑	

關鍵字：死刑、停止死刑、廢除死刑、無期徒刑、長期自由刑、刑法、刑事訴訟法。

Keywords：the death penalty, suspending the death penalty, abolishing the death penalty, Life imprisonment, long-term imprisonment, Criminal Code, Criminal Procedure Code.

* 陳志祥，臺灣基隆地方法院法官兼庭長，國立臺灣海洋大學海洋法律研究所博士生。

** 陳荔彤，國立臺灣海洋大學海洋法律研究所教授，英國威爾斯大學法學博士。

¹ 所謂停止死刑，或指立法上停止賦予死刑，或指司法上停止宣判死刑，或指司法上停止執行死刑。本文所謂「停止死刑」，係指停止執行死刑之意。為與「廢除死刑」對稱而便於記憶，故用停止死刑為題，如同停止羈押一詞，其實是停止執行羈押之意；惟本文在論述上，仍用停止執行死刑一詞，免生誤解。

² 所謂廢除死刑，其實也是停止死刑或結束死刑之意。「臺灣廢除死刑推動聯盟」之英語翻譯為 Taiwan Alliance to End the Death Penalty，簡稱 TAEDP。其選用 end，而不用 abolish，取其簡單明瞭之意。如前所述，停止死刑，係指立法廢除死刑、司法停止宣判死刑或停止執行死刑；惟本文考慮廢除死刑已是通用名詞，一般人容易認知停止死刑是指司法上停止執行死刑，而廢除死刑則是在立法上不再有死刑，亦即死刑除刑化，是故仍用廢除死刑一詞。

摘 要

廢除死刑是國際趨勢。我國政策上雖然相同，但是，人民反對聲浪甚高。在廢除死刑取得共識之前，停止執行死刑乃重要之一步。本文敘述停止執行死刑及廢除死刑之法律上理由，進而論述廢除死刑之漸進方法及其配套措施。例如應立法規定相對死刑限於直接故意殺人之罪；詳細增訂量刑辯論程序；評議死刑應經全數決通過，而非多數決；最高法院就死刑案件應兼行事實審；建立死刑案件之完全強制辯護制，即自警詢至最高法院，皆強制選任辯護人；引進死刑緩刑制；修改赦免法，以落實死刑犯請求赦免之權利；無期徒刑只適用於直接故意殺人之罪；無期徒刑不得假釋；廢除有期徒刑 15 年之上限，以建立長期自由刑制度；法官對於非以直接故意之殺人罪，勿判死刑；對於非殺人之罪而有死刑之規定，法官應適用刑法第 59 條而減輕其刑。法務部長及執行檢察官應依刑事訴訟法第 461 條之規定而嚴格把關。最後才是希望大法官勇於宣告死刑違憲，或立法院立法或修法廢除死刑。

The Legislative Policy from Suspending to Abolishing the Death Penalty in R.O.C.

Chen, Chih-Hsiang Chen, Robert Lihtorng

Abstract

Abolishing the death penalty is an international trend. Our government adopts the same attitude toward this issue, but the opposition of the general public is quite fierce. Before reaching the Consensus on abolishing the death penalty, to suspend the death penalty is an important step. This research explains the legal reasons of suspending and abolishing the death penalty, and also discusses the progresses of abolition step by step and related supporting measures. For example, the death penalty should only be imposed to the people convicted of direct and intentional murder crimes; the legislature should list detailed procedures for sentencing debates; a total pass of the full court is necessary before pronouncing a sentence of death, rather than a majority vote; as to death penalty cases, the Supreme Court should also examine the facts itself; the legislature should establish a complete compulsion defense system for the criminals involved in the death penalty cases, that is, since the police inquiry to the Supreme Court, a defender are compulsory for the defendants; introduction of the death penalty probation system; modify the amnesty law to implement the prisoners' pardon rights; a life imprisonment should be limited to the people convicted of direct and intentional murder crimes; the parole is not allowed to a life imprisonment; in order to establish long-term imprisonments, the legislature should abolish the 15-year maximum term of imprisonment; judges cannot pronounce a death penalty to a non-direct-and-intentional blood guilt criminals; for a non-murder crime with a death penalty, the judge should apply Article 59 of the Criminal Code to mitigate the punishment. Minister of Justice and the Prosecutor of implementation should abide by Article 461 of the Criminal Procedure Code strictly. Last, we look forward to the grand justice declaring the death penalty unconstitutional, or the legislators abolishing the death penalty.

壹、前言

本來，死刑³之存在，多數人認為天經地義，毫無懷疑；而廢除死刑之聲音既微小而不足道，上檯面者少之又少。未料，10年前即西元2000年4月28日，前總統陳水扁在接見輔仁大學董事長單國璽樞機主教時，表示廢除死刑是世界潮流，希望我國能在2010年前，以無期徒刑取代死刑⁴。從此，原本只在學術上偶而討論之死刑存廢議題，開始躍上檯面。許多國人也開始思考死刑之存廢，不再制約反應而逕認為死刑萬能。前法務部長陳定南更於2001年5月17日，在其就職週年之記者會上表示，希望在未來3年之內，漸進推動廢除死刑⁵。本文基於生命無價之觀念，對此表示喜悅，當然樂觀其成。

大約在2003年5月，一群因擇善固執而長期投身廢除死刑運動之學者和律師，為救援徐姓死刑犯，而要求政府停止執行死刑；同年9月間，更成立「停止死刑推動聯盟」；同年10月間，為長期作戰故，改名為「替代死刑推動聯盟」，希望以無期徒刑取代死刑，以達成廢除死刑之目標，並要求停止宣判死刑、停止執行死刑，進而漸漸廢除死刑。

當時，不用「廢除死刑推動聯盟」，而用「替代死刑推動聯盟」，據了解主要是因當時之時空背景，公開主張廢除死刑依然容易引發反彈，是故採用上開緩衝之名稱，用「替代死

刑」取代「廢除死刑」，以減少阻力；直到2005年12月，才正名為「臺灣廢除死刑推動聯盟」⁶。

由於廢除死刑推動聯盟之努力，其成效有目共睹：一、在司法上，使得各級法官更加謹慎使用死刑，因而判處死刑之案件大量減少，尤其是未侵害人命之犯罪，法官已經儘可能不判處死刑⁷。二、在執行上，使得法務部長以死刑犯正在聲請大法官解釋等理由，暫時不予批准死刑之執行時，連帶也將無並無停止執行死刑原因之其他死刑犯一併停止執行死刑⁸。因此，我國自2005年12月26日，當時之法務部長施茂林批准執行死刑後，在2006年至2009年之四年間，完全停止死刑之執行，累積死刑犯有44人。

2010年3月9日，檢察總長被提名人黃世銘檢察官於立法院接受審查時，因答稱「已判決定讞之44名死刑犯，應該要執行」云云，當記者據此而質問當時之法務部長王清峰律師時，王前部長明確表示其反對死刑，並於當晚撰寫公開信「理性與寬容——暫停執行死刑」一文，表示其將繼續推動廢除死刑政策，在其任內，絕不簽署任何一件死刑案之執行云云⁹，引發社會輿論之強烈反彈，也意外點燃死刑存廢之戰火。

其結果，理念不敵選票，同月11日晚間，王前部長被迫辭職下臺。同月21日，換上曾勇夫就任法務部長後，即於次月即99年4月30

³ 死刑剝奪受刑人之生命法益，又稱為生命刑，見林山田，《刑罰學》，臺灣商務印書館，1992年2月修定第一次印刷，頁37。

⁴ 詳見單國璽〈廢除死刑國際研討會致歡迎詞〉，雷敦穌主編，《臺灣反對死刑》，輔仁大學出版社，2002年2月初版，頁24；亦可參見次日即2000年4月29日臺灣各報紙之報導。

⁵ 詳見上開單國璽〈廢除死刑國際研討會致歡迎詞〉，亦可參見次日即2001年5月18日臺灣各報紙之報導。

⁶ 2003年10月，由民間司法改革基金會、臺灣人權促進會、輔仁大學和平研究中心、東吳大學張佛泉人權研究中心、臺北律師公會、臺灣促進和平基金會等團體單位，共同發起而組成「替代死刑推動聯盟」；陳志祥法官於2004年5月間，經該聯盟之邀請而提供聲請釋憲之法律意見後，加入該聯盟，成為該聯盟唯一在職法官，直到2010年才有第二位法官加入。餘見「臺灣廢除死刑推動聯盟」網頁：<http://www.taedp.org.tw/index.php>

⁷ 依司法院統計結果，經最高法院判決死刑確定者1999年26人、2000年22人、2001年11人、2002年7人、2003年6人、2004年7人、2005年8人、2006年11人、2007年5人、2008年3人、2009年13人，見司法院網站之司法統計：<http://www.judicial.gov.tw/>。在2006年至2009年停止執行死刑之四年中，其死刑確定人數在前三年反而逐年減少。

⁸ 此因依據刑事訴訟法第461條之規定，死刑須經法務部長之批准。法務部於88年5月4日訂立「審核死刑案件執行實施要點」，並於94年1月12日修正。該要點規定死刑案件遇有聲請再審、提起非常上訴、聲請司法院大法官解釋，其程序仍在進行中者，最高法院檢察署不得將死刑案件陳報法務部。

⁹ 見99年3月10日臺灣各大報之報導。

日執行四名死刑犯；其餘 40 名死刑犯亦陷於隨時被執行之危險中。

貳、停止死刑之主要理由

聯合國於 1989 年 12 月 15 日，通過《致力於廢止死刑之有關公民及政治權利之國際公約第二選擇議定書》（Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and political Rights, aiming at the abolition of the death penalty），即通稱之「聯合國廢除死刑公約」，並自 1991 年 7 月 11 日起生效。該條約宣稱「堅信死刑之廢止，有助於人性尊嚴之提昇及人權更進一步之進展」¹⁰。

王清峰前部長前述「理性與寬容——暫停執行死刑」一文，陳述不少死刑觀念辨正之理念，固然是宣導廢除死刑之佳作¹¹；惟王清峰當時之身分並非執業之律師，是而執法之法務部長，是以動之以情，不如說之以法。可惜，王前部長並未提出停止執行死刑之法律理由，反而陳述「願意為死刑犯下地獄」之道德語言，終致引發犯罪被害人及其家屬之強烈反彈，執行黨在選票考量下，只得讓其掛冠求去。

如此一來，其正面效果是，廢除死刑之議題再次成為焦點話題，在認為死刑存在是理所當然之大環境下，經由討論辨正，不再人云亦云或不再一廂情願以為死刑萬能之人，必然漸漸增加；惟其負面效果是，在同一大環境下，停止執行死刑適合低調為之，以免引發法務部長違法之爭議；死刑存廢一旦成為焦點話題，下任部長若因理念不同或抗拒力低，則極有可能被迫「依法執行」該 44 名判決確定之死刑犯。若真如此，愛之適以害之。當然，如前所述，其中 4 名確定判決之死刑犯已被執行死刑。

其實，王前部長若能精確說出停止執行死刑之法律上理由，則不但其不致於被迫下臺，

而且還可在其崗位上，將其廢除死刑之理念落實於制度上，則其在廢除死刑之歷史上將是功不可沒。可惜，王前部長慮不及此，不談法律談道德，不但使得其自己因而下臺，並且造成 4 名死刑犯因而被處決，其餘 40 名死刑犯因而陷於朝不保夕之險境中；臺灣停止執行死刑四年之記錄因而中斷，廢除死刑之運動也遭到重大挫折！

停止執行死刑之法律上理由如下：我國刑事訴訟法第 460 條規定：「諭知死刑之判決確定後，檢察官應速將該案卷宗送交司法行政最高機關。」同法第 461 條規定：「死刑，應經司法行政最高機關令准，於令到三日內執行之。但執行檢察官發見案情確有合於再審或非常上訴之理由者，得於三日內電請司法行政最高機關，再加審核。」依現行制度，司法行政之最高機關係法務部。因此，死刑應經法務部長批准，始得加以執行；惟法律並未規定法務部長應於幾日內決定批准與否。

著名之三死刑即蘇建和等殺人案，歷經三審判決定讞後，當時之法務部馬英九部長鑑於人民對該判決有諸多之疑慮，而首開記錄，拒絕批准執行；其後，歷任之法務部長接續拒絕批准，才有後來該案聲請再審成功，而在 20 年後之 2010 年 11 月 12 日更審中判決 3 人無罪¹²。設當初之馬部長批准執行，其 3 人即難有翻案之機會。死刑之應謹慎，此為最佳例證。

我國刑罰種類有死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役和罰金五種¹³，皆由檢察官負責執行¹⁴；然則，無期徒刑、有期徒刑、拘役及罰金之執行，皆由檢察官直接為之，不須任何人批准在先，則何以死刑之執行須經非司法官亦非法律人之法務部長批准才行？理由無他，重視人命而已¹⁵。申言之，在檢察官提起公訴，經由地方法院、高等法院及最高法院三審定讞

¹⁰ 詳見《死刑存廢之探討》，行政院研究發展考核委員會，1995 年 12 月初版 1 刷，頁 58-60。

¹¹ 全文請參蘋果日報 2010 年 3 月 11 日之論壇。

¹² 見臺灣高等法院 96 年度囑再更（二）字第 1 號案件判決書，亦見 2010 年 11 月 13 日臺灣各大報之報導。

¹³ 刑法第 33 條規定主刑之種類有死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役和罰金五種。

¹⁴ 刑事訴訟法第 457 條第 1 項前段規定：「執行裁判，由為裁判法院之檢察官指揮之。」

後，一方面，由法律人之檢察官再基於「法律之思考」而進行法律上之審核；一方面，讓非法律人之法務部長再基於「非法律之思考」而進行非法律之審核，以求確定該案是否已至求其生而不得。

關於法律人之檢察官法律上之審核，綜合刑事訴訟法第 460 條及第 461 條但書以觀，執行檢察官若發現有合於再審或非常上訴之理由者，應勿送卷給法務部長，而應為死刑犯之利益聲請再審¹⁶，或擬具聲請非常上訴聲請書，請求檢察總長向最高法院提起非常上訴¹⁷。例如販賣第一級毒品罪之法定刑為死刑或無期徒刑¹⁸。若該死刑犯係因此罪而判決確定，因本罪並未侵害任何人之生命法益，基於生命權保障原則、人性尊嚴原則、平等原則、比例原則或罪刑相當原則，立法不應賦予死刑，司法更不應判處死刑。

在此情形下，法院依刑法第 59 條之規定而酌量減輕其刑，乃法院之義務，並非法院之裁量權¹⁹。若法院未適用刑法第 59 條之規定而酌量減輕其刑，屬於刑事訴訟法第 378 條「判決不適用法則」之違背法令，自應提起非常上訴加以改判，免其一死。

關於非法律人之法務部長非法律之審核，首先，廢除死刑既是法務部已定之政策，則在廢除死刑成功之前，停止死刑之執行乃必經之路，屬於不得不然之方法。其次，與《世界人權宣言》並列為國際人權憲章之《公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR）》和《經濟社會文化權利國際公約（the International Covenant on

Economic, Social and Cultural Rights, ICESCR）》，已於 2009 年 3 月 31 日經立法院批准。立法院同時通過《兩公約施行法》。同年 5 月 14 日，馬英九總統假臺北賓館舉行簽署儀式，在中外人士見証之下完成我國批准之程序，並於同年 12 月 10 日世界人權日公布施行。

該施行法明定該兩公約具有國內法之效力（第 2 條）；各級政府機關應確實依現行法令規定之業務職掌，負責籌畫、推動及執行兩公約規定事項（第 5 條）；法令與行政措施有不符兩公約規定者，各級政府機關應於本法施行後 2 年內完成法令之制（訂）定、修正或廢止，以及行政措施之改進（第 8 條）。因此，《公民與政治權利國際公約》第 6 條第 4 款既規定：「受死刑宣告者，有請求特赦或減刑之權。一切判處死刑之案件均得邀大赦、特赦或減刑。」

（Anyone sentenced to death shall have the right to seek pardon or commutation of the sentence. Amnesty, pardon or commutation of the sentence of death may be granted in all cases.）而我國赦免法等相關法律並未增訂或配合修正，則為讓死刑犯行使該第 6 條所定之基本人權，在法務部推動相關法律增訂或修正立法完成之前，停止執行死刑乃必要而合法之程序，執行死刑反而侵害死刑犯之基本人權。

或謂「既已判決死刑確定，即應依法執行」²⁰云云，王前部長原應對答如下：刑法第 2 條第 1 項規定：「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。」是為從舊從輕原則，例如同一法律在行為時處罰較

¹⁵ 在道路交通安全筆試時亦同，有所謂「重視人命之特則」，亦即駕駛人自己雖依規定行駛，並未違規，而行人卻違規出現在前時，只要具有迴避可能性，駕駛人仍有閃避之義務，以避免車禍之發生，能迴避而不迴避，仍有過失。此在檢察署或法院處理車禍之刑事案件時亦同，其有無過失之判斷，不全然看駕駛人有無違規，而視其有無迴避可能性之存在，能迴避而不迴避者，仍有過失，此亦屬重視生命法益之刑事司法慣例。

¹⁶ 見刑事訴訟法第 427 條第 1 款之規定。

¹⁷ 因依刑事訴訟法第 441 條之規定，非常上訴之聲請，專屬於最高法院檢察署之檢察總長。執行檢察官只能聲請其提起非常上訴。

¹⁸ 見毒品危害防制條例第 4 條第 1 項之規定。

¹⁹ 參見臺灣基隆地方法院刑事判決：99 年度易字第 321 號、99 年度訴字第 424 號、97 年度訴字第 45 號、96 訴字第 1016 號及 92 年度重訴字第 17 號之附件。

²⁰ 一般人固無論矣，即在黃世銘檢察總長在立法院答詢時，亦稱不執行死刑是不尊重司法云云，亦見 2010 年 3 月 10 日臺灣各大報之報導。

重，而在行為後修正為處罰較輕時，其時空既有變更，依利益歸被告原則，法院當然要例外適用行為後之新法加以裁判。

同理，若在行為時有刑罰之處罰，而在行為後廢止其刑罰時，法院應依刑事訴訟法第302條第4款之規定，而為免訴之程序判決。若在處罰之裁判確定後，尚未執行或執行未完畢，法律有變更而不處罰其行為者，執行檢察官應逕依刑法第2條第4項之規定，免其刑之執行。

申言之，原本處罰重而後變更為處罰輕時，法官依處罰輕之法律處罰之；原本有處罰而變更為不處罰時，若在裁判時發現，法官直接判決免訴；若在判決確定後發現，逕予免其刑之執行²¹。進而言之，法律變更之利益恆歸被告。此項原則，舉世皆然。

同理，對判決確定之死刑犯而言，因上開兩公約之簽訂而享有之上開赦免權請求權，其利益應歸被告；在上開赦免法等相關法律之增訂或修正完成之後，被告依該相關法律走完程序之前，當然不得執行死刑。此因若是修正憲法、增訂法律²²（例如死刑廢除法）或修正法律（例如赦免法）明文廢除死刑時，其利益應歸被告，當然不能執行死刑。

因此，廢除死刑既是法務部已定之政策，在上開增訂或修正法律完成前，現階段當然必須停止執行死刑，無論其有無聲請大法官解釋等停止執行死刑之事由皆然。可惜，王前部長

未能詳細闡明上述法律上之理由，以杜悠悠之口，反而以王律師之身分陳述其反對死刑之理念，形成一波波反對聲浪而逼迫自己下臺，而致無法堅持拒絕批准執行死刑之理念，也連帶造成廢除死刑運動之重大挫折，殊為可惜。

參、廢除死刑之主要理由

然則，長年以來，「治亂世用重典」之思維深植人心；廢除死刑之議，人民多有懷疑；現階段，依然贊成死刑者眾，反對死刑者寡比例懸殊²³，無論正式統計或非正式統計皆然；關心此一議題者，一直少之又少；理性之聲音，既受到質疑，而比較完整之配套措施，卻少有人提²⁴，的確令人憂心。

以眼還眼，以牙還牙，原是人类最原始之正義²⁵。因此，死刑為人類最原始之刑罰之一²⁶，蓋殺人者死，古往今來，絕少有人懷疑；然則，生命無價，生命乃人類最基本之價值，是為人性尊嚴（die Würde des Menschen, Menschenwürde, human dignity）之前提。人類由野蠻而至文明之結果之一，是人權觀念普及；而在人權之中，生命權最為重要。因此，死刑廢除之聲音，實出於人類文明化之人道呼喚。

一、死刑違背我國憲法之規定

自從義大利學者貝加利亞於1764年首先主張廢除死刑起²⁷，二百多年來，死刑存廢之爭，

²¹ 參閱刑法第2條及刑事訴訟法第302條之立法理由。

²² 總統府前「人權諮詢小組」會議於92年11月8日公布之「人權基本法」草案第5條規定：「人人享有生命權及生命自主權，不容任意侵犯。死刑應予廢除。」

²³ 根據調查結果，一般人贊成死刑者將近八成，司法官贊成死刑者將近九成，見謝瑋瑤等執筆，《死刑存廢之研究》，法務部犯罪問題研究中心，1994年5月出版，頁65之附錄六民意調查表。

²⁴ 陳志祥法官以〈廢除死刑之漸進方法及其配套措施〉為題，發表於2003年1月《人權會訊》，財團法人中國人權協會，2003年1月出刊，第72期，頁30-40。民國以來已99年，此為全國唯一之文章。為配合該聯盟向總統府進行遊說，以擴大影響層面，更應同聯盟之要求，將上開「廢除死刑之漸進方法及其配套措施」一文略加修正改寫，而投書於自由時報，分為上中下三篇，分別刊登於該報2004年7月22日、23日及24日之自由廣場。2004年10月4日，總統府前秘書長蘇貞昌回函聲稱，該聯盟之建議，業經總統批示「送本府人權諮詢委員會研議」。2004年7月29日，該聯盟在臺灣大學法學院第四會議室開會時，陳法官提出若干具體可行之建議，以進行實證研究，經該聯盟同意而採為研究計畫。2005年4月間，再應同聯盟之要求，而以「非殺人之罪，應廢除死刑」為題而起草說帖，希望積極促進修法之進行，先將未侵害生命法益之犯罪，將其死刑自刑罰種類中除去，亦即除刑化。

²⁵ 據說「以牙還牙、以眼還眼、以命抵命」是可蘭經千年不變之教條，引自謝炎堯，〈人神共憤對照罪證確鑿〉，《自由時報》，2010年3月30日，自由廣場。

²⁶ 高仰止，《刑法總論》，自刊，1974年5月，頁429。

²⁷ 當然，有學者稱俄國沙皇彼得大帝（Peter the Great）之女葉利扎維塔女皇（在位21年），曾停止執行死刑20年，是最早

各有其理由；雙方壁壘分明，各不相讓²⁸。在眾說紛紜中，本文回歸憲法思考，並以法益位階加以觀察，認為生命、身體、自由、名譽和財產五種個人法益，以生命法益位階最高。惟我國憲法第8條既由人身自由而作規定，並未就生命法益而作規定，顯示生命權係超越憲法而存在，「生命權絕對保障原則」（Grundsatz des absoluten Lebensschutzes）本係憲法原則（Verfassungsgrundsatz），無待乎憲法明文²⁹。僅此以觀，所有死刑之規定，均屬違背生命權絕對保障原則，而為違憲之立法³⁰。

其次，憲法第2條規定：「中華民國之主權屬於國民全體。」是為國民主權原理。有學者基於國民主權原理，認為國家主人絕無理由授權僕人剝奪其生命³¹，的確是高見。退而言之，若必須有憲法條文為據，才能論斷死刑有無違憲，則觀之憲法第15條規定：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」依自然法觀點，所謂生存權，當然以生命權之存在為其前提，生命權當然包括於生存權內³²。準此以觀，生命權保障原則亦為憲法原則無疑。

茲憲法第23條既規定：在四種情況所必要時，始得對於自由權利加以「限制」，並非規定加以「剝奪」。因此，如認為生命權係權利之一，亦因生命權之性質無從加以「限制」，自亦不得逾越憲法之規定而加以「剝奪」。因

此，死刑既係生命權之剝奪，無論其為絕對死刑或相對死刑，即因欠缺憲法上之依據，均屬違憲之立法³³。

侵害生命法益之犯罪行為，始可賦予相對死刑，未侵害生命法益之犯罪行為，不應賦予相對死刑。此一觀點，美國亦有之。其聯邦最高法院於1972年6月間，在其Furman v. Georgia一案中，認為死刑為憲法（美國憲法增補條款第8條、第14條）所禁止之「殘酷及異常之刑罰」（cruel and unusual punishment），而認定其違憲。其後，於1976年7月，在Gregg v. Georgia一案中改變態度，認為對殺人罪處以死刑並不違反憲法；惟仍在其判決主旨中強調「對任何殺人罪事件均以死刑為絕對法定刑之法律即為違憲」³⁴。1977年7月2日，在對於死刑存廢提出四項原則之判決中，亦指出各州法律仍可沿用死刑，處以殺人犯³⁵。

申言之，其最高法院仍認唯一死刑係絕對違憲，在相對死刑中，亦僅侵害生命法益之故意殺人罪，始得處以死刑。以此推知其聯邦最高法院目前之立場有三：一、唯一死刑違憲。二、非殺人罪之相對死刑違憲。三、殺人罪之相對死刑合憲。

二、死刑違背生命價值之理念

就基督徒而言，生命源於上帝，除上帝之

決定廢除死刑之人，比義大利貝加利亞（Cesare Beccaria, 1738-1794）提出廢除死刑之思想還早10年，見馬克昌，《刑罰通論》，武漢大學出版社，1995年，頁88。

²⁸ 1764年，義大利學者貝加利亞（Cesare Beccaria, 1738-1794, A.D.）在其著名之《犯罪與刑罰》（Dei Delitti delle Pene 1764, A.D.）一書中，依社會契約說，主張國家並無剝奪人民生命之權利，並極力反對冤獄及殘酷之刑罰，點燃死刑存廢之爭。1786年之義大利刑法，首次廢除死刑。參閱謝璋璠等執筆，《死刑存廢之研究》，法務部犯罪問題研究中心，83年5月出版，頁7。至於死刑存廢之理論爭執，參閱該書頁39-51。

²⁹ 林山田《刑法特論》（上），三民書局，1986年9月修訂再版，頁31。

³⁰ 陳志祥法官所主張廢除死刑之其餘理由及廢除死刑之配套措施，請參閱〈人權國家與死刑存廢——廢除死刑之配套刑事政策〉，《司法改革雜誌》第27期，2000年6月，頁40-42；陳志祥，〈廢除死刑之漸進方法及其配套措施〉，2003年1月《人權會訊》，財團法人中國人權協會，2003年1月出刊，第72期，頁30-40。

³¹ 李震山，〈生命的尊嚴應受重視〉，《中國論壇》，第30卷第9期，1990年8月，頁69-71。

³² 見張治安，《中華民國憲法最新釋義》，84年10月第3版，政大書城，頁94；蔡敦銘〈論絕對死刑的廢止問題〉，《法令月刊》，第41卷第8期，1990年8月，頁8。

³³ 林宜民，〈中美日三國死刑制度之比較研究〉，司法院85年度研究發展項目研究報告，司法研究年報第17輯第11篇，司法院秘書處，1997年6月出版，頁205。汪紹銘，〈絕對死刑立法之研究〉，《刑事法雜誌》，第33卷第1期，1989年2月，頁66。

³⁴ 引自曾錦源，《公法上比例原則之研究》，私立輔仁大學法律學研究所碩士論文，1988年12月，頁104。

³⁵ 見鄧海波，〈從人的求生慾論死刑之存廢〉，《法律評論》第45卷第3期，法律評論雜誌社，1979年1月，頁22；亦見張平吾，〈臺灣地區執行死刑現況及相關問題之探討〉，《警政學報》第15期，中央警官學校警政研究所，1989年，頁111。

外，無人可以剝奪他人之生命。依聖經創世紀第一章第27節，上帝按照其形象造人。因此，上帝剝奪生命之唯一方法是自然死亡。十字架清除死刑之道德與儀式之基礎。以命抵命並非上帝意志之體現，死刑因不合神意而有悖生命之神聖性³⁶。因此，學者認為死刑與基督教倫理尊重生命之訓諭並不相容³⁷。

就佛教徒而言，不殺生乃五戒之一，自西元前六世紀起，佛教就在當時表達反對死刑之態度。後來，隨著佛教在印度之發展，佛教主張廢除死刑之理論得以發揮，在歷史上產生重大影響。「撰集百緣經」所敘述佛陀救贖死刑犯，讓其出家，修得阿羅果之故事，在教義上形成否定死刑之思想³⁸。大方廣佛華嚴經所稱「於法自在，見者咸伏；不刑不罰，感德從化」³⁹，更是無刑包括無死刑在內之世界。

就凡人而言，《世界人權宣言》並未具體提及死刑，只於該宣言第3條規定：「凡人皆有生存、自由及人身安全之權利。」（Everyone has the right to life, liberty and security of the person.）《公民與政治權利國際公約》（International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR）第1項規定：「凡人皆具有與生俱來之生存權。此權利應受法律保護。任何人皆不得被恣意剝奪其生命。」（Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life.）可見凡人仍然可以有高見。對生命權之尊重並不亞於基督徒或佛教徒。

死刑既是剝奪生命之刑罰，則與刑法禁止殺人之誡命顯然違背。何故？刑法第271條第1項規定：「殺人者，處死刑、無期徒刑或10年以上有期徒刑。」國家規定本條文而禁止殺人，惟其刑罰之死刑，卻是國家殺人。國家要保護人民之生命不受剝奪，卻以剝奪人民生命之方法為之，顯然以子之矛攻子之盾，在邏輯上陷入困境。所差別者，在於非法殺人與合法殺人而已。被告殺人屬於違法殺人，而國家殺人屬於合法殺人，如此而已，其為殺人之本質始終未曾改變。如前所述，生命權之保障既是人道原則，也是憲法原則，則以死刑來禁止殺人，顯然也違背人道原則和憲法原則。

三、死刑存廢與治安好壞無關

廢除死刑，而以無期徒刑代之，既是世界潮流，亦為大勢所趨，惟人民心中疑慮難免。習慣於「治亂世用重典」之一般人民，誤以為死刑之威嚇作用無限，可能擔心在死刑廢除後，歹徒不再害怕被判死刑，社會治安將蒙受陰影⁴⁰；對此，本文僅以實例加以反駁，用以證明「治亂世用重典」禁不起歷史考驗及實證經驗：漢興，高祖初入關，約法三章曰：「殺人者死，傷人及盜抵罪。」⁴¹改朝換代之際，猶止於規定殺人者死，並未規定傷人及盜亦死，則治亂世何嘗用重典？何況，我國此際並非亂世。

再者，觀之廢止前懲治盜匪條例⁴²第2條第9款，業已規定意圖勒贖而擄人者，處唯一

³⁶ 邱興隆，〈從信仰到人權〉，《法學評論》，2002年第5期，頁13。

³⁷ 陳文珊，〈從基督信仰論死刑存廢問題〉，《神學與教會》，第25卷第2期，頁480-481。

³⁸ 溫金柯，〈佛教反對死刑〉，輔仁大學出版社，2006年5月，頁41-42、122、127。

³⁹ 唐·實叉難陀譯，〈十迴向品第25之1〉，《大方廣佛華嚴經》卷25，大正10·頁135。

⁴⁰ 陳志祥法官於2008年11月7日下午4時，參加「死刑存廢的新思維研討會」第三場座談而擔任與談人之後，在進行綜合座談時，一位板橋地檢署女主任檢察官質問：如何保證廢除死刑後治安不會變得更壞。由此可見包括檢察官在內，人民確實擔心廢除死刑之後，治安會變得更差。對此，陳法官答稱：此一問題之前提是：有死刑治安會比較好，無死刑治安會比較差；惟此一前提並不存在，也禁不起考驗。聯合國之許多研究文獻明白顯示，並無證據足以證明死刑比無期徒刑更具有威嚇作用，也就是有人怕死，有人怕被關到死。何況，有死刑之罪名比較少，無死刑之罪名比較多，治安好壞之感覺，反而與搶奪或竊盜等無死刑之罪名多寡有關。詳參廢除死刑推動聯盟主編，《死刑存廢的新思維——社會安全、獄政革新、被害人保護》，元照出版有限公司經銷，2009年6月初版第1刷，頁256-260。

⁴¹ 見班固撰，漢朝，謝瑞智今譯，《漢書刑法志》，自版，1991年8月1日初版，頁45。

⁴² 懲治盜匪條例最初亦為限時法，1999年間發生失效與否之爭議；陳志祥法官率先以臺北地方法院88年度訴字第242號刑事判決，認定其已失效而拒絕適用，並回歸刑法之強盜罪而為判決；其後，雖然法務部、最高法院皆認並未失效，然各地方法院法官支持失效說，已有半數，在司法獨立原則下，形成第一審判決之「一國兩制」，法務部見勢不可為，乾脆提出

死刑；未殺人而處以唯一死刑，可謂治太平世用超重典；然則，自1990年馬曉濱等三人擄人勒贖未撕票之案件而執行死刑起，10年來之擄人勒贖案件不惟未減，反而大增，治安何嘗改善；倒是懲治盜匪條例於2002年廢止之後，擄人勒贖案件回歸刑法審判，不再是唯一死刑，其擄人勒贖案件反而逐年減少，由2000年之83件減至2009年之18件⁴³。由此可知治亂世用重典云云，不過想當然耳之迷信而已⁴⁴。

更何況，1989年，聯合國之死刑問題報告明確指出，「無法找到科學上之證據，以證明死刑比終生監禁更具嚇阻作用」⁴⁵。有學者研究臺灣地區死刑之執行與暴力犯罪之關係後，亦指出「死刑並不具有一般人所想像之嚇阻效果」⁴⁶。有美國學者在經濟狀況差別不大之各州之間，就廢除死刑及保留死刑之不同州，進行比較研究，再從廢除死刑又恢復死刑之各州，就其廢除死刑前後，進行比較研究。其結論是「死刑之存廢對於殺人案之發生比率，並無產生明顯之變化」。

許多類似研究一致之結論為「死刑之存在——無論在法律上或實踐中——均未對殺人率產生影響」。若干類似研究尚且找到死刑不但不能遏止殺人，反而促成殺人之「反遏止」證據⁴⁷。此即學說所謂「殘忍化效應」（The

Brutalization Effect）。觀之我國歷年來之擄人勒贖罪，司法濫用死刑之結果，只有造成更多撕票，可知其然。申言之，有人怕死，有人怕關到死，死刑並不比終身監禁更具有威嚇作用，則迷信死刑有何必要，何不考慮以無期徒刑代之？香港立法局於1991年6月26日，通過廢除死刑之動議案：「有見及防止及消滅罪行所需，以保持香港為一個高標準、現代化及保障人權的社會，本局要求政府強化警備以對付罪行，以及動議立法局廢除死刑，而以終身監禁取代。」⁴⁸

1993年4月21日，香港立法局終於在1992年刑事罪行（修訂）（第三號）條例，正式廢除死刑⁴⁹。觀其動議理由所要求者，亦僅「強化警備」一項而已。可見，強化警備以提高破案率，使得有罪必罰，歹徒無所遁形，始為得計。申言之，提高刑事追訴之確實性才是對於犯罪具有威嚇力，最高之破案率才是最好之刑事政策⁵⁰。

肆、廢除死刑之漸進方法

然則，改革必須溫和，改革必須漸進，始克竟其功；改革而激烈，改革而躁進，人民未蒙其利，先受其害，不獨為今，歷代皆然⁵¹。我國法律不但有死刑，不久之前尚有絕對死

該條例廢止案，並經立法院正式廢止而於91年2月1日（廢止）生效。其爭議始末，除臺北地方法院88年度訴字第242號刑事判決外，亦可參閱臺灣基隆地方法院91年度訴字第33號刑事判決。重要文獻及研討，請參閱〈懲治盜匪條例與特別刑法〉學術研討會，《臺灣本土法學雜誌》，第3期，1999年8月，頁131以下。廢止爭議性之該條例，只有解決未來之問題，並未解決過去之問題；然則，我國未侵害生命法益而有絕對死刑之規定，皆來自該條例第二條關於「擄人勒贖」及「強盜強姦」二罪；該條例廢止之另一層重要意義，即是無生命法益之唯一死刑罪，已然同時廢止。刑事法回歸常態，此為重要之一步。陳法官稱其每思及之，喜悅之情油然而生；儘管司法行列，風風雨雨如故，而其自反而縮，勇往直前如故，其信念在此，其動力在此。

⁴³ 見《聯合晚報》，1998年7月22日，第3頁。據陳志祥法官當年寫作釋憲聲請書時之統計，自1998年1月至同年5月，擄人勒贖案件共有38件，大約4天一件。今向內政部警政署全球資訊網查詢結果，擄人勒贖案件，2001年有76件、2002年有83件、2003年有73件、2004年有80件、2005年有65件、2006年有64件、2007年有38件、2008年有29件、2009年有18件，2010年1至9月有13件，平均每月4.6件，約每6.5日一件，見該資訊網：<http://www.npa.gov.tw/NPAGip/wSite/>

⁴⁴ 學者胡雲騰之用詞為「死刑具有最大的威懾力，不過是不切實際的幻想而已」，見氏著《死刑通論》，中國政法大學出版社，1995年，頁149。

⁴⁵ 見張香華編「《生或死》，國際特赦組（Amnesty International, A.I.）在臺舉辦「死刑存廢」會談實談，星光出版社，1991年5月，頁175。

⁴⁶ 許金春，《The Effects of Capital Execution on Violent Crimes》，警政學報，第25期，1994年7月，頁182。

⁴⁷ 引自李雲龍／沈德26，《死刑論——各國死刑制度比較》，亞太圖書出版社，1995年1月15日初版，頁57-58。

⁴⁸ 見〈廢除死刑運動在香港〉，1961年創立之國際特赦組織（Amnesty International, A.I.）香港分會1991年8月通訊。

⁴⁹ 見1993年4月22日《聯合報》，引自《律師通訊》第165期，臺北律師公會，1993年6月5日，頁5。

⁵⁰ 「最高的破案率是最好的刑事政策」係法務部廖正豪部長語，載《法務通訊》第1829期第3版，1997年5月22日，廖正豪，〈全面打擊犯罪建立祥和社會（下）——法務部部長在總統府國父紀念月會專題報告講詞〉。

刑，絕對死刑之中，甚至包括未侵害生命法益之犯罪⁵²；人民以為死刑之威嚇作用，足以防止所有犯罪，已至深信不移，難以驟然改變；若在一夕之間廢除死刑，人民反而無所適從。

因此，在廢除死刑之前，在立法上，在司法上，均應有漸進之方法；在廢除死刑之後，亦應有相關之配套措施。當然，如前所述，其首要者，在停止死刑之執行，亦即「停止死刑」。申言之，停止死刑乃廢除死刑必經之路。

一、在立法上

(一)廢除相對死刑

憲法第七條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」是為平等權之規定。行政程序法第 6 條規定：「行政行為，非有正當理由，不得為差別待遇。」是為平等原則之規定。此一規定，可以導出「相同之情況，應為相同之處理；不同之情況，應為不同之處理」之實質平等原則，或稱差別待遇禁止（*Differenzierungsverbot*）原則⁵³。

申言之，人民得因其情況相同而要求為相同之處理或規範，亦得因其情況不同而要求為不同之處理或規範。進而言之，即在相同情況下，人民亦得因其情節不同，而要求有彈性之規範，以便為不同之處理。

犯罪之情狀不一，量刑考量情狀不一而足；若其罪責太重，法官自可量處死刑，不待立法設定；若無論其為何種犯罪，在立法之

初，即預定其罪責太重，只能量處死刑或無期徒刑，不能量處有期徒刑，顯然立法者預先剝奪司法者之個案裁量權；如此，不但違背權力分立原則（*Prinzip der Gewaltenteilung*），使得法官無法就個案審酌而為罪刑相當之量刑，而且，犯罪之情狀不一，卻只能量處死刑或無期徒刑，使得不同狀況之犯罪，須為相同狀況之量刑，自亦違背平等原則。

因此，我國自 2007 年起雖已廢除絕對死刑⁵⁴；然而，相對死刑依然存在，甚且存在於並未侵害生命法益之犯罪類型中。此在刑事特別法尤多，「特別法肥大症」⁵⁵ 依然存在，減肥並未成功。其結果，因為特別法優於普通法原則，法官只好依特別法而裁判；如此，不但造成法律之嚴苛，而且形成法官對死刑之過份依賴⁵⁶。

因此，廢除相對死刑乃當前之要務，而其首要者應該限縮相對死刑之犯罪種類，無論其在刑法或刑事特別法：

1. 限縮於生命法益之犯罪

如前所述，憲法第 23 條只稱「限制」，並未包括「剝奪」，則立法自不得剝奪被告之生命；退而言之，縱認憲法第 23 條之「限制」包括「剝奪」，仍不得違背比例原則（*der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit im Weiteren Sinne, The concept of proportionality*）。在侵害生命法益之行為，始得立法賦予相對死刑，亦只有在殺人及其結合犯，才可能具有剝奪行為人生命之必要性。

⁵¹ 在我國歷史上，唐玄宗天寶六年曾下詔廢除死刑，稱「於今約法，已去極刑，……自今以後，所斷絞斬刑者，宜除削此條。」惟在安史之亂後，死刑又泛濫成災，引自劉清景，《兩岸逐步廢除死刑對策之比較研究》，東吳大學中國大陸法律碩士在職專班碩士論文，2007 年 7 月，頁 37、141。

⁵² 例如在懲治盜匪條例廢止前，該條例第 2 條第 8 款之強盜強制性交及第 9 款之擄人勒贖二罪，屬於未侵害生命法益之絕對死刑規定。毒品危害防制條例第 4 條第 1 項販賣第一級毒品罪，以及刑法第 347 條第 1 項擄人勒贖罪，屬於未侵害生命法益之相對死刑規定。

⁵³ 關於平等原則之闡釋，參見大法官釋字第 675、666、648、647、596、485 及 365 號解釋參照。

⁵⁴ 刑法於 1999 年 4 月 21 日修正公布時，其第 223 條之強姦殺人罪已經刪除；其第 332 條各款之強盜結合罪、第 348 條第 1 項擄人勒贖殺人罪，已經廢除絕對死刑；嗣於 2006 年 5 月 17 日修正公布刑法第 333 條第 3 項前段之海盜致死罪及第 334 條第 1 項之海盜殺人罪，已經廢除唯一死刑。陸海空軍刑法於 90 年 9 月 28 日修正後，已經刪除大部分唯一死刑之規定。2007 年 1 月 10 日修正公布之同法第 27 條敵前抗命罪及第 66 條第 2 項後段戰時虛偽通報罪，以及妨害國幣懲治條例第 3 條之偽造或變造幣券擾亂金融情節重大罪，已經廢除絕對死刑。從此，臺灣已無唯一死刑之規定。

⁵⁵ 此語出自林山田，《刑事法論叢（一）論特別刑法》，自刊，1987 年初版，頁 102 以下。

⁵⁶ 蔡敦銘，〈論絕對死刑的廢止問題〉，《法令月刊》，1990 年 8 月，第 41 卷第 8 期，頁 7。

因此，凡理性之第三人絕不能以廢除絕對死刑為滿足，事實上，許多相對死刑之犯罪，並未侵害他人之生命法益，例如刑法第 347 條第 1 項之擄人勒贖罪、毒品危害防制條例第 4 條第 1 項所規定之製造、運輸、販賣第一級毒品罪、槍砲彈藥刀械管制條例第 7 條第 2 項之意圖犯罪而製造、販賣、運輸、轉讓、出租、出借槍砲罪、陸海空軍刑法第 17 條一共 6 款之直接利敵罪，並未侵害他人之生命法益，立法卻賦予司法得剝奪其生命法益，顯然違背比例原則，不合罪刑相當原則⁵⁷。

因此，凡是並未侵害他人生命之犯罪，立法不得賦予死刑，縱然只是相對死刑亦同⁵⁸；否則，即為違憲之立法。事實上，自 2003 年起，將近 10 年來，由於法官之節制，死刑才限於侵害生命法益之犯罪；在此之前，因強盜強姦罪或走私海洛因罪而判處死刑者不在少數。遠者固無論矣，即在 1990 年，執行死刑中之 3 人是屬於強盜強姦罪；在 1991 年，執行死刑中之 6 人也是強盜強姦罪；在 1993 年、1999 年、2001 年及 2002 年，執行死刑中各有 1 人屬於走私海洛因罪⁵⁹。不該死者而死之，以上皆為典型！

2. 限縮於直接故意之犯罪

依刑法第 13 條第 1 項之規定，對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意，一般稱之為直接故意、確定故意、真正故意或真實故意⁶⁰，本文稱之重故意。依刑法第 13 條

第 2 項之規定，對於構成犯罪之事實，預見其發生，而其發生並不違背其本意者，以故意論，一般稱之為間接故意、不確定故意、不真正故意、不真實故意、擬制故意或準故意⁶¹，本文稱之為中故意⁶²。

故意之程度有別，非難之程度不同，自不應為相同之評價；既然死刑必須「求其生而不得」⁶³，始得加以宣告，則行為人未至「明知並有意使其發生」時，其可責性較低，即為「求其生而可得」，不應宣告死刑。

申言之，就殺人及其結合罪而言，若行為人不過有預見，且不違背其本意時，即屬尚未完全表現其惡性，尚未至罪無可逭，立法自無須賦予相對死刑。申言之，相對死刑亦只應用於直接故意之殺人罪，不應用於間接故意之殺人罪。

(二)死刑評議應改採全數決

依現行法院組織法 105 條第 1 項之規定，評議以過半數之意見決之，屬於「多數決」。再依同法第 3 條規定，在地方法院，或為 1 人之獨任制，或為 3 人之合議制；在高等法院，為 3 人之合議制；在最高法院，為 5 人之合議制。因此，依現行制度，第一審之死刑案件必須合議審判⁶⁴；在 3 人審理時，僅須 2 人同意；在 5 人審理時，僅須 3 人同意，即可判處被告死刑；如此，保障人權顯然不周。

如前所述，當 3 人之中，有 1 人認為不必至死刑；當 5 人之中，有 2 人認為不必至死刑，

⁵⁷ 參閱陳志祥，《論罪刑相當原則》，中國文化大學法律學研究所碩士論文，1993 年 6 月，頁 55-88；林宜民，《死刑合憲性之研究》，臺灣大學三民主義研究所碩士論文，1993 年 1 月，頁 224-225。

⁵⁸ 蔡敦銘教授主張殺人以外之嚴重犯罪，亦應減少科處死刑，見氏著〈我國死刑問題之探討〉，《刑事法雜誌》，第 33 卷第 6 期，1989 年 12 月，頁 94-103。

⁵⁹ 本文作者經由維基百科全書上之「臺灣死刑犯列表」查知上情，見 <http://zh.wikipedia.org/zh-tw/%E5%8F%B0%E7%81%A3%E6%AD%BB%E5%88%91%E7%8A%AF%E5%88%97%E8%A1%A8>

⁶⁰ 參閱大谷實，《刑法講義總論》，成文堂，2009 年 4 月 1 日，新版第 3 版第 1 刷，頁 173。今井猛嘉，小林憲太郎，島田聰一郎，橋爪隆，《刑法總論》，有斐閣，2009 年 1 月 30 日初版第 1 刷，頁 117。

⁶¹ 參閱山口厚，《刑法總論》，有斐閣，平成 20 年 3 月 5 日，第 2 版第 2 刷，頁 197；前田雅英《刑法總論講義》，財團法人東京大學出版會，1998 年 5 月 1 日，第 3 版第 3 刷，頁 282。

⁶² 此因陳志祥法官認為，在行為人「預見」構成要件事實發生或能發生之情形下，不違背其本意與確信其不發生之間，尚有一「輕故意」之存在，卻無明文，乃立法之漏洞，造成不少弊端。申言之，行為人主觀上未至「發生並不違背其本意」，亦未至有「其不發生」之確信，不過「疑其能發生」又「疑其不發生」，終至構成要件事實發生。其詳且待來日另文闡明。

⁶³ 在瀧岡仟表中，歐陽修曰：「求其生而不得，則死者與我皆無恨也。」在資治通鑑中，其文辭為「求其生而不得，則死者與我兩無憾也。」刑事庭之法律人，常以之為座右銘。

⁶⁴ 自 2003 年 9 月 1 日起，依增訂刑事訴訟法第 284 之 1 條之規定，第一審以合議審判為原則，而以獨任審判為例外。

即表示被告罪不至死，尚屬「求其生而可得」，實不應判處死刑。

因此，在尚未廢除死刑之前，應先修正法院組織法，凡得判處死刑之案件，在合議審判後，評議時應廢除多數決之規定，改為 3 人或 5 人意見一致之「全數決」、「一致決」或稱「共識決」，必待已至「求其生而不得」時，始得宣告死刑，以保障人權，並彰顯生命之價值。

此在無期徒刑亦然，如前所述，無期徒刑係指終身監禁，則被告如無被「關到死」之必要性，亦即並無永久隔離於社會之必要時，即不應判處無期徒刑。因此，在得判處無期徒刑之案件，在評議時仍應採取上開「全數決」，而不應採取目前多數決之作法。

(三)判決前應落實量刑辯論

現行訴訟程序對於事實之認定及法律之適用，其程序尚稱嚴謹；惟在量刑程序，刑事訴訟法第 288 條第 4 項僅規定：「審判長應就被告科刑資料之調查，應於前項（被訴）事實訊問後行之。」第 289 條第 3 項亦僅規定：「依前二項辯論後，審判長應予當事人就科刑範圍表示意見之機會。」前者係科刑資料之調查，係在證據調查階段；後者係科刑範圍之意見，係在言詞辯論程序。

學者對於後者固有稱其為量刑辯論⁶⁵；惟其規定空虛，僅係讓檢察官和被告表示意見而已，並無辯論實質；而司法實務之操作亦未落實，並未就該罪之刑罰種類如死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役或罰金，逐一進行實質之辯論。

申言之，在有罪或無罪之辯論後，當事人就法院若為有罪判決時，應選擇何種刑罰種類，其必要性如何，以及選擇有期徒刑、拘役或罰金時，其刑度或金額以何者為相當，應為實質之交互辯論。

此項辯論應以立法明文詳細規定之。尤其

在重罪涉及死刑或無期徒刑時，更應慎重其事，而應將量刑辯論程序與事實調查程序同等重視，不應聊備一格！

因此，在立法明文詳細規定量刑辯論程序之前，司法院應行文要求一、二審法院，請求法官依刑事訴訟法第 289 條第 3 項之立法精神，落實量刑之辯論，以求保障人權。

(四)最高法院應兼行事實審

刑事訴訟法只規定重刑判決之強制上訴制，亦即宣告死刑或無期徒刑之案件，原審法院應不待上訴，依職權逕送該管上級法院審判，並通知當事人，以保障人權。此一規定並為二審所準用⁶⁶。因此，凡是宣告死刑或無期徒刑之案件，必須經歷三審才能定讞，即使檢察官和被告放棄上訴，法律依然強制其上訴。

然則，因現行地方法院及高等法院是事實審，最高法院是法律審；所謂法律審，不過閱卷之書面審理，與法庭之直接審理，其心證之形成截然不同。因此，就宣告無期徒刑之案件，在立法上，應賦予終審之最高法院於必要時，兼行事實審；宣告死刑之案件，則應強制終審法院兼行事實審，以法官之直接審理，作最後之判決。

當然，審理之程序可以簡化，惟至少被告尚有最後辯論或最後陳述之機會，以求平反，法院亦可免除冤案之發生。換言之，不應以最高法院法官之書面審理而輕易剝奪被告之生命權。

(五)死刑改採完全強制辯護制

依刑事訴訟法第 31 條規定，犯最重本刑 3 年以上有期徒刑之罪，審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人為其辯護。此在第一審及第二審之事實審固無問題；惟在第三審即法律審因不開庭審理，是故刑事訴訟法第 388 條規定：「第 31 條之規定，於第三審之審判，不適用之。」因此，若在重罪而被告未選任辯護人者，被告即無辯護人為其書面辯護。

⁶⁵ 林俊益，《刑事訴訟法概論》，新學林出版社股份有限公司，2010 年 2 月 9 版 1 刷，頁 285。

⁶⁶ 見刑事訴訟法第 344 條第 4 項及第 364 條之規定。

何況，在實際上，第三審委任辯護人之案件不多，造成有錢人才請律師之不公平現象⁶⁷。衡之憲法第16條訴訟權之規定，本條之規定似有違憲之譏。

若如前述，死刑或無期徒刑之案件，第三審應強制進行事實審時，為落實被告之辯護權，即應刪除上開條文之規定，強制選任辯護人在最高法院出庭為被告辯護，以保障人權。雖然依據法律扶助法第14條第1款之規定，涉犯最輕本刑為3年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審案件之被告於上訴第三審後，得申請法律扶助，由法律扶助基金會協助選定或指定律師為其辯護。但是，與其依賴法律扶助法「有申請扶助權」之規定，不如在刑事訴訟法明文規定被告在最高法院之強制辯護制，被告如不選任或不申請扶助時，法院應為其選任辯護人。

其次，為建立自警詢起至第三審定讞止之「全辯護」制度，在警詢及檢察官偵查階段，亦應採行強制辯護制，亦即建立重罪案件之「完全辯護制」、「始終辯護制」或稱「一貫辯護制」⁶⁸。申言之，依現行規定，被告所犯為最輕本刑3年以上有期徒刑之罪，在審判中未經選任選任辯護人者，法院才須為其選任辯護人，是為強制辯護⁶⁹。因此，強制辯護案件維持現行規定固無不可；惟在得判處死刑或無期徒刑之重大案件，應修法將強制辯護之階段，由現行之審判階段前移至警詢及偵查階段。

進而言之，被告所犯為得判處死刑或無期徒刑之案件，在警詢或偵查中，被告未經選任

辯護人者，司法警察官及檢察官應指定義務律師為其辯護，以建立警詢及偵查中之強制辯護制。

甚至，由於辯護人或公設辯護人素質不一，而死刑或無期徒刑關係重大，可以考慮在第一審採行原有之強制辯護制，而在第二審強制規定被告至少應有二以上之辯護人為其辯護，在第三審強制規定被告至少應有三以上辯護人為其辯護。如此一來，也可使得目前義務辯護人制度及法律扶助基金會之扶助制度，更加落實⁷⁰。

(六)引進死刑緩刑制

反對死刑理由之一，即是死刑一經執行，即無從回復，縱使事後發現誤判，亦無從起死回生。事實上，以人判人，誤判難免，古今中外，並無例外⁷¹。以前述蘇建和等三死刑犯之案件為例，該案歷經20年，再審後之更審判決無罪；而法務部馬英九前部長拒絕批准執行死刑也10餘年。若當年批准執行死刑，縱再審判決無罪定讞，死者亦不可復生。因此，在廢除死刑之前，引進死刑緩刑制，不失為可行之方向。

死刑緩刑制，簡稱「死緩」，係彼岸中華人民共和國1979年刑法所首創，而為越南刑法所師法⁷²。其1997年修正刑法第48條第1項規定：「死刑只適用於罪刑極其嚴重的犯罪分子。對於應當判處死刑的犯罪分子，如果不是必須立即執行的，可以判處死刑同時宣告緩刑2年執行。」其第50條規定：「判處死刑緩期執行的，在死刑緩期執行期間，如果沒有故意犯

⁶⁷ 學者郭吉仁於2007年1月3日，在廢除死刑推動聯盟舉辦之座談會上之發言，參見《中國時報》，2007年1月8日A12版，轉引自劉清景，《兩岸逐步廢除死刑對策之比較研究》，東吳大學中國大陸法律碩士在職專班碩士論文，2007年7月，頁271註183。

⁶⁸ 羅秉成，〈死刑違憲與死刑全辯護制度〉，收錄於《法官，給個說法！》，財團法人民間司法改革基金會，2009年9月1版2刷，頁24，同此見解。該文採用「全辯護」一詞，乃「完全辯護制」、「始終辯護制」或「一貫辯護制」之意。

⁶⁹ 參閱刑事訴訟法第31條之規定。

⁷⁰ 羅秉成律師主張第三審死刑犯之辯護人，應選任資深律師充之。其所謂資深律師係指執行業務5年以上並辦理刑案50件以上，見上開〈死刑違憲與死刑全辯護制度〉一文（註68），頁25。

⁷¹ 日本學者團藤重光即以此為其廢除死刑之主要理由，山田秀雄，《あなたは「死刑」と言えますか》，株式會社プレジデント社，2009年5月24日，第1刷發行，頁155。

⁷² 見越南社會主義共和國1986年1月1日施行之刑法第27條規定，其更規定只有在法律所定之特殊情況時，死刑方在判決後立即執行，參閱米良等譯，《越南緬甸老撾現行法律選編》，雲南人民出版社，第146頁，轉引自劉清景，《兩岸逐步廢除死刑對策之比較研究》，東吳大學中國大陸法律碩士在職專班碩士論文，2007年7月，頁323。

罪，2年期滿以後，減為無期徒刑；如果確有重大立功表現，2年期滿以後，減為15年以上20年以下有期徒刑。如果故意犯罪，查證屬實的，由最高人民法院核准，執行死刑。」⁷³

當然，被告是否改過遷善，常須經年累月觀察，始可得知；僅以被告2年內未犯罪，或在押期間表現良好，悛悔有據，即予減刑，恐生不公平之批評；然則，死刑被批評嚴重之理由是欠缺回復可能性，被告絕無再社會化之可能，不符合刑罰理論之特別預防目的；而死刑緩刑制剛好可以調和此一缺點，可能實現刑罰之目的，把重刑罪犯改造成社會之新人⁷⁴。

然則，無論如何，至少在緩刑之期間內，被告尚有「平反」之機會，亦即在死刑執行前，被告尚有再次審查之機會，多一層保障。何況，其若未再犯罪或有立功表現，即有減刑為無期徒刑或有期徒刑之可能，而其可能性甚高。就保障生命權之觀點而言，不失為可行之途徑⁷⁵。至於其條件如何，當然可於立法時再行研究討論。

(七)修正赦免法之相關規定

赦免法自1953年制定後，僅在1991年有微幅之修正。現行規定僅有8條。惟就如何依兩公約規定向總統提出請求、總統應如何受理及交議、負責審議之作業單位與程序如何、准駁之參考依據與標準如何、被害人家屬之程序參與權如何等，均付之闕如，已然不符實際之需求，有待增修相關規定，俾作為將來踐行之依據。

因此，在廢除死刑之前，為符合前開人權兩公約之規定，應儘速修正赦免法，增加如下之規定：一、在總統府設立「赦免審議委員會」，審查對於受死刑或無期徒刑宣告之人所

提出特赦、減刑及復權之聲請案，並於審議完成後，向總統提出報告及建議。二、受死刑或無期徒刑宣告之本人、其配偶、三親等以內之親屬、家長或家屬，得以書面向總統聲請特赦、減刑及復權。總統受理聲請後，應交由赦免審議委員會進行審議。三、受死刑或無期徒刑宣告確定之人，法務部應以書面告知本人及其指定之親友有關請求赦免之權利與程序。四、為受死刑宣告之人，在聲請特赦或減刑後，總統駁回其聲請前，不得對之執行死刑。五、法務部長接受死刑判決確定之案卷後，在審查並再審或非常上訴之事由時，應速將之移送赦免審議委員會進行審議。六、任何個人或團體對於死刑或無期徒刑判決確定之案件，均得向赦免審議委員會申請進行審議；赦免審議委員會除因業以同一理由駁回申請外，不得拒絕進行審議。

(八)大法官補充解釋死刑違憲

我國司法院大法官關於死刑之解釋，共有3件，即第194號、第263號及第476號解釋。大法官1985年3月22日之第194解釋，認定「戡亂時期肅清煙毒條例」之舊法，關於販賣毒品罪為唯一死刑之規定，並不違憲。其理由為唯一死刑「立法固嚴，惟因戡亂時期，倘不徹底禁絕煙毒，勢必危害民眾健康、國家安全及社會秩序，故該項規定與憲法第23條並無牴觸」。此一解釋一方面將大法官對死刑之保守心態表露無遺，一方面反應當時社會對死刑之立場⁷⁶。

大法官1990年7月19日之第263號解釋，認為「懲治盜匪條例」之舊法，關於擄人勒贖為唯一死刑之規定，並不違憲。其理由為以死刑處罰意圖勒贖而擄人者，「立法甚嚴，惟依同條例第8條之規定，若有情輕法重之情形者，

⁷³ 引自袁其國，《中華人民共和國刑法和中華人民共和國刑事訴訟法》，中國檢察出版社，2006年12月，第1版第1次印刷，頁10-11。

⁷⁴ 參閱徐逸仁，〈論死刑與死緩適用的界限〉，收錄於楊郭先、曹子丹主編，《改革開放與刑法發展》，中國檢察出版社，1993年8月，頁184-185。

⁷⁵ 甘添貴，〈兩岸死刑制度之比較研究〉，《中興法學》，1991年11月，頁1-12。

⁷⁶ 紀欣，《生死一線間》，商周出版社，2003年4月，頁232-233。蘇俊雄，〈死刑制度及理性批判〉，《刑事法雜誌》，第44期第1期，頁5。

裁判時本有刑法第 59 條酌量減輕其刑規定之適用。其未經取贖而釋放被害人者，復得依刑法第 347 條第 5 項之規定減輕其刑，足以避免過苛之刑罰，與憲法尚無牴觸」。申言之，大法官認為因為法官可以適用刑法第 59 條之規定而減輕其刑，所以該擄人勒贖罪之唯一死刑並不違憲其保守心態如故。

大法官 1999 年 1 月 29 日之第 476 號解釋，其聲請人係陳志祥法官。陳法官認為「肅清煙毒條例」之舊法及「毒品危害防制條例」之新法，關於販賣第一級毒品海洛因之罪，規定為死刑或無期徒刑，係將死刑適用於未殺人之販賣毒品罪，違背比例原則、法益原則、罪刑相當原則、平等原則、生命權保障原則及人性尊嚴原則，乃裁定停止訴訟程序，擬具釋憲聲請書⁷⁷，聲請大法官解釋⁷⁸。

可惜，大法官第 476 號解釋竟稱：「國家刑罰權之實現，對於特定事項而以特別刑法規定特別之罪刑所為之規範，倘與憲法第 23 條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合，即無乖於比例原則，要不得僅以其關乎人民生命、身體之自由，遂執兩不相侔之普通刑法規定事項，而謂其係有違於前開憲法之意旨。」進而認為以死刑處罰販賣毒品之被告並不違憲。

依現行制度，大法官並不能主動解釋案件，只能在他人聲請後，被動作出解釋。可惜，陳法官將此重大議題提出而聲請解釋，大法官放棄難得之機會，未能作出劃時代之解釋，以促進立法及司法之進步，反而以其保守

心態，作出反乎刑法潮流之落伍解釋，造成我國刑事立法和司法停滯不前，阻礙人權之進步，萬分可惜⁷⁹。

因此，在現行制度下之大法官，欲期待其在 1999 年解釋第 476 號之後不過 11 年之今日，能作出死刑違憲之解釋，恐怕是緣木求魚，不具備期待可能性。然則，時代在變，一切都在變，大法官之成員不斷在變更中。從歷屆大法官之名單及其解釋文對照觀之，依本文之所見，酷史之大法官似乎漸漸減少，進步之大法官似乎漸漸增加。

因此，本文還是抱持期待，期待大法官能有匈牙利憲法法院於 1989 年及南非憲法法院於 1995 年宣告死刑違憲之智慧與勇氣，勇於宣告我國死刑違憲，建立無死刑之大同世界。

(九)立法院立法或修法廢除死刑

若立法院能經由辯論而形成共識，則經由立法院廢除死刑之方法甚多，例如制定「死刑廢止法」或在赦免法中增訂「死刑廢止之」之條文皆可；惟本文認為其根本之道在於修正憲法。修正憲法之方法有三：其一，在憲法第 8 條人身自由規定之前，增訂憲法第 7 條之 1，規定：「人民之生命權應受絕對保障（第 1 項）。死刑廢止之⁸⁰（第 2 項）。未廢止死刑之法律，其死刑之規定失效（第 3 項）。立法院不得在法律中規定死刑。」其二，憲法第 15 條規定：「人民之生存權、工作權及財產權應予保障。」因此，亦可在憲法第 15 條增訂第 2 項，規定：「任何人不受死刑之宣告。」或，逕規定：「死刑，廢止之。」⁸¹其三，憲法第

⁷⁷ 依據大法官審理案件法之規定，僅最高法院及最高行政法院法官才有釋憲聲請權，高等法院及地方法院法官並無釋憲聲請權；惟司法院大法官 1995 年 1 月 20 日釋字第 371 號解釋，自行放寬規定，讓各級法院法官得聲請釋憲，惟要求法官要先裁定訴訟程序，擬具釋憲聲請書，才能聲請大法官解釋。

⁷⁸ 詳參司法院大法官釋字第 476 號解釋之釋憲聲請書，聲請書曾刊載於全國律師 1998 年 10 月號，全國律師公會聯合會發行，1998 年 10 月 15 日出版，頁 66-80。大法官釋字第 476 號解釋見司法院公報第 41 卷第 2 期，司法院秘書處編印，1999 年 2 月，頁 40-58。

⁷⁹ 對大法官第 476 號解釋之批評，參見陳志祥，〈評大法官第四七六號解釋〉，《律師雜誌》第 251 期，2000 年 8 月 15 日出版，8 月號，臺北律師公會發行，頁 43-68。

⁸⁰ 德國基本法第 102 條規定：「死刑廢止之（Die Todesstrafe ist abgeschafft）」

⁸¹ 學者蔡昌明主張在憲法第 15 條增訂第 2 項，規定：「中華民國國民，除有下列犯罪行為者外，不受死刑之宣告與執行：一、有法定加重事由之殺人行為者。二、意圖顛覆中華民國政府，以暴力施行，而致人死亡者。三、故意犯公共危險罪，致多人死傷者。」見氏著《從刑事政策觀點論中共死刑緩期執行》，國防管理學院法律學研究所碩士論文，1998 年 6 月，頁 88-89。惟本文反對其除外之規定。

23 條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」因此，亦可在憲法第 23 條增訂第 2 項，規定：「人民之生命權應受絕對保障（第 1 項）。任何法律不得規定死刑（第 2 項）。任何法律之死刑失其效力（第 3 項）。」⁸²

退而言之，若廢除死刑尚未形成共識，而非殺人之罪不得判處死刑已有共識時，則可以在憲法第 7 條之 1 或第 15 條第 2 項或第 23 條第 2 項規定：「中華民國國民，除以直接故意犯殺人之罪，而經證明已無再社會化之可能外，不得對之宣告死刑。」當然，若能進而規定為：「中華民國國民，除以直接故意犯殺人之罪，而經證明已無再社會化之可能外，不得對之宣告死刑或無期徒刑。」更是本文所樂見。

二、在司法上

（一）對於非直接故意侵害生命法益之犯罪，法官切勿量處死刑

如前所述，在行為人以直接故意而侵害生命法益時，始得立法賦予相對死刑，亦即只有在殺人及其結合犯，才可能具有剝奪行為人生命之必要性。然則，本文觀察所及，歷年來之刑事審判法官有此認知者少之又少，以致在非以直接故意侵害他人生命法益之犯罪，量處死刑者有之⁸³；在非侵害他人生命法益之案件，量處死刑者有之，如前述懲治盜匪條例廢止前之擄人勒贖罪、強盜強制性交罪及毒品危害防制條例之販賣第一級毒品罪等⁸⁴。

事實上，如此不當量刑之法官，各審皆有；其中學養豐富者有之，信教虔誠者有之，更有不少人自詡為正義之士，自命為正義之化身；惟正如本文所強調再三者，其不知節制正義感之結果，是由法匠淪為酷吏而不自知，還

以為在替天行道，何故？其以道德之正義感覺取代法律之理性思考，有以致之。

欲知何謂正義感，應探求其本質。所謂正義感乃對強凌弱之不悅而至對制裁強者之喜悅。申言之，見強者欺凌弱者，違背心中衡平之法感而不悅，又見欺凌弱者之強者被制裁，恢復心中衡平之法感而喜悅。此一由不悅而至喜悅之過程，即為正義感之本質。進而言之，正義感並非源於愛，而是源於恨，是為恨念形成而至恨念解消之過程。因此，正義感適度即可，不可過度。心中有過度之正義感，便容易被被害人之報復感而取代理性之法感。檢察官或法官閱卷，見被害人死狀甚慘，越看越氣，怒火中燒，則求處死刑或判處死刑機會越高，其故在此。

然則，無論其認定事實如何精明，適用法律如何精確，在量刑之際，若未回歸憲法原則加以觀察，若未回歸刑法理論加以思考，自不可能為罪刑相當之量刑；如此，求其生尚可得而不求之，不該死者而死之，就擄人勒贖罪而判處死刑，就強盜強制性交罪而判處死刑，就販賣第一級毒品罪而判處死刑，就製造槍枝罪而判處死刑，如此終結不該終結之生命，竟不知違背比例原則，不知違背罪刑相當原則，不知類似司法謀殺，猶以在替天行道而沾沾自喜，此非酷吏而何？

因此，在廢除死刑之前，在現行法律之下，法治國之法官仍應有此之認知：對於未侵害生命法益之犯罪，不應量處死刑；對於侵害生命法益之犯罪，如非以直接故意為之，仍不應量處死刑；唯在以直接故意而侵害他人生命法益之犯罪，始得考慮量處死刑。如此，不合理之死刑宣告，將可大量排除，進而使得量刑合理化。

（二）在罪刑不相當時，法官有義務適用刑法第 59 條減輕其刑

⁸² 彭聖斐，〈論臺灣廢除死刑之具體方式——以國際法規定及美國司法判決為出發〉，臺灣苗栗地方法院檢察署，2002 年 1 月，頁 39 參照。

⁸³ 參閱前述陳志祥《論罪刑相當原則》（註 57），第 297 頁所引臺灣臺北地方法院 79 年度重訴字第 21 號刑事判決，乃轟動一時之文化大學講師酒後駕車撞死二位清潔隊員之案件。

⁸⁴ 參閱大法官第 476 號解釋所附釋憲聲請書肆之首段，司法院公報第 41 卷第 2 期，1999 年 2 月出版，頁 56 所述販賣第一級毒品判決死刑執行死刑之實例。

刑法第 59 條規定：「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑。」該條乃立法時所設定有限度之立法權授與，用以調和個案，以符合平均正義；法官適用之，並未違背權力分立原則（Prinzip der Gewaltenteilung），絕無侵害立法權之虞。該條之所謂「情狀」，包括法官量刑時所應考量之各種情狀在內。

雖有謂該條所謂顯可憫恕者，必須客觀上顯然可以憫恕而值得同情，量處最低度刑仍嫌過重者，始足當之；然則，若非犯罪而予犯罪化，若無責任而要負擔刑罰，或輕責任而將受重罰，如非情輕法重，何謂情輕法重？如非顯可憫恕，何謂顯可憫恕？

因此，適用刑法第 59 條之首要考量，在於審查立法犯罪化是否符合憲法原則？立法賦予之刑度是否合理，亦即是否罪刑相當，有無違背立法比例原則⁸⁵？無法益侵害或法益危險而被犯罪化之罪，如吸毒之罪；不合罪刑相當原則之犯罪，如舊肅清煙毒條例第九條所規定吸毒免刑後之「三犯」，竟要判處唯一死刑；乃至前述非殺人之罪而有死刑規定之犯罪類型皆屬之。

何況，若有情輕法重之情形，裁判時本有刑法第 59 條酌量減輕其刑之適用，亦經司法院大法官會議以釋字第 263 號而解釋在案。最高法院亦認「適用第 59 條酌量減輕其刑時，並不排除第 57 條所列舉十款事由之審酌」⁸⁶。觀之刑法第 57 條，已將「犯罪所生之危險或損害」一項列於第 9 款。若其行為並未對他人之法益造成侵害或法益危險，立法卻加以犯罪化，或其行為並未對他人之生命法益造成侵害，而立法卻賦予死刑或無期徒刑，均為情輕法重，自無不適用刑法第 59 條而予減輕其刑之理由，法院自應依職權適用之，減輕被告之刑責。

個案是否情輕法重，法官固有斟酌權，惟若斟酌結果確是情輕法重時，適用該條減刑即是法官之義務，並非裁量權。如同量刑一般，在法定刑範圍內，固是法官之裁量權，惟斟酌結果，應重所當重，輕所當輕，為使被告得到符合罪責之刑罰，亦即罪當其罰而罰當其罪，則其刑度之量定即是法官之義務，並非裁量權。

所以然者，依罪刑相當原則，被告並無接受額外或過量處罰之義務。何況，依人性尊嚴原則，尊重及保障人性尊嚴，乃行政、立法、司法之機關之義務，並非其權利⁸⁷。

因此，一般而言，適用刑法第 59 條之初，包括是否適用 61 條免刑之規定，固屬法官之裁量權；惟在審查後發現有非犯罪而予犯罪化或犯罪化之罪刑不相當等情形，適用刑法第 59 條，自為法官之義務，並非其裁量權；若法官進行違憲審查結果，發現其犯罪化並非合理，或其罪刑並不相當，即應依職權而適用刑法第 59 條，以求調和，力求罪刑相當之判決。

如應適用刑法第 59 條而不適用，乃法官違背憲法義務，亦即應適用法律而不適用，屬於「刑罰裁量權之濫用」（Missbrauchliche Strafzumessungswahungen）⁸⁸；申言之，此項判決，依刑事訴訟法第 378 條之規定，屬於判決不適用法則，為違背法令。

（三）法務部長及執行檢察官應依刑事訴訟法之最後審核權把關

如前所述，依刑事訴訟法第 461 條規定，死刑應經司法行政最高機關令准。依現行制度，應經法務部之批准。立法賦予非司法官之法務部長最後審核權，無非重視人命之特別規定。當然，依同條但書之規定，執行檢察官發現案情確有合於再審或非常上訴之理由者，得於 3 日內，電請司法行政高機關再加審核。此外，執行檢察官亦得擬具聲請非常上訴意見

⁸⁵ 見李震山，〈從憲法觀點論生命權之保障〉，收錄於《當代公法理論》，翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集，翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會編輯，月旦出版社有限公司，1993 年 5 月，頁 36。

⁸⁶ 最高法院 1981 年 5 月 16 日 70 年度第 6 次刑事庭長會議決議參照。

⁸⁷ 德國基本法（Grundgesetz）第 1 條第 1 項規定：「人性尊嚴不可侵犯。尊重及保護人性尊嚴，乃所有國家權力機構之義務（Die Würde des Menschen ist untastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.）。」

⁸⁸ 蘇俊雄，〈量刑法理與法制之比較研究〉，《法官協會雜誌》第 1 卷第 2 期，中華民國法官協會，1999 年 12 月，頁 34。

書，洽請檢察總長依刑事訴訟法第441條之規定，提起非常上訴。

一如所述，若被告之犯罪並非以直接故意而侵害他人生命法益，即不應判處死刑；無論其係以間接故意侵害他人生命法益，或該罪並未侵害他人生命法益，如前述擄人勒贖、強盜強姦性交、販賣第一級毒品及製造槍枝等罪，法院卻宣告死刑，並未引用刑法第59條之規定而減輕其刑，自屬應適用法則而不適用，為判決違背法令；法務部長或執行檢察官自應依據前述刑事訴訟法之規定，詳加審核，再洽請檢察總長提起非常上訴，以資救濟。

若干情形下，法官適用刑法第59條，乃其義務，並非其裁量權，已如前述；可惜，此一觀念，當前尚未普及，以致法務部長或執行檢察官以此理由而洽請檢察總長提起非常上訴者，尚未之見。數10年來，不少擄人勒贖、強盜強姦性交、販賣第一級毒品或製造槍枝罪之被告，依然經判決確定並遭執行死刑。輕忽人命，竟至於斯！不該死者而死之，令人痛心！

伍、廢除死刑之配套措施

一、取代死刑之無期徒刑不得假釋

廢除死刑，而以無期徒刑代之，為廢除死刑論者一貫之主張。惟因我國刑法之立法，無期徒刑與有期徒刑皆得假釋，從早期之執行逾10年得假釋，到中期之執行逾15年或20年得假釋，到現在之執行逾25年得假釋⁸⁹，使得無期徒刑等同於10餘年或20餘年之有期徒刑。加上我國之有期徒刑上限止於15年⁹⁰，並無長期徒刑之制度，國法官之輕易宣告無期徒刑，

其主因在此。

然則，依刑罰理論，唯有被告之罪責過重，無法期待其再社會化，必須使之永久隔離於社會，亦即依報應理論「刑罰之輕重應與罪責之輕重成比例」之基本原則⁹¹，已無法為有期徒刑之宣告，必須賦予終身監禁，始為相當者，始得宣告之；若其人尚有經由監獄之教化而社會化之可能時，即不應為無期徒刑之宣告。蓋假釋係附條件之釋放（*Bedingte Entlassung, Parole or Conditional release*）；此一制度只適用於有期徒刑，亦即在一定條件下，將受刑人釋放，乃行刑處遇手段之一，為使受刑人再社會化而放棄餘刑之執行。惟無期徒刑之受刑人並不期待其再社會化，僅可於特定情形下給予刑罰赦免如大赦或特赦而已⁹²。可見，在宣告無期徒刑之際，並無假釋之概念存在。

因此，廢除死刑之配套措施，其首要者，在於立法廢除無期徒刑得以假釋之規定。若為保留受行人之一線希望，最多，僅得規定於執行一定年限如30年後，因特別情事變更，經特別法庭之特別裁定，或經特別委員會之特別審核，始得提請總統特赦之或逕准予特別假釋出獄。惟如此之特別假釋，並非一般假釋概念，係情事變更之例外，並非附條件釋放之原則⁹³。

當然，我國刑事立法上，有許多犯罪不該賦予無期徒刑而予無期徒刑，是為一「負」；我國刑法將無期徒刑適用假釋，係不當之立法，又是一「負」；申言之，無期徒刑可以適用假釋，錯誤在先，而輕罪而賦予無期徒刑，錯誤在後；惟如此「負負得正」之結果，竟然使得不該被判無期徒刑之人得以適用假釋而及時出監，以資調和，真是天意！此為我國刑事

⁸⁹ 我國刑法第77條第1項原規定無期徒刑執行逾10年，得假釋；1997年修正為逾15年，累犯逾20年，得假釋；2006年再修正為逾25年可假釋。

⁹⁰ 我國現行刑法第33條第3款規定，有期徒刑係2年以上15年以下，但遇有加減時，得加減至2月未滿，或加至20年。

⁹¹ 罪刑相當原則，我國刑法尚欠明文；惟中華民國1997年修正新刑法第5條規定：「刑罰之輕重，應當與犯罪分子所犯罪行和承擔的刑事責任相適應。」彼岸稱之為「罪刑相適應原則」，惟本文始終覺得此岸所稱之「罪刑相當原則」比較高明。不獨本文如此，彼岸之學者亦有同見，認為在罪刑均衡原則、罪刑相適應原則及罪刑相當原則之用詞中，「罪刑相當」之用詞比較貼切，可參李豔玲，《量刑方法論研究》，中國人民公安大學出版社，2007年6月第1版第1次刷，頁81。

⁹² 見林山田，《刑罰學》，臺灣商務印書館股份有限公司，1992年2月修定第一次印刷，頁240。

⁹³ 惟我國刑法於2006年7月1日修正施行時，其第77條第1項規定，無期徒刑之假釋須執行逾25年，仍將無期徒刑適用一般假釋之規定。原本刑法修正草案第77條係規定，無期徒刑之假釋須執行逾30年，若為累犯，須執行逾40年，才可假釋。

法特殊現象之一。例如廢止前肅清煙毒條例第9條第7項「吸毒」之「三犯」而被判處無期徒刑者，依早期刑法第77條之規定，執行逾10年即得假釋出監。

為免無期徒刑被濫行宣告，立法上宜明文規定，無期徒刑不適用一般假釋；無期徒刑僅適用於以直接故意而侵害他人生命法益之犯罪；而且，被告非至無法期待其再社會化時，不得為無期徒刑之宣告。如此，只要期待被告因監獄之教化加之個人之悔罪而再社會化，法官只得為有期徒刑之宣告。當然，依本文所見，有期徒刑15年之上限應予廢除，法官才可能為罪刑相當之量刑，詳後述之。

二、無期徒刑僅適用於直接故意殺人之罪

如前所述，依刑罰理論，唯有被告之罪責過重，無法期待其再社會化時，始得宣告無期徒刑；是以在宣告無期徒刑之際，並無假釋之概念存在。就生命、身體、自由、名譽及財產法益而言，對於侵害身體、自由、名譽及財產法益之各種犯罪，實難想像不期待被告再社會化之情形存在。基於尊重生命之觀點，唯有在侵害生命法益之犯罪，亦即殺人及其結合罪，才有可能存在被告罪責過重，無法期待其再社會化之情形。

然則，現行刑法及刑事特別法，依然存在不少並非侵害生命法益而有無期徒刑之犯罪，例如加重強制性交罪、準海盜罪、貪污治罪條例第4條之貪污罪、懲治走私條例第5條之走私罪、毒品危害防制條例第4條之販賣第二級毒品罪、第5條第1項之意圖販賣而持有第一級毒品罪。

在立法上，此等犯罪並未侵害他人生命法益，絕無不期待被告再社會化之可能，自無賦予無期徒刑之必要。因此，為讓重罪得到重罰，讓輕罪得到輕罰，在廢除死刑之後，無期徒刑自應限縮於侵害生命法益之犯罪，使其刑罰合理化。

三、有期徒刑之假釋決定權回歸法院

依權力分立原則，凡對人民之生命、身體、自由、名譽及財產法益產生變動者，皆為司法權之行使；而假釋雖是有利於受刑人之提早開釋，仍屬對於人民之自由產生變動，自為司法權之行使；然則，我國假釋決定權操在行政權即法務部手中，造成行政權可以左右司法權之行使，加上我國無期徒刑亦得假釋，使得無期徒刑或有期徒刑之受刑人皆可輕易假釋，是為立法之缺失。

依晚近犯罪學之研究發現，重刑犯罪者易有累犯之傾向，矯正不易，其再犯率比高於一般犯罪。因此，在立法上，假釋條件有趨於嚴格之傾向⁹⁴。再者，依現行規定，假釋後之交付保護管束及假釋之撤銷，均由檢察官聲請，而由法官裁定；惟最重要之假釋決定權，卻操在行政權手中，其不當也，奚得煩言！因此，假釋規定應修正由監獄報請檢察官聲請法院裁定准許，始為得計。

四、死刑或無期徒刑之罪應加入有期徒刑

其刑罰只有死刑或無期徒刑之犯罪類型，應加入有期徒刑，讓法官在量刑時可以自由選擇。申言之，並無任何犯罪類型只能判處死刑或無期徒刑，尤其在無期徒刑變成真正之終身監禁而不得假釋時，更不得隨意判處無期徒刑，蓋基於國民主權原理，原則上推定並無不可教化之人；既無不可教化之人，表示任何受刑人皆得經由監獄之教化及其個人之悔罪，重新回歸社會而不再犯罪，亦即教育刑成功而使之再社會化(Resozialisierung, re-socialization)。

揆諸前述「相同之情況，應為相同之處理；不同之情況，應為不同之處理」之平等原則，若其刑事立法不分輕重而只有死刑，並無其他刑罰種類可供選擇，法官無法依其不同情況而為不同之量刑，固然違背平等原則；若其立法只有死刑或無期徒刑，並無有期徒刑可供

⁹⁴ 引自司法院91年8月19日(91)院臺廳刑一字第21786號函附行政院審查通「中華民國刑法部分條文修正草案對照表」第77條之修正說明。

選擇，因其彈性過小，法官無法依照刑法第 57 條各款審酌，以便依據不同之罪責而為不同之量刑，亦難認其符合平等原則。因此，無論何種犯罪，立法預先排除有期徒刑並無必要。申言之，落實無期徒刑為真正之終身監禁時，並無任何犯罪類型必須在立法時預先設計其最少必須判處無期徒刑。

前述毒品危害防制條例第 4 條第 1 項所規定之製造、運輸、販賣第一級毒品罪、槍砲彈藥刀械管制條例第 7 條第 2 項之意圖犯罪而製造、販賣、運輸、轉讓、出租、出借槍砲罪、陸海空軍刑法第 17 條一共 6 款之直接利敵罪，並未侵害他人之生命法益，立法卻賦予司法得剝奪其生命法益，已不合理；而其刑度皆為死刑或無期徒刑，並無有期徒刑可供選擇，亦非合理，其故在此。換言之，此類犯罪並無行為人必須「起碼關到死」之必要。

觀之刑法第 271 條第 1 項之殺人罪，係直接侵害他人生命法益之實害犯，其處罰不過死刑、無期徒刑或 10 年以上有期徒刑，仍有有期徒刑可供選科。如此，在未侵害生命法益之上述行為，處以死刑或無期徒刑，其法理何在？其立法之罪刑輕重失衡，已然可見。其刑罰種類之賦予，實為過量之威嚇，遠悖報應理論之要求，不合罪刑相當原則。因此，對於此部分之犯罪，在無期徒刑外，立法應賦予有期徒刑，以供司法者選擇，始為合理。

其次，例如刑法第 272 條之殺害直系血親尊親屬罪、第 332 條第 1 項之強盜殺人罪、第 348 條第 1 項之擄人勒贖殺人罪，固然屬於有侵害他人生命法益之犯罪；惟此種結合罪，仍以殺人為其基礎之罪，何以殺人之罪可以賦予有期徒刑，此之結合罪卻不可以？殺人之罪既可處以死刑，亦可處以無期徒刑，更可處以 10 年以上有期徒刑，何以上述之結合罪，必須處以死刑或無期徒刑，而不得處以有期徒刑？

事實上，個案之行為人應否判處死刑、無期徒刑或長期徒刑，委由司法者於裁判時決斷即可，並無於立法時預先排除有期徒刑之必要。申言之，此類行為人未必皆有「起碼關到

死」之必要！

申言之，依據刑法理論，所謂無期徒刑是指終身監禁，必須單以報應理論觀之，被告之罪責顯然過重，並無期待其再社會化之可能時，始得加以宣告；若其若因監獄之教化結合個人之悔罪，尚得再社會化而回歸社會時，即不應為無期徒刑之宣告；觀之前述各罪，顯然並無必然不期待其再社會化之情形存在，則立法又何必僅僅賦予死刑及無期徒刑，而不賦予有期徒刑？

五、建立長期自由刑之制度——廢除或延長有期徒刑 15 年之上限

依刑法第 33 條第 3 款之規定，有期徒刑係 2 月以上 15 年以下；遇有加重時，僅得加至 20 年。由於 15 年與無期徒刑之間，相距過大；我國又無 15 年以上之長期徒刑；若覺得處以 15 年太輕，而處以無期徒刑太重時，將造成法官量刑上之困難。

由於時空背景不同，1935 年施行之現行刑法，其 33 條將有期徒刑之上限定為 15 年，係以當時「人生平均年齡不過四十一、二齡」為其立法理由；刑法各罪之有期徒刑上下限，例如 2002 年 1 月 30 日修正公布前之刑法第 328 條第 1 項之強盜罪，其法定刑為 3 年以上 10 年以下；第 221 條之偽造公文書罪，其法定刑為 1 年以上 7 年以下；第 320 條第 1 項之竊盜罪，係 5 年以下有期徒刑、拘役或 5 百元以下罰金，亦均以此為其立法理由。

然則，80 餘年後之今日已然不同，平均人壽將近 80 歲，已近立法當時一倍，原有刑度已然不足，例如殺人罪之 10 年以上有期徒刑，擄人勒贖罪、加重強制性交罪之 7 年以上有期徒刑，強盜罪之 5 年以上，均以 15 年為其上限；然則，此等犯罪惡性較重，若其尚得再社會化，不宜量處無期徒刑，然卻不能量處長期徒刑如 20 年甚至 60 年，只能量處有期徒刑 15 年，豈是合理？如此，法官因無從為罪刑相當之量刑，將被迫選擇無期徒刑或有期徒刑 15 年。若處以無期徒刑，是為輕罪而重判，被告

將受到額外處罰；若處以 15 年有期徒刑，是為重罪而輕判，被告將逃避部分罪責。兩者皆有違罪刑相當原則。

司法實務上，非侵害生命法益而被處以無期徒刑者甚多。單就販賣煙毒案件而言，在 1992 年至 1997 年之 6 年，遭判處無期徒刑確定者共有 772 人⁹⁵。此七百餘人處以有期徒刑已足，卻被處以無期徒刑，屬於遭受過量之處罰。不必永久隔離於社會者，卻被宣告應永久隔離於社會。其中，諒有部分被告係因法官覺得處以有期徒刑 15 年太輕，而又無長期自由刑可供選擇，乃被迫選擇處以無期徒刑⁹⁶。當然，背景原因之一，如前所述，應是法官認為無期徒刑可以假釋。

如此，15 年上限欠缺彈性，使得法官無法為罪刑相當之量刑，其上限之規定即因時空變遷而不合平等原則及罪刑相當原則，實應即廢除或為適當之延長。申言之，有期徒刑之上限必須廢除，至少必須延長，是為法與時轉，使法官在量刑上有其空間，庶幾前述被迫性之無期徒刑可以避免。

2006 年 7 月 1 日修正施行之刑法第 33 條第 3 款，並未如同修正草案延長為 30 年，仍維持原規定，僅於有加重時，規定得加重至 20 年而已。因此，司法量刑之困境依然存在，並未獲得解決。

六、全面修法或制訂有期徒刑提高標準條例

前述廢除有期徒刑上限，僅僅解決 5 年以上或 7 年以上重罪之上限，以便法官可以為長期徒刑之量刑，使其罪刑相當。然則，刑法一般之犯罪仍應配合提高，否則，法官仍然無法為罪刑相當之量刑，蓋如前所述，今日平均人壽將近 80 歲，已近立法當時一倍，惟刑法並未配合修正刑度，歷年來，只知制訂並修正罰金罰鍰提高標準條例，卻不知制訂「有期徒刑提

高標準條例」，全面提高刑度，造成司法實務普遍性重罪輕判之必然結果。例如殺人未遂罪及重傷罪，最低必須判處有期徒刑 5 年，而傷害罪，竟不得超過有期徒刑 3 年，豈是合理？

以修正前刑法第 328 條第 1 項之強盜罪為例，因其刑度為 3 年以上 10 年以下有期徒刑，已因前述人壽增加之時空變遷而不足，為一「負」；舊懲治盜匪條例第 5 條之強盜罪，無故提高刑度為無期徒刑或 7 年以上有期徒刑，亦為一「負」；然則，對於罪責深重之強盜罪，依刑法最高只能量刑 10 年；依特別法優於普通法原則，適用懲治盜匪條例之強盜案件，卻可量刑至 15 年；如此「負負得正」之結果，適用懲治盜匪條例，反而比較符合公平正義。此為我國刑事法特殊現象之二。

因此，在廢除有期徒刑 15 年之上限外，並應考慮制訂「有期徒刑提高標準條例」，加倍提高刑法分則各罪有期徒刑之上下限，法官才有妥適之量刑空間。以侵害財產法益之竊盜罪為例，可以加倍提高 10 年以下有期徒刑；以侵害身體法益之傷害罪人為例，可以先行提高本刑至有期徒刑 5 年，使與財產法益至少相當，再以此為基準，和其他罪名一樣，全面提高一倍，而修正為 10 年以下有期徒刑。再以侵害自由及財產法益之前述強盜罪為例，若當時刑法之強盜罪可以適用「有期徒刑提高標準條例」，刑度由 3 年至 10 年，提高為 6 年至 20 年，最高可以量處 20 年，法官自可為罪刑相當之量刑。如此否則應全面修法提高刑度，人民之各種法益才能獲得有效之保障。

七、侵害生命法益之犯罪並不應有時效問題

無論民事或刑事，設立時效之本質，並非出於正義。易言之，時效消滅本質為不義之制度，為求法律安定，不得不然。何況，2006 年 7 月 1 日修正施行前之刑法 80 條之追訴權時

⁹⁵ 見法務部、教育部、行政院衛生署編著《反毒報告書》，法務部發行，1998 年 5 月，頁 23。

⁹⁶ 陳志祥，〈販賣毒品罪釋憲聲請書〉，見大法官會議釋字第 476 號解釋所附，載於司法院公報第 41 卷第 2 期，第 42 以下。

效、第84條之行刑權時效，因罪名之不同而異其期間，殺人罪之追訴權時效止於20年，其行刑權時效止於30年；修正後才增加為追訴權時效30年，行刑權時效40年。當初，其20年、30年之選定，一如前述，是以當時「人生平均年齡不過四十一、二齡」為其立法理由，而今人類壽命平均已近80，已是當年之一倍。因此，時效期間自應加倍延長，始為合理。

其次，若其法定刑有死刑或無期徒刑，必然其罪之責任太重，無法期待其再社會化，有永久隔離於社會之必要，何來追訴權時效之必要？既然已經法院宣告應剝奪其生命或者監禁至死，表示其人之罪責過重，法官於宣判時並不期待其再社會化，又何來行刑權時效之必要？

因此，揆之刑罰理論，未見有何經過20或30年，即得免於追訴或行刑之法理存在？從而，法定刑有死刑或無期徒刑之犯罪，立法應排除追訴權時效之規定；而經法院宣告死刑或無期徒刑之案件，立法應排行刑權時效期間之適用，始為合理。

申言之，若侵害生命法益之案件，始得判處死刑或無期徒刑時，則侵害生命法益之犯罪，應排除追訴權時效規定之適用；而經法院判處死刑或無期徒刑確定者，則應排除行刑權時效規定之適用。

陸、結 論

刑罰是不得已之處罰。德國法學家耶林(R. von Jhering 1818-1892)謂：「刑罰如兩刃之劍，用之不得其當，則國家與個人兩受其害。」⁹⁷刑罰之中，死刑最重；死刑固有其功能，惟死刑絕非萬能。老子曰：「民常不畏死，奈何以死懼之！」⁹⁸若死刑過多，其威嚇功能必然遞減！若非殺人之罪而死刑不斷，則其威嚇功能必將喪失。

何故？前述販賣第一級毒品，有死刑之處罰；擄人勒贖而未撕票，仍有死刑之處罰，乃立法者在立法之際，欠缺立法比例原則之觀念，亦即欠缺罪刑相當原則之觀念，迷信死刑萬能觀，以為死刑可以治癒所有犯罪，遂有罪刑不相當之立法產生；若司法者不察，未盡其義務而適用刑法第59條減輕其刑，輕易宣告被告死刑，是為立法錯之於先，而司法錯之於後，豈堪稱之為法治國家？

季康子問政於孔子曰：「如殺無道，以就有道，何如？」孔子對曰：「子為政，焉用殺？子欲善，而民善矣！」⁹⁹古之人為政不用殺，今之人為政焉用殺？以殺止殺，不但難止殺，唯恐以殺止殺會殺不止？何故？被告殺人而被判死刑，可能無怨；被告未殺人而被判死刑，必然有怨；不但有怨，在暴戾之氣進而形成後，唯恐殘忍化效應(Brutalization Effect)難免¹⁰⁰。懲治盜匪條例廢止前之擄人勒贖罪，未撕票即是唯一死刑，過重之刑反而不斷逼迫歹徒撕票，以求自保，是為典型。

本文認為死刑違背我國憲法之規定，亦違背許多憲法原則，乃違憲之立法；死刑違背生命價值之理念，乃國家殺人，對生命權之保障不周；死刑存廢與治安好壞無關，廢除死刑並不會使得治安變壞，所謂治亂世用重典，不過想當然耳之誤會。

如前所述，《公民與政治權利國際公約》第6條第4款既規定：「受死刑宣告者，有請求特赦或減刑之權。一切判處死刑之案件均得邀大赦、特赦或減刑。」(Anyone sentenced to death shall have the right to seek pardon or commutation of the sentence. Amnesty, pardon or commutation of the sentence of death may be granted in all cases.)我國赦免法等相關法律並未增訂或配合修正。因此，在法務部推動相關法律增

⁹⁷ 引自林山田，《刑罰學》，臺灣商務印書館股份有限公司，1992年2月修訂第1次印刷，頁126-127。

⁹⁸ 見老子《道德經》司殺章第74。一般人引用時，多略一「常」字，而稱為「民不畏死，奈何以死懼之！」

⁹⁹ 語出《論語》顏淵篇。

¹⁰⁰ 見彭聖斐，〈論死刑之存廢——以死刑存置論與死刑廢止論之各論爭點為中心〉，《全國律師》，1997年12月15日出版，頁52。

訂或修正立法完成之前，停止執行死刑乃必要而合法之程序，不能以「依法執行」為藉口而執行死刑，否則即屬侵害死刑犯之基本人權。

在廢除死刑之前，應有其漸進之方法。本文認為在立法上，應先廢除相對死刑；在廢除之前，應先限縮死刑於直接故意之殺人罪；死刑之評議程序，應由現行多數決改採全數決；若有法官認為罪不致死，即屬求其生而不得，而不應判處死刑；法院在判決前應落實量刑辯論，不應聊備一格，以減少死刑之宣告機會；對於死刑案件改採完全強制辯護制，從警詢而至最高法院，強制其選任辯護人，為其辯護；在最高法院，更應強制其選任 3 人；引進死刑緩刑制，作為緩衝，並增加死刑犯減輕其刑為無期徒刑或有期徒刑之機會；修正赦免法，在總統府設立「赦免審議委員會」，以落實死刑犯在人權兩公約之基本人權。期待大法官勇於補充解釋而宣告死刑違憲；或者期待立法院在憲法或相關法律明文規定廢除死刑。

在司法上，期待法官對於非直接故意侵害生命法益之犯罪，絕不判處死刑；在無法益侵害或法益危險而犯罪化之類型，或其規定之罪刑不相當時，法官有義務適用刑法第 59 條之規定而減輕其刑；在已判決確定之案件，法務部長及執行檢察官，皆應依刑事訴訟法第 461 條最後審核權而嚴格把關，切勿輕易批准或執行死刑。

在廢除死刑之前，亦應有其配套之措施。本文認為絕對死刑已經廢除，接續廢除相對死刑，而以無期徒刑代之，為首要任務；惟取代死刑之無期徒刑不得假釋，屬於真正之終身監禁；而真正無期徒刑僅適用於直接故意殺人之罪；有期徒刑之假釋決定權應回歸法院，不應委之行政權，以免重刑犯可能輕易縱之而去；重罪皆應加入有期徒刑，立法上不應只有死刑或無期徒刑。廢除有期徒刑 15 年上限之規定，以建立長期自由刑之制度，以減少宣告死刑或

無期徒刑之機會；全面修法提高各罪之刑度或制訂有期徒刑提高標準條例而提高其刑度，以符合罪刑相當原則；若侵害生命法益之案件，始得判處死刑或無期徒刑時，則侵害生命法益之犯罪，應排除追訴權時效規定之適用；而經法院判處死刑或無期徒刑確定者，則應排除行刑權時效規定之適用，以資符合正義。

如此配合立法或修法，可以使得我國刑事法體系合理化，無論其在立法體系或司法體系皆然。先減少死刑之存在，再減少死刑之宣告；再作罪刑相當之立法調整，我國刑事法之合理化，由此開始；而在水到渠成之後，廢除死刑，便是大功告成。當死刑已經廢除，刑事法體系已經合理化，韓非子所云法如朝露之「至安之世」¹⁰¹，於焉形成。

¹⁰¹ 論出韓非，見其所著《韓非子》大體第 29。其重要段落為「故治安之世，法如朝露，純樸不散；心無結怨，口無煩言。故車馬不疲弊于遠路，旌旗不亂于大澤，萬民不失命于寇戎，雄駿不創壽于旗幟；豪傑不著名于圖書，不錄功于盤盂，記年之牒空虛。」

參考文獻

壹、日文部分

1. 大谷實，《刑法講義總論》，成文堂，2009年4月1日，新版第3版第1刷。
2. 山田秀雄，《あなたは「死刑」と言えますか》，株式會社プレジデント社，2009年5月24日，第1刷發行。
3. 山口厚，《刑法總論》，有斐閣，平成20年3月5日，第2版第2刷。
4. 今井猛嘉・小林憲太郎・島田聰一郎・橋爪隆，《刑法總論》，有斐閣，2009年1月30日初版第1刷。
5. 前田雅英《刑法總論講義》，財團法人東京大學出版會，1998年5月1日，第3版第3刷。

貳、中文部分

一、專書及論著

1. 行政院研究發展考核委員會，《死刑存廢之探討》，1995年12月初版1刷。
2. 林山田，《刑罰學》，臺灣商務印書館股份有限公司，1992年2月修定第一次印刷。
3. 林山田《刑法特論》(上)，三民書局，1986年9月修訂再版。
4. 林山田，《刑事法論叢(一)論特別刑法》，自刊，1987年初版。
5. 林宜民，《死刑合憲性之研究》，臺灣大學三民主義研究所碩士論文，1993年1月。
6. 林宜民，《中美日三國死刑制度之比較研究》，司法院85年度研究發展項目研究報告，司法研究年報第17輯第11篇，司法院秘書處，1997年6月出版。
7. 林俊益，《刑事訴訟法概論》，新學林出版社股份有限公司，2010年2月9版1刷。
8. 李豔玲，《量刑方法論研究》，中國人民公安大學出版社，2007年6月第1版第1次刷。
9. 李雲龍／沈德26，《死刑論——各國死刑制度比較》，亞太圖書出版社，1995年1月15日初版。
10. 法務部、教育部、行政院衛生署編著《反毒報告書》，法務部發行，1998年5月。
11. 陳志祥，《論罪刑相當原則》，中國文化大學法律學研究所碩士論文，1993年6月。
12. 馬克昌，《刑罰通論》，武漢大學出版社，1995年。
13. 高仰止，《刑法總論》，自刊，1974年5月。
14. 彭聖斐，〈論死刑之存廢——以死刑存置論與死刑廢止論之各論爭點為中心〉，《全國律師》，1997年12月15日出版。
15. 胡雲騰，《死刑通論》，中國政法大學出版社，1995年。
16. 紀欣，《生死一線間》，商周出版社，2003年4月。
17. 班固撰，漢朝，謝瑞智今譯，《漢書刑法志》，自版，1991年8月1日初版。
18. 張治安，《中華民國憲法最新釋義》，84年10月第3三版，政大書城。
19. 溫金柯，《佛教反對死刑》，輔仁大學出版社，2006年5月。
20. 曾錦源，《公法上比例原則之研究》，私立輔仁大學法律學研究所碩士論文，1988年12月。
21. 彭聖斐，《論臺灣廢除死刑之具體方式——以國際法規定及美國司法判決為出發》，臺灣苗栗地方法院檢察署，2002年1月。
22. 蔡昌明，《從刑事政策觀點論中共死刑緩期執行》，國防管理學院法律學研究所碩士論文，1998年6月。
23. 廢除死刑推動聯盟主編，《死刑存廢的新思維——社會安全、獄政革新、被害人保護》，元照出版有限公司經銷，2009年6月初版第1刷。
24. 劉清景，《兩岸逐步廢除死刑對策之比較研究》，東吳大學中國大陸法律碩士在職專班碩士論文，2007年7月。
25. 謝瑋瑤等執筆，《死刑存廢之研究》，法務部犯罪問題研究中心，1994年5月出版。

二、期刊及論文

1. 甘添貴，〈兩岸死刑制度之比較研究〉，《中興法學》，1991年11月。

2. 汪紹銘，〈絕對死刑立法之研究〉，《刑事法雜誌》，第33卷第1期，1989年2月。
 3. 李震山，〈生命的尊嚴應受重視〉，《中國論壇》，第30卷第9期，1990年8月。
 4. 李震山，〈從憲法觀點論生命權之保障〉，收錄於《當代公法理論》，翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集，翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會編輯，月旦出版社有限公司，1993年5月。
 5. 邱興隆，〈從信仰到人權〉，《法學評論》，2002年第5期。
 6. 徐逸仁，〈論死刑與死緩適用的界限〉，收錄於楊郭先、曹子丹主編，《改革開放與刑法發展》，中國檢察出版社，1993年8月。
 7. 許金春，《The Effects of Capital Execution on Violent Crimes》，警政學報，第25期，1994年7月。
 8. 張平吾，〈臺灣地區執行死刑現況及相關問題之探討〉，《警政學報》第15期，中央警官學校警政研究所，1989年。
 9. 張香華編「《生或死》，國際特赦組（Amnesty International, A.I.）在臺舉辦「死刑存廢」會談實談，星光出版社，1991年5月。
 10. 陳文珊，〈從基督信仰論死刑存廢問題〉，《神學與教會》，第25卷第2期。
 11. 陳志祥，〈司法院大法官釋字第476號解釋之釋憲聲請書〉，《全國律師》1998年10月號，全國律師公會聯合會發行。
 12. 陳志祥等〈人權國家與死刑存廢——廢除死刑之配套刑事政策〉，《司法改革雜誌》第27期，2000年6月。
 13. 陳志祥，〈廢除死刑之漸進方法及其配套措施〉，《人權會訊》，財團法人中國人權協會，2003年1月出刊，第72期。
 14. 陳志祥，〈評大法官第四七六號解釋〉，《律師雜誌》第251期，2000年8月15日出版，8月號，臺北律師公會發行。
 15. 單國璽，〈廢除死刑國際研討會致歡迎詞〉，雷敦穌主編，《臺灣反對死刑》，輔仁大學出版社，2002年2月初版。
 16. 實叉難陀譯，唐朝，〈十迴向品第25之1〉，《大方廣佛華嚴經》卷25，大正10。
 17. 蔡敦銘〈論絕對死刑的廢止問題〉，《法令月刊》，第41卷第8期，1990年8月。
 18. 蔡敦銘，〈我國死刑問題之探討〉，《刑事法雜誌》，第33卷第6期，1989年12月。
 19. 廖正豪，〈全面打擊犯罪建立祥和社會（下）——法務部部長在總統府國父紀念月會專題報告講詞〉，《法務通訊》第1829期第3版，1997年5月22日。
 20. 鄧海波，〈從人的求生慾論死刑之存廢〉，《法律評論》第45卷第3期，法律評論雜誌社，1979年1月。
 21. 謝炎堯，〈人神共憤對照罪證確鑿〉，《自由時報》，2010年3月30日，自由廣場。
 22. 羅秉成，〈死刑違憲與死刑全辯護制度〉，收錄於《法官，給個說法！》，財團法人民間司法改革基金會，2009年9月1版2刷。
 23. 蘇俊雄，〈死刑制度及理性批判〉，《刑事法雜誌》，第44期第1期。
 24. 蘇俊雄，〈量刑法理與法制之比較研究〉，《法官協會雜誌》第1卷第期，中華民國法官協會，1999年12月。
- ### 三、解釋決議判例及判決
1. 大法官釋字第365、476、485、596、647、648、666、675號解釋。
 2. 最高法院1981年5月16日70年度第6次刑事庭決議。
 3. 臺灣高等法院96年度囑再更（二）字第1號案件判決。
 4. 臺灣臺北地方法院79年度重訴字第21號、88年度訴字第242號刑事判決
 5. 臺灣基隆地方法院91年度訴字第33號、92年度重訴字第17號、96年度訴字第1016號、97年度訴字第45號、99年度易字第321號及99年度訴字第424號刑事判決。