

adaptor / April 13, 2010 11:12AM

[人道關懷與死刑存廢 / 黃國鐘 財團法人國家政策研究基金會國政研究報告 2006-12-22](#)

財團法人國家政策研究基金會國政研究報告

科經(研)095-041號

出處：<http://old.npf.org.tw/PUBLICATION/TE/095/TE-R-095-041.htm>

中華民國九十五年十二月二十二日

December 22, 2006

人道關懷與死刑存廢*

* 本文曾刊登於2006年12月出版之「全國律師」期刊

顧問 黃國鐘

功利主義和非功利主義之論辯

廢除死刑者和保留死刑者雙方論點很多，而且爭論激烈。保留死刑者的論述，最強調功利主義(嚴格地說是目的論)的提法：死刑制止犯罪比終身監禁更有效，使人越加尊重刑法。非功利主義的保留死刑者則認為：死刑對令人深惡痛絕的罪行來說，是唯一的「應得的懲罰」。廢除死刑者對於死刑具有最大威懾價值表示懷疑，並強調人類生命的神聖性，既然司法確實會發生錯誤，那麼就會危害無辜。這些論點的邏輯狀態和經驗上的有效性是不同的。非功利主義的論點，像任何最終的倫理準則一樣，成了道德上的原則。另一方面，功利主義的論點在純經驗主義立場上則是成問題的，關於它的威懾作用的想法尤其如此。(簡戈雷克基 (伊利諾伊大學，尚佩恩-厄巴納) 著，汪紹麟譯，亞當·庫珀、杰西卡·庫珀主編，《社會科學百科全書》，上海譯文出版社，1984年7月，第83頁及第84頁。)

正反之爭

法國1789年資產階級革命以前，刑法規定的死刑罪名有一百十五種，死刑執行的方法也很多，死刑應否存在，自十六世紀以來即為歐洲學者爭論的主要問題。首倡廢止死刑的是意大利貝卡里業，他根據社會契約的理論，認為死刑與社會契約的本義不符，誰也不會把自己的生命當作一部分自由割讓給社會。反對死刑的觀點有：(1)殘酷不合人道。(2)不能做到罪刑相適應。(3)刑法禁止殺人。(4)判決尚有錯誤，死者不復生。(5)未必能收到一般預防效果。(6)無期徒刑就能將犯人摒棄於社會之外。主張保留死刑的觀點有：(1)死刑是剷除絕無希望的社會敵人的唯一方法。(2)帶有儆戒性。(3)使社會得到滿足。(4)死刑能擺脫反社會勢力。(曾慶敏主編，《法學大辭典》，上海辭書出版社，1998年12月，第478頁及第479頁。)

台灣死刑調查報告

筆者有幸翻譯國際人權聯盟《台灣死刑調查報告》之首章及末章，《調查報告》給台灣政府關於死刑之特別建議：2. 實質上(法律上尤佳)延緩死刑之執行，俾做為廢除死刑之漸進措施。總統可以特赦死刑犯，減為無期徒刑；其後系統性地對所有未來極刑判決，予以特赦減刑，直到正式廢除死刑為止。法務部長亦得拒絕簽署死刑之《執行令》。4. 廢除三種現存犯罪之唯一死刑，做為過渡措施。減少得宣告死刑之犯罪。7. 經囚犯同意，使非政府組織得檢閱囚犯卷宗，以確保囚犯經過有效之律師辯護。(Fidh, Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme, International Federation for Human Rights, 《台灣死刑調查報告：邁向廢除死刑?》，廢除死刑推動聯盟，2006年6月，第47頁及第48頁。)

關於刑事司法作業之建議：1. 廢除警察「績效評鑑制度」。2. 在大學設置基本警察訓練課程，並建立警察標準作業程序，以加強警察訓練。3. 訓練新舊警察有效蒐集真實證據及法醫技術。5.

改進逮捕時起之法律諮詢權利，並回溯延展至偵查中提供法律扶助。7. 大幅改善公設辯護人制度，以確保法律諮詢之品質足以代理當事人。8. 建立基礎及後續的基本人權法律訓練，對象為警察、獄吏、律師、公訴人及法官。該項訓練應著重於學說之發展、相關技巧及倫理，並就特定職務加以調整。9. 加強訓練法官及檢察官，尤其是發展評價證據之技術、交互詰問之處理、法律解釋及對待被告、被害人及證人。10. 擔保法官不致感覺需屈從其同僚之判決。14. 三位法官只有兩位認同時，不應宣判死刑。(第48頁及第49頁。)

對警政之建議：1. 廢除「績效評比制度」。4.

應在電視及學校播放公眾教育及標準作業程序影片，使國民知道其在警察局的權利。(第49頁。)

對公民社會的建議：1. 非政府組織應持續對政府及立法委員施加壓力，以採取具體步驟廢除死刑。2. 採取公眾教育行動，進一步促使公眾面對刑事司法運作問題、國際基本人權法律及廢除死刑的論證。可能的話，非政府部門應承擔對於法官、檢察官、律師及其他刑事司法人員之人權教育。3.

譴責刑事司法錯失之嚴重問題，向聯合國人權委員會報知訊息，並公布週知。5.

法律協會應採取迅速及全面的調查行動，對未符合倫理規範或其能力不足以適切代理當事人的律師，撤銷其執照。6. 媒體應平衡報導死刑議題、促進刑事程序之深刻討論，並避免將嫌疑人視為有罪的被告(媒體審判)，尊重「無罪推定」的原則。(第50頁。)

法律經濟學之討論

根據埃里科的研究，改善勞動力市場條件，比增加一項死刑判決更具有威懾效果。同時，拘捕和定罪概率的變化，也比死刑判決更具有威懾力。([美]羅伯特·考特、托馬斯·尤倫，張軍等譯，《法和經濟學》，上海出版社，1999年12月，第775頁及第776頁。)

最早對死刑威懾力進行專門研究的是社會學家索斯坦·塞琳，他採用四種方式測驗判處死刑的威懾效應；第一，他比較了有死刑與無死刑毗鄰各州的殺人犯罪率。第二，他比較了同一個州在死刑廢除之前和恢復之後的殺人犯罪率。第三，塞琳考察了已頒布和實施死刑法的城市的殺人犯罪率。最後，他研究了有死刑與無死刑各州之間警官的死亡率。塞琳從上述四種測驗得出的總體結論是「死刑對殺人罪毫無威懾作用」。(《法和經濟學》，第769頁。)

邊際威懾力仍涉及一個可能不值得作出的抉擇，中世紀英國竊賊判處死刑。假設我們想減少搶劫過程中犯有殺人罪的人數，一種方法可能是使搶劫可判處死刑。這會違背邊際威懾力原則，並可能增加某人在犯搶劫罪的過程中殺人的機率。但它將首先減低搶劫案發生的機率。([美]理查德·A.波斯納著，莊兆康譯，《法律的經濟分析》上，中國大百科全書出版社，1997年6月，第296頁。)擄人勒贖若處唯一死刑，大幅增加人質之危險。

《陸海空軍刑律》

《陸海空軍刑律》第二十七條：「敵前違抗作戰命令者，處死刑。」「前項之未遂犯，罰之。」本罪本為舉動犯(即成犯)，德國軍法不過五年以下有期徒刑，但國防部長及參謀總長堅持，筆者無奈，加上「未遂犯」，變成結果犯，形同廢除唯一死刑。第六十六條：「為軍事上虛偽之命令、通報或報告者，處五年以下有期徒刑；致生軍事上之不利者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。」「戰時犯前項前段之罪者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑；致生軍事上之不利者，處死刑。」(第三項第四項省略)本條必須對照《刑法》《刑法》第十七條：「因犯罪致發生一定之結果，而有加重其刑之規定者，如行為人不能預見其發生時，不適用之。」加以觀察。

其實《陸海空軍刑律》有禁止「虐待俘虜、攻擊醫院、毀損古蹟、放火決水」甚多人道考量，日後應參照《地雷水雷公約》、《生化核武公約》訂定條文，於茲無法贅述。

緩死制度

緩死刑制度是中國大陸刑法之特色，乃對於被判死刑者，於緩刑期間內有悛(ㄍㄣˇ，改過)悔實據者改判無期徒刑。我國似乎可參考中國大陸此一緩刑制度，於無法廢除死刑制度前立法實施。一方面可以避免死刑的殘酷及不人道，一

方面也可以避免因為誤判，而造成生命不可挽回的遺憾。(黃沅清，死刑對重大暴力犯罪嚇阻功能之研究，中山大學公共事務管理研究所碩士在職專班，指導教授：林新沛博士，民國94年8月，第5-4頁。)舊律「斬監候」、「絞監候」，其實已寓有「緩執行」之意。

國際及區域人權公約

聯合國一九四八年「世界人權宣言」揭示「人人有權享有生命、自由和人身安全」、「任何人不得加以苛酷、殘忍不人道之處罰」，對於日後廢止死刑之國際性規章，有引導促進的作用。(林明輝，死刑制度在國際法上之理論與實踐，國防管理學院法律學研究所碩士，指導教授：魏靜芬博士，民國88年6月，第150頁。)

聯合國一九六六年通過之《公民及政治權利國際公約》揭示：「人皆有其固有之生命權，應受法律保障，不得任意剝奪」、「被判死刑者有權要求赦免或減刑，對任何死刑犯均得給予大赦、特赦或減刑」以及「不得對未成年人處以死刑」等之規定。一九八九年通過之《第二選擇議定書》，更明文規定：「締約國管轄之人民，不應被執行死刑」以及「締約國應採取必要措施致力於死刑廢止」，由此可見聯合國在死刑廢止議題上，由早期強調尊重生命權之立法，到現今強調具體實踐死刑廢止之立法。(林明輝，第151頁。)

《歐洲人權公約》係第一個區域性人權公約，一九八三年之公約第六議定書更明確規定「死刑應予廢止，任何人不得被宣告或執行死刑。」(第150頁及第151頁。)

國際實踐報告

聯合國人權委員會在一九九八年審理日本提送之《人權報告書》時明言；盟約的發展已顯示出廢除死刑的趨勢，然而日本的死刑判決數量卻未見減少，而且死刑的採用亦不限於針對最嚴重之犯罪行為，從而日本有必要採取相關措施，以改善此兩項缺憾。(李孟氛，聯合國人權法制對廢除死刑之立場與貢獻，廢止死刑之理論與策略學術研討會，中央研究院歐美研究所，民國93年5月，第8頁。)

人權委員會在一九九五年審理美國之《人權報告書》時，對美國某些州法允許判處十八歲以下犯人死刑，而且實際執行，深表關切；某些州法允許對智障者判處死刑，委員會則表示遺憾。美國參議院於一九九二年批准本盟約時，曾對盟約第六條第五項有關禁止判處十八歲以下犯人死刑的規定保留，此舉一直受到國際法學界的關切。人權委員會於一九九四年針對盟約條文之保留問題作成解釋，強調盟約包含第六條第五項在內的某些條文，因具國際習慣法地位，若有國家對之保留，將違反本盟約之宗旨。(李孟氛，第14頁及第15頁。)

《歐洲人權公約》第二條第二項規定：由於絕對必要使用武力而造成生命的剝奪時，不應該被認為牴觸本條；但是歐洲人權法院認為：任何致命武力都必須是在達成各款情形「絕對必要」(absolutely necessary)時方得使用，而「絕對必要」表示必須適用更嚴格及具說服力之必要性審查，此審查標準比歐洲人權公約第八條及第十條第二項所稱之「民主社會之必要」(necessary in democratic society)之標準還要嚴格。(廖福特，生命權與廢除死刑之歐洲觀點，廢止死刑之理論與策略學術研討會，中央研究院歐美研究所，民國93年5月，第11頁。)

白鳥決定

日本誤判的問題大大浮出檯面成為注目之焦點，乃是在一九七五年，團藤重光(學者成為大法官)所屬的最高法院第一小法庭做出一個緩和再審開始要件的決定，叫做「白鳥決定」。該決定出爐之後，有四件之多的死刑案件獲准再審而判無罪。那是在一個鄉下小鎮發生的毒殺案件，情況證據都蒐集得相當齊全，至少超越合理疑問程度的心證都能充分取得。但據被告律師的主張：警察在搜查的階段，僅搜查了小鎮的一半就發現可疑人物而逮捕了被告，小鎮的後半段沒有搜查完。假如把小鎮的後半段也全部搜查完，則出現相同狀況的可疑人物之可能性，不能說絕對沒有。(團藤重光，林辰彥譯，《死刑廢止論》，商鼎文化出版社，1997年6月，第6頁至第8頁。)

誤判死刑

死刑廢止論有許多論點。其他論點都有贊成與否的分歧狀況，誤判的問題就不同了。說稍微誤判也沒關係的人雖有，但沒有一個人能否誤判的可能性。以這個意義言，可以說誤判的問題就是死刑廢止論的關鍵性論點。批判性合理主義哲學的創始者卡爾·波伯(Sir Karl Popper, 1902-94)(著有《開放社會及其敵人》)說：「人的可謬性(human fallibility)才是真正的死刑廢止的理由。」(團籐重光，第68頁及第69頁。)即使俯首認罪，亦不乏代人受過、遭人栽贓之可能。

白鳥案件在山中發現腐蝕的子彈，警方懷疑是「兇手的同黨」為了要射擊警察而在山中「練習」時所留下而拿出作「證據」，但辯護律師則懷疑警方故意把腐蝕的子彈拿出來作證據，有栽贓的嫌疑。(團籐重光，第71頁。)

佛經與聖經

「施死刑屬殺生業，得短命報；救死刑犯，屬不殺生戒，獲長命壽。」(分別善惡報應經，卷1)(宋·天息災譯)(溫金柯編，《佛教反對死刑：經證彙編》，輔仁大學出版社，民國95年5月，第79頁。)」(「佛陀教化殺人兇犯指鬘，度其出家，免受刑罰。」(佛說鴛掘摩經，卷1)(西晉·竺法護譯)(第80頁。))《悲華經》(卷4)(北涼·曇無讖譯)：「若有眾生應被刑戮，願我捨命，以救護之。若有眾生犯於諸罪，願我以力、言說、錢財，而拔濟之，令得解脫。」(第85頁。))

《舊約聖經》出埃及記、利未記、申命記雖有「以眼還眼、以牙還牙、以手還手、以腳還腳」等記載，但是《新約聖經》馬太福音：「有人打你的右臉，連左臉轉過來由他打。有人想要告你，拿你的裡衣，連外衣也由他拿去。」路加福音：「不要論斷人、不要定人的罪。」約翰福音：「你們中間誰是沒有罪的，誰就可以先拿石頭打她！」(團籐重光，第91頁至第93頁。))

免死之歷史

日本嵯峨天皇弘仁元年(八一〇年)藤原仲成被誅之後，凡有死刑的判決，亦以別敕，予以減輕一等、改處流放遠方之刑，成為慣例，一直到後白河天皇保元元年(一一五六年)，因藤原通憲上奏，如無死刑則刑無懲肅，而於保元之亂後將源為義等人處死刑，其間經二十六代凡三四六年，除梟首平將門和忠常的特例之外，實際上殆無死刑的執行。(團籐重光，第148頁及第149頁。))

剛好在《保元物語》有一段死刑再開的描述頗富興味：「...於是眾犯皆斬」，有道是：「國行死罪，則海內謀叛者不絕，...。」(團籐重光，第149頁。))

日本於一九九二年達成零死刑執行滿三年的記錄，前法務部長佐藤氏於「公聽會」時說：「我是淨土真宗寺的主持，以宗教人的立場，我對人命之重視比別人倍感痛切，因此我拒絕簽署命令書」(團籐重光，第28頁及第29頁。))小泉末代內閣杉浦法務相上任首日，以人道等理由公開宣布拒絕簽署《執刑令》。

在托斯康尼該大公國，廢除死刑(自1765年開始)與恢復死刑(1795年)之間，犯罪平均數比恢復後低得多。([英]傑瑞米·邊沁，邱興隆譯，論死刑——傑瑞米·邊沁致他的法國同胞，《比較刑法》第一卷，中國檢察出版社，2002年3月，第121頁，第134頁及第135頁。))

罪與死

杜思妥耶夫斯基在一八四九年被捲入事件而判死刑，後來在執行之前戲劇性地獲得特赦，改為流放西伯利亞。他對死刑有強烈體驗，但在他的小說《白癡》一書中，藉著梅舒金公爵之口講了以下的話語：「在聖經裏寫得明明白白說『不可殺』。所以嘛，就因為人殺人了，就非得把那個人也殺死不可嗎.....?以殺人罪之名又把那個人殺死，與其犯罪比起來，刑罰之重責有過之而無不及。」他還認為死刑的執行就是「對靈魂的侮辱」。(團籐重光，第4頁及第5頁。))

社會契約之悖論

英國大法官莫爾以神的告誡「勿殺人」，論證「法律創設殺人之法」違背神的訓示。當時的國王亨利八世為了要迎娶所愛的女性安·勃琳，想要與王妃離婚，羅馬教皇當然不允許這件事情。國王向身為大法莫爾施壓改訂法律；莫爾頑拒，被投入牢獄仍不屈服，最後以違反《國王至上法》問大逆罪而判死刑。在斷頭臺上他向劊子手說：「你等我一下，讓我刮鬍子；鬍子並沒有犯大逆罪。」等他刮好鬍子後才從容就斬。(團籐重光，第124頁及第125頁。)

關於盧梭的社會契約說，主要是說當我們要締結社會契約時，以「需要目的者也需要其手段」為前提，導出一個結論：「每一個人為了要避免自己被殺害，則有必要事先承諾，當自己成為殺人者時，也願意接受死刑的懲罰。」(團籐重光，第66頁。)

但凡審判—包括死刑判決—都有不可避免的誤判，借用盧梭的邏輯來說，在訂立社會契約之際，除非每人都承諾「萬一自己被誤判，因無實之罪處以死刑也沒有關係」，不然的話這個契約也不可能成立。(團籐重光，第67頁。)斯為康德「二律背反」之問題。

物證重於人證

當所聲稱的犯罪發生在對罪犯產生反感的那些人身上，或者犯罪激起了反對他的一種群體情感時，證人幾乎無意識地扮演著控訴人的角色。他們是公眾呼聲的應聲蟲。激動持續增長，而所有懷疑都被拋在一邊。([英]傑瑞米·邊沁，邱興隆譯，死刑及其考察，《比較刑法》第一卷，中國檢察出版社，2002年3月，第101頁及第114頁。)

通過以虛假的證據支持它的起訴以及據此宣告的定罪，一個人可能被消除，而他本可能提供的證據便被毀滅。(第121頁及第127頁。)

盜羊者死

在英國，「法律壓榨窮人」。為什麼？台詞的另一半是「富人制定法律」！這就是我們血腥的法典的奧秘所在，「凡盜人一隻羊者，判其死刑」。(第121頁及第136頁。)

思想家的討論

死刑是報復法則的最後遺跡，很少有例外地對具有惡意預謀的謀殺罪保留。隨著孟德斯鳩、貝卡利亞與邊沁對法律的重新考慮，而開始長期的刑事司法改革計劃，任何嚴肅的法哲學家現在均不會追隨康德這樣的見解，即盜賊應無限期中地成為國家的奴隸。([美]約翰·P·康納德、歐內斯特·溫·丹·哈格，邱興隆譯，死刑及其考察，《比較刑法》第一卷，第235頁、第243頁及第344頁。)

現代犯罪學的奠基者，十八世紀的義大利人貝卡利亞之所以既反對死刑又反對放逐，是因為他意識到了兩者都與利己原則不一致。([美]懷特·博恩斯，邱興隆譯，憤怒的德性，《比較刑法》第一卷，第276頁及第284頁。)

邊沁的核心反論是這樣的：以勞動與獨身監禁予以適當加重的終身監禁，較之現有的終身監禁以及死刑的威嚇，可以對一名潛在的罪犯產生更大的恐怖效果。([美]雨果·亞當·比多，邱興隆譯，邊沁對死刑的功利主義批判，《比較刑法》第一卷，中國檢察出版社，2002年3月，第287頁及第301頁。)

社會科學家特別是經濟學家，普遍忽視了威懾原理與系統的理論相距甚遠。結果，作為證據提出的那些東西的可靠性一開始就受到了懷疑。另外，關於威懾的經濟學研究，根本沒有將所理解的懲罰的確定性作為一個經驗上的變量來對待。([美]傑克·P·吉布斯，邱興隆譯，死刑除威懾之外的預防效果，第329頁及第330頁。)

如果死刑是一種比替代性的終身監禁更為有效的遏制，那麼，在廢除死刑後，殺人率便應該上升。考察所得的證據不但未能支持，反而事實上一再與這一命題相矛盾。在跨國抽樣中，在廢除死刑之後，殺人率也相對於非死刑罪有了下

降，短中長期皆如此。([美]德恩·阿切爾羅西、曼里·嘎特內爾、馬克·貝特爾，邱興隆譯，殺人與死刑——對一個遏制假設的一種跨國比較，第345頁及第368頁。)

美國的月亮

美國聯邦最高法院不願依賴第八增修條文「殘忍與異常的刑罰」而禁止死刑，寧願適用第十四增修條文的平等保護條款。([美] 雨果·亞當·比多，邱興隆譯，殘忍與異常的刑罰，第389頁及第401頁。)

在大量死罪案件中只有極少數案件被判處死刑，而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，因此構成殘酷且不尋常之刑罰，違反憲法增修條文第八條及第十四條。(王玉葉節譯，司法院編，Furman v. Georgia 408.U.S.238(1972)，《美國聯邦最高法院憲法判決選譯》第五輯，司法院，民國94年12月，第160頁。)

Stewart大法官《協同意見書》：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，並且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，只有極少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)。(第162頁。)

White大法官《協同意見書》：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目的，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。這種無甚功效的刑罰，是顯然過度的，是殘酷與不尋常的刑罰，違反憲法增修條文第八條。(同上。)

Blackmun大法官《不同意見書》：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。(第164頁。)

「另案」Marshall大法官《不同意見書》：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且不尋常之刑罰。我認為死刑違憲有兩個原因，死刑是過度的刑罰，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。(王玉葉節譯，司法院編，Gregg v. Georgia 408.U.S.428(1976)，《美國聯邦最高法院憲法判決選譯》第五輯，司法院，民國94年12月，第170頁。)

職業經驗累積的看法

還有一些說來粗疏而且有些過時的研究，表明了不同職業群體中對死刑的不同支持。員警中明顯多數傾向於支持死刑，就像大部分郡治安官、區檢察官與監獄看守一樣。另一方面，大部分精神病醫生、牧師與囚犯，傾向於反對死刑。([美] 厄爾·威德馬、菲比·C·埃爾斯沃思，邱興隆譯，對死刑的態度研究，《比較刑法》第一卷，中國檢察出版社，2002年3月，第486頁，第490頁。)法官天天面對《罪與罰》，是否亦有此類職業的「傲慢與偏見」？

有關公眾對死刑實際認識的資料，對於估計對死刑的支持，是否奠基於「有瞭解的基礎上」意見之上，是關鍵性的。在「華曼」(Furman)案中，馬歇爾大法官提出了兩個在經驗上可以檢測的主張。第一個主張是，公眾對死刑沒有很好的瞭解；第二個主張是，如果公眾瞭解死刑的目的與責任，那麼，大多數人便會反對死刑。(第486頁、第490頁及第500頁。)

誤判與死刑

美國的經驗研究顯示：在1893-1962年之間，還留有74個涉及刑事殺人因而涉及死刑(誤判)可能性的案件，在其中，證據表明發生了如下重大錯誤：在74個案件中，每件都有一個無罪的人被逮捕與起訴；在71個案件中，這一無罪的人被定罪與判刑；在30個案件中(包括發生在沒有死刑的州的11個案件)，有終身監禁判決；在31個案件中，有死刑判決；在8個案件中，有一名無辜者被處決。([美] 雨果·亞當·比多，邱興隆譯，錯判與死刑，《比較刑法》第一卷，中

國檢察出版社，2002年3月，第531頁及第532頁。)

人們需要以某種小心與詭辯來使用「無辜的人」與「錯判」的概念。其次，人們需要理解：這一領域的經驗研究，難以置信的缺乏，以及在改進這一狀態方面所面對的問題。最後，人們需要意識到：儘管存在這些複雜與困難，從逮捕前的虛假供述到來得太晚的緩刑令，所累積的錯誤的記錄。(第531頁及第533頁。)

以「國家」之名

無數男女因為所聲稱的預防(其他人)犯罪，尤其是預防謀殺犯罪的目的而被處決。但是，不同國家一項又一項的研究，都沒有發現「證明死刑具有任何遏制其他人實施具體犯罪」令人信服的證據。(國際特赦組織，邱興隆譯，為什麼廢除死刑，《比較刑法》第一卷，第596頁及第600頁。)

當被用以粉碎政治上的異議時，死刑是可惡的!當被作為保護社會免受罪犯之害的一種方法而使用時，死刑是虛幻的!無論在何處使用，死刑都讓人變得殘忍無情，並給公眾傳遞這樣一種意識，即由於某種原因，而殺死一個無助的罪犯，是可以接受的。死刑可以被用以設法支撐國家(或者以國家名義行使統治權那些人)的權威。但是，任何這樣的權威都是虛假的，死刑是恐怖的一種象徵，而且它總是對最基本的人權的一種侵犯。(第596頁、第602頁及第603頁。)

緩期執行以觀後效

[死緩]即判處死刑同時宣告緩期二年執行,實行勞動改造,以觀後效的簡稱。適用於應當判處死刑,但又不是必須立即執行的犯罪分子。(曾慶敏,《中國大百科全書》智慧藏,智慧藏學習科技股份有限公司,2001年,法學光碟。)《中共刑法有關死刑改為緩期執行的規定》第四十三條:「死刑只適用於罪大惡極的犯罪分子。對於應當判處死刑的犯罪分子,如果不是必須立即執行的,可以判處死刑同時宣告緩期二年執行,實行勞動改造,以觀後效。」「死刑除依法由最高人民法院判決的以外,都應當報請最高人民法院核准。死刑緩期執行的,可以由高級人民法院判決或者核准。」第四十六條:「判處死刑緩期執行的,在死刑緩期執行期間,如果確有悔改,二年期滿以後,減為無期徒刑;如果確有悔改並有立功表現,二年期滿以後,減為十五年以上二十年以下有期徒刑;如果抗拒改造情節惡劣、查證屬實的,由最高人民法院裁定或者核准,執行死刑。」(團籐重光,林辰彥譯,《死刑廢止論》,商鼎文化出版社,1997年6月,第270頁。)筆者主張在「緩期」之後,依歐洲人權法院「絕對必要」之標準,始得予以「執行」;刑事職業(公檢法)對於犯罪及罪犯,易形成僵化固定之觀感;對於執行之決定,尚得提起行政爭訟,爭訟中應立法停止執行。

死刑之數

沈家本《刑法考》:夏大辟(女一)二百(周禮),周殺罪五百(周禮·司刑),大辟其屬二百(書·呂刑)。《漢志》孝武即位,大辟四百九條,千八百八十二事,死罪決事比(近)萬。沈家本按:漢祖入關蠲(ㄎㄨㄢ)削煩苛,孝文務在寬厚,刑罰大省,斷獄四百。斯時死罪條目雖無可考,必不繁多,迨孝武信任張趙而見知,故縱監臨部主之法行,禁罔(網)浸密,大辟之多,在此時也。(沈家本,死刑之數,刑法考,《叢書集成三編》,叢書集成出版社,1999年2月,第17頁。)(標點及括弧為筆者所加,以下各段同)

唐斬罪八十九事,絞罪一百四十四事。《唐六典》謂:《貞觀律》比古死刑,殆除其半也!宋《天聖編敕》:大辟之屬,十有七。(沈)按:《宋刑統》全用《唐律》,而當時行用以《編敕》為準,此《編敕》大辟之數,係在律外者,是死罪已多于唐矣!元死刑一百三十五,內凌遲九(沈家本,第18頁。)

《明律》死罪二百四十九。(沈家本)又按:近數十年來,歐洲學者創廢止死刑之說,諸小國(中華民國在台灣?)中有實已施行者,而諸大國則皆不能行,亦虛懸此學說而已!推原其故,欲廢死刑,先謀教養,教養普而人民之道德日進,則犯法者自日見其少,而死刑可以不用。故國小者尚易行之,若疆域稍廣之國,教養之事安能盡美盡善?犯死罪而概寬貸之,適長厥姦心,而日習于(於)為惡,其所患滋大!(尚書)《盤庚》云:殄(ㄊㄩㄣˋ)一(ㄇㄢˋ)滅之,無遺育(育)(ㄅㄨˋ)(ㄨㄣˋ)(不留後代),無俾(使)易(延續)種(種族)于茲新邑(國)。(泰誓)云:除惡務本,人之言非無故也!(同上)

行刑之制

《唐六典》凡決大辟罪，皆於市(古者決大辟罪皆於市，自今上臨御以來無其刑，但存其文耳)。五品已(以)上犯非惡逆已(以)上，聽自盡於家；七品已(以)上及皇族，若婦人犯罪非斬者，皆絞於隱處。

(沈家本)按：《唐六典》撰於開元年間，注中所稱今上，謂元宗也。棄市之制當時已廢，後世之市，既與古制不同，殺人於市，已與古制不能盡合。今時惟京師尚於市，各直省情形不同，有在教場者，有在城外曠地者，所謂殺人於市，亦虛有其文而已!(沈家本)按：唐自元宗不用棄市之制，其事遂廢；至德宗後，重杖處死之法行，無復有斬絞之事矣!肅宗治偽官，斬之于獨柳樹，蓋長安城隅僻地，非市也!甘露之變，賈(食束)、舒元興等朝臣，(大大一?)(叢?眾?)駢(女一弓)首于(於)獨柳下，蓋當時以此為殺人之所矣!(沈家本，行刑之制考，《叢書集成三編》，叢書集成，1999年2月，第36頁。)《明志》：臨決囚有訴冤者，直登聞鼓，給事中(官名)取狀封進，仍批校尉(官名)手馳赴市曹暫停刑(第36頁。)

至於「行刑之時」，《禮記月令》：季秋之月，乃趣獄刑，毋留有罪。秦四時行刑(陳寵傳)。《後漢書》陳寵傳：漢舊事斷獄報重，常盡三冬之月。(報，論也。)(重，死刑也。)(是時帝始改用冬初十月而已(盡命?))。(第37頁及第38頁。)

《隋志》(文)帝常發怒，六月棒殺人，大理少卿趙綽固爭曰：「季夏之月，天地成長，庶類不可以此時誅殺。」帝報曰：「六月雖曰生長，此時必有雷霆；天道能於炎陽之時震其威怒，我則天而行，有何不可？」遂殺之。(第40頁。)

再論「停刑期日」，《周禮·鄉士》：協日刑殺，按刑殺必協日而後行，是必有不合刑殺之日矣!孔(穎達)疏謂：利日即合刑殺之日是也!疑古者亦有停刑日期，今不傳耳!(同上)

《隋志》陳律：晦、朔、八節、六齋(齋)、月在張心日(月亮在張宿心宿位置的日子)，並不得刑。《舊唐書志》太宗又制：從立春至秋分，不得奏決死刑，其大祭祀及致齋(齋)、朔望、上下弦、二十四氣、雨未晴夜未明、斷屠日月及假日，並不得奏決死刑。《唐律》：諸立春以後，秋分以前決死刑者，徒一年；其所犯雖不待時，若於斷屠月及禁殺日而決者各杖六十；待時而違時者，加二等。《明律》：若立春以後、秋分以前決死刑，杖八十；其犯十惡之罪，應死及強盜者雖決不待時，若禁刑日而決者，笞四十。(第40頁及第41頁。)杜佑《通典》引《隋書·刑法志》「六齊日」(第4225頁。)

沈家本《刑法考》「原赦」(推究「赦」之起源)，《易·解》卦象傳：「雷雨作解，君子以赦過宥罪。」《舜典》：眚(尸ㄥ)災肆赦。邱濬曰：朱子曰：言不幸而觸罪者，則肆而赦之，此法外意也!(沈家本，《歷代赦考》上冊，臺灣商務印書館，民國65年10月，赦一，第一頁。)

《周禮》秋官：司刺(力ㄚ)(官名)掌三刺、三宥、三赦之法，以贊司寇(官名)，聽獄訟。注：赦，舍也!壹刺曰訊群臣，再刺曰訊群吏，三刺曰訊萬民。壹宥曰不識，再宥曰過失，三宥曰遺忘。壹赦曰幼弱，再赦曰老耄，三赦曰蠢愚。(第二頁。)

沈家本按：按唐虞三代之所謂赦者，或以其情之可矜，或以其事之可疑，或以其在三赦、三宥、八議之列，然後赦之。蓋臨時隨事而為之斟酌，所謂「議事以制」者也!至後世乃有大赦之法，不問情之淺深、罪之輕重，凡所犯在赦前，則殺人者不死，傷人者不刑，盜賊及作姦犯科者不詰；於是赦遂為偏枯之物、長姦之門。今觀管仲所言及陶朱公之事，則知春秋戰國時已有大赦之法矣!(第四頁)

《春秋》莊(公)二十二年：春，王正月，肆大眚(尸ㄥ)。《穀梁傳》：肆，失也；眚，災也!《集解》：《易》稱「赦過宥罪」，《書》稱「眚災肆赦」，《經》稱「肆大眚」，皆放赦罪人，蕩滌眾，故有時而用之，非經國之常制。《左傳》杜(預)注：大罪猶赦，則小罪亦赦之。邱濬曰：按後世大赦天下，其原蓋出於此夫!魯所肆者一國之中，而謂之眚，則其所赦者，過失焉耳!(同上)

貝卡里亞之司法改革

司法及刑獄改革先知義大利人貝卡里亞認為：第一、死刑違背了社會契約。第二、死刑並不能產生最佳的威嚇效果。第三、死刑會引起人們對受刑者的憐憫。第四、死刑可能造成不良的社會環境。貝卡里亞認為：很多人犯罪是由於缺

乏起碼的人道主義情感，獸性在支配著他們的心靈，而這同社會環境的影響有著直接的關係。死刑起著縱容人們流血、樹立殘暴榜樣的作用。以暴力鎮壓暴力，只能造成暴行的惡性循環。此外，貝卡里亞還提出了無罪推定原則，並對犯罪進行了分類：直接破壞社會或社會代表的行為，侵犯公民個人生命安全、財產和榮譽的行為，與公共利益規定公民應當作為或不應當作為的事情相牴觸的行為。(白平，何勤華主編，貝卡里亞：論犯罪與刑罰，《西方法學名著精萃》，中國政法大學出版社，2002年1月，第54頁。)(台大李茂生教授翻譯《犯罪與懲罰》，協志工業出版。)(《刑法分則》按侵害國家、社會、個人法益(Rechtsgut)加以編排，本身即為《犯罪目錄》。

人權乃國家存續之基礎

死刑制度的存廢涉及法律、政治、宗教、倫理與世界觀等論點，此一爭議牽涉多元性的論爭，且為兩難而嚴肅的問題。但嘗試由最高規範之憲法觀點加以討論，不失為良好途徑。

近代人權思想發展趨勢之一，就是人權與法治相結合，亦即將人權思想法制化。由於人權法制化的趨勢，世界各國對於人權的保障，無不將它提昇至最高的憲法層次，行政、立法及司法皆不得違反人權保障之規定。人權先於國家存在的理念，已經廣為立憲主義國家憲法所確認。關於人權優位的確信，乃是基於對人權的信仰，相信人權只能去發現，而不能為國家所創造，因為人權是超國家的、自然的權利。(謝孟儒，從憲法保障人民基本權利之觀點論死刑之存廢，指導教授：丁道源，93年度，輔仁大學法律學研究所，摘要。)死刑存廢亦可做如是觀。

結論

功利主義目的論認為：死刑制止犯罪比終身監禁更有效，廢除死刑者強調人類生命的神聖性，既然司法上確實會發生錯誤，那麼就會危害無辜。國際人權聯盟《台灣死刑調查報告》建議：總統可以特赦死刑犯，法務部長亦得拒絕簽署死刑之《執行令》，廢除三種現存犯罪之唯一死刑，並訓練警察遵循標準作業程序，有效蒐集真實證據及法醫技術。

社會學家索斯坦·塞琳研究的總體結論是「死刑對殺人罪毫無威懾作用」，而邊際威懾力仍可能量刑過當。《陸海空軍刑律》有甚多人道考量，日後應參照《地雷水雷公約》、《生化核武公約》訂定條文。

緩死制度是中國大陸刑法之特色，我國似乎可參考中國大陸此一緩刑制度。聯合國《公民及政治權利國際公約》揭示「被判死刑者有權要求赦免或減刑」，《歐洲人權公約》第六議定書更明定「死刑應予廢止，任何人不得被宣告或執行死刑。」

《開放社會及其敵人》的作者卡爾·波伯(Sir Karl Popper)說：「人的可謬性(human fallibility)才是真正的死刑廢止的理由!」

日本嵯峨天皇弘仁元年(八一〇年)，一直到後白河天皇的保元元年(一一五六年)，其間經二十六代凡三四六年，實際上殆無死刑的執行。近代日本最高法院做出「白鳥決定」：假如把小鎮的後半段也全部搜查完，則出現相同狀況可疑人物之可能性，不能說絕對沒有。

英國大法官莫爾以神的告誡「勿殺人」，論證「法律創設殺人之法」違背神的訓示。在斷頭臺上他向劊子手說「你等我一下，讓我刮鬍子!鬍子並沒有犯大逆罪!」

在訂立社會契約之際，除非每人都承諾萬一自己被誤判，因無實之罪處以死刑也沒有關係，不然的話「同意死刑」的社會契約理論，也不可能成立。通過以虛假的證據支持的起訴及定罪，一個人可能被消除，而他本可能提供的證據便被毀滅。美國最高法院不願依賴第八增修條文對「殘忍與異常的刑罰」禁止死刑，寧願適用第十四增修條文的平等保護條款。人們需要以某種小心與詭辯來使用「無辜的人」與「錯判」的概念；這一領域的經驗研究，難以置信的缺乏!

筆者主張在「緩期執行死刑」之後，依歐洲人權法院「絕對必要」之標準，始得予以「執行」。歐洲學者創廢止死刑之說，諸小國(台灣?)中有已施行者。《明志》：臨決囚有訴冤者，直登聞鼓，給事中取狀封進，仍批校尉手馳赴市曹，暫停刑。唐太宗又制：從立春至秋分，不得奏決死刑。刑事先知貝卡里亞認為：死刑起著縱容人們流血、樹立殘暴榜樣的作用。人權先於國家存在的理念，已經廣為立憲主義國家憲法所確認，死刑存廢亦應做如是觀。

