

書叢小育教

論廢存刑死

著琴理方

行發局書魂鑄京南

死刑存廢論

緒言

夫刑罰者，乃國家用以制裁私人違犯刑法剝奪其法益之手段也。其種類有主刑，從刑。主刑之中有生命刑，即死刑是也；有自由刑，即無期徒刑、有期徒刑及拘役是也；有財產刑，即罰金是也。從刑之中有財產刑，即沒收是也；有權利刑，即褫奪公權是也。主刑爲獨立科罰之刑，從刑爲附屬於主刑科罰之刑。主刑中之最重者爲生命刑。在我國古代死刑中有車裂，腰斬，凌遲諸刑，其慘酷程度可謂達諸極點。近代因社會之日益文明，政治之日益進步，所有曩昔專制時代之各種嚴刑峻法，已逐漸爲時代潮流盪滌無存；今所執行之死刑。僅絞決或槍決而已。惟無論爲絞決，槍決，或車裂，腰斬，凌遲，其爲死刑爲剝奪生命之刑則一也。吾人今所欲討論者，即死刑之在今日應否廢止，及有無保存之必要。欲討論此問題，須先明瞭刑事

之責任及刑罰之目的，然後復進而研究世之主張廢止死刑者與主張保存死刑者之諸說及各國死刑存廢之概況，於是再加以事實之評判，與正確之論斷，庶幾對於舉世聚訟之死刑存廢問題，得有相當貢獻，不揣譾陋，謹分別論之於后：

一 刑事之責任

吾人欲討論死刑之存廢問題，須先研究刑罰之目的；欲研究刑罰之目的，須先明瞭刑事之責任。關於刑事責任之理論大概可別爲三種，一經典派，二實證派，三折衷派是也。茲分述如左：

一・經典派

一七三八年，意哲人白克銳亞，鑒於當時君主之極端專制，及人民所受之非法痛苦，乃發表其名著犯罪與刑罰一書，所謂經典派即肇始於此。法儒佛祿德耳稱頌該書爲『人類法典』，可見該書當時影響於學術界之宏鉅。故十八世紀與十九世紀

上半期之刑法學，皆受其權威之支配；各國刑事立法皆以之爲藍本；直至二十世紀，各國刑法中猶覺其餘威未已也。

經典派認爲人有決斷之自由，或曰意志之自由，即謂人對於行爲之善惡，可以意志之決斷而定其行止。倘明知其不正當而故意爲之，即應負道德上之責任，受刑事之處罰；否則如智力不足，年幼，瘋癲，狂病等人，乃無辨別行爲善惡之能力，不能爲自由之決斷，其行爲不負道德之責任，則刑事責任當然亦不成立，因刑事責任須以道德責任爲基礎也。而道德責任乃建築於人類決斷自由之上；故人之應負刑事責任與否，當以行爲者對該行爲是否有決斷之自由。

二．實證派

自一八七六年郎卜羅梭所著之犯罪人，一八八一年費利所著之犯罪社會學，一八八五年加羅法羅所著之犯罪學各書相繼出版後，刑法學界之趨勢爲之一變。彼等以科學方法一面研究犯罪之原因，一面圖謀補救之方法，使刑法學由玄學而進於科

學，對於犯罪之責任問題，竭力反對經典派所謂人的行為有決斷之自由。因根據科學之實驗，證明人的意志之決斷，完全由於各種原因所構成，為生理的原因，社會的原因等，人絕無決斷之自由。惟彼等並不否認犯罪者應負刑事之責任，不過其根據方面與經典派不相符合，彼等認為宇宙間有物理生物社會三大規範，由此三大規範生產三種制裁，譬如以手擊玻璃，玻璃雖碎而手亦受傷，此為物理的制裁；因飲食過量而發生疾病，此為生理的制裁；人犯罪而受刑事處分，此為社會的制裁。蓋人不能離社會而獨存，法律係保障社會之公共利益，人若侵犯了任何法益，即係侵犯社會本身，應對社會負責任，應受社會的制裁。

三．折衷派

折衷派分有意志自由限制派、前意志派、智識自由派、人格相同派等，其學說大概均折衷於經典實證兩派之間，即一方面既承認經典派之道德責任，一方面又接受實證派之社會觀念。意志自由限制派認為人的意志本有決斷之自由，惟因社會環

境之關係而受相當限制，故在未失自由之部份仍應負其責任。前意志派認為人之前意志既已決定生存於社會，即應服從社會之契約，因侵犯契約而受制裁者，是前意志處罰後意志也。智識自由派認為人之意志決於智識，意志雖不自由，而智識卻屬自由，凡對於犯法行為有認識能力者，應負刑事上之責任。人格相同派認為道德之責任乃建築於同一人格同一社會兩原子之上；凡行為之前後，其人格相同，其所處之社會相同，並未受內在（生理）或外出（社會環境）原因之影響，則其表現之犯法行為，應負道德之責任，而受刑事處分；否則如瘋狂白癡等，可不負刑事責任。以上四派之學說，可以代表一般折衷派，尤以人格相同派所云，對道德責任社會環境雙方並顧，調和於兩種極端學說之間，成為折衷派之中心主張，足以代表現代各國刑法之全副精神。

綜觀以上各派學說，固各具其理由與價值：經典派立場在精神在道德，惟因偏重於玄學，不易立足於現在之科學時代；實證派之立場在生理，在社會，由經典

派之道德責任說，而進爲社會責任說，使刑法學入於科學途徑，對於人類之貢獻至爲宏鉅；折衷調和於兩派學說之間，使水火不相容之道德責任與社會責任，而能融合爲一，亦過渡時代不可缺少之津梁也。

二 刑罰之目的

刑罰以消滅犯罪爲目的，消滅犯罪之方法恆隨時代而轉移。古代認爲刑事責任，應根據於道德責任及意志決斷之自由，並注重於被害者一方面，故採報復及威嚇主義；近代認爲刑事責任應根據於社會環境及生理原因，並注重於社會及犯罪者方面，故採預防及改善主義。茲分述之如左：

一。報復主義

一報復爲刑法之起原，殆已爲學者所公認，故在刑法產生之初期，不過係代行私人報復之手段。既係代行私人報復之手段，自不免偏重於被害者一方面，祇求能

平其私忿，而不致生直接私人間之報復，即不顧其他。此時每以被害者受害之大小，以爲處刑之標準，歐近代以預防爲目的之刑事政策，迥然不同。

二・威嚇主義

對於社會方面以刑罰爲威嚇之作用，使社會一般人民皆知刑罰之可畏，俾能自相警戒，不敢爲犯法之行爲，歷代之嚴刑峻法，皆以此爲立場。學者對於此項威嚇主義，稱爲一般的預防。

三・預防及改善主義

此即學者所謂特別的預防，認刑罰爲對犯人之作用，故採用社會適合與社會隔離二法。社會適合者，即利用刑罰矯正犯人之惡性，使其性格改善，適合於社會之生存；社會隔離者，即以犯人之惡性已深，絕無改善之望，乃利用刑罰使之與社會隔離也。使犯人與社會適合之手段有三：（一）匡正手段，即養成犯人遵守紀律之習慣，而不致再有犯法行爲；（二）教育手段，即授犯人以技藝，使之在社會上能

營獨立生活，而不肯再有犯法行爲；（三）懲戒手段，即便犯人知刑罰之可畏，而不敢再有犯法行爲。蓋犯罪與患病相似，人至犯罪必其性格失於常態，未賞無矯正之方法，國家應設法矯正，使之回復常態，不可因其失於常態而屏棄之。刑罰卽爲矯正之方法，亦猶對於病人所投之藥劑所施之手術也。此係專對犯人方面着想，故以匡正教育懲戒爲手段。刑法中之徒刑頗與此種手段相合，故處徒刑者，必鍛鍊其性格，以排除其惡性，使之自然不致再犯；又必增進其技能，以樹立其生活之基礎，使之不肯再犯；並須予以相當痛苦，以刺激其感覺，使之不敢再犯；如是可與常人無異，可與社會適台矣。

使犯人與社會隔離者，卽永遠不許其與社會相接也，如死刑及無期徒刑皆爲隔離社會之刑罰。對犯人處死刑之觀念，今昔相殊：昔時純係出於威嚇主義，欲使其他之人見而生畏，故必刑諸市朝或梟首示衆；近代刑法常從犯人方面加以觀察，故處死刑之觀念純取隔離社會主義，恆於獄內祕密執行，但求其永與社會隔離，並不

使之多受痛苦。惟被處無期徒刑者至某時期而能改悔，亦可許其假釋或赦免，則在隔離之中亦含有適合之意義焉。

三 死刑之存廢問題

死刑一名生命刑，卽剝奪犯人之生命也。在適用威嚇主義之時期，死刑在刑罰中最爲有效，蓋人所畏者莫過於死，受死刑之執行者一方面受極端痛苦，一方面又失其生命，所謂殺一可以儆百，頗顯威嚇與鎮壓之作用。惟死者不能復生，置之於死，卽無使其改善之機會，現代刑法猶存死刑，豈非與近世之改善主義有所抵觸？或謂改善者乃就其惡性加以矯正改革也；遇有惡性已深已無法矯正改革，若仍令生存社會，其危險殊甚！爲預防危險起見，勢非使之長與社會隔離不可。隔離之法，當以死刑最爲有效，故死刑猶未可全廢。或謂若僅爲使之長與社會隔離起見，則不妨以終身徒刑代之；受終身徒刑者雖未長辭社會，然已隔離於監獄之中，自無危及

社會之虞。故意大利荷蘭諸國早已廢止死刑，卽本此義。我國刑法，古代曾有墨，劓，剕，宮，大辟，及車裂，腰斬，凌遲諸刑；至清代改爲笞，杖，徒，流，死五刑；民國成立後僅採用徒刑死刑二種；今昔相較，似已由威嚇主義逐漸進於改善主義。茲值國人討論改訂刑法之際，關於死刑之存廢問題似有一商榷之必要。試分述主張死刑存廢兩說如左：

一、死刑廢止說

主張廢止死刑之理由約有下列六種：一，死刑無伸縮之餘地——謂犯人之性格及犯罪之原因與事實各有不同，而死刑絕無伸縮餘地；以絕無彈性之死刑施之於各種不同性質之犯人，殊不相宜。二，死刑無自新之路——謂刑罰最大之作用在改善犯人之性格，使之適合於社會，故刑罰在懲戒之中尤須予犯人以自新之路；倘執行死刑，則死者不能復生，雖欲自新已不可得。三，死刑無事後改正之望——謂犯罪之事實常多複雜曲折，法官倘偶因疏忽而錯誤，則處以死刑之後，雖發覺其冤屈

而已無改正之可能。四，死刑有傷人道——謂人類皆有生之心，甚至宰殺畜牲亦目爲殘忍行爲，而刑罰竟以人殺人，違反人類好生之心，未免太不人道；五，死刑足長人民殘殺之風——謂刑罰本以消滅犯罪爲目的，所採之手段應導人民於善良親愛之路，倘施行死刑，無異示人民以暴制暴之模楷，足以助長人民殘殺之風；六，死刑已超越隔離社會之限度——謂刑罰對於惡性已深之犯人無法使其適合於社會者，可使之隔離社會，則無期徒刑已可剝奪其終身之自由，使之長與社會隔離，故在隔離社會之限度以內，並無施用死刑之必要。

二、死刑保存說

主張保存死刑者，認爲主張廢止死刑者所舉之理由皆不充足：一、刑罰伸縮之有無，應於法規範圍內求之——如殺人者處死刑無期徒刑或有期徒刑，其究應處死刑與否，法官仍有伸縮之自由；即唯一死刑亦有減輕處斷之機會。二、凡處以死刑者，爲罪大惡極無法可以使之改善——苟認其惡性尙能改悔者，則儘可不處死刑而

處以無期徒刑也。三，被處死刑者非經最高司法機關核准不得執行——是死刑在終審判決之後，尤須經最高司法機關之覆核；即偶有錯誤，亦儘有改正餘地。四，除惡卽以安良，——刑罰之有死刑，正係爲人類維持安甯秩序；與違背道人無故殺人者，不可同日而語。五，現在處死刑者大都在監獄內祕密執行——已可免除一般不良之影響。六，死刑與無期徒刑雖屬同一隔離社會，但犯人之惡性較深者，非奪其生命實不足以儆戒之，故施行死刑於隔離社會之作用外猶兼有鎮壓之意——并謂按之法理，刑罰如藥石，罪犯疾病，醫之用藥，非使病藥之力相配，則鮮克奏效。例如已潰爛之癰疽必割除之，死刑之加於犯人，猶刀割之加於癰疽，故大惡不悛者實有適用死刑之必要，就歷史而論，國家在進行改革之際，盡沿歷史之舊固不可；而悉置歷史於不顧亦非宜；死刑在吾國歷史上有相當之作用，若遽行廢止，必多窒礙。再言社會心理，刑罰中之有死刑，童叟咸知，倘一旦廢除，則兇惡者因刑罰減輕將全無畏懼，良善者因保障力薄，必益滋恐懼，社會秩序勢必因之受極大影響。

三、各國死刑存廢之概況

世人對於死刑存廢之主張既不一致，故各國死刑存廢之情形亦各不相同：有業已廢止者，如意大利荷蘭那威等國：有雖存而全不執行者，如比利時自一八六〇年以來已無執行死刑之事實；有執行減少者，如英美等國對判決死刑者多特赦而不執行；日本刑法專科死刑之條文亦日益減少。吾國在滿清時代規定科死刑者多至八百四十餘條；至新刑律制定而科唯一死刑者僅存三條（一一〇條第一一八條第三一二條），科死刑或他刑者亦僅十二條（第一〇一條第一〇九條第一一一條第一一二條第一一二條第一八六條第一九二條第二一二條第三一一條第三一四條第三七四條第三七六條）現行刑法科唯一死刑者計九條，列舉如左：

- 一、第二二一條對友邦元首犯故意殺人罪者
- 二、第二四〇條犯強姦罪而故意殺被害人者
- 三、第二八三條殺直系尊親屬者

四、第二八四條犯殺人罪出於預謀或支解折割及有其他殘忍行爲者

五、第三四五條犯搶奪罪而故意殺人者

六、第三五〇條犯強盜罪而故意殺人者

七、第三五二條犯海盜罪而致人於死者

八、第三五三條犯海盜罪而放火或強姦或故意殺人者

九、第三七二條犯擄人勒贖罪而故意殺人者

科死刑或他刑者計十五條，列舉如左：

一、第一〇三條犯內亂罪而爲暴動之首謀者

二、第一〇七條犯外患罪者

三、第一〇八條意圖斷送國土者

四、第一〇九條執役於敵軍者

五、第一一一條爲敵國間諜或將軍事上之重要物品交付敵國者

六、第一九七條傾覆或破壞現有人之水陸空舟車因而致人於死者

七、第二四〇條犯強姦罪因而致被害人於死或致被害人羞忿自殺者

八、第二八二條犯殺人罪者

九、第二八五條犯殺人罪並有其他意圖者

十、第二九八條傷害尊親屬者

十一、第三四六條犯強盜罪因而致人於死者

十二、第三四九條犯強盜罪而放火或強姦者

十三、第三五二條犯海盜罪及犯海盜罪因而致人於重傷者

十四、第三七一條犯擄人勒贖罪因而致人於死者

十五、第三七二條犯擄人勒贖罪而強姦被害人者

觀右述概況，可知死刑之在各國已淘汰將盡，即間有存留者亦多有名無實；吾國自推行法治以來，刑法上規定死刑之條文，較之曩昔專制時代固已大相逕庭。今

後隨世界大勢之所趨，則全部廢止之期，當亦爲時非遠也。

四 結論

夫刑事之責任既歸諸社會關係與生理原因，而刑罰之目的又在消滅犯罪，其所採之政策亦重在改善犯人之性格，使之適合於社會，則似無死刑存在之需要。卽曰犯人惡性已深不易設法改善者，而使其永與社會隔離之方法亦有無期徒刑可以適用，固無保存死刑之必要。主張廢止死刑者所列舉之各種理由，如死刑無伸縮餘地，死刑無自新之路，死刑無事後改正之望，死刑有傷人道，死刑足以助長人民殘殺之風，死刑已超越隔離社會之限度等皆有可以採取之價值。彼主張保存死刑者，雖加以反駁，而所持之理由殊欠充分，例如其第五項所云是已承認死刑足以助長人民殘殺之風，而謂在監獄內祕密行之卽可避免此種不良影響，似係自欺欺人之言。又如其第六項所云是僅注意犯人之惡性較深，而不知改善犯人性性格之方法亦可使之較優