

專家諮詢意見書
(111 年度憲民字第 904052 號聲請案及相關併案)

許家馨
中央研究院法律學研究所研究員
民國 113 年 4 月 9 日

目錄

*應揭露事項與爭點題綱.....	1
一、無法透過法律論理確定的價值衝突，司法違憲審查者應審慎自制..	2
二、憲政秩序與死刑體制的變遷以及公共論域的分裂失衡.....	3
三、啟蒙時期的刑罰思想：貝加利亞與康德.....	6
四、第一代生命權「正當程序模式」與「免於酷刑權」齊頭並進.....	9
五、早期第二代生命權的出現—德國與以色列如何回應納粹？.....	9
六、戰後初期的死刑司法違憲審查——日本與美國最高法院.....	11
七、生命權絕對主義的文化脈絡——戰後歐洲的歷史與人文處境.....	14
八、生命權絕對主義與司法違憲審查——南非憲法法院.....	19
九、東亞的死刑違憲審查——韓國憲法法院.....	22
十、死刑在東亞脈絡下的意義.....	24
十一、結語及其它意見.....	30

應揭露事項

- 一、相關專業意見資料之準備或提出，並無與當事人、關係人或其代理人有分工或合作關係。
- 二、相關專業意見或資料之準備或提出，並未受當事人、關係人或其代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。
- 三、無其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。

~專家意見¹~

鈞庭所提示之爭點題綱：

一、做為法定刑之一種的死刑是否違憲：（1）死刑除剝奪生命權外，是否另干預其他憲法上權利，如免於酷刑之權利、人性尊嚴等？（2）死刑制度所追求之目的有哪些？（3）以死刑做為達成上述目的之手段，造成剝奪人民憲法上權利之效果，是否為我國憲法所許？如果認為死刑違憲，有何足以取代死刑的其他刑事制裁手段？或應有哪些配套措施？

二、如果認為死刑制度合憲

（一）得適用死刑之犯罪類型：（1）根據我國憲法，其適用之犯罪類型是否有應限縮之處？或僅得適用於哪些犯罪類型？（2）本件各聲請案原因案件確定終局判決所適用之各該刑法罪名，包括刑法第 226 條之 1、第 271 條第 1 項、第 332 條第 1 項、第 348 條第 1 項（中華民國 88 年 4 月 21 日施行：唯一死刑；95 年 7 月 1 日修正後：死刑或無期徒刑），是否違憲？理由為何？

（二）得適用死刑的刑事被告範圍：根據我國憲法，得對之宣告死刑之刑事被告範圍是否應有所限制？刑法第 19 條就「精神障礙」及「心智缺陷」之行為人，依其「行為時」「辨識能力之程度」，而有「不罰」（第 1 項）或「得減輕其刑」（第 2 項）之區別，就死刑之宣告而言，是否違憲？

（三）死刑的配套程序：就我國法而言，在審判過程及判決宣告後，應各有哪些配套程序，始符合憲法正當程序之要求？（例如第三審強制辯護、應行言詞辯論、評議一致決、判決確定後之非常救濟及其他程序保障等）就此而言，刑事訴訟法第 388 條及相關程序規定是否違憲？或現行規定即已合憲而毋須變更或修正？理由各為何？

¹ 本意見書的內容，部分建立在我發表過的學術論文之上，但有相當部分是過去從未發表過的原創內容。參考內容出自：許家馨，放棄死刑走向文明：第二屆模擬憲法法庭，許家馨大法官部分不同部分協同意見書，臺北律師公會編，頁 175-212（2015 年）Jimmy Chia-Shin Hsu, "Right to Life and Capital Punishment in Transnational Judicial Dialogue", *Asian Journal of Comparative Law* 16 (2021) 311-337. 許家馨著，高忠義譯，跨國憲法對話中的生命權與死刑，東吳公法論叢，第 13 卷，頁 45-86（2021 年 12 月）

一、無法透過法律論理確定的價值衝突，司法違憲審查者應審慎自制

死刑牽涉到對於基本權之重大侵害，屬於司法違憲審查權的範圍無疑。然而，得予審查，不代表無須審慎為之。對廿世紀美國法學影響甚大的已故美國聯邦最高法院大法官 Benjamin N. Cardozo (1870-1938) 的名言，此時仍值得吾人細思：「法官即便有審判上的自由，仍然並非全然不受拘束。他不是中世紀的遊俠騎士，可以脫離所屬的故土四處遊俠仗義追尋自己心目中的理想美善。他必須從已經被社會所高舉的法律價值原則中汲取靈感。……在行使司法裁量的同時，他必須看重社會傳統的引導、類推論理的嚴謹方法、法律體系的規制，以及社會生活中最基本的秩序需求。」²

所謂「審慎為之」意指在司法積極與司法自制之間求取平衡，而對於何時積極、何時自制的判斷，應建立在對於議題性質的深入理解上。當議題顯示出以下特性，釋憲者即應避免進行終極判斷，以免阻斷立法機關尋求各種中間方案的可能性：（一）所依據之憲法規範在此議題上，必須進行相當開放性(open-ended)的價值論辯，缺乏較為明確的規範基礎；（二）此開放性價值論辯牽涉到深刻且複雜的價值選擇；³（三）社會對此價值選擇有嚴重且深刻的歧見；（四）既有制度並非沒有合理的基礎可以支持，且挑戰方並沒有提供壓倒性的論據；（五）既有制度在合理的理解下，可以通過違憲審查。此時，即便對被挑戰制度的合理性仍有爭議空間，然以上特性已經表示，此等議題不適合由本庭阻斷立法選擇。

死刑本身違憲與否之議題在在彰顯上述特性。而且，若鈞庭宣告刑法第 33 條第 1 款死刑作為法定刑根本違憲，將剝奪立法權審議各種中間立場的可能性。所謂的中間立場，意指「死刑根本違憲」（刑法第 33 條第 1 款死刑法定主刑違憲），以及「本案所涉相關法條皆合憲」二種判決結果之間的各種制度改良可能性。參照國際特赦組織的 2022 年死刑報告⁴以及國際文獻，各種中間立場舉例如下：（一）廢除平時死刑，保留戰時嚴重犯罪死刑：如 1983 年歐洲人權公約第六號議定書；目前的巴西、智利、秘魯、迦納等國；（二）無限期暫停執行死刑：保留法律中的死刑（包括戰時或平時），但已經超過十年以上停止執行，且有暫停執行之政策，比如南韓、寮國、阿爾及利亞、摩洛哥、突尼西亞、肯亞、坦尚尼亞等 23 國；

² Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (New Haven: Yale University Press, 1921), 141. (筆者自譯)

³ 如 Cass R. Sunstein 對於司法最小主義適用場合的描述：憲法議題「其性質具高度複雜性，且許多人對於此議題有強烈深刻的感受，以致於產生國家的嚴重分歧時」Cass R. Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court* (Harvard University Press, 1999) 5.

⁴ <https://www.amnesty.org/en/what-we-do/death-penalty/>.

（三）保留平時死刑，但在實體罪名與程序上都有值得我國參照之處的國家，比如美國聯邦、特定州與日本。

應特別說明者，第一，「無限期暫停執行死刑」與「死刑絕對違憲」有刑罰意義上的重大差別，以致於宣告後者，乃是取消而非實現前者。刑罰的宣告有重要的象徵意義：法院代表社會宣告特定犯罪行為之嚴重程度，及相當程度的責任。然而，刑之宣告是一回事，是否或如何執行是另外一回事。國家可以基於政策考量，宣告死刑而不執行，以表達以下意義：此特定犯罪行為之嚴重程度，對於他人法益侵害之嚴重性（比如連續隨機殘虐殺人），只有死刑始能相當，死刑是其所應得。行為人若要對被害人以及整個社會贖罪，必須付出此等相當的代價。然而，國家基於其他政策理由，無限期停止執行，乃是社會對於此課責方式的慎重，比如基於冤案可能性的存在，教化可能性的遲疑、區域或國際體系的外交考量（比如後冷戰時期某些中東歐國家）等等。宣告刑罰而不執行，並非行為人所應得，而是社會對其之寬容。因此，這牽涉到行為人與社會之間的法律與倫理上的權利義務關係。第二，宣告死刑絕對違憲，阻絕現在與未來立法者審議各種中間選項的可能性。然而，宣告死刑並非絕對違憲，並未阻絕立法者選擇廢除死刑或者加以限縮。因此，違憲審查機關必須認識到，宣告死刑絕對違憲，此決定的重大決斷性以及阻絕民主代議機關審議空間之嚴重性。

二、憲政秩序與死刑體制的變遷以及公共論域的分裂失衡

中華民國刑法於 1935 年制訂之初，立法者即已考慮過死刑存廢的問題，而選擇加以保留⁵。我國制憲者並未在憲法中挑戰刑法中的死刑制度。在接下來超過半個世紀的過程中，死刑持續在我國憲政秩序底下運作，立法者未曾嘗試廢除死刑，司法院大法官甚且在釋字第 194 號、263 號、476 號解釋中肯定不同特別刑法中不同罪名之死刑作為法定刑的合憲性。可以說，死刑制度本身在行憲之後，長時間並未被有權機關認為與我國憲政秩序有所扞格。儘管如此，我們不應忽視解除戒嚴、結束動員戡亂時期並實施民主改革以來憲政秩序以及死刑體制的實質變遷。

⁵ 我國現行刑法公布於民國 24 年。死刑為主刑之規定可追溯到 1907 年公布之舊刑法。舊刑法第 53 條立法理由即已考慮過死刑存廢的議題：「死刑存廢學說尚不一致，在我國有不可廢者三：一曰法理。蓋刑罰如藥石，犯罪如疾病，醫之用藥，非審其病質與藥力，則藥無效，而病不得瘳。故潰爛之癰疽，非尋常藥力所能奏效者，則割去之。死刑之加於罪犯，亦猶乎刀割之加於癰疽，定其適用之標準，厥有二端：曰大惡，曰不治，使對此大惡不治之犯，不加以絕對淘汰之列，豈國家刑期無刑之意哉。二曰歷史。國家當改革之秋，沿歷史之舊固不可，不審其所當存者，亦不可。我國自有史以來，倫紀之重，未嘗或變，使一日廢止死刑，則對於干犯倫紀者，裁判必多窒礙也。三曰社會心理。我國用死刑，相沿已久，使一日廢之，其影響必及乎社會心理，兇惡之徒，必玩其刑輕而肆無忌憚，良民必駭其不情，愈滋權利侵害之懼矣。」黃源盛，晚清民國刑法史料輯注（下），頁 896，2010 年。

1995 年大法官在司法院釋字第 372 號解釋，透過憲法增修條文第 9 條第 5 項規定：「國家應維護婦女之人格尊嚴」架接世界人權宣言（第 1 條：「人人生而自由，在尊嚴和權利上一律平等」），將「人格尊嚴/人性尊嚴」概念引入我國憲法秩序，此後廿多年中透過釋憲機關的逐步解釋，「人性尊嚴」與「自由民主憲政秩序」成為我國憲政體制中的核心價值。引入人性尊嚴概念的第六屆大法官在 1999 年公布的司法院釋字第 476 號解釋中，維持毒品危害防治條例中的死刑，認其可通過比例原則的檢驗而並不抵觸生存權，且並未提及有抵觸人性尊嚴的問題。然而，在接下來的四分之一世紀中，隨著世界廢死潮流在第三波民主化過程中持續推進，台灣透過公民社會以及政府與國際人權社群的接觸，開始繼受從一九八〇年代以來，由歐盟領導且逐漸成型的「生命權絕對主義」(right-to-life absolutism)思潮⁶。標榜「以人權立國」的陳水扁總統任內，法務部公布漸進廢除死刑的政策說帖，並在 2005 年以後法務部長暫停簽署死刑執行令。2008 年馬英九總統上台後，法務部長王清峰基於個人宗教以及人權思想，繼續暫停執行死刑。然而，暫停執行死刑的作法尚未形成穩定的政策，也談不上廣泛的公眾討論。直到 2010 年王清峰部長因為立法委員質詢公開表明立場，此一議題始受到公眾注目與討論。

2009 年立法院批准兩公約且將之國內法化，為我國憲法基本權保障體制植入國際人權法的規範，公政公約第 6 條關於生命權的規定也對死刑體制產生直接的拘束。儘管我國並未簽署批准公約第二任擇廢死議定書，然而公政公約第 6 條第 2 項死刑應限於「最嚴重之犯罪」以及鼓勵朝向廢死的精神，透過我國人權公約國家報告邀請國際專家審查，加上民間人權與廢死團體的有力倡議，促使我國死刑體制加速變遷。本文所謂「死刑體制」乃是一般性的刑罰體制的一環，指的是整體刑法（包括刑法與特別刑法）法規範、政府部門與社會大眾對於刑罰功能的規範性想像，以及相應的實務操作。中華民國刑法以及特別刑法中的絕對死刑 2007 年走入歷史。雖然目前我國刑事法律體系中，仍有保護非生命法益但得處以死刑之罪（比如刑法第 261 條公務員以權力強迫種植鴉片罪、第 103 條外患罪、民用航空法第 100 條劫機罪等），但實務上我國法院目前所宣告死刑之罪名，僅限於侵犯生命法益之殺人罪以及殺人罪結合犯。且死刑判決數量亦逐年減少，過去十年間，最高法院死刑判決數量每年約不到五件。⁷ 從絕對死刑走入歷史、死刑罪名限縮、實務死刑判決限於殺人罪及其結合犯，到最高法院發展更細緻的死刑量刑標準、透過言詞辯論提高程序的嚴謹度等等，在在顯示在憲政秩序變遷與人權法

⁶ Jimmy Chia-Shin Hsu, "Right to Life", in *Oxford Handbook of Constitutional Law in Asia* (Oxford: Oxford University Press, 2023), p.2; Jimmy Chia-Shin Hsu, "Right to Life and Capital Punishment in Transnational Judicial Dialogue", *Asian Journal of Comparative Law* 16 (2021): 316.

⁷ 李佳玟，死刑量刑準則的十年回顧，月旦法學雜誌，第 340 期，頁 119 圖 2（2023 年 9 月）。

文化移植底下，死刑體制經歷了重大變遷。

儘管死刑體制已經大幅變遷，然而，當前台灣社會對於其變遷方向與終點何在，仍缺乏共識。中正大學犯罪研究中心「司法與犯罪防制滿意度調查」關於死刑態度的持續性民調顯示，過去大約十年間台灣民眾對於死刑存廢的態度，反對廢死的民眾穩定地維持地在大約百分之 75 到百分之 85 之間（包括完全不支持廢死以及若有良好配套措施願意考慮）。⁸ 應注意的是，相關民調雖然可以衡量民眾對於議題的態度（支持或不支持），但大多民調的設計無法測量民眾態度的強度（支持或不支持的強度）。儘管不易測量，但我們可以從嚴重犯罪發生之後公眾的反應，觀察到此議題上的民意與其他議題比較起來（比如反對通姦除罪的多數民意）更為強烈。這並非台灣的特殊現象。正如現代社會學的奠基者涂爾幹(Emile Durkheim)所言，嚴重犯罪行為乃是嚴重違反社會「集體意識/良心」(conscience collective)的行為，嚴重侵犯社會所視為神聖的基本道德價值的行為，自然激起強烈反應，並且要求懲罰⁹。當然，大眾的反應常常過度，對於事實的掌握也必然不足，這正是司法獨立與嚴謹的刑事追訴審判程序的社會功能所在，那就是制衡大眾的反應，確保犯罪事實的全貌被釐清、給予被告公平公正審判，對其犯罪情狀背景動機等在量刑時給予應有的考量。然而，除去公眾輿論必然有的激情與對於事實認識的偏誤，其實社會對於重要價值被嚴重侵犯的嚴正反應，與對於犯罪行為人應有的觀照，本當彼此相容，透過植基於特定社會的刑罰理論梳理證立，進一步反映在制度上。

在死刑存廢的問題上，從西歐為首所發展的廢死思潮與台灣社會的價值，其實來自不同的刑罰思想與文化，前者透過學者與倡議者的選擇性引介，以及國際人權社群的影響，在特定公民社會與專業領域享有文化優勢地位。而這套論述其實與台灣社會的價值從未有過真正高水準的對話與辯論。我國法學研究與教育專研基礎理論者本來就不多，又以戰後德國為主要繼受對象。法學學術養成普遍缺乏深刻理解本土文化的社會哲學理論訓練，無法同情理解，遑論透過學術語言，把台灣社會的價值理論化，同時又對西方廢死思想史缺乏足夠深入的研究（包括我自己）。誠實地說，台灣社會在死刑存廢議題上夠水準的論理，雖有但是仍然不足，

⁸ 請參閱該中心網頁 <https://deptcr.ccu.edu.tw/index.php?temp=news2&lang=cht>。此一結果大概與其他非持續性的民調，比如國家發展委員會 2016 年的「民眾對死刑相關議題的看法」、法務部 2008 年「台灣地區死刑存廢問題之民意調查」，結果出入不大。對於反廢死民意到底如何解讀，容或值得更細緻的討論。然而，我必須說，到目前為止，很多民調問題的設計（包括以推動廢死為動機的民調）並沒有以精緻的刑罰哲學作為設計基礎。也因此，我對於民調是否能夠較為準確的掌握大眾的刑罰態度，抱持保留的態度。

⁹ Emile Durkheim, *The Division of Labor in Society*, tr. by W.D. Halls, (London: Palgrave Macmillan, 2013, 2nd ed.) 81; David Garland, *Punishment and Modern Society* (The University of Chicago Press, 1990), 29.

而且真正對話的少，各說各話的多，以致於形成菁英論述與民意對立的態勢，這是令人遺憾的現況。¹⁰ 這是鈞庭對此議題進行終局決斷時，對於全局應有的覺察。

儘管此題宏大，但全面性的理解有其必要，因此我在有限的篇幅內勉力將啟蒙刑罰思想、死刑違憲審查比較法、東亞與西歐廢死思潮的文化差異，加以融會分析。

三、啟蒙時期的刑罰思想：貝加利亞與康德

近代對於死刑存廢的辯論，可追溯至啟蒙時代，其中代表性的人物有兩位，一位是貝加利亞(Cesare Beccaria, 1738-1794)，一位是康德(Immanuel Kant, 1724-1804)。他們的思想至今仍有影響力，且康德作為近代人性尊嚴概念最重要理論家，對德國基本法發展有極大的影響。兩位都是啟蒙哲學家，目標都是為崩解中的舊封建秩序以及萌芽中的近代社會打造規範基礎，以個人平等為出發點，透過社會契約或者普遍理性，反思社會組織原理以及刑罰體系。因此，兩位都反對從封建專制統治者鎮壓管治臣民「治亂世用重典」或者「順我者昌逆我者亡」的角度來思考刑罰體系。兩位同樣都反對酷刑，且強調刑罰應當與犯罪嚴重程度合乎比例。民主化之後的台灣，拒斥威權統治的刑罰思維，兩位思想家正好提供基礎理論，而且在死刑問題上剛好站在存廢的兩端，特別值得對比參考。

二者差異首先在於哲學基礎。貝加利亞的理論基礎有二，包括社會契約以及功效主義，並在此基礎上反對死刑。貝加利亞認為，個人與他人聯合組成社會，必須犧牲部分自由讓渡給主權者，讓渡自由的範圍以絕對「必要」為限。所謂的「必要」，在基礎原則上乃是創造最大多數人的最大快樂，因而刑罰的目的乃是阻止犯罪行為人以及其他造成更多的傷害（特別嚇阻與一般嚇阻）。在死刑的問題上，基於讓渡自由的絕對必要性，「為何有人會讓渡給他人殺害自己的自由？」

¹¹此外，貝加利亞也質疑死刑的嚇阻效果，認為持續性的刑罰（監禁）比起嚴重

¹⁰ 我國司法違憲審查機關過去在民主化的過程中積極進取，扮演政治改革助攻者的角色，除了有國際民主化趨勢以及冷戰結束的大環境驅動之外，更有相當強烈廣泛的本土政治反對運動作為司法積極主義的民意基礎。如今台灣已經民主化三十多年，中華民國已回歸成為民有、民治、民享之民主共和國。司法違憲審查機關面對民主社會內的變遷與改革，所扮演的角色勢必更為複雜，與國民主權者的關係也更為微妙，同時法學的發展也必須開創新局，更重視對於本土社會的理解與理論建構。然而，身為法學學術工作者，我認為台灣法學的新局仍然有待開創。我們應該謙卑地看待這塊土地上父老兄姊的素樸價值，以自身所學，為其去蕪存菁，即便不完全認同，也能夠看出其中寶貴之處加以重構而與其對話。這對於法學的要求極高，既要有對他國法制社會及歷史有足夠的認識，也要對我國社會制度與價值及其變遷狀況有透過社會理論與哲學掌握的能力。我自知不足，深感汗顏。

¹¹ 然而，社會契約論的大家洛克以及盧梭，都在其理論中認為社會契約論可以支持死刑。將貝加利亞與其他社會契約論大家洛克與盧梭相比較（洛克與盧梭的社會契約論的允許死刑）進行分析者，參閱蕭高彥，死刑存廢：政治思想與哲學的省思，思想雜誌，第17期，2010年10月，頁123-141。

性更有嚇阻效果，並提出基於嚇阻之必要性與適切性的廢死論證。¹²

相較之下，康德乃是啟蒙應報論的奠基者。眾所周知，康德的道德哲學乃是人性尊嚴思想的重要基礎。而康德在名著「道德底形上學」中論述國家刑罰權時清楚地支持死刑。且康德對死刑的支持，並非在沒有思考過廢死的選項下所為。他明白地批判了主張廢死的貝加利亞¹³。康德應報論之核心主張可歸納如下：首先，康德反對嚇阻理論，因為把刑罰當成是社會自我防衛的工具，有違人的尊嚴。他認為，應報之要求，來自於正義，直接導自「無上律令」(kategorische Imperativ)。他說：「刑罰的原則是一個無上律令，主張功效主義，主張解消或減低刑罰以獲得好處的人有禍了！如果正義與公正消亡、人類就沒有任何價值繼續活下去。」。而應報主義在犯罪與刑罰之間的關係，乃是「平衡/平等原則」。他說：「什麼樣的以及多大程度的刑罰乃是公共之正義所持的原則與標準？乃是平衡原則/平等原則，正義的天平不應該向任何一邊傾斜。……任何人對他人進行犯罪行為，就是做在他自己身上，這乃是應報法則。」針對死刑，他認為死刑乃謀殺犯罪的後果：「謀殺者必須死。在司法體制中沒有任何其他的刑罰方式能夠滿足正義的要求。無論活著如何痛苦，其價值遠超過死亡，二者無法相提並論。私人復仇無法平衡謀殺犯罪在正義上的虧欠，唯有透過司法體系處決罪犯，才能夠達到平衡。」。但死刑與酷刑不同，死刑不違反人性尊嚴——「刑罰必須免於任何形式的虐待，任何可能減損受刑人的人性的刑罰都應該避免，不應折磨受刑人以傷害其人性。」。進一步，他更認為應報正義的要求是絕對的：「縱使一個社會在其成員的同意之下要解散，最後一位謀殺犯也應該在社會解散之前被處決。這事情應該作，好讓每一個人都知曉其行為所應得，好讓血罪不再玷污這些社會成員，如果不這麼做，他們會被視為謀殺的參與者，並且違反了正義的要求。」¹⁴

簡言之，康德認為，罪刑相當的應報刑罰是正義的要求，源於客觀理性與道德秩序，也是個人承擔罪責的方式，人類的生命及其所在之社會如果無法彰顯此道德秩序，反而失去人的尊嚴與存在的意義，因為正是人的先驗實踐理性能夠掌握理性的道德法則，人才有異於禽獸之尊嚴。

兩位啟蒙思想家在十八世紀後半葉的交鋒，預告了接下來兩個世紀的發展。貝加利亞與康德的共識：拒絕酷刑，乃是社會理論大師 Norbert Elias 所謂的歐洲中世

¹² Cesare Beccaria, *On Crimes and Punishments and Other Writings*, ed. by Aaron Thomas, tr. Aaron Thomas and Jeremy Parzen (The University of Toronto Press, 2008), 51-59.

¹³ Immanuel Kant, "The Metaphysics of Morals", in *Practical Philosophy*, ed. by Mary J. Gregor ed. (The University of Cambridge Press, 1996), 475-476.

¹⁴ *Id.* at 472-475. (本段中引文皆來自此引註中的頁數，為節省篇幅，僅以此註標示。)

紀開始的「文明進程」中的一環¹⁵。二者的分歧，也就是死刑存廢，一直是由維持死刑的一方穩佔上風，直到廿世紀七十年代為止。換言之，從十八世紀末葉以來憲政主義與自由主義發展的大部分歷史過程中，死刑（在革除舊時代殘酷的執行方式以及縮減其適用罪名的前提下）並沒有被當作是酷刑。不僅康德，十九世紀英國自由主義哲學大家密爾(J.S. Mill)在 1868 年四月對英國國會下議院發表的演說中，也基於其功效主義哲學，主張限於最嚴重的犯罪時，死刑是可以基於嚇阻論被正當化的¹⁶。刑事司法上的人權進展，著眼於監所的改革、刑罰的合理化、罪刑合乎比例（罪刑相當原則）、酷刑的揚棄¹⁷，在西方主流論述中死刑本身的正當性並沒有被質疑。到 1945 年為止，全世界只有八個國家完全廢除死刑¹⁸，從 1945 年到 1975 年間，廢死國家的比例穩定維持在百分之十左右¹⁹。

要了解為什麼包括洛克、盧梭、康德、密爾等近代政治思想大家，皆在一定條件下支持死刑²⁰，必須了解此課題牽涉到個人與群體間在各種情況下之輕重的權衡。在十八世紀末乃至十九世紀，近代的權利觀在主流的自由主義政治想像中，根植於特定政治共同體的社會契約想像當中，而與自由民族主義(liberal nationalism)相結合。在死刑議題上，個人生命權的保障，並沒有被無限上綱超過社會與國家的規範。正如漢娜鄂蘭(Hannah Arendt)所言：「自從法國大革命以來，人類全體被想像為民族國家的集合，人們逐漸明白，乃是集體的人民(people)而非個人(individual)才是『人的形象』(image of man)的歸屬。」²¹ 這樣的想像，一直要經歷過共產主義、法西斯主義與自由主義的慘烈鬥爭、兩次世界大戰、納粹荼毒、二戰後解除殖民逐漸完成、西方社會「表現個人主義」(expressive individualism)上升、冷戰時期的政治思想鬥爭的影響下，以廢死作為議題的制度改革，才邁入新的階段。以下，我將以「生命權」與「免於酷刑權」兩種權利為軸，放在上述政治、社會、文化變遷的脈絡下加以分析。

¹⁵ Norbert Elias, *The Civilizing Process* (Oxford: Blackwell Publishing, 2000).

¹⁶ Tom Sorrel, "Aggravated Murder and Capital Punishment", *Journal of Applied Philosophy* 10, no.2 (1993): 202.

¹⁷ Lynn Hunt, *Inventing Human Rights: A History* (New York: W.W. Norton, 2007).

¹⁸ 包括委內瑞拉、聖馬利諾、哥斯大黎加、厄瓜多、烏拉圭、哥倫比亞、巴拿馬、冰島。

¹⁹ Matthew D. Mathias, "The Sacralization of the Individual: Human Rights and the Abolition of the Death Penalty", *American Journal of Sociology* 118 (2013): 1246, 1248.

²⁰ 洛克與盧梭如何在其社約論中支持死刑，參閱蕭高彥，死刑存廢：政治思想與哲學的省思，思想雜誌，17 期，頁 123-141，（2010 年 10 月）。其存死的思考理路不難理解。社會契約論的構想者皆必須假設自己不知道進入社會契約後會發生什麼事情，他有可能是加害者、被害者與社會大眾。貝加利亞的論點是從每個人都有可能成為加害者的角度。但洛克跟盧梭是從每個人都有可能成為被害者以及從社會整體的角度來看如何處理或者預防犯罪。從後面這種角度出發，社會契約包含死刑不難理解。

²¹ Hannah Arendt, "The Perplexities of the Rights of Man," in *The Portable Hannah Arendt*, ed. by Peter Bachr (New York: Penguin Books, 2000), 32.

四、第一代生命權「正當程序模式」與「免於酷刑權」齊頭並進

「生命權」與「免於酷刑權」兩種權利作為憲政主義發展的一環，可以追溯到 1215 年英格蘭大憲章第 39 條、1354 年臣民自由法、乃至於 1689 年的英國人權法案，最後表現在近代憲政主義發展的高峰——1789 年美國聯邦憲法及其增補條文中。美國聯邦憲法增補條文第 5 條：「非經正當法律程序，任何人均不得……被剝奪生命、自由或財產」，而美國憲法增補條文第 8 條規定，「不得要求過重的交保金，不得課以過高的罰款，不得施予殘酷異常的刑罰」。這兩條文的並列，清楚地顯示美國憲法制憲者並未將生命權的剝奪本身視為酷刑。而且，在第 5 條中，我們看到典型的第一代生命權的表述方式，乃是負面表述——只要符合一定的正當法律程序（嗣後發展出「實質」意涵，不局限於「程序」），國家原則上得剝奪生命。²² 此第一代的生命權「正當程序」模式，成為許多國家的模仿的對象，直到二次戰後，第二代生命權模式始繼之興起。

五、早期第二代生命權的出現——德國與以色列如何回應納粹？

伴隨著民族國家的興起，進入 19 世紀與 20 世紀意識型態激烈鬥爭的年代，當代的憲政主義也逐步發展，同時政府權力對人類生命的威脅也升高到新的層級，而最終在納粹政權的暴政中達到高峰。鑑於納粹「摧毀不值得活的生命」以及其他的暴行，第二代生命權繼之興起，以強化生命權的實體與程序保障。依此，國家原則上不得剝奪生命權，生命權條款不再是「正當程序條款」的一部分，而是獨立自存的權利，而且，國家對其之剝奪，不再是原則允許，而是限於嚴格的例外。形成了第二代的生命權。在世界人權宣言（Universal Declaration of Human Rights）第 3 條與德國基本法（Basic Law）第 2 條第 2 項第 1 款，以及 1949 年哥斯大黎加憲法第 21 條都可以看到此表述方式。

一般認為，廢死思潮之廣傳，來自對於二戰及納粹的反省。然而，這是對於歷史偏誤的理解。二戰之後，除了軸心國德國與義大利基於對自身暴行的反省與罪咎而廢除死刑之外，廢死並非歐洲的主流。除了紐倫堡大審中有 24 位納粹官員被判處死刑，13 位被執行之外，1950 年歐洲人權公約（European Convention on Human Rights）在制訂之初，第 2 條第 1 項清楚保留死刑：「個人生命權受到法律保障。任何人之生命不得刻意加以剝奪。依照法律所規定之刑罰，由法院就其犯罪行為

²² 詳細說明，請參閱許家馨著，高忠義譯，跨國憲法對話中的生命權與死刑，東吳公法論叢，第 13 卷，頁 45-86（2021 年 12 月）。

判決之死刑加以執行者，不在此限。」²³ 1953 年英國國會的皇家死刑調查委員會 (Royal Commission on Capital Punishment 1949-1953) 以維持死刑為前提，討論如何限縮適用範圍以及改良執行方式。²⁴ 天主教教宗庇護十二世在 1952 年的一場演說中，清楚地延續天主教會近兩千年的立場，表示經過法定程序定罪的犯罪者執行死刑並未違反其生命權²⁵。同時，西歐各國持續在其亞非殖民地執行死刑，其中最著名的就是 1954-1962 年阿爾及利亞獨立戰爭期間，法國軍隊除了對平民犯下許多戰爭罪行外，也持續廣泛執行死刑。²⁶

一個國家如何回應歷史，取決於其文化傳統與當代的思想資源。值得思考的是，任何國家回應歷史的方式，儘管有其脈絡性，但作為共同體規範的表述，往往採用普遍性的語言，而掩蓋其歷史的偶然因素。若身為該共同體一份子，自得接納其共同體內部一般客觀規範的地位。然而，作為其他國家，若要加以借鏡，則不應無條件接受其去歷史脈絡的規範論述，進而忽視其歷史脈絡與當代處境，否則無從比較自身與他者之不同，妨礙進行真正自主的法制建構。德國基本法的回應眾所周知，無須多言。最值得與德國相比較的，就是以色列。相對於德國作為種族滅絕加害國所必須扛負的罪咎，以色列作為受害猶太人成立的新國家，在法制上承繼英國託管巴勒斯坦時期的刑法，其中包含許多得處死刑的罪名，但希伯來宗教傳統中，雖沒有徹底拒絕死刑，但由於舊約聖經中「人是按上帝形象所造」的根本教義，以及後來發展出來的猶太律法，對於死刑的適用與程序施加極為嚴格的限制²⁷。加上猶太民族慘痛的歷史遭遇，死刑的存廢在以色列建國之初，即受到深入的討論。最後在 1954 年廢除了平時法制包括殺人罪在內的死刑，但保留戰爭罪行、反人類罪、危害猶太民族罪、叛國罪以及特定戰爭時期的軍事法律中的罪名。以色列建國後，只執行了兩次死刑，一次在 1948 年第一次以阿戰爭時，第二次就是 1962 年著名的納粹大屠殺執行者艾克曼。廿世紀最重要的猶太裔政治思想家漢娜·鄂蘭(Hannah Arendt)在名著「艾克曼在耶路撒冷」(Eichmann

²³ Article 2 of European Convention on Human Rights, “Everyone’s right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.” 同條第二項繼續列舉其他在絕對必要的情境下的生命權例外，包括對於非法暴力之正當防衛、為執行合法逮捕或防免合法監禁或羈押中人犯脫逃、對於內亂或暴動所採取之合法措施。

²⁴ Melvin F. Wingersky, “Report of the Royal Commission on Capital Punishment (1949-1953): A Review”, *Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science* 44, no.6 (1954): 695-715.

²⁵ The Pope Pius XII, *The Moral Limits of Medical Research and Treatment*: An address given September 14, 1952 by His Holiness to the First International Congress on the Histopathology of the Nervous System. <https://web.archive.org/web/20160504032129/http://www.ewtn.com/library/PAPALDOC/P12PSYCH.HTM> (accessed March 29, 2024).

²⁶ Benjamin Stora et François Malys, *François Mitterrand et la guerre d'Algérie* (Calmann-Lévy, 2010).

²⁷ Michelle M. Sharoni, “A Journey of Two Countries: A Comparative Study of the Death Penalty in Israel and South Africa”, *Hastings International & Comparative Law Review* 24 (2000-2001): 258-265.

in Jerusalem) 的後記 (Epilogue) 最後，以第二人稱，在法官的位置，面對當時各方對於此刑罰的質疑，用極為肅穆的口吻，為以色列政府辯護，認為納粹大屠殺的主要執行者艾克曼 (Adolf Eichmann) 應被處以極刑。他說：「正如你支持並執行了一個不願與猶太人同處於地球上的政策，好像你和你的上級有權決定誰應該或不應該活這世上——我們也認為沒有一個人類社會的成員，願意與你同處於天地間。這就是理由，而且是唯一的理由，你必須被吊死。」²⁸ 以色列在接下來隨時進行戰爭準備的地緣政治處境中，一直沒有完全放棄死刑²⁹。面對恐怖份子的攻擊，以色列內部一直有呼聲要執行死刑，但是，以色列政府因為避免為敵人製造烈士，因此對於死刑使用高度自制；再者，透過把死刑限縮保留給納粹大屠殺以及相類的犯罪，一方面表彰對於生命權的重視，另一方面也將其民族受難歷史賦予神聖的意義。

六、戰後初期的死刑司法違憲審查——日本與美國

由於戰後初期第二代生命權多半承認死刑可以作為生命權的例外，透過生命權條款來推動廢死，往往要面臨憲法文本的阻礙。因而戰後要挑戰死刑的訴訟策略，往往先從「免於殘酷刑罰」條款開始。然而，所謂的「殘酷」(cruel)概念，不可避免的涉及文化與公眾感受。有人看到血就會覺得可怖，有人卻不以為意。也因此，司法違憲審查機關以「免於殘酷刑罰」為基礎進行審查的時候，必須面臨一個根本的議題，那就是如果「殘酷」概念有不可免的主觀感受面向，那麼誰的主觀可以成為客觀規範？以下針對日本與美國最高法院的發展加以分析。

日本戰後新憲法 1947 年開始施行之後，很快地日本最高法院於 1948 年 3 月 12

²⁸ Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem* (New York: Penguin Books, 2006), 279. 論者或有以成立國際刑事法庭的 1998 年羅馬規約 (Roman Statute) 並不採用死刑來表達國際社會已經改變的道德共識，這樣的論點恐有誤解。當然，1998 年與 1962 年之間國際社會確實經歷了很多改變，廢死浪潮也確實大幅上升。然而，且不論我國並非羅馬規約的會員國，應注意的是，規約第 80 條很清楚表明，此規約不能被解釋為影響國內法對於國際刑法上重大犯罪使用死刑的法效力。Article 80 (Non-prejudice to national application of penalties and national laws) "Nothing in this Part affects the application by States of penalties prescribed by their national law, nor the law of States which do not provide for penalties prescribed in this Part." 這是因為，當初羅馬規約之所以終能通過，就是因為對死刑沒有共識，因此制訂了第 80 條作為妥協。

²⁹ 值得思考的是，廢死思潮的興起時代背景，乃是大戰之後歐陸與世界八十年之間的相對和平時期（儘管有局部衝突），而且，歐洲的防務一定程度上仰賴美國。台灣與戰爭的距離，已經比起廿年前拉近許多。我們可以想想看，當戰爭時期，年輕人不斷進入戰爭中走向死亡，同時在後方極惡的殺人犯不用受死。什麼樣的社會文化價值系統，才可以正當化這樣的局面？對此問題，文獻上很少探討。當代著名的政治哲學家 Michael Walzer 曾從公民在何種場合有對國家付出生命的義務的角度，包括戰爭與死刑，來思考這個問題。Michael Walzer, "Obligation to Die for the State", in *Obligations: Essays on Disobedience, War and Citizenship* (Harvard University Press, 1970) 77-119.

日依據戰後的 1947 年憲法作出一則奠基性的判決。³⁰ 本案涉及一名被告在家人爭吵之後殺害了自己的母親與妹妹，而後將屍體丟到井裡。法院論理過程中最重要的部分在於第 36 條：「絕對禁止公務員刑求及酷刑。」（殘酷刑罰條款）。法院同意死刑「既是最極端的，也是最嚴厲的懲罰」，而且特定的執刑方法，例如「火刑、絞刑、釘十字架，或烹刑」必然被認定違反第 36 條。然而，法院認為死刑並非「一般認為」的第 36 條所指的殘酷刑罰。法院並未費力解釋「一般認為」是什麼意思，彷彿在當時的日本社會其意義如此明顯而無須多作解釋。島保法官在另外三位法官也加入的協同意見中指出判決反映「憲法制訂之時人民的情感」。而且，他認為最高法院採用的法律解釋方法是正當的，因為特定刑罰是否殘酷屬於「應根據人民之情感加以決定的問題。」然而，島保法官繼續申論「人民的情感仍可能因時代而改變，」而且：「隨著國家的文化高度發展，而且在正義與秩序的基礎上發展和平的社會之後，如果已達到一般認為已不需要利用死刑以促進防止犯罪之公共福祉目的，則因為人民的情感轉變而得以廢除死刑與殘酷刑罰。」最高法院在次年另一則判決中確認這項有深遠影響的裁判意旨，並進一步說明死刑背後的論理³¹。法院否認死刑是一種殘酷與虐待的刑罰，也不認為那是歷史遺物。最高法院採用一種應報的思維，甚至清除惡者的思維，表示刑罰是以毒攻毒，可比擬為用藥物治療疾病，而應該依照犯罪的嚴重程度決定刑罰程度。人尊重自己的生命與人格之同時也應該尊重他人的生命與人格，如果有人不尊重別人的生命而故意侵犯，那麼他們就應該承擔責任，而責任後果就是自己的生命也可能被剝奪。這些深具影響力的裁判意旨迄今仍有其效力。

美國聯邦最高法院一九七〇年代正式面對基於聯邦憲法增補條文第8條「禁止殘酷且異常刑罰」（cruel and unusual punishment）對死刑的挑戰。此條款與增補條文第14條分別在18世紀末期與19世紀中期通過。面對難以預期的合憲性挑戰，美國聯邦最高法院必須審酌殘酷且異常刑罰的「文化面向」是否應該被綁定在其原初的內涵。*Weems v. United States*案³²涉及是否應判處一個犯偽造公文書的菲律賓政府公務員15年苦役。美國聯邦最高法院指出憲法增補條文第8條「應與時俱進，不應被侷限於過去的觀感，而應該隨著人道司法的演進，在輿論受啟蒙之下，取得不同的意義。」³³之後在*Trop v. Dulles*案³⁴，涉及一個在戰時逃跑的士兵剝奪公

³⁰ 最高裁判所昭和 23 年（1948 年）3 月 12 日大法庭判決（刑事判例集 2 卷 3 号 191 頁）。我使用 John M Maki, *Court and Constitution in Japan: Selected Supreme Court Decisions 1948-60* (University of Washington Press, 1964) 156-164 選錄判決的譯文。

³¹ 最高裁判所昭和 24 年（1949 年）8 月 18 日大法庭判決（刑事判例集 3 卷 9 号 1478 頁）。

³² 217 US 349 (1910).

³³ *Id.* at 378.

³⁴ 356 US 86 (1958).

民權，美國聯邦最高法院認為這項刑罰構成憲法增補條文第8條「殘酷且異常」的懲罰，而大法官Warren的名句「憲法增補條文第8條必須從標誌成熟社會進步的演進的文明標準（evolving standards of decency）汲取其意義」自此確立為解釋該條款的基礎原則。³⁵

在1972年的Furman vs. Georgia案經典判決中，法院沒有形成多數意見，而複數意見書基於各自的理由，認為當時系爭案件各州的死刑違憲，而中間的意見，乃是基於各州死刑標準太過恣意且浮動(arbitrary and capricious)。這些判決意見書內容相當豐富，其中有四個主要爭點。第一個是司法尊重立法機關的程度。其中一端是大法官Brennan與大法官Marshall，他們倡議司法應該積極地介入，即使對於死刑本質合憲性這種寬泛的議題也是如此。而相反的一端則是首席大法官Burger、大法官Blackmun、大法官Powell，與大法官Rehnquist，他們認為應該尊重立法機關。第二個爭點則是如何詮釋「演進的文明標準」。雖然大法官Brennan與大法官Marshall主要採用規範取向解釋方法提出相關原則，但其他大法官則採取較尊重立法機關的立場，並偏好以實證取向的辨識指標以確認演進的社會標準。第三，大法官Brennan與大法官Marshall主張刑罰不應過當。所謂「過當」，大法官Brennan指的是「與較輕的刑罰相比較，系爭刑罰並未更能促進刑事目的」（也就是必要性原則）。³⁶此一標準受到首席大法官Burger強烈反對，他主張在嚇阻這個刑罰目的上，不應採取大法官Brennan的判準。³⁷第四，應報作為刑罰的理由是否可允許。大法官Marshall認為應報與報復及復仇沒有差別，屬於「對一個自由社會的政府來說都是不能容忍的激情」³⁸但其他大法官並未採取此意見。

相關各州的死刑法制被宣告違憲之後，各州馬上進行法制改革，制訂死刑量刑加重與緩和因素，並且將死刑量刑審判獨立於事實審判。針對這些改革，美國聯邦最高法院在1976年Gregg v. Georgia做出合憲判決。Gregg案是7比2的判決，大法官Stewart提出聯邦最高法院多數意見，而達成了所有前述議題的微妙平衡。（一）多數意見釐清「憲法增補條文第8條要求在適用時必須明瞭法院扮演的角色是有限的」。³⁹之所以如此，部分原因在於「確認『演進的文明標準』而必須探求當代社會的文明觀時，立法者的判斷至為重要」。⁴⁰基於適當的司法自制，「分析以民主程序選舉出來的立法者所制定的刑罰是否符合憲法標準時，我們推定那樣的刑

³⁵ Id. at 101.

³⁶ Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972)

³⁷ Id. at 392-395.

³⁸ Id. at 343.

³⁹ Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153, 174 (1976)

⁴⁰ Id.

罰是正當的」⁴¹而「挑戰人民代表之判斷者需承擔重大的舉證責任。」⁴²（二）為了確認當代的文明標準，參與多數意見的法官避免作出主觀判斷，而訴諸反映社會大眾對特定刑罰的態度之客觀指標。社會大眾對文明標準的感受本身並無終局確定效果。（四）多數意見繼續闡述首席大法官Warren的傳統立場，並認同以「人性尊嚴」作為「憲法增補條文第8條背後的基本概念」。這樣的基本概念要求刑罰不能「過當」，而其意思就是刑罰不能涉及不必要而恣意的施予痛苦，且刑罰不得與犯罪嚴重程度顯不相稱。⁴³（五）多數意見拒絕大法官Brennan的必要性標準，並論稱「我們不能要求立法機關選擇最輕度的刑罰，只要選擇的刑罰不是殘酷地反人道，或者與涉及的犯罪顯不相稱即可。」⁴⁴最後，多數意見認定「應報」是容許的目標，既不受禁止，也不會與尊重人性尊嚴的精神衝突。⁴⁵

七、生命權絕對主義的文化脈絡——戰後歐洲的歷史與人文處境

如前所述，戰後第二代生命權早期概念大大強化對於其實質與程序的保障，但主流見解認為嚴格限制下的死刑可構成例外。此概念一直到美國聯邦最高法院在七十年代做成兩個奠基性的判決為止，都是如此。然而，廢死的思想在六十年代末期乃至七十年代逐漸抬頭，形成了我所謂的「生命權絕對主義」(right-to-life absolutism)。要了解廢死潮流的發展，必須了解這個關鍵的轉折點。我並不是說，在此之前廢死思想沒有被認真思辯。問題在於，為什麼直到七十年代，廢死潮流才在西歐開始抬頭，嗣後乘著國際人權運動以及第三波民主化的浪潮被制度化？當代歐洲的文獻，由於已經將廢死思想絕對化成為放諸四海、貫通古今的真理，而絕對化的思想要求普遍性與去歷史化，因此，我們已經很少看到對於這段歷史進行具有歷史意識的反思。我不是說，沒有人書寫人權史。問題是，當代人權史多半採用線性發展史觀，彷彿當代特定人權觀乃是歷史的必然。但這樣的歷史書寫著重在正當化當前的體制，卻忽視了歷史的偶然性與複雜性，以致於使得處在對應歷史發展十字路口的東亞無法與之對話。直到過去十多年，慢慢有一些人權史學者，開始指出七十年代人權觀發展的斷裂點，開始運用批判性的歷史意識，探索戰後歐美思想發展的典範轉移⁴⁶。但這些文獻很少直接針對死刑的發展進行

⁴¹ Id. at 175.

⁴² Id.

⁴³ Id. at 173.

⁴⁴ Id. at 175.

⁴⁵ Id. at 183.

⁴⁶ 其中在思想史的考據上最嚴謹，因而受到最多矚目與辯論的，就是耶魯大學的 Samuel Moyn。Samuel Moyn, *The Last Utopia: Human Rights in History* (Harvard University Press, 2010); Samuel Moyn, *Christian Human Rights* (The University of Pennsylvania Press, 2015). 此外還有哈佛大學的 Mary Ann Glendon, *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, (New York: Random House, 2001); 約翰霍普金斯大學的 Seth D. Kaplan, *Human Rights in Thick and Thin Societies: Universality*

探討。因此，我只能在這些文獻的基礎上進行分析。

此處的觀察重點在於，六十、七十年代的歐洲文化價值系統經過什麼樣的變遷？什麼樣的外緣政治、社會條件促成此變遷？以致於兩百年來的死刑辯論，在近五十年來有了變化？作為社會「集體意識/良心」表現的刑罰體制必然鑲嵌在特定社會文化的價值體系當中。死刑的議題起碼與下面的價值課題相牽連：生命的道德價值何在？死亡的意義？是否有死後的生命？人是否有自由意志？正義是什麼？為什麼要寬恕？群體與個人的關係是什麼？神聖與邪惡的本質是什麼？東亞的文化價值系統⁴⁷又是否經歷這些變遷？如果在死刑的議題上立即追隨廢死潮流，是否會導致此制度變革與本土文化價值體系割裂甚至衝突？

在有限篇幅內論述此宏大議題極為艱鉅。我選擇扣緊法國存在主義哲學家、文學家卡繆（Albert Camus）於 1957 年寫作之著名的廢死論文「斷頭臺的省思」（Reflections on the Guillotine）進行分析。這篇文章不只對死刑存廢本身進行討論，更剖析其與歐洲基督教傳統的關連，及其在戰後歐洲人文處境下的意義。相較於當代缺乏歷史意識的廢死文獻，此文更誠實地展現當時廢死思想的歷史脈絡。在此文中，卡繆先討論了基於嚇阻論以及報復法則（law of retaliation）的死刑論證之後，提出一個核心問題：針對極端重大的殺人犯罪，行為人之惡如此重大，以致於無法想像其自新復歸，是否可使用死刑⁴⁸？他認為這是廢死爭論中的「最後邊界」（the final frontier），也是最值得討論的問題⁴⁹。而他認為這已經不是事實或推理的交鋒可以決定的，必須從當時歐洲的文化脈絡來進行省思⁵⁰。

（一）卡繆認為死刑在歐洲社會傳統中一直都是深具宗教意義的刑罰。無論是君主作為上帝在地上的代表，或者是教會代表被視為「聖體」（sacred body）的社會整體⁵¹，其意義在於將罪大惡極之人逐出神聖社群。犯罪者在地上的生命雖然被剝

without Uniformity (Cambridge University Press, 2018); Daniel J. Elazar, "How Present Conceptions of Human Rights Shape the Protection of Rights in the United States", in *Old Rights and New*, ed. by Robert A. Licht (Washington D.C.: AEI Press, 1993).

⁴⁷ 在使用文化「價值系統」一詞時，我採用的是余英時的概念。參見余英時，從價值系統看中國文化的現代意義：中國文化與現代生活總論，台北：時報出版公司，二版，（1992 年）。

⁴⁸ 卡繆沒有討論康德式的應報理論。他似乎把應報等同於報復。然而，應報與報復的區分，乃是應報理論的重點。詳細的討論，參見許家馨，應報即復仇？當代應報理論及其對死刑之意涵初探，中研院法學期刊，第 15 期，2014 年 9 月，頁 207，215-221。

⁴⁹ Albert Camus, "Reflections on the Guillotine", in *Resistance, Rebellion, and Death*, tr. by Justine O'Brien, (The Modern Library, 1963) 168.

⁵⁰ "No fact, no reasoning can bring together those who think that a chance must always be left to the vilest of men and those who consider that chance illusory. But it is perhaps possible, on that final frontier, to go beyond the long opposition between partisans and adversaries of the death penalty by weighing the advisability of that penalty today, and in Europe." Id.

⁵¹ 此說來自於新約聖經哥林多前書第 12 章，將教會神聖群體比喻成基督的「身體」，個人在其中各為

奪，但是基於靈魂不朽的教義，他在死後仍有機會悔改彌補罪過，等待上帝在末日最後的審判。然而，在當時菁英階層已經高度世俗化，而且民主體制已經採取徹底政教分離模式的法國，刑罰已經失去宗教文化基礎。

（二）即便教會在歷史上支持死刑，然而在基督教傳統本身就包含重要的廢死思想資源。卡謬將耶穌基督理解為和平主義者，有別於摩西所代表的舊約律法以及使徒保羅對於世俗權威刑罰權的肯定。在耶穌基督的和平主義精神底下，直到西元第四世紀羅馬帝國皇帝朱立安(Julian)改信基督教之前，皇帝都不願意派任基督徒作為執政官員，因為基督徒拒絕宣告或執行死刑。⁵²

（三）從社會的角度來看，失去神聖權威的授權，地上的權威無法承擔裁判死刑的責任，「沒有絕對的無辜，就沒有至上的判官」。每一個人都不是無辜的，包括組成政府的個人⁵³。卡謬更進一步指出，啟蒙時代的反死刑論述或許建立在人性本善的預設上，但是如今的歐洲籠罩在有理的悲觀(reasoned pessimism)中，所有的人都不是無辜的⁵⁴。

從卡謬的論述中，可以進一步解讀出重要意涵：（一）在把死刑當作理所當然的古典希臘羅馬時代，耶穌基督本身作為十字架上的受難者，以及其早期追隨者對於死刑之拒絕參與（儘管承認世間權威刑罰的正當性），已經把廢死的種子埋入西方思想的土壤中。正如卡謬所強調，執行死刑的正當性來自於猶太基督教思想中的靈魂不朽，以及死後尚有上帝的終極審判。可是同樣的，廢死思想之可能，也來自於死後尚有上帝公義之審判，因為就算終不悔改的極惡之徒，人間該給予死刑卻未給予死刑，在末日仍有上帝的終極審判可以補足公義之缺欠。

（二）卡謬認為廢死得以保留作惡者「彌補」(make amends/réparer)其罪愆的可能性，此思想同樣指向基督教教義的核心，那就是在伊甸園墮落後人與上帝之間的和解，此和解來自耶穌基督無條件的受死贖罪，因為上帝的贖罪恩典是終極且無條件的，只要人誠心悔改相信，沒有任何罪人是無法被赦免的，而且上帝的赦免同時構成被害者赦免加害者的義務---如果上帝都赦免了，被害者有何權利不赦免？雖然神學上贖罪赦免的教義與世間的刑罰在歷史上大多並行不悖，但是二者之間仍然存在著相互影響的可能性。

肢體互相合作，順服於身體的頭，也就是基督。

⁵² Supra note 49, at 171-172.

⁵³ Id. at 169.

⁵⁴ Id. at 170.

(三) 卡謬不同意啟蒙時代對於人性本善的樂觀態度，他特別強調自己對於人性的悲觀，「世上沒有義人---只有缺乏公義的人心，或多或少的差別而已。.....最卑劣的罪犯與最正直的法官處於一樣可悲的景況。」⁵⁵ 卡謬這段話，其實不可理解甚至荒謬。難道在耶路撒冷法庭中受審的艾克曼與法官沒有公義程度上的差別？然而了解歐洲思想脈絡的，不難理解，正如德國哲學家 Karl Jaspers 戰後提出所謂的「形上學之罪責」(metaphysical guilt)⁵⁶，卡謬所回歸的乃是根源於基督教神學「原罪 (original sin)教義的世俗化版本。這裡我們可以回到貝加利亞的類似觀點，也就是當代常常被提到的「抽象社會責任論」---所有的犯罪，整個社會都要分擔責任。這種抽象看待社會普遍罪責的看法（而不是就具體個案來分析群體相關責任），其實也是基督教原罪論以及聖體論（社會群體就像一個身體，彼此互助為用）的世俗版---貝加利亞出身自天主教耶穌會學校，其思想亦有其基督教的背景⁵⁷。「在上帝面前，沒有人是無罪的」經過世俗化以及左派的社會團結想像之轉譯後成為「在社會連帶中，沒有人是沒有責任的」。

卡謬的論文彰顯出死刑在歐洲的文化價值基礎在戰後逐漸流失。加上一定的政治與社會條件，廢死的思想遂在七十年代的歐洲有力地推進。（一）耶魯大學法律與歷史講座教授 Samuel Moyn 深刻地分析指出，戰後人權思想源自第一次與第二次世界大戰之間的一群天主教思想家，這群思想家以世界人權宣言起草人之一天主教哲學家馬里旦（Jacque Maritain）為代表，他們努力維繫與復興以天主教自然法為基底所建構出來的人權思想，以對抗法西斯主義與共產主義把個人價值淹沒在集體（階級或者種族）中的逆流，此思想被稱為「基督教人格主義」(Christian personalism)。此思想在戰後的歐洲透過基督教民主黨所代表的保守基督教民主主義(Christian Democracy)，在歐洲主要國家進行民主的重建。而在保守的基督教民主主義中，除了軸心國德國與義大利之外，其他國家並不認為死刑違反生命權。然而，基督教民主主義在歐洲經過戰後廿年的復興，到了六十年代後期，在進一步的世俗化潮流中，經歷了顯著的衰退。Moyn 說：「等到 1970 年代後期人權思想爆發，超過過去歷史上任何一個時期的時候，基督教人格主義(Christian personalism)已經被徹底的邊緣化。人權轉而被置於左派世俗思想框架之中。」⁵⁸ 至此，死刑在歐洲的神聖信仰基礎，已經搖搖欲墜。

⁵⁵ Id. at 169.

⁵⁶ Karl Jaspers, *The Question of German Guilt*, tr. by E.B. Ashton (Fordham University Press, 2000) 65.

⁵⁷ Maria Gigliola Di Renzo Villata, "Cesare Beccaria (1738-1794)", in *Law and the Christian Tradition in Italy: The Legacy of the Great Jurists*, ed. by Orazio Condorelli and Rafael Domingo (New York: Routledge, 2021) 331-347.

⁵⁸ Samuel Moyn, "The Human Person and the Reformulation of Conservatism", in *Christian Human Rights*, (University of Pennsylvania Press, 2015) 100.

從這個角度，我們也可以對於為什麼美國直到目前在聯邦與南方各州仍維持死刑，得到一部份的解釋，因為在宗教社會學上，一個眾所周知的現象，正是歐洲的世俗化程度遠遠早於且超過美國⁵⁹。基督教民主主義在歐陸的衰落，呼應著同一個時期廣泛的歐洲價值變遷----「表現個人主義」(expressive individualism)上升，社群價值弱化，個人自主價值的提升⁶⁰。此處的自主(autonomy)未必是康德意義下的自主，因為康德認為自主的價值來自於理性可以掌握先驗的道德形上基礎，道德先驗原則仍然先於個人的決定，這也是為什麼他的道德哲學可以支持死刑，但七十年代以後的自主價值，同時受到價值懷疑論以及後現代理論的影響，已經把個人自主抬高到超過於先驗道德律則的地步。

(二) 冷戰時期，國際特赦組織作為國際人權運動的重要推手，在七十年代初期開始選擇廢死作為其法律運動策略，除了當時歐洲的文化變遷有利於廢死思想的發展之外，也牽涉到其運動策略背景。國際特赦組織是以援救專制體制下的政治良心犯起家，但是在冷戰格局下，要避免被視為第一世界與第二世界鬥爭的打手，同時要超越民主與專制的體制上的差異，必須有一個超越左右意識形態，同時可以監督第一世界、第二世界乃至第三世界國家的法治議題⁶¹。死刑既然在戰後的西歐仍被維持，則推動此議題可以彰顯其運動思想基礎的超然性。而廢死議題原本在戰後的西歐國家的討論中，比如上面提過的 1953 年英國國會調查委員會中，是被當作雙方可以討論的國內刑罰政策與人道思想內涵的問題。然而，國際特赦組織將此議題上綱到成為人權基本議題，作為西方後現代發展下的自由主義的核心議程，其論述也越來越絕對化，成為「生命權絕對主義」的論述基礎。

(三) 1973 年美國聯邦最高法院做成 Roe v. Wade 這個劃時代的肯定墮胎權的判決，反映了當時歐美女權運動的發展。這項發展，刺激了天主教教會以及西方的保守派重新思考對於生命權的保障策略。原本天主教會反對墮胎，審慎支持死刑，但是天主教思想家開始發展所謂的「一致性的生命倫理」(consistent ethics of life)⁶²。這個以反墮胎為主要動機的天主教生命倫理，選擇絕對化生命權的保障，以提高對於胎兒生命權的保障強度，放棄了原本反墮胎與反廢死之間清楚的界線----所應

⁵⁹ Pippa Norris and Ronald Inglehart, *Sacred and Secular, Religion and Politics World Wide* (Cambridge University Press, 2011, 2nd ed.)

⁶⁰ 所謂表現個人主義，意指將個人自我與社會習俗、道德法則、倫理約束、團體的要求相對立，將此等約束視為個人內在認同與價值表現的枷鎖。Robert N. Bellah et al., *Habits of the Heart: Individualism and Commitment in American Life* (University of California Press, 2008) 34.

⁶¹ Bronwyn Leebaw, "The Politics of Impartial Activism: Humanitarianism and Human Rights," *Perspectives on Politics* 5, no. 2 (2007): 223-38.

⁶² Joseph Cardinal Bernardin, *Consistent Ethic of Life* (New York: Sheed & Ward, 1988).

絕對保障的並非所有的生命，而是無辜的生命，有誰比胎兒更無辜呢？

至此，死刑在歐洲的文化價值基礎，不但地基流失，又受到後現代刑罰論與保守派的天主教思想的左右夾擊，且與後冷戰時期國際人權體系的擴張逐步匯流，促成了生命權絕對主義的興起。

八、生命權絕對主義與司法違憲審查----南非憲法法院

到了八十年代末期，生命權絕對主義在歐洲的發展已經逐漸成熟，以致於柏林圍牆倒塌之後，中東歐國家欲加入歐盟者，被要求以廢死為條件⁶³。在此背景下，既然結論已經清楚，那麼一些中東歐國家的憲法法院運用其生命權與人性尊嚴條款直接判決死刑違憲，甚至不需要透過比例原則進行審查，也就不令人意外，採此路線者包括匈牙利、立陶宛與阿爾巴尼亞憲法法院⁶⁴。不過，這些法院的判決都比不上後來南非憲法法院 1995 年的 *State v. Makwanyane and another* 判決的影響力。此判決匯集了前述所有時代因素。第一，南非反種族隔離運動發展的過程中，南非民權運動者與國際人權組織有密切的互動與交織，因此當國際特赦組織決定採取廢死立場之後，南非民權運動人士的思想也受到影響。第二，南非民權運動人士，尤其是非裔者，因為教育資源受到很大的限制，因此大多都在教會學校受教育⁶⁵。雖然基督教各宗派對死刑的立場未必一致，然而，如前所述，基督教教義裡面本來就有廢死思想資源，因此當國際人權運動與南非反種族隔離運動相互影響的時候，基督教教義裡面的廢死思想資源也發揮作用。第三，上文曾經提過的一個基督教思想元素，在南非民主轉型的過程中，扮演重要角色，那就是「上帝與罪人和解，以致於人與人必須和解」的思想。南非 1993 年的過渡憲法的附言「國家團結與和解」(National Unity and Reconciliation)中清楚表明，此憲法旨在超越過去，超越報復。雖然非洲的 ubuntu 思想也提供重要思想資源，但是基督教的和解思想是其重要思想基礎殆無疑義⁶⁶。基督教的影響也清楚地展現在南非聖公會屠圖主教為主席的南非真相與和解委員會的調查過程中，這些事蹟都為世人所熟知。而此和解思想，在此案中跳脫民主轉型的政治和解脈絡，影響了南非憲法法院對於刑罰「應報觀」的看法。

⁶³ Agata Fijalkowski, "Abolition of the Death Penalty in Central and Eastern Europe", *Tilburg Foreign Law Review* 9 (2001): 62.

⁶⁴ 許家馨著，高忠義譯，*跨國憲法對話中的生命權與死刑*，東吳公法論叢，13 卷，頁 72-76（2002 年 6 月）。

⁶⁵ 德斯蒙德·屠圖，*沒有寬恕就沒有未來*，臺北：左岸文化，頁 82（2005 年）。

⁶⁶ 同上註，頁 116。

在此案中，南非憲法法院先以相當篇幅，透過選擇性的解讀比較法，認定死刑是殘酷刑罰。然而，這只完成了第一階段審查。在第二階段，首席大法官 Chaskalson 討論死刑是否在比例原則下可以被正當化。⁶⁷ 本案關鍵在於必要性原則。⁶⁸ 法院要求政府必須比較死刑與侵害程度較低的刑罰方案，也就是無期徒刑，且證明死刑具備優於無期徒刑之邊際嚇阻效用。法院認為，一旦確認基本權利受到侵害，說服責任即轉移到政府，政府必須證明系爭手段可通過比例原則的審查。據此，憲法法院將說服的責任歸諸於政府，認為政府有義務證明死刑是更有效的刑罰。⁶⁹ 關於刑罰目的，南非憲法法院強調「應報論並無太大的重要性」，而且「在權衡的過程中不應給予過多的權重。」⁷⁰ 在民主前景尚未確定之時，為了避免暴力的報復行動與內亂，不同種族之間政治上的和解被認定是最高目標。南非憲法法院與非洲民族議會（African National Congress）大多數的菁英人士都共享此種信念與價值。這點清楚地顯現在首席大法官 Chaskalson 引述的過渡憲法中的附言「國家團結與和解」。對首席大法官來說，這種應然面的期待也擴散到刑事司法。⁷¹ 藉著將應報與報復或復仇劃上等號，南非憲法法院認為應報作為刑罰目的，不足以單獨支撐死刑，因此在比例原則審查中主要審酌「嚇阻」作為刑罰目的。

關於嚇阻犯罪，南非憲法法院基於必要性原則，要求政府提出證據證明死刑可以嚇阻潛在的謀殺犯，且其嚇阻的程度是無期徒刑所無法達成的。在此，檢察長為系爭法律之合憲性如此答辯：「並無證據證明長期以來死刑事實上的嚇阻效果比無期徒刑更大。這樣的主張是無法證明的，因為人們永遠不知道是哪些人被嚇阻而放棄犯罪；我們只知道哪些人沒有被成功嚇阻，而那些人犯下了可怕的罪行。」⁷² 對此，憲法法院回答道，此項不可能的任務同時也是不可迴避的任務，因為「像死刑這樣極端而又不可逆轉的刑罰，其嚇阻效果不能只靠猜測。」⁷³ 憲法法院要求政府「必須讓我們確信這樣的刑罰是合理而必要的，而對系爭刑罰嚇阻效果之疑慮將導致其合憲之主張之有效性受到侵蝕。」⁷⁴

南非憲法法院的解釋方法呼應美國大法官 Brennan 在 *Furman* 案提出的意見中所採用的必要性判準。因此值得注意的是，在前文的 *Furman* 案，大法官 Brennan 與首席大法官 Burger 之間的交鋒也可以適用在 *Makwanyane* 案。如前所述，大法官

⁶⁷ State v Makwanyane (CCT3/94) [1995] para.105.

⁶⁸ Id. at para. 97.

⁶⁹ Id. at para.102, 106.

⁷⁰ Id. at para. 129-130.

⁷¹ Id. at para. 131.

⁷² Id. at para.127.

⁷³ Id. at para.127.

⁷⁴ Id.

Brennan 認為「過當」意指「受審查的刑罰相較於更輕度的刑，並不能更有效地達成刑事目的。」如果適用在死刑，那表示應該問的是，死刑比起較輕的刑罰，例如無期徒刑，是否更有效地達成任何正當的刑罰目的。而這也正是南非憲法法院在 *Makwanyane* 案採用的判斷標準。對於這樣的判斷標準，美國聯邦最高法院首席大法官 Burger 在 *Furman* 案，於不同意見書中提出有力的反駁：

「不同刑罰的嚇阻作用無法精確測量；將舉證責任移轉給政府只是對一個極為複雜的問題提出虛假的解決方案。如果要求政府接受這樣的判斷標準，而要求證明死刑的嚇阻價值，我們同樣也可以要求政府證明無期徒刑或其他刑罰的比較嚇阻效力。然而，我沒有聽說過有說服力的證據可證明無期徒刑比 20 年的有期徒刑更有嚇阻效果，或者證明 10 美元的違規停車罰單比 5 美元的違規停車罰單更有嚇阻效果。事實上，甚至有人質疑，也許任何刑罰都未必能嚇阻犯罪。如果政府不能舉出有說服力的證據以反駁這樣的主張，是不是說所有的刑罰都構成「殘酷且異常的刑罰」？相反的，我認為必要性判準所要求審查的問題嚴重超出依據憲法增補條文第 8 條所允許法院審查的範圍。」⁷⁵

此意見也影響了 Gregg 案判決。這意味著，美國聯邦最高法院在審查刑罰類型時，認為必要性原則不是妥當的審查標準，反而罪刑是否相當，是否合乎比例，才是適當的審查標準（但同時必須思考，適用此標準時司法權的行使界限，如何不會侵犯到立法權）。此外，刑罰邊際嚇阻效果是否可用實證與統計研究方法獲得解決，此一問題自從 Isaac Ehrlich 在 1970 年代出版深具影響力肯定死刑嚇阻作用的著作之後⁷⁶，經濟學家與犯罪學家對死刑的邊際嚇阻效果有激烈的爭辯，而過去 20 年來，正反雙方的文獻大量出現。近期一項有關嚇阻效果議題的文獻檢討發現在方法論與實體結論上都繼續存在爭議。⁷⁷這意味著死刑的嚇阻效果既不能確切地被證明有，也不能確切地證明沒有，這跟 1970 年代並沒有很大的差異。再者，一個重要的問題是：缺乏邊際嚇阻效果是不是死刑特有的缺陷？或者任何刑罰的邊際嚇阻效益都無法被證明？如果那不是死刑特有的問題，法院是否準備好面對刑罰體系中其他最重的刑罰可能面對類似的挑戰，無論是死刑、無期徒刑、30 年

⁷⁵ *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 395 (1972)

⁷⁶ 參閱 Isaac Ehrlich, "The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death", *American Economic Review* 65 (1975): 397-417; Isaac Ehrlich, "Capital Punishment and Deterrence: Some Further Thoughts and Additional Evidence", *Journal of Political Economy* 85 (1977) 741-788; Isaac Ehrlich & Joel Gibbons, "On the Measurement of the Deterrent Effect of Capital Punishment and the Theory of Deterrence", *Journal of Legal Studies* 6 (1977) :35-50.

⁷⁷ Aaron Chalfin & Justin McCrary, "Criminal Deterrence: A Review of the Literature", *Journal of Economic Literature* 55 (2017) :28-29.

或 20 年有期徒刑，都要面對同樣的質疑？⁷⁸

九、東亞的死刑違憲審查——韓國憲法法院

回到第三波民主化下的東亞。本節將分析韓國憲法法院在 2010 年維持死刑合憲性的判決。⁷⁹事實上，這並非韓國憲法法院第一次支持死刑制度。韓國憲法法院在 1996 年作出類似結論的判決。⁸⁰但是 2010 年的判決特別重要，因為那是韓國已鞏固民主，而其憲法法學已達到更成熟的時代。而且，1998 年起韓國已暫停死刑執行⁸¹，長期暫停死刑執行的情況也讓國際特赦組織將韓國列為事實上廢死國家⁸²。因此，韓國憲法法院判決延續了死刑的懸置狀態。韓國法律專業階層與政治菁英對於正式廢死尚無共識。韓國國家人權委員會（The Korean National Human Rights Commission）建議廢除死刑。⁸³但是從 1999 年起，⁸⁴廢除死刑的立法提案已經三次闖關失敗，而且法務部也對於遵循國家人權委員會的建議有所保留。⁸⁵

在此應特別指出，在韓國憲法第 110 條第 4 項規定：「依據戰時法令進行軍事審判者，應保障被判處死刑的刑事被告有權在司法體系中上訴」。這意味著韓國憲法本文中就肯定了戰時死刑的存在。儘管如此，這並未解決刑法典之下的死刑問題。在此判決中，韓國憲法法院首先承認生命權是「最基本的權利，也是憲法列出各項基本權利的前提條件」，而且必須「盡可能地予以尊重。」⁸⁶接下來，法院必須依據第 37 條第 2 項的一般限制條款進行權衡。更進一步，法院把爭點聚焦如下：若真要認定死刑本質違憲，這項刑罰也不能適用於那些犯下最窮兇惡極的犯罪之人，例如連續殺人犯、害死許多人的恐怖份子，或者預謀殺人犯。⁸⁷因此，問題在於，限於最嚴重犯罪的死刑，是否合乎比例原則？

⁷⁸ 除了「不得假釋的無期徒刑」當前的爭議之外，也有人質疑整個長期徒刑制度。Jacob Bronsther, “Long-term Incarceration and the Moral Limits of Punishment”, *Cardozo Law Review* 41 (2020): 2369.

⁷⁹ 22-1(A) KCCR 36, 2008Hun-Ka23, February 25, 2010 (hereinafter KCC 2008Hun-Ka23). 韓國憲法法院官方英文翻譯本可從憲法法院網站下載：<https://english.court.go.kr/site/eng/main.do>。以下引用之處是基於下載的 pdf 格式官方譯文的頁數顯示。

⁸⁰ Kuk Cho, “Death Penalty in Korea: From Unofficial Moratorium to Abolition?”, *Asian Journal of Comparative Law* 3 (2008): 8-20.

⁸¹ David Johnson & Franklin Zimring, *The Next Frontier: National Development, Political change, and the Death Penalty in Asia* (Oxford University Press 2009) 174-188.

⁸² Amnesty International, “Death Sentences and Executions Report (2015)” <<https://www.amnesty.org/en/latest/research/2016/04/death-sentences-executions-2015/>> 2016 年 5 月 14 日瀏覽。

⁸³ Kuk Cho, “Death Penalty in Korea: From Unofficial Moratorium to Abolition?” *Asian Journal of Comparative Law* 3 (2008): 18-20.

⁸⁴ Byung-Sun Cho, “South Korea’s Changing Capital Punishment Policy: The Road from de facto to Formal Abolition” *Punishment and Society* 10 (2008): 171, 191.

⁸⁵ *Supra* note 81, at 26.

⁸⁶ KCC 2008 Hun-Ka 23, 18.

⁸⁷ *Id.* at 19.

對於死刑的主要挑戰來自於必要性原則。對照南非憲法法院要求政府證明死刑的邊際效益高於無期徒刑，而最終認定死刑本質違憲。相對的，韓國憲法法院對必要性原則的運用，採用「系統性解釋」。系統性解釋與南非憲法法院對必要性原則所採之「邊際效益解釋」不同，差異點在於「系統性解釋」認為刑罰體系本身乃是透過一個體系性的原則所組織起來的。南非憲法法院僅將死刑視為一項特殊的侵害基本權利的政府行為，但韓國憲法法院將死刑視為一般刑罰體系的一部分，而此體系是透過作為立法原則的「罪刑相當原則」所組織起來的。這意味著，針對特定刑罰類型的審查，憲法法院不應該跳過這個組織原則，把特定刑罰類型單獨劃分出來。而應該先審查該組織原則，再審查該特定刑罰類型是否符合該組織原則。韓國憲法法院承認刑罰體系是建立在「對犯罪者課處愈重的刑罰，他或她愈可能放棄犯罪的計畫，因為在其觀點下，刑罰帶來的不利益將超過犯罪獲得的利益」這種合理的推論之上。⁸⁸而且，法院也論稱，死刑，剝奪人之生命，而生命對人來說是最重要的事物，比起不得假釋的無期徒刑更嚴重地剝奪犯罪人的法律權利。此外，考量人類求生的本能以及他們對死亡的恐懼，死刑應被視為一種有最強烈嚇阻效果的刑罰，因為它威嚇所有一般公眾以及潛在的犯罪者，而比不得假釋的無期徒刑的效果更強。⁸⁹

此種刑罰體系原則的合理性驅使憲法法院尊重立法機關「如果立法機關審酌其本質以及與犯罪、刑罰，以及人類本能間之關係後，決定死刑應獲承認為一種刑罰，此種決定應獲得尊重。」⁹⁰其結果是法院將說服責任轉移給提出憲法訴訟的一方。憲法法院表示，「若無顯然的證據，我們不會相信無期徒刑或不得假釋的無期徒刑具有與死刑相同的或更好的嚇阻效果」。⁹¹這也呼應鈞院近來在審查刑罰規範時所一再援引的「罪刑相當原則」⁹²。罪刑相當原則，在司法違憲審查上，乃是比例原則適用於刑罰體系時的特殊原則，但更基本的，它是刑法的立法原則；對於個別法定刑的審查，不能夠完全與此立法原則所構成的刑罰體系割裂開來。

除了嚇阻之外，應報是另一個刑罰目的，必須在必要性原則下被審查。吾人不難理解為何應報論可以提供堅實的理由支持死刑。回想南非憲法法院廢除死刑的關鍵步驟之一就是削弱應報作為刑罰理由的重要性。相對的，韓國憲法法院賦予嚇

⁸⁸ Id. at 23.

⁸⁹ Id. at 24.

⁹⁰ Id.

⁹¹ Id.

⁹² 112 年憲判字第 13 號、112 年憲判字第 11 號、112 年憲判字第 2 號、釋字第 804 號、釋字第 790 號、釋字第 777 號、釋字第 775 號、釋字第 669 號、釋字第 630 號、釋字第 602 號。

阻與應報相等的重要性。特別值得一提的，韓國憲法法院提及應報時，所用的詞語是「公正應報」(just retribution)而不單只是「報應」或「報復」。⁹³ 這個語詞將應報與康德刑罰哲學源遠流長的應報正義傳統連結起來，而有別於粗糙的復仇。⁹⁴ 憲法法院接著詳細地闡述死刑如何有助於應報正義，對於惡性極為重大的犯罪，例如以殘酷的方法殺害許多人，其對被害人合法利益侵害的程度，以及犯罪者對於犯罪應負的極大責任均超過我們能衡量的範圍。想想因為那樣讓人髮指的罪行，被害人家屬那種無法描述的悲痛、痛苦與憤怒，以及一般大眾因此而生的擔憂、恐懼、憤恨，為了實現正義，有必要課處憲政秩序所容許而與犯罪行為非法程度與責任程度相當的嚴厲刑罰。因此，對那些犯罪，最嚴厲的刑罰，也就是死刑，可被認為是透過應報實現正義的適當手段。⁹⁵ 憲法法院接著以應報正義進行論述，如果是適用在「惡性極為重大的犯罪，例如以殘酷的方法殺害許多人」，不得假釋的無期徒刑無法達成罪與刑的衡平，「被害人所受到傷害的程度與犯罪者的責任程度無法達到均衡。」⁹⁶ 最後，韓國憲法法院也認為，通過上述審查的死刑，並不違反人性尊嚴，因為在罪刑相當的前提下，選擇犯下嚴重罪行，是行為人自己的選擇。

十、死刑在東亞脈絡下的意義

上述韓國憲法法院的論理中的應報刑罰觀，相當契合康德的啟蒙應報論，也與七十年代以前西方大多數國家基於啟蒙以來的「罪刑相當/合比例原則」無違。從歷史的角度看，當我們對照當代廢死潮流來理解死刑在東亞的意義時，與其說我們在做東西方的對照，不如說我們在試圖理解七、八十年代以後西歐的轉變。這裡我從文化價值系統的角度，說明為什麼東亞國家對此多有遲疑？此處我所稱的東亞，大致上指 Ronald Inglehart 的「演進現代化理論」裡面指稱的「儒家文化圈」⁹⁷。當然這是非常籠統的標籤，東亞文化包含儒家以外的許多元素。但是，在國家與社會關係治理上，儒家的影響甚大，包括華人為主的社會、韓國以及稍微外圍的日本，不至於有太大的爭議。所謂儒家的影響，包括其在政治社會建制上已經失去地位的「後儒家」社會。即便在教育或者公共論述中已經相當邊緣化，然

⁹³ 在本判決，「公正的應報」出現了兩次。KCC 2008 Hun-Ka 23, 23, 25.

⁹⁴ 關於應報與復仇之間的差異，參閱許家馨，應報即復仇？當代應報理論及其對死刑之意涵初探，中研院法學期刊，第 15 期，2014 年 9 月，頁 207，215-221；Robert Nozick, *Philosophical Explanations* (Harvard University Press 1981) 366-368; Dan Markel, "State, Be Not Proud: A Retributivist Defense of the Commutation of Death Row and the Abolition of the Death Penalty" *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 40 (2005): 407, 438.

⁹⁵ KCC 2008 Hun-Ka 23, 23.

⁹⁶ Id. at 24-25.

⁹⁷ Ronald Inglehart and Christian Welzel, *Modernization, Cultural Change, and Democracy: The Human Development Sequence* (Cambridge University Press, 2005) 63-64.

而，我同意余英時先生的觀察，後儒家社會在「不自覺的行為層面上仍然無法完全擺脫傳統價值的幽靈」，仍「存在於一種模糊籠統的狀態之中」⁹⁸。這種狀態，加上我國法學發展完全缺乏加以理解的理論語言，導致公共領域的裂解。

再把問題聚焦：如果接受啟蒙應報論，且接受作為立法與憲法層次的「罪刑相當原則」，則對於罪大惡極之人（比如連續無差別殺人犯、恐怖份子殺害無辜平民、變態凌虐被害人並加之殺害者），在正義的天平上，被害的生命價值，豈非只有生命才能平衡生命？廢死論述蘊含一個深刻的矛盾：除非放棄啟蒙應報正義觀與「罪刑相當原則」，否則，越是強調生命的價值，越是強調生命與死亡的差別，豈非導向以下結論：在極惡的殺人犯罪中，非死刑不足以「罪刑相當」，不足以平衡正義的天平？廢死思潮必須建立在足以緩和此矛盾的歐洲文化價值變遷之上。以下說明其與東亞的文化價值系統之差異。

（一）應報論的最終價值基礎，乃是相信在心之外，有客觀存在的正義價值，此價值要求人為其行為負責，按照善惡行為接受其所「應得」。這也是為什麼康德認為如果應報正義無法伸張，人的尊嚴也不復存在。廢死論的文化價值條件乃是對於客觀正義價值信念的弱化。歐洲文明的特性乃是「外在超越性」，意指其道德價值來於高於實際世界的神聖領域，也就是猶太—基督教的上帝，神聖領域與實際世界有極大的鴻溝，人必須透過神的啟示，教會的中介，才可能加以逼近。啟蒙時代高舉人的理性，樂觀相信人類歷史邁向進步與文明，仍認為透過理性可以相當程度掌握此外在超越價值（康德是虔誠的基督新教路得宗信徒）。然而，歐洲十九世紀以來的世俗化——尼采宣稱上帝已死，逐漸侵蝕了歐洲文明的價值基礎，而對於理性的信心經過廿世紀兩次大戰與左右極權的茶毒，使其對於「外在超越」價值的信念大大弱化。相較之下，華人傳統中，對於人間秩序與道德價值，相信來自於「天」（「天生烝民，有物有則」），相信客觀實存價值，而天與人間的距離並沒有像猶太—基督教般的鴻溝，相信人可以透過內在修養加以掌握。孟子說：「盡其心者知其性，知其性則知天」，佛教徒竺道生說：「一闡提可以成佛」⁹⁹。華人社會近代化過程中也遭遇各方面重大的文化挑戰與自我懷疑，但在最核心的善惡應報公義價值上，卻仍被認為是「明心見性」即可掌握的。

（二）在基督教的外在超越價值系統中，「人間正義」無法自足，必須放置在「人有原罪，而耶穌基督已經透過十字架贖罪，使信者得以稱義」這個超越性的框架

⁹⁸ 余英時，從價值系統看中國文化的現代意義，臺北：時報文化，頁127（1992年）。

⁹⁹ 同上註，頁52。

中來看。這使得被害者、加害者與上帝構成三角關係。在此三角關係中，正義包含三種關係，第一是被害者與上帝的關係，第二是加害者與上帝的關係，第三才是被害者與加害者的關係。新約聖經羅馬書 12 章 19 節：「不要自己申冤，寧可讓步，聽憑主怒；因為經上記著：主說『申冤在我，我必報應』。」換言之，「以德報怨」的耶穌基督之所以值得效法，是因為相信對公義的渴求仍有上帝最終負責，人只管遵從上帝「以德報怨」的要求即可。儘管在傳統神學中，這不一定導出廢死，因為個人的道德與政府權柄治理不能混為一談，然而，當二者相互影響之際，「以德報怨」的教義卻也不難成為廢死思想的資源。世俗化後歐洲廢死思想，較容易接受公義的缺欠，其實也是基督教正義觀的遺產，只不過，它缺乏了基督教所能給予的終極公義的盼望。相較之下，華人社會相信「天道遠，人道邇」，對於根源於「天道」的「正義」想像，直接彰顯在被害者與加害者間的關係，缺乏上帝作為第三者。論語憲問：「或曰：『以德報怨，何如？』子曰：『何以報德？以直報怨，以德報德。』」「直」就是公正無私，就是「罪刑相當」。禮記表記甚至進一步否定「以德報怨」：「子曰：『以德報怨，則寬身之仁也』」鄭玄注：「寬，猶愛也。愛身以習怨，非禮之正也。」進一步，禮記曲禮肯定復仇：「父之讎，弗與共戴天；兄弟之讎，不反兵；交遊之讎，不同國。」華人傳統的「五倫復仇觀」¹⁰⁰之實踐雖然一直受到朝廷的壓抑，但儒家士子一向讚揚，認為這是天道之實踐。儘管現代社會不再容許復仇，但儒家人文價值的內在超越取徑，缺乏原罪觀，缺乏上帝直接的介入，除非被害者自己願意寬恕，否則無法想像被害者渴求的公義，可以不在人間被伸張，更不可想像基督教竟對被害者課予寬恕和解的「義務」。

（三）如卡謬所指出，基督教宗教傳統對於死刑的肯定，來自於上帝授權世間權威。摩西十誡的第六誡：「汝不可殺人」，聖經中並沒有加但書，比如「但父兄之讎，復之可也。」為了不觸犯此誡，誰是上帝所授權的權威，以致於有權行刑，變得非常重要。上述正義想像中的三角關係，在世間執行的層面，必須加入上帝所授權的治理權威方，才算完整。然而，在經過世俗化與廿世紀歐洲的慘酷歷史，世間政權極惡的歷史經驗，使得正義三角中的權威一角，逐漸崩塌，剩下的兩角難以單獨撐起完整的西方正義觀。在世俗化的廢死思想中，所謂「汝不可殺人，所以國家殺人亦不可」，此命題原本邏輯上很難成立，因其完全混淆國家公權力的行使與對於政治共同體成員的規範。如果此題成立，將導致「汝不可妨害自由，所以國家監禁亦不可」、「汝不可偷盜，所以國家沒收財產亦不可」的荒謬結論。

¹⁰⁰ 李隆獻，復仇觀的省察與詮釋：先秦兩漢魏晉南北朝隋唐編，臺北：台大出版中心，頁 1-50（2012 年）。

然而，若將此命題放在以基督教為背景的正義三角關係想像中，當其中一角崩塌，即可理解這句話在西方世俗廢死思想中的意涵。相較之下，華人文化傳統中，雖然實際上人民期待朝廷或官方主持公道，但是對於正義的道德想像，第三方治理權柄在人倫秩序中並非必要。這也是為什麼民間五倫復仇受到寬容，且諸如水滸傳或者晚清以降武俠小說中，江湖俠者替天行道的觀念深入人心。即便現代國家壟斷武力不許復仇，然而民間對於正義的想像，僅將國家定位為人倫秩序的執行者，而非該秩序本身的要素。既然國家權威本來就不是正義的要素，那麼就算有國家濫權的歷史，也不會根本地影響到人民心中對於道德秩序的想像。

（四）緩和上述廢死思想內在矛盾的重要途徑，就是選擇將死刑排除在「文明」的刑罰選項之外。而這種對於「文明」的想像，又進一步建立在上述基督教廢死元素的片面世俗化版本上面。這樣思想途徑，進一步內含深刻的弔詭。刑罰原本乃是彰顯社會所相信的神聖價值，一方面透過刑罰向社會宣告其犯罪的嚴重程度，另一方面，社會提供機會，讓行為人透過承擔罪刑相當的刑罰所帶來的痛苦，向社會表達他也能共感於被害人之痛苦。原本在完整的基督教教義中，刑罰被視為「苦行贖罪」（penance）的方式，而苦行贖罪如果失去相當，不合比例，就失去意義。原本在基督教仍有影響力的歐洲文明化的進程中，對於刑罰的改革，乃是在課予合理且相當的痛苦以及去除不必要的殘酷二者之間取得平衡。這同時也是對於「殘酷」概念的爭論所在。正如著名的哲學家 Martha Nussbaum 分析同情/惻隱之心(compassion)這種情緒的認知結構時所指出，我們對一個人的某種遭遇感到同情，包含著對此人的遭遇是否來自個人的過錯，是否其所應得之認知判斷。這從希臘悲劇一直到當代文學作品中，都有清楚的表達¹⁰¹。在中文的語境中，我們會說某人因其惡行而「自作自受」或者「罪有應得」，也是表達同樣的判斷。換言之，一個社會對於同情的界限以及同情導致的倫理義務內容，取決於一個社會的文化價值對於上述問題的規範性回應。無限制擴大同情的範圍，進而影響對於罪刑相當刑罰體系的建構，同樣建立在社會對於公義價值的弱化的前提之上，而且此一發展失去了過往刑罰觀中所蘊含的內在平衡。或許一定的社會條件與文化價值下，這樣的局面可以受到支持。但是，每個社會都要找到自己的平衡點。不是一味強調同情縮減刑罰，就代表文明。我們永遠可以對行為人表達同情同理。但這不需要影響罪刑相當的刑罰體系的設計。把這兩者混為一談，其實是非常晚近特定文化條件下的產物。挪威殺人犯安德斯·貝林·布雷維克 2011 年殘殺 77 名青少年，只得到最重 21 年的有期徒刑，並且在監獄中不斷抱怨其人權被違反，包括獄方供應的奶油不夠塗滿麵包、只有 PS2 可以玩沒有 PS3 或 PS4、只有涼咖啡

¹⁰¹ Martha Nussbaum, *Upheavals of Thought* (Cambridge University Press, 2001) 311-315.

可喝，囚室中沒有潤膚霜，同時囚室欠缺裝潢又沒有景觀令他沮喪¹⁰²。說這樣的刑罰政策，就是文明的彰顯，勢必有非常特定的歷史與文化作為支持，未必適用於其他社會。正如紐約大學法律人類學家 Sally Engle Merry 對於當代國際人權社群思想的觀察，儘管當代國際人權社群創造了在地社會改革的空間，但創造這樣的改革空間不是沒有代價的，此代價就是：「當代人權觀高舉個人自主、平等、選擇以及世俗主義，即便此等觀念與特定社會的主流文化規範與實踐相左。當代人權觀顛覆了對於社會正義的在地想像，此種想像可能較不個人主義，且更強調社群與責任，很可能反而強化了在地社群的文化同質性。當代人權觀的在地化，乃是一個全球權力與資源不平等分配的過程，在此過程中跨國情境中所發展的思想被在地社群採用或拒絕。」¹⁰³ 她更犀利地指出：「當我觀察聯合國相關會議的時候，我發現這些跨國菁英常常用『文化』一詞指涉『在那裡』(out there)的發展中村落與鄉村地區，而不會把這個詞語運用在『在這裡』(in here)他們的辦公室或會議室裡。『文化』通常拿來描述發展中國家而非已開發國家。在帝國主義散佈文明使命的論述中常常將『文化』(culture)與『文明』(civilization)對立，這段歷史的遺續仍存在當代思考中。」¹⁰⁴

Sally Engle Merry 所討論的當代人權社群文化，確實達成相當重大的成就，促成許多有益的社會變革。然而，如上文所述，當代已經有越來越多的思想家提出批判性的反思，指出其與世界人權宣言簽訂當時對於多元文化更為包容、群己關係更為平衡的人權觀，已經有一定的差別¹⁰⁵。中華民國代表張彭春於 1947 年任聯合國人權委員會副主席，並在世界人權宣言的起草中扮演關鍵角色¹⁰⁶。他深受儒

¹⁰² 法新社，嫌牢房設備差 挪威殺人魔告狀，2012 年 11 月 10 日，

<https://tw.news.yahoo.com/%E5%AB%8C%E7%89%A2%E6%88%BF%E8%A8%AD%E5%82%99%E5%B7%AE-%E6%8C%AA%E5%A8%81%E6%AE%BA%E4%BA%BA%E9%AD%94%E5%91%8A%E7%8B%80-173504799.html>; Jeremy Bender, "A mass murderer responsible for killing 77 people in Norway just won part of a human-rights case against the government", *Business Insider*, April 20, 2016.

<https://www.businessinsider.com/breivik-won-human-rights-case-against-norway-2016-4>.

¹⁰³ Sally Engle Merry, *Human Rights & Gender Violence: Translating International Law into Local Justice* (University of Chicago Press, 2006) 4. Sally Engle Merry, *Human Rights & Gender Violence: Translating International Law into Local Justice* (University of Chicago Press, 2006) 11.

¹⁰⁴ Id. at 11. 應說明者，Sally Engle Merry 絕非反對國際人權法的發展，更非否認其重要成就。她只是批判性地反思國際人權社群對待特定社會文化的態度，認為不應把「文明」與「文化」相對，而應該尊重並認真看待特定社會的文化，創造性地運用其內含的人權資源，並謙虛看待自己的思想，其實也來自某種「文化」，在文化與文化的交流中對話，有智慧地慎選議題與策略，以更有效地促成人權的進展。

¹⁰⁵ Samuel Moyn, *The Last Utopia: Human Rights in History* (Harvard University Press, 2010); Samuel Moyn, *Christian Human Rights* (The University of Pennsylvania Press, 2015). Mary Ann Glendon, *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights* (New York: Random House, 2001); Seth D. Kaplan, *Human Rights in Thick and Thin Societies: Universality without Uniformity* (Cambridge University Press, 2018); Daniel J. Elazar, "How Present Conceptions of Human Rights Shape the Protection of Rights in the United States", in *Old Rights and New*, ed. by Robert A. Licht (Washington D.C.: AEI Press, 1993).

¹⁰⁶ Hans Ingvær Roth, *P.C. Chang and the Universal Declaration of Human Rights* (University of Pennsylvania Press, 2018).

家哲學薰陶，特別著重孟子，並且在哥倫比亞大學取得文學、教育碩士學位。在宣言起草的過程中，奠定人權基礎的第一條，其草案最大的爭議，在於如何去除形上學的色彩以奠定跨文化的人權基礎。其中最大的爭論點，在於如何不使用具有一神教色彩的概念。然而，西方傳統中去除神學色彩的概念後（相關提案包括「人按上帝形象所造」(man is made in the image of God)、「造物主」(creator)、「天生」(born)、「自然」(nature)等等），很難找到足以制衡補充「理性」(reason)的概念。此時受儒家薰陶的張彭春主張將儒家「仁」(ren)的概念，置入第一條與「理性」並列。他將「仁」翻譯為「觀二人之心」(two-man-mindedness)，表達儒家「仁」的道德理想。經過張彭春對會議代表深入解說其精神，他建議的方向得到呼應，但轉以 conscience 表達。因而得到目前的版本：”All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood.” 張彭春自己的翻譯，將 conscience 譯為「良知」，以上接孟子與宋明理學的傳統¹⁰⁷。透過張彭春的努力，世界人權宣言第一條所表達的「尊嚴」與「權利」概念，刻意避免過於西方個人主義式的表述，強調人與人之間的相互性與社會性，權利與義務的平衡，始贏得當時諸多第三世界國家的支持¹⁰⁸。1948年我國所參與起草簽署的世界人權宣言通過時，主張廢死的國家是絕對少數。將「尊嚴」置於群己平衡的框架中，未必得到廢死的結論。在華人社會的道德想像中，從官方執行天道的角度來看，乃是在被害者對公義的渴求、罪刑相當的信念、對加害者的憫恕之間求取平衡。也因此，儒家傳統上有仁政慎刑的傳統。此傳統反映在當代「教化可能性」的討論中。北宋歐陽修的瀧岡阡表記述其父為官之仁厚「求其生而不得，則死者與我皆無恨也。」更是傳統上慎刑思想相當著名的例子。

應注意者，我分析以上文化差異不代表這些差異不能溝通。我也不認為社會文化不會變遷。我並非文化本質論(cultural essentialism)者。然而，過去台灣知識界由於學術傳統與知識分工所限，並沒有提供社會對話的思想資源，以致於公共領域陷入分裂失衡。如果此意見書可以為台灣社會做出一點貢獻，那就是以我學思十年所習得的微薄知識，架構起東亞與西方跨文化對話的理論平台，所有願意對話者，都可以在本文的基礎上提出具有歷史意識與哲學文化深度的看法。我越是思考，越是發現自己的無知。參與對話者應該謙卑看待本土社會的法律感情，慎思汲取各方思想資源，促成廣泛的民主審議。真正的社會對話，還沒有開始。鑑於

¹⁰⁷ 劉蔚之，教育學者張彭春的思想演進及其對世界人權宣言之鍛造（1923-1948），教育研究集刊，第65輯第3期，頁22-23（2019年9月）。

¹⁰⁸ Seth D. Kaplan, *Human Rights in Thick and Thin Societies: Universality without Uniformity* (Cambridge University Press, 2018) 21.

法律語言本身的侷限性以及台灣法學發展極度缺乏理解本土文化價值的理論資源，且值此民眾對於司法的信任仍然有待建立之際，我認為鈞庭不宜大幅超越目前在我國有明確法效力的實證法，進行缺乏有效法規範依據的終局價值決斷，阻斷民主審議與社會對話。美國聯邦最高法院大法官 Justice Byron White 的警語可為借鏡：「當法院所處理者，乃是法官續造之憲法法制(judge-made constitutional law)，而且此等法制在憲法的文本或制憲構想中，鮮少或缺乏可辨識的根基時，此時法院的正當性最為脆弱甚至不復存在。」¹⁰⁹

十一、結語及其它意見

本意見書針對死刑做為法定刑是否違憲之爭點加以論述。在司法院釋字第 194 號、263 號、476 號解釋肯定死刑本身合憲的基礎上，當鈞庭在考量：是否推翻長久以來的解釋，做出與我國社會長多數人民穩定且強烈的法感情相左的判決之際，我認為應該深入理解此議題的性質。此議題牽涉到深刻的價值衝突，並沒有決定性的法律或理性論理作為司法決斷的基礎，而且，社會尚待充分深入的對話，建議鈞庭審慎考量應給予立法權討論制度改良的空間。儘管美國與日本仍然沒有廢死，然當代國際人權社群傾向於將廢死立場絕對化，加上我國法學發展高度仰賴繼受西方國家與國際人權法學，缺乏理論資源解讀本土社會現象與價值，使得真正的跨文化社會對話變得困難。這也造成菁英廢死論述與社會主流意見的對立，以及公共領域中的失衡與分裂。本文嘗試彌補相關文獻之空缺，除了相關比較法的分析之外，同時將之置於宏觀的西方文化價值變遷及其與東亞儒家文化圈的文化價值對照的脈絡之下。本文指出，廢死並非戰後西歐國家之主流見解。要進行此跨文化對話，關鍵在於理解七十年代之後的變遷。本文透過卡謬著名的廢死論文當中對於戰後歐洲人文處境的分析，指出廢死思潮必須從歐洲的基督教傳統所內涵的存死與廢死思想資源、歐洲世俗化過程、極權與大戰荼毒、冷戰期間國際人權運動策略、基督教民主主義的沒落、乃至於表現個人主義的興起等等政治、社會、文化變遷過程，才能加以理解。而西歐所引領的廢死思想，其中很多元素都是基督教廢死思想的世俗化版本，勢必與東亞後儒家社會的價值系統有一定的差異。此等差異在完全去歷史化、去脈絡化的當代人權論述中被壓抑，無法得到表述，也因此無法對話，意識並理解此差異，才是對話的開始。

比較法的發展，也反映著文化變遷。戰後第二代生命權初期的發展並沒有排除死

¹⁰⁹ “The Court is most vulnerable and comes nearest to illegitimacy when it deals with judge-made constitutional law having little or no cognizable roots in the language or design of the Constitution.” Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186, 194 (1986)

刑作為生命權的正當例外。也因此，在戰後初期乃至七十年代即已奠定判例基礎的美國與日本，至今尚未透過司法違憲審查機關廢死。而我在仔細分析相關重要比較法判決之後，我認為最有名的南非憲法法院廢死判決，在論理上仍然有重要的缺陷，而與韓國憲法法院的判決成為對照。關鍵在於，南非憲法法院的廢死判決，乃是其成立後相當早期的判決。有鑑於刑罰邊際嚇阻效用難以被證明，該院當時尚未意識到直接將比例原則中的必要性原則直接適用在死刑存廢問題上，將導致所有刑罰皆違憲的荒謬結論。鈞院的發展，事實上比起當年的南非憲法法院更為成熟，近來已經發展出罪刑相當原則。此原則作為比例原則在刑罰審查上面的基本憲法原則，同時也是刑法立法的基礎原則。就此而言，韓國憲法法院的 2010 年判決，比起南非憲法法院的判決，更有參考價值。

關於爭點二「如果認為死刑制度合憲」各子題，礙於篇幅恐無法多所申論。我相信，比我更學有專精的學者專家乃至於政府官員，尤其是主管機關法務部，一定也有研擬相關方案或意見可以提供。以下僅簡短表達意見。得適用死刑之犯罪類型：依據 2019 年公政公約第 36 號一般性意見書第 35 點：「『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。在第六條的架構內，未直接和故意導致死亡的罪行，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。」儘管一般性意見書沒有法律拘束力，然其論理有一定的參考價值。依此，刑法第 226 之 1（妨害性自主罪章與殺人罪結合犯）、第 271 條第 1 項（殺人罪）、第 332 條第 1 項（強盜殺人罪）、第 348 條第 1 項（擄人勒贖罪與殺人罪結合犯）等，皆直接包含故意殺人之罪，並未違反公約。然而中華民國刑法中尚有相當數量罪名得處死刑，但不包含故意殺人之罪，比如第 101 條暴動內亂罪、外患罪章中第 103、104、105、107 等條、第 120 條公務員委棄守地罪、第 185 之 1 第 1-2 項劫持航空器罪、第 185 之 2 條第 3 項危害飛航安全致人於死、第 261 條公務員強迫製造鴉片罪、第 333 條第 1、3 項海盜罪、第 334 條第 2 項海盜罪結合犯、第 347 條第 2 項擄人勒贖致人於死、第 348 條第 2 項擄人勒贖結合犯，鈞院或可透過重要關連性理論或者宣示足以保障生命權之罪刑相當原則，將非戰時得處死刑之罪名加以限縮。

此外，我僅僅點出一個可能被人所忽略的制度可能性。那就是保留法律上的死刑，但不加以執行。這樣的作法，在學理上面其實有其依據。依照當代相當受到重視的「溝通應報理論」（communicative retributivism），罪刑相當原則底下刑罰的宣告有重要的象徵意義：法院代表社會宣告特定犯罪行為之嚴重程度，及相當程度

的責任。然而，刑之宣告是一回事，是否或如何執行是另外一回事。國家可以基於政策考量，宣告死刑而不執行，以表達以下意義：此特定犯罪行為之嚴重程度，對於他人法益侵害之嚴重性（比如連續隨機殘虐殺人），只有死刑始能相當，死刑是其所應得。行為人若要對被害人以及整個社會贖罪，必須付出此等相當的代價。然而，國家基於其他政策理由，無限期停止執行，乃是社會對於此課責方式的慎重，比如基於冤案可能性的存在，教化可能性的遲疑、區域或國際體系的外交考量（比如後冷戰時期某些中東歐國家）等等。宣告刑罰而不執行，並非行為人所應得，而是社會對其之寬容。這個作法，有可能是文化衝突之間的一個公約數（公約數可以不只一個），可以透過保留刑法中死刑的法定刑，但修正監獄行刑法第 145 條以下，訂定暫停執行死刑（有期限或無期限）的條文，或者在特定條件下，始例外執行。然鈞庭若宣告死刑作為法定刑根本違憲，這個方案也將被阻斷。我個人認為，相關方案，仍應留諸立法機關審議為宜。

敬啟

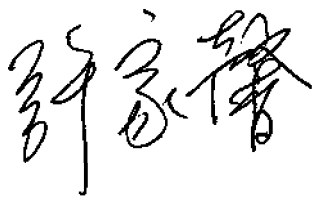
此致

憲法法庭

公鑒

中 華 民 國 113 年 4 月 9 日

具狀人/撰狀人



(簽名蓋章)

**中華民國司法院憲法法庭 111 年度憲民字第 904052 號聲請案及相關併案
專家諮詢意見書附件一**

《第二屆模擬憲法法庭》部分不同部分協同意見書¹

許家馨

本席針對我國刑法第 271 條殺人罪包括死刑為法定刑的部分是否違憲疑義，贊同多數意見之違憲結論，但所持理由有相當大的差異。基於多數意見所持理由，其結果是「死刑」制度根本、絕對違憲，除非透過修憲將死刑制度入憲，此違憲狀態始可能治癒；甚至，基於人性尊嚴之絕對不可侵犯性，及其在我國憲政秩序中的核心位置，多數意見也可能導出此價值決定構成實質修憲界線，就算將死刑入憲，也有可能將之宣告違憲。本席雖贊同系爭規範違憲之結論，但無法認同多數意見所持主要理由，此一分歧，同時導致本席無法同意多數意見認為刑法第 33 條死刑為主刑之規定違憲。爰提出部分不同，部分協同意見書。不同意見部分，主要係針對多數意見所持刑法第 33 條死刑為主刑之規定違憲之主張。然此部分同時也構成對於刑法第 271 條違憲之協同意見。為避免混淆，且彰顯與多數意見之差異，以下「第壹部分」稱為關於「絕對違憲論」之不同意見，性質包括對刑法第 33 條違憲的不同意見，以及對刑法第 271 條的協同意見。第貳部分則僅針對刑法第 271 條違憲部分提出本席之協同意見。

壹、關於絕對違憲論之不同意見

一、本案審查之基本方向與原則

（一）本案應予受理之理由

本席同意多數意見，認為本案應加以受理。在此整理、補充其理由，是因為此等理由開啟了關於系爭規範違憲的論述框架，與接下來關於系爭規範

¹ 此稿收錄於臺北律師公會主編，放棄死刑走向文明，臺北：新學林出版股份有限公司，頁 175-212，2015 年 9 月。

違憲部分之審查有關。本案之所以應加以受理，是因為憲法的意義有可能基於以下理由產生變遷。第一，立法院於民國 98 年通過，並經總統公布「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」，透過此法使我國法秩序與部分國際人權法相接連；第二，司法院釋字第 194 號、263 號解釋皆公布於我國動員戡亂時期，非屬於憲政秩序之常態時期；第三，動員戡亂時期臨時條款於民國 80 年終止後，在接下來的大法官釋憲實務中，逐漸發展出之前於我國憲法文本中沒有的「人性尊嚴」，做為憲法的核心價值；第四，釋字第 476 號解釋公布後，大法官釋憲實務針對基本權侵害審查基準有長足的發展，而且針對特定刑罰規定之違憲與否累積了更多的釋憲成果，比如釋字第 594 號、630 號、687 號等。這些成果，可能反映了我國憲法上關於刑罰違憲性審查基準的變遷。

（二）面對複雜價值爭議時應司法自制

1. 雖屬審查事項，仍有司法自制空間：司法極簡主義

本案牽涉到對於基本權之重大侵害，屬於司法違憲審查權的核心範圍，殆無疑義，且司法院大法官過去關於特定條文死刑合憲之解釋，經過憲法價值之遞嬗，也值得重啟審查，此所以本席支持受理本案之故。然而，承認本案應予受理，不代表在此案中沒有行使「司法自制」的空間。一份食材可以放到廚師的砧板上，不代表廚師不能夠選擇用什麼樣的刀工來切。要大刀一揮，切得深又廣，決定所有價值爭議，還是保留深刻的價值爭議，僅針對適合司法權操作、較淺而社會可能有共識的議題來慢工細切，在在考驗釋憲者的智慧。

「司法自制」可以表現在很多層次，比如：（一）劃分出根本上不適合由司法權審查之特定範疇之課題，比如統治行為、政治問題；（二）雖然事件並非不適合由司法權審查，但基於其性質，且基於對立法權的尊重，因此透過區分審查標準之寬嚴，避免任何議題皆由司法權做最嚴格之審查；（三）牽涉到基本權，因此屬於司法權之核心審查範圍，但因呈現基本權衝突，因此在衝突之衡量上，給予立法者較大的形成空間；（四）如哈佛大學教授桑斯汀所主張之「司法極簡主義」(judicial minimalism)，雖牽涉到基本權，因而屬於司法權的合理審查範圍，但因憲法議題「其性質具高度複雜性，且許多人對於此議題有強烈深刻的感受，以致於產生國家的嚴重分歧時」

(Cass R. Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court* 5 (1999)), 為避免針對此等議題進行決斷, 僅針對較適合由司法權審查之面向, 進行較淺而窄的判決。這也是一種「司法自制」的表現方式。換言之, 即便就議題的性質, 釋憲者可以加以審理, 釋憲者仍可以選擇如何處理、解決該系爭議題。

就本案而言, 這意味著本庭在進行審查後, 若發現本案關於憲法價值之爭點, 比如死刑是否絕對違反人性尊嚴, 或是否在任何情況下其對生命權之侵害皆通不過嚴格審查標準的審查, 當此等議題顯示出以下特性, 本庭即應避免加以進行終極是非判斷: (一) 所依據之憲法規範在此議題上, 必須進行相當開放性(open-ended)的價值論辯, 缺乏較為明確的規範基礎; (二) 此開放性價值論辯牽涉到深刻且複雜的價值選擇; (三) 我國社會對此價值選擇有嚴重且深刻的歧見; (四) 既有制度並非沒有合理的基礎可以支持, 且挑戰方並沒有提供壓倒性的論據, 推翻此合理性; (五) 既有制度在合理的理解下, 可以通過違憲審查; 此時, 即便對被挑戰制度的合理性仍有爭議空間, 然以上特性已經表示, 此等議題不適合由本庭進行判斷, 本庭應選擇較適合本庭進行審查的爭點進行判斷。所謂較適合審查之爭點, 意指所依據之憲法及法律規範, 相對而言, 較為確定, 所牽涉到的並非開放性的價值辯論, 而比較適合由本庭操作審查者 (比如刑法第 271 條殺人罪是否符合公政公約第六條死刑應限於「最嚴重之犯罪」、科處死刑之程序是否符合正當程序等)。本席在此強調, 此處以司法極簡主義所表現的司法自制不代表「不應受理」或者「不予審查」, 而是在「應予審查」的前提下, 得到有部分議題不適合由本庭進行判斷的心證, 因而改而針對較适合本庭審查的爭點進行判斷。以下深入論述此憲法解釋哲學的基礎。

2. 憲法是我國民主權者意志之權威表達

憲法是我國根本大法, 位居法秩序之頂端, 體現我國人民之總意志中關於政治秩序的基本價值與最高理想, 凡此乃是制憲者之願景以及我國全體人民, 在歷史的長河中, 透過不斷地實踐、挫折、改正、反省後所得之價值, 根植於人民之歷史記憶, 凝煉於憲法文本以及司法實踐中而得。在此過程中, 參考其他民主憲政秩序面對類似或相同問題時的作法, 是合理且有益的, 畢竟當代自由民主憲政秩序皆共享自由、平等、博愛之普世價值。然而, 不同國家社會對此共同理想未必皆有完全相同的想像、解釋, 以及實

施之策略及步驟。理解憲法價值的過程，不僅應參考他國經驗及論述，也應盡最大努力理解根植於我國社會之憲法價值，促進建設性的對話。

3. 抗多數決的權威仍然來自於更高層次的多數決

本庭不應忘記作為司法違憲審查機關所面臨之「反多數決困境」。本席不認為「多數決」可以窮盡「民主」的意涵。民意調查所顯示之多數民意，甚至立法院多數通過之法律，未必代表民主之全貌，也因此，面對特定少數族群受到不平等對待、民主程序顯有瑕疵、個人基本權受到國家不正侵害、及其他憲法價值受到威脅的情況時，司法違憲審查機關必須挺身而出，拒絕受到流動且無法合理證成的民意所左右。司法違憲審查機關被賦予抗多數決的任務，正是為了確保憲法價值的實現，以使個人基本權利免於受到多數不合理的侵害。

然而，司法違憲審查機關仍須體認，其抗多數決之權能，乃是憲法所賦予，而憲法所代表者，乃是國民之總意志。我國憲法增修條文第12條，規定修改憲法之程序：「須經立法院立法委員四分之一之提議，四分之三之出席，及出席委員四分之三之決議，提出憲法修正案，並於公告半年後，經中華民國自由地區選舉人投票複決，有效同意票過選舉人總額之半數，即通過之」。亦即我國國民主權者意志之終極體現，仍然是某種「多數決」，一種經過全體人民廣泛審議，以超高修憲門檻所體現之「超級多數決」。

此種「超級多數決」的結論，不是不能受到某種約束。司法院釋字第499號解釋，指出國民大會修憲程序應符合公開透明原則及相關議事規則之規定，此程序如有「重大明顯瑕疵」即不生效力，構成程序上的修憲界線。更進一步，該解釋亦指出「憲法條文中具有本質之重要性而為規範秩序存立之基礎者」，如「第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民主權原則、第二章保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則」，因「具有本質之重要性，亦為憲法基本原則之所在」此種實質價值上的修憲界線，並不是天外飛來的價值決定，好讓釋憲者可以站在一個阿基米德點上，對抗國民主權者之思辨與意志。反而，此實質價值上的修憲界線，乃是包含從制憲者以來，國民主權者經過時間積累，經過廣泛討論，而鎖定於憲法中之最為核心的價值。此意志之塑造與表達，理當是在「憲法時刻」透過社會各方及國民全體經過相當時間的審議與思辨，逐漸凝聚而成。因此判斷某議

題是否屬於此種核心價值，而可能構成實質上修憲界線時，釋憲者仍然不能脫離從制憲以來，國民主權者長時期所表現之意志，來進行審查。

簡單地說，「抗多數決」的司法權能，其終極權威來源，仍然是多數決，一種比起一般立法程序更廣泛、更謹慎地體現國民主權意志的多數決。司法違憲審查機關必須對其自身權威之來源，有深刻體認，不宜誤以為「抗多數決」的權能，來自於超越國民主權的某種自然法式的價值，不論此自然法式的價值是以國際潮流、他國實踐、或者某種實質價值論述的方式所體現，亦不宜誤以為司法違憲審查機關可以繞過國民主權意志的形成，直接宣示超越價值，將之實現於我國。此一體認應具體表現在作為司法違憲審查機關之基本運作邏輯的「司法自制」之上。

4. 尊重多數決，是尊重國民主權者思辨、塑造價值的過程

這並不代表多數決，甚至超級多數決，就其價值選擇上，一定比較正確。民主過程是一個國家，一個社會集體追尋、塑造共同價值的過程。任何一個時間點的決定，都可以受到批判、挑戰、反省，但重要的是，憲法價值的形成，是整個社會的學習過程，不應是少數人強加而得。司法權在很多場合，可以扮演積極的角色，行使抗多數決的權能，是因為有些時候，一般民主程序所做的決定，牴觸了社會已具備之深層共識，且此共識已經鎖定於憲法或釋憲史中。透過憲法解釋，釋憲者其實是在將違背憲法價值的立法導入已有社會深層共識的正軌。

然而針對不具此共識之重大爭議，釋憲者應避免代替國民主權者進行決斷。正如美國著名的聯邦法官韓德(Learned Hand)之名言：「我常常懷疑，是否我們寄予太多的希望在憲法、在法律、在法院之上。這種希望是虛幻的。相信我，這種希望是虛幻的。自由存在於人們的心中。當其在人們心中消亡，沒有憲法、沒有法律、沒有法院，可以加以拯救。」(Learned Hand, "A Pledge of Allegiance" - speech for "I Am an American Day" Central Park, New York, New York. (20 May 1945)) 換個角度來說，當新的價值尋求確立，且與既有價值發生劇烈衝突，其性質上牽涉到深刻的價值歧見，真正應該進行此價值溝通進而決斷的場合，並非本庭，而是發生於社會各角落的民主審議。本庭或可扮演促進民主溝通審議的角色，但並不適合代替全體國民進行根本之價值決斷。

死刑相關規範牽涉到作為人性尊嚴及相關基本權，如生命權或生存權、平

等權、正當程序等，屬於司法違憲審查權能之核心。然而，因其牽涉到重大且深刻之價值分歧，因此，需要本庭特別謹慎地行使司法自制。而本席認為透過「司法極簡主義」所表現之「司法自制」，正是本庭在本案中應採取的態度。此論與 Ronald Dworkin 的道德解讀論或有較大的緊張關係，但與其他強調司法違憲審查與民主之關連的理論，比如 John Hart Ely 的代表強化理論、Bruce Ackerman 的憲法時刻論、或者是 Jed Rubenfeld 的跨時民主論等，並沒有扞格。因為，司法極簡主義同樣也支持司法違憲審查與民主的密切關連。其意在支持司法違憲審查，並在此前提下，說明釋憲者面對特定重大爭議，如何有智慧地行使此強大的權力。司法自制之德行，彰顯本庭瞭解憲法價值的積累與淬煉，最終仍然必須回歸社會各角落以及民意機關、甚至司法過程中的審議與對話。憲法價值如果無法深入人心，無法紮根於社會，終究只是建立在沙地上的建築。

（二）死刑制度在固有序中有穩定的位置

1. 我國刑法中死刑之立法理由

我國現行刑法公布於民國 24 年，本案系爭規定第 33 條及第 271 條關於死刑的部分，在制訂之初即已有之。死刑為主刑之相關規定則可追溯到 1907 年公布之舊刑法。如李念祖鑑定人鑑定書中所引：舊刑法第 53 條立法理由稱：「死刑存廢，學說尚不一致，在我國有不可廢者三：一曰法理。蓋刑罰如藥石，犯罪如疾病，醫之用藥，非審其病質與藥力，則藥無效，而病不得瘳。故潰爛之癰疽，非尋常藥力所能奏效者，則割去之。死刑之加於罪犯，亦猶乎刀割之加於癰疽，定其適用之標準，厥有二端：曰大惡，曰不治，使對此大惡不治之犯，不加以絕對淘汰之列，豈國家刑期無刑之意哉。二曰歷史。國家當改革之秋，沿歷史之舊固不可，不審其所當存者，亦不可。我國自有史以來，倫紀之重，未嘗或變，使一日廢止死刑，則對於干犯倫紀者，裁判必多窒礙也。三曰社會心理。我國用死刑，相沿已久，使一日廢之，其影響必及乎社會心理，兇惡之徒，必玩其刑輕而肆無忌憚，良民必駭其不情，愈滋權利侵害之懼矣。」（參見黃源盛，〈晚清民國刑法史料輯注（下）〉，頁 896，2010 年 7 月。）

2. 制憲者並未挑戰死刑

我國憲法公布於民國 36 年，晚於現行刑法公布之時。這並不意味刑法享有高於憲法的地位，反而如許玉秀教授所言，乃是憲法「接收了刑法的基本原則，甚至接收了刑罰的手段，用以貫徹憲法的意志」(許玉秀，刑罰規範的違憲審查標準，收錄於國際刑法學會臺灣分會主編，民主、人權、正義—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，2005 年，頁 399)然而我國制憲者並未在憲法中挑戰刑法中的死刑制度。在接下來超過半個世紀的過程中，死刑持續在我國憲政秩序底下運作，立法者未曾嘗試廢除死刑，司法院大法官甚且在釋字第 194 號、263 號、476 號解釋中肯定不同特別刑法中不同罪名之死刑作為法定刑的合憲性。可以說，死刑制度本身在行憲之後，長時間並未被有權機關認為與我國憲政秩序有所扞格，乃是相當清楚的一件事情。若要推翻此一前提，進而主張在我國的憲政秩序中，死刑合憲的狀態自始即有可疑，或者，主張制憲者對此議題刻意保持中立，則對此聲請方負擔相當重的舉證責任，要提供制憲當時的史料以實此說。而到目前為止，並未有足夠的證據被提出。

3. 「限制」還是「剝奪」？

聲請人主張憲法第 23 條僅規定「限制」，而「限制」並非「剝奪」。本席認為，單以此說無法推翻上述判斷。憲法文本的解釋，不僅訴諸日常語意，更應訴諸憲法史，包括制憲者原意、權威釋憲機關的釋憲文本、憲法文本結構、目的等等。凡此皆在確保司法違憲審查機關不得以一己之見，透過日常語意的解釋，就可以輕易推翻代表人民意志之代議機關之決定。而吾人無法從這些重要的釋憲方法，找到用此一區分來判定死刑本身違憲的根據。更何況，即便從語意來看，此二者的區分也不明顯。自由刑到底是「限制」自由，還是「剝奪」自由？罰金到底是「限制」所罰金額的財產權還是加以「剝奪」？以十年有期徒刑為例，十年光陰當中的自由，到底是被「剝奪」而「消失」了，還是被「限制」了？十年的自由豈能歸還？罰金豈會被歸還？

4. 使用當代文義要警覺是否與制憲原意牴觸

本席並非認為當代文義不重要，但死刑並未被到目前為止的整體憲法解釋

結果所否定，承認這個事實是重要的。本庭審查死刑制度違憲與否時，必須清楚意識到可能與制憲者原意以及過去釋憲者的決定，甚至社會多數意見發生斷裂，因此必須謹慎為之。本席支持受理本案，正是因為我國憲法秩序在動員戡亂時期終止後，加上釋憲實務近年來的發展，可能發生了結構上的變遷，以致於值得受理。至於此變遷，是否會影響到對於死刑是否違憲的價值判斷，正是審查的重點。承認釋憲者可能對抗制憲者原意以及穩定、多數、長期的民意的事實，可以讓釋憲者對於釋憲的方法有更清楚的自覺，因而更謹慎加以從事。

總之，本席認為，本案系爭規範違憲與否確實有加以實質審查的空間。然而，即便如此，仍應承認，我國憲政秩序連續性並未經過根本的斷裂。因此，就算有開啟實質審查的空間，仍應審慎為之，除非有壓倒性的理由，否則仍宜避免與過去的釋憲實務與憲法秩序造成徹底的決裂。而且，當系爭法律源遠流長、在我國法秩序中有穩定的位置，受到當代多數民意穩定的支持、社會各界對其正當性有高度的爭議，而且牽涉到深刻的價值選擇時，司法違憲審查機關應特別謹慎，在解釋憲法時，應綜合多種憲法解釋方法，應避免僅以單薄的當代文義解釋為之。其背後的精神，仍是尊重穩定多數決定的民主精神，以免釋憲者輕易以自己的價值判斷取代多數人之價值判斷。

（三）國際趨勢、比較法、與歷史反省的地位

1. 「廢死」是國際趨勢，不等於「死刑絕對違憲」是國際趨勢

聲請方及機關代表皆提到國際廢除死刑的趨勢對我國的意義。雖然本席認為國家數量的比較在本案審查中不具有特別的重要性，但既已提及，則仍應加以討論。廢除或者停止使用死刑的國際趨勢確實存在，但不可否認的是，此趨勢也受到相當數量國家，包括先進民主國家如美國、日本的抵抗。由於我國論述在參考相關國家時，往往忽視除了美日之外的其他維持死刑的國家，因此，也有可能造成一種印象，那就是美、日不過在負隅頑抗，文明的潮流終究會把他們淹沒。而這種忽視的理由往往是因為這些國家目前大多仍非屬自由民主憲政國家。可是，此忽略建立在一個前提上，那就是這些非自由民主憲政體制的國家，不會民主化，或者如果經歷民主化，必然也會廢死，因此不值得參考。但是這個前提當然是錯的。這些國家如

果經歷民主化，仍有可能基於其文化、宗教或其他理由，保留死刑。因此，他們的相關性，不應該輕率地被忽視。

就數量而言，依據國際特赦組織 2014 年的「死刑及處決報告」，全球有 98 個國家徹底廢除死刑，7 個國家廢除平時狀態犯罪的死刑，35 個國家暫停執行（十年以上未執行），58 個國家保留死刑。國際特赦組織因此把前面三種國家加總，得出 140 個國家「法律上或實務上」廢除死刑。然而，本庭所審查的是死刑違憲與否，並非死刑在政策上適當與否。死刑就算被認定不違憲，也有可能由立法或行政部門基於政策上的理由加以廢止或停止執行。國際特赦組織的計算方法（140 比 58）作為「政策上或立法上廢除死刑」的參考比較有價值。但就本庭的違憲審查而言，其中關鍵議題乃是死刑是否因違反人性尊嚴或生命權而絕對違憲。如果死刑被判斷為絕對違憲，則不應有平時戰時的差別，也不容許有法律上存在但停止執行的狀況。也就是說，對本庭而言，如果相關國家數量有任何意義的話，應該把後面三種國家加總起來（保留戰時死刑、僅停止執行、保留死刑），作為「死刑未絕對違憲」國家的數目。此時其數目增加至 100 個，超過徹底廢除死刑之國家 98 個。

2. 傳統比較法參照國家形成正反拉扯，釋憲者更應謹慎

比起相關國家數量，「比較法」對本庭的審查更具有實質重要性。動員戡亂時期終止以後，大法官做出許多為人稱道之解釋，用意旨在拆解動員戡亂緊急體制之下，諸多侵害人民基本權的法規，並且基於法治國原則，對於政府權力之行使給予更嚴格、更合理的規範，以開啟我國民主發展之新頁。在當時的處境下，諸多先進民主國家的法治，即便彼此之間存有差異，但大致上多指向一致的方向，有助於改進我國動員戡亂時期法制所遺留的缺陷。

然而，在本案中，過去我國釋憲實務及法學研究所倚重的參考國家，卻呈現出完全相反的方向。德國在戰後基本法中明訂廢除死刑；法國及英國透過立法的方式廢除死刑；歐洲聯盟要求會員國廢除死刑，且歐洲人權公約要求廢除死刑；這次透過鑑定人前南非憲法法院大法官 Albie Sachs 的陳述，以及聲請書之引用，我們也認識到後種族隔離時代的南非憲法法院判決（The State vs. Makwanyane）如何判斷死刑違憲；相反地，影響我國法學與實務發展甚深的日本仍保有死刑，其最高法院在一系列判決中皆維持

死刑的合憲性（參閱謝煜偉教授鑑定書，頁 6-12）；美國在聯邦以及多數州仍維持死刑，其聯邦最高法院雖曾一度基於量刑恣意之理由宣告死刑違憲，但在 1976 年之 Gregg v. Georgia 案之後，皆有條件地維持死刑的合憲性。

有鑑於此，本庭面臨一個重大的難題，那就是傳統上借鏡於先進民主國家的憲法解釋與思維方式，在本案中不容易提供直接的幫助，甚至反而是難題的來源。難題在於，如果本庭無法超越相關參照國家的法學論述，僅僅採用或者參考特定國家的論證方式，馬上就會受到另一方的質疑，那就是為什麼不採用另一方國家的論述？李念祖教授陳述鑑定意見時，曾經提到，美國聯邦最高法院維持死刑的相關判決，未必值得參考，因為我們應該「取法乎上」。可是，誰有資格針對終極的價值爭議判斷孰上孰下？如何判斷？

3. 美國聯邦最高法院死刑系列判決的意義

劉靜怡大法官的協同意見書從絕對違憲論的立場，對美國聯邦最高法院死刑相關判決做了精要的解讀，極具意義。本席在此僅指出，該院從 Gregg v. Georgia 案判決以來，一貫的多數立場並非絕對違憲論，而是在美國聯邦憲法增修條文第 8 條禁止「殘酷且異常的刑罰」的背景下，在可以針對特定刑罰是否違反該憲法條文，而行使司法審查的前提下，進行相當自制的審查。該院的理路與本席是一致的。可以審查不代表應該不加節制地行使審查權。

本席並非挑選終極價值選擇與我一致的參照國家來加以援引，而是基於共享的國民主權原理以及司法自制的哲學加以援引。正如該院在 Gregg v. Georgia 一案多數意見所表示，且成為一系列判決的基本出發點的審查哲學：「法院並非代議機關。法院的制度設計並不能良好地反映民主社會的想法。在對其權力狹窄的限制下，法院最有辦法取得資訊，做出可信賴的判斷。法院的基本性質乃是與社會保持距離，保持獨立。歷史教導我們，當法院因陷入社會激情的爭議，而在競爭的政治、經濟、社會壓力下，攬下主要的決定責任時，司法的獨立會受到傷害。」（428, U.S. 153, 175 (1976)，此段乃判決引用 Justice Frankfurter 在 Dennis v. United States 案中之協同意見，341 U.S. 494, 525 (1951)）更進一步，該院在註 20 中引用 Justice Blackmun 在 Furman v. Georgia 案中的不同意見書：「我們不應讓我們個人對於立法者與國會行動的偏好，或者我們對該行動的不喜歡，指引我們在

此類案件中的司法決定，即便跨越該政策界線的誘惑確實很大。」（428, U.S. 153, 175 (1976)）

此外，聲請方補充理由書提及法哲學家 Ronald Dworkin 對於死刑的反對態度，且其支持當初判決死刑違憲的 *Furman v. Georgia* 判決。不過，跟本席立場一致的是，Dworkin 兩度強調死刑是否違反人權及人性尊嚴「最多只能說是無法有確定結論的主張」（at best inconclusive），因為同樣有「對人性尊嚴高度敏感的道德哲學家」認為基於應報的死刑不違反人性尊嚴與人權。（Ronald Dworkin, *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, 39-40 (2006)）而本席的立場正好就是認為在高度分歧、複雜、開放而無法有確定結論的爭議上，法庭不應該遽下決斷。

除了劉靜怡大法官所提到的 Justice Lewis Powell 與 Justice Harry Blackmun，其實還有 Justice John Paul Steven 在經過數十年的觀察，逐漸認為死刑制度在美國很難合理地操作，因而改變了原先的想法。本席認為，雖然他們的改變見解，沒有改變該院的一貫立場，但他們的反省仍值得參考。但是，這正是因為一個社會有機會透過自己的實踐，努力去改正自己的司法制度之後得到的反省。之所以要有這個實踐的機會，是因為要不要廢除死刑，牽涉到國民主權者及其代表之代議機關對於複雜因素的衡量。一方面，有透過司法實現正義的堅持。另一方面，有死刑制度在執行上的困難。這是一個兩難的局面，也是一個開放性的價值選擇。就算要決定，也應該讓社會透過民主程序，讓人民自己來檢視，來反省。到那時候，一個社會若決定死刑制度代價太高，決定加以廢除，那個民主決定也因此取得了社會的認同。美國聯邦最高法院數十年來給美國社會保留了這個嘗試的機會，這是對民主與國民主權者的尊重，也是對於議題複雜性有高度掌握後所展現的智慧。或有謂，如果連美國都做不好，我國社會怎麼可能做好。本席認為，這句話，作為推動立法廢死的理由或許可以。但是，這不是身為釋憲者可以接受的理由。釋憲者必須認定國民主權者及其代議士有能力在民主憲政體制之下，針對複雜價值議題進行衡量，且有權認定自己有沒有能力改善自身，這是釋憲者對國民主權者該有的尊重與期待。

3. 勿把他國的偶然，當作我國的必然

在言詞辯論過程中，本庭聆聽了鑑定人前南非憲法法院大法官 Albie Sachs 有力且令人動容的意見陳述，說明南非憲法法院針對死刑違憲議題進行審

理的過程及思路。聲請書中也多次援引南非憲法法院 The State vs. Makwanyane 判決。每一個社會都在不同的歷史情境下，面對不同的挑戰。南非憲法法院判決提供了非常寶貴的他國經驗。不論從 Sachs 大法官的陳述，或該判決的內容，都讓人清楚地體會到，該判決深深根植於南非民主轉型的歷史經驗，及其對實施種族隔離的南非白人政府暴行的反省。聲請方訴訟代理人與鑑定人（黃瑞華法官）也多有提及台灣民主轉型經驗與此議題的關連。

本席完全同意，對於威權歷史的反省，是我國民主轉型過程中的未竟之業，也是一項值得追求的社會目標。台灣轉型正義措施的不足與淺薄，導致我國社會對於過去威權時期政府的壓迫性不義作為，缺乏深入的理解，進而導致對於國家濫權的可能性缺乏足夠的警覺。然而，任何植基於歷史的論證，就算是以普遍性、絕對性的概念（比如生命權與人性尊嚴不可切割、生命權絕對不可侵犯等）來表達，也沒有辦法改變其基於歷史處境的偶然本質。舉例而言，針對人類歷史上可能是最嚴重的種族滅絕罪行「納粹大屠殺」，有兩個國家與其有最密切的歷史連帶，對此事件的反省，必然深深鑲嵌在其憲法價值與國家定位中，一是德國，二是以色列。戰後西德基本法第 102 條直接廢除了死刑。以色列則僅廢除了平時狀態的死刑，而保留戰時叛國罪以及種族滅絕罪等極端重大犯罪的死刑。（但戰後至今僅執行了納粹大屠殺主要執行者 Adolf Eichmann 之死刑）兩個國家都想要與歷史切割。德國想要與作為加害者的過去切割。以色列想要與作為受害者的過去切割。但是與歷史切割的那一把刀，應該切在哪裡，包含著複雜的歷史記憶、國家認同內涵與政策功能的衡量，必須由一個社會透過廣泛的辯論形成共識，釋憲者豈能越俎代庖？台灣站在此十字路口，有何理由把任何一種他國的偶然，當作自己的必然？

如果說，廿世紀是一個血腥的世紀，是「國家」（其實是極權、威權、極度腐化之後的民主體制底下的國家）暴力發揮到極致的世紀，導致廢死思潮使用絕對性的概念語言來神聖化生命權，那麼，這仍是一個出於切割歷史的策略性選擇，每一個社會有權按照其對於自身歷史及其與世界史的關連的理解，選擇那把刀應該如何切割。我們要選擇德國、歐洲路線？還是選擇以色列路線？還是選擇美國內戰之後憲法增修條文第 14 條的正當程序路線（內戰後的美國，也是一種轉型正義實踐）？還是日本的路線？（戰後日本也是一種民主轉型）社會的選擇到底對不對，一個社會可以繼續反省。但是無論如何，透過絕對性的概念表達一個植基於歷史的策略性選擇，

以致由少數不具民主正當性的釋憲者來代替社會進行決斷，恐怕其正當性終究難以獲得支持。

4. 勿患「暴政恐懼症」

基於轉型正義主張死刑絕對違憲論者，往往嘗試絕對化生命權，來防堵「國家暴力」。生命權的絕對化是毫無妥協空間的語言，可是背後卻是一個社會的政策性或策略性選擇。其論述中「國家」或「國家機器」的用語籠統地涵蓋了包含極權政體(totalitarianism)、威權政體(authoritarianism)、自由民主憲政體制(liberal constitutional democracy)，還有其他現代國家的類型。問題是，這些政體的國家「威脅」是否可以等量齊觀？以對威權時代國家暴力的反省，拿來防堵自由民主憲政體制內的國家，即便我們都應當承認，民主體制國家濫權仍然應加以提防，但是，其防堵的力道應該施加到什麼程度，其中並沒有絕對的答案。正如芝加哥大學法學院講座教授 Eric Posner 及哈佛大學法學院講座教授 Adrian Vermeule 共同指出，在民主憲政體制中，無限上綱對於「暴政」的恐懼，以此作為政策決定的基準，將失去系統性地考察民主治理問題的視野，無異於罹患了「暴政恐懼症」(tyrannophobia)。(Eric Posner and Adrian Vermeule, Tyrannophobia, in Comparative Constitutional Design 317~(ed. Tom Ginsburg, 2012))

5. 徹底異化「國家」落入威權時代思考框架

況且，此種論述忽略了自由民主憲政體制下國家正面意義。一方面，國家是統治機關，擁有治理人民的高權，必須限制其權力的濫用；但另一方面，民主共和體制下的國家卻也代表了全體人民平等集結成為政治共同體，行使國民主權，賦予其合理的權威，乃是國民主權原理的必然延伸。如果過去威權體制乃是少數統治階級宰制其他人民的不義體制，自由民主體制正是對其之反省，將主權歸還全體人民，讓全體國民主權者透過民選政府基於法治國原則實施「自我治理」(self-government)。也因此，自由民主體制下的「國家」其意義與其他體制下的「國家」完全不同。

相關論述完全忽略了此間「國家」意義上的重大差異，其實正反映出我國民主轉型的另一項未竟之功，那就是台灣仍然無法想像一個屬於全體國民

主權者的新共同體，以及此共同體所委託行使主權的「國家」。把「國家」視為一種徹底異化於全體國民主權者的論述，其實反映的正是威權時代的論述框架。換言之，轉型正義死刑絕對違憲論者，雖然用心良苦，意在反省威權時代的國家濫權，但是正因為其論述國家的基本框架，仍然困於威權時代對於國家想像的框架，因此，在反省國家濫權的時候，並沒有同時提出一種新的「國家想像」，沒有能夠賦予民主國家以新的意義。簡單講，就是「破而不立」，殊為可惜。

民主共和體制下的國家，其權威行使如何才算合理，正是社會契約論或者其他現代國家理論要解決的問題。此處並非討論現代政治思想的場合，但容我提醒，從洛克(John Locke)、盧梭(Jean Jacques Rousseau)、到康德(Immanuel Kant)、黑格爾(GWF Hegel)、密爾(John Stuart Mill)，這些界定了現代民主共和基本理路的政治哲學家，全部都曾在理論中說明民主共和體制為什麼可以使用死刑。但這些討論的存在，以及其不適合在此討論，也間接說明了本庭不適合針對死刑絕對違憲與否進行決斷。(John Locke, *Two Treatises on Government: Essay Two*, in: John ttig(compelled), *The Works of John Locke* (London: Scientia Verlag Aalen, 1963), vol.5, pp. 351-352; Jean Jacques Rousseau, *On the Social Contract*, in: John Scott (ed.), *The Major Political Writings of Jean- Jacques Rousseau* (Chicago: The University of Chicago Press, 2012), pp.186-188; Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals*, in: Mary J. Gregor (ed.), *Practical philosophy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), pp. 472-477; G. W. F. Hegel, *Elements of Philosophy of Right* (Cambridge: Cambridge University Press, 1991), pp. 127-131; John Stuart Mill, *Speech in Favor of Capital Punishment*, in: Joseph A. Melusky and Keith A. Pesto, *Cruel and Unusual Punishment : Rights and Liberties under the Law* (Santa Barbara : ABC-CLIO, 2003), pp. 209-213.)

(四) 國際公法與國際人權法

1. 國際公法並未禁止死刑

我國通過兩公約施行法，是本席認為本案值得開啟對死刑制度加以審查的

一個重要理由。一個清楚的出發點是，公政公約第六條並未禁止死刑，儘管其表達了鼓勵會員國廢除死刑的期待，而且對死刑的使用設下相當的限制。而且，我國並未簽署直接廢除死刑的公政公約第二項任擇議定書，施行法也並未將該議定書納入該法範圍。聲請方所提的南非憲法法院判決 *The State vs. Makwanyane* 也明白承認，國際公法並未禁止死刑。（[聲請書附件 10](#)，頁 11）然而，我們不需要否認，儘管有相當的國家仍然堅持保留死刑，國際廢死潮流仍然穩定的持續進展。

2. 限制或廢除死刑牽涉到手段與步驟的選擇

決定是否跟進此潮流，最好交由立法機關來決定，因為這牽涉到很細緻的範圍與步驟的選擇。比如說，公政公約第二項任擇議定書固然禁止簽約國使用死刑，但是其第二條第一項規定：「本議定書不接受任何保留，唯在批准或加入時可提出這樣一項保留：即規定在戰時可對在戰時犯下最嚴重軍事性罪行被判罪的人適用死刑。」幾乎相同的文字，也出現在美洲人權公約關於廢除死刑議定書第 2 條第 1 項。甚至在廢死政策最堅定的歐洲，旨在廢除死刑的歐洲人權公約第六號議定書，也在第 2 條保留了戰時依法使用死刑的空間。（儘管在第十三號議定書該條款被拿掉了）多數意見認定刑法第 33 條違憲，其結果是阻斷了我國選擇此等保留的空間。

3. 羅馬規約排除死刑不代表公政公約第六條「最嚴重犯罪」是空集合

公政公約透過兩公約施行法，實施於我國，使我國法秩序得以與國際人權法接軌。然而，這是部分的接軌。由於我國被孤立的國際地位，無法參與諸多國際人權條約形塑的過程，也因此，國際人權法的演進，缺乏與我國國民主權意志的連結，必須要特別謹慎，避免直接援引對我國不具強行拘束力的國際條約，而認定其對我國法秩序具有直接的拘束力，即便其具有高度的參考價值。多數意見援引 2002 年生效之國際刑事法院羅馬規約，指出種族滅絕罪、危害人類罪、戰爭罪等已經不再使用死刑加以處罰，因而公政公約第六條第二項「最嚴重之罪」成為空集合。但是該公約排除死刑的事實，乃是簽約國政治意志的決定，有其參考價值，但不能以此證明此項事實可以直接推導出公政公約第六條關於「最嚴重之犯罪」乃是空殼範疇。

事實上，證諸該羅馬規約的簽訂過程，即可看出死刑是否應適用於該犯罪，並無國際共識，死刑被排除的事實，並沒有被簽約國全體賦予超越規約的規範意義。有相當數量的國家支持排除死刑，也有相當數量國家認為死刑用於此等犯罪是合理的。1998 年 7 月 6 日，該規約的討論正為了是否納入死刑而陷入膠著，以致於規約工作會議主席發出一份「立場報告」(position paper)，包含了各國對死刑應否納入的詳細評估。其中清楚指出：「在此議題上（死刑應否納入），看不到可以達成共識的基礎。」為了讓爭議各方能夠找到最大公約數，其中有一段文字清楚指出：「各國應清楚認知，把死刑排除於此規約之外，對於各國立法與實踐並無影響。各國在此相關領域中起訴、懲罰觸犯本規約規定之犯罪之人，仍負擔最主要的責任。」甚至，在規約簽署之前的全體委員會上，會議主席 Giovanni Conso 也宣讀了部分簽約國的聲明，指出死刑應否廢除並無國際共識。而此認知正是該規約得以受到全體支持的基礎(William A. Schabas, Abolition of the Death Penalty in International Law, 256, 258 (2002))

（五）小結：穿透傳統法學論述，評估是否有「合理歧見」

本席認為基於動員戡亂時期終止、兩公約施行法簽訂、大法官違憲審查基準及人性尊嚴概念的發展，死刑制度之違憲與否有加以審視之空間，然而，基於此事牽涉到深刻的價值抉擇，且我國社會不僅尚無共識，更陷入嚴重的分歧，本庭應採取司法極簡主義，避免針對深刻的價值歧見進行決斷。採此態度，乃是司法自制的重要表現，其背後乃認知憲法價值的形成，必須根植於一個社會長久、持續的反省，不應由釋憲者代為決定。

更進一步，若我國社會真的願意邁向廢死，其中也有許多細緻的決定，包含許多選擇的可能性，包括是否先從加強正當程序做起，是否保留戰時死刑，是否限縮死刑範圍，甚至是否保留死刑在法律中但訂定特別法加以暫停執行等等，多數意見遽然宣告刑法第 33 條死刑作為主刑絕對違憲，阻斷了我國社會進行此等選擇的可能性，本席無法同意。進一步，本席認為，多數意見甚為倚重的國際人權法，值得參考，但仍無法提供絕對的判准。聲請方所主張的轉型正義考量，同樣無法指向特定方向。而且，在比較法上，由於我國法學所倚重的參考國家，也呈現嚴重分歧，本庭必須展現更高度的智慧，穿透相關論述，進行審查。

當所審查的議題顯示出以下特性，本庭即應避免加以進行終極是非判斷：

(一) 所依據之憲法規範在此議題上，必須進行相當開放性(open-ended)的價值論辯，缺乏較為明確的規範基礎；(二) 此開放性價值論辯牽涉到深刻且複雜的價值選擇；(三) 我國社會對此價值選擇有嚴重且深刻的歧見；(四) 既有制度並非沒有合理的基礎可以支持，且挑戰方並沒有提供壓倒性的論據，推翻此合理性；(五) 既有制度在合理的理解下，可以通過違憲審查；此時，即便對被挑戰制度的合理性仍有爭議空間，然以上特性已經表示，此等議題不適合由本庭進行判斷，本庭應選擇較適合本庭進行審查的爭點進行判斷。所謂較適合審查之爭點，意指所依據之憲法及法律規範，相對而言，較為確定，所牽涉到的並非開放性的價值辯論，而比較適合由本庭操作審查者。

在此審查路徑的背後，乃是一種在多元價值的社會中，辨認「合理的歧見」是否存在的智慧。所謂「合理的歧見」(reasonable disagreement)概念是當代包括羅爾斯在內的政治哲學家，針對當代民主社會就某些公共議題存有深刻分歧時，應如何處理，所發展出來的重要概念，意指同樣具備理性、論述能力的各方，在審視同樣的證據與論證之後，仍然會對同一議題存有深刻分歧的狀態。本席在此使用這個概念，意在跨出「穿透傳統法學論述」的步伐，指出憲法法庭必須具備從爭議雙方往後退一步，觀照全局，進行「後設」思考的能力。不管本席作為個人，在道德判斷上同意哪一方，當本席作為憲法法庭的一員，當發現審查客體存有深刻且合理的歧見，即應採取司法自制，避免進行價值決斷。

為判斷是否存在合理歧見，本庭必須理解雙方立場，給予最合理、深入之理解。如果本庭認為一方具有壓倒性的理據，另外一方毫無道理可言，當然就不存在認知合理歧見的空間，也就不必要自制。更進一步，是否存在合理歧見的審查，牽涉到論證責任的配置。當聲請人所挑戰之法律源遠流長、在我國法秩序中有穩定的位置，受到當代多數民意穩定的支持、社會各界對其正當性有高度的爭議，而且牽涉到深刻的價值選擇時，聲請方必須提出足夠堅強的論據，證明「系爭法律不具有一般理性人經過妥當的說明後，可合理期待加以理解的論據加以支持」時，始能成功挑戰該法律在該議題上的合憲性。惟本席再次強調，上述審查僅僅針對牽涉到深刻價值選擇的議題或爭點。其他爭點仍應按照所牽涉之憲法原則定其審查密度與標準，系爭法律仍可能在其他爭點上，產生合憲性之問題。

二、死刑是否必然侵害人性尊嚴之核心？

「死刑是否違反人性尊嚴？」是本案最重要的爭點。然應先敘明者，此課題其實包含二個不同的議題：「死刑制度本身是否在任何情況下皆違反人性尊嚴？」以及「我國目前的死刑制度是否違反人性尊嚴？」區分此二者極為重要，因為前者是對終極價值的選擇，但後者不一定是。聲請書中之論理，因死刑「賦予國家權力得以直接剝奪個人的生命，當然也就失去其人性尊嚴，而原因案件判決對聲請人判處死刑之見解，亦形同迫使聲請人放棄其尊嚴，既已侵害我國憲法保障人性尊嚴之當然內涵，自屬違憲。」認為死刑本質上在任何情況下皆違反人性尊嚴，此論證觸及到深刻的價值選擇，因此，應審查者，聲請人是否成功證明死刑制度在本質上不具有一般理性人經過妥當的說明後，可合理期待加以理解的論據？本席認為聲請人在此議題上並未成功建立論據。以下說明之。

（一）「人性尊嚴」在憲法中之地位

1. 人性尊嚴之憲法地位透過釋憲實務而確立

首先說明者，是「人性尊嚴」在我國憲法中的地位及其內涵。「人性尊嚴」固未明訂於我國憲法中，僅以類似用語出現於憲法增修條文第 10 條第 6 項：「國家應維護婦女之人格尊嚴」，然從司法院釋字第 372 號起，「人格尊嚴」已被廣泛採用於大法官解釋文、理由書、個別意見書中。我國法學界對於人性尊嚴在我國憲法上的核心地位，也有相當高的共識。惟其與憲法明文規定之包括生存權在內之各基本權關係為何，必須先予釋明。本席同意彭鳳至大法官在司法院釋字第 588 號解釋一部協同意見及一部不同意見書中之見解，認為「人性尊嚴乃憲法最高價值，既係指導憲法適用的客觀標準『人性尊嚴』，亦係基於憲法整體規範及自由民主憲政秩序所導出、可單獨作為憲法上請求權基礎之人民主觀權利『人性尊嚴條款』，任何國家公權力均應予以尊重並加以保護，不容以任何形式侵犯之，屬於不得經由修憲程序變更的憲法核心領域。」

2. 生命權的特殊重要性有不同的定位可能性

違反人性尊嚴之措施，不論基於任何理由以任何方式，國家機關皆不得為之，無待深入審查國家所欲達成之目的，及其與手段之間之關係。聲請書、補充理由書以及包括南非憲法法院在 *The State vs. T Makwanyane* 判決中對此皆認為死刑根本上即違反人性尊嚴，其主要理由是生命權與人性尊嚴無法分割，剝奪生命即剝奪尊嚴。之所以如此，是因為生命權是一切憲法權利之基礎，失去生命，即任何權利皆無復行使。應注意者，我國憲法不似南非 1993 年憲法第 9 條毫無保留地保障「生命權」。如果就聲請書所主張，我國憲法的根據是第 15 條的「生存權」，則該權利仍有可能依照第 23 條被限制或剝奪。因此，此主張若要成立，必須將「生命權」視為我國憲法眾基本權所預設之超越性的基本權，而與「人性尊嚴」「互為表裡」，構成基本權的「本質內容」，具備絕對不得侵犯的地位。（補充理由書，頁 46-51）

此等主張，正確地指出「生命權」不同於其他基本權的特殊地位，殊值贊同。然而，如果「生命權」是我國憲法人民基本權之基礎，作為一種具有特殊、根本重要性的基本權，其特殊重要性可以有兩種表達形式。第一，憲法第 23 條的限制完全被排除，成為不可侵犯之「本質內容」；第二，尚非絕對不可侵犯之本質內容，但其限制與剝奪必須受到嚴格檢驗。我國憲法及釋憲實務目前僅僅承認「人性尊嚴」本身具有絕對不可侵犯、不可衡量之地位。因此，「生命權」之特殊優越地位究竟可以排除憲法第 23 條之限制或者只能強化「限制之限制」？這個問題無法用「生命權是其他基本權的基礎」這句話來回答。反而，必須回歸根本問題，亦即「生命權之限制或剝奪，是否違反人性尊嚴？」

3. 大法官對於關連於人性尊嚴之基本權如何處理？

此基本權地位上的區分及選擇，不僅來自於邏輯的推導，也可從大法官釋憲實務中看出。釋字第 603 號解釋文開宗明義：「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃民主憲政秩序之核心價值。」由此推導出隱私權在我國憲法上的基本權地位。此關於隱私權的保障在釋字第 631 號解釋關於通訊保障監察法第五條第二項是否違反人民秘密通訊自由一事，再次得到確認。「人性尊嚴與人格自由發展」作為基本理念，進一步在釋字第 656 號解釋中引伸出「名譽權」的基本權利地位，受到憲法第 22 條所保障，類此者尚

有釋字第 664 號解釋中的「人格權」。凡此皆可看出，大法官將「個人主體性」及「人格自由發展」與「人性尊嚴」建立起密切關連。然應注意者，上述解釋中，大法官僅僅透過「人性尊嚴」，確立系爭權利（隱私權、名譽權、人格權等）之基本權地位，說明該等權利有助於「維護人性尊嚴」或者「與維護人性尊嚴關係密切」，並不認為對該等權利的限制，乃是對「人性尊嚴」本身的侵害，也因此並未使該等權利免於憲法第 23 條之限制。大法官認為直接侵害「人性尊嚴」本身，因而「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」者，唯有釋字第 567 號之「思想自由」。

由此可見，大法官對於「人性尊嚴」相關權利之地位，起碼有兩種定位：（一）居於人性尊嚴理念之核心，因而絕對不可侵犯；（二）居於人性尊嚴之「關係密切」位置，但尚未觸及核心者，因而得受到憲法第 23 條之限制。除了此二種情形外，吾人可以想像第三種定位，尚未被大法官所發現，但在本案中很可能浮現者：（三）生命權並非人性尊嚴之核心，因而並非絕對不可侵犯，然而，因其與人性尊嚴之核心有「極密切關連」，對生命權之限制或剝奪，必須受到比一般基本權侵害更嚴格的限制。本席認為生命權之剝奪屬於（三），並非（一），也非（二）。以下說明之。

（二）人性尊嚴的核心意義

1. 人性尊嚴之客體公式

首要問題在於「生命權」是否居於我國憲法「人性尊嚴」之核心？「死刑」是否侵犯此核心？又我國大法官對於人格尊嚴的運用，是否能夠歸納出我國憲法上「人性尊嚴」理念的內涵及理路？要回答這個問題，不可避免必須探究「人性尊嚴」一詞的意涵。我國學者對於「人性尊嚴」一詞的理解，相當倚重參考德國基本法第 1 條第 1 項及第 79 條第 3 項之「人性尊嚴」條款相關之釋憲實務及學界見解。德國聯邦憲法法院多所引用的「客體公式」(Objektformel)，儘管常被批評為不夠確定、具體，然而，仍不失其參考價值，其意指：「具體的個人被貶為客體、純粹的手段或是可任意替代的人物」此意涵根植於康德(Immanuel Kant)的「無上律令」(Kategorischer

Imperativ)的第二公式：「當如此對待你自己以及其他的人性，絕不將其視為僅僅是某種目的之手段，反而應永遠同時將其視為目的」。此外，德國聯邦憲法法院針對何時國家會侵犯人性尊嚴，尚有如下被學界廣為接受之闡釋：「公權力執行法律對個人有所處置而有侵害人性尊嚴之虞者，必須有不尊重該個人因其為人所應享有之價值之表現，換言之，即為一種『蔑視處置』（verächtliche Behandlung），始足當之。」（彭鳳至大法官釋字第 588 號一部協同意見書）

2. 違反人性尊嚴之核心事例

對於「人性尊嚴」這個高度複雜的概念，定義只是一個出發點，而不是判斷的唯一尺度。吾人必須同時從個案當中嘗試抽繹抽象內涵，又在抽象內涵的觀照下檢驗具體個案，如此從抽象到具體，從具體到抽象，雙管齊下，才有可能逼近其內涵。彭鳳至大法官釋字第 588 號解釋一部協同意見書中尚指出學者從歷史角度整理出來典型侵犯人性尊嚴的態樣，包括：「使人為奴役；農奴制度（Leibeigenschaft）；歧視，對被歧視者剝奪其作為人之地位及生命權；買賣婦女及兒童一大規模侵害人類的平等；酷刑（Folter）；秘密地或以強暴方式進行以研究或生殖為目的的藥物控制；洗腦（Gehirnwäsche）；以迷幻藥（Wahrheitsdrogen）或催眠術使人的意志崩潰；有組織計畫性地侮辱或貶抑-大規模對身體或精神之同一性及完整性進行侵害；剝奪最低生活水準；放任（Verkommenlassen）處於無助狀態；剝奪個人對國家之需求與依賴得以付諸實現的任何可能性-大規模的忽略國家對個人應負之社會國與法治國責任。」

綜合上述，可以歸結出幾種內涵，位居人性尊嚴概念的核心：（一）平等：基於不平等地位而施加之歧視，貶低受歧視者之人格價值，侵害其重大權利，使淪為他人之工具；（二）自主與自決：人之所以為人之地位，繫於其能夠自由形成思想、意志，基於其對於人生價值與道德規範之理解，自我立法，形成人格，並為其行為負責。具體彰顯在良心、思想自由，國家侵入此核心領域，透過酷刑、洗腦、思想改造，皆屬直接侵犯人之所以為人的核心領域；（三）人格之自由發展，需要最基本的物質條件作為支持，缺此則難以期待有效發展人格，惟此內涵若要直接成為對於國家特定作為或不作為之抵抗或要求給付之權利，必須有國家或個人有組織、計畫、大

規模忽視國家對個人應負之責任，其標準較前二項內涵較為不確定，應侷限於較嚴格條件。

(三) 剝奪生命權是否必然侵害人性尊嚴之核心？

1. 人性尊嚴核心與生命權同一論

「死刑」是否因剝奪生命權即必然侵入了上述核心？「死刑」在本質上是否不具有一般理性人經過妥當的說明後，可合理期待加以理解，而「未侵害人性尊嚴之核心」的論據？聲請人補充理由書中認為「只要是人類生命存在之處，該生命就享有人性尊嚴。死刑的目的是要消滅被定罪的罪犯。因為要剝奪該名罪犯的存在，所以必定會否定人類生命。我們很難理解，政府有條理且刻意地消滅生命，會被認為並未侵犯其人性尊嚴之保障。」（[頁 41](#)）類似的看法，也被鑑定人錢建榮法官所強調。此類看法，多受到德國憲法學的影響，直接將生命權與人性尊嚴等同。為論理方便，本席暫且稱此論為「人性尊嚴核心與生命權同一論」（簡稱「同一論」）。

2. 人性尊嚴核心不能有例外，生命權的剝奪有沒有例外？

同一論要能夠成立，最明顯的困難，在於必須證明「生命權絕對不可侵犯」，因為「人性尊嚴核心」就是絕對不可侵犯的。而絕對不可侵犯的意思就是不可能有例外，正如司法院釋字第 567 號解釋所言：「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。」問題是，生命權的剝奪真的沒有例外嗎？

3. 生命權剝奪之例外：正當防衛與戰爭？

就此，本席以南非憲法法院判決中對此議題的推論為對象進行分析。該判決第 136 段（[聲請書附件 10](#)，頁 28）指出，當時政府訴訟代理人司法部長曾經為死刑制度提出如此辯護：「如果法律認為死刑否定了生命權的必要內容；那麼，為了保衛自己，甚至在戰爭或叛亂的時候保衛國家，而奪取他人生命，又怎麼能說這樣是正當的呢？」對此，該院認為此論證是「謬

誤的」，主要原因在於死刑與正當防衛及國家戰爭權無法類比，而生命權與尊嚴權無法放棄。

本席完全同意：「即使罪大惡極、侵犯他人生命與尊嚴之人，仍然享有人性尊嚴保障，此乃不可處分、無法放棄、也不會喪失的絕對價值。」（蔡宗珍，人性尊嚴保障作為憲法基本原則，[聲請書附件 9](#)，頁 100）然而，本案關鍵在於，在人性尊嚴應受絕對保障的前提下，生命權的剝奪是否牴觸人性尊嚴？這是必須論證的對象，而不是理由。因此，該院真正反駁南非政府訴訟代理人的理由，乃是「無法類比」，亦即正當防衛與戰爭權與死刑有重要的差異，以致於不能夠以其存在正當化死刑。

4. 正當防衛與戰爭不能類比而正當化死刑，但可以說明生命權與人性尊嚴核心不可能「同一」

可惜的是，此說法並沒有真正掌握政府代表論據的重點。在本席看來，該國政府代表的論點，如果正確加以理解，其重點並不在透過類比建立死刑的正當性，而是單純地透過「歸謬法」質疑該院所視為理所當然的命題：「剝奪生命權必然違反人性尊嚴」。因為，如果剝奪生命權必然違反人性尊嚴，如何說明正當防衛與戰爭權（或緊急避難）之正當性普遍為當代法體系所接受？更進一步，如該院在判決第 138 段所論正當防衛所言：「如果要在兩個或多個生命之間作選擇，那麼無辜者的生命，將會優先於攻擊者。」如果生命權與人性尊嚴無法切割，如何解釋在正當防衛當中生命必須被衡量的處境？人性尊嚴不是絕對不可侵犯，不可衡量嗎？又如何解釋交戰國必須秉持日內瓦公約精神使用不違反人性尊嚴的方式交戰？如果生命權與人性尊嚴不可分割，戰爭中奪取生命豈不必然違反人性尊嚴，何來談論人性尊嚴的空間？

有人說，正當防衛並不是國家奪人性命。而是人民侵奪他人性命。可是，這個反駁沒有抓到重點。國家雖然不是自己下手。但是「正當防衛」（或緊急避難）是國家在刑罰體系中，對此等行為的非難性評價，其評價結果是「阻卻違法」，不具可非難性。如果生命權無論如何不得被剝奪，國家如何可以評價為「不具可非難性」？事實上，國家有另一個選擇，那就是評價為因缺乏期待可能性而「阻卻責任」不罰，但維持其可非難性。可是這種評價，不會為吾人所接受。而這說明了同一論的困境。

事實上，聲請方在補充理由書中確實有意識到這個問題，其說明為：「就死刑而言，其既不存在基本權利衝突而須進行利益權衡之問題（例如墮胎的議題），亦非本於緊急狀況（例如正當防衛或緊急避難）而須因此剝奪死囚的生命權。這些案例，雖因利益權衡之結果而導出國家權力對生命權之剝奪，但其在比例原則（即利益權衡之結果）之考量過程中，已充分考量憲法保障人性尊嚴的意旨，故不須就是否違反人性尊嚴保障條款另為審查。」（[補充理由書](#)，頁 40）這段話值得注意者有三：

第一，聲請方已經意識到，同一論要面對的困難，不只正當防衛、緊急避難，同一論甚至會導致墮胎（甚至安樂死）無法被妥當說明。該補充理由書以「基本權衝突」一筆帶過。但是，如果生命權與人性尊嚴核心同一，豈容加以衡量？「身體自主權」豈能凌駕其所謂屬於人性尊嚴核心的「生命權」？

第二，此說與補充理由書自己的論述，已經開始產生矛盾。該理由書認為「生命權」屬於基本權的「本質內容」，與人性尊嚴核心不可分，因而形成絕對的「限制之限制」，意思就是「任何情況下」(in keinem Fall)皆不容侵害，也就不可能透過比例原則加以衡量（補充理由書，頁 42 以下）。但是，這裡又承認，生命權的侵害是可能透過比例原則加以衡量的。那麼，生命權本身到底是不是屬於絕對不可侵害的「本質內容」呢？

第三，此段論述將衡量而產生例外的狀況，限於基本權衝突或緊急狀況。但我國憲法第 36 條（總統統帥權）、第 38 條（總統外交權）、第 63 條（立法院宣戰權）所包含的戰爭權並不符合聲請方所限制之例外。國家行使戰爭權對於他國交戰人員生命權的侵害，不因為所侵害者是他國人民，而有不同。人性尊嚴就其本質上，就是不分國界的。這也是為什麼多數意見和聲請方必須訴諸國際人權法中的普世價值。論理上，同一論無法解釋戰爭權的存在，若真要維持論理的邏輯一貫性，同一論者必然就像鑑定人錢建榮法官一樣，必須否定戰爭、甚至緊急避難（警察殺害綁匪以解救生命危殆之人質）的正當性。這是一種值得尊重的觀點，但這是我國憲法的觀點嗎？

以上論據的作用不在於證立死刑，僅僅在於為「人性尊嚴」與「生命權」兩個概念之間，撐開論理的距離，說明為什麼二者並非同一，不可分割的兩個概念，唯有如此，才能夠為此議題分裂的雙方，找到對話的基礎。很多時候，爭議雙方之所以會產生不可解的衝突，是因為論理上不夠精緻，

以致於採用了射程過廣的命題（比如生命權絕對不可侵犯；殺人必要償命）。一旦堅信此種射程過廣的命題，使之成為牢不可破的信念，就難有耐心去分析、理解對方的論點，雙方皆是如此。本席既然有幸聆聽各方論點，就必須以最嚴謹的論理，為被撕裂的台灣社會，撐開相互理解的空間。

5. 生命權侵害既然有例外，死刑是否可以構成下一個例外，勢必要檢討其目的，不能視為當然違憲

接受了正當防衛、緊急避難與戰爭權，不代表死刑就一定不違反生命權。吾人或許可以容許生命權有這些例外，但不代表死刑一定就可以構成另一個例外。只不過，生命權之例外的存在，說明了生命權在概念上必須與人性尊嚴核心脫勾。侵害生命權，雖不像酷刑、思想改造、洗腦，必然屬於對人性尊嚴核心絕對的侵犯，但本席也不認為，生命權與「人性尊嚴」僅有「密切關連」，因而如同隱私權、名譽權等可以受到一般性的比例原則的衡量。本席認為，生命權與人性尊嚴之核心有「高度密切關連」，因而對生命權之限制或剝奪，必須受到比一般基本權侵害更嚴格的限制。不過，生命權既然可能例外加以剝奪，而例外的存在必然為了服務特定的重大目的，則思考死刑是否構成生命權之例外時，也就不能不考慮死刑的目的，也就必須放在國家刑罰權的脈絡下加以審查。

三、刑罰、人性尊嚴與生命權

（一）刑罰本質

國家刑罰權就其本質，即是對侵犯法益之犯罪行為人，針對其犯罪行為加以非難，並施予某種惡害以回應其犯罪行為。這些惡害不論是罰金、徒刑或死刑，如果由人民彼此施加，或者是國家未依法公平審判即施加於人民，都是對法益不法之侵害。這是現代國家壟斷武力，藉以終結自然狀態中的萬人交戰的失序狀況（霍布斯），或者糾正分散行使、執行自然法導致的標準不一、執行紊亂之狀態（洛克）後之必然結果。刑罰是一種「惡」（剝奪法益），卻是面對人類的罪惡而不得不然的存在，在國家依法公平審判

的前提下，得以被正當化。因此，審查刑罰手段時，以下論點曾被李念祖教授提及，雖然是有效的（亦即是基於有效的推演），但是，其射程其實遠遠超過主張者的意圖所及而難以成立。

1.（大前提）國家禁止殺人/人沒有殺人的權利

2.（小前提）死刑是殺人

3.（結論）國家應禁止死刑

在此三段論中，若把「殺人」代換為「妨害自由」、「搶奪/侵佔」，一樣都可以成立，因此按照此說，國家也應禁止自由刑、罰金。亦即此說在邏輯上必須主張「刑罰廢除論」。即便這是一種值得考慮的主張，但是目前尚未被我國憲法秩序所接受。本席可以理解，其實此說主張者大都沒有想要走這麼遠。他們想要說的是，即便刑罰勢必包含施予某種惡害或者剝奪某種法益，但是生命的剝奪不應該包含在刑罰的型態當中。關於此爭點，在刑罰論的脈絡下，包含兩個層次的問題。第一，是否有任何刑罰觀可以合理說明死刑的正當性？是否能通過比例原則審查？第二，死刑是否屬於殘酷不人道的刑罰。以下說明之。

（二）現代應報觀

1. 司法院釋字第 551 號解釋沒有否定「應報論」

鑑定人李念祖教授提及司法院釋字第 551 號解釋將「應報」列為不能接受之刑罰目的。（李念祖教授鑑定意見（二），頁 6）其實該號解釋所否定的，正如解釋文所指，乃是某種「原始報應」思想。而「原始報應」思想，不等同於「應報論」。大法官之所以認為「處以其所誣告之罪之刑」不能被接受，正是因為「責任與刑罰不相對應，罪刑未臻相當」，而「罪刑相當原則」最堅強的哲學基礎剛好正是「現代應報觀」。所謂「現代應報觀」，指的是經過理性重構之後，去除了前現代社會不受節制的復仇和「以眼還眼、以牙還牙」的報應觀之後的「應報」理論。其核心內涵有二：（一）

刑罰是犯罪者所「應得」；（二）罪與刑必須合乎比例，亦即「罪刑相當原則」。

2. 「現代應報論」是「罪刑相當原則」的基礎

嚴格來說，「罪刑相當原則」未必是現代應報觀的專利，其或許也可以從一般嚇阻論推導出來。可是，由於一般嚇阻論的功効主義本質，把「罪刑相當原則」建立在一般嚇阻論之上，基礎非常的不穩固，容易被扭曲，因為對於社會的「功効」或者說「嚇阻」，並沒有內在的界線，規定一定要按照犯罪惡性來實施刑罰。比方說，「治亂世用重典」正是一般嚇阻論被扭曲後的產物，因為不管多小的犯罪，只要大眾足夠厭惡這種犯罪，國家可以用極嚴厲的刑罰來嚇阻，更不用提威權政府可以如何運用一般嚇阻論來操弄刑罰。威權國家濫權、公眾復仇之火，可以扭曲嚇阻理論，不能扭曲現代應報理論。

而且，光憑憲法的比例原則，無法提供罪刑相當原則之基礎，因為比例原則仍然要求檢驗國家侵害手段的目的，如果目的是一般嚇阻，則比例原則本身也無法單獨導出「罪刑相當原則」。簡單地說，「罪刑相當原則」既然被大法官在釋字第 551 號解釋肯認，且經前大法官許玉秀教授闡釋，乃是銜接審查刑罰規範時之違憲審查標準，而具有憲法上的重要性（許玉秀，刑罰規範的違憲審查標準，收錄於國際刑法學會臺灣分會主編，民主、人權、正義－蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，2005 年，頁 399-400），則其理論基礎恐怕除現代應報觀之外，不容易找到更堅實的，基於「本務論」（deontology），也就是基於重大道德與價值規範，而非基於社會功効的理論基礎了。也因此，與很多人的誤解相反，現代應報觀非但不同於復仇、報應，反而提供了我國在動員戡亂體制結束之後，改革刑罰體系的重要理論基礎。這並不排除其他刑罰論，比如嚇阻、矯治、復歸，在龐大的刑事司法體系中，扮演一定的角色。但為刑事司法體系設下基本界線，做為其骨幹者，正是現代應報論。

3. 康德是現代應報論的奠基者

現代應報論最重要的闡釋者，正是德國基本法「人性尊嚴」條款在哲學上

最重要的思想根源，德國大儒康德。眾所周知，康德的道德哲學乃是人性尊嚴思想的重要基礎，然康德在名著「道德底形上學」中論述國家刑罰權時清楚地支持死刑。而且，康德對死刑的支持，並非在沒有思考過廢死的選項之下所為。他在相關論述中，明白地批判了重構社會契約論而主張廢死的貝加利亞(Marchese Beccaria) (Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals*, in: Mary J. Gregor (ed.), *Practical philosophy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), pp. 475-476) 康德的見解不但是戰後德國憲法學上的重要思想根源(除了死刑主張之外)，更是審查「死刑不違反人性尊嚴」是否有可能找到可理解之論據之重要參考點。引用康德學說的用意不表示本席必然全盤接納之，而僅是說明死刑正當性可能之論據所在。

康德應報觀之核心主張可歸納如下：（一）反對嚇阻理論，因為把刑罰當成是社會自我防衛的工具，有違人的尊嚴；（二）應報之要求，來自於正義，直接導自「無上律令」(kategorische Imperativ/ categorical imperative)。他說：「刑罰的原則是一個無上律令，主張功效主義，主張解消或減低刑罰以獲得好處的人有禍了！如果正義與公正消亡、人類就沒有任何價值繼續活下去。」；（三）應報主義在犯罪與刑罰之間的關係，乃是「平衡/平等原則」：「什麼樣的以及多大程度的刑罰乃是公共之正義所持的原則與標準？乃是平衡原則/平等原則，正義的天平不應該向任何一邊傾斜。.....任何人對他人進行犯罪行為，就是做在他自己身上，這乃是應報法則。」；（四）死刑乃謀殺犯罪的後果：「謀殺者必須死。在司法體制中沒有任何其他的刑罰方式能夠滿足正義的要求。無論活著如何痛苦，其價值遠超過死亡，二者無法相提並論。私人復仇無法平衡謀殺犯罪在正義上的虧欠，唯有透過司法體系處決罪犯，才能夠達到平衡。」；（五）死刑與酷刑不同，死刑不違反人性尊嚴：「刑罰必須免於任何形式的虐待，任何可能減損受刑人的人性的刑罰都應該避免，不應折磨受刑人以傷害其人性。」；（六）應報正義的要求是絕對的：「縱使一個社會在其成員的同意之下要解散，最後一位謀殺犯也應該在社會解散之前被處決。這事情應該作，好讓每一個人都知曉其行為所應得，好讓血罪不再玷污這些社會成員，如果不這麼做，他們會被視為謀殺的參與者，並且違反了正義的要求。」 (Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals*, in: Mary J. Gregor (ed.), *Practical Philosophy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), pp. 472-475)

4. 應報來自「應得」，而「應得」是日常道德責任的基礎

應報刑罰是應報正義的要求，源於客觀的理性與道德秩序，也是個人為其犯罪行為承擔責任的方式，人類的生命及其所在之社會如果無法彰顯此道德秩序，反而失去了存在的意義。現代應報論，著眼於「應得」(deserve/desert)這個概念之上，亦即刑罰乃犯罪者所應得。事實上，應報思想之所以根深蒂固於人類社會中，正是因為「應得」這個重要的道德觀念，深深地鑲嵌在日常的道德觀念中，並非刑罰領域所獨有。一個學生勤奮向學，到好成績，我們說這是他「應得的」。一位同事惡形惡狀、不尊重他人，工作無法完成，被老闆降級，我們也說這是他「應得的」。在日常的道德認知中，「善行應得獎賞，惡行應得譴責」，是個人為自己行為負責的道德基礎。「應得」的概念像榕樹根一樣盤根錯節在日常道德觀念中，這正是為什麼應報論如此深植於人類社會的原因。

5. 現代應報觀與正義

鑑定人錢建榮法官曾提到應將罪大惡極者看成病人或者不正常的人。這個主張隱含著某種矯治論。或許我國的刑罰體系從來沒有徹底體現這樣的想法，但或許這是好事。因為當代應報論的興起，正是為了糾正徹底的矯治論對人性尊嚴的威脅。為什麼？因為「應得」是刑罰與「正義」的惟一連結。在現代應報觀底下，衡量刑罰的終極尺度，就是其是否符合正義的要求。相對地，我們無法用「正義」衡量「治療/矯治」或「嚇阻/預防」。論及此二者，我們只能問「有沒有用？」、「有沒有效果？」不需要談「譴責」或「非難」。我們不會去譴責病人，更不會去非難僅需要被嚇阻的小狗（黑格爾所言：「嚇阻論把人當成狗來對待，而沒有給予其作為人應得的自由與尊重。」 G.W.F. Hegel, *Hegel's Philosophy of Right* 246 (T. Knox trans., Oxford University Press, 1942)(1821).)

現代應報論認為「刑罰」是回應重大道德過錯的方式。人行使自由意志，進行道德判斷。當人走入歧路，做了傷害他人與社會的行動，刑罰對他發出「非難」，論其「對錯」，同時透過剝奪其權利，使他認識個人犯行的嚴重性。相反地，我們不需要與「疾病」論對錯。「疾病」就該被消滅，人只是疾病的載具。現代應報論所強調的，正是人性尊嚴，尊重人出於自由意志所做的道德選擇，堅持人的道德抉擇，必須用道德的方式加以回應，

而不是把人的道德抉擇，當成是不用與之對話的「疾病」或「不正常狀態」。

出於理解與憐憫，而主張人都是「不自由」的（[5月9日言詞辯論筆錄，錢建榮法官發言](#)，頁33-34），因而淡化、甚至淘空「責任」中的道德或非難意涵，這是自由意志哲學上所謂的「硬決定論」(hard determinism)主張。因為道德責任的基礎在於自由意志。這項主張出發點或許立意甚佳，但是後果卻相當嚴重。正如張娟芬大法官在其協同意見書中指出，「人性尊嚴」乃是「人之所以為人的那種品質」。人之所以為人，人之所有別於萬物，而有其尊嚴，正是因為人擁有不受自然因果律限制，而選擇道德律的可能性。否定人的自由，等於否定人性尊嚴的基礎。平常時候，此論用來緩和嚴格的責任概念或許可以，但是它更有可能成為獨裁者對個人與社會進行侵入性、全面性思想、行為改造的論述基礎。憐憫與正義互相倚賴而不能獨存。沒有了正義，沒有了正義背後的道德責任，憐憫反而會搖身一變成爲最可怕的暴君。

以正義為核心的刑罰，強調犯罪與刑罰必須合乎比例，重罪重罰，輕罪輕罰，不應過多，也不應過少。但是，「矯治/治療」的邏輯推到極致則無須處理比例之問題，一切以「痊癒」為依歸，可「無限期」延長療程，因此，極易被濫用。不論披上何種美化的外衣，犯罪所帶來的「治療」必定是「強制性」與「隔離式」的，它所帶來的羞辱、痛苦，不會少於一般刑罰。甚至，當我們將犯罪者界定為「病人」或「不正常」，看似人道，但此舉等於拒絕把受刑人視為平等的道德主體，拔除其進行道德對話的資格。從預防國家濫權的角度來看，視刑罰為「治療」，正給予暴君美化其鎮壓手段的藉口。C.S. Lewis 說得好：「那些為了我們的好處而折磨我們的人，會無止盡的折磨我們，因為他們得到良心的許可」。(C.S. Lewis, *The Humanitarian Theory of Punishment, The Twentieth Century: An Australian Quarterly Review*, 3(3), 5-12.)

（三）如何理解「罪刑相當」？

1. 「罪刑相當」的兩種模式：「比較式」和「對應式」

「罪刑相當原則」有兩種理解的方式，這兩種理解並不互相排斥。第一種是「比較式」的，亦即「犯罪」與「刑罰」之間，不需要有某種直接的對

應關係。「是否相當」必須要放在刑罰規範之整體中比較而定。另一種是「對應式」，康德屬之，亦即「犯罪」與「刑罰」之間，存在某種直接對應關係。某種犯罪，勢必要導出某種刑罰。但應注意，康德早就指出，應避免酷刑與不人道的刑罰。因此，所謂的「對應」，也是經過人道考量與文明標準過濾、轉譯之後的對應，這種對應並不著重在複製犯罪行為，而是去對應犯罪的嚴重程度，與刑罰的嚴重程度。這兩種理解方式，可能都存在於現代刑罰體系的設計中，但其如何具體實現，在很大程度上需要由每一個社會透過民主的程序決定。

大體上，「對應式」會用在重大的犯罪；「比較式」會用在其他非重大的犯罪。應報論不要求每一種犯罪與刑罰都有清楚的對應關係。在非重大犯罪上，其只是指出比較的框架與大方向。在重大犯罪上，由於所侵害的法益的嚴重性，其容許的範圍會較為限縮。即便如此，現代應報論也不必然要求嚴格的對應，而應按照個案情況在法律所定的刑罰選項範圍內加以選擇。

2. 「對應式」罪刑相當的理由

關於「對應式」的罪刑相當理念，可以從三個面向加以理解。第一，刑罰必須能夠與被害人的苦難合乎比例。在應報論的背後，其實是一個對於所有人的人性一視同仁的「平等原則」。犯罪行為是一種溝通行為。我們如果被人故意傷害，我們憤怒的不只是損害本身，是因為犯罪行為傳達一個訊息：那就是，我比你優越，所以可以利用你、傷害你，來遂行我的意志，滿足我的慾望。刑罰，正是要平衡這種侮辱性訊息。不夠嚴重的刑罰，代表社會不夠正視，沒有體會到被害人傷害的嚴重性，代表社會沒有跟被害人站在一起；第二，刑罰必須課與犯罪者相當的責任。負責任不是口頭說說就好。負責任是一種行為，一種實踐，是願意付出重大代價，彌補創傷的實踐行動和意志。不夠嚴重的刑罰，無法課予對等的道德與法律責任；第三、刑罰必須對所彰顯的社會價值，給予相當的重量。徒法不足以自行，徒價值也不足以自行。必須由社會架構的刑事司法機制給予對等的重量。讓犯罪者有足夠的後果可以承擔，才能彰顯價值。（當代與 John Rawls 齊名的哈佛大學政治哲學家 Robert Nozick 即採此「價值鞏固說」，進而說明死刑可能的正當性所在。(Robert Nozick, *Philosophical Explanations* 376-378 (1981))

(四) 正義天平如何擺上死刑

1. 殺人不盡然要償命

「死刑」之所以會在現代應報論中被納入考慮，是因為犯罪行為人侵害了受害者的生命法益。基於在重大犯罪中，「對應式」的「罪刑相當原則」，要求刑罰要能夠反映犯罪的某些特質，使其對行為人與大眾彰顯犯罪的嚴重程度，除非一個社會徹底放棄應報正義的天平觀，否則，當天平的一邊是謀殺時，在天平的另一邊納入生命刑的選項，是可被理解的選擇。可是，現代應報論必須說明，為什麼幾乎所有現代文明刑罰體系中，都容許針對殺人罪有低於死刑的法定刑選項。要回答這個問題，我們必須進一步說明，在天平上衡量的，到底是什麼？如果只是犯罪侵害生命法益這個客觀情狀的話，則另一端自然得直接放上死刑。可是如果不只是被害法益的客觀情狀，而是包括行為人的主觀狀態（是否出於衝動、出於何種動機）以及各種量刑事由，所衡量者是綜合考量之後的「惡性」，就可以說明「殺人罪應包含低於死刑的法定刑」這個廣被接受的命題。

2. 死刑應限於極邪惡的殺人犯罪

現代應報論的最佳版本，乃是在康德理論的基礎上，進一步綜合考量量刑因素之後，以致於可以說明死刑必須限縮於少數謀殺犯罪者。因此本席認為，只有在謀殺犯罪的訊息中，傳達出極端敵視人性踐踏人性的犯罪，才能夠判處死刑。這是什麼樣的犯罪？

對死刑的想法，跟我們對邪惡的想像能力很有關係。評估犯罪的惡性，不能只看手段多殘忍。說一個犯罪毫無人性的時候，不能只看人性的光明面，不能只用某個社會階級的狹隘的生活經驗來設想。刑罰的運用，考驗我們道德想像力的邊界。人性的世界裡，本來就有很多軟弱骯髒醜陋的事情。人性本來就有軟弱、有嫉妒、有驕傲還有很多的黑暗面。這些情緒或動機的根源，是每個人都有的。我們都有軟弱、有嫉妒、有驕傲、有時候，也想復仇。或許我們幸運地沒有容讓那樣的黑暗肆無忌憚地滋長。比方說，出於復仇而針對特定仇恨對象，用極殘忍的手段加以殺害，或許僅僅體現人性中固有的一面，儘管被錯誤的發揮。嫉妒也是，很多殘忍的殺人犯罪，

都沒有脫離我們可理解的人性範圍，雖然他錯誤地極端地發揮了人性的軟弱面。又好比黑幫尋仇，是在特定社會規範底下的產物，未必真的脫離人性的範圍。更不用提很多其情可憫者（張娟芬大法官曾報導、記載了好多個這樣的案例，參見張娟芬，殺戮的艱難，台北：行人文化實驗室出版，2010）

3. 應報不是復仇

吾人對死刑的思考，常常是從個人的經驗出發，然後加以普遍化成為全稱式的信念。一方面，有些死者家屬的哀痛，可理解地轉化為對於加害者的恨意，進而主張所有殺人者皆應償命；另一方面，有機會從另外一個角度觀察加害者的人，出於同情的理解，又往往會發現從被害家屬的角度看不見的面貌。如鑑定人錢建榮法官所陳述，在其擔任法官期間，並未看到真正極惡的殺人犯；聲請人訴訟代理人顧立雄律師也在結辯時提到類似的經驗，這些觀察都很寶貴，本席也深深理解其用心。

本席認為，國家並非作為被害者或家屬的代理人來執行刑罰。若是如此，應報刑就與復仇沒有兩樣，而復仇沒有正當性，因其蘊含極大的危險與恣意。復仇的重點在「施予痛苦」，而非「課予責任」，也因此容許酷刑，甚至可以傷害加害者的親屬；復仇的程度沒有內在界線，不需要嚴格遵守「罪刑相當原則」要求；復仇方式的選擇專屬於被害者及家屬，旁人無從置喙。若國家僅是復仇代理人，被害家屬若覺得代理人刑罰過輕，豈非可以收回代理權限，執行私刑？

4. 國家代表國民全體，不是被害者家屬的代理人

國家代表國民全體，公正地執行刑罰體制，以確保社會價值的實現。所謂「國民全體」，包括你、我、被害者及親屬，更包括加害者及其親屬。這意味著，國家行使刑罰權，不能夠只從被害者的角度來看待犯罪行為，反而必須不偏不倚地從各種角度深入瞭解犯罪行為的背景，包括從加害者的角度，才能夠給予適當且合乎比例的刑罰。被害者的憤怒情緒絕對值得同理，問題是，憤怒情緒在本質上有戲劇性的誇大傾向，它傾向簡化加害者的人性，使加害者成為沒有歷史沒有緣由沒有共通人性的「孤立的犯罪人」。公正的司法體制正是要抵抗這種壓力，進而扛起理解加害者人性的責任。

人性本來就是脆弱的，能否行善除了意志之外，還受到環境、遭遇甚至運氣的影响。「泯滅人性」所設想的「人性」不能只是你我的人性，也要能夠進入犯罪者生命中的點點滴滴。透徹理解人性的脆弱與無助，以及被偶然因素所影響產生的悲劇，才是對人性尊嚴的尊重。

5. 有限樣本的歸納法無法得出放諸四海皆準的尺度

然而，正如國家不能夠偏頗地從受害者或家屬的角度來評價犯罪行為人，國家也不能夠單從少數人的經驗或者人性觀，就推導出普遍性的對人性的看法。在可以完全理解甚至同意錢建榮法官與顧立雄律師的觀察的前提下，本席無法同意他們的結論，這是因為我尚無法將他們的經驗普遍化，甚至先驗化。如果真的就是有極邪惡且泯滅人性的犯罪型態與犯罪行為人呢？經驗中尚未出現，不代表一定不會出現。有限樣本的歸納法無法得出放諸四海皆準的尺度。

6. 極端邪惡殺人犯罪的例子

美國哥倫比亞大學犯罪心理學家 Michael H. Stone 系統性地分析了六百多宗謀殺犯罪。整理出 22 個邪惡等級。陳進興大概可以排得到第 15, 16 級。我們來看一個第 22 級的謀殺犯 David Parker Ray。Ray 把被害人，帶到他精巧的機械手藝打造出來的酷刑囚牢裡，他自己戲稱為「玩具箱」。他會把被害人剝光，用鐵鍊綁住四肢與身體，吊掛起來。用他的性玩具：手術刀、針筒、電擊、婦科手術工具、按摩棒、拔指甲工具、……等進行性虐待。被害人通常被留置數星期到數月不等，直到被殺害肢解，棄置於沙漠或湖泊中。所有被害人在被虐待之前，Ray 都會透過擴音器播放一卷「簡介」錄音帶，是他自己錄製的，得意洋洋地告訴被害人他要如何虐待他。估計受害者大約有十幾位。大多屍骨無存。Ray 是因為一位倖存者逃出而遭到逮捕。研究謀殺心理超過廿年的 Stone 博士，在檢視警方製作的「簡介」十六頁謄寫稿時，表示他讀到第一頁的一半就很難再讀下去——難以想像的邪惡。（Michael H. Stone, *The Anatomy of Evil*, 219-223 (2009)）

7. 死刑可能的意義

這樣的犯罪行為，有任何人性的成分在其中？當我說人性的時候，我絕對不是說人性的光明面。我說的是，哪怕是人性中所能理解的黑暗面，這種犯罪行為也都完全超過了。有時候，對於我們看得見，但無法理解的事，我們需要一些象徵語言來表達。我們可以說，這種人，是徹底被邪惡給俘虜或佔據了。其邪惡完全超過任何人性的可理解的範圍。對於踐踏人性的犯罪，本席認為，死刑是合理的。死刑傳達了這樣的訊息：「你的所作所為，已經完完全全踐踏了人性。生命是一個恩賜。我們每個人都被賜與生命，來彰顯生命的價值。而你，徹徹底底踐踏了這個價值。你不配擁有這個寶貴的恩賜，因此，這個恩賜必須被剝奪。只有死刑，才能符合你的罪行。」無期徒刑也無法傳達這個訊息。這個訊息，只有死刑能夠傳達。因為無期徒刑只剝奪了社會生活。他沒有剝奪生命本身。而他踐踏的是生命本身。死刑所溝通的對象，不只包括受刑人，也包括整個社會，這是為什麼受刑人如果拒絕溝通，這項溝通仍然有重要意義。死刑的執行代表與受刑人溝通的結束，但結束溝通不代表之前曾經溝通過的訊息失去意義。

此時死刑所傳達的是「終極的平等」訊息。絕對的邪惡犯罪，傳達出犯罪者認為自己絕對優越於他人的不平等訊息。社會為了維護人性價值，必須給予對等的訊息，該訊息就是，你也會死，就跟你殺害的人沒有兩樣，你不是神，你不能把別人當成螻蛄踐踏。溝通「死亡」的訊息，除了是給予其泯滅人性犯罪的對等刑罰之外，同時是為了喚醒其對於人性平等尊貴的體認。就此意義而言，我們並未把他當成敵人。敵人是其人性中邪惡的力量，我們是其內心深藏的人性的朋友。死亡之所以可怕與負面，不是因為他本身蘊含邪惡。死亡無法承載邪惡。只有生命才能承載邪惡。死亡只是生命的陰影。在極端的狀況下，死亡這個缺乏本體的陰影，必須被召喚來映照生命中的邪惡，才有可能挽救生命中將滅的人性燭火。如果無法挽救，那也是犯罪者的選擇，但這樣的選擇將不能夠免於共同體的終極審判。

（五）死刑、人性尊嚴和生命權

1. 理性與自決才是人性尊嚴的核心

康德的學說，提供了一個重要的理解生命權與人性尊嚴關係的角度。那就

是生命的剝奪，並不必然違反人性尊嚴，甚至承擔責任，接受刑罰，正是人之所以為人的尊嚴所在。我們不會叫一頭咬死人的獅子負責，我們也不會讓一位無責任能力的幼童負責。正因為康德的學說中，人之為人，有別於萬物者，不在於生命本身，而在於能夠依照理性的道德律行事為人，透過自主及自決發展人格，並為此負責。生命之重要性在於承載理性，使自主及自決成為可能。生命是載具（承載內容物的容器），自主及自決的能力是載體（指被承載的內容物）。無載具則載體不復存，載具之重要性不言可喻。但仍不能把載具（生命）與載體（自主及自決）混為一談。對於載體之侵犯，直接侵犯人性尊嚴的核心，沒有任何理由任何方式可加以正當化。但對於載具之侵犯，即便捨死刑不論，已有正當防衛、緊急避難、戰爭等例外。如果載具載體不分，如何可能有例外？捨此區分，則無法理解為什麼酷刑、洗腦、思想改造等措施，因侵犯人的自主及自決，而廣泛被認為直接侵犯人性尊嚴，又為什麼擁有共識的雙方卻在死刑的問題上產生合理的歧見；更無法理解，公政公約如何可能有第六條、第七條之別。二者混為一談，其後果是無法為爭議雙方架起對話的橋樑，爭議雙方緊擁絕對且不可妥協之價值而彼此憎惡，民主繼續成為撕裂共同體的過程，對此概念之區辨，豈能不慎？

多數意見用行為人在行為當下不認識其可能受到的處罰，主張犯罪者受到處罰並非出於其自決的選擇。此論誤解了以康德學說為基礎的理性自決說意義。按照多數意見，既然行為人在行為當下，不會意識到其所可能受的處罰，那麼，不只死刑，無期徒刑、有期徒刑、甚至罰金也都沒有意識到。那麼，行為人沒有依照其自決選擇任何刑罰。此說陷入一種刑罰虛無論。理性自決說所談的理性以及自決，並不是行為人當下的自決，也不是行為人犯罪衝動下的「理性」。而是所有理性人在不知道自己是否會成為犯罪人或者受害者的「無知之幕」之後，參與建構合理的社會契約，所運用的批判理性所為的自決。依照此理性的決定，眾人組成社會。既然犯罪，嚴重違反了社會契約，就應該依其受罰，且刑罰的體系，按照批判的理性，應當按照罪刑相當原則建構之，豈能依行為人當下的衝動或失慮狀態的內容而論其刑罰？依此有何刑罰可論？

2. 把受刑人當客體？

多數意見與[聲請人補充理由書](#)（頁41）都認為「死刑」把受刑人當作「客

體」，因而違反人性尊嚴。到底什麼叫做被當作「客體」包含著很多歧義，讓我們逐項檢討。（一）死刑，正如其他所有的刑罰，都是對受刑人所施加的惡害。如果施加惡害本身，就是把受刑人當客體，這並非死刑所獨有；（二）刑罰並不當然就擁有正當性。是不是把受刑人當客體，主要繫於刑罰的意義，也就是國家施予刑罰的理據、意圖、以及法律所彰顯的價值。如果一個威權國家，基於政治言論處決政治犯，當然是把受刑人當客體，以達到殺雞儆猴的目的，違反其人性尊嚴。但如果是一個民主國家，經過正當法律程序，基於罪刑相當原則，為了所犯之極嚴重之謀殺犯罪，施以極刑，正如其他刑罰一般，並沒有「客體」的問題。因為這是一個民主共同體，基於共享的社會契約，具體化於法律，執行於共同體一份子的刑罰。正因為他是一個主體，參與於共同體的主體，才要求他扛起責任；（三）如果說，死刑執行之後，人成為無生命的屍體，這一件事情，使得死刑是把人當作客體。這個論證誤解了死亡。是否把人當客體，重點不在死後的狀態，而在於死亡的理由與意義。如果死後的狀態，就能夠斷定致死的行為是把人當客體，那如何說明前面說的那些生命權剝奪的合法例外？如何說明安樂死可能不違人性尊嚴？如果說「自決」使得「死亡」不違人性尊嚴，不把人當客體，那麼這就表示死亡的原因和理由才是重點，死後的狀態不是重點。何況，人都會死。我們並不因此把屍體當作物品，我們把屍體當作是人格曾經存在的痕跡，具有特殊值得尊敬的地位。否則，如何說明刑法第 247 條侵害屍體罪的正當性？

3. 生命權受絕對保障？

張娟芬大法官所提的協同意見書，從死刑絕對違憲論的角度，對生命權的地位，做了深入的論述。多數意見也對此也有所著墨。本席很榮幸可以在此回應，藉以彰顯此議題的深刻性與複雜性，以及其為什麼應容許合理歧見，而不應由釋憲者判斷。

本席與張娟芬大法官都同意，區分理性與自決是「載體」而生命是「載具」的說法，並不會使得載具不重要。相反地，既然載體需要載具才能繼續存在，載具非常重要。這使得生命權比起其他基本權，有更特殊的重要性。這一點正是我提出載具與載體之分之本意。但如果生命這麼重要，以至於難分難解，為什麼要在概念上予以區分？其出發點是，所有生物都有生命，生命並不使人與其他生物有所區別。也因此無法妥當說明人性尊嚴的特殊

價值。使人與萬物區別的，「人之所以為人的品質」，是理性與自決，是那種人之為人所獨享的特質。

更進一步，這兩者會產生衝突，當兩者衝突的時候，比方一個人自己選擇犧牲生命以成就更高的價值時，我們往往會認為其「死重於泰山」。張娟芬大法官也同意，因而提及為匈牙利獨立而奮鬥的裴多菲的名言：「生命成可貴，愛情價更高，若為自由故，兩者皆可拋。」「烈士」的死，之所以特別彰顯人性尊嚴，是因為只有人類，才有可能為了抽象且不能當飯吃的道德價值，克服所有生物與生俱來的自保衝動，拒絕像螻蛄一樣活著，因而選擇犧牲生命。如果人性尊嚴與生命權不在概念上予以區分，我們很難去說這樣一種高貴的行為，如何不違反其人性尊嚴。

本席跟多數意見及張娟芬大法官發生歧見之處，在於他們認為，如果人性尊嚴受到絕對保障，則生命權亦應受到絕對保障，而本席不這麼認為。不過，本席在此要強調，說生命權不受絕對保障，不代表生命權沒有特殊重要性。當我們說一件事情很重要，起碼有三種效果。第一種效果是絕對不可以有例外；第二種效果是非常重要，但可能有例外，但此例外受到嚴格限制；第三種效果是，原則上它可以和其他的重要事物或價值進行衡量。本席認為對於國家行使權力來說，人性尊嚴核心屬於第一種。生命權屬於第二種。其他基本權原則上屬於第三種。既然如此，則本席與多數意見之間歧見之辨析，是否存在例外就是關鍵。以下針對一些可能的例外進行討論。

關於正當防衛。論者有謂，這是因為一命換一命。因此，其並未損及生命權應絕對保障的憲法主張。基於此說，就算有例外，也只有可能出於「以命換命」的理由，不可能有其他的例外。然而，接下來要說明的是，為什麼國家所選擇保障的命，一定是正當防衛者的命，而不是攻擊者的命。對此，張娟芬大法官認為，正當防衛不代表「無辜之人可以殺為惡之人」，不牽涉到對於行為人的品德與生命價值的判斷。純粹是因為自保與緊急事態的必要。就此而言，其與南非憲法法院的看法即有差別。該判決指出：「正當防衛是所有法律系統都肯定的概念。如果要在兩個或多個生命之間作選擇，那麼無辜者的生命，將會優先於攻擊者。……同樣的情形包括，當綁架者危害人質生命時，以致命手段對付綁架者。殺害綁架者以拯救無辜的人質，是被許可的。但只有在人質身處致命危險中的時候才可以。」

本席認同南非憲法法院的理由，正當防衛之阻卻違法，牽涉到對於生命價

值的判斷。這是因為，正當防衛雖然發生在人民之間，但國家事後介入進行關於其不法性的權威宣告——阻卻違法，乃是「客觀上」針對社會對於該行為可非難性所做的評價。張大法官要採取一個價值中立的立場，勢必要採取「主觀論」，也就是說。正當防衛之所以被允許，是因為對正當防衛者而言，「如果我的生命未受立即威脅」，不可能成立正當防衛。然而，這個論證很難走得通的理由在於，「主觀上」固然難以期待生命受威脅者不加以反擊，然「主觀上」的期待可能性不必然可以轉化為「客觀上」的價值宣告。「對某人而言」，某事情非做不可，甚至我們也都可以同意，他一定要做這件事情，仍不代表在「客觀上」，事後批判性的評價上，我們就必然要承認它是對的。如上文提及，我們也有可能維持其不法評價，僅評價為「不罰」而已。一旦進行客觀不法性的阻卻，就牽涉到生命保障優先順序的衡量。

第二，多數意見及張娟芬大法官都提到墮胎，並認為墮胎權的存在不影響其生命權絕對保障的主張。然而，一旦提及墮胎，生命權絕對保障的論證就顯得岌岌可危。因為，世界各國允許墮胎事由不一而足，並不限於對孕婦的生命有威脅的情況，另有為了保護母親健康者，有為維持母親精神狀態者，有因妨害性自主犯罪和亂倫情況而加以允許者，胚胎有缺陷者，最寬鬆的，甚至允許基於經濟、社會理由而墮胎者。很難想像如果生命受到絕對保障，會有這麼多的墮胎事由，而且歐洲很多國家都是允許基於全部上述理由墮胎的，比如丹麥、愛沙尼亞、芬蘭、冰島、拉脫維亞、挪威、瑞典、奧地利、比利時、法國、德國、盧森堡、摩納哥、荷蘭、瑞士（參見聯合國經濟社會理事會 2013 年世界墮胎報告）

第三，戰爭。張娟芬大法官認為戰爭屬於國家的正當防衛，也因此基於以命換命的理由，並不妨礙生命權保障應為絕對的主張。多數意見則說明發動戰爭是違反國際法的行為。然而，發動戰爭之違反國際法，並不能說明生命權保障的絕對性，一個國家如果面對外來侵略，加以反抗，進而殺害敵人，也未必是基於以命換命的概念。基於生命權絕對保障的主張，只有以命換命可以構成例外。但是防衛性戰爭卻未必能夠符合這個標準。比方說，假設我國遭受鄰國武力威脅，鄰國發出最後通牒，要求我國接受其所強加之「一國兩制」，我國的自由民主憲政秩序遭到威脅。這時候，我國如果接受該條件，沒有必要兵戎相見。在鄰國統治之下，也未必會生靈塗炭，「馬照跑，舞照跳」。這時候，我國若選擇戰爭，捍衛自由民主憲政體制，理由是為了維護我國全體國民主權者所珍視之憲政價值與自由理想，

而不是以命換命。

上文已經提及，有上述例外，不代表死刑可以構成另一個例外。然而，讓我們仔細看看上述例外所透露出來的玄機。一個社會有可能不是基於以命換命，而是為了追求更高的抽象價值而剝奪他人生命權（防衛性戰爭）；一個社會也有可能對生命的價值做出評價，特別是在重大犯罪的時候（正當防衛、緊急避難）。現在如果我國社會，認為刑罰正義也是屬於重大的價值，基於對應性的罪刑相當原則，刑罰必須放在正義天平上與犯罪嚴重程度相當，而這個社會認為，極邪惡的謀殺犯罪，無期徒刑不足以構成夠嚴厲的譴責，不足以讓行為人面對其犯行的嚴肅性，且其生命的客觀價值因其罪行而被評價為負面，這時候，採用死刑不也是一種合理的選擇？

（六）社會連帶責任與社會決定論

1. 社會連帶責任不等於社會決定論

包括[聲請方補充理由書](#)（頁 63-64）、鑑定人錢建榮法官及聲請方訴訟代理人顧立雄律師都提到社會的責任。關於社會對犯罪的連帶責任的論述，本席相當認同也理解。本案湯申正是國家忽視社會連帶責任的典型案列。然而，社會在多大程度上承擔連帶責任，正是審判過程中必須加以檢視的。本案湯申的社會連帶責任之所以如此被凸顯，正是因為吾人設身處地站在湯申的位置上，都不是不能想像會出於衝動而犯下罪行。然而，要把「社會連帶責任說」，從一個個案當中可評估其程度的「經驗性理論」，加以普遍化、甚至先驗化成為哲學上的「社會決定論」(social determinism)（而「社會決定論」是否緩和或排除責任，在哲學上是一種爭議很大的主張），進而主張人都是不自由的，所有的犯罪，社會都要承擔連帶責任，同樣也有從歸納法推導不出先驗命題的邏輯缺陷。

重要猶太存在主義哲學家 Martin Buber 這樣表達他對 Adolf Eichmann 的立場：「我對 Eichmann 感受不到同情。我只能對於我能理解的行為感到憐憫。我對參與第三帝國行動的人，只有在形式上的意義，分享了共同的人性。」（Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem* 251 (1992)）如果 David Parker Ray 的犯罪在台灣，或許會有人這樣問：「台灣社會或許不完美，我們或許都曾經疏於給予彼此更多的關心，也因此很多人走上歧路，為此，我們

同感遺憾與悲哀，也應該作更多，來彌補遺憾。像湯申案這樣的遺憾，我們願意共同承擔。但是，請告訴我，我們作了什麼，台灣社會作了什麼，要承擔像 David Parker Ray 所犯罪行的連帶責任？」

2. 撒旦的誘惑

聲請方李宣毅律師在結辯時的陳述非常動人，其反省也非常深刻。他特別提醒我們，不應該追殺被撒旦誘惑而墮落的天使，而應該挑戰撒旦本身。在深刻理解其用心的同時，我要提醒，關於撒旦的神話中，都包含受誘惑之人的自由選擇。說「誘惑」，隱含著從誘惑中抽身的空間，隱含著受誘惑者仍在掙扎當中。用在本案中的湯申，完全適用。然而，極邪惡的犯罪者，很可能已經超越了受「誘惑」的階段，而進展到對於撒旦的徹底、完全的認同。對於這種情況，如果我國人民認為要保留施予死刑的空間，並非不合理的選擇。南加大哲學系教授 Gary Watson 曾經討論這樣一位連續謀殺犯 Robert Harris。他殘忍地殺害兩位與他毫無相干的年輕男孩，並引以為樂，之後又持槍殺害了一位員警。記者採訪與他同樣處於等待處決狀態的死囚，這些在他被處決前得以近距離觀察他的那些人，給出以下評論：「這個人糟透了，徹頭徹尾的混球，他掛的那天，我們這裡要開趴慶祝。」、「他毫不在乎生命，他毫不在乎他人，他毫不在乎他自己。」、「我們可不是一群童子軍，你或許以為我們都很冷血，可是，老兄，這表示你還不認識這個人。」(Gary Watson, *Evil and the Limits of Responsibility*, in *Responsibility, character, and the emotions: new essays in moral psychology* / edited by Ferdinand Schoeman, 1987, Cambridge University Press, p. 256, 268)

3. 終極價值議題浮現，但不宜由釋憲者判斷

憲法法庭不是終極價值判斷的仲裁者，因此，本席上述所提出的應報論最佳版本，也絕非定論，勢必還有進一步討論的空間。但討論至此，已經可以看出，其中牽涉到深刻的價值選擇，包括對於人是否有自由意志？社會決定論是否可以排除個人責任？邪惡是否存在？作惡者與邪惡的關係？人性尊嚴與死亡的關係？問題是，本庭有能力、有資格解決這些問題嗎？本席的答案是否定的。

更深入地說，憲法法庭不能輕易地採用某一方基於其有限經驗，加以普遍化、先驗化而得到的全稱性價值主張。在憲法法庭必須在違憲審查的架構下進行相關價值審查的時候，必須對任何這種用全稱式論述表達局部經驗的論述，有高度的警覺，因為，如果看起來崇高而神聖的價值命題，其基礎仍僅是一些人所認知、理解到的局部經驗的話，本庭有何理由去忽視另外一些人的局部經驗呢？在認真聆聽雙方陳述及審視所有資料，檢驗所有論證的合理性，肯定個人經驗陳述的寶貴價值，排除那些因為太快普遍化、先驗化的價值命題之後，本席認為以現代應報論以及其延伸原則「罪刑相當原則」為基礎的刑罰，提供了死刑存在可能的正當性基礎，而聲請方未能提出決定性的論據，說明此基礎沒有合理的根據。

（七）一般嚇阻論

本席不認為一般嚇阻論可以單獨證立死刑，因為如果是獨立的論據，則以一般嚇阻論為死刑的理由，應通不過嚴格審查標準的檢驗。這一點，聲請方及多數意見皆有著墨。不再贅述。也因此，本席著重於說明現代應報論如何可能提供死刑合理的論據。然而，本席要指出，對一般嚇阻論的審查，牽涉到論述責任的配置問題。正如鑑定人 Mai Sato 博士鑑定意見指出，目前學界共識乃是既不能證明死刑有嚇阻效果，也不能證明死刑沒有嚇阻效果。死刑之所以通不過審查，是因為基於生命權與人性尊嚴的「高度密切關連」，為了證立對其剝奪的正當性，才將論述責任轉移到反方。在自由刑或罰金刑的部分，原則上，聲請方仍負擔論述及舉證責任，以證明特定刑罰型態不具有一般嚇阻之功能，因為嚇阻功能是否存在，取決於相當廣泛的立法事實的考察，自應尊重立法機關之形成自由。

本席強調此論述責任配置的重要性，是因為仔細檢視聲請方或多數意見所提出來的理由，雖然是針對死刑而發，但也都可以用於低於死刑的其他刑罰型態，比方（一）高破案率才有真正的嚇阻作用：那麼其他刑罰型態的重要性如何說明？（二）犯罪者因情緒激動、一時衝動，無暇思慮行為後果：那麼無期徒刑、廿年有期徒刑也都不會在行為人思慮之中；（三）無法證明死刑有嚇阻作用：Mai Sato 博士已提及，死刑嚇阻作用之所以無法證明，是因為很難控制龐大數量的變數，以建立死刑與犯罪率間的因果關係(causation)，頂多只能觀察其相關性(correlation)。同樣的研究困境，如果拿來研究無期徒刑、或者有期徒刑的某種刑度，一樣也都會存在。因此，本席同意鑑定人 Michael Davis 教授的主張，立法者有權假設人是理性人，會因為刑罰的嚴重程度而影響其行為。否則，恐怕沒有刑罰可以通得過檢

驗。

四、死刑是否殘酷不人道的刑罰

首先，本席大致同意聲請方與多數意見對於民意在本案的相關性的質疑。也就是說，本庭對死刑違憲與否的審查，民意並非主要的爭點，儘管本席認為民意搭配憲法史及立法史可以提醒本庭必須採取謹慎且自制的途徑來審查本案。這是因為本庭所要審查的是死刑是否侵犯憲法價值，民意本身沒有辦法提供憲法價值的論據，即便穩定民意的方向可以提醒我們謙卑地思考是否有我們還沒有發現的論據，可以說明民意的內涵。此等考量，在上文的論述中，皆有適用。

然而，一旦論及死刑是否屬於殘酷的刑罰，本席認為，民意非常相關，因為殘酷與否乃是高度感受性的判斷。你認為殘酷，我不認為。這時候，釋憲者的感受並沒有比一般人民的感受更優越。這也是為什麼美國聯邦最高法院，透過美國聯邦憲法增修條文第8條，審查特定刑罰是否「殘忍且異常的刑罰」(cruel and unusual punishment)時，首先強調「該增修條文的意義來自於一個成熟社會進步過程中隨之演化的文明標準」。(“The Amendment must draw its meaning from the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society”, *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 173 (1976))也因此，證諸目前為止死刑在我國所受到的民意支持，要證明死刑乃是殘酷的刑罰，以致於產生違憲的論斷，並不容易。這點也被 Michael Davis 教授的鑑定意見所支持。

雖然如此，本席仍認為有必要進一步探討「殘酷」或「不人道」的內涵。因為，正如前述，民意同時可能透露出我們尚未發現的重要理據，值得加以考慮。首先，要討論我們要如何思考「殘酷」「不人道」。在考慮刑罰是否殘酷的時候，我們並非獨立於「罪刑相當原則」之外來加以考慮。思考刑罰是否殘酷，必然包含著「罪刑相當原則」的考量。如果僅僅觀察刑罰本身，正如上文所述，刑罰本身就是惡害的施加。如果不看犯罪，單看惡害的施予，那麼無緣無故地把一個人關在一個小房間裡一年，當然非常殘酷；僅僅為了偷竊一根香蕉，就把一個人關廿年，當然更殘酷。本庭應審查者，並非單純一個刑罰看起來殘酷與否，而是「有鑑於其犯罪的嚴重性，基於罪刑相當原則，以及我國社會的文明標準，某刑罰所施加之惡害，是否過度嚴厲」。

現代社會逐漸放棄身體刑甚至酷刑，是因為身體刑與酷刑所著重的是「施加痛苦」。如上所述，人性尊嚴所在乃是理性與自決。施加痛苦扭曲理性與自決。所以當代社會大多排除之。但死刑的目的並非針對理性與自決而來，而是針對生命載具而來。一個刑罰制度是否可以被允許，其目的審查可能是最重要的。（許玉秀，刑罰規範的違憲審查標準，收錄於國際刑法學會臺灣分會主編，民主、人權、正義－蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，2005 年，頁 407）如果目的是正當的，即便執行過程中產生有限的附隨後果，也可能是應被容許的，至於其是否應被容許，由於牽涉到程度問題的衡量，立法者應有優先的權限加以決定。

綜上，如果一個社會，基於罪刑相當原則，以及該社會的文明標準，有鑑於其犯罪的極嚴重程度，死刑所施加之惡害，尚未過度嚴厲，則本庭沒有理由基於一己感受，否定立法機關所為之決定。

貳、刑法第 271 條違憲之協同意見

本席再次強調，把人性尊嚴與生命權在概念上區分開來，不代表生命權不重要。正因為生命權相較於其他的基本權有獨特的重要性，且因其承載人性尊嚴而與其有高度緊密的關係，因此對於生命權的剝奪，必須接受嚴格的審查。而嚴格的審查仍然需要檢視死刑的目的為何。本席在上述意見中已經說明，唯一可以用來說明死刑之目的，是現代應報論，一般嚇阻論無法成立。而現代應報論的內涵乃是「應得」以及「罪刑相當原則」。而且，基於罪刑相當原則，只有極邪惡的謀殺犯罪死刑始足以當之。由於死刑乃是對生命權的剝奪，對於人性尊嚴產生重大威脅，必須遵守嚴格的法律保留原則，手段與目的之間的高度密切關連性，必須透過法律明確訂定之。我國刑法第 271 條第一項殺人罪，沒有區分直接故意與間接故意，也沒有區分是否經過預謀。沒有訂定可供法官個案裁量的情狀（比如受害者人數、犯罪手法是否殘虐、犯罪動機等），此等雖屬刑法第 57 條量刑事由，然而，由於給予法官太大的裁量空間，沒有清楚訂明足以限縮至極邪惡殺人犯罪之裁量加重因素，也因此違反嚴格的法律保留原則。因此，本席判斷刑法第 271 條第 1 項關於死刑做為法定刑之殺人罪構成要件，由於缺乏足夠的明確性，應屬違憲。立法者應審慎依此意旨立法。

跨國憲法對話中的生命權與死刑

許家馨*

中央研究院法律學研究所

chhsu73@sinica.edu.tw

譯者：高忠義（許家馨審校）

摘要

本文以東亞法院有關死刑本質合憲性審查的憲法實務，與美國、南非，以及數個後蘇聯國家的憲法實務進行建構式對話。本文宗旨在於填補當代文獻上的缺漏，因為既有的文獻並未反映東亞的新發展。除了分析各種審查方法之外，本文也指出反覆出現的爭點，並就這些法院判決進行建構式對話。同時，本文也對生命權的司法實務發展過程進行歷史分期，藉此帶入歷史觀點。此種多層次脈絡的建構式對話，帶出本文核心分析論證：對任何將來可能對死刑進行本質審查的法院來說，具有高度影響力的南非憲法法院 *Makwanyane* 案廢死判決並非此議題的最終範本。韓國憲法法院的判決，加上回溯美國聯邦最高法院的 *Furman* 案與 *Gregg* 案，這些判決有意義地繼續進行著跨國論辯。本文的主張有兩項重點。首先，*Makwanyane* 案論理的關鍵部分，也就死刑無法通過比例原則下的必要性原則審查，此論在論理上仍有缺陷。韓國憲法法院的判決提供了此爭點的直接對照。其次，*Makwanyane* 案法院在進行比例原則審查時，並未展現價值中立性與客觀性。相反的，真正對判決結果具決定性影響者，乃是在死刑本質合憲性審查時內涵的價值選擇。

* 中央研究院法律學研究所副研究員。本文英文原版刊登於 *Asian Journal of Comparative Law*, Volume 16, Issue 2, December 2021, pp.1-27. 經該期刊以及劍橋大學出版社(Cambridge University Press)授權翻譯轉載。作者要感謝 Richard Albert、張文貞、廖元豪、梁哲瑋、范秀羽對本文提供寶貴的意見。作者也要感謝中央研究院法律學研究所個人研討會的參與者、國立陽明交通大學科技法律學院，以及參加在越南河內舉辦的第八屆亞洲憲法論壇(Asian Constitutional Law Forum)座談會的與會貴賓所提出的意見。作者於 2017 年在哈佛燕京學社(Harvard Yenching Institute)與 Rutgers Law School 的工作坊提出本文最早的版本。作者要感謝 Michael Rosen 與 Mark Tushnet 對這份初稿分享他們寶貴的想法，也要感謝參與這些工作坊的嘉賓提出極有價值的看法。最後，我要特別感謝前司法院大法官許玉秀教授，因為他的邀請我得以參加台北律師公會舉辦的模擬憲法法庭擔任模擬大法官。正是在那一次的活動中，我首次萌生寫作本文的想法。本研究是由臺灣科技部經費補助[107-2410-H-001-058-MY2]。

前言

過去半世紀以來，死刑制度在世界上經歷了顯著的衰退。正如 Roger Hood 與 Carolyn Hoyle 有力地指出，此一現象可說是「死刑論述與實務上的革命」。¹這場革命大致上是由國際人權法之發展與人權運動所驅動，在此發展下原本可僅僅被視為刑事政策問題的死刑議題被賦予新的論述構框，而成為重要的人權議題。²此一發展為司法機關的介入鋪好了路，因而促成後共產主義時代各國法院暫停死刑或完全廢除死刑。在 1990 年，新設立的匈牙利憲法法院宣告死刑本質違憲。³在 1995 年，新的南非憲法法院也在頗受稱道的 *State v. Makwanyane* 案判決中，廢除死刑。⁴立陶宛憲法法院在 1998 年作成相同效果的判決⁵，之後烏克蘭與阿爾巴尼亞憲法法院也在 1999 年跟進。⁶俄羅斯憲法法院在 1999 年首次做出暫停死刑的判決，並在 2009 年延長該判決效力。⁷

在這種透過司法機關決定廢止死刑的趨勢下，美國聯邦最高法院在西方世界似乎益顯孤立。美國聯邦最高法院於 1972 年在 *Furman v. Georgia* 案作出死刑有條件違憲判決⁸，而觸發一波修法浪潮使得多個州政府修法恢復死刑。緊接著，美國聯邦最高法院在 *Gregg v. Georgia* 案⁹回應這波恢復死刑之立法，宣告死刑不必然構成憲法增補條文第八條的「殘酷異常」之刑罰。如眾所週知，*Gregg* 案的見解迄今仍有效。然而，若要說美國聯邦最高法院與法律專業人士與整個社會都未受世界廢除死刑的趨勢之影響，那也絕非屬實。在 2009 年，美國法律協會（American Law Institute）從模範刑法典（Model Penal Code）裡刪除死刑的條款。¹⁰在那些尚未廢除死刑的州，死刑執行次數穩定下降，而在其他一些州則

¹ Roger Hood 與 Carolyn Hoyle, *The Death Penalty: A Worldwide Perspective* (Oxford University Press 2015 年第 5 版)第 16 頁。

² 同前引著作第 22-24 頁。

³ Alkotmánybíróság (AB)(Constitutional Court) 1990 年 10 月 31 日，第 23 號判決。作者信賴官方提供的法院判決英語譯文，而譯文並未記載匈牙利政府公報對應的頁碼。作者使用英語譯文的頁碼，而非公報的頁碼。

⁴ *The State v T Makwanyane and M Mchunu* [1995] 3 SA 391 (CC) (南非)。

⁵ The Constitutional Court of Lithuania, Case No 2/98, 1998 年 12 月 9 日。

⁶ The Constitutional Court of Ukraine, Case No 1-33/99, 11-rp/99, 1999 年 12 月 29 日; The Constitutional Court of Albania, Decision No 65, Tirana, 1999 年 12 月 10 日。

⁷ Russia (Constitutional Court) [VKS RF][Postanovleniye Konstitutsionnogo Suda RF (1999) No 3-P ot 2 fevrale] 1999 年[2 月 2 日 Decree of the Constitutional Court of the Russian Federation No 3], No 3, 12-24. Russia (Constitutional Court). [Opredeleniye Konstitutsionnogo Suda Rossiyskoy Federatsii ot 2009 年 11 月 19 日 No 1344-O-P] [Ruling of the Constitutional Court of the Russian Federation of Nov 19, 2009, No 1344-O-P] 2009.

⁸ *Furman v Georgia* 408 US 238 (1972) (以下稱為‘*Furman*’案)。

⁹ *Gregg v Georgia* 428 US 153 (1976) (以下稱為‘*Gregg*’案)。

¹⁰ American Law Institute, ‘Report of the Council to the Membership of The American Law Institute’ (2009 年 4 月 15 日)。

已經停止死刑執行。¹¹過去數十年來，美國聯邦最高法院已對死刑制訂更多限制規範，以致於有人預測美國聯邦最高法院可能「將死刑綁死」。¹²

西方學者時常強調「全球」法院大多拒絕死刑。¹³然而，更廣泛的研究卻顯示實際情況可能更加複雜。東亞及南亞的情況在該等論述中較少獲得關注。廣大的亞洲地區包含歷時較久的民主社會，像是印度與日本，也包含第三波民主化的新興民主社會，例如韓國、台灣與印尼。日本最高裁判所屢次確認它在 1947 年判定死刑合憲的判決先例。¹⁴印度最高法院也一再確認於 1970 年代與 1980 年代一系列相同效果的判決。¹⁵依據 1987 年新憲法設立的韓國憲法法院，在 1996 年首次做出死刑合憲的判決，而在 2010 年再次作出死刑合憲的判決，即便韓國自 1997 年以來已暫停死刑的執行。¹⁶經歷十年的民主轉型之後，台灣的大法官會議在 1997 年認為毒品犯罪的死刑條文合憲，同時確認 1980 年代兩件較早期認定死刑合憲的判決。¹⁷類似的情況也發生在印尼，印尼憲法法院在一連串的判決中認定，依據其在亞洲金融危機後民主化修憲過程中訂定的出基本權利條文，死刑並非本質違憲。

18

在全球人權「普司法」(ius commune)¹⁹逐漸興起的年代，亞洲憲法實務不應被忽略。本文將以此與南非、美國及數個前蘇聯的法域進行建構式對話。所謂「建構式對話」，指的是實際上法院之間未必發生對話，但事後看來，這些判決都論及一些共通議題，而可以透過事後的分析建構成有意義的對話。死刑是否本質違憲有兩種主要審查類型。第一種是基於「免於殘酷刑罰」或類似的基本權，例如美國聯邦憲法增補條文第八條、日本憲法第 36 條，與南非憲法第 12(1)(e)條。第二種則是基於「生命權」條款。在 90 年代初期之前，基於「免於殘酷刑罰之自由」對死刑制度的挑戰扮演較重的角色，直到 90 年代，基於生

¹¹ Death Penalty Information Center, 'Death Penalty in 2019: Year End Report' <<https://deathpenaltyinfo.org/facts-and-research/dpic-reports/dpic-year-end-reports/the-death-penalty-in-2019-year-end-report>> 2020 年 2 月 20 日瀏覽。

¹² Carol S Steiker & Jordan M Steiker, *Courting Death: The Supreme Court and Capital Punishment* (Harvard University Press 2016) 1–5.

¹³ 例如可參閱 Kevin M Barry 'The Death Penalty & the Dignity Clauses' (2017), 102 Iowa Law Review 383, 421–422; Bharat Malkani 'Dignity and the Death Penalty in the United States Supreme Court' (2017), 44 Hastings Constitutional Law Quarterly 145, 149–153.

¹⁴ 參閱註 51 到註 67 相關的主文。

¹⁵ *Bachan Singh vs State of Punjab*, AIR 1980 SC 898 (1980 年 5 月 9 日作成)。也可參閱 Anup Surendranath, 'Life and Personal Liberty', Sujit Choudhry, *The Oxford Handbook of the Indian Constitution* (Oxford University Press 2016) 763–764.

¹⁶ 參閱註 138 到註 155 相關的主文。

¹⁷ ¹⁷ 參閱註 135 到註 137 相關的主文。

¹⁸ Indonesian Constitutional Court Decision Number 2-3/PUU-V/2007.

¹⁹ Paolo G Carozza, "'My Friend Is a Stranger': The Death Penalty and the Global Ius Commune of Human Rights' (2003), 81 Texas Law Review 1031, 1036–1042.

命權的挑戰始大幅增加。由於對「殘酷刑罰審查」，當今的文獻中已有詳盡的分析²⁰，本文將以「生命權審查」為主要分析對象。

本文首先簡述上述兩種基本權及其與死刑之關連的歷史。筆者認為生命權的法學發展歷程應該以第二次世界大戰（以下簡稱「二戰」）區分成第一代與第二代，而第二代又可以大致以一九七十年代為界而區分成早期與晚期。作者將說明當代跨國的司法論辯主要是第二代早期與晚期生命權觀點之間的論辯。第二代早期的觀點認為死刑是生命權可容許的例外，而晚期的觀點則排除該例外的正當性。接著，作者將比較並分析具代表性的司法判決，包括日本最高裁判所、美國聯邦最高法院與南非憲法法院。這三個國家的憲法都有禁止殘酷刑罰與生命權的條文，而且這兩個規定之間可以有不同的關係結構。日本最高裁判所基於這兩款基本權對死刑做平行的審查；美國聯邦最高法院只基於免於殘酷刑罰進行審查，而迴避正當程序條款中的生命權規定；南非憲法法院則以免於殘酷刑罰為主要審查架構，將基於生命權的審查併入其中。本文研究顯示，儘管這兩種基本權對死刑的審查內容有所不同，然而基於免於殘酷刑罰之規定所進行的審查，其中牽涉到的爭論議題，在以後基於生命權之審查當中，會再度出現。最後，筆者分析其他僅基於生命權而對死刑進行審查的法院判決。本文將這些判決區分為兩種主要類型。第一種類型主要是後共產主義時期的中東歐國家法院所採用的，將生命權絕對化的判決。第二種則採用比例原則以分析死刑是否不正當地侵犯生命權。對此筆者選擇韓國憲法法院的判決，本文證明，在重構的跨國司法對話中，韓國判決對先前仍懸而未決的爭論提出了有意義見解。

本文論述有以下宗旨。首先，本文希望填補關於死刑本質合憲性審查之比較研究文獻，未能反應亞洲新發展的缺漏。其次，本文系統化地介紹死刑本質合憲性的多種審查途徑。第三，本文整理出全球有代表性的司法判決中，反覆出現的分析議題，並重新建構各法院判決之間的對話，嚴格分析該等判決的論理，而這是之前的文獻尚未做到的。第四，本文也將闡明司法對話的歷史脈絡。以上四重宗旨將為本文的核心分析性論點提供多層次理解的脈絡。本文的核心分析性論點如下：關於死刑的本質合憲性審查，極具影響力的南非 *Makwanyane* 案判決並非跨國司法對話的終點。韓國憲法法院的判決的重要論點，以及美國的 *Furman* 案與 *Gregg* 案判決，使得這場跨國憲法對話之辯論得以延續下去。本文分析性主張有兩項重點。首先，*Makwanyane* 案判決論理的關鍵部分，也就是死刑無法通過比例原則下必要性原則的審查，這在論理上是有瑕疵的。韓國憲法法院的判決提供了關於此爭點的相反論點。其次，*Makwanyane* 案法院進行的比例原則審查方式未能展現比例原則的中立性與客觀性。相反的，對判決結果真正有決定性影響的是死刑本質合憲性審查中內含的價值選擇。

²⁰ William A Schabas, *The Death Penalty as Cruel punishment and Torture: Capital Punishment Challenged in the World's Courts* (Northeastern University Press 1996).

I. 兩項權利的發展歷程簡述

A. 生命權與禁止殘酷刑罰的早期源起

在這部分，筆者簡要綜述生命權與免於殘酷刑罰權利的歷史發展，並著眼於它們與死刑的關係。這兩項權利根植於法治原則與人權發展之歷史。生命權作為一種憲法上的權利源自 1215 年大憲章（Magna Carta）的第 39 條，其中宣告：

凡自由民除經其同級之人依法判決或遵照內國法律之規定外，不得予以拘留或監禁，剝奪其權利或財產、或褫奪其法律保護權，或加以放逐，或以任何其他方式剝奪其資格地位，亦不得對之行使強制力、或使他人對之行使強制力。²¹

這項規範又擴展成愛德華三世（Edward III）統治時期 1354 年所謂的「臣民自由法」（Liberty of Subject Act），且在這部法律中出現了「法的正當程序」之詞語。²²在大憲章裡，我們也可以找到禁止過當刑罰的起源，其中第 20 條規定「自由民犯輕罪者，應按犯罪之程度科處罰金」。而且，如同 Bingham 勳爵指出的，最晚在十五世紀時，英格蘭普通法已經發展出對刑求以及透過刑求取得刑事案件證據之負面觀感。²³對於透過刑求取得之證據之負面觀感在之後的幾個世紀也影響到對刑罰本身的觀感，而在 1698 年的英國人權法案（English Bill of Rights）達到高峰，其中規定「不應要求過高的交保金，不得課予過高的罰款，不得施予殘酷而異常的刑罰。」，而這兩項權利均在啟蒙時代持續演進而成為美國獨立革命與法國大革命的進步主張。美國獨立宣言（American Declaration of Independence）即以如下之宣告而著稱：「我們認為下面這些真理是不證自明的：人人生而平等，造物主賦予他們若干不可剝奪的權利，其中包括生命、自由和追求幸福的權利」。法國人權和公民權宣言（Declaration of the Rights of Man and of the Citizen）第八條規定，「法律應僅規定確實和明顯必要的刑罰」。這些理念也透過美國憲法權利清單（US Bill of Rights）而落實在美國憲法增補條文第五條：「非經正當法律程序，任何人均不得...被剝奪生命、自由或財產」，而美國憲法增補條文第八條規定，「不得要求過重的交保金，不得課以過高的罰款，不得施予殘酷異常的刑罰」，這兩項條文透過憲法增補條文第十四條，經過「併用」（incorporation）程序而適用於各州。美國對這兩項權利的表述方式嗣後隨著憲政主義散佈全球而深具影響力。

B. 第一代的生命權與正當程序模式

²¹ Tom Bingham, *The Rule of Law* (Penguin Books 2010) 10.

²² Keith Jurow, 'Untimely Thoughts: A Reconsideration of the Origins of Due Process of Law' (1975), 19 American Journal of Legal History 265, 266.

²³ Bingham (n 21) 15.

生命權與禁止殘酷刑罰早期的起源，尤其是美國憲法中的權利憲章(Bill of Rights)，意味著它們起源於死刑普獲接受的時代。如果憲法解釋侷限於制憲者原意或者當時的文義，則沒有多大的空間可以基於早期禁止殘酷刑罰的憲法條文來質疑死刑本質的合憲性。而且，正當程序條款的文義強烈顯示只要符合特定要件，政府可以剝奪某個人的生命。當前有關生命權的文獻通常將生命權的發展歷程描述為從早期現代持續到當代的連續過程。²⁴對此筆者持不同看法。此項權利的歷史需要分期才能準確掌握它的司法實務演繹路徑。筆者將源自於早期現代的生命權稱為「第一代」生命權。通常，第一代的生命權並不是獨立存在的；它只是限制政府恣意行使權力的「正當程序」條款的部分內容；生命與個人人身安全，例如自由及財產一同受到保護；而且生命權被推定為並非絕對。各種「正當程序條款」當中的關鍵概念，比方「法的正當程序」(due process of law)、「法律」(law)，或「法律所規定之程序」(procedure established by law)，當這些詞語被賦予高度形式化的解釋，且在議會主權原則的影響下，可能意味著議會依照合法程序通過的任何法律都是有效的。²⁵儘管在英國普通法傳統具有影響力之處，這些詞語可以包含嚴謹的程序要求²⁶，然而，若欠缺更彈性的解釋以反映戰後的生命權觀點，將難以基於第一代生命權條文對死刑本質合憲性發起挑戰。過去，藉由追溯英國普通法傳統以充實「法的正當程序」與類似詞語之實質內涵的司法解釋策略，並不能讓對死刑本質合憲性的挑戰變得更容易一些，因為遲至二十世紀最後四分之一的時期，廢除死刑的思想才開始逐漸在全球興起。新加坡法院在 *Ong Ah Chuan v Public Prosecutor* 案的判決即屬著例。²⁷該則判決是由英國樞密院司法委員會以新加坡終審法院之名義作成。²⁸在此判決中，上訴人根據 1965 年新加坡共和國憲法 (*Constitution of the Republic of Singapore*) 第 9 條第(1)項「非依法律不得剝奪任何個人之生命或自由」之規定而質疑 1973 年藥物濫用法 (*Misuse of Drug Act*) 的法定死刑條款。一方面，Diplock 勳爵反駁政府對第 9 條第(1)項的官方形式化解釋，認為「法律」的概念包含「自然正義的根本原則」。但另一方面，他也駁斥任何指稱死刑本質不合憲的主張，因為「憲法第 9 條第(1)項規定一個人可以『依據法律』而被剝奪生命」即已排除了這樣的主張。²⁹

²⁴ 例如 Elizabeth Wicks, *The Right to Life and Conflicting Interests* (Oxford University Press 2010) 第 35–46 頁、Thomas Desch, 'The Concept and Dimensions of the Right to Life' (1985) 36 *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht und Völkerrecht* 第 77, 78–79 頁、Micheline R Ishay, *The History of Human Rights: From Ancient Times to the Globalization Era* (University of California Press 2004) 84–91.

²⁵ Victor V Ramraj, 'Four Models of Due Process' (2004) 2 *International Journal of Constitutional Law* 第 492, 496–497 頁。

²⁶ 同前引著作第 497–500 頁。

²⁷ *Ong Ah Chuan v Public Prosecutor* [1981] AC 648 (以下稱為 '*Ong Ah Chuan* 案')。有關於此的深入討論，可參閱 David Pannick, *Judicial Review of the Death Penalty* (Duckbacks 1983)。

²⁸ 司法委員會在新加坡的審判權於 1994 年完全廢止，而由新加坡共和國上訴法院取代。

²⁹ *Ong Ah Chuan* (n 27) 672.

C. 第二代早期的生命權

伴隨著民族國家的興起，進入 19 世紀與 20 世紀意識型態激烈鬥爭的年代，當代的憲政主義也逐步發展，同時政府權力對人類生命的威脅也升高到新的層級，而最終在納粹政權的暴政中達到高峰。鑒於納粹「摧毀不值得活的生命」以及其他的暴行，第一代的生命權被認為保障效果不足。³⁰如同 William Schabas 提出的，以後見之明來說，「實際上那更像是讓政府得到殺人的許可證，只要遵循程序擔保機制就好」。³¹為了加以因應，形成了第二代的生命權以強化人類生命的實體與程序保障。在世界人權宣言（*Universal Declaration of Human Rights*）第 3 條與德國基本法（*Basic Law*）第 2 條第 2 項第 1 款，1947 年中華民國憲法第 15 條，以及 1949 年哥斯大黎加憲法第 21 條都可以看到這樣的第二代生命權概念。在接下來的數十年，強化後的生命權被明文載入重要的國際人權法律文件，例如歐洲人權公約（*European Convention on Human Rights, ACHR*）、³²美洲人權公約（*American Convention on Human Rights, ACHR*）、³³以及公民權利及政治權利國際公約（*International Covenant on the Civil and Political Rights, ICCPR*）。³⁴儘管條文內容有不同的表述方式，但第二代生命權都有以下的共通特點：它脫離了正當程序的模式而變成獨立存在的權利，它採取正面表述，它在水權清單中享有較高的地位，它演變成除了有程序保障之外，也有強烈的實體內涵。

D. 第二代晚期與生命權絕對主義

儘管已強化實體保障，但是在戰後初期，生命權並未被認為完全排除死刑的正當性。西德與義大利在戰後的憲法已廢除死刑，而主要的理由是為了建構新的憲法認同與其法西斯過往進行區隔。³⁵在其他國家，死刑仍獲廣泛認可，而將之視為生命權的例外，例如歐洲人權公約³⁶、美洲人權公約³⁷與公民權利及政治權利國際公約³⁸，儘管其爭議逐漸升高。一直

³⁰ Desch (n 錯誤! 尚未定義書籤。) 104.

³¹ Schabas (n 20) 9.

³² 歐洲人權公約第 2 條第(1)項：「所有人的生命權應受法律保障。除了經法院判決構成法律上規定處以死刑的犯罪，而後據以執行之外，不得故意剝奪任何人之生命。」

³³ 美洲人權公約第 4 條第(1)項：「所有人之生命均有受尊重的權利。本項權利應受法律保障，而且通常來說，從受孕開始。任何人之生命均不得被恣意剝奪。」

³⁴ 公民權利及政治權利國際公約（於 1966 年 12 月 16 日通過，並在 1976 年 3 月 23 日生效）第 6 條第(1)項規定：「所有人類生而具有生命權。本項權利應受法律保障。任何人之生命均不得被恣意剝奪。」

³⁵ James Q Whitman, 'On Nazi "Honour" and the New European "Dignity"', Christian Joerges & Navraj Singh Ghaleigh (eds), *Darker Legacies of Law in Europe* (Hart Publishing 2003) 243, 244.

³⁶ 歐洲人權公約第 2 條第(1)項。

³⁷ 美洲人權公約第 4 條第(2)項。

³⁸ 公民權利及政治權利國際公約第 6 條第(2)項第(6)項。

要到二十世紀最後四分之一部分，生命權才更積極地朝向筆者稱為「生命權絕對主義」之方向發展。這個概念意指除了戰爭之外，只有在危急的情況下為了避免另一個人的生命或其身體的完整性受威脅，才能剝奪某個人的生命。生命權絕對主義生命權絕對主義的發展約從 1960 年代晚期與 1970 年代開始，透過國內立法、區域或國際人權條約等方式逐步落實（如：歐洲人權公約第 6 號議定書(Protocol 6) (1983)、公民權利及政治權利國際公約第 2 號議定書(Protocol 2) (1989)、美洲人權公約 1990 年議定書、歐洲人權公約第 13 號議定書(Protocol 13) (2002)等），並在 1990 年代達到高峰。為了瞭解此一趨勢，作者認為應將戰後生命權的發展區分成第二代生命權早期與晚期兩個階段。在早期，死刑通常獲得許可而被認為是生命權之例外。這也是為什麼對死刑早期的挑戰大部分是透過免於殘酷刑罰之審查而提出，而不是透過生命權的審查。³⁹一直到第二代晚期，透過生命權審查而提出死刑本質違憲挑戰，始有可行性。

應予說明者，在死刑議題上的生命權絕對主義與其他生命權議題有複雜的關係。如同美國的發展所示，反墮胎運動採用未出生者「生命權」論述其訴求，以回應墮胎權運動與美國聯邦最高法院在 1973 年⁴⁰對該項權利的承認。⁴¹例如紅衣主教 Joseph Bernardin 這樣的天主教思想家提出一種「有一致性的生命倫理觀」(coherent life ethics)，反對墮胎與死刑，也反對加工自殺與安樂死。⁴²天主教教會花了數十年時間才逐步脫離過去支持死刑的傳統態度轉而支持這樣的立場。⁴³鑒於生命權絕對主義有不同的發展歷程，我將天主教教會的立場與類似的立場稱為「全面性生命權絕對主義」。而這是要與「部分的生命權絕對主義」做對比，後者並不要求對尚未出生之人給予這種絕對的保障，也未必反對加工自殺與安樂死。儘管如此，就本文之目的來說，不需要區分這兩種生命權絕對主義，因為它們在反對死刑的立場上是一致的。

晚近對死刑的本質挑戰主要建立在生命權的基礎上，而第三波民主化制憲的浪潮對生命權也有極大的助力。有些新的民主政體採行廢除死刑的憲法條款，例如柬埔寨與菲律賓。⁴⁴有些則採用戰後獨立權利形式的生命權保障條款，而未明訂有何例外情事，例如匈

³⁹ Schabas (n 20) 8–9.

⁴⁰ *Roe v Wade*, 410 US 113 (1973).

⁴¹ Prudence Flowers, *The Right-to-life Movement, The Reagan Administration, and the Politics of Abortion* (Palgrave 2019) 16.

⁴² Joseph Cardinal Bernardin, *A Consistent Ethics of Life* (Sheed & Ward 1988).

⁴³ Nicole Winfield, 'Pope Francis Rules Out Death Penalty in Change to Church Teaching' *Chicago Tribune* (2 Aug 2018) <<https://www.chicagotribune.com/nation-world/ct-pope-death-penalty-inadmissible-20180802-story.html>> 2020 年 3 月 17 日瀏覽。關於教宗方濟各(Pope Francis)就任之前，天主教會對於死刑的教導，可參閱 Edward Feser 與 Joseph M Bessette, *By Man Shall His Blood Be Shed: A Catholic Defense of Capital Punishment* (Ignatius Press 2017) 111–211.

⁴⁴ 1993 柬埔寨王國憲法第 32 條：「所有人均享有生命、自由與個人安全之權利。禁止死刑。」菲律賓共和國憲法第 19 條第(1)項：「不得課處過高罰款、亦不得課予殘酷或非人道的刑罰。亦不得課處死刑，除非有涉及滔天重罪的強烈理由，而此等強烈理由嗣後應由國會明定之。」

牙利⁴⁵與南非。⁴⁶ 未規定例外事由的生命權條款讓法院有空間可以嗣後決定死刑是否屬例外情況。最具挑戰性的案例案件發生於以下情況，那就是其憲法在文字上以正當程序模式來表述生命權條款，而且在歷史上植根於第一代生命權觀念，然而經過時代與文化變遷⁴⁷，導致憲法文化逐漸朝向生命權絕對主義演進，卻仍然未進展到足以擺脫文化衝突之程度。美國就是一個這樣的例子。就規範的硬度來看，生命權保護的法律規範從第一代的可供權衡，進展到第二代早期的絕對但允許例外，而後在全世界相當多的地區，進展到第二代晚期之絕對而幾乎不允許例外。最後，應予說明的是，生命權的世代演進在全球並非同步發生的，各區發展的情況有其差異。戰後第二代憲法生命權條款的興起，但仍有採用第一代正當程序的戰後憲法，例如 1950 年印度憲法第 21 條，1947 年日本憲法第 31 條，或者 1965 年新加坡共和國憲法第 9 條。晚期第二代生命權主要是由西歐國家開路，之後數十年才逐漸散播。然一般而論，亞洲多數國家對生命權絕對主義有不同程度的抗拒。⁴⁸

II. 殘酷刑罰審查下的雙重條款

在本部分，本文討論日本最高裁判所、美國聯邦最高法院與南非憲法法院具代表性的判決。這三個國家的憲法全部都同時含有生命權與殘酷刑罰的條款。然而，這三個法院全都以禁止殘酷刑罰條款作為主要的審查基礎。如同 William Schabas 提到的，在免於殘酷刑罰的審查裡，文化層面是「不可能迴避的」。⁴⁹「殘酷」概念中的文化面向傾向於驅使法院採用實證取向（確認人民/社會的思考或感覺）與尊重立法機關之方法以進行憲法解釋，日本最高裁判所就是最佳的例子。然而，對於更積極的法院來說，實證取向解釋方法可能與規範取向的解釋方法混合（例如美國），或者完全被規範取向之解釋取代（南非）。所謂「規範取向」的解釋，意指法院依照自己的憲法規範理解做出符合憲法價值的判斷。如同以下有關美國聯邦最高法院與南非憲法法院判決的討論，規範取向的解釋方法會衍生出重要的實體與方法論爭論，而此等爭論將會影響後續生命權審查的發展。

A. 日本最高裁判所：實證取向的解釋方法

⁴⁵ 1949 年匈牙利憲法第 54 條第(1)項：「於匈牙利共和國，所有人均生而享有生命權與人性尊嚴。不得恣意拒絕任何人享有此等權利。」

⁴⁶ 1993 年南非臨時憲法第 9 條：「所有人均享有生命權。」

⁴⁷ Robert C Post, 'Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law' (2003), 117 Harvard Law Review 4, 8.

⁴⁸ 參閱 David Johnson 與 Franklin Zimring, *The Next Frontier: National Development, Political change, and the Death Penalty in Asia* (Oxford University Press 2009); 許家馨, 'Right to Life', in David Law, Holning Lau & Alex Schwartz (eds), *Oxford Handbook of Constitutional Law in Asia* (Oxford University Press, 即將出版). 可由 SSRN 瀏覽: <<https://ssrn.com/abstract=3752240>> 2021 年 5 月 20 日瀏覽。

⁴⁹ Schabas (n 20) 6.

日本以及美國，都是自由民主政體兼經濟合作暨發展組織會員國(OECD)中少數仍然維持死刑的國家。日本民眾對死刑的支持度始終維持在 80%左右。⁵⁰儘管公民社會正出現強烈的呼聲支持廢除死刑⁵¹，但並無顯著的跡象顯示廢除死刑將在短時間內實現。事實上，日本史上並非完全沒有廢除死刑的經驗。從九世紀到十二世紀中相對和平而由受佛教影響的天皇統治的平安時期，死刑被暫時停止⁵²。然而，因為公元 1156 年保元之亂，再次執行死刑，而後死刑的採用大量增加以致深入植根於日本的法律制度中，在十九世紀中葉德川幕府下台，西方廢死思想傳入之前，死刑的廢除仍屬不可想像。⁵³要等到二戰結束與戰後的 1947 年新憲法施行之後才能開啟重新思考此議題的機會，而此次是由最高裁判所加以審酌，行使其戰後 1947 年新憲法所授予的違憲審查權。

日本最高裁判所於 1948 年 3 月 12 日依據戰後的 1947 年憲法作出這則奠基性的判決。⁵⁴本案涉及一名被告在家人爭吵之後殺害了自己的母親與妹妹，而後將屍體丟到井裡⁵⁵。辯方律師針對死刑判決向最高裁判所提出上訴。他主張刑法第 199 條與第 200 條違憲，因為死刑「受到新憲法絕對禁止而自動無效」：⁵⁶

戰後的日本憲法包括兩條有關生命權的條款與一條有關殘酷刑罰的條款。第 13 條（「最大尊重條款」）規定如下：⁵⁷

全體國民都作為個人而受到尊重。國民之生命權、自由權，以及追求幸福的權利，在不違反公共福祉的範圍內，在立法及其他國政上都必須受到最大的尊重。

第二條有關生命權的條款則是第 31 條：「禁止未經法律規定之程序而剝奪任何人的生命或自由，或課以刑罰。」最高裁判所認為死刑與最大尊重條款（第 13 條）中的生命權保

⁵⁰ 政府最近在 2020 年 1 月進行的民調顯示公眾對日本死刑制度的支持度是 80.8%，而只有 9% 反對死刑。Takakazu Murakami, 'Over 80% Accept Death Penalty in Japan as "Inevitable": Government Poll' *The Mainichi* (18 Jan 2020) <<https://mainichi.jp/english/articles/20200118/p2a/00m/0na/010000c>> 2020 年 2 月 21 日瀏覽。關於日本社會大眾顯然一致而強烈地支持維持死刑有個重要的分析，請參閱 Mai Sato, *The Death Penalty in Japan: Will the Public Tolerate Abolition* (2014 年春)。

⁵¹ Justin McCurry, 'Calls to Abolish Death Penalty Grow Louder in Japan' *The Guardian* (21 Sep 2016) <<https://www.theguardian.com/world/2016/sep/21/calls-abolish-death-penalty-grow-louder-japan>> 2021 年 8 月 20 日瀏覽。

⁵² Petra Schmidt, *Capital Punishment in Japan* (Brill 2002) 10–11.

⁵³ 同前引著作第 88–90 頁。

⁵⁴ 最高裁判所昭和 23 年（1948 年）3 月 12 日大法庭判決（刑事判例集 2 卷 3 号 191 頁）。作者使用 John M Maki, *Court and Constitution in Japan: Selected Supreme Court Decisions 1948-60* (University of Washington Press 1964) 156–164 選錄判決的譯文。

⁵⁵ Maki (n 54) 156.

⁵⁶ 同前引案件。

⁵⁷ 1947 年日本憲法第 13 條。

護意旨是相容的，因為它能促進重大公共福祉。最高裁判所在這條的解釋上也同時考量程序性的正當程序條款（第 31 條），並指出死刑有助於公共福祉：

死刑的威脅本身可能有一般預防效果，死刑的執行可能是斬斷社會邪惡力量根源的手段，從而這兩種手段都可以用來保護社會。再次強調，這種[死刑制度的許可]必須被解釋為以人類整體為優先，而非以個人為優先，而死刑的維持應被肯定為維護公共福祉所必需。⁵⁸

最高裁判所也認為第 31 條必須被解釋為推定並准許維持死刑作為一種刑罰。⁵⁹

B.以實證取向方法解釋殘酷刑罰條款

論理過程中最重要的部分在於第 36 條：「絕對禁止公務員刑求及酷刑。」（殘酷刑罰條款）。最高裁判所同意死刑「既是最極端的，也是最嚴厲的懲罰」，而且特定的執刑方法，例如「火刑、絞刑、釘十字架，或烹刑」必然被認定違反第 36 條。⁶⁰然而，最高裁判所認為死刑並非「一般認為」的第 36 條所指的殘酷刑罰。⁶¹最高裁判所並未費力解釋「一般認為」是什麼意思，彷彿其意義如此明顯而無須多作解釋。島保法官在另外三位法官也加入的協同意見中指出判決反映「憲法制訂之時人民的情感」。⁶²而且，他認為最高裁判所採用的方法是正當的，因為特定刑罰是否殘酷屬於「應根據人民之情感加以決定的問題。」⁶³然而，島保法官繼續申論「人民的情感仍可能因時代而改變，」而且：

「隨著國家的文化高度發展，而且在正義與秩序的基礎上發展和平的社會之後，如果已達到一般認為已不需要利用死刑以促進防止犯罪之公共福祉目的，則因為人民的情感轉變而得以廢除死刑與殘酷刑罰。⁶⁴」

島保法官一方面認同在最高裁判所判決之時不太可能對憲法第 36 條作出不同的解釋，另一方面，他有意避免憲法第 36 條被限制在立憲者的意志或憲法原始文義上。藉此他試圖維持未來認定死刑過於殘酷而違憲的可能性。然而，這樣的解釋引起井上登法官在協同意見中的反駁。他主張這三個憲法條文合併解釋的結果清楚地允許死刑，而這項意義不應該

⁵⁸ 同前引日本憲法第 158 條。

⁵⁹ 同前引日本憲法。

⁶⁰ 同前引日本憲法第 159 條。主要的執刑方法，亦即絞刑之後受到挑戰，但獲得最高裁判所的支持。參閱最高裁判所昭和 36 年（1961 年）7 月 19 日大法庭判決（刑事判例集 15 卷 7 号 1106 頁）

⁶¹ Maki (n 54) 159.

⁶² 同前引日本憲法第 161 條。

⁶³ 同前引日本憲法。

⁶⁴ 同前引日本憲法。

因時間不同而改變。如果社會想要廢除死刑，可以由日本國會來廢除，因為憲法也並未強制要求保留死刑。⁶⁵

最高裁判所在次年另一則判決中確認這項有深遠影響的裁判意旨⁶⁶，並進一步說明死刑背後的論理。最高裁判所否認死刑是一種殘酷與虐待的刑罰，也不認為那是歷史遺物。最高裁判所採用一種應報的思維，甚至清除惡者的思維⁶⁷，而表示刑罰是以毒攻毒，可比擬為用藥物治療疾病，而應該依照犯罪的嚴重程度決定刑罰的重度。人尊重自己的生命與人格之同時也應該尊重他人的生命與人格，如果有人不尊重別人的生命而故意侵犯，那麼他們就應該承擔責任，而責任後果就是自己的生命也可能被剝奪。這些深具影響力的裁判意旨迄今仍有其效力。

戰後日本憲法是用正當程序模式表述生命權的例子，而其所處的憲法文化正脫離國家主義而朝向第二代早期的生命權。雖然生命權條款有相當的重要性，但個人的生命尚未提升到可以接受生命權絕對主義。憲法第 13 條受到「公共福祉」的限制，而最高裁判所主要陳明一種應報式的刑罰哲學，數十年後韓國憲法法院也將呼應這樣的刑罰哲學觀。而且，日本憲法第 31 條屬程序性質的正當程序條款讓人難以反駁憲法容許死刑。因此，無疑的，只有依據憲法第 36 條的殘酷刑罰條款才能對死刑提出嚴肅的挑戰。關於最高裁判所對於憲法第 36 條之解釋有一點特別值得一提的則是最高裁判所承認殘酷概念內含的文化要素。而這樣的文化要素並非以大法官們的感受加以確認，而是透過人民的情感或感受來確認。只要最高裁判所將「人民的情感或感受」當作社會事實，而藉此解釋確定殘酷刑罰的意義，在這樣意義上筆者稱之為殘酷刑罰審查的「實證取向」解釋方法。⁶⁸

C. 美國聯邦最高法院：混合方法（實然論與應然論）

日本最高裁判所的實證取向解釋大幅限縮最高裁判所之角色，因為立法機關處在較適當的地位可以反映「人民的情感」。這個方法與眾所週知的日本最高裁判所抱持的司法被動主義是一致的。⁶⁹然而，對於較積極的法院，這個解釋取向可能並不適當。這樣的法院必須權衡司法的積極角色與殘酷刑罰審查中的文化面向。為此，我們將轉而探討美國聯邦最高法院的判決。

⁶⁵同前引日本憲法第 164 條。

⁶⁶最高裁判所昭和 24 年(1949 年)8 月 18 日大法庭判決（刑事判例集 3 卷 9 号 1478 頁）。

⁶⁷ Matthew H Kramer, *The Ethics of Capital Punishment: A Philosophical Investigation of Evil and Its Consequences* (Oxford University Press 2011) 179–266.

⁶⁸ 這種方法上的對比，也就是實然論相對於應然論，是受到 Margaret Radin 那篇具深遠影響力的文章所啟發。Margaret Jane Radin, 'The Jurisprudence of Death: Evolving Standards for the Cruel and Unusual Punishments Clause' (1978) 126 University of Pennsylvania Law Review 989, 1034.

⁶⁹ 松井茂紀, 'Why is the Japanese Supreme Court so Conservative?' (2011) 88 Washington University Law Review 1375; David S Law, 'Why Has Judicial Review Failed in Japan?' (2011) 88 Washington University Law Review 1425, 1426.

1. 憲法增補條文第八條「演進的文明標準」之興起

憲法增補條文第八條與第十四條分別在十八世紀末期與十九世紀中期通過。面對難以預期的合憲性挑戰，美國聯邦最高法院必須審酌殘酷與異常刑罰的文化面向是否應該被綁定在其原初的內涵。*Weems v. United States* 案⁷⁰涉及是否應判處一個犯偽造公文書的菲律賓政府公務員十五年苦役。美國聯邦最高法院指出憲法增補條文第八條「應與時俱進，不應被侷限於過去的觀感，而應該隨著人道司法的演進，在輿論受啟蒙之下，取得不同的意義。」⁷¹之後在 *Trop v. Dulles* 案⁷²，涉及一個在戰時逃跑的士兵剝奪公民權，美國聯邦最高法院認為這項刑罰構成憲法增補條文第八條「殘酷而異常」的懲罰，而大法官 Warren 的名句「憲法增補條文第八條必須從標誌成熟社會進步的演進的文明標準汲取其意義」自此確立為解釋該條款的基礎原則。⁷³

這兩個重要的案件將殘酷與異常刑罰的意義與其源起脫鉤而為 *Furman* 案與 *Gregg* 案鋪路。事實上，這兩個案件的影響不僅如此。由於 *Weems* 案涉及的刑罰（因偽造公文書而服十五年勞役）本質上是否殘酷是可爭議的，這可能就產生了一種新的解釋方法，微妙地改變了殘酷刑罰的意義。如同大法官 Marshall 在 *Furman* 案的協同意見中所說的，*Weems* 案代表以下的命題「過當的刑罰應該反對，因為那本質上就是殘酷的」。⁷⁴而且，由於在 *Trop* 案審查的刑罰是剝奪公民權，這並不涉及身體的痛苦與折磨。首席大法官 Warren 主要倚賴一種規範取向的，而非實證取向的方法以解釋「演進的文明標準」。首席大法官 Warren 為了支持自己對剝奪公民權的性質與影響之分析，他說「憲法增補條文第八條的基本概念就是人性尊嚴。雖然政府有權科處刑罰，但該憲法條文要確保這項權力的行使是在文明的限度內。」⁷⁵

2. 從 *Furman* 案與 *Gregg* 案到 *Coker* 案：混合取向解釋法的形成

關於上述議題的各種看法，由該院大法官們於 *Furman* 案所提出的意見書中進一步開展。因為這些判決意見書內容相當豐富，我整理出四個主要爭點。第一個是司法尊重立法機關的程度。其中一個極端是大法官 Brennan 與大法官 Marshall，他們倡議司法應該積極地介入，即使對於死刑本質合憲性這種寬泛的議題也是如此。而相反的一端則是首席大法官 Burger、大法官 Blackmun、大法官 Powell，與大法官 Rehnquist，他們鼓吹應該尊重立法機關。第二個爭點則是如何詮釋「演進的文明標準」。雖然大法官 Brennan 與大法官 Marshall 主要採用規範取向解釋方法提出相關原則，但其他大法官則採取較尊重立法機關

⁷⁰ 217 US 349 (1910).

⁷¹ 同前引判決第 378 頁。

⁷² 356 US 86 (1958).

⁷³ 同前引判決第 101 頁。

⁷⁴ *Furman* (n 8) 325.但是應注意的，這樣的解讀受到首席大法官 Warren Burger 強烈反對，參閱 *Furman* (n 8) 376-379.

⁷⁵ *Trop v. Dulles* 356 US 86 100 (1958).

的立場，並偏好以實證取向的辨識指標以確認演進的社會標準。第三，大法官 Brennan 與大法官 Marshall 主張刑罰不應過當。所謂「過當」，大法官 Brennan 指的是「與較輕的刑罰相比較，系爭刑罰並未更能促進刑事目的」。⁷⁶此一標準受到首席大法官 Burger 強烈反對，他主張在嚇阻這個刑罰目的上，不應採取大法官 Brennan 的判準。⁷⁷首席大法官的主張將在以下更詳細討論。第四，應報作為刑罰的理由是否可允許。大法官 Marshall 認為應報與報復及復仇沒有差別，屬於「對一個自由社會的政府來說都是不能容忍的激情」⁷⁸但其他大法官並未採取這麼強烈的意見。

Gregg 案是 7 比 2 的判決，大法官 Stewart 提出聯邦最高法院多數意見，而達成了所有前述議題的微妙平衡。首先，多數意見釐清「憲法增補條文第八條要求在適用時必須明瞭法院扮演的角色是有限的」。⁷⁹之所以如此，部分原因在於「確認『演進的文明標準』而必須探求當代社會的文明觀時，立法者的判斷至為重要」。⁸⁰基於適當的司法自制，「分析以民主程序選舉出來的立法者所制定的刑罰是否符合憲法標準時，我們推定那樣的刑罰是正當的，」⁸¹而「挑戰人民代表之判斷者需承擔重大的舉證責任。」⁸²其次，為了確認當代的文明標準，參與多數意見的法官避免做出主觀判斷，而訴諸反映社會大眾對特定刑罰的態度之客觀指標。第三，社會大眾對文明標準的感受並無終局確定效果。多數意見繼續闡述首席大法官 Warren 的傳統立場，並認同以「人性尊嚴」作為「憲法增補條文第八條背後的基本概念」。這樣的基本概念要求刑罰不能「過當」，而其意思就是刑罰不能涉及不必要而恣意的施予痛苦，且刑罰不得與犯罪嚴重程度顯不相稱。⁸³第四，多數意見拒絕大法官 Brennan 的必要性標準，並論稱「我們不能要求立法機關選擇最輕度的刑罰，只要選擇的刑罰不是殘酷地反人道，或者與涉及的犯罪顯不相稱即可。」⁸⁴最後，多數意見認定應報是可容許的目標，既不受禁止，也不會與尊重人性尊嚴的精神衝突。⁸⁵

在 *Gregg* 案一年之後，於 *Coker v. Georgia* 案⁸⁶，聯邦最高法院處理範圍較窄的問題，那就是對強姦成年女性的犯人科處死刑是否合憲。大法官 White 提出聯邦最高法院的多數意見書，並宣告系爭州法違憲無效。*Coker* 案之重要性在於它確認了 *Gregg* 案中過當或不符合比例原則之原則，並加以重新定義。它包含兩種主張基礎，(1)某項刑罰是否對可接受的目標有可衡量的貢獻，以及那是否僅是無目的而不必要地製造痛苦與折磨；或者(2)

⁷⁶ *Furman* (n 8) 280 (1972).

⁷⁷ 同前引案第 392-395 頁。

⁷⁸ 同前引案第 343 頁。

⁷⁹ *Gregg* (n 9) 174.

⁸⁰ 同前引案。

⁸¹ 同前引案第 175 頁。

⁸² 同前引案。

⁸³ 同前引案第 173 頁。

⁸⁴ 同前引案第 175 頁。

⁸⁵ 同前引案第 183 頁。

⁸⁶ 433 US 584 (1977).

是否與犯罪的嚴重程度顯不相稱。⁸⁷而且，*Coker* 案也確立了審查的框架，而這框架要求聯邦最高法院首先「要盡可能地探求客觀指標」⁸⁸，以瞭解當代社會的文明標準，而後在客觀指標的基礎上「作出我們自己的判斷」。⁸⁹相對於日本最高裁判所簡單的實證取向解釋法，美國聯邦最高法院認定「演進的文明標準」之解釋方法自此案之後有更條制的發展，且在之後幾十年間逐漸偏向不那麼尊重立法機關。聯邦最高法院用以評估國內共識的方法包括立法實務與負責判刑的陪審團之實務、外國法與國際法，以及法律專家的意見，甚至還有公眾輿論長期趨勢。⁹⁰而且，實證取向與規範取向的解釋法也混合併用，因為聯邦最高法院必須針對刑罰是否顯然不符合比例原則作出「我們自己的判斷」。透過比例原則的分析，聯邦最高法院審查一項刑罰是否有助於刑罰的目的。這種混合取向解釋法讓聯邦最高法院有彈性可以調整它對立法機關尊重的程度。就死刑本質合憲與否這個廣泛的議題，聯邦最高法院給予立法機關較大的尊重。但在有關死刑而範圍較窄的問題，混合取向解釋讓聯邦最高法院有足夠的概念工具可以區分不同類型的犯罪（強姦，以及無殺人故意的幫助犯），以及不同類型的被告（十八歲以下，以及智慮不足），並在特定情況下宣告死刑不合比例。由於美國的憲法文化持續轉變，一些觀察家即認為比例原則分析是最有吸引力的，也是最有希望的廢除死刑策略。⁹¹

D. 南非憲法法院：規範取向的解釋方法

南非解除種族隔離後的 1993 年過渡憲法包含一項生命權條款，而該條款含有第二代晚期生命權條款的所有特徵。第 9 條規定「所有人民均享有生命權」。其他相關條款包括第 10 條，其內容為「所有人民均有權使其尊嚴受到尊重及保障」，以及第 11 條第(2)項，「所有人民均免於任何類型的酷刑，無論身體上、心理上或情感上，所有人民亦均免於殘酷、不人道或貶損尊嚴之對待或刑罰」。就像美國聯邦最高法院那樣，南非憲法法院在 *State v. Makwanyane* 案⁹²依據「殘酷、不人道或貶損尊嚴之刑罰」條款審查死刑的本質合憲性。然而，不像美國聯邦最高法院獨採殘酷刑罰條款進行審查，南非憲法法院在審查過程中並未迴避其他條款。相反的，它在殘酷刑罰的審查中整合進生命權與尊嚴權的審查，而將它們當作殘酷刑罰的子議題。這種做法的部分原因在於南非過渡憲法第 33 條第(1)項含有普遍適用的權利限制條款。由於大部分的權利都有類似的審查架構，因此要加以整合並不困難。就南非憲法法院來說，其審查框架即是所謂的「兩階段審查」，這表示「對於第三章

⁸⁷同前引案第 592 頁。

⁸⁸同前引案。

⁸⁹同前引案第 597 頁。

⁹⁰ Matthew Matusiak et al, 'The Progression of 'Evolving Standards of Decency' in U.S. Supreme Court Decisions' (2014) 39 Criminal Justice Review 253, 256–257.

⁹¹ Steiker & Steiker (n 12) 275.

⁹² *State v Makwanyane* (CCT3/94) [1995] (以下稱為'Makwanyane'案).

揭櫫的基本權利要做廣泛而非狹隘的解釋，而且各項限制必須具有第 33 條的正當事由。」

93

1. 規範取向的解釋方法以及排除公眾意見

在其主導的判決意見中，首席大法官 Chaskalson 指出，在多方民主協商與預備制憲過程中，死刑是具有高度爭議性的議題。在南非法律委員會(South African Law Commission)準備群體與個人權利報告過程中，其所擬的一份工作文件裡，該委員會承認生命權，但附有但書表示應容許對最嚴重的犯罪課處死刑。這項但書後來被刪除。憲法法院認為憲法未提及死刑是有意的，而這項問題是有意保留由憲法法院決定。⁹⁴憲法法院接著限縮在殘酷刑罰條款解釋中公眾意見的重要性。大法官 Chaskalson 表示「在本院論理過程中，公眾意見可能有些重要性，但那不能取代憲法法院解釋憲法，並無所畏懼，無所偏私地維護憲法條款的職責。」⁹⁵儘管他承認公眾意見「有些重要性」，他的論理之基礎仍在於假定南非多數民眾仍然偏好在極端的謀殺案件中維持死刑。⁹⁶首席大法官的假定是正確的。事實上，在 1995 年，甚至在作出 *Makwanyane* 案的判決之後，將近百分之七十五的南非人仍然偏好恢復死刑。⁹⁷首席大法官表示，「如果由公眾意見做決定，那就不需要違憲審查，只要把權利的保障交給國會就好了，因為國會獲得公眾的委任，而且對於委任之事的執行向公眾負責，但這樣就回到議會主權體制，而悖離 1993 年憲法所確立的新法律秩序。」⁹⁸在短短三個段落中，首席大法官排除了實證取向的解釋法，而採用了一種高度規範取向的解釋法。

2. 審查的第一階段：死刑是否屬於殘酷刑罰

憲法法院對殘酷刑罰審查所採用的規範取向解釋法有三個主要的元素：(1)引用國際法與外國法，(2)尊嚴權，以及(3)生命權。Theunis Roux 教授認為，大法官 Chaskalson 對國際法與外國案例法進行冗長的、廣泛的而且可能有些讓人困惑的評釋，而後在缺乏充分論理的情況下，逕自宣稱死刑構成殘酷刑罰，而以此取代實質的論證。⁹⁹ Roux 意在指出，南非憲法法院大法官著重於法律與技術的論理風格是成功的司法政治之運作。¹⁰⁰我對此表示認同，因為南非憲法法院確實達到了一項公眾所不喜好的結論，解決一項高度爭議的問題，而仍能進而鞏固它在國內與國際上的權威與聲望。但是，與 Roux 不同，我並不認為首席

⁹³ 同前引案件第 100 段。

⁹⁴ 同前引案件第 22 段。

⁹⁵ 同前引案件第 88 段。

⁹⁶ 同前引案件。

⁹⁷ Max du Plessis, 'Between Apology and Utopia-The Constitutional Court and Public Opinion' (2002) 18 South African Journal of Human Rights 1, 5-6.

⁹⁸ *Makwanyane* (n 錯誤! 尚未定義書籤。) 第 88 段。

⁹⁹ Theunis Roux, *The Politics of Principle: The First South African Constitutional Court 1995-2005* (Cambridge University Press 2013) 243.

¹⁰⁰ 同前引著作第 246 頁。

大法官 Chaskalson 對跨國法律長篇的評論純屬技術性而沒有實質論理。相反的，看似技術性的評釋當中已經指向第一階段審查的結論——死刑構成殘酷刑罰。首席大法官 Chaskalson 並未遺漏第 35 條第(1)項所要求的實質論證。他巧妙地在跨國法律的技術性評釋中進行實質論證。

首先，首席大法官 Chaskalson 對美國的案例做了相當多的討論。但他對於 *Gregg* 案裡相對多數意見複雜細緻的論理並沒有太多著墨，反而將美國聯邦最高法院支持死刑的決定簡單地歸因於為該國憲法正當程序條款之文義。他忽視了美國大法官 Stewart 在 *Gregg* 案裡巧妙地平衡各項衝突的用心。相反的，他的討論大部分著眼於：(1)美國聯邦最高法院在 *Furman* 案裡認定死刑的恣意性；(2)後續一系列有關死刑案件中「超級正當程序」(super due process)案件；(3)強化程序保障造成龐大的政府支出、沒完沒了的訴訟程序，以及「死囚現象」(death row phenomenon)等負面後果；(4) 僅管量刑裁量權已經受到規制，但貧窮與種族問題所導致的死刑偏誤仍然持續。¹⁰¹ 其次，他對過渡憲法第 9 條未加限制的生命權條款文字的解釋，並非朝著第二代生命權早期的觀點，而是朝著晚期的方向，並以此區別南非憲法與印度憲法（以正當程序模式來設計生命權）、公民權利及政治權利國際公約（死刑是明定的例外），與歐洲人權公約（死刑屬例外情況）。¹⁰² 第三，關於尊嚴權，他忽略大法官 Stewart 在 *Gregg* 案對尊嚴權的意見。相對的，他聚焦在大法官 Brennan 於 *Gregg* 案提出的不同意見，並主張死刑侵犯尊嚴，而跟其他違憲行為一樣有類似效果。

103

3. 審查的第二階段：死刑有無正當理由

憲法法院認定死刑是殘酷刑罰，這只完成了第一階段審查。在第二階段，首席大法官 Chaskalson 討論死刑是否在權利限制條款下得以正當化。首席大法官 Chaskalson 引用加拿大最高法院在 *R v. Oakes* 案的判決，提出比例原則三個子原則，包括：(1)目的與手段之間的合理關聯性，(2)最小侵害手段之要求，以及(3)侵害權利與目標之重要性兩者間是否符合比例。¹⁰⁴ 本案最重要的要素在於第二個，也就是最小限制原則，或稱為必要性原則。¹⁰⁵ 憲法法院藉此要求政府必須比較死刑與侵害程度較低的刑罰方案，也就是無期徒刑。在兩階段的方法之下，一旦確認基本權利受到侵害，說服責任即轉移到政府，政府必須證明繫爭手段可通過比例原則的審查。據此，憲法法院將說服的責任歸諸於政府，而不是申請釋憲者，政府有義務證明就正當的刑事目的來說，死刑是更有效的刑罰。¹⁰⁶

¹⁰¹ *Makwanyane* (n 錯誤! 尚未定義書籤。) 第 40–56 段。

¹⁰² 同前引案件第 39 段。

¹⁰³ 同前引案件第 57–62 段。

¹⁰⁴ 同前引案件第 105 段。

¹⁰⁵ 同前引案件第 97 段。

¹⁰⁶ 同前引案件第 102, 106 段。

應特別注意，依據美國憲法增補條文第八條進行的比例原則分析不應該與南非憲法法院與世界上諸多法院的比例原則混淆。前者是混合規範與實證取向的審查，而在不同的案件脈絡下這兩個取向會有不同的權重，例如在死刑案件與非死刑案件。相反的，後者原則上是規範取向的審查，而法院必須審查政府目的是否正當，政府用以達成目的之手段是否適當，此種手段的必要性，以及被侵犯的權利與該手段所能獲得的利益兩者間的權衡。

107

關於刑罰目的，南非憲法法院強調應報論「並無太大的重要性」，而且「在權衡的過程中不應給與過多的權重。」¹⁰⁸這種價值選擇受到南非民主轉型背景下的 *ubuntu* 精神的影響，¹⁰⁹為透過和解而達到和平與和諧的非洲精神。在民主前景尚未確定之時，為了避免暴力的報復行動與內亂，不同種族之間政治上的和解被認定是最高目標。南非憲法法院與非洲民族議會（African National Congress）大多數的菁英人士都共享此種信念與價值。這點清楚地顯現在首席大法官 Chaskalson 引述的過渡憲法中的「國家團結與和解」條款：

過去的南非充斥著分裂與相互間的鬥爭，而這也引發了暴力衝突而導致嚴重的侵害人權與踐踏人道原則的事件，並孳生憎恨、恐懼、罪惡與復仇的傳統。這部憲法的制訂奠定了基礎，讓南非人民得以超越過去。這些問題現在都可以在渴求瞭解而非復仇的、渴求彌補而非報復，渴求人道而非傷害的基礎上加以對應。¹¹⁰

對首席大法官來說，這種應然面的期待也擴散到刑事司法。¹¹¹藉著將應報與報復或復仇畫上等號，南非憲法法院拒絕承認應報是主要的刑罰目的，並在比例原則的審查中主要審酌「嚇阻犯罪」作為刑罰目的。

*建構式的對話一：必要性原則與最嚴厲的刑罰

關於嚇阻犯罪，南非憲法法院要求政府提出有說服力的證據證明死刑可以嚇阻潛在的謀殺犯，而其嚇阻的程度是無期徒刑所無法達成的。在此，憲法法院引述檢察長為繫爭法律之合憲性答辯的說法：

¹⁰⁷ 關於美國比例原則與其他法域所採用的比例原則之深入討論，可參閱 Vicki Jackson, 'Constitutional Law in an Age of Proportionality' (2015) 124 Yale Law Journal 3094.

¹⁰⁸ Makwanyane (n 錯誤! 尚未定義書籤。) 第 129, 130 段。

¹⁰⁹ 同前引案第 130 段。

¹¹⁰ 同前引案第 130 段。

¹¹¹ 同前引案第 131 段。

並無證據證明長期以來死刑事實上的嚇阻效果比無期徒刑更大。這樣的主張是無法證明的，因為人們永遠不知道是哪些人被嚇阻而放棄犯罪；我們只知道哪些人沒有被成功嚇阻，而那些人犯下了可怕的罪行。¹¹²

對此，憲法法院回答道，此項不可能的任務同時也是不可迴避的任務，因為「像死刑這樣極端而又不可逆轉的刑罰，其嚇阻效果不能只靠猜測。」¹¹³憲法法院要求政府「必須讓我們確信這樣的刑罰是合理而必要的，而對系爭刑罰嚇阻效果之疑慮將導致其合憲之主張之有效性受到侵蝕。」¹¹⁴

南非憲法法院的解釋方法呼應美國大法官 Brennan 在 *Furman* 案提出的意見中所採用的必要性判準。因此值得注意的是，在 *Furman* 案，大法官 Brennan 與首席大法官 Burger 之間的論辯也可以用在 *Makwanyane* 案。如前所述，大法官 Brennan 認為「過當」意指「受審查的刑罰相較於更輕度的刑，並不能更有效地達成刑事目的。」如果適用在死刑，那表示應該問的是，死刑比起較輕的刑罰，例如無期徒刑，是否更有效地達成任何正當的刑罰目的。而這也正是南非憲法法院在 *Makwanyane* 案採用的判斷標準。對於這樣的判斷標準，美國聯邦最高法院首席大法官 Burger 在 *Furman* 案，於不同意見書中提出有力的反駁：

比較不同刑罰的嚇阻作用無法精確測量；將舉證責任移轉給政府只是對一個極為複雜的問題提出虛假的解決方案。如果要求政府接受這樣的判斷標準，而要求證明死刑的嚇阻價值，我們同樣也可以要求政府證明無期徒刑或其他刑罰的比較嚇阻效力。然而，我沒有聽說過有說服力的證據可證明無期徒刑比 20 年的有期徒刑更有嚇阻效果，或者證明 10 美元的違規停車罰單比 5 美元的違規停車罰單更有嚇阻效果。事實上，甚至有人質疑，也許任何刑罰都未必能嚇阻犯罪。如果政府不能舉出有說服力的證據以反駁這樣的主張，是不是說所有的刑罰都構成「殘酷而異常的刑罰」？相反的，我認為必要性判準所要求審查的問題嚴重超出依據憲法增補條文第八條所允許法院審查的範圍。

115

首席大法官 Burger 以上論述包含多個層次的論點，且至少涉及三個議題。首先是法院在高度複雜且屬一般性的政策事實審查中扮演的角色。首席大法官 Burger 的論述影響了大法官 Stewart 在 *Gregg* 案的多數意見，他認為死刑的整體嚇阻效果是「複雜的事實問題，留給立法機關回答較為適當，因為立法機關可以依據各地的情況彈性地評估統計調查的結

¹¹² *Makwanyane* (n 錯誤! 尚未定義書籤。)第 127 段。需留意，這位為系爭法律合憲性答辯的檢察長並非中央政府的官員，因為執政黨非洲民族議會支持廢除死刑。他當時是 Witwatersrand 的檢察長，是獨立執行職務的：Roux (n 99) 240.

¹¹³ *Makwanyane* (n 錯誤! 尚未定義書籤。)第 127 段。

¹¹⁴ 同前引案件。

¹¹⁵ *Furman* (n 8) 395.

果，而法院沒辦法這麼做。」¹¹⁶此事實問題（刑罰邊際嚇阻效果）是否可用實證與統計研究方法獲得解決，此一問題超出本文的範圍。自從 Isaac Ehrlich 在 1970 年代出版他那項深具影響力的著作之後，¹¹⁷經濟學家與犯罪學家對死刑的嚇阻效果有激烈的爭辯，而過去二十年來，正反雙方的文獻都大量出現。近期一項有關嚇阻效果議題的文獻檢討發現在方法論與實體結論上都繼續存在爭議。¹¹⁸這意味著死刑的嚇阻效果既不能確切地被證明有，也不能確切地證明沒有，這跟 1970 年代的狀況並沒有多大的差異。即使這種文獻分析的結論或有爭議，但廣泛政策事實複雜與多變的性質讓美國聯邦最高法院可以正當地主張法院的角色是有限的。其次，如果法院決定進行事實審查，該如何分配說服責任，由於這些事實問題的不確定性，是否要把案件的結果交由舉證責任分配來決定？第三，事實審查與另一個問題也交錯在一起：缺乏邊際嚇阻效益是不是死刑特有的缺陷？或者那是任何嚴厲刑罰的邊際嚇阻效益都無法被證明。如果那不是死刑特有的問題，法院是否能做好準備面對刑罰體系中其他最重的刑罰可能面對類似的挑戰，無論是死刑、不得假釋的無期徒刑，或者例如三十年有期徒刑？¹¹⁹

首席大法官 Burger 的論述，對於透過實質正當程序(substantive due process)挑戰死刑本質合憲性的主張，構成了重要的挑戰。基於此等主張，如果無法證明死刑具備邊際效益，而這並非死刑特有的問題，則一旦對長期有期徒刑進行相同的檢驗，可能導致可供選擇的刑罰類型程度大幅減少，以致於無法面對惡性最為重大的犯罪行為時。Margaret Jane Radin 清楚地明瞭這一點，而提出如何回應此等疑慮的方案：「為避免這樣的結果，死刑必須適用較嚴格的審查標準，而徒刑則適用較不嚴格的審查標準，但是，要依據什麼樣的原則來決定何種程度的審查標準呢？」¹²⁰因此，問題並不僅止於是否應承認生命權為基本權利，而對侵犯此種權利的法律進行嚴格審查。相關的難題在於長期監禁對自由權的侵害為什麼不應進行同等嚴格的審查。為了有效區分審查標準，美國聯邦最高法院可能需要拒絕承認因為長期徒刑而受侵害的自由權非屬基本權利。但這說得通嗎？Radin 再次正確地指出「對於生命/自由權審查標準區別所引發的困難，若要提出讓人滿意的答案，必須承認某些自由權確實屬於基本人權。」¹²¹為了解決此一問題，Radin 選擇不倚賴著重於辨識基本權利的實質正當法律程序。相對的，她訴諸「錯誤風險原則」，這項原則區別死刑與

¹¹⁶ Gregg (n 9) 186.

¹¹⁷ 參閱 Isaac Ehrlich, 'The Deterrent Effect of Capital Punishment: a Question of Life and Death' (1975) 65 American Economic Review 397, 397-417; Isaac Ehrlich, 'Capital Punishment and Deterrence: Some further Thoughts and Additional Evidence' (1977) 85 Journal of Political Economy 741, 741-788; Isaac Ehrlich & Joel Gibbons, 'On the Measurement of the Deterrent Effect of Capital Punishment and the Theory of Deterrence' (1977) 6 Journal of Legal Studies 35, 35-50.

¹¹⁸ Aaron Chalfin & Justin McCrary, 'Criminal Deterrence: A Review of the Literature' (2017) 55 Journal of Economic Literature 5, 28-29.

¹¹⁹ 事實上，除了不得假釋的無期徒刑（LWOP）已有爭議之外，也有人質疑整個長期徒刑制度。參閱 Jacob Bronsther, 'Long-term Incarceration and the Moral Limits of Punishment' (2020) 41 Cardozo Law Review 2369.

¹²⁰ Radin (n 68) 1014.

¹²¹ 同前引著 1015.

長期徒刑的方法在於前者若是錯誤定罪或判刑，會有不可逆轉性與龐大損失。¹²²以她的看法，在 *Gregg* 案與 *Coker* 案確立的憲法增補條文第八條實務見解應採用錯誤風險原則。這項原則有助於提高死刑的審查嚴格程度，而不是比例原則審查下「我們自己的判斷」那種較不嚴謹的標準。Radin 的提議整體上是否可行將取決於錯誤風險原則本身是否能構成單獨鎖定死刑進行嚴格審查的正當理由，而這個問題超出我們討論的範圍。僅管如此，我認為她的方法至少在回應首席大法官 Burger 的疑慮而言，是有意義的。

然而，對南非憲法法院來說，首席大法官 Burger 的批判並不容易對應。有三個原因。首先，比例原則是一套廣泛的審查標準而適用於其憲法上的各種基本權利。必要性原則是此原則之下已確立的子原則，也適用於各種基本權利。其次，生命權（第 11 條）與「人身自由及安全之權利」（第 12 條）兩者在南非憲法中都是基本權利。若主張長期徒刑剝奪自由的問題不在第 12 條的範圍中，則明顯太過牽強。由於這兩項權利具有相等的地位，難以主張為什麼死刑與長期徒刑應該受到不同程度的審查。第三，對南非憲法法院來說，這麼做的困難程度更高。對美國聯邦最高法院來說，應報是可容許的刑罰目的，跟嚇阻效果有相同的地位。就算美國聯邦最高法院關於嚇阻效果的分析有瑕疵，其關於應報的分析仍可能得出結果。然而，對南非憲法法院來說，貶抑應報論導致其未來必須面對審查最嚴厲的刑罰時，應報應占有多少權重之問題。無論如何，其基於必要性原則對於嚇阻的審查，將要單獨承擔最尖銳的批評。實務上來說，*Makwanyane* 案藉由推卸論理難題，留待未來挑戰最嚴厲刑罰之案件，而那樣的案件最終可能出現，也可能不會出現，從而成功地實現統治菁英廢除死刑的理念。

III. 生命權審查

A. 生命權絕對主義：後蘇聯國家的憲法法院

中東歐共產主義的崩解激發世界最大的廢死潮流。等候著前蘇聯加盟國的是擴張中的世界文化環境，在其中個人權利至高的概念成為強而有力的意識型態。¹²³擴張的國際人權體制也讓該項意識型態落實在制度中。領頭的國家，特別是歐洲理事會與歐盟，刻意運用其政治影響力以施壓剛轉型的民主政體加入他們的行列。¹²⁴因此，我們不意外地看到前蘇聯加盟國採用最前衛的生命權審查模式，採用生命權絕對主義。

¹²²同前引著 1017–1030.

¹²³ Matthew D Mathias, 'The Sacralization of the Individual: Human Rights and the Abolition of the Death Penalty' (2013) 118 *American Journal of Sociology* 1246, 1255–1257.

¹²⁴ Agata Fijalkowski, 'Abolition of the Death Penalty in Central and Eastern Europe' (2001) 9 *Tilburg Foreign Law Review* 62.

在 1990 年，就在發動民主轉型的隔年，新設立的匈牙利憲法法院作出 1990 年第 23 號判決，¹²⁵判定死刑本質違憲。憲法法院主要審查 1949 年匈牙利憲法第 54 條第(1)項，該條規定「在匈牙利共和國，所有人均生而享有生命權及人性尊嚴之權利。任何人之此等權利不得被恣意拒斥。」第 54 條第(1)項的文字未必排除對於生命權加以限制的可能性，因為所禁止的是「恣意拒斥」而不是任何「拒斥」。然而憲法法院認定這樣的解讀與第 8 條第(2)項不符，後者規定「在匈牙利共和國，有關基本權利與義務之規範應以法律定之，然而，此等法律不得限制基本權利之根本意義與內容。」基本上，憲法法院認為生命權是「基本權利的根本意義與內容」，而完全不得加以限制。¹²⁶

這樣的解讀有三項原因。首先，如同憲法法院所強調的，「生命權與人性尊嚴之權利構成不可分割也不得限制的基本權利」。¹²⁷其次，生命權與人性尊嚴整合起來屬於「多項其他基本權利的源頭與條件」。¹²⁸第三，這樣的解讀與諸如公民權利及政治權利國際公約第 6 條，以及歐洲人權公約以及其禁止和平時期死刑的 1983 年第 6 號議定書等國際條約之精神是一致的。¹²⁹因此，憲法法院認定死刑本質違憲。這樣解讀是建立在人性尊嚴的絕對保護以及與生命權不可分割之前提上。憲法法院賦予生命權的絕對保障使其已無必要再追問為了刑罰目的死刑是否必要，也不需要再進行比例原則分析。在其協同意見中，大法官 Lábady 與大法官 Tersztyánszky 強調，

人性尊嚴，作為人格與生命的結合，構成人的本質。尊嚴意味著對人類生命之高貴價值之肯定與絕對的尊重：那是我們身為人類的核心尺度。身為一個人，與人性尊嚴這兩者是不能分割的。這兩者都是人類不能讓渡的，具有迫切重要性、且具關鍵重要性的特質。值得活的生命即表示具有身而為人的尊嚴，而且那也是為什麼人的生命與人的尊嚴實際上無法分別處理。¹³⁰

在類似的脈絡下，立陶宛憲法法院與阿爾巴尼亞憲法法院也判定死刑違反生命權與人性尊嚴從而本質違憲。由此推論，即無必要進行比例原則審查。在 1998 年 12 月 9 日作出的編號 2/98 案件判決，立陶宛憲法法院採用很類似匈牙利憲法法院採用的方法。¹³¹在 1999 年編號 65 案件，阿爾巴尼亞憲法法院先以長篇幅解釋阿爾巴尼亞承受國際壓力必須廢除死

¹²⁵ Alkotmánybíróság (AB)[1990] (Constitutional Court) 31 October, Decision 23. 匈牙利憲法法院英文版判決可瀏覽憲法法院的網站。The Constitutional Court of Hungary, 'Decision 23 (1990)' <<http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/179297164CE96B8DC1258382003C36D7?OpenDocument&english>> 2020 年 3 月 5 日瀏覽。The PDF 格式的檔案既未標頁碼，也未標示段碼。以下我引用的資料是用 PDF 檔案顯示的頁碼。

¹²⁶ 同前引案件第 10 頁。

¹²⁷ 同前引案件第 10 頁。

¹²⁸ 同前引案件。

¹²⁹ 同前引案件第 11 頁。

¹³⁰ 同前引案件第 13 頁 (大法官 Lábady 與大法官 Tersztyánszky 協同意見)。

¹³¹ The Constitutional Court of the Republic of Lithuania, Case No 2/98, Vilnius, 9 Dec 1998, s 4.

刑才能符合加入歐洲理事會，¹³²而後判定死刑違反生命權與人性尊嚴之本質。¹³³前蘇聯加盟國法院這一系列的司法裁判彰顯了在 1990 年代成熟的生命權絕對主義。匈牙利憲法法院有數位大法官，包括大法官 Lábady，大法官 Tersztyánszky 與大法官 Sólyom 甚至在其協同意見書中進一步宣稱人性尊嚴與生命權不可分割是先驗的價值，而「非屬法律可管制的範圍」。¹³⁴

*建構式的對話二：生命權的例外

僅管採取如此絕對的生命權論述，時任匈牙利憲法法院主席的大法官 Sólyom 卻有意識到這樣的判決論理有分析上的問題。在協同意見書裡，大法官 Sólyom 指出正當防衛會對如此的論理造成難題。他認為如果生命價值先於經驗，政府根本無權剝奪人命，則正當防衛也無從正當化。政府並無權利剝奪被告的生命，也無權要求被害人忍受可能使其失去生命的攻擊。¹³⁵因此被害人處在沒有政府權力的「自然狀態」¹³⁶。基本上，大法官 Sólyom 主張正當防衛發生在無政府存在的自然狀態下一種必要的「死亡結果分配。」由於那發生在匈牙利憲政與法律秩序之外，所以就法論法，在法律秩序下，生命權仍無例外。

在匈牙利憲法法院作成前述裁判五年之後，於 *Makwanyane* 案，南非憲法法院也處理到相同的問題。當時為死刑辯護的檢察長論述道：「生命權與人性尊嚴並不是絕對的概念」，如果法律承認正當防衛是正當的，「為什麼法律不應承認政府有權剝奪被判有罪的謀殺犯之生命以嚇阻其他可能的謀殺犯呢？」¹³⁷對照於匈牙利憲法法院，南非憲法法院並未認定生命權屬於絕對的，也並未認為正當防衛發生在「自然狀態」或「超出法律處理之範圍」。南非承認正當防衛在法律秩序中有正當的地位。雖然匈牙利憲法法院大法官 Sólyom 否認政府對「死亡的重新分配」有任何權力，但南非憲法法院首席大法官 Chaskalson 明白表示「雖然有時需要在兩個人或更多人當中選擇要保全誰的生命，但是無辜者的生命應優先於侵犯者的生命。」¹³⁸即使有正當理由損害侵犯者的生命權，但正當防衛事由並不會違反政府保障生命權的義務，因為這是被害者生命權與侵犯者生命權衝突之下所做的選擇。應說明者，南非憲法法院在 *Makwanyane* 案引用了匈牙利憲法法院的見解。¹³⁹ 因此可以合理地推論南非憲法法院知道匈牙利憲法法院的生命權絕對性論述。南非憲法法院拒絕將生命權歸屬於「關鍵內容」條款，而有意地拒絕這種方法以避免分析上的難題。而且，南非憲法法院在討論生命權的例外情況時並未只局限在正當防衛。它也承認在

¹³² ALB-1999-3-008, Decision No 65, 10 Dec 1999.

¹³³ *ibid.*

¹³⁴ *Decision 23 (1990)* (n 125) 13, 32.

¹³⁵ 同前引案件第 32 頁。

¹³⁶ 同前引案件。

¹³⁷ *Makwanyane* (n 錯誤! 尚未定義書籤。)第 136 段。

¹³⁸ 同前引案件第 138 段。

¹³⁹ 同前引案件第 83 段。

威脅被綁架肉票的生命時的正當必要情況，戰爭與叛亂，以及警察射擊逃逸的犯人。¹⁴⁰憲法法院承認這些例外情況是正當的，並強調即使在例外情況，政府仍不得使用非必要的致命武力。

B.比例原則之審查：東亞法院

有別於前蘇聯加盟國的法院，東亞新興民主政體，例如台灣與韓國，跟隨日本，採用一種不同的生命權觀點。台灣的大法官與韓國憲法法院都曾經針對死刑提出的挑戰進行生命權的審查。在 1999 年，台灣大法官在 *司法院釋字第 476 號解釋* 中肯定毒品危害防制條例之合憲性，該條例規定製造、運輸及販賣毒品之行為可判處死刑。¹⁴¹大法官會議認定台灣憲法第 15 條揭櫫之生命權應受保障，但是透過比例原則審查，系爭法律是正當的：因為打擊毒品是政府的正當目的，這樣的措施是必要的，而權利的限制也符合衡平。¹⁴²此號解釋中大法官的比例原則分析有些粗略。它大部分的論述著重在於解釋自十九世紀以來中國歷史上對抗毒品的戰爭之重要性，並解釋這樣的犯罪如何對社會造成廣泛而深遠的損害。¹⁴³截至今日台灣大法官尚未認可任何對死刑的新的挑戰。

1.韓國憲法法院的比例原則審查

在本節，本文將著重於韓國憲法法院在 2010 年駁回對死刑提出本質違憲質疑的判決。¹⁴⁴韓國憲法法院採用類似於南非法院的比例分析。事實上，這並非韓國憲法法院第一次支持死刑制度。韓國憲法法院在 1996 年作出類似結論的判決。¹⁴⁵但是 2010 年的判決特別重要，因為那是韓國已鞏固民主，而其憲法法學已達到更成熟的時代。韓國憲法法院維持死刑的判決因此讓民主化有利於廢死之論者失望。¹⁴⁶而且，1998 年起韓國已暫停死刑執行，¹⁴⁷

¹⁴⁰同前引案件第 138–140 段。

¹⁴¹釋字第 476 號解釋。大法官會議釋憲文的英文譯本可瀏覽大法官會議網站：[中華民國司法院大法官會議「解釋」](http://cons.judicial.gov.tw/jcc/en-us/jep03) <<http://cons.judicial.gov.tw/jcc/en-us/jep03>> 2020 年 2 月 21 日瀏覽。

¹⁴²同前引案件理由書第 4 段。

¹⁴³同前引案件理由書第 2 段。

¹⁴⁴22-1(A) KCCR 36, 2008Hun-Ka23, February 25, 2010 (hereinafter KCC 2008Hun-Ka23). 韓國憲法法院官方英文翻譯本可從憲法法院網站下載：<https://english.ccourt.go.kr/site/eng/main.do>.

以下引用之處是基於下載的 pdf 格式官方譯文的頁數顯示。

¹⁴⁵Kuk Cho, 'Death Penalty in Korea: From Unofficial Moratorium to Abolition?' (2008) 3 Asian Journal of Comparative Law 1, 18–20.

¹⁴⁶例如可參閱 Eric Neumayer, 'Death Penalty: The Political Foundations of the Global Trend Towards Abolition' (2008) 9 Human Rights Review 241.

¹⁴⁷David Johnson & Franklin Zimring, *The Next Frontier: National Development, Political change, and the Death Penalty in Asia* (Oxford University Press 2009) 174–188.

而長期暫停死刑執行的情況也讓國際特赦組織將韓國列為事實上廢死國家。¹⁴⁸因此，韓國憲法法院判決延續了死刑的懸置狀態。這很可能是因為韓國法律專業階層與政治菁英對於正式廢死尚無共識。韓國國家人權委員會（The Korean National Human Rights Commission）建議廢除死刑。¹⁴⁹但是從 1999 年起，¹⁵⁰廢除死刑的立法提案已經三次闖關失敗，而且法務部也對於遵循國家人權委員會的建議有所保留。¹⁵¹

在此應特別指出，在韓國憲法第 110 條第(4)項規定，依據戰時法令進行軍事審判者，應保障被判處死刑的刑事被告有權在司法體系中上訴。這意味著韓國憲法並不能完全排除死刑。儘管如此，這並未解決刑法典之下的死刑問題。在此判決中，韓國憲法法院首先承認生命權是「最基本的權利，也是憲法列出各項基本權利的前提條件」，而且必須「盡可能地予以尊重。」¹⁵²接下來，法院必須依據第 37 條第(2)項的一般限制條款進行權衡。更進一步，法院把爭點聚焦，指出若真要認定死刑本質違憲，這項刑罰甚至也不能適用於那些犯下最窮兇惡極的犯罪之人，例如連續殺人犯、害死許多人的恐怖份子，帶頭進行大屠殺，或者預謀殺人犯。¹⁵³與南非憲法法院與其他許多法域很相似的，韓國憲法法院的比例原則包含：(1)目的與手段之間有合理的關聯性，(2)限制最小的要件，或者必要性標準，以及(3)被侵犯的權利與目的之重要性間合乎比例。

2. 對於必要性判斷標準採用制度性方法或邊際效應方法

對於死刑的主要挑戰來自於必要性原則。請回想，就是在這樣的判斷標準之下，南非憲法法院要求政府證明死刑的邊際效益高於無期徒刑，而最終認定死刑本質違憲。相對的，韓國憲法法院對必要性原則的運用，採用作者所稱之「系統性解釋」。系統性解釋與南非憲法法院對必要性原則所採之「邊際效益解釋」不同，差異點在於「系統性解釋」認為刑罰體系本身乃是透過一個體系性的原則所組織起來的。南非憲法法院僅將死刑視為一項特殊的侵害基本權利的政府行為，但韓國憲法法院將死刑視為刑罰體系的一部分，而此體系是透過「罪刑相當原則」所組織起來的。這意味著，針對特定刑罰類型的審查，憲法法院不應該跳過這個組織原則，把特定刑罰類型單獨劃分出來。而應該先審查該組織原則，再審查該特定刑罰類型是否符合該組織原則。韓國憲法法院承認刑罰體系是建立在「對犯罪者課處愈重的刑罰，他或她愈可能放棄犯罪的計畫，因為在他或她的觀點下，刑罰帶來的不利益將超過犯罪獲得的利益」這種合理的推論之上。¹⁵⁴而且，憲法法院也論稱，

¹⁴⁸ Amnesty International, 'Death Sentences and Executions Report (2015)'

<https://www.amnesty.org/en/latest/research/2016/04/death-sentences-executions-2015/> 2016 年 5 月 14 日瀏覽。

¹⁴⁹ Cho (n 145) 2.

¹⁵⁰ Byung-Sun Cho, 'South Korea's Changing Capital Punishment Policy: The Road from de facto to Formal Abolition' (2008) 10 Punishment and Society 171, 191.

¹⁵¹ Cho (n 145) 26.

¹⁵² KCC 2008 Hun-Ka 23, 18.

¹⁵³ 同前引案件第 19 頁。

¹⁵⁴ 同前引案件第 23 頁。

死刑，剝奪人之生命，而生命對人來說是最重要的事物，那比起不得假釋的無期徒刑更嚴重地剝奪犯罪人的法律權利。此外，考量人類求生的本能以及他們對死亡的恐懼，死刑應被視為一種有最強烈嚇阻效果的刑罰，因為它威嚇所有一般公眾以及潛在的犯罪者，而比不得假釋的無期徒刑的效果更強。¹⁵⁵

此種刑罰體系原則的合理性驅使憲法法院尊重立法機關「如果立法機關審酌其本質以及與犯罪、刑罰，以及人類本能間之關係後，決定死刑應獲承認為一種刑罰，此種決定應獲得尊重。」¹⁵⁶其結果是法院將說服責任轉移給提出憲法訴訟的一方。憲法法院表示，「若無顯然的證據，我們不會相信無期徒刑或不得假釋的無期徒刑具有與死刑相同的或更好的嚇阻效果」。¹⁵⁷

3. 應報正義

除了嚇阻之外，應報是另一個刑罰目的，必須在必要性原則下被審查。吾人不難理解為何應報論可以提供堅實的理由支持死刑。回想南非憲法法院廢除死刑的關鍵步驟之一就是削弱應報作為刑罰理由的重要性。相對的，韓國憲法法院賦予嚇阻與應報相等的重要性。特別值得一提的，韓國憲法法院提及應報時，所用的詞語是「公正應報」(just retribution)而不單只是「應報」或「報復」。¹⁵⁸這個語詞將應報與刑罰哲學源遠流長的應報正義傳統連結起來，¹⁵⁹而有別於粗糙的復仇。¹⁶⁰憲法法院接著詳細地闡述死刑如何有助於應報正義，

至於惡性極為重大的犯罪，例如以殘酷的方法殺害許多人，其對被害人合法利益侵害的程度，以及犯罪者對於犯罪應負的極大責任均超過我們能衡量的範圍。想想因為那樣讓人髮指的罪行，被害人家屬那種無法描述的悲痛、痛苦與憤怒，以及一般大眾因此而生的擔憂、恐懼、憤恨，為了實現正義，有必要課處憲政秩序所容許而與犯罪行為非法程度與責任程度相當的嚴厲刑罰。因此，對那些犯罪，最嚴厲的刑罰，也就是死刑，可被認為是透過應報實現正義的適當手段。¹⁶¹

¹⁵⁵同前引案件第 24 頁。

¹⁵⁶同前引案件。

¹⁵⁷同前引案件。

¹⁵⁸在本判決，「公正的應報」出現了兩次。KCC 2008 Hun-Ka 23, 23, 25.

¹⁵⁹關於應報式正義的古典解釋，請參閱 Immanuel Kant, 'The Metaphysics of Morals', 收錄於 Mary J Gregor (ed), *The Cambridge Edition of the Works of Immanuel Kant: Practical Philosophy* (1797 年首次出版, Cambridge University Press 1996) 472–477; GHW Hegel, *Hegel's Philosophy of Right* (Thomas Knox 翻譯, 1821 年首次出版, Oxford University Press 1942) 246. 也可大致參閱 Michael S Moore, *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law* (Oxford University Press 1997).

¹⁶⁰關於應報與復仇之間的差異，參閱 Robert Nozick, *Philosophical Explanations* (Harvard University Press 1981) 366–368; Dan Markel, 'State, Be Not Proud: A Retributivist Defense of the Commutation of Death Row and the Abolition of the Death Penalty' (2005) 40 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 407, 438.

¹⁶¹ KCC 2008 Hun-Ka 23, 23.

憲法法院接著以應報正義進行論述，如果是適用在「惡性極為重大的犯罪，例如以殘酷的方法殺害許多人」，不得假釋的無期徒刑無法達成罪與刑的衡平，「因為犯罪人合法權益因為刑罰而被侵害的程度並未達到犯罪侵害合法權益的程度以及犯罪人的責任程度。」¹⁶²

*建構式對話三：人性尊嚴與生命權

韓國憲法法院判決中的最後一個議題是死刑是否符合韓國憲法第 10 條所規定的人之價值與尊嚴，該條款規定「所有公民之人性價值與尊嚴，以及追求幸福的權利均應受到保障。政府有義務肯定並保障基本而不可侵犯的個人人權」。首先，有別於後蘇聯國家法院，韓國憲法法院拒絕接受剝奪犯罪人生命當然侵害人性尊嚴的主張。從前述有關生命權保障正當例外事由的分析可瞭解其理由。而且，為了回應死刑將犯罪人當作只是「維護公眾安全的工具」這樣的論述，韓國憲法法院主張犯罪人無視刑事法律事先的警告，自己決定犯下惡性的犯罪，就應接受法院依據法律所衡量之相當的刑罰。這樣的刑罰並未將犯罪者當作只是「維護公眾安全的工具」。¹⁶³相反的，那樣的刑罰是犯罪人自己選擇的後果，而且是他/她自主行為的後果。憲法法院這裡的論述有點草率。僅僅已事先警告並不足以使死刑成為犯罪的正義回應。若此論點能夠成立，沒有任何殘酷與非人道的刑罰會侵犯人性尊嚴了，只要在刑法裡面適當明定即可。儘管如此，我們仍可以寬容地解讀這段論述，將其與韓國憲法法院「公正應報」的論理連結在一起。如此解釋之下，一個公正判處的死刑可被視為犯罪人自己的選擇，不只是因為先前的警告，而主要因為符合「罪刑相當原則」，而此原則也是韓國憲法法院「公正應報」的原則所強調的。接著，憲法法院認為只要死刑並未違反一般限制條款，而能通過比例原則的檢驗標準，它就不會違反憲法第 10 條規定的人性尊嚴與人之價值。¹⁶⁴

很顯然地，韓國憲法法院對人性尊嚴與死刑的相對關係之看法與南非憲法法院及後蘇聯國家法院的看法迥然不同。對這些觀點深入批判分析不在本文範圍內。目前作者僅提出一些觀察。首先，在死刑議題上，如何理解人性尊嚴，有強弱不同的觀點。弱觀點下的人性尊嚴，其具體審查內容是由其他既定的審查標準加以填補的。具代表性的觀點是美國聯邦最高法院在 *Gregg* 案的相對多數意見。美國聯邦最高法院將判決前例中的關鍵要素整理為憲法增補條文第八條的「尊嚴原則」，而該原則要求刑罰不得「過當」。「不過當」意指刑罰不得恣意地製造不必要的痛苦，且該刑罰不得與犯罪的嚴重程度顯不相當。換句話說，人性尊嚴是以刑罰的比例原則加以定義的。就這方面來說，韓國憲法法院也呼應這樣的觀點，因為它也利用比例原則審查作為是否違反人性尊嚴的判斷標準之一。

相對的，人性尊嚴的強觀點有較實質的內容，法院可以據以直接認定死刑是不正當的。其內容有哪些呢？首先，人性尊嚴與生命權之間有非常密切的關係。後蘇聯時期的中

¹⁶² 同前引案件第 24-25 頁。

¹⁶³ 同前引案件第 28 頁。

¹⁶⁴ 同前引案件第 27-28 頁。

東歐法院認定兩種概念不可分，而要求絕對的保障。即使這樣的觀點可能產生分析上的難題，但那並不表示這兩個概念無密切關聯性。由於生命權具有異常重要的權重，任何政府作為若超過一個極狹隘的範圍即可能對人性尊嚴尊重不足。接下來的問題在於多特殊的政府作為才可以構成生命權的例外情況呢？生命權是否只能因為保護生命權而構成例外呢？只有急迫的威脅？在一個不是那麼急迫的因果關係下，為了保護未來潛在的受害者之生命呢？因為其他特別重要的利益，例如在戰爭中抵抗外國侵略？因為「斬斷特別的社會之惡的根源」之社會需求」¹⁶⁵，就像日本最高裁判所說的，或者「應報正義」呢？如同之前討論過的，這種強觀點會衍生這些進一步的問題。而這些問題無法單純地透過推論加以合理解答。它們與其所在之社會傳統、文化或期望的價值判斷有密切的關連。

其次，將犯罪者當作「只是工具」。南非憲法法院引用一段很有力量的說法以闡述這一點。就像美國聯邦最高法院大法官 Brennan 在 *Gregg* 案不同意見書中所說的：

死刑合憲性的致命弱點在於它將「人類當作非人，而是當作可以隨意對待並棄置的對象」。因此，它與該項憲法條款的根本基礎不能相容，即使罪大惡極之人也還是具有共通的人性尊嚴。¹⁶⁶

接著，德國憲法法院在無期徒刑案件中也表示：「對人性尊嚴的尊重尤其要求禁止殘酷、非人道與貶抑人性的刑罰。政府不得將犯罪人當作防止犯罪的工具而損害其在憲法上受到保障而享有社會價值與尊重的權利。¹⁶⁷「當作只是工具」的批判同樣地也可追溯至康德（Immanuel Kant）對功效主義的刑法理論之非難。¹⁶⁸只不過，這項主張對於功效主義刑罰論的批判力道高於對於應報論的力道，因為康德自己¹⁶⁹與韓國憲法法院都主張基於應報論的刑罰並沒有把犯人當作工具。南非憲法法院並未處理這個問題，因為它已弱化了應報正義的重要性。然而，對於同時容許應報與嚇阻的法院來說，此等論述值得進一步討論。

第三，非人道與貶抑的處遇。南非憲法法院引用加拿大最高法院在 *Kindler v. Canada* 案的見解，「〔死刑〕是對個人尊嚴最嚴重的侵害，那是終極的體罰，最終而完全的切割，也是絕對而不可回復地割離。〔它是〕人性尊嚴終極的棄絕。」¹⁷⁰這種關於人性尊嚴觀點會回到殘酷刑罰的內涵。無論如何，此類主張已經展現出生命權絕對主義的理念與情感。

結論

¹⁶⁵ Maki (n 54) 158.

¹⁶⁶ Makwanyane (n 錯誤! 尚未定義書籤。) 第 57–59 段。

¹⁶⁷ Makwanyane (n 錯誤! 尚未定義書籤。) 第 57–59 段，援引 45 BVerfGE 187, 1977.

¹⁶⁸ Kant (n 錯誤! 尚未定義書籤。) 473.

¹⁶⁹ 同前引案件第 473–474 頁。

¹⁷⁰ Makwanyane (n 錯誤! 尚未定義書籤。) 第 60 段。

在結論中，我將簡述多層次分析中所含核心論點，同時提出未來值得研究的方向。筆者將世界主要法域的司法判決放入建構式對話中。我的核心論述包含兩點。首先，*Makwanyane* 案論理的關鍵部分，也就是無法證明死刑能通過比例原則下的必要性原則的審查，這點在分析上尚難有定論。就嚇阻的刑罰目的來說，南非憲法法院對於特定類型的刑罰審查時之必要性原則採用「邊際效果解釋」。藉著這種解釋，南非憲法法院成功地認定死刑本質違憲，因為無法證明比起無期徒刑，死刑有更高的邊際效果。然而，透過與美國聯邦最高法院 *Furman* 案，以及韓國 2010 年案件進行建構式的對話，本文闡明，倘若邊際效益證明上的困難並不是死刑特有的問題，則邊際效果解釋可能得出難以接受的結論，意即任何刑罰都不正當。而且，廣泛政策事實的複雜性與多變，亦即死刑或任何最嚴厲的刑罰比起較低的刑罰是否有更高的嚇阻效果，都會引發對於司法在民主政治中扮演角色的正當性疑慮。相反的，韓國憲法法院針對比例原則下的必要性原則，採取「系統性解釋」。韓國憲法法院認為系爭類型的刑罰是刑罰體系的一部分，而在罪刑相當的立法主導原則之下，為了與最嚴重的殺人犯罪相當，死刑可以是正當的。這種解釋途徑妥當處理了比例原則審查之下關於司法適當的功能之疑慮，而且成功地迴避了 *Makwanyane* 案裡的論理難題。但要注意，這未必表示通過系統性解釋下的必要性原則審查的刑罰，不能再基於其它事由加以審查。係爭刑罰仍然可以繼續透過禁止殘酷刑罰，或人性尊嚴原則加以審查。

其次，*Makwanyane* 案的法院所進行的比例原則審查，並未彰顯比例原則審查的中立性與客觀性。相反的，真正對審查結果具有決定性影響的，是死刑本質審查中內涵的特定價值選擇。比例原則的某些倡議者指出，該原則本質上具有中立性、客觀性與合理性。¹⁷¹ 例如，David Beatty 即明確地認為 *Makwanyane* 案的判決很明智地進行比例原則之審查，彰顯出此種審查的中立性與客觀性。Beatty 認為，藉著比例原則，「來自非常不同的背景的法官可以就他們均能同意的事達成合意，甚至是「當代政治中最為複雜也最具爭議性的問題」。¹⁷² 然而，我的分析得出不同的結果。*Makwanyane* 案事實上是建立在價值選擇之上，那樣的結果用中立且客觀的論理是推導不出來的。*Makwanyane* 案的法院採取的關鍵步驟之一是貶抑應報論。這個步驟是清楚的價值選擇而表現了主流的非裔民族議會菁英人士所共有的憲政價值。在其他對死刑存廢尚無共識的社會，該法域中的法院未必能夠效法這項步驟。南非的此種價值選擇與韓國憲法法院對應報正義的正面看法極為不同。南非憲法法院另一項價值選擇在於生命權與人性尊嚴的關係。韓國憲法法院對人性尊嚴與生命權的關係採取一種較薄的觀點；前蘇聯加盟國的法院對此採較厚的觀點，厚到讓法院足以跳過比例原則，而直接宣告死刑違憲。而美國聯邦最高法院與南非憲法法院的立場則介於這兩者之間。

¹⁷¹ David M Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (Oxford University Press 2004) 166–171.

¹⁷² David M Beatty, 'In Praise of Casuistry: Making Hard Cases Easier', in Vicki Jackson & Mark Tushnet (eds), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (Cambridge University Press 2017) 274–275.

本文建構式的對話刻意地忽略這些司法判決的歷史脈絡，藉此進行超越歷史的論理交鋒。然而，一旦揭露複雜的、受價值觀影響的問題本質，我們就應該重新由歷史的觀點進行敘事。本文討論的憲法大多數都是在二次世界大戰後制訂的，因此表達了第二代的生命權的價值觀。美國憲法是唯一在相關條款的架構上表述第一代生命權觀念的。然而美國聯邦最高法院透過憲法增補條文第八條法學實務的「演進的文明標準」將自己從這種觀點中解放出來。美國聯邦最高法院的實務見解發展過程證明了這些深具影響力的司法判決先例做成之時點的重要性。處在 70 年代當時生命權絕對主義興起的關鍵時機，美國聯邦最高法院作出 *Gregg* 案與 *Coker* 案的裁判，從而確立了跨進第二代早期觀點的框架，然而這樣的框架仍有相當彈性讓聯邦最高法院可以在往後數十年一點一點地注入第二代晚期觀點的價值。另一個例子則是日本。日本憲法是在二戰之後制訂的，而日本最高裁判所在憲法生效一年之後作出影響深遠的判決。就憲政民主中司法所扮演的角色而言，這兩個法院都認為殘酷刑罰審查的文化面向，必須帶入一定程度的實證取向的解釋方法，或起碼是石正與規範取向混合的解釋方法。

第二代晚期生命權絕對主義在 1970 年代與 1980 年代開始累積動能，而生命權變成質疑死刑本質違憲的可能理據。到了 1990 年代，生命權絕對主義隨著國際人權運動而進入全盛期。區域或國際上對各國司法裁判的影響力，透過比較法學相互參照而日益增強，例如 *Makwanyane* 案，或者也可能透過直接徵詢的方式，例如歐洲理事會的威尼斯委員會對阿爾巴尼亞憲法法院提出的建議。新的憲法通常表述第二代晚期的生命權觀點。即使在憲法的生命權條款中未賦予絕對的保護，例如匈牙利，但其憲法法院仍能夠依據歐洲區域的規範性期待，在憲法條文中解讀出生命權絕對主義的意涵。後蘇聯國家法院的生命權絕對主義方法雖然在論理上有瑕疵，但確實成功地促成改變。這些法院之所以採取積極態度是因為下列因素：策略上來說，這些法院是在主流統治菁英基於意識型態及/或實務原因的共識支持下才這樣做，儘管社會輿論並不支持；就意識型態來說，多數法官抱持的價值與信念與第二代晚期的生命權觀點是一致的，或者他們認為廢除死刑對於國家更好的前景具有工具性的價值。南非憲法法院則處在另一種不同的區域環境，它採用一種更細膩的比例原則審查，藉以處理達到公眾輿論所反對的結論時，可能產生的激烈爭議。*Makwanyane* 案之所以獲得成功有部分可歸因於，該判決與主流的非洲民族議會菁英人士之信念與價值一致，而另一部分可歸因於憲法法院的有力的論證。與日本最高裁判所及美國聯邦憲法法院不同者，南非憲法法院用看似中立與客觀的比例原則審查來包裝它的論理，但實際採取高度規範取向的殘酷刑罰審查。然而，就如同我主張的，在死刑本質合憲性審查中不可避免的會有價值選擇。這意味著，法院是否應該進行此種無法嚴格透過論理達成的價值選擇，在不同的社會環境下會遇到不同程度的質疑，而這使得實證取向的殘酷刑罰解釋方法對某些法院來說，更為合理。韓國憲法法院的裁判提供寶貴的經驗，正因為它的「系統性解釋」在規範取向強烈的比例原則框架內加入了實證取向解釋的元素。

最後，本文認為，真正驅動生命權發展的並不在於有多無懈可擊的推論，而在於特定社會以及其所處之區域或世界文化環境中的社會、政治與文化變遷。社會學家 Matthew

D. Mathias 即有力地論稱，廢除死刑的潮流，應透過世界文化朝向「個人權利神聖化」的發展加以解釋。如他所說，「完全廢除死刑，表示個人的權利凌駕了政府的主權。」¹⁷³社會理論家 Hans Joas 主張人權發展過程乃是「個人神聖化」思想的發展，也呼應此論。¹⁷⁴然而，本文所研究的亞洲法院離生命權絕對主義仍然有相當距離。這是否意味著，儘管在亞洲的民主政體中生命權保障已有顯著的提升，但是在亞洲的政治想像中，個人仍不具有無上的崇高地位，且個人只能在與社會的相互關係下進入亞洲政治想像？這是有待未來研究探討的重要課題。

¹⁷³ Mathias (n 123) 1257.

¹⁷⁴ Hans Joas, *The Sacredness of the Person: A New Genealogy of Human Rights* (Georgetown University Press 2013).

參考文獻

- Aaron Chalfin & Justin McCrary, 'Criminal Deterrence: A Review of the Literature' (2017) 55 *Journal of Economic Literature*, 5-48.
- Agata Fijalkowski, 'Abolition of the Death Penalty in Central and Eastern Europe' (2001) 9 *Tilburg Foreign Law Review*, 62-83.
- American Law Institute, 'Report of the Council to the Membership of The American Law Institute' (15 Apr 2009).
- Amnesty International, 'Death Sentences and Executions Report (2015)' <<https://www.amnesty.org/en/latest/research/2016/04/death-sentences-executions-2015/>> accessed 14 May 2016.
- Anup Surendranath, 'Life and Personal Liberty', in Sujit Choudhry et al (eds), *The Oxford Handbook of the Indian Constitution* (Oxford University Press 2016), 756-777.
- Bharat Malkani, 'Dignity and the Death Penalty in the United States Supreme Court' (2017) 44 *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 145-201.
- Byung-Sun Cho, 'South Korea's Changing Capital Punishment Policy: The Road from de facto to Formal Abolition' (2008) 10 *Punishment and Society*, 171-205.
- Carol S Steiker & Jordan M Steiker, *Courting Death: The Supreme Court and Capital Punishment* (Harvard University Press 2016).
- Dan Markel, 'State, Be Not Proud: A Retributivist Defense of the Commutation of Death Row and the Abolition of the Death Penalty' (2005) 40 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 407-480.
- David Johnson & Franklin Zimring, *The Next Frontier: National Development, Political change, and the Death Penalty in Asia* (Oxford University Press 2009).
- David M Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (Oxford University Press 2004).
- David M Beatty, 'In Praise of Casuistry: Making Hard Cases Easier', in Vicki Jackson & Mark Tushnet (eds), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (Cambridge University Press 2017), 248-272.
- David Pannick, *Judicial Review of the Death Penalty* (Duckbacks 1983).
- David S Law, 'Why Has Judicial Review Failed in Japan?' (2011) 88 *Washington University Law Review*, 1425-1466.

- Death Penalty Information Center, 'Death Penalty in 2019: Year End Report' <<https://deathpenaltyinfo.org/facts-and-research/dpic-reports/dpic-year-end-reports/the-death-penalty-in-2019-year-end-report>> accessed 20 Feb 2020.
- Edward Feser & Joseph M Besette, *By Man Shall His Blood Be Shed: A Catholic Defense of Capital Punishment* (Ignatius Press 2017).
- Elizabeth Wicks, *The Right to Life and Conflicting Interests* (Oxford University Press 2010).
- Eric Neumayer, 'Death Penalty: The Political Foundations of the Global Trend Towards Abolition' (2008) 9 Human Rights Review, 241-268.
- GHW Hegel, *Hegel's Philosophy of Right* (Thomas Knox tr, first published 1821, Oxford University Press 1942).
- Hans Joas, *The Sacredness of the Person: A New Genealogy of Human Rights* (Georgetown University Press 2013).
- Immanuel Kant, 'The Metaphysics of Morals', in Mary J Gregor (ed), *The Cambridge Edition of the Works of Immanuel Kant: Practical Philosophy* (first published 1797, Cambridge University Press 1996), 353-604.
- Isaac Ehrlich, 'The Deterrent Effect of Capital Punishment: a Question of Life and Death' (1975) 65 American Economic Review, 397-417.
- Isaac Ehrlich, 'Capital Punishment and Deterrence: Some further Thoughts and Additional Evidence' (1977) 85 Journal of Political Economy, 741-788.
- Isaac Ehrlich & Joel Gibbons, 'On the Measurement of the Deterrent Effect of Capital Punishment and the Theory of Deterrence' (1977) 6 Journal of Legal Studies, 35-50.
- Jacob Bronsther, 'Long-term Incarceration and the Moral Limits of Punishment' (2020) 41 Cardozo Law Review, 2369-2433.
- James Q Whitman, 'On Nazi "Honour" and the New European "Dignity"', in Christian Joerges & Navraj Singh Ghaleigh (ed), *Darker Legacies of Law in Europe* (Hart Publishing 2003), 243-266.
- Jimmy Chia-Shin Hsu, 'Right to Life', in David Law, Holning Lau & Alex Schwartz (eds), *Oxford Handbook of Constitutional Law in Asia* (Oxford University Press, forthcoming). Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3752240>> accessed 20 May 2021.

- John M Maki, *Court and Constitution in Japan: Selected Supreme Court Decisions 1948-60* (University of Washington Press 1964).
- Joseph Cardinal Bernardin, *A Consistent Ethics of Life* (Sheed & Ward 1988).
- Justin McCurry, 'Calls to Abolish Death Penalty Grow Louder in Japan' *The Guardian* (21 Sep 2016) <<https://www.theguardian.com/world/2016/sep/21/calls-abolish-death-penalty-grow-louder-japan>> accessed 20 Aug 2021.
- Keith Jurow, 'Untimely Thoughts: A Reconsideration of the Origins of Due Process of Law' (1975), 19 *American Journal of Legal History*, 265-279.
- Kevin M Barry, 'The Death Penalty & the Dignity Clauses' (2017) 102 *Iowa Law Review*, 383-396.
- Kuk Cho, 'Death Penalty in Korea: From Unofficial Moratorium to Abolition?' (2008) 3 *Asian Journal of Comparative Law*, 1-28.
- Mai Sato, *The Death Penalty in Japan: Will the Public Tolerate Abolition* (Springer 2014).
- Margaret Jane Radin, 'The Jurisprudence of Death: Evolving Standards for the Cruel and Unusual Punishments Clause' (1978) 126 *University of Pennsylvania Law Review*, 989-1064.
- Matthew D Mathias, 'The Sacralization of the Individual: Human Rights and the Abolition of the Death Penalty' (2013) 118 *American Journal of Sociology*, 1246-1283.
- Matthew H Kramer, *The Ethics of Capital Punishment: A Philosophical Investigation of Evil and Its Consequences* (Oxford University Press 2011).
- Matthew Matusiak et al, 'The Progression of 'Evolving Standards of Decency' in U.S. Supreme Court Decisions' (2014) 39 *Criminal Justice Review*, 253-271.
- Max du Plessis, 'Between Apology and Utopia-The Constitutional Court and Public Opinion' (2002) 18 *South African Journal of Human Rights*, 1-40.
- Michael S Moore, *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law* (Oxford University Press 1997).
- Micheline R Ishay, *The History of Human Rights: From Ancient Times to the Globalization Era* (University of California Press 2004).
- Nicole Winfield, 'Pope Francis Rules Out Death Penalty in Change to Church Teaching' *Chicago Tribune* (2 Aug 2018) <<https://www.chicagotribune.com/nation->

- [world/ct-pope-death-penalty-inadmissible-20180802-story.html](http://world.ct-pope-death-penalty-inadmissible-20180802-story.html)> accessed 17 Mar 2020.
- Paolo G Carozza, “‘My Friend Is a Stranger’: The Death Penalty and the Global Ius Commune of Human Rights’ (2003) 81 Texas Law Review, 1031-1090.
- Petra Schmidt, *Capital Punishment in Japan* (Brill 2002).
- Prudence Flowers, *The Right-to-life Movement, The Reagan Administration, and the Politics of Abortion* (Palgrave 2019).
- Robert C Post, ‘Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law’ (2003) 117 Harvard Law Review, 4-112.
- Robert Nozick, *Philosophical Explanations* (Harvard University Press 1981).
- Roger Hood & Carolyn Hoyle, *The Death Penalty: A Worldwide Perspective* (5th ed., Oxford University Press 2015).
- Shigenori Matsui, ‘Why is the Japanese Supreme Court so Conservative?’ (2011) 88 Washington University Law Review, 1375-1423.
- Takakazu Murakami, ‘Over 80% Accept Death Penalty in Japan as “Inevitable”: Government Poll’ *The Mainichi* (18 Jan 2020) <<https://mainichi.jp/english/articles/20200118/p2a/00m/0na/010000c>> accessed 21 Feb 2020.
- The Constitutional Court of Hungary, ‘Decision 23 (1990)’ <<http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/179297164CE96B8DC1258382003C36D7?OpenDocument&english>.> accessed 5 Mar 2020.
- Theunis Roux, *The Politics of Principle: The First South African Constitutional Court 1995–2005* (Cambridge University Press 2013).
- Thomas Desch, ‘The Concept and Dimensions of the Right to Life’ (1985) 36 Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht und Völkerrecht, 77-118.
- Tom Bingham, *The Rule of Law* (Penguin Books 2010).
- Vicki Jackson, ‘Constitutional Law in an Age of Proportionality’ (2015) 124 Yale Law Journal, 3094-3196.
- Victor V Ramraj, ‘Four Models of Due Process’ (2004) 2 International Journal of Constitutional Law, 492–524.
- William A Schabas, *The Death Penalty as Cruel punishment and Torture: Capital Punishment Challenged in the World’s Courts* (Northeastern University Press 1996).