

因為和解，所以共生

——淺介南非憲法法院廢除死刑之判決

黃丞儀*

走過種族隔離的年代，南非在一九九五年二月十四日依據臨時憲法成立了憲法法院。隔天，新誕生的憲法法院審理的第一宗案件就是「死刑是否違憲」。事實上，南非政府從一九八九年開始就停止執行死刑。截至憲法法院審理日為止，已經累積三百多人被判死刑而未獲執行。一九九二年三月，南非法務部發布一份聲明，表示死刑的執行充滿重大爭議，因此「政府希望有關死刑的合憲性問題可望在未來迅速地解決」。但是，在一九九三年臨時憲法（interim Constitution）的協商過程中，究竟是否要像德國一樣在憲法中直接廢除死刑，沒有明確的結論。最後，憲法條文對此留白，將問題留給憲法法院來解決。

從憲法法院正式運作開始，一連三日，十一名大法官聽取了雙方激烈的辯論。四個月後，六月六日憲法法院作成重要判決 *State v. Makwanyane & Another*（以下簡稱 *Makwanyane*），宣告死刑違憲。¹這份判決由首席大法官 Arthur Chaskalson 主筆，其餘十

名大法官也全都提出協同意見書，全部合計二百餘頁。根據 Witwatersrand 地區檢察長提出的民調資料，當時全國人口中的百分之六十三支持死刑，即便是在主張廢除死刑的執政黨「非洲民族議會」（African National Congress）的支持者中，也有百分之五十五支持死刑。²因此，憲法法院如何在民主化之後的南非憲法規範架構下論證死刑違憲，成為眾所矚目的焦點。

這份判決有幾個特點：第一，他花了非常長的篇幅在進行比較法分析，廣泛地比較了各國及國際人權法院有關死刑的判決，包括了美國（除了聯邦最高法院外，還包括麻塞諸賽州、加州及伊利諾州的最高法院）、加拿大、德國、匈牙利、印度、聯合國人權委員會（Human Rights Committee of the United Nations）、歐洲人權法院（European Court of Human Rights）。不過，南非憲法法院指出，這些比較法的分析只是作為本國憲法分析的工作草稿（travaux préparatoires）而已，最終還是要回到南非憲法本身來進行解釋。由

* 本文作者係中央研究院法律學研究所助研究員、芝加哥大學法學博士

註1：1995 (3) SA 391 (CC).

註2：Ursula Bentele, *Back to an International Perspective on the Death Penalty as a Cruel Punishment: The Example of South Africa*, 73 TUL. L. REV. 251, 271 (1998).

此可知，一個新興民主國家的憲法法院，在嘗試建立自己的憲法解釋時，很難避免參考比較法和國際法，但最重要的還是要回到本身的憲法脈絡進行論理。第二，Chaskalson大法官在這份判決中非常明確地指出公眾意見（public opinion）並非解釋憲法時應該要考量的，否則就不需要憲法法院了。而且他也不認為公投可以解決死刑存廢與否的問題。第三，這份判決將死刑的合憲性檢驗區分為二個階段，首先討論死刑是否構成南非憲法第十一條第二項所稱的「禁止殘酷、非人道或貶低人性的處遇或刑罰」，進而違反第九條「生命權」（right to life）和第十條「人性尊嚴」（right to respect for and protection of dignity）的保障；其次再分析死刑對於基本人權造成的影響，可否通過南非憲法第三十三條第一項有關權利限制的證立門檻，亦即死刑作為一種酷刑是否仍為憲法所允許的基本權利限制。經過詳細的推論及演繹，南非憲法法院認為第十一條第二項禁止酷刑和非人道刑罰的核心意義在於尊重生命和維持人性尊嚴，「這不可能透過將殺人犯物化，然後處死他們，以儆效尤，期待其他人被死刑所嚇阻而達成」。³而且死刑的種種制度目的都無法滿足憲法第三十三條第一項的比例性要求，因此其對基本權利造成的限制無法被證成，因此死刑應屬違憲。以下將針對此一判決成立的背景及其論理內容進行扼要的介紹。

壹、從黑白隔離到七彩國度

南非的歷史就像它境內的種族一樣多元複雜。從十七世紀荷蘭殖民時期開始，死刑就已經成為南非的刑罰制度。到了波爾戰爭（Boer War, 1880-1902）後，英國人取得全面控制，死刑的適用範圍逐漸減縮到殺人罪而已。⁴但是，一九四八年南非國民黨（National Party）取得政權後，死刑的適用範圍開始變寬，包括加重搶劫（aggravated robbery）、竊盜（burglary）、綁架（kidnapping）等罪都可以處以死刑。而當南非國民黨開始逐步推動種族隔離制度（apartheid）時，死刑更被大量擴張到各種政治性案件，例如「取得或傳播共產主義資訊」、「接受外國政府或機構資助而以暴力手段進行社會經濟改革之宣傳」，都可判處死刑。在長達三十多年的「種族隔離」體制下，國民黨政府肆無忌憚地用死刑來對付政治異議份子。最明顯的例子就是一九八三年在著名的黑人抗暴事件Soweto七週年紀念日處死了三名非洲民族議會的異議份子，藉此提醒民眾不要忘記國家手上握有權力，可以將反對人士一一絞死。⁵

南非國民黨透過嚴刑峻罰鞏固的種族隔離統治，在一九八〇年代引發了激烈的社會衝突，更進一步導致國民黨數度發布緊急命令，賦予警察廣泛的羈押、逮捕權力，甚至可以逕行命令媒體不得報導任何與緊急命令有關的新聞。

註3：1995 (3) SA 391 (CC) para 144.

註4：Peter Norbert Bouckaert, *Shutting Down the Death Factory: The Abolition of Capital Punishment in South Africa*, 32 STAN. J. INT'L L. 287, 288 (1996).

註5：Nathan V. Holt, Jr., Note, *Human Rights and Capital Punishment: The Case of South Africa*, 30 VA. J. INT'L L. 273, 303 (1989).

大規模街頭抗議行動不時出現，尤其是針對死刑的濫用。國際社會的關注也越來越強烈，英美大學校園裡經常出現靜坐示威，要求校方不要對南非進行投資，避免向南非採購物資，希望透過經濟制裁，迫使國民黨終結一黨專政和高壓統治。最後，在強大的國內外壓力下，南非政府在一九八八年的Sharperville Six案件，將原先判處死刑的六名黑人，改判十八到二十五年的有期徒刑。⁶

同時，根據當時的統計調查，是否判處死刑通常會因法官而異，因此死刑的公平性也深受質疑。而種族正是造成死刑差異的重大原因之一：僅一九八八年一年內，在黑人殺死白人的案件中，百分之四十七的黑人被處以死刑；但在白人殺死黑人的案件中，沒有任何白人被處以死刑。⁷從一九一〇年到一九七五年為止，在殺人罪中，黑人被執行死刑的比例是白人的二十七倍。

鑑於國內衝突激增、國際壓力增強、死刑的公正性遭受質疑，從一九八九年開始，南非政府就停止死刑的執行。隔年在戴克拉克總統的主導下，南非的種族隔離制度開始鬆綁，非洲民族議會的領袖曼德拉從漫長的政治牢獄中被釋放出來，南非終於步上民主化的道路。執政的國民黨和長期反政府的非洲民族議會在歷經

長時間的對立衝突後，首度推派人選展開政治談判，希望可以超越這個國家過去四十年來累積的種種仇恨與報復。一九九四年舉行第一次不分種族的總統直選，曼德拉獲選為總統。

然而，要超越四十年來累積的黑暗歷史，談何容易，不是單靠選出一個新的總統就可以達成。一九九三年通過的〈臨時憲法〉最後一章名為「國家團結與和解」（National Unity and Reconciliation），其中就宣示了「這部憲法提供了一座歷史的橋樑，連結一個嚴重分裂社會的過去—充滿紛爭、衝突與難以言喻的痛苦及不義，和它的未來—建立在所有南非人民不分膚色、種族、階級、信仰與性別所共享的人權、民主、和平共處及發展機會之上。」⁸當時南非相當重要的法學家Etienne Muriénik曾精闢地指出這部憲法提供的橋樑是要讓南非遠離「權威的文化」（a culture of authority），邁向「論證的文化」（a culture of justification），亦即所有權力的行使都必須在憲法秩序下被證立（justified），一切都必須通過法律的理性論證。⁹死刑合憲性的問題，正是一個連結過去與未來的理性論證考驗，試探這個新成立的憲政民主國家，是否有能力從「充滿紛爭、衝突與難以言喻的痛苦及

註6：Sharperville Six是五名男性及一名女性，均為黑人，被控在示威遊行過程中，參與群眾暴動，以亂石砸死當地副市長Jacob Dlamini。但是這六個人都沒有和Dlamini有任何實質上的接觸，整個警訊、偵查及審判過程都十分粗糙，因此引發了聯合國安理會兩次決議譴責南非政府，各國領袖包括英國首相柴契爾夫人、美國總統雷根、德國總理柯爾均致函南非總統暫停執行死刑，重新進行審判。

註7：同前註4，頁292-293。

註8：“This Constitution provides a historic bridge between the past of a deeply divided society characterised by strife, conflict, untold suffering and injustice, and a future founded on the recognition of human rights, democracy and peaceful co-existence and development opportunities for all South Africans, irrespective of colour, race, class, belief or sex.”

註9：Etienne Muriénik, *A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights*, 10 SOUTH AFRICAN JOURNAL OF HUMAN RIGHTS 31, 32 (1994).

不義」的黑暗境域，走向「不分膚色、種族、階級、信仰與性別」，共享「人權、民主、和平共處及發展機會」的彩虹國度。¹⁰而這項艱困而偉大的論證工作，就落在憲法法院的十一位大法官肩上。

貳、「國家必須帶頭示範尊重生命權與人性尊嚴」：憲法法院的審理及判決

*Makwanyane*案的兩位被告Themba Makwanyane和Mvuso Mchunu在一宗搶奪未遂案中殺死了兩名員警和兩名銀行員，因此被判處死刑。南非憲法法院挑選這宗案件來審理，並非因為它的案情複雜、爭點重大，相反地，正因為這個案件的事實相對單純，更能夠將問題聚焦在「死刑是否違反南非憲法」這個議題上。

一、審理過程

由於這是憲法法院設立後的第一宗案件，雙方在陳述意見時顯得格外小心翼翼。曼德拉總統任命的十一位大法官中有長期身為人權鬥士的律師，也有原先最高法院裡面的改革派法官，以及法學院教授。其中最有名的除了首席大法官Arthur Chaskalson外，還有廣受尊敬的Albie Sachs，他本身是猶太裔白人，從學生時代就挺身反抗種族隔離制度，後來二度被拘禁，長期流亡海外，在莫三比克任教時，被國民黨以汽車炸彈暗殺，幸而未死，但失去一支手臂。這些大法官雖然背景各異，但是對於

過去政府的濫權都有深切的反省，也相當重視新憲法架構下保障的人權價值。

根據聆聽過現場辯論過程錄音的Ursula Bentele教授引述，被告律師William Trengove主要以三個論點來支撐「死刑違憲」的主張：一、死刑的決定具有恣意性（arbitrariness）；二、死刑條款在適用上往往會有潛在的差別待遇；三、死刑和一般刑罰不同，具有不可回復性。在恣意性的問題上，Trengove律師認為只要法官在量刑上具有裁量空間，就一定會出現適用上不一致的狀況。不過，大法官認為南非法律賦予法官的裁量權並非毫無限制，仍然有一定的標準在限制死刑的適用。

大法官對於被告律師將死刑合憲性問題鎖定在這麼狹窄的範圍，感到十分驚訝及些許不耐。他們要求被告律師應該就具體的憲法條文來主張被告的權利受到何種侵害，憲法是否允許此等侵害。南非既然已經脫離「議會主權」（parliamentary sovereignty）的階段，專設憲法法院來審查法律是否違憲，就應該從成文憲法的內容來論辯。然而，被告律師卻相當保守地主張，憲法條文規定的生命權並非絕對價值，政府可以送國民上戰場，警察可以正當防衛殺人，這些都是生命權必須退讓的情形。但是，Trengove律師認為：即便生命權並非絕對，生命權的內涵至少必須包括不受國家以死刑（國家殺人）為犯罪制裁方式的權利，因為國家死刑是根本地將人從社群中消滅，已經徹底毀滅了生命，與生命權保障相抵觸。¹¹另外一位辯護人則主張因為南非國境內的Ciskei獨

註10：「彩虹國度」（rainbow nation）是屠圖大主教在1994年總統大選後創造出來的詞彙，用以彰顯民主南非的價值多元和種族平等。

註11：同註2文，頁269。

立邦已經廢除死刑，因此如果允許死刑繼續執行，會造成南非國內法律適用的一致，不是「普遍適用之法律」(law of general application)，進而不符合憲法第三十三條對於權利限制的規定——該條規定「本章（基本權利）所規定之各項權利得於符合下述條件時，受普遍適用之法律所限制。」¹²

令人驚訝地（也許沒有那麼驚訝），司法部的代表在這場憲法官司中是贊成廢除死刑的。他表示，Witwatersrand地區檢察長的工作是起訴罪犯，但司法部的工作是提出司法政策，二者各有所司，因此在死刑議題上代表不同立場，並沒有衝突。他也認為民調意見不能作為解釋憲法的依據，大法官還是應該綜合憲法規定和意旨而為判斷。另外，當時為金山大學法學院「應用法學研究中心」(Center for Applied Legal Studies, University of Witwatersrand) 主任的Dennis Davis教授特別代表「廢除死刑協會」(Society for the Abolition of the Death Penalty) 及「人權律師組織」(Lawyers for Human Rights) 出席，並提出意見。Davis教授認為，在進行死刑是否違憲的判斷時，憲法法院應該將整部憲法視為一體，亦即將憲法前言所擁抱的人權價值，以及最後一章所揭櫫「跨越過去與未來的橋樑」當作重要的憲法價值，以此為憲法之根本目的，才能夠精確地掌握憲法保障生命權的

意旨。然而，首席大法官Chaskalson當時對此一主張保持懷疑的態度，認為前言和最後一章多屬政治性宣言，並非具體的權利規定，對憲法法院沒有拘束力。

為期三日的言詞辯論庭，由於辯方提出的論據始終略顯侷限，大法官Albie Sachs即批評Trengove律師在生命權的內涵上作了太多不必要的退讓。憲法法院副院長Ismail Mahomed大法官亦曾在言詞辯論過程中質問辯方律師有關法律限制基本權利時，不得侵犯其核心範圍的意思：「我說要殺了你，但是我要你知道我一點都沒有要侵犯你的生命權核心範圍。」這樣合理嗎？¹³總結來說，言詞辯論庭並沒有出現令人耳目一新的法律論證，也沒有充滿激情的針鋒相對。與畫地自限的律師團比起來，新上任的大法官們反而顯得更為犀利，對於憲法條文及違憲審查背後的哲學基礎，亦相當熟稔。¹⁴

二、判決理由

本件憲法訴訟的系爭問題在於南非刑事訴訟法第二七七條第一項第a款規定死刑作為殺人罪的刑罰之一是否違反憲法。這個問題牽涉到三項憲法條文，第十一條第二項：「禁止任何形式的酷刑，無論是肉體、心靈或情緒的；禁止殘酷、非人道或貶低人格的處遇或刑罰。」¹⁵第九條：「人民享有生命權。」¹⁶以及第三十三條基本權利限制條款。¹⁷

註12：同上註，頁270。

註13：同上註，頁269。

註14：同上註，頁271-272。

註15：“No person shall be subject to torture of any kind, whether physical, mental or emotional, nor shall any person be subject to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.”

註16：“Every person should have the right to life.”

註17：“(1) The rights entrenched in this Chapter may be limited by law of general application, provided

（一）法律解釋方法：比較法及目的性解釋

Chaskalson大法官在判決中首先指出對於基本權利條款的解釋必須採取合目的性解釋，從憲法條文成立的過程與背景、系爭條款與其他條款間的體系關係來掌握，並且朝實踐個人權利保障的最大誠命，進行最有利（generous）的解釋，而非法匠般（legalistic）的解釋。

Witwatersrand地區檢察長主張：如果制憲者有意廢除死刑，應該會明定於憲法條文中；既然沒有在憲法條文中廢除死刑，就表示制憲者並不打算這麼作。即便要廢除死刑，也應該透過議會（Parliament）來制定或修訂法律以廢除死刑，而非透過法院干預來解決。

針對此一問題，Chaskalson大法官回應，從立法史及制憲背景來看，死刑的存廢在制憲過程中的確曾有激烈的討論。南非法律委員會（South African Law Commission）在一九九一年提出的人權報告中即描述死刑的執行具有高度爭議性，因此建議採取「所羅門方案」（Solomonic solution），由憲法法院來判斷生命權是否可以透過「基本權限制條款」（limitation clause）加以限制。南非法律委員會在報告中指出，雖然此舉將加重憲法法院的負擔，但該院終究需要肩負起逐一檢視各種法

律和行政命令的歷史任務，否則得來不易的憲政民主將倒退回過去的議會主權至上。¹⁸司法部亦於一九九二年發佈一份備忘錄，期待未來可以儘快就死刑的合憲性（constitutionality）取得一決定。因此，憲法法院認為制定於種族隔離時期的刑事訴訟法死刑條款是否能在憲法公布後繼續適用，是憲法法院責無旁貸的任務。

（二）憲法體系下的死刑問題

接下來，Chaskalson大法官首先處理：死刑是否構成南非憲法第十一條第二項所謂的「禁止殘酷、非人道或貶低人格的處遇或刑罰」？判決認為從日常語言的使用脈絡來看，死刑當然是殘酷的刑罰。他引用美國聯邦最高法院 *Furman v. Georgia* 判決中布蘭能（William Brennan）大法官的意見「死刑」就其本質而言，根本否定犯人的人性（humanity）」，所以當然是非人道（inhuman）的刑罰。而且，死刑剝奪犯人的尊嚴，因為將犯人當成一個應由國家消滅的客體。但是，Chaskalson大法官認為，憲法法院的工作並不是從字面上來推敲日常語言的意義，而是檢視死刑是否在憲法意義上構成第十一條第二項所欲禁止的對象。

在這個脈絡下，南非憲法法院接著討論有關

that such limitation-

(a) shall be permissible only to the extent that it is-

(i) reasonable; and

(ii) justifiable in an open and democratic society based on freedom and equality; and

(b) shall not negate the essential content of the right in question, and provided further that any limitation to-

(aa) a right entrenched in section 10, 11, 12, 14 (1), 21, 25 or 30 (1) (d) or (e) or (2); or

(bb) a right entrenched in section 15, 16, 17, 18, 23 or 24, in so far as such right relates to free and fair political activity, shall, in addition to being reasonable as required in paragraph (a) (i), also be necessary.”

註18：1995 (3) SA 391 (CC) [22].

死刑的法律規定是否造成法律體系的不一致 (disparity)，亦即原先獨立於外的Ciskei自治邦已經廢除死刑，在合併後，造成同一國內同一犯罪有人會被判處死刑，有人不會，甚至有選法逃避罪責的問題。南非憲法法院認為這個問題本身並不構成死刑違憲的理由，因為憲法已經規定既存的法律在其各自區域內繼續有效，並沒有要求每一區域的法律都彼此協調一致。未來透過國會立法，再進一步整合出全國性的法律。因此，區域間的法律不一致 (disparity)，並不會影響死刑的合憲與否。

(三) 死刑是否為「殘酷、非人道及貶低人格的刑罰」？

接著，Chaskalson大法官引用憲法第三十五條第一項：「解釋權利憲章時必須促進基於自由平等所建立的民主開放社會所重視的價值，並且應在適當處參照國際公法，並得參考相當的外國判決先例。」進而展開「憲法的環球之旅」。該判決首先介紹美國聯邦最高法院的相關判決，並指出本案辯方律師依賴的論據之一，與美國聯邦最高法院在討論憲法第八增修正案中「殘酷及異常的處罰」(cruel and unusual punishment)的問題點，大體上並無二致，都是側重於「恣意性」(arbitrariness)。亦即，如果法律條文不允許法官行使一定的裁量權，就無法仔細考慮每一件個案當中具體獨特的事實。但是如果允許法官行使過度廣泛的裁量權，那麼每個法官的審斷又不同，將造成恣意的結果。因此，美國聯邦最高法院最後的重點變成是強調死刑判決的正當法律程序。但是，過於謹慎與繁複的程序將造成

審判程序不合理的拖延，產生「死牢現象」(death row phenomenon)，死囚會盡可能地纏住程序問題，窮盡各種可能的救濟手段，造成司法資源的過度浪費與死囚內心無比的掙扎煎熬，因而讓囚禁本身變成「殘酷與異常的處罰」。¹⁹就此而論，南非憲法法院認為美國的這條路徑不值得採納。同時，就南非法律本身來看，長久以來最高法院上訴部(Appellate Division)已經建立了客觀的標準以判斷是否應判處死刑，並沒有完全放任法官自行決定，也沒有過度限制法官的判斷。所以，恣意性的討論有其侷限性。

至於另外一個問題，死刑的存在凸顯了階級和種族差距的問題，富者可以高額聘請律師脫罪，窮人連律師都請不起，更不要說花大錢去請專家證人協助作證。尤其當階級問題和種族問題掛在一起時，死刑的執行某種程度上就是對種族之間的不平等視若無睹。但是，憲法法院初步認為，在所有的案件上，貧窮、階級、種族都會影響司法判決的結果，但我們並不會因此就要求廢除所有的刑罰。然而，死刑比較特別的地方在於其「不可回復性」。自由刑或許還可以透過國家賠償的方式填補損害，但是死刑一旦執行，生命本身無法再回復。因此，如果有不平等或恣意的情形發生，死刑的執行就已犯下了不可彌補的錯誤。然而也正因為「不可回復性」，所以會特別強調程序公正(procedural fairness)，造成可觀的費用和無窮盡的延遲，如同美國Harry Blackmun大法官所說：「人類不可能創造出完美的制度以避免恣意。」²⁰由此觀之，南非憲法法院似乎

註19：同上註，[55]。

註20：同上註，[55, 56]。

認為單純從「不可回復性」來論證死刑的違憲，恐怕仍然太單薄。

（四）人性尊嚴與生命權

本件判決接著將重點轉向「人性尊嚴」的保障。南非憲法第十條明定任何人的「人性尊嚴」均應被尊重並獲保障，不像美國憲法未有此規定。因此，憲法法院認為在討論死刑時，南非憲法的制定者有更深刻的思考，可以詳加分析。於是，Chaskalson大法官考察了德國聯邦憲法法院和加拿大最高法院的相關判決（加拿大限於*Kindler v. Canada*判決中三位法官的少數意見），²¹歸納認為「人性尊嚴的毀損」是這些司法者用以認定死刑構成「殘酷與不人道刑罰」的主要基礎，因為「禁止酷刑」要保障的終極價值是人性尊嚴的維持。²²但是在印度，單就法條的反面解釋而言，印度憲法並未排除死刑的空間，且被告必須負責論證「死刑是不合宜、異常及過度的刑罰」，以及「死刑不符合手段與目的的合理性」，因此導致印度最高法院在*Bachan Singh v. State of Punjab*一案，宣告死刑並未違憲。但是南非憲法法院認為，南非憲法並未如印度憲法可以作此反面推論，進而肯認憲法並不排除死刑，南非憲法從制憲過程及條文文意本身來看，對此問題完全留白，而且依照南非憲法，論證的責任是落在控方（亦即國家），因此，印度最高法院的判決在此並無適用空間。

除了「人性尊嚴」外，南非憲法也保障人民的生命權（right to life）。那麼應該如何在生

命權被確立的憲法架構下，去論證死刑的合憲性？南非憲法法院這時候轉向匈牙利，因為該國憲法第五十四條亦規定：「匈牙利共和國境內所有人均享固有之生命權及人性尊嚴保障，不得恣意剝奪此等權利。」匈牙利憲法法院認為此二權利（生命權及人性尊嚴）必須被放在一起，構成了所有基本權利的來源，因為如果沒有生命和人格，就沒有其他基本權利可言，此二雙生（twin）權利本身就已經構成憲法上所有權利的核心範圍（essential content of all rights under the Constitution），無論如何均不得被侵犯，但死刑卻剝奪了受刑人的生命權和貶低其人性尊嚴，因此侵犯了其他基本權利的核心範圍，違反「權利限制」條款的規定（不得侵犯基本權利之核心）。南非憲法法院接納了此一整全性的權利論證進路，更進一步認為南非憲法的規定比匈牙利憲法更寬，因為匈牙利憲法還留有「不得恣意剝奪」的限制規定，反面言之，如果「非恣意」（經過正當法律程序）就並非不能剝奪。但南非憲法並無此一限制規定，生命權和人性尊嚴應享有毫不保留的保障，從而生命權的解釋涵蓋範圍應該更廣。²³

但是，南非憲法法院在此並未直接比照匈牙利憲法法院以生命權及人性尊嚴為宣告死刑違憲的唯一基礎。Chaskalson大法官在上述討論後，回到死刑究竟是否構成憲法第十一條第二項的「殘酷、非人道或貶低人格的處遇或刑罰」。有論者認為，這表示剛成立的憲法法院

註21：所引用之德國聯邦憲法法院判決為[1977] 45 BVerfGE 187. 加拿大最高法院判決為(1992) 6 CRR (2d) 193 SC.

註22：同上註，[59-61]。

註23：同上註，[85]。

並不要從比較廣泛的生命權和人性尊嚴來證立其判決，而是從比較具體明確、相對而言也比較窄的「禁止酷刑」來證立，因而彰顯了南非憲法法院的「最小主義」（minimalism）及「實用主義」（pragmatism）性格。²⁴不過，詳細研讀該判決後就會發現，南非憲法法院並未放棄從生命權及人性尊嚴來論證死刑的合憲性與否。其實，南非法院進行的是一種整全性詮釋（integrative interpretation），亦即將「酷刑」與否的定義連結到生命權及人性尊嚴。在討論罪刑相當性、不可回復性（恣意及錯誤無法改正）、程序冗長耗費時間勞費、種族及階級差異等，必須從生命權和人性尊嚴的角度去評價，進而判斷死刑是否因此構成殘酷不人道的刑罰。²⁵

綜合上述，南非憲法法院認為，死刑的實施將摧毀生命，滅絕人性尊嚴，而且其執行具有恣意性且不可回復性，依照基本人權之解釋應採「最有利」（generous）之原則，死刑在南非憲法架構下應該已經構成「殘酷、非人道或貶低人格的處遇或刑罰」，為憲法第十一條第二項所禁止。

（五）比例性原則：嚇阻、預防與報復的討論與共生價值的超越

接下來的問題是，依照南非憲法第三十三條，這樣的刑罰是否得例外為憲法所允許？這就進入第二階段的審查。²⁶在此，法院必須衡量相衝突的價值，並且判斷是否符合比例性（proportionality）的要求。Chaskalson法官

在本案中建立的衡平的步驟包括：第一，確認所涉及的權利本質，並確認其對於一個基於自由平等而建立的民主開放社會的重要性；第二，確認權利保障的目的，及其目的之重要性；第三，權利被限制的範圍，及此一限制是否必要；第四，所欲達成之目的是否有其他侵害較低的手段可以達成。²⁷在比較過加拿大、德國及歐洲人權法院有關「比例性原則」的判決後，南非憲法法院試圖從其本土社會對於死刑可以達成的目的，來進行衡平。他歸納出死刑的三種目的：嚇阻、預防及復仇。

就嚇阻的目的而言，Witwatersrand地區檢察長表示過去五年死刑停止執行的後果，就是犯罪率顯著提高，因此光是監禁無法達到嚇阻的效果。但是憲法法院認為，雖然停止執行，但死刑並未被正式廢除，這段期間被判死刑的人仍為數眾多，隨時都可以再度開始執行。而且，過去五年（一九八九至一九九四）犯罪率高，不見得是因為死刑的因素，更多的因素是來自於政治社會經濟的重大轉變。南非社會在那段時間遭逢巨大的轉變，社會對立提高，衝突激增，國家的高壓手段也不見放鬆，以致於社會經濟乃至政治都出現各種風暴。而且，太多的暗殺、刺殺案件讓社會上瀰漫著暴力氣息。

而且，嚇阻最有效的手段是破案率高，可以正確地逮捕人犯並予以定罪。但根據檢察長提出的資料，只有百分之三十到四十的案件宣告破案，並且逮捕到人犯予以定罪。國家不加強自己的犯罪偵防能力，反而依賴死刑來恫嚇人

註24：Mark S. Kende, *The Constitutionality of the Death Penalty: South Africa as a Model for the United States*, 38 GEO. WASH. INT'L L. REV. 209, 226-227 (2006).

註25：同上註，[94]。

註26：同上註，[100]。

註27：同上註，[104]。

民，實不可取。而且，死刑和無期徒刑的嚇阻效果究竟有多大差距也不知道。如果說把那幾個人殺掉，就可以改善治安，那未免也是過於輕易卸責的說法。法院質疑，總是會有不穩定、病態的亡命之徒不在乎被抓去關，死刑的執行對於這些人而言，又有什麼嚇阻的效果呢？又如何證明光靠監禁，不能夠嚇阻他們犯罪的動機？「檢察長除了單純的統計數據（bare statistics）外，並未提供任何有關犯罪率激增的資訊（information），這些數據本身除了告訴我們（早就知道的）現在社會充滿暴力且大部分犯罪都沒有被處罰外，並沒有辦法證明什麼。」²⁸

而且，檢察長似乎暗示廢除死刑，被告就等同無罪了。事實不然，南非憲法法院認為廢除死刑並非免除犯人的責任，而是在刑罰的選擇上，從死刑改為無期徒刑或有期徒刑。這些刑罰同樣還是有嚇阻的效果存在。檢察長認為，過於寬鬆的刑罰將造成人民必須拿起槍桿自我防衛。但法院認為，法律如果會被藐視，都是因為司法體系無效率和無法懲罰犯罪。死刑只是藉口。如果犯罪都能夠被抓到並懲罰，司法運作有效率，法律不會被藐視，人民也無須自衛。而且，Chaskalson大法官一改其在言詞辯論庭的態度，認為憲法最後一章是具有規範性的，其明示的價值必須被遵守。該章明定了南非必須建立一個以人權、民主及和平共存為基礎的社會，那麼最重要的承諾就是尊重生命和人性尊嚴。政府更應該率先以廢除死刑來作為作為「尊重生命價值」的表率。

檢察長還認為，即便只要能夠挽救一個人的生命，死刑仍有其嚇阻的意義。憲法法院認為與其依賴嚴厲恐怖的死刑，還不如建立一個權利文化（a rights culture）。就長期而言，這樣可以保全更多的生命。²⁹最後，憲法法院認為，檢察長也無法否認的是，究竟死刑作為一個極端嚴酷的刑罰，跟無期徒刑相較，何者的嚇阻效果較強？檢察長也認為這是一個無法被證明的假設，因為我們永遠不知道究竟誰被嚇阻了，我們只知道誰沒有被嚇阻，以及誰犯下了重罪。而既然檢察長必須要承擔舉證責任，那麼此一問題無法被證明，就使其不能通過憲法第三十三條對於基本權利限制的比例性考驗（最小侵害）。

就預防的目的而言，憲法法院認為，監禁也同樣可以達到預防犯罪的效果。而就復仇的目的而言，法院認為死刑並非唯一可以表達道德憤怒的手段。南非社會應該要超越「以牙還牙，以眼還眼」的階段，對於犯罪的懲罰並不一定要完完全全的一模一樣報復回去。如同憲法最後一章〈國家統一與和解〉所述，「憲法提供了堅實的基礎，讓南非人民超越過去的對立與爭執，並超越因這些對立與爭執而生的粗暴違反人權、人性原則在暴力衝突中被毀棄，以及那些充滿仇恨、恐懼、罪惡及復仇的遺產。這種種問題都可以透過下列基礎而解決：強調了解的需求，甚於復仇；強調修復（reparation）而非復仇（retaliation）；強調共生（ubuntu）的需求，而非被害人化（victimisation）。」³⁰南非憲法法院認為雖

註28：同上註，[121]。

註29：同上註，[125]。

註30：同上註，[130]。

然這份和解的宣言當初是針對政治上的轉型正義而為，但是並非和死刑的問題毫無關連。如果要實踐「共生」的價值，就應該要讓我們的社會不再擁抱「以命償命」的報復觀念。

在這裡，Chaskalson大法官並未對共生（ubuntu）作出清楚的解釋。後來擔任憲法院院長的黑人大法官Pius Langa在其協同意見書中，再進一步地闡明這個源自非洲傳統價值的觀念。他指出，ubuntu這個概念將重點至於「共同體性質」（communality）以及社群成員的交互依賴（interdependence）。它承認每個人作為人的地位，因而享有來自所屬社群成員毫無保留的尊重、尊嚴、珍惜及接納。並且也創造了對話。社群成員相對地也必須給予同等的尊重、尊嚴、珍惜與接納。更重要的是，它讓權利的行使變得更重視分享與共同責任，以及交互享有所有人的權利（mutually enjoyment of rights by all）。Langa大法官引用坦桑尼亞上訴法院的判決指出，ubuntu就是個體與社會的共生，就是權利與義務的共生，就是社會的共同體權利與義務的集合（collective of communitarian rights and duties of society）。³¹換言之，要珍惜別人的生命一如珍惜自己的生命，尊重每個人的的人格尊嚴一如尊重自己的人格尊嚴。在這樣共生的文化下，殺人放火的重罪是違反ubuntu的，殘酷、非人道及貶低人格的刑罰也是違反ubuntu的。如果國家繼續允許死刑的存在，就是讓大家都知道ubuntu的價值可以被違反，也無法讓南非社會再重返ubuntu的文化。如果南非要在新憲法底下建立一個權利文

化（a culture of rights），就不只要尊重那些最弱勢的人的權利，還要尊重犯最大錯誤的人的權利。³²

最後，在進行南非憲法第三十三條所規範的比例性衡平時，憲法法院認為必須將生命權和人性尊嚴一起和嚇阻、預防和復仇這三個目的放在天平上來衡量，究竟孰輕孰重。而一如前述，嚇阻、預防和復仇的目的都難以通過比例性原則的門檻。但是，另一方面，Witwatersrand地區檢察長主張，生命權並非絕對，有時亦需退讓於更高的價值，例如：正當防衛、戰爭及抗暴狀態、射殺逃犯等，生命權都可能被犧牲。但南非憲法法院認為這些例子跟死刑都不太一樣。正當防衛和射殺逃犯時，殺死的對象都還在行動中，為了避免更大的危害發生，因此其殺人行為可以被法律所允許。但是，執行死刑時，對象已經被逮捕，無法自由活動，是否可以和正當防衛或射殺逃犯類比，有很大的問題。此外，即便是犯人，當他被關起來時，也並沒有喪失其他的基本權利，還是可以自由通信、集會結社。判決寫道：「監禁是一種嚴峻的刑罰，但是犯人仍享有憲法第三章所保障的各種基本權利。」

南非憲法法院認為憲法第三十三條允許對於基本權有所限制，但是完全毀滅權利本身和限制權利二者有本質上的差異。死刑既如前述將摧毀生命、滅絕人性尊嚴，而且其執行具有恣意性且不可回復性，屬於完全毀滅生命權與人性尊嚴，無法通過第三十三條的比例性要求，已經違反南非憲法，應予廢除。

註31：同上註，[224]。

註32：同上註，[229]。

叁、結語

成立十五年來，無論是社會經濟權的保障、同性婚姻合法、愛滋病患健康人權，南非憲法法院的諸多判決已經被譽為人類文明史上共享的進步價值。廢除死刑的判決，亦不例外。南非社會的犯罪率始終居高不下，一份二〇〇三年的統計指出，平均每年有二萬二千人死於謀殺，平均每十萬人當中就有四十七人被殺死。因此，二〇一〇年舉行世界盃足球賽時，南非政府需要調派四萬名警力在各球場周邊執行勤務。由此可知，廢除死刑是一件非常艱困的工作。民間也有許多反彈聲浪，認為在南非的治安還沒有達到歐美水準之前，不宜廢除死刑。然而，Chaskalson大法官主筆的這份判決卻指出，民意調查的結果並不能取代憲法價值的詮釋，憲法法院的職責並不在於屈服於民意，而是在於保障社會中狀況最糟的以及最弱勢的人民，否則一切直接交給議會或公投即可，不需要憲法法院來保障人權。

當然，我們可以說南非憲法法院之所以能夠宣告死刑違憲，是因為他們的憲法條文已經明定保障生命權、人性尊嚴，並且禁止一切「殘酷、不人道及貶低人格」的刑罰。但是，條文本身不會演繹自己，更重要的是憲法法院依循著什麼樣的價值來解釋憲法？在本案中，我們看到南非憲法法院依照該國憲法第三十五條第一項，探索「基於自由平等所建立的民主開放

社會所重視的價值」，並透過廣泛的比較法，確認生命權與人性尊嚴必須整體掌握，以作為是否構成「殘酷、不人道及貶低人格的刑罰」的判斷依據。最後經過比例性原則的檢驗，確認死刑對於生命權及人性尊嚴造成徹底毀滅的結果，已經超越了憲法所能容許對基本權利之限制。而且，南非憲法法院再三提醒它的公民，締造一部新的憲法就是為了要跨越充滿復仇心態的過去，朝向一個民主開放的南非邁進。在此同時，國家不應該繼續用死刑這個過去經常被威權政府濫用的工具，來制裁人民的犯罪行為，因為它代表的意義是國家自己也不尊重生命。對於生命正義的思考，南非憲法法院指出了非洲傳統價值的「共生」（ubuntu），每個人的生命都是和別人的生命環環相扣的，生命鏈的結合是在尊重與珍惜對方的價值才有可能，而每個人都是生活在共同體的生活之內，共同體的建立也有賴於每個人的生命價值被彰顯。這種互相依賴的生命共生，是南非憲法裡面深深植入的價值，必須貫穿所有的憲法解釋。廢除死刑的判決，也不例外。南非憲法法院對於憲法的解釋，並非單純只停留在文義而已，更深入結合了該國過去嚴肅的歷史記憶以及基於和解而來的共生理念。死刑的問題，也被提昇為整個國家面對過去而必須提出的巨大勇氣。如何超越復仇、暴力嚇阻與不正義的循環，其實正是這份判決透過廢除死刑告訴世人的意義。