

協同意見書

大法官 張焜芬 提出
大法官 羅秉成 加入
大法官 劉靜怡 加入
大法官 張文貞 加入
大法官 李荃和 加入

「憲法太遠，自由人權云云的價值更遠，莊嚴存在的它們不會自動跑來支援你，現實世界仍是某種以力相向的角鬥場域，你不自己想法子殺出一條血路來，斷斷是走不到那裡去的。」

唐諾，《世間的名字》

壹、本件聲請應予受理

死刑議題上一次「殺出一條血路」走進憲法法庭，是上個世紀，1999 年的第 476 號解釋。至今 16 年間，台灣經歷了政黨輪替與政黨二度輪替，但威權時期國家權力濫用的問題不曾受到集體的反省與檢視，轉型正義遲遲未來。死刑制度與案件未經徹底檢視，即使《公政公約》與《經社文公約》於 2009 年變成內國法，死刑制度仍然是內建的常駐程式。從 1999 年至今，已有 99 名死刑犯人被槍決。

大法官對死刑議題沈默 16 年，主要的障礙是民意支持死刑。然而研究顯示，關於死刑的民意調查經常由於提問方式有誤導效果，而高估死刑的支持率。David McCord 指出，如果問民眾「是否支持死刑」，則死刑支持率「要多高就有多高」；但是如果問民眾，是否願意放棄死刑而改採其他替代方案，例如無期徒刑或終生監禁，則死刑支持率立刻戲劇性下跌¹。因此世界反死刑聯盟主席 Elizabeth Zitrin 形容，支持死刑的民意或許有一哩寬，但是只有一吋深。鑑定人 Mai Sato 指出，日本多數民意支持死刑，但如果詢問是否願意採取替代方案，則有 50% 的民眾表示願意（2015 年 5 月 9 日筆錄）。

台灣的民意也是如此。相關機關答辯書引用民意調查結果，顯示 74.3% 的民意

¹ David McCord, 'Imagining a Retributivist Alternative to Capital Punishment', in *Florida Law Review* 50(1), p.1-144.



支持死刑，該項調查正因未提供替代方案，而高估死刑支持率。歷年所有死刑民調裡，中研院「台灣社會變遷基本調查」的抽樣方法最為嚴謹，依內政部提供的戶政資料做三階段階層抽樣之後，由受過訓練的訪員面訪完成兩千多份問卷；調查完成後，原始資料包括問卷與數據全部上網，以供他人檢驗或進一步研究。2014 年的結果如表一。

表一 中研院台灣民眾對死刑的態度與相關價值調查研究

%	贊成	不贊成	不確定
廢除死刑	12.21	84.70	3.09
終生監禁、工作贖罪	70.77	26.73	2.50
終生監禁	40.85	55.62	3.53
死緩	41.15	54.88	3.97

這個結果和 McCord 以及世界各國的經驗一致：不贊成廢死的人超過 80%，但是如果有「終生監禁、工作贖罪」這個替代方案，卻有 70% 的人願意支持。

法務部網頁引用中正大學的民意調查（如表二），也呈現類似的模式。願意採取替代方案的民眾包括下表 2、3、4 三項的總和，均穩定過半²。

表二 中正大學犯罪被害與治安滿意度調查

%	1. 完全不贊成 廢除死刑	2. 不贊成廢死， 但有替代方案 的話，願意採 用替代方案	3. 贊成廢死，但 要有配套措施	4. 非常贊成 廢死	2+3+4 = 可 以接受替代 方案
2009 上半年	40.4	30.3	22.3	5.9	58.5
2009 下半年	42.2	30.7	19.4	5.5	55.6
2010 上半年	45.1	29.2	20.2	4	53.4

這項調查經常被錯誤詮釋。它的四個選項裡，1 與 2 都是「反對廢死」，3 與 4 都是「贊成廢死」，因此主其事者把 1 與 2 相加，然後說反廢死民意高漲。其實這是問卷設計不良之故。第 2 項「不贊成廢死，但有替代方案的話，願意採用替代方案」，文意自相矛盾。選這一項的人既然願意採用替代方案，他們就不是反對廢死的人，因為廢除死刑當然必然會有替代方案，無論是原先排名第二嚴厲的刑罰，或者另外發明一個刑罰成為最嚴厲的刑罰；沒有一個廢死論者會主張把原來被判死刑的人無條件開釋。因此選項 2 不能算成死刑的支持率，而應歸為替代方案的支持率。選項

² <http://ppt.cc/ZdKfT>.

1 與 2 並列，錯誤地暗示好像廢死是沒有替代方案的，民眾當然不希望「死刑犯趴趴走」，對廢死的惡感油然而生。尤其在電話訪問中，訪員依序唸出選項，因此民眾聽到第 1 項「反廢死」時，並未考慮到後面三選項才提出的替代方案，那又落入 McCord 所批評的常見陷阱，未考慮替代方案而高估死刑支持率。此外，這項調查主題是民眾的治安滿意度與被害恐懼感，死刑議題放在這個框架中，容易誘導受訪者期待國家以嚴刑峻法來保障自身安全。

即使這項調查可能有高估死刑支持率的偏誤，它的最新結果仍然顯示，若與 101 年相較，第 1 項（堅決反廢死）人數大幅下降 24.6%，第 2 項人數（願採替代方案）大幅上升 35.1%；「此點顯示民意從完全反對廢除死刑漸漸有轉變的趨勢，呈現將在有配套措施下，可進一步考量廢除死刑的想法。由此可見，台灣民眾並非一味反對廢除死刑，而是會有配套措施的考量，並且會有不同程度的區別³。」

從以上研究得知，台灣的主流民意是：情節重大的犯罪應受嚴厲的懲罰，但這個嚴厲的懲罰不一定要是死刑。大法官作為重要憲政機關之一，原不以考量民意為其職責；更何況主流民意已不堅持死刑，大法官自然沒有理由繼續對死刑制度保持沈默。

人人都以為他知道死刑是什麼。死刑那麼嚴重，如果不是罪證確鑿、罪大惡極，怎麼會被判死刑？事實是，過去 10 年來共計 62 件死刑定讞，其中 30 件被認定有預謀，32 件沒有預謀。有 9 件被認定是不確定故意，也就是被告的殺人犯意並不十分堅強（如表三）。在保留死刑的國度如美國，無預謀是不能判死刑的，不確定故意也不能判死刑；台灣一半以上的死刑案件，都是在美國不能判死刑的。

表三 2006-2015 死刑定讞案件預謀與故意一覽表

	案號	預謀	確定／不確定故意
1	95 台上字第 695 號	無	確定故意
2	95 台上字第 2853 號	無	確定故意
3	95 台上字第 2833 號	有	確定故意
4	95 台上字第 2955 號	有	確定故意
5	95 台上字第 3255 號	有	確定故意
6	95 台上字第 3738 號 96 台上字第 2017 號	有	確定故意
7	95 台上字第 4041 號	有	確定故意
8	95 台上字第 4363 號	無	確定故意
9	95 台上字第 4363 號	無	確定故意
10	95 台上字第 5189 號	有	確定故意

³ 103 年全年被害與治安滿意度調查，104 年 5 月 14 日公布，<http://ppt.cc/XK0Jf>。



	案號	預謀	確定／不確定故意
11	95 台上字第 5881 號	無	確定故意
12	96 台上字第 73 號	無	確定故意
13	96 台上字第 4154 號	無	確定故意
14	96 台上字第 4783 號	有	確定故意
15	96 台上字第 4783 號	有	確定故意
16	97 台上字第 196 號	無	確定故意(理由欄另記載不確定故意)
17	97 台上字第 4482 號	無	確定故意
18	97 台上字第 5013 號	無	確定故意
19	98 台上字第 1009 號	無	確定故意
20	98 台上字第 1311 號	有	確定故意
21	98 台上字第 1320 號	有	不確定故意
22	98 台上字第 1848 號	無	確定故意
23	98 台上字第 2594 號	無	確定故意
24	98 台上字第 3165 號	無	不確定故意
25	98 台上字第 3507 號	無	確定故意
26	98 台上字第 4148 號	無	不確定故意
27	98 台上字第 4391 號	無	確定故意
28	98 台上字第 4758 號	有	確定故意
29	98 台上字第 4806 號	無	確定故意
30	98 台上字第 6655 號	無	確定故意
31	98 台上字第 7723 號	無	確定故意
32	99 台上字第 5659 號	無	確定故意
33	99 台上字第 5845 號	無	確定故意
34	99 台上字第 5845 號	無	確定故意
35	99 台上字第 6050 號	有	確定故意
36	100 台上字第 621 號	有	確定故意
37	100 台上字第 1188 號	有	確定故意
38	100 台上字第 1522 號	有	確定故意
39	100 台上字第 1808 號	無	不確定故意
40	100 台上字第 1808 號	無	不確定故意
41	100 台上字第 2470 號	無	確定故意
42	100 台上字第 2470 號	無	確定故意
43	100 台上字第 3022 號	無	確定故意
44	100 台上字第 3897 號	有	確定故意
45	100 台上字第 3905 號	無	僅認定故意，無法判斷確定或不確定
46	100 台上字第 4177 號	無	僅認定故意，無法判斷確定或不確定
47	100 台上字第 4196 號	有	確定故意
48	100 台上字第 5908 號	有	不確定故意

	案號	預謀	確定／不確定故意
49	100 台上字第 6227 號	有	確定故意
50	100 台上字第 6514 號	有	不確定故意
51	100 台上字第 6851 號	有	確定故意
52	101 台上字第 244 號	有	不確定故意
53	101 台上字第 900 號	有	確定故意
54	101 台上字第 900 號	有	確定故意
55	101 台上字第 3991 號	無	確定故意
56	101 台上字第 3991 號	無	確定故意
57	101 台上字第 4242 號	有	確定故意
58	101 台上字第 4506 號	有	確定故意
59	102 台上字第 446 號	有	確定故意
60	102 台上字第 2392 號	有	確定故意
61	102 台上字第 2573 號	有	確定故意
62	103 台上字第 3062 號	有	不確定故意

現行法律裡仍然有未殺人而可判死刑的規定，它們不僅存在，而且還在使用中。近年最後一個沒有殺人而死刑定讞的案件，是最高法院 91 年度台上字第 4851 號刑事判決（裁判日期 91 年 8 月 29 日），被告犯毒品罪被判死刑。此後「無殺人而判死刑」的判決在最高法院不再出現，但在地院與高院並未絕跡（如表四）；這些案件即使被發回更審，最高法院也並未宣示「無殺人不可以判死刑」，而是另找理由發回（見錢建榮鑑定意見書，頁 34 至 36）。而最高法院雖然自 2012 年起宣布此後死刑案件都將召開言詞辯論，至今共 16 案、被告 17 人，但所有人的聽審權都遭否決，最高法院拒絕傳被告到庭（見錢建榮鑑定意見書，頁 15）。不受檢視的死刑是脫韁野馬，死於蹄下的未必是極惡之人。

表四 非殺人而判死刑案件

	案號	案由	裁判日期	法官
1	台灣高等法院 93 年度重上更（六）字第 158 號	販毒（肅清煙毒條例第 5 條第 1 項）	940222	李世貴、周占春、許仕楓
2	台灣台北地方法院 93 年度重訴字第 33 號	販毒（毒品危害防治條例第 4 條第 1 項）	940303	吳靜怡、吳冠霖、王綽光
3	台灣高等法院台南分院 94 年度上重訴字第 58 號	販毒（毒品危害防治條例第 4 條第 1 項）	940504	楊明章、戴勝利、顏基典
4	台灣高等法院高雄分院 94 年度上重更（二）字第 2 號	販毒（毒品危害防治條例第 4 條第 1 項，兩人死刑）	940614	郭雅美、莊崑山、江泰章
5	台灣台中地方法院 94 年度重訴字第 185 號	擄人勒贖致人於死（刑法第 347 條第 2 項）	940630	蔡名曜、郭書豪、蔡美華



	案號	案由	裁判日期	法官
6	台灣高等法院台南分院 94 年度上重更(二)字第 199 號	販毒(毒品危害防治條例第 4 條第 1 項)	940706	楊明章、戴勝利、顏基典
7	台灣高等法院 93 年度上重更(一)字第 27 號	販毒(毒品危害防治條例第 4 條第 1 項)	940713	曾德水、廖紋好、江國華
8	台灣高等法院 94 年度重上更(七)字第 88 號	販毒(肅清煙毒條例第 5 條第 1 項, 一人死刑)	950207	吳敦、許增男、沈宜生
9	台灣高等法院台南分院 94 年度上重更(一)字第 375 號	販毒(毒品危害防治條例第 4 條第 1 項)	960130	葉居正、吳森豐、吳勇輝
10	台灣高等法院 94 年度上重更(二)字第 68 號	販毒(毒品危害防治條例第 4 條第 1 項, 兩人死刑)	961018	吳昭瑩、蘇隆惠、李正紀
11	台灣台北地方法院 96 年度重訴緝字第 5 號	販毒(肅清煙毒條例第 5 條第 1 項)	971125	郭惠玲、李桂英、呂政燁
12	台灣高等法院 97 年度重上更(三)字第 6 號	販毒(毒品危害防治條例第 4 條第 1 項, 兩人死刑)	980212	楊力進、曾家貽、許永煌
13	台灣高等法院 98 年度上重更(四)字第 24 號	販毒(毒品危害防治條例第 4 條第 1 項)	990730	蔡聰明、謝靜慧、趙文
14	台灣高等法院 99 年度上重訴字第 74 號	強盜致人於死(刑法第 328 條第 3 項)	1000128	曾德水、宋松環、王復生

死刑定讞以後才發現判決有誤者，已有前例。例如江國慶被執行死刑後，再審獲判無罪；蘇建和、劉秉郎、莊林勳執行前獲得再審機會，改判無罪；或者如徐自強執行前獲得再審機會，案件尚在審理。另有鄭性澤、邱和順兩案，亦經指出可能有冤，監察院提出糾正；法庭之友羅士翔亦提出沈鴻霖、謝志宏、徐偉展三案，存有一望即知的嚴重瑕疵，包括刑求、證物佚失、自白未錄音等等（羅士翔法庭之友意見）。所謂罪證確鑿才會判死刑的說法，不是事實，而是民間信仰。不受檢視的死刑是盲人瞎馬，死於蹄下的未必是有罪之人。

憲法法庭的任務是審查國家的違憲行為⁴。負有憲法誠命的法庭，自然不能容許國家剝奪人民生命時，如脫韁野馬或盲人瞎馬。因此模擬憲法法庭 9 位大法官一致同意受理湯申釋憲案，檢視死刑制度是否因為不當侵害人民權利而構成國家的違憲行為。

⁴ 許玉秀，〈刑罰規範的違憲審查標準〉，收於國際刑法學會台灣分會主編，〈民主·人權·正義——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集〉，2005年9月，頁365-414。

貳、應審查的基本權

現行法律中可以判處死刑的近 50 條⁵。這次釋憲，聲請方選擇挑戰刑法第 33 條第 1 款，因為所有死刑法律都以這一條為基礎。刑法第 33 條規定，主刑包括死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役與罰金，所有法律只能在這個範圍內訂定罰則，因此檢視刑法第 33 條，是釜底抽薪之舉。如果刑法 33 條第 1 款的死刑規定違憲，所有法律就不能再以死刑為處罰的選項，而必須修正，如此即等同於宣告死刑制度違憲。

一、人性尊嚴之辨

聲請方、關係機關與鑑定人，均以「人性尊嚴」為核心概念，因此，這次的憲法辯論可以說是「人性尊嚴之辨」。然而人性尊嚴所指為何，並沒有越辯越明。德沃金（Ronald Dworkin）說人性尊嚴是一個「模糊卻有力的概念」⁶，然而不少學者亦指出，不宜任令「人性尊嚴」成為一個論述上的方便法門，每遇說不清楚的法益侵害，就以「人性尊嚴」來概括；「此種論證等於是將人性尊嚴當成魔術師的禮帽，從中可以掏出任何主張」⁷。以下參考德國與美國的憲法脈絡，回顧我國既有的憲法解釋如何論證人性尊嚴，綜合提出人性尊嚴的定義，作為論述的基礎。

「人性尊嚴」的概念，首先從德國憲政中發展出來，於 1949 年寫入基本法；希臘、瑞典、葡萄牙、西班牙等國於 70 年代陸續跟進。匈牙利則於 1989 年將「人性尊嚴」入憲，隨後運用此概念作成一系列憲法解釋，來擺脫社會主義時期的集權思想，實現其轉型正義；南非憲法法院於 1995 年判決死刑違憲時，亦引用匈牙利憲法來說明，人性尊嚴與生命權是孿生的基本權，其本質內容不可被法律限制。匈牙利憲法此一「人性尊嚴」的概念，亦深受德國基本法的影響⁸。

李震山大法官認為德國基本法所指的人性尊嚴，包括以下幾點：一、人本身即是目的，所以刑求、死刑、集中營或集體放逐，均為現代國家所不許。二、自治與自決，也就是人的內在精神自由，例如隱私權或思想自由。因為德國憲法法院體認「人性尊嚴」不易也不宜正面定義，因此多採反面定義，也就是當國家的某種措施將人貶為客體時，認定違反人性尊嚴，即所謂「客體公式」。三、人人皆有人性尊嚴，包括犯罪者、殘障者；人性尊嚴並不以對社會的貢獻為基礎。四、人性尊嚴是憲法

⁵ 法律清單見錢建榮鑑定書附件。

⁶ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1973. 朗諾·德沃金，孫健智譯，《認真對待權力》，2013 年，頁 293。

⁷ 尤伯祥，第一屆模擬憲法法庭，<http://ppt.cc/GjPEY>。

⁸ Catherine Dupré, *Importing the Law in Post-Communist Transitions: the Hungarian Constitutional Court and the Right to Human Dignity*, Hart Publishing: Oxford - Portland Oregon, 2003.



的上位原則⁹。

美國聯邦最高法院對於死刑問題辯論多次，也觸及人性尊嚴。廢死方的代表性意見是布列南大法官（William Brennan），認為將人判處死刑必然剝奪他的人性尊嚴，因此死刑屬於美國聯邦憲法第八條修正案所說的「殘酷與不人道的刑罰」。相對地，甘迺迪大法官（Tony Kennedy）雖然被視為布列南的精神傳人，也一向重視人性尊嚴，但甘迺迪認為死刑未必違憲。在 *Roper v. Simmons* 案中，甘迺迪寫道：「第八條修正案對於犯下重大案件的人亦予以保護，此舉再次確認，國家有責任尊重所有人的尊嚴」¹⁰。Helen J Knowles 指出，甘迺迪使用「尊重」（respect）一詞，意味著國家在必要時可以終結罪犯的生命，以剝奪其尊嚴（Knowles 2011）¹¹。

布列南的「絕對違憲說」與甘迺迪的「相對違憲說」，有一個相同點與一個相異點。相同點是他們對「人性尊嚴」的定義，就是 Gewirth 所提出的，「尊嚴是所有人類皆平等擁有的一種內在價值（a kind of intrinsic worth that belongs equally to all human beings）¹²」。「平等擁有」一語，說明了所謂「人性尊嚴」，是一個無涉於道德、品格的中性概念。他們的相異點是，布列南認為人性尊嚴應受絕對保障，甘迺迪認為人性尊嚴應受相對保障。但是，即使甘迺迪，也不認為人性尊嚴與生命權可以脫鉤；即使甘迺迪，也承認：剝奪生命就剝奪了人性尊嚴。

我國釋憲實務已有使用「人性尊嚴」或「人格尊嚴」之語的前例，通說亦認為人性尊嚴雖未於憲法明文規定，但是絕對不可侵犯的憲法核心價值。釋字 567 號用人性尊嚴來保障思想自由：「非常時期，國家固得為因應非常事態之需要，而對人民權利作較嚴格之限制，惟限制內容仍不得侵犯最低限度之人權保障。思想自由保障人民內在精神活動，是人類文明之根源與言論自由之基礎，亦為憲法所欲保障最基本之人性尊嚴，對自由民主憲政秩序之存續，具特殊重要意義，不容國家機關以包括緊急事態之因應在內之任何理由侵犯之，亦不容國家機關以任何方式予以侵害。」釋字第 567 號肯認我國憲法對於人性尊嚴的本質內容，採取絕對保障，國家在任何情況下均不得侵犯。這一點也是本次釋憲中各方的交集：包括聲請方、相關機關、鑑定人與全體大法官，都承認人性尊嚴絕對不可侵犯。

由以上論證可知，人性尊嚴已經是當代憲政秩序普遍認可的最高價值，其保障及於每一個人，不分貴賤，也不分善良或邪惡。但是，這個字眼卻容易引起誤會。

中文裡的「人性」一詞，雖然也可以不帶價值判斷地指「人的本性」，但習慣用

⁹ 李震山，〈人性尊嚴與人權保障〉，2012年，頁10-19。

¹⁰ 林維主編，〈最高法院如何掌控死刑〉，2014年。

¹¹ 分析參見 Helen J Knowles, "A Dialogue on Death Penalty Dignity", in *Criminology and Criminal Justice* April 2011 vol. 11 no. 2 115-128, doi: 10.1177/1748895811398457.

¹² 同上註。

法常將人性理解為「人的正面價值」，所以「沒人性」、「人性已泯」都是罵人的話，用來指責人毫無價值。而「尊嚴」一詞，多指「值得尊敬的高尚品格」，不僅含有強烈的道德判斷，而且是仰之彌高的道德高標，不是販夫走卒可以輕鬆企及。「人性尊嚴」一詞，容易被誤解為人格高尚者所享的尊崇，但是作奸犯科的人被社會唾棄指責「人性已泯」，誰要尊敬他？

憲法所指的「人性尊嚴」，和人的「價值」無關，和「尊敬」也無關。如前所述，德國、美國與我國的憲法解釋，都認為人性尊嚴不僅人人皆有，而且人人皆平等擁有。這裡的「人性」顯然不是「人的正面價值」，「尊嚴」顯然不是「值得尊敬的高尚品格」；因為人的價值與品格，會依其行為、性格、環境而產生高與低的差別，因此天下有聖人，也有大盜，而聖人與大盜的價值不可能相同。憲法所指的「人性尊嚴」，應該定義為「人之所以為人的那種特質」，英文可解做 humanness。Humanness 一字，在《劍橋英文辭典》裡的解釋是：the quality, state, or condition of being human；正就是憲法想要透過「人性尊嚴」一詞表達的，「人之所以為人的那種特質」。

憲法所指的「人性尊嚴」，是價值中立的描述（descriptive）語彙，不是一般用法的規範（normative）語彙。聖人與大盜，都有「人之所以為人的那種特質」，這才是憲法給予人性尊嚴無差別保障、無例外保障的理據。

二、人性尊嚴與生命權的關係

違憲論者大多認為生命權與人性尊嚴關係密切，然後在概念上混用人性尊嚴與生命權，不再加以區分。合憲論者大多認為人性尊嚴與生命權可以區分，而人性尊嚴的位階比生命權更高。因此有必要探究人性尊嚴與生命權的關係，以及兩者的相對位階，以辨明死刑違憲還是合憲。

生命，是肉身的存有。人性尊嚴，是人之所以為人的那種特質。兩者在概念上可以區分。將人殺死，其肉身便消亡，侵害生命權。使人為奴，這人就變成主人遂行意志的工具，人性尊嚴受到侵害。

生命權是全有或全無的，因為生死殊途。侵害生命權就是使那個人死掉、全部死掉、並且永遠死掉，沒有「死去一點點」的可能，沒有「死掉這一部份，但是另外一部份繼續活著」的可能，也沒有「死去一段時間，過一陣子再復活」的可能。生命權的損害是全面的，永久的，這是生命權所獨有的特性。

人性尊嚴就不是這樣，例如一個人的隱私被侵犯，人性尊嚴部分受損；或者一個人被販為奴隸時自決能力盡失，可是人口販運組織被破獲以後，奴隸就恢復了他之所以為人的品質。人性尊嚴（或任何其他基本權）的損害有可能是部分的，也有可能回復。



生命權是一切權利的前提，所有自由的基礎。此理至明，以致於說出來簡直像一句廢話。在每個人的價值觀裡，生命不見得居於最高位，人類歷史上不乏拋棄生命去追求其他價值的例子，為匈牙利獨立而奮鬥的裴多菲(Petőfi Sándor)有詩為證：「生命誠可貴，愛情價更高。若為自由故，兩者皆可拋。」但是做出這樣選擇的烈士必得先活著，才能壯烈成仁；他得先擁有生命，然後才能勇敢地實踐他的價值觀。要彰顯其人性尊嚴，他需要生命為前提，因為一縷鬼魂無法拋頭顱灑熱血。人性尊嚴餘暉尚在，但是沒有了命，自治、自決都成了過去式。

因此，生命權與人性尊嚴有位階之別。生命權是基礎，就像建築物的一樓；人性尊嚴，以及任何其他憲法保障的基本權利，都是二樓三樓四樓。如果只拆除四樓而不動一樓，是可能的；但是一面說保留四樓、一面動手拆除一樓，這是不可想像的，這時候「保留四樓」是一句無實效的空話，其效力已經被拆除一樓的舉動徹底粉碎了。剝奪生命權必然剝奪人性尊嚴，這不表示概念上「生命權=人性尊嚴」，而是表示，生命是人性尊嚴的前提。

那麼，有沒有任何例外狀況，可以侵犯生命但不損及人性尊嚴？德國聯邦憲法法院認為人皆有人性尊嚴，胎兒的人性尊嚴是未來式，屍體的人性尊嚴是過去式，因此同受保障。論者以此例主張，人性尊嚴可以獨立於生命之外，故死刑不一定侵犯人性尊嚴。然而恰好相反，此例說明，人性尊嚴必然以生命權為其前提。

西德於1974年通過刑法第218之a條，規定「懷孕十二週以內，經孕婦同意而由醫生所為的墮胎，不罰。」德國聯邦眾議院議員及許多邦政府主張，這條法律違反了西德基本法對人性尊嚴的保障，因此提起憲法訴訟，史稱第一次墮胎案。聯邦憲法法院判決認為，未出生的胎兒也有人性尊嚴，也應受到基本法的保障；刑法第218之a條沒有限定墮胎的條件，對胎兒的人性尊嚴保護不足，因此違憲¹³。

試想，如果取人性命也不損其人性尊嚴，那麼墮胎行為只不過是使這個（有人性尊嚴的）胎兒變成一個（有人性尊嚴的）屍體；他只是沒有生命而已，人性尊嚴又沒有受損，聯邦憲法法院有何理由認定刑法第218之a條違憲呢？

德國基本法在第1條規定人性尊嚴不可侵犯，不設任何條件，第2條規定生命權非依法律不得干預；其順序與用語都沒有明確宣示，人性尊嚴與生命權的相對位階，到底誰高誰低。但是第一次墮胎案判決裡，就說得清清楚楚了：「有生命，即有人性尊嚴。」「人類自存在伊始即已擁有的潛在能力，即足以證立人性尊嚴。」「人類生命，在基本法的法秩序中，居於最高的價值，不需要進一步說明。它是人性尊嚴的重要基礎，而且是所有其他基本權的前提¹⁴。」

¹³ 陳愛娥，〈憲法對未出生胎兒的保護〉，政大法學評論，第58期，1997年12月，頁65-82。

¹⁴ BVerGE 39 (1975), 1, 41 f.

德國第一次墮胎案判決再次呼應了前面強調的，人性尊嚴是每個人皆平等擁有的、人之所以為人的品質，不是基於個人對社會的貢獻。尚未出生的胎兒還談不上有任何貢獻，他會造福或危害社會尚不可知，但這個未來的人類已經被納入社會的共同體之中。可見人性尊嚴不是保留給道德高尚者的尊榮特權；只要是人，國家就承認其「人之所以為人的那種特質」應受保障¹⁵。

李震山大法官清楚表示，保障人性尊嚴，就必須保障生命權：「死刑氾濫或生命權未能獲絕對尊重，人性尊嚴之保障與尊重將相對失所附麗¹⁶」。彷彿說一次還不夠，他再度慎重說了第二次：「人性尊嚴之重要內容，應在生命權受保障與尊重基礎下才有其積極意義，其內涵首要者為任何人不得被國家或他人視為物或作為工具，其次，對於有意識、能思考者之自決自治權不論在私人領域或國家共同意見形成中，給予絕對尊重¹⁷。」此後再說了第三次：「提倡生命尊嚴旨在提昇生命品質，生命與尊嚴兩者不易分割，然而生命尊嚴仍是以生命存在為前提，實不能因主張生命尊嚴，而導致可放棄生命之結果¹⁸。」

為了保障胎兒的人性尊嚴，就必須保住胎兒的生命。同理，我國憲法絕對保障人性尊嚴，任何情況均不能限制，則人性尊嚴的前提——生命權當然受保障，因為並不存在一種「剝奪生命權但保障其人性尊嚴」的方法。前文提到的美國聯邦法院甘迺迪大法官，雖然不是廢死派，但是他也不能否認，剝奪生命就一併剝奪人性尊嚴。

因此，當我國或其他國家宣示對於人性尊嚴的毫不讓步的保障，那表示國家義務不以保障生命為足，還必須對生命狀態設下最低標準；不僅保障人民「活著」，還保障他不被當作奴隸、不被當作牲口買賣的尊嚴。這是對人民權利「加碼」的保障（保障生命權以及其尊嚴），不是二選一的「置換」（只有人性尊嚴才受完整保障，生命反而不受保障）。是 both and 而不是 either or。

如果憲法曾為國家權力設下任何界線、任何人民權利或自由應受絕對保障，則生命權必然被保障，因為無此基礎，其餘人性尊嚴或自由權利之保障均無實益。或有視生命為「載具」、人性尊嚴為「載體」的說法，概念上固然成立，但我們必須承認載體無法在沒有載具的狀況下存在，因為人不是寄居蟹，不能換個殼子繼續活。肉身的存有死了就是死了，其自決能力於死亡那一刻已然消逝，萬古流芳或遺臭萬

¹⁵ 第一次墮胎案判決，有兩個意涵與此處的論證相關，其一是德國聯邦憲法法院確認了生命權居於最高位階，其二是確認了保障人性尊嚴與保障生命權是二而一的。此案或許會引發疑問：聯邦憲法法院並未原則性地禁止墮胎，那麼是否表示，生命權保障其實是相對的，而非絕對的？如果是的話，那人性尊嚴的保障也會變成相對的，而非絕對的，那就抵觸基本法第1條了。所以答案應當為否，墮胎的相關爭議重點還是落在生命的起點如何認定。

¹⁶ 李震山，（註9），頁18。

¹⁷ 李震山，（註9），頁22。

¹⁸ 李震山，（註9），頁89。



年，只能笑罵由他，當事人已無話語權，除非我們認為擲筊托夢也算數。

本法庭在稍早的暫時處分裡，已經肯認「為了保障某種權利，就必須保障生命權」。湯申來聲請釋憲，全體大法官無異議地認為應當確保湯申的生命權，直到我們作出憲法判決；我們判決之前，不得對湯申執行死刑。為什麼？因為要保障湯申的訴訟權；他既經合法聲請釋憲，就有權利受到正當法律程序的審判。但是，保障他的訴訟權就表示，他必須活著！因為訴訟權跟所有其他一切權利一樣，必然以生命為基礎，否則都是空言。如果法庭說：「我們只保障他的訴訟權而不管他的生命權，所以法務部如果想執行他的話請自便」，則保障訴訟權云云，不過騙局一場。

生命是人性尊嚴的唯一載具，一人一具，不可替換。人性尊嚴受我國憲法絕對保障，這一點是兩造、鑑定人與全體大法官的共識。既然如此，生命權亦必須受絕對保障。《伊索寓言》裡有一則故事說，狐狸請鶴鳥吃飯，結果狐狸自己飽餐一頓，而鶴鳥餓得半死，因為狐狸準備的是一碗湯，鶴鳥的尖嘴怎麼樣也喝不到那碗湯。載具不對，載體即無法發揮存在的意義。如果憲法保障人性尊嚴而不保障生命權，則何異於奸巧自肥的狐狸？「看得到吃不到」的憲法保障，是把人民當呆頭鵝，怎麼可能贏得人民認同？

三、生命權：倚天一出，誰與爭鋒！

以上論證，認為生命是人性尊嚴的前提，既然人性尊嚴受國家絕對保障，生命權也應受絕對保障。接下來要進一步論證，生命權才是最高位階的權利，人性尊嚴的位階不可能高過生命權。

如果一個人把別人當作奴隸，根據刑法第 296 條「使人為奴隸罪」，應處一年以上七年以下有期徒刑。如果一個人殺害別人，根據刑法第 271 條「殺人罪」，應處十年以上有期徒刑、無期徒刑、或者死刑。殺人罪比使人為奴隸罪重多了。根據罪刑相當原則，這表示「殺人」是比「使人為奴隸」嚴重的罪行，所以應該處以比較嚴重的懲罰。前者奪人性命，後者侵害人性尊嚴；奪走別人的性命才受最重的刑罰，可見奪人性命才侵害最高法益。這一點舉世皆然，與庶民的正義觀相符，也是任何現代刑罰體系的共通原則。

「正當防衛」與「戰爭」，是現行法秩序裡，兩個「容許合法剝奪生命」的例外，因此論者常用以論證：生命權不受絕對保障，不是最高位階的權利。其實此二例適足以證明，生命權就是最高位階的權利，沒有其他任何權利可以與之並列。

試舉一例。某甲看見某乙正要殺人，眼看已無其他方法可以制止，於是某甲殺了某乙。如果情況緊急（侵害的現在性），某甲的殺人行為會被認為是正當防衛而不罰，因為他是為了防止某乙侵害別人的生命權。但是如果某乙不是正要殺人，而是

正要毀損屍體呢？屍體也有人性尊嚴，毀損屍體會對死者的人性尊嚴造成侵害，此侵害不因為殯儀館化妝師巧手修復而不存在（否則所有的毀損屍體罪都不成立了），所以同樣具備侵害的現在性。這樣，某甲殺死某乙的行為，還可以構成正當防衛嗎？

不能。我們的刑罰體系不容許以「維護人性尊嚴」為理由而奪人性命；某甲這種行為，會被認定是防衛過當。如果某乙正要侵害他人的思想自由，某甲殺他算正當防衛嗎？不算。理由一樣：我們的刑罰體系不容許以「維護人性尊嚴」為理由而奪人性命。

什麼時候可以因為正當防衛而殺人？只有「當一個生命受到急迫侵害」的時候，我們容許以一切手段，來防止生命權的侵害。包括「殺人」這樣極端的手段。「防止生命權的侵害」構成阻卻違法，但是「防止人性尊嚴的侵害」不可能構成殺人的阻卻違法。論者以為「正當防衛就可以殺人」，殊不知正當防衛殺人之成立，必得是「為了救人性命之故」；如果所救者不是性命，而是任何其他自由或權利，都不可以殺人。這就說明了，生命權才是最高的王牌，而人性尊嚴不是。

必須辨明的是，正當防衛的意思，並不是「無辜之人可以殺為惡之人」。如果黑道談判時互相開槍，仍然可能成立正當防衛，因為這是不法侵害。正當防衛之成立，並不牽涉對於行為人的品德判定，更不牽涉行為人的生命價值的判定；正當防衛殺人純然是緊急狀態下護衛生命權的舉動，與雙方的生命價值毫無關連。正當防衛殺人的合法性不是建立在「我的生命比他有價值，所以我可以合法地殺他」；如果沒有緊急性，如果我未受生命威脅，都不可能成立正當防衛。電影裡的超級英雄殺壞人，如果不具侵害的現在性，是不能成立正當防衛的，就僅僅是動用私刑而已。

因此，死刑不是國家的正當防衛。此處，罪犯的惡性並非所問。因為罪犯既然已經被捕就審，他所造成的侵害已是過去式，不具備侵害的現在性，自然沒有正當防衛可言。

戰爭也可以作如是觀，因為戰爭可以視為一個國家集體地進行正當防衛。戰爭中可以殺什麼人？殺平民、殺同胞或者殺長官都是不行的，要送軍法。但是可以殺敵人。也就是說，即使在戰爭那樣的緊急、例外時刻，也必須區辨對方對我的生命是否造成威脅，只有造成威脅的那些人可以殺，平民、同胞與長官都不可以殺。

而這種威脅，一旦成為過去式，殺人的正當性也隨即消失。敵人投降就成為戰俘，1949年的《日內瓦公約》第三公約，對於戰俘的權利說了很多，總結一句話：不、能、殺。戰俘是那個曾經對我們的安全造成威脅、但是現在已經繳械了的那個人。他對我們的威脅是過去式，繳械了的戰俘已經失去了客觀為惡的能力，因此，殺害戰俘是法秩序所不容許的。

正當防衛或戰爭的例子，證明了生命權的王牌位階。這兩例中殺人的正當性，



都建立在「對方要殺人」這個前提上；人性尊嚴雖然也是非常重要的價值，但卻不是可以合法殺人的阻卻違法事由。這就證明了生命權是各種權利位階上，最後的、終極的、最高的王牌；倚天一出，誰與爭鋒！

參、對死刑的目的審查：駁死刑合憲論

死刑合憲論，是以人性尊嚴為最高價值，生命權次之；人性尊嚴絕對不可侵犯，但是生命權未必絕對不可侵犯。若經正當法律程序，則侵害生命權未必損害人性尊嚴。也就是說，嚴格限縮的死刑是合憲的（見關係機關意見書二）。

前面的論證已經說明，人性尊嚴不是最高價值，生命權才是最高價值；人性尊嚴不可侵犯，因此其前提——生命權也不可侵犯。即使經過正當法律程序，侵害生命權也必然剝奪人性尊嚴，因此即使嚴格限縮的死刑也不可能合憲。死刑不是國家的正當防衛，不具目的正當性。接下來的論證將說明，死刑合憲論有內在矛盾，並且會對刑罰系統造成破壞性的大地震，與其標榜的「司法自制」南轅北轍。

本次釋憲標的之一，刑法第 271 條殺人罪，構成要件是殺人。用死刑合憲論的眼光來看，被害人雖死亡，其人性尊嚴失去載具，但其人性尊嚴並未受侵害。那麼殺人就不是最嚴重的犯罪。可是，死刑合憲論者亦接受兩公約為死刑所設下的條件：只有最嚴重的犯罪才能判處死刑。包括刑法第 271 條在內的現行死刑條文，都未以「違反人性尊嚴」為構成要件，故均抵觸兩公約而違憲。如此，即使接受死刑合憲論的前提，也會得出「現行死刑法律違憲」的結論，可見其邏輯有內在矛盾。

死刑合憲論將在刑罰系統裡引發骨牌效應。如果人性尊嚴才是最高法益的話，我們的整個刑罰體系就必須全盤翻修。殺人不能判死刑，但使人為奴或妨害思想自由可以判死刑。救人性命而殺人不構成正當防衛，為了維護人性尊嚴而殺人才有阻卻違法事由。如此牽一髮而動全身，因為我們的刑罰體系，不偏不倚地，就是建立在「生命權為最高法益」的前提上。當死刑合憲論努力淡化國家的殺人行為、對後果輕描淡寫時，得付出的代價就是，罪犯的殺人行為也會一同變得「不那麼嚴重」了。因為殺就是殺，那本來就是同一個行為。如同南非憲法法院大法官奧比·薩克思說的：「死刑不是在懲罰那個犯罪，而是在重複那個犯罪（5 月 1 日筆錄）。」

關乎生命權的違憲審查，全體大法官一致同意應採取最嚴格的審查標準。根據許玉秀大法官〈刑罰規範的違憲審查標準〉，審查標準的寬嚴，直接牽涉到舉證責任的分配。當採取高密度的審查標準時，舉證與說服的責任在違憲嫌疑人：國家，或者合憲論者。倘若未見充足的合憲論證，便應當推定為違憲。

這次裁判中，合憲論者尚提出以下幾項論證，但是它們都不能證立死刑。以下依序說明：

一、嚇阻論

一般認為死刑有嚇阻效果，所以是有效的刑罰；鑑定人 Michael Davis 認為死刑理論上較無期徒刑更具嚇阻力（Michael Davis 鑑定意見）。但是，實證研究均不能證實死刑比無期徒刑更具嚇阻力，如許春金、吳景芳、李湧清的《死刑存廢之探討》¹⁹，或楊書晴的《死刑嚇阻效果之探討》²⁰。鑑定人 Mai Sato 依據世界各國相關研究結果指出，由於犯罪成因多樣，而各項變因無法加以控制，在真實世界裡更因研究倫理的約束，不可能操弄這些變因進行社會實驗；所以無法斷言死刑的嚇阻力與其他任何一種刑罰相較究竟是高或低（5月9日筆錄）。也就是說，不止目前沒有這樣的研究，未來也不可能進行這樣的研究。依據嚴格審查標準，合憲論必須證明死刑有可觀的邊際嚇阻效果，才能證立死刑的正當性（李念祖鑑定意見（二），頁8）。合憲論者在這次憲法辯論中無法藉由嚇阻論來證立死刑的正當性，而且鑑定人 Mai Sato 也否決了未來完成此一論證的可能性。

二、應報論

鑑定人 Michael Davis 提出了兩種應報論。第一種是「以牙還牙，以眼還眼」，也就是「同態報復」，Davis 認為「同態報復」並不是刑罰的正當性基礎。Davis 肯認、並為其他合憲論者所接受的，是第二種應報論，也就是「善有善報，惡有惡報」（Michael Davis 鑑定意見書，頁1-4）。然而第二種應報論只能證立刑罰之必要，無法證立死刑之必要。倘若死刑被廢除，而以某種嚴厲刑罰取代之，惡人仍然得到惡報；第二種應報論與廢除死刑、改採替代方案是相容無間的。

論者一旦援用應報論，若非毫不考慮替代刑罰，就是在解釋「非死刑不可」時，不自覺滑向同態報復，如「生命只能用生命來平衡」；因為唯一能夠證立死刑的，只有同態報復的「一命還一命」。用應報論來為死刑辯護，幾無例外地會詳述壞人的惡行，但是對邪惡的判定本身，就與死刑判決一樣，不能免於資訊的偏頗與評價的恣意。例如許家馨大法官認為陳進興是邪惡量表上十五、十六級的惡人（許家馨大法官意見書），但許福生大法官對陳進興的描繪，卻可看出如果及早有學校、家庭與社區的全面支持，可以避免反社會人格的養成（許福生，陳進興是個怎麼樣的人）。應報論訴諸常民對於惡的痛恨，但是討論刑罰的極致時，受罰者的惡性並非所問。例如廢除奴隸制度，是因為拒絕給予國家以人為奴的權力，與為奴之人是善或惡無關；不會因為世間存在惡人，就要恢復奴隸制度以懲治這種惡人。

¹⁹ 許春金、吳景芳、李湧清，《死刑存廢之探討》，行政院研究發展考核委員會，1995年。

²⁰ 楊書晴，《死刑嚇阻效果之探討》，逢甲大學經濟學所碩士論文，2007年。



第二種應報論認為死刑可以「喚醒」被告的良知，但這是悖論，因為這種應報論同時也認為，世上就是有極為邪惡毫無人性的被告，其良知已泯。倘若死刑成功地喚醒其良知，恰好證明判他死刑是錯誤的量刑。何況死刑何曾有效地喚醒極惡者的良知，尚未見任何實證研究可以佐證。反例倒有。其一是因為被判了死刑，反而為求生存背水一戰，人性更加扭曲，像「蘇建和案」裡的真兇王文孝。他在第一次被判死刑後寫了覆判狀，那是他最沒有悔意的一次自白。王文孝先前都承認他殺了被害人，但在覆判狀他說，是他行竊時被害人醒來要攻擊他，所以他只是自我防衛。而且王文孝先前即使說有共犯時，都還自稱是主謀，但覆判狀中他改口說蘇建和才是主謀，他只是無意中提出了可以作案的地點。王文孝的覆判狀呈現出來的是，面臨死亡壓力時，他的人性更進一步扭曲了。死刑沒有逼出僅有的人性，反而是為了逃避死亡，而產生了更大的扭曲。另一例是冷血殺人犯因為時間過去而悔悟改過，如「芝加哥綁架案」，十九歲青年李歐普（Leopold）單純為了策劃一樁完美犯罪而綁架撕票，被捕以後毫無悔意。這樣過了十年以後，強烈的懺悔終於幽幽地冒出來，他深感慚愧，完全無法理解自己當初犯下的惡行²¹。美國有個死刑犯人留下了這樣一句感慨：「在我最壞時國家捉我進來，等到我變到最好的時候，國家卻把我捉出去打死。」死刑沒有教化功能；萬一死刑有教化功能，則那一個死刑恰恰不應該執行，因為人性未泯的被告是不應該被判死刑的。於是死刑的教化功能恰好成為死刑的反證。

揚棄同態報復之後，便無法證立為何其他刑罰都無法達成應報的目的。因此，合憲論者無法藉由應報論來證立死刑的必要性。

三、自決選擇說

關係機關與鑑定人鄭善印均認為，罪犯已知死刑規範的存在，卻仍「選擇」犯罪，則可推定罪犯亦「選擇」接受死刑這個懲罰（關係機關答辯書，鄭善印鑑定意見）。所以判他死刑，是彰顯他的自決選擇、他的人性尊嚴。然而一方面認定此人罪該萬死，另一方面又說要尊重他的「選擇」，置社會正義於何地？如果罪犯當庭陳明其「選擇」是根本不受罰，難道法庭要尊重他的選擇放他走嗎？自決選擇說以先驗的推定凌駕罪犯的自主陳述，本身就是對罪犯主體性的否定。合憲論者無法藉由自決選擇說來證立死刑的正當性。更關鍵的是，「自決選擇說」無法特定地證成死刑，只會證成現況。如果現況是「沒有死刑、最高刑期是無期徒刑」，自決選擇說依然可以成立：罪犯選擇犯嚴重的罪就等於「選擇」了無期徒刑，所以把他判無期徒刑，

²¹ 張娟芬，《殺戮的艱難》，2010年。

就是尊重他的「選擇」。合憲論者無法藉由自決選擇說來證立死刑的必要性。

四、砝碼說

鑑定人鄭善印認為現行制度有五種刑罰，如同天平上的五個砝碼，如果廢除死刑就只剩四個砝碼，將導致正義失衡（鄭善印鑑定意見）。實則如取消死刑，罪行依輕重分成四類，依序處以四種不同之刑，並不致失衡；如果另以某種嚴厲刑罰取代死刑，則砝碼維持五個不變，更無失衡顧慮。合憲論者無法藉由砝碼說來證立死刑的必要性。

五、驚駭說

鑑定人 Michael Davis 認為死刑是不是殘酷不人道的刑罰，要看執行手段是否令當地民眾感到「驚駭」（Michael Davis 鑑定意見）。此一主張是「死刑應由多數決」的變形，因為如何定義「驚駭」，還不是又要問大多數民眾的感覺？實則無論死刑如何執行，都不可能不令人驚駭。謝煜偉指出，我國採用注射與近距離槍擊的方式執行死刑，但法院在多個判決裡認定近距離槍擊是極為殘忍的（謝煜偉鑑定意見）。

台灣死刑執行實務工作者的經驗，也顯示槍擊的殘忍。有一位法警指出，他有一次共擊發十發子彈，才完成執行任務。這位法警陳述，他開第一槍後，死刑犯人原本趴著的身軀像貓一般拱了起來，法警上前補第二槍、第三槍、第四槍，死刑犯愈挫愈勇，竟然坐起來回身直直看著他。在場有人說：「可能是器官異位，要再打喔。」死刑犯人一聽便用手摀住胸前，還有人宣稱聽見犯人說：「不要再打我了啦，很痛ㄟ。」死刑犯人坐了一會兒又趴下去，法警上前補兩槍，還沒死，他改打稍偏右側的部位，補兩槍，還沒死，再補兩槍。刑場沙塵飛揚，法警臉色發青，最後那人硬是又拖了半個小時才死。法警說：「就是活生生的生命在我的面前，我就把他……，他可能沒那個力氣講出來，那時候也沒有喊，體內還存有麻藥，也沒什麼痛，沒有任何聲音，都沒有，只有呼吸聲音而已。那種情況喔，如果要給別人接手，別人真的會怕。當時在刑場什麼意念都沒有，就是一槍、一槍這樣子，要趕快給他死。這時我已當了主管不能退縮，不能讓底下的人以後不敢執刑，還是撐著去做。」十槍還不是最高紀錄，台灣死刑執行的最高紀錄是打十一槍。這位「十槍紀錄保持人」已經離開法警工作，但他說：「就是有那個陰影。」「執行槍決的影子，永遠的背著、跟隨你，只要你有一天是清醒的，都會隨著你，就是這樣。」「現在我沒做這工作，沒有恐懼的負擔，我是有這個影子而已。但是做過的痕跡沒辦法把他抹平²²。」

²² 謝焜焜，〈法警執行槍決經驗之告白——以敘說分析為取向〉，南華大學生死學研究所，2003年。



那麼注射針劑果真如 Davis 所言，近似醫療行為，所以不令人驚駭嗎？100 年度台上字第 4196 號判決，被告以針劑注射殺死被害人，最高法院痛責：「如此藐視生命法益，殘酷冷血、草菅人命之行為，對社會治安造成嚴重之危害，復於到案後，仍矢口否認犯行，益見毫無悔悟之心」；102 年度台上字第 2392 號判決，被告以針劑注射殺死被害人，最高法院認為此一犯案手法「除不易被察覺外，並可能使相關醫護人員陷入醫療疏失之紛擾，心思縝密，手法極為陰狠，惡性無殊於持器械殺人」；「其行為實屬殘酷無情」；「所為國法、天理均所難容，其人性既泯，已難有教化之可能」。如果注射殺人令最高法院一再感到驚駭，怎能說同一行為由國家為之就不會令民眾驚駭？合憲論者無法以驚駭說來證立死刑的正當性。

綜合論之，國家是違憲行為的嫌疑人，在高密度的審查標準裡，國家必須提出非常充分的論據來證明其舉措合乎憲法。落實到本件憲法訴訟裡，關係機關必須證立死刑的正當性：為什麼國家可以用死刑奪人性命以及一切基本權利；並且必須證立死刑的必要性：為什麼其他替代刑罰措施均無法取代死刑。可惜本次關係機關提出的死刑合憲說，並未達成這兩個任務。死刑合憲說另以優生保健法、安寧緩和醫療條例為其旁證，惟此二法並非本次釋憲標的，亦未經合法聲請，故不在本法庭審理範圍內，並此敘明。

肆、要司法自制，不要司法自棄

死刑這個爭論多時的議題，是否應由憲法法院來做最後決斷？機關方、部分鑑定人與部分大法官，均提出「司法自制」的呼籲，認為司法審查應謹守「消極美德」，把死刑問題留給民意決定。這個呼籲來自於對共同體的真誠關切，唯恐死刑違憲的結論將與民意產生劇烈衝突而造成社會動盪；其前提假設是：主流民意強烈支持死刑。事實上，多數民意接受替代方案，已如前述；死刑支持率只是在某些民調中因為研究方法的偏誤而被高估。也就是說，這呼籲的前提並不成立。

然而，司法自制的問題值得在此分析、自剖，因為大法官如何看待自身職責與任務，對於司法與社會的互信，有正面意義。此次最高法院黃瑞華法官基於與社會對話的熱忱，參與本法庭擔任機關代表，便為司法與社會的良性互動立下良好典範。司法權不以民意為基礎，其正當性來自三權分立的憲法架構，但司法者積極誠懇與社會對話的努力，將是司法正當性茁壯的沃土。

論者認為，民主國家的違憲審查身陷「抗多數決困境」，因為不具民意基礎的大法官，可以透過憲法解釋或裁判，推翻民意機關所立的法律。畢克 (Alexander Bickel) 是闡述「抗多數決困境」最負盛名的學者，而他認為解決此一困境的方法，一方面是司法自制、消極，避免冒犯多數民意；另一方面，當司法決定獲得社會多數支持

時，司法就有正當性了。黃舒芃認為，畢克的理論是失敗的：「要求法院裁判需附加公眾同意，無異是讓司法審查的特殊功能被多數統治犧牲，從而在實際上形同拋棄司法審查²³。」在畢克手裡，「抗多數決困境」並未被解消，只是被迴避；迴避的方法是要求司法認清現實：自己勢單力孤，最好低調求生。

真正解消「抗多數決困境」的是德沃金。德沃金認為，美國憲法的基本原則是「政府對每個人均需賦予平等的地位，給予平等的關懷」；因此，「民主」的精義不是「多數決」，而是「符合憲法」，尤其是「服膺於憲法對平等權的重視與堅持」。在德沃金看來，民不民主，不是取決於「多數意見可否遂行其意志」，因為多數統治不是民主的目標；民主的目標是：政治機構作決策時，應該「從結構、組成與實踐上，將社群中的每一成員當成個體對待，並給予平等的關懷與尊重²⁴。」倘若對照 Gewirth 對「尊嚴」的定義，不難發現，德沃金心心念念的「平等關懷」、「平等地位」、「平等尊重」，也就是以人性尊嚴為憲法核心價值的意思。在德沃金的法律體系裡，無論司法者或立法者，都服膺同樣的信念，就是護衛人之所以為人的那種品質。如果有一條法律違反人性尊嚴，那它不僅違憲，也違反民主原則；若經違憲審查撤銷其法律效力，雖然違反多數決，但並不違反民主，而是實踐民主。

南非憲法法院前任大法官薩克思也指出，大法官沒有民意基礎，「但那是你們的力量所在，而非弱點」；大法官不參與選舉、不必討好群眾，他的憲法責任正因這種獨立性而來（5月1日筆錄）。大法官該做的，不是揣摩民意、迎合民粹，而是獨立審判、誠摯溝通。憲法裁判結果未必造成三權之間的對抗，而可能成為開啟三權之間對話的契機。

三權分立的憲法架構要穩固，司法當然要自制；不只司法要自制，立法、行政也要自制。片面呼籲司法自制，似乎暗示立法者可以不受憲法拘束地自由創造取悅多數人的法律（此時司法還是要自制，不要去說他違憲），而行政權可以不受憲法拘束地執行之（此時司法還是要自制，不要去說他違憲）；若立法與行政都不必自制，只有職司捍衛憲法的違憲審查要自制，則三權分立何其傾斜，此一傾斜又置憲法於何地？

司法自制不是司法自棄。司法自制的意思是，如果在打蒼蠅與打老虎之間作一選擇的話，大法官應該打老虎，而不要打蒼蠅。蒼蠅雖然惱人，但畢竟危害尚小，如果社會多數覺得蒼蠅的嗡嗡之聲如同天籟，大法官縱不同意，只得自己戴上耳塞。但是老虎非打不可，即使社會多數以為此虎不過是一隻可愛的大貓，大法官必當指

²³ 黃舒芃，〈再訪「抗多數困境」——從 Dworkin 憲法理論的角度檢視 Bickel 的司法審查理論〉，收於《民主國家的憲法及其守護者》，2009年，頁391-411。

²⁴ Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, 1996: Harvard University Press, p.17.



出虎牙虎爪之致命性，絲毫不可妥協。倘若不求甚解地認為司法自制就是盡量不要受理、盡量不要作違憲解釋、盡量不要容許個案因釋憲而翻案救濟，則大法官的官印將成為維護現狀的橡皮圖章，而司法自制的呼聲亦淪為合憲論者的權宜之計。

苛政猛於虎。死刑是國家殺人，大法官可以不打蒼蠅，但不能不打老虎。關係機關意見書（三）引用傅柯（Michel Foucault）與布赫迪厄（Pierre Bourdieu），論稱法界知識菁英應節制自身權力，勿自命為社會的道德領航員，率爾宣布死刑違憲。實則死刑違憲的判決無關乎菁英，而關乎深思熟慮（鑑定人李念祖 5 月 1 日筆錄）；無關乎社會道德，而關乎國家權力。

只是，傅柯與布赫迪厄兩位大師若聽到關係機關的召喚，應當同感驚訝，因為他們如果還活著願意出庭的話，必然是聲請方的鑑定證人。法國廢死前夕，傅柯在《解放報》為文表示，很高興看到法國終於把斷頭臺給斷頭了。傅柯的點評簡短而明確，一個字：「好。（Bien.）」順便批評法國竟然落後西歐各國這麼久才廢死²⁵。90年代法國發生一起謀殺案，在大眾媒體的渲染下，民意呼求嚴刑峻法，導致法國恢復終生監禁。布赫迪厄深不以為然：「在這部快動作的影片中，我們看到如何透過媒體所扮演的動員性資訊工具的角色，產生了一種變態的直接民主，而它使得面對緊急狀況、並非一定是民主的集體激情時應有的距離消失殆盡。……我們看到是一種復仇邏輯的形成，而司法，甚至政治的邏輯乃是為了反對復仇邏輯才成立的²⁶。」布赫迪厄對於司法有他的批評²⁷，但是他更強烈地抨擊民粹對於司法自主性的傷害：「透過這樣的自主性，司法界才能對抗正義的直覺、法律的常識性認識，而後者常是表象或激情的受害者。我們會覺得，記者們在施壓。其方式是表達他們自己的看法或價值，或是他們天真地宣稱自己是『人民感情』或『公眾意見』的代言人，而這時他們會強力地干預法官的工作導向²⁸。」傅柯與布赫迪厄身後都留下豐富著作，思想系譜清晰可查；如果他們在墳墓裡接到本法庭的民調電話，恐怕只會說：「唯一支持廢除死刑！」

死刑存在已久，但這並不是我們所獨有。香港大學社會系教授白愨（Børge Bakken）研究中國人的死刑觀，總有人對他說：「可是中國有幾千年的死刑文化傳統。」他的回答簡單扼要：「誰沒有呢²⁹？」世界上其他廢除了死刑的國家，同樣有幾千年的死刑文化，同樣有應報思想；但是許多國家決定廢除死刑，其原因是對國家權力的警醒，不願意再放任合法包裝的國家暴力（機關代表黃瑞華 5 月 9 日筆錄）。

²⁵ <http://ppt.cc/M1dRx>.

²⁶ 林志明譯，《布赫迪厄論電視》，頁 97。

²⁷ The Force of Law, <http://ppt.cc/elpq8>

²⁸ 黃舒芃，（註 23），頁 85。

²⁹ 〈論中國人的死刑觀〉，青少年犯罪問題，2012 年第 6 期，頁 28-36。

死刑並非我們的命運共同體中不能或缺的核心。社會安全、獄政革新與被害人保護的問題，都不是附屬於死刑制度的問題，但卻因為死刑提供社會大眾廉價的正義，間接縱容了刑事政策的懶惰怠惰（林作逸鑑定意見補充）。廢除死刑在南非標示著各種族和解共生的起點，在台灣也應當帶來療癒修復的契機。

伍、為·時·已·晚

湯申案判決違憲，大法官全體無異議通過。箇中道理已經無需多加論證，僅重複錢建榮於鑑定意見一開頭所引用的卡繆，即已完全道盡：「總有一天，這個死得太早的犯人就再不再顯得這麼壞了。但如今為時已晚，我們對這件事只能選擇懊悔或是遺忘。」社會會改變。現在我們看見了原漢的不義結構在這樁犯罪裡扮演了決定性的角色，也看見死刑的浮濫與程序的草率。但湯申仍然是死的，只有死亡不會改變。這就是死刑，我們的幡然醒悟，也改正不了什麼。

「支持著這個制度的，是群眾素樸的正義感。像純稚的孩子，我們一片熱切地寫信給聖誕老人，說我們一整年都很乖，我們想要一個公平正義的社會，當作聖誕禮物。願善有善報，惡有惡報，恰如其份。我們把我們誠摯的心願託付給死刑，但是我們不知道他是個壞郵差。他嗤嗤冷笑著，轉身就把我們的信通通丟掉了。我們的禱辭暴屍荒野，而我們還痴痴地伸長了耳朵，以為將聽見馴鹿的鈴聲與聖誕的頌歌。」

張娟芬，《殺戮的艱難》