

美國聯邦主義與美國民意對廢止死刑之態度

中央研究院歐美研究所 王玉葉
E-mail:yywang@sinica.edu.tw

摘 要

目前全世界有三分之二的國家不再執行死刑。全部歐洲與美國以外之美洲地區，及其他英語系國家澳洲、紐西蘭、南非共和國已完全廢止了死刑。當西方已開發國家都已肅清了死刑，與西方係出同源的美國，號稱自由民主世界的領導者，並自詡為人權鬥士，卻仍保留死刑，而且每年執行死刑人數，名列世界前茅，與中國、伊拉克、伊朗、剛果等第三世界國家並列。在死刑問題上美國成為西方國家異數之原因甚值得探討。本文擬從美國聯邦主義與美國民意二個角度觀察美國死刑制度存廢之發展，探索這兩項因素對聯邦與各州產生之影響。本文首先追索美國廢止死刑美國廢止死刑運動之開始與發展，探查各州廢止死刑之動態，並分析現行廢止死刑之十二州廢止死刑之因素。次檢視美國最高法院歷年審理死刑案件原則，借司法審查制度限制死刑之使用。最後檢討美國民意調查之意涵與可信度，及是否適宜做政府重要決策的指標。

關鍵詞： 暫停死刑執行、殘酷與不尋常之刑罰、過度且非必要之刑罰、進化中之正當行為標準、加重或減輕刑罰

壹、前 言

目前世界上已經有將近三分之二的國家不再執行死刑。全部歐洲區域已經完全廢止死刑，美國的近鄰加拿大與南美洲各國，及其他英語系國家如澳洲、紐西蘭及南非共和國也都廢止了死刑。世界潮流已走向廢止死刑之趨勢，聯合國人權委員會在一九九九年呼籲全球尚未廢止死刑之國家，於二〇〇〇年時停止死刑之

執行 (worldwide moratorium on executions), 使世界共享一個無死刑之祥和千禧年。¹當西方已開發國家都已肅清了死刑, 與歐洲文明出自同源的美國, 號稱世界自由民主陣營之領導者, 在死刑政策上不但不能與歐洲同步, 且遠遠殿後, 甚至落後於南非、俄羅斯與東歐諸國。美國每年執行死刑人數, 常排名世界第三或第四, 與中國、伊拉克、伊朗、沙烏地阿拉伯或剛果等人權紀錄惡名昭彰之國家並列。²美國是西方自由民主世界中唯一保留死刑的國家, 在二〇〇二年以前仍對心智障礙人犯執行死刑,³且是二十一世紀後世界上唯一僅存的處死十八歲以下少年犯的國家。⁴美國這種種死刑執行狀況, 是否與美國獻身為人權鬥士, 常以人權外交迫使他國維護人權的國家形象非常不協調呢?

美國為何如此成為西方自由民主國家的異數, 箇中原因探索起來複雜萬端, 首先從美國特殊的國情來尋找答案。美國是移民組成的國家, 且有數百年的蓄奴史, 黑人人口不少, 加上少數印地安原住民、亞洲奴工, 人口同質性低, 主流社會易傾向於使用死刑來對付非我族類之少數族裔或社會下層階級, 尤其是南方蓄奴之州, 需要以死刑來維持黑奴制度或社會治安。⁵又由於美國西部拓荒的需要, 槍枝氾濫, 憲法保障擁有槍枝的權利, 暴力犯罪特多, 死刑成為控制暴力犯罪的手段。大多數美國民眾仍然相信死刑的嚇阻犯罪功能。

美國是真正民主國家, 民意高漲, 政治人物不敢得罪選民。在一九八〇年代

¹ UNITED NATIONS, UNITED NATIONS COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, RESOLUTIONS AND STATEMENTS (26 April 1999). Available at <http://www.deathpenaltyinfo.org/un-statements.html>.

² 國際特赦組織每年都有世界各國死刑犯處決人數之統計, 中國大陸每年處決死刑犯數以千計, 成為名符其實的世界第一國家劊子手 (first state killer)。一九九八年, 中國處決 1,067 人, 同年全世界處決總人數為 1,625 人、剛果為 100 人、美國為 68 人 (排名第三); 一九九九年中國處決最多, 有 4,367 人; 2000 年, 中國處決超過 1,000 人、沙烏地阿拉伯至少 123 人、美國 85 人 (排名第三)、伊朗 75 人, 四國總共處決全世界 88% 的死刑犯; 2001 年中國處決 2,468 人, 同年世界處決總數為 3,048 人、伊朗 139 人、沙烏地阿拉伯 79 人、美國 66 人 (排名第四), 四國處決人數總和占全世界之 90%。參見國際特赦組織每年之年度報告: AMNESTY INTERNATIONAL, DEATH SENTENCES AND EXECUTIONS, IN 1998 TO 2001. Available at <http://www.amnestyusa.org/annualreport/>。美國每年執行死刑人數參見文後附錄二: (圖一)。

³ 美國最高法院在 2002 年宣判, 對心智障礙人犯執行死刑, 違反美國憲法增修條文第八條, 為「殘酷與不尋常的刑罰」。Atkins v. Virginia, 536 U.S. 206 (2002)。

⁴ 美國是聯合國會員國中, 落於 191 個國家之後, 唯一沒有批准兒童權利公約 (Convention on the Rights of the Child, GA Res. 44/25, 28 ILM 1448) 的國家。該公約第 37(a) 條規定不得對十八歲以下的少年犯判處死刑或不得假釋之終身監禁。

⁵ 美國北方之州, 以戰爭來解決印地安人問題, 印地安人、亞裔人口較少, 雖也常成為死刑對象, 但統治已不成問題。不像南方之州黑人人口眾多, 甚至有占全州人口的二分之一或三分之一者, 使用死刑非常明顯地幾乎專以黑人為對象。DAVID COLE, NO EQUAL JUSTICE: RACE AND CLASS IN THE AMERICAN CRIMINAL JUSTICE SYSTEM (NY: New Press, 1999)。

至一九九〇年代中葉, 民意調查贊成死刑的民意, 均維持在 70% 以上居高不下的比率。如果候選人要在此時碰觸死刑民意的禁忌, 無疑政治自殺。一九八八年美國總統選舉, 民主黨候選人前麻州州長杜凱吉斯 (Michael Dukakis), 曾公開反對死刑, 並聲稱即使太太被謀殺, 他也依然反對死刑, 其民意支持度陡降, 落選自在預料之中。⁶競選一九九二年總統之民主黨候選人阿肯色州州長柯林頓 (William J. Clinton) 即不敢反對死刑, 在競選期間還特地趕回阿肯色州批准死刑犯之處決。⁷一九九四年紐約州長柯莫 (Mario Cuomo) 競選連任失利, 部分原因即在於他每年否決州議會恢復死刑之法案, 科莫州長甚得人望, 已做過三任紐約州長, 但敵不過共和黨競選對手帕塔吉 (George Pataki) 以恢復死刑爭取民眾支持的政見。紐約州在他下任後, 一九九五年就由新任州長通過恢復死刑法案, 使紐約州成為美國第三十八個有死刑之州。⁸一九九五至二〇〇〇年間, 小布希 (George W. Bush) 在德州州長任內, 批准超過 150 名死刑犯之處決, 其執行死刑人數之多為近代之冠, 但並沒有成為其在二〇〇〇年競選總統時被對手攻擊的議題。⁹在美國幾乎所有州長都贊成死刑, 在沒有死刑的十二州內也有州長想辦法要恢復死刑 (如明尼蘇達、新罕布什、麻薩秋塞等州) 卻都沒有成功。一九九八年麻州議會只差一票幾乎通過了恢復死刑法案。同年州長選舉, 贊成死刑之共和黨州長候選人謝露西 (Paul Cellucci) 贏了反對死刑的民主黨候選人, 新州長上任後馬上再次提出恢復死刑法案, 卻因一九九九年羅馬教宗若望保祿二世 (Pope John Paul II) 訪美, 在麻州議會之聽證會上宣揚廢止死刑之教義而受挫。¹⁰

另一個更相關的因素是制度問題, 美國採行聯邦制, 強調各州自主的尊嚴。各州保留獨立的刑法主權, 由各州議會代表民意決定是否保留死刑, 聯邦無權強行統一全國刑法。聯邦雖擁有專屬的締結條約權, 由參議院通過的條約成為全國

⁶ George Kannar, *Federalizing Death*, 44 BUFFALO L. REV. 325-327 (1996).

⁷ 被柯林頓批准執行之死囚 Ricky Rector, 有嚴重腦傷至不知道自己將死的命運, 欲將其最後一餐的甜點, 留至死刑執行後再吃。See C. Olgiati, *The White House Via Death Row*, THE GUARDIAN, Oct. 12, 1993.

⁸ James M. Galliher & John F. Galliher, *Déjà Vu All Over Again: The Recurring Life and Death of Capital Punishment in Kansas*, 44 SOCIAL PROBLEMS 369-85 (August 1997). 但紐約州曾於一九七七年廢止死刑, 一九九五年再恢復死刑後, 至今尚未執行過, 無論依聯邦法或州法, 已有四十年未執行死刑之記錄。See TRACY L. SNELL & LAURA M. MARUSCHAK, U.S. DEP'T OF JUSTICE, BUREAU OF JUSTICE STATISTICS BULLETIN, CAPITAL PUNISHMENT 2001, 14, app. tbl. 2 (2002).

⁹ J. Yardley, *Death and the White House*, N. Y. TIMES, Dec. 17, 2000, Week in Review, at 3.

¹⁰ 羅馬教宗常訪問世界各國宣揚廢止死刑之理念, 一九九九年訪美時, 曾經向密蘇里州州長求情赦免一死刑犯。ROBERT JAY LIFTON & GREG MITCHELL, WHO OWNS DEATH? CAPITAL PUNISHMENT, THE AMERICAN CONSCIENCE, AND THE END OF EXECUTION, 9-14 (NY: Harper Collins, 2000).

最高的法律，然而聯邦卻無權力迫使各州接受該條約的束縛。因此要靠國際輿論施壓各州的作用不大，只有等待各州民意自主轉向，州議會才可能修法廢止死刑。而靠一州一州行動，一再廢止死刑又一再恢復，此起彼落，不知何時才可能全面肅清死刑。如欲靠司法判決廢除死刑，然而司法亦不能背離民意，須根據當代社會所認定之進化中正當行為標準 (evolving standard of decency) 為斷。¹¹而美國聯邦法院對州法並無管轄權，必須靠法院擴張解釋取得法律根據，慢慢擴大管轄範圍。¹²

本文擬從美國聯邦主義與美國民意二個角度觀察美國死刑制度存廢的發展，探索這兩項因素如何在全國五十州產生不同的影響，呈現不一致的面貌。首先追索美國廢止死刑運動之源頭，各州廢止死刑之動狀，並分析各州廢止死刑之因素。次檢視美國最高法院歷年死刑案件之審理原則，觀其如何透過解釋，漸漸取得死刑決策權，隨著時代演進而漸漸限制死刑之適用範圍，並同時接受美國民意考驗。最後檢視美國民意對死刑態度的轉變及分析其轉變的因素，並檢討民意調查的意涵、可靠度，及是否適宜做政府重要決策的指標。

貳、美國聯邦主義與各州死刑制度之發展

美國是聯邦制國家，聯邦政府只擁有憲法所列舉的有限授權，其餘權力保留給州與人民。美國開國時，聯邦政府管轄事務非常有限，只有少數侵犯到聯邦權力的全國性犯罪，如走私、逃稅、非法移民、偽造貨幣、侵害郵局業務、公海上犯罪（海盜、販毒等），才歸屬聯邦刑法管轄。¹³其餘在各州境內所發生之一般普通刑法之犯罪都劃歸各州政府管轄，因此百分之九十九以上之死刑案件，都發生

在各州的管轄區內。¹⁴美國除了聯邦政府與五十個州政府之外，還有首都華盛頓特區 (Washington D. C.) 及兩個海外託管地 (Puerto Rico 與 Virgin Islands)，而聯邦刑法又分普通刑法與軍事刑法，故美國全國劃分為五十五個獨立的刑法管轄區。每個管轄區依各自的情境需要，發展出不同的樣貌。有的維持死刑，有的早已廢止死刑，亦有廢除之後又恢復，恢復之後又再廢除者，不一而足。美國聯邦人民周遊於五十五個獨立的刑法王國內，一點都沒有全國統一刑法之概念。一旦不幸觸法，就看其運氣落在有無死刑之轄區，而可能有生死不同的命運。美國聯邦主義須尊重各州之主權，法律平等只及於轄區內之平等，非全國一致性之平等。即使在聯邦轄區內，司法部長擬尋求全國一致性的求刑處分，都有反對的聲音。¹⁵

由英屬殖民地獨立而成的美國，其文化與英國是同源，而且歐美大陸互動頻繁，新書出版流傳很快，美洲大陸隨時有機會吸收歐洲文化。當十七世紀英國移民初抵美洲大陸，死刑制度亦隨著母國的刑法登陸，大多數美洲殖民地沿襲著當時甚為嚴厲之英國刑法。¹⁶然亦有教友派 (Quaker) 之殖民地，因為宗教信仰而完全沒有死刑。¹⁷十八世紀美國亦受歐洲啟蒙運動 (the Enlightenment) 之影響，在歐洲誕生的廢止死刑運動馬上傳到美國。歐洲啟蒙思想大師如孟德斯鳩 (Charles Louis de Secondat Montesquieu, 1689-1755)、伏爾泰 (Voltaire, pen name of François-Marie Arouet, 1694-1778) 與盧梭 (Jean-Jacques Rousseau, 1712-78) 等人對死刑問題都有個案性探討，而義大利刑罰學家貝加利亞 (Cesare Beccaria,

¹⁴ 以 2001 年為例，美國被判死刑的總數為 3,581 人，聯邦人犯只有 19 人，佔 0.53%。See SNELL & MARUSCHAK, *supra* note 8, at 6, tbl.5. 聯邦很少執行死刑，自一九六三年即未曾執行死刑，但 1995 年奧克拉荷馬州首府發生聯邦大樓爆炸案，炸死 168 人，兇手麥克維 (Timothy McVeigh) 於 2001 年六月十一日被處死，破了聯邦政府三十八年來未曾執行死刑之記錄。

¹⁵ See John Gleeson, *Supervising Federal Capital Punishment: Why the Attorney General Should Defer When U.S. Attorneys Recommend Against the Death Penalty*, 89 VA. L. REV. 1697, 1721 (2003). 此文作者為聯邦地區法院法官，呼籲聯邦司法部長應尊重各地區文化及各地區檢察官所作之處分。

¹⁶ 例如在一六四一年麻州灣殖民地 (Massachusetts Bay Colony) 所訂定之法典 (The Body of Liberties) 共有十二項死刑名目：異教 (idolatry)、巫術 (witchcraft)、褻瀆 (blasphemy)、謀殺 (murder)、義憤殺人 (manslaughter)、毒殺 (poisoning)、獸交 (bestiality)、雞姦 (sodomy)、通姦 (adultery)、綁架 (man-stealing)、在死刑案件作偽證 (false witness in capital case)、謀叛 (conspiracy and rebellion)。Capital Laws, *The Body of Liberties, 1641*, in WILLIAM H. WHITMORE, A BIBLIOGRAPHICAL SKETCH OF THE LAWS OF THE MASSACHUSETTS COLONY FROM 1630 TO 1680, at 55 (Boston: Rockwell and Churchill, 1890). 麻州灣殖民地之法典為當時之模範法典，鄰近之其他英格蘭殖民地均加以模仿抄襲。

¹⁷ 教友派殖民地如賓州 (Pennsylvania) 與西紐澤西 (West New Jersey) 所在地之德拉瓦谷 (Delaware Valley) 是當時英語世界裡刑罰最輕的地區。STUART BANNER, THE DEATH PENALTY: AN AMERICAN HISTORY 6 (Harvard U. Pr.: 2002).

¹¹ Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 (1958).

¹² 採聯邦制的國家，傾向於聯邦權力不斷擴大，美國亦不例外。為了因應急遽的社會經濟變遷，對於公眾要求的社會立法，各州總是落後，常由聯邦首先採用適當有效措施，導致聯邦職務不斷擴張與權力不斷擴大。

¹³ 美國早期也許由於聯邦犯罪不多，聯邦沒有自己的調查局，也沒有監獄。聯邦犯人像付費的旅客，寄居在州監獄內。例如早年聯邦政府付給加州監獄每個聯邦人犯每天伙食費 40 分，可以吃三餐，而加州自己的人犯因為每人伙食費只有 25 分，只能吃兩餐。LAWRENCE M. FRIEDMAN & ROBERT V. PERCIVAL, THE ROOTS OF JUSTICE: CRIME AND PUNISHMENT IN ALAMEDA COUNTY, CALIFORNIA, 1870-1910, at 300 (1981).

1738-94) 則更深入研究死刑問題，集前輩思想家的觀點，發展出一套有完整體系的廢止死刑理論，撰成有名的《論犯罪與刑罰》一書，於一七六四年在義大利出版。此書後來被譯成多國文字，廣泛流傳全世界，影響至深且遠，後世尊稱為「世界廢止死刑運動之父」。¹⁸《論犯罪與刑罰》英譯本於一七六七年在英國倫敦與都柏林出版，美洲殖民地的政治菁英與開國制憲者，包括未來的美國前三任總統華盛頓 (George Washington)、亞當斯 (John Adams) 與傑佛遜 (Thomas Jefferson)，幾乎都人手一本。美洲版於一七七〇年首先在費城與紐約出版，其他地區亦隨後出版，或連載於各地之報刊雜誌上，¹⁹對各州的制憲與刑法改革亦影響至深。

在歐洲廢止死刑運動的影響下，美國社會菁英亦開始辯論死刑的存廢問題。號稱「美國廢止死刑運動之父」的費城醫生芮西 (Dr. Benjamin Rush, 1745-1813)，主張刑罰應與犯罪相稱，得到當時政治名流如傑佛遜 (Thomas Jefferson, 1743-1826)、富蘭克林 (Benjamin Franklin, 1706-1790)、貝諾福 (William Bradford, Pennsylvania's attorney general) 等多人之支持，在費城展開廢止死刑運動，並出版刊物宣揚其理念。²⁰在其影響下，一七八六年賓州修改刑法，廢除不涉人命之強盜 (robbery)、夜盜 (burglary)、雞姦 (sodomy) 與獸姦 (buggery) 之死刑罪名，至一七九四年並將謀殺罪分等級，獨留一級謀殺罪死刑名目，其他州亦跟進。此時各州開發繁榮，自一七八〇至九〇年間，賓州、麻州、紐約、紐澤西、維吉尼亞、肯塔基等州已聚積足夠財力，開始興建監獄，收容原來應判死刑或身體刑之犯人在監獄服勞役。十八世紀後期的啟蒙運動思想家研究犯罪的成因，發現是由非犯人所能控制之遺傳與環境因素造成，是故刑罰之報應目的 (retribution) 顯無意義。犯人犯罪猶如心理生病，需要治療輔導，監獄猶如醫院，提供犯人矯治悔改的場

¹⁸ CESARE BECCARIA, ON CRIMES AND PUNISHMENTS (Italy, 764), translated by Henry Paolucci, (Indianapolis: Bobbs-Merrill Educational Publishing, 1963). 本書為歐陸法系國家的刑法理論與刑事政策奠立基礎，堪稱為影響後代最深的刑法經典之作。據稱為自聖經以來譯本最多之著作之一。一七六四年在義大利出版後，二年後法文譯本出版，其後幾年之間，英文、德文、西班牙文、波蘭文譯本亦相繼問世。二百多年後亦出現中文譯本，見李茂生譯，《論犯罪與刑罰》，1993年，協志。See also MARCELLO MAESTRO, CESARE BECCARIA AND THE ORIGINS OF PENAL REFORM (Philadelphia: Temple U. Pr., 1973).

¹⁹ 如 *Worcester Gazette*、*New Haven Gazette*、*Connecticut Magazine*. See Paul M. Spurlin, *Beccaria's Essay on Crimes and Punishments in Eighteenth Century America*, 27 *STUDIES ON VOLTAIRE AND THE EIGHTEENTH CENTURY* 1489-1504 (1963).

²⁰ See e.g. Benjamin Rush, *An Enquiry into the Justice and Policy of Punishing Murder by Death*, 4 *AMERICAN MUSEUM* 79 (1788); *Rejoinder to a Reply to the Enquiry into the Justice and Policy of Punishing Murder by Death*, 5 *AMERICAN MUSEUM* 122 (1789). See also GEORGE W. CORNER, ed., *THE AUTOBIOGRAPHY OF BENJAMIN RUSH* (Princeton: Princeton U. Pr., 1948).

所 (a house of repentance)。²¹美國監獄名為「悔罪所」(penitentiary)，即欲令犯人在監獄悔罪改過向善，以俾重回正常社會，達到更生目的 (rehabilitation)。當時很多人認為監獄的發明在預防犯罪方面比死刑更為有效，建了監獄，死刑即無存在之必要。²²

美國新英格蘭區及北部發展與英國較接近。其中尤以麻州特別重視人權與正義之傳統，從一八〇四年起即有熱心的州長、律師及議員鼓吹廢止死刑，並於一八三六、一八三七、一八四五及一八五一年相繼在州議會提案廢止死刑，可惜沒有通過。²³英國倫敦於一八二九年成立「廢止死刑協會」，麻州隨於一八四五年亦成立「麻州廢止死刑協會」(Massachusetts Society for the Abolition of Capital Punishment)。²⁴一八四六年密西根首先廢除了「叛國罪」(treason) 以外之全部死刑名目，使該州成為在英語系國家第一個廢止普通犯罪死刑之地區。²⁵至一八五二年及一八五三年，羅德島州與威斯康辛州亦相繼廢止死刑。²⁶此三州為美國內戰前僅有的廢除死刑之州。

至一八六〇年，除了南方蓄奴之州 (Southern States) 外，其他州幾乎都立法縮減死刑名目，僅留謀殺罪與叛國罪而已。可見美國北方各州死刑制度之發展，與歐洲亦步亦趨，甚至在減輕刑罰與興建監獄方面比歐洲還進步。²⁷而南方各州刑法改革速度，對白人而言，與北方並無太大懸殊，在美國內戰前，已無白人因強姦罪被判處死刑之例子。對黑人而言則完全不同，在南方各州都有一套特別的黑

²¹ DONALD H. MEYER, *THE DEMOCRATIC ENLIGHTENMENT* 88-90 (NY: G. P. Putmans Sons, 1976).

²² See ADAM JAY HIRSCH, *THE RISE OF THE PENITENTIARY: PRISONS AND PUNISHMENT IN EARLY AMERICA* (New Haven: Yale U. Pr., 1992).

²³ See Alan Rogers, *Under Sentence of Death: The Movement to Abolish Capital Punishment in Massachusetts, 1835-1849*, 66 *NEW ENGLAND Q.* 27-46 (1993).

²⁴ See JAMES B. CHRISTOPH, *CAPITAL PUNISHMENT AND BRITISH POLITICS: THE BRITISH MOVEMENT TO ABOLISH THE DEATH PENALTY, 1945-1957*(1962), *BOSTON POST*, 23 January and 10 February 1845.

²⁵ Mich. R. S. 1846, c.153, s.1. 普通平時犯罪係相對於戰時軍事犯罪，後者特指叛國、間諜、逃兵等罪，但叛國罪多備而不用，各州從無任何人被引用叛國罪判處死刑的紀錄。1846年密西根仍是美國領地 (territory)，至1847年該法生效時，密西根已經建州。

²⁶ R. I. 1852, p.12; wis. 1853, c.103. 威斯康辛州在1838年仍屬密西根領地時，即事實上不執行死刑，至一八五三年在法律上正式廢止死刑。

²⁷ 美國的輕刑景象讓歐洲訪客都感到驚訝。有名的《美國的民主》作者托克威爾 (Alexis de Tocqueville, 1805-1859) 被法國政府派往美國考察監獄制度，發現在這世界上再沒有比美國刑罰更輕的地方 (In no country is criminal justice administered with more mildness than in the United States.)。ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *DEMOCRACY IN AMERICA* 2: 176 (1835; New York: Vintage, 1945). 英國女小說家及經濟學家馬蒂諾 (Harriet Martineau) 在訪問美國時，預言美國北部的州不久就會廢止死刑。HARRIET MARTINEAU, *SOCIETY IN AMERICA* 2: 287 (New York: Saunders and Otley, 1837).

奴法 (slave laws)。²⁸德州、維吉尼亞、佛羅里達、路易西安那、密西西比、南卡羅來那、田納西等州之法律，黑人意圖強姦 (attempted rape) 白人婦女，即使未遂亦處死刑。²⁹對犯罪的黑奴而言，更悲慘的還有法外私刑 (lynching)，被私刑致死的黑人人數，比被判處死刑的人數還多，³⁰或者為避免黑奴主人的財產損失，而將犯罪之黑奴賣給黑奴販子，轉賣至國外。³¹可見南方各州保留死刑的因素，與黑奴制度有絕大關聯，因為黑奴制度使得美國南北方對死刑態度有著明顯的落差。³²美國現有三十八州保留死刑，但其中有六州未曾執行死刑，有些州執行人數非常稀少，每年只有一個至數個，而有將近百分之九十的死刑都集中於南方之州，如德州、奧克拉荷馬、維吉尼亞、北卡羅萊納、喬治亞、佛羅里達等州。其中以德州最多，佔全國 35%，堪稱為死刑之州。³³南方大量使用死刑的習慣，在黑奴解放一個半世紀之後，仍繼續存在。

美國廢止死刑運動從來沒有停止過，各種社會、宗教團體及各種形式的美國廢止死刑聯盟 (American League to Abolish Capital Punishment) 持續存在，不斷從事遊說州議會與出版文宣等活動，但成效很慢。自內戰後至二十世紀前繼續有愛荷華、緬因、科羅拉多三州廢除死刑。自一九〇七年至一九一七年，即第一次世

紀大戰前，又有堪薩斯、明尼蘇達、華盛頓、奧勒岡、北達科達、南達科達、亞利桑納、密蘇里與田納西 (廢止謀殺罪卻保留強姦罪) 九州廢除死刑。但其中大部分的州僅維持數年旋即再恢復死刑。在兩次世界大戰間沒有一州有廢止死刑的動作。另一波廢止死刑運動則在五〇年代以後。一九五七年阿拉斯加、夏威夷兩個領地廢止死刑，一九五八年德拉瓦州廢止死刑，又於一九六一年恢復。一九六四年奧勒岡州舉辦廢止死刑公投，有 60% 的州民投贊成票。一九六五年有紐約、愛荷華、佛蒙特西維吉尼亞四州廢止死刑，同時有二十州的州議會採取行動，提案經一院或二院通過，但被州長否決，沒有成功。一九六六年，美國民意贊成死刑只有 42%，為有史以來最低的比率。至一九六九年就墨西哥成為第十四個廢止死刑之州。此時美國反對死刑之氣氛已達高潮，當時民意反對死刑比贊成的人還多。³⁴

美國自一八四六年以來，曾經有二十個州廢止死刑，目前仍有阿拉斯加、夏威夷、愛荷華、緬因、麻薩秋塞、密西根、明尼蘇達、北達科達、羅德島、佛蒙特、西維吉尼亞、威斯康辛等十二州，與華府特區及海外領地仍維持廢止死刑不變。³⁵要瞭解什麼因素使各州決定廢止死刑，可以從觀察廢止死刑之州有何共同特徵來找答案。上述廢止死刑之州，一般都是人口較少，或地處偏遠，人口同質性較高，流動率較低，暴力犯罪與謀殺率較低，治安較好的地區。³⁶但密西根州是個例外，它有大都市底特律汽車工業城，吸引很多南部的黑人與藍領階級的白人

²⁸ 在 1856 年據一位學者統計南方各州黑奴法，在喬治亞州對黑人有 66 項死刑名目，對白人只有一項 (謀殺罪)，在密西西比州黑奴有 38 項死刑罪名，白人則一項都沒有。其他的州都有類似的黑白不平衡狀態。GEORGE M. STROUD, A SKETCH OF THE LAWS RELATING TO SLAVEY IN THE SEVERAL STATES OF THE UNITED STATES OF AMERICA, 75-87 (2nd ed. Philadelphia: Henry Longstreth, 1856).

²⁹ 在 1977 年美國最高法院禁止強姦罪判處死刑 (Coker v. Georgia, 433 U.S. 584) 之前，美國有 455 人因為強姦罪被判死刑，其中 90% 以上均為黑人。See COLE, *supra* note 5.

³⁰ 私刑是一種法外的死刑，在十九世紀末至二十世紀初的南方非常普遍，法外私刑與法內死刑的界線並不分明，因為執法者可能都是同一批人，而執行的方式也一樣快速。1906 年在肯塔基州有一黑人強姦白人婦女，在 50 分鐘內即被陪審團判處死刑。在德州黑人強姦犯也在四小時內即被絞死。在肯塔基州，一八七〇年代有 82 件私刑案及 6 件死刑案，一八九〇年代，有 92 件私刑案及 40 件死刑案。自一八六五年至一九四〇年間，總計有 229 件死刑案及 353 件私刑案。GEORGE C. WRIGHT, RACIAL VIOLENCE IN KENTUCKY, 1865-1940: LYNCHINGS, MOB RULE, AND "LEGAL LYNCHINGS" 71, 227 (Baton Rouge: Louisiana State U. Pr., 1990).

³¹ 在 1801 年至 1858 年維吉尼亞州有 900 多個黑奴被販賣至國外。See PHILIP J. SCHWARZ, TWICE CONDEMNED: SLAVES AND THE CRIMINAL LAWS OF VIRGINIA, 1707-1865, 27-29 (Baton Rouge: Louisiana U. Pr. 1988).

³² MICHAEL STEPHEN HINDUS, PRISON AND PLANTATION: CRIME, JUSTICE, AND AUTHORITY IN MASSACHUSETTS AND SOUTH CAROLINA, 1767-1878, 221-225 (Chapel Hill: U. of N. C. Pr., 1980).

³³ 美國在一九七七年恢復死刑執行後至一九九九年，共有 598 人被處死，其中德州 199 人、維吉尼亞 73 人、佛羅里達 44 人、密蘇里州 41 人、路易西安那州 25 人、北卡羅來納州 24 人、喬治亞州 23 人、阿肯薩司州 21 人、阿拉巴馬州 19 人、亞利桑納州 19 人、奧克拉荷馬州 19 人。See BANNER, *supra* notice 17, at 278. See generally Death Penalty Information Center, Year End Report 2003(2003). Available at <<http://www.deathpenaltyinfo.org>>.

³⁴ See BANNER, *supra* note 17, at 220-223, 244.

³⁵ 其中麻薩秋塞、羅德島與佛蒙特三州並非由州議會正式立法廢止死刑。麻州是由該州最高法院 (Massachusetts Supreme Judicial Court) 在 1975 年、1980 年及 1984 年三度判決該州死刑法律違反州憲而無效。羅州在廢止死刑 121 年後，州議會於 1973 年恢復死刑，但在 1979 年被州最高法院宣判違憲，其間並無執行死刑紀錄。佛州曾於 1843 年通過一項法律，規定死刑宣判後需等待十五個月後執行，當時的州長史雷得 (William Slade) 在等待十五個月後仍拒絕頒發執行令，而州議會並沒有採取任何譴責行動。1972 年美國最高法院宣判各州死刑法律無效後，佛州議會並沒有重新制訂新的死刑法律。佛州成為廢止死刑的州乃是由於州議會之立法懈怠 (legislative inaction)。See GALLIHER, KOCH, KEYS & GUESS, AMERICA WITHOUT THE DEATH PENALTY: STATES LEADING THE WAY, 220-225 (2002). 緬因州首先於 1837 年訂立法律，規定在死刑判罪與執行間需有一年等待期。由於此法律的影響使得緬因州在 1837 年至 1863 年間無人被執行死刑。新英格蘭區其他州亦跟進，除了佛州外，還有紐罕布什州、麻州，甚至紐約州。這是各州尚未廢止死刑之前，對死刑嚴峻效果的一種緩衝處分，有助於將來廢止的準備。See TOBIAS PURRINGTON, REPORT ON CAPITAL PUNISHMENT MADE TO THE MAINE LEGISLATURE IN 1836 (Boston: John Wilson & Son, 1852); Edward Schriver, *Reluctant Hangman: The State of Main and Capital Punishment, 1820-1887*, 63 NEW ENGLAND Q. 271-287 (1990).

³⁶ Bijou Yang & David Lister, *Which States Have the Death Penalty: Data from 1980*, 65 PSYCHOLOGICAL REPORTS 185-86 (1989).

流入。³⁷在一九〇〇年至一九七〇年間，黑人成長人口排名全美第四，暴力犯罪多，謀殺率相當高。³⁸然而密州早期居民來自新英格蘭區與紐約州北部，有清教徒（Puritan Yankee）背景，他們自始就反對死刑與反對奴隸制，認為死刑是針對黑人而設，很早就廢除死刑。在大量外來移民之前，密州已有百年的廢止死刑歷史，人們已不習慣執行死刑，再殘忍的犯罪至多也處終身監禁而已。³⁹由於密西根州是英語系國家中最早廢止死刑的政府，該州大部分的政治領袖、社會菁英、法官、律師，甚至汽車工業老闆亨利福特（Henry Ford）都以此為傲而反對死刑。⁴⁰雖然該州後來仍有數十次恢復死刑提案，都被各種宗教、社會團體與大眾媒體大肆撻伐，認為是文明倒退，回到野蠻時代。每次提案或被州議會拒絕，或被州長否決，或被提諸公民投票沒有通過，沒有一次成功過。可見越少執行死刑，越不習慣執行死刑，而越長的廢止死刑歷史，竟是維持廢止死刑之因素。其他阿拉斯加州、夏威夷州與華盛頓特區，這三個地方廢止死刑有一個共同特殊之處，在於這些地方都由非白人的少數族裔佔居民多數，由當地愛斯基摩人、日裔美人與華府黑人之多數作主廢止了死刑。⁴¹

三、司法聯邦主義與美國最高法院死刑案件判決

死刑乃人類最古老的刑罰之一，幾乎每個國家都有長遠的死刑歷史。世界上死刑存廢之爭已持續了二百多年，贊成與反對雙方都有其支持理論。各國是否要廢止死刑，一般都由立法機關依其國情與民意來決定，如果立法機關不廢止死刑，有無可能由司法機關依客觀理性判斷，來裁決其合法性或適當性？世界上已有先例，一九九五年南非共和國在曼德拉（Nelson Rolihlahla Mandela）總統剛取得政權不久，其新成立的憲法法院（Constitutional Court of South Africa）即根據一九九三年新訂的憲法，宣判死刑違反憲法所保障的生命權而無效。⁴²然而此判決竟是取

法於一九七二年美國最高法院之判決。

國家有無權力剝奪人民的生命？依人道主義與尊重人性尊嚴的理論，答案是否定的，這也是啟蒙時代以來一些思想家所一再強調的。⁴³從文明進化的觀點，死刑是舊時代專制政權之遺物。過去很多種殘酷的肉刑都完全廢除了，比肉刑更殘忍地剝奪人類生命之極刑，為何還不廢止呢？依近代之刑罰謙抑思想與刑罰人道主義，刑罰為最後手段，要在萬不得已的情況下才使用，並應以最小限度的方式為之，盡量降低刑罰對人身造成的痛苦成分及消除無益的摧殘成分。尤其歐洲國家在經過二次世界大戰洗禮後，意識到戰爭對生命的殘酷摧殘，開始省思生命的意義，覺悟到生活在沒有死刑的社會，人的價值與尊嚴方能體現。現代已是注重人權的時代，生命權是人權的核心。沒有生命，人權焉附？生命權乃現在民主社會的基本價值，每個生命，包括犯罪的生命，都應受尊重。生命本身就是目的，不能被當作達成其他目的的手段。廢除死刑乃是保障生命權，有助於人性尊嚴之提昇與人權發展之進步。

死刑剝奪人類的生命，從人道觀點看是極為殘酷的。美國大法官懷特（Byron R. White）說，死刑在字典上的意義是殘酷的，但在憲法上的意義，卻為了達到某種社會目的而被正當化。⁴⁴在美國，死刑的合憲性在一九七二年以前從來沒有被質疑過。⁴⁵因為死刑有史以來即存在，美國制憲者並無意廢止死刑。憲法增修條文第五條及第十四條都默許死刑之存在，只要求符合法律正當程序（due process of law）與平等保護（equal protection）條款即可。除非違憲，依三權分立原則，法院並無權力決定死刑政策。依美國聯邦分權制度，州之死刑案件屬於州法問題，由州的司法機關管轄，聯邦法院原無權力加以審查。根據「獨立而適當的州理由理論」（doctrine of the independent and adequate state ground），州法院即依當地的道德標準與價值觀來做判斷。⁴⁶美國憲法並無禁止死刑之明文規定，但是一七九一年通過

³⁷ 底特律在1916年黑人人口約有一萬人，至1943年已有22萬人，而1940至1943年約有44萬白人從南方移入，這些外來人口幾乎佔底特律人口之一半，常發生種族間的暴力衝突。ALFRED McCLUNG LEE & NORMAN DAYMOND HUMPHERY, RACE RIOT (New York: Dryden Press, 1943).

³⁸ 自1945至1954年，密西根州之謀殺率（mean murder rate）為每十萬人44人，全美排名第二十六，但逐漸升高，至1983年，已排名全美第九。U.S. DEPARTMENT OF COMMERCE, STATISTICAL ABSTRACTS OF THE UNITED STATES, 68th to 106th ed., 1947-86 (Washington D.C.: Government Printing Office, 1986).

³⁹ Edward W. Bennett, *The Reason for Michigan's Abolition of Capital Punishment*, 62 MICHIGAN HISTORY MAGAZINE 42-55 (1978).

⁴⁰ HENRY FORD, HENRY FORD ON CAPITAL PUNISHMENT (NY: League to Abolish Capital Punishment, 1927).

⁴¹ See GALLIHER, KOCH, KEYS & GUESS, *supra* note 35, at 206.

⁴² State v. T. Makwanyane and another, (1995) 16 HRLJ 154. 該判決引用世界各國法院判例，包括美國

最高法院1972年之 *Furman v. Georgia* 案。Furman v. Georgia, 408 U.S. 238.

⁴³ JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT (London, 1698), ed. Peter Laslett, 2d ed., 302, 375 (Cambridge: Cambridge U. Pr., 1970); David Heyd, *Hobbes on Capital Punishment*, 8 HISTORY OF PHILOSOPHY Q. 119-134 (1991); JEAN JACQUES ROUSSEAU, THE SOCIAL CONTRACT 398 (1762; Chicago: Encyclopedia Britannica, 1952).

⁴⁴ Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972) (White, J. concurring).

⁴⁵ 美國最高法院在本案之前一案件 *McGautha v. California*, 402 U.S. 183 (1971)，仍然承認死刑的合憲性，該案依憲法增修條文第十四條「法律正當程序」條款挑戰死刑之合憲性沒有成功。

⁴⁶ Robert Woll, *The Death Penalty and Federalism: Eighth Amendment Constrains Allocation of State Decision making Power*, 35 STAN. L. REV. 787 (1983). Wyan J. Mandery, *Federal Jurisprudence State Autonomy: Federalism and the Death Penalty*, 66 ALB. L. REV. 809 (2003).

的憲法增修條文第八條禁止「殘酷與不尋常之刑罰」條款，冬眠了近百年後，經過最高法院漸進的擴張解釋，至一九七二年突然起死回生發揮功效，使美國最高法院據以宣判美國當時各州死刑法律違憲而無效，造成了聯邦法院得以審查州之死刑案件的一個例外。美國最高法院一九七二年 *Furman v. Georgia* 之判決是一個突然的轉折，使人樂觀地誤判，以為美國由司法判決來廢止死刑之策略已達到目的。⁴⁷

美國憲法增修條文第八條禁止對人民要求過多的保釋金、科以過重的罰金、或處以殘酷與不尋常之刑罰。⁴⁸美國一七九一年通過的憲法前十條增修條文，通稱權利典章 (Bill of Rights)，旨在限制聯邦政府權力，以保障人民與州之權利，原與死刑無關，亦無意限制州權。但一八六八年美國內戰後所增訂的第十四條增修條文對州之權力亦有類似的限制，以保障人民的權利。⁴⁹根據此增修條文，美國最高法院即在案件中，解釋很多權利典章上限制聯邦政府權力的規定，亦同樣適用於限制州政府，法學上稱這種作用為併入程序 (incorporation process)。憲法中「殘酷與不尋常之刑罰」條款，即在一九六二年經最高法院依併入程序解釋為亦適用於州。⁵⁰本來大部分州憲都有類似「殘酷與不尋常之刑罰」條款，⁵¹州民受同樣保護。但各州法院是否有意願或有機會引用此條款，要靠一州一州個別行動，無法立即達成全國一致性的效果。而透過此解釋，美國最高法院即有法律根據，藉以審查各州的死刑案件是否違憲，一舉宣布全國各州死刑法律無效，併入程序的意義即在於此。

禁止「殘酷與不尋常之刑罰」條款，出自一六八九年英國之權利典章 (English Bill of Rights)，當時英國國會為制止國王詹姆士二世 (King James II) 之血腥逮捕 (bloody assizes) 並恣意處死大批異議份子之殘酷行為，而訂立此條款。英國移民將此條款帶至世界各殖民地，幾乎所有英語系國家的法律都有此規定，包括美國聯邦憲法與各州憲法，以及南非共和國憲法。在美國，這個憲法條款在制定時就

被認為是過時的英國遺物，幾乎有一個世紀的時間沒有被最高法院引用過。美國最高法院大法官史多利 (Joseph Story)，也是有名的大法學家，在其一八三三年出版之名著《憲法釋義》(Commentaries on the Constitution) 中提到此條款，認為美國是進步文明的新國家，無虞有殘酷的刑罰，此條款對美國是多餘的，頂多留為告誡而已。⁵²

殘酷刑罰的原意指的是引起不必要痛苦的野蠻酷刑，並不包括死刑。如果憲法解釋要死守立法原意，此條款即成死條文，不可能發揮任何作用。最高法院在一八七九年首次引用該條款，當時猶他領地 (Utah territory) 死刑執行方式以槍決代替絞刑，全體大法官一致支持，認為不構成殘酷刑罰。⁵³一八九〇年紐約州死刑執行方式首先採用電椅，因為當時殘酷刑罰條款尚未經過併入程序，不適用於州，聯邦法院對之並無管轄權，故尊重州自主決定。⁵⁴在此二案件中，法院所要審查的標的是死刑執行方式，而非死刑本身是否殘酷。此種適用，離該條款原意不遠。至一九一〇年 *Weems v. United States* 案，法院對該條款之解釋已醞生出新義。法院認為「殘酷與不尋常之刑罰」意義，「不要固著於過時的定義，得從因人道正義啟蒙的公眾意見中獲取新義 (“is not fastened to the absolute but may acquire meanings as public opinion becomes enlightened by humane justice”)」。是故該條款不只針對原意所指的野蠻酷刑，也擴大包括與犯罪不相稱的過度刑罰 (disproportionate punishment)。法院在 *Weems* 案首次依此條款的新義而宣判某種非死刑之刑罰與犯罪不成比例，是過度刑罰，即為殘酷刑罰而違憲。⁵⁵至一九五六年 *Trop v. Dulles* 案，法院則更進一步宣稱該條款範圍並非固定，應根據代表成熟進步的社會所發展出的正當行為標準 (“The Amendment must draw its meaning from the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society”)。⁵⁶殘酷條款透過聯邦最高法院此類擴大解釋，慢慢墊基發展，引發出死刑為過度刑罰的可能性，使死刑與殘酷刑罰發生關聯，為死刑違憲說開了一條新路。

美國全國振興有色人種協會 (National Association for the advancement of

⁴⁷ ROBERT M. BOHM, DEATHQUEST: AN INTRODUCTUON TO THE THEORY AND PRACTICE OF CAPITAL PUNISHMENT IN THE UNITED STATES (Cincinnati: Anderson Publishing, 1999).

⁴⁸ “Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.” U.S. Const. Amend. III.

⁴⁹ “No State shall deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person with it’s jurisdiction the equal protection of the laws.” U.S. Const. Amend XIV.

⁵⁰ *Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1962).

⁵¹ 美國有四十一州的憲法禁止殘酷與(或)不尋常之刑罰，另有六州禁止殘酷之刑罰。BARRY LATZER, DEATH PENALTY CASES: LEADING U.S. SUPREME COURT CASES ON CAPITAL PUNISHMENT 3 (2nd ed. 2002).

⁵² JOSEPH STORY, COMMENTARIES ON THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES 710-711 (Boston: Hillard, Gray, 1833). 史多利大法官任教於哈佛法學院，此書成為該校幾個世代的憲法學教科書。

⁵³ *Wilkerson v. Utah*, 99 U.S. 130 (1879). 因為當時猶他尚未建州，屬聯邦領地，歸聯邦法院管轄。

⁵⁴ *In re Kemmler*, 136 U.S. 436 (1890).

⁵⁵ *Weems v. United States*, 217 U.S. 349 (1910). 本案在美國統治下的一菲律賓人，因偽造政府文書被判刑十二年加腳鍊監禁，罪與罰顯不相當，法院推翻其判決。

⁵⁶ *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958). 本案被告因二次世界大戰逃兵被褫奪公民權，法院依現代文明標準判斷顯為過度刑罰而違憲。

Colored People, NAACP) 於一九〇九年成立，以幫助黑人爭取平等待遇為宗旨，至一九五〇年代有律師團加入，成立法律辯護基金 (Legal Defense Fund, LDF)，以訴訟為手段，幫助黑人爭取權利，在民權方面已經獲得不少勝利，最有名的案件如 *Brown v. Board of Education*，⁵⁷ 得以取消種族隔離政策，使黑人有爭取實質平等的機會。他們也為黑人死刑犯辯護，引用憲法法律正當程序、平等保護等條款，並引證各州黑人與白人犯同樣罪卻有不同判決結果的實際統計數據，卻都因為無法證明陪審團有種族歧視的故意，而無法說服法官開脫黑人之死罪。⁵⁸ 至一九六一年在一件黑人犯夜盜與意圖強姦案件，一位美國民權聯盟 (American Civil Liberties, ACLU) 律師 Gerald Gottlieb 建議改用「殘酷與不尋常之刑罰」條款為該犯辯護，卻因該犯後來沒有被判死刑而是終身監禁，因而沒有機會用到。⁵⁹

出乎大家意料之外，引用殘酷刑罰條款判決死刑違憲之偶然契機竟然來自最高法院內部。在六〇年代以前的法學家認為死刑合憲性不值得討論，更沒有想過會經由最高法院來宣判死刑違憲。⁶⁰ 雖然大部分最高法院之大法官個人都認為死刑是不智的，甚至極端厭惡死刑，⁶¹ 但是基於三權分立與司法自制原則，只有尊重國會與各州之立法決策權。至一九六二年最高法院有一位新上任的大法官歌德貝格 (Arthur Goldberg)，他精通勞工法而非刑法，卻被上訴到最高法院的死刑案件煩擾不堪，他從案件中的證據發現這些死刑案的判刑非常武斷、恣意，毫無標準可循，對黑人非常不公平。在一九六三年庭期，他即指示其書記德修維茲 (Alan Dershowitz) 研究攻擊死刑合憲性的可能理由，製作一份備忘錄，以備將來寫判決書之用。此書記剛從法學院畢業，與大法官頗具同感而銜著使命完成任務，希望藉此能挽救無數生命。⁶² 此份備忘錄主要在研究憲法增修條文第八條及第十四條是否禁止死刑與在何種情況下禁止。如果依據前判例 *Weems* 與 *Trop* 之擴張解釋，有可能依現代文明標準，譴責死刑為野蠻殘酷的刑罰。經由國家體制化故意剝奪人

⁵⁷ 347 U.S. 483 (1954).

⁵⁸ Jack Greenberg and Jack Himmelstein, *Varieties of Attack on the Death Penalty*, 15 CRIME AND DELINQUENCY 114-115 (1969). 只有一件 1968 年案件程序攻擊成功，在 *Witherspoon v. Illinois*, 391 U.S. 510，法院廢止了已經存在一百五十年的慣例，即不准反對死刑人士當死刑案件陪審員。

⁵⁹ Gerald H. Gottlieb, *Testing the Death Penalty*, 34 S. CALL. REV. 268-281 (1961).

⁶⁰ ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* 240-242 (Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962).

⁶¹ 例如 Robert Jackson、Felix Frankfurter、Tom Clark、Earl Warren 等大法官都曾公開其個人反對死刑之意見。代表美國歷史上最自由派的華倫法庭的首席大法官 Warren，退休時揭露終其一生他對死刑極端厭惡 ("repulsive")。BANNER, *supra* note 17, at 238-239.

⁶² ALAN M. DERSHOWITZ, *THE BEST DEFENSE* 307 (NY: Random House, 1982). 此書記在收集資料時，或許有看到前述民權律師之建言。See Gottlieb, *supra* note 59.

民生命之制度已被大部分西方文明國家所廢棄，雖然美國當前民意贊成死刑與反對死刑二方比率相當，但應由法院領導建立進步標準，而非跟隨民意。⁶³

當歌德貝格大法官將此份備忘錄傳閱給其他大法官，他們被他這套創新理論嚇呆了，直覺不可思議，不可能為當前社會所接受。華倫大法官怕此份備忘錄如果公開，會損及最高法院的信譽。當時只有道格拉斯 (William Douglas) 與布瑞南 (William Brennan) 二位大法官認同他的觀點。之後此三位大法官即聯合在一件強姦罪死刑案 *Rudolph v. Alabama*，採用該備忘錄之部分意見，共同發表一份不同意見書。⁶⁴ 這份意見書提到了連被告律師都沒有提到的理由，點醒了 LDF 的律師們。如果已經有三位大法官主動關心到死刑對黑人的不公平，那麼就很可能有機會說服其他法官接受死刑違憲說。LDF 將各種可能攻擊死刑之理由製成摘要手冊 (稱做 Last Aid Kits)，傳閱給全國為死刑犯辯護之律師，盡量利用各種訴訟與上訴機會，藉以延緩其當事人死刑之執行，當死囚人數越積越多，法院就越難批准第一次死刑之執行，這是 LDF 應用成功的停止死刑執行策略 ("moratorium strategy")。⁶⁵ 這些訴訟使美國於一九六七年開始停止死刑之執行，並累積效果造成後來 *Furman* 案之判決，造成美國歷史上沒有死刑的十年。可惜啟動契機者歌德貝格大法官此時已離職，並沒有參加 *Furman* 案之判決。

Furman 案是美國歷史上劃時代之判決。因為既無前判例可據，又無憲法明文規定，僅由最高法院五位大法官多數決，藉由創新解釋制定新法律，使美國全國現行的死刑法律均失效，讓當時全國六百多位死囚免於一死。這是英美法系法官造法的典型例子，由法官提供社會變遷的動力。這也是一件非常特殊的判決，僅有一段短短的法庭意見 (per curiam)：「依本案所適用的法律判處死刑的方式，為殘酷與不尋常之刑罰，違反憲法增修條文第八條及第十四條，原判決死刑部分廢棄，發回更審。」沒有一位大法官在意見書具名，因為每位大法官都有不同的判決理由，毫無共識，九位大法官各發表一份長長的意見書，九份意見書合起來有 233 頁，締造最高法院史上最長的判決意見紀錄。⁶⁶ 有五位大法官贊同法庭意見

⁶³ 此份備忘錄當時不敢出版，至二十幾年後才正式公開。Arthur J. Goldberg, *Memorandum to the Conference Re: Capital Punishment, October Term, 1963*, 27 TEX. L. REV. 493-506 (1986).

⁶⁴ 375 U.S. 889 (1963) (Goldberg, J. dissenting from the denial of certiorari).

⁶⁵ See MICHAEL MELTSNER, *CRUEL AND UNUSUAL: THE SUPREME COURT AND CAPITAL PUNISHMENT* 86-107 (N.Y.: Random House, 1973); JACK GREENBERG, *CRUSADERS IN THE COURT: HOW A DEDICATED BAND OF LAWYERS FOUGHT FOR THE CIVIL RIGHTS REVOLUTION* 442 (N.Y.: Basic Books, 1994).

⁶⁶ *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972). 本案判決意見書請參見本文作者自譯之中文節譯，見文後附錄一：(一)。

(concurring)，形成多數決。其中布瑞南 (Brennan) 與馬歇爾 (Marshall) 兩位大法官主張死刑本身違憲，其他三位大法官道格拉斯 (Douglas)、史都華 (Stewart) 與懷特 (White) 並不反對死刑，只是認為本案之死刑判決方式不妥。每年有數萬件死罪謀殺案，卻只有非常稀少之數十件被判死刑，猶如抽中彩券或被雷擊一樣，其中看不出客觀合理的量刑標準，罪與罰並無絕對關係，反而與被害人是白人或謀殺犯是黑人較有關係。陪審團之裁決充滿歧視與偏見，選擇性地試用較少數族裔或社會低階層者身上。三位大法官希望死刑能以更公平的方式執行。另外四位持反對意見的少數 (minority) 大法官，包括首席大法官勃格 (Burger)、布雷克曼 (Blackmun)、包威爾 (Power) 及銳恩蔡斯特 (Rehnquist)，都是剛被尼克森總統任命的新大法官，基於三權分立、司法自制及判例拘束原則之法律信念，他們都認為死刑存廢是刑事政策問題，應由立法機關決定，不宜偽裝為憲法增修條文第八條之爭議，而由司法機關便宜處理。雖然勃格、布雷克曼二位大法官個人立場都反對死刑。布雷克曼至一九九四年，他退休的前一年，在 *Callins* 案⁶⁷才改變他的法律立場，宣稱死刑判決仍充滿著武斷、歧視、漫無標準與錯誤，是一個失敗的實驗，他放棄修補這部死刑判決機器。⁶⁸包威爾則是在他退休之後的一九八七年才改變他對死刑的看法，他承認他在 *Furman* 案的判斷錯誤，死刑不可能公平地執行，當時應該判決死刑違憲。⁶⁹只有銳恩蔡斯特終其一生堅持擁抱死刑，沒有改變立場。銳恩蔡斯特是美國最高法院典型的保守派大法官。他上任後即極度維護州權，常宣判國會革新進步的法律逾越州權而無效，成為保守的新聯邦主義 (New Federalist) 時代。⁷⁰至一九八六年他被雷根總統升任為首席大法官之後，加上數任連續執政的共和黨總統所派任的保守派大法官，包括更保守的斯卡利爾 (Scalia) 與托瑪斯 (Thomas)，組成最高法院絕對保守多數，做出很多保守的判決，使得銳

⁶⁷ *Callins v. Collins*, 510 U.S. 1141. (1994) (*Furman's* essential holding was correct, and the death penalty cannot be administered in accord with our Constitution.) (Blackmun, J. dissenting).

⁶⁸ "From this day forward, I no longer shall tinker with the machinery of death....The death penalty remains fraught with arbitrariness, discrimination, caprice, and mistake.... I believe that the death penalty, as currently administered, is unconstitutional." CONGRESSIONAL QUARTERLY, Feb. 22, 1994.

⁶⁹ JOHN C. JEFFERIES, JR., JUSTICE LEWIS F. POWER, JR. 451-452 (NY: Scribner's, 1994).

⁷⁰ 由銳恩蔡斯特大法官主筆的最代表新聯邦主義時代的案件為 *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976)。該案判決聯邦的公平勞動標準法 (Fair Labor Standards Act) 有關最低工資與最高工時之規定，不得適用於州之公務員。See William Rehnquist, *The Notion of a Living Constitution*, 54 TEX. L. REV. 693, 706 (1976); D. Shapiro, *Mr. Justice Rehnquist: A Preliminary View*, 90 HARV. L. REV. 293 (1976); Laurence Tribe, *Unraveling National League of Cities: The New Federalism and Affirmative Rights to Essential Government Services*, 90 HARV. L. REV. 1965 (1977); Jeff Powell, *The Compleat Jeffersonism: Justice Rehnquist and Federalism*, 91 YALE L. J. 1317 (1982).

恩蔡斯特法庭 (1986-) 贏得美國有史以來最保守法院之名聲。⁷¹甚至直到了二〇〇二年，還不顧國際潮流，仍然堅持要宣判美國少年與智障人犯死刑。⁷²

在一九五〇年代末期至一九七〇年代初期，為美國民意贊成死刑最低比率的年代，約在 50% 上下。最低為一九六六年之 42%，此時反對死刑的民意佔 47%，為美國歷史上反對死刑之民意比率首度超過贊成之民意。在此期間美國最高法院得於一九六七年死刑案件訴訟待決期間宣告全國停止死刑執行，並於一九七二年宣判各州當時之死刑法律違憲。但七〇年代以後美國的暴力犯罪與謀殺率急速上升，犯罪問題成為美國民眾最關心的問題。尼克森總統上任後即強調法律與秩序 (law and order)，以嚴厲對付犯罪 (get tough on crime) 為其執政重心。*Furman* 案判決後，各州所有死刑法律失效，引起全國極大的騷動。尼克森政府以恢復死刑為其職志，任命以贊成死刑有名的莫克 (Robert Bork) 為副總檢察長 (Solicitor General)，積極布署，矢志推翻 *Furman* 案。⁷³加州於同年十一月份舉辦公投恢復死刑，各州開始修改死刑法律，至一九七六全國已有三十五個州及聯邦制訂完成新的死刑法律。⁷⁴*Furman* 案將死刑問題推升為美國大眾媒體最受矚目的新聞，引起原來並不在意這項議題的民眾開始注意，支持死刑之民意已升高至 66% 左右。「演化中的正當行為標準」似乎開始轉向回頭，最高法院也跟著民意轉向。此時各州已有數百人依新訂的死刑法律被處死刑，最高法院從眾多上訴案件中，挑選五件代表性的謀殺案件，⁷⁵分別審查喬治亞、佛羅里達、德州、北卡羅來那與路西安那五州新訂的死刑法律之合憲性。這五個案件以 *Gregg v. Georgia*⁷⁶ 為代表合稱之。

各州新修的法律大部分參考模範刑法法典 (Model Penal Code) 的範本。⁷⁷該

⁷¹ JUSTICE OF THE UNITED STATES SUPREME COURT 248-252 (MacMillan, 2001)。對比於之前自由派的法院為華倫法庭 (Earl Warren, 1962-1968, Chief Justice, *id.* at 335-339)，當時正是民權運動最興盛的年代，反對種族歧視與反對死刑運動有相當關聯。

⁷² See e.g. *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 206 (2002)。不過此時銳恩蔡斯特、斯卡利爾與托瑪斯三人意見已成為少數意見。

⁷³ ROBERT H. BORK, *THE TEMPTING OF AMERICA: THE POLITICAL SEDUCTION OF THE LAW* 219-221 (NY: Free Press, 1990)。在 *Fowler v. North Carolina*, 422 U.S. 1039 (1975)，聯邦政府並提出長篇的法律之友意見書，介入最高法院訴訟，支持死刑之合憲性。Brief for the United States as *Amicus Curiae*, *Fowler v. North Carolina*, 73-1031, 31. *Fowler v. North Carolina*, 422 U.S. 1039 (1975)。

⁷⁴ *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 179-180, nn. 231, 24 (1976)。Walter E. Switzer, *Capital Punishment*, 23 PACIFIC HISTORIAN 68 (1979)。

⁷⁵ *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153; *Proffitt v. Florida*, 428 U.S. 242; *Jurek v. Texas*, 428 U.S. 262; *Woodson v. North Carolina*, 428 U.S. 280; *Roberts v. Louisiana*, 428 U.S. 325。

⁷⁶ 428 U.S. 153 (1976)。中文節譯參見文後附錄一：(二)。

⁷⁷ MODEL PENAL CODE AND COMMENTARIES, pt. II s.210.6 (Philadelphia: American Law Institute, 1980)。

法典規定的死刑審判採雙階程序(bifurcated procedure):有罪裁決階段(guilt stage)與量刑階段(penalty stage)。在被告被判一級謀殺罪確定後,並規定各種刑罰加重情節(aggravating circumstances)與減輕情節(mitigation circumstances),供陪審團依證據斟酌判斷是否判死刑。此種新審判程序似乎已能避免武斷與恣意判決之危險,已令除了布瑞南與馬歇爾二位大法官以外的其他大法官滿意。史都華大法官為判決主筆,他說死刑並非在所有情況下都違憲,對某些極惡的犯罪是合適的。「演化中之正當行為標準」的指標是各州的立法與陪審團的裁決。*Furman*案之後,至少有三十五州重訂死刑法律,有460人依法律被判刑,這兩項證據力是驚人的。他認為死刑有長久的歷史與判例支持,只要罪刑相當仍然能符合人類尊嚴。最高法院審查喬治亞、佛羅里達與德州的法律,維持其死刑判決,但拒絕北卡羅來那與路易西安那州的死刑法律,因為它規定絕對死刑(mandatory death),不予陪審團裁量空間。

布瑞南與馬歇爾贊成死刑本身違憲之少數二票終究抵擋不了強大民意的反攻,由於在*Furman*案五位多數大法官有三位意見轉向,死刑在美國恢復了,而且持續至今,本案判決並沒有被推翻。美國在此案前廢止死刑之步調幾乎與英國同步,英國在一九六五年停止死刑執行,美國兩年後跟進。如果沒有推翻一九七二年*Furman*案之判決,美國就可維持廢止死刑不變。美國恢復死刑之動力可說繫於尼克森總統一身。因為他本身贊成死刑,並任用保守的大法官,使美國失去利用司法判決廢除死刑之機會。或許是美國總統尼克森與英國首相威爾遜(Harold Wilson)理念相差太遠,在死刑政策上英美就此分道揚鑣。然而支撐在美國總統之後的是美國強大的民意,而民意所畏懼的是暴力犯罪,但要靠死刑來抑制犯罪卻是一種不切實際的假想而已。此後最高法院被撤除了尚方寶劍,再不能質疑死刑之合憲性。它繼續審理死刑案件,只要各州能避免武斷恣意判決,即盡量尊重州的法律,仍然根據「演化中的正當行為標準」,只是不知何時才能演化至與西方世界之歐洲國家同樣的標準,此有待於美國民意的轉變。一九七六年以後最高法院仍隨著舊時代變遷,採漸進式地限制死刑適用之趨勢。譬如廢止絕對死刑,⁷⁸廢止強姦罪死刑,⁷⁹禁止對十六歲以下少年犯判死刑。⁸⁰在一九八九年*Penry v. Lynaugh*

美國並無全國統一刑法法典,模範刑法法典是由美國法律學院一些傑出的法官、檢察官及法律教授於1960年代首次編撰而成,以後並陸續增修。此範本僅作學者參考用,並無法律效力。

⁷⁸ 美國至二十世紀中葉各州絕對死刑都已廢止。VICTOR STREIB, DEATH PENALTY IN A NUTSHELL, §4.2 Rejecting Mandatory Death Penalties, 48-50 (2003).

⁷⁹ *Coker v. Georgia*, 423 U.S. 584 (1977).

⁸⁰ *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815 (1988). 但十六歲至十七歲的少年犯不包括在內。See

案,⁸¹美國最高法院拒絕將智商50(心智年齡六歲)的被告排除死刑之適用,因為當時保留死刑之州,只有兩州禁止處決智障人犯,不足以形成全國共識。直到二〇〇二年,因為已有十八州立法禁止處決智障人犯,最高法院即依「演化中的正當行為標準」判斷,認為此足以形成立法共識,方使智商59(相當於心智年齡九至十二歲)的被告*Atkins*免於一死。⁸²二〇〇四年最高法院終於接受審理一件少年犯死刑案件,⁸³筆者相信,此次它應能依*Atkins*案之模式,判決處死十八歲以下少年犯為殘酷刑罰而違憲,如此美國方能洗刷全世界唯一處死十八歲以下少年犯國家的惡名。⁸⁴

肆、美國民意對死刑態度之意義與其轉變

死刑與一般人並無切身關係,大部分反對死刑的人並非自己或親友是死刑犯,不過是自己心中的價值觀與理性判斷,覺得處死一個人是不仁不智且不必要的。贊成死刑的人也不一定是自己或親友是死刑犯的受害人,不過是習慣於傳統

Stanford v. Kentucky, 492 U.S. 361 (1989).

⁸¹ 492 U.S. 302.

⁸² *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 206 (2002). 該案中文節譯參見文後附錄一:(三)。此案中保守的大法官銳恩、莫斯特、史卡利、托瑪斯三人持反對意見,史卡利大法官還在本案中計算三十八個保留死刑之州只有十八州立法禁止,只佔47%,不算達成全國共識。本文作者欲提醒之,如再加上廢止死刑之之十二州,百分比即為60%,已過一半。See also Cynthia Han, "Evolving Standards of Decency", *Legislative and Judicial Developments Leading to Atkins v. Virginia*, 9 GEO. J. POVERTY LAW & POL'Y 469 (2002).

⁸³ *State ex rel. Simmons v. Roper*, 112 S.W. 3d 397 (Mo. 2003) (en banc), cert granted, 124 S.Ct. 1171 (2004). 最高法院在此案以前一直拒絕重新考慮一九八九年*Stanford*案允許處決十六歲至十七歲少年犯之見解。See *In re Stanford*, 123 S. Ct. 472 (2002); *Patterson v. Texas*, 123 S. Ct. 24 (2002). 本案為密蘇里州十七歲少年犯*Simmons*被判死刑定案,該犯向密蘇里州最高法院申請人身保護令狀(a writ of habeas corpus),主張依密蘇里州憲法第一條第二十一款及美國憲法增修條文第八條「殘酷與不尋常刑罰」條款,禁止十八歲以下少年犯執行死刑。密蘇里州最高法院認為「殘酷與不尋常刑罰」之意義應依2003年當前標準(current standards),1989年*Stanford*案之見解已無拘束力,而將該犯改判終身監禁(life imprisonment)。

⁸⁴ 在*Stanford*案之後,除了原有十二州外,又七州法律或司法判決禁止對十八歲以下少年犯判處死刑。See Victor L. Streib, *The Juvenile Death Penalty Today: Death Sentences and Executions for Juvenile Crimes, January 1, 1973 - March 15, 2004*, at 7 tbl. 2. Available at [http://www.law.onu.edu/faculty/streib/Juv Death Mar 152004.pdf](http://www.law.onu.edu/faculty/streib/Juv%20Death%20Mar%2015%202004.pdf). 如果依最近2002年*Atkins*案之判決模式,由各州最近的法律發展可以確定全國已有禁止處決十八歲以下少年犯之共識,美國最高法院有可能判決處死未滿十八歲以下少年犯*Simmons*為殘酷刑罰而違憲。

的殺人償命報應觀念，覺得將極窮兇惡極的犯人處死是其罪有應得，用以平息民眾道德上的憤怒，達到所謂正義的需求，以修復社會的道德秩序。但是隨著文明的進步，刑罰的報應目的已被揚棄了，而死刑之嚇阻犯罪功能也已經被證明不比其他刑罰有效。⁸⁵最好的反證在中國大陸，每年處決數千人犯的威嚇效力，是否能降低其犯罪率？改善其治安？國家須針對犯罪的根本問題擬定有效的預防政策，欲藉死刑「嚴打犯罪」，徒然顯示其政權不重視生命，徒讓中國人命顯得較不值錢而已。美國白人人命是值錢的，但是由於歷史上的黑奴制度，讓他們使用太多死刑於黑人身上，太習慣於使用死刑，要廢止這個長久的習慣並不容易。加上美國暴力犯罪猖獗，謀殺案件數倍於西方其他國家，使民眾倍感威脅，欲藉死刑來打壓犯罪。顯然對民眾而言，死刑的象徵意義大於實質功能。

美國在後 Gregg 時代，支持死刑的民意節節高昇，從一九七二年以前的 50% 左右的低支持率，至一九七六年的 66%，自八〇年代至九〇年代中葉更一路飆升至一九九四年的最高峰 80%。⁸⁶死刑支持率在美國全國並無區域的懸殊，不論白人或黑人，都是過半數贊成死刑，只是白人支持率更高。在人口族群分類的對比上，贊成死刑的男人比女人多，富人比窮人多，老人比年輕人多，南方人比其他地方的人多，受高中以下教育的人比受更高教育的人多，共和黨人比民主黨人多。⁸⁷其中只有二項因素可能帶來改變的希望：當比較不贊成死刑的年輕人長大，比較贊成死刑的老年人死亡，或者希望將來受高等教育的人能變得更多，民意即有轉向之可能。

美國死刑的正當性就是因為得著這些民意的支持。但是我們注意到世界其他

國家在制定死刑政策時並非完全根據全國民意來決定。以英國、⁸⁸法國⁸⁹及加拿大⁹⁰三國為例，都是在普通公民仍然多數贊成死刑的情況下，由具領導精神的政治人物，積極熱心地倡導廢止死刑，並鏗而不捨地在國會提案闖關，終於獲得通過。戰後之西德卻是於一九四九年，在英美法盟邦佔領時期，直接在制定憲法時廢止了死刑。德國如果在今日舉辦恢復死刑之公民投票，衡量其目前之社會治安狀況，沒有人敢說德國能繼續維持廢止死刑不變。美國與英國、加拿大幾乎在同時期停止執行死刑，但是英國與加拿大國會議員與首相能逆著民意，力挺廢止死刑法案，一九七〇年英國首相威爾遜曾為此在國會發言：「死刑縱令不存，法律秩序猶可維持。」而美國總統尼克森卻在一九七二年帶頭矢志恢復死刑，欲藉死刑打擊犯罪，以維持法律與秩序。可見英美兩國政治環境與政治文化相差甚遠。比起其他國家，美國民意是否特別頑強，不接受政治人物、最高法院大法官或社會菁英領導，或者是因為美國政治文化非常現實，政治人物不具理想色彩？這是值得探索的問題。

美國民意與美國死刑制度之存廢有很大的關聯。美國最高法院審查死刑案件所依據的「演化中的正當行為標準」，即以民意及反映民意的各州立法為指標。民意應如何正確解讀，有無可能影響改變之？在 *Furman* 案中，馬歇爾大法官表示美國民眾對死刑所知太少，如果他們能獲取有關死刑目的與責任的充分資訊，及瞭解死刑在美國如何被不公平地執行情況，民眾將會發現死刑在道德上是不可接受的。⁹¹馬歇爾這種信念變成有名的馬歇爾假說 (Marshall Hypothesis)，以致後來學者一再就此加以調查研究，希望能驗證其說。⁹²一般民眾可能不經思考，直覺回答

⁸⁸ 英國在 1965 年工黨上台，通過謀殺罪法 (Murder Act) 廢止平時死刑條款，先試行五年後才正式廢止。此後民眾仍持續有六七成以上之多數贊成死刑，而且在國會中連續十幾年每年都有議員提案恢復死刑，卻都沒有成功過，直到 1994 年才完全放棄。1997 年英國再由工黨執政，隔年制定人權法案 (The Human Rights Act 1998)，將歐洲人權公約及議定書國內法化，終於廢除最後幾項戰時軍法之死刑條款，成為一個完全沒有死刑的國家。參見王玉葉著，〈歐洲聯盟之死刑政策：一個沒有死刑的世界〉，《哲學與文化》，第 31 卷第 5 期，民國九十三年五月，頁 8-9。

⁸⁹ 法國在 1981 年仍有高達 62% 的民眾贊成死刑，但是當歐洲理事會於法國史特拉斯堡 (Strasbourg) 開會確定廢止死刑政策時，其司法部長在國會提案廢止死刑，竟意外獲得上下議院多數票通過，成為歐洲聯盟最後廢止死刑之會員國。同前註，頁 9。

⁹⁰ 加拿大於 1967 年停止執行死刑 (moratorium) 10 年，於 1967 年正式廢止。FRANKLIN E. ZIMRING & GORDON HAWKINS, CAPITAL PUNISHMENT AND THE AMERICAN AGENDA, 5 (1986).

⁹¹ *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 362 (1972) (Marshall, J., concurring).

⁹² A. Sarat & N. Vidmar, *Public Opinion, the Death Penalty, and the Eighth Amendment: Testing the Marshall Hypothesis*, WISCONSIN L. REV. 171-206 (1976); W. Bowers, *Research on the Death Penalty: A Research Note*, 27 LAW AND SOCIETY REVIEW 157-75 (1993); P.C. Ellsworth & S. R. Gross, *Hardening of the Attitudes: Americans' Views on the Death Penalty*, 50 J. SOC. ISSUES 19-52 (1994); R. M. Bohm, *American Death Penalty Opinion: Past, Present, and Future*, in J. R. ACKER, R. M. BOHM & Q. S. LANIER eds., AMERICA'S EXPERIMENT WITH CAPITAL PUNISHMENT (1998).

⁸⁵ 早在 1840 年即有德國海德堡大學教授米特麥 (Carl Joseph Anton Mittermaier) 根據八個歐洲國家與美國之犯罪數據做實證分析研究，證明死刑並無觀察得出的嚇阻效力。Joachim Whaley, *The History of the Death Penalty in Germany*, in HAYLEY R. MITCHELL ed., THE COMPLETE HISTORY OF THE DEATH PENALTY (San Diego, CA: Greenhaven, 2001). 其後一百多年亦不斷有學者或聯合國等國際組織進行各種死刑與犯罪率相關連的調查研究，結論亦相同，並且認為將來之情況亦不會改變。See e.g., ROGER HOOD, THE DEATH PENALTY: A WORLD-WIDE PERSPECTIVE 238 (Oxford: Oxford U. Pr., revised ed., 1996); Michael L. Radelet & Ronald L. Akers, *Deterrence and the Death Penalty: The Views of the Experts*, 87 J. CRIMINAL L. & CRIMINOLOGY 1 (1996). For a summary of this scholarship, see Ruth D. Peterson & William C. Bailey, *Is Capital Punishment an Effective Deterrent for Murder? An Examination of Social Science Research*, in JAMES R. ACKER, ROBERT M. BOHM & CHARLES S. LANIER eds., AMERICA'S EXPERIMENT WITH CAPITAL PUNISHMENT 251 (2d ed. 2003).

⁸⁶ 參見文後附錄二：(圖二)。See Also Robert M. Bohm, *American Death Penalty Opinion, 1936-1986: A Critical Examination of the Gallup Polls*, in ROBERT M. BOHM, ed., THE DEATH PENALTY IN AMERICA: CURRENT RESEARCH (Cincinnati: Anderson Pub. Co., 1991).

⁸⁷ KATHLEEN MAGUIRE & ANN L. PASTORE, eds., SOURCEBOOK OF CRIMINAL JUSTICE STATISTICS -1998, 134-135 (Washington, Bureau of Justice Statistics, 1999).

民意調查的問題，如果提供更多資訊給被調查者，或者答案細分成更多選擇，讓民眾有更多考慮，則民調結果會有不同。⁹³ 民眾在被問及贊成或反對死刑單一的問題時，贊成率都很高。但如果更改問法，問民眾是否贊成以別種刑罰取代死刑，譬如終身監禁沒有假釋機會 (life in prison without the possibility of parole)，或者再加上工作與賠償被害人家屬 (work and restitution to victims' family)，民眾贊成死刑的比率馬上銳減，可以相差 50% 以上，而且即使在不同地方調查，銳減的情況也非常類似。⁹⁴ 如果問民眾是否贊成對少年犯或智障犯判死刑，其結果與支持一般成年正常人犯謀殺罪判死刑的比率相差幅度也非常大。⁹⁵ 所以議會或法官要參考民意對死刑的支持度來立法或判案時，要小心解讀民眾真正心意。如果能提供比死刑更完善的替代刑，民眾不一定會選擇死刑。而且民意應僅供參考，議員與法官必須更深入思考問題之本質，做獨立理性判斷。美國大法官布雷克門 (Blackmun) 出身廢止死刑之明尼蘇達州，本身對死刑深惡痛絕，更懷疑死刑之實用性，他說如果他的個人意志可以變成法律，他當然主張廢止死刑。但他所受的法律教育讓他遵循三權分立、司法自制、聯邦主義、及判例拘束原則等法律信念，而認為應該尊重州的立法權，依法判案。他在最高法院一直投票支持死刑判決二十多年後，至一九九四年才幡然悔悟，投下了反對死刑之一票。他說：「雖然多數民眾支持死刑，憲法也允許死刑，但如果死刑不可能一致性與理性地執行，當然無可爭論地，

死刑即全然不應執行。」⁹⁶ 他在最高法院看盡了各種死刑案件，對死刑執行之公平性已經絕望了，才超脫民意與法律，做出更高的道德理性訴求。

美國支持死刑的民意調查目前有十幾個公司在做，但蓋勒普 (Gallup) 公司開始得最早，在一九三六年至一九七一年期間，只有蓋勒普獨家在做，但早期並沒有每一年都做，一九七二年以後加入較專業的芝加哥大學全國民意研究中心 (National Opinion Research Center) 之一般社會調查 (General Social Survey: GSS)，及一九七三年開始的哈里斯 (Harris) 等公司。⁹⁷ 各家調查結果有些參差，但相差不遠，本文依據蓋勒普之調查做成圖表，參見文後附錄二：(圖二)。觀察此表，美國民眾支持死刑比率最高峰在一九九四年之 80%，該年堪薩斯州恢復死刑，聯邦訂定「控制暴力犯罪與執行法律條例 (Violent Crime Control and Law Enforcement Act)」，⁹⁸ 增訂了有關謀殺罪之六十項死刑罪名。一九九五年紐約州恢復死刑，一九九六年聯邦訂定「恐怖主義與加速死刑執行法 (Antiterrorism and Effective Death Penalty Act)」，⁹⁹ 限制死刑上訴次數，以加速死刑罪定案時間。在聯邦與各州相繼採取以死刑打擊暴力犯罪的嚴厲措施至最高峰後，從民意調查中可以發現，民眾支持死刑比率開始下降，雖然其間發生奧克拉荷馬聯邦大樓爆炸案與九一一恐怖攻擊事件，並沒有影響其下降趨勢。

在此期間有一個影響民意對死刑支持度下降的因素，即發現越來越多的無辜人犯被冤枉判刑。在一九八〇年代後期，美國開始有社會學家與死刑學者注意到死刑誤判問題，而合作作調查研究，漸漸引起社會注意。¹⁰⁰ 調查統計中發現，在一九七六年至二〇〇〇年間，美國總共處決了 642 名死刑犯，其間卻有 87 位死囚在行刑前被發現無辜而獲釋，兩者之間比率高達七比一。¹⁰¹ 其中有些是靠新發明

⁹³ Gregg R. Murry, *Raising Considerations: Public Opinion and the Fair Application of the Death Penalty*, 84 SOC. SCI. Q. 753-770 (2003).

⁹⁴ 1986 年學者在佛羅里達州作民意調查，有 84% 民眾贊成死刑，如果提供終身監禁不得假釋加上工作賠償被害人家屬的替代選擇，贊成死刑的比率立即降為 24% (Cambridge Survey Research, 1986)。在加州作同樣的調查，死刑支持率從 79% 降至 26%。C. HANEY & A. HURTADD, CALIFORNIAN'S ATTITUDES ABOUT THE DEATH PENALTY: RESULTS OF A STATEWIDE SURVEY. (Santa Cruz: U. of Cal. Santa Cruz, 1989)。在紐約州與內布拉斯加 (Nebraska) 州的調查，其死刑支持率則分別從 71% 及 80% 降至 19% 及 26%。W. J. BOWERS & M. VANDIVER, NEW YORKERS WANT AN ALTERNATIVE TO THE DEATH PENALTY (Boston: Northeastern U., Criminal Justice Research Center, 1991); W. J. BOWERS & M. VANDIVER, NEBRASKANS WANT AN ALTERNATIVE TO THE DEATH PENALTY (Boston: Northeastern U., Criminal Justice Research Center, 1991)。其他州調查的情況亦類似 W. J. Bowers, *Capital Punishment and Contemporary Values: People's Misgiving and the Court's Misperceptions*, 27 LAW AND SOC. REV. 157-175 (1993).

⁹⁵ 譬如在印第安那州，一般的死刑支持率為 74%，但只有 20% 支持對智障犯判死刑，該州議會即於 1994 年通過法案禁止對智障犯處死刑。該州民眾對少年犯似乎還不夠仁慈，仍有 42% 仍然支持對十八歲以下少年犯判死刑。目前該州仍然允許對十六至十八歲之少年犯判死刑。Marla Sandys & Edmund F. McGarrell, *Attitudes Toward Capital Punishment: Preference for the Penalty or Mere Acceptance?* 32 J. RESEARCH IN CRIME AND DELINQUENCY 191-213 (1995); Edmund F. McGarrell & Marla Sandys, *The Misperception of Public Opinion Toward Capital Punishment Examining the Spuriousness Explanation of Death Penalty Support*, 39 AM. BEHAVIORAL SCIENTIST 500-513 (1996).

⁹⁶ "Although most of the public seems to desire and the Constitution appears to permit, the penalty of death, it surely is beyond dispute that if the death penalty cannot be administered consistently and rationally, it may not be administered at all." *Callins v. Collins*, 114 S.Ct. 1127, at 1131 (1994).

⁹⁷ P. C. Ellsworth & S. R. Gross, *Hardening of the Attitudes: Americans' Views on the Death Penalty*, 50 J. SOC. ISSUES 19, at 50, 2 (Appendix) (1994).

⁹⁸ Act, Sep. 13, 1994, P.L. 103 22, 108 stat 1959, codified as 18 USC § 3591 at seg.

⁹⁹ P. L. 104 32, 110 Stat. 1214 (1996).

¹⁰⁰ See e.g., Hugo Adam Bedau & Michael L. Radelet, *Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases*, 40 STANFORD L. REV. 21 (1987); MICHAEL L. RADELET, HUGO ADAM BEDAU & CONSTANCE E. PUTNAM, *IN SPITE OF INNOCENCE* (1992/1994) (有中譯本：林淑真譯，《雖然他們是無辜的》，台北：商周出版社，民國 89 年)；Michael L. Radelet, William S. Lofquist & Hugo Adam Bedau, *Prisoners Released from Death Rows Since 1970 Because of Doubt s About Their Guilt*, 13 THOMAS M. COOLEY L. REV. 907 (1996).

¹⁰¹ Death Penalty Information Center, *Innocence: Freed from Death Row*, at <<http://deathpenaltyinfo.org/innocence.html>>.

的基因 (DNA) 檢測技術以證明其無辜。第一位靠 DNA 檢測而證實無辜的死囚發生在一九九三年。¹⁰² 此後 DNA 檢測變成替無辜嫌犯平反的利器，只要犯罪現場留有檢測體，就有可能洗刷無辜嫌犯之罪名。¹⁰³ 在一九九九年到二〇〇三年，有 35 位死囚被發現誤判而獲釋，其中有 10 人是因為 DNA 檢測而被證明無辜。¹⁰⁴ 藉著 DNA 之助證明了這麼多無辜死囚被誣判，也暴露出現行司法體系的許多瑕疵。美國律師公會 (American Bar Association) 發現無辜嫌犯被誤判，都是由於警察或檢察官辦事無能，或草率懶惰，而貧苦的嫌犯沒錢請適任的律師為他們洗刷冤情。該公會於一九九七年通過一決議案，呼籲美國全國停止死刑執行，直到死刑審判程序能夠改進保證公平為止。¹⁰⁵ 這個建議引起很大迴響，各州的律師公會也跟進，紛紛自行通過決議，¹⁰⁶ 有些州的議會開始考慮停止死刑執行建議。¹⁰⁷ 一九九八年，芝加哥西北大學法學院舉辦了一場全美無罪被告研討會 (national conference on innocence)，74 個被關在死囚室多年後被發現無辜而獲釋的被告 (former death now inmates) 一個接一個上台，訴說他們被冤枉誤判差點冤死的經過。這些故事與影像登上了各大報紙與全國電視的頭條新聞，給民眾帶來非常大的心理衝擊。¹⁰⁸ 一九九九年，紐約大學新聞系學生在課堂上重新調查死刑案例，竟然意外地發現至少有五名死囚遭到誤判而獲得平反，使這些死囚幸運地逃過一死。¹⁰⁹ 在一九九九年至二〇〇〇年間，無辜死囚之故事，竟然成為好萊塢電影¹¹⁰與電視¹¹¹的熱門主題，這些感人的故事會觸動軟化廣大民眾贊成死刑之心理。由好萊塢電影王國對大眾心理敏感的嗅覺可看出二十一世紀以後是美國民意態度轉向的契機。¹¹² 由於

¹⁰² Paul W. Valentine, *Jailed for Murder, Freed by DNA; Md. Waterman, Twice Convicted in Child's Death, Is Released*, WASH. POST, Jun 29, 1993, at 1.

¹⁰³ See e. g., S. Cohen & D. Hastings, *For 110 Inmates Freed by DNA Tests, True Freedom Remains Elusive*, Associated Press, May 28, 2002.

¹⁰⁴ See e. g., Dennis Wagner, Beth DeFalco & Patricia Biggs, *DNA Frees Arizona Inmate 10 Years Included Time on Death Row*, ARIZONA REPUBLIC, Apr. 9, 2002, at 1.

¹⁰⁵ ABA House of Delegation, Report with Recommendation No.107, ABA 1997 Midyear.

¹⁰⁶ See B. Burtman, *Small Town Justice—It's Not Just Berkley & Cambridge*, MOTHER JONES MAGAZINE, Sept. 10 ct. 2002.

¹⁰⁷ Sara Rimer, *Support for a Moratorium in Execution Gets Stronger*, N.Y. TIMES, Oct. 31, 2000, at A18.

¹⁰⁸ See e.g., S. Chapman, *74 Problems with the Death Penalty*, CHICAGO TRIBUNE, Nov. 8, 1998.

¹⁰⁹ See F. McRoberts, *NU Professor Now a Media Superstar*, CHICAGO TRIBUNE, Feb. 7, 1999.

¹¹⁰ True Crime (Warner Studios 1999); The Green Mile (Warner Studios 1999); The Hurricane (Universal/MCA 2000).

¹¹¹ Sharon Waxman, *Hollywood Pleads Its Case*, WASH. POST, May 8, 2000, at G10.

¹¹² S. R. Gross & P. C. Ellsworth, *Second Thoughts: Americans' View on the Death Penalty at the Turn of the Century*, in S. P. GARVEY, ed., CAPITAL PUNISHMENT AND THE AMERICAN FUTURE (Duke U. Pr., 2001).

死刑的誤判率高到非社會所能容忍，更由於死刑審判程序之不一致、不公平與不完美，這些問題凸顯給民眾知道後，民眾將會質疑死刑存在的意義：如果錯誤不可能完全避免，而人死不能復生，我們既無上帝的大能，如何能像上帝一樣決定人的生死？¹¹³ 二〇〇〇以後美國社會不斷出現一些轉變的跡象，美國國會制定了一項全國性法案「無罪保護法」(The Innocence Protection Act)，以改革並防範未來死刑案件之錯誤。¹¹⁴

一生都贊成死刑的共和黨籍伊利諾州州長萊恩 (George Ryan) 在發現其州內有十三個死囚是被冤枉誤判之後，首先於二〇〇〇年一月三十一日宣布該州停止執行死刑 (moratorium on executions)，¹¹⁵ 並召集一委員會研究該州之死刑誤判問題。¹¹⁶ 馬里蘭州州長格蘭登寧 (Parris Glendening) 於二〇〇二年五月亦宣布因為要調查死刑審判程序中之種族偏見而停止死刑執行，¹¹⁷ 伊利諾州州長萊恩為對將來可能遭處決的死囚負責，在下任前將該州一百多名死囚減刑為終身監禁，已獲得州法院同意。¹¹⁸ 新任州長於二〇〇三年就任前，亦宣布繼續停止死刑執行。雖然以後伊利諾州在審判時仍持續使用死刑，但使用頻率已比以往少很多，而是否會執行則是許多年以後才可能知道。¹¹⁹ 美國民眾對死刑的矛盾情節反應在美國民眾對死刑之支持度，二〇〇三年十月蓋洛普調查已降至二十五年來之新低記錄 (64%)。¹²⁰

¹¹³ See James S. Liebman, etd., *Capital Attrition: Error Rates in Capital Cases, 1973-1995*, 78 TEX. L. REV. 1839 (2000); *Deadly Mistakes*, N. Y. TIMES, June 13, 2000.

¹¹⁴ 「無罪保護法」被收入 2003 年「經由 DNA 檢測技術促進正義法」(Advancing Justice Through DNA Technology Act of 2003) 內 (HR 3214/S1700)。

¹¹⁵ Ken Armstrong & Steve Mills, *Ryan Suspends Death Penalty; Illinois First State to Impose Moratorium on Executions*, CHI. TRIB., Jan. 31, 2000, at 1; Dirk Johnson, *Illinois, Citing Faulty Verdicts, Bars Executions*, N.Y. TIMES, Feb. 1, 2000, at A1.

¹¹⁶ See S. Turow, *ULTIMATE PUNISHMENT: A LAWYER'S REFLECTIONS ON DEALING WITH THE DEATH PENALTY* (Farrar, Straus & Giroux 2003). 該委員會於 2002 年底向州議會提出八十五項建議之報告，委員會大多數成員同意廢止死刑是解決問題最佳且是唯一方法。州議會後來通過了該委員會之部分建議。See J. Biemer, *Death Penalty Reforms Lauded*, CHICAGO TRIBUNE, Nov. 24, 2003.

¹¹⁷ Henry Weinstein, *Government of Maryland Orders Moratorium on Death Penalty*, L. A. TIMES, May 10, 2002.

¹¹⁸ See M. Possley & S. Mills, *Clemency for all; Ryan Communities 164 Death Sentences to Life in Prison without Parole*, CHICAGO TRIBUNE, June 12, 2003.

¹¹⁹ See J. Coen, *Death Penalty Skips '03. No One Sentenced to Die in Cook County for First Time Since '77*, CHICAGO TRIBUNE, January 2, 2004.

¹²⁰ See CNN.com, November 25, 2003, reporting on Gallup Poll. 他種民意調查亦同為 64%。目前美國的死刑判決與執行變得愈來愈少，檢察官會因為勝訴之不確定性而更少訴求死刑，法院也會因為死刑不尋常發生而設定更高的審理標準，死刑使用如果變得極度稀少，只有少數幾州施行死刑，而死刑審判花費甚鉅，又受國際輿論施壓，美國有一天可能會全面廢止死刑？

伍、結語

觀看美國的死刑史，美國廢止死刑之思想與歐洲同時啟蒙，二百多年間不斷地有各種團體積極地投入廢止死刑運動。他們對犯人充滿同情，為了證明人有可能悔罪改過，提倡廢止死刑運動的州長特別雇用死囚在家裡做事，以顯示其經過更生回歸社會之過程。有些聯邦大樓爆炸案之受害者家屬並不希望麥克維被處死，¹²¹更有受害人家屬組成有組織的團體（Murder Victims' Families for Reconciliation），與其他社會團體及宗教團體串聯，在全國各地從事救援死囚活動，其慈悲之胸懷令人動容。¹²²但這些努力並不能撼動政治現實，現在還有聯邦政府與三十八個州仍然保留死刑，要一個一個擊破，不知需要多少動能，在最近的未來看不到樂觀的訊息。這可能要歸因於美國聯邦制度，分成那麼多州。而美國頑強的民意，並不受社會菁英的領導，廢止死刑運動所造成的成果，常會被他們反攻而保守不住。比較現實的期待是等美國暴力犯罪減少，讓民眾感覺不需要倚仗死刑來保護他們，民意才可能自動轉向。

以美國廢止死刑經驗，反觀台灣的情況，台灣沒有類似美國嚴重的種族問題，人口同質性高。台灣不是聯邦制國家，而且島國幅員小，法令極易統一貫徹全國。比起美國，台灣暴力犯罪少，治安好得多，且教育普及，人口素質越來越高，廢止死刑應不致對社會治安造成衝擊。台灣要廢止死刑可採漸進改革與限制策略，盡量減少使用死刑，以死刑替代方案為之。或許可以從暫時停止執行死刑數年，觀察社會的反應，等實驗期過後再做正式決策。台灣廢止死刑之障礙在輿論，一般民眾拘泥於傳統的「國民的法感情」，但是民眾是需要再教育的，讓他們接觸更多的死刑知訊，不要迷信死刑能對付犯罪問題。死刑既是無用的，非必要的，讓我們廢除死刑後直接面對犯罪的根本問題。人為什麼會犯罪？人並非天生注定要犯罪的，是經過生存需要學習摸索來的，一定是他個人，或是他的家庭，或他所接觸的社會出了什麼狀況，促使他犯罪。如果個人的生存需要獲得滿足，障礙問題獲得解決，即沒有犯罪的必要。國家可以做什麼來預防犯罪？對個案來說，個

人覺得預防犯罪可以設像預防自殺的生命線一樣，有人發生個人能力無法解決的難題而瀕臨犯罪邊緣，如果他願意向外求援，社會上該有機制與資源幫助他度過難關，可因此而避免發生犯罪所造成的不可彌補之傷害，這種事前投資應該比犯罪後之善後處理更經濟而值得。這種個案救援，做多少就能預防多少犯罪。對整體社會而言，國家需要良好的治理政策，能照顧到每個國民的基本生活需求。有好的治理政策可以降低暴力犯罪，有學者根據世界上一百一十七個國家在一九八〇年至一九九七年間的殺人率統計資料加以研究證實。這個研究結果發現，國家之經濟成長、高收入水平、高民主水平、尊重人權、廢止死刑等因素與低兇殺率有關聯，廢止死刑竟能使兇殺率（homicide rate）每十萬人下降 2.2 人。¹²³而犯罪後之善後處理，有關緝兇與審判之警政、獄政制度也是亟需改進的，尤其是獄政制度需要真正達到刑罰的更生目的。現在法務部開始在獄中推行內觀修行活動，藉由靜心專注，可以開發正念與慈心，洗滌犯人內心罪惡，藉此獲得重生。¹²⁴期望將來能夠逐漸擴大規模，獲得可觀的成果。其實每一個人都不是完美的，都需要跟犯人一樣努力修行，淨化心靈，去惡存善，才能往上提昇，避免往下沈淪。

¹²¹ Bud Welch, *Speech: "I Don't Want the Death Penalty for Timothy McVeigh!" A Father's Struggle With the Death Penalty and the Oklahoma City Bombing*, 2 LOYOLA J. PUB. INT. L. 53 (2001).

¹²² HELEN PREJEAN, C.S.J., *DEAD MAN WALKING: AN EYEWITNESS ACCOUNT OF THE DEATH PENALTY IN THE UNITED STATES* (NY: Vintage Books, 1994); ANTOINETTE BOSCO, *CHOOSING MERCY: A MOTHER OF MURDER VICTIMS PLEADS TO END THE DEATH PENALTY* (NY: Orbis Books, 2001).

¹²³ Eric Neumayer, *Good Policy Can Lower Violent Crime: Evidence from Cross-National Penal of Homicide Rate, 1980-97*, 40 J. PEACE RESEARCH 619-640 (2003).

¹²⁴ 參見德寶法師著，賴隆彥譯，《平靜的第一堂課：觀呼吸》，台北：橡樹林文化出版社，民國 92 年。

附錄一：美國最高法院死刑案件節譯

(一)、Furman v. Georgia, 408 U.S. 238(1972)

判決要旨

△在大量死罪案件中只有極少數案件被判處死刑，且主要針對特定少數族裔，此種死刑之適用係武斷、恣意且具歧視性，因此構成殘酷與不尋常之刑罰，違反憲法增修條文第八條及第十四條。

(Death penalty constituted cruel and unusual punishment and did violate the Eighth and Fourteenth Amendments because the application of the penalty was discretionary, haphazard, and discriminatory in that it was inflicted in a small number of the total possible cases and primarily against certain minority groups.)

事實

本案將喬治亞州與德州三件死刑案件 *Furman v. Georgia*, *Jackson v. Georgia*, *Branch v. Texas* 合併審理。三位上訴人 Furman, Jackson 與 Branch 均為黑人，分別依各該州法一件謀殺及二件強姦罪名被判處死刑。本法院核准移審令狀 (*certiorari*)，僅就此三案中有關判處及執行死刑是否構成殘酷與不尋常之刑罰，因而違反美國憲法增修條文第八條及第十四條之問題作審查。

判決

依本案所適用之法律判處及執行死刑構成殘酷與不尋常的刑罰，違反憲法增修條文第八條及第十四條。原判決有關死刑部分廢棄，發回更審。

理由

[本案為 5:4 判決，以法院名義宣判 (Per Curiam)，而九位大法官各發表九份意見書，Douglas, Brennan, Stewart, White 與 Marshall 五位大法官具協同意見書 (concurring opinions)，贊同本案之死刑判決違憲而無效。Burger, Blackmun, Powell 與 Rehnquist 四位大法官具不同意見書 (dissenting opinions)。]

Douglas, J. concurring:

「殘酷與不尋常之刑罰」的意義，不只指野蠻的刑罰，還指選擇性與無規則

性地使用刑罰，例如選擇性地適用死刑於少數族裔、窮人及病弱之社會低階層者。犯人的生死取決於十二陪審團之裁決，其間充滿了歧視與偏見，法律並不提供決定刑罰之標準。憲法增修條文第八條隱含著平等保護之旨意，不容許執法時有社會階層之區分。它要求立法者制定公平、非選擇性、非武斷性的刑法，並要求司法者不得恣意地、武斷地適用於一群弱勢的社會低階層身上。法律即使在表面上中性，如果實際執行起來有歧視性的後果，仍屬違憲無效。

Brennan, J. concurring:

憲法增修條文「殘酷且不尋常刑罰」條款之基本精神在禁止不文明與不人道之刑罰。國家即使在處罰人民時，亦需尊重其子民身為人類之內在價值。如果一項刑罰不符合人類的尊嚴，即是殘酷與不尋常之刑罰。

一項刑罰是否構成「殘酷與不尋常」，可依四項原則來判斷。一、刑罰出乎尋常之殘酷，二、武斷科處之可能性極高，三、當前社會實質上拒絕此種刑罰，四、沒有理由可以相信此種刑罰比起較不嚴厲的刑罰（如終身監禁）能更有效地達成刑罰目的。依此標準審查，本三件死刑案由州武斷地使人遭受不尋常殘酷的刑罰，此刑罰社會不認為可以接受，而又無證據顯示比其他較不嚴厲的刑罰更可以達到刑罰目的。此種刑罰由國家決定結束人的生命，否定了人類的尊嚴，死刑在今日屬「殘酷與不尋常」的刑罰。

死刑是一種非常嚴酷的極刑，犯人將喪失一切權利，包括生命，永遠不能回復。與其他刑罰相比，它是一種獨特性的刑罰，因此立法規定特別的審判程序，採二階段的裁判，並自動上訴，法院也視其為不同種類的訴訟。美國自一九三〇年代起對此種刑罰已逐漸減少使用，雖然社會上謀殺、強姦等暴力犯罪仍大幅增加，每年大約有數萬件死刑犯罪，監獄中一直有數千死囚等待被判決，但每年只有數十人被執行，其隨機取樣猶如抽中彩券一樣，並無合理客觀的標準來判定誰應被判處死刑。如果本案上訴人 Furman 犯謀殺罪，Jackson 與 Branch 犯強姦罪（並沒有殺人）罪大惡極，其他犯同樣死罪的犯人也一樣罪大惡極。由此推論死刑並非規則性地、公平地科處，其中武斷性、選擇性、歧視性的可能性極高。在可以判處死刑的同樣情況下，只有微量案件被判處死刑，正表示我們當代社會對死刑充滿疑慮。死刑並沒有比終身監禁更具有嚇阻犯罪的功能，及更能滿足民眾的報應觀念，它有可能讓人們更不尊重生命，刺激人性更殘忍。目前執行的死刑制度並非保護社會所必需。

Stewart J. concurring :

死刑與其他刑罰之不同不是程度的不同，而是種類的不同。它的獨特性在其無可回復性，及剝奪犯人更生的機會，並完全棄絕了人道的觀念。死刑之殘酷與不尋常猶如被雷擊一樣，在一九六七年至六八年，有很多人犯了與三位上訴人同樣該受譴責的謀殺罪或強姦罪，而只有極少數的犯人被隨機取樣似地判處死刑。本人認為憲法增修條文第八條與第十四條不能容忍一個判處死刑的法制可以如此浮濫與荒誕 (so wantonly and so freakishly)。

White, J. concurring :

在加入法庭意見時，本人無意認為死刑本身違憲，或任何死刑制度都無法與憲法增修條文第八條相符。這些問題都不必在本案決定。我所要考慮的是更狹窄的問題：(一)立法授權謀殺與強姦可處死刑，(二)立法並不規定絕對死刑，(三)法官與陪審團很少判處死刑以致於謀殺者與強姦者被判死刑的可能性越來越少，在此三種情況下，本案三位上訴人被判處死刑是否違反憲法增修條文第八條。

死刑在字典上的意義是殘酷的，但在憲法上的意義由於其達成某種社會目的而被正當化，而當死刑達到某種罕見程度，要達成嚇阻犯罪、滿足報應的需要或其他刑罰目的的功效會成為問題。常識與經驗告訴我們絕少執行的法律成為無效的控制人類行為的方法。在這種情況下判處死刑變成無意義與不必要地結束人的生命，這種無甚功效的刑罰是顯然過度的 (patently excessive)，是殘酷且不尋常之刑罰，違反憲法增修條文第八條。

Marshall, J. concurring :

一項刑罰具有下列四項理由之一會被視為「殘酷與不尋常」：一、刑罰本身引起肉體上巨大痛苦，為文明社會所難以忍受。二、刑罰方式不尋常，以前不為人所知。由於死刑並非近代產物，故無需考慮此問題。三、刑罰過度且無法達成有效的立法目的。四、刑罰縱非過度且能達成立法目的，但若不為社會大眾情感所接受，仍屬違憲。如果民眾能獲取充分死刑資訊，將會反對死刑。雖然本法院並無以死刑殘酷之理由判定其無效之前例，但時代進步價值觀改變，應使吾人正視其存在之可能性。

死刑的立法目的綜觀有六：報應、嚇阻犯罪、預防再犯、鼓勵認罪、優生、及經濟等因素。憲法禁止「殘酷且不尋常」之刑罰，即在限制報復的手段，否則該條文即有被架空的危險。再者，許多證據顯示死刑的存在與降低犯罪率之間並無任何關聯，死刑不比終身監禁更具有嚇阻犯罪的效力。而就預防再犯的觀點來

看，死刑犯再犯率並不高，極大部分都是初次犯罪，出獄後常成為模範公民。而大部分犯死罪的人並沒有被判處死刑，而被判處死刑的人，在審判過程並沒有判斷其有無再犯的可能性。次就鼓勵認罪而言，若強制實施，可能侵犯被告憲法增修條文第六條的權利而違憲。若由優生學的觀點出發，可能無法達到正義，末就經濟觀點而言，判處死刑的花費比終身監禁還大，反而較不具經濟效益。由於此六項立法目的事實上均無法達成，是故死刑為一過度且不必要之刑罰。

Burger, J. dissenting :

死刑即使不被視為過度的刑罰，倘若在道德上不為當代美國民眾所接受，仍然違反憲法增修條文第八條。我相信美國人民如果能夠獲取有關刑罰目的與責任之充分資訊，將不會支持無目的性的報復，而會認為死刑是不智的、可厭的、不公正的，在道德上不可接受的，因此是違憲的。

然而在三權分立的政府，司法權應謹守司法自制的分寸。如果我有立法權，我也會主張完全廢止死刑，或至少嚴格限制使用死刑。但憲法要求法官解釋憲法必須將個人對死刑的道德觀與功效評估分開，僅限於尋求憲法不確定文字的意義及如何適用。追溯憲法增修條文第八條之原有意旨係針對未經合法授權的酷刑，並不能被解釋為禁止死刑的適用。自從該增修條文制定一百八十一年以來，沒有任何判例質疑死刑的合憲性。即使在去年之案件 *McGautha v. California* 亦沒有認為死刑是殘酷的刑罰，而今日本案之死刑突然變成殘酷的刑罰，被宣判違反憲法修正條文第八條，此實有違判例拘束原則。

再者，前面多數法官認為死刑無法達到立法目的，而成為「不必要之殘酷」(unnecessarily cruel)，因而違反憲法增修條文第八條，據我所知第八條絕無意圖禁止各州使用嚇阻犯罪功能有限的刑罰，這是刑事政策面的問題，已經在增修條文第八條之外的範圍，不宜由司法決定。而且第八條亦無意排除刑罰報應的因素，本法院多年來之案件都持續支持刑罰之報應與嚇阻功能。至於認為目前判處死刑的程序武斷與不公平，不僅沒有經驗證據，而且實質上此應為增修條文第十四條正當法律程序問題，增修條文第八條只是禁止某種殘酷的刑罰，並不究問判罪程序。

本法庭多數意見並不認為死刑本身違反增修條文第八條，而是認為陪審團與法官判刑的方式不可接受，這使得死刑的將來呈不確定狀態。若各州及聯邦仍要保留死刑的話，立法部門勢必做更透徹研究，重新評估死刑的功效，由民主程序來進行修法，司法部門應謹守其界限。

Blackmun, J. dissenting

本案帶給我精神上極大的痛苦。本人對死刑之厭惡及對其實用性之懷疑不下於任何人，如果我是立法者，我一定會因政策的理由投下反對死刑的票。但是我認為死刑存廢問題應由行政或立法方式處理，不宜將此問題偽裝成憲法增修條文第八條的爭議，而由司法機關便宜處理。

Powell, J. dissenting

在本案中欲妥善行使憲法賦予本法庭之義務，吾人應建基在數點認知上：(1) 憲法承認死刑之存在；(2) 本法庭過去一直維持有效的一致性判例，包括去年的案例，及二十九位大法官認可死刑的意見；(3) 司法自制原則對本法庭行使權力之限制；(4) 避免侵犯聯邦及州之立法權之義務。不論依憲法之文義、歷史或相關之判例，我們都無法找到根據說，因為我們認為較輕的刑罰可以達到刑罰目的即可使另一類的刑罰無效。本案五位法官之協同意見書無法提供本案判決足夠的立論基礎，而且只有二位法官認為死刑本身違憲而主張全面廢止死刑，法院不能隨便添加憲法的原意，本案判決破壞了判決拘束原則、司法自制原則、聯邦主義原則、以及權力分立原則。

Rehnquist, J. dissenting

今日法庭將我國自建國以來全國立法機關認為必需的刑罰，一舉宣判違憲，使聯邦及全國五十州中之四十州的法律無效，影響甚鉅。在本案首需探討的是，在民主社會中司法審查的角色，由與民意隔絕的聯邦法官如何宣判由民意選出的立法機關依正當法律程序所制定出之法律違憲而失效。法院應依憲法第三條有關司法權之規定，審查行政立法機關之行為是否在憲法授權範圍內，以防禦人民之個人基本權利受侵害，用以制衡行政、立法機關之越權。而司法權之制衡則完全靠司法自制原則 (judicial self-restraint)，法官在行使最後裁判權時，須深度謙卑且真正尊重立法權。本人深覺本案裁判乖離此種正確態度，並非在做裁判 (judgment)，而是在行使決策的意志力 (will)。

(二)、Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1976)

判決要旨

△ 謀殺罪判處死刑並非必然在所有情況下均為違反憲法增修條文第八條及第十四條。關鍵在於死刑不得武斷或恣意地適用，要符合這樣的要求，可以透過周密訂定的法律，確保審判機關獲得適當的資訊與指導。

(The punishment of death for the crime of murder does not, under all circumstances, violate the Eighth and Fourteenth Amendments. The concerns that the penalty of death not be imposed in an arbitrary or capricious manner were met by a carefully drafted statute that ensured that the sentencing authority was given adequate information and guidance.)

事實

本案上訴人因持械搶劫並殺害二人而被以強盜及謀殺罪名起訴。喬治亞州施行雙階審判程序 (bifurcated procedure)，在有罪裁決階段 (guilt stage)，陪審團認為二項強盜及謀殺罪名均成立。在量刑階段 (penalty stage)，法官告知陪審團可以建議判終身監禁或死刑，並可自由考慮減輕或加重情節。若要判處死刑，則除非發現有下列三種加重事由之任一並超越合理的懷疑 (beyond a reasonable doubt)：

- (1) 謀殺罪是於犯人從事其他重罪行為時犯下，如本案中持械搶劫屬重罪行為。
- (2) 犯謀殺罪是為了獲得被害人之錢財及汽車。
- (3) 殺人時惡性重大至喪心病狂、極端殘暴或至毫無人性之程度。

陪審團認定本案構成第一項及第二項刑罰加重事由，因而判處死刑，喬治亞州最高法院認為本案死刑的判決並非出於激怒、偏見，或有任何其他武斷因素，比較該州其他類似案件亦無過度或不成比例之處，因此確認了殺人罪的死刑，但對於強盜罪的死刑則以在該州境內罕用為由駁回。

喬治亞州的法律在 1972 年 *Furman* 案件中被本法院宣告違憲之後重新立法，仍然保留了謀殺及其他五種罪名之死刑，但是修改了其訴訟程序，改採雙階程序。

- (1) 第一階段為有罪與否之裁決，由法官或陪審團為之，如果是由陪審團裁決，則法官必須在有足夠的事證下，處以較輕的罪。(the trial judge must charge lesser included offenses when supported by any view of the evidence.)
- (2) 第二階段為量刑階段，在陪審團裁決有罪之後，於判決前舉行聽證程序 (hearing presentence)，法官或陪審團聽取任何對被告有利與否的意見，以

及其他另有減輕或加重處罰事由之證據。

- (3) 若要判處死刑，則必須在十個法定加重處罰事由中至少有一種情況發生，並且對之有超越合理的懷疑 (beyond a reasonable doubt)。
- (4) 若為死刑的判決，則將自動上訴到州最高法院，而法院必須判斷：
 - (a) 判決是否出於激怒 (passion)、偏見 (prejudice)、或有其他武斷因素；
 - (b) 是否有法定加重處罰的事由存在；
 - (c) 在考量犯罪及被告的狀況，死刑判決是否有比較本州類似案件過度或者不相稱者。
- (5) 如果最高法院維持死刑判決，則必須要證明其已考量類似案件之先例。
上訴人主張依據喬治亞州的新法律適用死刑，仍然不能去除武斷因素，因此仍然違反憲法增修條文第八條及第十四條所禁止之「殘酷與不尋常之刑罰」。

判 決

上訴駁回，原判決維持。

理 由

[本案為 7:2 判決，由大法官 Stewart 主筆，代表 Powell、Stevens 發表本案判決，White, Burger, Rehnquist, Blackmun 具三份協同意見書，Brennan 與 Marshall 具不同意見書。]

- (1) 謀殺罪判處死刑並非在任何狀況下均違反憲法增修條文第八條及第十四條：
 - (a) 解釋憲法增修條文第八條應以彈性及動態之方式，符合在成熟進步社會進化中的正當行為標準 (evolving standards of decency)。該條禁止使用「過度」(excessive) 的刑罰，指的是它任意加諸於人不必要之痛苦，或者是其犯罪的嚴重性與處罰顯不相稱。
 - (b) 雖然立法者不得制定過度之刑罰，但若非不符合人道或與犯罪顯不相稱的刑罰，立法者並無義務選擇最輕度的刑罰。
 - (c) 死刑之存在被制憲者所接受，而且在近兩世紀以來，最高法院也重複的承認謀殺罪之死刑本身並非無效。
 - (d) 由民選議員所制定之法律可以稽考當前正當行為之標準。在 Furman 案判決四年之後，至少有三十五州修改法律，重新規定死刑之適用，由此可以反駁當前正當行為標準要求增修條文第八條應作禁止死刑之解釋。
 - (e) 立法機關在衡量是否適用死刑時，並非不允許考量死刑之報應功能以及

對犯罪之嚇阻功能，因此無法判定喬治亞州之立法機關所認定死刑在某些案件是必要的判斷是顯然錯誤的。

- (f) 對謀殺罪判處死刑並不能被認定必與犯罪之嚴重性顯不相稱 (disproportionate)，相反的，針對極端之犯罪是為合適的。
 - (2) 要符合 Furman 案件中所關切的不得武斷地或恣意地判處死刑，可以透過周密訂定的法律條文，確保審判者是基於適當足夠的資訊及指示，有一定標準而為裁判。若透過雙階程序會較一般程序更能達到死刑不被濫用之要求。因審判者被告知有關於判刑的資訊，並提供如何使用資訊的標準。
 - (3) 死刑的判決除要求陪審團考量犯罪情狀以及被告性格，並且要經由喬治亞州最高法院再審查，是否與該州其他與被告相類似情況之案件相當，以確保在此特殊案件之判刑非顯不相稱 (disproportionate)。因此喬治亞州的新死刑判決程序為合憲的，上訴人所主張喬治亞州新修正的法律仍沒有去除 Furman 案所譴責的武斷與反覆無常因素並不能成立。
 - (a) 喬治亞州的法律不能僅因謀殺案件的訴訟程序中固有的提供個別被告有減刑免死的機會，無論是基於檢察官的裁量，或是由陪審團選擇宣告其他較輕度的刑罰，或是州長或州赦免委員會的減刑權，而被認為違憲。
 - (b) 上訴人主張喬治亞州的法定加重處罰條款過於寬鬆、模糊不能成立，因為透過法院之限縮解釋，其中某條款已經被該州最高法院認定過於模糊。上訴人主張減刑程序過於浮濫是誤解了 Furman 案與忽視了州最高法院審查該州相類似案件是否相當之職權，上訴人亦主張審判前的聽證程序所使用的證據過於寬鬆，然而法院認為為確保陪審團在裁決時儘可能獲取足夠的資訊，應允許較寬鬆的證據使用。
 - (c) 喬治亞州新法的程序規定，所有死刑案件均要自動上訴到州最高法院，由州最高法院作終審，以避免激怒、偏見以及武斷的判決產生。在本案中，州最高法院駁回強盜罪的死刑，認為是過度的刑罰，僅確認殺人罪的死刑。
- White, concurring, joined by the Chief Justice Burger, and Rehnquist :
- (1) 針對 Furman 案在喬治亞州舊法中所發現的憲法缺陷，喬治亞州修訂新法，不僅給予陪審團在一級謀殺案如何裁量判刑的指示，並賦予州最高法院權力及義務審查死刑在事實上是否有歧視、無標準或罕用的情況。倘若該法院善盡職守，即可避免此缺陷。上訴人並無證據可以主張喬治

亞州最高法院在本案中有虧職守，或該院在所有案件中均無能力適當履行其任務，因此本案死刑之執行符合 *Furman* 案判決之要求。

(2) 上訴人主張檢察官的認罪協商 (negotiating plea) 或者不求處死刑之裁量漫無標準，將構成 *Furman* 所禁止的浮濫與荒誕地適用死刑，此種臆測全無事實根據，因無法認定檢察官起訴除了考量案件嚴重性以及陪審團判決死刑的可能性以外，尚有其他因素。檢察官是否求處死刑的標準，與陪審團判決是否有罪的標準是相同的。

(3) 上訴人主張死刑無論如何適用，或適用於何種犯罪，均構成殘酷與不尋常之刑罰。此說不能成立，原因已於 *Roberts v. Louisiana* 案本人不同意見書中說明。

Statement of the Chief Justice Burger, and Rehnquist :

我們贊同該判決，並加入 *White* 意見，同意其有關喬治亞州就死刑審判程序符合 *Furman* 判決要求之分析。

Blackmun, concurring :

我贊同該判決，理由見 *Furman* 案本人之不同意見書。

Brennan, dissenting :

「殘酷與不尋常之刑罰」條款必須要以成熟進步社會之正當行為標準 (standards of decency) 為斷。多數意見法官 *Stewart*, *Powell* 與 *Stevens* 卻認為考量該標準非針對死刑本質，而主要是針對各州死刑適用程序能否避免武斷刑之危險，是為本末倒置。該條款內涵道德原則要求，國家對待人民要符合人類內在價值，即使是處罰也不能有損人類尊嚴。死刑存廢之爭，自本國開國以來即引起劇烈爭論。其中有個人尊嚴為社會最高價值與達成刑罰目的之道德衝突。我仍然維持本人在 *Furman* 案之看法，本國的文明以及法律均已進步至死刑一與其他各種殘忍的肉刑一樣一在道德上已不再為我們文明社會所接受。因此死刑不論在任何狀況下適用於何種犯罪，均構成違反憲法增修條文第八條的狀況。

Marshall, dissenting :

我仍然維持本人在 *Furman* 案之觀點，死刑是憲法增修條文第八條所禁止之殘酷與不尋常之刑罰。我認為死刑違憲有兩個原因，死刑是過度的刑罰，而美國民眾如能獲取有關死刑的目的與責任之充分資訊，將會發現其在道德上是不可接受的。自 *Furman* 案之後，有三十五州及聯邦重新立法，仍然保留死刑的適用，如果我不承認這些新發展多少代表美國民眾在道德上接受死刑，我就太不誠實了。但

是依據最近一項在這些後 *Furman* 立法以後之調查，美國民眾對死刑資訊仍然所知甚少，有無獲知充分資訊之民眾，其對死刑之看法截然不同。然而即使民眾贊成死刑，過度的刑罰仍然是違憲的。死刑非達成嚇阻犯罪與報應等合法的立法目的所必須。雖然 *Isaac Ehrlich* 在 *Furman* 案後所發表之科學研究報告認為死刑有嚇阻謀殺罪之效果，但其研究方法及結論遭受其他學者嚴厲批判與質疑，不為定論。報應的觀念更不能支持死刑之正當性，死刑完全否定犯人之尊嚴與價值，不符合憲法增修條文第八條所要維護的人類尊嚴之核心價值。

(三)、*Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 206(2002)

判決要旨

△對心智障礙人犯執行死刑為違憲的過度刑罰，屬美國憲法增修條文第八條「殘酷與不尋常刑罰」條款所禁止之範圍。倘若刑罰不依犯罪程度累進或不成比例，即是過度的刑罰，為憲法增修條文所禁止。(The execution of offenders with mental retardation is unconstitutionally excessive, as prohibited by the Eighth Amendment to the US Constitution banning cruel and unusual punishment. A punishment is "excessive", and therefore prohibited by the Amendment, if it is not graduated and proportioned to the offense.)

事實

上訴人與共犯持半自動手鎗綁架、搶劫被害人，又脅迫被害人從銀行自動提款機提領現金，之後並載被害人至偏僻處所射擊八鎗斃命。維吉尼亞州控以綁架、持械搶劫、謀殺等罪名，判處死刑。在量刑階段有一位法庭心理學家 (forensic psychologist) 測試上訴人之智商僅 59 (約等於九至十二歲之智力)，屬輕度心智障礙 (mildly mentally retarded)。上訴人主張其為智障不能判處死刑，但維吉尼亞州最高法院根據本法院判例 *Penry v. Lynaugh*, 492 U.S. 302 (1989)，拒絕僅因智商數將其罪刑從死刑減為終身監禁。有見於維州最高法院兩位法官在不同意見書所提出問題之嚴重性，認為對心智年齡只有九至十二歲之刑事被告判處死刑是過度的刑罰，以及 *Penry* 案之後十三年各州立法明顯的轉向，本法院核准移審令狀 (certiorari)，重新討論在 *Penry* 案所處理之議題。

判 決

對心智障礙人犯判處死刑為憲法增修條文第八條所禁止之殘酷與不尋常之刑罰。原判決廢棄，依本判決意見發回更審。

理 由

[本案為6:3判決，由大法官Stevens主筆，O'Connor, Kennedy, Souter, Ginsburg, Breyer加入其意見。Rehnquist, Scalia和Thomas具二份不同意見書。]

心智障礙人士犯罪，如符合法律所要求之刑事責任標準，應受審判及處罰。但由於其理性、判斷、與控制衝動能力之缺陷，其道德上之可責性較一般正常成年人為低。其能力上之缺陷可能會損及訴訟程序之可靠與公平。或許是基於上述理由，在Penry案十三年之後，美國民眾、立法者、學者、法官深思此問題所得之共識提供我們本案所呈現問題「對心智障礙人犯執行死刑是否為憲法增修條文第八條所規定的殘酷且不尋常之刑罰」的答案。

- (a) 倘若刑罰不依犯罪程度累進或不成比例，就是過度的刑罰，為憲法增修條文第八條所禁止，而刑罰是否過度應以當前進化中的正當行為標準 (evolving standards of decency) 為斷，此種標準應盡可能根據客觀因素，而最清楚可靠的即是全國各州之立法。除客觀之證據之外，憲法亦期許本法庭獨立評估是否有理由贊同或反對由全國公民及其立法者所作之判斷。
- (b) 在一九八九年Penry案判決時全國只有二州禁止對心智障礙人犯執行死刑，如果加上十四個完全廢止死刑之州，尚無充分證據足稱達到全國共識。但在其後有不少的州立法禁止此種死刑之執行。更具意義的不僅在於州的數目之增加，而是此種改變方向臻於一致性的趨勢。此足以證明今日社會已經視心智障礙人犯比一般人較不具可責性，觀察議會中投票贊成禁止對智障人士執行死刑之壓倒性票數更加强了此種證明力。而且即使在容許執行死刑之州，實務上亦少見執行。
- (c) 本法院經過獨立評估此議題，顯示無理由不贊同此立法之共識 (legislative consensus)。臨床上對心智障礙 (mental retardation) 之定義不僅是智商低於一般水平，而且其適應能力亦受相當限制。心智障礙人士雖能分辨是非，且能在訴訟中應訊，但其了解及處理資訊、溝通、從經驗中學習、從事邏輯思考、控制衝動、以及認知他人反應等諸種能力較差。這些缺陷雖不能使其免除刑罰，但其個人可責性 (personal culpability) 應減輕。有鑑於這些缺陷，本法院提供兩項理由以贊同立法共識：

- (1) 支持死刑正當性的兩項功能報應與嚇阻適用到心智障礙人犯能否有效頗受懷疑。有關報應功能，刑罰之輕重應依犯人之可責性來決定，假如一般的謀殺犯不應判處死刑，可責性較輕之心智障礙人犯更不應有此報應。關於嚇阻功能，由於心智障礙人犯認知上與行為上之缺陷使其道德上之可責性減輕，同時也使其較不可能理解有關處決之資訊以控制其行為。而免除心智障礙人犯死刑並不會降低對非智障人士之嚇阻功效。
- (2) 因為心智障礙人犯較有可能不智的錯誤認罪，提供律師有利協助之能力不足，較弱的作證能力，缺乏反省能力，這種種因素加起來，將使其面對特別的被錯誤處決之危險。

Rehnquist, C.J., dissenting (with whom Scalia, Thomas join):

本案所呈現的問題在於目前全國是否形成共識，可以剝奪維吉尼亞州對類似本案上訴人之被告科處死刑的憲法權力，也就是說這些被告毫無疑問地有能力在法庭上應訊，知道他們即將遭受的刑罰及原因，而其心智障礙不足以構成迫切理由得減輕其犯罪的個人責任。法院宣告此刑罰違憲主要是因為最近有十八州通過立法禁止對心智障礙人犯處死，卻忽略了除了維州外還有其他十九州仍將此問題留給對特別被告與案情較熟悉的法官或陪審團來決定適當的刑罰。

我贊同Scalia大法官所言，法院評估當前有關處死智障人犯之立法趨勢比較像在對其主觀喜好尋求事後合理化的證明，而非客觀地努力確定進化中的正當行為標準之內容。我在此寫出不同意見，指出法院判決太過倚重外國法、職業與宗教團體觀點、與民意調查的缺陷。這些資料與憲法問題相關的觀點在往昔的判例中找不到根據。依我的觀點，它與聯邦主義所指示的原則剛好相反：「對任何民主政府單位永久的禁制必須經由人民核准之民主程序。」而法院全盤接受的民意調查是否符合科學方法頗受質疑，是以吾人無法接受其可信度及有效度。

我們曾經強調，要判斷憲法增修條文第八條所規定的一項刑罰是否構成殘酷且不尋常之刑罰，其所根據的進化中的正當行為標準，唯有各州之立法與陪審團之裁決可作為客觀之指標。立法是當代價值觀最清楚最可靠之證據。在民主社會，是由立法部門，而非由法院，來反應民意及人民之道德價值觀。刑罰規定屬立法政策問題，由法院決定是藉「殘酷且不尋常之刑罰」條款之盾截斷了正常的民主程序。而陪審團之裁決亦是一項有意義及可靠的當代價值觀之指標，因為陪審團接近個案熟悉案情，有聯結當前社會價值觀與刑事審判系統之功能。

如果要尋求全國共識，外國人之觀點完全不相干，私人團體只為他們自己說話，民意

調查又無可信度，法院倚重這些資料嚴重錯誤，只顯出法院對一個沒有達到全國共識的觀念卻要由法院下命令的意願。

Scalia, J., dissenting (with whom Rehnquist, Thomas join):

本案之判決無論在憲法增修條文第八條之文義與歷史中或目前社會態度中都找不到根據。法院判決很少像本案這樣顯然地只是法官個人觀點而已。

我在此重述為法院所刪減的案情，對瞭解本案很重要。上訴人與共犯在一整天飲酒與吸食迷幻藥後，開車至一便利商店，欲圖搶劫其顧客。他們綁架了被害人，開車至附近一處自動提款機，脅迫被害人提領美金二百元，然後載其至一偏僻處所，令被害人下車，即射擊被害人全身各處八鎗斃命。陪審團並聽證上訴人十六項重罪前科紀錄，包括搶劫、綁架、使用槍械、重傷害等罪名。各案被害人歷歷指證其犯案時之暴力傾向。上訴人除了測驗智商較低外，仍具有一般水平之智力。陪審團有見於其犯案之殘暴及長期暴力傾向，認為輕微智障不足為免死理由，故裁決死刑，維吉尼亞州最高法院維持其判決。

在憲法增修條文第八條制定時，只有嚴重的心智障礙，如白痴 (idiot) 或瘋子 (lunatic)，智商在 25 以下，完全喪失理性或認知能力，無法分辨是非，無犯罪責任。較輕的心智障礙，所謂低能兒 (imbecile)，仍具有一定智力，雖比一般人稍低，仍須負刑事責任，包括死刑。對輕微智障人犯執行死刑是否符合代表成熟社會進步之正當行為標準，在今日以前本法院一致性地強調有關增修條文第八條之判斷應儘可能依據客觀因素，而非法官個人的主觀看法。客觀因素中首見於由民選議員通過之法律，而罕見法官對美國民意更有敏銳反應。法院依據三十八個保留死刑的州中有十八州禁止處死智障人犯 (少於一半，只有 47%，*而且此數字是捏造的。) 即稱獲得全國共識。就算是 47%，怎能算是達到全國共識？我們以前的判例一般要求更高的比率。而十八州禁止處死智障人犯的新立法仍在嬰兒期，最長的只有十四年，有五州去年才新立法。法院誇稱改變方向趨於一致，在這麼短的期間，我們如何能看到其他方向之改變？如何能判斷趨勢？

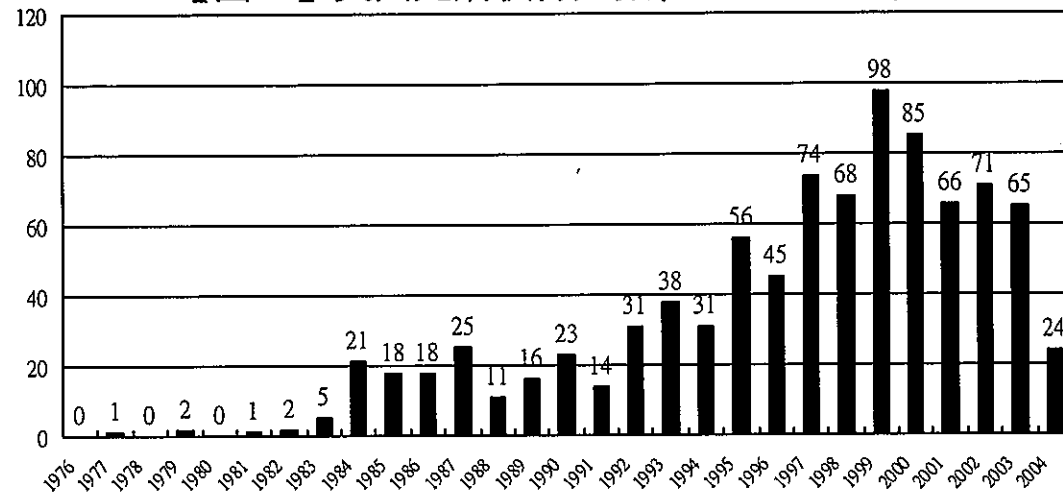
我同意首席大法官的看法，即是全國共識與職業與宗教團體之觀點及民意調查結果無關，與國際社區之實務亦同樣無關，他們的正義觀念與我們不同。「我們不能忘記，這是我們在解釋的美國憲法。」在我們人民尚無確定的共識，即使外國的觀點本法院之法官認為多有啟發性，亦不能透過憲法強加在美國人身上。難道，終究 (in the end) 全國人民關於正當行為、刑事學、仁慈等觀念的共識是由這數個對社會無代表性的大法官個人直覺來決定？

*譯者註：如加上完全廢止死刑的十二州，百分比即達 60%，超過一半。

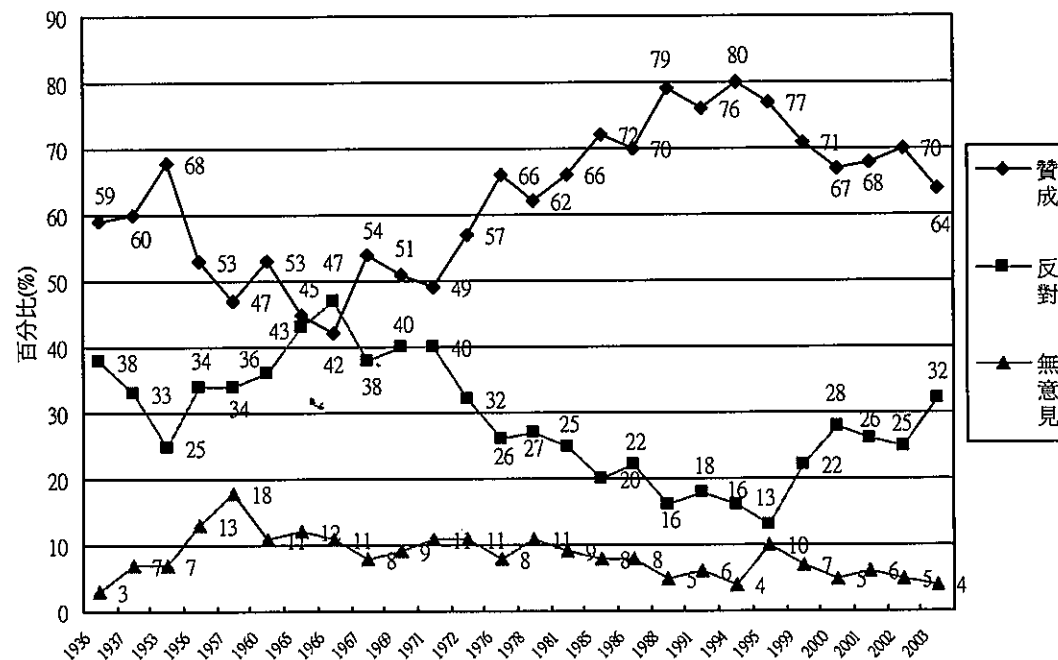
今日法院之判決在一長串法院阻礙判處死刑之實質與程序要求名單中又加多了一項。這些要求在制定增修條文第八條時 (只要求禁止酷刑而非死刑) 並不存在，甚至有些要求也不獲當前道德共識所支持。如果是由民眾廢止死刑還有理可言，這種由法院所一項一項增加限制的廢止死刑就無話可說了。這項新發明將使死刑審判程序變成一項玩法遊戲，死罪被告很容易假裝心智障礙。本案正在審理時，就有死囚待一切訴訟程序完結後，才第一次聲請智障減刑。我們可預期將來會帶來很多實務上不易辨別之困擾。

附錄二

【圖一】美國死刑執行人數(1976-2004.04)



【圖二】美國對死刑存廢之民意調查(1936-2003)



American Federalism and American Public Attitudes
Towards the Abolition of the Death Penalty

Lydia Yu-yeh Wang

Abstract

Shifting into the 21st century, the international community has increasingly favored the abolition of capital punishment. Nearly two-thirds of the nations in the world carry at no executions at all. All of Europe and the America continent without the United States, and other English-speaking countries such as Australia, New Zealand and South Africa, have banished capital punishment entirely. The United States of America is perceived internationally as a bastion of democracy and human rights, However, the death penalty is pushing the U.S. further away from its allies and the growing consensus of international law. The European nations that share Anglo-American heritage, America's democratic values, and maintain close ties with their transatlantic partner, cannot understand how the U.S. can claim to be the leading champion of democracy and human rights, and nevertheless continue to apply the death penalty. The reasons why the U.S. has become such an anomaly compared with other western-developed countries will be explored. This paper focuses on two factors: American federalism and American public attitudes towards the death penalty. It traces, first, the history of the movement to abolish the death penalty in the United States and looks into its influence on the federal and state system. Then it looks into the reviewing standard of the U.S. Supreme Court on the constitutionality of the death penalty in several landmark death penalty cases. Lastly it reviews the significance and accountability of public opinions, and questions its creditability and appropriateness as a reference for important decision-making policy on the death penalty system.

Key Words: moratorium on executions, cruel and unusual punishments, excessive and unnecessary penalty, evolving standards of decency, aggravating or mitigating circumstances