

最高檢察署

檢察總長非常上訴書
(暨提案大法庭聲請書)

檢察總長 江惠民

提案之法律問題

公民與政治權利國際公約第 6 條第 2 項之「情節最重大之罪」對應至我國法，是否應排除行為人基於間接故意之殺人罪？亦即，我國法院對於基於間接故意犯殺人罪且情節重大的被告，得否判處死刑？

目錄

壹、前言	1
貳、所涉及之法令	2
一、刑法殺人罪	2
二、公政公約第 6 條第 2 項之釋義	3
參、法律見解歧異(並具有原則重要性)之裁判	6
一、肯定說	6
二、否定說	9
三、持否定說判決之說理均有明顯錯誤	13
四、該歧異及具有原則重要性見解對於裁判結果之影響	14
肆、相關學說	15
一、肯定說	15
二、否定說	17
伍、外國立法例	18
一、美國法	18
(一)殺人罪	18
(二)科處死刑	20
二、日本法	23
(一)死刑可否之論述開展	23
(二)死刑可否之程序運作	26
(三)選擇死刑的基準	26
(四)未必故意殺人得判處死刑	28
三、小結	28
陸、本署見解	28
一、「間接故意」之不法內涵與罪責，未必比「直接故意」輕微	29
二、死刑目前仍是我國法律明文承認的刑罰，法官不能拒絕適用法律	31

三、依人權事務委員會 2018 年第 36 號一般性意見，公政公約 第 6 條第 2 項「情節最重大之罪」包括間接故意殺人.....	32
四、結論	33
柒、案經確定，爰依刑事訴訟法第 441 條、第 443 條提起非常上 訴，以資糾正。	34

被 告 湯景華

上列被告因殺人案件，經最高法院於中華民國110年7月2日以110年度台上字第3266號判決確定，本檢察總長認為該判決違背法令，應行提起非常上訴，且原判決所持足以影響裁判結果之法律見解，最高法院刑事庭先前裁判見解已產生歧異，並有原則重要性，認有統一見解之必要，爰聲請提案予刑事大法庭，茲將原判決主文、非常上訴及聲請提案予刑事大法庭理由分述於後：

原判決主文

原判決撤銷。

湯景華犯殺人罪，累犯，處無期徒刑，褫奪公權終身。

非常上訴及聲請提案予刑事大法庭理由

壹、前言

按判決適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法378條定有明文。系爭最高法院110年度台上字第3266號判決認為：「公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）經立法院通過兩公約施行法後，已具有國內法的效力。依公政公約第6條第2項規定，所犯是最嚴重的罪行，才能科處死刑，已實質限縮刑法死刑規定的適用範圍。而依聯合國人權事務委員會在西元2018年對公政公約第6條做出第36號一般意見的拘束力解釋，對應到我國刑法架構，所謂最嚴重的罪行是指涉及直接（確定）故意殺人的犯行，間接（不確定）故意殺人則不可以適用死刑。¹」系爭判決誤解公政公約第6條第2項及聯合國人權事務委員會元2018年對公政公約第6條做出之第36號一般意見，造

¹ 最高法院 110 年 7 月 2 日新聞稿所公布之系爭判決要旨。

成輿論譁然²，加深民眾對司法的失望。因系爭判決有適用法則不當之違法，爰提起非常上訴，以資糾正。

本非常上訴所討論及指謫者，僅限系爭判決關於公政公約第6條第2項「情節最重大之罪」對應至我國法，是否應排除行為人基於間接故意犯殺人罪之說理及判斷。至於系爭案件量刑是否妥適？包括各種刑罰目的之判斷、行為人所為犯行之罪責嚴重性與教化更生可能性間之關係，本案既已確定，上開事項均非本非常上訴所欲爭執範圍，合先敘明。

貳、所涉及之法令

一、刑法殺人罪

我國刑法仍有死刑規定，社會大眾對是否「廢除死刑」此一議題迄今未達共識，但大多數民意傾向維持死刑，且死刑制度迭經司法院釋字第194、263、476號為合憲解釋。刑法第271條第1項普通殺人罪規定：「殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。」本案涉犯之刑法第271條第1項殺人罪，即屬設有相對死刑之法律規定，依上揭大法官解釋意旨，其合憲性並無疑慮。

刑法第13條第1項規定：「(第1項)行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意。(第2項)行為人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。」刑法第13條第1項情形稱為「直接故意」或「確定故意」，第2項稱為「間接故意」或「不確定故意」。我國刑法如同美國、日本等其

² 例如吳巡龍，判死改無期 最高法院誤解國際公約？聯合報，民意論壇，2021年7月3日；趙萃 文，自由時報，自由開講，間接故意燒死6人無法判死？2021年7月4日，<https://talk.ltn.com.tw/article/breakingnews/3591610> (2021年7月19日查閱)；廖元豪，湯景華縱火殺人不判死刑，別牽扯兩公約，風傳媒，2021年7月5日；孫健智，間接故意殺人就不會是最嚴重罪行嗎？湯景華案省思與法院誤譯，鳴人堂，2021年7月22日，<https://opinion.udn.com/opinion/story/11917/5617108> (2021年7月23日參閱)；黃錦嵐，湯景華縱火燒死六人案的法律爭議—《公政公約第六條》之「敦促說」與「拘束說」，上報，2021年7月25日，https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=119481 (2021年7月27日參閱)；張文川，自由日日 shoot》法界：湯景華案不能成縱火犯免死金牌，<https://news.ltn.com.tw/news/society/paper/1463344> (2021年7月28日參閱)。

他先進國家立法(詳下述)，並未對「直接故意」與「間接故意」之罪責有所區別。

法院依法審判、量刑，我國殺人罪罪責既不因「直接故意」或「間接故意」有所區別，法官對於基於「間接故意」犯殺人罪且情節重大的被告，有判處死刑之可能性。

二、公政公約第 6 條第 2 項之釋義

聯合國 1966 年通過公民與政治權利國際公約 (International Covenant on Civil and Political Rights，以下稱「公政公約」)，並於 1976 年生效，與經濟社會文化權利國際公約 (International Covenant on Economic Social and Cultural Rights) 合稱「兩公約」，我國立法院於 2009 年 3 月 31 日批准「公政公約」，並於同日通過「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」(以下稱「兩公約施行法」)，並於 2009 年 12 月 10 日施行。

公政公約第 6 條第 2 項規定：「凡未廢除死刑之國家，非犯情節最重大之罪(the most serious crimes)，且依照犯罪時有效並與本公約規定及防止及懲治殘害人群罪公約不抵觸之法律，不得科處死刑。死刑非依管轄法院終局判決，不得執行。……³。」兩公約施行法第 2 條規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」第 3 條規定：「適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。」則上開公約、立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋，均具有我國內國法之效力。因為公政公約第 6 條第 2 項條文只稱「情節最重大之罪」，無法僅從上開文字得知具體內容，法官適

³ 全國法規資料庫，公民與政治權利國際公約，International Covenant on Civil and Political Rights, Article 6, “2. In countries which have not abolished the death penalty, sentence of death may be imposed only for the most serious crimes in accordance with the law in force at the time of the commission of the crime and not contrary to the provisions of the present Covenant and to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. This penalty can only be carried out pursuant to a final judgment rendered by a competent court.” <https://reurl.cc/0jp6Xk>(最後瀏覽：2021 年 6 月 8 日)。

用公政公約時，應注意人權事務委員會之解釋之內容，不宜望文生義自行詮釋。

對於「人權事務委員會」解釋「公政公約」之專屬職權，最高法院 [103 年台上字第 3062 號](#) 判決曾清楚解釋：「而「公政公約」係於一九六六年經聯合國大會決議通過，於一九七六年生效，上開「人權事務委員會」(Human Rights Committee)，係依「公政公約」第二十八條規定所設置，負責公政公約之監督與執行。另「人權委員會」(Commission on Human Rights)，則係經社理事會依聯合國憲章於一九四六年決議設立(二〇〇六年為聯合國大會決議所設立之人權理事會《Human Rights Council》所取代，以下仍以「人權委員會」稱之)；是「人權委員會」與「人權事務委員會」不同。又「經社文公約」之監督及執行機構，原為經社理事會(經社理事會就各締約國及專門機關提出有關人權問題之報告，得交由「人權委員會」研討並提具一般建議或斟酌情形，供其參考)，但經社理事會於一九八五年決議另外設立經濟社會文化權利委員會(Committee on Economic, Social and Cultural Rights，下稱「經社文委員會」)來負責。」

關於人權事務委員會對「公政公約」之解釋，目前有人權事務委員會審查締約國國家報告的解釋、審查締約國個人訴訟的解釋以及一般意見三種⁴，法院詮釋公政公約第 6 條第 2 項「情節最重大之罪」的意涵時，應具體指出係依據人權事務委員會那一號解釋或意見，不能泛指依據公政公約第 6 條條文規定或依據人權事務委員會相關解釋，否則法院無異於假公政公約規定或人權事務委員會解釋之名，實際自行決定公約實際內容⁵。

人權事務委員會於 2018 年第 124 屆會議第 36 號一般性意見，就公政公約第 6 條生命權有所詮釋，而第 35 段闡釋「情節最重大之罪」

⁴ 廖福特，「公民與政治權利國際公約」國內法化之影響：最高法院死刑相關判決之檢視，臺大法學論叢，43 卷特刊，2014 年 11 月，911 頁以下，916 頁。

⁵ 廖福特，「公民與政治權利國際公約」國內法化之影響：最高法院死刑相關判決之檢視，臺大法學論叢，43 卷特刊，2014 年 11 月，911 頁以下，920-924 頁。

的意涵：「『情節最重大之罪』一詞必須作嚴格解讀，僅限於涉及故意殺人(intentional killing)的極嚴重罪行。在第六條的架構內，未直接和故意導致死亡的罪行(Crimes not resulting directly and intentionally in death)，如謀殺未遂、貪腐及其他經濟和政治罪行、武裝搶劫、海盜行為、綁架以及毒品和性犯罪儘管具有嚴重性質，但絕不能作為判處死刑的理由。同樣地，有限度地參與或共犯即便情節最重大之罪，例如為謀殺提供實際工具，也不能作為判處死刑的理由。締約國有義務審查其刑事法律，以確保不對未構成情節最重大之罪的罪名判處死刑。締約國還應撤銷對未構成情節最重大之罪的死刑判決，並採取必要的法律程序，對此類罪行已被定罪的人重新判決⁶。」

從人權事務委員會之上開意見可知，「情節最重大之罪」限於故意殺人之罪行，人權事務委員會並強調沒有造成死亡結果的犯罪不得判處死刑。其中“Intent”、“intentional”屬於英美普通法之專門法律術語，指故意犯(包括我國之意圖犯、直接故意犯與間接故意犯，詳後述)。在上揭“Crimes not resulting directly and intentionally in death”，“intentionally”前面雖然有“directly”，但“directly”係修飾導致直接死亡結果的罪行，並非用來指涉「直接故意」。國內部分判決及少數學者意見乃謂人權事務委員會本段解釋係指「情節最重大之罪」限基於「直接故意」犯殺

⁶ 法務部人權大步走網站，公民與政治權利國際公約第 36 號一般性意見(中文版)，第 8 頁，<https://reurl.cc/Enp6m0>(參閱日期：2021 年 6 月 8 日)。

“The term ‘the most serious crimes’ must be read restrictively and appertain only to crimes of extreme gravity, involving intentional killing. **Crimes not resulting directly and intentionally in death, such as attempted murder, corruption and other economic and political crimes, armed robbery, piracy, abduction, drug and sexual offences, although serious in nature, can never serve as the basis, within the framework of article 6, for the imposition of the death penalty.** In the same vein, a limited degree of involvement or of complicity in the commission of even the most serious crimes, such as providing the physical means for the commission of murder, cannot justify the imposition of the death penalty. States parties are under an obligation to review their criminal laws so as to ensure that the death penalty is not imposed for crimes which do not qualify as the most serious crimes. They should also revoke death sentences issued for crimes not qualifying as the most serious crimes and pursue the necessary legal procedures to re-sentence those convicted for such crimes.”引自：UN Treaty Body Database，<https://reurl.cc/6aEd1d>(參閱日期：2021 年 6 月 8 日)。

人罪，並因此主張基於「間接故意」殺人之罪行，非「情節最重大之罪」，實屬誤會。

參、法律見解歧異(並具有原則重要性)之裁判

我國於 2009 年 12 月 10 日「兩公約施行法」施行後，法院對於行為人基於間接故意而殺人，得否判處死刑，實務見解歧異，有下列不同見解。

一、肯定說

最高法院 [100 年台上字第 6514 號](#) 判決認為：「上訴意旨略以：(一)、上訴人否認有殺人犯行，並提出「祇想嚇嚇伊太太及店裡員工，無殺人之直接或間接故意，台大醫院等僅就上訴人放火行為之辨識能力為鑑定，未就殺人行為之辨識能力為鑑定，上訴人從未到過三樓，不知該建築物逃生設備被堵，本件死者都在三樓，上訴人能否預知其發生」等抗辯，原審未予調查，亦不於判決理由內論列說明……。惟原判決理由欄已就上訴人如何有放火燒燬現有人所在建築物之直接故意(即確定故意)及殺人之間接故意(即不確定故意)，暨上訴人多次到過該棟建築物，如何知道該處僅有一個樓梯出入，可以預見以汽油縱火，會使該棟建築物內之人員不及逃避而死亡等情，詳加論述，復就上訴人雖有精神障礙或心智缺陷，但其行為時之精神障礙或心智缺陷並未致其不能辨識行為違法或欠缺依其辨識而行為，或此等能力有何顯著減低之情形，論述綦詳，並無理由不備之違法情形。……應認本件上訴為無理由，予以駁回。」

最高法院 [101 年台上字第 244 號](#) 判決認為：「本件原判決認定：……縱其等意在洩憤，主觀上無殺人或使人受重傷之直接故意，然既知該帝王大飯店於營業中，有服務人員與旅客在內，竟仍進入該建築物，在一樓通往地下室之樓梯處丟擲汽油並點火引燃，阻斷逃生通路，應能預見燃燒結果，有可能導致在其內之人包括在餐廳用餐、

旅舍住宿之客人及服務人員走避不及而遭火燒灼，或遭濃煙嗆傷窒息死亡或受重傷之事實，其仍不顧後果而為之，足認對於因而造成有人死亡及重傷之結果，容認其發生，該致人死亡或受重傷之結果，既為上訴人所能預見，且不違背其本意，即不得謂係過失，是其過失之抗辯，尚無足採。並敘明：……三、第一審以上訴人罪證明確，適用上開法條論罪科刑，並審酌上訴人無前科，有台灣高等法院被告前案紀錄表在卷可參，行為時雖非素行不佳，然斟酌上訴人與帝王大飯店內之人素無恩怨，僅因鄭○平陳述該飯店地下室餐廳人員未據實告知月碧惠之處所等細小事故，即一時之氣，與王金定等三人謀議放火洩忿，其等燒燬之建築物為現供人使用之住宅及大眾自由出入之餐廳、旅社之消費場所，釀成二十六人死亡、三人重傷之慘劇，嚴重影響社會公共安全，其等漠視他人生命、身體與財產安全，對於二十六名死者家屬造成天人永隔無可彌補之傷痛，傷者所受身心創傷亦難以平復，參以台南市警察局刑案現場紀錄照片，附表一編號二至六之被害人係活活被火燒死，屍體均呈焦黑狀難以辨識，其餘死者或被火煙熏塞窒息死亡或因火燒引起一氧化碳中毒窒息死亡等，均係建築物燃燒後不及逃生之故，死亡之被害人均值年輕或中壯年，僅因上訴人一時洩忿放火，葬送寶貴生命，上訴人放火行為手段殘酷，危害至深且鉅，實罪無可赦。雖時隔二十餘年，被害人及其家屬或已不欲再觸痛此事徒增傷痛，處上訴人極刑，亦無法彌補被害人及其家屬之身心鉅痛與財產損失……，經權衡再三，認上訴人所犯罪行，實難以寬貸，應令與社會永久隔離，爰量處死刑，並依刑法第三十七條第一項宣告褫奪公權終身。……核其認事用法均無違誤。」

最高法院 [103 年台上字第 3062 號](#) 判決之最後事實審係認定該案被告基於以放火方式殺害周○強之確定故意，及縱然放火致其他人死亡亦不違背其本意之不確定殺人故意，與前述肯定說其他案件之

被告純基於縱然放火致人死亡亦不違背其本意之「不確定故意」不同，但最高法院 [103 年台上字第 3062 號](#) 判決論理傾向肯定說，且說理更為清楚：「(三)、「公政公約」第六條第一項規定：「人人皆有天賦之生存權。此種權利應受法律保障。任何人之生命不得無理剝奪。」，同條第二項規定：「凡未廢除死刑之國家，非犯情節最重大之罪，且依照犯罪時有效並與本公約規定及防止及懲治殘害人群罪公約不牴觸之法律，不得科處死刑。死刑非依管轄法院終局判決，不得執行。」，限制未廢除死刑國家，祇對「情節最重大之罪」始可判處死刑。我國刑法仍保有死刑宣告制度，但已廢除唯一死刑之罪，賦予法官就具體個案裁量之權責，死刑制度並迭經司法院釋字第一九四、二六三及四七六號為合憲之解釋。故如經正當法律程序接受公平之審判，且經法院就其有利、不利之證據為詳盡之調查後，認被告犯罪事證明確，所犯屬情節最重大之罪，並以其責任為基礎，審酌刑法第五十七條各款所列科刑輕重標準事項及其他犯罪之一切情狀後，認其罪無可逭，無從求其生者，即非不得科處極刑，並不違背「公政公約」第六條之規定。上訴意旨(三)主張死刑係對生命權無理剝奪云云，並非可採。(四)、依「公政公約」第六條第二項規定，限制未廢除死刑國家，祇對「情節最重大之罪」始可判決死刑。然「公政公約」並未明文定義何謂「情節最重大之罪」，上訴意旨(四)雖主張情節最重大之罪依「人權事務委員會」解釋，侷限於「謀殺(故意殺人)」、「蓄意殺害並造成生命喪失 (there was an intention to kill which resulted in the loss of life)」者。然前者係「人權事務委員會」就個案 (In Cox v. Canada 《No. 539/1993》) 為解釋，僅指出謀殺係屬情節最重大之犯罪，但不能以此認情節最重大之犯罪，侷限於「謀殺」；又後者，係一九八四年五月二十五日經社理事會決議附件「關於保護死刑犯的權利的保障措施」，其內容係「死刑的範圍只限於對蓄意而結果危害

生命或其他極端嚴重後果的罪行」(參照刑法第三百四十七條等修正立法理由)。而依原判決認定之事實，上訴人係蓄意先至加油站購買大量汽油，再將汽油全數潑灑至系爭鐵皮屋門口後，故意點燃以縱火殺人方式造成五人死亡之結果，上訴人係犯刑法第二百七十一條第一項之殺人罪，自屬蓄意殺人之故意犯罪行為，其所犯當符合「公政公約」第六條第二項所指之「情節最重大之罪」。上訴意旨(四)以上訴人係一時氣憤非蓄意謀殺，並非「情節最重大之罪」，不得判處死刑云云，要非可取。」

二、否定說

最高法院在 [103 年度台上字第 807 號](#) 判決認為：「而上述條約所稱之『情節最重大之罪』，依聯合國人權事務委員會相關解釋，係指『蓄意殺害並造成生命喪失』(there was an intention to kill which resulted in the loss of life) 之情形。依其論述，已明白論斷，必須「蓄意殺害並造成生命喪失」，始屬「情節最重大之罪」，得量處死刑。然而，原判決係認定上訴人基於殺人之「不確定故意」，以縱火方式實行殺人，有如前述，即與其說明公民與政治權利國際公約第三編第六條第二項規定及聯合國人權事務委員會相關解釋所稱得科處死刑之「犯情節最重大之罪」，係指「『蓄意殺害』並造成生命喪失」而言，兩者顯然不相適合。」

最高法院 [108 年度台上字第 3830 號](#) 判決認為：「刑之量定，係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第 57 條各款所列情狀，而未逾越法定刑範圍，且無違反公平、比例及罪刑相當原則，亦無裁量權濫用之情形，自不得任意指為違法。原判決於量刑時，審酌莊嘉億殺人之犯意係出於間接、不確定故意，而非程度上更為蓄意、嚴重之直接、確定故意，且其殺人手段係以不作為之方式為之，而非施以強暴之積極作為手

段直接剝奪 A 女生命，其惡性評價尚非無輕重之別，雖使被害人家屬痛失至親，所受心靈傷痛難以回復，然其本件不作為之殺人犯行，尚難評價為情節最重大之罪」。

最高法院 [109 年度台上字第 940 號](#) 判決認為：「五、原判決關於論罪科刑部分，復已敘明：……(七)我國於 98 年 4 月 22 日制定之公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）及經濟社會文化權利國際公約（以上 2 公約，下稱兩公約）施行法，於同年 12 月 10 日施行，依上開施行法第 2 條、第 3 條規定：兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法之效力；適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。準此，兩公約規定已具國內法效力，而關於死刑裁量在實體法上之適用，首應參照公政公約第 6 條第 2 項前段：「凡未廢除死刑之國家，非犯情節最重大之罪，且依照犯罪時有效並與本公約規定及防止及懲治殘害人群罪公約不牴觸之法律，不得科處死刑」之規定。又該規定所謂「情節最重大之罪」，其內涵並非毫無界線，最有力之解釋莫過於西元 1984 年 5 月 25 日聯合國經濟及社會理事會決議批准公布之「保障死刑犯人權保證條款」，其第 1 條對此解釋係指「蓄意且造成致命或極嚴重之後果的犯罪」；此外公政公約人權事務委員會於西元 2018 年甫通過之第 36 號一般性意見，亦申明所謂「情節最重大之罪」，必須嚴格限制其適用且採狹義解釋，僅能限定於極端嚴重且涉及故意殺人之犯罪。從而，被告 5 人殺人之犯意係出於間接、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，然依上述說明，仍尚難評價為「情節最重大之罪」。……原判決已說明公政公約第 6 條規定之「情節最重大之罪」，必須嚴格限制其適用且採狹義解釋，僅能限定於極端嚴重且涉及故意殺人之犯罪。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。」

系爭最高法院 [110 年度台上字第 3266 號](#) 判決亦採否定說，認為：

- 「1. ……依公政公約第 6 條第 1、2 項規定：「人人皆有天賦之生存權。此種權利應受法律保障。任何人之生命不得無理剝奪（第 1 項）。凡未廢除死刑之國家，非犯『情節最重大之罪』，且依照犯罪時有效並與本公約規定及防止及懲治殘害人群罪公約不牴觸之法律，不得科處死刑。……（第 2 項）。」其第 2 項規定具有雙重功能，首先在第 1 項充分保障人人生存權之基本規定下，為未廢除死刑之締約國開設科處死刑之例外；其次，對該例外之範圍設立嚴格限制，祇對「情節最重大之罪」始可判處死刑。是以我國現行法律雖仍保有死刑，自兩公約內國法化後，已生實質限縮死刑規定適用範圍之效果。惟所謂「情節最重大之罪」之內涵與射程究及於何種罪名，公政公約第 6 條第 2 項並未明確指出，雖給予締約國比較寬廣之司法解釋空間，但須優先參照依公政公約第 28 條設立之監督與執行機構，即「聯合國人權事務委員會（United Nations Human Rights Committee，下稱人權事務委員會）」所作之一般性意見（General Comments）。……
2. 隨著世界保障人權概念不斷發展，「情節最重大之罪」內涵也以高度限縮之方式進行解釋。西元 2018 年，人權事務委員會通過第 36 號一般性意見，對公政公約第 6 條生命權進行完整化及體系化之解釋，已取代先前第 6 號及第 14 號一般性意見。第 36 號一般性意見第 5 段前段首先宣示：「《公約》第六條第二、第四、第五與第六項規定了具體的保障措施，以確保尚未廢除

死刑的締約國除對情節最重大之罪外，不適用死刑，而對於情節最重大之罪，僅在最特殊的情況下和在最嚴格的限制下適用死刑。」第 33 段後段亦表示：「鑑於在一項載有生命權的文書中規範死刑適用具有異常性質，(第六條)第二項的內容必須作狹義解釋。」進而於第 35 段前段闡示：「『情節最重大之罪』一詞必須作嚴格解讀，僅限於涉及故意殺人的極嚴重罪行

([A]ppertain only to crimes of extreme gravity, involving intentional killing)。在第六條的架構內，未直接和故意(或譯為「蓄意」)導致死亡的罪行(Crimes not resulting directly and intentional in death)，如謀殺未遂、貪腐及其他經濟和政治罪行、武裝搶劫、海盜行為、綁架以及毒品和性犯罪儘管具有嚴重性質，但絕不能作為判處死刑的理由。」將「情節最重大之罪」高度限縮於「涉及故意殺人的極嚴重罪行」。就未廢除死刑之我國而言，刑法上故意，分為直接故意與間接故意二種，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，乃予容認而聽任事情自然進展，終致發生犯罪結果，故間接故意之不法內涵與罪責內涵，顯較直接故意為輕。第 36 號一般性意見既謂對「情節最重大之罪」一詞必須作嚴格且狹義解讀，祇有在最特殊的情況下和在最嚴格的限制下適用死刑等脈絡觀之，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 項之直接故意方為該當。檢察官主張包含間接故意在內，為本院所不採。

3.....

4. 綜上，原判決依想像競合犯從一重論以上訴人間接故意殺人，量處死刑，宣告褫奪公權終身，固於理由欄說明其合併觀察兩

公約規定及人權事務委員會第 6 號一般性意見，並審酌上訴人主觀面及客觀上犯罪手段與導致後果至為嚴重，上訴人之犯罪情狀完全符合公政公約第 6 條第 2 項所稱「情節最重大之罪」之要件等旨，但未參照人權事務委員會第 36 號一般性意見已取代第 6 號一般性意見，對所謂「情節最重大之罪」必須嚴格限制其適用且採狹義解釋，僅能限縮於極端嚴重且涉及故意殺人之罪行，連結到我國法，非直接故意殺人之罪行，儘管具有嚴重性質，也不能作為適用死刑之理由。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。原判決逕認上訴人所犯是「情節最重大之罪」，而量處上訴人死刑，依前開說明，尚難謂為適法。……」

三、持否定說判決之說理均有明顯錯誤

採否定說之最高法院 [103 年度台上字第 807 號](#) 判決為我國「兩公約施行法」施行後，首先認為依據人權事務委員會相關解釋，公政公約第 6 條第 2 項之「情節最重大之罪」只限於直接故意殺人之判決，應排除行為人基於間接故意殺人罪。惟該判決僅稱「依據人權事務委員會相關解釋」，並未指出人權事務委員會具體解釋案例，致無從查證該判決究竟指人權事務委員會那一號解釋。實際上，本署檢視結果，未發現人權事務委員會有任何解釋、案例或意見認為公政公約第 6 條第 2 項之「情節最重大之罪」限於直接故意。最高法院 [108 年度台上字第 3830 號](#) 判決亦持否定說，惜未提出任何說理及依據。

最高法院 [109 年度台上字第 940 號](#) 判決持否定說，則間接依原判

決援引聯合國經濟及社會理事會決議公布之「保障死刑犯人權保證條款」(Safeguards Guaranteeing Protection of the Rights of Those Facing the Death Penalty)第1條及人權事務委員會於2018年通過之第36號一般性意見。然而，聯合國經濟及社會理事會公布之「保障死刑犯人權保證條款」屬於引導性質，並無法律拘束力⁷，且「保障死刑犯人權保證條款」第1條(中文簡體版)係規定：「在沒有廢除死刑的國家，只有最嚴重的罪行可判處死刑，應理解為死刑的範圍只限於對蓄意而結果為害命或其他極端嚴重後果的罪行。⁸」對照英文版(“intentional crimes with lethal or other extremely grave consequences”)，可知該條解釋「情節最重大之罪」之範圍包括故意殺人罪及其他極端嚴重後果之犯罪，並未表示「情節最重大之罪」只限於直接故意殺人罪。至於人權事務委員會2018年第36號一般性意見確實屬於有拘束力之法律意見，但人權事務委員會之上開意見指「情節最重大之罪」限於故意殺人，而非限於「直接故意殺人」，已於本非常上訴書貳、二介紹，不重複贅述。

綜上，持否定說之最高法院判決或未提出任何依據，或基於對「公政公約」有權解釋機關意見之明顯誤解，說理均有明顯錯誤。至於系爭判決之錯誤及不當，另詳見後述陸、本署意見。

四、該歧異及具有原則重要性見解對於裁判結果之影響

本提案之法律問題最高法院已經發生歧見，至今尚未統一見解，影響法院對該類案件之量刑；且提案之法律問題具有原則重要性，對告訴人及被告權益影響深遠，並非細節問題，因此有提案予刑事大法庭之必要。

⁷ 廖福特，「公民與政治權利國際公約」國內法化之影響：最高法院死刑相關判決之檢視，臺大法學論叢，43卷特刊，2014年11月，911頁以下，925-926頁。

⁸ 參閱聯合國電子圖書館(United Nations Digital Library) <https://digitallibrary.un.org/record/70601> (2021年7月21日參閱)

肆、相關學說

一、肯定說

系爭判決以行為人基於間接故意殺人，不符公政公約第6條第2項死刑限於「情節最重大之罪」為理由，撤銷原死刑判決並改判無期徒刑。經最高法院公佈判決要旨後，輿論譁然，我國學界多有討論。以下依發表時間之先後順序將其中較具代表性之意見重點節錄如下：

吳巡龍檢察官認為：「英、美等普通法系國家，依被告主觀犯意分為五種犯罪類別：特定意圖犯、故意犯、有認識重大過失、刑事過失、無過失責任。其中特定意圖犯與我國意圖犯相似；故意犯（general intent）則指故意為某項犯罪行為，如本案放火，其內涵包括我國的確定故意（知道會燒死人）與不確定故意（知道可能會燒死人，但不確定是不是真的會發生這結果）。國際公約及普通法系國家刑法之intentional killing，包括特定意圖犯與故意犯，故意犯又包括直接故意與間接故意。對此，主張廢除死刑的刑事改革國際聯盟推動修法建議，欲將公約「最嚴重之罪」限於特定意圖犯，但該建議迄今未被採行」⁹。

趙萃文教授認為：最高法院本案判決認為依公政公約規定必須基於殺人的「確定故意」才能判死，若基於不確定故意則無法判死。「然而，此號意見根本未框架判處死刑僅限定在刑法第13條第1項確定故意（直接故意），而同條第2項的不確定故意則不能處死。最高法院如此認定，毋寧是司法實務的創見。……事實上「確定故意和未必故意均屬故意，毫無輕重之別」。依照最高法院的本案見解，若基於間接故意縱火，即便燒死數十人亦無法判處死刑，道理明顯不通。……台灣若要廢死，應透過民意修法堂堂正正直球對決，或向大法官申請

⁹ 吳巡龍，判死改無期 最高法院誤解國際公約？聯合報，民意論壇，2021年7月3日。

釋憲，才是根本之道。¹⁰」

廖元豪教授認為：「『36 號意見書』在第 35 段指出「情節最重大之罪」必須「僅限於程度極嚴重之『故意殺人』」行為。它並沒有將「故意殺人」(intentional killing)區分為「直接故意」或「間接故意」。接著，意見書繼續從反面例子來說明，哪些案件不能算是「故意殺人」—若是犯罪行為並非直接導致死亡，或並非故意致死 (Crimes not resulting directly and intentionally in death)，則不算是「故意殺人」。意見書中舉了一些例子，例如持械搶劫、性犯罪等，均屬相當嚴重的罪行，然而都不是「故意殺人」，因此都不可以判處死刑。……死刑目前仍是中華民國法律中明文承認的刑罰，法官不能拒絕適用法律。在個案中，法官可以依法理嚴格限縮死刑之適用範圍，但法官畢竟是法的僕人，不可在行使司法權之際，任意展現自己的主觀價值。如果法官真心基於自己的法學見解，認為「間接故意」就不是「情節最重大之罪」，那就請清晰地論證，而不要甩鍋給無關的兩公約。事實上，一般大眾難以理解的，就是這種怪異的論述—「情節重大」與「直接或間接故意」有什麼關係呢？最高法院自己都表示，湯景華「危害公共安全及社會秩序至深且鉅，其犯罪情節事項極為嚴重」，卻又說「因為依公政公約，間接故意就不是情節重大」，那民眾當然覺得「兩公約」是個莫名其妙、不合常理的東西啊。自己不想判人死刑，又不願意面對社會輿論，就把公政公約搬出來當人肉盾牌。這樣將人權公約污名化，是很糟糕的法治示範。……扭曲、甩鍋兩公約，等於是誤用法律¹¹」。

孫健智法官亦表示：「間接故意的原文是 *dolus eventualis*，字面意思是『終究是故意』，而《刑法》、「公政公約」或〈第 36 號一般性意見〉都未曾預設，『終究是故意』當然好過「明知故犯」，光是指出這

¹⁰ 趙萃文，自由時報，自由開講，間接故意燒死 6 人無法判死？2021 年 7 月 4 日，<https://talk.itn.com.tw/article/breakingnews/3591610> (2021 年 7 月 19 日查閱)。

¹¹ 廖元豪，湯景華縱火殺人不判死刑，別牽扯兩公約，風傳媒，2021 年 7 月 5 日。

個殺人犯是出於間接故意、所以不能判處死刑，論理似有不足。¹²」

二、否定說

最高法院吳燦院長認為：「刑法第 13 條第 2 項之間接故意，與第 14 條第 2 項之疏虞過失，在英美法上，合稱為『不注意』(Recklessness)，直接故意與間接故意兩者性質、態樣既非相同，其惡性之評價當非無輕重之別，自影響於行為人責任及量刑結果。¹³」美國法規定，判處死刑，必須具備特定之加重條件；反之，如具備特定之減輕條件，則不得判處死刑。¹⁴」因而主張行為人必須是「蓄意」、直接、確定故意殺人，且造成死亡結果之犯意，始屬於公政公約第 6 條第 2 項「情節最重大之罪」，倘僅是具有殺人之「不確定故意」，即不符合公政公約第 6 條第 2 項「情節最重大之罪」之規定¹⁵。惟吳燦院長對英美法犯罪主觀要件要素及美國法「刑罰減輕條件」之上開論述均有所誤解(詳見本非常上訴書伍、一美國法)，可能因此影響其結論。

謝煜偉教授則認為：「關於公政公約第 6 條第 2 項前段所謂『情節最嚴重罪行』，按照 2018 年人權事務委員會第 36 號一般性意見第 5 段：『對於最嚴重的罪行，僅在最特殊的情況下和在最嚴格的限制下適用死刑』。在最嚴格限制的基調下，根據前述相關段落，可描繪出『情節最嚴重罪行』的認定內涵，包括：直接故意造成死亡結果」¹⁶。

台灣廢死聯盟法務主任林慈偉表示：「公政公約對死刑的態度是廢除死刑。這從公政公約第 6 條第 2 項及第 6 項均強烈暗示簽署國至少能漸進式地廢除死刑，就看得出來。廢除死刑是整部公政公約對

¹² 孫健智，間接故意殺人就不會是最嚴重罪行嗎？湯景華案省思與法院誤譯，鳴人堂，2021 年 7 月 22 日，<https://opinion.udn.com/opinion/story/11917/5617108> (2021 年 7 月 23 日參閱)。

¹³ 吳燦，「教化可能性」於死刑案件量刑之定位，檢察新論，23 期，2018 年 2 月，頁 17。

¹⁴ 吳燦，「教化可能性」於死刑案件量刑之定位，檢察新論，23 期，2018 年 2 月，頁 19。

¹⁵ 吳燦，「教化可能性」於死刑案件量刑之定位，檢察新論，23 期，2018 年 2 月，頁 17。

¹⁶ 謝煜偉，聯合國人權事務委員會關於公政公約第 6 條生命權提出之第 36 號一般性意見 (CCPR/C/GC/36) 對我國死刑量刑基準的影響 (二)，法務通訊，3027 期，2020 年 10 月 23 日，第 6 頁。

於死刑問題的基本態度。……所以公政公約第6條第2項的內容必須作狹義解釋、非常嚴格限縮的解釋。……情節最嚴重罪行的概念範圍應不包含「間接故意」殺人這種態樣。也就是說，經過本土個案的解釋適用，「蓄意殺害並造成生命喪失」僅限於直接故意情形，不含間接故意；間接故意的殺人行為，無從構成情節最嚴重的罪行。¹⁷」

伍、外國立法例

一、美國法

(一)殺人罪

英美普通法(common law)依被告主觀犯意(Mens rea)區分為五種犯罪類別：特定意圖犯(specific intent)、故意犯(general intent)、有認識重大過失(recklessness)、刑事過失(criminal negligence)、無過失責任¹⁸(strict liability)。其中 specific intent 與我國意圖犯相似¹⁹，指行為人除故意為某項犯罪行為外，並符合法律特別明定之意圖，例如竊盜、詐欺等財產性犯罪，其構成要件包括「意圖為自己或他人不法之所有」，屬於此類犯罪。general intent 指故意為某項犯罪行為，與我國故意犯大致相當。因此，除非立法機關以法條作特別限縮，否則“intentional crimes”包括特定意圖犯(specific intent)與故意犯(general intent)，故意犯則包括我國之直接故意與間接故意²⁰。

¹⁷ 林慈偉，你今天「公約自助餐」了嗎？情節最嚴重的罪行一定會判死？

¹⁸ 例如與 14 歲以下少年為性行為。

¹⁹ Specific intent 指行為人有法律特定的主觀要素，其範圍包括但不限於我國的意圖犯。

²⁰ 關於 specific intent 與 general intent 之意義與區別，請參閱 Wayne R. Lafave & Austin W. Scott, Jr., *Criminal Law* (2nd Edition), 224 (1986). William Wilson, *Murder by Omission: Some Observations on A Mismatch between the General and Special Parts*, 13 *New Crim.*, L. R. 1, 11 (2010)“The meaning of intention in the English context approximates to that in the United States. It includes both direct and indirect intention or knowledge.” Michael H. Hoffheimer, *Murder and Manslaughter in Mississippi: Unintentional Killing*, 71 *Miss. L.J.* 35, 51, n. 41 (2001), “Both Soviet and German law take an indirect intention (dolus eventualis) to be sufficient to constitute intentional killing. The technical definition of indirect intention is that if the actor engages in life-endangering behavior, **his killing is intentional if he ‘reconcile himself’ or ‘makes peace’ with the likelihood of death....**”

另外，英美普通法之故意(intent)也可區分為「直接故意」(direct intent)與「推定故意」(constructive intent)²¹，「推定故意」與我國「不確定故意」類似，例如陪審團得因行為人使用致命武器或致命方式攻擊被害人推定其故意(“deadly weapon doctrine”)²²。因為英美普通法直接故意與推定故意之刑責並無區別，且陪審團不必交待其究竟認定行為人出於直接故意或推定故意，所以此一分類通常無法從法院個案判決中得知陪審團之判斷。

英美普通法殺人罪指有下列 4 種犯意之一(英法稱為“malice aforethought”)且其行為產生他人死亡之結果：(1)有殺人意欲(intent to kill a human being)，(2)有重傷害意欲(intent to inflict grievous bodily injury on another)，(3)有認識之重大過失(reckless indifference to an unjustifiably high risk to human life)，(4)有犯重罪意欲(intent to commit a felony)。其中「有認識重大過失」(recklessness)介於我國重大過失及不確定故意之間，指對危險有認識，但並不期待犯罪結果發生的重大過失，其處罰遠重於過失犯。例如行為人瞄準友人置於頭上的蘋果，自信槍法神準可擊中蘋果，結果擊斃友人，屬於「有認識重大過失」(recklessness)，構成“depraved heart murder”，依英美傳統普通法應構成殺人罪，依目前美國各州州法屬於二級殺人罪或三級殺人罪，而非過失致死罪。例如 2020 年美國 Minnesota 州發生 Derek Chauvin 等警察逮捕非裔嫌犯 George Floyd 時，George Floyd 已被壓制躺在地上面朝下，Derek Chauvin 仍以膝蓋壓制 George Floyd 脖子約 9 分鐘，導致 George Floyd 死亡，歐、美多地因此發生種族示威抗議及暴動，Derek Chauvin 當時雖沒有殺人故意，仍分別因重罪殺人(二級殺人)、有認識重大過失殺人(depraved heart murder，三

²¹ Ballew v. Asheville & E. T. R. Co, 186 N.C. 704 (1923).

²² Wayne R. Lafave & Austin W. Scott, Jr., Criminal Law (2nd Edition), 613 (1986).

級殺人)等罪被地方法院判處有罪²³，目前被告提起上訴中。

美國法曹協會(American Law Institute)於1962年完成編纂、出版之模範刑法典則將「故意」之「知」(knowingly)與「欲」(purposely)分為二構成要件要素，分開規定，其中「知」包括「明知」及「推定知悉」(inferred knowledge, constructive knowledge)²⁴。美國聯邦及各州有採普通法者，有採模範刑法典模式者，有混合兼採者，並有一級殺人、二級殺人之區別，有的州法甚至將殺人罪分為三級(例如前述 Minnesota 州)，但不論採那一種立法模式，縱火致人死亡通常都列為最嚴重的一級殺人罪，得判處死刑。美國聯邦法採普通法立法模式，聯邦法 18 U.S.C. § 1111 即規定縱火致人死亡屬於一級殺人，應處死刑或無期徒刑²⁵。

(二)科處死刑

美國於 1992 年批准公政公約，但仍保留死刑制度。聯邦最高法院在 Robert v. Louisiana 案²⁶表示：法定刑若為唯一死刑，而無其他選

²³ Wikipedia, Derek Chauvin, https://en.wikipedia.org/wiki/Derek_Chauvin#cite_note-McCaskill-2(2021年7月23日參閱)。

²⁴ Model Penal Code, Sec. 2.02. “ (2) (b) Knowingly. A person acts knowingly with respect to a material element of an offense when:

(i) if the element involves the nature of his conduct or the attendant circumstances, he is aware that his conduct is of that nature or that such circumstances exist; and

(ii) if the element involves a result of his conduct, he is aware that it is practically certain that his conduct will cause such a result.

.....

(7) Requirement of Knowledge Satisfied by Knowledge of High Probability. When knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist.”

²⁵ 18 U.S.C. § 1111, “ (a) Murder is the unlawful killing of a human being with malice aforethought. Every murder perpetrated by poison, lying in wait, or any other kind of willful, deliberate, malicious, and premeditated killing; or committed in the perpetration of, or attempt to perpetrate, any arson, escape, murder, kidnapping, treason, espionage, sabotage, aggravated sexual abuse or sexual abuse, child abuse, burglary, or robbery; or perpetrated as part of a pattern or practice of assault or torture against a child or children; or perpetrated from a premeditated design unlawfully and maliciously to effect the death of any human being other than him who is killed, is murder in the first degree. Any other murder is murder in the second degree. (b) Within the special maritime and territorial jurisdiction of the United States, Whoever is guilty of murder in the first degree shall be punished by death or by imprisonment for life;”.

²⁶ 428 U.S. 325 (1976).

項，陪審團裁量是否科處被告死刑時，將無法考量個案之特別情狀，應屬違憲。聯邦最高法院並在 *Furman v. Georgia* 案²⁷ 要求聯邦及各州政府對於科處死刑應設明確準則，不得恣意；聯邦及各州政府因此均制定科處死刑之相關法律規範。

美國聯邦政府 1994 年制訂 *The Federal Death Penalty Act*，其中 18 U.S. Code § 3592 條列舉法院在決定是否對被告處以死刑時，應考量之減輕與加重因素。「減輕刑罰因素」有下列八項：(1)被告認知能力之減弱，(2)被告受到脅迫，(3)被告參與程度較低，(4)其他同等可責之被告並未被判處死刑，(5)被告無重要之前科，(6)被告犯罪時是處於心智或情緒上之嚴重干擾，(7)被害人對於導致其死亡之犯罪行為有表示同意，(8)其他因素（被告之成長背景、紀錄或性格，或該犯行之其他足以避免判死之情況）²⁸。

所謂「加重刑罰因素」，指本案具有某些特別嚴重的犯罪情節或被告個人因素，被立法者認為有較其他相同犯罪更為嚴重之情況。個案至少必須具有一項加重因素，才能被判處死刑。殺人罪(如前解釋，

²⁷ 408 U.S. 238 (1972).

²⁸ 18 U.S.C. § 3592, "(a)Mitigating Factors.—In determining whether a sentence of death is to be imposed on a defendant, the finder of fact shall consider any mitigating factor, including the following:

(1)Impaired capacity.—
The defendant's capacity to appreciate the wrongfulness of the defendant's conduct or to conform conduct to the requirements of law was significantly impaired, regardless of whether the capacity was so impaired as to constitute a defense to the charge.

(2)Duress.—
The defendant was under unusual and substantial duress, regardless of whether the duress was of such a degree as to constitute a defense to the charge.

(3)Minor participation.—
The defendant is punishable as a principal in the offense, which was committed by another, but the defendant's participation was relatively minor, regardless of whether the participation was so minor as to constitute a defense to the charge.

(4)Equally culpable defendants.—
Another defendant or defendants, equally culpable in the crime, will not be punished by death.

(5)No prior criminal record.—
The defendant did not have a significant prior history of other criminal conduct.

(6)Disturbance.—
The defendant committed the offense under severe mental or emotional disturbance.

(7)Victim's consent.—
The victim consented to the criminal conduct that resulted in the victim's death.

(8)Other factors.—
Other factors in the defendant's background, record, or character or any other circumstance of the offense that mitigate against imposition of the death sentence."

縱火致人死亡屬於最嚴重的一級殺人罪)的加重因素有下列 16 項：(1) 在實行或企圖實行下列各罪時，或犯後立即逃逸時，發生死亡或傷害致死情形（該項條文列舉二十多種聯邦犯罪），(2)有涉及槍砲彈藥的暴力重罪之前科，(3)曾犯得處以死刑或終身監禁之致他人死亡之罪而經定罪者，(4)有其他嚴重犯行之前科紀錄，(5)其犯行對第三人產生嚴重生命危險，(6)邪惡、殘酷的實施方式，(7)因本件犯行給付金錢報酬，(8)因本件犯行收受財產上利益，(9)事先策劃，(10)有二次以上判處一年以上有期徒刑之毒品交易罪定罪紀錄，(11)被害人因老幼羸弱有易受傷害性，(12)有重大聯邦毒品罪定罪紀錄，(13)行為人於參與毒品組織販毒給未滿 21 歲之人時犯本件罪行，(14)被害對象是政府高階公務員，(15)有性侵害或猥褻孩童之定罪紀錄，(16)殺死數人或企圖殺死數人²⁹。

如果個案同時存在「加重刑罰因素」、「減輕刑罰因素」，則陪審團必須衡量，當陪審團決定「加重刑罰因素」之比重超越「減輕刑罰

²⁹ 18 U.S.C. § 3592(c) “Aggravating Factors for Homicide.—In determining whether a sentence of death is justified for an offense described in section 3591(a)(2), the jury, or if there is no jury, the court, shall consider each of the following aggravating factors for which notice has been given and determine which, if any, exist:

(1)Death during commission of another crime.—...

(2)Previous conviction of violent felony involving firearm.—....

(3)Previous conviction of offense for which a sentence of death or life imprisonment was authorized.—...

(4)Previous conviction of other serious offenses.—...

(5)Grave risk of death to additional persons.—

The defendant, in the commission of the offense, or in escaping apprehension for the violation of the offense, knowingly created a grave risk of death to 1 or more persons in addition to the victim of the offense.

(6)Heinous, cruel, or depraved manner of committing offense.—...

(7)Procurement of offense by payment.—...

(8)Pecuniary gain.—...

(9)Substantial planning and premeditation.—...

(10)Conviction for two felony drug offenses.—...

(11)Vulnerability of victim.—...

(12)Conviction for serious federal drug offenses.—...

(13)Continuing criminal enterprise involving drug sales to minors.—...

(14)High public officials...

(15)Prior conviction of sexual assault or child molestation.—...

(16)Multiple killings or attempted killings.—

The defendant intentionally killed or attempted to kill more than one person in a single criminal episode.”

因素」，且陪審團對於死刑之決定有一致決，才可判處死刑³⁰。並非如吳燦院長所言：「美國法規定，判處死刑，必須具備特定之加重條件；反之，如具備特定之減輕條件，則不得判處死刑。³¹」

二、日本法

(一)死刑可否之論述開展

1. 以日本國憲法第 13 條、第 31 條、第 36 條論述死刑的合憲性

日本國憲法第 13 條規定：「對於謀求生存、自由以及幸福的國民權利，只要不違反公共福利，在立法及其他國政上都必須受到最大的尊重」，日本國憲法第 31 條規定：「不經法律規定的手續，不得剝奪任何人的生命或自由，或科以其他刑罰。」肯認國家可以制定剝奪生命之刑罰即死刑，日本刑法第 11 條第 1 項規定：「死刑，於刑事措施內以繳首方式執行之」，由於日本國憲法第 36 條規定：「絕對禁止公務員施行拷問及酷刑。」故日本關於死刑合憲性之討論，係以死刑是否該當日本國憲法第 36 條的酷刑而開展。

最高裁判所昭和 23 年(1948 年)3 月 12 日大法庭駁回上訴之判決，認定日本刑法第 11 條以繳首方式執行死刑，合憲。其理由是：生命是尊貴的，一人之生命比全地球還重；憲法第 13 條規定全體國民都作為個人而受到尊重，生命是國民的權利，在立法及其他國政上都必須受到最大的尊重，然而同條也規定不得違反公共福祉，如有違反公共福祉的基本原則，生命作為國民之權利，仍得立法限制或甚剝奪之，於符合憲法第 31 條，依照法律所定正當程序，科予剝奪生命

³⁰ 18 U.S.C. § 3593, "(e)Return of a Finding Concerning a Sentence of Death. If, in the case of—(2)an offense described in section 3591(a)(2), an aggravating factor required to be considered under section 3592(c) is found to exist; ...the jury, or if there is no jury, the court, shall consider whether all the aggravating factor or factors found to exist sufficiently outweigh all the mitigating factor or factors found to exist to justify a sentence of death, or, in the absence of a mitigating factor, whether the aggravating factor or factors alone are sufficient to justify a sentence of death. Based upon this consideration, the jury by unanimous vote, or if there is no jury, the court, shall recommend whether the defendant should be sentenced to death, to life imprisonment without possibility of release or some other lesser sentence."

³¹ 吳燦，「教化可能性」於死刑案件量刑之定位，檢察新論，23 期，2018 年 2 月，頁 19。

之刑罰。透過死刑的威嚇力行一般預防，以死刑之執行根除社會上特殊惡性之根源，防衛社會，對全體的人道觀應優於對個體的人道觀，為了社會公共福祉承認死刑存續之必要性。「酷刑」與否，為執行方法問題，死刑並非窮極的刑罰，為冷嚴的刑罰，作為刑罰之死刑，非憲法第 36 條之酷刑。死刑與其他刑罰執行方法一樣，從人道的角度，應置放於該時代及環境中，一般均認為有殘虐性，不得不謂為殘虐刑罰，若日後死刑改為火刑、磔刑、梟首、大鍋油炸等殘虐的執行方法，則違反憲法第 36 條³²。

2009 年起，日本實施裁判員制度，而上揭死刑合憲之見解，仍然被維持。由裁判員參與審判，針對被告對營業中之柏青哥店內之人，以放火方式隨機殺人，致 5 人死亡，10 人負傷而判處死刑的大阪地方裁判所平成 23 年(2011 年)10 月 31 日判決，判決中也同樣駁斥辯護人主張絞首刑為酷刑之見解，法院認為要評價死刑之執行方法是否屬殘虐的刑罰，應限於無人性、非人道，衝擊一般人之情感者，然絞首刑卻為死刑執行方法中最良善者³³。

2. 公民與政治權利國際公約與死刑與否之論述無涉

日本在 1956 年才加入聯合國，公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約於 1966 年通過之後，日本直到 1978 年 5 月 30 日才同時簽署公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約³⁴，並於 1979 年 6 月 21 日同時存放兩個公約之批准書，因而公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約同時於 1979 年 9 月 21 日對日本生效³⁵。然而賦予個人有申訴權利的公民與政治

³² 最大判昭 23・3・12 刑集 2 卷 3 号 191 頁，<https://reurl.cc/raxenN>(最後瀏覽：2021 年 7 月 23 日)。

³³ 大阪地判平 23・10・31，下級裁裁所裁判例速報，<https://reurl.cc/dVWrZD>(最後瀏覽：2021 年 7 月 23 日)

³⁴ 外務省，国会提出条約・法律案，經濟的、社会的及び文化的權利に関する規約(略称：社会権規約)，<https://reurl.cc/EneNDg> (最後瀏覽：2021 年 7 月 23 日)。

³⁵ 公民與政治權利國際公約部分，參照外務省，国会提出条約・法律案，市民的及び政治的權利に関する国際規約(略称：自由権規約)，<https://reurl.cc/xGAbKE> (最後瀏覽：2021 年 7 月 23 日)。

權利國際公約任擇議定書³⁶，及廢除死刑之公民與政治權利國際公約第二任擇議定書³⁷，日本均未加入。

日本最高裁判所固有認為公民與政治權利國際公約中之若干權利如表現自由³⁸、公平審判權利³⁹、平等權⁴⁰等，不待自動履行條款得直接適用，但於經濟社會文化權利國際公約則採不得直接適用的見解⁴¹，但由於日本仍屬有死刑之國家，且最高裁判所認公民與政治權利

經濟社會文化權利國際公約部分，參照外務省，国会提出條約・法律案，經濟的、社会的及び文化的權利に関する規約(略称：社会権規約)，<https://reurl.cc/EneNDg> (最後瀏覽：2021年7月23日)。

³⁶ 參見：https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-5&chapter=4(最後瀏覽：2021年7月23日)。

³⁷ 參見：https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-12&chapter=4(最後瀏覽：2021年7月23日)。

³⁸ 最大判平1・3・8民集第43卷2号89頁，<https://reurl.cc/1YqVEm> (最後瀏覽：2021年7月23日)。《公民與政治權利國際公約》第19條第3項規定，對包含接收資訊等自由在內的表現自由之權利行使課以限制必須有法律之規定，記錄筆記之行為一般來說為人的日常活動之一，並在日常各個場合中進行，其涉及相當程度之範圍，雖說該行為並非完全與憲法所保障之自由有關，然而若將該行為視為接觸、獲取各種意見、知識、資訊之輔助行為，觀諸憲法第二十一條第一項規定之精神，紀錄筆記之自由乃應受到尊重。伴隨著審判公開制度之保障，旁聽人得以在法庭中聆聽審判之進行，而旁聽人在法庭中記錄筆記，若是為了認識或者記憶其所聆聽之審判所為之行為，則應予以尊重並不應無故予以妨礙者。但是鑒於法庭警察權在這些場合當中必須適當且迅速行使，該職權之行使應賦予最能確實掌握該當法庭狀況者，亦即對訴訟進行具有全部責任的審判長廣泛之裁量；因此，是否行使該權限以及其所採取之措施應給予審判長最大限度之尊重。因此依據前述各法律之規定對旁聽人記錄筆記之行為所行使之法庭警察權，並不違反《公民與政治權利國際公約》之上述規定。

³⁹ 最決平12・6・13民集第54卷5号1635頁，<https://reurl.cc/ZGvk6Q> (最後瀏覽：2021年7月23日)。被告遭到逮捕後不久，偵察機關收到因受到得選任辯護人之委託而成為辯護人者提出初次會面之申請，對於指定會面時日等時應採取之措施。而若該機關將接見日期指定為隔日之措施符合日本國家賠償法第1條第1項所言之違法行為，日本刑事訴訟法第39條第3項之規定並不違反《公民與政治權利國際公約》第14條第3項第2款與第4款。

⁴⁰ 在日韓國人辦理外國人登錄證，須押捺指紋，被告拒絕後，遭警調查後遭逮捕，經檢察官訊問後釋放，被告請求國家賠償之案件。第一審京都地裁駁回原告之訴，第二審大阪高裁判決(大阪高裁平成6・10・28，LEX/DB 27826292)被告一部勝訴，但最高裁判所(最決平10・9・7集民第189号613頁，<https://reurl.cc/ogAaLg>【最後瀏覽：2021年7月23日】)。一審判決無誤。二審判決論及公民與政治權利國際公約具有自動履行性，同時指出歐洲人權法院判決可做為參考，不過本判決認定日本國內法律規範並未違反《公民與政治權利國際公約》，其認為「拍照、採取指紋及身體檢查符合刑事法規範，並為社會一般通念中留置設施所為之保安管理行為，尚未逾越法律所允許之範圍，亦無違反『公民與政治權利國際公約』第七條之虞。」而本案之指紋押捺制度本身並未違反《公民與政治權利國際公約》第二十六條之規定，但是判決中亦指出，「惟對於定住外國人，特別是因平和條約脫離國籍者，是否需要強制押捺指紋，有做特別考慮之必要。」然此部分最高裁判所並採認。

⁴¹ 最高裁判所第一小法廷平成元年3月2日駁回上訴之判決，駁回原有日本國籍，但因日本戰敗而喪失日本國籍的在日朝鮮人塩見日出，請求殘障福祉年金的要求，塩見日出主張《經濟社會文化權利國際公約》有直接法拘束力之見解，不被法院所採納，法院的理由是：《經濟社會文化權利國際公約》第9條係應積極地向實現社會保障政策推進的政治責任的宣示，並不是規定應即時賦予個人具體權利。該公約第2條第1項「採取一切適當方法，尤其包括用立法方法，

國際公約之規定，係視各權利性質，又日本也未加入、批准上揭廢除死刑之公民與政治權利國際公約第二任擇議定書，故關於死刑與否之論述，仍循最高裁判所既有之判斷基準。

(二)死刑可否之程序運作

日本刑事訴訟法第 405 條規定上訴第 3 審的理由，包括「(第 1 款)違反憲法或解釋憲法有誤、(第 2 款)違反最高裁判所判例之見解、(第 3 款)於無最高裁判所判例之情形，而與大審院⁴²或該當第三審法院之高等裁判所判例或本法施行後與該當二審裁判所之高等裁判所判例相違反之見解」，此條所稱最高裁判所之「判例」，係指包含法令解釋之判斷，事實認定或量刑等之判斷並非判例，裁判理由屬於主論之法律判斷，方為判例⁴³。

由於量刑等之判斷並非判例，故量刑不當之案件，最高裁判所大都以「決定」之形式駁回上訴，惟上訴第三審之死刑案件，最高裁判所必召開言詞辯論，且均以「判決」形式為之⁴⁴。

(三)選擇死刑的基準

最高裁判所第 2 小法廷，在昭和 58 年(1983 年)7 月 8 日撤銷原判決發回二審更為審理之判決⁴⁵，於傍論中提出選擇死刑的判斷基準，習稱「永山基準」，嗣後經下級裁判所及最高裁判所判決時引用而擴

漸進達成本公約中所承認的權利的充分實現」亦明示該訴求。國際條約、宣言等，對日本可能不具有法之拘束力，即便具有法之拘束力，其亦無直接排斥國籍條項之趣旨。原告主張違反日本國憲法第 98 條第 2 項(應誠實遵守已締約之條約及已確立之國際法規)之主張，應認定其無理由。參見最決平 1・3・2 集民第 156 号 271 頁，<https://reurl.cc/vqAOKy>(最後瀏覽：2021 年 7 月 23 日)。

⁴² 即日本戰前之最高法院。

⁴³ 三井誠、河原俊也、上野友慈、岡慎一(編)，平木正洋，新基本法コンメンタール 刑事訴訟法，日本評論社，3 版，2018 年 4 月，647 頁。

⁴⁴ 山口進、宮地ゆう，最高裁の暗闘 少数意見が時代を切り開く，朝日新聞，2011 年，184 頁。轉引自謝煜偉，最高法院在死刑量刑判斷中的角色與功能：日本與台灣的比較，收錄於葉俊榮編 變遷中的東亞法院，臺大出版中心，2016 年 10 月，160 頁。

⁴⁵ 最決昭 58・7・8 刑集 37 卷 6 号 609 頁，<https://reurl.cc/MZbXOX>(最後瀏覽：2021 年 6 月 11 日)。

大其影響力，迄今仍存續。

該判決指出：「死刑制度仍存的現行法制下，併合考察犯行之罪質、動機、態樣，特別是殺害手段的偏執性與殘虐性、結果的重大性，特別是被害者之個數、遺屬的被害感情、社會影響、犯人年齡、前科、犯行後情狀等諸種事由之際，認為其罪責誠屬重大、無論從罪刑均衡的角度或從一般預防的角度來看，極刑乃不得已者，不得不謂也得允許死刑之選擇」。

永山基準固然是昭和時代以被告 1 人單獨犯連續殺人之犯罪事實為前提的立論，平成時代仍繼續適用⁴⁶，並有更具體的判斷準則⁴⁷：
1. 殺害 3 人以上，如不判死刑，需有特別情事。
2. 殺害 1-2 人，個案之情狀將決定是否判處死刑，取贖為目的、假釋期間再犯、懷恨報復、以在被害人身上淋煤油而燒死之殘虐方式等，應判處死刑。
3. 伴隨性犯罪之犯行，而被害者家屬又強烈要求判處死刑(如光市母子殺害事件⁴⁸)。

另外，依據已故前日本最高法院法官滝井繁男所述，死刑判決有需要最高法院全體一致決的不成文默契，如有不同意見，需討論至全員一致，以便讓死刑定讞之正當性充分，且量刑判斷不附反對意見⁴⁹。

⁴⁶ 謝煜偉，最高法院在死刑量刑判斷中的角色與功能：日本與台灣的比較，收錄於葉俊榮編選中的東亞法院，臺大出版中心，2016 年 10 月，188 頁。

⁴⁷ 參照前田雅英(著)、張永宏(譯)，死刑與無期徒刑之界線，司法周刊 1792 期，2016 年 4 月 1 日，15-18 頁。

⁴⁸ 犯罪事實略以：行為人行為時為 18 歲又滿 1 個月，白天侵入公寓屋內欲強姦 23 歲家庭主婦，因遭受抵抗而決意傷害之以行姦，遂以雙手勒其頸部致身亡而完成性行為，後因發現屋內 11 月餘女嬰大哭，唯恐犯行遭發現而將女嬰摔至地上，再以繩子勒其頸部致身亡，離去前並竊取錢包 1 只。日本最高法院認為，被告係為姦淫被害人而決意殺害被害人，於殺害被害人後再冷血地遂其姦淫犯行，在此之間，被害嬰兒持續激烈哭泣，被告不僅毫不在意，更將被害嬰兒舉起後向地面用力丟擲，更將持續哭泣且爬往母親遺體之嬰兒以繩索繞住其脖子而絞殺之，其罪質甚為惡質且結果極為重大，觀諸其犯罪之動機與經過，絲毫全無值得斟酌同情之點，且犯行後之情狀亦難謂良好，況遺屬之被害情感極為峻烈，對此，被告全無任何賠償慰撫之舉措，且造成社會相當大之衝擊。綜合上述各點，認為只要沒有應該特別予以酌量之情狀，不得不說只能選擇死刑，參照最高裁判所第三小法廷平成 18 年 6 月 20 日撤銷原無期徒刑判決發回二審之判決(最判平 18・6・20 集刑第 289 号 383 頁，<https://reurl.cc/mq3lL9>(最後瀏覽：2021 年 7 月 23 日)。本案經發回後，二審仍然為死刑判決，最後最高裁判所也維持之，參照広島高判平 20・4・22，<https://reurl.cc/v5Wk6a>(最後瀏覽：2021 年 7 月 23 日)。

⁴⁹ 滝井繁男，最高裁判所は変わったか：一裁判官の自己検証，岩波書店，2009 年 7 月，317-318 頁。

(四)未必故意殺人得判處死刑

最高裁判所第三小法廷平成 21 年 4 月 21 日駁回上訴的判決⁵⁰，以全體一致決，判處將毒物混入食物中，率而進行無差別、大量殺傷之被告死刑，理由略以：罪質極為惡劣，態樣卑劣，非常殘忍，其所殺害之人包括當時 64 歲之主辦祭典的自治會會長、53 歲之副會長、16 歲的高中女生、10 歲的小學生，在極其歡樂之祭典遭遇不測，亦對其遺族造成極其嚴重之處罰。而且有 63 人因食用而受有傷害，甚多之人得有生命危險之重症，並為將長時間無法根除之後遺症所苦，其結果至為重大，亦對社會造成重大衝擊。此外，被告前有與保險金詐欺有關之殺人未遂犯行，其犯罪性向根深蒂固難以斷絕，又被告對於本件咖哩毒物殺人事件大半全面否認，亦無對於遺族或被害人有任何致歉之舉措，其刑事責任極為重大，縱然殺意僅止於未必故意，無犯罪前科。

三、小結

美國及日本均加入及批准公政公約，並均保留死刑制度，與我國相似。美國聯邦法 18 U.S.C. § 1111 規定縱火致人死亡屬於一級殺人罪，處死刑或無期徒刑。最高法院 [110 年度台上字第 3266 號](#) 判決系爭案件若發生於美國，被告犯行對其欲加害對象以外之第三人產生嚴重生命危險、且造成 6 人死亡，依美國聯邦法 18 U.S.C. § 3592(c) (5) (16) 規定，符合判處死刑之加重因素，得判處死刑。依日本最高裁判所所建立之死刑判斷基準，即便是未必故意殺人，亦得判處死刑。

陸、本署見解

⁵⁰ 最三小判平 21・4・21 集刑第 296 号 391 頁，<https://reurl.cc/LbZxje>(最後瀏覽：2021 年 7 月 23 日)，判例要旨：<https://reurl.cc/LbZove>(最後瀏覽：2021 年 7 月 23 日)。

一、「間接故意」之不法內涵與罪責，未必比「直接故意」輕微

我國刑法之故意，依刑法第 13 條第 1 項、第 2 項之規定，分為直接故意與間接故意二種。直接故意是指行為人對於構成犯罪的事實，具備明知並有意使其實現的欲念；間接故意則是指行為人對其行為可能導致構成要件結果的發生有所認識，且容任構成要件實現的風險。

主張行為人基於「間接故意」犯殺人罪者不得判處死刑之主要論據為：「間接故意」和「直接故意」一樣，都能預見到行為可能會發生犯罪結果，但「間接故意」並非「有意使其發生」，只是「容任構成要件實現的風險」，因此「間接故意」之主觀惡性低於「直接故意」，並非公政公約第 6 條第 2 項之「情節最重大之罪」。系爭判決即基於此一邏輯，認為：「刑法上故意，分為直接故意與間接故意二種，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，乃予容認而聽任事情自然進展，終致發生犯罪結果，故間接故意之不法內涵與罪責內涵，顯較直接故意為輕。」（系爭判決書第 20 頁）

然而，我國法固然將少部分故意犯於立法中特別規定「明知」之要素，以立法限制僅處罰基於「直接故意」之行為，例如刑法第 213 條公務員登載不實罪或刑法第 214 條使公務員登載不實罪，以行為人主觀上「明知不實之事項」為必要；但對於絕大多數犯罪，行為人基於「直接故意」或「間接故意」犯之，因主觀惡性未必有輕重之分，處罰並無不同。如同上述美國、日本等先進國家立法例所示，本案涉犯之刑法第 271 條第 1 項殺人罪，即屬設有相對死刑之法律規定，行為人基於「間接故意」殺人或基於「直接故意」殺人，其法定罪責並無區別。

以前述最高法院 [101 年台上字第 244 號](#) 判決為例，該案被告僅

因帝王大飯店地下室餐廳人員未據實告知其打聽某婦女之處所，即放火洩忿燒燬現供大眾自由出入之餐廳、旅社，釀成 26 人死亡、3 人重傷之慘劇，嚴重影響社會公共安全，行為人漠視他人生命、身體與財產安全，其惡性與直接故意殺人相較，豈有軒輊？

以系爭案件言，本案被告僅因與翁祥智在案發二年前偶然發生之細小糾紛，經由訴訟過程得知翁祥智及其全家人均住居於本案住宅後，即起意實施縱火行為，對翁祥智實施報復。被告不但預先勘查周遭環境而得悉監視器所在位置，因此知悉必須先以長柄拖把移動該監視器鏡頭方向，更特意頭戴安全帽及口罩遮掩自己面容特徵，又選擇凌晨時分人煙稀少且眾人皆熟睡難以反應之際下手。可見被告於行為前即有充分、縝密之思慮、計畫及準備，以達其掩飾身分及造成最大程度傷亡之報復目的。再以被告係在縱火前二日即購妥汽油，在案發當日凌晨抵達現場後，又多次進出放火地點，可見其在犯案過程中有充分仔細思考行為結果之時間，並非一時衝動失慮。其縱火結果造成 6 人死亡、2 人僥倖逃生，死者均為被告報復對象翁祥智之至親，與被告均無何仇怨。綜上考量死者死亡前歷經之苦痛、翁祥智頓失多位至親之精神上重大打擊等情，被告「間接故意」殺人之不法內涵與罪責，應不比「直接故意」輕微。

廖元豪教授對此即指出：「一般大眾難以理解的，就是這種怪異的論述—「情節重大」與「直接或間接故意」有什麼關係呢？最高法院自己都表示，湯景華「危害公共安全及社會秩序至深且鉅，其犯罪情節事項極為嚴重」，卻又說「因為依公政公約，間接故意就不是情節重大」，那民眾當然覺得「兩公約」是個莫名其妙、不合常理的東西啊。自己不想判人死刑，又不願意面對社會輿論，就把公政公約搬出來當人肉盾牌。這樣將人權公約污名化，是很糟糕的法治示範。……扭曲、甩鍋兩公約，等於是誤用法律⁵¹」。

⁵¹ 廖元豪，湯景華縱火殺人不判死刑，別牽扯兩公約，風傳媒，2021 年 7 月 5 日。

孫健智法官亦持相似見解：「當一個人對於自己的行為可能造成的結果，抱持著毫不在意、蠻不在乎、交給機緣巧合決定的心態，法院還說因為他是間接故意、所以當然不如直接故意來得嚴重，說起來好像有那麼一點牽強。」⁵² ⁵³

二、死刑目前仍是我國法律明文承認的刑罰，法官不能拒絕適用法律

向來刑罰之目的有「應報主義」、「一般預防主義」及「特別預防主義」三種主要理論，其中主張應報理論者認為刑罰以正義之平衡為目的，故應同罪同刑；主張特別預防理論者則認為刑罰以矯正犯人為主要目的，量刑應依被告接受矯正程度的需要不同而有差別；目前通說主張量刑應兼顧正義之平衡與犯人之特別情況⁵⁴。

當法院依被告罪行、罪責加以衡量後，認非處以死刑無法符合社會普遍認可之法價值體系及其表彰之社會正義，達到「處罰與防治最嚴重罪行」之功用時，該「死刑刑罰」之目的確實僅有「處罰及一般性預防功能」，並無「特別預防功能」。但是否廢除死刑，屬於有民意基礎的立法機關之職權範圍，法院應謹守司法分際，僅能就個案情節加以權衡科刑，豈能以曲解國際公約規定方式，來闡述其主張。

廖元豪教授對此即直言：「死刑目前仍是中華民國法律中明文承認的刑罰，法官不能拒絕適用法律。在個案中，法官可以依法理嚴格限縮死刑之適用範圍，但法官畢竟是法的僕人，不可在行使司法權之際，任意展現自己的主觀價值。如果法官真心基於自己的法學見解，認為「間接故意」就不是「情節最重大之罪」，那就請清

⁵² 孫健智，間接故意殺人就不會是最嚴重罪行嗎？湯景華案省思與法院誤譯，鳴人堂，2021年7月22日，<https://opinion.udn.com/opinion/story/11917/5617108> (2021年7月23日參閱)。

⁵³ 此外，可參閱彭新林，論故意程度對死刑的限制適用，學術交流，253期，2015年4月，93頁，95頁。

⁵⁴ 參閱蘇俊雄，量刑法理與法制之比較研究，法官協會雜誌，1卷2期，1999年，49-50頁；林山田著，刑法通論，1985年，374-375頁。

晰地論證，而不要甩鍋給無關的兩公約。⁵⁵」

三、依人權事務委員會 2018 年第 36 號一般性意見，公政公約第 6 條第 2 項「情節最重大之罪」包括間接故意殺人

公政公約固然採取鼓勵廢除死刑及減少科處死刑之立場，但公政公約第 6 條第 2 項之「情節最重大之罪」指故意殺人並生死亡結果之犯罪，對應至我國法，應包括基於直接故意或間接故意而殺人。人權事務委員會 2018 年第 124 屆會議第 36 號一般性意見第 35 段對此詳細闡釋：「僅限於涉及故意殺人的極嚴重罪行。在第六條的架構內，未直接和故意導致死亡的罪行(“Crimes not resulting directly and intentionally in death”)，如謀殺未遂、貪腐及其他經濟和政治罪行、武裝搶劫、海盜行為、綁架以及毒品和性犯罪儘管具有嚴重性質，但絕不能作為判處死刑的理由。同樣地，有限度地參與或共犯即便情節最重大之罪，例如為謀殺提供實際工具，也不能作為判處死刑的理由。⁵⁶」從該段意見列舉解釋可以看出「情節最重大之罪」應排除下列三者：殺人未遂、不生死亡結果之其他重大犯罪、幫助犯，並未排除「間接故意」殺人。

再者，“intent”屬於英美普通法(common law)之法律術語，若認為“intentional”之解讀應有特別於日常的法律意涵，亦應回到

⁵⁵ 廖元豪，湯景華縱火殺人不判死刑，別牽扯兩公約，風傳媒，2021 年 7 月 5 日。

⁵⁶ 法務部人權大步走網站，公民與政治權利國際公約第 36 號一般性意見(中文版)，第 8 頁，<https://reurl.cc/Enp6m0>(2021 年 6 月 8 日參閱)。

英文原文引自：UN Treaty Body Database，<https://reurl.cc/6aEd1d>(最後瀏覽：2021 年 6 月 8 日)。
The term “the most serious crimes” must be read restrictively and appertain only to crimes of extreme gravity, involving intentional killing. **Crimes not resulting directly and intentionally in death, such as attempted murder, corruption and other economic and political crimes, armed robbery, piracy, abduction, drug and sexual offences, although serious in nature, can never serve as the basis, within the framework of article 6, for the imposition of the death penalty.** In the same vein, a limited degree of involvement or of complicity in the commission of even the most serious crimes, such as providing the physical means for the commission of murder, cannot justify the imposition of the death penalty. States parties are under an obligation to review their criminal laws so as to ensure that the death penalty is not imposed for crimes which do not qualify as the most serious crimes. They should also revoke death sentences issued for crimes not qualifying as the most serious crimes and pursue the necessary legal procedures to re-sentence those convicted for such crimes.

傳統普通法的概念。普通法系國家 intent 包括特定意圖犯(specific intent)與故意犯(general intent)，而故意犯包括我國的直接故意與間接故意，已詳如前述(外國立法例美國法)。因此，主張廢死的刑事改革國際聯盟(Penal Reform International)才會推動修法建議(Recommended strengthening of standards)，主張將公政公約第 6 條第 2 項「情節最重大之罪」限於「行為人有殺人意欲」之犯行(“an intention to kill which result in loss of life”)⁵⁷；亦即，刑事改革國際聯盟主張具備前述英美法“malice aforethought”4 項主觀要素中之第一項(詳前述美國法殺人罪之介紹)「行為人有殺人意欲」(“intent to kill a human being”，屬於“specific intent”性質)才能構成公政公約第 6 條第 2 項之「情節最重大之罪」，但該建議迄今並未被採行。倘人權事務委員會 2018 年第 36 號一般性意見採限縮於“specific intent”之見解，刑事改革國際聯盟豈有推動此修法之必要？

本案所適用之刑法第 271 條規定：「殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。」與公政公約第 6 條第 2 項及相關規定並無牴觸。兩公約施行法第 3 條規定：「適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。」人權事務委員會既對「情節最重大之罪」之意義已清楚解釋其範圍，我國法院不應作不同解釋。乃系爭判決解釋公政公約第 6 條第 2 項及相關規定，竟指「情節最重大之罪」對應至我國法，限於直接故意殺人罪，系爭判決應有適用法律不當之違背法令。

四、結論

綜上，本署認為：公政公約第 6 條第 2 項之「情節最重大之

⁵⁷ Penal Reform International, Recommended strengthening of standards, “The ‘most serious crimes’ definition should be explicitly stated to **apply only to acts involving an intention to kill which result in loss of life.**”第 7 頁，<https://reurl.cc/R0rZan>，(2021 年 8 月 2 日參閱)。

罪」對應至我國法，並不排除行為人基於間接故意之殺人罪；行為人基於間接故意而殺人，且情節重大，得判處死刑。乃系爭最高法院 110 年度台上字第 3266 號 判決違背人權事務委員會 2018 年第 36 號一般性意見，及悖於主要參考國家之立法例及見解，有刑事訴訟法第 378 條所規定判決適用法則不當之違背法令。本案所涉之法律問題最高法院先前有分歧見解，且具原則重要性，實務經常發生，應提案予刑事大法庭裁判，並一槌定音，爰依法院組織法第 51 條之 4 提出聲請。

柒、案經確定，爰依刑事訴訟法第 441 條、第 443 條提起非常上訴，以資糾正。

此致

最高法院

檢察總長 江惠民

中 華 民 國 110 年 9 月 6 日