



法庭之友意見書

案號：111年度憲民字第904052號

法庭之友 台北律師公會

法定代理人 張志朋

1 為法規範憲法審查暨暫時處分，提出法庭之友意見事：

2 應揭露事項

3 一、相關專業意見或資料之準備或提出，並無與當事人、關係人或其
4 代理人有分工或合作關係。

5 二、相關專業意見或資料之準備或提出，並無受當事人、關係人或其
6 代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。

7 理由之摘要

8 一、死刑可適用之犯罪，至少應限縮在「情節最重大之罪」，並採取
9 最嚴格之憲法審查標準。

10 二、精神或智能障礙者不應被判處死刑，且無需區分是否已然達到
11 完全喪失或顯著降低之程度。

12 三、科處死刑應遵循最嚴格之正當法律程序，詳如下述。

13 理由

14 因本件議題眾多，鈞院公告之爭點題綱一部份諒有眾多法庭之
15 友表示意見，本會茲僅就爭點題綱二表示本會意見如下：

16 壹、關於適用死刑之犯罪類型

17 一、死刑可適用之犯罪，至少應限縮在「情節最重大之罪」：

18 （一）死刑涉及對生命權之侵害，應採取最嚴格之審查標準：

19 人民生存權應予保障，為憲法第15條所明定。且憲法保
20 障之所有人所得享有之基本權，均以生命存在為前提。死刑

1、之執行，係剝奪憲法上所保障之所有基本權利，又因具有不可回復性，請 鈞院以「最嚴格」之審查標準進行比例原則之憲法審查。亦即，以死刑作為刑罰之目的，應為最迫切之政府利益，且 鈞院應就有死刑之法規範進行具體及詳盡之檢視，必須是採取死刑之手段與目的之間，具有最嚴密剪裁關係，毫無其他同等有效之更小侵害手段，始可以死刑作為刑罰之手段。

8 (二) 國際人權條約之要求，應為「情節最重大之罪」：

9 是公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）第6條第2
10 項前段即以：「凡未廢除死刑之國家，非犯情節最重大之罪，
11 且依照犯罪時有效並與本公約規定及防止及懲治殘害人群罪
12 公約不牴觸之法律，不得科處死刑。」即屬上開標準之具體
13 化規定，又依《公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權
14 利國際公約施行法》（下稱兩公約施行法）第2條規定：「兩公
15 約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」上開就
16 科處死刑限於「情節最重大之罪」之要求與限制，具有憲法
17 及法律層級，應係 鈞院就死刑法規範憲法審查，及確定個
18 案適用法律是否合乎憲法要求之標準。

19 二、「情節最重大之罪」之判準：

20 至於何謂「情節最重大之罪」，除刑法規範所保護之法益，
21 應屬最重大之外，個案犯罪情節有關事由、罪責及該被告之
22 一般情狀事宜，亦應均為該罪名之犯罪行為中，最重大情形，
23 始足當之。經檢視現有法規範，共有9部法律、50餘個法條設
24 有死刑規範，謹提出可能的判斷標準，供 鈞院參酌：

25 (一) 以故意殺人與否，作為判斷標準：參酌兩公約之規範意旨及
26 人權事務委員會第36號一般性意見之解釋內容，所謂「情節
27 最重大之罪」，至少應係涉及故意殺人之極嚴重罪行。人權事

1 務委員會第36號一般性意見第35段亦指稱：「僅限於涉及故意
2 殺人的極嚴重罪行。在第六條的架構內，未直接和故意導致
3 死亡的罪行，如謀殺未遂、貪腐及其他經濟和政治罪行、武
4 裝搶劫、海盜行為、綁架以及毒品和性犯罪儘管具有嚴重性
5 質，但絕不能作為判處死刑的理由。」然我國現存死刑法律
6 中，如毒品危害防制條例第4條第1項，製造、運輸、販賣第
7 一級毒品；刑法第185條之1第1項前段規定以強暴、脅迫或其
8 他非法方法劫持使用中之航空器或控制其飛航者，均可處死
9 刑，然未必與生命法益具有最密切之關聯，似均未必是情節
10 最重大之罪。此外，造成死亡之加重結果犯，於現行法律中，
11 起心動念並非故意殺人，而係故意為危險行為，並過失導致
12 死亡結果，應非情節最重大之罪。如刑法第185條之1第2項，
13 就非法劫持使用中航空器，導致死亡結果；刑法第347條第2
14 項擄人勒贖致死，可處死刑之規定，就造成死亡結果部分並
15 無故意，是否為「情節最重大之罪」，似均待商榷。

16 (二) 以故意殺人之規模、方式，而為判斷標準：除刑法規定之殺
17 人罪外，殘害人群治罪條例第2條第1項亦規定：「意圖全部或
18 一部消滅某一民族、種族或宗教之團體，而有左列行為之一
19 者，為殘害人群罪，處死刑、無期徒刑或七年以上有期徒
20 刑：…」具有死刑之規定。與之相比，刑法第103條第1項通
21 謀開戰端罪挑起他國與我國之戰爭，將使我國國民處於受到
22 武器攻擊之危險下，對於國民之生命法益構成具體危險，似
23 較一般殺人之情節更為重大，而可能屬於「情節最重大之罪」。
24 然國際刑事法院羅馬規約（下稱羅馬公約）第77條第1項針對
25 大規模種族屠殺及危害平民事件，可判處之刑罰為「有期徒
26 刑，最高刑期不可超過三十年；或無期徒刑，以犯罪集為嚴
27 重和被定罪的個人情況面證明有此必要的情形為限。」即便

1 其嚴重程度遠高於單純殺害一人之殺人罪行，然羅馬公約仍
2 不存在死刑之處罰規定，亦供 鈞院參酌。

3 (三) 殺人罪結合犯之法益侵害，較一般殺人罪之情節重大：我國
4 刑罰中，尚有結合犯之規定。亦即除殺人之犯行外，尚成立
5 其他獨立犯罪行為，如強盜、強制性交等情形，該犯罪行為
6 就法益之侵害，係於殺人前尚有其他重大法益侵害，與刑法
7 殺人罪相較，當處更重大之罪。以此觀之，普通殺人似無法
8 成立「情節最重大」，抑或刪除結合犯規定，回歸數罪併罰以
9 為論斷，就此是否有當，尚請 鈞院參酌。

10 (四) 仍應考量被告之一般情狀：最高法院112年度台上字第4689號
11 刑事判決業已指出：「所犯是『情節最重大之罪行』，係法院
12 得量處死刑之必要條件，而非充分條件，不能僅因犯罪情狀
13 極度嚴重，即謂應一律科處死刑，以免完全侵蝕法院審酌行
14 為人個別情狀之裁量空間。」(最高法院 112 年度台上字第
15 4688、1291、1784、825及505號刑事判決亦同此旨)，是即便
16 所犯為「情節最重大之罪」，法院於個案中，仍應審查與行為
17 人相關之一般情狀，以為綜合判斷。

18 (五) 就 鈞院所列爭點：「根據我國憲法，其適用之犯罪類型是否
19 有應限縮之處？或僅得適用於哪些犯罪類型？」謹表達意見
20 如上。至原因案件所涉及之相關罪名，包括：刑法第226條之
21 1妨害性自主殺人之結合犯、第271條第1項普通殺人罪、第
22 332條第1項強盜殺人之結合犯、第348條第1項擄人勒贖殺人
23 罪之結合犯是否違憲，亦請依上開標準，以最嚴格之審查標
24 準予以審查。

25 三、「情節最重大之罪」之標準係憲法比例原則之具體化，應溯及
26 適用所有案件為妥：

1 兩公約施行法雖於98年4月22日制定公布、同年12月10日始
2 開始施行，然公政公約所稱「情節最重大之罪」的標準，並非
3 於斯時之後始以適用。如前已述及，生命權剝奪之憲法審查，
4 應採取「最嚴格」之審查標準，「情節最重大之罪」係比例原
5 則實際操作至死刑規範之具體化標準。就憲法層次而言，本為
6 立法者制定刑罰規範、法官依法審判所應遵循之規範，並無因
7 為時間不同，而有憲法審查標準之差異。

8 貳、關於適用死刑之被告範圍

9 一、精神或智能障礙者不應被判處死刑：

- 10 (一) 依兩公約施行法第2條、第3條規定，兩公約具有國內法之效
11 力，適用時應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解
12 釋。故 鈞院若認死刑制度合憲，採取合憲性解釋於適用兩
13 公約相關規定時，仍應一併參照其立法意旨及人權事務委員
14 會之解釋。而所謂人權事務委員會之解釋，指的是包括其所
15 作之一般性意見、各國報告之結論性意見及個人申訴所作的
16 決定¹。
- 17 (二) 兩公約雖無針對精神或智能障礙者不得判處或執行死刑之直
18 接明文規範，然公政公約第36號一般性意見第49點以：「締約
19 國應避免對於面臨特殊障礙難以在與他人平等的基礎上進行
20 自我辯護的個人，如存在嚴重社會心理和心智障礙而阻礙其
21 進行有效辯護的個人，以及道德可非難性有限的個人判處死
22 刑」；再者，人權事務委員會於1996年 *R. S. v. Trinidad and*
23 *Tobago* 個案申訴決定已指明締約國不得對精障者執行死刑，
24 另分別於1995年針對美國的國家人權報告、2008年針對日本
25 的國家人權報告審查時，表達「應保護精神障礙者免於被科

¹ 林慈偉，從公政公約觀點談精神障礙與死刑裁判－兼評最高法院 104 年度台上字第 2268 號刑事判決，全國律師，第19卷第11期，17頁，2015年11月。

1 處死刑」、「對精神障礙者執行死刑是不人道的作法」²。由人
2 權事務委員會於前揭文件中所作出之闡述，可知其已明指對
3 智能障礙及精神障礙者判處或執行死刑，即牴觸公政公約第6
4 條「恣意剝奪生命權」，我國法院應受到拘束³。

5 (三) 我國於102年邀請國際獨立人權專家所為之審查結論性意見與
6 建議第57項：「直到完全廢除死刑之前，中華民國(臺灣)政府
7 應確保所有與判處及執行死刑相關的程序與實質保護措施被
8 謹慎的遵守。特別是心理或智能障礙者不得被判處死刑和執
9 行死刑。」而上開審查國家報告，基於本質上屬於國際獨立
10 專家通過的結論性意見與建議，因我國國際地位困境，實質
11 上應認取代人權事務委員會之結論性意見，屬於兩公約施行
12 法第3條所稱之人權事務委員會解釋⁴，進而 鈞院於適用公政
13 公約第6條等相關規定時，請一併參照之。

14 (四) 此外，尚有其他國際文件及相關委員會之決議解釋強調不得
15 對精神或智能障礙者判處及執行死刑，如1984年5月25日聯合
16 國經濟及社會理事會決議公布之「保障死刑犯人權保證條款」，
17 其中第3點增列對於精神障礙者不得執行死刑之規定，復於
18 1989年作成第1989/64號決議，明白建議各國排除對精神障礙
19 或心智能力欠缺者判處或執行死刑；嗣2005年聯合國人權委
20 員會關於死刑問題之2005/59決議，其中第7項第3點，亦呼籲
21 尚未廢除死刑或仍在執行的國家，不要對任何患精神疾病或
22 心智欠缺者判處或執行死刑。上開見解應可認為屬於習慣國
23 際法而得於我國法院適用之⁵。

24 (五) 過往實務上已有援引上開見解，作為不得判處死刑之判決依

² 翁國彥，當精障者捲入死刑案件：就審能力、精神鑑定與精神障礙，死刑的重量，2020年10月，頁193。

³ 翁國彥，同上註，頁194。

⁴ 廖福特，「公民與政治權利國際公約」國內法化之影響：最高法院死刑相關判決之檢視，國立臺灣大學法學論叢，第43卷特刊，第937頁，2014年11月。

⁵ 廖福特，同前註，第936頁。

1 據，如最高法院102年度台上字第4289號刑事判決、臺灣彰化
2 地方法院107年度重訴字第13號刑事判決、最高法院104年度
3 台上字第2268號刑事判決⁶。

4 二、刑法第19條第2項「行為時辨識行為能力顯著降低」之判斷標準，
5 以及「得減輕其刑」之效果，仍可能使精神或智能障礙者被判
6 處死刑，違反憲法對於精神或智能障礙者生命權之保障：

7 (一) 基於「無罪責即無刑罰」之原則，「罪責」乃是刑罰宣告之基
8 礎前提。特別是死刑之宣告，由於將剝奪被告之生命權且具
9 有不可回復之特性，詳盡調查被告行為時是否具有責任能力，
10 避免對缺乏完整責任能力之人量處死刑，以遵守國際人權公
11 約所揭示之意旨（詳如前述），應是死刑宣告前應遵守之必要
12 程序要求。

13 (二) 被告是否具有完整之辨識能力，因涉及對精神與心理狀態之
14 評估，而法院就此部分亦欠缺專業，故委由專業機構、精神
15 科醫師或心理師協助鑑定，以利確認被告行為時之精神或心
16 智狀態，實為必要之正當程序。然而，我國歷來司法實務對
17 於法定刑包含死刑之重大案件被告，卻尚未將精神或心理衡
18 鑑作為牽涉死刑爭議案件之法定必要程序，而僅屬法庭活動
19 中可選用之證據調查方法之一，導致在此類案件中仍存有以
20 一般證人證述之方式（例如透過證人證述被告平日之生活狀
21 況），作為認定被告是否具有責任能力之情形。此情易使有關
22 刑法第19條有關行為人辨識能力是否已達「不能辨識」或
23 「顯著降低」之認定，淪為他人對被告的精神或心智狀態之
24 主觀認知或感受評價，而有違憲法上正當法律程序之要求。

25 (三) 此外，縱使法院透過精神或心理衡鑑等方式囑託專家或機關

⁶ 除援引之外，判決亦有提及精神或智能障礙者基於理解不足，實際上與未成年人無異：「抑且我國刑法第63條並明文規定未滿18歲人犯罪者，不得處死刑或無期徒刑，是精神障礙或其他心智欠缺者對於刑罰之理解不足，實際上與未成年人無異，自應亦本於相同意旨，審慎斟酌，俾符上開公政公約之精神。」

1 對被告於行為時之精神或心智狀態為鑑定，然因現行刑事訴
2 訟法未開放被告私選專家出具鑑定意見，且於囑託機關鑑定
3 時，亦僅要求鑑定人於鑑定前具結或於書面報告上具名，且
4 未必到庭接受交互詰問之檢驗（112年12月15日新修正刑事訴
5 訟法第206條第4項、第208條第1、第3項參照），更未建立鑑
6 定人選定與利益迴避、鑑定機構獨立性評估、被鑑定人知情
7 同意、鑑定應調查及應記載事項等程序規範⁷，致使精神或心
8 理衡鑑結果在審判實務中，形同是免受外部監督之法定傳聞
9 例外，卻又可對法院心證產生重大關鍵之影響，核其正當法
10 律程序應顯有缺漏，尚難正當化對被告生命權之剝奪。

11 （四）聯合國人權事務委員會亦曾於對公政公約締約國日本政府於
12 2014年提交之第六次定期報告（CCPR/C/JPN/6）所做成之結
13 論性意見中指明：日本政府就決定面臨死刑者是否處於精神
14 失常狀態之精神狀況檢查欠缺獨立性，並要求該政府必須建
15 立獨立審查面臨死刑者之精神健康狀況。由此結論性意見更
16 可凸顯：被告精神狀況之檢視，應係屬死刑宣告前必要之程
17 序，足供我國參考⁸。

18 （五）又刑法第19條第2項所謂辨識能力「顯著減低」，就死刑宣告
19 而言，由於牽涉人民生命權，其否符合法律要件之明確性，
20 更應受較為嚴格之審查。惟就精神或心理衡鑑上，被告行為
21 時應達何種精神或心理狀態之失常程度始屬「顯著」？是否
22 有明確之判斷條件或精神醫學、心理衡鑑方法可資遵循？如
23 屬適應障礙等相對輕微等情形，是否仍得判處死刑？由於目

⁷ 請參吳建昌、劉靜婷（2022），〈刑事司法精神鑑定之挑戰與期待〉，臺大法學論叢第51卷第4期，頁1667-1773。其中內文即指明，有關精神鑑定之資料蒐集，可蒐集過去精神科評估與治療、過去心理衡鑑資料、醫院或診所病歷資料、學校資料、受僱及職業評估資料、身心障礙手冊資料、服役紀錄、本次訴訟案件證物與證人陳述、過去犯案史、被鑑定人本人撰寫之日記、網誌或其他社群媒體發言等。這些資料可以補充既有資料不足之處，減少回憶時可能的錯誤，通常也因其建立時被鑑定人尚未涉案，較能夠反映出被鑑定人在涉案前之真實狀況。

⁸ 請參林慈偉（2015），〈從公政公約觀點談精神障礙與死刑裁判—兼評最高法院104年度台上字第2268號刑事判決〉，《全國律師》第19卷第11期，頁20。

1 前我國均無更細節性之規範，恐欠缺司法審查之可操作性，
2 而有違反法律明確性之疑慮。

3 (六) 縱使 鈞院認為死刑合憲，然受死刑宣告之對象仍應有所限
4 制，應僅限於具有完整辨識能力，且責任能力亦充足完備之
5 人。又刑法第19條第2項有關行為時因精神障礙或其他心智缺
6 陷致辨識能力「顯著減低」之規定，就死刑之宣告而言，由
7 於目前法律未明定應踐行精神與心理衡鑑，且完全未建立建
8 立鑑定人選定、鑑定單位獨立性評估、鑑定應調查及記載事
9 項之正當法律程序，故現行制度尚難從保障被告受妥適審判
10 之基本權，更無從正當化生命權之剝奪，其規範不足之情形
11 應已該當違憲之程度。

12 (七) 至於目前我國於牽涉死刑案件之訴訟中，被告是否具有理解
13 與辨識法庭活動，並與辯護人討論案件之「就審能力」；以及
14 於死刑執行時，被執行人是否確無「心神喪失」之情狀，而
15 符合刑事訴訟法第294條及第465條之規範，現行法規亦未要
16 求先行透過精神或心理衡鑑之方式詳予調查，亦有過度侵害
17 人民生命權及受正當程序保障之情事，併此敘明。

18 三、 憲法生命權對禁止宣告精神或智能障礙者死刑之要求，並未區
19 分「喪失」或「顯著降低」：

20 (一) 行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識或辨識能力
21 顯著降低，其法律效果僅為「得減輕其刑」，並非應減輕其刑，
22 而使精神或智能障礙者，仍可能在法官裁量下被判處死刑，
23 違反憲法對精神或智能障礙者聲明權之保障。

24 (二) 然而不管是兩公約及人權事務委員會之解釋、落實國際人權
25 公約初次報告之審查國際獨立專家通過的結論性意見與建議，
26 抑或是其他國際文件及相關委員會之決議之規定，皆未對精
27 神或智能障礙者辨識能力之高低作出要求。公政公約第36號

1 一般性意見第49點係禁止對「面臨特殊障礙難以在與其他人
2 平等的基礎上自我辯護的個人」宣告死刑，並未要求個人須
3 達完全無法自我辯護之情形方不能宣告死刑。

4 (三) 不論「喪失辨識能力」，或「辨識能力顯著降低」之精神或智
5 能障礙者，應均不得宣告死刑，始符合憲法對於生命權之保
6 障。

7 四、 綜上所述，就死刑之宣告而言，行為時凡有精神障礙或其他心
8 智缺陷，致不能辨識或辨識能力顯著降低之行為者，皆不應被
9 宣告死刑，使能符合憲法保障生命權之意旨。

10 參、 關於死刑之配套程序

11 生命權的限制，係對人身自由最嚴重之限制且達剝奪之程度，
12 已如前述。如 鈞院認為死刑制度合憲，因所限制之人身自由
13 已達剝奪之程度，則相關限制所應踐行之程序，仍應受最嚴格
14 之正當程序保障，始合乎憲法意旨。以下謹就科處死刑所應遵
15 循之正當法律程序，向 鈞院陳明。

16 一、 偵查中應行強制辯護：

17 (一) 刑事正當法律程序及充分防禦權之憲法保障，非僅侷限於刑
18 事被告受法院審判之階段，而係自人民因犯罪嫌疑而受到犯
19 罪偵查時起，即應受到有效之保障，其中應包括被告或犯罪
20 嫌疑人享有由辯護人為其有效協助與辯護之權利（憲法法庭
21 111年憲判字第7號判決理由，第12段參照）。

22 (二) 正當法律程序之實踐，係基於憲法保障人民人格尊嚴，使人
23 民得以自主決定其生活之意旨，而確保被告得以程序主體地
24 位參與刑事追訴程序（而非在程序中淪為國家權力行使之客
25 體）。在刑事追訴程序中，只有確保被告的主體性，使其有立
26 於主動、與國家控訴機關對等之地位，其才有防禦國家追訴
27 之可能。如被告僅為程序的客體任由國家公權力擺佈，而無

1 自主決定之餘地，則憲法第8條、第16條所揭諸之正當法律程
2 序及訴訟權保障，均屬空談。

3 (三) 被告為了避免淪為國家公權力擺佈之客體，唯一可仰仗的，
4 就是依照刑事訴訟法第27條之規定，選任與檢察官具有同樣
5 專業知識的辯護人協助自己進行防禦，而據以捍衛受憲法所
6 保障之人身自由及正當法律程序保障的防線。是以，被告在
7 偵查中是否享有由辯護人為其有效協助與辯護之權利，直接
8 影響偵查階段是否落實正當法律程序之判斷。

9 (四) 又被告之供述為法定證據方法之一，則被告之供述過程是否
10 有受辯護人有效協助與辯護，攸關相關供述證據是否有依正
11 當法律程序取證之判斷。尤其在刑事訴訟實務上，偵查中被
12 告接受檢、警詢問、訊問之筆錄，往往是被告遭論罪科刑的
13 重要證據，過往亦不乏被告在審判時否認犯罪，但法院以被
14 告在偵查中所為之供述，作為論罪依據，並科處死刑定讞之
15 案例（如蘇建和、鄭性澤案，以及本次聲請 鈞院裁判的原因
16 案件之一的邱和順案等）。

17 (五) 因我國並無偵查中強制辯護規定，人民即便因得科處死刑之
18 犯罪嫌疑而受檢警調查，在偵查階段可能完全未受辯護人之
19 協助即遭起訴。偵查中被告未受辯護人協助情況下所為之供
20 述可作為對被告不利認定而科處被告死刑之證據，此已成為
21 我國就科處死刑案件的配套程序中，對人民受憲法保障之正
22 當法律程序及辯護權保障的最大漏洞。

23 (六) 「公政公約」第14條第3項4款後段之中文作准文本雖記載：
24 「審判被控刑事罪時，被告一律有權平等享受下列最低限度
25 之保障：……四、……法院認為審判有此必要時，應為其指
26 定公設辯護人，如被告無資力酬償，得免付之；」，似認國家
27 提供法律扶助之機會，僅限於在法院的「審判時」，惟「公政

1 公約」的英文作準文本，第14條第3項4款後段則是規定：“to
2 have legal assistance assigned to him, in any case where the
3 interests of justice so require, and without payment by him in any
4 such case if he does not have sufficient means to pay for it”，並未
5 將為被告指定辯護人的主體限於「法院」，而指定之時機也僅
6 要求出於“the interests of justice so require”，並不限於「審判時
7 有必要」的狀況，是以在英文作準文本的規範理解下，被告
8 受國家指定辯護人為其辯護的狀況，並不僅限於「審判時」。

9 (七) 在前開對「公政公約」作準文本的理解下，人權事務委員會
10 除於第6號一般性意見乃強調，判處死刑時：「公約規定的程
11 序保障必須被遵守，其中包含受獨立法院進行公正的審判、
12 無罪推定原則、對被告的最低限度保障，以及再接受上級法
13 院審判等」(第7段)，上開所稱的「最低限度保障」顯然就包
14 括「公政公約」第14條第3項的規定，而人權事務委員會另在
15 多個人民申訴救濟案件多次重申，死刑被告在刑事案件的全
16 部過程，均享有受有效辯護協助的權利，且此權利不僅僅適
17 用於審判及相關上訴，還適用於與案件相關的任何初步調查
18 程序 (preliminary hearing)。

19 (八) 由上可知，依照公政公約第6條及第14條之規定，於偵查中均
20 應受辯護人實質有效之協助，此為法律之要求，偵查機關自
21 應落實，始可謂已盡正當法律程序之要求。且因我國於56年
22 即由當時之常駐聯合國代表團常任代表劉鏞大使代表政府簽
23 署「公政公約」，而依當時已公布的維也納條約法公約 (The
24 Vienna Convention on the Law of Treaties) 草稿 (現已取得習慣
25 國際法地位) 認為國際成員「簽署」條約後，已對該成員即
26 須真誠地 (in good faith) 不妨礙條約目的之達成，而依人權
27 事務委員會第24號一般性意見第8段之意見，公政公約第14條

1 為確保人民受公平審判之權利為具有習慣國際法地位之條款
2 (附件1參照)。

3 (九) 因本件所有原因案件偵查起始日期，均發生於56年簽署「公
4 政公約」後。本件原因案件中，如判決係以被告未經辯護人
5 協助下做成之筆錄作為不利認定之依據者，相關判決結果不
6 僅違反正當法律程序，更因違反「公政公約」確保人民受公
7 平審判之目的，而違反憲法第141條「尊重條約」之要求。

8 二、 被告在偵查中應獲辯護人實質有效之協助：

9 (一) 目前我國法制雖承認被告或犯罪嫌疑人於偵查中所應享有之
10 受有效協助與辯護之權利，除辯護人之選任權外，至少包括
11 辯護人在場權、筆記權及陳述意見權等偵查中辯護權（參照
12 憲法法庭111年憲判字第7號判決理由第13段），然現行制度下，
13 如偵查庭之配置，辯護人坐在被告左或右斜後方，無法即時
14 與被告對話並提供協助，且偵查中不論檢、調、警，均是在
15 詢、訊問被告完畢後，始予辯護人陳述意見之機會，更有認
16 辯護人僅有「陳述意見權」而無「辯護權」，故無即時為被告
17 答覆或陳述意見之職權云云。

18 (二) 又刑事訴訟法第33條之1僅賦予偵查中之羈押審查程序之辯護
19 人有閱卷權，其餘偵查程序中辯護人均無閱卷之權，如被告
20 係先接受詢、訊問後始受委任，辯護人並無法第一時掌握被
21 告先前之筆錄內容以為其擬訂辯護策略；再者，死刑案件之
22 證據繁複，相較於起訴後之被告得自行或委由辯護人閱卷獲
23 悉全部卷證，偵查中被告僅得於開庭時以聽聞之方式獲悉部
24 分卷證資料，再由被告憑自身記憶或辯護人以筆記方式輔助
25 記憶擬定辯護策略，因此被告及辯護人偵查中，實際上均係
26 在遭蒙眼捂耳並縛手綁腳的情況下為，努力捍衛自身權利。

27 (三) 由上開刑事訴訟法之規定與偵查實務運作狀況可知，我國刑

1 事訴訟程序對受偵查的被告及犯罪嫌疑人的正當程序保障並
2 不足夠，並無法達到對於可能被剝奪生命權之死刑案件應行
3 最嚴格之正當程序保障要求。為確保死刑案件被告於偵查中
4 獲辯護人實質有效之協助，至少應包括偵查庭之配置應使辯
5 護人能及時為被告提供法律意見或與其溝通，且辯護人更有
6 於偵查中即為被告辯護之權、且應使辯護人得以知悉偵查中
7 之全部卷證等，始屬合乎憲法正當程序保障及訴訟權之要求。

8 三、應確保被告在法庭之論罪、科刑程序均獲得實質有效之辯護：

9 刑事訴訟法第 379 條第 7 款所定「依本法應用辯護人之案件
10 或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判者，
11 其判決當然違背法令」，旨在保障被告的律師扶助權，尤以強制
12 辯護案件，辯護人應始終且實質在場，以充實被告之辯護依賴。
13 是所謂未經辯護人到庭辯護，除指辯護人形式上未到庭外，在
14 解釋上更應包括辯護人即使在庭，惟所提供之辯護如非實質有
15 效辯護，包括未就具體罪名、爭點為辯護，或未就量刑事項為
16 具體之辯護等情，應認均屬無效之辯護（參照最高法院 97 年度
17 台上字第 3985 號、111 年度台上字第 1120 號刑事判決），法院即
18 不應遽以判決，否則即有違反裁判之情形。

19 四、證據應經嚴格證明；法院直接審理，並確保被告之詰問權，排
20 除偵查中訊問筆錄之證據能力：

21 法院對於必須判處死刑之犯罪事實，應予以最嚴謹周詳之
22 證據調查，以及最嚴格之確信心證門檻，將冤抑風險降至最低。
23 法院應貫徹直接審理，並確保被告之詰問權，嚴格檢驗證人證
24 詞之可信性，尤其偵查中訊問筆錄於記載過程中必然失真，且
25 未經詰問予以擔保證詞之可信性，應排除證據能力。

26 五、鑑定人應到庭接受詰問，不得以書面報告取代：

27 應傳喚鑑定人到庭接受檢、辯雙方之詰問，一方面依據

1 「公政公約」第6條第1項之要求，嚴格遵守正當法律程序，以
2 最嚴謹之程序保障被告詰問權；另一方面藉由直接審理及言詞
3 審理，使法官直接聽取鑑定人之說明及回答，避免因書面文字
4 之理解落差或不求甚解，形成錯誤之心證，導致論罪或量刑上
5 之誤判冤抑，最終將不可挽回。

6 六、論罪與量刑之程序應完全分離，採取嚴格程序二分，先經評議
7 有罪後，再行量刑辯論：

8 現行實務為求程序簡便、減少法院負擔，將科刑資料之調
9 查與辯論緊接於罪責程序之後，但認定罪責所依憑之犯罪事實
10 及證據僅針對「行為」本身，量刑資料則圍繞在「行為人」人
11 格特質之剖繪，為避免因二者混淆而干擾判斷，本應分別獨立
12 進行調查及辯論（釋字第775號理由書第21、22段參照）；且在
13 國民法官制度施行後，死刑案件之審理，要求國民法官將罪責
14 與量刑之判斷明確區分，絕非易事。特別是在被告為無罪答辯
15 時，被迫於無罪答辯後，立刻轉換為在預設有罪之前提下進行
16 量刑辯論，顯得矛盾而無說服力。因此，死刑案件應採取嚴格
17 程序二分，先經評議有罪後，再行量刑辯論。

18 七、量刑證據中，法院援引作為科處被告死刑所憑之證據，均應採
19 嚴格證明法則：

20 （一）實務上向來認為刑之量定，係法院得為自由裁量之事項，倘
21 於科刑時已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條所列
22 各款事項，而未逾越法定刑度，亦無濫用其職權之情事，即
23 不得遽指為違法；又認單純科刑應行審酌之情狀，非屬犯罪
24 構成要件之事實者，以經自由證明為已足，所使用之證據，
25 其證據能力或證據調查程序均不受嚴格之限制云云。

26 （二）法院對被告科處死刑之最嚴重刑罰，涉及生命之剝奪，相關
27 事證之調查，均不容有任何恣意裁量之空間，而應有相當之

1 可預測性，更應符合正當法律程序之要求，是以就有關得否
2 科處死刑之證據的證據能力判斷及證據調查程序，自應受最
3 嚴謹之規範。惟實務就量刑證據之調查，並不嚴格要求證據
4 能力（任何傳聞證據、品格證據，都可以進入法院作為量刑
5 之依據）、也不嚴格要求調查程序（例如，對被告「有無教化
6 可能性」之鑑定結果，無須經交互詰問即得作為審判基礎），
7 僅求自由證明即可，以致法院得於被告在欠缺完整正當程序
8 保障以檢驗證據之情況下，依自由心證評價證據而決定是否
9 對被告科處死刑。相關程序保障之欠缺，以致法院以自由心
10 證評價量刑證據而科處被告死刑之作法，將達到「公政公約」
11 第6條第1項所禁止之「無理剝奪生命」之程度。

12 （三）依據「公政公約」第6條第1項所建立之國家依法保護生命權
13 之責任，「要求剝奪生命的任何實質理由必須由法律規定，其
14 定義必須足夠明確以避免過於寬泛或無理的解釋或適用。由
15 於國家機關剝奪生命是一個極嚴重的問題，因此法律必須嚴
16 格控制和限制這些機關可能剝奪個人生命的情況。」（第36號
17 一般性意見，第19段），有關是否量處死刑的證據評價，應嚴
18 格控制到任何法官都認為已可證明到「無合理懷疑」之程度，
19 同時應在判決理由中翔實交代其判斷該被告已致應科處死刑
20 且「無合理懷疑」之程度始屬正當。

21 （四）惟我國實務對於死刑之量處判斷，高度仰賴法官個人價值判
22 斷。曾任最高法院法官，現任臺灣高等法院台南分院院長之
23 黃瑞華法官曾在民間模擬憲法法庭模擬案件的言詞辯論程序，
24 分享其經驗：「在死刑跟無期徒刑的選擇間，我現在講的是最
25 高法院，最高法院整理了他們的判決以後，我們常常發現一
26 個結論，當法官要判你死刑時就說『這個人泯滅良知、泯滅
27 天性，確無悔悟實據，無教化遷善之可能及必要；當他不讓

1 你判死刑，要判你無期徒刑的時候就說『良知尚未泯滅、悔
2 悔有據，尚有遷善教化之可能及必要』。這樣一個待證事實，
3 決定死刑跟無期徒刑事實之證據、判斷為何，其實欠缺客觀、
4 明確及有理論的標準』（附件2參照）。顯然實務上科處死刑的
5 證據評價，確實標準浮動且流於法官個人評價，無法達到任
6 何法官都認為已可證明到「無合理懷疑」之程度。是以確實
7 有透過程序上要求法官判斷必達「無合理懷疑」以有限度節
8 制法官的判斷，以避免死刑之科處流於「無理」之程度。

9 八、 量刑應確保受影響兒童之最佳利益：

- 10 （一）人格權乃維護個人主體性及人格自由發展不可或缺，亦與維
11 護人性尊嚴關係密切，應受憲法第22條保障。為保護兒童及
12 少年身心健康及人格健全成長，國家負有保護之義務（憲法
13 第156條規定參照），維護未成年子女最佳利益，為憲法保障
14 未成年子女人格權及人性尊嚴之重要內涵，凡涉及未成年子
15 女之事件，因未成年子女為承受裁判結果之主體，無論法院
16 所進行之程序或裁判之結果，均應以未成年子女最佳利益為
17 最優先之考量（憲法法庭111年度憲判字第8號判決，第32段）。
- 18 （二）又兒童權利公約施行法於103年11月20日施行，其第2條規定：
19 公約（即聯合國1989年兒童權利公約）所揭示保障及促進兒
20 童及少年權利之規定，具有國內法律之效力。第4條又規定：
21 各級政府機關行使職權，應符合兒童權利公約有關兒童及少
22 年權利保障之規定，避免兒童及少年權利受到不法侵害，並
23 積極促進兒童及少年權利之實現。而關於家長涉犯刑事案件
24 部分，兒權公約第3條明文：所有關係兒童之事務，無論是由
25 公私社會福利機構、法院、行政機關或立法機關之作為，均
26 應以兒童最佳利益為一種首要考量。第9條第1、2項再明定：
27 經司法審查後，判定兒童與其父母分離係屬維護兒童最佳利

1 益所必要者，應給予所有利害關係人參與並陳述意見之機會。
2 (三) 由於對犯罪者科處死刑對受撫育之兒童的身心、人格發展均
3 可能產生重大影響，是以死刑科處前之量刑程序，國家自有
4 義務對於相關量刑對第三人兒童的影響進行評估與調查，以
5 維護該第三人兒童之最佳利益，如此始可謂該量刑之程序已
6 盡正當程序之要求並符合已國內法化之兒童權利公約之要求。

7 九、 第三審強制辯護：

8 (一) 依公政公約第6條、第14條第3項第4款之要求，國家應確保科
9 處被告死刑之案件，在刑事程序任何階段均有受辯護人協助
10 之權利，且基於正義之要求，如被告無力負擔，國家更有為
11 之負擔費用之責任。我國向來是透過法律扶助法及刑事訴訟
12 法第31條強制辯護之規定落實上開程序保障。

13 (二) 然而，我國刑事訴訟的第一審、第二審程序，雖然都有刑事
14 訴訟法第31條規定之適用，但刑事訴訟法第388條關於第三審
15 程序卻另規定：「第三十一條之規定於第三審之審判不適用
16 之。」。由於第三審為法律審，對於不諳法律的被告而言，更
17 需要具有法律專業協助的辯護人提供必要之協助，但刑事訴
18 訟法第388條之規定，卻排除了沒有受法律扶助資格而因為其
19 他因素為自行委任辯護人之被告受辯護人協助之權利，在此
20 範圍內，上開刑事訴訟法之規定不僅違反憲法正當法律程序
21 及訴訟權保障，同時違反公政公約第6條、第14條第3項第4款
22 之規定，且因排除了同樣受科處死刑判決之被告，沒有受法
23 律扶助資格的被告受國家指定律師於第三審程序為其辯護之
24 權利，在此範圍內亦違反憲法第7條之平等原則。

25 十、 第三審言詞辯論並詳實交待理由：

26 (一) 對完全限制人民人身自由並達剝奪程度之死刑，正當法律程
27 序應採最高標準。依據「公政公約」第6條第1項：「任何人之

1 生命不得無理剝奪。」、同條第2項：「凡未廢除死刑之國家，
2 非犯情節最重大之罪...不得科處死刑。」，國家以判決之方式
3 對人民科處死刑，對於該等國家司法權之行使，自亦應使外
4 界有檢視國家之行為是否有「無理」或其他違反公約要求情
5 形之機會。人權事務委員會就「公政公約」提出第32號一般
6 性意見，該意見第28段固認為某些上訴案件（如關於事實認
7 定或法律適用錯誤但不涉及違反公約第14條規定之案件⁹）未
8 必一定要行公開言詞審理，也可能行書面審理（但只要涉及
9 生命剝奪之案件，無一不涉及「公政公約」第6條之保障，法
10 院認事用法被控公政公約第14條公平法院之規定者即有行公
11 開審理之必要，則判決可能違反「公政公約」第6條之保障者，
12 更無不行公開言詞審理之正當理由）。同意見第29段則指出，
13 包括判決結果、證據及法律推論，均應予以公開。

14 （二）是有關科處被告死刑之案件的第三審，依前開憲法正當法律
15 程序之要求或「公政公約」之相關規定，自應給予被告陳述
16 及申辯並請求於公開法院行言詞審理之權利，且法院更有依
17 辯論之結果，於判決理由逐一說明及論斷取捨之結果及理由
18 之義務，如此始可謂已盡其義務。

19 （三）另被告在有為自己辯護之權利，其程序主體地位無法由被告
20 之辯護人代為行之即可完全取代，是以第三審法院行言詞審
21 理時，應命被告本人到場並給予陳述意見機會，然目前最高
22 法院關於死刑案件僅由辯護人到場行言詞辯論，而未命被告
23 一同出庭，相關程序無視被告本人之程序主體地位，也未再
24 給予陳述意見之機會，違反對被告之正當程序保障。

25 十一、死刑案件之罪名及量刑均應經實質評議，且採一致決：

26 死刑應以最嚴格之正當法律程序為要求，已如前述。不僅

⁹ R. M. [name deleted] v. Finland, Communication No. 301/1988, para. 6.4, U.N. Doc. CCPR/C/35/D/301/1988 (1989).

1 罪名及量刑均應經實質評議，審判者必須確實參與討論，且應
2 採評議一致決，方能將誤判之風險降至最低。

3 十二、應給予受刑人請求特赦、減刑之機會：

4 (一) 依公政公約第6條第4項之規定，受死刑宣告者有請求特赦或
5 減刑之權。人權事務委員會在「公政公約」第36號一般性意
6 見第47段乃要求：「...第6條第4項沒有規定行使尋求特赦或減
7 刑權利的具體程序，因此締約國保有自行決定詳細說明相關
8 程序的裁量權。然而，這種程序應在國內立法中具體規定...
9 特赦或減刑程序必須提供某些基本保障，包括確定遵循的流
10 程和適用的實質標準，以及被判死刑的個人有權啟動特赦或
11 減刑程序，並就其個人或其他相關情況提出陳述；有權提前
12 獲悉審議請求的時間；以及有權即時獲悉該程序的結果。」

13 (二) 然而，我國現行之赦免程序規定簡略，受刑人固有請求特赦
14 或減刑之權，但卻無其個人提出申請啟動相關之程序規定，
15 以致於是否特赦、減刑，完全繫諸於總統一人之政治決定而
16 淪於人治，是以此部分亦已違反憲法關於人身自由限制之正
17 當法律程序之保障，亦請 鈞院於本案中詳加考量。

18 附屬文件之名稱及其件數

文件編號	文件名稱或內容	備註
1	108年10月17日模擬亞洲人權法院邱和順案判決	
2	104年5月9日模擬憲法法庭 言詞辯論筆錄	

19 此致

20 憲法法庭 公鑒

21 中華民國 113年4月9日

22 具狀人 台北律師公會

23 法定代理人 張志朋





ASIAN HUMAN RIGHTS COURT SIMULATION

Application No. 18-01

Between

Chiou, Ho-shun ... Applicant

And

Republic of China (Taiwan) ... Respondent

CORAM:

MAH Weng Kwai, *Court President*

Wen-Chen CHANG, *Judge Rapporteur*

Kevin TAN Yew Lee, *Judge*

Tae-Ung BAIK, *Judge*

Akiko EJIMA, *Judge*

Hualing FU, *Judge*

Sumaiya KHAIR, *Judge*

Date of Judgement: 17 October 2019

Counsel for the Applicant:

Mr. Yu, Po-Hsiang, Counsel and Advocate; Taiwan
Mr. Cheng, Kai-Hung, Counsel and Advocate; Taiwan
Mr. Lin, Chun-Hung, Counsel and Advocate; Taiwan
Mr. Kuo, Hao-Ren, Counsel and Advocate; Taiwan
Mr. Lee, I-Chuan, Counsel and Advocate; Taiwan
Mr. Wang, Thomas, Counsel and Advocate; United States of American
Ms. Huang, Shih-Hsin, Counsel and Advocate; Taiwan
Ms. Lin, Sin-Ping, Counsel and Advocate; Taiwan
Ms. She, Wan-Lin, Counsel and Advocate; Taiwan
Mr. Chen, Yan-Hsuan, Counsel and Advocate; Taiwan

Counsel for the Respondent

Dr. Yang, Alice CJ, Counsel and Advocate; United States of American
Mr. Liu, Chih-Wei, Counsel and Advocate; Taiwan
Mr. Tsai, David, Counsel and Advocate; Taiwan
Mr. Lee, Essen, Counsel and Advocate; Taiwan
Ms. Chiu, Ariel, Counsel; United States of American
Mr. Tsai, Meng-Han, Counsel; Taiwan
Ms. Jen Hsiao-Hsiang, Counsel; Taiwan

Grounds of Judgment

INTRODUCTION

- [1] An application, vide Application No. 18-01, was filed by Chiou Hoshun, the Applicant, a Taiwan national, under Article 5 of the Statute of Asian Human Rights Court Simulation on 20 December 2018.
- [2] On 31 January 2019, the Application was served on the Respondent.
- [3] On 18 May 2019, a pre-trial hearing was held by Judge Rapporteur Wen-Chen Chang, who was duly authorized by the Court President to hear submissions by Counsel for the Applicant and the Respondent on the undisputed and disputed issues to be determined at the hearing. On 26 July 2019, the Court continued with the pre-trial hearing and heard the submissions of Counsel on the motions raised by both parties. The motions were related to the evidence admitted during the trial and to procedural issues. The Application was heard on 27 and 28 July 2019.
- [4] The Court appointed independent experts, Dr. Michelle Staggs Kelsall, Professor Lin Chih-Chieh and Professor Chin Mong-Hwa, Professor Lin Chao-Chun, Lawyer James Lin, and Dr. Li Ful-Dien, to provide their opinions to the Court and heard their oral submissions on 26 to 28 July 2019. The Court also received *amicus curiae* written submissions from Sir Nicholas Blake, on behalf of the Death Penalty Project, United Kingdom and from Covenants Watch, Taiwan, and heard Professor Song-Lih Huang's oral submission on behalf of Covenants Watch,

Taiwan on 27 July 2019. The Court is extremely grateful for the assistance rendered by all the independent experts and acknowledges with gratitude the amicus curiae briefs submitted.

FACTS OF THE CASE

I. BASIC FACTS

[5] On 21 December 1987, a 9 year-old boy named Lu Zheng (“Lu Zheng”) was abducted in Hsinchu City, Taiwan while waiting for his parents in front of the school gate. Lu Zheng’s family received calls for ransom from the abductor the same day. The family negotiated with the abductor and paid a ransom, but Lu Zheng was not released and never returned home. In early October 1988, the Applicant along with 11 others (5 of whom were minors) were accused of kidnapping Lu Zheng for ransom and murdering him. They were also accused of robbing and murdering an insurance agent, Ke-Hong Yu-Lan (“Ke-Hong Yu-Lan”). On 1 October 1988, while being detained in prison for another case, the Applicant was interrogated by the police in connection with both the Lu Zheng and Ke-Hong Yu-Lan cases. During the said interrogations, the Applicant denied his involvement in both cases. However, during police investigations carried out on 8 and 9 of October 1988, the Applicant was said to have admitted his involvement in the Lu Zheng case by receiving the ransom and killing him. The Applicant was thus detained under the Prosecutor’s order on 14 October 1988 in respect of these two cases. Between 8 October and 5 November 1988, the

Applicant allegedly confessed to (a) the murder and mutilation of Ke-Hong Yu-Lan; and (b) the kidnapping and murder of Lu Zheng. On 3 February 1989, the Applicant was charged for murder in both the cases. On 29 November 1989, the Taiwan Hsin Chu District Court convicted the Applicant and sentenced him to death. Following his convictions and sentence, the Applicant appealed to the Taiwan High Court. On further appeal to the Supreme Court, the Applicant's case was sent back to the High Court for rehearing. As a consequence of subsequent appeals by the Applicant on various grounds, the case was heard a total of 11 times. In all, the Applicant underwent 25 hearings, once in the District Court, 12 in the High Court and 12 appeals in the Supreme Court.

- [6] On 12 May 2011, the case was finally sent back to the High Court for re-hearing. The High Court in its 12th judgement convicted and sentenced the Applicant to death for robbery, kidnapping and murder. The High Court found the Applicant guilty on the basis of several strands of evidence, one of which was the expert report on the examination of the alleged voice imprint of Yu Zhi-Xiang, a co-accused of the Applicant. However, the Applicant could not insist on having another expert to examine the voice recording of Yu Zhi-Xiang, as the recording was lost and could not be produced at the trial. The prosecution merely tendered selected excerpts of the graphic voice analyses, without the physical evidence. Also, the Applicant could not exercise his right to cross-examine the expert witness as the witness had died in the meantime. Further, a black plastic bag allegedly

containing a butcher's knife, male clothing, and female shoes (which according to the victim's daughter, belonged to the victim), animal-grade syringe, among others, was found near the body of the victim, Ke-Hong Yu-Lan. No forensic tests were carried out to link these items to either case. Lastly, the abovementioned contents of the plastic bag were also lost due to the negligence of the police officers and the prosecution.

[7] In the last appeal at the High Court, the Applicant's attorney argued that the voluminous testimonial evidence should not be admissible because: (1) the confessions and testimonies, including those of co-accused Luo Ji-Xun, Deng Yun-Zhen, Chen Ren-Hong, Yu Zhi-Xiang, Zeng Chao-Xiang, Huang Yun-Fu, Zhu Fu-Kun, and Lin Xin-Chun were recorded out of court; (2) the abovementioned evidence was wrongfully procured through police misconduct, which cast doubts on the voluntariness of the confessions; and (3) the testimonies and confessions were apparently unreliable. These last arguments were rejected by the High Court who proceeded to admit the abovementioned testimonies and confessions into evidence.

[8] In the trials by the fact-finding Courts (trial in the Hsin Chu District Court and High Court), Luo Ji-Xun, Zeng Chao-Xiang, Huang Yun-Fu, Yu Zhi-Xiang, Deng Yun-Zhen, Chen Ren-Hong all had alleged that they were tortured by the police during investigations. Yu asserted that during the police inquiry in early October 1988 he was tortured by the police, and thus confessed unwillingly. The police bureau involved in the investigation submitted a letter to the court denying any torture or

improper conduct during investigation. The policemen involved in investigation were subpoenaed before the court, but they denied all the allegations under oath in the 2nd Judgment [(81) Shang-Zhong-Gen-1-Zhi No.8] of the of the High Court in 1993.

[9] In 1993, the Respondent's Control Yuan (an independent constitutional institution whose functions are similar to those of an Ombudsman) filed an investigation report concerning the Applicant's case. In the Investigation Report 1993, the Control Yuan found an unfiled audio tape that proved that Yu Zhi-Xiang, a co-accused, was tortured by at least four police officers during the time the Applicant's case was being investigated. Three of the four accused police officers were found guilty and convicted by a district court of torturing Yu Zhi-Xiang to extract his confession (the fourth was also found to be involved in the conviction of torture and was placed on a wanted list). On appeal to the High Court, the conviction of two of the three officers for the crime of torture were confirmed, and one of the officers for perjury was also confirmed in 1996. The convictions were confirmed by the Supreme Court in 1998.

[10] Having notice of the Investigation Report 1993, the Supreme Court directed the High Court to inspect the audio tapes that the High Court referred to in the 3rd Judgment of the Supreme Court [(83) Tai-Shang-Zhi No.6433], 4th Judgment of the Supreme Court [(84) Tai-Shang-Zhi No.1361], 5th Judgment of the Supreme Court [(86) Tai-Shang-Zhi No.5757], and 6th Judgment of the Supreme Court [(87) Tai-Shang-Zhi No.3115]. The High Court accordingly followed the Supreme Court's

directions and inspected the tapes in the 7th Judgment [(87) Zhong-Shang-Gen-6- Zhi No.145].

[11] On 28 July 2011, the Taiwan Supreme Court dismissed the Applicant's appeal and affirmed its (100) Tai-Shang-Zhi No. 4177 criminal judgment. The case became final and the Applicant was found guilty of both murders.

[12] After the Applicant's conviction in 2011, the Control Yuan issued another two investigation reports on the Lu Zheng and the Ke-Hong Yu-Lan cases in 2013 and 2014 respectively. In the two reports, the Control Yuan found that the High Court's final judgment on the Applicant was based solely on the co-accused's wrongfully-extracted confessions and uncorroborated evidences. On the basis of these two Control Yuan investigation reports, the Applicant filed an extraordinary appeal to the Supreme Court and requested the High Court for a re-trial. However, both the Supreme Court and the High Court rejected the Applicant's applications.

[13] During the 12th trial in the High Court, the Respondent enacted the Speedy Trial Act in 2010. Article 7 of the Speedy Trial Act states: "Where no final judgement is made after eight years from the date the case is pending in the first instance, except when a not guilty verdict shall be rendered, the court may, upon the request of the accused, and after considering the following circumstances, reduce the sentence at discretion if the court concludes that the accused right to a speedy trial is gravely violated so that remedies shall be provided:

1. Whether the delay in litigation proceeding is caused by the accused;
2. The balance between the complication of the case in terms of legality and facts and the delay in proceeding; and
3. Other circumstances related to the speedy trial.”

[14]The Applicant did not make any applications under the said Act.

II. THE JUDGES

[15]The Applicant’s case was reviewed twelve times by the Supreme Court.

On the twelfth occasion, the Supreme Court dismissed the Applicant’s appeal, and the conviction and sentence became final. Sixteen judges participated at least twice in the Supreme Court’s judgments. Among the twelve judgments in the Supreme Court, the second to the twelfth cases were decided by the Judges who had participated in the previous hearings.

[16]Of the 13 trials (including the trials in the District Court and High Court), one judge participated in both the 5th trial of the High Court, (85) Zhong-Shang-Geng-(4)-Zi No. 45 and the 9th trial of the High Court, (93) Zhong-Zhu-Shang-Geng-(8)-Zi No. 1. Before the conviction was affirmed by the Supreme Court, the Applicant did not file any motion to disqualify any of the judges based on this possible ground of conflict.

III. THE APPLICANT’S POSITION AFTER HIS ARREST

[17]The Applicant was arrested on 5 October 1988 on charges of robbery and kidnapping for ransom and murder of Ke-Hong Yu-Lan and Lu Zheng. He was held in detention under the prosecutor's order on 14 October 1988.

[18]From his initial incarceration on 14 October 1988 until the Supreme Court's affirmation of the conviction and sentenced him to death on 28 July 2011, the Applicant was continuously detained. He was incarcerated for nearly 23 years before the Supreme Court's final decision.

[19]During the 23 years of his detention, the Applicant was made to wear foot shackles for 18 years. He was also incarcerated in solitary confinement for 4 years, and has been on death row awaiting cution since the date of conviction in 2011.

IV. THE APPLICANT'S CLAIMS

[20]The Applicant claims that:

1. The Respondent and its prosecutorial agencies engaged in torture to wrongfully extract confessions from him and have thus violated Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and Article 2, section 1, of the Convention against Torture and Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT). Ill-treatment of the Applicant during police investigations included stripping, beating, forcible ingestion of spicy liquid, suspending upside down, forcibly sitting on a block of ice and assault to his

genitalia with a baton or an electric probe.

2. The Courts had wrongly convicted the Applicant by relying on the said incriminating evidence, thereby violating Article 15 of the CAT.
3. The Courts had wrongly admitted and relied on co-accused Yu Zhi-Xiang's confession which was proved to have been wrongfully extracted by torture, and wrongly denied the Applicant and his co-accused their right of cross-examination, thereby violating the Applicant's right under Article 14 of the ICCPR. Yu Zhi-Xiang was subjected to similar forms of physical ill-treatment and torture.
4. From 14 October 1988 to 2011, until the Supreme Court's affirmation of the death penalty, the Applicant was held in detention for 23 years:
 - 4.1. The Applicant was kept in solitary confinement for 4 years from 1989 to 1993, in violation of Article 7 of the ICCPR and Article 16, section 1, of the CAT.
 - 4.2. The Applicant was incarcerated with foot-shackles for 18 years from 1989 to 2007. This constituted inhumane and degrading treatment under Article 7 of the ICCPR and Article 16, section 1, of the CAT.
 - 4.3. During his incarceration, the Applicant lived in constant fear of the death penalty. Further, the circumstances of his confinement were very restrictive, with poor sanitary facilities. This constituted torture or cruel, inhumane or degrading

treatment under Article 9, section 3, and Article 10, section 1 of the ICCPR and Article 16, section 1, of the CAT.

4.4. While the Applicant was being incarcerated, he was unable to prepare himself for his case, which violates his rights under all sections of Article 14 of the ICCPR.

4.5. The Applicant was sentenced to death under the aforementioned circumstances. The Respondent has violated his rights under Article 7 and all sections of Article 14 of the ICCPR, and Article 16 Section 1 of the CAT.

4.6. The Applicant's case had been heard and tried twelve times over 23 years, yet he still faces the death sentence without any relief in sentencing. The Respondent has violated the Applicant's right to a speedy trial under Article 14 Section 3 (c) of the ICCPR.

5. The Applicant has been on death row since 2011. The Respondent has violated the Applicant's rights under Article 7 of the ICCPR and Article 16 Section 1 of the CAT under such circumstances.
6. Due to the prosecution's loss of the telephone voice recording of the alleged demand for ransom, the Applicant was not able to request for another expert examination or investigation into the alleged voice recording. The Respondent has violated the Applicant's rights under all sections of Article 14 of the ICCPR through the loss of this vital evidence.
7. Due to the loss of the plastic bag allegedly containing a pair of

black plastic shoes (which according to the victim's daughter, belonged to the victim), a butcher's knife, a rectangular knife, a animal-grade syringe, and male clothing, the Applicant was not able to request for another investigation based on this evidence. The non-confessional evidence was inconsistent with the Applicant's alleged confession and other alleged confessional evidences and the courts ignored physical evidence that was favorable to the Applicant. All of the above constituted a violation of all sections of Article 14 of the ICCPR through the loss of this vital evidence.

8. By failing to recuse themselves, the judges who repeatedly sat in the High Court and Supreme Court hearings of the Applicant, violated all sections of Article 14 of the ICCPR.

V. THE RESPONDENT'S CLAIMS

[21]The Respondent raised a preliminary objection to the case being brought before this Court, arguing that they have not submitted to the jurisdiction of this Court, and/or accepted judgments rendered by any agency, organizations, or international courts for complaints of infringement of human rights brought by any persons. Since this Court lacks the proper legal bases to assert jurisdiction over the Respondent, the Court has no jurisdiction to hear this Application made by the Applicant.

[22]In the event the Court holds that it has jurisdiction to hear this case, the Respondent denies all of the Applicant's claims and submitted that this

Court should dismiss the Applicant's application for the following reasons:

1. The ICCPR came into effect on 10 December 2009. In this case, the Applicant's claims include alleged breaches of the ICCPR which occurred before 10 December 2009. The Court should not examine the Respondent's violations of the ICCPR, which allegedly took place prior to 10 December 2009 as the Respondent then had no legal obligations under the said Covenant.
2. The Respondent is not a contracting party to the CAT and has not completed the process of accession or unilateral declaration to undertake the Convention's obligations. As such, it follows that the Respondent bears no obligation under the CAT.
3. In the case of the Respondent's alleged violations of the ICCPR that took place after 10 December 2009, reference is made to Article 6, section 1 of the Statute of Asian Human Rights Court, which provides:

"The Court may exercise its jurisdiction in any matter after all domestic remedies have been exhausted, according to the generally recognized rules of international law."

In the last trial of fact conducted by the High Court [(98) Shu-Shang-Zhong-Gen 11 Zi No. 7], the Applicant failed to allege any violations of the ICCPR. After that retrial, the Applicant continued to appeal to the Supreme Court, but still did not allege any violations of the ICCPR (Taiwan Supreme Court (100) Tai-Shang-

Zi No, 4177). In all of these instances, the Applicant clearly had ample opportunity to address his claims in the courts of Taiwan but failed to do so. Accordingly, Art. 6 section 1 and 2 mandates that this court deem the Petitioner's claim inadmissible as he has failed to exhaust all domestic remedies.

4. This Court should decide solely on facts ascertained by the courts in Taiwan. In this case, the Applicant's claims were often contradictory to the Courts' findings of fact. An example of this is the Applicant's claim that the Respondent's prosecutorial agencies engaged in torture to wrongfully extract confessions from the Applicant and his co-accused. However, in the last decision of the High Court, which was based on the findings of facts, a long explanation was given to clarify the Court's conclusion that the allegations of torture had not been proven. It was also specifically pointed out in the last decision of the Court that although some officers actually forced the co-accused Yu Zhi-Xian to confess involuntarily during his interrogation in early October 1988, these wrongfully extracted confessions were excluded as inadmissible evidence and did not form the basis for the Applicant's conviction.
5. The Applicant's claim that he was detained and put on a death row for a long time and had suffered torture by the so-called death row phenomenon is denied. The Respondent denies the existence of such a phenomenon.
6. If the Applicant thought that the treatment in prison was improper, and not suitably resolved, the Applicant could have sought

remedies under the Criminal Procedure Act, Detention Act and Prison Act. Without first seeking domestic remedies, the Applicant directly submitted his complaints to this Court, thereby violating Article 6, section 1 of the Statute of the Asian Human Rights Court which stipulates that cases can only be brought to the Court “after domestic remedies have been exhausted”.

7. The Applicant’s 23-year incarceration before his conviction was finally affirmed arose from the fact that he committed an offence that was punishable by death. As such, the Respondent had no alternative but to detain him and restricted his freedom in accordance with the then prevailing domestic laws for security and public policy reasons.
8. The Respondent does not deny that the Applicant was detained with foot-shackles for 18 years. However, Article 19 of the Enforcement Rules of the Detention Act provides:

“The Detention Center shall not utilize any constraining devices as a means of punishment on defendants. In circumstances where the utilization of constraining devices is necessary due to some legal reasons, precautionary procedures shall be taken pursuant to the regulations contained hereinafter: ... (6)The weight of feet shackles and chains shall be limited to a maximum of 2 kilograms. If necessary, the weight can be increased to 3 kilograms. The weight of handcuff shall not exceed one half of a kilogram.”

It was necessary to have the Applicant wear the foot-shackles to restrain and prevent him from escaping. The use of the foot-shackles was consistent with prevailing domestic laws.

9. The Respondent does not deny that the Applicant was kept in solitary confinement for 4 years from 1989 to 1993 but submits that this was legal under Article 14, section 1 of the Detention Act which provides:

"A defendant shall be confined individually, but he can be accommodated in group cell in terms of their status, occupation, age, character or the condition of body and mentality. The defendants who have co-suspects or have relative legal case cannot be accommodated in a same group cell,"

It was thus lawful for the Respondent to place the Applicant in solitary confinement.

10. Furthermore, Article 6 of the Detention Act states:

"A criminal defendant can appeal to the judge, public prosecutor or inspector once he has been receiving inappropriate treatment from a detention house. When a judge, public prosecutor or inspector receives an aforesaid appealing case, he shall report to the principal of the court or the chief public prosecutor."

As the Applicant did not attempt to seek any remedy under the relevant domestic laws for inappropriate treatment while under

detention, the Applicant failed to exhaust all possible domestic remedies and his claims should accordingly be dismissed.

11. The Applicant's argument that he has suffered the long delay while on death row since 2011 is without merit. The delay was caused by the Applicant's own repeated applications seeking legal remedies such as retrials, extraordinary appeals and requests for constitutional review. In order to comply with international covenants for the protection of rights on human life, the Respondent had permitted the Applicant to file the applications in accordance with General Comment No. 36, paragraph 43 of the Human Rights Committee.
12. Notwithstanding the fact that several judges sat repeatedly in subsequent trials and appeals, the Applicant did not complain that there was any wrong in such composition of the Bench and did not apply to have any judge recuse himself.
13. Finally, regarding the fact that a judge sat in the High Court's 5th and 9th trials, both of which were before 10 December 2009, this was consistent with domestic law, and the Applicant did not file any motion to disqualify the judge in the High Court's 9th trial. The Applicant accused the Court of being unjust only after it held against him. In addition, Taiwan's Code of Criminal Procedure adopts the "Reviewing Court System". The Applicant continually brought appeals after the 9th judgment of the High Court, and the Supreme Court concluded that the decision was erroneous and remanded the case for retrial. The composition of the last court in

charge of fact-finding was not the same as those of previous fact-finding courts. Based on the principles under the “Reviewing Court System”, the last court should review the case *de novo*, and the case was remitted to another court. Such a situation does not affect the procedural legitimacy of the final decision in the Applicant’s case.

THE APPLICABLE LAW

I. INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS (ICCPR)

[23] On 31 March 2009, the Legislative Yuan of Taiwan (‘Legislative Yuan’), approved the resolution of the ratification of the ICCPR, which the President of Taiwan signed on 14 May 2009. While the deposit of the ratification instruments was not completed according to Article 48, Section 2 of the ICCPR, Taiwan’s President nonetheless promulgated Taiwan’s accession to the ICCPR. On 31 March 2009, ‘The Act to Implement the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights’ (‘Act’) was enacted, and came into force on 10 December 2009. Article 2 of the Act stipulates that the human rights protection provisions in these two Covenants have legal status in Taiwan.

[24] The Respondent is not a contracting party to the Convention against Torture and Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT). The Legislative Yuan has not passed any resolution on the ratification of the CAT. However, on 6 December 2018, the Executive Yuan Council of Taiwan passed the draft of the Implementation Act of

the CAT and on 7 December 2018 transmitted it to the Legislative Yuan for discussion.

[25] On the applicability of the ICCPR in Taiwan, the Court observes that the Respondent did not sign the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) adopted on 23 May 1969 (which came into force on 27 January 1980) even though the Respondent had signed the ICCPR in 1967 and ratified it in 2009. For this reason, the Court will not take the provisions of VCLT into consideration directly.

[26] However, Article 38 of the Statute of the International Court of Justice provides that, in addition to “international conventions,” to be applied in cases, “*the Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: ... b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law; c. the general principles of law recognized by civilized nations*”. The preamble of the Statute of Asian Human Rights Court Simulation states that this Court is an independent court for the people of Asia to promote human rights protection. Article 5 of the Statute provides that the Court “*may receive applications from any person, non-governmental organization or group of individuals claiming to be the victim/s of a human right(s) violation by any government in Asia.*”, The Court’s jurisdiction covers any “human rights violation” by *any* government in Asia and this includes that of Taiwan. And to determine if human rights have been violated, the Court shall consider all relevant international conventions, customs, and general principles of law recognized by civilized nations.

[27] On the issue as to whether the Respondent must conform to the terms of the ICCPR after its signature in 1967, the Court notes that Article 18 of the VCLT makes it plain that:

“A State is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when:

(a) it has signed the treaty or has exchanged instruments constituting the treaty subject to ratification, acceptance or approval, until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty; ...”

In its commentary on the relevant draft article of the VCLT (Article 15 of the draft ultimately became Article 18 of the VCLT), in 1966, the International Law Commission has stated:

“That an obligation of good faith to refrain from acts calculated to frustrate the object of the treaty attaches to a State which has signed a treaty subject to ratification appears to be generally accepted.”¹

Further, in the earlier draft of VCLT in 1953, the International Law Commission also noted:

“The statement that ‘signature, or any other means of assuming an obligation subject to subsequent confirmation . . . implies the obligation, to be fulfilled in good faith, to submit the instrument to the proper constitutional authorities for examination with the

¹ Reports of the Commission to the General Assembly, Document A/6309/ Rev.1 , [1966] 2 Y.B. INT’L L. COMM’N. 202.

view to ratification or rejection ' , is controversial, as expressing a rule of international law, even in the present — conspicuously qualified — formulation. The view most frequently expressed is that there is no obligation to ratify a treaty previously signed by a State. That view accurately expresses the existing rule of international law on the subject.... It must be regarded as a requirement of good faith, which is in itself part of the law and not merely of political prudence, that signature implies the obligation to cause the treaty thus signed to be examined by the competent constitutional authorities with the view to determining whether the signature ought to be confirmed. ''²,

The aforementioned documents indicate that a State bearing an obligation of good faith to refrain from acts calculated to frustrate the object of the treaty is a general principle of law recognized by civilized nations.

[28]The Respondent signed the ICCPR in 1967 and ratified it in 2009. The instrument of the Respondent's accession to the ICCPR, however, was not deposited with the United Nations Secretary General in accordance with Article 48, Section 2 of the ICCPR. Nevertheless, the Respondent passed 'the Act to Implement the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights' ('Act'), which came into effect on 10 December 2009. Article 2 of the Act stipulates that the human rights protection provisions in the ICCPR have domestic legal status. Article 8 of the Act

² Law of Treaties, document A/CN.4/63, [1953] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n. 108-09.

states that all levels of governmental institutions and agencies should review laws, regulations, directions and administrative measures within their functions according to the ICCPR. Since 2009, the Respondent has periodically issued State Reports on its ICCPR implementation in accordance with Article 40 of the ICCPR, and invited an international group of independent experts (most of whom had served or are serving in the Human Rights Committee) to review its State Reports and to provide concluding observations and recommendations.

[29] On the applicability of the ICCPR between 1967 to 2009, the Court notes that the Respondent did not enter any reservation for the ICCPR after signing it in 1967. Hence, the Respondent was obligated in good faith to refrain from acts calculated to frustrate the object of the ICCPR. Regarding to the object of the ICCPR, the United Nations Human Rights Committee has indicated its objects include protecting people from torture, or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment and their right to fair trial.³ The Respondent is thus bound by its

³ UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 24 (Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant), 4 November 1994, para. 8 (“Reservations that offend peremptory norms would not be compatible with the object and purpose of the Covenant. Although treaties that are mere exchanges of obligations between States allow them to reserve inter se application of rules of general international law, it is otherwise in human rights treaties, which are for the benefit of persons within their jurisdiction. Accordingly, provisions in the Covenant that represent customary international law (and a fortiori when they have the character of peremptory norms) may not be the subject of reservations. Accordingly, **a State may not reserve the right to engage in slavery, to torture, to subject persons to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, to arbitrarily deprive persons of their lives, to arbitrarily arrest and detain persons, to deny freedom of thought, conscience and**

obligations under the ICCPR from the date of its signature in 1967.

[30] Even though the Respondent argued that its conduct before 10 December 2009 was not constrained by the provisions of the ICCPR, but since 10 December 2009, the Respondent has and is abiding by the ICCPR. At that time, the Applicant's case had NOT become final. As a result, the provisions in the ICCPR applied to the present case. Also noteworthy is Article 3 of the Act, that states that in applying the ICCPR, the court should refer to their legislative purposes and interpretations as set out by the Human Rights Committee. In applying ICCPR provisions to the present case, references are made to the General Comments of the Human Rights Committee as well as interpretations made by the said Committee.

[31] On the applicability of the ICCPR to the present case, this Court adopts the jurisprudence of the Human Rights Committee on the principle of "a continuing state of affairs" or "continuing violations". The Human Rights Committee has found claims to be admissible in cases where the alleged violations, although occurring before the instrument came into force, continue or have effects which themselves constitute violations, after that date.⁴ And the failure to grant the victim specific relief for such violations have been considered a "continuing violation".⁵ A

religion, to presume a person guilty unless he proves his innocence,...And while reservations to particular clauses of article 14 may be acceptable, a general reservation to the right to a fair trial would not be.").

⁴ *Lovelace v. Canada*, UNHRC, Views of 30 July 1981, UN Doc. A/36/40 (Sup. No. 40), para. 11.

⁵ *S.E. v. Argentina*, UNHRC, Views of 26 March 1990, CCPR/C/WG/36/DR/275/1988, para. 7.2.

person continues to be a victim “*unless the national authorities have acknowledged, either expressly or in substance, and then afforded redress for, the breach of the Convention*”.⁶

[32]. The Respondent is bound by the ICCPR since the Implementation Act came into effect on 10 December 2009. At that time, the Applicant was still being tried for the crimes he was alleged to have committed in 1988 and was under detention pending the final decision of the court. He was still pursuing appeals and retrials, and both the prosecution and the courts were under an obligation to apply ICCPR standards to all issues relating to the admissibility of confessions, proof of guilt and so on.⁷ The Applicant did not receive any relief for the alleged violations. This must be considered a continuing state of affairs under the ICCPR. When the High Court delivered its judgment in 2011 and the Supreme Court confirmed it as the final judgment, the court ought to have considered the relevant provisions in the ICCPR⁸, which were definitely applicable due to the Act.

II. CONVENTION AGAINST TORTURE AND CRUEL, INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT (CAT)

[33] When CAT became available for signature, ratification and accession

⁶ *Scordino v. Italy (No. 1)* [GC], no. 36813/97, ECHR 2006, para. 180. *See also* Amicus curiae submission from the Death Penalty Project (UK), para. 58.

⁷ Amicus curiae submission from the Death Penalty Project (UK), para. 56.

⁸ Amicus curiae submission from the Death Penalty Project (UK), para. 56 “It is not the date of the misconduct or malpractice that is decisive, but the domestic court’s decisions about the fairness of the trial”.

in December 1984, Taiwan was no longer a member of the United Nations. Thus, even if the Respondent wanted to, it was impossible for them to be a party to CAT. As such, CAT is not binding on the Respondent. That said, the Court notes that the Respondent's present Cabinet, the Executive Yuan Council, passed the draft Implementation Act of the CAT on 6 December 2018 and transmitted it to the Respondent's national legislature, the Legislative Yuan, on 7 December 2018.

[34] Even if the Respondent was not a party to CAT, a general prohibition of torture has already evolved in customary international law⁹. The International Court of Justice held in *Belgium v. Senegal* that:

“the prohibition of torture is part of customary international law and it has become a peremptory norm (jus cogens). That prohibition is grounded in a widespread international practice and on the opinio juris of States. It appears in numerous international instruments of universal application (in particular the Universal Declaration of Human Rights of 1948, the 1949 Geneva Conventions for the protection of war victims; the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966 ; General Assembly resolution 3452/30 of 9 December 1975 on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment),

⁹ *Prosecutor v. Anto Furundzila* IT-95-17/1-T, International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, para. 137.

and it has been introduced into the domestic law of almost all States; finally, acts of torture are regularly denounced within national and international fora.”¹⁰

Given that the Respondent has reiterated its respect for customary international laws, those norms in CAT that have obtained the status of customary international laws apply in the present case. Nothing prohibits this Court from considering the applicable rules of instruments which the Respondent had not yet incorporated into its domestic law as “*it would be a travesty of justice for the Court in the instant proceedings to assume that a procedural bar should prevent the court from hearing the applicant’s case*”¹¹.

III. CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW AND OTHER RULES

[35] Article 141 of the Respondent’s Constitution, states that:

“the foreign policy of the Republic of China shall, in a spirit of independence and initiative and on the basis of the principles of equality and reciprocity, cultivate good-neighborliness with other nations, and respect treaties and the Charter of the United Nations, in order to protect the rights and interests of Chinese citizens residing abroad, promote international cooperation, advance international justice and ensure world peace.”

¹⁰ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422, para. 99.

¹¹ Expert opinion submitted by Dr. Michelle Staggs Kelsall, para. 26 and 41. *See also Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, ECHR 2001, Judge Loucaides dissenting opinion, 34.

[36] Treaties to which the Respondent is not a party, do not bind the Respondent. In such cases, references to international law, case law or foreign cases serve the purpose of reference and offer insights into the jurisprudence developed elsewhere.

[37] It is our understanding that the Respondent's courts generally welcome references made to international law, case law or foreign laws in judicial practices.¹² To the extent appropriate, references to these non-binding, but nevertheless informative legal or judicial authorities in other jurisdictions, will be made.

APPLICATION OF THE LAW TO THE FACTS

[38] With regard to the Applicant's allegedly torture-extracted confession, Article 7 and Article 14 of the ICCPR are applicable.

[39] With regard to the Applicant's solitary confinement for 4 years from 1989 to 1994, Article 7 of the ICCPR are applicable.

[40] With regard to the Applicant's incarceration with foot-shackles for 18 years from 1989 to 2007, Article 7 of the ICCPR are applicable.

[41] With regard to the Applicant's lack of a fair trial due to the loss of physical exhibits during trial, without any opportunity to cross-examine the witnesses, and by judges repeatedly taking part in

¹² See Fu-Te Liao, Court's Challenges When Applying the ICCPR and the ICESCR- Review of Judgments of Administrative Courts, CHINA LAW JOURNAL Vol 59:2, p1-42(2014), and Ci-Wei Lin, Mental disorder and Death Penalty in ICCPR—Comment to the Supreme Court Judgment (104)Tai-Shang-Zi No, 2268, TAIWAN BAR JOURNAL, vol 19:11, p14-25 (2015).

subsequent trials, Article 14 of the ICCPR is applicable.

[42] With regard to the death-row phenomenon, Article 7 of the ICCPR is applicable.

FINDINGS

I. THE APPLICANT'S ALLEGED TORTURE-EXTRACTED CONFESSION

[43] Article 7 of the ICCPR provides that no one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. Article 4 of the ICCPR deems this right absolute, pre-emptory, and non-derogable at any time. It is observed that there are no justification or extenuating circumstances that may be invoked to excuse a violation of Article 7.¹³ Since treating all persons deprived of their liberty with humanity and with respect for their dignity is a fundamental and universally applicable rule,¹⁴ the Court holds that the prohibition of torture is not only part of customary international law but is now a peremptory norm (*jus cogens*) that has crystalized in CAT.¹⁵

¹³ UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), 10 March 1992, para. 3 (“The text of article 7 allows of no limitation. The Committee also reaffirms that, even in situations of public emergency such as those referred to in article 4 of the Covenant, no derogation from the provision of article 7 is allowed and its provisions must remain in force. The Committee likewise observes that no justification or extenuating circumstances may be invoked to excuse a violation of article 7 for any reasons, including those based on an order from a superior officer or public authority.”).

¹⁴ UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 21: Article 10 (Humane Treatment of Persons Deprived of Their Liberty), 10 April 1992, para. 3-4.

¹⁵ See also Amicus curiae submission from the Covenants Watch (Taiwan), para. 34.

[44]General Comment 20 of the Human Rights Committee on Article 7 demands that States take positive measures to prevent torture and other inhuman and degrading treatment, and that this Article be read in conjunction with Article 2, paragraph 3, of the ICCPR. The right to lodge complaints against treatment prohibited by Article 7 must be recognized by the domestic law. Complaints must be investigated promptly and impartially by competent authorities so as to make the remedy effective.¹⁶.

[45]General Comment 32, Paragraph 41 of the Human Rights Committee, states that:

“Article 14 (3)(g) guarantees the right not to be compelled to testify against oneself or to confess guilt. This safeguard must be understood in terms of the absence of any direct or indirect physical or under psychological pressure from the investigating authorities on the accused, with a view to obtaining a confession of guilt. It is unacceptable to treat an accused person in a manner contrary to Article 7 of the Covenant in order to extract a confession. Domestic law must ensure that statements of confessions obtained in violation of Article 7 of the Covenant are excluded from the evidence, except if such material is used as evidence that torture or other treatment prohibited by this

¹⁶ *Id.*, at para. 14 (“Article 7 should be read in conjunction with article 2, paragraph 3, of the Covenant. In their reports, States parties should indicate how their legal system effectively guarantees the immediate termination of all the acts prohibited by article 7 as well as appropriate redress. The right to lodge complaints against maltreatment prohibited by article 7 must be recognized in the domestic law. Complaints must be investigated promptly and impartially by competent authorities so as to make the remedy effective.”).

provision occurred, and that in such cases the burden is on the State to prove that statements made by the accused have been given of their own free will."

The comment is the marrow extracted from the opinion of the Human Rights Committee in *Nallaratnam Singarasa v. Sri Lanka*.¹⁷

[46] Article 7 of the ICCPR and its case laws reflect the origin and purposes of the prohibition and prevent states from relying on confessions

¹⁷ *Nallaratnam Singarasa v. Sri Lanka*, UNHRC, Views of 30 July 2004, U.N. Doc. CCPR/C/81/D/ 1033/2001 (2004), para 7.4. ("On the claim of a violation of the author's rights under article 14, paragraph 3 (g), in that he was forced to sign a confession and subsequently had to assume the burden of proof that it was extracted under duress and was not voluntary, the Committee must consider the principles underlying the right protected in this provision. It refers to its previous jurisprudence that the wording, in article 14, paragraph 3 (g), that no one shall 'be compelled to testify against himself or confess guilt', must be understood in terms of the absence of any direct or indirect physical or psychological coercion from the investigating authorities on the accused with a view to obtaining a confession of guilt. The Committee considers that it is implicit in this principle that the prosecution prove that the confession was made without duress. It further notes that pursuant to section 24 of the Sri Lankan Evidence Ordinance, confessions extracted by 'inducement, threat or promise' are inadmissible and that in the instant case both the High Court and the Court of Appeal considered evidence that the author had been assaulted several days prior to the alleged confession. However, the Committee also notes that the burden of proving whether the confession was voluntary was on the accused. This is undisputed by the State party since it is so provided in Section 16 of the PTA. Even if, as argued by the State party, the threshold of proof is 'placed very low' and 'a mere possibility of involuntariness' would suffice to sway the court in favour of the accused, it remains that the burden was on the author. The Committee notes in this respect that the willingness of the courts at all stages to dismiss the complaints of torture and ill-treatment on the basis of the inconclusiveness of the medical certificate (especially one obtained over a year after the interrogation and ensuing confession) suggests that this threshold was not complied with. Further, insofar as the courts were prepared to infer that the author's allegations lacked credibility by virtue of his failing to complain of ill-treatment before its Magistrate, the Committee finds that inference to be manifestly unsustainable in the light of his expected return to police detention. Nor did this treatment of the complaint by its courts satisfactorily discharge the State party's obligation to investigate effectively complaints of violations of article 7. The Committee concludes that by placing the burden of proof that his confession was made under duress on the author, the State party violated article 14, paragraphs 2, and 3(g), read together with article 2, paragraph 3, and 7 of the Covenant.")

obtained by torture or cruel, inhuman or degrading treatment. Under the ICCPR, principles of a fair trial mean that:

1. No person is required to incriminate himself. Only a truly free and voluntary confession is admissible in law.
2. There is danger in relying on involuntary confessions as an accused may incriminate himself due to pressure, threats, violence, promises and inducements.
3. It is for the prosecution to prove its case beyond reasonable doubt and this includes the voluntariness of a confession. The burden is not on the accused to prove that the confession was involuntary.
4. An involuntary confession, if wrongly admitted as evidence, has little or no probative value.

[47] Confessions obtained by torture or cruel, inhuman or degrading treatment are not only prohibited under the ICCPR. Article 15 of the CAT also provides that “Each State Party shall ensure that any statement which is established to have been made as a result of torture shall not be invoked as evidence in any proceedings.” As explained by the United Nations Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment:

“The exclusionary rule applies not only where the victim of the treatment contrary to the prohibition of torture or other ill-treatment is the actual defendant, but also where third parties are concerned. Such a conclusion is plainly intended by the wording of article 15, which provides that “any statement...in any

proceedings” shall come within the scope of exclusion and not just one given by the accused in a domestic court.

...

The admission of evidence, including real evidence obtained through a violation of the absolute prohibition of torture and other ill-treatment in any proceedings, constitutes an incentive for law enforcement officers to use investigative methods that breach those absolute prohibitions. It indirectly legitimizes such conduct and objectively dilutes the absolute nature of the prohibition.”¹⁸

[48] International bodies have applied a low burden of proof on individuals alleging that a statement or evidence was obtained through torture before shifting the burden to the State to demonstrate otherwise. For instance, in *Othman v. United Kingdom* (2012), the European Court of Human Rights (“ECtHR”) held that there is a “real risk” that evidence admitted was obtained as a result of torture, is sufficient to result in a “flagrant denial of justice.”¹⁹ Explaining this low standard, the ECtHR held that:

International law, like the common law before it, has declared its unequivocal opposition to the admission of torture evidence. There are powerful legal and moral reasons why it has done so fundamentally, no legal system based upon the rule of law can countenance the admission of evidence – however reliable –

¹⁸ Juan E. Méndez, Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, A/HRC/25/60, 10 April 2014, para. 28, 30.

¹⁹ Expert opinion submitted by Lawyer James Lin, para. 25.

which has been obtained by such a barbaric practice as torture. The trial process is a cornerstone of the rule of law. Torture evidence damages irreparably that process; it substitutes force for the rule of law and taints the reputation of any court that admits it. Torture evidence is excluded to protect the integrity of the trial process and, ultimately, the rule of law itself.

....

For the foregoing reasons, the Court considers that the admission of torture evidence is manifestly contrary, not just to the provisions of Article 6 [right to fair trial], but to the most basic international standards of a fair trial. It would make the whole trial not only immoral and illegal, but also entirely unreliable in its outcome. It would, therefore, be a flagrant denial of justice if such evidence were admitted in a criminal trial²⁰.

Therefore, the trial court must be satisfied beyond reasonable doubt that the confession was not obtained by torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.²¹ It is not the Applicant to satisfy this Court that the ill-treatment complained of has occurred, but merely that it may have²².

[49] In the present case, the Applicant alleged that he was tortured into confessing in 1988, and the confession appears to have been used as evidence against him. In addition, six of the co-accused also alleged

²⁰ *Othman v. United Kingdom* [4th Section], no. 8139/09, ECHR 2012 para.264, 267.

²¹ Amicus curiae submission from the Death Penalty Project (UK), para. 36-38.

²² Amicus curiae submission from the Death Penalty Project (UK), para. 17.

that they were subjected to torture to make them confess during their investigations. One of the co-accused, Yu Zhi-Xiang, who had confessed, was convicted. Subsequently an audiotape recording was found evidencing torture against that co-accused. Two police officers responsible was convicted by the High Court for the crimes of torture and one for perjury in the Applicant's case.

[50] This Court considers the following facts germane:

1. the Applicant and his co-accused were all investigated by the same police bureau. No records indicate that during the investigation, they had access to a lawyer.
2. The police bureau involved in the investigation submitted an office letter to the court denying any torture or improper conduct during investigation. The police officers involved in investigation were subpoenaed before the court, but they denied all the allegation of torture under oath in the 2nd Judgment [(81) Shang-Zhong-Gen-1- Zhi No.8] of the of the High Court in 1993.
3. The Respondent's Control Yuan found an audio tape proving that Yu Zhi-Xiang was tortured by at least four police officers during the Applicant's case investigation. Two of the four accused police officers were found guilty in 1996, and the convictions were affirmed by the Supreme Court in 1998 for torturing Yu Zhi-Xiang (both officers), concealing secret witness and lying to court in the Applicant's case (one of the two officers).
4. Although the High Court inspected all the other audio or video tapes

the police bureau provided to the court, no audio or video tape could prove the Applicant and his co-accused were tortured. However, the High Court had indicated that the audio tape may be incomplete (12th judgement, (98) Shang-Zhong-Gen-11-Zhi No. 7 criminal judgment).

5. Although the High Court found that Yu Zhi-Xiang had been tortured by the police officers at least once, it nevertheless admitted Yu's other confessions in investigation as evidence to prove the Applicant's guilt on the grounds that the Applicant could not prove that these confessions were extracted by torture.

Given the aforementioned facts, this Court is of the opinion that the domestic courts only conducted an investigation to establish if the Applicant and his co-accused were tortured, but not whether their confessions were extracted by torture or other ill-treatments.

[51] As it was proved that the co-accused Yu Zhi-Xiang was tortured by the police officers and the latter found guilty, it has been shown that both the police bureau and the policemen involved in the investigation had given false statements to the court. This Court holds that the Applicant has satisfied his burden of proof in claiming that he had been tortured. This would have required the domestic court to take serious steps to meaningfully investigate the Applicant's allegations.

[52] On the standard of what constitutes a meaningful investigation, the ECtHR has held in the case of *Palić v. Bosnia And Herzegovina* (2011) that:

"The investigation must be independent and effective in the sense

that it is capable of leading to the identification and punishment of those responsible, afford a sufficient element of public scrutiny, including being accessible to the victim's family, and carried out with reasonable promptness and expedition”²³.

In this case, although the Applicant and his co-accused alleged that they were tortured at the very beginning of this case in 1989, and the Supreme Court requested the High Court to inspect all the video and audio tapes in 1994, the High Court failed to do so for four years, till 1998. And after the inspection, the High Court found that the tape was incomplete. Furthermore, a trial that takes 23 years to reach a final conclusion cannot be said to have been conducted within a reasonable period of time.²⁴ The overall circumstances indicates that there was no meaningful investigations into the Applicant's allegations of torture and whether the evidence admitted against him – both the confessions and other evidence – may have been obtained as the result of his or his co-accused's alleged torture-extracted confessions.²⁵ The foregoing leads this Court to the inexorable conclusion that the Applicant's trial violated his right to a fair trial under Article 14 of the ICCPR, as well as his right to be free from torture under Article 7 of the ICCPR and customary international law.

[53]As to the question on whether any part of the transcript of the confession in the Applicant's case can be used as evidence to ascertain

²³ *Palić v. Bosnia And Herzegovina* [4th Section], no.7407/04, ECHR 2011, para.63.

²⁴ Amicus curiae submission from the Death Penalty Project (UK), para. 25.

²⁵ Expert opinion submitted by Lawyer James Lin, para. 34.

facts, a close examination of the ECtHR's decision in the *Gäfgen v. Germany* is instructive.²⁶ In that case, the applicant, accused of kidnapping and murdering a child, confessed to the crime after being subjected to threats, and the ECtHR held it qualified as inhuman treatment. Based on his confession, the police located the crime scene and collected real evidence. The trial court, however, excluded the applicant's confession because it was obtained as the result of ill-treatment, but admitted the real evidence found. During the trial, the applicant confessed a second time.

[54]As noted earlier, in instances of torture, the ECtHR has drawn a clear line that *"incriminating real evidence obtained as a result of acts of violence, at least if those acts had to be characterised as torture, should never be relied on as proof of the victim's guilt, irrespective of its probative value."*²⁷ But, with respect to acts that qualify as ill-treatment, the ECtHR has laid out a separate standard:

*"The Court considers that both a criminal trial's fairness and the effective protection of the absolute prohibition under Article 3 [in cases of ill-treatment that fall short of torture] are only at stake if it has been shown that the breach of Article 3 had a bearing on the outcome of the proceedings..."*²⁸

[55]International bodies generally agree that, whenever a real risk exists that evidence was obtained as a result of torture (not ill-treatment), its

²⁶ Expert opinion submitted by Lawyer James Lin, para. 36.

²⁷ *Gäfgen v. Germany* [GC], no.22978/05, ECHR 2011 para.167.

²⁸ *Id.*, at para. 178.

admission in the trial creates a flagrant denial of justice. On the other hand, in cases where evidence may have been obtained as a result of ill-treatment (not amounting to torture), the ECtHR requires proof that the *causal chain leading from the prohibited methods of investigation to the applicant's conviction and sentence* is broken.²⁹ The ECtHR required that the act of ill-treatment had no bearing on the trial court's decision on guilt and sentencing. Similarly, with respect to subsequent confessions or statements of guilt following ill-treatment, the ECtHR required that the "*status quo ante*" be restored to the situation prior to the breach of the individual's rights.³⁰

[56] Neither party disputes the fact that the testimonial evidence, including the confessions and testimonies of the Applicant and the co-accused were crucial incriminating evidence in the Applicant's case. As these confessions and testimonies impacted the outcome in the Applicant's case, the "*status quo ante*" has not been restored.

[57] This Court finds that the Applicant's right to be free from torture, or inhuman or degrading treatment and to the application of the exclusionary rule under Article 7 of the ICCPR and the right to fair trial under Article 14 have been violated.

II. THE APPLICANT'S SOLITARY CONFINEMENT FOR 4 YEARS FROM 1989 TO 1994

²⁹ *Id.*, at para. 180.

³⁰ *Id.*, at para. 182. *See also* Expert opinion submitted by Lawyer James Lin, para.

[58]According to General Comment 20 of the Human Rights Committee, *“prolonged solitary confinement of the detained or imprisoned person may amount to acts prohibited by article 7”*.³¹

[59]In addition to the prohibition on ill-treatment contained in Article 7, Article 10 of the ICCPR requires that all persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for their inherent dignity. If the conditions of detention do not meet the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, this provision will be violated. The excessive measures applied on a prisoner (imposition of foot shackles when in a cell, lengthy periods of solitary confinement) clearly violate ICCPR norms.

[60]Solitary confinement is defined as the physical and social isolation of an individual who is confined to his cell for 22 to 24 hours a day. On 17 December 2015, a revised version of the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (Nelson Mandela Rules) was unanimously adopted by the United Nations General Assembly. According to Rule 43 of the Mandela Rules, indefinite or prolonged solitary confinement may amount torture or ill-treatment and is prohibited.

[61]In 2008, the United Nations Special Rapporteur on Torture similarly stated that prolonged isolation of detainees amounts to torture or ill-treatment. He based his statement on the current medical understanding

³¹ UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), 10 March 1992, para. 6.

that individuals who have been subjected to solitary confinement often experience severe, adverse health effects, such as hallucinations, mental illness, insomnia, and confusion.³² Moreover, according to the Special Rapporteur's 2011 Report, prolonged solitary confinement (defined as an excess of 15 days) should be prohibited and regarded as torture or ill-treatment.³³ And research shows that prolonged solitary confinement can cause irreversible psychological damage, which may induce acts of self-mutilation and suicide.³⁴ The uncertainty of many detainees as to how long they will remain in solitary confinement enhances the risks of severe mental and physical trauma.³⁵

[62] While this Court accepts that solitary confinement may in some cases be necessitated by certain security considerations, it is not a measure that may justifiably be applied as a matter of procedure or course. This point was considered in the ECtHR's case of *Harakchiev And Tolumov v. Bulgaria*:

"The Court has held that all forms of solitary confinement without appropriate mental and physical stimulation are likely, in the long term, to have damaging effects, resulting in the deterioration of mental faculties and social abilities (see Iorgov, cited above, §§ 83-84). It is true that the applicants in the present case were not

³² Juan E. Méndez, Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, A/HRC/22/53, 1 February 2013, para. 63.

³³ Juan E. Méndez, Interim report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, A/66/268, 5 August 2011, para. 76.

³⁴ *Id.*, at para. 68.

³⁵ *Id.*, at para. 59.

subjected to complete isolation and that an inmate's segregation from the prison community does not in itself amount to inhuman or degrading treatment. However, it cannot be overlooked that in the present case both applicants were kept under such an impoverished regime for extended periods of time – twelve and fourteen years respectively. In such circumstances, isolation should be justified by particular security reasons obtaining throughout the duration of this measure. It can hardly be accepted that this was automatically necessary solely on account of the applicants' sentences to whole life and life imprisonment respectively as an inherent part of the relevant punishment for at least the initial five years of the sentence."³⁶

[63] In light of the applicable international standards on acceptable treatment of prisoners and our current medical understanding of the effects of prolonged solitary confinement, this Court finds that although the Applicant's detention in solitary confinement for four years was shorter than what the applicants suffered in *Harakchiev and Tolumov v. Bulgaria* of ECtHR, it is still a long time and such a length of confinement can only be justified by serious security concerns. However, the Respondent cannot provide any justifiable security reason for the Applicant's solitary confinement. This Court thus finds the Respondent in breach of the Applicant's right to be free from torture and ill-treatment under Article 7 of the ICCPR and customary

³⁶ *Harakchiev And Tolumov v. Bulgaria* [4th Section], nos. 15018/11 and 61199/12, ECHR 2014, para.204.

international law.

III. THE APPLICANT'S INCARCERATION WITH FOOT-SHACKLES FOR 18 YEARS FROM 1989 TO 2007

[64]According to General Comment 20 of the Human Rights Committee, “prolonged solitary confinement of the detained or imprisoned person may amount to acts prohibited by article 7.”³⁷

[65]In addition to the prohibition on ill-treatment contained in Article 7, Article 10 of the ICCPR requires that all persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for their inherent dignity. Where conditions of detention do not meet the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, this provision is violated. This Court finds that the excessive measures applied on the Applicant (imposition of foot shackles when in a cell, lengthy periods of solitary confinement) violate ICCPR norms.

[66]International law recognizes certain legitimate reasons for using force or restraints such as to protect prisoners or staff, to prevent escape during transfer, and to prevent self-harm and suicide. Nonetheless, international law only permits the use of force and restraints in very narrow and exceptional circumstances, in line with the principles of legality, necessity, and proportionality and when all other less

³⁷ UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), 10 March 1992, para. 6.

restrictive measures have been exhausted.

[67]The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners contain authoritative and generally accepted principles and practices for the treatment of prisoners and the management of penitentiary institutions. Since it was first adopted in 1955, the Standard Minimum Rules have prohibited the use of “irons and chains” and have restricted the use of other instruments of restraint to only the aforementioned circumstances.

[68]Revised in 2015, the Mandela Rules now provide in Rule 47 that: *“The use of chains, irons or other instruments of restraint which are inherently degrading or painful shall be prohibited (emphasis added).”* Further guidance on the use of restraints is provided in Rule 48, as follows:

1. When the imposition of instruments of restraint is authorized in accordance with paragraph 2 of rule 47, the following principles shall apply:

(a) Instruments of restraint are to be imposed only when no lesser form of control would be effective to address the risks posed by unrestricted movement;

(b) The method of restraint shall be the least intrusive method that is necessary and reasonably available to control the prisoner’s movement, based on the level and nature of the risks posed;

(c) Instruments of restraint shall be imposed only for the time

period required, and they are to be removed as soon as possible after the risks posed by unrestricted movement are no longer present.

[69]A mere breach of the Mandela Rules in the use of shackles does not necessarily mean a breach of an individual's right under Article 7 of the ICCPR or customary international law. Such restraint should then be subject to the principles of proportionality, necessity, and use of least restrictive measures as set out in the aforementioned Mandela Rules, and shall be considered in view of the overall circumstances of the detention. In the case *John D. Ouko v. Kenya* (African Commission on Human and People's Rights) the complainant alleged that the detention facility had a 205-watt light bulb that been left on through his ten-month detention, and he was also denied bathroom facilities. After taking overall the circumstances into consideration, the African Commission on Human and People's Rights concluded that these conditions violated the complainant's right to respect for his dignity and freedom from inhuman and degrading treatment.³⁸

[70]In this case, the Applicant had been shackled for 18 years, and this certainly represents an extraordinarily cruel treatment for an extremely long time that seems impossible to justify. In the Court's view, it violates all accepted principles of proportionality, necessity, and use of least restrictive measures as set out in the Mandela Rules. Considering the severity and extreme nature of this treatment, this Court finds that there has been a serious breach of the Applicant's right to be free from

³⁸ *Ouko v. Kenya*, Comm. 232/99, 14th ACHPR AAR Annex V (2000-2001), para. 22-23.

torture and ill-treatment under Article 7 of the ICCPR and customary international law.

IV. THE APPLICANT'S RIGHT TO FAIR TRIAL

1. Loss of Evidence

[71] The Applicant's trial began in February 1989 and a final decision was delivered by the Supreme Court in July 2011. It is obvious that a trial that takes 23 years to reach a final conclusion cannot be said to have been conducted within a reasonable period of time. There appears to have been serious errors of fact and law in the trial processes which may amount to an arbitrary deprivation of life, which is prohibited by Article 6 of the ICCPR. General Comment 36 of the Human Rights Committee clearly states that any deprivation of life will be arbitrary if the trial process is inconsistent with international law. A death penalty imposed after serious errors in the trial process including excessive and unjustified delays will be held contrary to Article 14.³⁹

[72] Article 14 of the ICCPR guarantees the right to a fair trial. Article 14(5) provides: "*Everyone convicted of a crime shall have the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law.*" If evidence disappears during a direct appeal, it is obvious that a higher tribunal will not be able to review such evidence. However,

³⁹ UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 36 (on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life), 30 October 2018, para. 41-42.

evidence that is lost does not necessarily result in a breach of that right under paragraph 5, Article 14. The importance and significance of the loss of the physical evidence is self-evident in this case. In the context of losing evidence during trial, the Human Rights Committee explains that:

*“While recognizing that in order for the right to review of one's conviction to be effective, the State party must be under an obligation to preserve sufficient evidential material to allow for such a review, the Committee cannot see, as implied by counsel, that any failure to preserve evidential material until the completion of the appeals procedure constitutes a violation of article 14, paragraph 5. Article 14, paragraph 5, will, in the view of the Committee, only be violated where such failures prejudices the convict's right to a review, i.e. in situations where the evidence in question is indispensable to perform such a review.”*⁴⁰

[73] The Applicant's case was argued, back and forth between the High Court and Supreme Court for 23 years. It is obvious to this Court that the Supreme Court considered that in each of the cases, reasonable doubts arose and for that reason, it revoked the High Court's judgement for 11 times. The telephone voice recording of the ransom deal which the High Court used to prove co-accused Yu Zhi-Xiang's involvement and thought Yu Zhi-Xiang's confession persuasive was one of the most important pieces of incriminating evidence in the Applicant's case. Due

⁴⁰ *Robinson v. Jamaica*, Comm. 731/1996, U.N. Doc. A/55/40, Vol. II, at 116 (HRC 2000), para. 10.7.

to the loss of the telephone voice recording of the ransom deal, the Applicant could not request any further examination or investigation into it to prove whether Yu Zhi-Xiang committed the crime or not. This Court finds that the loss of telephone voice recording substantially prejudiced the Applicant's right to a review under Article 14 (5) of the ICCPR.

[74] Further, the Respondent lost other non-confessional evidence, such as the plastic bag containing a pair of black plastic shoes which belonged to the victim, a butcher's knife, a animal-grade syringe, and male clothing, etc. Since these non-confessional evidence appeared to contradict the Applicant's confession and other confession evidences, there is a reasonable likelihood that properly interrogated, the interpretation of such evidence may be changed in favor of the Applicant. Due to the loss of this evidence, the Applicant could not request that they be tested with any newly-developed technologies. This Court finds that the loss of this evidence also prejudiced the Applicant's right to a review under Article 14 (5) of the ICCPR.

2. Judges' repeated participation in the hearings and trials

[75] Article 14(1) of the ICCPR provides that:

"In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law."

And Article 14(3) c of the ICCPR provides that:

“In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled ... To be tried without undue delay”.

This rule can also be found in the text of Article 6(1) of the ECHR:

“In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.”

[76] When interpreting the requirement of impartiality, the European Court of Human Rights adopts a two-prong test. First, the court must be subjectively impartial, meaning that no member of the court shall hold any personal prejudice or bias. Second, the court must also be objectively impartial, meaning that there shall be no ascertainable facts that might raise doubts as to the impartiality of the judges. For the objective prong, the court mentioned that *“even appearances may be of a certain importance”*, because *“what is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public and above all in the parties to the proceedings”*.⁴¹ The Human Rights

⁴¹ *Moiseyev v. Russia* [1st Section], no.62936/00, ECHR 2008 para.174 (“As to the requirement of “impartiality”, two aspects must be taken into account. First, the tribunal must be subjectively impartial, that is, no member of the tribunal should hold any personal prejudice or bias. Personal impartiality is presumed unless there is evidence to the contrary. Secondly, the tribunal must also be impartial from an objective viewpoint, meaning it must offer sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in this respect. Under the objective test, it must be determined whether, quite apart from the judges’ personal conduct, there are ascertainable facts which may raise doubts as to their impartiality. In this respect even appearances may be of a certain importance. What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public and above

Committee provides similar two-prong test in General Comment No. 32:

*“The requirement of impartiality has two aspects. First, judges must not allow their judgement to be influenced by personal bias or prejudice, nor harbour preconceptions about the particular case before them, nor act in ways that improperly promote the interests of one of the parties to the detriment of the other. Second, the tribunal must also appear to a reasonable observer to be impartial.”*⁴²

The aforementioned two-prong test has also been applied in the Respondent’s Supreme Court while deciding whether a judge shall be disqualified in a specific case.⁴³

[77] In the present case, a key question is whether the judges’ repeated participation in the subsequent hearings and trials raises doubt on the impartiality of the court. From a subjective perspective, allowing judges who participated in previous trials may be inappropriate because the judges may have a fixed opinion on the case and thus defeat the purpose of granting the defendant a re-trial. On the other hand, even if judges who participated repeatedly in the same case can in fact remain

all in the parties to the proceedings (see *Academy Trading Ltd and Others v. Greece*, no. 30342/96, §§ 43-45, 4 April 2000, and *Pullar v. the United Kingdom*, judgment of 10 June 1996, Reports 1996-III, § 29).”).

⁴² UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 32 Article 14 (Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial), 23 August 2007, para. 21.

⁴³ Taiwan Supreme Court (108) Tai-Kang-Zhi No. 921 order.

impartial, from an objective perspective, repeated participation almost certainly undermines the appearance of an impartial court.⁴⁴ Therefore, this Court is of the view that repeated participation of judges who were involved in previous trials is a violation of Article 14(1) of the ICCPR.

[78] In this case, another related issue is that the Applicant did not file any motions in the High Court or Supreme Court to disqualify the judges who participated in previous trials. The Court does not consider the Applicant's failure to file motions of recusal prejudicial to his own case; neither does it relieve the courts from their duty to adhere to the standard provided by Article 14(1) of the ICCPR. As mentioned above, part of the purpose of having an impartial court system is to maintain the public's confidence in the judiciary. Thus, even when the parties omit or fail to file any motions requesting the recusal of the judges, the courts ought to have considered this on its own motion or volition to replace the judges who had participated in the previous trials. Courts need not wait for applicants to file motions for the recusal of any particular judge.

[79] In view of all the procedural defects or flaws outlined above, this Court holds that the Applicant's right to a fair trial under Article 14 of the ICCPR has been violated.

V. DEATH-ROW PHENOMENON AND RIGHT TO LIFE

⁴⁴ Expert opinion submitted by Professor Lin Chih-Chieh and Professor Chin Mong-Hwa, para. 34. *See also* Expert opinion submitted by Professor Lin Chao-Chun, page. 7.

[80] Article 14(3)(c) of the ICCPR provides that everyone shall have the right to be tried without undue delay. In General Comment No. 32, Human Rights Committee states that:

“the right of the accused to be tried without undue delay [...] is not only designed to avoid keeping persons too long in a state of uncertainty about their fate and, if held in detention during the period of the trial, to ensure that such deprivation of liberty does not last longer than necessary in the circumstances of the specific case, but also to serve the interest”⁴⁵.

[81] A detained person who has been sentenced to death faces the agony of knowing that he may be deprived of his life anytime. A prolongation of this agony beyond a reasonable time to conclude any appeal and consideration of the prerogative of mercy may well lead to the death row phenomenon. The phenomenon itself constitutes a form of cruel or inhuman and degrading treatment, as the Applicant contends.⁴⁶ This was established in international human rights law in the case of *Soering v United Kingdom* in European Court of Human Rights. In that case, the UK proposed extradition of a German national to the state of Virginia USA, where he would be held for at least eight years before execution in the event of a capital conviction for murder. The European Court of Human Rights first concluded that whilst article 3 of the European Convention on Human Rights could not be interpreted at that

⁴⁵ UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 32: Article 14 (Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial), 23 August 2007, para. 35.

⁴⁶ See Amicus curiae submission from the Covenants Watch (Taiwan), para. 65.

time to mean that capital punishment was per se inhuman and degrading, the circumstances in which it was proposed to be administered may nevertheless contravene this absolute standard. The European Court of Human Rights stated that:

“111. For any prisoner condemned to death, some element of delay between imposition and execution of the sentence and the experience of severe stress in conditions necessary for strict incarceration are inevitable. The democratic character of the Virginia legal system in general and the positive features of Virginia trial, sentencing and appeal procedures in particular are beyond doubt. The Court agrees with the Commission that the machinery of justice to which the applicant would be subject in the United States is in itself neither arbitrary nor unreasonable, but, rather, respects the rule of law and affords not inconsiderable procedural safeguards to the defendant in a capital trial. Facilities are available on death row for the assistance of inmates, notably through provision of psychological and psychiatric services (see paragraph 65 above).

However, in the Court’s view, having regard to the very long period of time spent on death row in such extreme conditions, with the ever present and mounting anguish of awaiting execution of the death penalty, and to the personal circumstances of the applicant, especially his age and mental state at the time of the offence, the applicant’s extradition to the United States would expose him to a real risk of treatment going beyond the threshold

set by Article 3 (art. 3). ”⁴⁷

A similar conclusion was reached in the United Kingdom by the Judicial Committee of the Privy Council (the highest court of appeal from Commonwealth countries that retain the jurisdiction) in *Pratt v Attorney General of Jamaica* ([1994] 2 AC 1).

[82] This Court would also note the Respondent’s obligations under Article 6 of the ICCPR in reference to General Comment 36 of the Human Rights Committee. Article 6 is the fundamental article in any case concerned with the imposition of capital punishment and sets the minimum standards that must be met in States that retain the death penalty if a capital sentence is to be imposed or upheld. General Comment 36 of the Human Rights Committee summarizes the established case law when it states:

“41. Violation of the fair trial guarantees provided for in article 14 of the Covenant in proceedings resulting in the imposition of the death penalty would render the sentence arbitrary in nature and in violation of article 6 of the Covenant. Such violations might involve the use of forced confessions; inability of the accused to question relevant witnesses; lack of effective representation involving confidential attorney client meetings during all stages of the criminal proceedings including during criminal interrogation, or appeal....preliminary meetings trial and appeal; failure to respect the presumption of innocence which may

⁴⁷ *Soering v. The United Kingdom* [Plenary Court], no. 14038/88, ECHR 1989 para.111.

manifest itself being placed in a cage or being handcuffed during the trial ...lack of adequate time and facilities for the Submissions of preparation of the defence, including inability to access legal documents essential for conducting the legal defenceexcessive and unjustified delays in the trial and general lack of fairness of the criminal process....

42. Other serious procedural defects not expressly covered by article 14 of the Covenant may nonetheless render the imposition of the death penalty contrary to article 6...

43. The execution of sentenced persons whose guilt has not been established beyond reasonable doubt also constitutes an arbitrary deprivation of the right to life. States parties must therefore take all feasible measures to avoid wrongful convictions in death penalty cases, to review procedural barriers to reconsideration of convictions and to re-examine past convictions on the basis of new evidence, including DNA evidence. States parties should also consider the implications for the evaluation of evidence presented in capital cases of new reliable studies including studies suggesting the prevalence of false confessions and the unreliability of eyewitness testimony”⁴⁸

[83] In the present case, the Applicant was held in detention continuously and has not been released since 14 October 1988. He was sentenced to

⁴⁸ UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 36 (on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life), 30 October 2018, para. 41-43.

death for the first time in 1989. Until the Supreme Court's affirmation of the issued death penalty on 28 July 2011, the Applicant was held in detention for 23 years. And after his case became final, the Applicant has lived in constant fear of pending execution of his death penalty for 8 years. Such a procedural delay was unreasonable and constitutes a violation of Article 14(3)(c) of the ICCPR.

[84]The Applicant was sentenced to death by the Respondent's judiciary. The Respondent must ensure that all procedural and substantive rules are met with high standard under Article 6 of the ICCPR. However, as aforementioned, the Respondent violated the Applicant's right to be free from torture, right to a fair trial guaranteed in the ICCPR and other customary international law, which means that the Respondent failed to meet the high standard under Article 6 of the ICCPR.

CONCLUSION AND REMEDIES

[85]The Applicant has been and remains a victim of the violation of his ICCPR rights, and he will continue to be such a victim until his case is referred back to the Respondent's Supreme Court for proper judicial remedy.

[86]With regard to the Applicant's alleged torture-extracted confession, the Respondent has violated Article 7 and Article 14 of the ICCPR.

[87]With regard to the Applicant's solitary confinement for 4 years from 1989 to 1994, the Respondent has violated Article 7 of the ICCPR.

[88] With regard to the Applicant's incarceration with foot-shackles for 18 years from 1989 to 2007, the Respondent has violated Article 7 of the ICCPR.

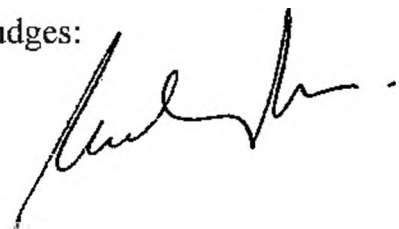
[89] With regard to the Applicant's lack of a fair trial due to the loss of physical exhibits during trial, without any opportunity of cross-examination of the witnesses, and by judges repeatedly taking part in subsequent trials, the Respondent has violated the Applicant's right to a fair trial guaranteed under Article 14 of the ICCPR.

[90] With regard to the death-row phenomenon, the Respondent has violated Article 7 of the ICCPR.

[91] Given the apparent failures of the trial process, the serious errors of law and findings of facts, and the excessive delay and period of time taken to complete the trial and appeal hearings, this Court calls on the Supreme Court of the Respondent to do what is just and necessary to remedy and rectify all the breaches of human rights enumerated above, upon a judicial review of the convictions and sentences in order to protect and preserve the human rights of the Applicant and in the interest of justice. The Applicant was, is and remains a victim of the serious violations of his fundamental rights, especially his right to life.

By Asian Human Rights Court Simulation Judges:

Court President MAH Weng Kwai,



Judge Rapporteur Wen-Chen CHANG,



Judge Kevin TAN Yew Lee,



Judge Tae-Ung BAIK,



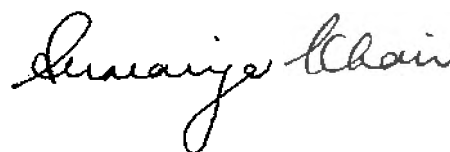
Judge Akiko EJIMA,



Judge Hualing FU,



Judge Sumaiya KHAIR,



模擬憲法法庭之言詞辯論程序筆錄

時 間：104年5月9日（星期六）上午9時整-下午6時整

地 點：台灣大學法學院霖澤館國際會議廳(1+2樓)

出席者：9人

大法官：羅大法官秉成、許大法官福生、陳大法官淑貞、李大法官兆環、劉大法官
靜怡、張大法官文貞、張大法官娟芬、許大法官家馨、李大法官荃和

主 席：羅大法官秉成

紀 錄：書記官薛雅婷

【開始紀錄】

主席羅大法官秉成：

大家早，請書記官朗讀案由。

書記官：

聲請人湯申認刑法第271條第1項之殺人者處死刑之規定，有抵觸憲法第7
條、第23條及第141條規定之違憲疑義，聲請憲法法庭判決案，續行言詞辯論程
序。

主席羅大法官秉成：

大家早，這一件湯申聲請釋憲案5月1日進行第一次的審理程序，今天續行
審理程序，希望今天能夠順利終結本案的辯論。

讓我先確認一下兩造到庭的訴訟代理人，聲請方訴代今天出席三位訴代，
今天上午場分別是顧立雄律師、吳志光教授及高烱輝律師嗎？

聲請方訴訟代理人顧立雄律師：

是。

主席羅大法官秉成：

關係機關方訴代是楊思勤律師、范世琦律師、李懷農律師？

關係機關訴訟代理人楊思勤律師：

是。

主席羅大法官秉成：

聲請方請求的聲明因為第三項聲明暫時處分在上次5月1日的程序已經處理
了，第二項聲明的部分有沒有補充或變更？

聲請方訴訟代理人顧立雄律師：

一樣。

1 主席羅大法官秉成：

2 我們就進入今天的程序，在原來審理計畫所表定的流程，在今天早上我們
3 要接續原來調查的程序，早上的程序先由最高法院代表黃瑞華法官，早上還有
4 兩位鑑定人鄭善印教授、錢建榮法官，依序照此順序陳述意見，最高法院代表
5 黃法官陳述意見之後，由兩造及大法官詢問，黃法官陳述意見十分鐘，兩造及
6 大法官詢問的時間是二十分鐘。

7 我們先進行今天第一個程序，由最高法院代表黃瑞華法官陳述意見，黃法
8 官請。

9 鑑定人黃瑞華法官：

10 謝謝主席，各位早，個人雖然是用最高法院代表的角色來參加這一次憲法
11 模擬法庭，但以下的發言僅代表本人，不代表最高法院，特別要先說明。

12 在場有鑑定人曾經揚言要判最高法院死刑，就是我隔壁這一位鑑定人。我
13 現在是最高法院法官，之前我也判過死刑，之前當然是指一、二審，因為來到
14 最高法院的時間還不夠長，才兩年。今天來到這裡，我不是鑑定人也不是證人，
15 當然我不是機關關係人，理論上應該不是，我覺得角色有一點尷尬，好像要來
16 考試，但為什麼我願意來？我是在想說如果有機會走出法院的高牆及法院以外
17 對法院不太友善的各界對話，也許是增進信任的開始，今天來這裡我有四個問
18 題要跟大家分享：

19 第一，死刑立法是否違憲的個人看法，我想你們可能會關心；

20 第二，法院或包括我為何要判決死刑，可能我的看法會導出我不應該判死
21 刑；

22 第三，是否廢死的爭論何時方休？誰才是這個爭議最應該負責的人？

23 第四，在死刑立法尚未被宣告違憲，不是宣布廢除死刑之前，最高法院對
24 於二審的死刑判決案件之審理過程，是否得通過所謂「避免恣意」或者「正當
25 法律程序」這些原則的檢驗。

26 以上是我要跟大家分享的四個問題。

27 第一點，死刑立法是否違憲？立法權是有它的界限，是否逾越由釋憲機關
28 來審查，如果我們釋憲機關的釋憲結果認為是違憲，其實頂多也只是確認這樣
29 的立法在我國的憲政秩序下不合，是不應該有效存在，這跟由大法官宣布廢除
30 死刑這件事是不同的，誰宣布廢除死刑其實這是行政政策的決定，跟大法官的
31 釋憲是兩件完全不同的事情，所以我個人會認為今天送來釋憲或大法官宣布違
32 憲根本就不會有所謂侵害立法權問題、司法自治自我節制的問題。

33 再者，本案聲請案原因事件的確定終局判決，其實是最高法院76年度台上
34 字第2533號判決的最高法院判決，最高法院判決是以上訴無理由來駁回實體判
35 決，並不是上訴不合法程序駁回的程序判決，所以本案確定終局判決是最高法

1 院，並不是高等法院的判決，這是首先要澄清的。

2 我國採取抽象違憲審查制度，人民聲請大法官解釋有無提出憲法客體是確
3 定終局判決適用的法律或命令，按照釋字第185號解釋，頂多我們可以說確定判
4 決所適用的法律、命令，於判決當中呈現對於法律適用或解釋表示的見解，這
5 個見解可以成為釋憲的客體；但無論如何，應該都不會包括具體判決個案本身
6 可否聲請大法官來釋憲，這是個人的淺見，但我們看到聲請及貴庭暫時處分的
7 裁定，好像也有把本案確定終局判決有無違憲作為審查標的，我不曉得是不是
8 有誤解。

9 主席羅大法官秉成：

10 就這個程序問題我打個岔，為何會就個案的部分做憲法審查的原因，因為
11 模擬法庭所準據的法律並不是現行的法律，是我們有一個模擬憲法法庭法，而
12 這個模擬憲法法庭法已經把憲法訴願引入，所以就有個案審查，就是這麼一回
13 事。

14 鑑定人黃瑞華法官：

15 瞭解，謝謝。

16 我們在座或我們鑑定人其實寫得非常非常棒、內容已經非常豐富，我沒有
17 必要再去引述。究竟死刑的相關法律在憲法架構下，因為法官在解釋適用法律
18 時，首先是文義解釋，我們不能逸脫文義解釋，法律條文的意涵如果逸脫文義
19 解釋，你再去做另外的解釋，我們可以在文義解釋下做目的性解釋、體系解釋
20 及歷史解釋，但就是不可以逾越文字。

21 因此，個人淺見是關於死刑的立法到底有無違憲其實我們要看我們憲法如
22 何規定，大家好像都是援引憲法第23條來審查我們相關死刑的立法是否合憲，
23 其他當然就是所謂基本權的規範、平等權、正當法律程序原則，或者是訴訟權
24 保障等等，這都是基本權利及程序；但比較核心的是第23條，因為第23條是比
25 例原則。

26 我個人認為從憲法第23條的文字其實就可以得到反證，可以得到很清楚的
27 證據，憲法只授權我們的立法者依法限制人民的自由權利，並沒有授權依法剝
28 奪人民自由權利所依附或者是存在的根本生命權，因此我覺得從憲法文字角度
29 來看，死刑的立法應該是逾越立法權的界限，這個是我的淺見。

30 當然可不可以有死刑、是否有憲法第23條就一定不能有死刑，第23條的文
31 字是說立法者沒有被授權，但當然有很多是例外，比如正當防衛或者是緊急避
32 難。國家有沒有正當防衛、緊急避難？我覺得是有的，但要看立法者怎麼立法，
33 但現在顯然看起來我們現在死刑相關刑事立法好像不是這樣，而是當作刑罰的
34 一種。

35 第二點，為何我過去要判死刑？我現在整理了一些理由，也許會有一點玩

1 笑。我在一、二審曾經判決個案死刑，當然我判決死刑的案子不多，我也很掙
2 扎，但我還是判了。我想第一個理由很重要的理由是廢死聯盟還沒有成立，我
3 是講真的，因為我們社會在檢討，其實法官是來自於社會，如果社會沒有檢討
4 多一點的聲音，其實法官會來不及或忘記去做，像我們錢建榮法官這樣的人真
5 的很少，我自己思考以後，是因為我們的社會在檢討，所以廢死聯盟之類的團
6 體其實對社會有很大的貢獻。

7 （二）有死刑的立法存在，大法官也說了好幾遍死刑不違憲，法官有忠誠
8 適用法律的義務，加上加害者的行為實在太可怕了，達到人神共憤、天理難容，
9 社會大多數人的直覺反應是如果不讓加害人也失去寶貴的生命，無以伸張正義
10 告慰亡靈、被害人家屬或社會期待，所以除了給他死，好像什麼立法可以使用。

11 （三）我們的政府、社會及被害人，也許包括法官，我們關係的是犯罪者
12 有沒有得到應有的制裁或懲罰、下一個被害人是不是我，根本不關心被告的教
13 化、矯正復歸社會等問題。其實也不能說法官沒有關心，就我個人的經驗或跟
14 同事的理解，我們在判決被告要不要進入監獄的這一件事其實都非常掙扎，因
15 為我們知道我們的獄政做得很糟，我們把人送進去，其實有時候是害了他，因
16 為他也許被欺負，總之我們沒有辦法期待他在監獄裡教化、矯正非常好，所以
17 出來以後一定變好，這是非常嚴重的問題，這讓我們法官只能管到下判決，之
18 後我們無法管，其實這是整個社會的問題；當然最主要是有權力人的問題。

19 （四）我們看不到令人振奮或感動的獄政改革，即便我們之前屏東監獄發
20 生很嚴重的事情，我們還是看不到令人感動、振奮的獄政改革，我們的監獄環
21 境不符人道的黑暗角落，仍然比比皆是。

22 （五）執行死刑實在是太方便也太廉價，這可以迴避政府資源分配不均，
23 建構安全社會防衛體系不利，以及治安不好的責任跟批評都可以借用執行死刑
24 跟判決死刑來迴避，這些人殺了太多人，手段也太兇殘了，死有餘辜；最重要
25 的是法官判決出來以後，不會被社會人肉搜索追著罵「恐龍法官」，所以判決
26 死刑在特定的狀況下，特定狀況當然是指犯罪的情節非常嚴重，可以說一舉數
27 得。

28 （六）很重要的一個問題，一、二審法官最近碰到死刑案，他要停止死刑
29 案件的審理，同時就無法給被害人結案的交代，因為遲來的正義不是正義，他
30 要冒著結案的壓力、對被害人家屬的交代，及努力寫死刑違憲案的聲請書去聲
31 請有人做了這一些事情。但結果不管怎麼寫，大法官都是說「難謂客觀上已具
32 體指摘該規定有何牴觸憲法之虞」的理由撤回，所以案子停下來、聲請釋憲也
33 是枉然，就我們而言。

34 以上所說的也許不是每一個人判死刑的想法，等一下如果有空的話，可以
35 問我判過最典型的死刑案，也就是林清岳殺父母的案子，後來也執行了，林清

岳是在我手下確定的，二判了以後，最高法院駁回。

第三點，誰才要為這個爭議負最應該負責的人？我們今天看到兩造都是在談死刑有無違憲都在講法律的東西，其實我個人的看法有兩點：

（一）我們檢討我們的社會跟那些已經被廢除死刑的社會或者很接受廢除死刑的社會。

（二）死刑制度的存廢其實關鍵因素是政治因素，我們的社會跟別人的社會不一樣，我們最常聽到反對廢死的人說「80%的民意支持死刑，死刑的存在是實現正義的需求、是維護社會秩序及增進公共利益所必要，是我國一般國民對法律應該實現社會公益、實現良知、實現人性普世價值的期待跟認知，所以我們要給他死刑」，是沒有那麼白話，我把它翻譯白話。我就覺得很奇怪，廢死正反雙方所高舉的最高價值是正義、人性、良知及普世價值，其實標語都很像。

為何社會會用這樣的直觀講執行死刑、公益、良知、人性普世價值作直接連結？因為執行死刑，所以違背公益；因為執行死刑，所以有良知；因為執行死刑，所以有社會正義及維護普世價值。這是種連結，來自於很多法官也是這樣，這樣的直觀跟連結其實就是聚焦在報應跟懲罰，無關所謂的教化、矯正或復歸社會，但這樣的觀點其實是遠遠落後我們自己今天法律所標榜，我們不要採取報應主義，要採取一般預防、特別預防，以及我們刑法是以受刑人悔改向上、是與社會生活為目的，我們現行的立法政策是如此。

可是為什麼到今天，我們社會大眾的觀念，當然包含社會大眾的法官，為什麼還沒有跟上法律所標榜及追求的價值？為何有些社會、有些事件，當然就是歐盟、拉丁美洲、非洲或者很多國家，甚至包括蒙古，他們的社會可以很堅定接受廢除死刑？我個人的淺見，我發現那些斷然廢除死刑的國家，他們的歷史大多經歷一段國家暴力的慘痛經驗，不管是對內、對外發動戰爭，或者集權整肅或屠殺，他們這樣的過程哪一個不是批著合法的外衣？當然最有名的是希特勒。哪一個不是批著合法外衣在做侵害人民性命或權利的事情？特別是性命。所以，他們的社會在經過這些慘痛的歷史經驗之後，他們社會的菁英特別是在政治菁英的帶領下，曾經深刻反省及檢討，進行轉型正義所必要的措施，讓他們社會大眾普遍且深切體認到任何人的生命都是無價，保障人性尊嚴跟人權才是民主國家或政府存在的根本目的，他們的社會可以深切、檢討，爾後很確信這樣的價值。

並且，也能夠認知到每一個人生命過程是多麼的不同，但每一個人很多的困難，有些人因為無法度過這一些困難，所以做了很嚴重的壞事，他們的社會可能很努力在做能讓這些被害人的家屬得到妥適的照顧及安慰，平安度過失去重要親人的困難。最高價值的確信、理解、妥適照顧及支持的社會，廢除死刑

1 當然是必然，雖然他們的社會還是會有雜音，但我們看到總是會有堅定而令人
2 動容的聲音在支持，就像那一天南非大法官所講的，我覺得聽他講話真的是很
3 感動，那是經過生命很深刻的反省跟最高價值的追求。

4 反觀我們的社會，我們的社會是長期在戒嚴威權體制下，我們的人民對國
5 家用非法或合法的暴力侵害人權，我們被迫習慣漠然、冷酷，因為如果太熱情
6 就會換你，所以以前我的父母親或是長輩說「小孩子有耳朵，沒有嘴巴(台語)」，
7 意即「千萬不要亂說話」。因此，我們對別人的侵害、對人權的侵害、對別人
8 的性命是漠然、冷酷、無情，甚至縱容。刑法第100條還沒被廢除時，連憲法有
9 保障我們的法官及檢察官，思想就能成立犯罪，可以對判國者判處死刑之歷史
10 經過的這件事有多少人麻木不仁、茫然不覺？因此，以往及現在的司法還是有
11 意無意在做幫兇。他們都覺得我太直白，可是因為我有憲法保障，所以直白一
12 點沒有關係。(笑)

13 今天我們台灣的政治雖然已經轉型，但真正的轉型其實沒有成功，原因很
14 多，以後有興趣再討論。我們的正義從來沒有轉型過，所以社會上大多數人對
15 保衛人的價值、人性尊嚴，政府的存在是要讓人民幸福快樂，這是國家唯一的
16 目的，這些很重要民主法治的價值，其實我們社會大多數人沒有達到很堅定信
17 念的程度。

18 再加上我們握有國家資源及公權力的政府，其實很急於推行、落實有效的
19 被害人保護制度、建構社會防護體系，因此我看不到我們的同理心在我們的社
20 會茁壯、蔓延；最糟糕的是，同理心這一件事，如果不能在法官、檢察官蔓延
21 的話，我們的司法制定就是無法成為保護人民或防衛社會正義最後一道防線，
22 同理心非常重要。

23 我們的結果是我們看到社會即便嚴刑峻法都沒有辦法幫助人民解決日益增
24 多的困難，嚴刑峻法在一邊，人民的困難每天還是增加，也是一樣，因此我們
25 的大環境沒有改變，有一些撐不住的人、把持不住的人成為下一個做壞事的加
26 害人或是做傻事的可憐人，被害人也當然因而產生，我們看到媒體天天還是在
27 報導驚悚的自殺新聞，這就是我們今天社會並沒有多執行幾個死刑或多判幾個
28 死刑而有所改變。所以我要說，笨蛋！問題不是在死刑！而是在大環境！

29 再者，死刑制度的存廢我認為政治因素還是最大的關鍵，大家可能同意「官
30 大學問大」這句話，但我們不能不接受有權者說了算這件事，要不要接受釋憲，
31 大法官說了算，你寫再多，大法官還告訴你說門檻沒有達到，你也無法跟大法官
32 爭執，頂多你寫文章罵他，大法官也不理你。

33 我的看法是，過去釋字第372號、第567號、第588號、第603號這些解釋，
34 還有很多像許玉秀大法官、李震山大法官及許宗力大法官的意見書，其實整理
35 起來，先後都已經建立非常精湛的死刑違憲之論證建構，只要大法官願意一以

貫之，自然水到渠成，捍衛憲法跟保障人權是大法官的天職，我覺得由大法官跑在社會的前端、帶領社會前進，不但不會被罵恐龍法官，還可以建立歷史地位。問題是他們想不想？所以我在這裡呼籲大家不要期盼我們小法官在判決當中說是否違憲，我覺得這種期待還不如期待我們的大法官。

第四點，不同法官審理同一個案子會有不同的結果，所以有人硬是要中途換法官。大法官也一樣，不一樣的總統，因為價值信念不一樣，所以提名大法官的人選的特質也很可能不一樣，然而大法官肩負著釋憲、統一解釋法令、審理總統、副總統彈劾案及政黨違憲解散案之職權，這些職權何其重要，攸關我國民主政治法治建立的命脈及憲政走向，非常地重要！所以有一些人寧可冒著毀憲、違憲，不審不同黨派提名的大法官人選，同時也要自己包攬全部大法官的提名權，因為太重要，不同的人提名不同特質的人，不同特質的人解釋不同的釋憲結果，我們的現在、未來、子孫都要受他影響。不幸的是，有提名權的人曾經不小心說出「我把你們當人看」這一句話，讓人很害怕他平時是不是不把你們當人看，更害怕他提名的人有樣學樣。

有資源、權力的政府更應該要做的如何使人人在客觀上有能力、主觀上有意願去尊重自己跟尊重別人的生命，被害人的家屬在被害人不幸離去後，除了加害人得到應有的制裁跟懲罰，真正得到政府的妥善照顧及支持，我們希望有權跟資源的政府去做這一件事，到時候死刑違憲與否或者要不要廢除之爭議，自然就會平息。

主席羅大法官秉成：

請控制時間。

鑑定人黃瑞華法官：

在死刑跟無期徒刑的選擇之間，我現在講的是最高法院，最高法院整理了他們的判決以後，我們常常發現一個結論，當法官要判你死刑時就說「這個人滅滅良知、滅滅天性，確無悛悔實據，無教化遷善之可能及必要」；當他不讓你判死刑，要判你無期徒刑時就說「良知尚未泯滅、悛悔有據，尚有遷善教化之可能及必要」。這樣的一個待證事實，決定死刑跟無期徒刑事實之證據、判斷為何，其實欠缺客觀、明確及有理論的標準，我看過同一個法庭、同一個案件在發回更審時，就講了第一審坦誠不諱，不曾為自己辯駁，不曾主動上訴，所以求死，願意捐器官，願意用補償金賠償被害人，多次請求當面向被害人道歉、多次寫信給被害人，原判決認定其無悔改之心；可是反過來要判他死刑時就說，坦誠犯行不當然足以為免除死刑之理由，其他悛悔有據、良心尚未泯滅就不提了，確定了。因此，我們可以知道良知泯滅與否、悛悔有無實據及有無遷善教化之可能性，其實是法官要怎麼寫就怎麼寫，就跟大法官要不要受理，要怎麼寫就怎麼寫一樣；所以重點是有權力的人，法官如何預見二、三十年後

1 的監禁教化？除非監禁教化毫無可能改變，否則怎麼知道加害人以後一定不會
2 改過遷善？

3 我再簡單講第二個問題，沒有讓被告在場、沒有用強制辯護、沒有把被告
4 提出最後表示意見權、連身案有無違憲及法定法官原則等等，錢建榮法官非常
5 關心的問題，我就暫時不說，我到時候再mail給他。

6 主席羅大法官秉成：

7 謝謝黃法官，我們時間稍微多給了法官，不過這個是假法官對真法官的禮
8 遇，各位不要以為我不公平，後面的時間會給兩造及鑑定人足夠充裕的時間，
9 今天的時間在控制上或許還算充裕。

10 黃法官已經陳述意見完畢，我們按照先前程序，由聲請方先發問，再由關
11 係機關發問，之後由大法官發問，聲請方請。

12 聲請方訴訟代理人顧立雄律師：

13 我剛剛聆聽黃法官的發言，我相信黃法官基於長久實務審判的經驗，發言
14 的內容反應著深刻理解犯罪的真正成因，從黃法官的實務生涯去理解政府應該
15 要真正處理的事情，並不在於嚴刑峻法就可以輕率了事。

16 我的問題其實剛剛黃法官也有提到，我只是請您能夠有再詳細的論證，在
17 您的實務生涯當中已經經手過很多刑事案件，您應該同意或者也曾經實際經
18 歷，就相同的案件即便是面對完全相同的卷證，如果因為管轄的問題再審分案
19 的原因或者是因為其他分案規則的緣故而交由不同法官審理，是不是會導致可
20 能有完全不同的結果？包括有罪無罪與否？包括量刑的判斷有非常非常大的差
21 異，當然您剛剛也有提到特別是死刑案件，是不是也會有完全可能相同的卷證
22 交由不同法官而面對不管在結果或者是量刑上都有產生不同的可能？如果如
23 此，我想請黃法官能夠說明一下，從您的豐富實務生涯中，向大家說明您認為
24 原因為何？

25 主席羅大法官秉成：

26 聲請方是不是只有一個問題？

27 聲請方訴訟代理人顧立雄律師：

28 是。

29 主席羅大法官秉成：

30 請黃法官回答，大概是您剛剛講恣意審判的問題及死刑的關係。

31 鑑定人黃瑞華法官：

32 我想他的題目不限於死刑跟無期徒刑，就是一般案件。我要非常肯定說
33 「對，沒錯」。同一個案件、同樣的卷證、不同的法官，會得出即便是有罪、
34 無罪不同的結果，當然量刑更不在話下，因為考慮的東西不一樣，你的價值觀、
35 你的人生觀、你的出發點、你的悲憫心、同理心程度不一樣，及你看到的視角

不一樣。

為什麼連有罪、無罪都會不一樣？第一個，證據法則有無嚴謹適用的問題，我記得我自己親身經歷一件案子，我非常確信那個案子是要無罪，結果我判了無罪，我的理由寫了六十幾頁，但我們的社會用社會運動的方式說我是恐龍法官的鼻祖，他們不看我的判決。結果那個案子後來是有罪定讞，我無法理解證據嚴謹法則下為何會有罪定讞。

最近來到最高法院以後，同樣的案子、同樣的情節在某庭我當陪席法官時是有罪，主要就是推定有罪推定心態跟無罪推定心態，及證據法則嚴謹適用與否。我們的庭正好隔了一個禮拜有同樣的案子，太奇妙了，我就說我們那一庭是一致決要回高院，我一定要講。

總之我要說即便到現在，我就拿出來跟同庭分享，我們的結論是法官是要靠運氣，即便是今天，因為我們沒有轉型正義，過去法官長期有罪推定，我們什麼時候說告訴我們的法官說要很清楚把持住無罪推定原則、要很清楚把持住嚴謹的證據法則，因為沒有，所以當然是會這樣。

我們今天的法學教育有無特別提醒我們的年輕人？我看年輕的檢察官跟法官的作為，我告訴你我也覺得很悲觀，並沒有。因此，我要在這裡呼籲學術界的前輩及尊敬學問非常淵博的人，真的要把無罪推定原則、嚴謹證據法則真正落實在你的心念，這就是關鍵。

我們又不能讓機器來代替我們的工作，所以我非常深刻體會，即便我做了三十年的法官，我都覺得還不足、還在學，但我心裡常常想什麼時候要退休，因為我年紀還不夠，再過幾年才夠，但我又常常想像我做了這麼久，好不容易訓練出來的人，如果退休也很可惜，因為太難訓練、太難培養，我不曉得這樣的回答有沒有回答到你的答案，這是一個很悲觀的感受。

主席羅大法官秉成：

謝謝黃法官。關係機關的提問，請楊大律師提問。

關係機關訴訟代理人楊思勤律師：

一分鐘提出三個問題。

我們今天討論的是死刑存廢問題，我們國家的審判制度確實有遭受非議，這不可否認。

第一，死刑存廢是否具有絕對的價值？或者因為各國人民對法律感情不同而有不同的價值？

第二，在實務上常常如同法官所講的「泯滅良知」、有無「教化可能」來決定是否判處死刑，泯滅良知與否或有無教化之可能根據法官的解釋也是相當抽象，並不是絕對性的，所以我們可以說並不是所有的死刑犯都具有教化的可能或者都具有良知尚未泯滅，因此可見死刑是有其必要性。如果如此，黃法官

會如何回答？

第三，同一個案件、不同的法官，可能有不同的結論，但我們是不是可以因此主張廢除死刑？如果以此作為廢除死刑的依據，是不是有點因應廢死之刑？

鑑定人黃瑞華法官：

死刑存廢這個問題有沒有絕對的價值，我們要從社會科學上來講，沒有任何事有絕對的社會價值。但人性尊嚴這個部分，如果我們從聯合國的人權憲章中講到的價值、假設，假設我們人之所以存在要追求的價值，它可以被定性為絕對的價值，不可以妥協的。就像我們人民組成國家，我們會有一個所謂的憲法，憲法很多根本原則，那些根本原則不可以透過修憲的方式處理掉，到底它是哪一些原則可以討論，但總有一些東西不可以修，比如我們的國體是自由憲政，我們可不可以改成共產？或者我們以後就多數決來決定一切事情，多數決是最高原則。因此，有些東西是絕對的，只是哪一些東西是絕對的可以研究及討論；假設，我們接受聯合國憲章那一些人權基本的前提假設，我想人性尊嚴會是個絕對的價值。

第二，是不是有些死刑犯確實泯滅良知、確實無教化可能，我相信是有的，但我們和論證跟證明？因為我們今天可以偷懶，今天法律就有死刑，大法官也說合憲，因此我們如何謹慎適用，可能我們目前面臨的問題是如此。你問我是不是有這樣的人，我們講理論上會有，可是我們如何論證、證明他是，這是個困難。

第三，因為不同的案子、不同人會有不同的結果，所以我們就要廢除死刑，我想邏輯不是這樣推；更何況，我們今天釋憲案是在解釋死刑的法律通不通得過憲法當中釋憲原則的檢驗之問題。我們說不同的法官會不會有不同的判決結果，那是在講不平等的問題，因此這個是兩個不同層次的問題。這樣是不是可以回答你的問題，謝謝。

主席羅大法官秉成：

黃法官最後這個回答的意思是說，以我們現在審查這個個案來講，平等原則不是我們要審查個案的憲法應該適用原則嗎？

鑑定人黃瑞華法官：

沒有，我不是這樣講。

因為剛剛關係機關說不同的法官，會有不同的結果，因此應該要怎樣，那彰顯的是有無平等的問題及有無恣意的問題，跟平等權恣意可不可以作為我們釋憲的原則那是兩件事。

主席羅大法官秉成：

您認為還是可以平等原則，是適用在本案作為釋憲原則之一，是不是？

1 鑑定人黃瑞華法官：

2 大法官要用就可以用。

3 關係機關訴訟代理人楊思勤律師：

4 因為黃法官是反對死刑的，她剛才也曾經提到同一個案件、不同的法官，
5 會有不同的結果，也作為她反對死刑的依據，因此我提出這樣的問題。剛剛黃
6 法官的回答告訴我們說這個邏輯上是不通的，我也相信這種答案已經告訴我要
7 的答案，謝謝。

8 主席羅大法官秉成：

9 你們就各取所須。（笑）

10 楊大律師要問的重點在於如果恣意或有罪推定在一般刑事案件都適用的
11 話，在死刑案件上有何特殊性可以為正當化的理由。

12 各位大法官有沒有問題要請教黃法官？

13 許大法官福生：

14 我請教一下黃法官，您剛剛有提到法官會判別死刑的理由，你當初最主要的
15 考慮因素為何會判他死刑？如果以現在的時空你會判他死刑嗎？鄭捷這個案
16 子就不要談，如果以那個時空背景的話，陳進興如果由你來審，你會不會判死
17 刑？

18 鑑定人黃瑞華法官：

19 第一，我不保障我以後會不會判死刑，在大法官宣布死刑違憲之前，因為
20 我只是一票、我沒有五票，沒有一致決才可以判死刑，而是多數決。第二，信
21 念說不應該判死刑是一回事，你真正處理到一個案子，你要不要判死？其實林
22 清岳的案子，我在審理的時候，我對他的感覺非常非常特殊，也許你們會覺得
23 這是怪力亂神，我感覺我看到前面是一個苦行的羅漢，因為他在我整個法庭開
24 庭自始至終，低著頭、滿身大汗，剃光頭低著頭很配合我回答所有的問題，我
25 覺得他非常痛苦、懺悔的樣子讓我感受到，我告訴他：「我感受到你的痛苦跟
26 懺悔。」，審理過後她姐姐到我辦公室，他有叫他姐姐來找我，他的姐姐是同
27 父異母，希望我給他一條生路，其實我在開庭的時候，我就跟林清岳溝通過，
28 因為他殺了父母親非常兇殘、非常殘忍，而且他的生活過去長期以來非常放蕩，
29 我知道他懺悔了，我就問他說：「你覺得現在再讓你活下去，你活得下去嗎？
30 你在這個社會上，你活得下去嗎？」，因為我覺得如果是我做這一件事，我活
31 不下去，我要用死亡來表示我的懺悔，因為我看到他懺悔，所以他真的他活不
32 下去，整個開庭的過程當中，我感受到他的痛苦，他也搖頭。

33 在那個案子，我要給他怎麼樣不死的空間？其實在那個案子所有的情況當
34 中，唯一應該是講他有施用毒品，但在偵查最初階段，沒有任何證據資料把這
35 個事情留下來，以致於我無法援用，也就是那一段時間他跟了一堆男男女女到

1 家裡鬼混，那一段過程其實應該要幫他抽血之類的，但都沒有那一些資料。

2 其實學者在論述死刑與否，就跟被害人之家屬於被害人被害以後，告訴被
3 害人家屬說要原諒加害人、要放下等其實是一樣的，你們要面臨的東西跟我們
4 審判者面臨的東西我覺得是不一樣的，在談的時候可以很好談，就像我可以說
5 我的主張是什麼，但真正要去做的時候，如果我是被害者家屬我相信那個感覺，
6 你是不是能夠堅持你的信念，那就是看每一個人的質，那就是每個人的不一樣。

7 所以，我覺得很多事情是沒有辦法來講的，我剛剛講過，因為我現在還繼
8 續要審案，我不能告訴大家我以後絕不判死刑，這違背我的職責，因此我要特
9 別的聲明，我不能被判死刑，至於會不會我也不知道，但你們不要看到說黃瑞
10 華不會判死刑，不能這樣想，大概是這樣。

11 主席羅大法官秉成：

12 是，我們非常清楚，法官不能亂猜。

13 許大法官福生：

14 我再請教一下，我們回到今天釋憲的主題，因為這兩個案子我們都有作深
15 入的研究。第一，剛剛講到贖罪，贖罪可不可以作為正當化的理由？第二，剛
16 剛講到教化可能，教化可能是否能作為違憲的可能？

17 鑑定人黃瑞華法官：

18 像贖罪是不可以，就像我們不可以說你要自殺，我們就把你殺了，加工自
19 殺也是犯罪，所以你第一個問題，我回答絕對不可以；但我們在判死刑背後所
20 考慮的那些東西，他的情節實在太嚴重，就是順便而已。第二，你剛剛講的問
21 題是教化可不可以成為釋憲什麼？

22 許大法官福生：

23 最高法院對於教化可能可不可以作為不判死刑？

24 鑑定人黃瑞華法官：

25 我不知道你要講什麼違憲？是講法律違憲？還是判決違憲？還是什麼違
26 憲？教化怎麼會違憲？

27 許大法官福生：

28 如果有教化可能的話，死刑就沒有它存在的正當性，簡單就是這個問題。

29 鑑定人黃瑞華法官：

30 對，所以判死刑的判決都要寫「無教化可能」。

31 但我剛剛就說，你怎麼可以預見二、三十年的教育不能改變？所以這裡頭
32 有它的盲點，因此我才終局主張廢除死刑沒有錯，我會支持這樣的觀點。

33 但我剛剛講過我們面臨個案時，我們真的面臨的困難比你們想像得多，因
34 為我們也要照顧到被害人，我們也要照顧到整個社會的觀感，我們一天到晚被
35 罵，很多人也沒有那麼大的勇氣承受一天到晚被罵，他也是人、他來自於社會，

1 或者他本身的價值就認為該判死刑，也是有這種可能。因此，在某些狀況下，
2 其實你要說為了廢死的信念就這樣跟你拼鬥，一個人也許可以，但三、五個人
3 我覺得太難了，我覺得我們社會很難苛求他，我們苛求大法官。

4 張大法官綢芬：

5 我想確定一下，我聽起來黃法官判決林清岳死刑的決定，甚至於相當程度
6 上是因為體恤看到這個被告已經有悔過之心，以致於我聽起來死刑的決定不盡
7 然是個懲罰，而是相當程度上讓他解脫，不知道黃法官是不是這樣解讀？

8 鑑定人黃瑞華法官：

9 我剛剛講這是我個人內心，為什麼我決定要，但我只有一票，高院是三票，
10 當然我們那一次是一致通過。

11 我在問他的時候，過程當中兩位法官也會聽到，我不知道他們的想法是什
12 麼，基本上你要說幫他解脫，因為我設身處地想如果我是他，我會寧願死，我
13 覺得他也跟我一樣的感覺，所以我覺得是協助他解脫，當然你要說死刑不是懲
14 罰，沒有錯，死刑就是給他懲罰，他也應該為他的行為付出代價，林清岳就我
15 個人而言，是個很特殊的例子。記得民國90年左右，那只是內部的動機，我沒
16 有寫在判決書當中，所以說協助你解脫並不是我們法律上考慮的理由。

17 李大法官兆環：

18 想請教黃法官，剛剛您有特別提到法官有忠誠適用法律的義務，但您也覺
19 得所謂死刑太廉價，剛剛在關係機關特別提的第二個問題當中，也問了有關教
20 化可能性的問題，而您有針對這個問題回答是否死刑有存在的空間，但您也特
21 別提到如何證明有存在的必要，以及如何證明判某人死刑的問題。

22 您也特別提到在那一庭有一致決的制度，倘若在死刑還沒有廢止之前，在
23 目前審理的程序當中，是否應該要建構特殊或是有別於其他程序的正當程序問
24 題。

25 鑑定人黃瑞華法官：

26 第一，我應該沒有傳遞錯誤的訊息，我是講我們制度沒有一致決的要求，
27 我那一庭也沒有一致決。

28 第二，我自始至終都認為要怎麼判其實就是有權者說了算，最高法院一天
29 到晚會說不符合門檻駁回，他們很生氣，因為他們寫了很多，我們還是常常說
30 上訴不合法、程序駁回，跟大法官一樣，其實就是有權者說了算，如果想讓你
31 進門檻，就會幫你解釋，如果不想讓你進門檻，就說你不符合程序要件，因此
32 就駁回掉。

33 死刑跟不死刑其實是一樣的，所以我剛剛講過，那就是存乎一心，所以那
34 是不合理的，應該要改變，我們司法院也想要建構量刑的標準資料，到現在還
35 沒有。

1 剛剛楊大律師我也講了，你很難去判斷，我特別講一點，你如何判斷二、
2 三十年後還是今天的他，不可能，很多東西會一直進來，就像法官一樣，因為
3 廢死這些聲音一直進來，我們的腦筋就空空的。因此我們如何put in，每一個人
4 自然會發生化學變化，因此我們很難說二、三十年以後他仍然一定會怎麼樣，
5 但我們正在這樣做，所以其實是不對的、不合理的，因此最直接應該要廢除。
6 但我們應該更有創意提出替代的東西，而這個應該要讓政府做的，讓我很放心
7 說沒有死刑，也不會再侵害到別人，也很安定，確保出來都不會再發生，這是
8 理想的制度，因此我非常認同，所以要改變。

9 許大法官家馨：

10 請教黃法官，剛剛您提到在您手下的個案，您在解釋整個審判過程至最後
11 判死刑的過程，其實有提到一些很重要的觀念，包括犯罪情節確實是很嚴重，
12 這也隱約透露出法院在判的過程當中，其實是秉持罪刑必須符合比例原則，你
13 進一步提到他有懺悔的心意，至於他自己或許為了贖罪的緣故，因此不想繼續
14 活在這世界上。

15 在這樣的前提之下，我的問題是一個有主觀上意願的被告，其實我從來不
16 認為國家代表被害人在行使刑罰權，刑罰權是屬於全體國民的，那是一個公正
17 的角色，因此國家不應該單純受到被害者意願的影響。

18 我剛剛已經說了，如果我們秉持罪刑必須符合比例，我們認為那是刑事責
19 任的附帶，我們又看到這一個被告認為非死不足以贖罪，對他來講贖罪可能是
20 解脫或者是成全，之所以還有作為一個人最後價值餘地的話，你覺得這時候把
21 死刑用在他身上，有無違反他的人性尊嚴？我瞭解您在刑事政策上可能傾向廢
22 死，但如果這個邏輯推到底的話，你必須也要說，在這個案件上對判斷死刑，
23 確實是違反他的人性尊嚴，但我不知道這兩者如何能夠協調？

24 鑑定人黃瑞華法官：

25 如果我用人性尊嚴來主張廢死，人性尊嚴必然會成為判決死刑另外一個自
26 我矛盾的地方，因為這兩個不能併存。

27 你要問我在90年代，現在是104年，你問我十四年前那個案子怎麼死，假設
28 提到人性尊嚴，老實跟你講，我那時候沒有想到人性尊嚴的問題，我只有審判
29 個案，因為法條有這個選項。

30 許大法官家馨：

31 如果您現在回頭看？

32 鑑定人黃瑞華法官：

33 其實我並不適合回答這個問題，因為這涉及到我的工作，我覺得我不適合
34 回答。

35 主席羅大法官秉成：

1 陳大法官。

2 陳大法官淑貞：

3 您剛剛有提到替代死刑的方案現在還沒有出來，是嗎？

4 鑑定人黃瑞華法官：

5 刑法修改無期徒刑二十五年才可以假釋，大家講說越來越嚴格，這樣就夠
6 嗎？其實很多人還是不放心，比如主張死刑的人還是覺得不放心，這個道理要
7 多少程度才會放心，這個是認知的問題，所以其實最重要我還是會說，我們的
8 社會應該要進行多一點轉型正義的辯論、溝通及交流，讓我們的社會整體而言
9 會更尊重生命存在的價值，如果大家都普遍這樣，很多東西的出發點會不一樣。

10 我必須承認，我只知道刑罰關於無期徒刑的地方改變，今天其他的獄政老
11 實說我很不滿意。

12 陳大法官淑貞：

13 替代方案還沒有完備，轉型正義也還沒有成功，請問現在是不是就是廢死
14 的時機？

15 鑑定人黃瑞華法官：

16 第一，我們今天沒有講廢死不廢死，我們只是講法律有沒有違憲，所以我
17 覺得不應該等同看待，我期待大法官說如果他覺得什麼事情是對的、什麼事情
18 符合憲政價值，其實他義無反顧、勇往直前，這是他的使命，他應該這樣做。

19 當他這樣做了之後，我們的政府有可能理他、也有可能不理他，就像政府
20 訂了兩公約，說兩年內要怎麼樣，雖然什麼都沒有做，但代表我們的大法官高
21 度不一樣，代表我們的政府很low，所以這是兩件不同的事情，我們大法官該怎
22 麼做就怎麼做，與要不要廢死那是政府的事，我們大家如果一起來努力或是政
23 府有誠意，應該要著手轉型正義相關的措施，因為他是權力的人、有資源的人，
24 他是義務者，我想應該是這樣，謝謝。

25 劉大法官靜怡：

26 我一個很簡單的問題，剛剛其實您一直在區分廢除死刑跟我們今天做釋憲
27 的工作，其實兩者是有區分的。

28 我想請問的是，假設今天我們在做言詞辯論之後，大法官也充分討論之後，
29 大法官做了一個死刑違憲的判決，不管是哪幾個部分違憲、基於何理由違憲，
30 您認為對於司法審判制度及整個社會看待轉型正義這一件事、看待獄政改革的
31 這一件事，我們會傳達出什麼訊息？

32 鑑定人黃瑞華法官：

33 我很期待你們是真正的大法官，假設原告的人都當大法官的話，也許死刑
34 違憲的論證很清楚；但如果是相關機關的人當大法官的話，那就不違憲。

35 所以重點在於你們提出怎麼樣的理由是不是經得起檢驗，因為你們是模擬

1 的，如果今天是真正的大法官寫出令人覺得很感動的東西，而且也確實是明燈，
2 整個社會就跟著這一條明燈走，甚至日本、美國、中國都要照著台灣的燈塔走，
3 我覺得這就令人非常期待跟讚嘆。

4 你們雖然是模擬法庭，但我覺得你們也可以做這一件事，我覺得你們要讓
5 現在的大法官羞愧，你們寫出讓現在大法官覺得丟臉跟抱歉的東西，這是令人
6 期待的！所以，你說會怎樣的效果，當然我們政府還是不理你，就這麼簡單；
7 我們的法官大概也不太理你，我們的社會要不要理你，很多事情是這樣，有良
8 知、自覺的人才覺得羞愧，沒良知、沒自覺的人，犀牛皮再怎麼厚也戳不破，
9 是沒有感覺的。因此，我期待還有良知的人，特別是大法官，能夠因為你們很
10 棒的東西出來以後，讓他們覺得很慚愧，在他的位置上好好地做。

11 主席羅大法官秉成：

12 謝謝黃法官的期許。

13 本來一開頭說我要先鋒先問問題，不過都被問完了，所以我也沒有問題了，
14 尤其我對時間控制不當，對各位來說非常抱歉。謝謝黃法官給我們提供這麼多
15 的意見及給我們的期許。

16 關係機關訴訟代理人范世琦律師：

17 相關機關能不能對程序表達一個意見？我們從剛剛聽過來，黃法官看來是
18 代表他個人的意見，但我們這裡的程序是指最高法院的代表，所以我們希望是
19 不是能夠更正「最高法院代表」的字眼，而只是「個人代表」或者是「個人意
20 見」？

21 主席羅大法官秉成：

22 我等一下處理。

23 我們把黃法官這一輪的程序處理掉，兩個程序問題利用這個時間處理一
24 下。剛剛關係機關所指的情形，其實這是一個模擬案件，要找到跟這個案子真
25 正有關關係機關代表之困難，比如我們現在稱為你們是「關係機關」，你們不
26 是法務部、也不是行政院，所以模擬的情形底下，我們需要一個最高法院的代
27 表稱謂，這個代表剛剛黃法官已經聲明了，在模擬案件底下，她是用個人意見
28 來表達，就好比各位也是以個人意見作為關係機關為意見表達，所以應該沒有
29 更正其頭銜的必要。

30 第二，剛剛黃法官已經指出，湯申案最高法院是以理由作為實體判決，但
31 看起來你們聲請釋憲第二項聲明好像是以當時高等法院作確定判決，這部分有
32 沒有更正的必要，請隨後於辯論時再表示意見，要留意這個程序上的問題。

33 謝謝黃法官，我們接著馬上請鑑定人鄭善印教授，原來表定時間延長，可
34 能在後面的休息時間及中午休息時間會稍微縮短來補中間的差距，各位不要因
35 為時間上而限制你們，還是可以按照你們想講的盡量講，如果時間控制不當，

1 審判長會做一些處理，鄭教授的發言時間是二十分鐘，請。

2 鑑定人鄭善印教授：

3 今天鑑定的主軸就是維持死刑，我用兩個重點來作鑑定：第一，死刑的正
4 當性在哪裡？第二，死刑有無違憲？

5 因為大法官對這個都非常瞭解，所以不用回頭看，讓現場的聽眾們瞭解。

6 主席羅大法官秉成：

7 大法官台下有螢幕，沒問題，不會回頭看。

8 鑑定人鄭善印教授：

9 死刑包括在刑罰當中，一般我們講刑罰的目的代表有如簡報所示，其中一
10 個是應報刑，這可能是在座都反對的，這已經老舊不堪的事情，應該拋棄，那
11 是上一世紀的東西。

12 第二個是「一般預防」，尤其是有關於積極的一般預防。積極的一般預防
13 主要的意思是，刑罰或者是死刑之重點在於跟社會大眾講這麼一個很堅定的價
14 值在，你犯罪就應該要受到處罰，很清楚，中間沒有什麼猶豫的。接著是消極
15 的一般預防，也就是「心理威嚇說」，這是比較消極的。

16 第三個是「特別預防」，其中有一個是積極的特別預防，這是大家最喜歡
17 講的，把一個人放到另外一個地方，會重新再長成，變成一個好人，環境變化
18 而人就會變化，這樣一個美好的想像是現在大家都很樂意說的，我們稱它為「積
19 極個別預防」。在積極預防之後的「消極個別預防」，把這一個人關起來，把
20 他跟社會隔離，讓他不產生危害就好了。

21 以上這幾種都是讀書人想出來的目的，這個目的跟功能不一樣，功能應該
22 是說是不是能夠實現，這才是功能，否則通通都是目的跟理念。

23 我們剛剛所說的崇高理性、崇高目的的價值及我們找到一些真正實踐上的
24 東西，比如1974年美國學者Martinson就做了兩百三十一個個別判決研究之後，
25 發現各種不同的教化措施花了非常多錢，但最後的結論沒有用，當然有反對的
26 聲音來來去去的結果，結論是教化一部分的功能沒有我們想像那麼好，讓他改
27 變環境之後，他就能夠重新做人不再犯罪，沒有這種所謂理性式的東西。

28 因此出現了一個狀況，美國把矯正模式也就是種種把人便好的措施變好的
29 這種模式改變了，改變成正義模式，正義模式的意思就是維持應該受到何懲罰
30 就受到何懲罰，假如願意參加教化措施會得到何結果，但不會再給任何的好處
31 （比如：減刑），因此這樣的正義模式有兩個重點：第一，人的自由意志是犯
32 罪的決定因素；第二，應報哲學是你犯什麼罪、得什麼刑，這是你自己選擇的。

33 我們再接著看實證資料，實證資料無法證明究竟各種人為措施能不能讓犯
34 罪人變好，難以證明；即使我們現在可以拿到手上的那一些資料都可以看得出
35 來，像早期1965年時法務部發行的，講得很清楚說用各種實驗去看，根本無法

1 證明執行死刑不會讓犯罪率降低，也就是執行死刑沒有用，這個我們贊成，也
2 不會讓殺人率降低，這個我們相信。

3 不過請看到下一張PPT的證據，英國在1969年廢止謀殺罪的死刑，這是議會
4 通過的，日本人做了前十年跟後十年的比較，中間就是廢死的時點；下一張PPT
5 是法國在1981年選舉時代全面廢死，這是在選舉時所產生的現象，但法國是用
6 議會立法的方式來解決；日本人也做了一個比較，前十年、後十年我們可以看
7 出來中間那個點是廢死的時候，之後十年殺人率並無降低。由此可見一部分的
8 資料顯現執行死刑對犯罪率、殺人率沒有用，但另外一個資料很清楚顯現，就
9 算廢死也不會影響到殺人犯罪；我另外有一套資料，甚至於不會改變竊盜犯罪
10 率。

11 從而我們知道有無死刑對於殺人罪的高低是沒有關係，甚至於對於其他犯
12 罪都沒有關聯，因為社會科學沒有辦法像在實驗室一樣，把實驗組跟控制組都
13 做好，控制單一的因素，好比這個人生病給他吃這個藥馬上就好，不可能控制
14 所有的因素之後再下這麼一帖藥，因此都是猜測性，我們從長期來看，我們都
15 能夠瞭解有無執行死刑對於犯罪並沒有什麼變化。

16 但有一個問題，有無執行自由刑、有無執行財產刑，對於犯罪也沒有變化，
17 犯罪與否對於整體性來看，並不是因為有無執行死刑、執行無期徒刑、執行自
18 由刑而改變，但是不是要執行刑罰？還是要的，不能說因為對整體犯罪沒有用，
19 所以就不能執行，這個是不能接受的。

20 假如把死刑通通廢除的話，應該有幾個不良的因素：

21 第一，我們如何對被害人交代？我現在腦筋想的是殺人案件，不是叛亂犯，
22 我們如何對被害人交代？因為假若有一個公平的決鬥場，有槍可以跟對方對抗
23 的話，決鬥之後的死亡沒有話講，但不是，當時的現場完全不公平，因此我們
24 說犯大罪的人可以不死，你如何對已經死的人交代？

25 第二，我們如何對社會大眾交代？因為在社會契約論，大家犧牲一點自由、
26 犧牲一點利益，共同來組成一個國家，要政府來替我們維持秩序；倘若破壞秩
27 序的人只讓他降一等，只要判無期徒刑就好，怎麼對這一些廣大的社會契約大
28 眾交代？

29 第三，如何對當事人交代？我們應該知道他是有自由意志的人，是具有人
30 性尊嚴正常的人，知道自己所為可能產生最後死刑的結果，竟然還是做了，也
31 就是他選擇死亡，最後竟然說不要死，對得起他嗎？當然對不起他，也就是在
32 他自己人性尊嚴的選擇上沒有達到目標，因此，假設廢死的話，這三種就交代
33 不過去。

34 因此我的認知是刑罰存在的正當性，並不是能夠降低犯罪，純粹是傳達的
35 理念，也就是每一個人對自己的行為犯罪，犯重罪就得到重罰、犯輕罪就輕罰，

1 很清楚的，其中沒有什麼好商量的；倘若我們把最重要的死刑拿掉，會不會造
2 成一個天秤上的砝碼少一個之結果，我認為這個需要詳細考量。

3 因此，剛剛所說死刑的正當性我認為就是在於對於行為人的應報，也就是
4 對他自己的選擇所給予的對待，他的真正核心正當性在於他有自由意志，他自
5 己選擇的東西，不能到最後說不承認、沒有這回事，要對自己所為負最後責任，
6 因為他自己選的，所以沒有話講，這是正當性、最核心的概念。

7 接著是有關於有無違憲的問題，第一個是有無人性尊嚴違反的問題，我們
8 不管憲法上有無這樣的概念，我只想問一句話，人性尊嚴到底講了什麼東西？
9 人性尊嚴究竟是說人的生命不可人為剝奪，還是人性尊嚴指的是人要為自己的
10 行為負責？人可以自我的人格形成，但要為自我的行為負責任，究竟是哪一個？
11 假若是前面一個，也就是人命不可剝奪；因此，我就要反問，各位大法官都知
12 道有一個優生保健法造成的後果，今天少子化跟它有沒有關聯性這是很可以探
13 討的。

14 也就是說，假若我們把胎兒當成是一個有生命個體的話，為何這個東西要
15 存在這麼久？再者，安寧緩和醫療條例各位都知道，也就是對於那一些已經比
16 較進到末期的人我們不救助，讓他安心的離開，這樣可以嗎？不作為的讓人死
17 掉，並不是上帝之手把他帶走，我們原本能夠延長他生命但卻不作為，讓他死
18 了，這樣的法律難道不是違背人性尊嚴嗎？

19 第三，各位都知道自殺有什麼罪？自殺沒有罪，自殺是人的選擇、他的自
20 由，我們在道德上不贊成，但自殺完畢根本沒有辦法譴責他；假設是這樣的話，
21 人性尊嚴難道指的是不可剝奪，無論在什麼情況之下，都不可剝奪人的生命嗎？
22 我認為不是，人性尊嚴的核心概念應該是人有自由意志，可以自覺但要自律，
23 同時可以在自覺跟自律之下形成自我人格，這才是人性尊嚴的真正核心概念；
24 倘若如此，那麼很清楚死刑不會違背人性尊嚴，凡是認定為死刑違背尊嚴者，
25 請自問腦筋中的人性尊嚴之概念是指什麼？不能用以往我們所看到的叛亂判處
26 死刑的概念，而是要用更窮兇極惡的罪犯所做的行為。

27 接著我就具體說明幾個憲法可能會被各位大法官認定跟維持死刑有關的條
28 文：

29 第一，有關於憲法第7條的規定，第7條規定要平等對待，我的認知這個平
30 等是指不可以不合理的平等，合理的不平等是OK的，但不合理的不平等不行，
31 最簡單、典型的例子是釋字第666號解釋罰娼不罰嫖，這怎麼會存在這麼久？這
32 真的不能接受，兩個相對人做同一件事，一個有問題、一個沒有問題，怎麼解
33 釋都是一個不合理的不平等。走在路上問任何一個人說，我們兩個無理由打架，
34 你有罪、我無罪，問他同意與否，他絕對說不同意，因為不公平。因此，任何
35 一個人走在路上，你問罰娼不罰嫖公平不公平，他一定講不公平。這樣的案例

1 你認定違憲，全台灣的人都說好，我認為這樣的判斷是非常好的。

2 接著，人民生存應予保障，當然還包括工作權，這個生存權很可能作為大
3 法官們解釋死刑是否違憲的平台，但我認為生存權不能這樣解釋，生存權應該
4 是指對於那一些產生或者是陷於匱乏，明天沒有飯吃，家裡發生這麼多事，我
5 明天就要去自殺，對於這樣即將陷於匱乏的人，我們能不能提供一些緊急的救
6 援、提供一些社工來幫忙他，這樣的生存權才應該是生存權的核心概念，生存
7 權不應該是生命權；假若不是這樣解釋，第15條同樣有一個條文說人民之工作
8 權應予保障，是否能夠解釋成人不能失業，人失業就是政府失職，如果是這樣
9 的話，全天下沒有一個政府不失職；從而第15條你要拿來作為違憲與否的平台，
10 我認為還是要小心一點比較好。

11 接著，有關於第23條的比例原則，第23條我們也產生了依法行政，依法行
12 政本來在法律當中就有，只是以前沒有闡釋出來而已，以前我們早期講的實質
13 憲法，說人民的自由權利應該用法律規定，早期都有了，只是沒有落實而已，
14 所以把第23條當成依法行政的有利依據，我能夠接受，因為本來就是在這當中。
15 比例原則在第23條闡釋出來，我也能夠接受，理由是比例原則原本是事物的當
16 然道理，你把它放在第23條當中可以接受。但從第23條如何創造出死刑違憲？
17 我們要知道刑罰或是死刑之目的性並不是只有我們想像的可以降低犯罪，我們
18 剛剛已經論證過了，實證上有無執行刑罰對於犯罪之高低關聯不當，毋寧刑罰
19 所要傳達的目的並不是犯罪率降低與否，而是所有的人應該對自己的行為負
20 責，有罪就要有罰，重罪重罰、輕罪輕罰，這才是比例原則目的的核心價值，
21 因此，第23條不太妥當。

22 接著第141條說應該要尊重國際條約，我認為我們的政府到目前為止相當尊
23 重兩公約，像各級政府天天收到催促，如果法令有違背兩公約，趕快自己修正，
24 如果沒有修正的話，就派員去修正。兩公約公民與政治條例第6條有講除非犯了
25 情節非常嚴重的罪，否則不能判死，因此現在死刑制度違反第141條，我還是不
26 能一下就接受。

27 從此地方來看，我們發現司法在解釋有無違憲時一定要特別謹慎小心，要
28 盡可能往司法消極主義的方向走，也就是盡可能在各種解釋的幾種方法當中為
29 合憲解釋，不能說通通不太滿意就說違憲，這樣一來會造成很大的後果。

30 其中最大的後果是司法權如何侵害了立法權？這個司法如何做這麼大的工
31 程？我一直認為司法對於價值觀的問題只能闡釋法律中的東西、只能闡釋憲法
32 中原有的東西，而不能創造新的東西，要不然就違背三權分立，因為司法沒有
33 民意的基礎，並不是選舉出來的，對於制度只能闡釋、不應該創造；倘若創造
34 的話，會造成司法權侵害立法權，以上鑑定完畢。

35 主席羅大法官秉成：

1 謝謝鄭教授非常清楚的說明，鄭教授的結論在他鑑定意見書及今天的說明
2 非常清楚，他主張死刑沒有違憲，死刑有正當化的基礎存在。

3 這一輪是由關係機關先發問，哪一位大律師發問？是，李大律師，請問有
4 幾個問題？

5 關係機關訴訟代理人李懷農律師：

6 我其實應該說是只有一個問題，前面有一個引導問題，我先確認一下。

7 您剛剛所提及正義模式的重點當中，有強調犯罪者的自由意識，而自由意
8 識在我國憲法受到絕對保障。您是否認同犯罪者反社會性格的自由意識，亦受
9 到我國憲法的絕對保障？

10 鑑定人鄭善印教授：

11 受到保障沒有錯，但也應該受到懲罰。

12 關係機關訴訟代理人李懷農律師：

13 刑罰的目的除了應報之外，還有一個矯治的功能，您認為如果矯治的功能
14 推演到極限的話，是否會侵害受刑人反社會性格的自由意識或有侵害其自由意
15 識的可能性？

16 鑑定人鄭善印教授：

17 假若是這樣的話，教化就是強迫他改變原本的自由意識，當認為無從改變
18 時，那就剩下一條路—死刑。

19 主席羅大法官秉成：

20 謝謝鄭教授對於關係機關提問的回答，聲請方是吳教授提問，大概有幾個
21 問題？

22 聲請方訴訟代理人吳志光教授：

23 三個問題。

24 主席羅大法官秉成：

25 那就一個個問題來問，吳教授，請。

26 聲請方訴訟代理人吳志光教授：

27 我想鄭教授剛剛的報告及鑑定意見書當中，一再提到您就死刑問題而言主
28 張應報，也提出對於矯治、矯正採取存疑的態度。不過您剛才所提出的資料當
29 中，主要是美國學者Martinson在1974年的論文，一方面這是一個比較舊的研究
30 資料，二方面根據我們自己提的補充理由書當中，發現同一個學者，您剛剛雖
31 然口頭也有提到，但我們想就教於您，同一個學者提出來就實證經驗來說，當
32 時所謂矯正的無用論有很多批判及不同意見，您自己的口頭報告當中有提出；
33 但我們這裡進一步的資料是，當時其實有修正並修改原來的宣稱，而且也提出
34 一些成功的例子，甚至是在五年後1979年發表的一篇文章，也重新檢視立論其
35 實並不周延，我們在提供給大法官補充理由書當中有中譯David Garland的「控

1 制之文化」於第87頁，及Robert Martinson於1979年發表的一篇文章之標題為
2 「New Findings, New Views」，其實都在談可能在這個部分有以偏概全所謂矯
3 正無用論，就此部分您是否要再補充？或是對於您原本的看法有什麼要修正的
4 部分？

5 主席羅大法官秉成：

6 在庭前我們有把聲請方的補充理由（三）書傳送給各造，您有無收到？

7 鑑定人鄭善印教授：

8 有。

9 主席羅大法官秉成：

10 主要是對您方才提到Robert Martinson的1974年文獻提出一些意見要您做
11 回應，請。

12 鑑定人鄭善印教授：

13 沒有錯，Robert Martinson後來也修正了，但並不是完全改變，中間有很
14 多來來去去的批評及反批評，但最後的結論是教化並無我們想像這麼理想，可
15 能有一些效果，但並不如我們想像這麼大的效果，從而可以知道在刑罰幾個目
16 的當中，這個教化可以接受當成理念沒有錯，但絕對不是刑罰的唯一目的，還
17 有其他更沒有人可以反駁的目的，也就是做了什麼事要對他負責，不能今天做、
18 明天我不承認。

19 聲請方訴訟代理人吳志光教授：

20 鄭教授，您是否認為我們現在監獄行刑法第1條對於社會復歸的立法意旨之
21 假設有問題？也就是當您去動搖矯治刑、矯正刑時，我們絕大多數的犯罪者，
22 甚至包含很多窮兇極惡者最後沒有被判死刑，依舊還是要回到監獄行刑法回歸
23 社會之目的下，您是否認為這根本立法上有問題？

24 鑑定人鄭善印教授：

25 立法的目的一定是理念，目的跟功能不應該一樣，功能是實踐之後的結合，
26 監獄行刑法雖然要讓他們回歸社會，指的應該是無期徒刑的那一些人，這樣的
27 目的我想還是可以接受、還是能夠存在，不是功能，假若是功能的話，我們如
28 何解釋目前高達七成的再犯率？你如何解釋一百個人進去、出來七十個人還是
29 犯罪，你說這樣的監獄完全沒有效果，我不能接受，因為我們要進去裡面看他
30 們所做的東西之後，才能做這樣的決斷，謝謝。

31 聲請方訴訟代理人吳志光教授：

32 接下來有兩個問題：第一個問題回到我們監獄的現實狀況，您說規範跟現
33 實有落差，請問這個落差除了您指出來矯正刑可能本身有侷限性以外，是否也
34 跟我們實際上在監獄當中矯正環境的投資硬軟體設施嚴重不足有關？從大寮監
35 獄的事件就可以看得出來，這是黃瑞華法官有談到可能越關越壞的問題。很多

1 的國家不管在所謂監所的人數、專業人士、教化及治療的過程中，制度建構是
2 不是才是一個根本性的因素？否則我們在這部分不投資，馬上斷然這個制度是
3 不行，是不是有一點倒果為因？

4 鑑定人鄭善印教授：

5 1950年至1970年這二、三十年間，全世界大概沒有人像美國花這麼多的矯
6 治上，但看起來成功率有限，假設我們能夠讓台灣的監獄擁有像美國的資源，
7 其實是可以試試看的，但很抱歉，這東西跟死刑的維持有一些距離，我就回答
8 到這裡，謝謝。

9 聲請方訴訟代理人吳志光教授：

10 剛才您講的是美國的情形、美國的資料，我們都知道美國有三十二州捍衛
11 死刑，十八州沒有死刑，美國是一個有死刑的國家，現在世界上有三分之二，
12 也就是超過一百四十個以上國家沒有死刑或停止執行死刑，剛剛您也提到有無
13 死刑跟所謂犯罪的控制其實沒有關聯性，我們也採取這個看法，但有相當多的
14 國家廢除死刑已經非常久的時間，也包括刑罰上相當先進的歐洲國家。

15 您是犯罪學的專家，這些國家在沒有死刑的情況下，請問他們對於矯正刑
16 是什麼措施或看法？難道他們也會因為矯正刑無用，而想到要恢復死刑來作為
17 社會控制的工具嗎？

18 鑑定人鄭善印教授：

19 依據我的瞭解，這個是日本人做的，並不是我自己做的，在法務部的網頁
20 就看得到了，他們也做了該國很多的民意調查，之後也陸續有這種意見說要恢
21 復，但一旦決定之後，尤其德國最明顯的，到兩千年左右，反對恢復死刑已經
22 占到多數了，大概是三、七比。因此長期來看，一個制度會影響民意沒有錯，
23 這部分就出現一個問題，我們剛剛談的是民意、談的是政治，談的是要不要用
24 法律來決定、要不要用公投來決定死刑廢不廢除，及由司法來做單點突破是有
25 一些距離的。

26 聲請方訴訟代理人吳志光教授：

27 我的問題並不是在談司法權、立法權及民意的關係，我的問題是，歐洲普
28 遍是一個沒有死刑的社會情況之下，甚至除了英國少數國家，大部分的國家在
29 終身監禁也採取比較保留的立場，也就是有條件的處無期徒刑取代死刑的前提
30 下，您剛才所持的三、四十年前美國對於矯正刑觀念的研究，歐洲人沒有相同
31 的疑慮、顧慮嗎？英國、法國的殺人率也有一些起伏，尤其廢除死刑似乎沒有
32 少殺人，但他們在矯正實際的做法及觀念，在科學實驗當中有實驗組及對照組，
33 如果我們談到矯正刑的話，找一個美國舊的資料，是維持死刑的，跟歐洲沒有
34 維持死刑制度之下的話，你能不能提供我們不同的視野，也就是歐洲人如何看
35 待這個問題？

1 鑑定人鄭善印教授：

2 這部分的資料我還不足，假若有這方面的資料，能夠真的證明出來死刑的
3 廢止跟矯正間可以有一些關聯，我願意改變我的想法。

4 不過我剛剛所說的是，假若要让死刑廢除的話，不應該由司法來作解釋，
5 應該是全民共通的，全民共通當然會跟矯治有無效果是有關聯的。以我粗淺的
6 瞭解，歐洲這些國家殺人件數非常多，只是他們認為維持一個人的生命比犯罪
7 率如何重要，也就是一個人的生命要重於全球的概念，詳細的資料，抱歉，我
8 實在沒有。

9 聲請方訴訟代理人吳志光教授：

10 最後一個問題，不管怎麼樣在死刑憲法規範上究竟有無違憲，也許是見仁
11 見智的問題，但剛才鄭教授您提到生存權、比例原則及人性尊嚴，我想追問一
12 個有關人性尊嚴的問題，鄭教授所舉的例子當中，不管是優生保健法或者是消
13 極安樂死，其實當有一個特色，裡面涉及到一個人個人自主價值的選擇或是基
14 本權的衝突，例如像墮胎的問題，姑且不論優生保健法當中，有關最後一款最
15 為人詬病款的因為家庭、經濟因素就可以選擇墮胎，但至少前面五款大家覺得
16 這是一個基本權的高度衝突，因此在這部分價值判斷應該要優先寶貴，比如我
17 為了生小孩，我自己生命受到影響，或者我因性侵害而懷孕者，可能我應該要
18 尊重你所謂的身體自主權，但死刑的問題可能不太一樣。

19 因此要就教鄭教授，死刑的問題是沒有牽涉到現存的基本權衝突，一個人
20 因為死囚而死了，他的侵害已經過去了，而國家現在卻用公權力去剝奪他的生
21 命，理由當然是說有可能有再犯之虞，黃瑞華法官提出來這在審判過程中有無
22 看到教化可能性、矯正可能性是一個高度價值判斷問題，但至少有一點，請問
23 在一個侵害已經成為過去情況之下，您如何論證這時國家對於一個已經現實拘
24 束其人身自由、剝奪其人身自由，而沒有再犯可能性，其實矯正我們還有一段
25 時間可以觀察時，您如何論證這時把你剝奪生命是不侵害到你的人性尊嚴？

26 鑑定人鄭善印教授：

27 最後的概念是生命能不能人為剝奪？一百或者是零我認為可以剝奪，可能
28 是一比九十九，例如在優生保健法第9條第6款，那就是典型的規定，前面五款
29 沒有問題，第6款不對勁，從而可以論證在目前的社會當中，生命權並不是百分
30 之百保障，並沒有，可能百分之一好了，總而言之不是百分之百。

31 相同道理，對於一個罪犯來講，一百個罪犯當中為什麼不可以剝奪其中零
32 點零零一個人的生命，假若因為他的行為現在已經無害了，我們的應報不是針
33 對現在、不是針對未來的教化，而是要清算你以前的行為，假如不是這樣，完
34 全看教化、完全面向未來，我們如何清算他以往的行為，這樣的刑罰怎麼可能
35 再做下去？

1 比如我們對一個貪污的官員，把他革職，永不錄用，他將來不會有貪污的
2 機會了，但能夠不清算嗎？這是不可能的事情，謝謝。

3 聲請方訴訟代理人吳志光教授：

4 最後一個問題，您剛才提到刑罰的天秤砝碼上拿到死刑就顯然失衡，您如
5 何評價其實在人類社會的刑罰演進之中，對於生命的絕對保障，我指的是死刑
6 廢止，它尤其在二戰中其實像滾雪球一樣，我們在兩千多年，其實刑罰當中有
7 死刑，始終有它的高度正當性，但在短短二、三十年內，世界上的國家有三分
8 之二跟這個理念至少做了修正、至少做了某種程度的切割，就一個刑事犯罪跟
9 刑事政策的學者、專家，您如何看待這個趨勢？

10 鑑定人鄭善印教授：

11 正面看待，因此我在鑑定報告最後也提出一個，我們不能否認會有誤判的
12 問題，因為在其他國家都看出來，即使科學驗證情形底下也發現二十年前科學
13 方法不夠嚴謹，出了一點問題，因此出現誤判。死刑的確有誤判，這是要非常
14 非常小心的，從而我能夠接受，把死刑一直到財產刑的光譜極盡能事範圍，我
15 完全能夠接受，也就是我正面肯定全世界有三分之二的國家，有各種各樣的原
16 因來廢止死刑，這樣正面的觀點我應該要很嚴肅對待、接受，但不是要完全廢
17 止，即使完全廢止也需要由具有民意的方式來決定，比如公投或者是立法院。

18 主席羅大法官秉成：

19 如您最後一個回答所講，您也認同在潮流上、光譜上應該盡量減少死刑，
20 因為死刑可能會有誤判的可能性，如您所講這個死刑至少朝減而不是全廢的角
21 度來看，如何符合應報的主張？如果減少死刑的結果，但又對那些可能認為應
22 該判死刑的被害者角色如何交代？這樣的理論會回歸到康德「絕對應報」理論，
23 你如何緩和在潮流上應該朝減死的方向。

24 既然會有誤判的情形底下，您從社會契約論的角度來看，大家已經把一部
25 分的自由交出來，可能也要把生命交出來，而願意萬一誤判的人是我，我仍然
26 把我這一條無辜的命要在這個契約簽上去，而願意接受死刑的判決，有人會簽
27 這種約嗎？

28 鑑定人鄭善印教授：

29 第一個問題牽涉到量的問題，我們剛剛所說的，死刑要不要廢是一百跟零
30 的問題，倘若縮小它的光譜，這個是量的問題，我們在質當中為何不能加上一
31 些量的東西在內？能夠讓各方、能夠讓以往的歷史及將來的歷史都能夠接受，
32 倘若是這樣的話，加上量的觀念，應該是可以接受。

33 第二，有無人說願意先說假設做了壞事，也願意接受死亡的契約。

34 主席羅大法官秉成：

35 所以我倒過來說，我根本就沒有做這個事，被誤判了，司法判我死刑。

1 鑑定人鄭善印教授：

2 誤判是從以前到現在司法的問題，因為自由刑也會誤判，而且可能會更多，
3 死刑反而比較少，只是怕一些過度堅持己見，也就是我們認為這是科學證據，
4 這部分的確務必小心之後再小心，除非沒有百分之一的疑慮，否則盡可能不要
5 下這個決斷比較好。

6 主席羅大法官秉成：

7 您認為誤判普遍存在在一般的刑事案件，不分會不會被判死刑的案件，也
8 會存在誤判的因素在內，所以在死刑的誤判上沒有特殊性，誤判不能作為反對
9 死刑的正當化原因嗎？

10 鑑定人鄭善印教授：

11 不會，因為這也是量的概念，越是財產刑、越是自由刑的話，誤判的可能
12 性會越高，剝奪生命的話，量上會幾近微小。

13 主席羅大法官秉成：

14 死刑誤判的比例比較低，這部分有實證嗎？還是在您的認知及推理底下是
15 如此？

16 鑑定人鄭善印教授：

17 經驗。

18 許大法官福生：

19 我有幾個問題想請教，剛剛法官一直提到我們今天是做違憲的審查，並不
20 是討論死刑的存廢，如果是做違憲審查時，如果做出死刑是違憲，那不是等於
21 廢除死刑嗎？

22 鑑定人鄭善印教授：

23 剛剛黃法官已經講了，違憲跟刪除法律是兩回事，以聲請方的案例來看，
24 依釋字第445號大法官解釋集會遊行法這邊違憲、那邊違憲，其中講了一個違憲
25 是說不可以主張分裂國土跟共產主義，他認為這也是違憲的，但法律有沒有修
26 正？沒有，仍然存在。

27 也就是說，司法解釋的東西，立法不見得全面接受，但有一個問題，司法
28 跟立法一個說A、一個說B，對於我被管理規範的人要如何對他們交代？爸爸、
29 媽媽總要講同樣的話，不能爸爸說吃飯、媽媽說做功課，兩個人要講好才行，
30 這時候就出現司法權跟立法權有無互相侵犯的問題。

31 許大法官福生：

32 如果牽涉到司法審查時，認為違憲，死刑制度就會停止適用，等於台灣沒
33 有死刑，也就是廢死一樣，老師是不是贊成這個觀點？

34 鑑定人鄭善印教授：

35 我就是怕這樣子，所以我一再強調倘若要廢死的話，也應該跟德國、英國、

1 法國一樣，要取得很堅強的民意基礎再來認定會不會比較好。

2 許大法官福生：

3 因為將來在做審查時，憲法第23條很重要。從憲法第23條來看，從目的正
4 當性、手段必要性及限制妥當性這三個層次，我們想請問一下老師，因為你站
5 在比較合憲立場，是不是可以更細緻幫我們論述一下。

6 鑑定人鄭善印教授：

7 手段是否適合目的的問題，也就是比例原則第一個問題，這時我們不要把
8 死刑的目的當成是矯治，你把它當成是與應報傳達很接近的「你做了什麼事，
9 就要回到你身上」，如果是這樣的話，這個比例原則就會改變了，我的意思是
10 你把目的放進去比較具體的東西，會讓手段是否適合變更。

11 張大法官文貞：

12 鄭教授，想要請教您在最後的討論上回到應報目的及手段問題。我想殺人
13 案件的被害人權利之所以受到損害，同樣也要站在他享有人性尊嚴的生命權必
14 須受到絕對尊重這一點來看，突然之間被人家剝奪生命的人是在一個毫無自主
15 可以決定的情況之下被剝奪了生命，這也是為什麼殺人案件的被害人之人性尊
16 嚴及生命權同時受到嚴重剝奪的原因，如果不是站在生命跟人性尊嚴必須要絕
17 對尊重的立場上，我們也不需要如此嚴肅看待殺人案件的被告應該得到何應報。

18 站在應報的角度來講，現在的問題是，在社會當中對一個突然莫名其妙失
19 去人性尊嚴生命的一個人、一個犯罪，對於這樣的犯罪行為人到底要得到何應
20 報，也要請教的是，在應報的觀點上，本來殺了人知道必須要因此而付出生命
21 的代價，從這時候我們從應報的觀點來看，我們也給他付出生命的代價，但這
22 裡很弔詭的是，如果現在法治國家是這樣來運作的話，我們反而非常尊重在一
23 瞬間剝奪生命的這個加害者之人性尊嚴及生命，跟黃瑞華法官實際上審判實證
24 的案例一樣，他明明殺了人，被他殺的人那一瞬間無法自主決定人性尊嚴跟生
25 命永遠無法回復。

26 我們要思考的是，如何對這一個犯罪來加以應報。窮極人類的思考，我們
27 到底要如何對這個犯罪來加以應報？因為顯然所有的應報方法，現在都比較偏
28 惠這個行為人，因為行為人透過意志的決定殺人，也得到求死的結果；反而很
29 弔詭的是當我們有殺人處死的國家中，從一個應報的角度來講，是偏惠尊重了
30 應報的行為人，而不是從應報的角度來講，真的能夠撫慰被害人，是否如此？
31 在這個很弔詭的情況之下想要請教鄭鑑定人。

32 套用我剛剛所講的那個例子，或者黃法官從實際審判實務遇到的例子從應
33 報告的角度來講，他今天既然決定在莫名其妙的一瞬間剝奪一個具有人性尊嚴
34 的生命體，對他最好的應報是不是應該反過來不去尊重其自主決定，因為他的
35 自主決定是他知道殺人者死。因此，終身監禁的無期徒刑在應報的理論之下，

是不是反而不去尊重他的自主決定唯一應報可能？是不是因為這樣的因素，因此現在國家才不採取應報理論？

鑑定人鄭善印教授：

的確弔詭！

我的理解是司法比較常站在一個平台去衡量「失去的」與「即將失去的」，也就是人性尊嚴間的對抗，然而比較缺乏「因」與「果」的觀念，倘若加上「因」與「果」的觀念，也許能夠讓弔詭比較具體化，如果考慮到「因」、「果」的話，就應該不會有弔詭現象。

第二，不尊重他的人性尊嚴、不尊重他的求死意願，我們就是不給你死，就是要你活受罪，這會不會又跟基本原則相違背了？比如大寮那一個案子，大家都知道他們寧死而不願意長期監禁，因此在這種情形底下，死刑用三十五年或者是更長時間的自由刑替代，不見得更具有正當性。

張大法官文貞：

我再追問第一個問題，所以這也確實會弔詭。在科處死刑的過程當中，事實上我們其實偏惠了這個行為人有人性尊嚴的個體，您剛剛講到從因果的角度來看會比較好，我想請問如何從因果的角度來看會比較好？在我的觀念當中，一瞬間被莫名其妙被剝奪人性尊嚴的生命個體，換句話說，殺人案件的被害人，在現代社會人類可以有的各種作為當中，從一個司法的角度來講，沒有辦法從偏惠行為人的角度來講，給予一個應報正義觀底下一個合理的應報，因為怎麼做，都有可能在後續的體制當中其實偏惠了行為人的人性尊嚴跟生命個體。

想要請您進一步說明因果，您剛剛提到兩人對決的情況，在現在法制已經是違法了，如果是他自覺的自殺，當然現在法制沒有辦法處理，但他是兩人對決的情況，加工自殺其實也不是真正的自覺；回過頭來，在他犯下最嚴重的罪行，在一瞬間剝奪人家的人性尊嚴及生命個體，對於其犯罪，在現代國家當中如何面對？

整個國家機器都是兩人對決的兩把槍，因此在這樣的情況之下，我們無法找到一個可以真正符合康德式的應報，因為必須要把兩個具有人性尊嚴的生命個體放在同一個天秤砝碼來看。是不是因為如此，所以現在國家非常困難必須要摒棄因果關係，必須要回到平等尊重看待人性尊嚴及生命權的觀點，對於我這樣的說法，您是否可以從因果的角度再來說明。

鑑定人鄭善印教授：

要用因果來回答平等是非常困難的，在這樣的觀點底下說弔詭我能夠接受，倘若您加上量的觀念，好比一百個死囚當中還是有人會害怕，我們經常聽到死囚要執行之前，會完全失去力量，舉步維艱，從這種情形看得出來人到最後可能還是怕死的，內心想死會從行動上表現出來；倘若這樣的話，對於被害

人來說，也應該從後果的報應當中來恢復到還可以接受的待遇。

張大法官文貞：

也許有百分之一或千分之一或萬分之一的個案當中，我們可以看到在死囚接受死刑的最後一刻，終於感受到莫名其妙剝奪人家人性尊嚴之生命個體及現代社會所不能相容的那個到底是什麼。現在的問題是，這個剝奪本身是透過兩人對決的那兩把槍造成的，並不是應報的過程當中直接的因及直接的果，您剛剛回到量的考慮，會變成我們要不要追求現在國家肯不肯透過制度去實現，讓你看到莫名其妙剝奪生命權的害怕或者受害，要透過整個國家機器來追求量，這也就回到可以衡量，本來兩個無上價值人性尊嚴價值的個體是不可以衡量，但現在回過頭來卻可以作為衡量的基礎，在這樣的衡量之下，就會變成有無死刑本身就不會是應報的結果了。

鑑定人鄭善印教授：

我還是這樣回答，一個司法官在判個案時，最後是要斷定誰對誰錯，是要斷定眼前這個人是不是罪犯，一開始是平等對待沒有錯，最後要確定這個人是否是壞人、是否要得到懲罰。

張大法官文貞：

在殺人案件的被告，我們先排除冤案，因為應報最重要的問題是，我們其實很確定在那一瞬間剝奪了無辜受害者人性尊嚴及生命體，他是殺人者沒有錯，但我們又陷入矛盾，現在給予他死刑，在他作為一個自覺個人負責的角度上，我們其實反而偏惠對他人性尊嚴的尊重、及偏惠對他自己求死之意志尊重，而沒有辦法去應報到我們希望能夠尊重已經莫名其妙被剝奪生命及人性尊嚴的個體。

現在面對的是這個，在任何一個具體審判當中的法官，其實面對的都是這個困難，因此我現在判他死，其實我反而是偏惠他，即使在這個判斷上，並不是真的能夠給予被害者最原始的正義。

鑑定人鄭善印教授：

假若我們在行合上相信人沒有不怕死的，我認為法官對於當事人的裁判，給他刑罰還是有應報的功能。

主席羅大法官秉成：

請許大法官提問。

許大法官家馨：

我似乎也覺得我的問題可能跟張大法官有一點關係，我再進一步釐清，應報到底在報的是什麼？是複製原來犯罪的特徵嗎？是否如此？

第二，當我們再這樣考量應報時，到底我們考量應報的因素為何？我們應該著重在犯罪手法的情狀上，或者我們必須把犯罪者，包括教化可能性為何會

被考慮進來，如果用應報作為一個基礎的話，所以第一個是應報到底在複製什麼，第二個是可以進入應報考量的因素到底為何。

鑑定人鄭善印教授：

應報這一點我們一定要有誰對、誰錯的觀念，誰先動手及正當防衛的觀念，假設沒有這個觀念，認為你們兩個好像螞蟻在打架一樣，這就沒有什麼應報了，兩隻螞蟻在打架對司法官來說，沒有什麼好應報不應報的；但哪一隻螞蟻先動手咬了對方，這才是司法官要考慮的。因此，應報就是一開始哪一隻螞蟻不對。

第二，假若是應報的話，為何要考量到教化？這的確是時代變遷跟各種不同考量的後果，因為應報是對以前的東西總清算，教化是對將來還有教化可能的人，因此我們給他一個機會、透過一個環境的改變，讓他往後可以復歸社會，我想這應該不是衝突，而是在量上可以有不同的分配。

李法官兆環：

許法官也問了有關於憲法第23條的問題，其實我們從憲法第23條看得出來比例原則包含必要、正當及妥當性，我想問的是在憲法法條當中，特別說「不得以法律限制」，法條明文是「不得限制」，更嚴重的可以逕而剝奪嗎？您對於法條文字的結構如何闡釋？接下來下一個省思為，生命權是不是憲法保留？這個議題想請教您。

鑑定人鄭善印教授：

限制跟剝奪的對立關係，我們在文獻上也看到很多，倘若判他自由刑一年，按照道理來說，在一年的期間對他的自由就是剝奪了，不能說限制，原本是八十二歲，你只被剝奪了一年，然後說這是限制，不能這樣看，應該是看那一年的自由刑、那一年的自由他已經被完全剝奪了，因此「限制」跟「剝奪」是相對立名詞的表現。

我舉一個例子，我在鑑定書當中也有提到，在行政罰法裡有提到什麼權利可以限制、什麼權利可以剝奪，因此在行政罰法第2條已經明文用了「剝奪」這二字，因此應該不會跟第23條衝突。

第二個問題是有關於生命權是憲法保留之問題，倘若超過一半的民意基礎，我們不應該反對，因為憲法究竟要走什麼路線、要走其他經濟不同架構的路線，也應該要得到過半選民的同意。

主席羅法官秉成：

最後一個問題，憲法保留能不能就藉這個機會結束掉，假設我們的憲法按照公政公約第6條規定所犯如果是最嚴重的罪行，在符合程序的保障條件底下是可以判決死刑及執行，假設憲法是這樣通過的話，仍然有違憲的疑慮嗎？這是您所謂生命權保障的憲法界限嗎？

鑑定人黃瑞華法官：

1 您剛才已經說憲法這樣規定，何來違憲？

2 主席羅大法官秉成：

3 因為您提到憲法的一些價值是不能透過修憲來處理的，生命權這一件事能
4 不能透過憲法修憲的方式來決定？

5 鑑定人黃瑞華法官：

6 基本上兩公約看起來並沒有完全說絕對不能有死刑，比如殘害人權或者是
7 很嚴重戰爭的罪，所以生命權這個權益要不要到憲法保留的層次，我想沒有必
8 然性；即便到了憲法保留層次，如果立法規範的方式是符合兩公約嚴謹要件，
9 因為兩公約要件其實也不是很明確，也因為是條約，所以有時候也沒有寫得很
10 明確，讓各國有一點空間。

11 如果在這種狀況下，我剛剛已經講過，如果侵害到國家符合所謂正當防衛
12 或緊急避難的情形之下，當然還是可以剝奪對方的生命權，因此究竟用何形式、
13 何要件，審判長剛剛的問題好像是針對兩公約的規範，我會比較傾向不會，因
14 為我剛剛說如果符合所謂正當防衛或緊急避難而明確化其要件之狀況下，我不
15 表示生命權絕對不能剝奪。

16 主席羅大法官秉成：

17 因此從這個角度來看，生命權的干涉可能在一定條件底下還是成立的，比
18 如正當防衛等等，所以不盡然會變成憲法的修憲界限，也就是生命權絕對不能
19 干涉的結論？

20 鑑定人黃瑞華法官：

21 對。

22 主席羅大法官秉成：

23 聲請方可能要有機會回應一下我的問題，我們的時間超過許多，不過如我
24 剛剛所說，我們的休息時間要壓縮一下，後面中午的時間也會延長，容我把時
25 間訂於十分鐘，請各位十分鐘後回席，我們休庭到十一點三十五分，繼續下一
26 位鑑定人錢建榮法官的程序，休庭。

27
28 (大法官退庭)

29 (大法官復行入庭，繼續審理)

30
31 主席羅大法官秉成：

32 我們來進行這一個時段的程序，由鑑定人錢建榮法官陳述意見二十分鐘，
33 請。

34 鑑定人錢建榮法官：

35 審判長，我可不可以要求三十分鐘？剛剛其他兩位都有超過。

1 主席羅大法官秉成：

2 本來不必言說，但是你講了反而對你不利，那就三十分。

3 鑑定人錢建榮法官：

4 各位大家好，我的鑑定書寫了四萬多字，所以我盡快完成，有一些地方我
5 可能會講很快，甚至可能就照念，為了時間的控制。

6 我下了一個主題，基本上我認為死刑的制度「除了荒謬還是荒謬」，沒有別
7 的可以形容。

8 PPT 第 2 頁是卡謬在 1954 年的一本書，法國的執行死刑是用斷頭台來執行
9 死刑；右邊的圖是某地方法院法官的宿舍，可以看到頂樓，其實建築師在設計
10 時顯然設計像斷頭台，也就是把死刑跟法官連在一起，也就是由法官來決定。
11 我等一下會提到與其說法律決定，根本就是法官決定，也就是黃法官講的，可
12 能換一個法官，可能就不一樣。

13 卡謬有一句話說：「社會風氣會隨著時代而改變。總有一天，這個死得太早
14 的犯人就不再顯得這麼壞了。但如今為時已晚，我們對這件事只能選擇懊悔或
15 是遺忘。」，湯申沒有死，如果湯申在現在，你去對照鄭捷或著對照剛剛黃法官
16 所講的林清岳，你會覺得湯申有這麼懷嗎？

17 因為時間問題，我想把兩個東西拉到前面談，也就是 ICCPR 第 6 條寫得很
18 清楚，你只要締約就可以用這一條，你不可以再用這一條說要阻止或延緩死刑
19 的廢除，也就是會說在沒有廢除之前，只能允許在最嚴重的犯罪處以死刑。第
20 4 項還說這些已經被判死刑的罪犯，還必須有聲請減刑特色的權利。我們的大
21 法官在民國 99 年曾經做過一個不受理的理由，也先承認第 6 條不能延緩跟阻
22 止，但又接著引用第 6 項說「我們還是可以允許對所謂最嚴重的犯罪，來處以
23 死刑」，這已經是矛盾的，因為其實國家立法權、行政權根本除了簽完之後什麼
24 都沒有做。

25 這兩個當然也會拘束司法權，司法權也受到第 6 項的拘束，司法權在大法
26 官的身上就是宣告死刑違憲、違反兩公約，所以應該要廢除，因此怎麼會反過
27 來繼續維持他的死刑？這是矛盾的理由。

28 更不要講「The Most Serious Crimes」這個字是最嚴重的犯行，我們官方
29 直接翻譯成「情節重大犯罪」。情節重大犯罪很清楚提到「蓄意且造成致命或極
30 端嚴重後果之犯罪」，甚至其他提到對生命權的侵害，因此對毒品還有死刑其實
31 就是一個非常有疑問的制度，法務部都承認應該要廢，我聲請過大法官釋憲，
32 但大法官還是不受理。

33 更不要講死刑是殘忍、不人道與有辱人格之酷刑。國際獨立專家審查我們
34 國家報告時，第 56 點有提出，不管已經是所謂區域性的人權法庭（歐洲人權法
35 院），或者是聯合國事務委員會都覺得這個是酷刑，不只是身體，生命更是，而

1 南非憲法法院也是從這個角度出發宣告死刑是違憲的。

2 我主要談「死刑違不違反我國憲法」，我的鑑定書一共從八個角度、八個觀
3 點去切入：

4 一、憲法第十五條的生存權保障包括生命權在內：當然有鑑定人持不同的
5 意見；

6 二、蘊涵有人性尊嚴意義的生命權：生命權其實就等同人性尊嚴，其基本
7 內涵就是人性尊嚴；

8 三、基本權本質內容保障剝奪禁止(絕對比例原則)：基本上是德國基本法
9 第19條所講的，基本權本質內容保障剝奪禁止原則；

10 四、涉及人性尊嚴核心的生命權，以正當法律程序亦不能剝奪：因為生命
11 權涉及了人性尊嚴的核心，人性尊嚴就等於本質內容保障的核心，因此就算用
12 正當法律程序也沒有辦法剝奪，我也會提到我們制憲史上，上次問李念祖教授
13 時我想回答，但審判長禁止我回答，我放在這邊也順便可以提一下；

14 五、恣意的量刑違反平等原則；

15 六、連適合性原則都通不過的死刑(相對比例原則)：接下來回到我們最常
16 使用的比例原則；

17 七、死刑通不過必要性原則的審查(相對比例原則)：基本上我認為連適合
18 性原則都不通過，更必要講必要性原則；

19 八、最高法院的死刑判決也違反正當法律程序：法院的死刑判決當然太多
20 判決違反正當法律程序，因此更不要講用正當法律程序可以去剝奪生命權。

21 第一個標準，生存權我認為包含生命權，我們可以對照憲法第15條及憲法
22 第8條，可以發現生存權、工作權、財產權及人身自由的條文與其他基本權的
23 寫法是不一樣的，其他基本權寫「人民應有什麼權、什麼自由」，但這兩個條文
24 特別用「國家應予保障」，因此我認為要求國家保護義務的密度跟高度是比其他
25 基本權更高的，這是可以看得出來的。

26 雖然我們憲法沒有生命權明文保障的規定，我甚至去翻二、三十頁的書，
27 但都沒有看到第15條有提到這個問題，我們先從世界人權宣言來看，本來人都
28 享有生命自由跟人身安全角度，我們的釋憲實務有無把生命權及生存權去對比
29 在一起，其實在第476號解釋是販賣毒品有死刑合憲的解釋，直接把生命權放
30 在跟生命權同樣的行列當中。

31 第二個標準，人性尊嚴就是把人當人，更何況人都是無自由的，正如未成
32 年人如本案湯申在本案所犯下的罪行，他喝醉了酒回家，他每天半夜都要起來
33 燙衣服，他喝得醉醺醺回到家躺著睡，但不到一個小時又被挖起來，半夜兩點
34 鐘叫他起來燙衣服。在那樣的時空跟七、八天工作超過十六個小時的壓榨的脈
35 絡下，換作誰都可能陷入不自由的決定；因此鄭老師說人是自由的，但我認

1 為人根本不自由，我們有太多太多的不自由。今天我跟我太太跑來憲法法庭，
2 我們是把兩個小孩丟在家裡面，根本必須要做一些不自由的決定，而不是自由
3 的決定。

4 總之，人性尊嚴的存否其實如果我們把個人能力的影響放進去，就會變成
5 取決於每一個人不同主體特質，很多人會有很多人被認為是非人、下人，甚至
6 把他當作物看待，就會遭排斥，甚至被消滅，這就是不是把人當人。

7 人民之間可以把對方當作不當人，但國家不可以這樣子，因為人性尊嚴限
8 制的是國家，並不是限制人民。生命權當然是生存權的根本，因為生命本身不
9 能限制，更何況是講剝奪，其實禁止死刑不僅是保護人性尊嚴的具體化，其實
10 就等於我們要保障的人性尊嚴。

11 德國聯邦憲法法院至少在兩個判決都有提到，刑事犯有要求再社會化的權
12 利，換言之，任何刑事犯都有機會、有可能在恢復自由時重回社會，如果是死
13 刑的話，是法官的判決不讓他回到社會，這就已經侵犯他人性尊嚴的核心，所
14 以德國基本法第 102 條甚至直接明定死刑是要廢止的，這是不能修憲的界限。

15 我們如果從死刑的執行來看人性尊嚴的剝奪，就可以知道這到底是否符合
16 人性尊嚴。國家把這個人抓起來，以行政程序進行謀殺，他會被仍進大牢裡蹲
17 上好幾年，或者像本案已經放了二十八年，擺蕩在徹底的絕望以及無盡的恐懼
18 之間，直到有一天傍晚，我們偷偷潛入他的舍房，事先脫掉鞋子，好把恐慌了
19 整夜才肯終於睡死的他給嚇醒，然後我們會壓在他的身上，把他的雙手、雙腳
20 綁著，接著走過一條長長的走廊，如果他嚇到不會走，剛剛鄭老師講會有死囚
21 嚇成這樣，那麼我們就要讓他的雙腳在後面，拖著他走。為求完全，我們會幫
22 他施打麻藥，這樣他才不會覺得痛，然後我們在他的背後劃上一個圈圈，讓他
23 背對著我們跪下，接著我們走上前硬把他踹在地上，夜空下劊子手將槍對著他
24 背上圈好的心臟位置，「碰」的一聲，確認他流下一大灘血，如果十分鐘後他還
25 有脈搏，同樣的位置，我們會再補一槍，直到他的血流乾，不再補槍為止，最
26 後還會有許多人把他的器官拿走，說這是他最後的救贖。請問，這不是世界上
27 最強暴、預謀最詳盡的犯罪，不然是什麼？我們其他一般人在生活裡面會碰到
28 這種妖魔鬼怪嗎？

29 第三個標準，我試圖建立基本權本質內容保障剝奪禁止的原則。在德國法
30 基本法第 19 條第 2 項規定「任何情形下，基本權是有它核心，不可以侵犯」，
31 簡單來講，所有的基本權只能「限制」、不能「剝奪」，在威瑪憲法時代之所以
32 會訂這樣的法律背景，就是因為不管是日本或是美國都是「非依法律…」，換言
33 之，就是可以把基本權淘空。建立這樣的原則就是希望不管在比例原則之下或
34 是依法行政之下或是法律保留原則之下，都應該保有基本權所謂某種核心的內
35 涵。我把它稱為「絕對的比例原則」，基本上就是有一定、無論如何不能侵犯的

1 領域，而那個領域，我認為就是人性尊嚴。

2 我們在釋憲實務上有無採取所謂基本權本質內容保障的釋憲標準？其實是
3 有的。我們在釋字第 550 號解釋提到地方制度，也就是台北市政府聲請的解釋，
4 有提到保障地方自治團體有某種核心事務是不能被淘空的，法人都不可以被淘
5 空，更何況是自然人，因此這可以類比出來在自然人的角度當然可以使用本質
6 內容保障的基準，更何況本質內容保障我認為是要處理比例原則的不足，因為
7 比例原則常常釋憲者都會丟給立法形成自由，然後就立法者說了算，這樣就會
8 造成基本權被淘空。

9 第四個標準，就算用正當法律程序我認為也不能剝奪生命權，因為最高法
10 院判處死刑的案件，常常會說經過公平正當法律程序，且經法院就其有利、不
11 利之證據為相近之調查後，只要審查清楚、量刑清楚就幫正當法律程序背書，
12 某種叫做就是為死刑背書，我是認為違反正當法律程序的規定。

13 就算用正當法律程序，我認為也不能剝奪生命權，因為最高法院很多判處
14 死刑的案件，常常會說「如經正當法律程序接受公平之審判，且經法院就其有
15 利、不利之證據為詳盡之調查後，認被告犯罪事證明確，所犯屬情節最重大之
16 罪，並以其責任為基礎，審酌刑法第 57 條各款所列科刑輕重標準事項及其他犯
17 罪之一切情狀後，認其罪無可逭，無從求其生者，即非不得科處極刑。」再把
18 焦點集中在下級審的法官，你只要審查清楚、量刑清楚，就幫正當法律程序背
19 書，某角度就是用正當法律程序為死刑背書，因此我是反對用正當法律程序的
20 規定。

21 這就是審判長在上個禮拜提到的問題，我認為我們有沒有在死刑生命權上
22 憲法有沒有保留，我認為是有的。為什麼美國一直容許死刑，而且是用正當法
23 律程序？因為有憲法第 14 條，上次李念祖教授也有說我們不需要參考那一個法
24 條，因為我們沒有這樣的條文。第 14 條講得很清楚在「due process of law」
25 的情形下可以剝奪人的生命、自由跟財產，然而我們沒有這樣訂。請注意，我
26 們的憲法在 1947 年訂的，1868 年就有美國憲法這個條文，制憲者當然參考過
27 美國的規定，但制憲者顯然不採取美國的角度，而指定人身自由要依法才能剝
28 奪，顯然把死刑、生命權的地方留下一個空間，因為民國三十幾年訂憲法時，
29 我們的刑罰裡面就有死刑，所以釋憲者在那個時候直接訂死刑是違憲的，法律
30 會牽動更大，因此寧願保留一個空間讓釋憲者決定，我認為這個地方跟南非憲
31 法法院是可以做一樣的考量。

32 各位可以看到我們的第 8 條最後是抄 ICCPR 第 9 條，跟 ICCPR 第 9 條非常
33 像，而不走美國那一條用所謂「due process of law」可以去剝奪人的生命。
34 換言之，所以在生存權的地方也找不到生命權的用詞，某種角度是制憲者採取
35 的一個保留空間。

第五個標準，我要提到的是恣意量刑會違反平等原則的問題。我們可以看到本案量刑的理由指「湯申來工作，八天就想走，未被接受」，他的量刑理由就這麼少，剛剛審判長有提到、聲請人也有提到，其實不是高等法院量刑，最高法院也重新再量刑一遍，只是把高等法院的量刑理由抄過來，而且字數更少；因為以前的法官喜歡標榜所謂寫得越精簡就是越精彩的判決，我們不知道這是什麼樣的邏輯。案發當時尚未成年，在心狠手辣、泯滅天良、嚴重維護社會治安，罪無可逭，因此社會永久隔離，應使與社會永久隔離，以昭炯戒。所以扣除犯罪手法都沒有描述的量刑，其實只用三十五個字之形容詞就剝奪了一條十九歲的生命。

事隔二十八年，最高法院在量刑的理由對照二十八年前的量刑理由有沒有比較高明？我就只舉最高法院標榜說正當法律程序，徹底再做一次量刑辯論的這幾件，最後還是用死刑上訴駁回的這四件案子，我們來看看他的刑。最後那一件連量刑都不寫，「經再三斟酌，認上訴人之行為實已達人神共憤而為天理、國法所難容，應維持原判決量刑與法則之適用，以彰顯國法尊嚴與維護法治、倫理制度」、「毒殺其夫，所為國法、天理均所難容，其人性既泯，已難有教化之可能」、「認其行為已達人神共憤，而為天理、國法所難容，求其生既不可得，認應量處法定最重之死刑，並宣告褫奪公權終身」。我們再對照湯申案件的量刑理由，請問二十八年後的量處死刑的理由有比較高明嗎？到底現在是誰抄了誰的理由？最高法院寫了幾十年的理由，寫了半天還是只會寫這幾句形容詞，這樣的寫法，請問可不可以得出無期徒刑或有期徒刑？更不要說這裡的「人神共憤」的「神」在哪裡？「天理」跟「國法」又是什麼？至於老喜歡慣用的「求其生不可得」更是諷刺，三個判決我找了半天，我找不到哪裡有試圖求其生過，究竟寫在哪裡？不如乾脆承認你自始就求其死吧！

邱合成案其實有一個共犯，其實那個死刑辯論就是在場的聲請人高煒輝律師去最高法院辯護，邱合成當時在偵查中還是我押的，邱合成當時主張把肉票放回去，是陳志仁說做都已經做了，不知道怎麼辦，所以才提議要不要處理，他們才又載到深山裡面，繩子纏繞著脖子，一人拉著一頭狠狠把他勒死。請問，陳志仁犯行不嚴重嗎？結果最高法院接受陳志仁判無期徒刑、邱合成判死刑。

理由就是用比較的，¹ 陳志仁較為單純、較為輕微、較為良好，如果是長期監禁教化，可以使他深入反省，矯治其偏差價值觀與暴戾、乖張習氣，培養正確之人生觀，尚非全無教化遷善之可能，所以毋須剝奪他永久與社會隔離之必要。」，這個理由通通套用在邱合成可不可以？套用在邱合成身上不是也無期徒刑嗎？你可不可以用在陳昱安、林于如、彭建源的其他確定的案子？因此，國家要殺人根本就不需要一個理由，拜託你至少寫出一個像樣的理由。

所以，我認為最高法院從來想的就不是求其生而不可得，根本就是求其死

勢必得，不惜設下看似縝密的殺人計畫，我們不禁流露出這種「視人命如草芥」的玩笑態度。使讓人覺得「所為國法、天理均所難容，其人性既泯，已難有教化之可能」應該宣告死刑的是最高法院！剛剛黃法官講說我罵過最高法院，那確實是我曾經一篇投書講過的內容。

第四個案件的彭建源案我曾經稱它是「失去生命與靈魂的判決」，這個判決更可笑了，第一次是說他不應該死，所以就抄了吳敏誠案，第一次言詞辯論就撤銷發回。撤銷發回原審還是判了死刑，於是再上訴以後，這一次就抄林于如案，然後就上訴駁回且死刑確定，某個角度來講，這個案子的法官自己獨立的量刑能力都沒有。為什麼？我只能說因為死刑是神的刑罰、是宗教的刑罰，根本不是人可以量得出來的刑罰！

量刑實在有太多、太高的偶然成份，死刑判決更是。我們都說第 57 條要盤點存貨，但我們去看看，法官之所以會判處被告死刑或不死刑，其實還不是繫於被告的長相、性別。我曾經舉過卡謬《異鄉人》的主人翁，他連名字都沒有，他只不過因為在他母親的喪禮下沒有掉下眼淚，結果就在審理中變成一個冷血無情的人，然後在法庭上的態度，比較特別求情或者是刻意會表演的人就比較有利。更不要講法庭上的應答，大家都知道捷運案件的主角鄭捷在法庭上選擇不說話，不說話也可能是懊悔，結果我們馬上就解讀為「態度傲慢」、「拒絕回答」、「毫無悔意」。

誰知道在二十八年前的湯申最高法院堅持要判他死刑，有多少偶然的因素在裡面？我特別看了時間，兩個月後台灣社會解嚴，我們可不可以說其實是因為要解嚴，所以害怕所謂社會動蕩，因此所謂殘忍的犯罪一定要讓他死，以避免兩個月後社會解嚴會社會大亂？這種可怕的量刑因素我們不得而知，或者我們可以參知，因此我們這時候才赫然發覺詳細規定哪個案子判死刑根本不是法律，而是法官。剛剛黃法官也提到每位法官都是獨一無二，被處死刑的人不管是當初或是現在，換了一個法庭受審或許就不會死，本案的聲請人何嘗不是，我可以說湯申案如果是我審，我不會判他死，不就是這樣嗎？因為我是法官。

卡謬說「在判處死刑的那一刻，我們即可肯定，在實行這種再確定不過的刑罰之前，有極多的不確定性在其中起過作用」、「這最無可挽回的確定，竟是由最虛無縹緲的不確定所造成的」。

國家仍然迷信死刑，主要仍來自於：廣大民眾對於社會安全與正義的「渴望」，張娟芬大法官的書上曾經提過「死刑是一種誘惑。有正義感的人，多少都曾經把死刑當作是一種實現正義的方式…」，我們躲在鍵盤後的「婉君」最喜歡喊「給他死」，然後幫被害人家屬主張他的權利。

第六個標準，我用比例原則來檢驗。大家都知道第一階層是審的是「適合性」。國家說留了死刑可以嚇阻殺人犯行發生，可能比終身監禁更可以預防犯

罪，我們認為死刑是一個懲罰的刑罰，因此我們來分別檢驗這三個，立法者用這樣的事實我們要去調查。

我參見許宗力老師在釋字第 578 號解釋的協同意見書提到「比例原則操作，不僅與利益衡量有關，也涉及對立法事實認定之審查」，我們都知道違憲審查標準有最寬鬆、中度及嚴格審查，我想應該不必多說死刑涉及的生命權，之所以訂法律的立法當然一定要採最嚴格的審查標準。

死刑到底能不能嚇阻犯行或預防犯罪發生？我想人類歷史多少年，就一直有多少年的死刑，我們一直不放棄用死刑懲罰殺人犯，但到現在二十一世紀都還是有殺人犯。所有的統計數據，剛剛鄭老師拿的數據也一樣，廢死或不廢死國家都還是在殺人，無論是在廢死或者是保留死刑的國家，其實犯罪率的高低根本沒有太大的關聯，就算我們不只對謀殺被處以死刑，早期我們不是只殺殺人犯，更不要講我們殺叛亂犯，國家假所謂的正當防衛之名，然後去殺掉一大堆其實反抗他的人。更不要講英國以前對扒手就處以死刑，上面用絞刑台處以死刑，下面圍觀的人正在被他的同行偷竊，對他有任何嚇阻效果嗎？下面的扒手繼續在偷。用死刑來懲罰殺人犯，其實謀殺者到現在仍然沒有消失，「殺雞不能儆猴」或者我們說干猴子甚麼事？

在早就廢除死刑的歐盟國家，我們都清楚兇殺案的速度並沒有因而增加，更不要講到現在執行死刑最多的中國，這個強國人間的犯罪不只是殺人罪，任何的犯罪永遠是居高不下，中國不是殺最多人嗎？但為什麼永遠犯罪率永遠是最高的？我們絕對必須不能不承認社會上永遠都會有情緒不穩、鋌而走險，甚至是病態的人，更不要說在不知不覺中陷入殺人情境所謂的正常人，本案的湯申就是，一個十九歲的人怎麼可能會這樣心狠手辣，他就是一時氣憤上來，他沒有辦法控制他的情緒，他根本是一個還沒有長大的孩子。因此，我們說要讓死刑擁有真正的嚇阻力，讓我們必須改變人類的天性，要讓人性變得像法律一樣穩定跟冷靜，我想這就不是人性了，這就跟實務沒有什麼差別了，因此卡謬說這真的是一條非常奇怪的法令，只管自己造成的謀殺，卻永遠不知道他自己阻止了哪一件謀殺。

再者，我們看到社會大眾很多人都認為不判死刑、判無期徒刑，一下子就關出來了，殺人案在現行制度底下，必須受到二十五年的長期監禁，所以我說有時候生比死更痛苦，剛剛張文貞大法官講的，讓他活著比讓他死感到更大的威力。

下面這一段是我判無期徒刑的判決理由，「死刑固然殘酷，惟死刑之執行僅係將對於受刑人之暴虐於一瞬間實現，終究不敵以無期徒刑之刑罰方式，將剝奪受刑人自由之痛苦，分散於其長久的一生，以徒刑之方式，使受刑人在每個時刻感受痛苦，不論是身體失去的自由或良心受到的譴責，透過徒刑的執行去

想像及感受恐懼，對於受刑人毋寧是更為嚴苛的處罰，對於社會，徒刑的優點就在這裏。…是對於被告量處無期徒刑，以使被告終身感受社會譴責的恐懼」。那個案子的被告說警察登門抓他之前，每一天晚上他都夢到被害人，每一天都面無表情得看到他，他在警察要上門抓他前一天，他再一次夢到被害人，那一次夢到被害人是對他笑，他嚇醒之後，他知道時間到了，隔天警察就上來抓他。我說「我就讓你終身在監獄當中感受到痛苦，天天夢見被害人」，那不是對他更嚴酷、更可怕、更殘忍的處罰嗎？

我們再看統計資料，太多太多的社會大眾都說我們判無期徒刑關幾年就出來了，我們來看一下法務部提供 2001 年至 2013 年我國殺人案件判決無期徒刑及有期徒刑，再犯暴力犯罪之統計(臺南高分院 102 年度上重訴 772 號判決)：一、無期徒刑執行後假釋者共一百四十九人，再犯暴力犯罪有三人(再犯案由分別是殺人未遂、槍砲彈藥刀械管制條例、強盜)；二、有期徒刑執行假釋者共四百五十六人，再犯暴力犯罪共十五人(再犯案由分別是殺人未遂、傷害、恐嚇、妨害自由)；三、無期徒刑再犯人數比例是百分之二點零；四、有期徒刑再犯人數比例是百分之三點二。請注意這裡面的犯罪沒有一件是殺人，也就是沒有出來還會再殺人；有些出來再殺人，之前也不是殺人，之前是別的刑，更不要講當初是什麼樣的情況。

接著有人說假釋門檻關幾年就出來了，我們一樣可以看到剛剛那個判決的統計資料，從民國 90 年至 102 年，殺人罪犯執行無期徒刑當初第 77 條規定十年可以假釋，在十年可以假釋的情形下，這些放出來的人都平均關了自十三點一年增加至十五點二年。我們現在已經提高到二十年、二十五年，不好意思，現在還沒有任何一個案子被假釋，因為都還沒有到時間，他們都還在關，所以大寮監獄當中的受刑人才會說要關四十幾年，生命無望才會選擇自殺。

殺人罪獲判無期徒刑者，如果從 101 年假釋出獄，從 88 年開始來算，他已經關了二十年；在 102 年假釋出獄的那些人，是關了二十年；換言之，十年可以假釋，實際上他關了二十年才出來。所以這個判決就用這樣推論，他判湯姆熊割喉被告曾文欽無期徒刑，以現在是二十五年，以法務部假釋的規定來看，足足再多一倍才能換出來，換言之是五十年，五十年我看也不會活著出來，他當時三十幾歲，加上現在的五十年，在牢裡能活到八十幾歲的有幾個人？所以絕非如「婉君」所胡亂想像的：「關幾年就可以出監」，無期徒刑在台灣二十五年才可以假釋，已經是夠嚴酷的刑罰了。

更不要講 Sachs 曾經在南非憲法法院的協同意見書提到，我們都說這是一個國家的正當防衛，但是暴力都已經發生這麼久之後，殺人案已經過去這麼久，經過三級三審，甚至不知道更幾審，我們最後說要對這個綁手綁腳的人來執行死刑，這根本完全不符合使用比例原則，這根本也不是正當防衛。大家都知道

1 正當防衛是要對立即當下的侵害，因此自始從刑罰來看，本身就是矛盾的，因
2 為這裡所謂的刑罰完全沒有執行餘地，死囚只會被消滅，而不會被懲罰，我們
3 把一個活生生的人關在監獄中是懲罰，但我們對屍體是沒有辦法懲罰的，最多
4 我們只能加以肢解跟取他的內臟，因此死刑並不是憲法對個人的刑罰，而是將
5 低於人性所謂的罪犯從憲法的世界中刪除。

6 所以死刑其實是報復，這裡報復的不義其實更波及死囚的親人，被害人親
7 屬的哀慟絕對是無窮無盡的，通常也都渴望報復，你覺得你的血仇報復了，但
8 反過來對囚犯的家人經歷了一個無比的痛，我們報復就報復囚犯，幹麻要報復
9 囚犯的家人？我們想看看，這位母親或父親在幾個月當中，只能在會客室當中
10 跟死囚講講話，最後就是處決，這對死囚親屬的折磨並沒有施加在被害人的親
11 屬身上，當然我們一定要顧及被害人親屬的感受，但他沒有權利、沒有理由要
12 求這樣殘酷的報復去對待一個跟他有感同身受一樣折磨人的身上。

13 第七個標準，如果我們不採絕對比例原則的話，以採相對比例原則來看
14 的話，我們就算放寬適合性過去，有嚇阻跟預防的效力，死刑就是國家的檢查，
15 用來嚇阻未來的犯罪，絕對違反比例原則及違反必要性原則。許玉秀前大法官
16 於第 594 號解釋的意見書當中特別提到刑罰的檢驗根本不能用比例原則來審
17 查，尤其用最嚴格的審查，根本就通不過最嚴格的審查。

18 所以我們說死刑用最嚴格的審查沒有辦法審查，因為是最嚴重的侵害，我
19 們就變成要退到採低密度或是中密度的審查，不可能，所以根本不可能用所謂
20 的比例原則來檢驗，不然就是用第一層立法事實適合性的審查，不然我就強調
21 應該建立所謂基本權本質內容的保障概念來做審查標準。

22 第八個標準，最高法院的死刑判決其實也都違反正當法律程序，很多內容
23 都不提，到目前為止我們辯論了十三件還是十四件，最高法院到現在沒有一件
24 讓被告到庭陳述，所以我說這個是被告缺席的審判，沒有人知道被告叫什麼，
25 我剛剛如果不把那一些案號寫個名字，你看永遠就是空洞的數字。五位最高法
26 院的法官要判處死刑時，卻連被告最後一面都不見，你怎麼知道被告真的是無
27 教化可能性，怎麼可以說是泯滅天良？找了半天還不是就是書面審查？

28 更不要講違反第 379 條第 6、11 款「被告未於審判期日到庭而逕行審判」、
29 「未與被告以最後陳述之機會」，我們最高法院到現在還有重大案件連身的慣
30 例，並不是更二連身，無期徒刑跟死刑案子是一上訴就連身，一上訴分給甲，
31 只要再撤銷發回，下級審再判完，上訴以後還是絕對分給甲，不管撤銷到更一
32 或者是更十，永遠都是甲來審理。所以如果碰到硬要被告死的甲，他只要下意
33 識判他死，他就撤銷發回，永遠要判他死為止；就算不讓他死，也是永遠要撐
34 到不讓他死。林子如案本來不要判他死刑，兩次發回都一直寫了一大堆理由，
35 最後直到判了一個死刑，最高法院就駁回，然後還說一定要判死刑，否則三個

1 無期徒刑合起來就是一個無期徒刑，一加一會等於二的那種算數理由也拿來當
2 作量處死刑的理由，真的很難以接受。

3 死刑如何審核？這是張娟芬大法官曾經一篇文章，以鄭性澤案為例，我們
4 看到法務部如何執行審核執行：一、確定判決書有無送達被告；二、被告收受
5 判決書有無逾十日；三、確定判決書有無送達辯護人；四、辯護人收受判決書
6 有無逾十日；五、有無非常上訴程序在進行中；六、有無再審程序在進行中。
7 這是什麼審查？兩秒鐘就可以審查完畢的東西！

8 七、有無聲請司法院大法官解釋程序在進行中；八、有無以同一原因再度
9 聲請非常上訴；九、有無以同一原因再度聲請再審；十、有無以同一原因再度
10 聲請司法院大法官解釋；十一、有無刑事訴訟法第四百六十五條事由；十二、
11 有無赦免法事由。第十二項「空白」就等於違反兩公約，然後就可以執行死刑
12 了。

13 如何執行死刑？吳育昇質詢曾勇夫怎麼還不執行死刑，曾勇夫說：「審核小
14 組沒有送來，只要審核小組送來，我絕對不會耽誤，馬上。」，你的意思是說你
15 是被架空的人嗎？法務部長才是決定的人，結果你說：「只要送來，我絕對不會
16 耽擱，會批。」，那你法務部長到底看不看？審核小組幫你看，結果就用剛剛上
17 述的內容來看，死刑執行到底有沒有符合正當法律程序，你從來沒有理解行政
18 權來執行死刑，其實在權力分立底下，你是可以去監督司法判決對不對的，這
19 是美國行政權的最高首長可以特赦的原因，因此法務部長就應該要拿這個權限
20 去真正檢驗個案量刑是否正確。

21 最後鑑定完的結果，我講一下我的心得。我們總說最可惡、最邪惡的人都
22 該死，總想保留死刑給那些最邪惡的犯罪人才能彰顯正義，但我跟各位報告，
23 我十六年的法官生涯，包括我當審判長、受命法官、陪席法官，沒有精算過，
24 但大概審理過二十件殺人案件，更不要講毒品，我還沒有遇見過所謂最邪惡、
25 最該死的。

26 我們來看看台灣的死刑判決，是不是對於最邪惡的標準越來越嚴格？是不
27 是沒有最壞，只有更壞的壞人，哪一個更壞才能夠讓死刑有正當性？更不要講，
28 我們還有揮之不去的冤案，昨天高等法院才開啟了一件殺人案件的再審，那個
29 案子被告呂先生是被判十五年的徒刑，如果他是被判死刑，他現在已經被關了
30 四年，依照法務部執行年限來看，說不定他可能在上一回就被槍斃掉了，怎麼
31 可能會再開啟再審？如何還他一條命？有期徒刑的關可以補償他，但是生命永
32 遠沒有辦法恢復，我的鑑定意見到這邊，謝謝。

33 主席羅大法官秉成：

34 謝謝，呂先生的案子應該是判十三年，如果沒有看錯的話。這一輪的詢問
35 就由聲請方先提問，聲請方是哪一位提問？請。

1 聲請方訴訟代理人高煒輝律師：

2 以下有兩個問題要請教鑑定人錢法官：

3 第一，您在鑑定書第 57 頁與第 61 頁有提到很多最高法院死刑判決違反法
4 令及違反正當法律程序等情，您在鑑定書第 26 頁及剛剛口頭陳述時有特別提到
5 「涉及人性尊嚴核心的生命權與正當法律程序亦不能加以剝奪」。

6 另外，您在鑑定書第 28 頁同時也提及到如果只是將焦點集中在司法審理程
7 序有無遵守正當法律程序，好像程序合法正當就可以判處死刑，反而幫死刑背
8 書合法性。相信這也是南非憲法法院討論死刑是否合憲時，不欲從正當法律程
9 序切入的一個主要原因。

10 我們知道鑑定人過去長期作為刑事庭資深的法官，根據您豐富的刑事審判
11 經驗，我們想請教您補充說明一下，如何看待死刑案件審理程序正當化的要求？

12 另外也想請問您，如果整體刑事司法程序或是刑事個案審判程序，如果已
13 經符合正當法律程序要求，這跟個案或是跟整體司法程序可以判處死刑與否之
14 間，也就是跟死刑規範是否合憲間的關係為何？請鑑定人先補充說明，謝謝。

15 鑑定人錢建榮法官：

16 這個問題有一點難，等於要逼我批評同事的判決沒有符合正當法律程序。
17 光是正當法律程序的要求，我必須甚至很自豪我要求非常非常嚴謹，這裡的正
18 當法律程序絕對不只是量刑，我剛剛提到從量刑的標準及角度來看，到現在為
19 止我一直量不出死刑，如果一個案子從頭到尾遇到任何一個法官都量得出死刑
20 的話，那麼我們可以說這個正當法律程序是固定的，可是可能嗎？從這裡來講，
21 我覺得量刑根本沒有辦法核所謂的正當法律程序。

22 更不要講台灣在證據權衡法則底下，從來就是重罪的證據不排除，我到現
23 在都還記得千面人蠻牛下毒案，那個搜索根本就是違法了，可是已經造成一個
24 人誤死死亡了，所以到他家搜索的要件都根本違法，或者是違法也會把它權衡
25 回來，所謂的重大犯罪都會權衡回來，這裡的權衡更是每一個法官不一樣價值
26 判斷的裁量，這裡所謂的正當法律程序，不管是量刑、構成要件判斷、證據法
27 則判斷，甚至是在心證門檻上判斷通通都是浮動的、通通都是不一樣的。從這
28 個角度底下，美國人才敢說符合正當法律程序的時候就可以剝奪生命，我認為
29 沒有辦法，不可能達到這樣的情況。

30 更不要講我剛剛講我們有很多的冤判，很多人一定會說，冤判的有期徒刑
31 就沒有冤判嗎？有期徒刑或者是我剛剛講的量刑，一定有人會說「法官有的人
32 判十五年、有的人判十年，一差就是五年」。像毒品案件，我們的量刑通常可能
33 比其他庭又偏低，有人一量量三十年，數罪併罰，有人一量只量十年，這一差
34 距就差二十年，這在毒品裡面有很多的現象。我只能這樣講，誰叫你衰碰到不
35 同的法官，只能說你就相忍為國吧！但是總不能判了死刑，叫你為國捐軀吧！

1 聲請方訴訟代理人高煒輝律師：

2 第二個問題想請教錢法官，在您剛剛口頭陳述及您鑑定書第 13 頁有提到您
3 接受憲法第 15 條生存權導出生命權的保障，從生命權保障可以導出人性尊嚴的
4 基準，同時也可以導出本質內容保障的基礎。另外，您在鑑定書第 24 頁也有提
5 到在比例原則充滿利益衡量的情況之下，違憲審查的基準不能總是冀望法律保
6 留及比例原則，因此您認為本質內容保障理論希望可以提供一個操作的違憲審
7 查基準，您剛剛在口頭陳述時，也提到希望藉此提出一個新的審查基準，不過
8 因為剛好 PPT 的操作有所失誤，因此這部分您解釋得不是太清楚。

9 我想請教一下，您在鑑定意見書及口頭內容有提到，基本權的本質內容保
10 障剝奪禁止作為一個絕對的比例原則，想請問鑑定人是否主張這個基本權利剝
11 奪禁止應該作為獨立的違憲審查基準，這個獨立違憲審查基準，依照您的鑑定
12 意見，您認為死刑規範不能通過這個基準，當然您也花了很多篇幅去解釋死刑
13 規範同時也通不過相對比例原則的審查，但我們也知道，比例原則的操作確實
14 會存有不同的操作結果。

15 我們想請教您的是，假設基本權的剝奪禁止是作為一個獨立的審查基準，
16 他跟比例原則操作之間到底應該如何衡平？有無一個優先順位的關係？或者只
17 要其中有一個不能通過，當然其他的就不用去關照？

18 主席羅大法官秉成：

19 本題是適用憲法原則的次序，請說明。

20 鑑定人錢建榮法官：

21 我認為每一個基本權都有它的核心內涵是不能侵犯的，所以如果要先審查
22 標準的話，應該先用所謂的「本質內容保障」。

23 德國有承認本質內容保障的違憲審查基準，在隱私權的範圍就設定三層，
24 最核心、隱密的部分不可以侵犯，最隱密的部分是什麼樣的例子不可以侵犯？
25 德國在第一次、第二次日記案都認為還是沒有侵害到最核心，如果日記不算，
26 我不知道什麼還算。但至少德國承認有所謂每一個基本權都有核心內涵，我刻
27 意不走所謂的人性尊嚴是高於憲法或者是先於憲法的條文，其實目的就是希望
28 從生存權導出生命權的保障，事實上大法官也走這樣的嘗試，然後再用人性尊
29 嚴給他一個核心內涵；反過來講，德國也承認所有的基本權至少人性尊嚴絕對
30 是核心的內涵，其他個別的基本權及釋憲者劃定的固有範圍絕對不讓立法權去
31 侵害，外面不屬於核心的範圍才會用所謂的比例原則去限制。

32 第 476 號解釋販毒有死刑合憲的解釋，不就是一個最糟糕用比例原則去操
33 作的示範嗎？大法官說「用人命與毒品相比，殊屬不倫」，第 476 號解釋就是用
34 比例原則操作，就是隨大法官一句話說沒有違反比例原則就沒有違反比例原
35 則，生命都沒有違反比例原則，那還有什麼違反比例原則？因此我認為大法官

1 的標準應該先用本質內容保障，先劃定每一個基本都有核心內涵的話，釋憲者
2 某種角度是可以阻擋立法者透過不管是比例原則或者是任何其他違憲審查標準
3 去侵害基本權的核心，謝謝。

4 聲請方訴訟代理人高煒輝律師：

5 沒有其他問題。

6 主席羅大法官秉成：

7 請相關機關提問。

8 關係機關訴訟代理人范世琦律師：

9 非常感謝錢法官跟我們分享，我們一直非常認同，不管是錢法官或是黃法
10 官提出對於司法改革這些制度上的爭點，尤其是恣意、裁量、裁判矛盾、求其
11 生而不可得之模糊字眼及分配正義弱勢團體的保障，我們始終覺得這部分應該
12 要有很大的改變。

13 剛剛錢法官也提到關於正當化法律程序就算加強也無法取代本質問題，本
14 質問題我想看來是在所謂人性尊嚴上的侵犯上。因此，我們想問錢法官，根據
15 您的鑑定報告第 19 頁提到「生命權是生存權的基本，更是人類維持人性尊嚴所
16 應該擁有的最基本自由，生命本身不能限制，遑論剝奪。禁止死刑不僅是保護
17 人性尊嚴的具體化，更可以說兩者是同義詞」，也就是剝奪生命權本身就是侵害
18 人性尊嚴。

19 這樣的立論前提，我聽到您提的大部分都是德國及歐盟；除此之外，您是
20 否有研究過全球一百九十四個關於所謂人性尊嚴在憲法上的定義為何？這樣的
21 定義有無參考過其他領域專家對於人性尊嚴的看法，比如哲學、社會學、語言
22 學及歷史學等各方面領域？

23 鑑定人錢建榮法官：

24 謝謝。

25 我想不管是語言學、歷史學、哲學或什麼學，通通都不否認我們要把人當
26 人，所以人性尊嚴如果要定義就是「把人當人」，我剛剛有提到。不管是幾個人
27 用任何理由去剝奪另外一個人生命的話，就是根本沒有把對方當人，我們國家
28 禁止人民不把別人當人，國家自己卻不把別人當人，殘害另外一個人的生命，
29 所以我們人類何其貪心要去定義一個本來就是屬於本質先於憲法存在的東西，
30 我們要如何定義？

31 我在鑑定書第 14 頁開始有敘述很多大法官的解釋，也就是試圖從生存權得
32 出人性尊嚴，大法官當然有一些定義及說明，這部分我希望有更多的問題容我
33 省略。簡單來說，生命就是基本，沒有生命就根本不會成為人，人性尊嚴的根
34 本就在這邊。

35 關係機關訴訟代理人范世琦律師：

所以我確認一下錢法官的意見，您並沒有參照過全球其他國家憲法上對於人性尊嚴的定義？也沒有參考其他學者不同領域他們對於人性尊嚴的看法及見解的必要嗎？

鑑定人錢建榮法官：

這是好問題，可能范律師不知道我在這個鑑定意見書卡住寫最久就是人性尊嚴的部分，我為了這個部分，不然我早就可以寫完，但大家都知道我比較晚交，我就是卡在人性尊嚴。

我研究了很多，當然之前就看過，包括德國，還有其實兩公約在第六號一般性意見都有提到人性尊嚴，世界人權宣言我剛剛也有提到第3條也有提到，我們的大法官第485號、第400號解釋，包括財產、工作、生存權的部分，大法官都有很多的解釋，就是用來正立只有生命才能讓人生存下去，不管人格尊嚴或是憲法尊嚴，我們的憲法當然有依據，我們的憲法第10條第6項，我剛剛講我拿錯版本，我原本要拿的版本就有提到維護婦女人格尊嚴，大法官在第372號解釋就擴張到不只是婦女，因為所謂「不堪同居之虐待」當然包括女生也可能虐待男生，男跟女合起來就是整個社會的人。

主席羅大法官秉成：

你是不是可以直接挑戰錢法官，您如果講出哪一國人性尊嚴的解釋跟他的理解不一樣，或者是哪一個領域的學說跟他不一樣？

關係機關訴訟代理人范世琦律師：

我非常希望我有這個能力，不過我沒有這樣的時間，不好意思。

主席羅大法官秉成：

請您繼續發問。

關係機關訴訟代理人范世琦律師：

最後一個問題，根據鑑定報告第45頁至第46頁有提到桃園判決，您認為無期徒刑比死刑更加嚴苛，根本上是一種更為嚴苛的處罰，我相信您今天應該還是認同這樣的看法，如果是的話，您認為這樣的立論是不是其實就是導出判無期徒刑其實已經夠殘酷了，甚至比死刑更殘酷？這不也是建立在一種殘酷對待上？何以又專門挑出死刑當作一種徒刑應該要被除外？

鑑定人錢建榮法官：

基本上死刑在我的眼中不叫一個刑罰，人類社會裡面最嚴酷的刑罰就是無期徒刑，尤其我們還有無期徒刑終身不得假釋。黃法官也有提到，法官何有能力可以在下判斷的這一刻就可以確定二十五年後、三十年後他不會悔改，然後說他現在終身不得假釋、未來永遠終身不得假釋，如果問我的話，無期徒刑終身不得假釋，回到我堅持本質內容保障的基準，他絕對也是侵害本質內容保障，因為永遠剝奪自由，就是永遠剝奪真自由，當然也就是侵害本質內容保障剝奪

1 禁止的規定，所以無期徒刑當然是最殘忍的刑罰，無期徒刑的終身不得假釋在
2 我的標準裡面也是違憲，只能用長期、非常嚴格的假釋標準，因為你必須把人
3 關起來那麼久，我們才可能去重視裡面的人，才可能去處理監獄的教化、監獄
4 的設施、監獄的生活，否則我們只想把人殺掉，我們永遠不會考慮監所裡面的
5 教化，除非監所的教化永遠沒有用，因為我們從來沒有想過去處理那裡面的人，
6 因為當那個人有可能出來的，我們可能會害怕、謹慎，我們就更會處理應該如
7 何回到國家社會，國家資源才有可能去投注在那。

8 主席羅大法官秉成：

9 關係機關還是有沒有其他的提問？

10 關係機關訴訟代理人范世琦律師：

11 非常謝謝錢法官的說明，雖然我的看法跟他的看法絕大部分是不一樣，不
12 過我願意把剩下的時間返還給大法官。

13 主席羅大法官秉成：

14 等一下我們的辯論你還有時間來回應。

15 錢法官，我沿著范律師的問題，因為您在這裡提出一個比較獨特的想法，
16 也就是用本質內容作為一個獨立審查的方式，您又把生命權在我國憲法當中放
17 在第 15 條生存權底下來理解。

18 我的第一個問題是，聲明權的本質內容為何？

19 鑑定人錢建榮法官：

20 人性尊嚴。

21 主席羅大法官秉成：

22 生命權的本質內容是人性尊嚴的話，它就沒有什麼特殊性，因為所有的基
23 本權本質內容都是人性尊嚴。

24 鑑定人錢建榮法官：

25 我剛剛就已經提到所有的基本權核心都有人性尊嚴，生命你可以說獨一無
26 二，但也可以說是每一個人都應該有的，所以不應該談所謂獨特性，生命就是
27 每一個人都有的。

28 主席羅大法官秉成：

29 我如果理解沒有錯的話，其他基本權有本質內容跟非本質內容受到不同的
30 權衡，非本質內容部分可能有比例原則的適用，如果本質內容屬於人性尊嚴的
31 話，它不可剝奪、不可權衡，我能夠理解。

32 因此，在您的理解是生命權有本質內容以外的東西嗎？這樣還有獨特性
33 嗎？生命權有本質內容以外的權利內涵嗎？是零至一或者有更多的東西？像自
34 由可能幾年的問題，因為有一個層次，總不能終身監禁不能假釋就是完全剝奪，
35 所以還是有一個您所謂本質內容的界限，這是德國基本法第 19 條界限之所在，

或是連結到人性尊嚴之所在。但生命權本質內容以外，有這個東西嗎？

鑑定人錢建榮法官：

所以德國就沒有直接處理生命權當基本權，而直接說死刑是要廢止的，然後生命是每一個基本權的核心，人性尊嚴是每一個基本權的核心，因為你必須有生命才有其他的基本權，才有外圍其他的基本權，因此我認為從這個角度來講，我可以說生命不是所謂的獨特，那個「獨特」是因為透過外圍其他的基本權，每個人類發展出不同的生活跟生命，可是最基本「活下去」的權利就應該是最核心，每個人沒有說誰跟誰不一樣的問題。

主席羅大法官秉成：

這是因為德國基本法第 102 條，把廢除死刑入憲以後，它變成是一個憲法保留事項，而生命權保障在基本法第 3 條，呼應到第 1 條，因此從德國法的解釋或是相關德國所承認歐洲人權公約的相關規定來看，生命的保障跟人性尊嚴的保障看起來不同，不同的原因在於生命權的保障並非完全不可干預，跟公約所講的酷刑不同，我們也知道酷刑在公約當中不可權衡，如果把生命權架在位置上，又用本質內容去理解的話，這個在論證上我認為沒有被完足化。

鑑定人錢建榮法官：

所以我才說當初不走讓生命權另外獨立出來的基本權，而是在第 15 條的生存權裡面，它的核心就是生命權，就是人性尊嚴，它是屬於憲法第 15 條生存權的核心內涵。

主席羅大法官秉成：

這樣我比較理解，應該在生存權當中核心內涵是生命權。

鑑定人錢建榮法官：

因為我不可能放在第 22 條的其他權利，這更可笑，所以我必須從憲法當中找到一個明文，我認為就是從生存權。

主席羅大法官秉成：

你放在第 15 條以下，勢必會通過第 23 條比例原則的審查？不是嗎？

鑑定人錢建榮法官：

所以我才要建立本質內容的保障，這部分不可以用所謂的限制，我剛剛說我拿錯版本，另外一個版本有一張圖，那個提到第 23 條只有限制，不可以剝奪。

主席羅大法官秉成：

如果這樣理解底下，你把生命權放在本質內容來理解的話，它就不可能、也不需要經過正當程序或是比例原則的審查，根本在人性尊嚴的審查上就應該否決？

鑑定人錢建榮法官：

對。

1 劉大法官靜怡：

2 謝謝錢法官，我跟著剛剛審判長談的本質內容部分接下去詢問。

3 想請問關於違憲審查、比例原則這部分操作的問題，因為我是留美，我對
4 德國的東西非常不熟悉，但你剛剛也提到如果我們用基本權本質內容保障限制
5 禁止之概念來談，其實您也談到隱私權本身有本質內容的問題，言論自由其實
6 也有本質內容的問題。我們如果用實現自我的理論，其實在談的也是人性尊嚴，
7 隱私權在談的本質內容也可能是人性尊嚴，您剛剛也談到德國即使在日記案也
8 沒有辦法講出最不可侵犯、完全絕對保障的部分到底是什麼。

9 現在的問題是，我們作為所謂抗多數決的大法官，我們如何跟一般人溝通
10 本質內容到底是什麼的概念？因為畢竟我們要面對的是今天很多人談的多數，
11 你希望到底是在一個什麼樣的溝通基礎上去建立違憲審查標準，我希望你能夠
12 講得更清楚一點，你可以慢慢想沒有關係。(笑)

13 第二，基本權本質內容保障的問題，就是你說絕對比例原則的問題，其實
14 在我們國家過去釋憲歷史上，是沒有真正被利用過；唯一談到類似的概念，就
15 是你的鑑定書當中所說第 550 號的解釋，但第 550 號解釋並不是在處理基本權
16 的問題。

17 我好奇的是，在我們沒有這樣釋憲經驗的事實基礎上，有些學者也談說我
18 們其實不用談基本權本質內容的絕對比例原則問題，我們用既有比例原則的操
19 作就可以處理了，甚至有一些留德的學者也是這樣主張。如果你還是堅持這樣
20 主張的話，我比較好奇的是，今天這個案子假設想要用這樣的方式來處理，我
21 們可行的路徑應該是什麼？我們應該如何建立說理的架構，你覺得才能說服
22 人？

23 鑑定人錢建榮法官：

24 這問題真的很難！

25 我只能講有生命才可能去實現其他的基本權，就像台灣的釋憲實務只用一
26 次的本質內容保障就用在生命權，有何不可？

27 因為德國已經有本質內容保障明白第 19 條的規定，德國日記案反而告訴你
28 突顯司法權其實還是恣意的，因為那個案子是用一個日記去判謀殺了很多婦女的
29 案子，那個日記案才去剖析為什麼要去殺特種行業的女性，如果把本日記排
30 除掉而不採為證據，很難認定殺人行為的動機，德國法在動機這點上絕對是很
31 重要的，因為那是構成重要的量刑基礎。

32 德國還是沒有否認隱私權絕對有一個核心內涵，但德國在那個案子當中，
33 認為日記可以採為證據而沒有侵害隱私權的核心，其實反過來，不就已經告訴
34 我們說司法權還是可能會恣意的，如果還是用比例原則操作的話。

35 至少，我想不會有人否認任何的基本權核心一定要有生命才可以享有，為

1 什麼我說處理人性尊嚴處理得很痛苦，因為我不走大法官原來以前的途徑，說
2 那是一個獨立在其他所有基本權外，而要從我們的生存權導出來，我們人生存
3 在這個世界上前提必須要有生命，生命權又等於人性尊嚴，人性尊嚴是所有基
4 本的核心，所以每一個基本權都應該有人性尊嚴的生命，才能成為不能侵害的
5 範圍。

6 我這樣有回答嗎？所以，我才說比例原則的操作絕對還是價值判斷，因為
7 最後還是利益衡量，只要利益衡量就會進到有死刑存在的可能性，這是最擔
8 憂的。美國重視程序正義，所以美國是從只要經過正當法律程序就可以剝奪生
9 命，因此就沒有顧及到核心範圍，因此我不認為美國這個規定可以作為參考。

10 劉大法官靜怡：

11 你剛剛談到正當法律程序的結構跟我們的正當法律程序結構的確是不一
12 樣，我也不覺得可以直接拿來類比。你剛剛又談到日記案，它是在什麼樣的個
13 案脈絡底下會被當作證據。其實本質內容的概念，某種程度來說，有時候因為
14 個案的事實及個案的需求會被法官用恣意的方式去處理。

15 現在的問題是，你是否認為在我們人類有限的智力以下，基本上不管從量
16 刑、構成要件等等因素考慮進來，我們在制度面上無法去找到一個憲法上可以
17 接受的正當法律程序來正立死刑的正當性，是這個意思嗎？

18 鑑定人錢建榮法官：

19 我覺得我剛剛回答得不好，我這樣講好了，我們永遠沒有辦法想像下一件
20 還有沒有一個更侵害基本權利更嚴重的一個案子發生，我覺得就是因為這樣
21 子，湯申案我們已經覺得很殘忍，但我們現在看鄭捷案，我們就一點也不會覺
22 得湯申案很殘忍，我們永遠沒有辦法想像還有多麼極端的事情會發生，也就是
23 我們永遠只會有更壞的人。

24 在這個情形下，我們不可能去做一個所謂的正當法律程序，再怎麼完備，
25 人類根本不可能達到這個情況，然後我們用所謂的正當法律程序，用國民的集
26 體意志去消滅一個人。鄭老師提到社會契約，我認為社會契約也有界限，界限
27 就是生命，怎麼可以用其他人的意志說，我跟你簽了，你就是要去死的契約，
28 我活在這個社會跟國家也不是我選擇的，是我父母把我生下來的，我哪有跟你
29 簽什麼契約，我是被迫活在有死刑的國度當中。

30 人類窮極我們的智力，我們絕對不可能達到所謂的正當法律程序之可能
31 性。我這樣講好了，不曉得各位有沒有看過電影「鐵案疑雲」，那個案子絕對不
32 會是冤案、絕對保障任何的正當法律程序，結果最後你會發現那個人根本是要
33 自殺，故意透過有死刑的州把他執行死刑，其實是兩個人合謀製造的冤案，你
34 完全沒有辦法發現還有人要這樣的死法，來突顯冤案的可怕性，所以再怎麼樣
35 的正當法律程序，你永遠都沒有辦法想像還是有冤案發生，剛剛鄭老師也不否

1 認其實冤案是最難解決的問題，所以我們沒有理由，因為我們不是神，我們不
2 可能處理那樣的問題，再回到人性尊嚴的核心，我們沒有權利去說一個人不配
3 當人要把他除掉。

4 李大法官荃和：

5 錢法官好，我現在的問題有兩個層次，其實是延續著上次沒時間問李念祖
6 教授，所以今天拿來問錢法官。這個問題上次李念祖教授在講的時候，我有看
7 到錢法官一直在點頭。

8 第一，我想問人性尊嚴的內涵、精神，剛剛一直講人性尊嚴比較主要的內
9 涵是生命還是自覺？

10 第二，會帶出這個問題是為了問第二件事，上次李鑑定人提到沒有人有權
11 利剝奪他的生命，他說「零的總合還是零」的想法。我們可以比較幾個制度，
12 我們其實很容易找得到這些制度存在的合理性，比如我們國家可能可以發動戰
13 爭的，比如我們容許正當防衛，至少還是一個國家合法的制度、法律上所接受
14 的情況，他們都有不同的理由，急迫性、緊急性及保護生命等等。生命權如果
15 是絕對的，沒有人可以剝奪別人的生命，包括零的總加還是零的想法底下，怎
16 麼去界定在人性尊嚴這件事上跟死刑的不同。

17 所以我想問的是，如果人性尊嚴非常深入的內涵其實是自覺，不只是生命，
18 假設我們說人性尊嚴的內涵是生命，生命是絕對的，我們如何解釋剛剛那件事？
19 如果人性尊嚴的內涵是自覺，我想問的是：

20 第一，存在死刑是違反人性尊嚴的，而比較積極式、國家力量介入的安樂
21 死，其實有時候是追求人性尊嚴，因為他們都是一種自覺跟尊重，他不想死卻
22 用死刑讓他死，或是他想死用安樂死讓他死，這都是一種自覺，都不違反人性
23 尊嚴？因此如何解釋這兩個不同？

24 第二，假設有一種制度選擇死刑，其實審判長有問過類似的問題，其實是
25 自覺而且是尊重式的，可以尊重無期徒刑或者是死刑，這個死刑錢法官會怎麼
26 看？

27 主席羅大法官秉成：

28 死刑請一併回答死刑的干預型態當中，正當防衛、自殺、安樂死等等與死
29 刑有何不同？為何建立起死刑要被特別排除？

30 鑑定人錢建榮法官：

31 這個問題很難，就算各國承認的安樂死也是在他還有意識底下先同意讓他
32 安樂死的情形，換言之，就是李大法官提到還是在自己決定自己的生命，就是
33 某種角度的自殺。

34 但這跟審判長上次提到，被告說你就判我死刑，法官最後也判他死刑，因
35 此有死刑的國度，我覺得那個不一樣，那變成是一個加工自殺，他借國家的手

去殺了他，在要有死刑的國家才可能被人家利用；如果在沒有死刑的國家，國家根本不可能成為一個加工自殺的殺手。

至於安樂死其實也是一樣，是尊嚴的活著，因此某種角度我們到現在仍沒有辦法處理人的自殺，我們沒有辦法非難他，因為命是他自己決定，畢竟是由他自己動手，安樂死的某種角度我覺得也是由他自己動手，因為他到時候是沒有辦法動，所以他說他自由意志下要先做這樣的決定。

正當防衛絕對是一個價值衝突，因為是生命跟生命的對抗，換言之，A 不殺 B，當場 B 馬上就會被 A 殺死，因此在這時候，我們不得不承認人類社會中會有權衡衝突，人跟人間的處理也只能這樣，因為兩個都是人性尊嚴的處理，可是國家跟人民就絕對沒有所謂正當防衛的問題；唯一我們要講的就是剛剛李大法官提到的一戰爭，但我認為那個戰爭一樣是兩個族群或是國家兩個處在一個衝突，基本上我們反對，但放大起來看，其實是兩群人當中集體兩個人之人性尊嚴衝突，才會產生這樣的問題。

張大法官文貞：

錢鑑定人戰爭是合法的嗎？還是何情況之下的戰爭才會合法？

鑑定人錢建榮法官：

我當然認為戰爭不合法，就算從正當防衛的角度來看，其實也絕對不是國家裡面集體人民都願意戰爭，某種角度根本就只是一些執政者所做的一個顯悞恣意的決定。

李大法官荃和：

我補充剛剛的問題，其實好幾位大法官在談的問題是，人性尊嚴之於生命權這個客體有沒有例外？因為其實正當防衛是一種權衡，戰爭在國家跟國家之間，是不是就是一種例外？我們去質疑、挑戰或想知道上次李念祖鑑定人提到零的總價還是零的這個有沒有例外？可能不容許死刑是例外，但我們整個法律制度中在人性尊嚴之於生命權的客體上，是不是容許這樣的例外？

鑑定人錢建榮法官：

我認為沒有。

李大法官荃和：

如果沒有的話，正當防衛的合理性基礎還在嗎？

鑑定人錢建榮法官：

原則上先動手先贏那個人的人性尊嚴被獲得保障。

李大法官荃和：

因為是國家承認的制度，今天你殺了人，可是因為你是正當防衛，所以阻卻違法，所以是一個被合法承認的制度，能不能說國家在法律制度中接受這個時候的生命權是人性尊嚴的例外？

1 主席羅大法官秉成：

2 如何討論德國法中的警察為了救援目的而殺人？比如槍就指在人質頭上，
3 一定要殺他，不能只打手腳，因為只打手腳不足以救人，所以就瞄準他的頭把
4 他殺了，這是公權力殺人，這個合理性在哪裡？你反對嗎？警察為了救一個人
5 質，不是他們兩個私人的正當防衛，而是警察為了救這個人質，人質處於隨時
6 會被殺掉的狀態，為了救這個人質，他只有一個選擇，他必須要打掉綁匪，這
7 時候你可以承認是生命刑的例外嗎？

8 鑑定人錢建榮法官：

9 我還是反對，因為我們沒有辦法判斷他的生命是不是真的會被危害，沒有
10 辦法判斷，我不認為國家在出手之前，有足夠的資訊可以被判斷，還是沒有辦
11 法。

12 許大法官家馨：

13 所以錢法官的意思是說即便有充分的資訊，因為你事先設定了我們不可能
14 有充足的資訊，所以國家不可能在任何情況下出手，接下來如果真的殺了這個
15 人質，這也是我們可以接受的結果嗎？

16 鑑定人錢建榮法官：

17 對，只能這樣。

18 許大法官福生：

19 我想請教，您剛剛提到死刑是殘忍的酷刑，包括無期徒刑不能終身假釋的
20 殘忍酷刑，現在無期徒刑要二十五年才能假釋，您剛剛說大概到五十年。我想
21 問，對一個五十年幾乎終身在那邊要遭受社會譴責的恐懼，是不是一種殘忍的
22 酷刑？

23 鑑定人錢建榮法官：

24 是殘忍的，但如果要用嚴格定義的酷刑，在我的概念可能也只能權衡下不
25 得不接受的情況。

26 這樣講好了，我其實是反對長期不能假釋的這種刑罰，那個長期已經到了
27 量變產生質變，已經根本是不合理的長期，基本上法務部把徒刑改成二十五年，
28 其實某種角度我就很反對，因為法務部可以透過十年，嚴格對個案處理法官假
29 釋的門檻，一樣某種角度也可以操作很長，而不是直接訂二十五年來檢驗有沒
30 有可能恢復社會的可能性。

31 許大法官福生：

32 那二十年呢？我們的審核標準不會說二十年就讓他出來，到底有無違反你
33 剛剛一直講到的人性尊嚴？

34 鑑定人錢建榮法官：

35 基本上我認為在牢裡的人之人性尊嚴都有某種的侵犯。

1 許大法官福生：

2 大概國家可能也不需要什麼樣的刑罰。

3 鑑定人錢建榮法官：

4 那是利益衡量下他做了一個更侵害、比人性尊嚴更嚴重的行為必須付出的
5 懲罰。

6 許大法官福生：

7 第二，你剛剛講十六年你審了大概有二十件的殺人案，沒有遇到最邪惡該
8 死的人，台灣社會你有無認為真的很極端邪惡無視於他人存在連續性的殺人？

9 鑑定人錢建榮法官：

10 有，但我認為那種人是病人，他根本就生病，他要做的是治療。

11 許大法官福生：

12 假設沒有治癒的可能呢？

13 鑑定人錢建榮法官：

14 沒有治癒可能就把他放在牢裡面，我們人類社會應該要去想辦法處理，很
15 多時候我就講我們的科技或許覺得我們現在沒有辦法治癒，可是如果我們放久
16 了，真的把心力放在這裡，說不定真的有可能治癒。

17 許大法官家馨：

18 我馬上接著問，如果一個很邪惡的人，我們也經過精神鑑定，我們確認他
19 沒有活在幻象裡頭，他不是出於對於現實的扭曲，基本上也是有對錯的觀念，
20 知道自己做的是錯的，但他選擇這麼多，甚至樂在其中。

21 錢法官的意思是說，這些極邪惡的人是病了，這會不會弔詭？也就是只要
22 一個人夠邪惡，邪惡到爆炸，他就是病了，因此我們就會用比較溫柔的方式來
23 對待他，只要一個人不要那麼邪惡，就會用比較殘酷的刑罰來對待，會不會弔
24 詭？

25 鑑定人錢建榮法官：

26 沒有，我們把他終身關起來，難道還不邪惡嗎？

27 許大法官家馨：

28 這裡我不是談死刑，我是在談一個極端邪惡的人我們如何看待跟界定，死
29 刑是另外一回事，但您剛剛說極端邪惡的狀況就要視為病人的話，我今天只要
30 足夠邪惡我就可以脫於正常人的方式被對待，我就可以用一種比較同情、被理
31 解的方式對待，前提是我邪惡到非常非常嚴厲的地步，我就可以不被一般人
32 用嚴酷的方式來對待。

33 鑑定人錢建榮法官：

34 我換一個詞，我用一個他是不正常的人，許大法官會以為我用病人來形容
35 他，好像覺得我溫柔或是優待他，沒有，我並沒有要優待這樣的人，他一樣要

1 受到懲罰，他就是一個不正常的人，但他還是人，他這裡的不正常有太多，很
2 可能是在他心裡，其實我也不知道有所謂誰是心裡原來就這麼邪惡，或者他有
3 成長的背景，每一個人都有小學四年級、小學三年級的時候，小學三年級就看
4 得出他的邪惡嗎？一定會有一些成長過程導致他這麼邪惡，這個成長過程會這
5 麼邪惡是誰害的？是整個社會的制度害的，絕對不會肇因於他一個人，所以我
6 們沒有理由說我們都沒有錯、他有錯，而要把他除去，因為我們其實在這個社
7 會裡面通通都有錯，他之所以會變成這樣，很可能我們都要負責任。

8 主席羅大法官秉成：

9 希特勒是病人還是極端邪惡的人？

10 鑑定人錢建榮法官：

11 他是個不正常的人。

12 李法官兆環：

13 事實上我們之前就在談「病人」跟「壞到極點」的部分，因為壞跟病人之
14 間透過我們國內的鑑定，鑑定完之後，如果是生病的話，其實是在有責性的問
15 題，如果不是有責性的問題，我們還是要回到刑罰罪責論去評價，剛剛您的答
16 案可能已經揭曉。但我要接著問的是，在公政公約第6條當中最嚴重之罪，不
17 僅限於我們國內，在整個國際公約當中最嚴重之罪存在之可能性，我剛剛講到
18 是經鑑定並不是生病，而是壞、邪惡的這個狀況，我們公政公約最嚴重之罪存
19 在空間有沒有可能？

20 鑑定人錢建榮法官：

21 我認為本來就不可能，公政公約目的本來就要你廢掉死刑，所以第6項才
22 會說不可以再用本條當理由來廢除死刑，只是因為廢除死刑會有一個進程，所
23 以必須說限縮在這樣的情況下讓你使用死刑，就算怎麼樣再極端邪惡或很恐怖
24 的人，其實我們把他關起來，甚至你用單獨拘禁的方式，其實都是以這一種與
25 社會隔離，與社會隔離不見得是要讓他消失在這個世界上，而是讓他跟我們併
26 存，但他跟我們做安全的隔離。

27 李法官兆環：

28 剛剛許大法官有特別提到，您剛剛也特別提到終身監禁、無期徒刑是嚴苛，
29 而且您的答案也認為違反人性尊嚴。我做一個大膽的假設，假設死刑是違憲的，
30 很可能最後的結果是廢除死刑，依您的研究或期待中，倘若死刑廢除之後替代
31 死刑的刑度為何？因為您剛剛講到無期徒刑認為也是酷刑、也違反人性尊嚴，
32 因此我接著詢問，如果在這樣的情況之下，您認為替代死刑的制度是否能夠符
33 合剛剛另外一位鑑定人提到正義天秤砝碼法理之權衡？

34 鑑定人錢建榮法官：

35 這個答案很簡單，我從來都不認為可以替代死刑的刑罰，因為死刑就不是

1 刑罰，我不認為有任何制度可以替代死刑，死刑就是應該除去在這整個世界上，
2 沒有任何東西可以替代它。

3 現在的無期徒刑在個案的操作上就可以操作成終身不得假釋，我常常強
4 調，因為是得聲請假釋，要不要假釋的權利是掌握在獄政機關的，換言之，法
5 務部只要認為他有危險，一樣可以不要讓他出來，或者讓他出來做了某種程度
6 行動自由的限制，因此在現行制度下根本不可能，我也不認為法官在判決時就
7 認為這個人永遠終身不得假釋。在現行制度下的無期徒刑就可以操作成終身不
8 得假釋，這才會留有永遠有個案不同的空間，因為永遠不知道還會發生什麼樣
9 的個案。

10 主席羅大法官秉成：

11 沒有其他問題的話，如我所預期希望可以在一點以前結束早上的審理，下
12 午兩點開始由岳大律師來鑑定，今天中午休庭，退庭。

13
14 (中午暫休庭，下午二時續審)

15 (中午休息結束，大法官復行入庭，繼續審理)

16
17 主席羅大法官秉成：

18 各位午安，中午才給一個小時的休息時間，實在是有一點違反人性尊嚴，
19 跟各位抱歉，但更不人道的是明天就母親節，還要留到很晚，所以不曉得怎麼
20 跟各位抱歉，不曉得怎麼說才好。不管怎麼樣，可以的話，希望今天真的能夠
21 準時，最好不要超過六點，讓各位早一點回家陪媽媽。下午程序由鑑定人岳珍
22 律師，時間是二十分鐘，四十分鐘的詢答。可以嗎？

23 鑑定人岳珍律師：

24 好，謝謝，我盡量簡短地說，關於我的鑑定意見詳如我的鑑定意見書所載，
25 我大概講一些鑑定意見當中沒有敘述的部分。我站在一個小小國民的立場來
26 說，當然沒有什麼理論基礎，但應該可以代表很多人的心聲。

27 我們先來探討本件刑法第271條及第33條是否有違憲的問題，我們的憲法第
28 23條其實已經有明文的規定，生存權包括生命權的部分，為了防止妨礙他人自
29 由，避免緊急危難，維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，是可以法律
30 限制之。因此這部分看起來是刑法第271條及第33條以死刑為量刑基礎之部分，
31 應該是沒有違憲的。

32 另外，我們要探求這個國家為什麼要存在？國家為誰存在？其實是為人民
33 存在的，是人民需要這個國家，這個國家才存在，因此國家的憲法制定或法律
34 的制定是不能違反人民感情太遠。當然我們知道殺人是一個殘忍的行為，預謀
35 殺人更是不應該的，論者是說既然知道預謀殺人是一個很殘酷的行為，為何還

1 要用死刑去制裁這些行為人？

2 我覺得一個相同的邏輯推演，私刑、拘禁是一個道德的行為嗎？是一個正
3 當的行為嗎？錯的，它是不被接受的合法行為。私刑、拘禁的行為既然不被大
4 家認同，為何要用一個有期徒刑去拘禁這一些行為人把他關在監獄裡頭？讓他
5 沒有辦法自由享受憲法上所享有的權利？是否我們這個刑罰之制度全部都要推
6 翻？我們從後面的推論來說，死刑也不一定是要廢除的，雖然目前大概有三十
7 三個國家還是維持死刑，一百多個國家大部分都是廢死的，我想這與民情、歷
8 史淵源是有關係的。目前我們國家的制度看不到這樣的歷史淵源、看不到一個
9 專制的人利用這個刑罰去殘害、迫害他人的生命來作種族的屠殺等等，所以在
10 我國來講，至少目前是不需要廢死。

11 另外，站在一個犯罪率的部分來看，廢死之後沒有看到殺人犯罪率有暴增
12 或者沒有廢死的國家也沒有看到殺人的犯罪率有遞減，我覺得這個犯罪率其實
13 並不是我們來評估是否廢死的依據。

14 比方鄰近的國家新加坡有一個非常著名的酷刑—鞭刑施行，這個刑罰讓新
15 加坡的人民非常安分守己，所以新加坡的犯罪率非常低，但我們能不能拿犯罪
16 率很低的酷刑援引拿到我們國家來用？我想不管是主張維持死刑或廢死者都會
17 反對，原則上我們也認為這是一個酷刑，並不適用在我們的國家。因此用犯罪
18 率來突顯是否應該要廢死，我覺得是兩回事。

19 另外，有關於人性尊嚴的問題，德國憲法基本法有把人性尊嚴擺在憲法制
20 度當中，我們的憲法是沒有擺進來的，但是否因為人性尊嚴沒有擺進來我們的
21 憲法制度，我們就否認人性尊嚴，事實上也沒有，人為何會人，還是有一個人
22 性尊嚴在，憲法雖然沒有明文訂出來，但我們認為它就是一個憲法的上位概念，
23 因此我們還是認為人性尊嚴是我們大家都要遵守的，我們都還是認為這是憲法
24 最高的目標。

25 人性尊嚴是否只擺在加害人身上，而不擺在被害人身上？我覺得是擺在每
26 一個人的身上。為何大多數的人會站在被害人的立場去支持死刑還是要存在
27 的，因為我們在比例原則情況之下來比較，我所謂的法益權衡的比例原則可能
28 與其他的學者、專家、博士、教授或法官所理解的可能跟我講的是完全不一樣
29 的，我認為法益權衡是放在加害人所侵害被害人的法益身上及刑法制度要科處
30 行為人之生命權或自由權或財產權來作考量，這也是我講的所謂人性尊嚴，當
31 加害人剝奪了他人的尊嚴、全部的生命權，甚至他用的是一個很不人道的
32 手法，讓受害人受到一個很大的痛苦，因此刑法有第271條死刑之刑罰規定制裁
33 他。

34 我們制裁他的手段不會比加害人還要殘暴，甚至相關的法令都有規定，是
35 在遠離監獄的地方，對死刑犯的受刑人在二十公尺之內用槍擊的方法或者是用

1 麻醉的方法，其實我們用的都是一個很人道的的方法。

2 另外又有學者或者是專家說我們就是用一個死刑來制裁他，是不是太經
3 濟、太簡單，國家是否就脫離教化的功能？其實有很多民眾跟我反應說：「我
4 們兩千三百萬的納稅人，為何要養這些惡行重大、應該與世隔絕的這些人？要
5 養他終身或者是不養他終身？或是養他到一個程度之後，讓他出來再犯罪，或
6 者即便我們不知道他會不會犯罪，但會造成一個人心惶惶的狀態，也就是他出
7 獄之後，他曾經殺過這麼多人的惡魔出來之後，誰敢當他的鄰居？如果在公車
8 上、捷運上或者是馬路上，見到殺人魔的時候，你的心態如何？」

9 我想不管是廢死聯盟也好、廢死專家學者也好，都認為這些惡性重大犯了
10 很嚴重、情節重大的犯罪人，應該至少暫時要跟我們社會要脫離，所以才把他
11 擺在監獄或是擺在未來可能感化院、感化教育的場所，但當還沒有感化之前，
12 或他偽裝了已經深受感化，比如在法官面前落淚、在被害人面前下跪道歉或者
13 抄寫了非常多的經書，代表他已經懺悔改過，我不知道法官或民眾是否相信他
14 真的已經悔改了嗎？一般老百姓民眾有辦法看到他出獄，還可以在沒有恐懼的
15 情況下繼續生活下去嗎？這也就是大多數人的人性尊嚴還有被害人的人性尊嚴
16 如何維護，如果沒有對這些實施重大犯罪的人終身監禁或者用死刑的方式讓他
17 永遠跟世界隔離的話，如何保障大多數的人，讓我們有免於恐懼的生活自由之
18 空間？因此，我主張死刑目前在我們的國家裡有存在之必要性；除非未來我們
19 的時空有轉變，比如遭遇極權之情況下，有人真的利用刑事制度來濫殺無辜，
20 那時可能廢死的聲音會出來。

21 另外，何謂「普世價值」？我們維持死刑的制度就不符合普世價值。從具
22 體的案例來看，我覺得維持死刑目前來講是沒有違反普世價值的，我們講捷運
23 無差別殺人的案件，他二審上訴的理由跟廢死聯盟之主張完全一致的，他認為
24 違反兩公約、違反聯合國憲章人權宣言，但我們看報載，我們只看到目前四個
25 死刑的殺人犯，他的辯護律師及他自己主張這樣的情況是違憲、違反兩公約及
26 違反人權宣言，但沒有任何一位大教授、沒有任何一位法官、沒有任何的團體
27 來聲援他。我的疑問在這裡，為什麼？何謂「普世價值」？我們的普世價值認
28 為維持死刑目前是符合我們國民的法律感情、符合我們國民的期待，因此現實
29 的案例當中，沒有任何一個人聲援他，包括他的父母，因此真的假設對於死刑
30 犯執行槍決，死刑犯的家屬真的有這麼痛苦，或者他也認為這是一個正義的實
31 現，並沒有那麼痛苦？此從人性尊嚴出發。

32 另外，假設我們的死刑被廢除了，我們有無這樣龐大的一個監獄？有無這
33 樣龐大的感化教育場所來感化這些罪大惡極的受刑人？

34 如果另外有一些遊民或者有一些人想要吃牢飯，他可否藉由殺人的方式或
35 者犯重大犯罪的方式進去吃牢飯，我們知道之前有一個十歲男童的割喉案，犯

1 了重大罪行的歹徒就直接說他想吃牢飯，他也知道殺一個人目前在台灣是判不
2 了死刑的，他知道最少要殺兩個或三個以上。刑法第271條規定的量刑標準並不
3 是唯一死刑，還有死刑、無期徒刑及十年以上的有期徒刑，因此法官在量刑時，
4 其實我覺得不到恣意的程度，一定是我們大家都認為這一個人窮兇惡極、真的
5 非常可惡、人神共憤的情況下，法官才有可能很不得已判了死刑，因此我想有
6 一些疑慮可能都可以排除。

7 另外，雖然醫界不那麼支持我的看法，有的死刑犯在臨終前願意作器官捐
8 贈的行為，當然納稅人都很不願意養這些罪大惡極的犯人到終老為止，主張廢
9 死的人也說「你對一個人終身監禁，讓他永久不能出獄，這人道嗎？」，他們
10 認為也是有違反人性尊嚴，因此廢死終究的想法是，如果讓他終身監禁，永遠
11 沒有期待他回歸社會的一天，他也是生不如死，這樣的一個處遇對我們社會的
12 貢獻為何？我覺得只是越來越浪費我們納稅人的錢，因為我們要一直去養他。

13 至少死刑犯目前還有一個器捐的制度，死刑犯願意可以簽署同意書，他可
14 以把他的器官捐贈給五、六個人，甚至四、五個人，他還可以遺愛人間，他還
15 可以延續其他人的生命，對於社會有某種程度的價值存在。至於醫界強烈反彈
16 說他們不願意接受死刑犯的器官，我覺得那是另外一個問題，至少這一位死刑
17 犯有器捐的意願，那就代表他還有意願遺愛人間，因此我認為死刑在我國還有
18 存在的必要，我就簡短說到這裡，其他詳如我的鑑定意見書。

19 主席羅大法官秉成：

20 謝謝鑑定人岳大律師，下午這一輪的詢答，先由關係機關詢問，哪一位詢
21 問？

22 關係機關訴訟代理人楊思勤律師：

23 首先想請教鑑定人岳大律師，我個人認為生存權當然包括生命權也包括人
24 性尊嚴，但是人性尊嚴係何所指，本來就相當抽象的觀念。在鑑定人的鑑定意
25 見書當中對人性尊嚴有所詮釋，認為是以尊重個人自我決定及自我負責的能力
26 為思考之方式。

27 我們這方代表的是反對廢除死刑，我們認為死刑有存在之必要，因此我們
28 認為國家對於嚴重罪行發動國家之刑罰權，剝奪該罪犯之生命有無違反人性尊
29 嚴，希望從你的立論依據在此方面做補充詮釋，謝謝。

30 鑑定人岳珍律師：

31 我這邊講的人性尊嚴，也就是一個人怎麼樣去形成人性尊嚴的自我意識，
32 也就是要先有一個自我意識，然後做一個自我決定，再做一個自我形成。

33 國家就是為了維持大多數人的人性尊嚴，讓少數的人自我規範，因此我認
34 為國家的存在就是為了大多數的人民而存在的，要去尊重大多數人的人性尊嚴。

35 總而言之，人性尊嚴要站在整體運作上來考量，並不是站在個別單一一個

1 人的人性尊嚴來考量。比如：5月1日時所講如果一個歹徒強壓著人質時，狙擊
2 手有無權利用國家的公權力直接殺掉歹徒，援救被害人的生命？我認為是有
3 的。因為他要維護被害人的人性尊嚴及維護大多數人性尊嚴，才能保障很多人
4 的人性尊嚴，而且這個人性尊嚴並不是擺在少數、單一、個別的人，因為你去
5 維護少數、單一、個別迫害者人性尊嚴時，你會失去全體的人性尊嚴，我的意
6 思這樣。

7 關係機關訴訟代理人李懷農律師：

8 有兩個問題想請教岳大律師，早上黃法官也有針對兩公約的部分表示意
9 見，兩公約並不要求第二國廢除死刑，但隨後錢法官卻針對兩公約的內容做這
10 樣的解釋，兩公約要求各國廢除死刑。

11 我的理解沒有錯的話，同樣一個公政公約，兩個法官對同一個公約解釋內
12 容似乎有一點落差，因為您的意見書有提到公政公約。想請教您，到底公政公
13 約是否有要求締約國廢除死刑？此為第一個問題。

14 鑑定人岳珍律師：

15 因為公政公約第6條第1項、第2項、第3項的部分，關於第1項有寫到「任何
16 人的生命不得無理剝奪」，並不是寫「任何人的生命不得剝奪」，為何被法官
17 科處死刑，一定有經過公正合理正當法律程序，並不是濫殺無辜、未審先判，
18 因此我們的死刑並無違反公政公約第6條第1項的規定，並無無理剝奪，也就是
19 是合法、合理及合正當法律程序。

20 第二，「凡未廢除死刑之國家，非犯情節重大之罪，且依照犯罪時有效並
21 與本公約規定及防止及懲治殘害人群罪公約不牴觸之法律，不得科處死刑。」
22 是用一個反面的說法，正面的說法是，如果是殘害人群是無牴觸法律的情況，
23 可以科處死刑的，反面轉過來是這樣的意思。

24 與我們現在目前的司法實務看起來，我們殺一個人通常不會判處死刑，老
25 百姓都知道殺一個人是死不了的，都是殺兩個人以上，我們也沒有違反兩公約
26 第2項的規定；而且這種通常也是說情節重大，也就是認為惡性重大，殺了人是
27 很嚴重的事，才剝奪其生命權。

28 後面都是講殘害人群部分，我覺得台灣目前的法律沒有違反兩公約；另外，
29 我們也不是締約國，所以更沒有違反的問題。

30 關係機關訴訟代理人李懷農律師：

31 廢除死刑方包含李念祖教授及諸位鑑定人都宣稱公政公約第6條第6款「本
32 公約締約國不得援引本條，而延緩或阻止死刑之廢除。」雖然我國不是締約國，
33 但我國已經立法通過，因此公政公約這一款還是有一定的效力，因此廢除死刑
34 慢慢會認為因為依照這一款，所以其他的條約內容都不得作為立論的依據。

35 我想請教鑑定的人是，如果第6條沒有辦法作為一個關於廢除死刑的立論依

據，公政公約第六號一般性意見書第6點提到「締約國並無義務徹底廢除死刑」，如果公政公約第6條第6款不能作為有經明確規定各國不能以此條作為廢除死刑的依據，各國是否可以依據公政公約第六號一般性意見書第6點來主張各國並沒有廢除死刑的依據，就此來解釋公政公約第6條？

鑑定人岳珍律師：

我的建議意見書對此部分有提到，主要的立論基礎還是因為我們不是締約國，所以我們不用受公政公約第6條第6項「本公約締約國不得援引本條，而延緩或阻止死刑之廢除。」的規定，如果我們是締約國就一定要依據這個來廢除死刑。

其實我很想講的是，死刑這個制度要把它廢除，它是一個很崇高的理想，不要落實於現在的法制上，我沒有什麼好反對的，因為它很崇高，是一個崇高的理想，為何要反對廢死，而且那個人又不是殺了我的家人，他死與不死於我何干，我只要希望這個社會很安樂就好了，他出來不要危害到我就可以了，為何大多數的人還是反對廢除死刑？

就是因為目前我們的制度，不管監獄或者以後會不會有感化場所去感化那些反社會性人格很嚴重的人？如果沒有的話，你說死刑能廢除嗎？廢除之後，那些罪行重大的人出來，誰要跟他當鄰居？現在光是講強姦犯假釋出來，誰要跟他當鄰居？假釋出來都人心惶惶，更遑論殺人魔出來的話會怎麼樣。

這是我的看法，我們不是締約國，所以沒有受到這個條約的限制；如果我們是締約國的話，我想我們今天就不用討論這個議題了，直接把死刑廢除就好了。

關係機關訴訟代理人李懷農律師：

剛剛鑑定人有提到如果時空移轉的時候，我國可能可以廢除死刑這一點，因為按照我的理解，鑑定人的意思是說死刑廢除應該最好由全體國民的公投為之，依照我的理解，可能是由公投或立法權來做這個決定，並不是依鑑定人所發表的意見來理解，為何鑑定人認為應該是由國民意志來維持，而不是由立法權來決定系爭規定違憲？

鑑定人岳珍律師：

我也沒有認為是要用公投的方法，我只是覺得它是一個水到渠成的一個過程，目前的時空來看，我認為廢除死刑有其維持之必要性、有維持社會安定的力量存在，如果把死刑廢除，一大堆的配套措施完全沒有出來的情況下，如何去廢死？

主席羅大法官秉成：

聲請方是哪一位來詢問？周律師，請。

聲請方訴訟代理人周漢威律師：

1 您是否清楚我國是在何時簽署兩公約？

2 鑑定人岳珍律師：

3 我不清楚。

4 聲請方訴訟代理人周漢威律師：

5 您清楚兩公約施行法的內容嗎？

6 鑑定人岳珍律師：

7 我不清楚。

8 聲請方訴訟代理人周漢威律師：

9 如果您知道我國在1967年10月15日就經由我國聯合國常駐代表劉鎔簽署兩
10 公約，但事後因為中華民國在聯合國失去代表權，所以導致兩公約的部分無法
11 在秘書處存放，您還會認為我們不是公約上的締約國嗎？

12 簡單來說，1967年10月5日我們已經簽署兩公約，但因為是在國家政治情勢
13 變化下，在1971年10月25日聯合國取消我們的代表權，因此兩公約這部分無法
14 存放在秘書處。經由這樣的歷史脈絡，如果您清楚的話，您還會認為我們剛剛
15 所說不是第6條第6項的締約國嗎？如果您認為是，我們國家是不是應該有廢除
16 死刑的義務？

17 鑑定人岳珍律師：

18 我要先請問你，公政公約第6條第6項的規定是何時規範的？

19 聲請方訴訟代理人周漢威律師：

20 是在1966年（民國55年）聯合國大會通過的，那時我們還是聯合國的會員
21 國，只是在1971年時，因為中國大陸取代我們聯合國的代表權，所以兩公約沒
22 有辦法存放，如果您瞭解這樣的歷史脈絡，就您的法學上的瞭解，您認為我們
23 是不是屬於兩公約的締約國？如果我們是締約國的話，公政公約第6條第6項不
24 得援引本條而延緩或阻止死刑的廢除之文字，您的鑑定意見會修正嗎？

25 鑑定人岳珍律師：

26 至少目前來講，我們不是締約國，我的看法是這樣；如果您認為當時我們
27 是締約國，為何當時沒有廢死？為何要拿到今天來講？

28 聲請方訴訟代理人周漢威律師：

29 第二，我們在民國98年4月22日總統有公布兩公約施行法，在同年12月10
30 日，兩公約施行法就正式施行，在施行法第1條有規定，為了實施聯合國1966
31 年公民與政治權利國際公約的相關規定健全我國人權保障的體系，因此特別指
32 定本法；第2條明確宣示兩公約所揭示的人權保障制度規定具有內國法之效力。
33 也就是說，公政公約第6條第6項的規定如果依兩公約施行法第2條的規定，仿佛
34 是有內國法之效力。

35 對於兩公約施行法之相關規定已經變成我國的內國法，而且我國都有尊重

1 此義務的狀況之下，我們在施行法都已這樣規定的話，您的鑑定意見認為我們
2 不是締約國就不用遵守的鑑定意見是否要修正？或者您有何意見？

3 鑑定人岳珍律師：

4 我還是認為沒有修正的必要，原則性大方向我們都沒有違反，只是我們是
5 否締約國的問題，我們把它納入內國法我也瞭解，但我認為我們目前不是締約
6 國，所以不受其限制，認為自己是締約國的話，那就去遵守。

7 聲請方訴訟代理人周漢威律師：

8 您剛才在說明及鑑定意見當中有提到，您認為每個人都有所謂的人性尊
9 嚴，我們本於我們的生命自主權去形成我們的決定去做我們的行為，因為我們
10 侵害到別人的生命，所以刑法就規定死刑去剝奪這樣的生命。

11 我想詢問一下，在您的鑑定書當中，您似乎暗指了我們剝奪一個人之人性
12 尊嚴方式，以維護多數人的人性尊嚴，想詢問您這樣的立論有任何實證據基礎
13 嗎？

14 鑑定人岳珍律師：

15 不好意思，剛剛我一開頭就說了，我說的內容是我代表一個小小老百姓的
16 想法，並不一定有什麼理論基礎，一開始我就講了。

17 聲請方訴訟代理人周漢威律師：

18 因為早上錢法官有引到一個很有趣的台南高分院的判決，裡面有提到今天
19 經由一個殺人罪判處無期徒刑之再犯率是非常低，而且之後再犯沒有一件是殺
20 人既遂案（鑑定人錢建榮法官鑑定意見第47頁）。對於這樣一個司法研究調查
21 跟您剛剛所做的陳述，如果您瞭解有做相關的調查，而且的確並沒有殺人者關
22 出來會再殺人想像的話，您的鑑定意見或您對於這一些受過刑罰犯罪者的想法
23 會改變嗎？

24 鑑定人岳珍律師：

25 這一點我可能就有說明的必要了，錢法官所做統計的數字是在我們維持死
26 刑制度底下的統計數字，所以那些惡行重大的人是沒有出獄的，也真的與世隔
27 絕了，那些殺人魔不見了、那些殺人魔已經不在這個社會上了，所以出來的調
28 查報告是那些還沒有泯滅人性、還可以留著的，被判無期徒刑或者是十年以上
29 有期徒刑的人，後來被假釋出獄之數字報告。我們之前也有聽過，6%至7%的
30 人犯了台灣50%的犯罪，這是當時廖正豪當法務部長所公布的數字，這麼少數
31 的人去犯了二分之一的犯罪，可見我們獄政教化的能力還是不足的，這個數字
32 是在死刑制度維持底下的統計數字，因此也不能證明我們有死刑制度是不好的。

33 聲請方訴訟代理人周漢威律師：

34 如果經由相關鑑定人的實證分析研究，或者是我們之後歷次鑑定人的分
35 享，可以證明您所認為的前提，也就是今天一個人殺人的再犯率是偏低，死刑

1 並沒有相較於一般的自由刑更能保障國家社會秩序之前提下，您願意用廢除死刑的方式嗎？

2 也就是今天經由實證分析的研究結果，我們得出一個結論，死刑並不會比
3 無期徒刑，甚至於一般的自由刑更能維護我們國家社會的秩序。一個犯罪的人
4 經過一個矯治程序後，他的再犯狀況也是偏低的，在有相關實證研究之下，您
5 願意修改您的鑑定意見支持廢除死刑嗎？

6 鑑定人岳珍律師：

7 我認為這樣的前提是不存在的，因為沒有想像的空間，那個制度就是存在
8 或不存在，不同的國民、不同的國度、不同的國家、不同的文化背景及不同的
9 歷史，事實上沒有辦法實證出來，所以我覺得不會。

10 最終的看法我還是要重申，死刑是否要廢除，未來真的可能會被廢除，但
11 不是目前，因為目前的時空環境還有歷史文化所有的背景、社會因素的考量、
12 人民心理恐慌的因素，及目前一些獄政的改善的所有配套措施都還沒有出來，
13 目前不適合廢止。

14 主席羅大法官秉成：

15 聲請人有要提問嗎？請。

16 聲請方訴訟代理人顧立雄律師：

17 從你剛剛所陳述的一些內容讓我感覺到，你似乎有一個觀點，你好像認為
18 要成為屬於你參與社會群體的一員，是要對社會有價值的人才願意讓他成為社
19 會群體一員的感覺，因為你一直提到有些人沒有功能或是價值，你真的是認為
20 必須要覺得這一個社會群體的一員當某些人成為沒有價值人，而當多數人認為
21 只是一個沒有價值的人，你就認為應該要從所屬的群體當中把它消除掉，你的
22 看法是否如此？

23 鑑定人岳珍律師：

24 不是，不是沒有價值，而是這個人會破壞了別人的價值、破壞了別人的
25 人性尊嚴，人家既有安定、穩定的社會，他去擾亂這個社會的安定，並不是說他
26 沒有價值就沒有存在的必要，很多人活著是沒有價值的，但有存在的必要性。

27 而是那個人的罪行是重大到他去擾亂了現在的社會價值，他去破壞了別人
28 的人性尊嚴，已經嚴重到人神共憤的情況，就像我剛剛講的捷運殺人案，為何
29 二審的訴求跟大多數學者專家是完全吻合一致，卻沒有任何一個人出來聲援？
30 這就是一個普世價值。我們的普世價值就是存在在這裡，為何你們不出來聲援？
31 大家會寫很多文章、論文及報告，且跟他的主張是完全一致的，但當現實個案
32 出現時，卻沒有一個人出來支持他，為什麼？這是我們非常疑惑的？

33 你說鄭捷沒有價值嗎？不是，他是負面價值，而且他負面價值非常嚴重，
34 他會破壞我們現存的價值。不是沒有價值就要把他怎麼樣，他沒有價值沒有關
35

1 係，他不要去破壞別人、不要去傷害這個社會、不要去傷害這個團體、不要危
2 害這個國家。

3 聲請方訴訟代理人顧立雄律師：

4 您剛剛有提到似乎現在不是講廢除死刑的時機，你好像預告了也許有一天
5 是可以，我很有興趣想知道，你認為社會在什麼樣的前提之下，是你想像廢除
6 死刑的理想時間或是空間或是環境？

7 鑑定人岳珍律師：

8 有的，未來假設我們的教化制度非常妥善，罪大惡極的人非常少的，可能
9 到那個情境的時候，是應該要來主張廢死。

10 聲請方訴訟代理人顧立雄律師：

11 你會嚮往那個情境嗎？

12 鑑定人岳珍律師：

13 那是想像的社會。

14 主席羅大法官秉成：

15 你會主張如果我們教化根本不可能繼續再投資，也無改善可能性的話，死
16 刑就繼續存在；然而，國家會不會也不想再投資於改善、教化上，讓死刑繼續
17 存在，反而對國家來講是輕鬆的事，因為他不想做這麼吃力的事。

18 鑑定人岳珍律師：

19 我一直在講法益權衡，我的法益權衡觀念是對加害人及對被害人是要公平
20 的，有無相對的制度來保護被害人及被害人的家屬，如果被害人已經死亡了。
21 社會福利有無做到這一面？就像上次林作逸教授所講的，被害人的家屬是
22 被安置在育幼院裡面，那育幼院可能不是國家的，可能是私人的。

23 主席羅大法官秉成：

24 如果這樣的邏輯，您可能會認同這個條件還要包括對被害人的保護也要相
25 當周全，才可以考慮廢除死刑？

26 鑑定人岳珍律師：

27 是。

28 主席羅大法官秉成：

29 一樣一個反問的問題，也就是國家一直不把被害人保護做好，死刑就繼續
30 存在，到底是我們去鼓勵國家做這一件事，或者留著死刑讓國家反而認為不需
31 要做死刑，就把死刑執行掉？

32 鑑定人岳珍律師：

33 我會認為都要兼顧，所以我一直講說目前不適宜，但未來會有那個趨勢。

34 劉大法官靜怡：

35 我接著剛剛聲請方律師的問題跟審判長的問題請問岳律師，我看了你的鑑

1 定意見書、也聽了你剛剛的說明，我的印象是，其實你覺得現在是一個不適宜
2 廢除死刑的時候，我們作為模擬憲法法庭的釋憲者，其實我比較關心的是，假
3 設你說的廢除死刑是偏向於一個政策決定立法者要不要廢除死刑或者是公投決
4 定要不要廢死，我作為釋憲者，我所關心的是宣告死刑要不要違憲，我把範圍
5 縮小一點。

6 我比較好奇的是，你覺得在什麼樣的社會情境跟國家情境底下，司法者才
7 適合宣告死刑的相關規定或是死刑個案的執行是違憲的？剛剛你說覺得教化制
8 度完善、對被害人的保護制度應該要健全，我們必須要確保這社會上沒有罪大
9 惡極的人、或者至少罪大惡極的人非常少。

10 我的問題是，到底教化制度要完善到什麼程度你覺得才可以接受，且放心
11 去宣告死刑違憲？被害人的保護制度，尤其是對被害家屬的撫慰跟正義感滿足
12 這件事上，國家到底應該建立何制度？建立到能讓被害人及被害者家屬可以滿
13 足？釋憲者才可以說死刑是違憲的。尤其最大惡極這一件事涉及的是教化可能
14 性的問題。

15 你身為一個律師，你覺得在法庭上對於教化可能性或無教化可能性之待證
16 事實操作，你覺得制度上到底要怎麼樣才可以是可以接受的制度？

17 第二個問題其實不完全相關，看起來你對於死刑制度的分析，基本上你還
18 是願意走比例原則那一套的基本架構，我好奇的是，你採取什麼樣的違憲審查
19 標準去處理違憲分析的問題？

20 鑑定人岳珍律師：

21 我先回答前半段，因為我看到現在目前我們國家對於教化放在監獄裡面，
22 可能是有教化師，但我覺得這部分做得還不夠完善，到底為未來要怎麼做，其
23 實不是我很專業的；但對於反社會性人格的人，也就是犯有罪大惡極的人有沒
24 有教化可能性？如果他有教化可能性，我們就不會稱呼他叫做反社會性人格，
25 因為有去測試，這種人就是會不斷地犯罪，而且他認為犯罪是理所當然的，這
26 一類的人我們要如何去安置他，要有一個妥善的制度。

27 當然我們還是認為罪大惡極的人延續他的生命，讓他與社會隔絕所消耗的
28 社會成本有多大，應不應該消耗這麼大的社會成本，這個社會成本可不可以拿
29 來先去彌補保護被害人家屬那一塊，目前我們的制度是零，我們對於被害人補
30 償的部分，我們回過頭來是要跟加害人去求償的，我們不是一個很高度的社會
31 福利國家，你只要被害，我就保護你、給你補償，這是我的想法。

32 另外，監獄的部分，我們只有對於未成年人有感化教育，對於成年人好像
33 也看不太出來。

34 劉大法官靜怡：

35 看得出來你的鑑定書內容基本上的基本架構還是用比例原則來操作，不過

1 看不太出來的是，你到底採取什麼樣的違憲審查標準來操作比例原則，這是我的
2 問題。

3 鑑定人岳珍律師：

4 大法官會議都有對於比例原則做一個說明，目的正當性、手段必要性及限
5 制妥當性，我想大部分是在闡述這一塊。

6 劉大法官靜怡：

7 所以你也不會採取嚴格審查標準，頂多就是到中度審查標準？

8 鑑定人岳珍律師：

9 應該是。

10 劉大法官靜怡：

11 你剛剛提到我國現在的問題不是讓你那麼想要接受死刑廢除制度的原因
12 是，因為某種程度來說，這個社會是資源是有限性的問題，因為我們沒有辦法
13 有充足的資源去建立一個好的被害人保護制度，沒有辦法去建立一個好的補
14 償、賠償機制，所以與其把這一些資源拿去對社會有負面價值的人，即使把他
15 隔絕起來，你都覺得這個資源應該優先用在別的地方。

16 我現在這樣假設，假設我們是一個資源非常充分的國家，我們有充分的資
17 源去做好被害人保護制度，可以去做好教化制度，甚至我們有一個很不錯的機
18 制可以處理到底誰才是罪大惡極、誰不是罪大惡極的區辨，你覺得那時我們可
19 以去花費一些資源去維持這些對社會上只有負面價值者的生存嗎？

20 鑑定人岳珍律師：

21 其實我認為這個水到渠成的問題，它是漸近式的。

22 劉大法官靜怡：

23 所以有一天是有可能的？或者那個方式是有可能的？

24 鑑定人岳珍律師：

25 是，我是接受的。

26 許大法官福生：

27 還是鎖定在憲法第23條，你剛剛講目的正當性、手段必要性及限制妥當性，
28 你可否講一下目的正當性在死刑的制度最主要之正當性、必要性及限制妥當性
29 何在？

30 鑑定人岳珍律師：

31 刑罰的目的其實大教授剛剛都講過了，我們不外乎就是應報與預防，應報
32 是上一世紀主張的理論，但我認為應報目前來講，還是認為是一個刑罰的目的，
33 犯錯本來就是要接受懲罰，就像小學生在學校裡打了同學，會被老師懲罰在那
34 裡罰站，這就是一個應報，這部分再去教育他說打人是不對的，那可能有一個
35 教育的作用，因此刑罰的目的我是兼採應報跟預防，兩個都有其作用存在。

1 主席羅大法官秉成：

2 有無其他提問？如果都沒有的話，我們謝謝鑑定人岳珍律師。下一個程序
3 是要詢問鑑定人Mai Sato教授，我們是以視訊的方式來進行，請工作人上線進
4 行，下面的程序會由張文貞大法官來主持。

5 張大法官文貞：

6 鑑定人Mai Sato教授謝謝您願意接受我們的邀請，幫助我們今天的程序，
7 我們正在鑑定人的程序，請您先簡短敘述您的意見十分鐘，兩造的律師會向您
8 提問，總共時間大約三十分鐘，請您開始用十分鐘陳述，謝謝。

9 鑑定人Mai Sato教授：

10 謝謝法庭邀請我，我就花下列十分鐘來談談嚇阻的效用。

11 當談到死刑嚇阻效用的時候有兩種類型，一種是普遍性的，一種是個別性
12 的。所謂個別性的嚇阻效用是防止特定犯罪被害人再次再犯，一般性的嚇阻作
13 用不是只針對犯罪被害人，而是針對死刑一般性的嚇阻作用，第一個就是對於
14 死刑來說，個別性的嚇阻效用是不存在的，因為犯罪人已經伏法了。

15 我向各位介紹一下我所讀到關於一些嚇阻效用的研究，特別是防止殺人罪
16 再發生的問題上。

17 第一個，我們並沒有發現廢除死刑的國家在殺人罪的犯罪率有提高的。

18 第二個，關於我們的實證研究基本上防止殺人罪的發生，並不包含小罪、
19 微罪的發生。

20 第三個，關於一般性嚇阻作用方面，也就是說關於死刑跟殺人罪的發生率
21 時間相關聯的問題。

22 廢止死刑的國家做了廢止死刑前後的比較，比如澳洲在1960年廢除了死
23 刑，殺人罪的發生率反而是降低的；歐洲國家在1990年代時廢除死刑之後，殺
24 人罪的犯罪率降低60%，有一個國家是1990年代之後有三年沒有執行死刑，殺
25 人罪的犯罪率也是下降的；台灣廢死聯盟的資料從63%降至53%，在2009年之
26 後降到30%。以上這些研究都是非常粗略的，因為有很多的因素可能會影響到
27 殺人罪的發生。

28 我們大多數的資料看到的是美國的資料，美國資料是以相關聯性來做，而
29 不是以因果關係，學術研究並沒有共識，我們其實並沒有辦法很決斷來說到底
30 死刑的廢止或者對於維持殺人罪的發生率到底有無絕對性的相關聯，也就是到
31 底會上升或下降。

32 第一個問題是，資料的取樣大部分是美國的取樣；第二個問題是，即使看
33 美國的資料，大部分都是從德州來的，如果把德州資料去除掉的話，我們相關
34 資料的取樣數量並不大，事實上是非常小，沒有辦法做有意義的資料。而且，
35 美國實證資料是關於相關聯性的，並不是以因果關係的研究。

1 相關聯性是兩個因素相關的，並不是互為因果的，如果因果關係的話，必
2 須要考慮某一個因素導致另外一個因素才能夠說，比如死刑的廢止對於殺人罪
3 的發生到底是不是互為因果，如果是相關聯就不一定。

4 如果我們要做因果性的調查就必須要兩個理想的社會，一個是維持死刑、
5 另外一個是沒有，仔細觀察他們犯罪的發生率，才能來進行因果性的研究。

6 我最後要跟各位講述一個亞洲的情形，也就是香港跟新加坡的比較，我們
7 的研究顯示，香港跟新加坡的社會情況是相當類似的，殺人罪的發生率也是相
8 當類似，新加坡有死刑、香港已經廢除死刑，我們因而可以來比較這兩個城市
9 中殺人罪的發生率來比較死刑的關聯為何，但這中間也有方法上的問題，因為
10 這個假設其實也許社會的情形並不是那麼相似，不管是文化或者是歷史或者是
11 情緒可能都會是影響的因素，這是我的陳述。

12 張大法官文貞：

13 謝謝Sato，我們剛剛訊號有一點不穩定，可不可以請您再說一次關於因果
14 關係那一段，也就是相關聯跟因果關係這兩個部分。

15 鑑定人Mai Sato教授：

16 我剛剛講第一個是相關聯，第二個是causation：相關聯是說兩個因素是有
17 無互相有關，而不是互為因果，因此殺人罪發生率跟死刑兩個有無相關；另外
18 一個關係是說，死刑跟廢止是不是跟殺人罪的上升或下降互為因果的。

19 如果你要做互為因果就要相當嚴格，是必須要兩個完全相像的社會，由這
20 兩個社會中間，他們社會條件也相像，一個有死刑、一個沒有死刑，然後來比
21 較殺人罪的發生率，當然這在社會上的實驗是沒有辦法做，因為有倫理的考慮，
22 所以我們現在的實證沒有辦法直接下結論，死刑的維持是不是能夠作為殺人罪
23 上升或下降的直接決斷。

24 主席羅大法官秉成：

25 請聲請方提出詢問。

26 張大法官文貞：

27 您看得到聲請方律師嗎？吳教授。

28 聲請方訴訟代理人吳豪人教授：

29 您是專業的刑事科學專家，您說實證上研究顯示死刑並沒有嚇阻殺人罪的
30 效用，是說完全沒有效用嗎？除了您說的嚇阻效用以外，有沒有其他因素是您
31 可以來說服法院說來廢除死刑的？

32 鑑定人Mai Sato教授：

33 謝謝您用日文說明，我非常感謝。

34 正確來說不是死刑對於嚇阻殺人罪沒有效用，而是我們不知道到底有怎樣
35 的效用。

1 至於為何我們不應該來廢止死刑之其他因素？國家施以死刑是一種社會控
2 制的方式，這是政策上的決定，並不是一個實證的決定或者是刑事政策的決定，
3 所以從刑事政策的角色來觀看，我並沒有看到維持死刑有什麼樣正面的效用，
4 我只認為這是一個政治的決定。

5 聲請方訴訟代理人吳豪人教授：

6 日本和台灣是東亞民族國家中間唯二還有死刑的國家，日本也有廢死的運
7 動，您也駁斥日本法務部的論述，說日本維持死刑最主要原因是因為民眾的支
8 持，大約80%的民眾支持維持死刑，而您駁斥這個論調。

9 台灣的政府也一直說民眾支持維持死刑，您對於日本的研究到底是不是科
10 學的？準確的？到底是不是80%的日本民眾都真的支持維持死刑？如果答案是
11 否定的，您是否可以告訴我們到底這樣的論述，也就是拿這個民眾的民意來支
12 持維持死刑，您可否告訴我們在日本為何被接受？是不是有被誤用的情形？

13 鑑定人Mai Sato教授：

14 日本政府大概每五年做一次調查，去年年底是最近的一次，幾個月前有把
15 結論公布出來，日本政府說80%的民眾是支持維持死刑，因此沒有辦法廢除死
16 刑。但他們的問題並不是說你是不是支持維持死刑，他們的問題是說並不是你
17 是不是支持死刑，是或不是，他的語言是這樣子，也就是死刑在某一些情形是
18 不可避免的話，你是不是決定要？這是對於廢除死刑是指，你是否在任何情況
19 下都贊成廢除死刑？

20 因此他把贊成的問題做得很大，因此你在回答時很容易就掉到贊成維持死
21 刑這一塊，有很多人並沒有那麼堅決說任何情況都反對死刑，因此他們只要有一
22 點疑惑就被歸類贊成維持死刑，因此才會有80%的比例。

23 第二，取樣當然是隨機的，品質也是不錯，但問題是比重或是一些事後的
24 調整可以再進步的空間，比如二十歲左右的人的回應率大概只有30%才會回
25 答，六十歲、七十歲、八十歲的人當然是有問必答，70%的人都會回函，因此
26 在這個情況之下，老一輩六十至八十歲的人都比較贊成維持死刑的人，年輕族
27 群似乎比較缺乏代表，取樣數不夠。

28 今年有一個新的問題是說如何測量日本民眾的態度，他說如果我們引用無
29 期徒刑不得假釋來取代死刑的話，在問這個問題的時候，只有50%的民眾是說
30 贊成廢除死刑。

31 張大法官文貞：

32 現在由相關機關代表的律師來詢問。

33 關係機關訴訟代理人洪志青律師：

34 謝謝您的專業鑑定意見，從您的書面意見最後一段，您舉出了安德森教授
35 的文章，您說犯下重罪的罪犯，其實他們事先並不太知道他們會受到怎麼樣的

1 刑罰，也就是他們並沒有事先的理解或是知識，所以讓這些犯罪人事先知道犯
2 罪的結果可能會讓死刑發揮嚇阻作用所必須具備的條件。

3 鑑定人Mai Sato教授：

4 這篇文章所說的並不是釋憲的知識，當你犯下殺人罪或是犯重罪的當下，
5 並不是像平常這麼理性，我們理論假設說犯罪人是在一個有理性的情況下，但
6 這個假設有時候並不是正確的，因為他們經常是在非理性的時候才做出非理性
7 的作為，所以你在事先告訴大家這個重罪會得到嚴重的刑罰，其實並沒有太大
8 決定性的效果，因為大部分犯重罪在犯罪的當下，犯罪的人並沒有以一個理性
9 思考的角度來衡量他作為的後果，所以在這一點上會減輕事先知道他所犯罪的
10 嚴重結果為何，其實會降低它的效用。

11 相關機關訴訟代理人洪志青律師：

12 第二個問題，依照日本的統計顯示，如果我們有完美的統計數據，大多數
13 的日本民眾可能並不像現在的數字一樣這麼壓倒性的支持維持死刑，所以如果
14 廢除死刑與公眾意見相牴觸的，我們如何正當化政府應該要不顧民眾的反對來
15 支持廢除死刑？

16 鑑定人Mai Sato教授：

17 如果日本政府的做一個完美的調查、完美的統計數據，理論上來說可以正
18 當化維持死刑，但是我剛剛說的，現在做的這個統計並不能真正反應出民眾的
19 意見，如果我們廢除死刑，日本民眾是不是像日本政府刑事司法的體系，比如
20 日本民眾是不是就不再報案？或是不是行政體系就出現了私人自己來執法的情
21 形？你應該要來證明會有這樣的效果，並不是像現在問問題就了事，大部分
22 的人其實並沒有仔細思考廢除死刑的意義為何，你如果問大部分的人說你支不
23 支持繳稅，其實並沒有深入的思考來回答。

24 因此如果政府真的要問，必須要很小心來測量廢死的程度，日本政府在1970
25 年代就簽了公政公約，變成國內法的一部分，日本政府承認要往廢除死刑的方
26 向來推動，因此必須要真誠往這方面推動，你必須應該要很仔細考慮支持廢刑
27 及容忍廢死的民意到底有多少。

28 關係機關訴訟代理人洪志青律師：

29 沒有其他的問題，謝謝您。

30 張大法官娟芬：

31 聽到您說日本民眾意見，有期徒刑不得假釋取代死刑，是有50%的人支持，
32 如果你問是不是支持死刑，大部分的人會說維持死刑，但台灣的人贊不贊成以
33 無期徒刑不得假釋來取代徒刑，大部分的民眾也會說支持。

34 您可否給我們更多的例子？除了日本、台灣以外的國家，關於民眾意見的
35 反應，我也希望聽到關於更多誤導性問題的例子，也就是這些誤導性問題結果

1 的解釋會給我們造成一個印象，也就是大部分的民眾是支持維持死刑的。

2 鑑定人Mai Sato教授：

3 大部分支持維持死刑的公民調查都不是非常仔細的方法來做，是可以對於
4 政策有一些參考性的作用，可以給我們一些社會民意的指標，但因為死刑關於
5 國家是不是有殺人的權利，因此這個社會的調查必須要非常仔細。

6 第一個要測量的是，民眾對於刑事程序瞭解的程度，比如我們有很多的問題，
7 好比國際趨勢執行的方法、執行的實際數字，像這一些都是基本的資料，
8 過去五百個人中間只有兩個人可以有相當的支持，因此民眾說我支持維持死刑
9 時，其實也許並不太知道執行死刑的方法為何，也不知道到底執行死刑了多少
10 人，因此像這一些話，這些品質是堪慮的。

11 張大法官文貞：

12 以您的專業意見，您會說沒有證據來支持死刑的維持、死刑的實施是能夠
13 有嚇阻作用的，所以關於其他刑罰方法呢？比如終身監禁不得假釋，它的嚇阻
14 效用何在？

15 鑑定人Mai Sato教授：

16 我剛剛講的不是只針對嚇阻作用的部分，針對其他刑罰也是一樣的，我們
17 很難在實證指出到底由這個刑罰所造成的效果是多少，我們很難說。支持的人
18 會說既然沒有什麼嚇阻效用、沒有什麼明確的指標當然支持廢死，反面的人也
19 會這樣。比如三年的有期徒刑，你如何證明他比兩年或是比一年半的有期徒刑
20 有嚇阻效用，這個很難證明。

21 張大法官文貞：

22 以現在的科學證據顯示，沒有嚇阻作用很難說明的情形之下，您會怎麼樣
23 給我們建議呢？因為我們沒有辦法很直接了當、確定地說，而且這是針對所有
24 的刑罰方式都是這樣子，您會如何給我們建議？

25 鑑定人Mai Sato教授：

26 我們有很多是執行的問題，有時候我們必須要看應得的刑罰為何，我們認
27 為實證只是一部分，刑罰政策決定必須是一個政治性決定，當然我們還有一個
28 因素就是考慮到定罪率的問題，如果你把現在非常不確定的嚇阻效用，把定罪
29 率或者誤判率效果合起來時，對死刑要特別的謹慎。

30 許大法官福生：

31 在台灣政府維持死刑跟日本政府很像，民眾是支持的死刑，民眾的支持、
32 民意的支持如何在憲法意義上支持說維持死刑？

33 鑑定人Mai Sato教授：

34 政府必須要聽民眾的意見，政府不能說完全不管民眾的意見，我不是一個
35 律師、法律人，我只是一個社會學家，當然我會說政府施政必須要考量民眾的

意見，政府在施政時，這是常態性調查民意，民意應該反應在政策上及政府決策上，廢死的人當然可以很簡單說這是一個人權的問題。

當然我也同意這是人權的問題，民主社會也應該要，投票是一個民主決策的證據，但人權問題是要保護到少數，所以答案是「是的」，我會認為公眾意見是需要考慮的，但我也認為要用很精確的方法來調查民眾的意見是什麼。

許大法官福生：

另外一個問題，一般性的嚇阻效用我認為可以正當化死刑的位置，您對這個問題的意見為何？如果死刑因為缺乏嚇阻效用而正當化，有無其他因素來支持正當化死刑的位置？

鑑定人Mai Sato教授：

我被問第一個問題，我的意見是維持死刑，所以我才說維持死刑是一個政治的問題，而不單純是一個刑事政策的問題，即使在刑事政治上無法被正當化，也許政府會因為政治的考慮而維持死刑，這是相當有可能的。

許大法官家馨：

很高興再次見到您。

您是社會科學家，是質性調查的社會科學家，聽到您對這些問題的真知灼見及您的判斷也是我們所要聽到的，也許你說應報性正義是維持死刑一個很重要的因素，所謂應報性的正義到底是怎麼樣在一個社會中間去深耕呢？這是一個政治問題，我們只是問您的意見，到底什麼因素在日本的文化上廢死這麼困難？死刑如何在日本的文化上深耕呢？以致於現在是非常非常難除掉？

鑑定人Mai Sato教授：

應報最原始的關鍵在於你犯什麼罪應該要受什麼樣的處罰，死刑最主要或完全被用來二人的謀殺案或者是三人的謀殺案，這跟最原始的觀念是相應的，也就是一命還一命。但除此之外，我會很懷疑除了這些以外，還有無更深文化的根基，我是有存疑的。

當你逼人問回答到底為什麼支持死刑的維持，為什麼你不支持無期徒刑不得假釋，他直覺的回答是說「我希望犯罪者死」，必須要讓他們很瞭解犯罪人到底對於社會做了什麼樣的傷害，對被害者家屬來說也許是很誠心道歉、很誠心地遺憾，這在日本是少見的，通常獄卒會建議死刑犯說你寫一封誠心的信給受害者家屬道歉，所以對於被標籤為廢死人士，有少數的人認為無期徒刑不得假釋其實是更殘酷的，因為犯罪者必須在監獄裡每天反省、面對他們犯罪的結果，因此從這兩件事來比較，「以眼還眼、以牙還牙、以一命還一命」是以命來償命。另外，你要真心表達遺憾及悔過，這兩個是可以放在一起的。

陳大法官淑貞：

這是包含了反死跟反廢死抗多數意見的民意調查，您剛剛提到的民意調查

1 包括選樣，也就是選擇回答的對象很有問題以及對於提問的設計也很有問題，
2 此外對於先前做民調之前是否有提供充分地資訊給這些受訪者。

3 如果根據這三樣的民意調查，您覺得應該要如何來設計是比較合適的？以
4 日本來講，既然是日本政府五年做一次的調查，有無在改進當中？也就是希望
5 跟多數民意有一個溝通平台的方式來進行？還有短期之內，日本是不是一樣看
6 不到廢除死刑的傾向？

7 鑑定人Mai Sato教授：

8 我一個個來回答：

9 第一，到底用什麼理想方式來調查公眾意見？我的意見是因為日本已經前
10 述ICCPR，應該要來調查的是日本民眾容忍廢死的程度到哪裡，還有背後背景為
11 何？如果你越不瞭解死刑，你就越支持維持死刑，你越瞭解中間的環節，你就
12 支持廢死。日本政府目前的這些工作調查並沒有把很細部的資料釋放出來，因
13 此我們並沒有辦法從這些資料來看民眾對於廢死的容忍程度為何，而且對於背
14 後因素也沒有進一步的瞭解。

15 第二，日本政府的調查到底有沒有進步？是有的，最近一次有一些問題有
16 包含進來，比如剛剛說的，把無期徒刑不得假釋的選項放進來，這就是一個進
17 步，對於取樣的方法也是有進步的。當然還是有它的問題，最重要的一個問題
18 是無期徒刑不得假釋的因素放進來。

19 當然有一些問題是我自己不喜歡，比如問卷中提到過去都沒有改變，所以
20 我也不願意去改變民眾對廢死的態度。這一些說明可能就是比較不恰當，我會
21 向法務部提出我的看法，也就是過去這一些其實跟現在的態度沒有直接關係，
22 純粹把它放進來是往負面的方向引導是不太恰當的。

23 第三，日本政府在未來會不會有一些廢死的努力，我作為一個學者來說，
24 我的回答是不確定的，我不太可能在近期的未來會採取廢死的態度，如果美國
25 採取廢死的態度，可能日本會跟進。比如美國如果決定朝廢死方向走，日本可
26 能會從那邊來做一些比較性的論述。

27 當然民間是無感的，因為實際上執行的人並不多，有一些高能見度的案子，
28 日本人民會比較接近，會去批評執行死刑的方式，所以我們在這一點上相當幸
29 運，也就是執行率並不高，實際上被執行的數目並不多。因此我重申一次，這
30 並不是什麼學者可以說什麼的，多半是日本政府要做政治的決定。

31 主席羅大法官秉成：

32 看起來沒有再有提問了，我剛剛沒有仔細介紹鑑定人Mai Sato教授的經
33 歷，她現在是牛津大學刑事政策研究中心的研究員。非常謝謝您提供這麼多的
34 專家意見，本來法庭不能拍手，但審判長拍手，你們跟著拍，謝謝。

35 張大法官文貞：

1 非常謝謝您參與本庭的程序。

2 主席羅大法官秉成：

3 我們這一庭的調查到一個段落，因此時間控制得還不錯，因此我們休庭到
4 四點，進行最後一個階段的程序，退庭。

5
6 (大法官退庭)

7 (大法官復行入庭，繼續審理)

8
9 主席羅大法官秉成：

10 接下來的程序是兩造所聲請的法庭之友的程序，聲請方及關係機關各有一
11 位，我們請聲請方的法庭之友羅士翔來作意見陳述，現在表訂時間是十分鐘。
12 法庭之友羅士翔律師：

13 大法官、各位好，我是羅士翔，我來自於台灣冤獄平反協會，冤獄平反協
14 會所處理的案件包括死刑的案件及非死刑的案件，我想今天聲請方傳喚我當法
15 庭之友，可能有一個期待是希望可以談一下台灣司法審判系統上冤罪性的風
16 險，究竟死刑的冤案有多少已經確定或還未確定，或還在救援當中的死刑冤案？

17 我發現這個題目可能並不是很好透過冤案來談，事實上冤案是一個談論死
18 刑存廢不論正方、反方都會有交集的中心點，支持死刑者他可能會說「我支持
19 死刑，但我也支持冤案平反，有冤的死刑案件應該給予平反」，而反對死刑者則
20 以透過冤案的存在來說明死刑不應該存在，國家可能誤殺了一個無辜的被告。

21 我發現這樣談的時候會陷入一個泥淖，到底有冤、沒冤誰說了算？受判決
22 的被告說我有冤，這個案子就是死刑冤案嗎？還是律師幫他喊冤？還是有媒體
23 說有冤？還是臉書有一萬個人按讚說這個人有冤？當我發現這一件事其實無從
24 討論起、無法對話，也因此當談及支持死刑，同時支持死刑冤案平反，我發現
25 這句話是個空話，因為我們無從得知冤案何時才會平反，可能只有等到法院正
26 式宣判無罪確定之後，我們才可以稱之為「這個案子是死刑冤案」。

27 所以，我想換個方向來談，我不再去從被告的角度、從犯行的角度來說明
28 這個案子到底有冤、無冤，但換一個角度來說，到底國家在進行審判調查犯罪
29 時有無一絲不法、有無一點的疏失讓國家不應該執行死刑？

30 美國阿拉巴馬州一個在做死刑辯護的律師—Bryar Stevenson，他在談及死
31 刑問題時，他提了一個問題，他說「Do we deserve to kill?」，把它翻譯為
32 「我們有資格殺人嗎？」，那再進一步講，可以再追問說「國家有資格殺人
33 嗎？」，Bryar Stevenson 他認為今天死刑是一個絕對的完美懲罰，當國家要做
34 這一件事的時候，必須是國家有存在一個完美的司法系統，才可以做這一件事。
35 而在 Bryar Stevenson 的認知上，這個世界上不存在一個完美的司法系統，所

1 以他立場很清楚，他認為死刑不應該存在。我想 Bryar Stevenson 律師給了一個
2 很好的提問讓這個問題有機會轉向，我們應該看這個國家在死刑案件上做了
3 什麼。

4 今天的聲請人是湯申，我在這邊很簡短扼要報告另外三件台灣目前已經確
5 定判決的死刑案件，我要說明的是，這三件有一望即知的瑕疵，而這三件隨時
6 可能被執行。

7 第一件是徐偉展案，這是一個強盜殺人案件，我以下簡短唸一下更十審，
8 也就是他的死刑案件有罪確定的事實審判決，「被告徐偉展自 86 年 3 月 16 日至
9 同年 4 月 18 日，期間借提還押入所的身體檢查紀錄，其中 86 年 3 月 19 日、26
10 日、4 月 4 日、7 日、8 日、16 日、17 日及 18 日的身體檢傷紀錄表均有身體傷
11 勢的記載，而同年 3 月 16 日、20 日、21 日、22 日及 24 日等則沒有身體上傷
12 勢記載」。換言之，他在北所有傷的還比沒傷的時間還多。

13 有一天檢察官 4 月 3 日對他做訊問的時候，也發現他身上怎麼有傷，徐偉
14 展跟檢察官說「今天屍體找不到，小隊長巴了我一巴掌」，後來檢察官訊問也真
15 的看到他身上有傷，所以 4 月 2 日的警詢筆錄也同樣被法院認定為可能有刑求
16 的疑慮而認定無證據能力，包括我剛剛提到回到看守所所有傷的那八次警詢筆
17 錄，法院都認為是無證據能力。

18 總共十五次的筆錄中，我們大家可以算一下，十五天扣除八、扣除一，後
19 來有六天的警詢筆錄再回到看守所是沒傷，法院說這六天 ok、沒有傷，這六天
20 的自白是可以採納，法院在更十審時判決他死刑，目前是死刑定讞的待決執行
21 犯之一。

22 接下一個案件是沈鴻霖案，沈鴻霖案涉及性侵殺人，我這裡要談的是科學
23 證據錯誤的問題。現場唯一指向沈鴻霖科學證據是民國 78 年所採集到一枚膠片
24 指紋，而這枚膠片指紋經過當時 78 年刑事警察局的鑑定說跟沈鴻霖的右手中指
25 相符，所以法院認為這枚指紋是沈鴻霖遺留在現場。

26 同時刑事警察局也採集到其他十枚相片指紋，而這十枚相片指紋跟沈鴻霖
27 的因為無法比對，所以無法作出相符的結論。在民國 80 年及民國 95 年，刑事
28 警察局都曾經提供兩個鑑定，也是針對指紋的部分，同樣是沒辦法比對。換言
29 之，現場指向沈鴻霖的科學證據，就是在民國 78 年的其中一枚指紋。

30 這個案子是性侵殺人，被害者有兩名被殺害，同時有另外兩名被告，這兩
31 名被告在事發後有被審判，分別在民國 79 年及民國 80 年時已經遭判死刑確定
32 被執行，沈鴻霖則是在案發十三年後才到案，沈鴻霖審判時，另外兩名共同被
33 告已經不在世上了。

34 同時當時 78 年法醫在進行被害者屍體結果相驗的時候，將死者的子宮、陰
35 道摘除下來之後，因為要保存，泡在福馬林，當時民國 78 年刑事局給了一個鑑

1 定意見說，這個身體檢體已經泡在福馬林了，無從採驗到精子，所以也不清楚
2 當時究竟被害者身上遺留哪些被告、哪些相關人的體液或精液；現場唯一證據
3 就是剛剛提到的一枚膠片指紋。

4 這個案子邱顯智律師比喻「國家殺了我的證人」，同時我要談的是「國家不
5 只殺了我的證人，同時也把我的證據搞丟了」。剛剛提到民國 78 年那一枚膠片
6 指紋後來不見、下落不明，換言之，現在即便有更科技的指紋鑑定技術，其實
7 是無從鑑定的，無法再知道民國 78 年那一枚膠片指紋是不是真的沈鴻霖留下來的，
8 沈鴻霖被判死確定，目前也是死刑的待決犯。

9 談到指紋鑑定必須要提的是 2004 年西班牙馬德里爆炸案，當時美國 FBI
10 也曾經針對現場的塑膠袋作一個指紋鑑定，比對出來是美國奧瑞岡律師的指
11 紋，同時也把他逮捕了，後來西班牙繼續查到真兇，這位先生根本與這一個案
12 情無關，美國後來為此賠了 200 萬，FBI 做的指紋鑑定都會出錯，我們如何相
13 信民國 78 年刑事警察局做的指紋是可信的，我發現沒有任何理智讓我決定我要
14 相信民國 78 年的指紋鑑定。

15 接著是謝志宏案，謝志宏案涉及到同樣是一個可疑的自白，謝志宏在警局
16 做了三份筆錄，這三份筆錄前兩次警詢筆錄他都自白犯行說「我有殺人」，而第
17 三次的筆錄他的律師到了，他的律師到了之後，謝志宏改口跟警方說「我沒有
18 做，這個案子我是無辜的」。後來在爭論究竟前面兩次的筆錄為何要自白，警方
19 如何可以做出一份自白的筆錄？法院審理到更七審的時候，整理發現這個錄音
20 帶、錄影帶根本不見、根本找不到，最高法院其中一次發回說謝志宏明明爭執
21 他的自白不具任意性，他受到不正的訊問，為何不把自白的錄音帶調出來聽一
22 下？後來台南高分院開始去調，他問當時承辦的分局，結果說不見了，問台南
23 地檢署，結果說不在他們那邊，他問台南地院，結果也說沒有，東西就這樣子
24 憑空消失。最後事實審判決給了一個說法是當時根本沒有錄，事實審沒有任何
25 的依據就說沒有錄，他找不到就說沒有錄，這樣的瑕疵他認為不足以對於謝志
26 宏採有利的見解，因此最後謝志宏被判決死刑確定了。

27 我想這三件案子要說絕對是冤案嗎？我想可能很多人會有不同的意見，但
28 這三件案子整個審理程序，包括調查程序都有一望即知的瑕疵。如果死刑的執
29 行，我認為會讓這整個國家權力就此定格，再也無法彌補的機會、再也不會得
30 到一個彌補的結果。

31 再次回到剛剛提到 Bryar Stevenson 的這件事，他說「死刑不應該存在，
32 因為沒有一個完美的司法制度可以擔保死刑可以存在」。我想問的是，台灣有這
33 樣的司法制度嗎？剛剛提的三件案件應該執行死刑嗎？事實上他們隨時有可能
34 被執行，以現在台灣規定的制度當中，他們隨時有可能被執行。

35 最後，我想還是回到今天在這邊很重要的一個原因，也就是在談冤案救援。

1 剛剛提到兩個案件，沈鴻霖案當時民國 78 年刑事局回了一個意見說因為檢體泡
2 在福馬林，無法比對出精液，所以他就沒有做出他的鑑定結論；事實上當時並
3 沒有 DNA 鑑定，民國 78 年還沒有開始，才剛開始起步而已，而是到民國 81 年
4 的時候，DNA 才正式在台灣刑事司法系統開始使用，如果這個案子有機會做
5 DNA，有機會檢驗出當時真的在被害人身上留下體液的被告，而可以檢驗出真的
6 排除沈鴻霖之可能性我並不清楚，但我認為沈鴻霖應該取得聲請 DNA 的機會。

7 另外一個徐偉展案，事實上徐偉展案有一個我認為法院判決很取巧的地
8 方，徐偉展案的被害女子身上有驗出精子細胞，但精子細胞排除掉徐偉展本人，
9 也排除掉跟徐偉展同案一個潘姓少年的被告，後來徐偉展判死刑的判決完全沒
10 有交代這個 DNA 鑑定，究竟是誰留下這個精子細胞在被害女子身上。我也認為
11 徐偉展應該要有權利可以聲請 DNA 鑑定，鑑定當時在被害女子找到的精子細胞
12 是誰的，如果是徐偉展跟潘姓少年外的另外一個第三人，這個第三人跟這個女
13 子有什麼關係，為何留下精子細胞在他身上？有無可能讓這個疑案得以釐清的
14 機會？

15 因此，我無從想像沈鴻霖案如果還沒有針對泡在福馬林的身體細胞進行
16 DNA 鑑定的話，而沈鴻霖被執行，我無法想像這一件事；以及徐偉展案，我也
17 無從想像如果今天明明就一個不知人士的精子細胞留在被害者身上，他卻沒有
18 機會取得 DNA 鑑定，徐偉展就被執行了，我也無從想像。

19 最後，我認為其實整個司法系統很清楚，絕對不會是完美無暇的司法系統，
20 國家並沒有資格殺人，而允許死刑的存在，將會讓國家這些失序的行為永遠無
21 法治癒的一天；而死刑同時，讓冤案可能造成的痛苦有極大化的可能。我想台
22 灣有一些死刑的冤案我們就暫時不提，因此本意見書建議鈞庭應該就刑法第
23 271 條第 1 項死刑之規定宣告違憲，謝謝。

24 主席羅大法官秉成：

25 謝謝冤獄平反協會的執行長羅士翔律師以法庭之友的身份陳述意見，接著
26 是關係機關方所聲請之法庭之友王薇君女士，陳述時間一樣是十分鐘，謝謝。
27 法庭之友王薇君女士：

28 大家好，我叫王薇君，兒童權益促進協會理事長，也是被害家屬，紛擾一
29 時的王昊案在三年前發生。

30 我先把我今天呈給法庭的意見書唸完之後，我再來說說我的看法。我現在
31 要講的是「真實的理解才有和解」，親見本屆模擬憲法法庭重視死刑存廢議題，
32 究竟何以我國對於死刑存廢歧見始終難以共識，由本件模擬憲法法庭之邀請，
33 可窺見一二。邀請函上文字略以「對人民的司法正義觀進行哲學上的辯論，對
34 於受死刑宣告的犯罪人進行社會學上的觀察，對於國家任務與人民權利界限的
35 爭議及死刑案件的司法審理程序進行憲法上的檢視」，在這裡三個命題究竟有何

1 問題？我們來說一下問題在哪裡。

2 當你不斷在傷害我人生時，你如何奢言期待我有理想的人生觀？同理，討
3 論人民的司法正義觀之前，更應該正視的是司法制度如何傷害人民對於司法、
4 對於正義的期待？不幸的是從邀請函看來，不論是憲法的模擬法庭或是真實法
5 庭都忽略對被害人進行社會學上的實務觀察，這一點我真的非常遺憾。事實上
6 被害人及其家屬被忽略的地方，從法律條文本身的不合理，模稜兩可的條文沒
7 有實務運作，到司法體系的官僚心態、社會氣氛的不友善對待，在在顯示出司
8 法及法律人重視加害人的人權，卻不在乎被害人及其家屬的處境及感受。

9 改善司法、提升人權當然是個重要的課題、偉大的理想，問題在於如何規
10 劃、如何進行？加害者與被害人同樣都是國民，但當法律人致力於推動廢死時，
11 法律人對於被害人權利的提升，是否也付出了相當的心力？請大家捫心自問。
12 身為被害家屬的我不否認廢死有其終極的理想意義，但在我們達成那個終極的
13 目標之前，我們應該先探討人民的正義觀、人權觀，還是先檢討司法對於犯罪
14 者極度的重視、對被害人極其家屬不友善？司法的極度傾斜，我們應該先討論、
15 先重視的是在哪個區塊，我想請大家思考一下。

16 我們該檢討司法的審核：

17 一，例如關於刑罰，將無自我保護能力、沒有反擊能力、沒有恩怨情仇及
18 沒有金錢糾紛的兒童虐殺致死，我們的司法竟然視為傷害致死來處刑，如此的
19 判決是違背了一個任何正常人類的常識跟情感，這樣的判例是司法制度的瑕
20 疵，也是法律人的恥辱。

21 二，關於協助被害人與其家屬在司法制度中，當然需要國家的協助，三年
22 以來協助了許多被害家屬，從初步的大體相驗、解剖驗屍及司法訴訟，就我自
23 己是被害家屬及近距離接觸發生重大事件家屬的心得，當發生重大案件時，家
24 屬的情緒是混亂起伏的，但我們的國家卻是讓家屬自己去尋找整個事件需要瞭
25 解的流程和資訊，極度地不符合人性。

26 如果有任何的疑問，每一個領域的專業人員都會告訴他們或者是告訴我
27 說，他們都有對家屬說明、都說得很清楚。但我必須跟大家說，就我的瞭解是，
28 專業人員的理解通常不是一般人的理解，尤其是發生重大案件的被害家屬！這
29 一點非常地重要！所以，也因此產生了資訊接收上的誤解，被害家屬也再一次
30 地被傷害。

31 為什麼會發生這樣的事情？我們的國家該做什麼？所以專責協助家屬的建
32 立、同理心對話的窗口及應對人員的訓練刻不容緩，不要再讓家屬因為不理解
33 而受到二度傷害。

34 講到這裡，剛剛之前有人在問到底要怎樣被害家屬才會「滿足」？光「滿
35 足」這兩個字是非常不妥當的字、是非常糟糕的兩個字，這不叫滿足，滿足什

1 麼？滿足我的被害嗎？他是被害家屬，有多少字眼是不能使用的？我相信很多
2 法律人到現在還不清楚，這樣一個專業人員訓練，兩年前我跟法務部說了，我
3 希望可以貢獻我十年的時間來替我們的國家訓練這樣的種子人員，可是法務部
4 不理我，後話再談；當然我是個小人物，他當然會不理我，傲慢的官員！

5 講到這裡我就要說到官僚的心態，例如犯罪被害人保護法的問題，5月1
6 日林作逸博士在模擬憲法法庭已經說過很多的論述了，我就不再贅言。但這個
7 法律訂得好不好、執行好不好，所謂的「好」到底是從被害人及其家屬獲得實
8 質的保護還是國家在實施時比較容易推動，或者是保護的績效容易評比、效果
9 容易被看見？

10 我所看到的是法律的不完備、空有法律，卻未落實執行，經費、人力不足，
11 執执行程序荒腔走板，說到最後就是官僚的心態！這聽起來似乎脫離了憲法法庭
12 應該討論的就法論法，但是這樣的心態非常有力影響法律的制定跟執行，所以
13 必須在這裡提出重要的觀點，畢竟法律人的態度是一切動力的核心，如果連法
14 律人都忽略了這個重點，更不可能冀望行政機關會重視它。

15 簡單來說，受害者與加害者是同時存在，但受害者竟然相對被整個司法體
16 系與行政體系忽視的那一方，如果民眾缺乏法治觀念，教育工作者與法律人應
17 該要努力宣揚法治觀念，而不是怪民眾缺乏法治觀念。如果民眾不相信司法，
18 那麼法律人應該要努力讓制度更值得信賴，而不是強調皇后的貞操、責怪民眾
19 不相信司法，法學當然一門高深的學問，包含了許多艱深，看似違背道德直覺，
20 但卻欲有生意的思考在其中，法律人也因為這樣而掌握了這些，所以享有比一
21 般人更高的社經地位。

22 與其居高臨下、指摘民眾法學素養不足，為什麼不步下法律人菁英臺階，
23 聽聽市井小民為什麼憤怒？為什麼不信任？並且從制度的設計與執行上弭平被
24 害者及家屬的憤怒，司法才可能引取社會大眾的信任，未來這個社會才有可能
25 更往美好的理想邁進。如果死刑案件中十有八、九的被害者家屬都贊成廢除死
26 刑，那麼廢死的推動一定更可以獲得一般民眾的支持。換句話說，如果要推動
27 廢死，最好的槓桿點不是從憲法上就法論法或是從哲學上探討死刑的意義，而
28 是從制度的設計與執行上關心協助被害人及其家屬，讓他們獲得真正的尊重及
29 有效率的協助，讓他們打從心裡尊敬司法、相信司法，未來社會大眾才較有可
30 能漸近地接受廢除死刑。

31 現在來說我個人的看法，我記得兩年前我跟廢除死刑的執行長有一次在電
32 視上一起談過，如果廢除死刑是一個進程，我們算一到十的話，如果一下子就
33 把「十」的標準廢死大旗舉出來，你想社會大眾能夠接受嗎？一到九都是空的，
34 有什麼樣的基礎架構讓民眾能夠支持廢除死刑？使用國家暴力來奪取人命是我
35 無法接受的，但就我們現在社會上的一些文化背景、社會氛圍，我相信現在談

1 廢除死刑真的理想太遙遠了一點，誰都不應該被任意剝奪性命，我認同，尤其
2 是手無寸鐵六歲下的幼兒。我接的案件最小的五個月，他連爬行求救的能力都
3 沒有，什麼樣的案件？什麼樣的兇手什麼樣的心態？是殺死成仁或是一時衝
4 動？

5 有計畫的殺人以及對於沒有自我保護能力、恩怨情仇的幼兒可以一而再再
6 而三的下毒手心態，這樣的心態有人可以去研究一下，這一些人到底怎麼了？
7 為何可以越來越多這樣的案件發生？為了什麼？就我所看，經濟及毒品是最大
8 宗情感糾紛，我不知道有沒有學者願意去研究這一塊，我也不知道今天不論你
9 是支持死刑或是支持廢除死刑，其實我都尊重這兩方的意見，我也很感謝大家
10 對於社會及司法付出的心力，但我們是不是應該先從重點做起，如果根源沒有
11 做，一直不停討論廢除死刑或是支持死刑，在鍵盤上一直不停地打字，到底對
12 於我們社會有什麼樣的益處，撕裂只有越來越大，難道我們不應該放下彼此的
13 立場，一起要求我們的國家積極作為？難道就應該讓他們這麼傲慢完全不理
14 會，你們吵你們的，國家不做就是不做，我們不應該這樣子！

15 其實我對於廢除死刑這裡的團體已經呼籲好幾次了，我希望大家可以在整
16 個犯罪的被害領域當中是不是先做這一塊，是不是先放下彼此各自的堅持共同
17 來努力，國家如果一直看到兩方對立，其實他們是很開心的，我必須告訴大家
18 一個殘酷的事實，他們是很開心的。我們應該做的是什麼？到底什麼時候可以
19 廢除死刑我不知道，它會是一個理想，謹慎地對於每一個案件在證據力上的判
20 斷，我想那一定是必要的；但有關兒童案件都是用傷害致死來判決，其實這絕
21 對是我無法接受的！這不叫傷害，這叫「謀殺」，不是一定要讓這些兇手判死刑，
22 而是今天我們的國家在一個司法判決刑度的罪名上其實是有教育社會大眾的責
23 任，可以讓大家都知道你把小孩抓起來摔，在他的頭上重擊一拳這個孩子會死亡，
24 這個叫「殺人」，可以判他十年、十五年，但用傷害致死罪之罪名，這樣的罪名
25 我就不接受！

26 因此，今天到底違憲的是什麼？我們今天談死刑是否違憲，我不禁也要說，
27 讓這些手無寸鐵的幼兒一直死於非命，而國家卻沒有積極保護他們，是不是才
28 是真正的違憲？這是台灣的恥辱，這是全台灣的恥辱，我們可以救這些孩子。

29 就像王昊一樣，其實在我們台灣很難判死刑的，去年有一個人從十幾歲一
30 直到四十幾歲，他殺了四個人，三個人被他殺死，一個沒有死，他也沒有判死
31 刑，手段不夠兇殘也不會被判死刑。就王昊來講，一個兩歲五個月的幼兒被打
32 毒品、被拔指甲，二十一天的凌虐，遍體鱗傷，加害者也沒有被判死刑，我接
33 受，我知道今天只要出來要求我們的國家司法，我就必須要承擔，我早就預見
34 王昊案件我沒有上訴的機會，但是我願意！

35 我想最後補充一句，廢死與否其實攸關社會共識與價值，以及人民對於權

1 利尊重之程度，其實教育才是根本，法治是最後的手段，但顯然我們的教育部
2 也是一個神人的高官，還是沒有作為。我想今天其實透過這樣的一個對話，是
3 不是可以引起社會大眾更多領域的人來關注我們國家政府應該要做而沒有做
4 的，由大家共同來要求他們，我想這比去討論是不是死刑是違憲更為重要，因
5 為這是根基、這是基礎的預防，如果今天我們的國家要推修復式的正義、修復
6 性的司法，如果不理解被害家屬如何和解？這是我今天想講的，很抱歉，剛剛
7 有一點情緒，所以有一點中斷。

8 主席羅大法官秉成：

9 謝謝兒童權利促進協會王理事長給我們提供的意見，我想這兩位法庭之
10 友，羅律師是從冤案風險來看待關於死刑的案件之違憲性如何思考，王女士也
11 提出一個看法，如何完善被害人的保護，或許也是我們可以共同努力，也就是
12 比較有效的槓桿點，謝謝兩位法庭之友提供意見給我們。

13 接下來的程序是由大法官們對兩造及兩位法庭之友提問，原來表訂時間是
14 二十分鐘，現在我把時間稍微延長一下，一樣是二十分鐘，所以到五十五分，
15 我們就停止這一輪的詢問，然後進入最後兩造言詞的結辯。

16 大法官有沒有要對兩造提問的？

17 張大法官文貞：

18 我想請聲請方再釐清一下聲請死刑違憲的論據，尤其是在人性尊嚴及生命
19 權這兩個基礎上？

20 聲請方在聲請書上主要是把人性尊嚴跟生命權兩個綁在一起論述，期待本
21 庭認為人性尊嚴是不可以侵犯，死刑侵犯了人性尊嚴，因而認為違憲。假設本
22 庭不採這樣論述的話，就人性尊嚴及生命權的部分，聲請方如何做這部分的補
23 充論述？死刑的科處是一律都會違反人性尊嚴或是違反生命權的部分？聲請方
24 會建議本庭如何做審查基準的操作？或是在兩個分開的情況之下，又如何操
25 作？

26 聲請方訴訟代理人顧立雄律師：

27 就相關鑑定人的鑑定意見當中提到生命如果沒有了，就不可能有人性尊嚴
28 的保障可言，這一點聲請人贊同。聲請人也理解大法官一直詢問有關如果生命
29 權的保障是絕對的，如果合理化，比如在正當防衛或緊急避難要件存在之情況
30 之下，我記得上午有提到人質的事件，國家在這樣的狀態之下，有無可以構成
31 對挾持人質之人執行予以生命的殺害。

32 這部分我想引用謝煜偉教授的講法，謝教授的講法是，縱使我們假設這些
33 狀況存在，死刑刑罰的執行不可能存在這樣的情狀。也就是說，儘管我們可以
34 假設國家面臨一個緊急狀態之下，比如我們不主動宣戰，但我們國家陷入一個
35 危急的狀態，那當然要號召人民提起一個類似戰爭的正當防衛。但謝煜偉教授

1 在他的鑑定意見當中說，刑罰的執行有可能想像在這樣的狀態之下執行一個死
2 刑嗎？他認為這應該不存在那個刑罰了，國家如果發生那個狀態，那個刑罰已
3 經不是一個執行刑罰的狀態，所以謝煜偉教授提到所有執行死刑的狀態都不存
4 在一個國家可以主張正當防衛或緊急避難的情狀出現。

5 因此，如果要談所謂的正當性，當然就要找到死刑執行在正當防衛、緊急
6 避難及不能引用安樂死等等之外之正當性，因為這都是沒有辦法在設立的條件
7 下類比，死刑在整個審判的過程當中已經就過去的反省，透過一系列正當法律
8 程序審判，在這個審判架構之下，最後對於一個手無寸鐵、毫無抵抗的人執行
9 死刑，殊難想像國家可以主張有這個情狀，首先這個討論縱使是可以設想作為
10 一個權衡，但因為不可能存在這個狀況，因此沒有辦法用這個作為執行死刑或
11 認為死刑不違憲的正當化理由。

12 主席羅大法官秉成：

13 張大法官問的其實就是你們還是維持原來的主張，也就是生命權跟人性尊
14 嚴是不是劃等號、受到絕對的保護？也就是說，不可侵犯？

15 聲請方訴訟代理人顧立雄律師：

16 退步言之。

17 主席羅大法官秉成：

18 不用退，現在就先講這一點。

19 聲請方訴訟代理人顧立雄律師：

20 律師最喜歡退了。（笑）

21 主席羅大法官秉成：

22 不能再退了。

23 聲請方訴訟代理人顧立雄律師：

24 我是兩層論述。

25 主席羅大法官秉成：

26 兩層論述我們也瞭解，但是你先前這個論述的論證，現在我們要瞭解的是，
27 在這個論證底下，生命權被干預有例外，何以跟人性尊嚴絕對不可侵犯放在同
28 等的位階來看待？如果按照你所說，你還是可以接受生命權可以干預的例外，
29 也就不能因此正立死刑不可以為例外。

30 聲請方訴訟代理人顧立雄律師：

31 我只是反問正立死刑被干預的狀況，在執行的死刑的過程當中是不存在
32 的，這只是我們法律人說難聽一點在鬥嘴而已。

33 張大法官文貞：

34 現在言詞辯論終結前還是決定將人性尊嚴跟生命權綁在一起的論述，要退
35 步言之嗎？

1 聲請方訴訟代理人顧立雄律師：

2 我剛剛已經講了有兩層架構：第一層架構還是綁在一起；第二層架構是即
3 使不綁在一起，你對死刑這個國家剝奪一個生命要找到正當的理由，我不反對
4 大法官用第二層架構找到一個有利執行死刑的正當性存在。

5 我只是先說正當防衛、緊急避難的狀態，因為這個情狀永遠不可能發生在
6 死刑執行的身上，因此這沒有什麼意義，你就必須要另外找到其他的理由，這
7 就是兩次的辯論一直想要找尋的，包括有無嚇阻的效力、有無包括因為死刑而
8 存在就使犯罪因此可以下架，或者重大犯罪可以下架，如果沒有的話，要找其
9 他的理由。

10 主席羅大法官秉成：

11 如果是第二層憲法原則的審查，按照你們的主張是不是有包括比例原則？

12 聲請方訴訟代理人顧立雄律師：

13 有。

14 主席羅大法官秉成：

15 有無包括平等原則？

16 聲請方訴訟代理人顧立雄律師：

17 有。

18 主席羅大法官秉成：

19 有無正當法律程序？

20 聲請方訴訟代理人顧立雄律師：

21 有，我們的正當法律程序也是兩層。

22 劉大法官靜怡：

23 正當法律程序是不是第二層的其中一個？

24 主席羅大法官秉成：

25 或者是不是變成第三層？

26 聲請方訴訟代理人顧立雄律師：

27 我覺得我發言好像會被打斷，我也要像相對人說要有沒有被打斷的權利。

28 （笑）

29 剛剛羅士翔律師已經論證了，在我看來審判不完美是審判的本質，他剛剛
30 講的意思是說司法制度不存在著一個正當化死刑存在的程序，死刑存在是表徵
31 我們放棄對完美審判的追尋。

32 正是因為要揚棄死刑的存在，才表彰我們對這個完美的審判，包括一開頭
33 到最尾端永恆的追尋，這是國家的終極想法，我引用謝煜偉教授的理論，我深
34 受感動。也就是說，對於犯罪成因永不放棄理解，對於所有在你面前的被告被
35 社會化可能性的永遠不放棄，以及永遠不放棄對被害者、家屬的照顧及救護，

1 這三個是國家對犯罪發生終極的處理責任，從這個地方我應該認為可以論證出
2 死刑的違憲。

3 主席羅大法官秉成：

4 所以到底有沒有正當法律程序？

5 聲請方訴訟代理人顧立雄律師：

6 現實上不存在，現實上的正當法律程序不足以正當化死刑的存在。

7 主席羅大法官秉成：

8 所以你們認為不需要以正當法律程序來正立死刑違憲，第一層跟第二層就
9 夠了？第一層的人性尊嚴、第二層比例原則加平等原則，正當法律程序不用去
10 正立嗎？

11 聲請方訴訟代理人顧立雄律師：

12 我詞窮了，看看另外一位能不能回答。(笑)

13 聲請方訴訟代理人高煒輝律師：

14 我想針對張文貞大法官跟審判長提問，第一層是人性尊嚴加生存權或生命
15 權，假設鈞庭認為人性尊嚴的部分可能比較有疑慮，我先講一下我的想法，不
16 代表律團的想法，我認為應該可以退步，至少就生存權跟生命權的保障。

17 因為我們剛剛有提到錢法官的鑑定意見，其實生命權的本質內容足以導出
18 這樣的結論，不用連結到人性尊嚴，事實上德國的處理也是這樣，他們認為基
19 本法第 102 條只是一個宣示，不是因為人性尊嚴的關係，因為他們針對人性尊
20 嚴跟各個基本權之間是不是有必然的連結關係，事實上學說上有不一樣的意見。

21 因此我們或許可以說就第 15 條導出生存權的保障，生命權的保障連結到憲
22 法第 23 條，如果認為有剝奪禁止或是有本質內容保障的話，生命權加上本身內
23 容保障，其實就應該可以足以導出死刑是違憲的結論，我不曉得這樣的回答是
24 不是回答了張文貞大法官的疑問。

25 如果還有第三位階，就是審判長提示的，是不是還有其他正當法律程序法
26 律保障的問題，但基本上我們認為這可能沒有到那個層次，也就是我們認為第
27 一段跟第二段就違憲了。

28 主席羅大法官秉成：

29 倒不是說現實上沒有違反正當法律程序的問題，而是在違憲審查上，依你
30 們的主張，不用到正當法律程序的論證就可以正立死刑的違憲。

31 所以你們主張生命權放在生存權下跟錢法官的看法是一樣，是不是？

32 聲請方訴訟代理人高煒輝律師：

33 我們先位的主張是人性尊嚴加生存權，如果有退步的話，我們主張生命權
34 加本質內容保障，跟錢法官一樣，謝謝。

35 主席羅大法官秉成：

1 如果是第 15 條生存權位置的話，會帶到第 23 條的審查，而你用「限制」
2 這一句話作禁止剝奪主張的話，他變成是獨立審查，而不是說第 23 條只能做比
3 例審查，對不對？

4 聲請方訴訟代理人高煒輝律師：

5 事實上錢法官的意思就是獨立審查標準。

6 聲請方訴訟代理人顧立雄律師：

7 大法官要做什麼樣的審查應該是大法官自己決定，不要一直問我們。(笑)

8 主席羅大法官秉成：

9 我們如果沒有把你們的主張弄清楚，我們也無從審查。其他大法官繼續發
10 問。

11 張大法官文貞：

12 關係機關在三次的補充理由書當中，本次的審理其實有兩個，一個是規範
13 審查死刑的問題，一個是湯申案件違憲的問題，關係機關在幾次的理由書當中
14 並沒有明白處理這一塊，因此初步的意見甚至指出裁判可能有違憲之虞，我們
15 想要再次釐清一下，關係機關就湯申具體案件裁判違憲部分之主要立場為何？

16 主席羅大法官秉成：

17 第二項聲明判決違憲補充。

18 張大法官文貞：

19 書狀是寫「不無違憲之可能」。

20 關係機關訴訟代理人楊思勤律師：

21 關於湯申這個案件，我們認為是沒有違憲的，我們答辯聲明及答辯內容相
22 當明確，因為所謂的違憲並不是某專家說了算，一定要有權的機構做這樣的解
23 釋。

24 湯申這個案件有無違憲？應該繫乎死刑的判決有無違憲。我很誠懇向各位
25 報告，以目前我國制度來講，司法院大法官多次解釋死刑並不違憲，而且我們
26 也認為憲法對於所謂生存權是包括了生命權，也包括人性尊嚴，我們都承認，
27 但不能無限上綱，上綱到完全無法執行，憲法沒有這樣的規定，所以對於憲法
28 所保障的生存權，我們雖然肯定包含生命權、也包括人性尊嚴，但不可以無限
29 上綱，因此國家為了維護社會秩序、增進公共利益而行使國家的刑罰權，對於
30 嚴重的犯罪判處死刑，我們認為是有必要的。同時經過多次的辯論，所有正反
31 兩面專家都有各自不同的理論，卻沒有實證告訴我們一個國家死刑制度的維持。

32 張大法官文貞：

33 不好意思打斷您，因為等一下還有結辯的機會，現在想再確定一下。

34 關係機關訴訟代理人楊思勤律師：

35 我兩秒鐘就可以結束了。

1 因此，國家行使刑罰權對於嚴重的犯罪是有必要性的，我剛剛就講了從正
2 反兩方面專家學者的意見都告訴我們，沒有實證證明國家死刑制度的存在不具
3 有如此的功能、不具有增加公共利益或維護社會秩序的功能，因此我們的態度
4 就是死刑湯申案沒有違憲，誠如我在第一篇所談到的，湯申案並不是程序上有
5 何瑕疵的問題，謝謝。

6 李大法官荃和：

7 我來問一下關係機關，主要針對後來關係機關補充的第三份意見書，就這
8 一份意見書我們詳細看了之後覺得裡面有非常多法學及哲學的論述，寫得也相
9 當不錯。

10 我個人覺得少了一個涵攝回來的動作，前面提到關於滿多司法大法官應該
11 可以做到什麼程度，但我們看不太出來的是，你們想要導出大法官不應該對死
12 刑發表什麼意見及什麼程度，因為大家很關心司法抗多數決的問題，所以我把
13 我的問題明確一點，因為抗多數決絕對不是只有這個案件會遇到，像第 603 號
14 指紋案也是很明顯，其實跟多數的想法也是有一點落差，因此我想要用美國法，
15 當然你們等一下的回應不以美國法為例，因為美國法討論抗多數決比較多，我
16 想引美國法的例子為例，我想知道你們的理論基礎主要是以誰為主？甚至你們
17 提出來也可以，你也要告訴我們大法官說：比如這個案件無涉及到孤立分散的
18 少數或是並不是一個單一瑕疵的問題，所以我們不應該審或是我們審查的範圍
19 應該到哪裡。比如：Ackerman 的憲法時刻，你要告訴我說當初在制憲時，其實
20 就有意要採取死刑。比如：Sunstein 的司法極簡主義，你要告訴我說這一次我
21 們可以做到什麼程度，我要聽的是涵攝回來的動作，不限於我剛剛講的理論及
22 不限於美國法的理論。

23 我們從這一份關係的意見書看不到最後一塊，你們只有提了一個心理學博
24 士意見說「好人總是自以為是」，我們大法官怎麼結論也不要讓大家覺得我們自
25 以為是，所以我們很希望可以聽到這一塊，謝謝。

26 主席羅大法官秉成：

27 大概就是關於本件你們重要的主張，也就是死刑是否存廢的問題，最好的
28 選擇是立法選擇，而不是由司法決定，你們也提出一些書狀，但能夠免於司法
29 審查在現有大家比較可以接受、不需要多加論述的就是提出高度的違背審查。
30 為什麼死刑這個議題你們主張要別於司法審查，應該交由立法或其他決定？這
31 在你們的正立之因，那些資料的連結度看不出來，請你們補充說明。

32 關係機關訴訟代理人范世琦律師：

33 關於到底要如何論證，我們主要的原因最後結辯我們會再講。至於剛剛大
34 法官、審判長提的部分，我們會請莊士倫檢事官就哲學方面的部分作一個回答。

35 關係機關訴訟代理人莊士倫先生：

1 大法官、各位來賓大家好，因為我不是律師團的正式成員，我是律師的大
2 學同學，目前在地檢署服務。

3 他們其實找我是就哲學、社會學等部分提出一些協助，其實我這一份文章
4 或這一份書狀可能沒有寫得很清楚，我主要想論述的是，不宜用人性尊嚴絕對
5 或生命權絕對這種道德信仰宣稱，這並不是憲法審查的標的。但是你用那些刑
6 事邏輯可以開採，比如像剛剛講的誤判跟嚇阻力，那用很多經驗跟形式去對的
7 東西，那可以審查、可以問的。

8 但我們發現所有的廢死論述，包含死刑違憲論述的開頭，一定先丟出道德
9 信仰跟道德主張，而且踩得很死，就是絕對人性尊嚴，這講死了以後，後面都
10 不用講，再怎麼比平等原則、比例原則都不用比，因為一定不平等，它跟其他
11 自由刑完全不一樣，一開始把這個提高最高，其他東西怎麼比都不平等、不合
12 比例。

13 因此我的意思是說，這一份文章只是說寫那麼多社會學跟其他東西的論
14 述，只是要突顯釋憲機關、法律菁英對於道德信仰，但道德主張這一件事並沒
15 有比公理優越。剛剛李大法官提到那一些美國法的東西都可能是理性開採出來
16 的，可以去審、可以去做、可以去開採沒有關係，比如剛剛講冤獄的一些誤判
17 問題，甚至可以想像的是，我可以在立法上討論限縮，限縮到絕對誤判，比如
18 是立法上如何限縮到目擊證人、錄影帶拍到，我們只是要去駁斥一種一開始如
19 果就說死刑這種東西是侵犯絕對人性尊嚴，那就沒得討論，後面怎麼討論就不
20 對。

21 因此這整篇文章講的是，法律菁英、理性菁英並沒有更好的資格對事情無
22 更好的觀點、看法及情感，去決定一個道德信仰，就像人性尊嚴絕對、生命權
23 絕對的東西，當然像剛剛第 23 條所講的限制剝奪，那都是文字解釋或是釋憲原
24 因，那都是理性可以討論、可以審的東西，只是這篇文章協助他們打道德信仰
25 跟所謂實質理性的部分。

26 主席羅大法官秉成：

27 有無其他的大法官提問？

28 李大法官兆環：

29 我想請問聲請方跟關係機關同一個關於「恣意」的問題，早上從最高法院
30 黃法官特別提到我們看到很多個案判決，更一、更二的判決結果歧異很大，因
31 此判決的結果會因為法官的判斷而有不同。

32 我想問的是以刑法第 57 條為例，當時刑法第 57 條的立法目的，某程度是
33 保留法官對於個案衡平正義考量的參考法條引用，我想問的第一個問題是何謂
34 「恣意」？如何跟衡平原則去做一個區別？

35 接下來問的是，法官的判決結果會因為個案法官的不同，就有不同的結果，

1 因此等於恣意嗎？或者是不當然等於恣意？又或者是要從怎麼樣的制度建構當
2 中去避免以衡平之名、行恣意之實，而建構一個禁止恣意的標準化原則？我想
3 這個比較重要的部分請兩造釐清，以上。

4 聲請方訴訟代理人顧立雄律師：

5 在不涉及死刑案件當中，強調的是正當法律程序的確保；在死刑的案件當
6 中，要請各位大法官抉擇的是死刑生命的價值在這一刻、在審判時，一定有一
7 定差異程度的情況，也就是容忍對於不同法官對於可能相同的卷證、相同的被
8 告有可能不同裁判可能性的情況之下，而對於死刑給他科處生命剝奪之正當性
9 無法完全正立的情況下，又容許進一步因為本質上一定容許可能不同法官對於
10 同樣一個站在面前的被告有不同的判斷情況之下，如果各位大法官要用一個最
11 嚴格的審查標準來審查死刑違憲與否時，各位就要面臨這樣的問題。

12 反過來講，當所有提到其他自由刑情況時，我當然會認為國家的責任還是
13 要去努力，將所有的審判完成所有的正當法律程序，這個問題當然在於不可以
14 主張我不需要履行正當法律程序，就判人家無期徒刑或徒刑，我的問題在於有
15 可能面臨本質上恣意時，死刑當然更具有比其他自由刑更高的審查標準。

16 聲請方訴訟代理人李宣毅律師：

17 請求補充。

18 主席羅大法官秉成：

19 請聲請人補充。

20 聲請方訴訟代理人李宣毅律師：

21 謝謝審判長。一個簡單補充，聲請方援引今天早上鑑定人錢建榮法官所說
22 的，三十年來死刑判決上的理由就是那些文字，我們要詢問那一些文字是怎麼
23 來的？是法官學院裡面有教過如何判斷、怎麼評價一個人的性命嗎？當我們要
24 終結他性命的時候，我們要問他為什麼墮落到這個地步的時候，我們是透過什
25 麼樣的程序去問為何你這麼墮落？什麼東西讓你墮落？如果沒有調查，這就是
26 「恣意」，以上。

27 主席羅大法官秉成：

28 關係機關范大律師。

29 聲請方訴訟代理人高煒輝律師：

30 不好意思，我補充一下。

31 關係機關訴訟代理人范世琦律師：

32 還有啊？這樣會不會太多啦？

33 主席羅大法官秉成：

34 等一下，如果需要再補充，請再下一輪好了，讓范律師先來。

35 關係機關訴訟代理人范世琦律師：

1 謝謝審判長。

2 聲請方訴訟代理人顧立雄律師：

3 他說「太多了」。

4 關係機關訴訟代理人范世琦律師：

5 太多啦！已經三個了。

6 聲請方訴訟代理人顧立雄律師：

7 我覺得你這樣子。

8 主席羅大法官秉成：

9 沒問題，訴訟指揮讓我來，范大律師，讓審判長做訴訟指揮，雙方的言詞
10 就稍微節制一下，請。

11 關係機關訴訟代理人范世琦律師：

12 所以現在可以陳述了，是。

13 站在機關代理方這邊的立場來看，我們其實認為裁量這東西基本上是一個
14 無法避免的，但我們更希望那個裁量其實是有一定的規範來限制，因為我們認
15 為當一個同樣的事證，結果因為人為的不同，導致一種裁判的矛盾，這本身對
16 國民來說根本是一件不能接受的事，我們也認同現行一些司法實務上有這麼多
17 的不完美，我非常樂見他們被正當法律化嚴格要求；至於恣意這一件事，我們
18 當然更認為是不可以接受的，我們不希望這些都可以透過所謂法律正當化來把
19 它修建到盡量完美的地步，可是，我們認為這終究探討死刑的效果論，並不是
20 本質論，謝謝。

21 主席羅大法官秉成：

22 高大律師請補充。

23 聲請方訴訟代理人高煒輝律師：

24 我想鈞庭可能要問的是到底哪裡有「恣意」，我們要主張的是，司法就死刑
25 的案件如何劃定哪一些被告應該判死刑、哪一些被告應該判處無期徒刑，這樣
26 的劃分其實是沒有一個絕對的標準，這中間構成恣意，我們的答案是這樣。

27 為何我們講到錢法官上午所說的那一些案例？這一些案例其實就是告訴我們，
28 看起來有一些應該用同樣的言語、同樣的理由，有的判死刑、有的判無期
29 徒刑，換過來可能結果還是一樣。這樣的結果告訴我們說我們的司法沒有辦法
30 告訴我們一個絕對的標準，這問題並不是因為同樣的卷證由不同的法官判是不
31 是會產生這個問題，所有死刑的案件不管換不換法官，結果都一樣，我們強調
32 的是，特別在不斷更審的過程中，更突顯了這個問題，因為不同組的法官判斷
33 更會不一樣，以上補充，謝謝。

34 主席羅大法官秉成：

35 一個程序問題是，剛剛審判長的疏忽，關係機關後來最左側的檢事官陳述

1 意見，我沒有先詢名，是否以訴訟代理人的身份陳述意見？

2 相關機關訴訟代理人范世琦律師：

3 以副代理的身份。

4 主席羅大法官秉成：

5 請你們補一下副代理的委任狀，程序上也已經快完畢了，程序上我們需要
6 瞭解一下，為了紀錄的方便。

7 關係機關訴訟代理人范世琦律師：

8 請審判長給我們兩分鐘的時間補充說明。

9 主席羅大法官秉成：

10 等一下我先把程序處理一下，是這一位檢事官補充嗎？

11 關係機關訴訟代理人范世琦律師：

12 是。

13 主席羅大法官秉成：

14 如果可以的話，應該是補充訴訟代理人，因為副代理有一點怪。

15 關係機關訴訟代理人范世琦律師：

16 但我們認為還是有一些是專業上的區別。

17 主席羅大法官秉成：

18 也無妨，你們就用訴訟代理人來補充，我們容許。

19 關係機關訴訟代理人莊士倫先生：

20 首先，我不是官方代表，我剛好是檢事官，我們大家其實都可以審查那一
21 些刑事理性的東西，包括我剛剛講的誤判、恣意、有無可能教化的部分，但我
22 認為必須非常重視大家在論證這一件事時，一定避不了論證其他自由刑有一樣
23 的問題，不管是恣意、教化可能性，十年的時候要論證九年沒有教化可能性，
24 所有的刑責除了刑罰以外，你要論證所有其他質疑時都必須同時論證其違憲
25 性，因此 Davis 講得很好，在他的鑑定意見書提到「我無法想像在不論證其他
26 刑罰不違憲情況下，單獨論證死刑的違憲」，謝謝，請各位慎重考慮那一篇鑑定
27 意見。

28 主席羅大法官秉成：

29 謝謝，我想多保留給兩造辯論的時間，各位大法官有沒有非問不可的問題？
30 如果沒有的話，我們就進入最後的結辯。

31 現在是不到五點十分，原來表訂時間給兩造各二十五分鐘，因為我剛剛有
32 講最好在今天六點以前結束，兩造對各二十五分鐘的時間夠不夠？或者有沒有
33 要先陳報一個時間？

34 聲請方訴訟代理人顧立雄律師：

35 請問一下審判長，二十五分鐘是我們可以不限於一個人？

1 主席羅大法官秉成：

2 是的，共享一個時段。二十五分鐘可以嗎？

3 聲請方訴訟代理人顧立雄律師：

4 可以。

5 主席羅大法官秉成：

6 關係機關需要多少時間？

7 關係機關訴訟代理人范世琦律師：

8 二十五分鐘，我們會帶著計時器講話。

9 主席羅大法官秉成：

10 謝謝（笑），那倒不必。

11 我們還是由聲請方先作最後的陳述，開始。

12 聲請方訴訟代理人顧立雄律師：

13 諸位大法官，其實我下面講這一段原來是在5月1日時要講的，但因為那
14 一天大法官很多問題急切問我，所以我並沒有時間把它講完，我最後利用這個
15 時間稍微講一下，之後就請李宣毅律師再做最後的陳述。

16 我那一天要講的是，其實講到底就是基本價值的決定及抉擇，也就是誰應
17 該被放棄的選擇。大法官就這一個問題考量時，如果跟我採的觀點相同的話，
18 我想這個問題就會很清楚、明確，我基本上的關聯認為沒有人應該被放棄。

19 相對來講，贊成的人不管是有條件的贊成死刑的存在或是完全認為死刑是
20 合憲的，其實必須要回答一個更困難的問題，也就是剛剛大法官綜合訊問時提
21 到，我們聲請人代理人也有問的問題，也就是決策的標準是什麼？鄭善印教授
22 在答詢時，說人都是可以自主決定的，一旦自主決定時，就等於決定了他日後
23 會面臨執行死刑的命運。

24 這個觀點我想其實就是兩派的分歧開始，從社會連帶的觀點來看，這是我們
25 會導出的當然結論，也就是死刑是違憲，因為我們會認為犯罪成因絕對不是一
26 個這麼簡單的，也就是個人可以自主決定要做或不做那一件我們認為人神共
27 憤、慘絕人寰、罪無可逭的事情，從來就不是如此，在我三十二年的律師生涯
28 過程當中，研究過的死刑犯有成功，像蘇建和，有的失敗還在待決，像邱和順，
29 也有失敗已經被執行的。

30 我的感覺就如同錢建榮法官在法官生涯當中，他去面對在他庭前的每一個人，
31 也許我們律師可以更進一步接觸，去瞭解這一個人的一生，我會說當你瞭解
32 每一個人的一生，當你的距離跟他是在面對面近距離的情況之下去瞭解所有一
33 切時你就會理解，如果你不能假手於他人來做這樣死刑的決定，你必須正視
34 著他的眼睛，告訴他說你應該死，我覺得我應該做不到，我也不相信真正一個
35 有理性的人在面對這樣人的一生，理解他所有的過去之後，會很斷然告訴自己

1 說「這個人絕對沒有教化的可能性，這個人應該要徹底從群體之中被排除」，我
2 是沒有辦法做出這樣的抉擇，對我來講永遠也沒有辦法做出。

3 我只能告訴自己，其實我自己比較幸運，也許我的父母沒有吸毒，也許我
4 不是來自於單親家庭，也許我的家境並不是那麼貧窮，也許我在人生的成長過
5 程當中都是人生勝利組，我並不會輪落到人生的失敗組，我不會因為在某一次
6 的感情糾紛當中，情緒上一直爆發，我也不是一個因為吸毒的人在一次被警察
7 攔截的過程當中，不慎拔起警槍把警察給殺了。

8 我只是要講，我們每一個人都是在薄冰上面，我們只是運氣比較好，我們
9 沒有掉下去，而有些人很不幸的踩到的是一個比較薄的冰掉下去，對掉下去的
10 人，我們看著他告訴他說「你應該被終結，你應該從群體中徹底被剔除」，這件
11 事情我覺得就是一個侵害人性尊嚴的事情，是一個徹頭徹尾侵害人性尊嚴的事
12 情，那是對一個人徹底的否定，而我們有什麼權利？只是因為你比較幸運，你
13 就可以否定他，你只是比較幸運而已，沒有什麼其他的理由，你真的只是比較
14 幸運，所以當我們坐在這裡說少數的菁英在決定這個死刑是否違憲的同時，我
15 想說一句話，所有贊成死刑的人，你不要假手於他人，你就面對他、瞭解他的
16 一生，然後告訴對方說「你就是人渣，你就該死，而我有正當的理由把你處死」，
17 我覺得會有這樣論調的人，在我看起來至少用一個形容詞來講一滿可悲的。我
18 最後的結辯先到這裡，避免時間超過，我把時間交給李宣毅律師。

19 聲請方訴訟代理人李宣毅律師：

20 非常感謝憲法法庭開啟了這樣的程序，讓人民有機會進入法庭，與實施司
21 法程序者對話。更重要的事情是有很多聲音在這裡出現，這才是真正憲法法庭
22 應該要進行的程序，感謝大家。

23 我是聲請方的律師，一般來講在法庭上我需要說服的對象是法官、不是對
24 造，但在這裡、在這個憲法法庭、在這個國家要聽到所有意見的地方，我覺得
25 要珍惜這個機會跟關係機關、跟支持死刑的民眾，尤其是死刑犯所加害的被害
26 人家屬來對話。謝謝理事長還坐在位置上，這一段話我想跟您分享。

27 我們不只是為了被告加害者在這裡，我們也是為了被害者，從被害者的角
28 度來講，我要陳述這個國家選擇死刑這樣刑罰手段來消滅的犯罪後的正義是沒
29 有道理的。王薇君小姐、林作逸博士到庭來對話，我可以深切感受到他們想傳
30 達的痛苦跟悲傷，我不可能知道你們有多痛或多悲，但我可以知道我的。

31 我有這樣的被害經驗，在過去一樣是難以揮去，在我高一的暑假，一手把
32 我養大的外婆，在炎熱的夏夜孤零零在幽暗的小巷裡，因為搶劫而被殺死，在
33 我的腦海裡我只有一個影像，那就是外婆在加護病房的床上，她的臉是僵硬的，
34 而且是非常非常驚恐的表情，那個表情永遠烙印在我的心中。我的母親是個女
35 強人，在諮商期間不曾崩潰，但在所有的事情都辦完之後，回家的路上她坐在

1 駕駛座上，車子還在開，她突然像個小娃一樣大哭說「我沒有媽媽了！我沒有
2 媽媽了！」我的激動、我的淚水、我的仇恨，我相信我當下如果這個人在我面
3 前，我可以親手把他殺了，這是不是理性？當然不是。

4 所以你告訴我你的至親在你的眼前被人家殺了，你跟我說你要親手殺了對
5 方，以律師團的意見，我沒有問題，你願意背負責任，你願意這樣做，我沒有
6 問題，因為可能我一也會這麼做；但你如果跟我講你的復仇是要靠國家，我要
7 告訴你，我反對，我百分之一百反對，請容我來說明為什麼。

8 外婆的事情發生之後偵查機關毫無進展，我從來不知道偵辦檢察官是誰，
9 我唯一看到檢察官那一次，他只來看冰櫃裡的外婆相驗，有的時候我很羨慕你
10 們，你們還有一個人的臉、還有一個人的名字都可以仇恨，我連仇恨的權利都
11 被剝奪了，我還是高中生而已，所以我很努力壓制我的仇恨，我每天的眼神裡
12 面都是仇恨，我不是睡覺就是唸書，我本來是一個要被留級的自然組學生，我
13 轉到社會組之後，我沒有當過第二名，幾乎沒有。為什麼？當時的我很無知，
14 我就是想要瞭解刑法、我想要瞭解犯罪，我渴望知識帶我穿越那一張不知道是
15 什麼樣的臉龐、不知道誰是犯罪行為人的臉龐，我要瞭解這一件事為什麼會發
16 生，我的外婆就這樣沒了。

17 進入大學之後，原本終日被仇恨之火燃燒的我接觸到犯罪學，我知道各種
18 犯罪的類型，我認識了一些刑罰，我知道刑罰如何評價罪犯，事實是知識讓我
19 自由了，我發覺因為我不知道那個人是誰，我不知道他的名字、我不知道他的
20 臉龐，反而我獲得更多的空間去幻想、去猜測，為什麼他或他們要殺了我的外
21 婆。

22 有很多傳言可能是一個年輕人下手，另外一個人騎摩托車在旁邊把風掩護
23 街頭，我想很可能只是台中市大雅路上到處充滿著酒店、賭場和電動玩具店，
24 他們可能只想存一點錢去快活，又或者是失業的中年人走投無路，他挑了一個
25 弱勢中的弱勢一老人，因為不專業一時下手更重，奪了我外婆的命，又或者更
26 單純只是一群瘋子喝完酒、嗑完藥，就是想要玩弄人家，玩慘老人、玩慘女人。
27 我繼續猜想，如果是少年，他的家庭在哪裡、他的父母在哪裡、他的老師在哪
28 裡、他跟社區的連結是什麼？如果他有工作，他跟職場、社會連結是什麼？為
29 什麼他會淪落到這個地步？如果他是中年人，為何他被職場拋棄、為何他被妻
30 子拋棄、為何他被子女拋棄，而且他被國家拋棄？如果那是一群瘋子，誰認識
31 他們？他們在哪一個社區？為什麼他們對人命的認知這麼單薄？是家庭、學
32 校、部隊、社會職場哪一個環節，讓他跟我們脫節，完全失去對於人的尊重，
33 就這樣，我每天抱著這些學問的書本去觀察、去推測我的外婆怎麼死的。

34 假設殺我外婆的人找到了，國家跟我說「李宣毅，我幫你殺了他」，我會想
35 問國家，今天要殺一個人，一個人是從媽媽的肚皮裡面出生來到我們世界上，

1 原本是一個完美的天使、原本是一個純潔的 babe，是誰誘惑他、是誰逼使他，
2 讓他墮落、墮落再墮落？是什麼因素、環境、社區及何任何關係，讓我們之中
3 的一份子墮落到那個地步，培養出這樣令我們痛恨的犯罪行為人！

4 如果我們瞭解犯罪者從天使墮落成惡魔的過程，為什麼我們總是執著於殺
5 掉那個墮落的天使，而完全忽略誘惑使他墮落的撒旦？單純殺掉那個墮落的天
6 使，就像在洪仲丘案裡面，我們僅僅處罰那一個把仲丘過度操練的禁閉室士官，
7 而完全對後面那一群公報私仇、濫用懲罰制度的官僚毫不追究一樣，你覺得禁
8 閉室的士官應該被檢討，還是後面的那一群官僚？答案很清楚。今天國家好不
9 容易抓到犯罪行為人，卻對於他此生為何如此墮落、為何被撒旦誘惑毫不在意，
10 這一個犯罪行為人因為他被撒旦誘惑過，所以他的身上有撒旦走過的足跡，我
11 們要追的是撒旦，被害者要的是不要再發生這種事情了！

12 這個犯罪行為人剛好就是可以指證撒旦在哪裡的關鍵目擊證人，但我們國
13 家大剌剌不管撒旦在何處，就是急著要殺掉可以證明撒旦在哪裡的墮落天使。
14 為什麼？難道國家在維護撒旦嗎？這個太危言聳聽了。剛剛 Sato 鑑定過程中也
15 暗示了好像國家喜歡執行死刑，國家在這個過程當中沒有給予足夠的訊息，這
16 是很大的疑問。很大的童話故事當中說了很好的比喻，哈利波特裡面有一段是
17 「公布大魔王的存在、公布大魔王的重返，會反覆多次證實行政系統上有多少
18 失誤，反覆證實從你我這個社會所產出罪大惡極的人」。如果我們的系統本來正
19 常運作，事實上有非常多的機會可以挽救他免於撒旦的誘惑、可以挽救他免於
20 繼續墮落，如果真的追緝撒旦，我們會發現真正無能的是國家、真正荒唐的是
21 國家，社會中各個系統不斷地失能，這種事情會不斷、不斷被證實。

22 本案基礎事實湯申他殺了一個兩歲的小孩，他是出於被壓迫、遭歧視，在
23 酒後憤怒殺三人，連小孩都殺，基督教的七大原罪之一，撒旦誘惑了湯申。墮
24 落的關鍵點是什麼？要禁絕這樣的事件不要再發生。如何處理？不是殺掉湯
25 申，而是國家要盡全力去滅絕被壓迫、遭歧視的這一些事情，殺人辦不了。

26 國家忽略了湯申所受的困難，因此所產生的憤怒，而讓撒旦有機可趁，再
27 來一次，國家不管自己對湯申的照顧有多麼失敗，反倒第一時間想要殺掉湯申，
28 掩蓋自己的過錯。殺掉湯申可以防止犯罪再發生嗎？對我來說，我是一個犯罪
29 被害人家屬，我要的復仇、真正的復仇是幹掉那個撒旦，而不只是墮落的天使！

30 可能你會告訴我同意一部分，你會說「好，我們把撒旦幹掉，但那個犯罪
31 行為人也要殺掉」，如果你真的如同我所說的逐步挖掘並且認識、瞭解犯罪的成
32 因之後，或許你可以瞭解到一個天使墮落變成惡魔的過程，在瞭解的過程當中，
33 往往殺死他的念頭就會逐漸減弱。如果你又知道真正的真相是，國家在殺掉墮
34 落的天使之後，對於追尋撒旦這件事毫不在意，你就要開始實際想想這是你
35 要的正義嗎？

1 以鄭捷的案例為例，到目前為止我國哪一個單位強制發覺、研究，最後進
2 一步告訴我們，是什麼原因讓鄭捷如此墮落？殺死鄭捷不會讓我們知道墮落的
3 原因，也不會因此防止下一個鄭捷出現，只有找出誘惑人類墮落的因素，解決
4 那個因素、追殺撒旦，這才是真正的正義。殺一個人不是正義，如果我們這樣
5 做，我們就是放撒旦走。如果有一天我們真的把撒旦抓出來、被解決了，那個
6 被撒旦影響的墮落天使，難道他不會變得更好嗎？一個被告不會變得更好嗎？

7 母親節快到了，我的外婆是南投縣認定的模範母親，我外婆死的時候什麼
8 都沒有留下，只有報紙上一個小方塊寫著「模範母親遇到搶劫、命喪街頭」。這
9 二十年來我一直告訴我自己說不是這樣就沒有了，外婆的死一定是一個訊息、
10 是一個明示、是一個巴掌要打醒我，說不定就是希望我在這個地方說出這樣的
11 話，作為一位將近二十年的犯罪被害人家屬，我認為外婆的死是要告訴我，我
12 們必須要擁抱我們的家人、擁抱我們的鄰居跟擁抱我們的社會，只有穩固緊密
13 聯繫人與人的感情，不要無視放棄、歧視及排除我們身邊的每一個人，犯罪的
14 成因就會減少，撒旦可以依存的空間就會逐漸滅絕，而這就是憲法交代我們做
15 的事，廢除死刑就是逼使我們的國家、逼使我們自己去面對真正犯罪成因的第
16 一步，用平等的心把每一個人擁入懷中，愛與關懷才是解決犯罪的方法。殺，
17 一點用都沒有，以上各點請庭上參酌。

18 主席羅大法官秉成：

19 謝謝李大律師，聲請方你們還有三分鐘，夠嗎？

20 聲請方訴訟代理人吳志光教授：

21 夠，我想回應一下剛剛關係機關複代理人所提到的問題。

22 我相信大法官不僅解釋憲法，也是捍衛憲法的價值信仰，對我們來講人性
23 尊嚴跟生命保障是一個價值信仰，不僅僅只是道德信仰而已，而且我必須要認
24 真地說，一個憲法如果沒有特定的價值憲法，這個憲法是沒有生命的。如同早
25 上黃瑞華法官提出一點中肯意見，在台灣我們面對過去空有憲法保障而沒有人
26 權內涵靈魂的威權時代是沒有轉型正義的，忘了其實這一部憲法在 1947 年之制
27 憲理想難道不是為了保障人權嗎？

28 你可以說那個年代可能還沒有思考到人性尊嚴、生命權及死刑的議題，但
29 法與時俱進，我要講的是，正是因為人類對於人權的觀念尤其在二戰前的價值
30 相對主義，經過二戰尤其威權、尤其種種對人權歷史侵害的經驗，那種價值往
31 往被揚棄了，我們現在是價值絕對，也就是當我們確立了一個社會當中對哪些
32 價值信仰應該要沒有妥協且絕對保障時，我們才有可能去捍衛任何想要動搖這
33 個憲法的勢力，這不僅僅是對人權的保障，也是在政治上防止極端思想的出現。

34 大法官其實曾經講過一段話，「縱令在威權時代，國家屬於非常時期，也不
35 能去剝奪一個人的內心的信仰自由」，意思就是你不能強迫他違背他的良知，縱

1 令國家在非常時期還有人權保障的最低底限，而我們現在國家已經不是非常時
2 期，我們不是要做一個正常國家嗎？我們不是要做一個人權保障的國家嗎？我
3 們難道不能重拾我們應有的人權價值信仰嗎？因此我不認為我們所捍衛的只是
4 一個人性嚴肅的道德信仰而已，應該是一個憲法的基本價值信仰。

5 主席羅大法官秉成：

6 謝謝吳教授準時在二十五分鐘之內結束，關係機關一樣是二十五分鐘，哪
7 一位先請？

8 關係機關訴訟代理人范世琦律師：

9 首先我對於李大律師個人的經驗感到非常敬佩，身為一個受害人的情操可
10 以如此昇華，是一個非常可貴的事情；但我們無法要求一般人也能夠做到這樣
11 的情操。

12 吳敏誠，可能很多人不知道他是誰，事實上他在十六年前先殺了他的外遇
13 女朋友，十六年後他在內湖拿著手槍對他另外一個女朋友從後面開槍，殺了她，
14 正因為第一次他其行可憫，他和解了。在更二審法官的判決時，法官說「該判
15 死刑時，就要有勇氣判死刑，法院畢竟不是教堂，況且佛祖在《長阿含經》也
16 說到『殺一個惡人等於是一個大善人』」，這是法官說的，不是我們律師說的。
17 所以，我們認為在法律的實務上法官也是有一樣的看法，在我們進入一個理性的
18 的論述之前，我希望能夠花四十秒的時間播放一個影片。

19
20 (播放四十秒影片)

21
22 我們播放這個影片給大家看，其實不是為了要玩什麼煽情手段，這整件事
23 情是最近才發生的，發生地在大陸，那個小朋友後來沒事，因為加害者腳踩空，
24 沒有踩準他的頭，他拿著掃把打他的時候，還好拿的不是鐵錘或者是很長的東
25 西。為什麼今天我們要播放這個東西讓大家知道？我看到非常驚訝，我非常憤
26 怒！我不是被害人的家屬，但我認為即便身為法律人，我們也會有我們的情感，
27 他其實還不算是一個真正殘忍的兇殺現場，如果我們今天去看台南殺童的命
28 案，去救護的消防替代役說他永遠都不會忘記這一件事，他看到遊樂場被殺的
29 小孩，脖子上兩個骷髏、血噴滿地，他永遠不會忘記這一件事。

30 我們只是想要說身為國民也有一般的情感，我們希望即便是法律人或是所
31 謂學術的菁英在探討這一件事時，我們會帶著一種情感，而不是帶著一種隔離，
32 「隔離」好像在探討一個電影的劇情一樣，不是，這都是真實發生的人生，我
33 們希望提供另外一種思考。我並沒有說當我們帶著一種憤怒、難過或沉痛時，
34 我就要去做報復，沒有這回事，但我們不能隔離，好像一副這些被害人都不重
35 要，不是這樣，各位有機會總是看到類似幾近於兇殘的場面，真正的兇殘根本

就看不到，我們沒有機會參與、我們沒有機會去介入這一件事。

接下來我們要談的是我們理性上論辯的主張，我們當然很高興有這樣的機會能夠經過兩天將近十位鑑定人及各大法官給我們各方陳述意見的機會。我們認為這一件事死刑的存廢沒有什麼必要性，我們認為很多事情是可以取決成民意，如同一開始開庭陳述時我們就提過，任何一個國家、任何一個機關、任何一個職務到今天放在台灣的社會當中，我們應該具有高度信賴一般國民價值判斷的能力，為什麼？

很簡單，其實大家都受有高等教育，大家對公民議題都很投入、能夠聚焦及討論，甚至於媒體管道的取得非常清楚，是可以論辯的。為何我們今天要用司法的方式來作一種所謂取代呢？難道我們的國民沒有能力可以自己去判斷對死刑的存廢、參與自己的想法嗎？透過所謂公民投票的方法或是立法討論的方法，來達到我們對於死刑要存或者是廢的問題，我們為什麼沒有這個條件呢？這我們不明白。

因此站在我們的想法是，今天既然開啟這個對話，我們很高興。大法官其實是少數的，說實在話，他們當然是法律上的菁英，他們會引導我們思考所謂人性尊嚴跟公平正義的概念，我們非常歡迎，他們透過這一種教導，教導我們的國民如何思考這一件事，但我認為無法教導你思考之後的感覺，你的感覺不正義、你的感覺不沉痛，你的痛不是痛？我不認為是這樣子。我認為我們可以做這樣的論辯，而且當今天的國家進行此對話時，為何不放大格局？我們會認為在菁英的知識界當中，跟死刑議題有關，死刑議題本身是攸關全國的大事，為何不把所有相關的知識份子、教授及大師全部找來？哲學、法學、倫理學、語言學、統計學、社會學、歷史學及生命科學，為何都不請來當鑑定人呢？我們來聽聽看多數看法到底為何？

當然，這裡要建立一個鑑定規則，到底最後是要用少數對抗多數，還是以多數的意見為主。如果菁英與多數的看法是這樣，當菁英形成一種共識之後，是不是再來跟國民對話，我們也會非常樂意聽取，因此我們認為如果要對話就放大格局，也許只有台灣是這樣做。我們來看其他世界，我們常常講到世界潮流，我們覺得世界潮流的標準其實是不一的，不一定是對的。世界潮流很多，一百九十四個國家，加上梵蒂岡跟台灣的話，總共加起來一百九十六個國家。真正廢死的只有九十五個國家，如果加上一些沒有廢死，結果被算到廢死那邊去，我覺得是一個吊詭的做法，因為只要保留死刑就有其正當性，結果我們還幫他解釋。

再從另外一個角度來看，這裡面還有很多用歐盟綁票的方法，你想加入歐盟就必須要廢死，我不認為其有真的民主討論，如果今天我們算人頭，世界潮流是用算人頭的，一個中國大陸可能比上三個歐洲了；當然很多人會說中國大

1 陸是一個威權的國家，習近平說了算，我相信習近平如果不講話，中國大陸絕
2 大部分可能支持死刑的更多，因此我認為世界潮流本身是一個問題。

3 我們回到一個問題來，我們認為這個論辯終究是回到本質論，也就是死刑
4 這個東西到底正當不正當、正義不正義。我相信我們幾天下來論辯在三個觀點
5 上：

6 第一個，死刑到底是不是一個酷刑？到底是要問手段問題或者是問死的本
7 質是一個酷刑？如果死刑是不是一個酷刑是探討到我們的執行方法怎麼樣能夠
8 比較人道一點，我認為說不定化學家跟物理學家他們更有興趣，他們能夠提供
9 一個人道的方法，不知道這樣算不算酷刑？但如果死刑就是酷刑，那我想是一
10 種無限上綱。

11 第二個，人性尊嚴不可侵犯沒有錯，因為到今天我們越清楚，人性尊嚴的
12 定義跟結構到底長什麼樣恐怕人云亦云，恐怕我們今天看了十位鑑定人，每一
13 個人的看法顯然不一，因此我今天特別問了一個問題，我們僅做法律學上的探
14 討，是不是有一位鑑定人能夠幫助我們把世界一百九十六個國家，憲法當中提
15 到有人性尊嚴的翻譯出來，在這種情形下，能不能先找出來我們做一個法學上
16 研究的比較。除此之外，其他領域對於法學這種所謂人性尊嚴的看法又如何？
17 沒有。我們關起門來都在法學界，我們想聽聽其他的菁英界，尤其是十大領域
18 有什麼看法？

19 第三個，死刑是一種將人本來為主體，後來變成物之客體，我們認為與其
20 他刑種是一樣的意思。接著本質論以外的是效果論，也就是我剛剛講的死刑違
21 反國際潮流，我覺得國際潮流計算方法有不同的想法。

22 再者，法律菁英應該勇敢對抗多數決的國民，我們會認為對抗這個自由必
23 須先證明一件事，多少決是不正義的、野蠻的，說實在話，我們也承認大法官
24 或是法學菁英當中的確有一些專業上的術語，我們就稱他為菁英，可是不代表
25 國民是墮落的，我覺得這是一個對話的方式，所以我建議擴大對話方式，讓我
26 們來看看法界一旦有不同聲音的時候，包含國內、包含國外到底要如何對抗，
27 要對抗他們的不正義嗎？

28 再者，誤判、冤獄是我們經常提到的，這些東西我們都主張要努力消滅跟
29 消除。恣意的裁量剛剛也提過我們也不贊成，我認為這都是法律正當化的問題，
30 也就是法律制度上盡量做這樣的事，假設沒有誤判、假設沒有恣意裁量、假設
31 的確就是證據確鑿，請問我們不用死刑對抗他嗎？

32 再者，所謂的「弱勢」、「其行可憫」，今天的台灣早就不會用這個來處以死
33 刑，根本不會，法官都是求其生而不可得，當然錢法官跟我們說這講的都是空
34 話，律師不方便說什麼，但我們會希望真的有一天是可以用法律制度節制它的，
35 把量刑制度做出來，我們律師非常非常歡迎！

再者是嚇阻力，很多的實證一直都在講完全沒有嚇阻力的問題，我只提到犯罪率的問題，我覺得犯罪率的一種實證必須建立在一種基礎上，你可以確定今年量產多少殺人犯，明年呢？不管有無廢死，你永遠看不出來一年到底有都是名額是要殺人的。

為何有一些實證做不出來？你從死刑變化到無期徒刑或終身監禁的這些角度上，唯一有意義是你的問卷對象是準備要殺人的人，在台灣會像總統府承認要殺人的只有總統府，沒有人會跟法務部承認準備要殺人，你做問卷，我們可以馬上逮捕他，所以永遠找不到這個問卷。因此回歸到原點去看嚇阻力在什麼地方？是犯人，我們一開始就講了，犯人本身就怕死，否則不必逃亡，我們相信鄭捷一開始刀子就丟著，人就在站在那邊等著被逮捕，但到了一審判完之後，他雖說不怕死，但他怕痛，而且他後來開始到上級審，他有在念人權公約，我不覺得他去殺人之前有念好這一件事。那就是害怕，我不想繼續證明兇手殺人的時候會不會怕。

至於對於其他人呢？我相信很多人想模仿，但膽量不夠，因為他要為生命付出代價，所以就會算了。有沒有嚇阻力？當然有一些犯罪的調查，可能只有兩、三個的差別，我們只是減少了或多殺了兩、三個，但各位，被害者的家屬是兩、三個家庭與兩、三個人生！差一個都差非常非常多！那都是無辜的生命！那不是冤判！

再者，有人說終身監禁，我們希望發展一個制度，如果誤判的任何可能都可以慢慢調查，讓他有平反的一天，不會說認為你還有罪的時候就幹掉你；但如果真的是罪證確鑿，我覺得我們要思考死刑，就像我們講的，判無期徒刑，他在牢裡面再殺幾個人，還是一樣無期徒刑，我們有什麼可以做比例原則的替代方案？

再者，還有人說「他關夠老了，該出來了」，是，是該出來了，但我們有很多例子，隨便翻報紙都看得到八十幾歲還在殺人，花蓮吉安鄉一個、彰化兩個，前一陣子還有一個八十五歲包養他的女朋友，趁她睡著的時候，把她的臉劃花了，請問八、九十歲沒有犯罪能力嗎？不要天真了，我不建議用我們的天真去換取理想，忽略事實，然後去換取被害人家庭的痛哭。如果你覺得制度不夠完美，我也這麼認為，我們一起來努力，我希望是如此。

因此，基於這整件事我們的結論是，如果可以的話，我們認為真的要論證一個死刑所謂的「存」、「廢」，首先要先放大格局、先做一個菁英界的對話，聽聽其他學科的看法，他們也受過理性訓練、他們也是博士、他們也是教授、他們也有他們的專業技術、他們也有他們的情感，他們要不要先統一下，再跟我們國民統一下。

我們不希望像南非那樣，十幾位大法官決定之後，結果四千個民眾上街頭，

1 在台灣隨便都可以五十萬個人上街頭，我們可以從立法院開始抗議，我們可以
2 從總統開始抗議，最後抗議到恐龍法官，最後抗議恐龍大法官，你覺得我們民
3 眾會怕嗎？不怕！何必鬧成這樣！我認為就讓他知道、討論及對話，因此站在
4 訴訟程序的立場，反方認為鑑定人顯然不足，因此希望聲請各學門十個鑑定人，
5 作為一個均衡的方式，否則就構成能調查未調查的判決。

6 實在因為時間的關係，坦白講我也不想再開辯論跟沒力氣，真的要做合憲
7 或者是違憲的審查，我們會建議大法官是不是考慮以一種限制性合憲的方式，
8 也就是死刑是合憲的，但必須限於罪證確鑿、無誤判可能，而且極其研究之惡
9 性犯罪，並應有獨立量刑程序等規劃來作為一種節制。另外一方面也附帶建議，
10 量刑的標準化跟死刑的特殊救濟順序能夠一併作一個考量。剩下六分鐘的時間
11 我交給李律師。

12 關係機關訴訟代理人李懷農律師：

13 很榮幸今天有機會在這邊跟聲請方對話，有些內容在書狀當中已經有載明
14 了，我今天以對話的形式，因此在這邊再次說明。

15 相對機關於陳述主訴訟答辯意旨時，已說明系爭規定若被認為違憲，將造
16 成三個法秩序之變化：

17 第一，死刑制度完全被破壞，不論罪大惡極的人，依法皆無法求處死刑。

18 第二，請求執行死刑之民眾，已經無法任何法律手段可以救濟，因為系爭
19 規定已經違憲了，所以就算推動立法也無法恢復系爭規定，因此想要求處死刑
20 的人已經沒有任何救濟管道。

21 第三，如同我很敬佩的李宣毅律師所陳，他不支持國家殺人就自己去殺，
22 這個時候如果系爭規定認為違憲，想要殺人的人、想要求處死刑的人，殺了這
23 個加害者，法律上的效果為何？只有被判殺人罪而已，並沒有殺一般無辜之第
24 三人，顯然並未嚴重違反一般法秩序或憲法制度。

25 因此系爭規定違憲會達成公民不服從的三個最基本要件。

26 傳統公民不服從也認為公民不符從不可以有暴力的行為，然而，公民不服
27 從要有承認司法處罰或自願接受司法處法的這種情況，如我國知名學者如許宗
28 力教授、黃榮堅教授皆認同暴力行為亦應為公民不符從所涵射。

29 由於，我國去年有一場比較大規模公民不服從的實證，其實有非常多的人
30 去抗議，其實他們也不見得真的有接受司法處罰，所以其實剛剛那兩個要件並
31 不見得是公民不服從的最重要因素。為何可以刪除這兩個因素？因為公民不服
32 從本身就是一個政治因素，當一個正常的政府，面對對正義嚴重侵害時，社會
33 就有一種正義的力量可以將不正義的狀況加以倒置，因此縱使暴力、不接受司
34 法制裁，這種抗議的手段是構成「政治秩序基礎」的全民正義感訴求，因為在
35 一個民主社會當中，存在一個公開的正義觀，我們用公民不符從的手段，甚至

是用殺人抗爭的手段，都會喚起全國人民對這一件事的嚴重性及重視。

而從政治社會學的角度觀之，越能訴諸於主流政治原則，則公民不服從的動員力道越強，其違法行為在公眾眼中以就越情有可原，因此公民不服從可以訴諸主流的民意，因此殺人抗爭在我國並非不能想像的事情。

我國激烈抗爭不乏先例，這不是傳說或者是學者的假象，縱不談戒嚴時代各種抗爭行為，到民主時代後也有相當多的激烈抗爭，包含白米炸彈客，楊儒門先生為了訴求對於農民的關懷，他訴諸了違反炸彈的手段，雖然最後服刑也被釋放出來，但可以想見人民需要抗爭的時候，就會採取非常激烈的手段，系爭規定認為被違憲後，人民將會採取這樣的抗爭來作為抗爭，並非不能想像。

當然每個人的生命都有其獨特性，每一個人可以決定自己，但不可以決定別人，當已經把國家義務完全架空，別人不能訴諸這樣的管道進行請求死刑要求時，他們就會訴諸更嚴重的抗爭手段。

法院是依法審理的機關，但法律是治理國家的一個制度，但法律的權威不應該全然架立在合法性的基礎上，更重要的是關於「正當性」這一件事，正當性的要求甚至比合法性還重要。何謂「正當性」？因為司法權在行使時，本身蘊含了抗多數決的性格，因此只有藉由長期累積取得公眾的信賴，司法機關才有足夠的能量承受其所為之裁判違反多數人意願時，因為違反大多數人意願時，會產生極大的公民力量是對司法公信力的侵蝕，因此這時候司法機關所建立的信賴能量是極為重要的。

然而，依照陳聰富教授於2002年「法治主義、法律文化與台灣社會變遷——以民意調查與統計資料為中心」之研究報告指出，真正有在使用法律民眾對於司法信賴度是遠遠低於沒有在使用法院的民眾。其實不上法院還不會那麼不信任法院，你真正進去法院之後才會真正不信任法院。

另外在黃國昌教授所發表「台灣人民對法院的信任支持及觀感」一研究報告中，台灣人民對於法院不信任的原因不是有錢判生、沒錢判死，最大不信任的原因在於「法官認知與社會嚴重脫節」這個要件上，正是因為法官認知與社會嚴重脫節，造成公民對於法院不信任，這是有嚴重報告，大家可以去看。因此我國法院，包含大院都沒有足夠的能力去承擔多數力量的反撲。

以白玫瑰運動為例，司法院正副院長下台、最高法院改變法律見解，正是人民對於「法官對於社會認知嚴重脫節」的一種行為反撲，以及要求司法者對於這一件事進行反省，而不是掌握國家公權力的人即可為所欲為，此時司法者必須瞭解不能與社會嚴重脫節。如同剛才王薇君女士所說的，或許廢除死刑是一至十的「十」，今天欠缺了一至九，你今天欠缺了一至九，你貿然這樣過去，中間一至九的空窗，人民的反撲力量會直接顯現出來。

白玫瑰運動同時也作為一個台灣法制上的實證，司法者目前並沒有足夠能

1 量去承受死刑違憲之後的反撲力量，如果大院認定系爭規定違憲以後，下台的
2 不只是司法院正、副院長。

3 最後在此，呼籲鈞庭的大法官們，憲法政治憲政秩序變遷的途徑之一，當
4 既有的憲法秩序無法回應當今社會需求時，憲法政治便成為另一個政治變遷的
5 選擇，鈞庭當然可以作出系爭規定違憲，包括甚至違反生存權或違反人性尊嚴，
6 我覺得都是鈞院的權限範圍之內，我覺得都很樂見這樣的決定，但鈞院作出這
7 樣決定時，請鈞院於判決意旨中揭示憲法政治如何改變釋憲者之決定，以免釋
8 憲者對於憲法產生絕對的壟斷。感謝各位。

9 主席羅大法官秉成：

10 謝謝李大律師。

11 兩造最後的結辯陳述已經結束，審判長代表大法官們感謝5月1日及5月
12 9日這兩天各位的參與，這是一段旅程我們一起同行，我想非常不容易。美國
13 民權鬥士金恩博士在有一次示威的過程中被警察強制逮捕，帶到警察局的時候，
14 他對著逮捕他的白人警察不斷講一句話：「我們可以好好相處一下嗎？」

15 正反方都有不同的立場、看法，也都很勇敢把自己內心裡面真實想法呈現
16 出來，我不能說我們這兩天有好好相處，但這兩天至少可能踏出了第一步王女
17 士所講的「真實理解才有真正和解」。模擬法庭提供這樣的平台，能不能達到這
18 樣的效果我不知道，這個判決的結果肯定不會是完美的，也肯定不會是讓各方
19 都可以讚賞的，但司法的本質本來就是要面臨這種現實。

20 這兩天各位聽到最多重複的關鍵應該是「人性尊嚴」，我想起我媽媽跟我講
21 的，鄉下土地公廟的土地公，有人去拜土地公的時候希望下雨，同一時間有人
22 拜土地公時希望出太陽，人性尊嚴好像也是，兩邊都高舉「人性尊嚴」的旗子
23 來主張，這真是一場好人跟好人的戰爭。但就如關係機關所引述的，好人有時
24 候真的都自以為是，能不能在這樣的一個對話溝通當中，大家找出互相理解及
25 體會的那個點，我不曉得那個點在哪裡，但試著想想看各自所主張可以接受的
26 點，或許距離就可以拉近一些也不一定。

27 以辯論的形式呈現這個議題，這應該是第一次，死刑的議題是舊話題，但
28 我們呈現一個新的做法，而這個做法不應該在這一次模擬法庭結束之後就停
29 止，這應該是一個起步；不過我可以跟各位講，今天的結束是我們九位大法官
30 痛苦的開始。

31 我作一些程序的處理就可以結束了，兩造、鑑定人及法定之友都可以在5
32 月12日下午5點以前補充你們的書面意見，如果你們願意再提出更多意見給我
33 們參考的話。如果大法官們沒有其他意見的話，我們宣告本件辯論終結，訂於
34 104年5月26日（星期二）上午10點宣判，希望就如關係機關的期待，我們
35 不要再開辯論，本件辯論終結，退庭。

- 1
- 2
- 3 (大法官退庭)
- 4 (錄音結束)

