

國民法官的判死練習題： 模擬法庭旁聽的幾點觀察

林慈偉*

壹、前言

自從2020年國民法官法三讀通過後，全台各地就陸續舉辦以國民法官法為基礎的模擬法庭。從去年到今年，筆者參與了北三院若干場模擬法庭的旁聽，為了有相對整體性的觀察，就旁聽的這幾場，都盡可能地全程參與以了解及學習¹。

國民法官制度首波適用的案件即為死刑案件²，死刑事關重典，重中之重，其重要性及矚目性，自不待言。而既然國民法官法即將上路，那麼，面對這個重大變革的制度來臨，特別是本文所關注的死刑案件，能有怎樣的準備？在制度正式上路前，透過裁判實務不斷地模擬發現問題、透過比較檢討調整步驟，應當是目前能做、也應該做的事。

因此，本文會以死刑案件的本土辦理現況及進展，輔以筆者旁聽模擬法庭的經驗，提出幾點觀察。希望這些意見，對於2023年國

民法官法新制的上路及實踐會有所助益。

貳、律師辦理行國民法官審理死刑案件之誘因何在？

「累！」是筆者參與每一場模擬法庭旁聽到最後的感想吧。光是連續坐在旁聽席聽了這幾天都這麼「累」了，更不用說在模擬法庭現場必須全程參與、全神貫注的審檢辯、評論員以及國民法官們。

喊累的同時，筆者有一個比較大的擔憂其實是：辯護律師來源、品質，以及接案誘因等問題。

這幾場模擬法庭的律師，大體上表現都很好。而這些律師幾乎都是法律扶助基金會或地方公會所推薦之律師，加上他們平常幾乎有辦理死刑案件或其他公益案件，又或者其實是模擬法庭的常見臉孔了，所以他們幾乎對於組成律師辯護團隊都具有相當之經驗，

* 本文作者係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

註1：就筆者參與旁聽場次中，可能涉及遭判處死刑的案件場次為：臺灣新北地方法院109年度國模重訴字第1號王志明殺母案及臺灣高等法院110年度國模上訴字第1號王志明殺人案（同案上訴審）、臺灣士林地方法院110年度模試訴字第1號施信一家庭暴力罪之殺人等案。

註2：本文所稱「死刑案件」係指，在我國實務脈絡下涉殺人既遂且通常是社會重大矚目案件、現實上處於無期徒刑與死刑間的決斷而有遭判死刑風險之案件。又此類案件當屬國民法官法第5條第1項第2款「故意犯罪因而發生死亡結果者」適用國民法官審判制度之案件類型。

所以筆者同時心裡不免會產生一個疑問是：國民法官制度上路之後，每個案件，特別是死刑案件，都能夠找到適合或有經驗的辯護人嗎？

畢竟就筆者過去所接觸死刑案件的經驗中，曾碰過相當數量的律師，或稱不知國際人權公約（像公民與政治權利國際公約、身心障礙者權利公約、兒童權利公約等）關於判死基準的限制³、或稱不清楚死刑案件相關鑑定及程序保障規制、或曰也不知道最高法院現就死刑案件審理之裁判例意見等情形，而仍自己一個人「勇敢地」接了死刑案件，後來其也自我承認未能適時在原審中為相關主張⁴，待案件上訴階段聽聞其他具死刑案件辦理經驗之人話說一二之後才直呼「不敢接了」，而且這樣的情況也不是單一個案。往後，待國民法官制度正式上路，會不會仍有律師以辦理一般刑案心態面對此類案件，仍令人擔憂，畢竟，死刑案件乘以國民法官制度雙重作用之下，此處直接受影響的恐怕就是被告受實質辯護權益、公平審判，乃至被告受生死決斷等結果⁵。

在模擬法庭現場，律師竭力辯護。但筆者現場觀察認為，相較之下，法官與檢察官在模擬法庭上的表現仍然是相對穩定的。究其緣由，或許是因為法官與檢察官有較為系統性制度因應訓練及資源，但反觀處於自由市場的律師，應如何確保此般穩定性，而引人思考的是，往後辦理國民法官案件之律師是否應具一定的資格？若是，要以專科證照或進修課程時數證明為判準？又應由什麼機制或單位為審核？凡此種種，均涉及辯護律師的培訓及來源問題。

但除了品質之外，更大的問題恐怕在律師無接案誘因這點。

辦理死刑案件的律師來源現況，大多主要是自來法扶派案，少數則是公辯、義辯或被告自行委任聘請律師。雖然不能說全部，但因為絕大多死刑案件被告是符合法律扶助資格⁶，再加上死刑案件本身通常具備社會重大矚目性、複雜性，而律師承接這類案件也有相當之心理門檻，是一項吃力不討好的工作，在現實上主客觀條件也都不利於死刑辯護律師等因素⁷，僅由單一律師辦理實負擔過

註3：相關知識，參見：林慈偉（2020），〈死刑辯護與國際人權公約：以ICCPR、CRPD、CRC為中心〉，李宣毅（等著），《死刑的重量：重大刑事案件的量刑辯護與挑戰》，第95-154頁，台灣廢除死刑推動聯盟、台北律師公會、法律扶助基金會。

註4：若干案件還果真曾經原審判處死刑，後來經律師團組隊於上訴審竭力辯護、提示各項人權基準及最高法院所揭示之程序保障，所幸，後來這些案件在上訴審均改判較輕之刑。

註5：羅秉成律師即曾提醒國民法官制度乘以死刑案件之死刑辯護新挑戰問題，即「刑事國民法官新制2023年就要正式上路，適用的案件不乏死刑案件，而面對素人的國民法官，辯護律師又該要怎麼「辦」、怎麼「辯」死刑案件？幾乎是一項全新的挑戰，原本的辯護技能若不能與時俱進，反成包袱，攸關人命，不容輕忽。」參見：羅秉成（2020），〈推薦序：重量死刑的重量〉，李宣毅（等著），《死刑的重量：重大刑事案件的量刑辯護與挑戰》，第15頁，台灣廢除死刑推動聯盟、台北律師公會、法律扶助基金會。

註6：自此亦可看出通常面臨死刑風險被告之資力狀況等蛛絲馬跡。

註7：羅秉成（2015），〈第一章：導論—死刑辯護本土化論述的新聲—〉，李艾倫（等著），《與死刑

重，所以法扶也通常會盡可能地派二至三位具有辦理死刑案件經驗之法扶律師共同分工辦理此類案件。甚至，有些「燙手山芋」案件更有找不到律師肯接案之窘境發生（通常最後也只能由法扶專職律師概括承受辦理）。在現階段，有限的費用、死刑案件重大複雜，要找到肯接案且對死刑案件有一定熟悉程度之律師本即有其困難度。

因此，將來制度上路之後，未必每個案件都可以像模擬案件這麼理想，可以找到適合的辯護人。像是，具備許多死刑案件辦理以及國民法官模擬法庭承辦經驗的林俊宏律師曾經直言：「適用國民法官法的案子，特別是死刑案件，錢很少、事很多，沒有誘因，也不會有人想辦，說實在就是這樣⁸」林律師也提到國民法官制度，對於死刑案件最大的衝擊是「一旦審理時間拉長，造成事務所營運的影響，自然不會有律師想接。加上這類型案件的被告，經濟上大部分都是弱勢，靠的就是法律扶助。但資源跟不上的情況下，最後恐怕淪為做得很混、做得很隨便的辯護品質，因為這就是現實上成本最低的方式。而儘管現在司法院有陸續辦理許多的模擬法庭、教育訓練，鼓勵律師多參與，增加這類型的辯護經驗。他們也清楚這個制度在操作上，審檢辯三方都要夠強才可以不至垮台。但最根本的誘因問題還是沒有解決。究竟要如何增加律師的誘因，或許我們可以參考像

是國外公辯辦公室，或是在法扶制度上，調整成一部分的專職律師只負責承辦適用國民法官制度的案件，以精緻化品質和人力等。無論如何，如果沒有辦法從根本解決，國民法官法上路後或許勉強還能撐個一、兩年，但最後這個制度還是可能會失敗。⁹」

審檢辯三角關係，若有一方崩弱，恐怕也將造成國民法官制度無法順利運行。當死刑案件的承辦碰上國民法官制度，在辯護這端，顯然已不能全然地僅靠部分律師們以「做功德」的方式支撐著，因為，確實會有事務所營運、時間成本等現實上之考量問題。而在缺乏辦理誘因的情況下，這些問題，應該是律師公會、法律扶助基金會，甚或相關國家機關有較為穩定的培訓、政策變革（像是扶助酬金的調整），以確保承辦相關案件之律師來源及品質才是。

就這一點，可以再繼續延伸的問題諸如：

- 一、日後國民法官制度運行後，是否將會出現因為律師作用不佳而生之武器不對等、被告未獲實質辯護等不公平審判問題？
- 二、國民法官判決是否存有因為律師之無效辯護而被認定屬於違反公平審判之可能？就此，於採行及不採行國民法官審理之案件，有無不同之認定標準？
- 三、辦理國民法官案件之律師來源為何？

拔河：死刑案件的辯護經驗與建議》，第1頁，台灣廢除死刑推動聯盟、台北律師公會、法律扶助基金會。

註8：羅禮涵（2021），〈想做的事就去做吧！—林俊宏律師專訪〉，

<https://www.taedp.org.tw/story/10830>（最後瀏覽日：2021年11月10日）。

註9：同前註。

資格有無特別要求？律師酬金狀況為何？法律扶助（legal aid）制度應否隨之調整甚至應有所變革？

參、模擬未盡之業：未契合現死刑案件辦理常見之鑑定調查及程序保障

自2009年兩公約於我國施行，再加上2013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，逐漸有了不同的風貌。像是，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、犯情節最嚴重之罪行的判死限制、不得對於精障被告判處死刑；又如，從程序觀點就罪刑之調查辯論二分、量刑應具備實證調查等。而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基準。

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】¹⁰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），再就量刑調查後結果，實質上為科刑辯論。節錄170號判決部分理由如下：

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

註10：【吳敏誠案】為吳男在2009年12月1日，因感情糾紛，以自製手槍朝黃女頭部開槍射殺；黃女經搶救後仍宣告不治。本案一審判處無期徒刑，二審、更一審、更二審皆判處死刑。更三審參酌心理鑑定報告，判斷吳男再犯可能性低，改判無期徒刑。全案經最高法院於2016年駁回上訴定讞。

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。

自此之後，重大社會矚目案件量刑審酌之問題，特別是死刑案件，逐漸為實務所重視。而這些調查要求後來也更細緻地展現於最高法院相關裁判例中，諸如最高法院104年度台上字第2268號刑事判決（下稱「2268號判決」）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¹¹。2268號判決表示：

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。

除了涉及精神障礙被告殺人既遂案件之外，最高法院107年度台上字第480號刑事判決（下稱「480號判決」）更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、犯罪人之身危險性及再犯可能性預測，甚至日後之處遇

註11：就此一判決之評釋，參見：林慈偉（2015），〈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》，19卷11期，第14-25頁。

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。

此外，2018年8月司法院函定之《刑事案件量刑及定執行刑參考要點》¹²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、心理鑑定或量刑前調查／鑑定報告評估¹³，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」，避免單一鑑定人之主觀定調¹⁴。

後來，【洪當興案】¹⁵作為全台首件進行

註12：司法院（2018），《刑事案件量刑及定執行刑參考要點》，

<https://law.judicial.gov.tw/FLAW/dat02.aspx?lsid=FL089203>（最後瀏覽日：2021年11月10日）。

註13：司法院（2021），《重大矚目刑事案件之審前調查評估手冊》，

<https://jirs.judicial.gov.tw/JudLib/EBookQry04.asp?S=V&scode=V&page=1&seq=11>（最後瀏覽日：2021年11月10日）；司法院（2021），《重大矚目刑事案件量刑前調查／鑑定評估參考手冊（1.0版）—刑法第57條第4、5、6款篇》，

<https://jirs.judicial.gov.tw/JudLib/EBookQry04.asp?S=V&scode=V&page=1&seq=12>（最後瀏覽日：2021年11月10日）。

註14：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有鑑定但不夠完備之下級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。」

註15：【洪當興案】為洪男在2017年7月17日，與其妻李女至臺南地院調解離婚官司。洪男駕車離開法院途中，撞見李女及偕同出席之黃姓律師，因不滿其妻於調解過程中態度不佳，遂加速自李女及黃姓律師後方衝撞兩人，導致李女及其黃姓律師兩人傷重不治身亡。洪男於一、二審皆遭判處死刑，最

量刑前調查／鑑定之死刑案件，其定讞判決及最後事實審判決，所做的量刑鑑定調查程序以及所建立之人權基準意見等，堪稱是死刑案件辦理之標竿裁判，該案於最後事實審（臺灣高等法院臺南分院108年度矚上重更一字第18號刑事判決）之前，歷審都判處被告死刑，直至最後事實審即更一審法院，就該案組成了量刑前社會調查團隊，偕同跨法律、心理、社工、犯罪學等領域之專家對被告為量刑前社會調查，撤銷原審死刑判決改判無期徒刑，而這個判決後來也為最高法院所維持且認可即最高法院109年度台上字第4461號刑事判決（下稱「4461號判決」）。4461號判決更肯認刑法第57條所規定量刑應審酌之情狀應將行為人或被害人父母及未成年子女等情況一併納入量刑事由，而依該兒童權利公約規定暨兒童權利公約第14號一般性意見之相關解釋，當應將兒童最佳利益亦納入刑法第57條量刑考量因子作為該案量刑輕重之審酌事由：

自立法院制定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後，兩公約所揭示保障人權之規定，已具有國內法律之效力。依公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）第6條第2項關於非犯情節最重大之罪，不得科處死刑之規定，以及聯合國人權事務委員會於2018年舉行第124屆會議通過之第36號一般性意

見，對於「最嚴重罪行」暨應避免判處死刑之對象所提之意見，將上開已具內國法效力之公政公約及聯合國人權事務委員會通過之一般性意見，均納入刑法第57條所列各款之量刑事由，先就行為人之犯行個別情狀，審酌是否屬於最嚴重之罪行，再就行為人個人情狀，判斷是否有向下減輕之裁量空間，最後再考量行為人之矯正、再社會化及再犯可能性，而量處被告適當之宣告刑。又兒童最佳利益乃同具有內國法效力之兒童權利公約所規定應保障之權利，刑法第57條所規定量刑應審酌之情狀，除該條例示之10款事項，尚包括「一切情狀」在內，亦即並未排斥將行為人或被害人父母及未成年子女等情況一併納入量刑事由，自非不得依該兒童權利公約規定暨兒童權利委員會通過第14號一般性意見之相關解釋，將兒童最佳利益亦納入刑法第57條量刑考量因子之內，作為本件量刑輕重之審酌事由。

依此可知，重大社會矚目案件量刑之審酌，於現行司法實務及死刑案件之辦理上，量刑前社會調查乃最高法院逐漸樹立之基準及程序，甚至有依兒童權利公約規定及解釋將兒童最佳利益納入被告量刑輕重之更精緻之審酌因子。而此等程序保障之於國民法官法庭之審理，又應於何種程序環節予以確立以及如何進行？在實務上已經有若干案件進

最高法院則認為應釐清洪男是否符合自首要件等，撤銷原判決並發回更審。更一審則認為本件符合自首要件，且量刑上審酌洪男及李女子之兒童最佳利益以及量刑前社會調查鑑定等，改判洪男無期徒刑，全案上訴經最高法院於2021年駁回上訴定讞。

行前揭規格之死刑量刑調查與程序保障之實然下¹⁶，全台各地迄今之國民法官模擬法庭似乎確尚未有此般內容之演練經驗。

就筆者參與旁聽場次中，可能涉及遭判處死刑的案件場次即有「臺灣新北地方法院109年度國模重訴字第1號王志明殺母案」以及「臺灣士林地方法院110年度模試訴字第1號施信一家庭暴力罪之殺人案」等。這二個案件在我國實務脈絡下，涉嫌殺人既遂，且均為社會重大矚目案件，屬現實上有遭判死刑風險之案件。而且於原始真實案例中，這兩件的被告最後確實也都被判處無期徒刑定讞。但後來模擬法庭至多都僅處理到精神鑑定也就是刑法第19條責任能力之判斷環節，這或許是侷限於原始案件及卷證也僅處理到精神鑑定部分，而使得量刑前社會調查鑑定於量刑環節，無法在模擬法庭的設計或演練中有所發揮。但我們不能忽略，實務上，死刑案件被告涉及精神障礙疑慮之案件比例仍係少數，非精神障礙被告反而是多數，而死刑案件之特殊性反而展現在量刑環節，在認罪的情況下，量刑環節之審酌於比例上甚要比論罪環節更重，因此，量刑前社會調查及跨領域團隊這類最高法院裁判例屢次強調之案件應行調查程序及鑑定，才是死刑案件量刑之調查程序重點及實務現況。於國民法官模擬法庭中，切勿以為，做了精神鑑定或有找精神科醫師到庭詰問就已經完成或認為可取代死刑案件量刑前調查／鑑定程序。

依此而論，本文就下階段舉辦模擬法庭試提出若干建議如下：

- 一、在了解死刑案件於裁判實務的鑑定調查現況後，那麼，行國民法官審理之案件，如何於準備程序、協商程序進行此些量刑前社會調查或複數鑑定，以利後續程序之出證、調查（詰問鑑定人／專家證人等安排）乃至辯論，這些狀況均應預先準備。
- 二、若在審理程序之前未做量刑前社會調查，但國民法官法庭審理過程中，發現案件有判處死刑之考量而漏未按現行最高法院意見先為量刑前社會調查，或者被告有欠缺就審能力等疑義，此際應如何處理？再開準備程序？再開審理？又若被告涉有精神障礙而進行精神鑑定（不論是責任能力或就審能力之鑑定），假定出現數份精神鑑定結論不一致或有衝突疑義，又應如何處理？這些恐怕都是要預先設想好的流程。
- 三、模擬案件之選案上，應充足參照檢辯意見，從過去實務已處理之死刑案件，在可預見的各式狀況題、最大程度爭點範疇中，挑選及設計案件進行模擬。譬如前揭【洪當興案】此一案件，一方面於歷審做過數次精神鑑定且鑑定結論彼此間有所落差，另方面也做過量刑前社會調查、法律鑑定，甚至更將兒童最佳利益亦納入刑法第57條量刑考量因子作為該案量刑輕重之審酌事由而做了本件被告子女兒童最佳利益與量刑間之鑑定，再加上該

註16：現台灣北、中、南之事實審法院，均已有死刑案件進行量刑前社會調查之裁判先例。

案於歷審中確實也從死刑改判無期徒刑，其中更有諸多國際人權公約基準之說明及辨證，這個案子就是一個值得國民法官法庭模擬的經典案例。

肆、死刑量刑與評議問題

一、應採罪責與量刑程序嚴格二分

我國現行國民法官法規定並未採取罪責及量刑之程序二分論，而僅採取辯論二分，此或係基於罪責、量刑事實之調查區分有其困難或多有重複、或係認為我國未有判決前量刑調查制度的引進而無法發揮程序二分之功效¹⁷。

不過，此實與現行裁判實務（至少就死刑案件）之辦理現狀有所落差。就死刑案件，我國立法雖未有明確規定罪責及量刑之程序應嚴格二分，但如前所述，我國最高法院裁判例從102年度台上字第170號刑事判決開始，即就死刑案件之辦理建立了諸多程序標準，要求判處死刑之案件，於論罪、量刑階段均應受正當法律原則拘束，包含調查以及調查後之實質科刑辯論等；另一方面，自107年度台上字第480號刑事判決以來，最高法院更多次透過裁判例如108年度台上字第3828號、110年度台上字第4957號等刑事判決表示死刑案件為量刑前社會調查或鑑定之必要，再加上司法院函定之《刑事案件量刑及

定執行刑參考要點》確實也明確規定此等調查之範圍事項並已公布此類鑑定調查之參考手冊，因此，至少死刑案件之於我國裁判實務量刑程序現況，就量刑前社會調查或鑑定的要求、其他量刑證據調查非僅停留在調查前科表而多有量刑證人甚至心理衡鑑（更生改善可能性鑑定）等調查，乃至於如果個案刑事被告育有未成年子女時法院應基於兒童權利公約之誠命及相關解釋將該等子女之兒童最佳利益納入被告量刑調查與評判中等情況下，此等趨向誠然已孕育出量刑事實與調查於我國裁判實務之豐富程度以及量刑精緻化等基礎，而構成採行建立罪責及量刑程序二分之背景，更不用說，基於人民參與刑事審判之特性及審議式法庭之建構，採行罪責及量刑程序二分，以確保犯罪事實純化以及避免國民法官在認定犯罪事實時誤用量刑證據，本即屬重要¹⁸，但以上種種，恐怕都是現行國民法官法於制訂當時未能預料設想或妥適將其考量在內之變化因子。因此，就此罪責及量刑程序嚴格二分之部分（至少就死刑案件），實應透過修法或至少於國民法官法相關子法中明確規範，以免與現行裁判實務趨向有所脫節。

二、關於死刑量刑知識之說明

同樣地，按筆者所參與可能涉及死刑量刑之模擬法庭經驗，不論審前或評議時之說明，似均未見職業法官向國民法官們就死刑

註17：邱鼎文（2021），〈國民法官法庭運作與問題解析〉，《司法周刊》【司法文選別冊】，2040期，第34頁。

註18：王正嘉（2020），〈人民參與刑事審判的審理與評議問題解析〉，氏著，《審議式法庭：人民參與刑事審判》，第279-282、307頁，臺大出版中心。

量刑相關法律做較為完整之說明。雖然相關書面普遍上有列出刑法第57條、第59條等規定，但這些規定本身都是一般性之量刑規定，之於死刑之量刑規制，於我國尚有諸如業經國內法化之公民與政治權利國際公約、兒童權利公約、身心障礙者權利公約等規定才是¹⁹，不過，這些規定均未詳論於口頭或書面說明中。

舉其要者，與死刑最密切相關的莫過於公民與政治權利國際公約第6條生命權規定。筆者發現，雖然部分模擬法庭於審前說明書面或評議所附書面說明中有提及公民與政治權利國際公約第6條第2項情節最嚴重之罪行字眼，但，同公約第6條規定，除了情節最嚴重罪行之外，人權事務委員會於一般性意見以及個人申訴案件中更多討論的是，違反同公約第14條公平審判權連結至第6條的生命權恣意剝奪此一人權基準，也就是說，若個案有違反同公約第14條公平審判之規定將會同時構成第6條生命權恣意剝奪之違反（雙重違反）。另外，人權事務委員會在2018年就公民與政治權利國際公約第6條生命權規定所發布之第36號一般性意見（下稱「36號一般性意見」）²⁰，此就生命權議題更為詳盡之權威解釋，按照兩公約施行法規定均為重要參

考材料，而其中所樹立之判處、量處死刑規定（像是禁止對精障者判處死刑²¹、最低限度之程序保障²²、酷刑禁止²³等），更是不容忽視。然而，在此些規定都是經由兩公約施行法而成為國內法之一部分的同時，卻似乎未見於模擬法庭中向國民法官們之口頭或書面說明，這些都是日後就死刑案件模擬法庭時應有所留意之處。

另一方面，筆者也認為，職業法官向國民法官說明（包括但不限於）量刑之相關法律概念時，亦應避免停留於字面上之說文解字，而應就概念如何解釋適用及運用在個案之關聯性，乃至於各個程序環節之意義及目的等為說明才是。譬如，解釋所謂公民與政治權利國際公約第6條情節最嚴重罪行此一要件時，應非僅以「情節最嚴重罪行乃蓄意殺害並造成生命喪失」這樣一句帶過，而是以國內最高法院裁判經本土化解釋架接至36號一般性意見以及我國量刑規定所做出具層次性審查架構為完整之說明（從情節最嚴重罪行、犯行情狀、一般情狀，到改善更生可能性），像是本文前面所提到的最高法院109年度台上字第4461號刑事判決以及該案最後事實審判決即臺灣高等法院臺南分院108年度囑上重更一字第18號刑事判決，可以說是在這

註19：林慈偉，前揭註3，頁95-154。

註20：Human Rights Committee, General Comment No. 36 (2018) on Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life, 30 October 2018. 特別說明，就該一般性意見之英文原文及正體中文翻譯版本，請參見：法務部（2021），
<https://www.humanrights.moj.gov.tw/17725/17730/17732/31916/post>（最後瀏覽日：2021年11月10日）。

註21：Id. para. 49.

註22：Id. para. 41-42.

註23：Id. para. 51.

個個案判決中綜整了近年死刑案件在國際人權公約與死刑量刑間的幾個重要架構，而依此就死刑案件之量刑融合了公約與量刑因子間的關聯性及適用並為相對清楚之說明，應可作為向國民法官們就死刑量刑相關法律說明之參考。

此外，就量刑資訊系統於國民法官法庭之運用，亦應小心留意。於筆者某次模擬法庭旁聽之經驗，程序進行至模擬評議階段時，曾發生審判長向國民法官秀出量刑資訊系統，並按查了刑法272條第1項直系血親尊親屬的量刑因子等勾選，經國民法官就本件存在哪些量刑因子做一輪發言後，犯罪動機部分，國民法官們大多認為該案是「口角衝突」「一時衝動或氣憤」「感情糾紛」「動機不明」、犯後態度為「坦承犯行」，接著審判長即參考此等因子將其填入量刑資訊系統尋找出類似案件之量刑，系統檢索最後結果是，僅有一件，而且是得出「無期徒刑」之決定。不過，本文認為，此等檢索系統之運用，比較大的問題是，形式上看似可以消除量刑歧異，但仍然無法實踐刑罰個別化之理念，而且過去量刑行情的歸納也僅是裁判實然面的統計結果，而非就量刑更深刻的目的、原理原則等核心事項為應然面之考量，因此，即便在評議階段欲運用這類量刑資訊

系統，亦應清楚地向國民法官們說明該等系統之作用與限制，以免誤導。

三、量刑評議方式

就筆者所旁聽之模擬法庭另曾出現的一個討論是，關於刑度評議方式之爭議。按國民法官法第83條²⁴規定，關於刑度同意票數計算次序乃從最不利算入到次不利，並無清楚規定各種刑種（刑度）放在一起評，或者從最不利刑度按次數往下逐次評「數次」等模式。而就筆者所旁聽的其中一次模擬，審判長是採用從死刑、無期徒刑往下逐次評議之計算方式進行。而於該次量刑評議中，審判長先請國民法官填單投票，從死刑開始投，未過2/3票；於剔除死刑此一選項後，審判長再請職業法官及國民法官們就「無期徒刑和有期徒刑之間應如何表決」為投票，即就「無期徒刑本身應單獨表決」或「無期徒刑應和有期徒刑二者合併投票表決」，二擇一。就此，投票結果為5比4，即無期徒刑應單獨表決有5票、無期徒刑和有期徒刑二者合併則有4票，所以後來即依此就刑度部分繼續逐次往下表決評議。不過，有認為，按照國民法官法第83條規定，就刑度的評議，應將全部的刑即「死刑、無期徒刑、有期徒刑」都列在同一張評議單，讓職業法官及國民法

註24：國民法官法第83條：「有罪之認定，以包含國民法官及法官雙方意見在內達三分之二以上之同意決定之。未獲該比例人數同意時，應諭知無罪之判決或為有利於被告之認定。（第一項）免訴、不受理或管轄錯誤之認定，以包含國民法官及法官雙方意見在內過半數之同意決定之。（第二項）有關科刑事項之評議，以包含國民法官及法官雙方意見在內過半數之意見決定之。但死刑之科處，非以包含國民法官及法官雙方意見在內達三分之二以上之同意，不得為之。（第三項）前項本文之評議，因國民法官及法官之意見歧異，而未達包含國民法官及法官雙方意見在內之過半數意見者，以最不利於被告之意見，順次算入次不利於被告之意見，至達包含國民法官及法官雙方意見在內之過半數意見為止，為評決結果。（第四項）」

官們選，一次評即可²⁵。因此，就此等刑種（刑度）之評議方式、順序、說明，對於重大案件特別是涉及極刑案件，可見是相當重要，此仍應由模擬操作乃至於國民法官法子法規定中均有一致的作法，以防屆時「一人一把號，各吹各的調」之爭議，畢竟，死刑乃至無期徒刑均事涉重典，應當有更細緻的

做法及規則可循才是。

此外，科刑評議中，也有可能出現決定應否施以監護處分之問題。特別是，若個案被告有因刑法第19條第1項之原因被判決無罪，或有第19條第2項之事由被減輕其刑²⁶，則國民法官法庭是否及如何依刑法第87條第1項、第2項之規定²⁷，施以監護處分。就此，目前

註25：「那個刑度的部分，就是剛剛許庭長有提到刑度，83條的規定，它的刑度，其實它的刑度規定是說，從最不利算入到次不利，所以其實基本上各種刑種是放在一起評，它的法條，其實它的規定就是把各種刑種放在一起評，但是它把死刑為什麼特地拿出來的原因是因為，嗯，在舊法，就是在法案還沒通過之前的那個草案，它那個時候只有規定刑度就是二分之一多數決，但是在法案審議的時候，因為就是會有民團啊，他們的意見認為說，欸，死刑也才二分之一喔，這樣子實在是太低了，所以後來才會加上死刑要三分之二，所以它並不是把刑種，死刑特地拿出來，無期徒刑是不是要怎麼評，它不是特把刑種，死刑拿出來要另外的評議，而是說它的這個法條規定意思是說，死刑的部分要到三分之二，那其他的二分之一就好，所以我們在評的時候，其實就是像以前可能你們前一場的評法，就是說，就是把，就是請國民法官直接在某一張評議單上就直接列「死刑」、「無期徒刑」、「有期徒刑」，然後就直接就請他們勾選，那勾選的時候，我們在最後唱票的時候，就變成是說，欸，先唱多少死刑，幾票，無期徒刑幾票，有期徒刑幾票，好，那先看死刑有沒有過三分之二，欸，沒有嘛，好沒有的話那就開使算要過要過二分之一，死刑3票加無期徒刑1票，4票，沒有過二分之一，再看有期徒刑1票，過了，所以是這樣子算，所以不是評三次，那但是我倒是覺得這個方法也很有創意，而且很好啦，就是說很民主它，對，就是說，也很好，很有創意，其實我是覺得也不錯，但是因為法條它既然它的規定意旨其實就是那樣，就是它依照我們法院組織法第105條的規定，我們現在法院組織法，我們法官自己的評議，就是最不利算入次不利嘛，法院組織法的規定就是這樣，那我們法官自己評議的時候，我們有沒有死刑先評一次，無期徒刑再評一次，有期徒刑再評一次，好像沒有這樣子，所以其實應該是這樣。那另外一個比較，大家可以想到另外一個例子，就是我們每次在那個可能校園模擬有經歷過的人喔，會碰到一個案子就是殺人未遂跟傷害，這可能之前很多模擬法庭有評過，有殺人未遂跟傷害，那常常最後結論就是傷害，那傷害的時候它是不是有三個刑種，有期徒刑、拘役跟罰金，那我們會不會有期徒刑評一次，拘役評一次，罰金評一次，好像不會是這樣子，我們一定是一張評議單給他，上面「有期徒刑」、「拘役」跟「罰金」，然後讓大家各自勾選，那勾選完之後，我們寫在白板上，然後看有期徒刑的幾票，算入次不利的拘役幾票，算罰金幾票，這樣子去算的，那所以大概評議是這樣，那因為時間關係，我就大概只是簡單。」司法院（2021），〈臺灣新北地方法院109年第1次國民法官模擬法庭成果座談會會議紀錄〉，<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-2095-419202-f99aa-1.html>（最後瀏覽日：2021年11月10日）。

註26：刑法第19條：「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。（第一項）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。（第二項）前二項規定，於因故意或過失自行招致者，不適用之。（第三項）」

註27：刑法第87條：「因第十九條第一項之原因而不罰者，其情狀足認有再犯或有危害公共安全之虞時，令入相當處所，施以監護。（第一項）有第十九條第二項及第二十條之原因，其情狀足認有再犯或有危害公共安全之虞時，於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所，施以監護。但必要時，得於刑

國民法官法關於評議部分，並未就保安處分的評議方式有所規定，那麼，若個案終以無責任能力判被告無罪或者認定被告是限制責任能力而有施以監護處分之必要者，則是否即可準用量刑規定以及應如何評議表決，就此等問題，亦應被注意及明確規定才是。

四、檢察官應否先揭示其求（死）刑心證？

同樣就筆者所旁聽模擬法庭曾出現的一個討論是，檢察官死刑求刑之揭露問題。在模擬法庭開審陳述時，辯方主張，該案被告已經認罪，在雙方並無重大爭議之情形下，為節省寶貴的司法資源，不必適用國民法官制度，法律依據則為，按國民法官法第6條第1項第4款規定「被告就被訴事實為有罪之陳述，經審判長告知被告通常審判程序之旨，且依案件情節，認不行國民參與審判為適當。」²⁸據此聲請本件不進行國民法官法庭審理。檢察官則表示，於審理階段之初不具體求刑，是因為考量到犯後態度等斟酌。而辯方再表示，若檢察官不在此階段具體求

刑，則無法確定對於量刑有無重大爭議以判斷個案應否應行國民法官法庭審判。後來國民法官法庭合議的結果是，因為量刑可能有重大歧見，所以續行國民法官審判。

不過，一開始檢察官求刑之定錨，確實將會影響是否以進行國民法官法庭審理為適當此一判斷。因為死刑案件中，若被告是認罪，而在量刑上檢察官如果是求處無期徒刑，被告及辯方就刑度部分也無爭執者，那麼這類的案件確實可能即構成按國民法官法第6條第1項第4款規定，也就是，在被告就被訴事實為認罪，若法院斟酌個案情節，檢辯雙方就量刑亦無重大爭議，且並無彰顯國民參與審判價值之重要意義，認不行國民參與審判為適當，而得以排除行國民參與審判之情形。

同時，就檢察官是否求處死刑此一資訊揭露，除了雙方策略面向外，之於程序之順利進行及為相關調查方面，亦有其必要。因為，若個案經檢察官求處死刑者，則在證據證明程度上（嚴格證明或自由證明）²⁹，乃至於是否要進行如量刑前社會調查等鑑定，

之執行前為之。（第二項）前二項之期間為五年以下。但執行中認無繼續執行之必要者，法院得免其處分之執行。（第三項）」

註28：國民法官法第6條第1項第4款之立法理由：「…另被告就被訴事實為有罪陳述之案件，如果法院斟酌個案情節，檢辯雙方對於量刑亦無重大爭議，且並無彰顯國民參與審判價值之重要意義者，經審判長告知被告通常審判程序之旨，且依案件情節，認不行國民參與審判為適當，亦得排除行國民參與審判…」

註29：相對於非死刑案件，死刑案件，除犯罪構成要件事實之認定外，量刑程序至為關鍵，因為死刑案件之量刑，直接攸關被告生命權剝奪與否的決定，並非單純的「量」的差別，而是人身自由的剝奪與生命剝奪之「質」的差異，因此，死刑量刑之調查程序或證明程度已不單僅是決定刑期的高低而已，而是徹底決定被告的生命應否剝奪，又既然是決定生命應否剝奪的事項，以自由證明之程序進行，顯然已不足通過正當法律原則之要求，此際，毋寧應將死刑量刑之決定與是否行使刑罰權之犯罪事實之證明程度等同視之，同樣應行嚴格證明程序為是。就此證明程度差異，事實上，也被我國最高法院裁判實務有所留意，亦即按最高法院105年度台上字第2337號刑事判決：「…又量刑所應審酌之刑法第五十七條事由，在非宣告死刑案件，依本院七十一年台上字第五六五八號判例，以經

此等均將影響審理程序之安排及內容，甚至於更前階段所應做之調查等。如果於國民法官法庭審理程序中後階段才意識到個案是被求處死刑，但尚未做量刑前社會調查鑑定者，那麼，國民法官法庭審理程序是否即被強迫中斷？進而使國民法官受到長期影響？乃至於出現國民法官傾向中途辭任等狀況？

此外，更將引發其他的疑問是：如果最終國民法官法庭評議結果是死刑，那麼在死刑量刑必須適用最嚴謹的程序，例如量刑前社會調查鑑定，但因為檢察官一開始並未求處

死刑（可能是至科刑辯論時才揭露求刑心證），所以在審理過程未完整適用最嚴謹的程序下，國民法官法庭評議出死刑此一結論，將會使案件不符合正當法律程序，此際，應視為審判無效？重新來過？或者說未經檢察官自始即求處死刑的案件，評議時即不得判處死刑？³⁰上訴後，上訴審能否依此撤銷國民法官法庭之判決？就這些疑義，現行國民法官法似尚無相關規定，但這些著實會牽涉到審理程序、準備程序甚至更之前階段之程序安排進行，均不宜忽視。

自由證明為已足。」意旨而論，「非宣告死刑案件」之科刑應行審酌之事由，原則上以經自由證明已足，反面而論，宣告死刑案件，因涉及被告生命權之剝奪，則非以自由證明為已足，輔以正當程序之要求，自應經嚴格證明為是。特別一提的是，最高法院吳燦院長亦曾為文明確表示，基於正當法律程序以及國際人權公約保障等角度，經檢察官求處死刑案件，科刑資料應採嚴格證明，且定罪與量刑程序應予以分離，以昭慎重及保障生命權，參見：吳燦（2016），〈刑罰裁量之正當程序：以死刑量刑為中心〉，《法律扶助期刊》，50期，第34-36頁。

註30：張娟芬（2021），〈張娟芬專欄：國民法官的創世紀〉，

https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=109608（最後瀏覽日：2021年11月10日）。