

憲法法庭 113 年憲判字第 8 號判決部分不同意見書

呂太郎大法官提出

朱富美大法官加入

法律是社會運作的規則，非想像用的圖騰
是來自社會經驗的淬練，非書房內的描繪

壹、本席基本立場

本判決認為，死刑制度存廢，應由國會立法決定，並不當然違憲；死刑僅得適用於個案以直接故意、概括故意或擇一故意殺人既遂的最嚴重犯罪；偵查中及第三審均應有辯護人為其辯護；死刑科刑應經合議庭職業法官一致決以及第三審亦應經言詞辯論等，本席均敬表贊同。但就本判決認為審判中有精神障礙者，不得科處死刑，以及合議庭法官一致決與第三審亦應經言詞辯論，均溯及適用，因而將確定終局判決廢棄發回部分，則難贊同，爰就此部分提出不同意見書。

貳、不同意見（主文第八項、第十二項至第十四項對精神障礙者審判及廢棄發回部分）

一、以審判中被告精神障礙，作為科刑要件，顛覆罪責原則，可能讓被告承受如洗三溫暖的裁判結果，法院疲於奔命，裁判輕重失衡的不公平（主文第八項）

本判決多數意見，認為：「關於主文第一項案件，法院對於審判時有精神障礙或其他心智缺陷，致訴訟上自我辯護能力明顯不足之被告，不得科處死刑。」其理由謂：「於行為時不符合系爭規定八所定要件之刑事被告，如經臨床診斷並鑑定為有精神障礙或其他心智缺陷情形，即使

在表面上看似仍能理解訴訟行為之意義，並能於審判時回答問題，然其理解、整合及處理資訊、理解他人反應並與之有效溝通、從錯誤及經驗中學習改進等邏輯推理、理性思考及判斷能力，如已明顯減低而不如一般人，自難以期待此等被告能完整理解死刑之課責意涵及刑事訴訟實際運作對其等之影響，更遑論能為其自己有效辯護。又此等被告中亦有欠缺病識感，甚或因故意或過失而有不正確之供述，致增加審判結果出現錯誤冤抑之風險。於此情形，對此等被告所進行刑事程序之整體公正性及可信賴度，亦難免有所減損。法院如對之科處死刑，甚至可能會構成憲法所不容許之酷刑。」（本判決理由第 123 段參照）然而：

（一）本判決顛覆了刑罰罪責原則

按刑罰的基礎，是基於某人做了某犯罪行為，不是某人是什麼人。對「犯罪行為」應如何評價？應以行為人就其行為應負的責任為基礎，此即罪責原則，為刑罰最基礎的原則。有關影響行為人對於其行為應否負刑事責任的精神狀態，應以行為時的精神狀態為準，例如行為是否出於故意或過失？是否因年齡而減輕？是否有精神障礙？是否為瘡啞人？均以「行為時」為準（刑法第 12 條第 1 項、第 18 條至第 20 條規定參照）。如何量刑？原則上也必須依照「行為時」的各種狀態綜合判斷之（刑法第 57 條第 1 款至第 9 款規定參照），至於在行為後所審酌的因素，僅為犯罪後的態度一項（同條第 10 款規定參照），而且也只是量刑因素之一。本判決却以審判中的精神狀態，作為是否得判處死刑的關鍵因素，完全顛覆作為刑罰基礎的罪責原則。

（二）可能如洗三溫暖的被告，以及疲於奔命的法官

本判決認為：「如被告經鑑定後確認有精神障礙或其

他心智缺陷之情形，致其在訴訟上進行有效自我辯護之能力明顯不足，例如被告明顯欠缺為自己辯護、與其辯護人商議訴訟策略或相關溝通討論之能力者，如法院認被告不符刑事訴訟法（下稱刑訴法）第 294 條所定停止審判之要件而仍繼續審判，於個案量刑時，就此等被告亦不應科處死刑。」（本判決理由第 124 段參照）。依此，本判決認為主文第八項的適用，必須：1.不符刑訴法第 294 條所定停止審判之要件。2.在程序中必須被告經鑑定後確認審判中有效自我辯護之能力明顯不足。然而，不符刑訴法第 294 條第 1 項所定停止審判之要件，可見其精神障礙程度，較刑訴法第 294 條第 1 項所定「不解訴訟行為意義或欠缺依其理解而為訴訟行為之能力」為輕，此一病情，時好時壞的可能性高。因被告所涉者，為應否科處死刑的案件，通常極為複雜，且法院就犯罪行為內容如何及應如何量刑，都會進行極周詳的調查與確認，訴訟時程通常較其他案件為長。故於審判過程（包含發回等），被告病情可能發生變化的機率，自不可忽視。依本判決主文第八項意旨，於每一審判法院（包含第三審法院）裁判前，均必須「經鑑定以確定」在該法院「審判中」被告的病情如何，無法援用其他法院已作成的鑑定結果，若其他法院已作成不利於被告的鑑定，其辯護人也勢必會主張被告「目前」可能已有精神障礙，而要求目前審判的法院再次送請鑑定，以確認被告在「審判中」有無精神障礙。此與刑法第 19 條第 1 項或第 2 項規定的精神障礙，都是指「行為時」有無障礙，法院不論何時審判，所應鑑定的對象事實都同一個，就是被告於「行為時」的精神狀態，因此，除非鑑定所蒐集的資料或判斷有爭議，否則即無重新鑑定的必要，截然不同。

如此，要求每一法院都必須就其審判「當時」被告有無輕於刑訴法第 294 條第 1 項所定之精神障礙，進行鑑定，將使法院與被告均疲於奔命。同時，被告精神障礙的病情，也可能因為長期的訴訟程序而有所變化，可能第一審時經鑑定未達到辯護能力明顯不足的精神障礙，因而判處死刑，上訴第二審後，經第二審鑑定被告雖未達到刑訴法第 294 條第 1 項所定的精神障礙程度，但已達到「辯護能力明顯不足」的程度，因而依本判決主文第八項改判無期徒刑，至第三審，可能因鑑定結果，被告精神障礙又好轉，未達辯護能力明顯不足的程度，無本判決主文第八項的適用，而將原判決撤銷，也可能第三審送請鑑定結果，被告精神障礙病情加重，達到刑訴法第 294 條第 1 項所定之精神障礙程度，而停止審判。這樣因精神障礙可能的變化，所引起必須重複鑑定的困境，已難令人消受，何況在同一審判程序，因檢察官或被告對於鑑定結果有所爭執，而必須再行鑑定的情形，亦必多有，情況可能更難想像¹。此等訴訟歷程中被告精神障礙程度的變化，不但使法院疲於奔命，被告也可能面臨三溫暖的裁判結果，這豈是國家司法審判應有的現象？

（三）實體法與程序法衝突而失衡

如前述，依本判決主文第八項及刑法第 19 條第 1 項及第 2 項規定，可知影響被告科刑的精神障礙，包含：1.不能

¹ 以聲請人十三據以聲請憲法解釋的確定終局判決（最高法院 100 年度台上字第 6514 號刑事判決）的記載為例，僅為鑑定聲請人於「行為時」有無刑法第 19 條第 2 項的精神狀態，即有博愛醫院就醫診療紀錄、基隆長庚醫院鑑定意見、行政院國軍退除役官兵輔導委員會台北榮民總醫院鑑定意見（2 次）、台灣大學醫學院附設醫院鑑定意見（2 次），共 6 種醫療專業意見，供法官審判參考。遑論以每一次「審判中」的精神障礙，作為鑑定對象。

辨識行為違法。2.辨識違法能力顯著降低。3.自我辯護能力明顯不足。此處所謂辨識能力，基本上是行為人認知事務的能力，辯護能力則為「趨吉避凶」的能力，是認知後進一步採取最有利自己措施的能力。可知有辯護能力，必須以對事務有充分完整的認知能力為前提，才能在此事務中作最有利於己的選擇及陳述。以刑事案件的辯護能力而言，必須充分理解刑法及刑事訴訟法相關規定及實務見解，才能有充分理解所呈現的訴訟資料，何者對其有利，何者不利？並進而為有利的陳述，此一能力，即使是無精神障礙的一般人民，也未必具備，因此法律才有辯護人之設，何況是有精神障礙的人？因此，有精神障礙之人，縱使未達到刑法第 19 條第 2 項辨識行為違法的能力顯著降低的程度，不能依該條規定，免受死刑科處，但通常可以推知會有自我辯護能力明顯不足的情形，而得依本判決主文第八項意旨免受死刑的科處。造成實體法規定（刑法第 19 條第 2 項）與程序法規定（本判決主文第八項）的衝突。

再者，被告若於行為時，無任何精神障礙，於審判中有刑訴法第 294 條第 1 項所定之精神障礙者，應停止審判，於回復後應繼續進行審判，可能因此受死刑的宣告。但若於審判中僅達到本判決主文第八項的精神障礙，未達到刑訴法第 294 條第 1 項所定之精神障礙程度，即不必受死刑的宣告。如此的結果，精神障礙程度嚴重達到第 294 條第 1 項所定之程度者，日後回復審判程序後，可能仍受死刑宣告，但未達到此程度者，因無停止審判的問題，也無將來精神狀態回復後，可能受死刑宣告問題，其輕重失衡與不公平，莫此為甚。

二、刑事訴訟程序以不溯及既往為原則（主文第十二項及第十三項）

（一）訴訟程序從新原則

刑事訴訟是透過法庭程序，針對被告是否在過去曾為某犯罪行為的事實，以及應受何種刑罰的法律效果，進行確認的過程。基於案件的源源不斷，但國家司法資源有限，故必須將有限的司法資源作最合理分配及有效率的使用，同時為確保國家刑罰權得以合法正當實現、保障被告應有程序權，並避免被告受長期訟累與精神折磨，故對於證據如何蒐集、訴訟程序如何進行，均須有完整的配套，環環相扣，才能兼籌並顧各項利益。程序的開啟，就像駛出站的火車，沿著軌道往前邁進，不走回頭路，一直到終點。若在訴訟終結前，有關資料蒐集、判斷程序有所修正，新程序即成為到達終點所必須的程序，因此原則上必須依據新的程序進行後續訴訟活動，但已進行的程序效力，不受影響。正如雖有新軌道，但目的地相同的情況下，當然應沿新軌道行駛，但不必回頭重走一樣。此為所有訴訟程序的基本原則，刑事訴訟也不例外，除了因訴訟程序不完備，若依原訴訟程序所為的裁判，可能違反正義，不得不將更符合正義的修正後新程序溯及適用於已終結的案件（例如本判決主文第一項，關於科處死刑要件的犯罪情節最嚴重者、第四項關於辯護依賴權及第十一項關於唯一死刑的規定）外，已依原訴訟程序進行的訴訟行為效力，不受影響，新訴訟程序僅適用於法律修正以後的後續程序（刑事訴訟法施行法第 2 條、第 7 條之 3、第 7 條之 9 第 2 項、第 7 條之 10 第 2 項、第 7 條之 13 第 7 條之 14 規定參照）。本判決一再肯認此一原則，並諭知本判決宣示

前已完成的調查、偵查程序、歷審判決效力不受影響（本判決主文第三項及第六項參照），也是基於同一法理。

（二）言詞審理或書面審理，只是審理模式的選擇

按訴訟程序應如何進行，並無固定的模式，各國總依其國情不同及社會需要，選擇最適當的模式，並因應情事改變而修正。其中書面審理或言詞審理，也是選擇模式之一，書面審理主義，當事人的意見是以書面記載方式呈現，此方式有助於確定並穩定訴訟對象，以及進行複雜、專業、鉅細靡遺的論述或引證，但無法直接面對面溝通、討論；言詞審理主義，當事人的意見是以言詞提出者為準，能夠提綱挈領、凸顯爭點，並即時進行討論，可彰顯公開審判的精神，但無法全面鉅細靡遺的論述。二者，各有優劣，各國也針對不同訴訟程序為不同選擇。我國的訴訟制度，第三審為法律審，法院審查的對象是下級法院適用法令有無錯誤或不當，不包含單純認定事實的部分，而當事人在訴訟中所為法律上主張，並不拘束法院。因此，不論是採書面審理或言詞審理，當事人所陳述的法律意見，均僅供法院參考而已，只是言詞辯論可使當事人及辯護人直接面對法院，並直接與檢察官進行辯論，讓爭點更加凸顯，非謂以言詞辯論，作為第三審法院更正確適用法律的制度性擔保。鑑於死刑的科處，為攸關生死的大事，因此，憲法法庭要求立法者，應立法強制科處死刑的判決，必須經言詞辯論，固可贊同，但對於已依原有訴訟程序完成判決的效力，仍應尊重，不受影響（本判決主文第五項參照）。對於本件聲請人而言，原確定終局判決法院究竟採言詞辯論，或僅以書面審理，僅為審理模式選擇的不同，對於裁判基礎資料的蒐集、本件聲請人（被告）充

分陳述意見的訴訟權保障，以及適用法律的正確性，均無必然性或根本性的影響。難僅因其為本件聲請人，即以審理模式的不同選擇，溯及推翻確定終局判決的效力。

（三）死刑量刑的評議方式，應依評議時有效的法律

按法院應如何進行量刑評議，立法者有其形成的自由，已如前述，法院一旦依法律所規定的要件評議完成，並宣示該裁判，即發生裁判的效力，案件並因此脫離該審判法院。縱使評議的規則嗣又變更，對於已完成的裁判效力，也不受任何影響，此為維持裁判最終判斷權威性所必要的設計，即使是死刑的量處，也是如此（本判決主文第六項參照）。本判決將性質上仍屬立法形成事項的死刑量刑一致決，賦予憲法位階，並溯及適用於本件聲請人，實非妥適。

三、取代法院自行認定事實，進而依此事實，給予憲法救濟（主文第十四項）

本判決主文第十四項謂：「聲請人十二據以聲請之最高法院 99 年度台上字第 5659 號刑事判決、聲請人十三據以聲請之最高法院 100 年度台上字第 6514 號刑事判決及聲請人十四據以聲請之最高法院 102 年度台上字第 2392 號刑事判決，其裁判上所適用之法規範不符主文第八項之意旨。」然而，前開最高法院三件判決，均在 111 年 1 月 4 日憲法訴訟法（下稱憲訴法）施行前作成並送達，依同法第 92 條第 1 項規定，不得聲請裁判憲法審查，僅得依司法院大法官審理案件法規定，聲請解釋憲法。依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：二、人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於

確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。」因此，得作為審查的對象，僅限於確定終局裁判所適用之法律或命令。至於確定終局判決所未適用的法令，或確定終局判決所為事實認定，均不在審查範圍內。

本件聲請人十二至十四，據以聲請解釋憲法的確定終局判決，分別為最高法院 99 年度台上字第 5659 號、100 年度台上字第 6514 號及 102 年度台上字第 2392 號刑事判決，此三件判決僅在判決中認定上開聲請人於「行為時」並無刑法第 19 條第 2 項所定的精神障礙，因此未適用刑法第 19 條第 2 項，縱聲請人實際上有刑法第 19 條第 2 項所定的精神障礙，也只是該確定終局判決所認定的事實有誤，仍然只是確定終局判決認定事實錯誤的問題，而非判決違背憲法的問題。再者，上開三件確定終局判決所依據的事實，是聲請人於「行為時」，並無刑法第 19 條第 2 項的精神障礙，最高法院並未認定於「審判時」，有辯護能力明顯不足的精神障礙的事實。因此，也無法依本判決主文第八項意旨，審查最高法院上開三件確定終局判決是否違憲。然而，本判決竟「取代」最高法院自為「事實」認定，認為聲請人十二至十四在最高法院「審判時」，有辯護能力明顯不足的精神障礙的事實，並據此依本判決主文第八項意旨，賦予聲請人得依非常上訴程序救濟，已完全逸脫憲法法庭得審理的範圍，殊難贊同。