

正視房間裡的大象：從《公政公約》評湯景華縱火案歷審刑事裁判*

林慈偉**

摘要

本文從《公民與政治權利國際公約》檢視湯景華縱火案發現該案之歷審裁判有「對於非情節最嚴重罪行逕判處死刑、就精神障礙因子之作用未盡釐清、漏未審酌調查死刑量刑事由，以及違法羈押」等問題，此等均有違反《公民與政治權利國際公約》第 14 條公平審判、第 6 條生命權保障條款之疑慮。而這般嚴重的人權公約違反，宛如房間裡明明有隻大象這麼明顯的事情，卻從頭至尾被司法權力者裝作沒看到或不願意去碰觸。本文從學理角度評析湯案歷審裁判指出辦理死刑案件時常見的罪刑法定、妥速審判、正當程序這幾頭人權「大象」並提出相關建議，期盼司法權力者未來就相關案件之人權公約議題，都能夠正確理解、嚴肅以對。

關鍵字

《公民與政治權利國際公約》、湯景華、生命權、公平審判、違法羈押

* 「房間裡的大象」(Elephant in the room)，是一句英文諺語，寓意像房間裡明明有隻大象這麼明顯的事情，卻被所有人裝作沒看到，不說穿，不討論，甚至告訴自己不該看到。

** 台灣廢除死刑推動聯盟法務主任，國立政治大學法學博士候選人，linadi1208@gmail.com。本文為「2021-2022 超國界法學議題研究」計劃研究成果。作者感謝何賴傑教授及吳至格律師的指導、理律文教基金會的支持與補助，以及成果發表會中各位師長同學與李永芬執行長就本文給予諸多寶貴意見及鼓勵。

Facing the Elephant in the Room: Review of the Tang Ching-Hua's Case from the Perspectives of the ICCPR

Tzu-Wei Lin *

Abstract

This paper examines the Tang Ching-Hua's case from the perspectives of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and finds that the previous trial judgments in the case include: the death penalty for crimes that are not the most serious, the role of mental disorder factors not being properly considered, failure to investigate the reasons for the death penalty and the unlawful detention are all violations of the ICCPR. The violation of the ICCPR in Tang's case is like something as obvious as "an elephant in the room". This paper analyzes and points out these "elephants" common in handling death penalty cases from a theoretical point of view, and puts forward relevant suggestions. The author hopes that the judicial authority should correctly understand and take seriously the ICCPR issues of relevant cases in the future.

Keywords

International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), Tang Ching-Hua, Right to Life, Fair Trial, Unlawful Detention

* Legal Director, Taiwan Alliance to End the Death Penalty (TAEDP); Ph.D. Candidate, College of Law, National Chengchi University.

壹、前言

【湯景華縱火案】是台灣近年一起縱火釀多人死亡之刑事案件。歷次事實審（一審、二審、更一審、更二審）均判處被告湯景華死刑，嗣經最高法院於二〇二一年七月自為改判無期徒刑定讞，引發許多討論，特別是間接故意殺人非《公民與政治權利國際公約》（下稱《公政公約》）第6條第2項前段規定：「凡未廢除死刑之國家，非犯情節最重大之罪，且依照犯罪時有效並與本公約規定及防止及懲治殘害人群罪公約不抵觸之法律，不得科處死刑。」所稱「情節最嚴重罪行」而不得判處死刑這點¹。不過，這個案件著實綜合了許多死刑案件之人權公約爭點，除了縱火方式釀多人死亡之情節嚴重程度涉及論罪科刑之評價外，尚存有：被告本身的精障疑慮之於本案罪責及程序上之作用、審理期間羈押被告期間累計超過刑事妥速審判法第5條第3項所規定的五年期限、量刑事項未盡調查等問題。此般種種，若以經內國法化之《公政公約》予以檢視，將產生如何實體或程序上的疑義及評價，均有待進一步深究。

特別說明的是，聯合國人權事務委員會（Human Rights Committee）於二〇一八年十月就《公政公約》第6條生命權之保障規定²，發布了第36號一般性意見書（下稱「36

¹ 例見：吳巡龍，判死改無期最高院誤解國際公約？，聯合報，二〇二一年七月三日，<https://udn.com/news/story/7339/5574956>；趙萃文，間接故意燒死6人無法判死？，自由評論網，二〇二一年七月四日，<https://talk.ltn.com.tw/article/breakingnews/3591610>；廖元豪，湯景華縱火殺人不判死刑，別牽扯兩公約，奔騰思潮，二〇二一年七月五日，<https://www.lepenseur.com.tw/article/755>；林慈偉，你今天「公約自助餐」了嗎？情節最嚴重的罪行一定會判死？，法律白話文，二〇二一年七月五日，<https://plainlaw.me/2021/07/05/2021-07-05abolishdeath>；蘇友辰，湯景華縱火不判死最高法院生死裁判困境，ETtoday新聞雲，二〇二一年七月九日，<https://www.ettoday.net/news/20210709/2026939.htm>；寇德曼，湯景華縱火案：「間接故意殺人」不判死的理由與後續影響，鳴人堂，二〇二一年七月十三日，<https://opinion.udn.com/opinion/story/11678/5598773>；孫健智，間接故意殺人就不會是最嚴重罪行嗎？湯景華案省思與法院誤譯，鳴人堂，二〇二一年七月二十二日，<https://opinion.udn.com/opinion/story/11917/5617108>；黃錦嵐，湯景華縱火燒死六人案的法律爭議：《公政公約第六條》之「敦促說」與「拘束說」，上報，二〇二一年七月二十五日，https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=119481；李念祖，得判死刑與應判死刑的天壤之別：湯景華案的思辯，在野法潮，二〇二一年九月二十九日，<https://dissent.tba.org.tw/column/996>，以上文章網址，除吳巡龍文之連結已移除無法搜尋外，最後瀏覽日均為二〇二二年七月三十日。另本文引用及內文中出現之粗體，皆為作者所強調。

² 《公民與政治權利國際公約》第6條：「I 人人皆有天賦之生存權。此種權利應受法律保障。任何人之生命不得無理剝奪。II 凡未廢除死刑之國家，非犯情節最重大之罪，且依照犯罪時有效並與本公約規定及防止及懲治殘害人群罪公約不抵觸之法律，不得科處死刑。死刑非依管轄法院終局判決，不得執行。III 生命之剝奪構成殘害人群罪時，本公約締約國公認本條不得認為授權任何締約國以任何方式減免其依防止及懲治殘害人群罪公約規定所負之任何義務。IV 受死刑宣告者，有請求特赦或減刑之權。一切判處死刑之案件均得邀大赦、特赦或減刑。V 未滿十八歲之人犯罪，不得判處死刑；懷胎婦女被判死刑，不得執行其刑。VI 本公約締約國不得援引本條，而延緩或阻止死刑之廢除。」本文所引用條文項次，均以羅馬數字標示之。

號一般性意見」)³，這號一般性意見取代了先前委員會第十六屆會議（一九八二年）通過的第 6 號一般性意見書以及第二十三屆會議（一九八四年）通過的第 14 號一般性意見書，是人權事務委員會就生命權保障更為詳盡之《公政公約》權威解釋。而按《公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法》規定，這號一般性意見書乃適用《公政公約》之重要參考解釋內容，自然也會成為評釋湯案裁判之重要切入點。而以《公政公約》視野就此等裁判為析論者，對於未來相關案件之辦理或論述，不論是公約內國法化或本土裁判實務發展均將會有所助益。

依此，本文從《公政公約》角度就湯景華縱火案歷審刑事裁判為實體及程序問題之綜合評釋，包含情節最嚴重罪行之本土化解釋、精障因子之作用（死刑使用對象限制、就審能力）、不公平審判（訴訟延遲及違法羈押）、量刑鑑定與調查等議題。

貳、湯景華縱火案之案例事實及裁判情形

居住於新北市五十餘歲男子湯景華先前與翁姓男子發生衝突忿而提告，他不滿法院判決無罪，二〇一六年三月到翁男住家樓下縱火燃燒機車並引發火警，造成翁男一家六人死亡（翁男因服役不在現場）。湯景華患有憂鬱症及精神官能症，並堅決否認犯罪。歷次事實審均認定湯景華惡性重大判處死刑，但最高法院以證據調查未清楚、判決的理由不完備等理由發回更審，後來兩次更審開庭時，湯景華也仍堅稱沒有放火殺人。這個案件從二〇一五年審理到二〇二一年七月無期徒刑定讞，超過五年。案件在各審級間上下來回了好幾次。從第一審、第二審、最高法院第一次發回、更一審、最高法院第二次發回、更二審，湯景華均被判處死刑，直到第三次上訴最高法院才經最高法院自行撤銷死刑判決改判無期徒刑定讞⁴。

不過，若案情「罪證確鑿」，何以拖了五年還沒審完？最高法院發回了二次、不願意讓案件就此確定的理由為何？我們可以從最高法院二次發回及最後定讞判決理由（表 1），看出些端倪。而這也是本文想要從《公政公約》切入評析的關鍵。

³ Human Rights Committee, General Comment No. 36, U.N. Doc. CCPR/C/GC/36 (30 October 2018).

⁴ 湯景華縱火案歷審判決：臺灣新北地方法院 105 年度重訴字第 13 號刑事判決（裁判日期：二〇一七年三月三日）→臺灣高等法院 106 年度上重訴字第 9 號刑事判決（裁判日期：二〇一八年五月三日）→最高法院 107 年度台上字第 2328 號刑事判決（裁判日期：二〇一八年十月四日）→臺灣高等法院 107 年度上重更一字第 4 號刑事判決（裁判日期：二〇一九年十一月二十八日）→最高法院 109 年度台上字第 334 號刑事判決（裁判日期：二〇二〇年三月四日）→臺灣高等法院 109 年度上重更二字第 3 號刑事判決（裁判日期：二〇二一年四月二十九日）→最高法院 110 年度台上字第 3266 號刑事判決（裁判日期：二〇二一年七月二日）。

案號	裁判要旨
最高法院 107 年度台上字第 2328 號刑事判決（下稱「最高第一次發回判決」）	<p>一、原判決事實欄記載上訴人明知放火燒燬現供使用之住宅會發生死亡結果，此應屬直接故意而殺人。乃事實欄其他部分及理由卻又說明其係基於間接故意而殺人，顯有矛盾。</p> <p>二、原判決謂上訴人對住宅內有兒童或少年，無認識可能性，而認定燒死少年翁○婷，無兒童及少年福利與權益保障法第 112 條第 1 項前段規定之適用。然供住家使用之住宅，成員無分年齡。則放火燒燬住宅發生死亡之結果，即可能包含未滿十八歲之少年。原判決既認定上訴人預見上開放火行為，會發生居住之人死亡之結果。則何以不能預見會有未滿十八歲少年死亡，顯違經驗法則。</p> <p>三、原判決事實欄未認定上訴人欲殺害翁○智而未生死亡結果。乃理由欄竟論其對翁○智犯殺人未遂罪，理由顯失依據。</p> <p>四、原判決既認定本件死亡之被害人共計六人，另外被害人林○祥、翁○智二人未生死亡之結果，乃竟未論述上訴人一行為觸犯六個殺人既遂、二個殺人未遂罪名，亦有未洽。</p> <p>五、依卷內上訴人病歷記載，其患有精神官能症。原審未委請醫學專家鑑定其行為時，有無因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力，或致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低情形，是否有刑法第 19 條第 1 項、第 2 項規定之適用？遽行判決，有應於審判期日調查之證據未予調查之違法。</p>
最高法院 109 年度台上字第 334 號刑事判決（下稱「最高第二次發回判決」）	<p>一、原審就實施火災原因鑑定人的證據調查程序，未依照交互詰問法則，也未讓湯景華及其辯護人有表示意見的機會，於法有違。</p> <p>二、原判決就部分（檢驗報告書等資料）引為認定湯景華犯罪的證據，未於審判期日進行調查證據程序，並非合法。</p> <p>三、湯景華始終否認有燒燬本案住宅及殺人的意思，依原判決認定，本件起火點祇有一處，湯景華並未有以自購汽油全數沾染報紙或潑灑多處起火點的行為，也未直接對本案住宅放火等情，而火勢從本案住宅二樓外部向內延燒，是否與目擊證人所稱該騎樓的電錶爆炸有關，原判決未查證清楚，理由也有不備。</p> <p>四、湯景華縱火時，翁○智正在當兵，沒有住在家裡，湯景華主觀上的認知與客觀事實並不相符，影響應否論處對翁○智犯殺人未遂罪，原判決此部分的說明，尚有未洽。</p>
最高法院 110 年度	<p>一、原判決採證、認事及論罪法條，除下述撤銷情形外，經核並無違誤。湯景華上</p>

<p>台上字第 3266 號 刑事判決（下稱 「最高定讞判 決」）</p>	<p>訴仍然否認縱火，或爭辯自己沒有殺人的犯意、至多僅過失致死，或爭執行為時沒有完全刑事責任能力等，此部分上訴並無理由。</p> <p>二、最高法院進行言詞辯論，綜合全部卷證資料，認為原判決有下述違誤：</p> <p>（一）原判決認定湯景華在放火燒機車的同時，具有間接（不確定）故意殺人的犯罪事實，理由也說明認定依據甚詳。本件檢察官起訴書及最高檢察署檢察官的意見書也認同湯景華殺人部分是間接（不確定）故意，最高法院也同此認定。但原判決部分理由卻記載湯景華是預謀型縱火殺人，此部分有事實理由矛盾的違法。</p> <p>（二）公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）經立法院通過兩公約施行法後，已具有國內法的效力。依公政公約第 6 條第 2 項規定，所犯是最嚴重的罪行，才能科處死刑，已實質限縮刑法死刑規定的適用範圍。而依聯合國人權事務委員會在西元二〇一八年對公政公約第 6 條做出第 36 號一般意見的拘束力解釋，對應到我國刑法架構，所謂最嚴重的罪行是指涉及直接（確定）故意殺人的犯行，間接（不確定）故意殺人則不可以適用死刑。湯景華既係基於間接（不確定）故意而殺人，雖然使被害人家屬痛失至親，所受心靈傷痛難以平復，但依照公政公約的規定，不能科處死刑。原判決的量刑已與公政公約的意旨不符，並非合法。湯景華上訴指摘及此，為有理由。</p> <p>（三）原判決雖然有上述違誤，不影響事實的確定，應由最高法院將原判決撤銷，自為判決。</p> <p>三、最高法院從湯景華犯罪情節事項與個人屬性事項翔實審酌後，認：</p> <p>（一）湯景華僅因為小小糾紛，就心生忿恨而計劃放火燒機車報復，並預見將可能導致住宅燒燬、住戶死亡的嚴重後果，也不違背其本意，仍用汽油、報紙助燃縱火，終致延燒本案住宅及燒死住戶的結果。湯景華的動機、目的自私，手段惡劣，且輕視他人居住安寧及生命法益，殃及無辜，奪走翁○緣等六人的寶貴生命，造成永遠無法回復的損害，倖存的翁○智及其他親屬則家庭破碎，天人永隔，承受巨大恐懼、苦痛，並危害公共安全及社會秩序至深且鉅，其犯罪情節事項極為嚴重。（不利的量刑因素）。</p> <p>（二）湯景華犯後並無絲毫愧疚，更無悔悟遷善的具體表現，個性自私且不負責任，犯後態度惡劣。（不利的量刑因素）</p> <p>（三）湯景華生活狀況雖然偶有不順，但與一般人生命歷程亦偶會遭逢之困頓，並無特殊差異或顯然不利。而且品行並非端正，智識程度並未較一般人弱化，均無從作為減輕量刑或同情的因素。（並非有利的量刑因素）</p> <p>（四）綜合審酌上開量刑情狀，湯景華本件罪行在公政公約的拘束下，既不能判處死刑，其罪責最重上限是無期徒刑，而無期徒刑依法執行逾二十五年，且有悔改實</p>
---	--

	據，始得假釋出獄，依他的情形，如果可以假釋時，已逾七十五歲年邁的人。最高法院認為對於湯景華量處無期徒刑，使他在監獄中長期隔離並施以矯正，即與罪責相當。
--	---

表 1 湯景華縱火案最高法院二次發回及最後定讞判決要旨⁵

參、綜合評釋

一、間接故意與情節最嚴重罪行之解釋

首先是對於間接故意與《公政公約》所謂「情節最嚴重罪行」之解釋，這也是湯案在最高定讞判決時引發起最大討論的爭點。

湯案之最高定讞判決明確表示，依《公政公約》第 6 條第 2 項規定，所犯是情節最嚴重之罪行才能科處死刑，此已實質限縮刑法死刑規定的適用範圍。而依 36 號一般意見之解釋，對應到我國刑法架構，所謂情節最嚴重罪行是指涉及直接（確定）故意殺人的犯行，間接（不確定）故意殺人則不可以適用死刑⁶。而湯景華既然是基於間接故意而殺人，所以按照《公政公約》的規定，即不能科處死刑，進而將最後事實審之死刑判決予以撤銷，改判無期徒刑定讞。節錄最高定讞判決理由如下：

西元 2018 年，人權事務委員會通過第 36 號一般性意見，對公政公約第 6 條生命權進行完整化及體系化之解釋，已取代先前第 6 號及第 14 號一般性意見。第 36 號一般性意見第 5 段前段首先宣示：「《公約》第六條第二、第四、第五與第六項規定了具體的保障措施，以確保尚未廢除死刑的締約國除對情節最重大之罪外，不適用死刑，而對於情節最重大之罪，僅在最特殊的情況下和在最嚴格的限制下適用死刑。」第 33 段後段亦表示：「鑑於在一項載有生命權的文書中規範死刑適用具有異常性質，（第六條）第二項的內容必須作狹義解釋。」進而於第 35 段前段闡示：「『情節最重大之罪』一詞必須作嚴格解讀，僅限於涉及故意殺人的極嚴重罪行 ([A]ppertain only to crimes of extreme gravity, involving intentional killing)。在第六條的架構內，未直接和故意（或譯為「蓄意」）導致死亡的罪行（Crimes not resulting directly and intentional in death），如謀殺未遂、貪腐及其他經濟和政治罪行、武裝搶劫、海盜行為、綁架以及毒品和性犯罪儘管具有嚴重

⁵ 整理自：最高法院新聞稿，最高法院網站，<https://tps.judicial.gov.tw/tw/mp-011.html>，二〇二二年七月三十日。

⁶ 刑法第 13 條：「I 行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意。II 行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，以故意論。」

性質，但絕不能作為判處死刑的理由。」將「情節最重大之罪」高度限縮於「涉及故意殺人的極嚴重罪行」。就未廢除死刑之我國而言，刑法上故意，分為直接故意與間接故意二種，間接故意並未如直接故意明知其行為必將造成構成要件事實之實現，而發生之結果既非行為人内心所努力追求，亦非確定必然發生，祇係預見其有可能發生，乃予容認而聽任事情自然進展，終致發生犯罪結果，故間接故意之不法內涵與罪責內涵，顯較直接故意為輕。第 36 號一般性意見既謂對「情節最重大之罪」一詞必須作嚴格且狹義解讀，祇有在最特殊的情況下和在最嚴格的限制下適用死刑等脈絡觀之，所稱「涉及故意殺人的嚴重罪行」，對應於我國刑法架構，應限縮於刑法第 13 條第 1 項之直接故意方為該當。

湯案之最高定讞判決宣判時，新聞稿一出，即引發許多投書對該案之討論⁷。其中有一種聲音論據不外乎是認為最高法院持間接故意殺人非情節最嚴重罪行之見解乃屬誤譯人權公約之解釋，進而抨擊該等裁判意見。例如，吳巡龍檢察官即認為，按 36 號一般性意見第 35 段中所提到的 *intentional killing*，因國際公約及普通法系國家刑法之 *intention*，應係包括特定意圖犯與故意犯，而故意犯又包括直接故意與間接故意，所以此 *intention* 內涵應包括我國刑法的直接故意與間接故意，進而認為最高法院於此有將 *intention* 誤認為直接故意之可能⁸。

不過，這樣的說法，隨即也引起了諸多評論意見。

像是，許玉秀老師從比較法觀點，從德國甚至歐陸各國，直接故意、預謀故意致死都不可能被認為是應判處死刑的情節最嚴重之犯罪，因為除了學說上有認為間接故意根本不是故意而僅是有認識過失之外，學理上採取客觀故意理論也不可能承認間接故意此種類型，因而其中也不乏有主張間接故意和有認識過失應合而為一之意見⁹，而英美法體系也沒有所謂間接故意的概念，所謂可以判死的情節最嚴重之犯罪包含間接故意致死一說，無法獲得來自比較法上的支持¹⁰。

又如，李念祖老師更從人權公約輔以憲法角度之觀點認為，間接故意殺人與直接故意殺人於量刑上須有區別，間接故意殺人不構成情節最嚴重的殺人罪行，這是法院量刑

⁷ 前引註 1。

⁸ 吳巡龍，前引註 1。同樣意見，詳見：吳巡龍，間接故意殺人罪判處死刑是否違反公政公約，裁判時報，第一一三期，二〇二一年十一月，頁 60-68。

⁹ 許玉秀著，李建良主編，關於縱火犯湯景華案的紅鯡魚，研之得法：中央研究院法律學研究所成立十週年文集，臺北，元照，二〇二一年，頁 16。

¹⁰ 許玉秀，前引註 9，頁 18。

政策的表態，屬於法官職務內有權且合法之判斷，甚者，即便個案犯行屬情節最嚴重的罪行，法官仍有權決定判處死刑是否合適，法官並沒有判處死刑的憲法或公約上義務，連刑法都不該用唯一死刑限制法官的量刑裁量，那麼以保障基本權利為目的之憲法，不會也從來不曾課予法官剝奪生命的義務¹¹。

本文則認為，不論從 intention 於比較法之意義、最高法院就此爭點之見解嬗遞，乃至於《公政公約》就死刑使用之嚴格限縮趨向以及解釋適用上之客觀比較特性，湯案之最高定讞判決見解係屬正確。茲提出幾點評論如下。

第一，intention 於文義或比較法意義上，無法直接說涵蓋我國所謂間接故意概念。因為英美法上的犯罪主觀要件包含 intent、recklessness、negligence 等，而若以美國法的 intention 概念，又可以區分為 purpose 與 knowledge 等主觀程度劃分，而美國法所謂主觀犯罪意思，強調的是連結不同構成要件要素而有認識或期待強度之差別，purpose 著重對於結果發生的意欲而不論對於行為致生結果的確然性有無認識，knowledge 則強調對於結果發生之實際必然 (practical certainty) 的認識而不論對於結果的意欲為何，此和我國故意概念中強調所謂認知與明確意欲 (直接故意)，以及認知對損害之是否發生抱持無所謂之心態 (間接故意)，全然不同，概念上實不宜此般粗糙比附援引。若真要將我國刑法間接故意概念做對應者，因為我國刑法第 13 條第 2 項之間接故意並不要求行為人對於結果發生之高度蓋然性有所認識，僅需認識構成要件事實可能發生即為已足，所以概念上應當也是落在 recklessness 範疇裡才是¹²。

第二，若從我國裁判實務就情節最嚴重罪行限定指涉於直接故意殺人犯行之見解嬗遞可知，自從《公政公約》於我國施行之前，最高法院裁判實務就有留意到，直接故意與間接故意殺人兩者，於態樣及惡性上的輕重之別，進而於量刑上做出區分評價，像是，最高法院 94 年度台上字第 6934 號刑事判決即認被告殺被害人並非直接故意之作為，其惡性與直接故意之殺人行為仍有不同，依此作為選擇量處被告無期徒刑理由之一，後來

¹¹ 李念祖，前引註 1。

¹² 林慈偉，死刑的盡頭：人權公約下的死刑案件判決樣貌與刑事法變遷，臺北，台灣廢除死刑推動聯盟，二〇二二年，頁 58-59。類似意見：「我國刑法上之故意，依刑法第 13 條第 1 項、第 2 項之規定，分為直接故意（或確定故意）與間接故意（或不確定故意）二種，而刑法第 13 條第 2 項之間接故意，與第 14 條第 2 項之疏虞過失，在英美法上，合稱為『不注意』（recklessness），直接故意與間接故意兩者性質、態樣既非相同，其惡性之評價當有輕重之別，自影響於行為人責任及量刑結果。」參見：吳燦，「教化可能性」於死刑案件量刑之定位，檢察新論，第二十三期，二〇一八年二月，頁 17；許玉秀，前引註 9，頁 18。

的最高法院 103 年度台上字第 807 號刑事判決¹³、最高法院 109 年度台上字第 940 號刑事判決¹⁴，這些裁判例均屢次重申此一見解。依此可知，最高法院將間接故意殺人排除於情節最重大之適用限縮，乃經過至少十餘年的解釋演變，輔以人權事務委員會及其相關解釋，而盡可能地在客觀比較之下嚴格做出適用上的限制而來¹⁵。

第三，還需留意的是，情節最重大罪行概念的客觀比較意涵。情節最嚴重罪行並不必然要與死刑相連結，其僅是一個相對比較的概念，這必須要看國家內部刑事法制及司法實務狀況而錨定。人權公約的作用在於課予國家有保障人民生命權之義務，並非以透過科處刑罰以達成人權保障，其效果主要仍在於具體個案的除罪或減輕刑責等，這是對於人權公約的基本認識¹⁶。而所謂客觀比較意義則會呈現於，假定某個《公政公約》締約國，廢除了死刑，那麼該國所謂尚存有最嚴重犯罪，則此際所對應到的即非死刑之刑罰裁量以及斯時法制下之最嚴厲刑罰手段，所以對於情節最嚴重罪行的理解必須要對應締約國法律既有法律的概念才能劃出其意義及適用射程所在。此一相對性的展現，也可見於《公政公約》第 5 條第 2 項規定意旨。按《公政公約》第 5 條第 2 項之規定：「本公約締約國內依法律、公約、條例或習俗而承認或存在之任何基本人權，不得藉口本公約未予確認或確認之範圍較狹，而加以限制或減免義務。」即國家不能以公約範圍未確認或保障範圍較小而限制或減免其義務，人權公約所示國際標準僅是國家保障人權的最低標準，當內國標準高於人權公約者，則不得再回過頭採取標準相對低之國際標準，甚至人權事務委員會也強調，因為《公政公約》第 6 條第 6 項就廢除死刑這件事的立場乃，對於尚未完全廢除死刑的締約國，是一條不可逆轉的道路¹⁷。據此而論，我國最高法院

¹³ 判決理由節錄：「原判決係認定上訴人基於殺人之『不確定故意』，以縱火方式實行殺人，有如前述，即與其說明公民與政治權利國際公約第三編第六條第二項規定及聯合國人權事務委員會相關解釋所稱得科處死刑之『犯情節最重大之罪』，係指『蓄意殺害』並造成生命喪失』而言，兩者顯然不相適合。原判決既認定上訴人係基於『殺人之不確定故意』，而非『蓄意殺害』（即非『直接故意殺人』），自不得依『蓄意殺害』作為量處上訴人死刑之依據，否則即有理由矛盾之違誤。然其理由卻以『蓄意殺害並造成生命喪失』屬於『情節最重大之罪』，上訴人之『犯罪情節自屬最為重大』，資為量處上訴人死刑之依據，並認『宣告被告（即上訴人）死刑，與上開公約規定並未抵觸』云云（見原判決第二十一頁末三行）。其前後說明相互齟齬，有判決理由矛盾之違誤。」

¹⁴ 判決理由節錄：「原判決已說明公政公約第 6 條規定之『情節最重大之罪』，必須嚴格限制其適用且採狹義解釋，僅能限定於極端嚴重且涉及故意殺人之犯罪。被告 5 人殺人之犯意既均係出於間接、不確定故意，而非程度上更為蓄意、嚴重之直接、確定故意，其惡性評價當非無輕重之別，雖使被害人甲女家屬痛失至親，所受心靈傷痛難以回復，仍與『情節最重大之罪』有間，尚難對林春雄科處死刑。」

¹⁵ 林慈偉，前引註 12，頁 59-60。

¹⁶ 許恒達老師亦曾為文指出「從公政公約的文字中，我們可以認為，公政公約並非透過科處刑事制裁以達成人權保障，而是直接給予可能受到國家不利益侵害者相符的實體及程序權利，因此兩公約的效力主要在於具體個案的除罪、減輕刑責或程序利益保護效果。」參見：許恒達，國際法規範與刑事立法：兼評近期刑事法修訂動向，臺大法學論叢，第四十六卷特刊，二〇一七年十一月，頁 1287。

¹⁷ 《公民與政治權利國際公約》第 36 號一般性意見第 50 段：「第六條第六項重申的立場是，尚未完全廢

已將間接故意殺人排除於情節最嚴重犯行之適用，若往後再逆向解釋成間接故意殺人不排除於情節最嚴重犯行之射程範圍者，事實上擴大死刑的適用範圍，此際即有牴觸《公政公約》第 6 條的目的和宗旨的問題¹⁸。

第四，事實上，我國最高法院後來就情節最嚴重罪行這個要件有做本土化更進一步的具體闡釋，不僅僅停留在間接故意殺人的犯行排除之討論，而還須考量犯行本身相關事項是否已達最嚴重程度予以判斷。最高法院 105 年度台上字第 984 號刑事判決¹⁹表示，並非所有「無理剝奪他人生命」罪名之犯行都當然是「情節最嚴重之罪行」，因為，還要考量到與犯罪行為本身相關的事項，是否已達最嚴重程度，方足當之，例如，犯罪行為動機是否具倫理特別可責性（例如嗜血殺人魔、謀財害命、性癮摧花或其他卑鄙動機等）、犯罪手段或情節具特別殘暴性、行為結果具嚴重破壞性、危害性等。若從《公政公約》人權保障之觀點而言，我國裁判實務就情節最嚴重的罪行若採取更嚴格審查標準，也並無違反公約之疑慮。實則，這也和人權事務委員會在 36 號一般性意見第 37 段第 1 句中所提到的「所有涉及適用死刑的案件中，判決法院必須考慮罪犯的個人情況以及犯罪的具體情節包括具體的減刑因素」更具體嚴格限縮的解釋趨向一致。

甚至，湯案最高定讞判決後三個月後，先前自死刑改判無期徒刑之【李昆霖案】的最高法院定讞判決（最高法院 110 年度台上字第 4958 號刑事判決²⁰）也接續維持湯案

除死刑的締約國應朝上一條不可逆轉的道路，在可預見的將來在事實上和法律上完全廢除死刑。死刑與充分尊重生命權不可調和。廢除死刑不僅合乎需要，而且十分必要，可以強化人性尊嚴，促進人權逐步發展。締約國採取步驟在事實上增加死刑的執行率與擴大死刑的適用範圍或減少准予特赦和減刑的數量，都抵觸第六條的目的和宗旨。」依此而論，若國家機關日後就過去已經建立之人權基準事實上增加、擴大了死刑的適用，或者減少、縮小死刑的不適用者，例如已經暫停執行死刑的國家，突然又恢復執行死刑，即與《公政公約》第 6 條之目的與宗旨有違。就此，李念祖老師即精確地指出「公政公約同條第 2 項規定：『凡未廢除死刑之國家，非犯情節最重大之罪，且依照犯罪時有效並與本公約規定及防止及懲治殘害人群罪公約不抵觸之法律，不得科處死刑。』與第 6 項合拍的解讀，乃只能是在禁止各國將情節非最重大之罪判處死刑，而不是授權各國將情節最重大之罪判處死刑，更不是加課各國將情節最重大之罪判處死刑的義務。否則必不免差之毫釐，謬以千里。」參見：李念祖，前引註 1。

¹⁸ 從《公民與政治權利國際公約》第 6 條第 6 項規定「本公約締約國不得援引本條，而延緩或阻止死刑之廢除」亦可得知，在個案中談情節嚴不嚴重、罪行是否最重大，也都是在限制死刑的使用、排除死刑的適用而來（即「踩煞車」），而非要積極地證立、鞏固情節最嚴重之罪行判死刑（即「催油門」），此等公約基準均可看出，對於相關概念之相對比較意義所在。

¹⁹ 判決理由節錄：「最嚴重罪行 (the most serious crimes) 之界定：我國刑罰原則採『行為責任』，而非『行為人責任』；刑法係對某一『犯罪行為』，施以相對應之『刑罰』。犯罪行為是否符合公政公約第 6 條第 2 項所指之『最嚴重罪行』，如上所述，應嚴格限定。以死刑係『剝奪犯罪人生命』之刑罰言，『最嚴重之罪行』，至少必須是『無理剝奪他人生命』，或與之相當之其他極為嚴重罪名；然並非所有『無理剝奪他人生命』罪名之犯行，均當然係『最嚴重罪行』；基於『行為責任』原則，尚應考量與犯罪行為本身攸關之事項，是否已達最嚴重程度，方足當之。例如，其犯罪行為動機是否具倫理特別可責性（例如嗜血殺人魔、謀財害命、性癮摧花或其他卑鄙動機等）、犯罪手段或情節具特別殘暴性、行為結果具嚴重破壞性、危害性等。」

²⁰ 判決理由節錄：「原判決綜上意旨，並說明被告所犯殺人罪，係基於間接故意，而非蓄意之直接故意，

最高定讞判決之同一見解。後來，檢察總長就湯案最高定讞判決所持情節最重大之罪限定於直接故意而殺人之極嚴重罪行之見解認有不符 36 號一般性意見解釋內容屬判決違背法令而提起非常上訴，此更為最高法院判決駁回（最高法院 110 年度台非字第 222 號刑事判決²¹），這些都再再映證最高法院裁判意見堅定地立於嚴格且狹義解讀之公約解釋思維。

在這波「間接故意殺人應否排除於情節最嚴重犯行之適用」，如火如荼、煞有其事討論的同時，許玉秀老師為文戳破了湯案歷審裁判的國王新衣。許玉秀老師於二〇二一年十一月所發表〈關於縱火犯湯景華案的紅鯡魚〉乙文中即以「紅鯡魚」²²的隱喻指出，湯景華案判決聚焦於直接故意、間接故意殺人判不判死這般無關緊要的問題是轉移焦點，真正該問的問題是縱火故意如何就等同殺人故意以及審理過程中所出現的違法羈押有無違反《公政公約》公平審判乃至違法、違憲等問題²³。

確實，相對於間接故意殺人本即應排除於情節最嚴重犯行之適用，湯案於主觀犯意上更應追究的是，究竟縱火故意如何連結至殺人故意這一點。事實上，最高法院於二次發回的判決中，都明確地在發回理由中揭示，請事實審法院詳加調查殺人故意、縱火故意以及危險犯/實害犯在本案的作用意義。特別湯案的最高第二次發回判決（即最高法院 109 年度台上字第 334 號刑事判決）就表示，在湯景華始終否認有燒燬本案住宅及殺人的意思，而依照更一審判決之認定，本件起火點只有一處，再加上湯景華並未有以自購汽油全數沾染報紙或潑灑多處起火點的行為，也未直接對本案住宅放火等情況下，那麼更一審判決即論以湯景華有殺人故意，此既未查證清楚，且理由也有所不備。該判決還

雖造成 3 人死亡之結果，使告訴人及被害人家屬痛失至親，所受心靈傷痛難以平復，惟尚與上開公約之規定及解釋有間，乃以行為人之責任為基礎，審酌犯罪情狀如犯罪之動機與目的、犯罪時所受刺激、犯罪之手段、犯罪行為人與被害人之關係、犯罪行為人違反義務之程度、犯罪所生之危險或損害等，及與犯罪行為人相關之『一般情狀』如犯罪行為人之生活狀況、品行、智識程度、犯罪後之態度等……已就刑法第 57 條所列各款逐一盤點，而認定尚難逕對被告科處極刑，乃宣告無期徒刑並褫奪公權終身，亦說明告訴人及告訴人代理人請求量處被告死刑，如何尚不可採之理由等旨……檢察官上訴意旨以情節最重大之罪包含間接故意，指摘原審誤解公政公約意涵，未量處被告死刑，有不適用法則，及理由不備與矛盾之違法云云……尚難謂為適法之第三審上訴理由。」

²¹ 判決理由節錄：「自我國刑法第 13 條所規定直接、間接故意之意欲要素（有意、不違背其本意）以觀，間接故意之意欲要素既為強度較低之『不違背其本意』，則基於間接故意之殺人罪行，並非蓄意犯罪，即非公政公約所稱『情節最重大之罪』，亦符合該公約嚴格限制其適用之精神。是以，關於公政公約中『情節最重大之罪』之詮釋，所謂『intentional』雖不宜照譯為直接故意，然而透過我國刑法之體系解釋，及公政公約之目的解釋，根據該公約所採祇在最特殊之情況與最嚴格的限制下適用死刑之精神，對於殺人犯行自應限縮在直接故意者，方屬情節最重大之罪。」

²² 紅鯡魚的隱喻意涵為「鯡魚經燻烤後成為紅棕色，有強烈氣味，傳聞英國獵人將燻烤過的紅鯡魚拖過狐狸所留下的氣味，訓練獵犬在有其他強烈氣味混入的狀況下，仍能找到狐狸的蹤跡。紅鯡魚因而被隱喻為拋出無關緊要的問題，用以轉移焦點、混淆視聽。」參見：許玉秀，前引註 9，頁 13。

²³ 許玉秀，前引註 9，頁 22。

特別強調，不能藉由生命法益受侵害之結果或縱火故意之存在，就反向認定具有殺人故意：「行為人對於殺人實害結果與放火危險狀態的認識與意欲，既有高低之別，均需各別加以證明與確定，不能藉由生命法益受侵害的結果，反推具有殺人故意，亦不能逕以放火直接故意的存在，推導出具有同樣的殺人直接故意。」即犯罪行為有無殺人故意或者僅係縱火故意，仍須回歸到各別之構成要件以及事實予以判斷，要求法院在縱火故意及殺人故意之認定上，必須分別論證，且應就各自認定結果提出可供支持之事證。此如同辦理本件辯護之法扶律師林欣萍所言，在本件的犯行是湯景華對著騎樓機車施以縱火行為，如法院欲認定湯景華是透過縱火燒騎樓機車之方式達到殺人目的，就湯景華具備殺人故意之認定上，即應循序論證「行為人具有縱火燒燬騎樓機車之故意→行為人具有縱火燒燬現供人使用住宅之故意→行為人具有殺人之故意」，然而，有關湯景華是否具備以上三個故意，歷審法院之認定均不一致²⁴。本文認為，或許是囿於本件死傷人數眾多，以致於即便最高法院在前二次發回判決中皆已經明確指示應查明二審、更一審判決何以將該等行為評價至殺人故意及其中就主觀不法之認定等等，對著停放在騎樓的機車縱火如何連結到殺人既遂/未遂，中間的這一條證據鎖鏈，如何被建立及論證，事實審判決均屢以迴避，同時也未能解釋犯案動機之部分，即僅因為與遭縱火死亡的家人有口角和輸掉官司，就推論出湯景華有縱火燒死對方和其家人的殺人故意，此等論罪及犯意之推論都沒被釐清，就逕捲入間接故意殺人應否排除於情節最嚴重罪行、判不判死此等假議題。

二、精障因子之作用

從《公政公約》的角度論，於湯案中漏未審酌的第二個問題點是精障因子的作用。

如同最高法院就湯案第一次發回之判決所示，依卷內病歷記載，湯景華患有精神官能症，但一、二審判決卻自始未委請醫學專家鑑定湯景華於行為時，有無因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力，或致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低情形，就此是否具有刑法第 19 條第 1 項、第 2 項規定²⁵之適用未予以釐清即遽行判決，而有應於審判期日調查之證據未予調查之違

²⁴ 林欣萍著，縱火即殺人？談縱火案件中殺人故意之認定，死刑的重量：重大刑事案件的量刑辯護與挑戰，臺北，台灣廢除死刑推動聯盟、台北律師公會、法律扶助基金會，二〇二〇年，頁 169。

²⁵ 刑法第 19 條：「I 行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力者，不罰。II 行為時因前項之原因，致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低者，得減輕其刑。III 前二項規定，於因故意或過失自行招致者，不適用之。」

法。

事實上，就精神障礙因子於責任能力或就審能力的評價，在重大社會矚目案件量刑審酌過程中，特別是死刑案件，逐漸為實務所重視。而這些調查要求也更細緻地展現於最高法院裁判例中，諸如最高法院 104 年度台上字第 2268 號刑事判決²⁶即表示，具精障疑慮被告所涉案件，法院就此類案件被告責任能力及就審能力之判定都是對被告利益有重大關係事項，因此，即便被告未聲請調查，法院也應依職權善盡其調查職責，以兼顧發見真實並維護被告在訴訟上之合法權益，且不受被告本身所為意見陳述之拘束²⁷。

除了我國既存之刑事法律精障因子之於責任能力或就審能力之作用外，更為我國實務或學理討論上陌生的是《公政公約》就障礙因子於死刑使用上的作用。特別是，在《公政公約》未於約文中明文規定精神障礙判死禁止的情況下，如何透過人權事務委員會的相關解釋劃出《公政公約》保障範圍，這是我國將《公政公約》內國法化後，不能迴避的題目。

就精障判死禁止之人權基準，過去我國裁判實務於解釋適用上或有程序及實體上基準之爭議²⁸，然而，此般種種，都在二〇一八年人權事務委員會就《公政公約》生命權規定所出示的 36 號一般性意見第 49 段明確揭示應避免對於「面臨特殊障礙難以在與他人平等的基礎上進行自我辯護」或「道德可非難性有限」之個人判處死刑後而應予以重新理解。

第 36 號一般性意見第 49 段揭示：「**締約國應避免對於面臨特殊障礙難以在與他人平等的基礎上進行自我辯護的個人，如存在嚴重社會心理和心智障礙而阻礙其進行有效辯護的個人，以及道德可非難性有限的個人判處死刑。締約國並應避免對於判決理由理解能力不足的人執行死刑，以及對於受執行者其本人及其家屬為極度殘酷或會造成極其**

²⁶ 判決理由節錄：「法院為發現真實，得依職權調查證據。但利益被告而攸關公平正義，且重大關係事項者，法院『應』依職權調查之，此觀刑事訴訟法第 163 條第 2 項之規定自明。故法院於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明白，有待澄清時，得斟酌具體個案之情形，無待聲請，即得主動依職權調查，至利益被告而攸關公平正義且有重大關係事項者，法院尤應依職權調查證據，以為認定事實之依據。又被告行為時之心神狀態如何，有無因精神障礙或其他心智缺陷，而足以影響其責任能力之情形，攸關其行為是否不罰或得否減輕其刑，而被告於審判時有無心神喪失之情狀，亦關涉法院應否依刑事訴訟法第 294 條第 1 項規定停止審判，自均屬對被告利益有重大關係之事項。即使被告未聲請調查，法院亦應依職權善盡其調查職責，以兼顧發見真實並維護被告在訴訟上之合法權益，不受被告本身所為意見陳述之拘束。」

²⁷ 就此一判決之評釋，參見：林慈偉，從公政公約觀點談精神障礙與死刑裁判：兼評最高法院 104 年度台上字第 2268 號刑事判決，全國律師，第十九卷第十一期，二〇一五年十一月，頁 14-25。

²⁸ 就相關爭議，參見：林慈偉，前引註 12，頁 114-121。

嚴厲後果的人，如老年人、子女年幼或仍受其撫養的父母，以及以往曾遭受過嚴重侵犯人權行為的人執行死刑。」從 36 號一般性意見第 49 段前半部文字來看，我們已經可以發現，人權事務委員用比較強的義務語句強調國家「應」避免（“must” refrain from）就特定對象判處死刑等限制，而且正面明確地從實體及程序兩個面向擴大了死刑使用限制之範疇，這相較於過去的一般性意見，可說是具有相當的突破及再充實之作用。

於**程序理由**之支持面向，就面臨特殊障礙難以在與他人平等的基礎上進行自我辯護的個人，不得對其判處死刑，此點正可補強支撐此一人權基準於程序面向上的理由。因為我國在過去，就精障者判死禁止的討論，大多從刑法上的責任能力、量刑等實體考量，來思考對其等之刑罰減緩，如今，36 號一般性意見更輔以自我辯護、正當程序等觀點，讓我們更廣泛地看見心智障礙被告捲入刑事審判時所面臨的特殊困境，也讓我們注意到其等經常因無法與他人立於同等基礎上而難以為自己提出有效的辯護，而在對於面對這類因特殊障礙以致無法與他人同等地為自己有效辯護的人，國家必須避免對其使用死刑，因此，法院不應對精障者判處死刑。而這也是人權事務委員會首次於一般性意見中明確提出「法院不能對（包括但不限於）精障者判處死刑」之論述。實則，此般論述，亦可自因訴訟中違反《公政公約》第 14 條公平審判或第 14 條未明確涵蓋的其他嚴重程序缺陷所作成之死刑判決同時構成《公政公約》第 6 條生命權之恣意剝奪而可以理解²⁹。

至於**實體面向**上，就應避免對於具有限的道德責任（limited moral culpability）之個人判處死刑之部分，再輔以前揭 36 號一般性意見第 37 段之犯行及個人情狀各該死刑量刑考量者可知，行為人之個人情狀，實涉及其可責性消長以及判處死刑與否之審酌。依此可知，此對於罪行之作用，不應僅以有責性、刑法第 19 條責任能力已有考量即予以帶過，而應在《公政公約》已內國法化之情況下，透過合乎公約之解釋方式再細緻化於我國刑事法體系各環節，像是主觀認識程度、刑法第 19 條責任能力，乃至於刑法第 57 中的量刑因子及情狀等之可能作用³⁰。

總之，從 36 號一般性意見可知，基於刑事被告訴訟權、辯護權等考量，人權事務委員會已正面劃定不得判處死刑之對象範疇，強調對因面臨特殊障礙致與他人相較無法完全為自己進行有效辯護之人判處死刑，諸如存有嚴重心理社會和心智障礙（serious

²⁹ 林慈偉，前引註 12，頁 123。

³⁰ 林慈偉，前引註 12，頁 124。

psycho-social and intellectual disabilities) 之個人³¹；另一方面，就具有限道德可責性之個人，亦不能對其判處死刑。

實則，就 36 號一般性意見第 49 段揭示應避免對於面臨特殊障礙情狀致無法進行有效自我辯護的個人以及道德可非難性有限的個人判處死刑等人權基準，也已經被我國最高法院裁判例所肯認，並且明確意識到此等來自程序及實體理由上的迴避死刑事由等支持且於量刑階段斟酌障礙因子乃有別於刑法第 19 條責任能力之判斷，即最高法院 110 年度台上字第 3445 號刑事判決【李國輝案】：

西元 2018 年人權事務委員會通過第 36 號一般性意見（下稱第 36 號一般性意見），對公政公約第 6 條生命權進行解釋，取代先前第 6 號及第 14 號一般性意見。第 36 號一般性意見第 49 段前段宣示：「締約國應避免對於面臨特殊障礙難以在與他人平等的基礎上進行自我辯護的個人，如存在嚴重社會心理和心智障礙而阻礙其進行有效辯護的個人，以及道德可非難性有限的個人判處死刑。…」，已就精神障礙者能否判處死刑，具體指明在訴訟上因為個人之特殊障礙情狀（如存在嚴重社會心理和心智缺陷）而導致無法進行有效自我辯護之人，與道德可非難性有限之人，不得判處死刑。其主要乃基於行為人理解與判斷事理能力及衝動控制能力不足，降低其道德可非難性，和行為人辯護能力不足，減損死刑判決程序之可信賴性及公正性之考量。因此，所謂「面臨特殊障礙難以在與他人平等的基礎上進行自我辯護的個人」，係指行為後進入偵查、審判程序各階段，行為人能否為自己有效自我辯護，而類如訴訟能力或就審能力而言。其判斷應從行為人之精神狀態、與社會互動情形觀察，行為人有無足夠之理性和理解能力與律師進行有效諮詢、溝通，及能否理解訴訟進行之內容，包含行為人是否理性並已瞭解其罪名及刑事程序之內容，確保其於訴訟程序能充分行使防禦權。即使為強制辯護案件，法院仍應實質審查行為人經過律師辯護之協助，能否彌補其精神狀態對於訴訟能力之妨礙或欠缺，而得以妥適並有效地為自己辯護。又「道德可非難性有限的個人」（persons that have limited moral culpability，亦有譯為「具有限道德上/規範上可責性的個人」），於行為人為精神障礙者時，需考量其因精神長期損傷，造成理解刑罰、判斷事理、自我控制等知能不足或欠缺，而有降低或減緩其可責性之情形，如量處死刑將導致行為人蒙受過於苛重之刑。於量刑裁量判斷可責性有無減少階段，參照第 36 號一般性意見第 37 段：「在所

³¹ 人權事務委員會就個人具特殊障礙情狀尚特別舉例使用了「心理社會障礙」（psycho-social disability）此一字語，此意味著這裡所謂的特殊障礙、難以有效自我辯護也指涉了因心理因素以致於在社會中面臨障礙的狀況等範疇，而非限縮於範圍較窄的精神障礙或精神疾病特徵。

有涉及適用死刑的案件中，判決法院必須考慮罪犯的個人情況和犯罪的具體情節，包括具體的減刑因素。…」已指明死刑之量刑須審酌包括犯罪的具體情節與罪犯之個人情狀。適用我國刑法第 57 條量刑規定時，關於死刑案件的量刑，必先斟酌與犯罪行為事實相關之「犯罪情狀」（如犯罪之動機、目的、犯罪時所受刺激、手段、行為人違反義務之程度、犯罪所生危險或損害等）是否屬於情節最重大之罪，作為劃定是否量處死刑之範疇，再審酌與犯罪行為人相關之「一般情狀」（如行為人之品性、生活、狀況、智識程度、犯罪後態度等），有無減輕或緩和罪責之因素，尤須注意有無公政公約及其一般性意見所定因行為人個人情狀而不得量處死刑之情形。如依「犯罪情狀」可以選擇死刑，法院仍應考量「一般情狀」，包含行為人之精神障礙情形，藉以判斷有無降低或減緩其可責性之因素，能否保留一線生機。至於量刑階段斟酌行為人之精神障礙是否具有限道德上可責性，乃有別於刑法第 19 條第 1 項、第 2 項關於行為人於行為時責任能力有無或減輕之判斷。即使行為人於行為時不符合刑法第 19 條第 1 項、第 2 項所定不罰或減輕其刑事由，仍應於死刑量刑審酌其「一般情狀」時，斟酌其精神障礙是否具有限道德上之可責性。

回到湯案，可惜的是，歷審判死之事實審判決或最高法院先前幾次發回的判決意旨，均未意識到《公政公約》就精障因子於這一層的作用，隻字未提，且僅停留、糾結在責任能力或就審能力的理解層次上³²。但眼見這般的錯漏，我們要思索的是，應如何在未來的個案中予以完善？就此，本文提出三點建議。

第一，行為人是否屬於面臨特殊障礙情狀無法自我辯護或道德可非難性有限乃法院應依職權調查之事項。延續著上開最高法院 104 年度台上字第 2268 號刑事判決即法院應就具精障疑慮被告所涉案件之被告責任能力及就審能力之判定為調查，因為此些均係對被告利益有重大關係事項等意旨，依此延續 36 號一般性意見第 49 段之誠命，釐清類似個案中：行為人是否屬於對於面臨特殊障礙情狀致無法進行有效自我辯護的個人、是

³² 例如，因為尚糾結在傳統上責任能力或就審能力的判斷，而未見自《公政公約》視野的檢視，就會僅停留在如湯案最高定讞判決此般回應：「另說明『刑事責任能力』，係指行為人犯罪當時，理解法律規範，辨識行為違法之意識能力，與依其辨識而為行為之控制能力。依上訴人在國泰醫療財團法人國泰綜合醫院（下稱國泰醫院）之病歷，其中記載上訴人病名係『精神官能症』，醫囑『個案自 91 年 4 月 23 日至 98 年 7 月 31 日於本院門診治療，症狀包括失眠及焦慮，宜門診追蹤治療』等語。然觀諸本件上訴人於下手放火前，謹慎防範遭他人識別自己身分及面容特徵，下手後迅速離去，堪稱思慮周全、行為慎密，未見有何衝動、失慮，甚至混亂、失能情形，難認其於行為時受有藥物影響，而為本件犯行。且經囑託醫療財團法人徐元智先生醫藥基金會亞東紀念醫院（下稱亞東醫院）鑑定結果及實施鑑定之人鄭懿之醫師到庭陳述意見，從上訴人過往病史、鑑定會談過程及內容、心理測驗結果等綜合判斷推測，上訴人於本件行為時，其行為控制能力及辨識能力未有減損，具有完全刑事責任能力。」

否屬於道德可非難性有限的個人？因為這攸關《公政公約》上就判處死刑對象限制的劃定，生死之間，當屬對被告利益有重大關係事項，法院不僅應依職權調查以兼顧發見真實並維護被告在人權公約上之權利，且即便被告未聲請調查法院也應依職權善盡其調查職責，另外也不受被告本身所為意見陳述之拘束。

第二，鑑定命題應有意識地與傳統上刑法第 19 條之責任能力、刑事訴訟法第 294 條就審能力之判定予以脫勾。因為過去就被告罪責或就審能力於精神鑑定的理解，多是以行為人於行為時之責任能力（法院為了判斷是否免除其罪責或減輕其刑），或以被告有無因應訴訟之能力（法院為了判斷是否因此要停止審判）為鑑定標的，而委由精神醫學部門予以鑑定。但是，如前所述，《公政公約》於此就精障因子在死刑的使用，則是將目光轉移於特殊障礙者主體本身，並不限於所謂「行為時」的識別能力、控制能力之有無，也不僅為釐清行為人有無就審能力或法院停不停止審判，而是特別著重在死刑使用的對象限制上。此處的特殊障礙、難以有效自我辯護也指涉了因心理因素以致於在社會中面臨障礙的狀況等範疇，因為人權事務委員會於此就個人具特殊障礙情狀尚特別舉例使用了「心理社會障礙」(psycho-social disability) 此一字語，依此可看出其無意將障礙範疇限縮於範圍較窄的精神障礙或精神疾病特徵，而此正可對應至《身心障礙者權利公約》(下稱《身權公約》) 第 1 條第 2 項就身心障礙定義即「肢體、精神、智力或感官長期損傷，其損傷與各種障礙相互作用，可能阻礙身心障礙者與他人於平等基礎上充分有效參與社會」換言之，法院於此應考量的是，行為人能否有效參與社會、如何與社會互動等影響。像於本案中，按湯景華過去病歷所示精神官能症、失眠及焦慮等病症，在這樣的情況下，有無導致其社交、職業與其他重要領域功能減損，是否能有效參與司法程序就會是應關注的環節。此或可藉由不同鑑定命題及專家成員之組成，來做形式上的區隔。因為就傳統刑法第 19 條的鑑定命題乃責任能力的釐清或刑事訴訟法第 294 條就審能力之判定是協助法院判斷是否因此要停止審判，與前揭所提之《公政公約》及一般性意見中所謂行為人是否屬於面臨特殊障礙情狀無法自我辯護或道德可非難性有限之個人等判斷，這幾組概念，各別之規範目的及應鑑命題迥異，或許彼此間有相關但絕不相同，本即不應混為一談。相對於責任能力、就審能力多委由司法精神醫學專業協助判定，那麼《公政公約》這端的命題，或可在得以預見需就行為人能否有效參與社會及有效參與司法程序、如何與社會互動為判斷之情形下，尋求除精神醫學、社工等專業領域外，法律學乃至於人權公約特別是《身權公約》領域等多元專業的進入共同協作判斷，

尚能趨於完善，且跨領域的判斷機制也能藉此避免違反《身權公約》所稱獨尊或偏好於由醫療人員判斷某人是否具備相關心智能力之法律規制或實務做法³³。

第三，確認行為人之精神狀態、與社會互動情形觀察，行為人有無足夠之理性和理解能力與律師進行有效諮詢、溝通，以及能否理解訴訟進行之內容的同時，亦應積極留意使處於此類障礙之被告有獲得司法保護、增進其於訴訟程序中有效參與的援助及調整。按《身權公約》第 13 條獲得司法保護之規定：「I 締約國應確保身心障礙者在與其他人平等基礎上有效獲得司法保護，包括透過提供程序與適齡對待措施，以增進其於所有法律訴訟程序中，包括於調查及其他初步階段中，有效發揮其作為直接和間接參與之一方，包括作為證人。II 為了協助確保身心障礙者有效獲得司法保護，締約國應促進對司法領域工作人員，包括警察與監所人員進行適當之培訓。」即應確保障礙者在與其他人平等基礎上有效獲得司法保護，以增進障礙者於法律訴訟程序中能夠有效參與。具體而言，若發生個案被告於訴訟過程中屬特殊障礙之情形，則不能僅消極面向地作用於死刑刑罰之減緩層面，而是要積極地透過提供其調整與法律援助、支持，使其有效參與訴訟程序，以達到程序權益之確保。

三、量刑鑑定與調查

從《公政公約》的角度論，於湯案中的第三個問題點是，判死但未踐行任何死刑量刑鑑定與調查，即死刑量刑事由漏未審酌及調查而判死之恣意問題。

第 36 號一般性意見第 37 段：「在所有涉及適用死刑的案件中，判決法院必須考慮罪犯的個人情況和犯罪的具體情節，包括具體的減刑因素。因此，唯一死刑而不給國內法院裁量權認定是否將該罪行定為應判處死刑的罪行以及是否在罪犯的特殊情況下判處死刑，屬於恣意性質。基於案件或被告的特殊情況提供權利尋求赦免或減刑，並不足以取代司法機關在適用死刑時有裁量權之需要。」

人權事務委員會在第 37 段中就死刑量刑之判斷及審酌事項作出更細緻的提示。該段所強調者，除應賦予法院量處死刑與否的裁量權限之外，還具體指出死刑量刑應審酌事項必須具備犯行個別情狀(包括犯行特定減輕因素)以及犯罪行為人個人情狀這二項。

³³ 就此，亦可比較《身權公約》以及《障礙者近用司法之國際原則與指引》(International Principles and Guidelines on Access to Justice for Persons with Disabilities，二〇二〇年八月) 的相關提示。該原則與指引全文，參見：聯合國人權高級專員辦事處網頁，https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/SR_Disability/GoodPractices/Access-to-Justice-EN.pdf，二〇二二年七月三十日。

法院不能只憑犯行本身的情節嚴重程度極高，就得以不考慮犯罪行為人個人事項，直接判處死刑，一個僅因犯行情節極嚴重就不予考量行為人個人事項能否作為從輕因素的死刑判決，本質上是具恣意性的。

自二〇〇九年兩公約於我國施行，再加上二〇一三年初最高法院開啟死刑案件量刑言詞辯論迄今，我國死刑案件的辦理，除了行為人有無「教化可能性」這類由裁判實務延伸出的特殊迴避死刑量刑因子之外，國際人權公約中對於死刑的判處有如何的限制規定、量刑應具備實證調查等，也隨著我國司法實務及最高法院裁判例依此確實也逐步發展出諸多死刑案件審理之程序保障及鑑定調查的正當程序。

最高法院於開啟死刑案件量刑辯論後的首件案例【吳敏誠案】中所做的 102 年度台上字第 170 號刑事判決（下稱「170 號判決」），為死刑案件之辦理建立了諸多不同以往的程序標準，即為經典前例。170 號判決要求判處死刑之案件，不只論罪階段需踐行實質正當之法律程序，於量刑階段也應受正當法律原則之拘束，量刑程序不只是形式上調查被告之前案紀錄，而是應調查量刑事項（刑法第 57 條等內容³⁴），再就量刑調查後結果，實質上為科刑辯論³⁵。

在最高法院裁判例的發展上，最高法院於 107 年度台上字第 480 號刑事判決（下稱「480 號判決」）具體指出有關量刑前調查/鑑定評估因子的重要性與需求。480 號判決表示：「刑之量定，乃法律賦予法院自由裁量之事項。法院於科刑時，應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意刑法第 57 條所列各款事項，以為科刑輕重之標準。此項科刑審酌之具體情形，自應依刑事訴訟法第 310 條第 3 款規定，於判決理由內

³⁴ 刑法第 57 條：「科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意下列事項，為科刑輕重之標準：一、犯罪之動機、目的。二、犯罪時所受之刺激。三、犯罪之手段。四、犯罪行為人之生活狀況。五、犯罪行為人之品行。六、犯罪行為人之智識程度。七、犯罪行為人與被害人之關係。八、犯罪行為人違反義務之程度。九、犯罪所生之危險或損害。十、犯罪後之態度。」

³⁵ 節錄最高法院 102 年度台上字第 170 號刑事判決部分理由：「我國現行法律仍保有死刑，依據民國九十八年十二月十日公布施行之『公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法』第二條規定，兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。第三條規定，適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。公民與政治權利國際公約（下稱公約）第六條要求科處死刑應符合公約相關規定，公約人權事務委員會第 32 號一般性意見第 59 段亦要求在最終處以死刑之案件，應嚴格遵守公正審判之正當程序保障。由於死刑係終結人民一切權利之極刑，處刑之後，人民之生命權即不復存在，因此，判處死刑之案件，不惟論罪（或稱定罪）階段需踐行實質正當之法律程序，於科刑（或稱刑罰裁量、量刑）階段亦應受正當法律原則之拘束。我國刑事審判程序之核心，在於證據調查與言詞辯論，蓋真實之發見須依憑證據，而心證之形成更由來於此。證據調查分為論罪證據之調查與科刑資料（證據）之調查，其調查先後順序，依刑事訴訟法第二百八十八條第三項、第四項規定，係以審判長就被告被訴事實之訊問為分界，將論罪事實與科刑之調查程序予以分離，亦即論罪證據調查之後，始就被訴事實訊問被告，於被訴事實訊問後方能調查科刑資料，立法目的在避免與犯罪事實無關之科刑資料影響職業法官認定事實之心證，同時亦在規範法院刑罰裁量之免於逸脫或出於恣意。」

為記載。再法院對被告進行量刑或處遇方案之審酌，而囑託鑑定人以被告之犯罪要件事實以外之事實情狀，提供法院相關必要資訊之鑑定時，該相關情狀之鑑定事項常涉及多樣之多層面因素，諸如被告之性格、家庭背景、生活經歷、成長環境、本件犯罪動機、犯後心理狀態、犯罪人之人身危險性及再犯可能性預測，甚至日後之處遇方案選擇、處遇成效等分析。其評估內容往往跨越單一領域，而含括心理學、犯罪學、社會學、精神醫學等專業，自需借助心理師、醫師、社工師、保護觀察官等專門人士於判決前進行綜合性之團隊鑑定調查，以客觀提供法院作為決定刑度及處遇內容之依據，並可避免單一鑑定人之主觀定調。」

事實上，二〇一八年八月司法院函定之《刑事案件量刑及定執行刑參考要點》第4條也指出「法院於量刑時應兼衡有利與不利行為人之各種情況，而為決定。」此條至少確定盤點刑法第57條各款為必要事項。同要點第5條更指出「法院於必要時，得囑託鑑定人、醫院、學校或其他相當之機關、團體為精神、心理鑑定或量刑前社會調查報告。」此即規定鑑定或調查的範圍以及應由跨領域專業來完成等事項。依此可知，不論是按司法院所頒訂之《刑事案件量刑及定執行刑參考要點》乃至於最高法院相關裁判例如480號判決，均不僅揭示法院應在判決書中對各項科刑理由記載，且亦認為應該考量評估專業的「跨領域團隊」，以避免單一鑑定人之主觀偏頗問題。

後來的最高法院裁判例也相繼呼應採此意見，進而將未為此鑑定，或雖有鑑定但不夠完備之下級事實審判決予以撤銷發回。例如，最高法院108年度台上字第3828號刑事判決：「有別於一般刑事案件證據調查階段，法院為上揭事項之囑託鑑定時，有義務主動蒐集、調取或補充與鑑定事項相關之資料，提供鑑定人為完善鑑定之內容，以增強鑑定結果之有效性與正確性，俾能踐行犯罪行為人有無教化矯正之合理期待可能，係以全人格形成因素為評估，以期在正義報應、預防犯罪與協助受刑人復歸社會等多元刑罰目的間尋求平衡，而為適當之裁量。又鑑於該項心理衡鑑，其評估內容往往跨越單一領域，而含括心理學、犯罪學、社會學、精神醫學等專業，依待鑑事項，或有需借助心理師、醫師、社工師、保護觀察官等專門人士於判決前進行綜合性之團隊鑑定調查，以客觀提供法院作為決定刑度及處遇內容之依據，並可避免單一鑑定人之主觀定調。」又如，最高法院110年度台上字第4957號刑事判決：「我國法院為判斷被告有無更生改善可能性，固得仿效外國法制，實施『情狀鑑定』或『量刑前調查』，然為求客觀可信，避免單一鑑定人之主觀定調而流於偏頗，宜選任跨領域之專門人士或囑託相關專業領域之機

關、團體，就被告有無更生改善可能性進行綜合性之團隊調查、評估，為鑑定或提出量刑前社會調查報告，始為妥適，否則其證明力之判斷，即有再加斟酌之餘地。」

此外，如前所述，因訴訟中違反《公政公約》第 14 條公平審判或第 14 條未明確涵蓋的其他嚴重程序缺陷所作成之死刑判決同時也構成《公政公約》第 6 條生命權之恣意剝奪³⁶。罪責之調查與辯論，應遵守正當程序的要求，另一方面，就量刑事實調查與認定的部分，這些調查與認定之資料，是否有給予當事人等陳述意見之機會、有無經合法之調查程序（譬如量刑前社會調查/鑑定）等，均屬於正當法律程序之保障範疇，但此般種種，也都是湯景華案的歷次事實審判決全然未踐行之程序正當性保障。因此，這些正當程序之違反，同時，也都構成湯景華受《公政公約》第 14 條公平審判、第 6 條生命權保障權利的雙重違反，而未遵守《公政公約》第 14 條公平審判規定而最終判以死刑者，即構成對生命權之恣意剝奪。

雖然湯案於二審及更一審各別有做了心理衡鑑以及精神鑑定，但因為這兩種鑑定著重的分別是「犯罪心理機轉、人格形塑歷程、教化矯治可能狀態」，以及刑法第 19 條有關「行為人行為時之精神狀態責任能力等判斷」，而非前開所謂專對於量刑之判決前進行綜合性之跨領域團隊鑑定調查。而所謂「判決前進行綜合性團隊鑑定調查」，要達成的其實是量刑妥適循證以及行刑矯治等目的，因為經由這類調查，才能夠掌握被告的狀況以及對其未來發展等評估，並讓法官有更多的科刑資訊而能夠做進一步、更完整的判斷。依此而論，湯景華案的歷次事實審判決均量處湯景華死刑，除構成未就死刑量刑事為鑑定調查之恣意死刑判決、公約違反疑義外，同時也不符合最高法院裁判例所建立之量刑實證調查等正當程序。

四、違法羈押與訴訟延遲疑慮

從《公政公約》的角度論，本文認為，於湯案中的第四個問題點則是違法羈押及訴

³⁶ 《公民與政治權利國際公約》第 36 號一般性意見第 41 段：「訴訟中違反《公約》第十四條規定的公平審判保障作成之死刑判決，將使判決具有任意性質並違反《公約》第六條。這種違反行為可能涉及：使用非任意性自白；被告無法詰問相關證人；在刑事訴訟各階段，包括刑事偵訊、預審、審判和上訴在內，因律師與當事人無法在秘密情況下會面，缺乏有效代理；不尊重無罪推定，這可能表現為將被告關在籠子裡或在審判期間戴上手銬；缺乏有效的上訴權；缺乏足夠的時間和便利以準備辯護，包括無法獲得進行法律辯護或上訴所必需的法律文件，如向法院提出的正式公訴申請、法院判決或審判筆錄；缺乏適當的通譯；未能為身心障礙者提供可使用之文件和程序調整；審判或上訴過程中過度和不當拖延；刑事訴訟程序普遍缺乏公平性，或者審判或上訴法院缺乏獨立性或公正性。」第 42 段：「《公約》第十四條沒有明確涵蓋的其他嚴重程序缺陷仍可使判處死刑違反第六條。例如，未能根據《維也納領事關係公約》及時告知被拘禁的外國國民他們有權通知領事，結果導致判處死刑，以及未能向即將被驅逐到生命面臨真實危險的國家的個人提供利用現有上訴程序的機會，將會違反《公約》第六條第一項。」

訟延遲疑慮等疑慮。

基於審判合理期間以及避免被告受審理無故拖延等考量，我國於二〇一〇年通過刑事妥速審判法（下稱「速審法」）。速審法第 1 條，開宗明義宣示「為維護刑事審判之公正、合法、迅速，保障人權及公共利益，特制定本法」即強調迅速、集中審理原則的重要性。就訴訟延遲的部分，速審法第 5 條³⁷更明定管控羈押之期間，即限制延長羈押次數並設定五年羈押期間的絕對上限。換言之，若刑事被告經羈押超過五年，但案件仍然還沒確定的話；再加上，速審法第 5 條是刑事訴訟法第 108 條³⁸的特別規定³⁹，那麼就要按照速審法第 5 條的規定，視為撤銷羈押，法院應立即釋放被告。

不過，現實上，本案的被告湯景華自從二〇一六年五月十八日第一審收案審理迄更二審判決後上訴三審之期間，總羈押期間已經超過五年，即發生了按速審法審判中羈押期間累計逾 5 年應視為撤銷羈押，立即釋放被告的問題。

就此，更二審的延押裁定（即臺灣高等法院 109 年度上重更二字第 3 號刑事裁定；裁定日期：二〇二一年五月十四日），不理睬上開速審法第 5 條的五年絕對上限之明文規定，仍繼續羈押被告。該延押裁定，併後續駁回撤銷羈押聲請之裁定（即臺灣高等法

³⁷ 刑事妥速審判法第 5 條：「I 法院就被告在押之案件，應優先且密集集中審理。II 審判中之延長羈押，如所犯最重本刑為死刑、無期徒刑或逾有期徒刑十年者，第一審、第二審以六次為限，第三審以一次為限。III 審判中之羈押期間，累計不得逾五年。IV 前項羈押期間已滿，仍未判決確定者，視為撤銷羈押，法院應將被告釋放。」

³⁸ 刑事訴訟法第 108 條：「I 羈押被告，偵查中不得逾二月，審判中不得逾三月。但有繼續羈押之必要者，得於期間未滿前，經法院依第一百零一條或第一百零一條之一之規定訊問被告後，以裁定延長之。在偵查中延長羈押期間，應由檢察官附具體理由，至遲於期間屆滿之五日前聲請法院裁定。II 前項裁定，除當庭宣示者外，於期間未滿前以正本送達被告者，發生延長羈押之效力。羈押期滿，延長羈押之裁定未經合法送達者，視為撤銷羈押。III 審判中之羈押期間，自卷宗及證物送交法院之日起算。起訴或裁判後送交前之羈押期間算入偵查中或原審法院之羈押期間。IV 羈押期間自簽發押票之日起算。但羈押前之逮捕、拘提期間，以一日折算裁判確定前之羈押日數一日。V 延長羈押期間，偵查中不得逾二月，以延長一次為限。審判中每次不得逾二月，如所犯最重本刑為十年以下有期徒刑以下之刑者，第一審、第二審以三次為限，第三審以一次為限。VI 案件經發回者，其延長羈押期間之次數，應更新計算。VII 羈押期間已滿未經起訴或裁判者，視為撤銷羈押，檢察官或法院應將被告釋放；由檢察官釋放被告者，並應即時通知法院。VIII 依第二項及前項視為撤銷羈押者，於釋放前，偵查中，檢察官得聲請法院命被告具保、責付或限制住居。如認為不能具保、責付或限制住居，而有必要者，並得附具體理由一併聲請法院依第一百零一條或第一百零一條之一之規定訊問被告後繼續羈押之。審判中，法院得命具保、責付或限制住居；如不能具保、責付或限制住居，而有必要者，並得依第一百零一條或第一百零一條之一之規定訊問被告後繼續羈押之。但所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為七年以上有期徒刑之罪者，法院就偵查中案件，得依檢察官之聲請；就審判中案件，得依職權，逕依第一百零一條之規定訊問被告後繼續羈押之。IX 前項繼續羈押之期間自視為撤銷羈押之日起算，以二月為限，不得延長。繼續羈押期間屆滿者，應即釋放被告。X 第一百十一條、第一百十三條、第一百十五條、第一百十六條、第一百十六條之二、第一百十七條、第一百十八條第一項、第一百十九條之規定，於第八項之具保、責付或限制住居準用之。」

³⁹ 林鈺雄，刑事訴訟法（上冊），十版，臺北，元照，二〇二〇年，頁 258。

院 110 年度聲字第 2498 號刑事裁定；裁定日期：二〇二一年六月十七日）⁴⁰以及嗣經最高法院 110 年度台抗字第 951 號駁回抗告之裁定均表示：（1）速審法第 1 條第 2 項之規定「本法未規定者，應適用其他法律之規定。」加上雖同法第 5 條第 3 項雖規定「審判中之羈押期間，累計不得逾 5 年。」同條第 4 項並規定「前項羈押期間已滿，仍未判決確定者，視為撤銷羈押，法院應將被告釋放。」然而對照刑事訴訟法第 108 條規定，速審法顯然就繼續羈押情形及其期限之規定付之闕如；（2）參以速審法第 5 條先後於二〇一〇年五月十九日制定時、二〇一九年六月十九日修正時之立法理由，均僅提及延長羈押次數及期間所致羈押總期之限制，未及於刑事訴訟法第 108 條第 8 項但書所指重罪案件，得以依職權繼續羈押之情形，尚不能憑此即認速審法第 5 條關於羈押總期之規定乃立法者有意排除刑事訴訟法第 108 條第 8 項但書之適用；（3）況以該條於二〇一九年六月十九日修正時之立法理由略謂：羈押期間，自亦應確保不超過具體案件之需要，以符合最後手段性原則，從統計資料顯示，經最高法院撤銷發回更審之比率亦逐年下降，自二〇一四年以降，均已降至百分之十以下，案件整體審判期間亦相應縮短，足見審判中羈押總期間以五年為限，應足以因應實務審判上之需要等語，放諸審判實務顯然殊值商榷，即於本案體現，實難因應需求；（4）準此，依憑法條文義、立法理由、修法意旨，並基於維護刑事審判之公正、合法、迅速，保障人權及公共利益，兼顧案件審理之品質，就被告所犯本案為死刑、無期徒刑或最輕本刑為七年以上有期徒刑之罪案件，自得本於職權，依刑事訴訟法第 108 條第 8 項但書規定，訊問被告後繼續羈押二個月。

就此等審判中對於犯重罪之被告逾五年仍繼續羈押之裁定理由、速審法第 5 條第 3 項規定與刑事訴訟法第 108 條第 8 項但書規定之關係，隨即引發議論⁴¹。

譬如資深司法記者黃錦嵐即認為該裁定是明顯曲解速審法第 5 條及刑事訴訟法第 108 條第 8 項但書規定，而架空了速審法第 5 條規定，使涉及刑事重罪（死刑、無期徒刑或最輕本刑七年以上之罪）的被告，無法享有獲得妥速審判的寬典，違背速審法於二〇一〇年制定的立法本旨。其從文義解釋出發認為，速審法第 5 條規定並無區分被告所涉罪名輕重，只要總羈押期間逾五年的絕對上限，均一體適用，不像刑事訴訟法第 108

⁴⁰ 受羈押人聲請撤銷臺灣高等法院 109 年度上重更二字第 3 號刑事延押裁定之意旨：「依刑事妥速審判法第 5 條第 3 項規定，審判中之羈押期間，累計不得逾 5 年，原裁定類推適用刑事訴訟法第 108 條第 8 項規定，繼續羈押被告 2 月，顯已違背前開立法意旨及刑事妥速審判法關於羈押期限之規定，應即撤銷羈押。」

⁴¹ 林慈偉，湯景華死刑案的幾個疑點：縱火即殺人？量刑未盡調查？超時違法羈押？，法律白話文，二〇二一年五月二十一日，<https://plainlaw.me/2021/05/21/plainlaw-2/>，二〇二二年七月三十日。

條第 8 項但書，對於重罪有「審判中案件，得依職權逕依 101 條之規定訊問被告後繼續羈押」之特別排除規定，且該裁定理由也正違反了速審法當初制定時是為了保障刑事被告享有妥速審判的基本權，並非為了維護社會秩序與安全之立法本旨⁴²。

又如李復甸教授亦為文表示，速審法乃不分被告所涉罪名輕重一體適用，五年是羈押期間的上限，而速審法是刑事訴訟法的特別法，速審法五年羈押期間的限制，優先於刑事訴訟法得依職權延長羈押的規定，法院裁定逾越速審法五年羈押期間繼續羈押，便是枉法裁判⁴³。

本文認為，裝睡的人叫不醒，湯案中此等延押及駁回抗告之裁定，全然無視刑事訴訟法第 108 條第 8 項但書及速審法之明文規定、立法背景及立法理由，且明顯嚴重扭曲司法解釋論與立法論之分野。

第一，「審判中之羈押期間，累計不得逾五年。前項羈押期間已滿，仍未判決確定者，視為撤銷羈押，法院應將被告釋放。」速審法第 5 條第 3 項、第 4 項本即定有明文，就管控羈押期間之立法，此乃保障刑事被告享有妥速審判的基本權。若果真對於現行速審法中就重罪被告關押期間有過短之疑慮，則應回歸檢討速審法或修正刑事訴訟法相關規定才是⁴⁴。譬如若認為死刑案件之審理因需做許多鑑定調查（如量刑前社會調查）所以相對需要多點審理時間以合理支應，而現在速審法審判中總羈押時間五年上限有不足以因應實務審判需要者，也可以自權衡個案之妥速審判與審理實際需求而研擬修法，而非如上開裁定逸脫立法明文逕於司法解釋論上任意排除速審法之適用，為對於被告不利之認定。

第二，刑事訴訟法第 108 條第 8 項規定：「依第二項及前項視為撤銷羈押者，於釋放前，偵查中，檢察官得聲請法院命被告具保、責付或限制住居。如認為不能具保、責付或限制住居，而有必要者，並得附具體理由一併聲請法院依第一百零一條或第一百零一條之一之規定訊問被告後繼續羈押之。審判中，法院得命具保、責付或限制住居；如不能具保、責付或限制住居，而有必要者，並得依第一百零一條或第一百零一條之一之

⁴² 黃錦嵐，被輕忽的死刑犯訴訟人權：高院裁定延押湯景華是否違法羈押？，上報，二〇二一年六月十二日，https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=115521，二〇二二年七月三十日。

⁴³ 李復甸，法官不循法律判刑 監察院卻遲未行動？，ETtoday 新聞雲，二〇二一年六月十八日 <https://forum.ettoday.net/news/2009752#ixzz7Tj55clkU>，二〇二二年七月三十日。

⁴⁴ 譬如資深司法記者黃錦嵐即認為於立法論上，速審法第 5 條應自犯罪輕重、案件繁簡，再仔細區分不同的羈押總期間規定，以因應實務審判上需要。參見：黃錦嵐，司法論衡：不分輕重繁簡的《速審法》該修正了，上報，二〇二一年七月二日，https://www.upmedia.mg/news_info.php?Type=2&SerialNo=117530，二〇二二年七月三十日。

規定訊問被告後繼續羈押之。但所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為七年以上有期徒刑之罪者，法院就偵查中案件，得依檢察官之聲請；就審判中案件，得依職權，逕依第一百零一條之規定訊問被告後繼續羈押之。」若回頭看刑事訴訟法第 108 條斯時修正理由稱：「第五項係偵查中或同一審級最長羈押期限之基本規定，依增訂第八項所為之繼續羈押，連同先前已為羈押之總期間，須受第五項偵查中或同一審級最長羈押期限之限制，乃屬當然」，此顯見刑事訴訟法第 108 條第 8 項但書之規定僅適用於同條第 2、7 項之情形，並無包含速審法第 5 條第 3 項、第 4 項之情形在內。

第三，況且，刑事訴訟法第 108 條第 8 項之繼續羈押期間亦須受同條第 5 項之各審級最長羈押期限之限制，舉輕以明重，繼續羈押之規定尚須受各審級最長羈押期限之限制，則速審法第 5 條第 3 項之羈押「總」期間限制亦有拘束繼續羈押之規定，即繼續羈押不得超過速審法第 5 條第 3 項之最長五年羈押期限，方能符合各法規體系解釋之一致。此亦可自司法院所訂定之《法院適用刑事妥速審判法應行注意事項》第 5 條規定有清楚的指示而再次印證⁴⁵。

速審法在促進訴訟迅速功能上，主要繫於司法行政之具體舉措及法條之解釋適用情形⁴⁶。上開裁定隨意解釋適用⁴⁷刑事訴訟法之規定，致生對被告不利之結果，此等逕自

⁴⁵ 《法院適用刑事妥速審判法應行注意事項》第 5 條：「關於第五條部分：（一）法院審理被告在押之案件，應優先、迅速處理，並注意刑事訴訟法第二百九十三條之規定。（刑訴法第二百九十三條）（二）審判中之延長羈押，每次不得逾二月。如所犯最重本刑為死刑、無期徒刑或逾有期徒刑十年者，第一審、第二審以六次為限，第三審以一次為限。其餘案件，第一審、第二審以三次為限，第三審以一次為限。（刑訴法第一百零八條第五項）（三）案件經發回者，其延長羈押期間之次數，應更新計算。（刑訴法第一百零八條第六項）（四）本法第五條第三項所定「審判中之羈押期間，累計不得逾五年」，係指該案繫屬法院期間，各審級（包含更審）實際因該案件羈押被告之期間。刑事訴訟法第一百零八條第八項之繼續羈押、第一百七條之再執行羈押，其羈押期間均應併予累計。偵查中羈押、另案羈押、借執行期間或少年刑事案件於少年法院調查中之收容，則不計入。（五）審判中羈押之被告，法院同時為觀察、勒戒之裁定，觀察、勒戒之執行期間，與羈押期間同時進行，對本法第五條第三項羈押期間之計算，不生影響。（毒品危害防制條例施行細則第十七條）（六）本法第五條第三項所定「審判中之羈押期間，累計不得逾五年」，如羈押期間為連續，則依曆計算；如羈押期間非連續，每年為三百六十五日。（民法第一百十九條、第一百二十三條）（七）羈押之始日及開釋日均計入本法第五條之審判中之羈押期間。羈押前之拘提、逮捕期間，固得於判決確定後折抵刑期，惟不計入羈押期間之計算。（刑訴法第一百零八條第四項）（八）法院於收案時，應分別詳予計算各審級已實際羈押之日數，並記載於卷面。於案件送上級法院或發回、發交下級法院時，應於函文內記載被告於審判中已實際羈押之日數。（九）審判中之羈押期間，累計已滿五年，仍未判決確定者，視為撤銷羈押，法院應於期間屆滿之日將被告釋放。（十）本法第五條第二項、第三項或刑事訴訟法第一百零八條第五項之羈押期間屆滿前，如被告有具保、責付、限制住居、限制出境、限制出海之必要者，法院應酌留相當之期間諭知之。」

⁴⁶ 何賴傑，訴訟迅速原則之具體實踐：以德國刑事訴訟晚近發展為例，月旦法學雜誌，第二二九期，二〇一四年六月，頁 62。

⁴⁷ 該裁定之用語為「...本院依憑法條文義、立法理由、修法意旨，並基於維護刑事審判之公正、合法、迅速，保障人權及公共利益，兼顧案件審理之品質，就被告所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為七年以上有期徒刑之罪案件，自得本於職權為法律解釋後，依刑事訴訟法第一百零八條第八項但書規定，訊問

以實質上近乎類推適用之方式結果顯已違背罪刑法定原則之法理及刑事妥速審判法之立法意旨。

另一方面，若從《公政公約》的角度以觀，這樣的違法羈押，一體兩面地，也會有審判合理期間的問題。按我國速審法第 7 條之規定⁴⁸，本件並非逾八年未能判決確定之案件，自無適用速審法第 7 條應減輕其刑之可能。不過，卻可能有違反《公政公約》第 14 條第 3 項第 3 款規定「審判被控刑事罪時，被告一律有權平等享受下列最低限度之保障：…（三）立即受審，不得無故稽延」即公平審判條款中審判合理期間等疑慮。

自歐洲人權法院過去的裁判例，就訴訟是否違反合理期間，有發展出更細緻的標準，即：「（1）案件的複雜性、（2）案件對當事人的嚴重性、（3）被告本身的作為與態度，以及（4）國家權責機關的作為與態度」等，判斷案件是否有在合理的審理期內，而這四項標準於形式上或實質上也被採納進人權事務委員會相關的一般性意見中⁴⁹。

回顧湯景華案，除涉及死刑控訴外，確實於歷次事實審均被判處死刑，此對當事人而言當屬嚴重。不若重大經濟犯罪、集團犯罪等複雜，湯景華案的被告僅有一人，判斷關鍵在於殺人及失火之調查評價，非謂複雜。而湯景華一直以來都是被關押在看守所內，亦無逃亡等被告自身之歸責事由。因此，就上開四項因子於判斷上最為關鍵的標準應當是「國家機關的作為與態度」，也就是偵審程序過程中國家機關可歸責程度多高的問題點上。

本案的客觀事實是，事實審判決頻頻為最高法院所發回。前後更審了三次（二審、更一審、更二審），在此應該追問的是，整個審理過程中所造成的訴訟遲延，國家機關的作為與態度作為如何造成延遲，導致後來還發生被告於審判中關押逾五年視為撤押應立即釋放的問題。以湯景華案更二審為例，即有報導指出「本案在高院更二審的審理期間，疑因受命法官陳玉雲及所屬合議庭拖了一年不結案，直到陳玉雲退休前夕才把案子丟出來；高院刑 21 庭承接審理時，湯景華羈押時間已達 5 年，面臨違反《刑事妥速審判法》的羈押規定。因此，最高法院可能在湯景華委任律師要求『依法放人』的壓力下，

被告後繼續羈押二月…」

⁴⁸ 刑事妥速審判法第 7 條：「自第一審繫屬日起已逾八年未能判決確定之案件，除依法應諭知無罪判決者外，法院依職權或被告之聲請，審酌下列事項，認侵害被告受迅速審判之權利，且情節重大，有予適當救濟之必要者，應減輕其刑：一、訴訟程序之延滯，是否係因被告之事由。二、案件在法律及事實上之複雜程度與訴訟程序延滯之衡平關係。三、其他與迅速審判有關之事項。」

⁴⁹ 林鈺雄，2012 年刑事程序法發展回顧：從國際人權公約內國法化的觀點出發》，臺大法學論叢，第 42 卷特刊，二〇一三年十一月，頁 1100。

才趕緊宣判免死，以杜絕悠悠之口⁵⁰」，再加上於湯案更二審審理期間，法院並沒有做任何死刑案件常見且可能較耗費時間之精神鑑定、心理衡鑑乃至於量刑前社會調查等鑑定調查，被告或其辯護人亦無濫用行使訴訟程序上之權利、無故拖延等情形，若果真如上開報載所示僅因為部分承審法官拖案直到退休前夕才由他法庭承接審理等，司法機關此等未密集審理、莫名原因不結案而造成訴訟遲滯，此恐怕顯然有違反《公政公約》中公平審判條款中審判合理期間之問題。而同樣地，如前所述，這些正當程序之違反，同時也都構成湯景華依照《公政公約》第 14 條受有公平審判權利之保障；而未遵守《公政公約》第 14 條公平審判規定而最終判以死刑者，即構成對生命權之恣意剝奪；違法延長羈押裁定本身則更構成了《公政公約》第 9 條人身自由保障之公約違反，即應予釋放乃至因該非法拘禁而有權要求執行損害賠償等⁵¹。

甚者，此等違法羈押裁定後來也為監察院所調查並出具調查報告認為最高法院針對重罪之羈押總期限五年仍可例外繼續羈押二個月顯與兩公約國家報告國際審查委員會結論性意見與建議不符⁵²。

本文建議，就該違法羈押裁判，於司法救濟面，受裁判人應可持該終局裁定向憲法法庭提出憲法訴訟法規範審查，至於聲請的命題則可嘗試速審法乃至於刑事訴訟法等法規範有違反法律明確性、正當法律程序、訴訟權、人身自由等憲法基本權之保障；至於立法論層面，本文認為，問題點應不在於逕認速審法規定審理中關押最長五年羈押期限不夠充足⁵³，而應該是回過頭去考察我國裁判實務上訴訟延滯的真正原由、實際執行效能及所面臨的可能障礙為何，然後提出解決方案，才能對症下藥。

⁵⁰ 項程鎮，最高院趕 5 年限急判惡男免死？ 最高檢擬提非常上訴，CTWANT，二〇二一年七月十六日，<https://www.ctwant.com/article/128887>，二〇二二年七月三十日。

⁵¹ 《公民與政治權利國際公約》第 9 條：「I 人人有權享有身體自由及人身安全。任何人不得無理予以逮捕或拘禁。非依法定理由及程序，不得剝奪任何人之自由。II 執行逮捕時，應當場向被捕人宣告逮捕原因，並應隨即告知被控案由。III 因刑事罪名而被逮捕或拘禁之人，應迅即解送法官或依法執行司法權力之其他官員，並應於合理期間內審訊或釋放。候訊人通常不得加以羈押，但釋放得令具報，於審訊時，於司法程序之任何其他階段、並於一旦執行判決時，候傳到場。IV 任何人因逮捕或拘禁而被奪自由時，有權聲請法院提審，以迅速決定其拘禁是否合法，如屬非法，應即令釋放。V 任何人受非法逮捕或拘禁者，有權要求執行損害賠償。」

⁵² 監察院，111 司調 0020 調查報告，二〇二二年六月二十日，頁 2。調查報告全文，參見：<https://www.cy.gov.tw/CyBsBoxContent.aspx?n=133&s=17909>，二〇二二年七月三十日。

⁵³ 實則，作為刑事妥速審判法主管機關之司法院，亦曾於二〇二一年十月回覆監察院詢問有關刑事妥速審判法中審判羈押期間五年上限之意見，亦即，司法院回覆意見表示，自近年統計數據（如經最高法院撤銷發回更審之比率下降、案件整體審判期間相應縮短、逾審判中羈押總期間案例甚罕等）以觀，刑事妥速審判法第 5 條第 3 項於二〇一九年六月十九日修法後將羈押期間改為五年上限之規定，除強化人權保障之外，亦已足以因應實務審判需要。參見：監察院，前引註 51，頁 13-14。

肆、結論

前大法官許玉秀老師曾以「紅鯡魚」的隱喻指出，湯景華縱火案判決拋出直接故意、間接故意殺人判不判死這般無關緊要的問題是用以轉移焦點。本文從《公政公約》的角度則認為，諸如間接故意殺人與死刑裁量之間的爭點、量刑未盡鑑定調查、精障疑義等這麼明顯的事情，卻被歷次事實審裁判所不重視或視而不見，甚至就違法羈押這點，直至本件裁判定讞包含最高法院之抗告駁回裁定也逕自以實質上類推適用之方式對被告為違法羈押，這些錯誤及瑕疵宛如房間裡明明有隻大象這麼明顯的事情，卻被在這條司法裁判生產線上的權力者裝作沒看到。最高法院最後自行撤銷死刑改判無期徒刑，使本件最重之定讞判決不至於有《公政公約》第 14 條之公平審判連結至第 6 條生命權恣意之雙重違反疑問，不過，即便未和死刑判決有所連結，本件諸多正當程序上的謬誤，本乎《公政公約》第 14 條之公平審判以及第 32 號一般性意見，亦已有諸多正當程序上之公約違反，特別是違法羈押部分，原審法院及抗告法院違反速審法第 5 條第 3 項之最長五年羈押總期限、錯誤解釋適用刑事訴訟法第 108 條第 8 項規定，裁定繼續羈押聲請人湯景華，顯已違背法令及原則，乃至《公政公約》第 9 條人身自由之保障等，就此，不論本案實體部分如何或已然定讞，都將使本案裁判永遠存有無法排除之程序瑕疵，不可不慎。