

釋憲聲請書

正本

聲請人 徐偉展

(現於法務部矯正署臺北看守所服刑中)

代理人 高焯輝 律師 住臺北市大安區信義路四段 406 號 3 樓
(扶助律師) 電話：(02) 2700-6620，傳真：2700-6671
【民揚法律事務所】

茲依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款及第 8 條第 1 項之規定，聲請解釋憲法，並將有關事項敘明如下：

壹、聲請解釋憲法之目的

一、請求解釋：

- (一) 本件原因案件確定終局判決 (一) 所適用之刑法第 332 條第 1 項得科被告死刑之法律規定，違反憲法第 23 條所揭櫫之「基本權利剝奪禁止原則」，且違反已具有國內法律效力之〈公民與政治權利國際公約〉第 6 條第 1 項課予國家機關「禁止恣意剝奪生命權」之國際人權法義務，與憲法第 15 條保障人民生存權之意旨不符。
- (二) 本件原因案件確定終局判決 (一) 所實質援用之刑事訴訟法第 389 條規定，未明定被告到庭參與第三審之審判之權利，侵害聲請人依據〈公民與政治權利國際公約〉第 14 條第 3 項第 4 款

揭示之「出席審判權」及「公正審判」之要求，並構成公政公約第6條第1項「禁止恣意剝奪生命權」之違反，就國家對於人民之生存權與訴訟權所負之基本權保護義務顯有不足，違反「禁止保護不足」之憲法原則，核與憲法第15條保障人民生存權及第16條保障人民訴訟權之意旨不符。

- (三) 死刑之執行將造成聲請人之生存權及其他所有基本權利無法回復之損害，聲請人就強盜殺人結合犯死刑規定所為暫時處分之聲請，應予准許。於本解釋公布前，聲請人已受死刑宣告之確定裁判應停止執行。

二、聲請目的：

- (一) 按「人民於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法，司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款定有明文。聲請人因強盜殺人等案件，前經最高法院100年度台上字第1188號判決駁回殺人部份之上訴【原因案件確定終局判決（一），附件1】及101年度台上字第5346號判決駁回強盜強制性交、強制性交部份之上訴【原因案件確定終局判決（二），附件2】，而告確定在案。惟本件原因案件確定終局判決（一）最高法院100年度台上字第1188號判決所適用之刑法第332條第1項【強盜殺人結合犯】，得科予刑事被告死刑之法律規定，違反憲法第23條所揭禁之「基本權利剝奪禁止原則」，且違反已具有國內法律效力之〈公民與政治權利國際公約〉第6條第1項課以司法機關「禁止恣意剝奪生命權」之國際人權法義務，致聲請人受憲法第15條保障之生存權遭受損害；又本件原因案件確定終局判決（一）所實質援用之

刑事訴訟法第389條規定，未明定被告到庭參與第三審之審判之權利，侵害聲請人依據〈公民與政治權利國際公約〉第14條第3項第4款揭示之「出席審判權」及「公正審判」之要求，並構成公政公約第6條第1項「禁止恣意剝奪生命權」之違反，就國家對於人民之生存權與訴訟權所負之基本權保護義務顯有不足，違反「禁止保護不足」之憲法原則，核與憲法第15條保障人民生存權及第16條保障人民訴訟權之意旨不符。聲請人謹依司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款規定聲請解釋憲法，爰為本聲請書第一項請求解釋之聲請。

- (二) 次按，「人民於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法，司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款定有明文。所謂裁判所適用之法律或命令，係指法令之違憲與否與該裁判有重要關聯性而言。以刑事判決為例，並不限於判決中據以論罪科刑之實體法及訴訟法之規定，包括作為判斷行為違法性依據之法令在內，均得為聲請釋憲之對象。」(大法官釋字第 535 號解釋理由書第 1 段參照)、又「人民於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義，依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定聲請本院解釋憲法時，本院審查之對象，非僅以聲請書明指者為限，且包含該確定終局裁判援引為裁判基礎之法令，並與聲請人聲請釋憲之法令具有重要關聯者在內。」(大法官釋字第 576 號解釋理由書第 1 段參照)。經查，本件原因案件確定終局判決(一)，駁回聲請人關於更十審判決依刑法第 332 條第 1 項強盜殺人結合犯之罪刑判處聲請人死刑之上訴，

而刑事訴訟法第 389 條「第三審法院之判決，不經言詞辯論為之。但法院認為有必要者，得命辯論。」之規定，為本件原因案件確定終局判決（一）所實質援用，惟刑事訴訟法第 389 條未明定被告到庭參與第三審之審判之權利，侵害聲請人依據〈公民與政治權利國際公約〉第 14 條第 3 項第 4 款揭示之「出席審判權」及「公正審判」之要求，並構成公政公約第 6 條第 1 項「禁止恣意剝奪生命權」之違反，就國家對於人民之生存權與訴訟權所負之基本權保護義務顯有不足，違反「禁止保護不足」之憲法原則，核與憲法第 15 條保障人民生存權及第 16 條保障人民訴訟權之意旨不符。聲請人謹依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定聲請解釋憲法，爰為本聲請書第二項請求解釋之聲請。

（三）又死刑之執行將造成聲請人之生存權及其他所有基本權利無法回復之損害，爰併依大法官釋字第 585 號及第 599 號解釋聲請暫時處分，於本解釋公布前，關於聲請人已受死刑宣告之確定裁判應停止執行，爰為本聲請書第三項請求解釋之聲請。

貳、疑義之性質與經過，及所涉之憲法條文：

一、疑義之性質：

（一）按刑法第 332 條第 1 項之實體法規定，刑事訴訟法第 389 條之程序法規定，均為本件原因案件確定終局判決（一）所適用及實質上引用。

（二）次按，我國於 98 年 3 月 31 日已通過「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」（下稱「兩公約施行

法」)，並於 98 年 4 月 22 日由總統公佈生效；且總統復於 98 年 5 月 14 日簽署「兩公約」之批准書。聲請人認強盜殺人結合犯之死刑規定【刑法第 332 條第 1 項】，已違反憲法第 23 條所揭櫫之「基本權利剝奪禁止原則」，且亦違反〈公民與政治權利國際公約〉第 6 條第 1 項所課予國家機關之「禁止恣意剝奪生命權」此一國際人權法義務，聲請人受憲法第 15 條所保障之生存權已遭受上開確定終局判決所適用之刑法第 332 條第 1 項法律規定所侵害。

(三) 又聲請人認依〈公民與政治權利國際公約〉第 14 條第 3 項第 4 款揭示之「出席審判權」及「公正審判」之要求，聲請人享有親自到庭參與第三審之審判之權利，惟刑事訴訟法第 389 條未明定被告到庭參與第三審之審判之權利，致國家對於人民之生存權與訴訟權所負之基本權保護義務顯有不足，違反「禁止保護不足」之憲法原則，並構成公政公約第 6 條第 1 項「禁止恣意剝奪生命權」之違反，核與憲法第 15 條保障人民生存權及第 16 條保障人民訴訟權之意旨不符。

(四) 末按，大法官釋字第 263 號、第 476 號及第 512 號解釋固曾就死刑規定予以解釋在案，惟上開解釋涉及之死刑規定分別為：「懲治盜匪條例第 2 條第 1 項第 9 款」、「肅清煙毒條例第 5 條第 1 項」及「毒品危害防制條例第 4 條第 1 項」，核與聲請人所涉係強盜殺人結合犯之死刑規定（「刑法第 332 條第 1 項」），均不相同，故本件聲請案與上開先前三個解釋案之釋憲標的實不相同，且本件聲請案與上開先前三個解釋案之時空背景亦已有所不同，併此陳明。

二、疑義之經過：

- (一) 按聲請人徐偉展因強盜殺人等案件，前經臺灣臺北地方法院檢察署以 86 年度偵字第 6871 號、86 年度偵緝字第 272 號起訴，經一審判決後上訴，先後歷經發回更審十次，聲請人對臺灣高等法院 99 年度重上更（十）字第 184 號判決提起上訴，經最高法院 100 年度台上字第 1188 號判決駁回殺人部份之上訴【即原因案件確定終局判決（一），見附件 1】；惟就強盜強制性交、強制性交部份發回更審，嗣經臺灣高等法院另以 100 年度上重更（十一）字第 14 號判決，再經聲請人提起上訴，終經最高法院以 101 年度台上字第 5346 號判決駁回強盜強制性交、強制性交部份之上訴【即原因案件確定終局判決（二），見附件 2】，全案因而全部確定在案。
- (二) 聲請人已窮盡所有救濟途徑，惟仍認本件原因案件確定終局判決（一）所適用之刑法第 332 條第 1 項規定及所實質援用之刑事訴訟法第 389 條規定，分別具有上開違憲疑義，乃提出本件釋憲聲請。

三、所涉及之憲法條文：

- (一) 憲法第 15 條生存權之保障、憲法第 16 條人民訴訟權之保障、憲法第 23 條之「基本權利剝奪禁止原則」。
- (二) <公民與政治權利國際公約>第 6 條第 1 項「禁止恣意剝奪生命權」之國際人權法義務、<公民與政治權利國際公約>第 14 條第 3 項第 4 款之「出席審判權」及「公正審判」之要求。

參、聲請解釋憲法之理由，及聲請人對本案所持之立場與見解：

甲、就刑法第 332 條第 1 項有違憲疑義，聲請釋憲部分：

一、依過往釋憲實務，大法官解釋憲法間或有援引外國立法例、外國司法機關裁判見解作為解釋理由：

(一) 按「憲法並非靜止之概念，其乃孕育於一持續更新之國家成長過程中，依據抽象憲法條文對於現所存在之狀況而為法的抉擇，當不能排除時代演進而隨之有所變遷之適用上問題。從歷史上探知憲法規範性的意義固有其必要；但憲法規定本身之作用及其所負之使命，則不能不從整體法秩序中為價值之判斷，並藉此為一符合此項價值秩序之決定。人權保障乃我國現在文化體系中之最高準則，並亦當今先進文明社會共同之準繩。作為憲法此一規範主體之國民，其在現實生活中所表現之意念，究欲憲法達成何種之任務，於解釋適用時，殊不得不就其所顯示之價值秩序為必要之考量。」，大法官釋字第 392 號解釋理由書就此論述纂詳。

(二) 又依過往大法官釋憲實務，大法官解釋憲法間或有援引外國立法例、外國司法機關裁判見解作為解釋理由，有下列解釋足供參照：

1、釋字第 342 號解釋理由書：

『立法院於審議法律案過程中，曾否踐行其議事規範所定程序乃其內部事項，除牴觸憲法者外，屬於議會依自律原則應自行認定之範圍，並非釋憲機關審查之對象，此在各國實務上不乏可供參考之先例。美國聯邦最高法院 1890 年裁判認為：法案經

國會兩院議長署名送請總統批准並交付國務卿者，即應認該法案已經國會通過，無須審酌國會兩院之議事錄及有關文件。此係基於權力分立，各部門平等，互相尊重之意旨，司法機關就此等事項之審查權應受限制（見 Field v. Clark, 143 U.S. 649）日本最高裁判所 1962 年裁判認為：警察法修正案既經參眾兩院議決，並循法定程序公布，法院唯有尊重兩院之自主性，不應就上訴論旨所指有關制定該法議事程序之事實加以審理，進而判斷其有效或無效（日本最高裁判所大法庭 1962 年 3 月 7 日判決）。德國聯邦憲法法院 1977 年裁判亦認為：議會之議事規範除牴觸憲法者外，有關議事進行及紀律等事項，均屬議會自律之範圍。法律在審議過程中曾經不同黨派之議員參與協商，提付表決時又無基本爭議，則於表決時，不論出席人數如何，若未有至少五人以上議員之質疑，而經確認其無決議能力，即於決議之效力不生影響(BVerfGE 44, 308ff.)。此等判例所含國會議事實務之細節，雖因各國制度有異，難期一致，然其尊重議會自律之理念，則並無不同。』

2、釋字第 357 號解釋理由書：

『我國法律援民主憲政國家之通例，對審計人員行使職權予以必要之保障，於審計法第十條及審計人員任用條例第八條分別規定：「審計人員依法獨立行使其審計職權，不受干涉。」「審計官、審計、稽察，非有法定原因，不得停職、免職或轉職。」關於審計首長之職位，他國憲法或法律，或定為終身職（如荷蘭王國 1984 年憲法第 77 條），或規定相當之任期（如美國 1921 年預算及會計法第 303 條之 15 年、德國 1985 年聯邦

審計院法第3條第2項之12年、日本1986年會計檢查院法第5條之7年）。』

3、釋字第371號解釋理由書：

『採用成文憲法之現代法治國家，基於權力分立之憲政原理，莫不建立法令違憲審查制度。其未專設違憲審查之司法機關者，此一權限或依裁判先例或經憲法明定由普通法院行使，前者如美國，後者如日本（1946年憲法第81條）。其設置違憲審查之司法機關者，法律有無抵觸憲法則由此一司法機關予以判斷，如德國（1949基本法第93條及第100條）、奧國（1929年憲法第140條及第140條之1）、義大利（1947年憲法第134條及第136條）及西班牙（1978年憲法第161條至第163條）等國之憲法法院。各國情況不同，其制度之設計及運作，雖難期一致，惟目的皆在保障憲法在規範層級中之最高性，並維護法官獨立行使職權，俾其於審判之際僅服從憲法及法律，不受任何干涉。我國法制以承襲歐陸國家為主，行憲以來，違憲審查制度之發展，亦與上述歐陸國家相近。』

4、釋字第392號解釋理由書：

『又檢察官雖具有外國（如現在之法國、1975年前之德國、戰前之日本）預審法官（juged' instruction； Untersuchungsrichter 預審判事）之部分職權；但其究非等同於預審法官；況德國於一九七五年修改刑事訴訟法，廢除預審制度後，其檢察官本於基本法之規定，仍亦未完全替代預審法官以擁有羈押被告之權。是其以我國檢察官具有預審法官之性格，即謂應有刑事訴訟法上羈押被告權限之主張，仍難認為有據。』

5、釋字第 419 號解釋理由書：

『關於憲法上職位兼任是否容許，憲法有明文禁止兼任者當然應予遵守，如憲法第 75 條及第 103 條之立法委員及監察委員兼職限制之情形是；此外，若兩種職務確屬不相容者亦不得兼任，迭經本院前引釋字第 20 號、第 30 號、第 207 號等著有解釋。副總統得否兼任行政院院長憲法未作任何規定，自無明文禁止可言，故本件所涉者要在兩種職務兼任之相容性問題。按所謂不具相容性，係指憲法上職位兼任違反憲政之基本原理或兼任有形成利益衝突之虞而言。自從 1787 年美國聯邦憲法採嚴格之三權分立為其制憲之基本原則，以及法國 1789 年人權宣言第 16 條揭櫫：「任何社會中，未貫徹權利保障，亦無明確之權力分立者，即無憲法。」以還，立憲民主國家，莫不奉權力分立為圭臬，故就憲法上職位之兼任是否相容，首應以有無違反權力分立之原則為斷。一旦違反權力分立原則，除非憲法設有例外之規定（例如美國副總統之兼為參議院議長、內閣制國家之議員得兼任閣員），否則即屬違憲行為。』

6、釋字第 499 號解釋理由書：

『關於相關機關以比較憲法上理論或案例主張修憲程序不受司法審查乙節，按修改憲法及制定法律之權限由同一機關（即國會）行使之國家（如德國、奧地利、義大利、土耳其等），修憲與立法之程序僅出席及可決人數有別，性質上並無不同，修憲程序一旦發生疑義時，憲法法院得予審查，為應邀到院多數鑑定人所肯認，相關機關對此亦無異詞。在若干國家司法實例中，憲法法院對修憲條文有無牴觸憲法本文不僅程序上受理，

抑且作實體審查者，非無其例（例如德國聯邦憲法法院 1970 年 12 月 15 日判決 BVerfGE30,1ff.，譯文見本院大法官書記處編，德國聯邦憲法法院裁判選輯（八），226—283 頁；義大利憲法法院 1988 年 12 月 29 日判決 sent.n.1146/1988, 並參照 T.Martines, Diritto Costituzionale, Nono ed.1998, p.375；土耳其憲法法院 1971 年 6 月 7 日 13855 號判決及 1972 年 7 月 2 日 14233 號判決，引自 Ernst E.Hirsch, Verfassungswidrige Verfassungsänderung—Zu zwei Entscheidungen des Trkischen Verfassungsgerichts, Archiv des öffentlichen Rechts, 98, 1973）。』

7、釋字第 582 號解釋理由書：

『刑事被告享有此項權利，不論於英美法系或大陸法系國家，其刑事審判制度，不論係採當事人進行模式或職權進行模式，皆有規定（如美國憲法增補條款第 6 條、日本憲法第 37 條第 2 項、日本刑事訴訟法第 304 條、德國刑事訴訟法第 239 條）。西元 1950 年 11 月 4 日簽署、1953 年 9 月 3 日生效之歐洲人權及基本自由保障公約（European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms）第 6 條第 3 項第 4 款及聯合國於 1966 年 12 月 16 日通過、1976 年 3 月 23 日生效之公民及政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）第 14 條第 3 項第 5 款，亦均規定：凡受刑事控訴者，均享有詰問對其不利之證人的最低限度保障。足見刑事被告享有詰問證人之權利，乃具普世價值之基本人權。在我國憲法上，不但為第 16 條之訴訟基本權所保障，且屬第 8 條第 1 項規定「非由法院依法定程序不得審問

處罰」、對人民身體自由所保障之正當法律程序之一種權利（本院釋字第 384 號解釋參照）。』

8、釋字第 587 號解釋理由書：

『是為貫徹前開憲法意旨，應肯認確定真實血統關係，乃子女固有之權利，外國立法例如德國舊民法原已規定在特殊情形子女得以補充地位提出否認生父之訴，1998 年德國民法修正時配合聯合國兒童權利公約之規定，更明定子女自己亦得提起此項訴訟（德國民法第 1600 條、第 1600 a 條、第 1600 b 條參照），瑞士民法第 256 條、第 256 c 條亦有類似規定，足供參考。』

9、釋字第 632 號解釋理由書：

『憲法設置國家機關之本旨，在使各憲法機關發揮其應有之憲政功能，不致因人事更迭而有一日中斷。為避免因繼任人選一時無法產生致影響憲政機關之實質存續與正常運行，世界各國不乏於憲法或法律中明文規定適當機制，以維憲法機關於不墜之例。如美國聯邦憲法賦予總統於參議院休會期間有臨時任命權（美國聯邦憲法第 2 條第 2 項參照）；又如採取內閣制國家，於新任內閣閣員尚未任命或就任之前，原內閣閣員應繼續執行其職務至繼任人任命就職時為止（德國基本法第 69 條第 3 項、日本國憲法第 71 條參照）。』

10、釋字第 665 號解釋理由書：

『世界主要法治國家中，德意志聯邦共和國基本法第 101 條第 1 項雖明文規定，非常法院不得設置；任何人受法律所定法官審理之權利，不得剝奪—此即為學理所稱之法定法官原則，其內容包括應以事先一般抽象之規範明定案件分配，不得恣意操控由特定法官承辦，以干預審判；惟該原則並不排除以命令或依法組成（含院長及法官代表）之法官會議（Präsidium）訂定規範為案件分配之規定（德國法院組織法第 21 條之 5 第 1 項參照）。其他如英國、美國、法國、荷蘭、丹麥等國，不論為成文或不成文憲法，均無法定法官原則之規定。惟法院案件之分配不容恣意操控，應為法治國家所依循之憲法原則。我國憲法基於訴訟權保障及法官依法獨立審判，亦有相同之意旨，已如前述。』

二、德國基本法第 19 條第 2 項「本質內容保障」之「侵犯禁止」規定，保障個別基本權之「人性尊嚴內容」不受公權力主體之侵犯，應屬「法治國原則」之要求，且為「自由民主憲政秩序」之核心價值：

（一）按德國基本法第 19 條第 2 項規定：「任何情形下，基本權之本質內容（Wesensgehalt）不得侵犯」。此規定揭示基本權「本質內容」之「不可侵犯性」（Unantastarkeiten）—亦即「侵犯禁止」（Antastungsverbot）。德國學者一般認為，基本法第 19 條第 2 項有其「獨立的意義」—亦即，由於其條文明白表示：「在任何情形下」（in keinem Fall），基本權利之本質內容不得侵犯，因此基本權本質內容之「侵犯禁止」，不僅與

基本法第 19 條第 1 項的情形發生關聯（以法律或基於法律的限制），尚且及於所有各種的限制情形。¹換言之，任何涉及限制基本權利的情況，均受基本法第 19 條第 2 項的拘束，而有「侵犯禁止」的適用。「侵犯禁止」之相對人止首先指向「立法者」，此有雙重意涵；其一，法律不應直接違反侵犯禁止的要求；其二，法律亦不可「授權」執行法律的機關及司法機關，從事侵犯本質內容的行為²。換言之，侵犯禁止的對象，應包括「立法者」及其他「公權力主體」。³

（二）又德國基本法第 19 條第 2 項本質內容「侵犯禁止」規定之形成原因須追溯到德國威瑪憲法時代。在威瑪憲法中，雖然自第 109 條以下不時出現「非依法律不得… …」的字句，亦即：企圖透過「法律保留」之方式，以保障基本權；然而，立法者卻反而經由形式意義之法律，在合乎法律保留之形式下，完全掌控基本權之形成與界定，更極端的現象則是基本權在立法者「形式合法」下造成貶值（Entwertung），甚至被掏空（Entleerung）⁴。是以，基本法之制定者有鑒於威瑪時代慘痛之教訓，孜孜致力於防止基本權被「挖空」（Aushöhlung），在此目標下進而確認每一個基本權均具有一個「堅固的核心」

¹ Vgl. Maunz (1977), Maunz/Dürig/Herzjo/Schloz, Grundgesetz Kommentar, Art. 19 Abs. 2, Rdnr. 18, München 1990. ; 另請參閱，高煒輝，〈「本質內容保障」作為基本權限制之實質界限—以德國法為借鏡〉，《憲政時代》第 19 卷第 3 期，83 年 1 月，第 96 至 111 頁（第 102 頁）。

² Maunz, M/D/H/S, aaO. Rdnr. 25; 另參閱高煒輝，註 1 前揭文，第 102 頁。

³ Vgl. Ingo von Münch, Grundgesetz Kommentar, Art. 19 GG, Rdnr. 21, 3. Aufl., 1981; 另參閱高煒輝註 1 前揭文，第 102 頁。

⁴ Maunz, M/D/H/S, aaO. Rdnr. 16; 另參閱高煒輝，註 1 前揭文，第 96 頁及參閱高煒輝，〈基本權拋棄自由及其界限〉，輔仁大學法律學研究所碩士論文，1995 年，第 158 頁。

(ein hartes Kern)，亦即「本質內容」，故而有基本法第 19 條第 2 項之制定⁵。

(三) 就基本權之「本質內容」為何，有採「絕對理論」者（絕對的本質核心），認為：基本權存有一個客觀的核心，依一個固定或絕對的標準，即得以劃出一個不可侵犯之「核心領域」(Kernbereich)⁶。換言之，所謂「本質內容」是客觀存在的，有其獨立性，無需藉個案間得衡量予以確定。⁷「本質內容」因而是固定的，而非浮動的；是客觀的，而非價值判斷（利益衡量）之產物。此說代表學者為德國著名公法學者 Dürig，其認為「本質內容保障，係以保護基本權之「人的核心」為出發點，並主張：所謂的「本質內容」應與由基本法第 1 條所導出之「人權內容」具相同意義，亦即「人性尊嚴」、「人權內容」與「本質內容」間得以劃上等號，即 Menschenwürde (Art.1 Abs.1) = Menschenrechtsgehalt (Art.1 Abs.2) = Wesensgehalt (Art.19 Abs.2)⁸。在此意義下，只有當國家行為在限制基本權之範圍內，將基本權主體當作客體而予以擺布時，始構成對基本權「本質內容」之侵犯。⁹此外亦有採取「折衷論者」者，如德國著名憲法學者：

⁵ Maunz, M/D/H/S, aaO. Rdnr. 2；另參閱高煒輝，註 1 前揭文，第 97 頁及參閱高煒輝，註 4 前揭碩士論文，第 158 頁。

⁶ Maunz, M/D/H/S, aaO. Rdnr. 3；另參閱高煒輝，註 1 前揭文，第 97 頁。

⁷ 參閱陳新民譯（Theoder Schramm 原著），〈基本權利的可限制性問題〉，《中山社會科學譯粹》，第 1 卷第 4 期。第 55 頁。另參閱高煒輝，註 1 前揭文，第 97 頁。

⁸ Dürig, M/D/H/S, aaO. Rdnr. 81；另參閱蔡維音，〈德國基本法第一條「人性尊嚴」規定之探討〉，《憲政時代》第 18 卷第 1 期，第 45 頁。及參閱高煒輝，註 1 前揭文，第 98 頁及第 108 頁（註 20）。

⁹ Vgl Albert Bleckmann, Staatsrecht II-Allgemeine Grundrechtslehren, 2 Aufl., S. 307；另參閱高煒輝，註 1 前揭文，第 98 頁；及參閱高煒輝註 2 前揭碩士論文，第 160 頁。

T. Maunz，其認為：基本法第 19 條第 2 項實際上包含兩個成分，其一是「實質上」的成分，即自由權益之「最低內容保障」(die Gewährleistung eines Mindestinhalts)，在法律之侵害後仍必須剩餘下來，至少不能影響每一個基本權之「人性尊嚴內容」；其二則是在於「比例原則」與「過度禁止」，亦即基本權之限制須以優位的利益予以正當化。¹⁰

(四) 另德國基本法第 102 條復明白宣示：「死刑應廢止之。」就此規定，德國多數學說見解認為；死刑的執行，已侵犯了生命權(德國基本法第 2 條第 2 項)之「本質內容」，故由基本法第 2 條第 2 項聯結基本法第 19 條第 2 項規定，即足以排除死刑的存在，因此即使沒有基本法第 102 條之規定存在，死刑於德國法秩序中亦無存立餘地。由此角度觀之，基本法第 102 條不過為一個「宣示性規定」。¹¹死刑的禁止，應為保障「人性尊嚴」、「生命權」、「身體不可侵犯權」聯結基本法第 19 條第 2 項規定之必然結果。¹²

(五) 我國憲法雖並未如無德國基本法開宗明義地在第 1 條第項即揭示：「人性尊嚴不可侵犯。尊重及保護人性尊嚴為所有國家權力之義務。」，憲法本文中亦未無隻字片語提及「人性尊嚴」。惟 83 年 7 月 28 日所謂「第三階段修憲」後，憲法增修

¹⁰ Vgl. T. Maunz/R. Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 28. Aufl., München 1991, S. 161. 另參閱陳敏、蔡志方譯 (Maunz 原著)，《德國憲法學》，國民大會憲政研討會，憲政譯叢 (十四)，74 年 6 月初版，第 107 頁。另參閱高焯輝，註 1 前揭文，第 100 頁；及參閱高焯輝，註 2 前揭碩士論文，第 163-164 頁。

¹¹ Vgl. Datoglou, Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Art. 102, Rdnr. 19；另參閱高焯輝，註 1 前揭文，第 104 頁。

¹² Vgl. Schmidt-Bleibteru/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 102, Rdnr. 1, 6. Aufl., Luchterhand 1983；另參閱高焯輝，註 1 前揭文，第 104 頁。

條文第 9 條第 5 項已規定：「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實際平等」，雖其性質仍不脫憲法上「方針條款」之意涵，僅係修憲者宣示性的憲法價值決定；且在用字遣詞上仍只言及「婦女之人格尊嚴」，而與兩性平等相連繫。惟「人格尊嚴」之入憲，就其本質而言，應可視為我國憲法已明文承認「人性尊嚴」為人之所以為人所不可或缺之基本權利的例證。

(六) 此外，大法官釋憲實務中，亦有如下多號解釋確認：「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。」大法官據此分別於個別基本權相關解釋中，論述「個別基本權」與「人性尊嚴」間之關聯：

1、釋字第 372 號解釋理由書：

『「人格尊嚴之維護」與人身安全之確保，乃世界人權宣言所指示，並為我國憲法保障人民自由權利之基本理念。憲法增修條文第 9 條第 5 項即在宣示上述理念。』。此外，蘇俊雄大法官在隨同釋字第 372 號解釋所公布之協同（含部份不同）意見書中，更細論我國應保障人性尊嚴之理由，略以：『「人性尊嚴」不可侵犯，乃是「先於國家」之自然法的固有法理，而普遍為現代文明國家之憲法規範所確認。憲法保障基本人權，對於每一組織構成社會之個人，確保其自由與生存，最主要之目的即在於以維護人性尊嚴。蓋人類生存具有一定之天賦固有權利，在肯定「主權在民」之國家理念下，乃將此源諸人類固有之尊嚴，由憲法加以確認為實証法之基本人權。…我國憲法雖未明文宣示普遍性「人性尊嚴」之保障，但是此項法益乃基本人權內在之核心概念，為貫徹保障人權之理念，我國憲法法理

上亦當解釋加以尊重與保護。此外世界人權宣言之前言第一句即謂：「鑑於人類一家，對於人人固有尊嚴及其平等不移權利之承認確保係世界自由、正義與和平之基礎」，而第一條亦明白揭示「人皆生而自由；在尊嚴及權利上均各自平等…」世界人權宣言是會員國本身及其所轄人民均應永享咸遵之國際憲章，我國亦為簽署國之一。為維護民主憲政國家之形象，國家亦應盡保障國際人權之義務』。

2、釋字第 485 號解釋之解釋理由書：

『憲法第 7 條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待。憲法係以促進民生福祉為一項基本原則，此觀憲法前言、第 1 條、基本國策章及憲法增修條文第 10 條之規定自明。本此原則國家應提供各種給付，以保障人民得維持合乎人性尊嚴之基本生活需求，扶助並照顧經濟上弱勢之人民，推行社會安全等民生福利措施。』

3、釋字第 490 號解釋理由書：

『男子服兵役之義務，並無違反人性尊嚴，亦未動搖憲法價值體系之基礎，且為大多數國家之法律所明定，更為保護人民，防衛國家之安全所必需，與憲法第 7 條平等原則及第 13 條宗教信仰自由之保障，並無牴觸。』

4、釋字第 550 號解釋理由書：

『憲法基本國策條款乃指導國家政策及整體國家發展之方針，不以中央應受其規範為限，憲法第 155 條所稱國家為謀社會福利，應實施社會保險制度，係以實施社會保險制度作為謀社會福利之主要手段。而社會福利之事項，乃國家實現人民享有人性尊嚴之生活所應盡之照顧義務，除中央外，與居民生活關係更為密切之地方自治團體自亦應共同負擔（參照地方制度法第 18 條第 3 款第 1 目之規定），難謂地方自治團體對社會安全之基本國策實現無協力義務，因之國家推行全民健康保險之義務，係兼指中央與地方而言。』

5、釋字第 567 號解釋理由書：

『非常時期，國家固得為因應非常事態之需要，而對人民權利作較嚴格之限制，惟限制內容仍不得侵犯最低限度之人權保障。思想自由保障人民內在精神活動，是人類文明之根源與言論自由之基礎，亦為憲法所欲保障最基本之人性尊嚴，對自由民主憲政秩序之存續，具特殊重要意義，不容國家機關以包括緊急事態之因應在內之任何理由侵犯之，亦不容國家機關以任何方式予以侵害。縱國家處於非常時期，出於法律規定，亦無論其侵犯手段是強制表態，乃至改造，皆所不許，是為不容侵犯之最低限度人權保障。』

6、釋字第 603 號解釋理由書：

『維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自控制，隱私權乃為不可或

缺之基本權利，而受憲法第 22 條所保障（本院釋字第 585 號解釋參照）。』

7、釋字第 631 號解釋理由書：

『憲法第 12 條規定：「人民有秘密通訊之自由。」旨在確保人民就通訊之有無、對象、時間、方式及內容等事項，有不受國家及他人任意侵擾之權利。此項秘密通訊自由乃憲法保障隱私權之具體態樣之一，為維護人性尊嚴、個人主體性及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於國家、他人侵擾及維護個人資料之自主控制，所不可或缺之基本權利（本院釋字第 603 號解釋參照），憲法第 12 條特予明定。』

8、釋字第 656 號解釋理由書：

『名譽權旨在維護個人主體性及人格之完整，為實現人性尊嚴所必要，受憲法第 22 條所保障（本院釋字第 399 號、第 486 號、第 587 號及第 603 號解釋參照）。』

9、釋字第 664 號解釋理由書：

『人格權乃維護個人主體性及人格自由發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切，是人格權應受憲法第 22 條保障。』

10、釋字第 689 號解釋理由書：

『基於人性尊嚴之理念，個人主體性及人格之自由發展，應受憲法保障（本院釋字第 603 號解釋參照）。』

(七) 據上所述，德國基本法第 19 條第 2 項之「本質內容保障」，應屬「法治國原則」之要求；且在大法官前引多號解釋已確認：維護人性尊嚴乃「自由民主憲政秩序」之核心價值，並據此分別於相關個別基本權解釋中論述「個別基本權」與「人性尊嚴」間關聯下，在我國關於基本權之解釋自得參考援引德國基本權「本質內容保障」之理念。且不管是從制憲者之角度—為避免基本權之實質內涵被挖空，或從立法者之角度—「本質內容保障」乃在抵禦基本權之核心領域不受法律過度以侵犯，甚或是從司法者之角度—司法者係基本權之捍衛者及憲法之維護者，均不能避免尋求一個固定且絕對的本質核心，以確保基本權獲得最起碼之保障。故而，在我國欲界定基本權之「本質內容」（絕對核心）時，除可參考德國公法學者 Dürig 前述「尊嚴核心」之標準外，亦不應忽略個別基本權均有不同的特性及存續目的，個別基本權應皆有與其屬性、存立目的及行使特色有密切關連之「本質核心」存在。是故基本權之「本質內容」應從各該個別基本權之內容中尋求與界定。惟無論無何，關於我國基本權之解釋亦應認：個別基本權之「人性尊嚴內容」絕對不受公權力主體之侵犯。

三、德國基本法第 19 條第 2 項「本質內容保障」之「侵犯禁止」規定，足供作為解釋我國憲法第 23 條基本權利限制規定之參考，應認憲法第 23 條已揭櫫「基本權利剝奪禁止原則」。「死刑制度」違反憲法上基本權利「剝奪禁止」之價值決定，逾越國家刑罰權在憲法上應有之實質界限，核屬違憲之制度：

- (一) 按我國憲法第 23 條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止防礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所比要者外，不得以法律限制之。」本條規定，經由國內公法學者之努力，由「必要」二字，導出「比例原則」；由「法律」二字，導出「法律保留原則」，已是一致見解。惟尚可探究者為：由「限制」二字，是否亦可導出諸如德國基本法第 19 條第 2 項基本權本質內容「侵犯禁止」之類似原則？
- (二) 次按，德國基本法第 19 條第 2 項所蘊含的精神—基本權利限制之「實質上界限」，應可視之為「法治國原則」之要求。亦即，在法治國家中，對基本權利的限制，除了應求其「形式上，合法外（符合法律保留原則）」，「實質上，亦應有其界限—不論為廣及於「本質內容之不容侵犯」，或僅及於「完全剝奪之禁止」」。此點體認，對我國憲法第 23 條「限制」之再認識，實有深刻的意義。
- (三) 至於憲法第 23 條中「限制」二字，在向來的研究中，並未受到學者所重視，僅少數學者予以注意。如學者朱武獻，即曾闡釋：「限制」二字之意，乃謂僅能對基本權利加以限制，而不得予以剝奪。¹³學者陳新民亦認為：限制與剝奪此二概念，應有程度之區別。其舉例謂：對第三審上訴之限制，是訴訟權的「限制」；但不准人民提起訴願（再訴願），則是訴訟權的「剝奪」。¹⁴又學者廖義男亦曾明白表示：憲法第 23 條，就其

¹³ 參閱朱武獻，〈言論自由之憲法保障〉，《中美言論自由法制比較研究專刊》，中國比較法學會刊行，75 年 10 月，第 19 頁。另參閱高焯輝，註 1 前揭文，第 105 頁。

¹⁴ 參閱陳新民，〈論憲法人民基本權利的限制〉，《政大法學評論》第 35、36 期，75 年，載氏著《憲法基本權利之基本理論》（上冊），79 年，第 237 頁（註 132）。另參閱高焯輝，註 1 前揭文，第 105 頁。

侵犯之性質而言，僅得為「限制」而不能為「剝奪」。其並認為：「自由權利之「限制」與「剝奪」，兩者主要之區別在於：限制係對自由權利行使之範圍或形式加以拘束；而剝奪則係對自由權利之享有加以禁止，或對自由權利之內容本質加以侵害而使其喪失原有之功能或作用。此外，若拘束自由權利行使之範圍或形式過嚴，以致使自由權利原有之功能或作用不能發揮，即發生由量之變化轉為質之變化，即應認定已屬剝奪，而非仍是限制而已。」¹⁵另學者陳慈陽亦認為：『在此我國憲法則是一反由民國3年以來至民國25年所採之僅以法律保留為要件規定，而是以五五憲草第25條為參照條文，增加四個以不確定法律概念與「必要時」之用語為保留限制外的另二要件。此時亦可從字義中之以法律「限制之」可得基本權僅能限制，而不能被禁止與剝奪。亦即如符合第23條之要件時，也僅能為基本權限制，而不得侵入基本權核心部份。』¹⁶

- (四) 依前引學者之見解，我國憲法第23條所定之「限制」與所謂之「剝奪」應加以區分。「限制」與「剝奪」此二概念，不可僅以「程度」之不同（量的大小）視之，否則將可能導致如下不當的推論——「限制的極限，即為剝奪」。此二概念，應以「基本權利之限制」與「基本權利之剝奪」的形態予以認識，亦即以權利之有無（質的差異）之角度觀察。換言之，在此結合形態下，明顯地可以看出：前者，權利內容還尚存殘餘部份實現

¹⁵ 參閱廖義男，〈國家對價格之管制〉，台大法學論叢第五卷第二期，65年4月；並收錄於氏著：《企業與經濟法》，80年11月，第147至190頁（第154頁）。另參閱高煒輝，註1前揭文，第110頁（註77-1）。及參閱高煒輝，註4前揭碩士論文，第241頁。

¹⁶ 參閱陳慈陽著，《基本權核心理論之實證化及其難題》，1997年6月初版，第207至208頁。

的可能性；而後者，權利內容則完全消失毫無實行可能。同時，也即是在此角度之下，應認「權利之限制」與「權利之剝奪」，乃是「質」的差異，而非僅是「程度」或「量」的不同。¹⁷

(五) 基於此等立場應認：憲法第 23 條之「限制」，與所謂之「剝奪」不同。復且基於兩者「質的差異」，「限制」二字文義之射程範圍，應不及於「剝奪」。此外，由基本權利之限制有其實質上界限的角度言，「剝奪」已使基本權利實質內涵完全喪失，在「全無」之上，根本無「實質上」界限可言（或可說已逾實質上之界限），應認為已逸脫了基本權利限制之領域，而成為另一個獨立的範疇（亦即：「剝奪」已非「限制」）。再從法治國原則以觀，基本權利之保障，乃法治國的首要原則。制憲者在「憲法保留」下（憲法明文列舉限制基本權利之正當目的），委託立法者在合乎目的、合乎比例的情形下，例外地得對基本權利予以限制，其本意乃係為：在基本權利存續之下（實質的保障），求得權益間衝突之合理解決，故而基本權利之限制，亦應只能於此前提之下為之。一言以蔽之，即：基本權利只能予以限制，不能予以剝奪。¹⁸

(六) 綜上所述堪認：我國憲法第 23 條所允許者只是「基本權利之限制」，而不及於「基本權利之剝奪」。相對德國基本法第 19 條第 2 項基本權本質內容「侵犯禁止」之規定，我國憲法第 23 條「限制」一詞之深意亦應認係：「基本權利剝奪之禁止」。¹⁹就此，學者陳慈陽亦認為：『所謂以法律「限制」，而非禁止或

¹⁷參閱高焯輝，註 1 前揭文，第 106 頁及參閱高焯輝，註 4 前揭碩士論文，第 240 頁。

¹⁸參閱高焯輝，註 1 前揭文，第 106 頁。

¹⁹參閱高焯輝，註 1 前揭文，第 106 頁。

剝奪』，則可明顯看出，在第 23 條客觀規範意旨在於對於立法者之限制基本權之行為上提出一定界限，此即與基本法第 19 條第 2 項之基本權核心不允許被侵害具同一意義。²⁰。在此一釋義學之解釋意義下，完全剝奪個人基本權利之國家高權行為應認違反憲法第 23 條之「剝奪禁止原則」而違憲。²¹且亦係在此意義上，「死刑制度」已違反憲法上基本權利「剝奪禁止」之價值決定，逾越了「國家刑罰權」在憲法上應有之實質界限，核屬違憲之制度。亦即，「死刑制度」已直接違反「基本權剝奪禁止」原則而違憲，甚至不需要亦不應當運用「比例原則」以驗證其合憲與否或予以正當化。蓋對應於「基本權利限制」與「基本權利剝奪」之質量差異，是以於前者，應以「比例原則」作為是否逾越實質上界限的檢驗標準；於後者，理論上並無「比例原則」適用的餘地；此乃因剝奪已非屬限制的領域，應直接以「剝奪禁止」原則作為違憲的判斷依據。²²況縱使運用「比例原則」，亦應認為「死刑制度」已逾基本權限制之最後底線，而不合「比例性」；實不得企圖以不同的價值判斷，謂其合乎「比例原則」，藉以正當化類此剝奪生命權之法律。²³

四、強盜殺人結合犯死刑規定違反已具有國內法律效力之〈公民與政治權利國際公約〉第 6 條第 1 項課予國家機關「禁止恣意剝奪生命權」之國際人權法義務：

(一) 按聯合國〈公民與政治權利國際公約〉(ICCPR)業於 98 年 3 月 31 日經立法院審議通過，立法院並同時制訂兩公約施行法，明

²⁰參閱陳慈陽，註 16 前揭書，第 209 頁。

²¹參閱高煒輝，註 1 前揭文，第 106 頁。

²²參閱高煒輝，註 1 前揭文，第 107 頁、第 111 頁(註 80)。

²³參閱高煒輝，註 1 前揭文，第 107 頁。

訂兩公約內的所有權利條款均具有國內法律之地位，得拘束行政及司法機關，並可作為違憲審查機關解釋憲法的基礎。而ICCPR 第 6 條關於生命權保障的條款已明文揭示：「人人皆有天賦之生命權。此一權利應受法律保障。任何人均不得被恣意剝奪生命。」其中第 3 句 “No one shall be arbitrarily deprived of his life”，國際人權法學理上大多理解為「恣意剝奪之禁止」(the prohibition of arbitrary deprivation)。

(二) 國際人權法上對於 ICCPR 第 6 條第 3 句的解釋，一般均認為不應受到同條第 2 句的影響，亦即不應將「恣意」的涵義侷限等同於「違法」。換言之，對於「恣意」的解釋應予從寬，舉凡剝奪生命的決定若不適當、不符正義要求、欠缺可預測性、反覆無常性與不成比例性，且與英美法中經常使用之「未經法律之正當程序」說法同其意義。縱使決定合法，但只要構成恣意，均應屬之。²⁴

(三) 在具體的案例中，國家「恣意」剝奪人民生命權的型態包羅萬象，無法一概而論，但「恣意」的認定經常會與 ICCPR 第 14 條關於刑事被告程序基本權利的規定發生連結：如果國家在作成剝奪人民生命權的決定時，不符合 ICCPR 第 14 條任何一項課予國家的程序保障義務，該決定在違反第 14 條時，也同時違反第 6 條禁止恣意剝奪生命權之規定。換言之，ICCPR 雖然未明文認定死刑違反公約或要求各國廢止死刑，但第 6 條第 1 項第 3 句的恣意禁止規定，可在實體上約束簽署國不得過度擴張死

²⁴參閱 Manfred Nowak 著，《公民權利和政治權利國際公約評注》第 3 部份第 6 條評注 (2005 年英文第 2 版、2008 年 12 月中文修訂第 2 版，第 133 頁、233 頁。

刑適用的罪名範圍，或禁止行為輕重與法定刑度缺乏合理的比例性，同時也在程序上與第 14 條連結，約束各國不得未經正當程序就以死刑恣意剝奪生命權，其型態包括：未經公平獨立的法院審判、被告欠缺律師有效的代理辯護、或被告遭禁止詰問對其不利的證人等。²⁵

- (四) 據上所述，本件原因案件確定終局判決(一)所適用之刑法第 332 條第 1 項得科被告死刑之法律規定【即強盜殺人結合犯之死刑規定】，違反憲法第 23 條所揭禁之「基本權利剝奪禁止原則」，且違反已具有國內法律效力之〈公民與政治權利國際公約〉第 6 條第 1 項課予國家機關「禁止恣意剝奪生命權」之國際人權法義務，核與憲法第 15 條保障人民生存權之意旨不符。

乙、關於未提解被告本人親自參與第三審審判程序違憲部份：

- 一、〈公民與政治權利國際公約〉第 6 條第 1 項課予國家機關「禁止恣意剝奪生命權」，第 14 條第 3 項第 4 款並揭示「出席審判權」及「公正審判」之要求，此等國際人權法義務透過兩公約施行法已具有國內法律效力：

- (一) 聯合國〈公民與政治權利國際公約〉(ICCPR，下稱公政公約)業於 98 年 3 月 31 日經立法院審議通過，立法院為實施聯合國 1996 年公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約(合稱兩公約)，健全我國人權保障體系，並制訂〈兩公約施行法〉，明訂兩公約內所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力(該法第 2 條)；且適用兩公約規定，應參照其立法意

²⁵ 參閱人權事務委員會第 6 號一般性意見書(第 16 屆會議，1982 年)第 6 段、第 7 段

旨及兩公約人權事務委員會之解釋（該法第3條）。又各級政府機關行使其職權，應符合兩公約有關人權保障之規定，避免侵害人權，保護人民不受他人侵害，並應積極促進各項人權之實現（該法第4條）。

- (二) 如前所述，〈公政公約〉第6條關於生命權保障的條款已明文揭示：「人人皆有天賦之生命權。此一權利應受法律保障。任何人均不得被恣意剝奪生命。」其中第3句 “No one shall be arbitrarily deprived of his life”，國際人權法學理上多理解為「恣意剝奪之禁止」(the prohibition of arbitrary deprivation)。對於「恣意」的解釋應予從寬，舉凡剝奪生命的決定若不適當、不符正義要求、欠缺可預測性、反覆無常性與不成比例性，且與英美法中經常使用之「未經法律之正當程序」說法同其意義。縱使決定合法，但只要構成恣意，均應屬之。²⁶在具體的案例中，國家「恣意」剝奪人民生命權的型態包羅萬象，無法一概而論，但「恣意」的認定經常會與公政公約（ICCPR）第14條關於刑事被告程序基本權利的規定發生連結：如果國家在作成剝奪人民生命權的決定時，不符合 ICCPR 第14條任何一項課予國家的程序保障義務，該決定在違反第14條時，也同時違反第6條禁止恣意剝奪生命權之規定。其型態包括：未經公平獨立的法院審判、被告欠缺律師有效的代理辯護、或被告遭禁止詰問對其不利的證人等。²⁷

- (三) 又〈公政公約〉第14條揭示刑事被告之權益及公正審判之最低限度保障要求，其中第3項第4款規定「出席審判權」：「審判被控刑事罪時，被告一律有權平等享受下列最低限度之保

²⁶參閱 Manfred Nowak 著，《公民權利和政治權利國際公約評注》第3部份第6條評注，2005年英文第2版、2008年12月中文修訂第2版，第133頁、233頁。

²⁷參閱人權事務委員會第6號一般性意見書（第16屆會議，1982年）第6段、第7段。

障：…（四）到庭受審，及親自答辯或由其選任辯護人答辯；…」；又聯合國人權事務委員會 2007 年第 99 屆會議之第 32 號一般性意見書第 36 段亦指明：「第 14 條第 3 項第 4 款含有三個不同保障。第一，要求被告有權到庭受審。在某些情況下，為適當進行司法有時允許缺席審判；比如，儘管及時事先將審判及時通知被告，但被告拒絕行使出庭權利。因此，只有採取必要措施及時傳喚被告並事先通知其審判的日期和地點，請其出庭，這類審判才符合第 14 條第 3 項第 4 款。」第 32 號一般性意見書第 59 段復指明：「在審判最終處以死刑的案件中，嚴格遵守公正審判的保障特別重要。審判未遵守《公政公約》第 14 條而最終判以死刑，構成剝奪生命權（《公政公約》第 6 條）。」

二、本件確定終局判決（一）實質援用刑事訴訟法第 389 條，未提解聲請人到庭參與第三審審判，侵害聲請人之「出席審判權」，違反公政公約第 14 條第 3 項第 4 款及第 6 條第 1 項之規定，就國家對於人民生存權與訴訟權所負之基本權保護義務顯有不足，亦違反「禁止保護不足」之憲法原則，核與憲法第 15 條保障人民生存權及第 16 條保障人民訴訟權之意旨不符：

（一）按『從基本權利功能理論觀點出發，憲法所保障的基本權利不僅建構出對抗國家的防禦權，同時也從基本權作為客觀價值決定或客觀法秩序，進而構成國家應積極保護基本權法益的義務，使之免於受到來自第三人的違法侵犯。此種立法者如何履行國家保護義務的問題，在結合基本權利對第三人效力時，需特別強調國家之保護不得低於必要之標準而致違反所謂「不足之禁止」之憲法原則。至於國家保護是否及如何才足夠，行政

權與立法權保有很大預測及形成空間，因此，司法證立「保護不足」時，須審慎地從應受憲法保障權利之性質，其所生危害的程度與風險，相應組織、制度、程序之設計，以及所採取保護措施的有效性等為綜合判斷』，司法院大法官釋字第 689 號李震山大法官部份不同意見書參照；另可參司法院大法官釋字第 728 號湯德宗大法官協同意見書闡示：『本號解釋所涉核心問題，一言以蔽之，即祭祀公業條例是否已善盡國家之基本權保護義務，而非是否過度侵害（限制）人民之基本權。是本件審查之重點應在於祭祀公業條例相關規定對於憲法「人民之權利義務，章整體所表彰之基本權客觀規範（尤其是男女平等之基本價值）是否（及如何）「保護不足」，而非是否（及如何）「過度限制」人民於憲法所保障之自由權（防禦權）或平等權。換言之，本案乃本院首次正面面對的所謂「不足禁止」（Untermaßverbot）案件，而非前此常見的所謂「過度禁止」（Übermaßverbot）案件！…次按憲法所規定的各種人民權利（基本權）除為人民對抗國家之（主觀）防禦權外，人民權利章整體也體現了一種客觀的價值秩序。該客觀價值秩序作為憲法的基本決定，對於所有的法領域皆有適用，並為立法、行政與司法提供指導與動力。基本權作為客觀的基本規範（基本的價值決定），除要求國家公權力之行使應消極地避免侵害人民之基本權外，並要求國家應積極地採取措施，防止權利主體遭受來自於第三人之侵害（是即國家之基本權保護義務）。然，要求國家不得過度「侵害」（限制）人民之基本權（所謂「過度禁止」），與要求國家善盡「保護」人民基本權之義務，使免於遭受第三人之侵害（所謂「不足禁止」），兩者具有根本的結構差異。蓋「過度禁止」旨在禁止國家為「任何」過當之侵害行為，「不足禁止」則在課予國家採取「某種」適當之保

護措施（含規範行為與事實行為）之義務。」；以及司法院大法官釋字第 689 號蘇永欽大法官協同意見書闡示：『從防衛性基本權衍生國家的保護義務，並以其作為審查基礎的唯一案例是釋字第六七一號解釋…簡言之，共有人將應有部分設定抵押的法律行為，因土地登記規則該規定使抵押權轉載於其他共有人於分割後取得的單獨所有物上，有侵害其財產權之虞，此一平行主體間的法律行為即使真有侵害他人財產權的問題，為何會以基本權性質的財產權來作行政命令有無「違憲」的檢驗？顯然即以財產權課予國家防止被第三人侵害的保護義務，因此國家雖未「限制」人民的財產權，若未提供任何保護或保護不足，使人民財產權受到第三人的侵害，同樣可能構成財產權規定的違反。該號解釋最後是以合憲法律解釋的方法，認為「於拍定後，因拍定人取得抵押權客體之應有部分，由拍定人與其他共有人，就該不動產全部回復共有關係，其他共有人回復分割前之應有部分，經轉載之應有部分抵押權因已實行而消滅，從而得以維護其他共有人及抵押權人之權益。」從而認定土地登記規則的該規定並未抵觸憲法財產權的規定，也就是對其他共有人及抵押權人的財產權並無保護不足，已經符合了財產權的保護義務。」以及司法院大法官釋字第 689 號許宗力大法官部份協同、部份不同意見書闡示：『系爭規定的合理性是建立在基本權保護義務的邏輯基礎上，亦即國家為履行其對被跟追者之「身體法益」的保護義務，而採取保護措施，限制跟追者之行動自由與新聞採訪自由。當國家採取行動踐行其保護義務時，其對於被跟追者的保護固不能虛應其事、流於不足（即「不足之禁止」）；但不諱言地，一方面國家保護義務不無流於家父長主義之藉口的可能，他方面保護手段將涉及對跟追者基本權之限制，如一般行動自由或新聞採訪自由等，因此國家

之保護亦須有所節制，不能過當（即「過當之禁止」）。是規範跟追行為涉及基本權衝突，立法者如何履行對被跟追者之保護義務，乃是走在法益權衡的鋼索上，須在既不能保護不足，又不能限制過當的「安全區」內審慎為之。』。據上可知，基於憲法第 15 條生存權及第 16 條訴訟權之基本權客觀規範，國家對於死刑案件被告實負有特別之「基本權保護義務」，應立法保障死刑案件被告全程親身到庭參與司法審判（含第三審行言詞辯論程序時），以確保死刑案件被告之「聽審權」及「出席審判權」，藉以符合「公平審判」、「正當法律程序」之國際人權法保障義務，否則就國家對於人民之生存權與訴訟權所負之基本權保護義務顯有不足，違反「禁止保護不足」之憲法原則（司法院大法官釋字第 689 號李震山大法官部份不同意見書參照），且亦屬恣意（未經正當程序及）以死刑恣意剝奪生命權，違反「禁止恣意剝奪生命權」之國際人權法義務。

- (二) 查本件確定終局判決（一）最高法院 100 年度台上字第 1188 號之第三審審判程序中，上開確定終局判決實質援用刑事訴訟法第 389 條「第三審法院之判決，不經言詞辯論為之。但法院認為有必要者，得命辯論。」之規定，而未進行言詞辯論，亦未提解聲請人到庭參與第三審審判，惟本件原因案件確定終局判決最高法院 100 年度台上字第 1188 號仍在未提解聲請人到庭參與審判之情形下，最終駁回聲請人對臺灣高等法院 99 年度重上更（十）字第 184 號判決之上訴【關於強盜殺人部份】，而維持臺灣高等法院更十審判處聲請人死刑之量刑。惟最高法院嗣後卻在 101 年 11 月 16 日發佈〈最高法院決定死刑案件以後一律行言詞辯論〉新聞稿（附件 3），並說明：『一、最高法院在日前召開會議，決定從 101 年 12 月起，就刑事二審宣告死刑的案件，一律行言詞辯論，以示慎重，並且彰顯司法對於生命

的尊重。且最高法院復另於「鄭捷案」首度破例提解鄭捷本人到庭參與審判，並經媒體大幅報導（附件 4），衡諸事理，實不容最高法院如此恣意操作三審程序。

- (三) 據上說明，本件確定終局判決（一）實質援用刑事訴訟法第 389 條而未提解聲請人到庭參與第三審審判，已侵害聲請人之「出席審判權」，其所實質援用刑事訴訟法第 389 條規定顯已違反公政公約第 14 條第 3 項第 4 款揭示之「出席審判權」及「公正審判」之要求，並構成公政公約第 6 條第 1 項「禁止恣意剝奪生命權」之違反，就國家對於人民生存權與訴訟權所負之基本權保護義務顯有不足，違反「禁止保護不足」之憲法原則，核與憲法第 15 條保障人民生存權及第 16 條保障人民訴訟權之意旨不符。

丙、關於聲請暫時處分，以停止聲請人死刑之執行部份：

壹、按大法官釋字第 585 號解釋理由書明揭：「保全制度固屬司法權之核心機能，惟其制度具基本權利與公共利益重要性，當屬法律保留範圍，應由立法者以法律明定其制度內容。於立法機關就釋憲程序明定保全制度之前，本院大法官行使釋憲權時，如因系爭憲法疑義或爭議狀態之持續、爭議法令之適用或原因案件裁判之執行，可能對人民基本權利或憲法基本原則造成不可回復或難以回復之重大損害，倘依聲請人之聲請於本案解釋前作成暫時處分以定暫時狀態，對損害之防止事實上具急迫必要性，且別無其他手段可資防免其損害時，即得權衡作成暫時處分之利弊，若作成暫時處分顯然利大於弊時，自可准予暫時處分之宣告」。另大法官釋字第 599 號解釋亦揭示：「如因系爭憲法疑義或爭議狀態之

持續、爭議法令之適用或原因案件裁判之執行，可能對人民基本權利、憲法基本原則或其他重大公益造成不可回復或難以回復之重大損害，而對損害之防止事實上具急迫必要性，且別無其他手段可資防免時，即得權衡作成暫時處分之利益與不作成暫時處分之不利益，並於利益顯然大於不利益時，依聲請人之聲請，於本案解釋前作成暫時處分以定暫時狀態。」

貳、依前引大法官釋字第 585 號及第 599 號解釋之意旨，如因：(1)系爭憲法疑義可能對人民基本權利造成不可回復之重大損害；(2)對損害之防止事實上具急迫必要性；(3)別無其他手段可資防免；(4)權衡作成暫時處分之利益顯然大於不作成暫時處分之不利益時，則依聲請人之聲請，得於本案解釋前作成暫時處分以保障人民之權利。本件聲請釋憲案與上開四要件俱為相符，分述如下：

- 一、按生存權乃係人民一切基本權利之基礎，一旦剝奪人民之生存權，則所有基本權利（包含公民權利公約第 6 條第 4 項自動履行條款所賦予受死刑宣告者請求特赦或減刑之權利）均將同時遭受不可回復且全面性地剝奪。
- 二、次按，受死刑宣告者隨時處於可能受執行之不確定狀態，若不先為暫時處分，聲請人可能於大法官作成解釋前，即已遭受死刑之執行，故暫時處分對於聲請人顯有事實上之急迫及必要性。
- 三、又死刑制度之手段，僅有執行與不執行，並無其他可替代之手段，故除予停止執行外，別無其他手段可資代替。
- 四、再者，權衡本件作成暫時處分與不作成暫時處分之利弊，則作成暫時處分之利益顯然大於不利益。析言之，作成暫時處分雖將使死刑暫時無法執行，惟死刑之執行並非無法於大法官作成解釋後

為之，現縱因暫時處分而延緩聲請人之死刑執行，亦不致發生難以預見之急迫情事；反之，若大法官拒絕作成暫時處分，則縱使日後大法官宣告死刑制度違憲，惟聲請人之生命已無法回復。

參、據上，懇請大院就本件聲請作成暫時處分，停止聲請人死刑之執行，俾保障聲請人之生存權及其他所有基本人權不致遭受毀滅。

肆、解決疑義必須解釋憲法的理由：

- 一、按聲請人所涉強盜殺人之原因案件審理程序，實欠缺對生命權、人性尊嚴之尊重，且在未提解聲請人到庭參與第三審審判之下，以本件確定終局判決（一）剝奪聲請人之生命權，實已侵害聲請人之「出席審判權」，違反公政公約第 14 條第 3 項第 4 款揭示之「出席審判權，及「公正審判」之要求，並構成公政公約第 6 條第 1 項「禁止恣意剝奪生命權」之違反，核與憲法第 15 條保障人民生存權及第 16 條保障人民訴訟權之意旨不符。
- 二、違憲審查機關實有義務審酌 ICCPR 及我國憲法保障人民基本權利之精神，宣告聲請人所涉原因案件確定終局判決（一）所適用之「強盜殺人死刑規定」（刑法第 332 條第 1 項）及其所實質援用之刑事訴訟法第 389 條規定，侵害聲請人依據〈公民與政治權利國際公約〉第 14 條第 3 項第 4 款揭示之「出席審判權」及「公正審判」之要求，並構成公政公約第 6 條第 1 項「禁止恣意剝奪生命權」之違反，核與憲法第 15 條保障人民生存權及第 16 條保障人民訴訟權之意旨不符，以免冤抑，並維護憲法保障人民基本權利之真意。

謹 狀
司 法 院 公 鑒

【關係文件之名稱及件數】

- 附件 1：最高法院 100 年度台上字第 1188 號刑事判決【即原因案件確定終局判決（一）】影本 1 份。
- 附件 2：最高法院 101 年度台上字第 5346 號刑事判決【即原因案件確定終局判決（二）】影本 1 份。
- 附件 3：最高法院 101 年 11 月 16 日〈最高法院決定死刑案件以後一律行言詞辯論〉新聞稿影本。
- 附件 4：最高法院首度破例提解鄭捷本人到庭參與審判之媒體報導。
- 附件 5：法律扶助基金會專用委任狀影本 1 份。

【委任狀正本前已附於聲請人 108 年 7 月 2 日簡式聲請書】

中 華 民 國 1 0 8 年 1 1 月 2 1 日

聲 請 人 徐偉展



代 理 人 高焯輝 律師

(扶助律師)

