

從人權看死刑廢除與否的爭議—從我國如何因應國際人權法趨勢談起

吳志光*

壹、前言

死刑廢除與否的爭議，在我國已是一個老生常談的問題，然而以往此一問題僅有學術界或人權團體討論，或偶而成爲大法官釋憲之議題外，甚少引起一般社會大眾的關注。但自從陳水扁總統在就職演說中，宣示要以「人權立國」，並提及將致力於國際人權法典的「國內法化」，而法務部長陳定南亦於民國 90 年 5 月 17 日宣示希望在三年內完成推動廢除死刑。除一方面除有落實保障人權之意外，與國際上所公認之主流價值接軌的企圖心，亦表露無遺。更重要的是，死刑廢除與人權保障的議題，至少在形式上已喚起政府決策高層的重視。

至於死刑廢除與人權保障之關聯，無論係就宗教、法律、哲學等不同層面之觀點，國外內已有相當豐富之論述¹，本文擬就國際人權法的趨勢及我國的因應之道談起。畢竟死刑廢除議題在近年來之所以喚起政府決策高層的重視，自然與國際人權法的趨勢有密切的關聯，故首先本文將簡要介紹國際人權法如何推動廢除死刑；再者，如何因應國際人權法的趨勢，「國內法化」固爲必要的過程，惟透過憲法解釋亦可扮演「推手」的角色，這在比較法上實不乏其例，本文擬就此進一步檢討我國大法官解釋對此一問題的態度。

貳、廢除死刑—進行中之國際共識²

首先就聯合國的層次而言，1948 年的世界人權宣言第 3 條已規定生命權之保障，第 5 條亦規定不得對任何人施以酷刑、殘忍不人道或污辱之處罰，但此一宣言並未明確規定廢除死刑。1966 年的公民及政治權利國際公約第 6 條則規定

* 德國漢堡大學法學博士，輔仁大學法律系助理教授

¹ 相關資料可參見民國 90 年 6 月 24 日至 26 日，輔仁大學所舉辦之廢除死刑國際學術研討會論文集。

² 本文以下所援引之資料主要即參考自廖福特，廢除死刑—進行中之國際共識，律師雜誌第 251 期，民國 89 年 8 月，頁 27 以下。

生命權應受保障，任何人不得被恣意剝奪生命，在未廢除之國家，死刑之執行只得適用於最嚴重之犯罪，同時受死刑宣告者有權尋求赦免，第 6 條亦規定不得對十八歲以下之未成年人及孕婦執行死刑。故公民及政治權利國際公約雖未完全廢除死刑，但已進一步限制死刑執行之範圍。另外，兒童權利公約第 37 條亦規定，不得對十八歲以下之未成年人處以死刑或無假釋可能性之終生監禁，目前兒童權利公約已有 191 國簽約，故對於十八歲以下之未成年人不得處以死刑已是國際共識³。

而對於廢除死刑採取更為積極的作為，係聯合國大會於 1989 年決議增訂之公民及政治權利國際公約第二任擇議定書，其前言認為廢除死刑有助於人性尊嚴之提昇及人權之進步發展，同時確信所有廢除死刑之措施，應被認為是對生命權保障之進展。其中第 1 條即要求各簽約國不得於管轄權內執行死刑，並應盡所有必要措施於其管轄權內廢除死刑⁴。至 2002 年 2 月為止，公民及政治權利國際公約第二任擇議定書有 46 國簽約⁵，絕大多數為歐洲及中南美洲國家⁶。

至於聯合國近年來幾個處罰國際犯罪的條約，例如 1993 年通過之「前南斯拉夫國際刑事法庭規約」、1994 年通過之「盧安達國際刑事法庭規約」，以及 1998 年簽訂，2003 年起生效的「羅馬國際刑事法院規約」等，均無死刑之規定。其中特別值得重視的是「羅馬國際刑事法院規約」，由於其為第一個國際法上常設性的刑事法院⁷，且針對戰爭罪、滅絕種族罪、違反人道罪及侵略罪等國際上所公認最嚴重之犯罪，對於這些嚴重之犯罪依然不處以死刑，其他犯罪因此恐怕即無處以死刑之必要。目前「羅馬國際刑事法院規約」已得到 60 個以上國家的簽約，而預計自 2003 年起生效，自然亦可代表廢除死刑的確已是形成中的國際共識。

推動廢除死刑最力的是歐洲各國，1950 年簽訂的歐洲人權公約雖未積極要

³ 廖福特，前揭文（見註 2），頁 28。

⁴ 原則上各簽署國不得對第二任擇議定書不得提出保留，但各國在批准或加入時，得提出保留而針對戰爭期間之最嚴重犯罪處以死刑，即各國只有在批准或加入時方得提出保留，其後不得為之。

⁵ 廖福特，實踐國際人權法典之方式—批准、加入或國內法化？，律師雜誌第 272 期，民國 91 年 5 月，頁 38。

⁶ 廖福特，前揭文（見註 2），頁 28。

⁷ 其與目前的國際法院相同，均設於荷蘭海牙。在此之前所設立的國際刑事法庭（院）均係針對特定期間之戰爭罪行，例如紐倫堡及東京係針對第二次世界大戰，針對前南斯拉夫內戰的國際刑事法庭，亦設於荷蘭海牙，針對盧安達內戰的國際刑事法庭，則設於盧安達。

求廢除死刑，但 1983 年增訂之歐洲人權公約第六議定書，則要求各簽約國廢除死刑，此議定書遂成爲國際上第一份要求廢除死刑的國際條約，但有戰爭期間或受戰爭之立即威脅時得執行死刑的例外條款，但 2002 年 2 月 21 日則刪除此一例外條款，即禁止所有狀況下的死刑。目前在歐洲人權公約 43 個簽約國中，已有 39 個國家批准或加入歐洲人權公約第六議定書⁸。

最後，依據國際特赦組織於 1999 年底所爲之調查，在 196 個國家中，有 73 個已完全廢除死刑，有 13 個國家部分或於平時廢除死刑，有 23 個國家事實上廢除死刑，而有 87 個國家維持死刑。所謂完全廢除死刑，係指對任何犯罪均不得處以死刑；而部分廢除死刑，則係指一般犯罪不得處以死刑，只有在特殊情形例如軍事或戰時犯罪才可處以死刑；事實上廢除死刑則係指法律上雖然對一般犯罪維持死刑，但實際上有十年以上未曾執行死刑，或已向國際承諾不再執行死刑⁹。故世界上已有半數以上的國家已在相當範圍廢除死刑，若論廢除死刑已係逐漸形成中之國際共識，並不爲過。

參、國際人權法在我國「國內法化」之道—以援引國際法規範作爲違憲審查基準爲例

國際人權法對於廢除死刑的發展已如上述，而我國目前雖非聯合國會員國，但若要加入或批准上述關於廢除死刑的國際人權法(主要是公民及政治權利國際公約)，雖可能無國際法上的拘束力¹⁰，但仍得以自願接受條約精神之方式，加以「國內法化」。我國曾於 1967 年簽署公民及政治權利國際公約，但直到 1971 年退出聯合國爲止皆未批准。儘管我國目前批准「公民及政治權利國際公約」無法獲得聯合國的承認，但由於政府近年來已再三宣示將我國納入國際人權體系的決心，且爲了落實陳水扁總統就職演說中之宣示，2001 年 4 月 18 日行政院院會通過決議送交「公民及政治權利國際公約」之條約案送請立法院審議，但由於立法委員改選及法案屆期不連續之原則，行政院已於 2002 年 3 月 20 日再次將「公民及政治權利國際公約」之條約案請立法院審議。雖然行政院並未對「公民及政

⁸ Peter Hoogkinson，一個沒有死刑的社會—歐洲經驗談，律師雜誌第 272 期，民國 91 年 5 月，頁 96。

⁹ 廖福特，前揭文（見註 2），頁 34。

¹⁰ 關於此點，參見廖福特，前揭文（見註 5），頁 47 以下之分析。

治權利國際公約」提出任何保留，但立法院是否會於審議時提出保留，以及如何因應公約之精神，修改相關法律，毋寧是值得繼續關注的。而法務部於 2001 年底所提出之刑法總則修正案，即已參酌公民及政治權利國際公約及兒童權利公約之精神，刪除對十八歲以下未成年人得處以死刑之規定。至於我國日後是否會簽署代表全面廢除死刑精神的公民及政治權利國際公約第二任擇議定書，一如陳定南部長宣示廢除死刑一般，其實際行動，均尚待觀察。

而本文以為就國際人權法關於廢除死刑如何「國內法化」，對我國最富啟發性者，應該就是援引國際法規範作為違憲審查基準之經驗。畢竟在民意若無法在可預見的將來，對死刑存廢達成共識時，任何關於廢除死刑的國際人權法若要「國內法化」，無論是入憲或修訂法律，皆存在相當程度之困難。此時釋憲者的態度往往成為國際人權法「國內法化」的另一途徑。最明顯的例子是發生在近十幾年來民主轉型的東歐國家，例如匈牙利及阿爾巴尼亞憲法法院均曾將國際法規範作為宣告死刑違憲的基礎，俄羅斯憲法法院則援引歐洲人權公約作為檢驗刑事被告人權之重要標準¹¹，而波士尼亞—赫塞哥維那憲法法院亦曾援引國際法規範詮釋諸如生命權及「殘酷不人道之羞辱性懲罰」等觀念¹²。其多少是顯示了東歐國家希望藉由人權保障，而與歐洲主流價值接軌的企圖心¹³。另外，立陶宛憲法法院亦於 1998 年 12 月 9 日，援引歐洲人權公約第二條及公民及政治權利國際公約第

¹¹ 參見吳志光，東歐民主轉型國家憲法法院對法治國家建構之影響—兼論對我國違憲審查經驗之啟示，第三屆「憲法解釋與理論」學術研討會會議論文，民國 90 年 3 月 23、24 日，中央研究院中山人文社會科學研究所主辦，頁 8 以下。

¹² William A. Schabas, *International Law and Abolition of the Death Penalty*, 輔仁大學廢除死刑國際學術研討會，民國 90 年 6 月 24 日至 26 日，at 9.

¹³ 以死刑問題為例，俄羅斯雖尚未廢除死刑，但自 1996 年以後即未執行死刑（烏克蘭亦有類似情形），儘管超過 7 成的民意要求恢復執行死刑，但一心想恢復俄羅斯昔日光榮的俄羅斯現任總統普丁卻表示反對恢復執行死刑，以便與歐洲主流價值接軌。相關報導參見德國世界報（*Die Welt*），其網址如下：<http://www.welt.de/daten/2001/07/11/0711eu266907.htx>。（2001 年 7 月 12 日造訪）而為了與歐洲主流價值接軌，如此民意反對，政府（包括司法機關）支持之例在東歐國家可謂「俯拾即是」。阿爾巴尼亞憲法法院於 1999 年在政府及多數民意反對廢除死刑的背景下，援引歐洲人權公約，毅然宣告死刑違憲即為著例，引自 William A. Schabas 教授（國立愛爾蘭大學愛爾蘭人權中心主任）在輔仁大學廢除死刑國際學術研討會（民國 90 年 6 月 24 日至 26 日舉行），發表 *International Law and Abolition of the Death Penalty*（國際法與廢除死刑）論文時之補充說明。普遍而言，東歐國家多半係在公眾反對的聲浪下（主要是擔心犯罪率升高）廢除死刑，但並未因此發生法律與社會秩序的崩解，政治人物也未因此付出慘痛代價。

六條之精神，判決立陶宛刑法典中關於死刑之規定違憲¹⁴。值得注意的是，儘管歐洲人權公約第 2 條及公民及政治權利國際公約第 6 條規定並未要求全面廢止死刑，而具有全面廢止死刑精神的歐洲人權公約第六議定書及公民及政治權利國際公約第二任擇議定書當時亦尚未生效，惟立陶宛憲法法院仍基於與歐洲主流價值接軌的立場，將死刑規定予以宣告違憲¹⁵。

國際法規範，若以最重要的國際法規範一條約為例，在我國憲法及現行法律對其效力及地位均乏明文¹⁶。而大法官則在大法官釋字第 329 號解釋理由書首段明示：「總統依憲法之規定，行使締結條約之權；行政院長、各部會首長，須將應行提出於立法院之條約提出於行政院會議議決之；立法院有議決條約之權，憲法第 38 條、第 58 條第 2 項、第 63 條分別定有明文。依上開規定所締結之條約，其位階同於法律。」而我國學者儘管所持理由不一，但一般均肯定條約具有國內法之效力，對於條約及國內法律之關係，即何者具有優越地位時，則多數見解基於尊重條約及國際法之趨勢，條約具有優於國內法律之效力，而與何者成立先後無關，亦即採取「特別法優先於普通法」之法理¹⁷。其有力之論據，係援引維也納條約法公約第 27 條規定，除因其同意承受條約拘束時顯然違反國內法所定權限的情形外，締約國不得援引其國內法規定為理由，而不履行條約。

援引國際法作為違憲審查基準在我國之可行性，一方面既乏理論上的探討，另一方面亦乏實踐之例。究其原因，當於我國長久以來所處之國際環境有關，我國既非聯合國會員國，亦無法加入許多重要之國際公約，前述議題自然不易引入關注。但政權輪替後，陳水扁總統在就職演說中提及將致力於國際人權法典的「國內法化」，而法務部長陳定南亦於民國 90 年 5 月 17 日宣示希望在三年內完成推動廢除死刑。的確，最能顯示可否在我國援引國際法規範作為違憲審查基準的試金石，便是死刑問題。按死刑問題是第二次世界大戰之後，許多國際性人權公約

¹⁴ Christian Tomuschat, Das BVerfG im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), 2001, S.245-288 (275).

¹⁵ Tomuschat, 前揭文（見註 15），S.275.

¹⁶ 我國憲法僅於第 141 條規定：「中華民國之外交，應本獨立自主之精神，平等互惠之原則，敦睦邦交，尊重條約及聯合國憲章，以保護僑民權益，促進國際合作，提倡國際正義，確保世界和平。」其中提及「尊重條約」一語，但條約之位階性如何，則未加以界定。

¹⁷ 游啓忠，論釋字第三二九號解釋與最高法院二十三年上字第一零七四號判例暨最高法院二十三年上字第一八一三號判例之適用，判解研究彙編（三），財團法人務實法學基金會出版，民國 90 年，頁 172 以下。

的規範重點。我國大法官前後共有釋字第 194、263 及 476 號等三號解釋與死刑問題有關，由這三號適足以檢驗我國釋憲者對死刑制度的看法及國際法規範作為違憲審查基準之可行性與必要性。

其中大法官釋字第 194 號解釋，對於戡亂時期肅清煙毒條例規定販賣毒品罪法定刑為唯一死刑是否合憲的問題。僅以該唯一死刑的「立法固嚴，惟因戡亂時期，倘不徹底禁絕煙毒，勢必危害民族健康、國家安全及社會秩序。故該項規定與憲法第 23 條並無牴觸。又其規定，並不因男女、宗教、種族、階級、黨派之不同而異其適用，亦無牴觸憲法第七條之可言」，寥寥數語，一帶而過，其中也無任何不同意見提出。

而大法官釋字第 263 號解釋則提及懲治盜匪條例中，意圖勒贖而擄人者，為唯一死刑之規定，立法甚嚴，但若有情輕法重之情形，尚得依刑法第 59 條規定予以減刑，因此與憲法尚無牴觸。然而大法官似認為「唯一死刑」規定之所以不違憲，是建立在刑法第 59 條可援以減刑的基礎上。亦即唯一死刑之所以合憲，其實是因為它不是真正的唯一死刑，換言之，若法官並無減輕其刑之機會，此一唯一死刑之規定也就喪失了其所以合憲的唯一理由¹⁸。由上述推論，雖可察覺大法官面對此種典型治亂世用重典的嚴刑峻法尋求「合憲解釋」（*verfassungskonforme Auslegung*）¹⁹之道，可謂用心良苦。但或許是覺得此種是否符合罪刑相當，頗有疑慮的「唯一死刑」立法例終非法治國家常態，大法官遂亦在釋字第 263 號解釋理由書中表明：「…此項規定，不分犯罪之情況及其結果如何，概以死刑為法定刑，立法甚嚴，有導致情法失平之虞，宜在立法上兼顧人民權利及刑事政策妥為檢討。…」，只是上述「警語」雖為的論，但對照合憲解釋的結論，終究予人「為德不足」之慨！

最後就大法官釋字第 476 號解釋而言，該號解釋的重要性在於一方面係大法官以較為詳盡的論證面對死刑此一重大議題，另一方面亦為大法官首次在解釋文中指出比例原則應有之內涵一目的正當性、手段必要性及限制妥當性²⁰，並認為

¹⁸ 李念祖，理性討論死刑存廢的空間何在？—從大法官解釋死刑合憲與否的司法態度談起，律師雜誌，第 251 期，民國 89 年 8 月，頁 4、5。

¹⁹ 關於合憲解釋原則之介紹，參見蘇永欽，合憲法律解釋原則—從功能法上考量其運作界限與效力問題，合憲性控制的理論與實際，民國 86 年，頁 77 以下。

²⁰ 比例原則的三項子原則，我國學界援引德國學說，一般稱為適當性原則、必要性原則及狹義的比例原則。大法官在此雖使用不同的名詞，但內涵應無差異，只是在此號解釋中，並無法就其解釋內容完整瞭解大法官是如何具體「操作」比例原則的「涵攝過程」。

刑法之罪刑只要符合比例原則，即不違憲。比例原則係作為檢討立法目的是否妥當、手段是否過當，用以拘束立法者「合憲立法」的重要手段。但令人感到十分遺憾的是，大法官在該號解釋中，並未充分論證毒品危害防制條例販賣毒品罪處死刑或無期徒刑如此「重刑」—尤其是涉及對人民生命權之保障—，是如何的符合比例原則，故「罪」與「刑」相當而不違憲。蓋縱觀解釋文及理由書，大法官只說明了處罰之目的正當性何在²¹，但其論證多少是建立在道德情緒的說服上，且未認真嚴肅地探究死刑之刑罰目的何在²²。至於手段必要性及限制妥當性這兩點則「語焉不詳」²³，實難令人折服²⁴。

我國憲法雖未明文保障生命權，但絕非表示國家無需保障人民之生命權，此種與生俱來之權利，應為現代文明法治國家之基本共識，係屬於無待明文之不成文「基本權利」，先於國家而存在，不待規定即已存在²⁵。而大法官在釋字第 476 號解釋中，將剝奪生命權之死刑與生存權之保障相提並論，似無法突顯生命權的基本價值所在，故不乏學者對此提出相當質疑者²⁶。但無論生命權在我國憲法保障人民基本權利的體系中定位何在，其具有不可恢復、無可替代，以及一旦被剝

²¹ 關於此點，大法官特別強調肅清煙毒就我國的歷史淵源、文化背景、社會現況予以觀察，尚無違於國民之期待，且與國民法的感情亦相契合，自難謂其非屬正當。大法官在解釋理由書第二段並以「煙毒之遺害我國，計自清末以迄民國，垂百餘年」為楔子，說明毒品之危害如何如何。

²² 另外值得注意的是，在大法官釋字第 194 號、第 263 號及第 476 號等解釋中，皆無任何一位大法官提出不同意見書或協同意見書，對於死刑問題的立法政策態度頗為一致，似與多數民意對此一問題的看法遙相呼應！關於死刑存廢的民意調查分析，參見謝邦昌，死刑存廢調查分析，輔仁大學廢除死刑國際學術研討會會議論文，民國 90 年 6 月 24 日至 26 日舉行，輔仁大學法律系暨若望保祿二世和平對話研究中心主辦。

²³ 誠如李念祖教授所言，關於為何使用死刑處罰販毒，該號解釋其實只有一句話：「製造、運輸、販賣煙毒之行為，除具備前述高度不法內涵外，更具有暴利之特質，利之所在，不免群趨僥倖，倘僅藉由長期自由刑之措置，而欲達成肅清防制之目的，非但成效難期，要亦有悖於公平與正義。」然而言下之意，似乎尚在質疑立法者為何未以唯一死刑相繩。至於死刑嚇阻作用的大小？公平正義是否等同於應報主義？應報主義的正當性何在？有無衡量應報分量多寡的客觀標準？似均非所計。參見李念祖，前揭文（見註 19），頁 6。

²⁴ 更進一步之批評，參見本號解釋聲請者陳志祥法官所撰文章，評大法官第四七六號解釋，律師雜誌第 251 期，民國 89 年 8 月，頁 43 以下。

²⁵ 李震山，論憲法未列舉之自由權利之保障—司法院大法官相關解釋之評析，第三屆「憲法解釋之理論與實務」學術研討會會議論文，民國 90 年 3 月 23、24 日，中央研究院中山人文社會科學研究所主辦，頁 12。

²⁶ 李震山，前揭文（見註 26），頁 12。

奪，其他基本權利即無所附麗之特質，卻是無庸置疑的。以死刑制度如此重大問題，如前所述大法官三號解釋，均肯定死刑制度之合憲性，但並未提出有說服力之論述探究唯一死刑制度之合憲性或「罪刑相當性」（比例原則）等問題，遑論援引國際法規範。

然而我國現行死刑制度與國際法規範之間存在著不小的落差，其主要在於²⁷：依據「公民及政治權利國際公約」第 6 條第 2 款規定，在未廢除死刑的國家，判處死刑只能是作為對最嚴重罪行之懲罰。而所謂「最嚴重罪行」，依據聯合國「經濟及社會理事會」在 1984 年之決議（並經聯合國大會之認可），認為其範圍「不應超出導致死亡或其他特別嚴重結果之故意犯罪」。至於聯合國人權委員會則進一步認為將政治犯、沒有遭致死亡結果之犯罪、貪污罪、經濟犯罪、暴力搶奪犯罪、叛亂罪及間諜罪等處以死刑，違反「公民及政治權利國際公約」第 6 條第 2 款規定；再有，聯合國人權委員會亦認為「將死刑擴張至所有與販毒有關之行爲，包括買賣及吸食毒品，係一過度之考量」。我國目前之死刑規定²⁸，其中大部分並不符合前述「最嚴重罪行」之界定範圍，亦即並非以侵害生命權的犯罪為限。

值得注意的是，大法官會議解釋過去亦曾在釋憲時援引國際法規範的人權標準，並非只著重於國內法及比較法制上的論述²⁹。然而就死刑問題而言，大法官即有許多值得努力的空間，例如參考聯合國人權委員會前述對於「公民及政治權利國際公約」中關於死刑條款之意見，或是歐洲人權法院之相關裁判。縱令在立法院批准「公民及政治權利國際公約」之前，我國亦非完全不負公約之責任，蓋維也納條約法公約第 18 條規定：「一國負有義務不得採取任何足以妨礙條約目的及宗旨之行動：（甲）如該國已簽署條約或已交換構成條約之文書而須經批准、接受或贊同，但尚未明白表示不欲成為條約當事國之意思……」，故我國仍應在立法方面儘可能符合「公民及政治權利國際公約」之精神。

準此而言，以大法官歷年解釋觀之，其中不乏引用美國、德國及日本等國之釋憲成果及學說詮釋，作為其釋憲的依據。國際法規範自亦可列入考慮，尤其是

²⁷ 廖福特，填補落差：死刑、台灣、國際，輔仁大學廢除死刑國際學術研討會會議論文，民國 90 年 6 月 24 日至 26 日舉行，輔仁大學法律系暨若望保祿二世和平對話研究中心主辦，頁 2 以下。

²⁸ 隨著陸海空軍刑法於民國 90 年 9 月 28 日修正公布，我國目前死刑數目已大量減少

²⁹ 參見大法官釋字第 392 號理由書，其中援引了歐洲人權法院對歐洲人權公約第 5 條第 3 項解釋之裁判意見，以作為說明檢察官是否擁有羈押權之佐證。

一旦「公民及政治權利國際公約」經我國立法院批准生效，其自然成爲解釋我國死刑規定合憲性問題的重要參考及依據³⁰。特別是針對唯一死刑，以及諸多並未侵害生命權之死刑規定所引發是否符合罪刑相當性原則（比例原則）等問題，在具體詮釋憲法人民生命權保障範圍³¹，及其時代意義時³²，均應援引國際法規範作爲重要的釋憲基準。

肆、死刑問題與司法程序一代結論

最高法院日前檢討不合時宜判例，變更了兩則有關訴訟程序違法的判例見解。其中一則涉及綁架撕票案被告張志文，在無律師強制辯護的情形下，被判死刑定讞，而在民國 90 年 4 月經法務部長令准執行死刑後，檢察總長主動「槍下留人」提出非常上訴救濟的首宗案例，此種程序上的重大瑕疵，固可提起非常上訴。但引人注目，卻也令常人難以理解的是，這兩項遭變更之前，已爲司法界遵循數十年的判例同時又說，無律師強制辯護或未依法傳喚即判處被告有罪，此種程序違背法令的情形，雖然可以提起非常上訴，最高法院固然要做成裁判糾正其程序上的錯誤，但是不能發回更審，至此非常上訴實不知其功能何在。而此次最高法院爲張志文案變更判例後，對於此類訴訟程序違背法令的基本態度改變了，從不發回更審爲原則，轉變爲以發回更審救濟爲原則。不但還原非常上訴救濟人權的制度本色，且係憲法第 8 條的正當法律程序及第 16 條的人民訴訟權保障，在刑事訴訟上的具體實現。

³⁰ 廖福特，前揭文（見註 24），頁 10。

³¹ 對於憲法所保障之各種基本權利，我國傳統上無論是憲法學理，或憲法解釋實務，均乏明確建構其保障範圍（Schutzbereich），然而近年來，憲法學界受到繼受德國憲法基本權解釋教義學的影響，亦注意到此一問題之重要性。吳庚大法官亦於大法官釋字第 368 號解釋協同意見書及釋字第 404 號解釋不同意見書中指出，大法官會議受理具體案件，對相關之基本權利建構明確之保障範圍，乃釋憲機關責無旁貸之責任，俾彌補憲法第二章第九條以次關於人民權利各條規定，過份化約之不足。

³² 誠如大法官在釋字第 392 號解釋理由書中所言：「依據抽象憲法條文對於現所存在之狀況而爲法的抉擇，當不能排除時代演進而隨之有所變遷之適用上問題」，顯然是不肯拘泥於歷史解釋法的一種態度。死刑問題在我國雖有長久之歷史背景，至今民意反應（如應報觀念、治亂世用重典等），仍可感受到其遺緒，但亦不可忽略死刑制度涉及少數人權之保障與國家整體刑事政策之合理性，釋憲者對此究應採取何種立場，能不慎乎？！

然而張志文案真正值得令人正視的是，剝奪生命權是何等嚴重，怎能容許此等程序上的重大瑕疵存在。但從尚在再審中的蘇建和案、已被執行死刑的盧正案、以及隨時有可能執行死刑的徐自強案觀之，死刑案件審判中的程序瑕疵絕非個案。而監察院日前公布一份「全國一、二審法院刑案審判品質」調查報告，發現有近半數判決定讞案件，訴訟程序有瑕疵，其中，強制辯護機制效能不彰，最為常見，也最影響人民的訴訟受益權。司法裁判品質如此，無怪乎人權團體會亟力鼓吹暫停死刑的執行。

當然避免司法誤判的可能性是推動廢除死刑運動的有力論據，但並非唯一的論據。而死刑存廢與否的論辯，正可以檢視一個社會如何重新思考生命的基本價值及刑罰的意義何在。法務部長陳定南在就職一周年記者會，公開宣示將全力推動廢除死刑的刑事政策。希望在三年內，也就是在民國 93 年 5 月 20 日前完成。然而面對反對廢除死刑的廣大民意及立法院，法務部的政策作為何在，實令人關注。儘管立法院已先後修改或廢止規定許多唯一死刑規定的陸海空軍刑法及懲治盜匪條例，但廢除死刑工作千頭萬緒，配套措施亦不可少，而如何說服民眾可以嘗試「生活在一個沒有死刑的社會」，在在皆係高難度的工作。我們如果無法期待一種由上而下式的廢除死刑方式，例如透過大法官釋憲或加入相關國際公約而產生的條約義務，只有回歸到民主程序的本質，在思辯的對話中，嘗試將今日的少數變為明日的多數。這自然是長期性的工作，非短短三年所能立竿見影³³。

然而張志文案，乃至於其他具有爭議性的死刑案件所帶來的啟示是，廢除死刑儘管是長期的目標，但死刑案件的慎重審理，乃至於仿效一些因死刑存廢正在辯論而暫時停止執行死刑的國家（例如俄羅斯），卻是目前可以努力的。喬周出版的「雖然他們是無辜的」及「正義的陰影」兩本書，談的幾乎都是具有爭議性甚或誤判的死刑案例，前者發生在美國，後者發生在台灣，閱後常令人為之動容。美國刑事訴訟制度不可謂不嚴謹，但匪夷所思的誤判死刑案例仍層出不窮，台灣近年來的刑事訴訟制度以美國為藍本，推動「改良式的當事人進行主義」，或能減少誤判，但可否杜絕，恐難以期待。面對剝奪生命如此嚴肅的問題，我們與其寄望每位法官皆能發揮「求其生而不得，則死者與我皆無恨也」之精神，不如暫時停止執行死刑，讓社會能夠慎重的思考下列議題：諸如死刑的意義與價值何在、人權立國的理念與死刑存在可否相容、同樣是東方儒家文化影響下的香港，

³³ 或許是有鑑於此，行政院所提出之「人權基本法」草案，即完全未涉及死刑存廢之議題。

因殖民所導致的廢除死刑，為何能與傳統應報觀念並存等，在在皆有助於社會大眾在面對國際間廢除死刑的趨勢時，重新思考自己的價值觀，而不要陷入傳統只要存在的就是合理的窠臼。法務部既有志推動廢除死刑，在政策宣示之餘，亦應有劍及履及之作爲，廢除死刑雖無法一蹴可及，但修法暫時停止執行死刑當值得義無反顧也。