

憲法法庭之友意見書



主案案號：111 年度憲民字第 904052 號

法 庭 之 友 台灣廢除死刑推

動聯盟

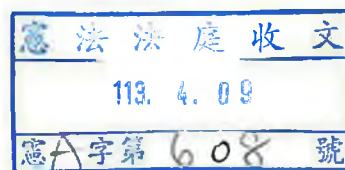
代 表 人 張 娟 芬

代 理 人 盧于聖律師

1 為人民聲請法規範憲法審查案件，提出憲法法庭之友意見書事：

2 茲依憲法法庭民國（下同）113 年 2 月 21 日 111 年度憲民字
3 第 904052 號裁定之諭知，本團體就本聲請案提出憲法法庭之友意
4 見書如下：

5 壹、應揭露事項



6 憲法訴訟法第 20 條第 3 項規定，當事人以外之人民或團體，
7 依裁定許可提出專業意見或資料時，準用同法第 19 條第 3 項規定，
8 應揭露其相關專業意見或資料之準備或提出，「是否與當事人、關
9 係人或其代理人有分工或合作關係」、「是否受當事人、關係人或其
10 代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值」或「其他提供金錢報酬
11 或資助者之身分及其金額或價值」。惟本團體就撰寫本次憲法法庭
12 之友意見書，與本聲請案之當事人、關係人或其代理人間，均無分
13 工或合作關係且未受金錢報酬或資助，更未受其餘人士、機關或團
14 體之金錢報酬或資助，合先敘明。

15 貳、六條人命的負債

1 睽違二十五年之後，大法官終於正視死刑議題。1985 年，大
2 法官認為「毒品罪唯一死刑」合憲（釋字第 194 號），於是未曾奪
3 人性命的被告黃樹明被執行死刑。1990 年，大法官認為「擄人勒
4 贖唯一死刑」合憲（釋字第 263 號），未曾奪人性命的馬曉濱、唐
5 龍、王士杰被執行死刑。1999 年，大法官認為「毒品罪判死刑」
6 也合憲（釋字第 476 號），未曾奪人性命的王再興、周家傑被執行
7 死刑¹。

8 有些人支持死刑的理由是「一命償一命」。他們應該會同意，
9 這六位未曾殺人的被告不應該判處死刑。如果台灣的違憲審查制
10 度有一本帳冊記明大法官的功過，上面應該有這六條人命的負債。

11 進入二十一世紀以後，廢死聯盟提過好幾個釋憲案，在 2010
12 年的死刑爭議中，被大法官「程序不受理」。那些釋憲案有一些是
13 「改進死刑」的，就是指出現行死刑制度的程序保障不完備；也有
14 一個是直接主張「廢除死刑」的。大法官在「不受理決議」中解釋
15 為什麼不受理那些「改進死刑」的，然後假裝沒看見那個主張「廢
16 除死刑」的²。

17 如此到了 2024 年，違憲審查制度在台灣已有超過七十年的歷
18 史，大法官卻從來沒有針對「生命權」做出解釋。1985、1990、1999
19 年的三次釋憲都認為沒殺人也可以判死刑，甚至可以唯一死刑，這
20 些都是此刻的民主台灣無法想像也無法忍受之事；也就是說，過去
21 那三號解釋已經全數過時。而 2010 年大法官夸夸其言，說死刑制
22 度程序已經夠完備了，所以不受理「改進死刑」的釋憲；但這次受

¹ 釋字 476 號解釋是當時台北地方法院法官陳志祥暫停審判後聲請解釋，原因案件有兩件，可處死刑或無期徒刑。獲得合憲解釋之後，這兩件共五名被告並未被判處死刑。但適用同一法條的另一販毒案件，有兩名被告被判死刑並執行。

² 2010 年的死刑釋憲，詳見張娟芬，〈廢死釋憲的折返跑〉，《殺戮的艱難》，行人出版社，頁 186-222。

1 理死刑違憲釋憲案，題綱第二點所列舉的各項，正是那時「改進死
2 刑」的釋憲內容。十四年以後，大法官終於遲來地承認，現行死刑
3 制度是否完備，是具備憲政重要性的議題，值得審查。

4 然而十四年來，已經又槍決了三十五人。大法官的沉默，真是
5 震耳欲聾。

6 自從受理死刑釋憲的消息公布之後，不，即使還沒有宣布受理
7 之前，大眾媒體已經不斷傳出負面臆測與各種恐嚇性的說法，立委
8 們輪流出來說應由國會決定不要由大法官決定，若廢死則賴清德
9 崩盤，民進黨崩盤。憲法法庭在輿論壓力與憲法法理之間想必感受
10 到拉扯，此時，限縮的合憲性解釋可能是最具誘惑性的出路：象徵
11 性地為死刑制度加上一些條件，對人權團體有個交代，但是宣布死
12 刑合憲，又讓大多數人安心，感覺到大法官尊重民意。如此折衷，
13 皆大歡喜，是為「司法權的自制」。

14 我們不以為然。

15 美國聯邦憲法法院好幾次認為死刑有可能合憲，改進就好；但
16 是好幾位大法官退休以後表示後悔在任時支持死刑合憲³。許家馨
17 認為這是司法自制的好榜樣，表示「一個社會有機會透過自己的實
18 踐，努力去改正自己的司法制度之後得到的反省」，「應該讓社會透
19 過民主程序，讓人民自己來檢視，來反省。到那時候，一個社會若
20 認為死刑制度代價太高，決定加以廢除，那個民主決定也因此取得
21 了社會的認同。美國聯邦最高法院數十年來給美國社會保留了這
22 個嘗試的機會」⁴。

23 死刑在台灣與在世界各國一樣，都已經有了很久很久的「實踐

³ 劉靜怡，2015，協同意見書，《放棄死刑走向文明》，頁 146-147。

⁴ 許家馨，2015，部分不同部分協同意見書，《放棄死刑走向文明》，頁 183-184。

機會」，也都造成很多很多根本不該消逝的生命消逝了。「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會」記錄在案的死刑案件有八百多件⁵，他們大多數人只不過是參加了讀書小組或者對社會改革有興趣。在非政治性的案件裡，也有超過一百六十件死刑定讞案件，罪名並不是殺人，其中有眾多的毒品案件。一直要到 2003 年之後，才不再有毒品案件被判死刑。這個數字還要再加上被誤判死刑並且執行的江國慶。這就是數十年來死刑制度在台灣的「實踐機會」——它是赤裸裸的國家濫權殺人，而不曾帶來「人民的反省」。拿個人的性命來讓集體的社會進行試誤實驗，在等待多數人民「反省」的期間繼續坐視個別的人類被國家奪取性命——這不正是侵害人性尊嚴的標準定義：把人類當作手段而非目的？

台灣的大法官已經以合憲解釋「自制」了三次，2010 年不受理，是第四次。每一次死刑釋憲都會有人提起 194、263、476 三號解釋，但那六個人早已被徹底遺忘。這是死刑支持論的一貫偏誤：死刑的濫權恣意與出錯時的重大損失，從來沒有被放進等式裡去計算，好像那些死亡都免費似的。許家馨認為，「一個刑罰制度是否可以被允許，其目的審查可能是最重要的。如果目的是正當的，即便執行過程中產生有限的附隨後果，也可能是應被容許的⁶」。

「有限的附隨後果」。六人，三十五人，八百多人，一百六十多人，如果這是死刑機器運轉下「有限的附隨後果」，那正說明，這個刑罰不可能有正當的目的。

參、羅馬法、西塞羅與康德

Christopher McCrudden 曾說：「人人都同意人性尊嚴是核心問

⁵ 謝孟達，2012，《生死之間：戒嚴時期政治案件死刑判決之研究》，政大國家發展研究所碩士論文。

⁶ 同註 4，頁 211。

題，但未必同意為什麼是、如何是⁷。」 Human dignity，通常翻譯為人性尊嚴。這短短兩個字，值得停駐在此分析與論證，因為許多關於人性尊嚴的誤解與爭論，都源自這兩字的誤譯或者不求甚解；一旦解開，剩下的問題亦豁然開朗。

在羅馬時期，dignity⁸是一種高階的、尊貴的「身份」。例如公職人員與政治人物對共和國有貢獻，因而得享特殊待遇，貿易公會或行會成員、專業人士或者貴族，也可能取得這個尊貴身份，所以阿岡本說 dignity 是一種與公共職務有關的階級（class）或社會地位（social status⁹），哈伯瑪斯則將 dignity 代換為「社會榮耀（social honor）」¹⁰。此時，dignity 可以是複數的存在，一個人可以有多種身份¹¹；因法律與政治情況的不同，dignity 可以是出生即擁有，或者後天取得；可能因為某些原因失去這種尊貴身份，也可能失而復得。取得這些身份的人可以擁有某些權力、特權、責任，或者權利¹¹，所以 Teresa Iglesias 說 dignity 是一種「差別待遇的法律手段（discriminatory legal measure¹²）」，哈伯瑪斯也點明，dignity 誕生於傳統的階層化社會，而非現代的平權社會¹³。

這個法律概念，在羅馬共和國末期，進入了道德哲學的領域。

⁷ Christopher McCrudden, Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights, *European Journal of International Law*, Volume 19, Issue 4, September 2008, Pages 655-724, <https://doi.org/10.1093/ejil/chn043>

⁸ 拉丁文原文是 dignitas，為免蕪雜且方便理解，以下均以 dignity 表示。

⁹ de Matos, S.M.M. (2022), "Human Dignity after Auschwitz: Some Animating Ideas", Sarat, A., Pele, A. and Riley, S. (Ed.) *Human Dignity (Studies in Law, Politics, and Society, Vol. 88)*, Emerald Publishing Limited, Leeds, pp. 83-97. <https://doi.org/10.1108/S1059-433720220000088005>

¹⁰ HABERMAS, J. (2010). THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY AND THE REALISTIC UTOPIA OF HUMAN RIGHTS. *Metaphilosophy*, 41(4), 464-480. <http://www.jstor.org/stable/24439631>

¹¹ 同註 9。

¹² Iglesias Teresa, 2001. "Bedrock Truths and the Dignity of the Individual", *Logos: A Journal of Catholic Thought and Culture*, vol. 4, pp. 111-34.

¹³ 同註 10。

1 西塞羅 (Marcus Tullius Cicero) 有鑑於凱撒大帝遇刺與羅馬的政治
2 動盪，深感需要重建政治與公共領域的道德秩序，因此寫了《論義
3 務》。西塞羅在書中提出 human dignity 一詞¹⁴，他認為人類是生物
4 中唯一能掌握理性與語言的，所以應當做出高尚的行為¹⁵ (例如自
5 我節制，不向原始的肉欲屈服)，實踐美德以貢獻國家社會，這是
6 人類與生俱來的責任。

7 一如書名所明示，西塞羅談的 human dignity 不是權利，而是
8 義務。他認為 human dignity 是人人皆有的，是一種與生俱來的優
9 越天賦，既然上天給予人類這樣的天賦，那麼人類就必須負起相應
10 的責任，所以有義務自尊自重，也有義務尊重其他人類，以及實踐
11 其他更多的美德。雖然是為了重建政治道德，但西塞羅認為 human
12 dignity 並不限於參與公共事務的社會高階人士，這是他與羅馬法
13 的不同。但西塞羅使用了羅馬法的 dignity 來表達一種「身份」，以
14 及與這種身份相應的、適當的對待關係，甚至同樣認知 dignity 為
15 一種具備優越性的身份；唯一的不同只是，西塞羅比較的基準是與
16 其他生物相比，所以所有人類都具有這樣的優越身份。

17 雖然「人人皆有」、「與生俱來」這樣的字眼，在後來的人權相
18 關論述裡也頻繁出現，但是西塞羅的 human dignity 與後來的人性
19 尊嚴概念，在許多意義上均大相逕庭。因為西塞羅專注於義務而非
20 權利，human dignity 只是他為人類的道德義務找到的論證依據而
21 已——人人皆有 human dignity，所以人人皆有道德義務；他用
22 human dignity 的普及性 (universalization) 來證成人類的絕對道德

¹⁴ 拉丁文原文是 dignitas humana，為免蕪雜且方便理解，以下均以 human dignity 表示。

¹⁵ 原文是 honestum，蕭高彥譯為「高尚性」，見〈西塞羅與馬基維利論政治道德〉，《政治科學論叢》，頁 1-28。

1 義務¹⁶。

2 幾乎可以說，human dignity 在西塞羅眼中猶如一張借據，他
3 可以拿著借據去向每一個人類索討：「你虧欠這個宇宙，快來盡你
4 的道德義務！」

5 這就是古典時期的 human dignity：每個人都是宇宙的債務人。
6 因此哈伯瑪斯有如下的提問：古典的 dignity，雖然在西塞羅手上
7 普及化了，但是這個概念的發展系譜顯然還需要兩個步驟，才能轉
8 變到現代的面貌。其一是：「個人的價值」這個概念是從哪裡來的？
9 西塞羅只提出了「垂直」的人類價值——人類與其他物種相比的價
10 值。但是「水平」的人類價值——每一個人與其他人類相比都有其
11 價值，這個概念的出現尚有待探尋。其二是：西塞羅只提出了人類
12 的相對價值，但「每一個人都有絕對價值」這個概念是哪裡來的？

13 古典與現代之間的中繼者是康德，上述兩個步驟，都可以在康
14 德哲學中找到答案。在他的「目的王國」(kingdom of ends) 裡，
15 每個人都是目的而非手段，也必須將別人視為目的而非手段，如此
16 便每個人都有 dignity。而什麼是 dignity 呢？康德說：「在目的王
17 國裡，萬事萬物若不是有個價格(price)，就是有其尊嚴(dignity)。
18 有價格的事物可以被等值的其他事物取代；而超越所有價格、沒有
19 事物與之等值的，就有尊嚴。」如此，康德指出了「水平的人類價
20 值」，與「絕對的人類價值」。

21 康德認為人因為有理性與自決，所以有人性尊嚴，此一看法，
22 直到現在還是最具影響力的¹⁷。Oliver Sensen 指出，古典時期的
23 dignity 論述有以下特質：一、dignity 是一種崇高的地位，二、dignity

¹⁶ 同註 9。

¹⁷ 同註 9。

同時具有描述性與規範性，三、dignity 主要彰顯了道德責任與義務，四、從 dignity 推導出的倫理學是理想化的、完美主義的；這四項特質，康德的 dignity 論述亦全部具備，因此他承襲自古典時期的思想，並無疑問¹⁸。同時，康德肯定人本身就是目的，就有價值，大大提升了人的地位與個體性，這是他超越古典時期之處¹⁹。

肆、人類權利與人類身份

當十八世紀人權思潮逐漸興起、民主制度在嘗試錯誤中起步，美國《獨立宣言》、美國《憲法》、法國《人權宣言》充滿了「權利(right)」的字眼，但 human dignity 還是靜悄悄地屬於道德哲學的範疇，在這一階段並沒有受到任何召喚。唯一例外是 1849 年的德國《憲法》第 139 條，「即使罪犯的人性尊嚴也應受尊重」，可惜這部憲法從未施行²⁰。1911 的《威瑪憲法》第 151 條說「每個人都應有有尊嚴的生活」，這時「尊嚴」是形容詞，dignified²¹。直到第二次世界大戰結束，human dignity 才突然接受徵召，再度進入了法律的領域，成為與「人類權利(human rights)」形影不離的概念。至此，human dignity 已經在道德哲學裡被討論了兩千年。

為什麼 human dignity 會重出江湖呢？哈伯瑪斯認為，「人類權利」其實是一個「平等尊重所有人」的道德律令，但要落實，必須把它兌現為法律。因此人類權利就像羅馬神話裡的「兩面神」雅努斯(Janus)，它有兩張臉孔，一張臉望向道德，一張臉望向法律。「人性尊嚴是一個概念的鉸鏈(conceptual hinge)」，將平等尊重的道德與經過民主程序立下的實證法律聯繫在一起，使這兩者得以

¹⁸ Sensen, Oliver (2011). *Kant on Human Dignity*. De Gruyter. (2011, p. 164)

¹⁹ Paolo Becchi, Klaus Mathis, (2019). *Handbook of Human Dignity in Europe*. DOI: <https://doi.org/10.1007/978-3-319-28082-0>.

²⁰ 同註 10。

²¹ 同註 10。

交互作用而形成一個以人類權利為根本的政治秩序²²。」

人類權利不能沒有制度性的實踐架構，這也是漢娜鄂蘭對於二十世紀極權主義肆虐的反思。漢娜鄂蘭指出，納粹的大屠殺之所以發生，正因為一方不把另一方當人看，以及執行者不把自己當作主體，而當作是系統的小螺絲釘，所以沒有責任感²³。在他的分析下，human dignity 正是問題的核心：納粹否定了猶太人的 human dignity——人類身份，也否定了自己的 human dignity——具備理性與自決的人性尊嚴。而結果就是人類權利的一場浩劫。

哈伯瑪斯說，我們總是在人類受苦的情境裡，發現既有的公民權利尚不完足，必須發明新的權利才足以除去那些羞辱與貶低，保障人類的的生活。所以人性尊嚴有一種「發明」的功能，「能夠帶領我們朝向一個更為完備的既有的公民權，並且去發現與建構新的公民權。」「直覺告訴我們，人類權利從來就是因反抗暴政、壓迫與羞辱而來的產物……人性尊嚴受到侵犯的人，他們的憤怒壯大了人類權利²⁴。」

哈伯瑪斯據此駁斥 Christopher McCrudden 等人性尊嚴懷疑論者。McCrudden 認為人性尊嚴缺乏實質內涵，充其量只是一個佔位符 (placeholder) 而已²⁵。哈伯瑪斯則說，人性尊嚴的實質內涵：「每一個人類均有平等之尊嚴」，自始即銘刻在人類權利的概念裡。二戰之後的極權主義見證，只是讓我們在震驚中意識到人性尊嚴與人類權利的密切關係；但它們自始就密切相關。

不是「佔位符」，那是什麼呢？哈伯瑪斯也想了一個比喻：人

²² 同註 10。

²³ 漢娜鄂蘭，2013，《平凡的邪惡：艾希曼耶路撒冷大審紀實》，玉山社出版。

²⁴ 同註 10。

²⁵ 同註 7。

性尊嚴是民主法律秩序的測震儀(seismograph)——一種記錄震波與地震型態的儀器，有助於研究地球的內在結構。只不過人性尊嚴記錄的是「民主法律秩序的核心成份，也就是一個政治共同體裡的公民需要哪些權利，才能夠因為同為自由平等的人類、自願加入此共同體，而互相尊重²⁶。」

伍、奧許維茲之前與之後

自 1948 年的聯合國《世界人權宣言》以降，各種人權文件大量使用人性尊嚴作為核心概念。二戰確實是一個清楚的分水嶺。用 Saulo Monteiro Martinho de Matos 的話來說，那是「奧許維茲之後的人性尊嚴」，他所謂的「奧許維茲」並不僅僅指那個地方所發生過的歷史事件，而是用以代表那種極端侵害下的，沒有語言可以形容或訴說的人類生命型態。奧許維茲之前與之後，至少有兩個重要的差別。其一是：人性尊嚴從一種道德義務，成為一種可以主張的權利。其二是：確立了與人類身份相對應的最低待遇，也就是基本人權²⁷。

奧許維茲之前的 human dignity，雖然「人人皆有」，但與奴隸制度的存在，並不相悖。Saulo Monteiro Martinho de Matos 以西元 60 年左右的《腓利門書》為例說明，古典用法的 dignity 作用僅在於辨明此人的社會角色，以及相稱的責任與待遇，並沒有為此待遇設下最低底線，所以也不介意一個人受到羞辱或貶抑²⁸。奴役一個人並不會損及他的 dignity，只要這個人確實有著奴隸的身份，那奴役他就是剛好而已；他的 dignity 反而是他應該認命服從當一個好奴隸的理據。

²⁶ 同註 10，斜體字為原文。

²⁷ 同註 9。

²⁸ 同註 9。

1 奧許維茲之後，大環境有一個重大的改變，就是眾人體認到人
2 類權利需要制度化的保障，雅努斯面對法律的第二張臉長出來了，
3 於是 human dignity 被召喚來擔任那個「概念的鉸鏈」。如何，像哈
4 伯瑪斯說的，「將平等尊重的道德與經過民主程序立下的實證法律
5 聯繫在一起」？

6 答案是，把 human dignity 納入正式的法律秩序。一個人有
7 human dignity 就表示他是一個權利主體，有一連串身為人類即可
8 享有的權利，當這些權利受到不當剝奪或限制時，這個權利主體可
9 以用法律來主張自己的權利。

10 奧許維茲之後的 human dignity 離開了康德那個理想化的「理
11 性與自決的人」，而進入了人權法律秩序，人類權利就是他應受待
12 遇的最低底線。Human dignity 不再是義務了，它是權利；human
13 dignity 不是借據，而是債權憑證，可據以向國家索討：「快把我的
14 權利還給我！」

15 如此回顧下來，human dignity 的身世已經很清楚：它有至少
16 兩種意涵，一種是康德式的理想化概念，通常以理性、自決為其特
17 徵，譯為「人性尊嚴」可也。另一種是生而為人而有的身份與應受
18 的對待，意思是「人類身份」。只是「人性尊嚴」的翻譯如此廣為
19 接受，另創新譯法恐怕讀者反而不習慣，或者不知道在講 human
20 dignity，為溝通之便，只好仍然沿用「人性尊嚴」之譯。但我們必
21 須不斷地提醒，在二戰之後的人權相關論述裡，第二種意涵才是較
22 常出現的，而且 dignity 作為「身份」愈來愈受討論，也愈來愈重
23 要²⁹；不幸地，它與「人性尊嚴」的字面意義相去甚遠，也經常造

²⁹ 例如 Saulo Monteiro Martinho de Matos，同註 9；John Bessler, *The Death Penalty's Denial of Fundamental Human Rights*; Paolo Becchi, *Human Dignity in Europe: Introduction, Handbook of Human Dignity in Europe*; Jeremy Waldron, *Dignity and Rank: In memory of Gregory Vlastos (1907–1991)*. *European Journal of Sociology*, 48(2), 201–237.

1 成誤解。

2 Saulo Monteiro Martinho de Matos 清楚指出，「二十世紀，人性
3 尊嚴為人類權利提供了基礎，它認知到每一個人類都具備權利主
4 體的地位³⁰」。這種主張立刻讓我們想起第一個以釋憲方式廢除死
5 刑的匈牙利憲法法院院長拉斯洛·索游（László Sólyom）。在 1990
6 年宣布死刑違憲的意見書裡，索游從《世界人權宣言》第一條「人
7 類生而自由，在尊嚴和權利上一律平等」說起，他認為人性尊嚴的
8 平等可以推導出平等權：「平等尊嚴的權利與生命權結合在一起，
9 就是要確保法律之前，即使被視為具有不同『價值』的裸命（bare
10 lives）也不會受到差別對待。每個人擁有生命的權利都是一樣的。
11 一個跛腳的人和一個道德上有罪的人，他們的生命權與人性尊嚴
12 同樣不可侵犯，因為尊嚴是平等的。人性尊嚴，人皆有之，無論他
13 因為何種原因、取得了多麼大的成就。」索游同樣把人性尊嚴代換
14 成法律地位的平等。

15 將 human dignity 解作「人類身份」，我們亦可以了解索游的另
16 一重要主張：生命權與 human dignity 不可分割。具體的肉身和抽
17 象的「人類身份」怎麼可能分開？如果沒有肉身即失去人類身份，
18 亦不可能空有人類的肉身而不具人類身份。如果要取消一個人的
19 人類身份，唯有殺死他的肉身一途。德國科隆大學教授 Thomas
20 Weigend 出具的專家意見也指出，「人唯有在保有生命的情況下方
21 得以享有人性尊嚴，亦即，剝奪一個人的性命將同時摧毀其人性尊
22 嚴的根本」（如附件一、二）。

23 關於生命權與人性尊嚴，我在 2015 年模擬憲法法庭的協同意
24 見書（如附件三）已經詳述，這裡不再重複。但是這次從頭釐清

doi:10.1017/S0003975607000343 等等。

³⁰ 同註 9。

human dignity 的演變歷史之後，我必須提出一個重要的修正。在模憲意見書裡，我與多數論者一樣，在大法官既有的憲法解釋裡找出那些以人性尊嚴為基礎的權利，例如自決、隱私權、人格權、思想自由等等，把它們當作人性尊嚴的內容。我寫道：「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。」

當時我主張生命權與人性尊嚴並不是一個整體。如今我對人性尊嚴有了新的理解：那些權利不是人性尊嚴的內容，而是從人性尊嚴推導而出；那些權利是人性尊嚴生出來的小孩。人性尊嚴正確的解法就是「人類身份」。

一旦解為「人類身份」，一切就豁然開朗：是的，人類身份也是全有或全無的，也是一旦失去就不可回復的，也是其他權利的基礎，失去人類身份即失去所有其他的權利；因此，索游的主張是對的，生命與人類身份是不可能分割的，它們是一個整體。

艾希莫夫有一部科幻小說《雙百人》，講一個機器人想要變成真正的人。故事寫得很法律，機器人精心佈局以後，上法庭打官司爭取「人籍」——他要被正式承認為人，要取得人類的法律地位。「人籍」的用語翻得極好，與「戶籍」「國籍」同樣的概念。「人類

1 身份」也就是「人籍」的意思。

2 肉身死亡即失去戶籍與國籍，當然也會失去人籍。失去生命，
3 必然失去人籍，失去人類的身份。有人說人死了還可以有尊嚴，那
4 是被「人性尊嚴」這個字面的意義給誤導了。

5 陸、國家不能處置生命

6 生命權與人性尊嚴的同一性，是支持死刑的論者所不能接受
7 的，因為在台灣，人性尊嚴的絕對保障是已經確立的憲法原則，如
8 果不能將生命權和人性尊嚴切開來，就必然會得出死刑違憲的結
9 論。許家馨以戰爭與正當防衛為例，企圖論證生命權與人性尊嚴可
10 以分割，他的論證大致如下：(1) 戰爭時，國家以武力殺敵，那就
11 侵害了敵軍的生命權。(2) 正當防衛時，國家雖未動手，但殺人的
12 行為被國家評價為阻卻違法，因而不加非難或懲罰。此二例均可說
13 明，在承認人性尊嚴需絕對保障的前提下，某些狀況仍可奪取生
14 命，可見生命權與人性尊嚴可以分割，不是同一體³¹。

15 許家馨認為，正當防衛之阻卻違法，「牽涉到對於生命價值的
16 判斷」，並引用南非憲法法院的死刑判決做為佐證。南非憲法法院
17 死刑判決裡有這一段話：「正當防衛是所有法律系統都肯定的概念。
18 如果要在兩個或多個生命之間作選擇，那麼無辜者的生命，將會優
19 先於攻擊者」，許家馨認為，這表示國家可以評價人民的生命價值
20 高低。

21 正當防衛的要件是：不法之侵害、侵害的現在性、目的是防衛、
22 最後一個防衛時點、手段沒有過當；這是普遍接受的法理。南非憲
23 法判決裡的那段話被理解為「對生命價值的判斷」，顯然有誤，因

³¹ 許家馨，部分不同部分協同意見書，《放棄死刑走向文明》，頁 175-211。

1 為那段話裡的「攻擊者」、「無辜者」、「犯罪者」、「受害者」，不是
2 針對任何一方的人格評價，而純然是依照刑法的法理，判斷在該緊
3 急事件裡，誰是不法行為的行為人。如果蝙蝠俠綁架了小丑並且動
4 用足以致死的私刑，則小丑就是上述引文裡的「無辜者」，蝙蝠俠
5 是「犯罪者」。如果小丑伺機反擊而殺害蝙蝠俠，小丑即適用正當
6 防衛，他殺害蝙蝠俠的行為不會受到法律的責難。即使我們都知道
7 小丑作惡多端而蝙蝠俠行俠仗義，但蝙蝠俠就是上述事件裡的攻
8 擊者，小丑就是受害者；這跟蝙蝠俠與小丑誰的生命比較有價值沒
9 有關係，國家的法律尤其不可以去評價他們兩人誰的生命價值比
10 較高。

11 許家馨另引用匈牙利憲法法院判決來討論正當防衛：「在協同
12 意見書裡，大法官 Sólyom 指出正當防衛會對如此的論理造成難
13 題。他認為如果生命價值先於經驗，政府根本無權剝奪人命，則正
14 當防衛也無從正當化。政府並無權利剝奪被告的生命，也無權要求
15 被害人忍受可能使其失去生命的攻擊³²。」從索游的意見書看來，
16 我倒不認為他有感到什麼難題，事實上，索游完整的分析了正當防
17 衛為什麼是阻卻違法：「當受害者殺死其攻擊者時，法律基於『正
18 當防衛』而不懲罰這個殺人行為，並不是因為法律承認這個剝奪生
19 命的行為合法，而是認為這個攻擊與反擊，超出了法律所能及的範
20 圍。正當防衛只發生於必須在幾個生命之間作選擇的時候，這是
21 『死亡的重新分配 (redistribution of death)』，唯有犧牲攻擊者的生
22 命，受害者才能存活。然而法律不應區分或重新分配死亡。在這種
23 情況下，法律既不要求受害者負責，也不賦予受害者權利。法律既
24 不能授予被害者殺死攻擊者的權利，也不能要求受害者承受此行

³² 許家馨，2021，〈跨國憲法對話中的生命權與死刑〉，《東吳公法論叢》第 13 卷，頁 45-88。

1 為，因為這已涉及處置其生命的權力。於是，必須在幾個生命之間
2 作選擇的那些時刻，人類回歸到自然狀態。從心理學的角度來解釋
3 亦復如是：求生本能可以突破所有文明的障礙——也就是不限人
4 類才能擁有的生存權（「動物也能擁有」的權利）。當這種面臨選擇
5 的情境終止時，法律才再度介入，但它只在職權界線內檢視——也
6 就是，是否存在『正當防衛的情況』，但不對當時的事件進行評價
7 ³³。」

8 「法律基於『正當防衛』而不懲罰這個殺人行為，並不是因為
9 法律承認這個剝奪生命的行為合法，而是認為這個攻擊與反擊，超
10 出了法律所能及的範圍。」這是關鍵——並不是因為法律承認這個
11 剝奪生命的行為合法。從另一個角度也可以說，是因為不法侵害的
12 現在性，使得法律不能以平常的標準去要求受害者，事件的緊急程
13 度損害了受害者的責任能力，導致法律不可加以課責。

14 除了索游的解法以外，還可以提出更多的論證。許玉秀指出，
15 戰爭或正當防衛時如果做出致人於死的行為，不應稱為殺人，因為
16 那是防止法益受害的行為。「他們的行為如果造成死亡結果，必須
17 被檢驗是不是符合保護法益的必要和不得已，致人於死僅只可以
18 是保護法益行為的附隨結果，不可以是直接故意的對象」。如果造
19 成死亡，那是未必故意或有認識過失³⁴。確實，正當防衛的要件裡，
20 已經指明了「目的是防衛」，因此構成正當防衛的行為，必然不符
21 合殺人的構成要件。

22 綜合以上的分析，結論是：「戰爭與正當防衛就可以殺人，可
23 見生命權保障有例外／生命權是相對保障／生命權與人性尊嚴可

³³ 匈牙利憲法法院的死刑違憲判決全文翻譯，可參考《死刑釋憲三國志》（書名暫訂），即將出版。

³⁴ 許玉秀，〈死刑違憲論述補遺（代序）〉，《放棄死刑走向文明》，頁 7-14。

1 以切開」這個主張是錯誤的，因為那不構成殺人，不懲罰防衛者的
2 原因是國家不可介入生命的處置，這也是為什麼不可以有死刑的
3 原因。「正當防衛」與「國家保護生命權」兩件事並不抵觸，它們
4 背後的原則，就是國家不可妄自評斷人民的生命價值，不可介
5 入處置人民的生命。

6 柒、集中營的牆

7 二戰時期，奧許維茲集中營的指揮官魯道夫·霍斯，就住在集
8 中營旁邊。一牆之隔，高階納粹軍官家庭美滿，居室整潔，花園由
9 太太設計維護，孩子們健康活潑地在戶外跑來跑去，天際線常常是
10 一縷煙。官太太們自然地談起從哪個猶太人那裡拿到一顆鑽戒或
11 一襲長裙，「他們好會藏，好狡猾！」官員們則拿出藍圖來討論，
12 怎樣的設計可以讓焚化爐以最有效率的方式悶燒。

13 這是電影《夢想集中營》，甜美生活的背景裡，偶爾有慘叫，
14 骸骨，屍煙，而在此生活的這些人毫不介意。指揮官太太的母親來
15 訪，看到戰爭中還有這等排場，非常欣慰：「女兒，你真的做到了！」
16 指揮官太太毫不謙虛地笑。他快樂極了。

17 母親參觀美麗的花園，一抬眼，有些愕然，問道：「那是集中
18 營的牆嗎？」

19 女兒想也不想就回答：「對，我們正在種藤蔓，等到長好就看
20 不見了。」

21 不需等藤蔓長好，他們已經過著夢想的生活，隔牆之事再如何
22 明顯，他們都可以保持不知道，沒看見。當一個人類對於另一個人
23 類所受的待遇毫無所覺毫無所感，那就是失去 human-ness 的時刻，
24 就像殺羊時不必避忌別的羊在場，因為羊們不過睜著那冷淡的小

1 眼睛不發一語罷了。

2 支持死刑的義憤有一部分是這個東西，像勒瑰恩寫的那個折
3 磨無辜的孩子而達成繁榮的城市，甜美幸福的生活只需要犧牲一
4 個孩子³⁵。才一個。最大多數人的最大利益，何樂而不為。為了心
5 安理得的活下去，市民會說服自己，那個犧牲的一定不是孩子，是
6 罪人。然後無邊無際地想像他的罪，已經犯的與還沒犯的，有證據
7 的與沒證據的；如果他今生無罪，前世一定是惡人，不然就是來生！
8 也許是極端之惡……。

9 如果大法官做出合憲性解釋，留著殺人機器但為它添加裝飾
10 性的綠意生機，那就是在圍牆上面種藤蔓。

11 從我寫〈殺戮的艱難〉³⁶至今，二十年了。參與廢死運動的過
12 程中，真正令我無法直視的殘酷，往往是這個簡單而悲哀的事實：
13 人們也只是睜著冷淡的小眼睛不發一語。偶爾，我覺得很難壓抑內
14 心的荒謬，我們竟然在辯論「我可不可以殺死他但是沒有傷害他的
15 人性尊嚴」？

16 只要還有死刑，我們就是住在集中營外面而成天小確幸的那
17 一家人。

18 亞里斯多德曾說：「領導管絃樂隊時，你必須背對群眾。」謹
19 以此堅定的智慧，寄語大法官。

³⁵ 勒瑰恩獲得雨果獎的小說，〈離開歐梅拉斯的人〉：「所有的歐梅拉斯人都知道他在那兒……他們都明白他必須待在那兒…所有人都清楚一個道理：他們的幸福生活，他們的都市美景，他們之間親愛和睦的關係，他們孩子的健康……甚至連他們天地裡的風調雨順、五穀豐收，一切全有賴那孩子受苦受難……如果將孩子弄出那個悲慘地方，讓他重見天日，幫他洗澡，把他餵飽，給他舒適，當然是好事一件。但只要那麼做了，歐梅拉斯的一切繁榮景象、美麗景色、歡樂生活都會頃刻化為烏有。」

³⁶ 〈殺戮的艱難〉一文最初發表在《司改雜誌》，是 2004 年。

1 附件名稱及件數

附件編號	附件名稱與出處	頁數
附件 1	Thomas Weigend. April, 2024. Germany, a Country without Death Penalty. Expert Opinion. The German Federal Bar (BRAK).	1~19
附件 2	Thomas Weigend，2024 年 4 月，〈德國，一個沒有死刑的國家〉專家意見書，德國聯邦律師公會。（即上開附件 1 之中文翻譯）	20~35
附件 3	張娟芬，〈（模擬憲法法庭）大法官張娟芬提出協同意見書〉，收於：台北律師公會主編《放棄死刑走向文明》乙書，頁 113-133，2015 年 9 月。	36~56

2
3 此 致

4 憲法法庭 公鑒

5
6 中 華 民 國 1 1 3 年 4 月 9 日

7
8 具狀人：台灣廢除死刑推動聯盟

9 代表人：張娟芬

10 代理人：盧于聖 律師

目錄

文件編號	文件名稱或內容	頁數
附件 1	Thomas Weigend. April, 2024. Germany, a Country without Death Penalty. Expert Opinion. The German Federal Bar (BRAK).	1~19
附件 2	Thomas Weigend，2024 年 4 月，〈德國，一個沒有死刑的國家〉專家意見書，德國聯邦律師公會。（即上開附件 1 之中文翻譯）	20~35
附件 3	張娟芬，〈（模擬憲法法庭）大法官張娟芬提出協同意見書〉，收於：台北律師公會主編《放棄死刑走向文明》乙書，頁 113-133，2015 年 9 月。	36~56



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Germany, a Country without Death Penalty

April 2024

This Expert Opinion was prepared by

**Prof. Dr. em. Thomas Weigend, University Cologne, Faculty of Law, Institute for Foreign and
International Criminal Law**

for

Taiwan Alliance to End Death Penalty

3F., No. 3, Ln. 1, Zhenjiang St., Zhongzheng Dist., Taipei City 100, Taiwan

Introduction

The German Federal Bar (BRAK) is the umbrella organisation of the lawyers' self-administration. It represents the interests of the 28 Regional Bars and thus of the entire legal profession of the Federal Republic of Germany with around 166,000 lawyers vis-à-vis authorities, courts and organisations - at national, European and international levels.

The Taiwan Bar Association (TWBA) is an important partner organization of BRAK in the Asian region. To provide a framework for their cooperation, the TWBA and BRAK signed a Memorandum of Understanding (MoU) in 2015. The MoU was renewed in 2022 and is the basis for an intensive exchange of the legal profession of both jurisdictions on various legal topics.

In February 2024, the Taiwan Constitutional Court announced its decision to hear a petition challenging the constitutionality of the death penalty in April 2024. BRAK is providing this expert opinion with the Taiwan Alliance to End the Death Penalty (TAEDP) in response to its inquiry.

This expert opinion is issued by BRAK to share the experience of the Federal Republic of Germany in order to support the development and implementation of the rule of law worldwide. It is based on a report prepared by Prof. Dr. Weigend, a renowned expert for international criminal law and former criminal law professor at the University of Cologne.

Assurance by the Author

This expert opinion is submitted to share the experience of the Federal Republic of Germany. For the preparation of this expert opinion, I received publicly accessible information on the petition before the Taiwan Constitutional Court from BRAK. The report and the expert opinion have been formulated independently by myself, without collaboration with any other party.

Overview

The Federal Republic of Germany has been one of the first countries in the world to abolish, in 1949, the death penalty in the civil as well as the military contexts. Article 102 of the Basic Law (Constitution) of the Federal Republic of Germany reads: "The death penalty is abolished."¹ In this expert opinion, I present the historic development of the death penalty in

¹ *Die Todesstrafe ist abgeschafft.*

Germany (I.) and the constitutional status of its abolition (II.). I then deal with alternative sanctions for most serious offenses (III.), the development of homicide rates in the absence of the death penalty (IV.), and opinions of the German public on the death penalty (V.). The result of my analysis (VI.) is that the death penalty runs counter to basic tenets of German constitutional law and that German society has for the last 75 years thrived without resorting to the death penalty.

I. History of the death penalty in Germany

Like most other countries, the German-speaking territories in central Europe provided for the death penalty for the most serious crimes throughout their history. There was some debate about abolishing the death penalty when a new Penal Code was introduced for the German Empire in 1871 but the conservative governments of the Empire and its member states opposed any such efforts.² Consequently, § 211 of the Imperial Penal Code of 1871 (*Reichsstrafgesetzbuch*) provided that premeditated killing (*Mord*) was to be punished by death. The National-Socialist regime, which came to power in 1933, changed the definition of murder in 1941 and at the same time created the option of imposing a sentence of life imprisonment rather than death if exceptional circumstances existed.³ During the Second World War, the number of death sentences and executions grew exponentially, especially since the death penalty was introduced for a multitude of other offenses both in civilian and military contexts. According to an estimate, between 1940 and 1945 15,890 civilians were sentenced to death, and most of them were executed.⁴

After 1945, the Penal Code remained in force, and there were still several murderers executed every year by courts of the occupation forces as well as by German courts. In the course of the deliberations for the new Constitution of the Federal Republic of Germany (West Germany), a proposal was made to prohibit the imposition and execution of the death penalty. This proposal was controversial, with several members of the Parliamentary Council (*Parlamentarischer Rat*) arguing that the issue should be left to the Penal Code rather than be regulated in the Constitution.⁵ But others declared that Germany should make a clear cut from the prior regime and its abuses and enshrine the abolition of the death penalty in the Constitution; they also argued that it was a “barbarian” punishment which the new German

² For a discussion of the debates in 1870, see Geck, Art. 102 Historische Einführung (pp. 5–6), in Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 1967.

³ § 211 subsec. 3 read: *Ist in Ausnahmefällen die Todesstrafe nicht angemessen, so ist die Strafe lebenslanges Zuchthaus*. German criminal law has since 1871 distinguished between *Mord* (§ 211 Penal Code, here translated as “murder”) and *Totschlag* (§ 212 Penal Code, here translated as “manslaughter”). Both crimes require an intentional killing. Since 1941, *Mord* is distinguished from *Totschlag* by the existence of at least one aggravating circumstance as listed in this Code, for example, the offender’s base motives or a special cruelty of the killing.

⁴ Geck, Art. 102 Historische Einführung (p. 7), in Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 1967. For further estimates of the number of executions in the years 1939–1945 see Ebel and Kunig, Jura 1998, 617, 620–621.

⁵ See the citations from the debates of *Parlamentarischer Rat* in Kersten in Dürig, Herzog and Scholz (eds.), Grundgesetz, Art. 102 marginal note 9.

republic was to denounce.⁶ One member of the Council declared that the state had not given life and therefore was precluded from taking it away;⁷ other members argued that the state degraded itself by executing persons⁸ and that the German judges from the National-Socialist era who were still in office should not be entrusted with applying the death penalty, which they might turn against democratic and progressive forces.⁹ In the final vote there was a clear majority in favor of the constitutional prohibition of the death penalty.¹⁰ As a corollary of the abolition of the death penalty, Germany statutory law provides that no person can be extradited to another country if he might be sentenced to death or executed there.¹¹

Some of the German states, including Bavaria and Hesse, had regulations on the imposition of the death penalty in their state Constitutions,¹² which had been adopted before the Federal Constitution. Since Federal law preempts state law under Art. 31 of the Federal Constitution, however, these provisions of State Constitutions were inapplicable and were later formally abolished. In the State of Hesse, a proposed law deleting the constitutional clause on the availability of the death penalty was in 2018 subject to a popular ballot and was approved by 83% of the voters.¹³

The death penalty for murder was retained in the Eastern part of Germany, which was occupied by the Soviet army and in 1949 declared its sovereignty as the German Democratic Republic (GDR). The Socialist government of the GDR claimed that the death penalty was necessary due to the aggressive imperialism of the West, and the scope of the death penalty was even extended to several other crimes including offenses against state security.¹⁴ Death

⁶ See the assessment by Koch, *Recht und Politik* 2005, 230: *Der neue Staat zog die Lehren aus der Vergangenheit und setzte sich mit einem nahezu vorbildlosen Schritt an die Spitze der weltweiten Abolitionsbewegung.*

⁷ Rep. Wagner (Social Democratic Party) cited in Geck, Art. 102 Historische Einführung (p. 10), in *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 1967.

⁸ Rep. Schmid (Social Democratic Party), cited in Geck, Art. 102 Historische Einführung (p. 10), in *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 1967.

⁹ Rep. Renner (Communist Party), cited in Geck, Art. 102 Historische Einführung (p. 11), in *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 1967.

¹⁰ Koch, *Recht und Politik* 2005, 230, 233. Some commentators claimed that some proponents of abolition were mainly interested in saving National-Socialist war criminals from execution; Evans, *Rituale der Vergeltung*, 2001, 936, 939. But historical research has not given much support to this thesis. See Koch, *Recht und Politik* 2005, 230, 231, 234; Kersten in Dürig, Herzog and Scholz (eds.), *Grundgesetz*, Art. 102 marginal note 7.

¹¹ § 8 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Ist die Tat nach dem Recht des ersuchenden Staates mit der Todesstrafe bedroht, so ist die Auslieferung nur zulässig, wenn der ersuchende Staat zusichert, daß die Todesstrafe nicht verhängt oder nicht vollstreckt werden wird.*

¹² See Art. 21 subsec. 1 Constitution of the State of Hesse: *Ist jemand einer strafbaren Handlung für schuldig befunden worden, so können ihm auf Grund der Strafgesetze durch richterliches Urteil die Freiheit und die bürgerlichen Ehrenrechte entzogen oder beschränkt werden. Bei besonders schweren Verbrechen kann er zum Tode verurteilt werden.* Art. 47 subsec. 4 of the Constitution of the Free State of Bavaria presumed the existence of the death penalty and accorded the Prime Minister the right to pardon persons sentenced to death. This provision was abolished by popular ballot in 1998. For an extensive discussion of death penalty provisions in State constitutions, see Wittreck, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 49 (2001), 157 (arguing that these provisions were introduced to limit the application of the death penalty).

¹³ Kersten in Dürig, Herzog and Scholz (eds.), *Grundgesetz*, Art. 102 marginal note 38.

¹⁴ Koch, *Juristenzeitung* 2007, 719, 720-721.

sentences were imposed in the GDR until 1981, and it has been estimated that about 200 persons were executed.¹⁵ It was only in 1987 that the death penalty was formally abolished in the GDR, in the hope that this step would be appreciated by foreign states and increase the reputation of the GDR.¹⁶ Yet, three years later the GDR ceased to exist.

Throughout the 1950s, representatives of the conservative Christian Democratic Party repeatedly launched initiatives in the Federal Republic of Germany to re-introduce the death penalty for murder.¹⁷ Such initiatives were mostly triggered by spectacular murders which were reported in the press and enraged the public. Since the abolition of the death penalty was enshrined in the Constitution, any return to this sanction would have required a two-thirds majority in both chambers of parliament (Art. 79 subsec. 2 of the Constitution). Proponents of a re-introduction of the death penalty never even got close to such a majority.¹⁸ Today there is no discernible political support for the death penalty, especially since the international environment has changed. For example, Art. 2 subsec. 2 of the Charter of Basic Rights of the European Union, which is binding on the Federal Republic of Germany, declares that no one shall be condemned to death or executed.¹⁹

II. Constitutional status of the abolition of the death penalty

So far, the highest German courts have not had occasion to rule on a possible re-introduction of the death penalty, but they made clear statements as to the importance of its abolition by the authors of the Constitution. In a case involving extradition to a country that still applied the death penalty, the Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*) declared in 1964 that the abolition of the death penalty in the Federal Republic of Germany means more than just giving up one of several traditional penalties but that it was a decision of great political and legal importance. This decision, the Court explained, contains an affirmation of the principal value of human life and of a concept of the state which posits itself in clear contradistinction to the views of the prior political regime for which individual life had meant little and which therefore had abused without any limits its usurped right over its citizens' life and death.²⁰ The Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*) declared in a judgment of 1995

¹⁵ Kersten in Dürig, Herzog and Scholz (eds.), Grundgesetz, Art. 102 marginal note 5.

¹⁶ Koch, Juristenzeitung 2007, 719, 722.

¹⁷ For a documentation of these initiatives see Kersten in Dürig, Herzog and Scholz (eds.), Grundgesetz, Art. 102 marginal notes 12-15.

¹⁸ Koch, Recht und Politik 2005, 230, 233-234.

¹⁹ Article 1 of Additional Protocol No. 6 to the European Convention on Human Rights (ECHR), entered into force in 1983 and ratified by the Federal Republic of Germany, likewise forbids the imposition and execution of the death penalty except in times of war. Additional Protocol No. 13 to the ECHR, entered into force in 2002, provides for the abolition of the death penalty under all circumstances. This protocol has been ratified by 45 of the 48 member states of the Council of Europe. One can say that the prohibition of the death penalty is now part of the regional customary law in Europe.

²⁰ Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 30.06.1964 - 1 BvR 93/64, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 18, 112, 117: *Die Abschaffung der Todesstrafe bedeutet allerdings für die Bundesrepublik Deutschland mehr als nur die rein positivrechtliche Beseitigung einer von mehreren Strafen des herkömmlichen Strafsystems. Sie ist eine Entscheidung von großem staatspolitischen und rechtspolitischen*

that no state can have the right to dispose of the lives of its citizens by means of the death penalty. The Court continued that the primacy of an absolute protection of human life requires that a society based on law (*Rechtsgemeinschaft*) dispense with the death penalty and thereby affirm the inviolability of life as the supreme value. Moreover, the Court explained, it is necessary to prevent the danger of an abuse of the death penalty by determining that it is impermissible without exception. Finally, the Court noted that the organisation of an execution by the state would be an intolerable undertaking. These considerations, the Court concluded, suggest that any re-introduction of the death penalty, even leaving Art. 102 of the Constitution aside, would be impermissible in view of Art. 1 subsec. 1 of the Constitution (human dignity) and the guarantee of the core essence (*Wesensgehalt*) of the right to life (Art. 2 subsec. 2 of the Constitution).²¹ It should be noted, however, that these statements of the Federal Constitutional Court and the Federal Court of Justice must be classified as *dicta*; they were not directly relevant for the decisions at hand.

There has been some debate among legal scholars as to whether Art. 102 of the Constitution, which prohibits the death penalty, could – at least in theory – be restricted or even deleted. Although amendments of the Constitution can be enacted with a majority of two thirds of the votes in both chambers of parliament (Art. 79 subsec. 2 of the Constitution), Art. 79 subsection 3 of the Constitution declares that the Constitution cannot be amended in a way that infringes upon the principles laid down in its Articles 1 and 20.²² Art. 1 of the Constitution declares human dignity to be “untouchable” (*unantastbar*) and obliges all powers of the state to respect and protect it.²³ Art. 20 subsec. 3 of the Constitution provides that the legislature shall comply with the constitutional order and that the executive and judicial branches shall comply with statutes and law.²⁴ This constitutional

Gewicht. Sie enthält ein Bekenntnis zum grundsätzlichen Wert des Menschenlebens und zu einer Staatsauffassung, die sich in betonten Gegensatz zu den Anschauungen eines politischen Regimes stellt, dem das einzelne Leben wenig bedeutete und das deshalb mit dem angemäßen Recht über Leben und Tod des Bürgers schrankenlosen Mißbrauch trieb.

²¹ Bundesgerichtshof, Urteil vom 16. 11. 1995 – 5 StR 747/94, Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen 41, 317, 325: *Aus humanitären Gründen kann keinem Staat das Recht zustehen, durch diese Sanktion über das Leben seiner Bürger zu verfügen. Vielmehr erfordert es der Primat des absoluten Lebensschutzes, daß eine Rechtsgemeinschaft gerade durch den Verzicht auf die Todesstrafe die Unverletzlichkeit menschlichen Lebens als obersten Wert bekräftigt. Darüber hinaus erscheint es unbedingt geboten, der Gefahr eines Mißbrauchs der Todesstrafe durch Annahme ihrer ausnahmslos gegebenen Unzulässigkeit von vornherein zu wehren.... Die staatliche Organisation einer Vollstreckung der Todesstrafe ist schließlich, gemessen am Ideal der Menschenwürde, ein schlechterdings unzumutbares und unerträgliches Unterfangen. Diese Bedenken legen den Befund nahe, daß nach deutschem Verfassungsrecht jegliche Wiedereinführung der Todesstrafe – auch abgesehen von Art. 102 GG – vor Art. 1 Abs. 1 GG und der Wesensgehaltsgarantie des Grundrechts auf Leben (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. Art. 19 Abs. 2 GG) keinen Bestand haben könnte.*

²² Art. 79 subsec. 3 of the Constitution: *Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder... oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig.*

²³ Art. 1 subsec. 1 Grundgesetz: *Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.*

²⁴ Art. 20 subsec. 3 Grundgesetz: *Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.*

provision is understood to enshrine the concept of a state based on the rule of law (*Rechtsstaat*), which has several further legal implications. Under Art. 79 subsec. 3 of the Constitution, the principle of *Rechtsstaat* cannot be abandoned, not even by constitutional amendment.

The great majority of legal scholars claim that the abolition of the death penalty is intrinsically linked to the basic constitutional principles protected against change by Art. 79 subsec. 3 of the Constitution.²⁵ They regard the explicit prohibition in Art. 102 of the Constitution as a mere clarification of the reach of Art. 1 of the Constitution.²⁶ They argue, moreover, that the fact that Art. 102 of the Constitution is not expressly listed in Art. 79 subsec. 3 does not mean that an exemption from change cannot be based on other considerations.²⁷

The majority position argues, firstly, that the execution of a person by the state would violate the essential core of the right to life, which is guaranteed in Art. 2 subsec. 2, 1st sentence of the Constitution.²⁸ The right to life is subject to “interference” only pursuant to statute.²⁹ As the law stands now, Art. 102 of the Constitution prohibits the passing of a law interfering with the right to life by providing for the death penalty.³⁰ One might argue that Art. 2 subsec. 2 of the Constitution still does not prevent parliament from enacting a statute establishing the death penalty. However, Art. 19 subsec. 2 of the Constitution declares that the “essence” (*Wesensgehalt*) of a basic right must not be infringed under any circumstances.³¹ The intentional killing of a person by the state clearly impacts on the essence of that person’s right to life. An exception can be made only for situations in which the killing is necessary to save the lives of others (for example, when the police shoot a person who has taken hostages and threatens to kill them), because in that situation the killing serves the purpose of *protecting* the lives of the victims.³² But the execution of a murderer is not necessary to save another person’s life.³³ The re-introduction of the death penalty would thus violate Art. 2

²⁵ Kersten in Dürig, Herzog and Scholz (eds.), Grundgesetz, Art. 102 marginal note 33 with further references; Jarass in Jarass and Kment (eds.), Grundgesetz Kommentar, marginal number 1; Wolff in Hömig and Wolff (eds.), Grundgesetz Kommentar, Art. 102 marginal number 2. For an earlier argument in favor of an independent role of Art. 102 of the Constitution see Tettinger, Juristenzeitung 1978, 128.

²⁶ Kersten in Dürig, Herzog and Scholz (eds.), Grundgesetz, Art. 102 marginal note 23.

²⁷ Epping, in Epping and Hillgruber (eds.), Beck Online Kommentar Grundgesetz, Art. 102 marginal notes 4, 5.

²⁸ Art. 2 subsec. 2, 1st sent. Grundgesetz: *Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.*

²⁹ Art. 2 subsec. 2, 3rd sent. Grundgesetz: *In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.*

³⁰ Degenhart, in Sachs (ed.), Grundgesetz Kommentar, Art. 102 marginal number 1a; Epping, in Epping and Hillgruber (eds.), Beck Online Kommentar Grundgesetz, Art. 102 marginal note 2; Kersten in Dürig, Herzog and Scholz (eds.), Grundgesetz, Art. 102 marginal note 26.

³¹ Art. 19 subsec. 2 Grundgesetz: *In keinem Fall darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.*

³² Epping, in Epping and Hillgruber (eds.), Beck Online Kommentar Grundgesetz, Art. 102 marginal note 3. But see Geck, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 1967, Art. 102 marginal number 3, arguing that this interpretation would preclude any legal limitation of the right to life. See also Tettinger, Juristenzeitung 1978, 128, 132.

³³ Weides and Zimmermann, DVBl. 1988, 461, 466.

sec. 2 of the Constitution. There remains the question, however, whether the right to life is absolutely protected even against constitutional amendment by Art. 79 sec. 3 of the Constitution. One strong argument in favor of that proposition is that a person cannot benefit from human dignity unless he or she is alive; that means that whoever destroys a person's life also destroys the basis of that person's human dignity.³⁴

This leads to the second argument against the possibility of abolishing Art. 102 of the Constitution, namely, that any execution violates human dignity and thus is barred by Art. 79 subsec. 3 of the Constitution. Several aspects of human dignity have been mentioned in this context. First, the convicted person is treated as a mere object for achieving the state's purposes (for example, of deterrence or of avenging the death of the offender's victim), whereas human dignity requires that every person be treated as a subject, that is, an end in himself.³⁵ Second, according to the jurisprudence of the German Constitutional Court it violates human dignity to impose a sanction that leaves the offender no chance to ever enjoy freedom again.³⁶ Evidently, killing a person meets that definition.³⁷ Third, the process of anticipating one's killing and of going through the preparations for an execution violates dignity because it reduces the person to his animalistic fear of dying.³⁸ And finally, there is no dignified way of executing a person.³⁹ For these reasons, the re-introduction of the death penalty would violate human dignity, the foremost principle of German constitutional law, which is enshrined in Art. 1 subsec. 1 of the Constitution and has been exempted from any amendment by Art. 79 subsec. 3 of the Constitution.

It has also been argued that the imposition and execution of a death sentence cannot be reconciled with the principle of the rule of law (*Rechtsstaat*).⁴⁰ One argument in that regard is that the death penalty is irrevocable; any other false conviction can be reversed and the defendant be compensated, whereas a person that has been executed cannot be brought back to life. The death penalty is, moreover, not apt to serve any rational purpose of punishment and that it would therefore be a useless and disproportional imposition of suffering to execute a person. There is no scientific evidence that the availability of the death penalty measurably increases deterrence against murder.⁴¹ And although § 46 of the German Penal Code explicitly recognizes that an offender's sentence should primarily depend on his guilt,⁴² this does not mean that an intentional killing must necessarily be vindicated by the

³⁴ See Weides and Zimmermann, DVBl. 1988, 461, 464; Degenhart, in Sachs (ed.), Grundgesetz Kommentar, Art. 102 marginal number 7.

³⁵ Kersten in Dürig, Herzog and Scholz (eds.), Grundgesetz, Art. 102 marginal note 21.

³⁶ Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 21.06.1977 - 1 BvL 14/76, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 45, 187, 229.

³⁷ Weides and Zimmermann, DVBl. 1988, 461, 465.

³⁸ Weides and Zimmermann, DVBl. 1988, 461, 464-465.

³⁹ Ebel and Kunig, Jura 1998, 617, 621.

⁴⁰ Kersten in Dürig, Herzog and Scholz (eds.), Grundgesetz, Art. 102 marginal note 32.

⁴¹ See IV, below.

⁴² § 46 subsec. 1 Penal Code: *Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe.*

death of the offender. In earlier times, the talionic principle “A life for a life” may have been widely accepted, and the famous German philosopher *Immanuel Kant* held that a murderer must die because there is no surrogate for death to satisfy the demands of retributive justice.⁴³ However, *Kant’s* view that “pure and strict justice” can only be satisfied by the *ius talionis*⁴⁴ was contested even in the 18th century when he wrote his philosophical treatise.⁴⁵ Today, civilization of man has progressed so that it is almost generally accepted that a loss of life or health can also be equalized by the offender’s loss of freedom. Retributive justice does not demand, for example, that an offender who shot his enemy in the arm should himself be shot in the arm by a judicial officer; all that justice requires is that the most serious crimes are to be punished by the most severe sanctions available in the relevant legal system.⁴⁶ If the elected representatives of the people in parliament decide that imprisonment for life is the most severe sanction, then it would be excessive to go beyond this penalty even for the most serious crime.⁴⁷

The fact that the death penalty has been prohibited in the European Union⁴⁸ provides a further argument against the possibility of a re-introduction. Since the German constitution must be interpreted in a way that comports with the state’s obligations under international law,⁴⁹ the rejection of the death penalty in Europe provides support for the majority view which regards Art. 102 of the Constitution as an indispensable element of the Constitution.⁵⁰

In sum, one can say that German constitutional law prohibits the re-introduction of the death penalty, even independently of the express abolition of that penalty in Art. 102 of the Constitution, because the death penalty would violate human dignity, the core essence of the right to life, and the rule flowing from the *Rechtsstaat* principle that the severity of punishment must not exceed its rational purpose.

III. Alternative sanctions

One reason for the ability of Germany to dispense with the death penalty is the existence of other penal sanctions for the most serious crimes and the most dangerous offenders.

⁴³ *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, 455: *Hat er aber gemordet, so muß er sterben. Es gibt hier kein Surrogat zur Befriedigung der Gerechtigkeit.*

⁴⁴ *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, 454: *Nur das Wiedervergeltungsrecht (ius talionis) ... kann die Qualität und Quantität der Strafe bestimmt angeben; alle anderen sind hin und her schwankend, und können, anderer sich einmischender Rücksichten wegen, keine Angemessenheit mit dem Spruch der reinen und strengen Gerechtigkeit enthalten.*

⁴⁵ See especially *Beccaria*, *Über Verbrechen und Strafen*, 1766, § XXVIII.

⁴⁶ See *Jescheck and Weigend*, 752.

⁴⁷ *Hörnle*, *Tatproportionale Strafzumessung*, 155-157; *von Hirsch*, *Fairness, Verbrechen und Strafe*, 139-147.

⁴⁸ See note 19 *supra*.

⁴⁹ See Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 14.10.2004 - 2 BvR 1481/04, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 111, 207, marginal number 32.

⁵⁰ See *Epping*, in *Epping and Hillgruber* (eds.), *Beck Online Kommentar Grundgesetz*, Art. 102 marginal note 6.

1. Life imprisonment

The most severe punishment under German law is imprisonment for life (§ 38 subsec. 1 Penal Code). This penalty is mandatory for murder (§ 211 Penal Code). It is also available for some other serious offenses, for example, manslaughter (intentional killing without aggravating circumstances, § 212) as well as rape, robbery, or arson, if the offender caused the victim's death (§§ 178, 251, 306c Penal Code), and for certain crimes against international law such as genocide and crimes against humanity (§§ 6, 7 Code of offenses against international law, *Völkerstrafgesetzbuch*).⁵¹ Life imprisonment means, in principle, that the convict is kept in prison for the remainder of his natural life. Art. 102 of the Constitution obviously does not prohibit life imprisonment; but the application of this penalty must respect human dignity as well as the prisoner's right to life and bodily integrity (Arts. 1, 2 subsec. 2 of the Constitution).⁵² In 1977, the Federal Constitutional Court decided that it violates the protection of human dignity to lock a person away for the remainder of his life without leaving any hope for release even if the prisoner is no longer prone to commit crimes.⁵³ The legislature reacted to this judgment by introducing the possibility of early release for life prisoners (§ 57a Penal Code). According to that provision, a life prisoner can be released, with his consent, if

- he has served at least 15 years of his sentence,
- his release can responsibly be granted considering the interests of public security, and
- the trial court did not find a special gravity of the culpability (*besondere Schwere der Schuld*) of the offender.⁵⁴

If the trial court ruled that the offender's act displayed a special gravity of culpability (for example, because he killed more than one person), the judge overseeing the enforcement of prison sentences determines the actual time the convict will have to spend in prison, normally between 17 and 20 years, unless the prisoner is still dangerous.⁵⁵

German courts do not make excessive use of life imprisonment. Since 1949, this penalty was imposed in 50 to 150 cases per year, with recent figures being mostly between 90 and 100 cases per year.⁵⁶ In 2022, 1,776 persons (thereof 105 women) served life sentences in

⁵¹ It should be noted, however, that life imprisonment cannot be imposed for drug offenses, even if a drug dealer recklessly caused the death of another person; see § 30 subsec. 1 Betäubungsmittelgesetz (Drug Law). The maximum punishment for this offense is 15 years imprisonment.

⁵² Kersten in Dürig, Herzog and Scholz (eds.), Grundgesetz, Art. 102 marginal note 67.

⁵³ Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 21.06.1977 - 1 BvL 14/76, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 45, 187, 229.

⁵⁴ § 57a Strafgesetzbuch: *Das Gericht setzt die Vollstreckung des Restes einer lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung aus, wenn 1. fünfzehn Jahre der Strafe verbüßt sind, 2. nicht die besondere Schwere der Schuld des Verurteilten die weitere Vollstreckung gebietet und 3. die Voraussetzungen des § 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 vorliegen.* § 57 Strafgesetzbuch: *Das Gericht setzt die Vollstreckung ... zur Bewährung aus, wenn... 2. dies unter Berücksichtigung der Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit verantwortet werden kann, und 3. die verurteilte Person einwilligt.*

⁵⁵ For details see Kinzig in Schönke and Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, § 57a marginal note 7.

⁵⁶ See Gomille and Dessecker, 2020, 12-13.

German prisons.⁵⁷ More than two thirds of all life prisoners whose imprisonment ended in 2018 were conditionally released according to § 257a Penal Code; the remainder died in prison or were repatriated from Germany to their home countries.⁵⁸ Even if life imprisonment does not normally mean that the offender will die in prison, it has great symbolic value and provides the option of detaining offenders for a very long time if they remain dangerous to others.

2. Security detention

Another sanction that applies to highly dangerous offenders is security detention (*Sicherungsverwahrung*, §§ 66-66c Penal Code). Security detention is not a retributive punishment for an offense committed but a measure of rehabilitation and security (*Maßregel der Besserung und Sicherung*). These measures were introduced into the Penal Code in 1933, based on lengthy debates in the preceding decades.⁵⁹ Their purpose is to prevent the commission of further offenses by persons who have committed unlawful acts. Measures of rehabilitation and security include detention in a secure psychiatric hospital (§ 63 Penal Code) or an institution for addicts (§ 64 Penal Code), the (temporary or permanent) prohibition of driving a motor vehicle (§ 69 Penal Code), and the prohibition of practicing a particular profession (§ 70 Penal Code). Typically, these measures can be ordered even if the defendant was without moral blame in committing a criminal act, for example because he suffered from a mental disease. This shows the special character of these measures; they are not meant to punish a person for blameworthy conduct but only to avert special risks emanating from him for the legally protected interests of others. Since the commitment to a psychiatric institution under § 63 Penal Code can be extended, without a definite temporal limit, for as long as the detainee's dangerousness persists, measures of rehabilitation and security can effectively protect public and private safety even beyond the reach of criminal punishment.

Security detention is also listed among the measures of rehabilitation and security, but its character differs from the measures presented above. Security detention is meant to address continuing risks emanating from dangerous multiple recidivists. Therefore, it can be ordered by the court only if the defendant culpably committed a serious crime as listed in § 66 of the Penal Code and had been convicted and sentenced to imprisonment for a similar crime at least twice before the present offense. If the offender committed two serious sexual offenses, he can receive a sentence of security detention even without a prior conviction (§ 66 subsec. 3, 2nd sent. Penal Code). Security detention is to be served after the offender has completed the sentence of imprisonment for the offense he committed. The purpose of

⁵⁷ Statistisches Bundesamt, 2022, 10.

⁵⁸ Gomille and Dessecker, 2020, 26-27.

⁵⁹ For overviews see Weigend in Cirener et al. (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, vol. 1, 13th ed. 2020, Einleitung, marginal numbers 73-79; Kinzig, in Hilgendorf, Kudlich and Valerius (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, vol. 3, 959.

security detention is to protect the public from offenders who are deemed dangerous even after having served their prison sentence. The imposition of security detention therefore is conditioned on a finding that the offender is dangerous to the public because of a disposition to commit serious offenses, especially crimes that cause serious mental or bodily harm to the victims.⁶⁰ If it is likely but cannot be proved at the time of the trial that such a disposition exists, the court can make a conditional order of security detention. The court can then observe how the offender conducts himself while in prison and can make a final order of security detention if he proves to be dangerous (§ 66a Penal Code).

Security detention is ordered for an indefinite time. But the court is obliged to examine at least once every year whether the preconditions for detention still exist; if the detained person appears no longer to be dangerous to others, he must be conditionally released (§ 67d subsec. 2, 1st sent., § 67e subsec. 2 Penal Code). In the past, the conditions of security detention resembled those of a (potentially life-long) prison sentence: detainees were just kept in their cells in a special section of a prison. This practice was found to be unconstitutional by the Federal Constitutional Court in 2011.⁶¹ The Court demanded that the law and practice of security detention must differ significantly from a prison sentence, with an emphasis on the rehabilitation of the offender and the creation of the conditions enabling his release.⁶² In response to this judgment, the Penal Code was amended to provide for a list of rehabilitative measures that are meant to reduce the detainee's dangerousness and to speed up his release; these measures include the provision of psychological and psychiatric services as well as the detainee's temporary release from detention to test his ability to conduct himself properly outside the institution (§ 66c Penal Code). It is hoped that these measures reduce the overall number of persons who must give up their freedom even though they have already served the penalty for the offenses they committed. On March 31, 2022, overall 604 persons were kept in security detention. Their number has remained fairly stable since 2010 (536 persons).⁶³

Although the number of persons actually serving a sentence of life imprisonment until their natural death and the number of security detainees is small in a country of more than 80 million inhabitants, the availability of these sanctions contributes to making the death penalty unnecessary, because the public can rely on these measures to keep seriously

⁶⁰ § 66 subsec. 1 no. 4 Strafgesetzbuch: *Das Gericht ordnet neben der Strafe die Sicherungsverwahrung an, wenn ... 4. die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, dass er infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten, namentlich zu solchen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden, zum Zeitpunkt der Verurteilung für die Allgemeinheit gefährlich ist.* This definition of the triggering offenses is meant to exclude the imposition of security detention for mere property crimes.

⁶¹ Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 4.5.2011 – 2 BvR 2333/08, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 128, 326. For details see *Peglau* in *Cirener et al.*, Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, § 66 marginal notes 17-19, § 66c marginal note 4.

⁶² Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 4.5.2011 – 2 BvR 2333/08, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 128, 326, 386-387.

⁶³ Statistisches Bundesamt, 2022, 10.

dangerous murderers and repeat offenders off the streets as long as their dangerousness persists.

IV. Rates of serious crime, deterrent effects

The development over time of numbers and rates of serious offenses, especially murder, that become known to the police are good indicators of the functioning of a criminal justice system. The number of completed intentional killings (murder and manslaughter) known to the police rose from 1953 (325 cases) till 1993 (1468 cases, including killings committed in Eastern Germany). Since 1993, this figure has declined steadily and has reached a low of 565 cases in 2015.⁶⁴ According to another police statistic, murder cases (including attempts) went down from 970 in 1987 to 662 in 2022.⁶⁵ Although the different ways of counting do not permit an integration of these statistics, they both show that the incidence of murders has declined in recent decades even in the absence of the death penalty. These figures for Germany coincide with findings of studies in and across other jurisdictions, which almost uniformly fail to show a significant increase in homicide rates in the years after the abolition of the death penalty.⁶⁶

For German criminologists, it is not surprising that the abolition of the death penalty did not lead to a surge of violent crime. Raising the severity of statutory sentence ranges has generally been shown to have very little if any impact on rates of serious crime.⁶⁷ This applies in particular to crimes like murder, which are often committed without prior planning and/or by persons who act irrationally (for example, mentally disturbed individuals or religious fanatics). Such persons do not conduct a rational calculus of the risks and benefits of their acts and hence do not make decisions on the basis of the penalty provided in the Penal Code. For that reason, the re-introduction of the death penalty in Germany would be very unlikely to have a measurable impact on the murder rate.

Generally, deterrent effects can be brought about by strict law enforcement and a high detection rate; persons who rationally consider committing crimes refrain from doing so when they expect to get caught.⁶⁸ Another factor that can influence persons' readiness to commit crimes is their acceptance of the relevant rule of conduct: if someone generally does not respect, for example, other people's right to sexual autonomy or to property, he is more likely to commit rape or theft.⁶⁹ One of the main functions of criminal sanctioning therefore

⁶⁴ Antholz, *Die Kriminalpolizei* 2017, 1.

⁶⁵ Bundeskriminalamt, *Polizeiliche Kriminalstatistik Zeitreihen, Grundtabelle*.

⁶⁶ See, e.g., for the United States Archer, Gartner and Beittel, *Journal of Criminal Law and Criminology* 74 (1983), 991, 1007-1013; Kovandzic, Vieraitis and Boots, *Criminology and Public Policy* 8 (2009), 803. For a thorough analysis of the multiple methodological problems confronted by attempts to measure deterrent effects of the death penalty see Donohue, III and Wolfers, *American Law and Economics Review* 11 (2009), 249.

⁶⁷ Eisenberg and Kölbl, *Kriminologie*, 214-215.

⁶⁸ Schöch, in Vogler (ed.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, 1081, 1098-1103; Bönitz, *Strafgesetze und Verhaltenssteuerung*, 284 et seq.

⁶⁹ Mejer, *Strafrechtliche Sanktionen*, 28-29; Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, 32-33.

is to strengthen the acceptance and practical validity of social rules by demonstrating that society is ready to enforce them. For that purpose, it is not necessary to impose very strict punishment, and certainly not to execute offenders.

V. Public opinion

When Germany abolished the death penalty in 1949, that decision was not altogether popular. In public opinion polls conducted at that time, most people expressed their approval of the death penalty,⁷⁰ and leading politicians of the Federal Republic of Germany, including its first chancellor *Konrad Adenauer*, publicly declared their support for the death penalty.⁷¹ It took until 1971 for the tide to change; in that year, opinion polls for the first time found a small plurality (46% vs. 43%) against the death penalty.⁷² But today, contrary to the situation in the 1950s, most Germans are opposed to the death penalty. In a representative poll conducted in 2014, 81% of the persons asked opposed the death penalty, and only 15% preferred to have it re-introduced.⁷³ Closer analysis of such opinion polls has shown that responses very much depend on the type of question asked; more people favor the death penalty if the poll expressly mentions murder as the triggering crime rather than asking about the person's general attitude toward the death penalty.⁷⁴ Moreover, it is bound to make a difference whether a poll is conducted in a state which still retains the death penalty or in a jurisdiction which has abolished it, since many respondents are just happy with the status quo but would also accept their government's decision to change the law. It would hence make sense in death penalty states to ask respondents whether they would oppose a new law abolishing the death penalty.⁷⁵ In Germany, the main objections to the death penalty are the risk of executing factually innocent persons and the lack of an additional deterrent effect in comparison with life imprisonment.⁷⁶

With regard to Germany, one can well say that the courageous step of abolishing the death penalty in 1949 has in the long run changed the attitude of the population.⁷⁷ Germans realized that public safety did not suffer when the death penalty is no longer an option, and

⁷⁰ In 1950, 55% of persons polled ("Are you in principle for or against the death penalty?") were in favor of the death penalty, only 33% were opposed.

⁷¹ *Koch*, *Recht und Politik* 2005, 230, 234.

⁷² *Reuband*, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 1980, 535, 541. After several terrorist attacks in the 1970s, the percentage of persons favoring a re introduction of the death penalty again rose temporarily to 50%; *Kersten* in *Dürig, Herzog and Scholz* (eds.), *Grundgesetz*, Art. 102 marginal note 16. Similar changes in public opinion have been found in temporal connection with other spectacular crimes; *Kreuzer* in *Safferling et al.* (eds.), *Festschrift für Franz Streng*, 359, 361.

⁷³ *Reuband*, in *Haverkamp et al.* (eds.), *Unterwegs in Kriminologie und Strafrecht*, 725, 730. In a different poll conducted in 2016, 66% of respondents rejected the death penalty; *Köcher*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 17.2.2016, Tables A6 and A9.

⁷⁴ See *Hood*, in *Haverkamp et al.* (eds.), *Unterwegs in Kriminologie und Strafrecht*, 708-711.

⁷⁵ *Hood*, in *Haverkamp et al.* (eds.), *Unterwegs in Kriminologie und Strafrecht*, 709.

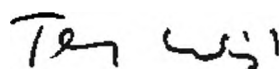
⁷⁶ For a list of arguments mentioned by people polled in 1964 see *Reuband* in *Haverkamp et al.* (eds.), *Unterwegs in Kriminologie und Strafrecht*, 725, 734.

⁷⁷ *Kreuzer*, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* 2006, 320.

most of them now welcome the fact that the German criminal justice system can well manage without the death penalty.

VI. Conclusion

Summing up, the German experience is a strong argument in favor of the proposition that the death penalty is not a necessary sanctioning tool. Although Germany had a long history of applying the death penalty, its sudden abolition in 1949 did not lead to any lasting problems such as an exploding rate of serious crime or great dissatisfaction among the population. At present, German jurists agree that a re-introduction of the death penalty would violate basic values protected by the Constitution such as the right to life and human dignity. Other severe but more humane sanctions such as life imprisonment and security detention for chronically dangerous individuals have been able to take over the functions of the death penalty.



Prof. Dr. Thomas Weigend

Bibliography

Antholz, Birger, Morde 1950 bis 2015, Die Kriminalpolizei 2017 (online: <https://www.kriminalpolizei.de/ausgaben/2017/maerz/detailansicht-maerz/artikel/morde-1950-bis-2015.html>)

Archer, Dane, Gartner, Rosemary, and Beittel, Marc, Homicide and the Death Penalty: A Cross-National Test of a Deterrence Hypothesis, *Journal of Criminal Law and Criminology* 74 (1983), 991

Beccaria, Cesare, Über Verbrechen und Strafen, 1766 (German translation by Wilhelm Alff, 1988)

Bönitz, Dieter, Strafgesetze und Verhaltenssteuerung, 1991

Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 102, Zweitbearbeitung 1967 (by Wilhelm Karl Geck).

Bundeskriminalamt, Polizeiliche Kriminalstatistik 2022 Zeitreihen (online: https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2022/PKSTabellen/Zeitreihen/zeitreihen_node.html)

Cirener, Gabriele, Radtke, Henning, Rissing-van Saan, Ruth, Rönau, Thomas, and Schluckebier, Wilhelm (Hrsg.), Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, vol. 1, 13th ed. 2020; vol. 5, 13th ed. 2022

Donohue, John J., III, and Wolfers, Dustin, Estimating the Impact of the Death Penalty on Murder, *American Law and Economics Review* 11 (2009), 249

Dürig, Günter, Herzog, Roman, and Scholz, Rupert (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Stand 102. Lieferung 2023

Ebel, Friedrich, and Kunig, Philip, Die Abschaffung der Todesstrafe – Historie und Gegenwart, *Jura* 1998, 617

Epping, Volker, and Hillgruber, Christian (Hrsg.), Beck Online Kommentar Grundgesetz, 56th ed. 2023

Evans, Richard J., Rituale der Vergeltung. Die Geschichte der Todesstrafe in Deutschland 1600-1987, 2001

Gomille, Anika, and Dessecker, Axel, Die Vollstreckung lebenslanger Freiheitsstrafen. Dauer und Gründe der Beendigung im Jahr 2018, 2020 (online: <https://www.krimz.de/fileadmin/dateiablage/E-Publikationen/BM-Online/bm-online20.pdf>)

von Hirsch, Andrew, Fairness, Verbrechen und Strafe, 2005

Hömig, Dieter, and Wolff, Heinrich Amadeus (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 13th ed. 2022
16

Hörnle, Tatjana, Tatproportionale Strafzumessung, 1999

Hood, Roger, Public Opinion Surveys and the Abolitionist Cause, in Rita Haverkamp et al. (Hrsg.), *Unterwegs in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Hans-Jörg Albrecht zum 70. Geburtstag*, 2021, 707

Jarass, Hans D., and *Kment, Martin* (Hrsg.), *Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar*, 17th ed. 2022

Jescheck, Hans-Heinrich, and *Weigend, Thomas*, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5th ed. 1996

Kant, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), in Wilhelm Weischedel (Hrsg.), *Kant Werke*, vol. 7, 1975, 309

Kinzig, Jörg, Die Maßregeln der Besserung und Sicherung, in Eric Hilgendorf, Hans Kudlich and Brian Valerius (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, vol. 3, 2021, 959

Koch, Arnd, Die Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik, *Recht und Politik* 2005, 230

Koch, Arnd, Das Ende der Todesstrafe in Deutschland, *Juristenzeitung* 2007, 719

Köcher, Renate, Diffuse Ängste, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 17.2.2016 (online: https://www.ifd-allensbach.de/fileadmin/kurzberichte_dokumentationen/FAZ_Februar016.pdf)

Kovandzic, Tomislav V., *Vieraitis, Lynne*, and *Boots, Denise Paquette*, Does the Death Penalty Save Lives?, *Criminology and Public Policy* 8 (2009), 803

Kreuzer, Arthur, Die Abschaffung der Todesstrafe in Deutschland – mit Vergleichen zur Entwicklung in den USA, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* 2006, 320

Kreuzer, Arthur, Neuere Entwicklungen und Bewertungen der Todesstrafe, in Christoph Safferling et al. (Hrsg.), *Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag*, 2017, 359

Meier, Bend-Dieter, *Strafrechtliche Sanktionen*, 2001

Reuband, Karl-Heinz, Sanktionsverlangen im Wandel: Die Einstellung zur Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland seit 1950, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 1980, 535.

Reuband, Karl-Heinz, Dynamiken der Punitivität, in Rita Haverkamp et al. (Hrsg.), *Unterwegs in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Hans-Jörg Albrecht zum 70. Geburtstag*, 2021, 725

Sachs, Michael (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 9th ed. 2021.

Schöch, Heinz, Empirische Grundlagen der Generalprävention, in Theo Vogler (Hrsg.),

Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 1985, 1081

Schönke, Adolf, and Schröder, Horst, Strafgesetzbuch. Kommentar, 30th ed. 2019.

Statistisches Bundesamt, Rechtspflege. Strafvollzug. Demographische und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen zum Stichtag 31.3., 2022 (online: https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Strafverfolgung-Strafvollzug/strafvollzug-2100410227004.pdf?__blob=publicationFile)

Streng, Franz, Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 3rd ed. 2012.

Tettinger, Peter, Aufhebung des Art. 102 GG, Juristenzeitung 1978, 128

Weides, Peter, and Zimmermann, Peter, Berücksichtigung der im Ausland drohenden Nachteile für Freiheit, Leib und Leben bei der Ausübung des Ausweisungsermessens durch Ausländerbehörden, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 103 (1988), 461.

Wittreck, Fabian, Die Todesstrafe in den deutschen Landesverfassungen. Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge 49 (2001), 157

THOMAS WEIGEND

Universität zu Köln

Faculty of Law
Albertus-Magnus-Platz
50923 Köln
Germany
phone (+49)221-4703837
e-mail thomas.weigend@uni-koeln.de



CURRICULUM VITAE

Born 11 April 1949

Education

Dr. jur. habil.	University of Freiburg 1985
Dr. jur.	University of Freiburg 1977
Assessor jur.	Baden-Württemberg 1976
Master of Comp. Law	University of Chicago Law School 1973
Referendar jur.	Freiburg 1972

Professional

Professor of Criminal Law	University of Cologne (1986-2016)
Research Associate	Max-Planck-Institute for Criminal Law, Freiburg (1973-1985)

Visiting Appointments

Visiting Professor	LUISS University, Rome (2017)
Visiting Professor	China University of Political Science and Law, Beijing (2015, 2018)
Visiting Professor	University of Bologna (2015)
Visiting Professor	Peking University Law School (2012)
Visiting Professor	New York University Law School (2001)
Visiting Professor	University of Tokyo (1991, 1996)
Visiting Lecturer	University of Chicago Law School (1976/77)



德國，一個沒有死刑的國家

2024 年 4 月

此份專家意見書謹由

科隆大學法律學院外國暨國際刑法研究所名譽教授 Thomas Weigend

致

台灣廢除死刑推動聯盟

100 臺灣臺北市中正區鎮江街 1 巷 3 號

序言

德國聯邦律師公會(BRAK)是律師自治之傘形組織(umbrella organisation)。它代表了28個地區律師公會的利益,亦即德意志聯邦共和國全體法律專業人士中於國家、歐盟地區乃至國際層級和政府機關、法院組織及其他組織單位相應之約166,000位律師。

臺灣全國律師聯合會(TWBA)是德國聯邦律師公會在亞洲地區的重要夥伴。為了提供雙方合作之架構,全國律師聯合會和德國聯邦律師公會於2015年簽署了合作備忘錄。這份備忘錄並於2022年更新,並且是雙方就司法體系之各項法律議題進行法律專業密集交流之基礎。

2024年2月,臺灣憲法法庭公告受理挑戰死刑合憲性的聲請案,並將於同年4月進行審理。德國聯邦律師公會謹應台灣廢除死刑推動聯盟(TAEDP)之請求提供此份專家意見。

這份專家意見乃由德國聯邦律師公會所出具,旨在透過分享德國的經驗支持世界各地對法治國原則的發展和實現。這份意見乃根據一份由Weigend教授準備的報告所作成,Weigend教授是一位著名的國際刑事法專家,並曾任科隆大學刑事法教授。

作者之保證聲明

此份專家意見乃是為了分享德意志聯邦共和國的經驗。為了準備這份專家意見,我從德國聯邦律師公會收到了關於本件繫屬於臺灣憲法法庭之聲請案的公開資料。該份報告以及此份專家意見均係由我個人所獨立完成,無他人參與著作。

簡介

德意志聯邦共和國(以下簡稱「德國」)為世界各國中最早廢除死刑之其中一國,其於1949年在一般法規及軍事法規中廢除死刑。德國基本法(憲法)第102條即規定:「死刑應被廢止。」¹。於本專家意見中,我將介紹(一)德國死刑制度之歷史發展,以及(二)死刑廢除之憲政地位,接續我將說明(三)重大犯罪處刑之替代方案,與(四)無死刑制度下謀殺率之發展,以及(五)德國公眾對於死刑之意見。我分析之結論(六)認為,死刑違反德國憲法之基本原則,且德國社會於過去75年中已在未訴諸死刑下繁盛發展。

(一) 死刑於德國之歷史

如同多數其他國家,於歐洲中部之德語系地區過往向來均對重大犯罪科處死刑。德國於1871年推行新刑法時,曾有一些針對死刑廢除之論辯,然而斯時德意志帝國之保守政府與其成員邦國並不支持廢除死刑此舉²,因而於1871年之德意志帝國刑法

¹ Die Todesstrafe ist abgeschafft.

² 有關1870年相關論辯之討論,參照 Geck, Art. 102 Historische Einführung (pp. 5—6), in Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 1967.

(*Reichsstrafgesetzbuch*) 第 211 條規定謀殺 (*Mord*) 應被科處死刑。而接續於 1933 年掌權之納粹政權，在 1941 年修正了謀殺的定義，並於此同時提供在特定情況下，除死刑之外，謀殺罪亦得科處無期徒刑³。在第二次世界大戰期間，判處與執行死刑之數量急遽增長，尤其是因為在一般法規與軍事法規中，許多其他犯罪皆採用死刑，根據估計，在 1940 至 1945 年間，多達 15,890 位民眾被判處死刑，且大部分均被執行⁴。

於 1945 年後，刑法仍維持其效力，因而每年仍有數名謀殺犯被佔領區之軍事法庭與德國法院執行死刑。在德意志聯邦共和國 (亦即「西德」) 審議新憲法之過程中，有一項旨在禁止死刑制度實施與執行之提案。該提案頗具爭議，制憲會議 (*Parlamentarischer Rat*) 中之數位成員認為此一議題應留待刑法處理，非由憲法規範⁵，然而其他成員則認為，德國應與過往政權及其濫權之行為明確切割，將廢除死刑載入憲法，並主張死刑是德國新共和制度下應予譴責之「殘暴」懲罰⁶，制憲會議中一位成員並主張政府並未賦予人民生命，因而亦應禁止其剝奪人民生命⁷；其他成員則主張政府因執行死刑而有降低其格調⁸，而且，經歷納粹時代而仍在職之德國法官不應受託執行死刑，因他們可能會將死刑用於反對民主與進步之力量⁹。在最終表決中，結果清晰顯示多數支持透過憲法禁止死刑¹⁰，隨之相應的結果為，德國成文法規定，如有罪犯可能在他國被判處或執行死刑，則該罪犯將不能被引渡於該國¹¹。

部分德國之邦，包含巴伐利亞 (Bavaria) 及黑森 (Hesse)，在聯邦憲法通過前，已於該邦之憲法中明訂實施死刑之規定¹²。惟因依聯邦憲法第 31 條規定，聯邦法規應優先

³ 第 211 條第三項規定：*Ist in Ausnahmefällen die Todesstrafe nicht angemessen, so ist die Strafe lebenslanges Zuchthaus*. 自 1871 年以後，德國刑法即區分謀殺 (*Mord*，即第 211 條，此處翻譯為 murder) 及殺人 (*Totschlag*，即第 212 條，此處翻譯為 manslaughter)。兩種犯罪均要求具備殺人故意。自 1941 年後，謀殺與殺人之區別在於是否具備至少一項法典所列加重情節，例如，行為人的基本動機或特別殘忍之殺人。

⁴ *Geck*, Art. 102 Historische Einführung (p. 7), in *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 1967. 有關 1939-1945 年死刑執行人數之更進一步估算數量，參照 *Ebel and Kunig*, *Jura* 1998, 617, 620-621.

⁵ 有關該辯論之論述，參照 *Parlamentarischer Rat in Kersten* in *Dürig, Herzog and Scholz* (eds.), *Grundgesetz*, Art. 102 marginal note 9.

⁶ 相關評價，參照 *Koch*, *Recht und Politik* 2005, 230: *Der neue Staat zog die Lehren aus der Vergangenheit und setzte sich mit einem nahezu vorbildlosen Schritt an die Spitze der weltweiten Abolitionsbewegung*.

⁷ Rep. *Wagner* (Social Democratic Party) 引註於 *Geck*, Art. 102 Historische Einführung (p. 10), in *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 1967.

⁸ Rep. *Schmid* (Social Democratic Party), 引註於 *Geck*, Art. 102 Historische Einführung (p. 10), in *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 1967.

⁹ Rep. *Renner* (Communist Party), cited in *Geck*, Art. 102 Historische Einführung (p. 11), in *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 1967.

¹⁰ *Koch*, *Recht und Politik* 2005, 230, 233. 部分論者認為這些支持死刑廢除者僅是有意挽救納粹戰犯免於受死刑執行；*Evans*, *Rituale der Vergeltung*, 2001, 936, 939. 然而歷史研究並沒有為此理論提供足夠論據，參照 *Koch*, *Recht und Politik* 2005, 230, 231, 234; *Kersten* in *Dürig, Herzog and Scholz* (eds.), *Grundgesetz*, Art. 102 marginal note 7.

¹¹ § 8 *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Ist die Tat nach dem Recht des ersuchenden Staates mit der Todesstrafe bedroht, so ist die Auslieferung nur zulässig, wenn der ersuchende Staat zusichert, daß die Todesstrafe nicht verhängt oder nicht vollstreckt werden wird*.

¹² 參照黑森邦憲法第 21 條第 1 項：*Ist jemand einer strafbaren Handlung für schuldig befunden worden, so können ihm auf Grund der Strafgesetze durch richterliches Urteil die Freiheit und die bürgerlichen Ehrenrechte*

於各邦法規之適用, 故此些邦憲法之規定將不得適用, 嗣後也正式廢除。2018 年於黑森邦, 有關廢除該邦憲法規定得實施死刑之公投提案, 即受到 83% 選民之支持¹³。

受到蘇聯佔領, 並於 1949 年宣稱其主權政府為德意志民主共和國 (亦即「東德」) 之德國東部地區, 則仍維持謀殺罪之死刑。東德之社會主義政府主張, 基於侵略性的西方帝國主義, 死刑之存在有其必要, 且適用死刑之範疇更拓展至其他數項犯罪, 包含危害國家安全罪¹⁴。東德至 1981 年前仍持續實施死刑, 據估計並有約 200 人被執行死刑¹⁵, 直至 1987 年, 東德才正式廢除死刑, 期能藉此舉提升東德於其他國家間之聲譽¹⁶, 惟東德於三年後即不復存在。

於 1950 年代, 保守派基督教民主黨的代表曾數次倡議德意志聯邦共和國 (德國) 應恢復對謀殺罪科處死刑¹⁷。前述倡議大部分是肇因許多令人震驚且於媒體報導後引發社會公憤之謀殺案。因死刑廢除已被載入憲法, 如欲恢復此種刑罰制度則分別需經議會兩院三分之二多數之同意 (憲法第 79 條第 2 項)。然而恢復死刑之支持者數量從未逼近此一多數¹⁸。現今對於死刑則已無明顯可察覺之政治支持, 尤其因目前之國際環境已然改變。舉例而言, 如對德國具有拘束力之歐盟基本權利憲章第 2 條第 2 項即規定, 任何人均不應被判處或執行死刑¹⁹。

(二) 死刑廢除之憲政地位

至今為止, 德國最高層級的法院尚未有機會對於死刑恢復之可能性為判決, 然而他們曾明確針對制憲者廢除死刑之重要性為聲明。在一涉及引渡至其他仍實施死刑的國家的案件中, 德國聯邦憲法法院 (*Bundesverfassungsgericht*) 於 1964 年揭示德意志聯邦共和國所為之廢除死刑, 不僅只是意謂於數種傳統刑罰中放棄其中之一種, 更彰顯它是一項具有重大政治及法律重要性之決定。法院解釋此項決定包含肯認人類生命之基本價值, 以及確立現在政府與先前政權迥異之觀點, 即先前政權僅將個人生命視若草芥, 故其毫無限制地濫用其從人民掠奪而來之決定生死權利²⁰。德國聯邦最高法院

entzogen oder beschränkt werden. Bei besonders schweren Verbrechen kann er zum Tode verurteilt werden. 巴伐利亞自由邦憲法第 47 條第 4 項規定預設死刑之存在且授予總理有權赦免犯罪者之死刑, 此規定已於 1998 年公投中被廢除。有關邦憲法中死刑規定之廣泛討論, 參照 *Wittreck, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 49 (2001), 157 (主張此些規定之推行是為限制死刑之適用)。

¹³ *Kersten* in *Dürig, Herzog and Scholz* (eds.), *Grundgesetz*, Art. 102 marginal note 38.

¹⁴ *Koch, Juristenzeitung* 2007, 719, 720-721.

¹⁵ *Kersten* in *Dürig, Herzog and Scholz* (eds.), *Grundgesetz*, Art. 102 marginal note 5.

¹⁶ *Koch, Juristenzeitung* 2007, 719, 722.

¹⁷ 有關此些倡議之紀錄, 參照 *Kersten* in *Dürig, Herzog and Scholz* (eds.), *Grundgesetz*, Art. 102 marginal notes 12-15.

¹⁸ *Koch, Recht und Politik* 2005, 230, 233-234.

¹⁹ 於 1983 年生效並經德意志聯邦共和國批准之歐洲人權公約第六議定書第 1 條規定, 同樣禁止非戰時之死刑之實施與執行。於 2002 年生效之歐洲人權公約第十三議定書則規定, 無論任何情境下死刑均應廢除。該議定書已經歐洲理事會 48 個會員國中之 45 個會員國批准, 可謂死刑之禁止已成為歐洲地區習慣法之一部分。

²⁰ *Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 30.06.1964 - 1 BvR 93/64, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 18, 112, 117: *Die Abschaffung der Todesstrafe bedeutet allerdings für die Bundesrepublik Deutschland mehr als nur die rein positivrechtliche Beseitigung einer von mehreren Strafen des*

4

(*Bundesgerichtshof*) 於 1955 年之一件判決中表示，沒有任何邦有權對其公民處以死刑。法院並接續說明基於人類生命絕對保障之首要性，仰賴法治的社會

(*Rechtsgemeinschaft*) 廢除死刑，以確立生命不可侵犯為最高價值；此外，法院並解釋，為防範濫用死刑之危險，必須確立死刑之禁止毫無例外；最終，法院指出，由國家組織執行死刑是一項無法容忍之舉措。法院總結，此些考量顯示，縱使不論憲法第 102 條，依據憲法第 1 條第 1 項（人性尊嚴）與生命權（憲法第 2 條第 2 項）之核心內涵（*Wesensgehalt*），任何有關恢復死刑之可能均應被禁止²¹。然而應注意者，此些聯邦憲法法院與聯邦最高法院之論述僅能被認定為判決之旁論，因為它並未與該等判決之爭議直接相關。

法律學者間向來對禁止死刑的憲法第 102 條存在一些爭辯，亦即，該憲法條文是否至少於理論上可被限制或甚至刪除。儘管獲得兩院三分之二以上多數的同意票後，即可通過憲法修正案（憲法第 79 條第 2 項），然而憲法第 79 條第 3 項規定，憲法之修正不得違反憲法第 1 條與第 20 條之基本原則²²。憲法第 1 條表明人性尊嚴不可侵犯

(*unantastbar*)，尊重及保護此項尊嚴為所有國家權力之義務²³，憲法第 20 條第 3 項則規定立法權應受憲法之限制，行政權與司法權應受立法權與法律之限制²⁴。此條憲法規定被理解為法治國原則（*Rechtsstaat*）之彰顯，並隱含許多更進一步之法律意義。依據憲法第 79 條第 3 項，法治國原則不得被廢止，縱然是透過憲法之修正亦不得為之。

大多數法律學者認為，死刑之廢除，與憲法第 79 條第 3 項中，所謂不得修正之基本憲法原則有本質內在連結²⁵，他們認為憲法第 102 條明文禁止死刑，僅是闡明憲法第 1 條

herkömmlichen Strafsystems. Sie ist eine Entscheidung von großem staatspolitischen und rechtspolitischen Gewicht. Sie enthält ein Bekenntnis zum grundsätzlichen Wert des Menschenlebens und zu einer Staatsauffassung, die sich in betonten Gegensatz zu den Anschauungen eines politischen Regimes stellt, dem das einzelne Leben wenig bedeutete und das deshalb mit dem angemessenen Recht über Leben und Tod des Bürgers schrankenlosen Mißbrauch trieb.

²¹ Bundesgerichtshof, Urteil vom 16. 11. 1995 – 5 StR 747/94, Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen 41, 317, 325: *Aus humanitären Gründen kann keinem Staat das Recht zustehen, durch diese Sanktion über das Leben seiner Bürger zu verfügen. Vielmehr erfordert es der Primat des absoluten Lebensschutzes, daß eine Rechtsgemeinschaft gerade durch den Verzicht auf die Todesstrafe die Unverletzlichkeit menschlichen Lebens als obersten Wert bekräftigt. Darüber hinaus erscheint es unbedingt geboten, der Gefahr eines Mißbrauchs der Todesstrafe durch Annahme ihrer ausnahmslos gegebenen Unzulässigkeit von vornherein zu wehren.... Die staatliche Organisation einer Vollstreckung der Todesstrafe ist schließlich, gemessen am Ideal der Menschenwürde, ein schlechterdings unzumutbares und unerträgliches Unterfangen. Diese Bedenken legen den Befund nahe, daß nach deutschem Verfassungsrecht jegliche Wiedereinführung der Todesstrafe – auch abgesehen von Art. 102 GG – vor Art. 1 Abs. 1 GG und der Wesensgehaltsgarantie des Grundrechts auf Leben (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. Art. 19 Abs. 2 GG) keinen Bestand haben könnte.*

²² 憲法（基本法）第 79 條第 3 項：Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder... oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig.

²³ 憲法（基本法）第 1 條第 1 項：Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

²⁴ 憲法（基本法）第 20 條第 3 項：Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.

²⁵ Kersten in Dürig, Herzog and Scholz (eds.), Grundgesetz, Art. 102 marginal note 33 with further references; Jarass in Jarass and Kment (eds.), Grundgesetz Kommentar, marginal number 1; Wolff in Hömig and Wolff (eds.), Grundgesetz Kommentar, Art. 102 marginal number 2.

之範疇²⁶，此外他們並主張，憲法第 79 條第 3 項未明文提及憲法第 102 條，並不表示不能基於其他原因使憲法第 102 條豁免於修訂²⁷。

多數意見首先主張，由國家所為之死刑執行，將侵害明揭於憲法第 2 條第 2 項第 1 句之生命權核心保障²⁸。唯有在具備法律依據的情形下，生命權才得以受到「干預」²⁹，而按照現行法，憲法第 102 條禁止通過藉由死刑干預生命權之法律³⁰。有論者或認為，憲法第 2 條第 2 項並未禁止議會通過相關法律建立死刑制度，然而，憲法第 19 條第 2 項宣示，無論在任何情形下均不得侵害一個基本權利之核心價值 (*Wesensgehalt*)³¹，而由國家發動之故意殺人行為已顯然影響該被執行人之生命權核心。唯一之例外是只有當殺人是為拯救他人性命所必須之情形（例如，當警察朝一個綁架人質並揚言要殺害人質之人開槍的情形），因為在該情況下，殺人是基於保護被害人性命之目的³²。但是處決一個謀殺犯並非是為了保護另一人性命所必須之行為³³。因此，恢復死刑制度將違反憲法第 2 條第 2 項。不過，仍然存在的疑問是，究竟在面對依憲法第 79 條第 3 項所為之憲法修正時，生命權是否仍受絕對之保障。一個強而有力的支持論點認為，人唯有在保有生命的情況下方得以享有人性尊嚴，亦即，剝奪一個人的性命將同時摧毀其人性尊嚴的根本³⁴。

這即導出論者支持憲法第 102 條不得廢除的第二個論點，亦即，任何死刑之執行都將侵害人性尊嚴，而為憲法第 79 條第 3 項所禁止。有關人性尊嚴的各種內涵面向即在此脈絡下被提及。第一，被定罪之人被當作追求國家目的的一個客體看待（例如，為了嚇阻或為了死亡之犯罪被害人所為之復仇），而人性尊嚴要求每個人均被當作主體看待，也就是人的本身即為目的³⁵。第二，根據德國憲法法院的司法實務，若刑罰之實施將使得罪犯毫無再次享受自由之可能乃係違背人性尊嚴³⁶。處死一個人明顯符合此定義³⁷。第三，預期個人之死亡以及等待死刑執行之過程本身，已使得該人陷入動物本能畏

²⁶ Kersten in Dürig, Herzog and Scholz (eds.), Grundgesetz, Art. 102 marginal note 23.

²⁷ Epping, in Epping and Hillgruber (eds.), Beck Online Kommentar Grundgesetz, Art. 102 marginal notes 4, 5. e Unversehrtheit.

²⁸ 憲法（基本法）第 2 條第 2 項第 1 句：Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.

²⁹ 憲法（基本法）第 2 條第 2 項第 3 句：Grundgesetz: In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden

³⁰ Degenhart, in Sachs (ed.), Grundgesetz Kommentar, Art. 102 marginal number 1a; Epping, in Epping and Hillgruber (eds.), Beck Online Kommentar Grundgesetz, Art. 102 marginal note 2; Kersten in Dürig, Herzog and Scholz (eds.), Grundgesetz, Art. 102 marginal note 26.

³¹ 憲法（基本法）第 19 條第 2 項 Grundgesetz: In keinem Fall darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.

³² Epping, in Epping and Hillgruber (eds.), Beck Online Kommentar Grundgesetz, Art. 102 marginal note 3. But see Geck, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 1967, Art. 102 marginal number 3, arguing that this interpretation would preclude any legal limitation of the right to life. See also Tettinger, Juristenzeitung 1978, 128, 132.

³³ Weides and Zimmermann, DVBl. 1988, 461, 466

³⁴ 參照 Weides and Zimmermann, DVBl. 1988, 461, 464; Degenhart, in Sachs (ed.), Grundgesetz Kommentar, Art. 102 marginal number 7

³⁵ Kersten in Dürig, Herzog and Scholz (eds.), Grundgesetz, Art. 102 marginal note 21

³⁶ Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 21.06.1977 - 1 BvL 14/76, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 45, 187, 229

³⁷ Weides and Zimmermann, DVBl. 1988, 461, 465

懼死亡的困境而侵害其人性尊嚴³⁸。最後，現實上不存在所謂有尊嚴之執行死刑方式³⁹。基於上述理由，恢復死刑將侵害人性尊嚴，此一明載於德國憲法第1條第1項並依憲法第79條第3項不容許修正之基本憲法原則。

另外亦有主張認為，死刑之實施及執行無法與法治國原則 (*Rechtsstaat*) 並存⁴⁰。與此相關的其中一種論點認為，死刑具有不可回復性：被告遭錯誤判處其他刑罰時，事後可推翻並賠償被告，但被執行死刑之人並無法死而復生。此外，死刑並不適於達成任何懲罰之合理目的，也因此，對一個人執行死刑，僅是施加無用且不合於比例的痛苦。沒有任何科學證據能顯示，死刑的存在對於嚇阻謀殺罪的發生有明顯可見之增加⁴¹。並且，雖然德國刑法第46條明確揭示一個罪犯的刑度應主要考量其罪行⁴²，這並不表示蓄意殺人的行為可當然證立處以死刑之正當性。在早年，所謂「以命償命」的同態復仇 (*talionis*) 理念或許尚被廣泛接受，而德國著名的哲學家伊曼努爾·康德 (*Immanuel Kant*) 認為一個謀殺犯應予處死，因為除了死，沒有其他替代手段得以滿足應報的需求⁴³。然而，康德所謂唯有應報 (*us talionis*) 可以滿足「純粹而嚴格的正義⁴⁴」的觀點，即便在18世紀他書寫其哲學論著時也備受質疑⁴⁵。如今，人類社會文明的進步，已普遍能接受生命或健康的喪失亦得與罪犯所失去之自由畫上等號。應報理論並沒有要求，舉例而言，一個朝自己敵人手臂開槍的行為人，必須同樣被執法人員朝其手臂開槍；這個理論僅要求，最嚴重的犯罪應該被現行法體系下可得之最嚴厲刑罰予以處罰⁴⁶。如果人民在議會選出的民意代表決定無期徒刑是最嚴厲的刑罰，則任何較此刑罰更嚴厲的處罰都將過當，即使是面對最嚴重的犯罪⁴⁷。

死刑被歐盟所禁止之事實⁴⁸，也進一步地提供反對恢復死刑之理由。由於德國憲法之解釋必須符合於國家基於國際法⁴⁹之義務，歐洲拒絕死刑亦支持多數見解主張憲法第102條是憲法所不可或缺之內涵⁵⁰。

³⁸ Weides and Zimmermann, DVBl. 1988, 461, 464-465

³⁹ Ebel and Kunig, Jura 1998, 617, 621

⁴⁰ Kersten in Dürig, Herzog and Scholz (eds.), Grundgesetz, Art. 102 marginal note 32

⁴¹ 參考 IV. below

⁴² 德國刑法第46條第1項: *Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe*

⁴³ Kant, *Metaphysik der Sitten*, 455: *Hat er aber gemordet, so muß er sterben. Es gibt hier kein Surrogat zur Befriedigung der Gerechtigkeit*

⁴⁴ Kant, *Metaphysik der Sitten*, 454: *Nur das Wiedervergeltungsrecht (ius talionis) ... kann die Qualität und Quantität der Strafe bestimmt angeben; alle anderen sind hin und her schwankend, und können, anderer sich einmischender Rücksichten wegen, keine Angemessenheit mit dem Spruch der reinen und strengen Gerechtigkeit enthalten*

⁴⁵ 特別參考 *Beccaria*, *Über Verbrechen und Strafen*, 1766, § XXVIII.

⁴⁶ 參考 *Jescheck and Weigend*, 752

⁴⁷ Hörnle, *Tatproportionale Strafzumessung*, 155-157; von Hirsch, *Fairness, Verbrechen und Strafe*, 139-147

⁴⁸ 參考 前揭註 19。

⁴⁹ 參考 Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 14.10.2004 - 2 BvR 1481/04, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 111, 207, marginal number 32

⁵⁰ 參考 *Epping*, in *Epping and Hillgruber* (eds.), Beck Online Kommentar Grundgesetz, Art. 102 marginal note 6.

總結而論，可謂獨立於憲法第 102 條明文廢除死刑之條文外，德國憲法亦禁止恢復死刑，因為死刑將侵害人性尊嚴及生命權之核心保障，並違反源自於法治國原則之刑罰嚴厲程度不得逾越其合理目的之原則。

(三) 替代方案

德國得以放棄死刑的其中一個原因，是因為在面對最嚴重的犯罪以及最具危險性的罪犯時，有其他刑事制裁措施。

1. 無期徒刑

在德國法下最嚴重的刑罰是無期徒刑（德國刑法第 38 條第 1 項）。謀殺罪必須處以無期徒刑（德國刑法第 211 條）。在其他重大犯罪中，也可處以無期徒刑。例如，殺人罪（*manslaughter*）（故意殺人而無其他加重情節者，德國刑法第 212 條）、或行為人犯強制性交罪、強盜罪或放火罪而造成被害人死亡（德國刑法第 178 條、第 251 條、第 306c 條），以及某些違反國際法之罪，如種族滅絕罪和違反人道罪（違反國際法罪第 6 條及第 7 條，*Völkerstrafgesetzbuch*）⁵¹。無期徒刑的意義在於被判刑者原則上將在監獄裡過完餘生。憲法第 102 條顯然並不禁止無期徒刑，但此種刑罰的使用必須尊重人性尊嚴以及受刑人之生命權和身體自主權（憲法第 1 條、第 2 條第 2 項）⁵²。於 1977 年，德國聯邦憲法法院即表示，將一個人終生監禁而即使該囚犯不再有犯罪傾向也不給予任何獲釋之希望，違反人性尊嚴的保護⁵³。立法者呼應這則判決，即引進無期徒刑的假釋制度（德國刑法第 57a 條）。根據此法，被判處無期徒刑之受刑人，得於符合以下要件並經其同意下獲得假釋：

- 無期徒刑之執行已逾 15 年，
- 於考量公眾安全利益後可准予假釋，且
- 事實審法院並未認定犯罪行為人具有特殊重大之罪責（*besondere Schwere der Schuld*）⁵⁴

⁵¹ 然而應注意的是，毒品犯罪不得判處無期徒刑，縱使毒販輕率地導致他人死亡；參考德國毒品危害防制條例（*Betäubungsmittelgesetz*）第 30 條第 1 項。此項犯行的最高刑度是 15 年有期徒刑。

⁵² Kersten in Dürig, Herzog and Scholz (eds.), *Grundgesetz*, Art. 102 marginal note 67

⁵³ Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 21.06.1977 - 1 BvL 14/76, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 45, 187, 229.

⁵⁴ § 57a Strafgesetzbuch: *Das Gericht setzt die Vollstreckung des Restes einer lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung aus, wenn 1. fünfzehn Jahre der Strafe verbüßt sind, 2. nicht die besondere Schwere der Schuld des Verurteilten die weitere Vollstreckung gebietet und 3. die Voraussetzungen des § 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 vorliegen.* § 57 Strafgesetzbuch: *Das Gericht setzt die Vollstreckung ... zur Bewährung aus, wenn... 2. dies unter Berücksichtigung der Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit verantwortet werden kann, und 3. die verurteilte Person einwilligt.*

倘若事實審法院於審理時認定犯罪行為人之行為有特殊重大之罪責（例如，因為他殺害不只一人），負責監督監獄刑期執行之法官決定罪犯在監獄中實際服刑的期間通常是17至20年，除非該受刑人仍具危險性。⁵⁵

德國法院並不會大量判處無期徒刑。自1949年以降，每年有50至150起案件判處無期徒刑，近幾年則大多每年90至100件⁵⁶。於2022年，總計有1,776名（其中包含105名女性）受刑人於德國監獄受無期徒刑之監禁⁵⁷。所有受無期徒刑之受刑人中，有超過三分之二的人根據德國刑法第257a條於2018年有條件地獲得假釋，剩餘之人則有已於監獄中過世或經遣返回自己的國家⁵⁸。即使無期徒刑不當然代表受刑人將死在監獄中，但它仍極具象徵性意義，並且仍然是一個將對他人仍具危險性的犯罪者長期監禁之選項。

2. 保安監禁

另一個適用於高度危險罪犯的替代方案是保安監禁（*Sicherungsverwahrung*, 德國刑法第66條至第66c條）。保安監禁不是對於行為人犯罪所為之應報罰，而是一個矯治與安全的措施（*Maßregel der Besserung und Sicherung*）。在經歷數十年的漫長辯論後，保安監禁制度於1933年訂入德國刑法⁵⁹。其目的在於避免已經犯法之人繼續犯罪。矯治與保安措施的手段包含精神病院（德國刑法第63條）或戒治所的收容（德國刑法第64條）、暫時或永久剝奪駕駛動力交通工具之許可（德國刑法第69條），以及禁止從事特定之職業（德國刑法第70條）。原則上，即便被告欠缺犯罪之責任能力，例如因受有精神疾病，仍然可以施以前述之措施。這顯示出上開措施的特殊內涵：它們的目的不在於對一個人可受責難的行為予以懲罰，而在於防止他人受法律保護之利益受行為人可能產生之特殊風險影響。由於德國刑法第63條的精神病院收容處置期間可以在受收容人的危險性持續存在的情況下延長，而沒有期間之限制，矯治與保安措施比起刑罰更可以有效保護公眾與個人的安全。

保安監禁為矯治與保安措施之一種，但其性質於前述措施不同。保安監禁係為處理危險累犯所產生之持續性風險。因此，保安監禁有別於其他矯治與保安措施，唯有在被告犯下第66條所列各款之重大犯罪，並且在此之前曾兩次以上犯下類似犯罪被定罪且被判處監禁，才得以由法院判令施以保安監禁。倘若行為人犯下兩起重大犯罪，亦得為保安監禁之宣告，即便在此之前未受有罪判決（德國刑法第66條第3項第2句）。保安監禁將在犯罪行為人完成對其所犯行之監獄服刑後實施。保安監禁的目的在於保護大眾免於受到服刑完畢後仍被認為具危險性之罪犯之危害。也因此，決定是否施以

⁵⁵ 詳細參考 Kinzig in Schönke and Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, § 57a marginal note 7.

⁵⁶ 參考 Gomille and Dessecker, 2020, 12-13.

⁵⁷ Statistisches Bundesamt, 2022, 10.

⁵⁸ Gomille and Dessecker, 2020, 26-27.

⁵⁹ 欲瞭解概況，參考 Weigend in Cirener et al. (eds.), Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, vol. 1, 13th ed. 2020, Einleitung, marginal numbers 73-79; Kinzig, in Hilgendorf, Kudlich and Valerius (eds.), Handbuch des Strafrechts, vol. 3, 959.

保安監禁，也著眼於該行為人是否具有實行重大犯罪的傾向而對公眾具危險性，特別是實行嚴重損害被害人身心之犯罪類型⁶⁰。倘若該傾向可能無法於裁判當時認定，法院可以於判決時保留保安監禁之宣告。法院接著得觀察該行為人在服刑期間之行為，倘若其認定其具危險性則最終再施以保安監禁（德國刑法第 66a 條）。

保安監禁之宣告並無一定期間。但是法院負有義務必須每年至少審酌一次保安監禁之先決條件是否仍然存在；倘若受監禁者對其他人之危險性不復存在，其應當有條件的被釋放（德國刑法第 67d 條第 2 項第 1 句、第 67e 條第 2 項）。在過去，保安監禁的處境近似於一種（潛在的無期）徒刑：受保安監禁宣告之人僅是被關在監獄特殊區域的牢房中。於 2011 年時，這樣的作法被德國聯邦憲法法院認定為違憲⁶¹。法院要求保安監禁的法律規範以及制度實施必須和徒刑之執行有顯著之區隔，且應著重於行為人的矯正處遇以及促使其釋放條件之成就⁶²。因應這則判決，德國刑法進行了修正並提出一系列以降低受監禁者危險性並加速其釋放為目的之矯正處遇措施；這些措施包含提供心理及精神科治療，以及短暫釋放受監禁人以測試其在設施外自我規束的能力（德國刑法第 66c 條）。其目標在於希望這些措施能減少此類已經就其犯罪行為服刑完畢，卻仍須受人身自由拘束之整體人數。於 2022 年 3 月 31 日，共計有 604 人受保安監禁。這個數目自 2010 年（536 人）均維持相當穩定⁶³。

儘管實際受有無期徒刑之監禁至死亡以及受有保安監禁的人數總數相較於全國超過八千萬人口僅佔少數，這些替代方案的實施使得死刑不必要存在，因為社會可以仰賴這些處置將具有嚴重危險性的謀殺犯以及反覆再犯者隔離於生活之外，只要其等對公眾人身安全的危害仍然存在。

（四）重大犯罪率與嚇阻效應

隨時間積累且經警方知悉的重大犯罪之數目及犯罪率，尤其是謀殺案，是檢驗刑事司法是否正常運行的良好指標。為警方所知的故意殺人既遂案（謀殺（murder）以及殺人（manslaughter））之數目，於 1953 年（325 件）至 1993 年（1468 件，包含在東德犯下的殺人行為）間呈現上升趨勢。自 1993 年起，這個趨勢開始穩定下降並且在 2015 年達到 565 件的底點⁶⁴。根據另一份警方統計資料，謀殺案（包含未遂）從 1987 年的

⁶⁰ § 66 subsec. 1 no. 4 Strafgesetzbuch: *Das Gericht ordnet neben der Strafe die Sicherungsverwahrung an, wenn ... 4. die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, dass er infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten, namentlich zu solchen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden, zum Zeitpunkt der Verurteilung für die Allgemeinheit gefährlich ist.* 上開對於原因犯罪的定義旨在排除對於純粹財產犯罪施以保安監禁。

⁶¹ Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 4.5.2011 – 2 BvR 2333/08, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 128, 326. For details see Peglau in Cirener et al., Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, § 66 marginal notes 17-19, § 66c marginal note 4.

⁶² Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 4.5.2011 – 2 BvR 2333/08, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 128, 326, 386-387.

⁶³ Statistisches Bundesamt, 2022, 10.

⁶⁴ Antholz, Die Kriminalpolizei 2017, 1.

970 件下降至 2022 年的 662 件⁶⁵。儘管因計算方式之不同無法整併上開數據，但兩者都顯示，即便死刑已不復存在，近數十年間謀殺案的數量仍在下降。前述德國之數據也與其他國家之研究發現相符，該等研究幾乎一致顯示，廢除死刑後數年，無法證明殺人案之比例有顯著提升⁶⁶。

對德國犯罪學家而言，廢除死刑沒有促成暴力犯罪飆升的結果並不令人感到意外。提高法定刑度的上限普遍顯示對於重大犯罪率沒有顯著的影響⁶⁷。這在如謀殺罪之特定犯罪尤其如此，此種犯罪通常沒有事前之計畫，且／或者是基於非理性之行動（例如，心神喪失者或宗教狂熱者）。這種人並不會針對其行為進行理性的風險和利益分析，也因此不會基於刑法中訂定的刑罰做決策。基於此原因，在德國恢復死刑制度極不可能在謀殺案的犯罪率上產生明顯可見之影響。

一般來說，嚇阻效應的發揮是基於嚴格的執法以及高偵破率，理性思考之人會因其預期被逮捕而避免從事犯罪⁶⁸。另一項影響一個人是否準備犯罪之因素，則是其等對於相關行為規範的認可與否：舉例來說，倘若一個人基本上就不尊重他人之性自主權或財產權，他則更可能會犯下強制性交罪或竊盜罪⁶⁹。也因此，其中一項犯罪制裁的主要功能便是藉由證明社會已經準備好確實執行相關社會規範，以強化人民對社會規範之認可程度及實際效力。基此目的，實施嚴刑峻罰即失其必要性，亦當然不必處決罪犯。

（五）民意

當 1949 年德國廢除死刑之時，這個決定並不相當受到歡迎。當時所做的民意調查中，大多數民眾表達了對死刑制度的贊同⁷⁰，而德意志聯邦共和國當時的領導階層，包含第一任總理康拉德·艾德諾（Konrad Adenauer），均公開表示對死刑的支持⁷¹。直到 1971 年，如此的潮流才開始轉變；在當年，反對死刑的立場第一次在民調中些微勝出（46%對上 43%）⁷²。但到今天，與 1950 年代的情況相反，多數的德國人反對死刑。在 2014 年舉辦的一場投票中，被詢問的民眾當中，有 81%反對死刑，而僅有 15%傾向

⁶⁵ Bundeskriminalamt, Polizeiliche Kriminalstatistik Zeitreihen, Grundtabelle.

⁶⁶ See, e.g., 就美國之研究，參 Archer, Gartner and Beittel, *Journal of Criminal Law and Criminology* 74 (1983), 991, 1007-1013; Kovandzic, Vieraitis and Boots, *Criminology and Public Policy* 8 (2009), 803. 就各種嘗試檢驗死刑嚇阻力之方法論問題之完整分析，參 Donohue, III and Wolfers, *American Law and Economics Review* 11 (2009), 249.

⁶⁷ Eisenberg and Kölbel, *Kriminologie*, 214-215.

⁶⁸ Eisenberg and Kölbel, *Kriminologie*, 214-215.

⁶⁹ Schöch, in Vogler (ed.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, 1081, 1098-1103; Bönitz, *Strafgesetze und Verhaltenssteuerung*, 284 et seq.

⁷⁰ Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 28-29; Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, 32-33.

⁷¹ 於 1950 年，投票民眾的 55%（對於「你是原則上支持或反對死刑？」）支持死刑，僅有 33%反對。

⁷² Koch, *Recht und Politik* 2005, 230, 234.

⁷³ Reuband, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 1980, 535, 541. 1970 年代經歷數次恐怖攻擊後，支持恢復死刑者的比例再度短暫上升至 50%；Kersten in Dürig, Herzog and Scholz (eds.), *Grundgesetz*, Art. 102 marginal note 16. 相類似民意的改變也已經在其他重大犯罪的發生上找到短暫關聯；Kreuzer in Safferling et al. (eds.), *Festschrift für Franz Streng*, 359, 361.

恢復死刑⁷³。更进一步的民調分析顯示，此類投票的回答有很大一部分取決於提問的問題類型；如果提問的內容明確提及謀殺為原因犯罪，而不是直接詢問民眾對於死刑存廢的普遍態度，更多民眾將會支持死刑⁷⁴。更甚者，民調之結果也必然會因為是在一個仍保留死刑的邦或者是一個已經廢除死刑的地區舉行而產生差異，因為多數受調查者只是欣然接受現狀而同時又不反對他們的政府去變更法律。也因此，在死刑存在的邦詢問民眾是否反對通過一個廢除死刑的新法才會有意義⁷⁵。在德國，反對死刑的主要理由，在於死刑存在處決事實上無辜的人的風險，以及相較於無期徒刑，死刑並沒有更高的嚇阻作用⁷⁶。

提及德國，可以說 1949 年勇敢廢除死刑的一步，長遠來看改變了民眾對於死刑的態度⁷⁷。德國人瞭解到當死刑不再是一個選項，公眾安全並不會受到危害，並且至今多數的人樂見，即便沒有死刑，德國的刑事司法體系仍能良好運作。

(六) 結論

總結而論，對於主張死刑不是一個必要的處罰手段的人而言，德國經驗是一個強而有力的論述。儘管德國擁有長年實施死刑的歷史，死刑於 1949 年的嘎然廢除並沒有引發任何持續性的問題，如重大犯罪率的爆炸性成長或社會大眾的強烈不滿。現今，德國的法學家也同意恢復死刑將違反憲法保障的基本價值，如生命權以及人性尊嚴。對於高度危險的個人施以其他嚴格但更人道的處罰選擇，如無期徒刑以及保安監禁，也已足以承接死刑的功能。

Prof. Dr. Thomas Weigend

⁷³ Reuband, in Haverkamp et al. (eds.), *Unterwegs in Kriminologie und Strafrecht*, 725, 730. 在另一個 2016 年的民意調查中，66% 的受訪者反對死刑; Köcher, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 17.2.2016, Tables A6 and A9.

⁷⁴ 參考 Hood, in Haverkamp et al. (eds.), *Unterwegs in Kriminologie und Strafrecht*, 708-711.

⁷⁵ Hood, in Haverkamp et al. (eds.), *Unterwegs in Kriminologie und Strafrecht*, 709

⁷⁶ 一系列有關 1964 年投票民眾所為之主張，參考 Reuband in Haverkamp et al. (eds.), *Unterwegs in Kriminologie und Strafrecht*, 725, 734.

⁷⁷ Kreuzer, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* 2006, 320

參考書目

- Antholz, Birger*, Morde 1950 bis 2015, Die Kriminalpolizei 2017 (online: <https://www.kriminalpolizei.de/ausgaben/2017/maerz/detailansicht-maerz/artikel/morde-1950-bis-2015.html>)
- Archer, Dane, Gartner, Rosemary, and Beittel, Marc*, Homicide and the Death Penalty: A Cross-National Test of a Deterrence Hypothesis, *Journal of Criminal Law and Criminology* 74 (1983), 991
- Beccaria, Cesare*, Über Verbrechen und Strafen, 1766 (German translation by Wilhelm Alff, 1988)
- Bönitz, Dieter*, Strafgesetze und Verhaltenssteuerung, 1991
- Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 102, Zweitbearbeitung 1967 (by Wilhelm Karl Geck).
- Bundeskriminalamt*, Polizeiliche Kriminalstatistik 2022 Zeitreihen (online: https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2022/PKSTabellen/Zeitreihen/zeitreihen_node.html)
- Cirener, Gabriele, Radtke, Henning, Rissing-van Saan, Ruth, Rönna, Thomas, and Schluckebier, Wilhelm* (Hrsg.), Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, vol. 1, 13th ed. 2020; vol. 5, 13th ed. 2022
- Donohue, John J., III, and Wolfers, Dustin*, Estimating the Impact of the Death Penalty on Murder, *American Law and Economics Review* 11 (2009), 249
- Dürig, Günter, Herzog, Roman, and Scholz, Rupert* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Stand 102. Lieferung 2023
- Ebel, Friedrich, and Kunig, Philip*, Die Abschaffung der Todesstrafe – Historie und Gegenwart, *Jura* 1998, 617
- Epping, Volker, and Hillgruber, Christian* (Hrsg.), Beck Online Kommentar Grundgesetz, 56th ed. 2023
- Evans, Richard J.*, Rituale der Vergeltung. Die Geschichte der Todesstrafe in Deutschland 1600-1987, 2001
- Gomille, Anika, and Dessecker, Axel*, Die Vollstreckung lebenslanger Freiheitsstrafen. Dauer und Gründe der Beendigung im Jahr 2018, 2020 (online: <https://www.krimz.de/fileadmin/dateiablage/E-Publikationen/BM-Online/bm-online20.pdf>)
- von Hirsch, Andrew*, Fairness, Verbrechen und Strafe, 2005
- Hömig, Dieter, and Wolff, Heinrich Amadeus* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 13th ed. 2022

Hörnle, Tatjana, Tatproportionale Strafzumessung, 1999

Hood, Roger, Public Opinion Surveys and the Abolitionist Cause, in Rita Haverkamp et al. (Hrsg.), *Unterwegs in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Hans-Jörg Albrecht zum 70. Geburtstag*, 2021, 707

Jarass, Hans D., and *Kment, Martin* (Hrsg.), *Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar*, 17th ed. 2022

Jescheck, Hans-Heinrich, and *Weigend, Thomas*, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5th ed. 1996

Kant, Immanuel, Die Metaphysik der Sitten (1797), in Wilhelm Weischedel (Hrsg.), *Kant Werke*, vol. 7, 1975, 309

Kinzig, Jörg, Die Maßregeln der Besserung und Sicherung, in Eric Hilgendorf, Hans Kudlich and Brian Valerius (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, vol. 3, 2021, 959

Koch, Arnd, Die Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik, *Recht und Politik* 2005, 230

Koch, Arnd, Das Ende der Todesstrafe in Deutschland, *Juristenzeitung* 2007, 719

Köcher, Renate, Diffuse Ängste, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 17.2.2016 (online: https://www.ifd-allensbach.de/fileadmin/kurzberichte_dokumentationen/FAZ_Februar016.pdf)

Kovandzic, Tomislav V., *Vieraitis, Lynne*, and *Boots, Denise Paquette*, Does the Death Penalty Save Lives?, *Criminology and Public Policy* 8 (2009), 803

Kreuzer, Arthur, Die Abschaffung der Todesstrafe in Deutschland – mit Vergleichen zur Entwicklung in den USA, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* 2006, 320

Kreuzer, Arthur, Neuere Entwicklungen und Bewertungen der Todesstrafe, in Christoph Safferling et al. (Hrsg.), *Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag*, 2017, 359

Meier, Bend-Dieter, *Strafrechtliche Sanktionen*, 2001

Reuband, Karl-Heinz, Sanktionsverlangen im Wandel: Die Einstellung zur Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland seit 1950, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 1980, 535.

Reuband, Karl-Heinz, Dynamiken der Punitivität, in Rita Haverkamp et al. (Hrsg.), *Unterwegs in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Hans-Jörg Albrecht zum 70. Geburtstag*, 2021, 725

Sachs, Michael (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 9th ed. 2021.

Schöch, Heinz, Empirische Grundlagen der Generalprävention, in Theo Vogler (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 1985, 1081

Schönke, Adolf, and *Schröder, Horst*, Strafgesetzbuch. Kommentar, 30th ed. 2019.

Statistisches Bundesamt, Rechtspflege. Strafvollzug. Demographische und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen zum Stichtag 31.3., 2022 (online: https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Strafverfolgung-Strafvollzug/strafvollzug-2100410227004.pdf?__blob=publicationFile)

Streng, Franz, Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 3rd ed. 2012.

Tettinger, Peter, Aufhebung des Art. 102 GG, Juristenzeitung 1978, 128

Weides, Peter, and *Zimmermann, Peter*, Berücksichtigung der im Ausland drohenden Nachteile für Freiheit, Leib und Leben bei der Ausübung des Ausweisungsermessens durch Ausländerbehörden, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 103 (1988), 461.

Wittreck, Fabian, Die Todesstrafe in den deutschen Landesverfassungen. Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge 49 (2001), 157

THOMAS WEIGEND

Universität zu Köln

Faculty of Law
Albertus-Magnus-Platz
50923 Köln
Germany
phone (+49)221-4703837
e-mail thomas.weigend@uni-koeln.de



CURRICULUM VITAE

Born 11 April 1949

Education

Dr. jur. habil.	University of Freiburg 1985
Dr. jur.	University of Freiburg 1977
Assessor jur.	Baden-Württemberg 1976
Master of Comp. Law	University of Chicago Law School 1973
Referendar jur.	Freiburg 1972

Professional

Professor of Criminal Law	University of Cologne (1986-2016)
Research Associate	Max-Planck-Institute for Criminal Law, Freiburg (1973-1985)

Visiting Appointments

Visiting Professor	LUISS University, Rome (2017)
Visiting Professor	China University of Political Science and Law, Beijing (2015,
2018) Visiting Professor	University of Bologna (2015)
Visiting Professor	Peking University Law School
(2012) Visiting Professor	New York University Law School
(2001) Visiting Professor	University of Tokyo (1991, 1996)
Visiting Lecturer	University of Chicago Law School (1976/77)

協同意見書

大法官	張娟芬	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「死刑犯趴臥走」，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、吳冠霆、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、宋松璟、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，狐狸請鵲鳥吃飯，結果狐狸自己飽餐一頓，而鵲鳥餓得半死，因為狐狸準備的是一碗湯，鵲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，是把人民當呆頭鵲，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，故均牴觸兩公約而違憲。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 謝婷娟，《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懇（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憊懶怠惰（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》

著作權授權書

一、授權內容

立書人 張明芬 同意授權憲法法庭將「111年度憲民字第 904052 號等聲請案說明會之書面意見」進行數位化、重製等加值流程後，登載於其網站，並透過單機、網際網路或其他公開傳輸方式，提供用戶進行檢索、瀏覽、下載、傳輸、列印等行為。

二、著作權聲明

- (一) 本授權書非專屬授權，立書人仍擁有上述授權著作之人格權及財產權，並保有對該著作自行出版及增刪之權利。
- (二) 著作人不因前述授權內容而向憲法法庭收取報酬。

立書人姓名：

張明芬

中 華 民 國 113 年 4 月 8 日

本人 張明芬 經憲法法庭裁定許可，就 111 年度憲民字第 904052 號等聲請案提出專業意見。謹依憲法訴訟法第 20 條第 3 項準用同法第 19 條第 3 項規定，就相關專業意見或資料之準備或提出，揭露相關資訊如下：

		是/否	如是，其情形
一	相關專業意見或資料之準備或提出，是否與當事人、關係人或其代理人有分工或合作關係。	否	
二	相關專業意見或資料之準備或提出，是否受當事人、關係人或其代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。	否	
三	其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。	否	

此 致

憲法法庭

陳報人：張明芬 (簽章)

2024.04.08 (日期)

