

專家諮詢意見書

案號：111 年度憲民字第 904052 號

聲請人 姓名或名稱：顏厥安

憲法法庭收文
113. 4. 09
憲A字第 609 號

1 為 111 年度憲民字第 904052 號，謹依法提呈專家諮詢意見書事：

2 應揭露事項

3 一、本專家諮詢意見書，其相關專業意見或資料之準備或提出，曾與當事
4 人之代理人概括討論，交換意見。

5 二、本專家諮詢意見書，其相關專業意見或資料之準備或提出，亦無受當
6 事人、關係人或其代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。

7 三、本專家諮詢意見書，並無其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額
8 或價值。

9 專業意見或資料

10 一、專家諮詢意見書。


11
12 附屬文件之名稱及其件數

13 無。

14
15 此致

16 憲法法庭 公鑒

17 中 華 民 國 1 1 3 年 4 月 9 日

18 具狀人  (簽名蓋章)

19
20

21 撰狀人  (簽名蓋章)

22
23

24
25

顏厥安專家諮詢意見書

壹、	緒論.....	3
貳、	公共理性與反思均衡.....	3
一、	什麼是公共理性？.....	3
二、	反思均衡(Reflective Equilibrium)：意義與條件.....	3
(一)	基本意義.....	3
(二)	反思均衡的層次與權力分立體制.....	4
三、	憲法建構主義(constitutional constructionism).....	4
參、	幾個先行簡短提出的論點.....	5
一、	死刑的一般預防與嚇阻作用並不可靠.....	5
二、	死刑是殘酷不人道的刑罰.....	6
肆、	由康德悖論到分配正義.....	6
一、	康德悖論.....	6
二、	初步觀念釐清_賴德布魯赫的討論以及康德刑罰論的特點.....	7
(三)	國家與人民的關係.....	7
(四)	康德的時代限制.....	7
(五)	對等原則與報復法權.....	7
(六)	與罪刑相當的關係.....	7
(七)	問題出在哪裡？.....	7
三、	分配正義：分配正義觀點對刑罰論的影響.....	8
伍、	徹底排除之禁止_賴德布魯赫與監獄行刑法.....	8
一、	概述：死刑這個異形的存在，是法律體系內在價值原則的不一致.....	8
二、	監獄行刑法的問題：「待執行者」是基本權被徹底剝奪否定的「非人類」.....	9
三、	從「死刑定讞」那一刻起，「待執行者」的人性尊嚴就消失了.....	10

四、 徹底排除之禁止.....	10
陸、 人性尊嚴.....	11
一、 概述.....	11
二、 法學上的討論：絕對學說還是相對學說.....	11
(八) 原則理論：原則是盡力實現之誠命.....	12
(九) 透過「重量公式」(Gewichtsformel)的分析.....	12
四、 人性尊嚴與修憲界限.....	14
(一) 德國聯邦最高法院的判決.....	14
(二) 我國憲法的非明文修憲界限：釋字第 499 號.....	14
柒、 知識與評價的謹慎誠命：.....	15
一、 由凱爾森的民主原則談起.....	15
(一) 概述.....	15
(二) 哲學相對主義與權力的節制.....	15
(三) 相關的主張：知識或認識與評價的「謹慎誠命」.....	16
二、 對憲法「罪刑相當」原則的討論.....	17
(一) 公權力機關的認識或評價判斷是否(可能)失準的審查把關.....	17
(二) 是否也有授予法官太大的判斷餘地與審酌空間的問題？.....	17
(三) 針對死刑問題的相關分析.....	18
捌、 綜合結論.....	20

專家諮詢意見書

顏厥安

壹、緒論

「死刑是否違憲？」是一個涉及繁複的問題。¹本鑑定意見書將透過引入約翰·羅爾斯(John Rawls)「公共理性」、「反思均衡」等概念，說明「憲法建構主義」的論證方法觀點。進而在此背景下，逐一討論幾個相關爭議，包括康德悖論、人性尊嚴之衡量與意義、認識與評價的謹慎誠命等等，並盡可能與我國體制以及歷來大法官解釋與鈞庭判決相互參照，論證在我國自由民主憲政體制的實踐下，如果要達至維持各個憲法原則最充分的反思均衡(最佳均衡)，則會得出「死刑違憲」的結論。相對的，如果要以任何方案在我國體制當中「留住」死刑，可能產生過度強調某些原則，而導致憲法體系失衡，甚至搖搖欲墜，瀕臨崩塌的狀況。

貳、公共理性與反思均衡

羅爾斯認為，在具有司法審查制度之立憲國家中，公共理性乃是最高法院(相當於憲法法院)的理性。最高法院發揮著公共理性的典範作用(the exemplar)²。

一、什麼是公共理性？

如果以比較簡明的方式來說：在民主憲政體制下，針對「基本結構」所涉及的正義觀，亦即憲法以及公共政策體制涉及的重大議題，公民可以且應該運用廣泛接受的憲政基本價值原則來進行討論思辯，並尋求眾多價值原則彼此最佳均衡之下的合理答案。這種方式進行公開的思辯與論證(公共論證 public justification)，諸多價值原則彼此最佳均衡獲得的答案，可以合理地被公民所認可接受(public endorsement)。

二、反思均衡(Reflective Equilibrium)：意義與條件

(一)基本意義

簡要地說，面對生活中各種問題，我們會嘗試「取捨衡量」各種因素，以幫助我們做出最佳判斷決定。反思均衡，則是把這種「取捨衡量」延伸運

用到公共領域。

(二) 反思均衡的層次與權力分立體制

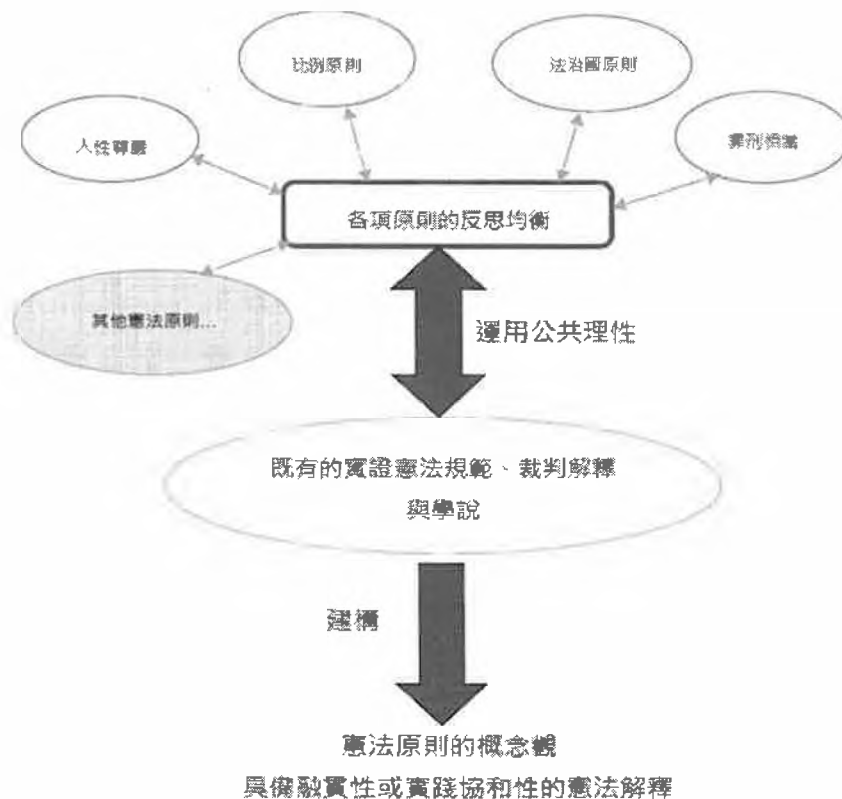
反思均衡有以下幾個主要層次：

- (1) 羅爾斯認為最高法院(相當於憲法法庭)的論證，是運用公共理性的典範，意思即是，最高法院擁有最好條件並負有義務，在其論理與裁判中，顯示出達成充分反思均衡之審慎判斷。
- (2) 民主投票的多數決並不是廣大公民經過反思均衡後的意志表達，因為投票意向決定並不需要使用公共理性，也並不需要達成反思均衡。公民個人也不需要公開其投票意向，個人或集體，也都不需要對其決定提供論證。
- (3) 立法權與行政權的行使，都無法避免會考慮太多策略因素或利益團體的特殊利益觀點(這也是必要的)，因此羅爾斯不認為這些權力行使領域會追求充分的反思均衡，也無法構成公共理性的典範。

三、憲法建構主義(constitutional constructionism)

羅爾斯把前述的反思均衡，進一步發展為「政治建構主義」的方法。這種方法，是先確認一些所有理性者都不會反對的相關道德判斷(例如奴隸制是不正義的、女性沒有投票權是不正義的等等)，然後嘗試以一些道德或政治原則，透過詮釋論述的方式，將這些原則連結(connecting)組織成一個內在相互融貫的概念觀。³只要把思考論證的目標，改為「憲法原則的概念觀」，這整組方法就可以轉變為憲法法庭所可運用的「憲法建構主義」方法。兩者的最主要差別在於，憲法建構主義必須以特定具體憲法秩序為依據，參酌尊重既有的實證憲法規範、裁判解釋與學說，這套方法觀念可以圖示如下：

憲法建構主義圖示



參、 幾個先行簡短提出的論點

一、死刑的一般預防與嚇阻作用並不可靠

要用對特定人執行死刑，來達成對未來減少重大犯罪的作用，除了在本憲政價值上，違反了人性尊嚴禁止將人「物化」的誡命，經過超過百年的各種經驗研究，這種嚇阻作用是非常可疑的。事實上，較為晚近且相當權威的一份研究，2012年美國國家科學院國家研究委員會（National Research Council of the National Academies）發布的報告「嚇阻與死刑」（Deterrence and the Death Penalty），指出諸多實證經驗研究，始終未能提供是否能夠減少、增加或毫無影響的確切資訊，因此建議暫勿使用這些研究作為判斷死刑對殺人案件有何影響的依據。⁴這也可以說是基於「謹慎誡命」建議立法者或政策決策者採取「不輕信嚇阻效果」的立場。（見下）

二、死刑是殘酷不人道的刑罰

我認為不論採用哪種方式，死刑都是殘酷不人道的刑罰。在尚未完全廢除死刑前，歐洲有些國家到 1970 年代，仍舊用斷頭台斬首的方式來執行死刑。美國曾經長期使用的電椅，實質上是把死囚高電壓烤死，當然是殘酷不人道的刑罰。使用三次注射的毒劑注射，美國聯邦最高法院也僅是在高度意見分歧與爭議的 *Baze v. Rees* 當中，針對非常窄的議題範圍宣告合憲。之後的專家研究反而指出毒針注射是相當糟糕的死刑執行方式。

雖然從未實施，但是「藥劑注射」仍舊是我國「法定」的死刑執行方式之一，也因此讓我國在國際死刑比較研究中，非常「奇特」的與中華人民共和國並列在極少數「毒針處決」的國家之列。至於我國歷來使用的「槍決」，使用槍擊打爆受刑人的心臟或小腦，血濺四處，實際上與斬首一樣殘酷。

筆者認為，沒有任何不殘酷且符合人道原則的執行死刑方式，現行法所謂「符合人道的適當方式」是不存在的。如果依據「人性尊嚴」原則會得出禁止「身體刑」的結論，死刑是一種身體刑，因此也一定要被禁止。

肆、由康德悖論到分配正義

一、康德悖論

死刑問題理論爭議當中最重要的問題之一就是康德悖論(Kant's paradox)：亦即，康德一方面在他的理論與道德哲學裡，提出了對人類自由與自主性的嚴謹論證，確立了人性尊嚴的至高重要性；另一方面，康德卻在法權論裡積極肯定了死刑的必要性。

因為康德是古典應報論哲學最重要的提出者，也由此奠立了刑罰論的「罪刑相當」原則，甚至也可說是當代支持死刑重要學者 Matthew Kramer 提出之「翦除論」重要的理論根源，因此如果能成功指出康德理論的侷限，即使不能說就此徹底反駁了死刑支持論，至少也能釐清古典應報論之限制與確實帶有的優點，並為「罪刑相當」原則找出在憲法體制中的適當定位。

二、初步觀念釐清_賴德布魯赫的討論以及康德刑罰論的特點

新康德主義法哲學家賴德布魯赫的著作為釐清康德悖論提供了一個很好的起點。

(三)國家與人民的關係

賴德布魯赫指出，康德的刑罰論誕生於國家居於與人民對立的陌生者地位的特定時代。在這種政治條件下，國家本身的正當性與人民無關（通常基於天命或君權神授），因此反而需要刻意以奠立於「人民自己行為」的理由（同意論或應得論），來正當化國家的刑罰。

(四)康德的時代限制

康德就是生活於該種時代，因此雖然他是社會契約論者，有立憲共和國的理論，倡議法治國家，但是他並不是一個「民主主義者」，並未能理解掌握「民主憲政體制」的體制特色與原則。也因此康德的刑罰理論，有很大侷限性。

(五)對等原則與報復法權

康德認為刑罰基礎原理就是基於「對等」(Gleichheit)原則，也就是在正義天平中無所偏頗。而且康德清楚地指出，唯有法官的報復法權(Wiedervergeltungsrecht / ius talionis)才能明確地指示懲罰的質與量，其他的考量都不能混入其中。基於對等原則，藉由法官依據嚴格的報復權而宣判的刑罰，才能向公眾宣告出，與犯罪者內在邪惡合乎比例的公正判決。這當然也適用於謀殺犯。康德認為，如果一個人殺了人，這個犯罪者就得死。

(六)與罪刑相當的關係

康德理論是一種「罪刑相當」的早期理論版本。在個人責任論的基礎之上，康德認為刑罰，是國家體制對於自由主體所為犯罪行為的「合法且公正回應」(legitimate and just response)。

(七)問題出在哪裡？

康德的刑罰理論，雖然已經具備法權理論的思考，但是仍舊是建立在「道德哲學」(倫理學)之上的理論，是以個人自主性為基礎的道德誠命。在與

國家正當性理論分離的情況下，康德的刑罰論缺少政治哲學的向度，既沒有「自由民主憲政體制」的原則考量，也沒有「社會正義」的結構觀點。

三、分配正義：分配正義觀點對刑罰論的影響

賴德布魯赫是從他自己的法哲學理論檢視附著於國家目的之刑罰目的論。其中與本案最相關的是正義，關鍵的觀念轉移是：刑罰所涉及的正義觀念，除了交換正義，也必須引進分配正義。筆者參照賴德布魯赫的思考，延伸說明如下：

1. 當刑罰的正當性結合了國家正當性理論，犯罪者與被害人身份與(受保護/被害之)法益都透過權威的國家體制，依照某種分配正義原則加以界定。犯罪行為是對分配正義的否定與挑戰。
2. 在分配正義的視角下，「罪刑相當」原則也有更為複雜的內涵。康德較為強調「罪」在犯罪者的主觀惡性以及對法秩序的敵對性，但是在分配正義的觀點下，罪責所包含的這些主觀負面因素，都是有體制與社會背景條件的，也正是在這種觀點下，產生了罪責的「社會責任論」。相應於社會責任論(即使也並不完全排除個人責任)，教育刑與改善刑一定會成為某種「刑罰目的」。如果肯定某種社會責任論，死刑就難以成為刑罰種類的選項。因為我們缺少正當性去處決一個無法為其行為之惡害負起全部責任的犯罪者。但是這一思考是康德還無法掌握理解的。
3. 在這種觀點下，當我們以為「殘忍殺害多人」是一個相當清楚的犯罪事實時，我們可能也必須考量，例如當年湯英伸案，湯英伸的「行為」與「殘忍殺害多人」之間該如何比較與評價。同樣的，康德完全沒有也無從思考這些複雜的分配正義問題。

伍、 徹底排除之禁止：賴德布魯赫與監獄行刑法

一、概述：死刑這個異形的存在，是法律體系內在價值原則的不一致

在死刑議題上，賴德布魯赫不僅是個理論家與刑法學者，也是重要的政策推動者⁵。賴氏指出，人們總是由最高度的刑罰，來看待一個刑法體系的特色；人們也總是著眼於刑法，來定位一個國家整個法體系的特質。他指

出，多次的刑法改革已經逐漸把所有中世紀留下的各種身體刑以及多種將受刑人殘酷殺死的刑罰廢除了，唯獨留下「死刑」這個異形 (Fremdkörper, alien entity; 因為是刑罰，也可譯為異刑)，使得整個刑法體系 (乃至整個法體系) 都沾染了血腥味，造成法律體系內在價值原則的不一致或矛盾。⁶

二、監獄行刑法的問題：「待執行者」是基本權被徹底剝奪否定的「非人類」

類似的狀況，也出現在我國的「監獄行刑法」當中。監獄行刑法第1條規定：「為達監獄行刑矯治處遇之目的，促使受刑人改悔向上，培養其適應社會生活之能力，特制定本法。」第6條第1項規定：「監獄人員執行職務應尊重受刑人之尊嚴及維護其人權…」釋字756號也指出：「受刑人在監禁期間，除因人身自由遭受限制，附帶造成其他自由權利 (例如居住與遷徙自由) 亦受限制外，其與一般人民所得享有之憲法上權利，原則上並無不同。」

但是如果逐條閱讀整部「監獄行刑法」，一直讀到「第十六章 死刑之執行」(第145-148條)時，會發現出現了極大的評價落差。「受刑人」不見了，變成「死刑定讞待執行者」。雖然由監獄收容，但是這些「待執行者」的基本權其實是消失了，第148條第2項規定的是：「死刑定讞待執行者，得準用本法有關戒護、作業、教化與文康、給養、衛生及醫療、接見及通信、保管、陳情、申訴及訴訟救濟等規定。」不但是「準用」，甚至是「得準用」。

這個條文規定是合乎法理形式邏輯的，因為「死刑定讞待執行者」所「應受之刑」就不是「自由刑」，而是三日內要被處決的「生命刑」，法律地位不同。監獄的「收容」，僅是「等待處決前」(待執行)的行政便宜手段，不是自由刑的執行。因此當年大費周章，甚至伴隨了11份各式意見書做出的釋字756號解釋，所強化保障的受刑人權利，對於聲請人邱和順先生(一位死刑定讞者)來說，僅僅是「得準用」的「規定」而已。

那麼「死刑定讞待執行者」的「法律地位」是什麼？不太確定，可能也難

以說清楚。如果自由刑受刑人，是除了人身自由(及附帶自由)外，仍享有其他基本權的主體；那「死刑定讞待執行者」，是否就是「除了生命以及附帶權利外，仍享有其他基本權的主體」呢？可是如果所有基本權都要依附於生命存續，這種法律地位的界定，不就是前後矛盾的定義，實質上意味著「所有基本權」的剝奪嗎？⁷

三、從「死刑定讞」那一刻起，「待執行者」的人性尊嚴就消失了。因此賴德布魯赫當年對死刑是「異形/異刑」的說法，並不只是學理上的批評，而是有非常實際的現實制度實踐意義：只要有死刑存在，對於「待執行者」或者所謂「死囚」，只能將其界定為基本權被徹底剝奪否定的「非人類」(non-human)。

筆者認為，在這個觀點下，從「死刑定讞」那一刻起，「待執行者」的人性尊嚴就消失了。當代「溝通應報論」主要代表學者 R.A. Duff 也指出，從科處死刑開始，就是宣告被告「已全然被人類社會所移除」，因此 Duff 反對死刑。德國公法學者 Jens Kersten 也認為「人性尊嚴」禁止將人視為「客體」，尤其不能被國家工具化，而死刑的宣告與執行，即已將被告轉變為純然的客體，成為國家要消除的對象，因此不論採用何種執行方法，皆為殘忍、不人道與羞辱的刑罰。與筆者相同，兩位學者皆認為，無待死刑之執行，死刑之宣告，就已經將受判決者排除於人類世界之外，就已經構成反對死刑的充分理由。⁸

四、徹底排除之禁止

此一論點的突破之處在於指出，無待處決，在宣判被告/受判決者死刑時，就已經將其徹底排除於人類世界之外成為「非人類」，這種「去人性化/去人格化」(de-humanizing, de-personifying)的處分權，是任何自由民主憲政秩序所不應該出現的超級國家權力，因此應該被憲法所禁止。這一禁止，也可稱為「徹底排除之禁止」(Total-Ausschliessen Verbot; complete-exclusion ban)，此禁止也可適用於禁止「終身不得假釋之無期徒刑」。

陸、 人性尊嚴

一、概述

尊嚴(dignity)或人性尊嚴(Menschenwürde, 人之尊嚴、人格尊嚴)原本主要是一個哲學概念，是從聯合國世界人權宣言(1948)開始才正式開啟了人性尊嚴一系列法律化的發展。Jürgen Habermas 也曾指出，直到 1849 年 3 月德語世界的《聖保羅教堂憲法》(草案)第 139 條為廢除死刑和身體刑提出的立法理由中才出現這個概念：「即使是罪犯，一個自由的民族仍必須尊重其人性尊嚴」。可惜這部憲法從未生效。無論如何，Habermas 仍然不認為人性尊嚴是後來才加在人權概念或規範之上的虛擬概念，而是所有基本權獲致其內容的道德泉源。⁹

二、法學上的討論：絕對學說還是相對學說

概括地說，從釋字 372 號引用憲法增修條文「國家應維護婦女之人格尊嚴」開始，人格尊嚴或人性尊嚴概念就逐漸成為憲法實務與學理的重要概念。如果參酌蘇俊雄、彭鳳至、許志雄、許宗力、尤伯祥等多位大法官在多份意見書中提出對人性尊嚴的闡述與引用，幾乎確定可以得出前述「徹底排除之禁止」與死刑違憲的結論。

德國學界對於人性尊嚴概念，除了 1950 年代 Dürig 提出的「客體公式」之外，幾十年下來也因應許多實務案例問題，而有不少的觀念與理論變遷。¹⁰ 此處先討論一個重要問題：人性尊嚴的絕對性還是相對性。採絕對學說，是把人性尊嚴定位為至高價值，絕對不可有任何干預/侵犯，也不可與其他價值衡量。這一說從 Dürig 以降，因為有規範文本與權威學說依據，可以說是強勢學說，但是也逐漸碰到不少困難，因為不論是價值、原則或基本權，似乎都很難避免與其他價值(法益)、原則或基本權相互衡量，因此出現了人性尊嚴的相對學說。

蘇俊雄大法官釋字 372 號協同(含部分不同)意見書的論述裡，不論是將人性尊嚴定位為價值、規範或權利，都可找到表述，蘇俊雄大法官甚至認為是「自然法」。在這種觀念下蘇俊雄大法官當然是採「絕對學說」，絕對沒有任何相互衡量的空間。但是這正好是死刑支持者所反對的！

筆者認為，為了盡可能讓更多公民能在「合理性」(reasonableness)基礎上，透過憲法建構主義與反思均衡的方法，可以肯定支持死刑違憲的主張，此處宜先採取人性尊嚴「相對學說」的觀點，但是藉由引用 Alexy 「重量公式」的分析方法來說明，為何即使採取相對學說，人性尊嚴仍舊很難被其他價值原則所凌駕，尤其不可能被死刑所欲實現的目的或價值所超越。

三、Alexy 的原則理論與重量公式

(一)原則理論：原則是盡力實現之誡命

Alexy 對人性尊嚴採取相對學說的立場，但是因為其非常重要，因此仍具備有「幾近」絕對學說的特性。Alexy 認為可透過他的「原則理論」以及「重量公式」分析來闡明相關問題的「論證結構」。

Alexy 的原則理論最主要一點在於指出：原則要求某一法益在法律與事實的可能範圍內應盡最大可能性加以實現，因此原則乃是一種「最佳實現之誡命」(Optimierungsgebot; optimization requirement)。這表示原則這種規範是可以不同的程度加以滿足的，亦即原則必須在個案中，就與之對立之原則的邊際增減，尋求最高程度的實現。

(二)透過「重量公式」(Gewichtsformel)的分析

Alexy 曾經對價值原則彼此衝突與進行衡量的推論思考，提出相當複雜的形式符號分析，並表述為一種「重量公式」(或份量公式)。此處無法也不需要完整介紹，只需要先參考較為簡化的重量公式：

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

(1) $W_{i,j}$ 代表原則 P_i 相對於相衝突原則 P_j 的具體權重。重量公式將這一具體權重定義為權衡上下兩種原則 (P_i & P_j) 各自內含三個因素的商數。

(2) I_i 代表對 P_i 的干預強度。 I_j 則代表相對立衝突原則 P_j 的重要性， I_j 也可以理解為，若不干預 P_i 而導致 P_j 因此而受損的強度；或者藉由干預 P_i 而導致 P_j 因此而提升的強度。

- (3) G_i 與 G_j 各自代表 P_i 與 P_j 兩個價值原則的一般抽象重要性或份量。
- (4) S 代表的是，各該價值增損或事實狀態的「資訊確定性」，因此這是一個有關於其他事項的「認識論」(認識程度)確定性問題。舉例來說，如果實施「報禁」或者各種事前的言論審查，此等強烈限縮言論自由的「確定性」很高，但是國家安全由此而可以獲得大幅改善的「確定性」卻不高或充滿爭議，這就意味著 $S_i > S_j$ 。
- (5) 即使對人性尊嚴採取「相對」學說，Alexy 認為其地位仍接近「絕對」的理由相當簡明：「人性尊嚴」的抽象份量 G_i 通常都可設定為高過其他憲法價值原則。也可以說，人性尊嚴是個原則，但是是一個份量特別重的原則。因此與其他多數同位階法益彼此衡量情況下 $G_i = G_j$ 有所不同，如果 G_i 代表人性尊嚴的份量， G_i 通常大於其他的 G_j 。
- (6) 以德國基本法的規定來看，人性尊嚴是基本法明定的「修憲界限」，解釋與學說上認為是一切基本權的價值基礎，因此其抽象份量大於其他價值是相當合理的設定。人性尊嚴在我國憲法體制裡也具有內在修憲界限的地位(見下)，故設定其份量高過其他憲法價值也是合理的。
- (7) 在死刑議題裡，處決人犯是非常確定的人性尊嚴侵害。相對要考慮的是，執行死刑所可獲得的「一般嚇阻」效果到底「確定性」有多高。以前述舉證來看，有相當權威的研究認為難以證明有嚇阻效果。即使退一步來考量，至多也是認為「難以確定有無嚇阻效果」。因此在死刑議題裡，人性尊嚴的 S 因素仍舊勝出，這就意味著 $S_i > S_j$ 。
- (8) 因為生命權被徹底剝奪，使得侵害人性尊嚴的強度因素 I_i 可以定為「無限大」或者數值非常高。但是公式下半所要追求的相對價值：「罪刑相當」，相比於無期徒刑也有類似的「罪刑相當性」，因此施以死刑的法益實現增值幅度 I_j 不會是個很高的數值，兩者份量關係可以合理地設定為 $I_i > I_j$ 。
- (9) 這也使得不論死刑追求哪個重要法益，不論是一般預防或罪刑相當，公式上半的 I_i ， G_i 與 S_i 一定會分別大於公式下半的 I_j ， G_j 與 S_j ，如此一來就會讓 W_{ij} 這個「相除」得到的商數大於 1，亦即死刑都無法凌

駕人性尊嚴：

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j} > 1$$

四、人性尊嚴與修憲界限

(一)德國聯邦最高法院的判決

由於德國基本法 1949 年就透過第 102 條廢除了死刑，因此德國的法院實務一般來說並不會處理死刑議題，但是在一個 1995 年的判決裡(BGH 5 StR 747/94, Urteil v. 16.11.1995)，德國聯邦最高法院(BGH)為了處理 DDR (東德)過去所做的死刑判決問題，對死刑問題提出了一些看法。該判決認為，即使廢除了基本法第 102 條，基於人性尊嚴條款，以及生命權保障的「本質內涵」，基本法仍舊禁止以任何形式恢復死刑。亦即，即使基本法沒有明文禁止死刑，基於「人性尊嚴」與「生命權核心內涵保障」，死刑仍舊是禁止的。判決也表示，根據人性尊嚴的理想，國家執行死刑是絕對不合理與不可容忍的。就此點而言也可以說，廢除死刑條款與人性尊嚴條款一樣，都屬於基本法內在的修憲界限。

(二)我國憲法的非明文修憲界限：釋字第 499 號

司法院釋字第 499 號解釋曾對我國憲法之非明文修憲界限提出說明：

「憲法中具有本質之重要性而為規範秩序存立之基礎者，如聽任修改條文予以變更，則憲法整體規範秩序將形同破毀，該修改之條文即失其應有之正當性。憲法條文中，諸如：第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民民主權原則、第二章保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則，具有本質之重要性，亦為憲法整體基本原則之所在。基於前述規定所形成之自由民主憲政秩序，乃現行憲法賴以存立之基礎，凡憲法設置之機關均有遵守之義務。」

其中相當值得注意的一個部分是，並未明確列出條文，卻以「第二章保障人民權利」概括成為一個修憲界限。這個修憲界限可以理解為：

(1)基本權清單的個別條文，仍然可以修改，尤其可以補充強化；
(2)但是任何的修憲，不能抵觸「支撐起」基本權保障的基本原則。至於哪些原則，是作為基本權保障基礎的原則，也許可有不同的見解，但是至少依照歷來的解釋與裁判，「人性尊嚴」是其中之一，應無疑義。
易言之，人性尊嚴在我國憲政體制裡，已經具有相當於德國基本法第 79 條第 3 項保障的修憲界限之地位，因此相較於各項具體基本權以及不屬於修憲界限的其他憲法原則，人性尊嚴佔有一個更高且更強的規範地位，連修憲者都受到拘束，其他公權力機關更負有「遵守之義務」。援用前述 Alexy 認為原則是「最佳實現之誠命」，意指公權力機關要追求人性尊嚴「最佳(最高、最大程度)實現狀態」；放入「重量公式」，意味人性尊嚴的抽象份量 G 值很高，高於其他憲法位階的法益。

柒、 知識與評價的謹慎誠命：

一、由凱爾森的民主原則談起

(一)概述

此處優先要討論的，不是民主與違憲審查的抗多數決困境，而是經常被忽略的，由憲法法院體制創立者，奧地利學者漢斯·凱爾森(Hans Kelsen)所提出的民主理論，當然也不是這個理論之全部，而是其中與本案高度相關的一個環節：政治相對主義(Political Relativism)。

(二)哲學相對主義與權力的節制

政治相對主義的「哲學」基礎，是哲學的相對主義。哲學相對主義包括兩個主要要素：價值相對主義，以及「認識論」或「知識」的相對主義。不過在憲法學上的主要關鍵，首先並不在於這些哲學基礎，而是政治相對主義的主要意旨：權力的節制。

凱爾森指出，知識的絕對主義預設，人類知識有辦法追求絕對的「真實」(reality)存在。但是知識的相對主義則認為，人類對世界的認知與了解，都高度受限於個人或研究社群或社會文化的條件，包括自然科學的研究，都只能獲得在一定條件下，「相對正確」的知識。

人類在 19 世紀逐漸發展的現代民主原則，一方面結合了「自由主義」對人權保障，以及體制上的權力節制與分立原則，包括對「多數決」的限制；另一方面，議會的多數決原則除了顯示「評價／意見」的暫時性與有限性外，也表彰了對有權力者的知識有限性的警覺與提醒。

(三)相關的主張：知識或認識與評價的「謹慎誠命」

從民主原則預設的「知識相對主義」原則，在本案相關的問題思考之下，可以得出以下這個關鍵主張：

「自由民主」原則對有權力者知識有限性的警醒，可以轉化為一個憲法誠命：知識或認識與評價的「謹慎誠命」(das Zurückhaltungsgebot an Erkenntnis und Bewertung; Caution Command to knowledge and evaluation)。此一認識與評價的謹慎誠命，實際上也反映在前引 Alexy 「重量公式」當中的「確定性」要素 S 當中。

在釋字 799 號中，針對施以長期強制治療之程序，大法官也要求：「故施以強制治療達一定年限時，是否繼續施以治療，應由法官重為審查決定。至法官審查之頻率，應依強制治療期間之長短而定；強制治療期間愈長，由法官定期審查之頻率即應愈高。」，亦即對於行政機關針對「實然」面所做判斷，法院應依據基本權侵害程度給與不同密度的審查，也已經顯示出鈞庭肯定前述的「謹慎誠命」。

如前所述，2012 年美國國家科學院國家研究委員會發布的報告「嚇阻與死刑」，建議暫勿使用這些研究作為判斷死刑對殺人案件有何影響的依據。¹² 這也可以說是基於「謹慎誠命」建議立法者或政策決策者採取「不輕信嚇阻效果」的立場。

更關鍵的是，謹慎誠命也禁止了任何法院，對任何被告，做出「無教化可能」的判斷宣稱。因為任何「無教化可能」的判斷，都是基於非常有限的資訊，卻對擁有諸多可能性之開放未來的「過度有信心的推測」

(over-confident conjecture)。即使面對一個看起來窮凶極惡，犯下極為殘酷罪行之徒，任何法庭/法官/陪審/參審員，都不可能得出此人在未來「絕無教化可能」的「終局判斷」。

以上的討論，並不是對被告或犯罪者的同情或憐憫，而是基於民主原則，參考 Kelsen 的理論分析，而得出對於公權力「過度自信」的節制要求。這也可以視為是對基本權「過當（侵害）禁止」（Übermaß-Verbot；Excess ban）的擴大理解，因為對基本權的過當侵害，往往基於行使公權力者對自身所擁有的知識資訊及判斷過度有自信。

值得注意的是，本案涉及的 37 個死刑案，最後訴諸「無教化可能」的個案並不多。這是否顯示了，法院也已經對自身掌握「未來事態」發展的「認識能力不足」有所反省瞭解呢？目前看來，難有定論。整體看來，比較像是放棄了或刻意無視/忽視「經驗世界」方面的資料與判斷，而改以「規範」層面的，以某種「應報主義」為基礎的「罪刑相當」原則來直接宣告死刑。這其實涉及凱爾森所談的哲學相對主義第二個層面：價值相對主義，以及與此呼應的「評價謹慎誡命」（das Zurückhaltungsgebot an Bewertung; Caution Command to evaluation）。

二、對憲法「罪刑相當」原則的討論

（一）公權力機關的認識或評價判斷是否（可能）失準的審查把關

我國的釋憲與憲法裁判實務，已經確立了憲法位階的「罪刑相當」原則，例如晚近 112 年憲判字第 13 號也再度明確指出此點。值得注意的是，不少相關案件都在處理最低法定刑是否太高，以至於實務上找不到相對應的刑罰，在不願意違反罪刑相當與比例原則情況下，勉強適用刑法第 59 條酌減所引發的問題。（參照同案詹森林大法官部分不同意見書，引用法官聲請書）

進一步考察，此處涉及的都是前面提到的，公權力機關的認識或評價判斷是否（可能）失準的審查把關問題。只不過歷來的案件都是，立法者評價判斷失衡，最低刑失之過苛；司法者則顯得更為謹慎與無奈。但是審查的標的，都是認識與評價判斷的界限拿捏問題。

（二）是否也有授予法官太大的判斷餘地與審酌空間的問題？

但是問題是否也可以或者甚至也應該反過來看，是否也有立法者制定的「最高刑」太高太重，以致於授予法官太大的判斷餘地與審酌空間，造

成對於人民不符合罪刑相當以及比例原則的財產、自由，甚至是生命權之侵害？

(1)如前所述，「罪刑相當」原則的基礎固然源自於某種應報原理，基於罪與刑要「對等」的「交換正義」，但是在現代民主國家的刑事法體制裡，勢必已經要引進「分配正義」的觀點「整體」衡量，如果以詹森林大法官在前引意見書中提出的說法，刑事法體系的罪與罰必須盡可能達成某種「體系正義」，可惜如果整體檢視我國現行刑事法，卻顯示出明顯「違反體系正義」的狀況。

(2)然而也正如前述，立法者並不需要受到公共理性與反思均衡的嚴格拘束，司法者，包括憲法法庭，也只能被動因應。但是憲法法庭仍舊可以基於民主原則下「權力節制」的觀點，基於認識與評價的謹慎原則，嚴謹地審查是否有「授權規範」授權過於寬鬆（雖然有合憲的目的追求），以致於會產生太高的恣意或錯誤風險。

(3)這個思考是延續了賴德布魯赫的一個重要觀點：刑事法體系的基本特色，是由其「最高度刑」所決定。以更清楚方式闡述這個觀點：最高度刑展現了司法權、立法權，乃至國家權力的「最大可能幅度」。或者更簡明：最高度刑到哪裡，權力就到哪裡。

(4)正如黃昭元大法官不同意見書批評該判決對系爭規定法定刑中之死刑規定未予任何審查。並指出此問題有值得違憲審查深入論述的價值。此一思考已經反向指明，應該對於「國家權力最大可能幅度」進行憲法層級的深入考量，而不僅是致力於合憲放寬法官得以「往下」量刑的審酌空間。

(三)針對死刑問題的相關分析

基於本節前述的討論與分析，針對死刑，提出以下的看法：

(1)作為法定主刑之一的「死刑」，是一種授權範圍過於空泛的國家權力不當行使，基於自由民主憲政秩序的考量，應該加以完全禁止。

(2)死刑授權的空泛性，要由以下幾個角度說明：針對死刑本該設置最嚴謹的實體要件、量刑基準與「組織與程序」之保障，但是這幾個層面

都難以滿足標準。以本案所涉及 37 個個案來看，筆者參考的研究已指出包含大量的程序與量刑瑕疵或者至少是「可受爭議」之處。甚至有研究指出，37 位死刑定讞案件，全部沒有經過嚴謹的量刑鑑定程序。

- (3) 筆者並不想直接批評這些判決都帶有「恣意性」，本案審理也非個案審查。筆者毋寧更想強調的是：只要「死刑」選項存在，那個最終由「自由刑」一躍跳到「生命刑」的「判斷」，永遠不可能充分滿足前述三大層面的嚴謹性要求，因為其抵觸了認識與評價的謹慎誠命，一定是以某種過度自信的方式，才會做出這種無任何糾錯可能的判斷。
- (4) 筆者也認為，「罪刑相當」的憲法原則固然非常重要，但是基於認識與評價的謹慎誠命，不應該過度授權給法官有宣告無以糾錯之死刑的權力(或裁量空間)，而應該以「無期徒刑」作為體系上拉住「罪刑相當」原則之「上限」(最高度刑)規範。這種規範安排，一方面卸載了法官反覆思慮是否要宣告死刑的負擔，另一方面也可以將寶貴的司法資源，轉而運用到與自由刑搭配的假釋等相關制度。
- (5) 筆者也要提醒，為了保留死刑合憲，任何可能的實體要件限縮或程序嚴謹化，不僅不會讓問題解決，反而會創造更多的「司法生死輪迴」。¹³參照 Ronald Dworkin 的說法：「涉及重大評價/道德爭議問題的規範，不會因為訂定的更詳細，就讓系爭概念的意涵變得更精確」(“... they could not be made more precise by being more detailed.”)
- (6) 筆者認為，符合人性尊嚴之死刑替代方案其實就可從現行的無期徒刑體制開始著手。因為假釋本就是特別預防與個別處遇，不因服滿最低刑期就取得假釋資格，更無權利可言。如果要有所調整，可以考慮將假釋准否改為法官保留。
- (7) 重點是，實在不應該再花更多時間精力與資源來「修補殺人機器」，資源實在應該投注在改革現有的刑事法體制，真正落實「促使受刑人改悔向上，培養其適應社會生活之能力」。

捌、 綜合結論

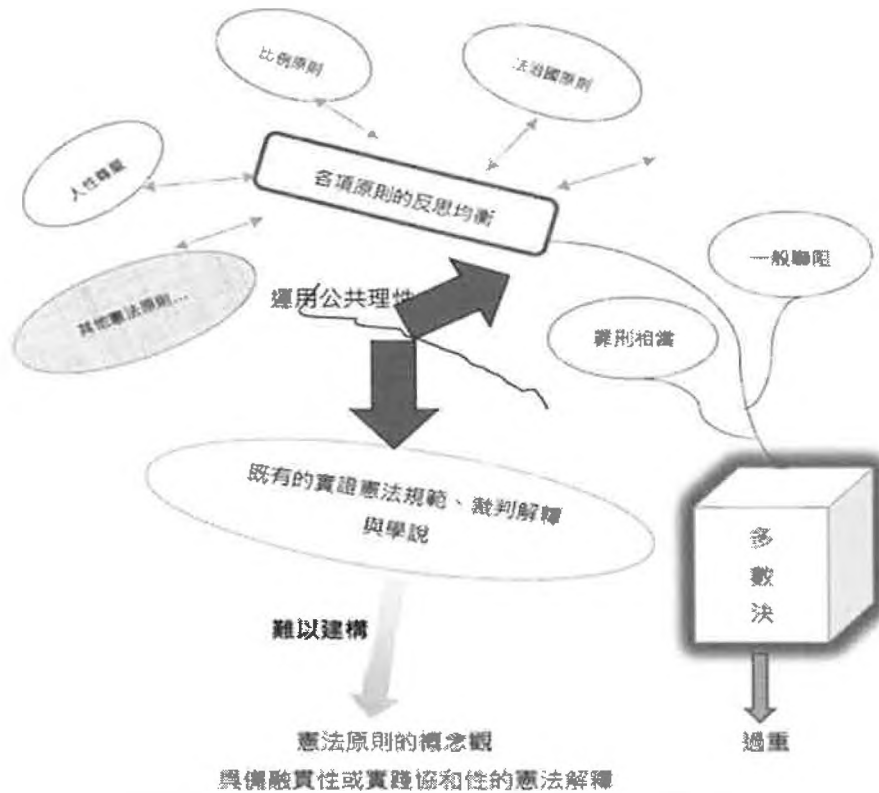
本鑑定意見的論證方法，主要援引羅爾斯的公共理性、反思均衡以及由此發展的憲法建構主義方法，力求在公共證立方向上，盡可能獲得公民們的理性支持，而不僅是法學專家的同意。本鑑定意見基於下列幾個原則與論證，綜合判斷死刑抵觸我國憲法：

- (1) 死刑是殘酷不人道的刑罰，且是抵觸人性尊嚴的身體刑。
- (2) 由分配正義闡明康德支持死刑論點的侷限之處。分配正義會導向社會責任論，社會責任論無法支持死刑。
- (3) 由賴德布魯赫對死刑是「異形」的觀點，說明死刑違反刑事法價值原則體系，進而提出對人民「徹底排除之禁止」規範。
- (4) 即使對人性尊嚴採相對學說，藉由Alexy「重量公式」的分析可看出，人性尊嚴仍舊凌駕死刑所欲追求的價值，並指出人性尊嚴在我國已經具備非明文的修憲界限地位。
- (5) 藉由凱爾森對民主原則的說明，提出公權力「認識與評價的謹慎誠命」，並在這個基礎上論證指出，死刑選項的授權，牴觸了此一誠命，過度授權給法官有宣告無以糾錯之死刑的權力(或裁量空間)，因此應該以「無期徒刑」作為體系上拉住「罪刑相當」原則之「上限」(最高度刑)。

另一方面，我認為支持死刑或認為死刑沒有違憲的主張，也確實根據「罪刑相當」與「一般預防/嚇阻論」提供了論述，但是實質上可能太依賴「多數決」的背景支持，而賦予了這兩個原則「過重」的理由份量，以致

於造成了整體憲法價值原則失衡的後果，其整體判斷狀況類似下面圖示：

憲法建構主義圖示：無法達到反思均衡之狀況



因此我的結論是：

基於各項重要憲法原則的整體衡量所獲得的反思均衡，可得出「死刑違憲」的結論。支持這項判斷的各原則，也包括罪刑相當與一般預防嚇阻，分別也都可以獲得公民合理的支持肯定，並不需要訴諸任何獨特的價值秩序或自然法理念，而且也都是我國憲法實踐所支持的原則與論證思路，因此這項結論是運用公共理性後可以在我國公共論證領域獲得支持的結論。

¹ 本鑑定書的撰寫，受到多位學者朋友的指導協助，在此先不一一列名感謝。限於鑑定人的能力與時間，本鑑定書目前版本尚無法充分符合學術論文引注要求，將在後續修正改善。

² Rawls, John. (1993). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press. 231.

³ Rawls (1993). 124.

⁴ 徐育安/陳弘儒法庭之友意見書參照。

⁵ 實際上，賴德布魯赫自己也曾被宣告死刑，在瀕臨執行的前一刻，才因為政治局勢改變而喊卡。

⁶ 當時德國死刑的執行方式還是「砍頭」（以斷頭台或劊子手手斧斬首），這個方式還寫在刑法法典裡。因此很難理解，威瑪共和憲法秩序如何與死刑共存於「同一個」憲法秩序內。

⁷ 即使退一步想，如果界定為：「執行死刑前，仍享有所有基本權」，這樣會更好，更清楚嗎？恐怕不會，因為這樣一來，不但要面對，執行死刑前，要先予以釋放的問題；也要面對，釋放之後，又要逮捕押解到刑場執行「槍斃」（舊條文原本的法條用語）的窘境。

⁸ 徐育安/陳弘儒法庭之友意見書參照。

⁹ Habermas, Jürgen. (2010). Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte. *DZPhi*, 58 (2010)3, 343-357, 344f.

¹⁰ Baer, Susanne. (2005). Menschenwürde zwischen Recht, Prinzip und Referenz. Die Bedeutung von Enttabuisierungen. *DZPhi*, Berlin 53 (2005)4, 571-588.

¹¹ 徐育安/陳弘儒法庭之友意見書參照。

¹² 如果鈞庭為追求「嚴謹化」，本次判決指示立法者針對死刑修改相關實體或程序規定，因為新規範一定會涉及基本權，並運用概括條款，依照鈞庭 111 年憲判字 8 號的見解：「惟一般而言，當各級法院對於法律之解釋或適用係基於對基本權根本上錯誤之理解，且該錯誤將實質影響具體個案之裁判；或於解釋與適用法律於具體個案時，尤其涉及概括條款之適用，若有應審酌之基本權重要事項而漏未審酌，或未能辨識出其間涉及基本權衝突，致發生應權衡而未權衡，或其權衡有明顯錯誤之情形，即可認定構成違憲。」〔第 30 段〕，將可能導致未來死刑判決全部都聲請鈞庭審查或反覆上訴的狀況，不可不慎。