

臺灣高等法院臺中分院刑事判決

113年度國審交上訴字第2號

上訴人 臺灣南投地方檢察署檢察官

被告 伍○奇（真實姓名年籍均詳卷）

指定辯護人 本院公設辯護人林欣誼

上列上訴人因被告公共危險案件，不服臺灣南投地方法院112年度國審原交訴字第1號中華民國113年2月29日第一審判決（起訴案號：臺灣南投地方檢察署112年度偵字第3265號、第3266號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、審判範圍：

按刑事訴訟法第348條規定：「上訴得對於判決之一部為之（第1項）。對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限（第2項）。上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之（第3項）。」而依國民法官法第4條適用刑事訴訟法之規定，就此一部上訴部分，自同有適用。本件僅檢察官對第一審國民法官法庭所為之判決提起上訴，被告伍○奇並未上訴，檢察官於本院民國113年6月17日準備程序、同年7月11日審理時均明示僅對刑之部分上訴（見本院卷第58、86頁）。是本院審判範圍僅限於刑之部分，不及於其認定之事實及所犯法條（罪名），並以原判決認定之犯罪事實、所犯法條為審酌依據。

貳、援用原判決認定之事實與罪名：

一、被告前因酒後不能安全駕駛案件，經原審法院104年度原投交簡字第53號判決處有期徒刑2月，並於104年10月21日確定。被告於112年3月12日6、7時許，在南投縣○○鄉○○村

○○巷00號住處，飲用保力達後，先在家照顧小孩，再於同日17時30分許，步行前往南投縣○○鄉○○村○○巷00號之鄰居司○光住處，飲用58度高粱酒半杯玻璃杯，被告明知其未領有合格之機車駕駛執照，且酒後不能駕駛動力交通工具，其主觀上雖無致他人於死之故意，但客觀上能預見服用酒類將使其注意力、判斷力、反應能力及駕駛操控能力均降低，若仍駕駛動力交通工具上路，極可能因此發生交通事故而導致其搭載之乘客或其他用路人死亡之結果，竟仍基於酒後駕駛動力交通工具之犯意，於同日18時許，自前開住處騎乘車牌號碼000-0000號普通重型機車，搭載大兒子伍○○、大女兒伍○○及二兒子伍○○（以上真實姓名年籍均詳卷；以下未載明完整姓名者，均同）至南投縣信義鄉明德村夜市吃飯、遊玩。抵達夜市後，伍○奇又與真實姓名不詳的朋友喝酒，並再飲用了鋁罐裝的啤酒1罐。後於同日約20時許，伍○奇承前酒後駕駛動力交通工具之犯意，接續騎乘前開機車搭載大兒子、大女兒及二兒子（二兒子站立在機車前側踏板處）返家，嗣行經南投縣信義鄉明德村台21線南向指標87.5公里處，伍○奇本應注意車前狀況，並隨時採取必要之安全措施，且依當時情況，並無不能注意之情事，因受酒精影響精神狀況不佳，致其注意力降低而疏未注意及此，騎出道路而摔入路旁水溝內，致二兒子受有嚴重頭部外傷、雙側鎖骨骨折、全身多處挫瘀傷、左側血胸、腹腔積血等傷害，經送醫急救後，仍因全身多處外傷與瀰漫性大腦創傷而死亡；大兒子受有頭部損傷、未明示側性前胸壁挫傷等傷害，大女兒受有未明示側性前胸壁挫傷、左側小腿擦傷等傷害（大兒子、大女兒受傷部分，未具告訴）。之後員警到現場處理，並委託醫院對伍○奇抽血檢測，於同日22時16分許，測得其血液中酒精濃度值為229.2mg/dL，已達百分之0.2292，而悉上情。

二、被告所犯為刑法第185條之3第3項之不能安全駕駛動力交通工具致人於死罪。

參、檢察官上訴意旨以：

一、原審判決適用刑法第59條之不當：

- (一)按犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑，刑法第59條定有明文，辯護人固引用最高法院95年度台上字第6157號判決，而認刑法第59條所謂之「犯罪之情狀」係指犯罪之一切情狀（包括第57條所列舉之10款事項），而認於依刑法第59條衡酌處斷刑時，應一併考量刑法第57條之全部量刑因子固非無見。
- (二)然依文義解釋，刑法第59條係規定就「犯罪之情狀」衡量，顯係就犯罪行為本身之情狀而言，而未及於犯罪行為人本身之情狀，且刑法基於罪刑法定原則的要求，開宗明義地於第1條規定：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者，為限」，此一規定，除說明「罪刑法定原則」之外，更揭示刑法的屬性係「行為刑法(Tatstrafrecht)」，而非「行為人刑法(Tterstrafrecht)」，則就犯罪行為之處斷刑是否應予減輕，依行為刑法之理論所應考量者理應限於犯罪行為本身，是依前揭最高法院之見解，於適用刑法第59條時，尚須考量刑法第57條中行為人屬性之量刑因子，顯有理論上之矛盾，舉例而言，二人共同強盜殺人，其中一人孑然一身，另一人需照顧未成年子女，則其等犯罪行為同一，何以就處斷刑之衡量上，有未成年子女者，可依原審判決所引之理由減輕（法定最高刑，減為無期徒刑），孑然一身者則不能（法定最高刑仍為死刑），如此結果根本違反行為刑法之原則。
- (三)又就法定刑至處斷刑，以至於處斷刑至宣告刑之衡酌過程言之，若引用刑法第59條時已考量刑法第57條之全部量刑因子而予以減輕，然再於酌定宣告刑時，又再次依刑法第57條全部量刑因子衡量而予減輕（蓋於刑法第59條適用時考量刑法第57條因素酌減其處斷刑，則於適用刑法第57條定宣告刑時無理由不予減輕），將致刑法第57條之10款量刑因子先後作兩次衡酌並作兩次減輕，顯係雙重評價而非適當。

(四)再參諸最高法院111年度台上字第2045號判決：「...前述公政公約之規範，於納入刑法第57條量刑事由之審酌，可整合出三個階段的量刑判斷框架。於第一階段，先以刑法第57條之「犯行個別情狀」事由（下稱犯情事由），即犯罪之動機、目的（第1款）、犯罪時所受之刺激（第2款）、犯罪之手段（第3款）、犯罪行為人與被害人之關係（第7款）、犯罪所生之危險或損害（第9款），初步劃定行為人之行為責任，此為「責任之粗胚」（或稱「責任之上限」），而依其法定刑或處斷刑之外部界限，得出其責任刑之上下限。於第二階段，則應審酌刑法第57條之「行為人個人情狀」事由（下稱個人事由），即生活狀況（第4款）、品行（第5款）、智識程度（第6款）、犯後態度（第10款），作為責任刑之微調，至於行為人於行為時之精神狀況縱不符合刑法第19條第1、2項關於責任能力有無或減輕之規定，然亦與行為人之生活狀況及犯案背景息息相關，而同屬個人事由，且包含於同法第57條規定之其他「一切情狀」之內，亦應納入此階段併予審酌。亦即，在此階段應考量行為人與其行為相關之個人事由，藉以判斷行為時之「可責性」得否降低而往下調整其責任刑...是量刑之第三階段...」依其所指之量刑三階段，就刑法第57條之量刑因子分為「犯行個別情狀（犯情事由）」、「行為人個人情狀（個人事由）」，則其所指之「犯情事由」顯較符合於刑法第59條條文規定「犯罪之情狀」之文義。

(五)綜上所述，衡酌刑法第59條之適用時，依文義解釋及行為刑法之基本概念，僅應考量刑法第57條所列之「犯情事由」，而不應及於同條之「個人事由」，且於衡定處斷刑後，於依刑法第57條酌量宣告刑時，為避免前述兩次衡量兩次減輕之弊，理應僅酌量「個人事由」部分，始為正辦。

(六)惟原審判決於適用刑法第59條時業已考量本件被告係家中未成年子女主要照顧者之因素，然於衡量宣告刑時就同一因素仍作第二次衡酌而為雙重評價，並為責任刑下修，已有不

當。又原審判決既以被告之未成年子女之利益為予以被告減刑之理由，然依被告長子伍○○當庭之證述：被告於今年過年期間亦有於酒後騎乘機車搭載其出門之行為，其內心害怕但只能禱告等語，則以被告之未成年子女之利益為由予以被告處斷刑之寬宥是否妥適已非無疑，且依原審判決所引用之最高法院111年度台上字第700號判決意旨，就兒量最佳利益要素之評判已見爭執而有予以調查釐清之必要時，宜委託專業人員或機關、團體實施鑑定，然本件原審並未依國民法官法施行細則第3章第1節鑑定之相關規定，進行召開鑑定會議及實施鑑定，並就鑑定報告詰問鑑定人等程序，僅憑當庭訊問被告及其未成年子女，即逕認予以被告減刑符合被告未成年子女之利益，實屬率斷。

二、原審判決於適用刑法第57條時考量兒量最佳利益之不當：

(一)原審判決就被告之量刑，採取以被告女兒為主體去審酌「兒童最佳利益」，違反刑法第57條以「行為人責任」為基礎之科刑原則，更違背最高法院所揭示之準則。

1.按科刑時應以「行為人之責任」為基礎，並審酌一切情狀，刑法第57條定有明文。次按責任原則，不僅為刑事法律重要基本原則之一，且為當代法治國家引為科刑之基礎。現行法僅就科刑之標準予以規定，並未對科刑之基礎設有規範。為使法院於科刑時，嚴守責任原則，爰仿德國刑法第46條第1項、日本改正刑法草案第48條第1項之立法例，明定以行為人之責任為科刑之基礎（同法條之立法理由參照）。是刑法第57條所例示之10款事項，均係與被告及其所為行為有關之事項，該條所定之該10款以外之「一切情狀」，自應指與該10款性質相同之事項。舉凡被告之犯罪動機或目的，是否具有反社會性、私利或私慾性、情慾性、無目的性，其犯罪是否具有計畫性及其強度、或係偶發，行為時犯意是否堅決，犯罪之方法、態樣是否殘忍、狠毒、冷酷，有無湮滅罪證之作為，如為數人共犯時，於共犯間之地位、角色，殺害之被害者人數及對於社會影響之是否極重大，被害人與被告間之

關係，被告是否受有刺激及何種刺激，被害人之年齡，被害人遺屬之意見，被告年齡（人格成熟度）、前科、素行紀錄，被告犯罪後有無反省、是否協助偵查、賠償被害人家屬等，均為法院之量刑參考因子，並因各具體案件情節之不同，相關量刑參考因子之作用（於被告有利或不利）亦有差異，惟無論係何者，最終仍必須以被告之罪責為審酌、衡量及決定之基礎，此即刑法第57條條文開宗明義所定「科刑時應以行為人之責任為基礎」之本旨。準此，科刑之基礎應為「行為人之責任」，並非任何案外人的利益。

2.我國最高法院在多則案件中，均已明確揭示：

- (1)兒童權利公約第12條「在影響到兒童的任何司法和行政訴訟中」之涵義不包含「兒童之父母犯罪案件」，已明示適用範圍。
- (2)最高法院肯認父母因受刑事追訴有需與子女分離之情形，兒童權利公約並未干預法院依法量刑之職權。況兒童為父母保護之對象，而非父母為違法行為後減輕刑責之託詞。已明示犯罪行為人未滿18歲之子女的利益並非減刑因子。
- (3)兒童權利公約就傳喚利害關係人表示意見之規定並非強制規定，最高法院明示以涉及兒童本身為主體之司法及行政程序始賦予兒童發表意見權。兒童陳述意見與適用刑法第59條酌減以及刑法第57條所列量刑輕重應審酌之事項，均無直接關聯。

3.以下羅列最高法院判決意旨：

- (1)最高法院108年度台上字第411號判決：我國於103年6月4日制定公布（同年11月20日施行）之兒童權利公約施行法第2條固明定：聯合國西元1989年兒童權利公約所揭示保障及促進兒童及少年權利之規定，具有國內法律之效力。但依據兒童權利公約第12條所定：「締約國應確保有形成其自己意思能力之兒童有權就影響其本身之所有事物自由表示意見，其所表示之意思應依其年齡大小與成熟程度予以權衡（第1項）。據此，應特別給予兒童在對自己有影響之司法和行政

訴訟中，能夠依照國家法律之程序規定，由其本人直接或透過代表或適當之團體，表達意見之機會。」之意旨，兒童應有機會在影響到其之任何司法和行政訴訟中，以符合國家法律的訴訟規則的方式，直接或通過間接代表或適當機構陳述意見，此即為兒童發表意見之權利。其中所謂「在影響到兒童的任何司法和行政訴訟中」之涵義，固包括所有影響到兒童的相關司法訴訟，然仍以涉及兒童本身主體之監護、教養、安置及觸犯法律，或是兒童成為被害客體之刑事犯罪、性虐待、暴力或其他形式虐待的受害者等案件為主。尚難因此即謂兒童監護人之父母犯罪案件亦包括在內，如未通知受監護之兒童到庭表達意見即屬違法云云，上訴意旨(一)據此主張，尚有誤會。

- (2)最高法院109年度台上字第3696號判決：兒童權利公約施行法第2條明定：聯合國西元1989年兒童權利公約所揭示保障及促進兒童及少年權利之規定，具有國內法律之效力。依據兒童權利公約第12條所定：「締約國應確保有形成其自己意見能力之兒童有權就影響其本身之所有事物自由表示意見，其所表示之意見應依其年齡大小與成熟程度予以權衡（第1項）。據此，應特別給予兒童在對自己有影響之司法和行政程序中，能夠依照國家法律之程序規定，由其本人直接或透過代表或適當之團體，表達意見之機會。（第2項）」兒童應有機會在影響到其之任何司法和行政程序中，以符合國家法律的訴訟規則的方式，直接或通過間接代表或適當機構陳述意見，此即為兒童發表意見之權利。又依據聯合國兒童權利委員會第12號一般性意見第32、33點之說明，本條第2項所指之「司法和行政程序」，固指包括所有可能影響兒童者之程序，然依其所提供之司法程序舉例：「與父母分離、監護、照顧和收養、觸犯法律的兒童；遭受人身或心理暴力、性凌辱其他暴力犯罪之害的兒童；衛生保健、社會保障、尋求庇護和難民地位的兒童；以及受武裝衝突和其他緊急情況的兒童」所涉之程序；而行政程序之舉例：「關於兒童教

育、保健、環境、生活條件或保護的決定」。且依同號一般性意見第34點之意見，為顧及兒童的權益，其參與的程序及環境應該經過特別設計，程序應該讓兒童容易理解，參與之相關人員亦應受過相關培訓。依上開舉例及程序之設計、要求，可知仍是以涉及兒童本身為主體之司法及行政程序賦予兒童發表意見權。原審本於相同之法律意旨，認擔任兒童監護人之父母涉及之犯罪案件不包括在內，而說明上訴人之原審辯護人主張：應給予上訴人之未成年子女陳述意見之機會，及應為上訴人之未成年子女進行最佳利益鑑定，並透過鑑定陳述意見之機會等語，並非可採且無必要，及上訴人於案發後已與配偶離婚，並由其前妻照顧未成年子女之旨，是原判決並無違反上開兒童權利公約之意旨，難認有適用法則不當之違誤。

- (3)最高法院110台上6288判決：具我國國內法效力之兒童權利公約，固以「兒童最佳利益」原則作為公約所有條款之基礎，基此原則明定，使兒童與父母分離之程序中，應給予所有利害關係人參與並陳述意見之機會（參見公約第9條第1項至第3項規定）。惟原審於辯論時（含量刑辯論），上訴人之原審辯護人就上訴人之家庭狀況（含兒童部分）已做充分之說明，而原判決於量刑時亦已考量上訴人之家庭狀況（包含其有7歲女兒），復將上訴人需照顧母親及女兒之家庭狀況，列為不予宣告上訴人強制工作之理由，顯已將上訴人家中有兒童之因素充分列入考量。且上訴人及其原審辯護人於原審審理時，已表示無證據請求調查，而上開公約就傳喚利害關係人表示意見之規定並非強制規定。綜合上情，縱原審未依該公約傳喚相關人等陳述意見，對判決結果亦無影響，並未違反法律正當程序。再兒童權利公約第14號一般性意見內，針對父母因受刑事追訴而需與子女分離之情形指出：對家長或其他首要照料者「犯罪服刑」的情況，應逐一按情況充分考慮不同刑期對兒童造成之影響，係就父母因受刑事追訴而需與子女分離之情形，主張於父母「犯罪服刑」時，國

家相關機構對應父母之「執行刑罰」情形，因家中兒童為適當之考量，亦肯認父母因受刑事追訴有需與子女分離之情形，並未干預法院依法量刑之職權。況兒童為父母保護之對象，而非父母為違法行為後減輕刑責之託詞，照顧家中兒童並非上訴人擔任詐欺集團車手獲取報酬之正當理由，亦非同時兼顧家庭狀況之唯一途徑。

(4)最高法院112台上2176判決：原判決量刑時，已經審酌上訴人有兩名幼兒需要其扶養、照顧之家庭狀況。上訴意旨所指上訴人之兩名幼兒到庭陳述意見一節，無論所陳意見如何，與適用刑法第59條酌減其刑規定所指客觀上足以引起一般同情而顯可憫恕之情事，以及刑法第57條所列各款量刑輕重應審酌之事項，均無直接關聯。原審未贅為上訴意旨所指陳述意見，難認有調查職責未盡之違法。上訴意旨泛詞指摘：原判決未傳喚上訴人之兩名幼兒到庭陳述意見，率認上訴人無刑法第59條酌減其刑規定之適用，致所為量刑及應執行刑之酌定均屬過重，有調查職責未盡及理由不備之違法云云，並非合法之上訴第三審理由。

4.原審判決就刑法第57條之法令解釋有所不當，有關「兒童最佳利益」量刑因子之不當引入已足以影響於宣告刑之酌定：按刑法第57條規定以「行為人之責任」為基礎，係以被告為核心主體來審酌罪責。是原審判決已經不當增列以「被告孩子」為核心主體之兒童最佳利益因子。況刑法第57條第4款被告的「生活狀況」即可涵蓋「對被告孩子的影響」，毋須引用兒童權利公約。被告的生活狀況，就包含被告平日有無負擔照顧兒童的義務。此即最高法院所揭示：量刑應以犯罪人為核心，考慮犯罪人需扶養幼兒的家庭狀況即可。惟值特別注意者，在審酌犯罪人之家庭狀況時，係以「犯罪人」為核心來審酌，並非以「犯罪人孩子」為核心並考慮兒童「最佳利益」來量刑，兩者之間仍有差異，例如：不應在此類型案件中賦予案外兒童發表意見權；又例如：不應在缺乏實證的情形下，進行量刑是否符合兒童最佳利益的預測。

5.查本案被告「服刑期間之長短」究竟對其孩子的利益將造成哪些不利或有利影響，涉及對孩子未來的發展預測，其評估項目跨越兒童心理學、兒童教育學、兒童犯罪學、社會學、精神醫學等多項專業，顯然不是法律專業所能獨斷。原審判決逕自就「被告服刑對其孩子利益的影響」進行可能性的預測，缺乏實證，卷內並沒有合理依據足以「預測」對被告量處哪些刑度範圍，將會對其孩子的哪些利益造成哪些重大影響，也沒有任何兒童心理學、兒童教育學、兒童犯罪學、社會學、精神醫學等專業人士共同製作調查鑑定評估報告。原審判決以「自行猜測」的方式，逕自引入此量刑因子，已足以影響於宣告刑之酌定，容非適當。

二、綜上所述，原判決違反行為刑法之基本原則，並就同一量刑因素為雙重評價，而依刑法第59條予被告不當之減刑寬宥，其認事用法尚嫌未洽，爰依刑事訴訟法第344條第1項，第361條提起上訴，請將原判決撤銷，更為適當合法之判決。

肆、駁回上訴之理由

一、關於檢察官於本院聲請調查證據部分

按當事人、辯護人於第二審法院，不得聲請調查新證據。但有下列情形之一，而有調查之必要者，不在此限：一、有第64條第1項第1款、第4款或第6款之情形。二、非因過失，未能於第一審聲請。三、於第一審辯論終結後始存在或成立之事實、證據。國民法官法第90條第1項定有明文。而所稱新證據，應係指未於第一審法院調查之證據，且未經當事人、辯護人於第一審準備程序終結前聲請調查，此亦經國民法官法施行細則第296條第1項說明在案。且按諸國民法官法施行細則第298條第1、2項規定，「當事人、辯護人聲請調查證據，第二審法院審酌調查之必要性時，宜考量調查該證據後，綜合一切事證判斷結果，是否足認有第305條第1項、第306條、第307條情形之一，而應予撤銷之高度可能。」是於國民法官審理之第一審案件，第二審法院究否應調查當事人所聲請之「新證據」有嚴格之限制規定，即應限於國民法官

法第90條第1項但書所規定之三種情形。至當事人、辯護人於第二審法院聲請調查之證據，則須審酌是否有「事實認定錯誤」、「訴訟程序違背法令或適用法令違誤」、「第一審判決之科刑事項，除有具體理由認有認定或裁量之不當，或有於第一審言詞辯論終結後足以影響科刑之情狀未及審酌之情形」等情事而有撤銷之高度可能者（國民法官法施行細則第298條第1項規定意旨參照）。本件檢察官上訴時聲請調查委託南投縣家庭暴力暨性侵害防治中心（下稱家防中心）查訪被告日常生活照顧未成年子女伍○○、伍○○之情形，被告有無飲酒之行為？飲酒頻率為何？有無飲酒後駕駛交通工具之行為？有無飲酒後駕駛交通工具搭載其未成年子女之行為？被告服刑對其未成年子女生活之影響？有無同住之其他家人照顧被告之未成年子女？以查明被告於案發後有無為未成年子女利益而戒除本身酒癮，或酒後駕車之行為，是否為未成年子女之照顧者事實等情（見本院卷第65、66、69、70頁），並當庭補充說明：聲請調查上開證據作為以未成年子女的利益，適用刑法第59條是否妥適，且依最高法院111年度台上字第700號判決意旨，認為原審沒有依照國民法官法施行細則的相關規定進一步為未成年子女的最佳利益加以認定；且被告2名未成年子女在原審表述完全衝突，原審認為就哥哥的部分所述不可採，此點未及調查其他證據，故認有必要就此在上訴時進一步調查，找第三者來確認此事實（見本院卷第65、66頁）。

然上開調查證據之聲請為被告及其辯護人所不同意，已不符合國民法官法第64條第1項第1款之規定，被告大兒子伍○○與大女兒伍○○於原審審理時所證述關於其等親自見聞被告於本案後有無飲酒、騎車，甚至酒後駕車等內容，彼時家防中心人員均不在場，顯然無從達到檢察官上訴聲請所欲達到之「為爭執審判中證人證述內容而有必要」之目的，亦無「如不許其提出顯失公平」之情事，而均不合同條項第4款、第6款之規定。

況且，被告於原審辯護人於原審行準備程序之前即已提出112年12月13日刑事準備狀，載明「被告就起訴書所載犯罪事實均坦承認罪，請考量本案被告未成年子女最佳利益等事項（詳附件：最高法院111年度台上字第700號刑事判決節錄），依刑法第59條規定酌量減輕其刑，並依刑法第57條規定從輕量刑，聲請調查被告之全戶戶籍資料、傳喚證人即被告配偶田○涵，並聲請調查112年3月13日伍○敏警詢筆錄、112年3月13日田○涵警詢筆錄、112年3月14日陳○玲警詢筆錄等（見原審卷第57至59頁），於原審112年12月28日準備程序時當庭提出刑事準備（二）狀，以言詞與書狀均仍為相同意旨之說明，並再次提出完整之聲請調查證據內容，即被告之全戶戶籍資料（被證1）、112年3月13日伍○敏警詢筆錄（被證2）、偵訊筆錄（被證3）、112年3月13日田○涵警詢筆錄（被證4）、偵訊筆錄（被證5）、112年3月14日陳○玲警詢筆錄（被證6）、112年6月14日司○光、嚴署政、田○涵之偵訊筆錄（被證7）、聲請傳喚證人田○涵等情，當庭以言詞聲請補充調查調解筆錄（被證8）（見原審卷第95頁），原審並將本案有無刑法第59條得酌減其刑之情形列為量刑爭執事項之第2點（見原審卷第90頁），檢察官當庭對被告辯護人提出調查證據之聲請，證據能力及調查必要性均表示沒有意見，且沒有證據聲請調查（見原審卷第96頁），於原審合議庭休庭評議後均認為上開證據均具有證據能力且有調查之必要性，且就被告辯護人提出上開筆錄部分僅就量刑部分進行調查，不及於事實部分（見原審卷第96、97頁），以上均未見當事人有所爭執。

而被告自始即已坦承起訴書所載犯罪事實及罪名，甚至對於不符合自首一節亦未曾加以爭執，其與辯護人僅爭執科刑部分，請求考量被告未成年子女最佳利益等事項，依刑法第59條規定酌減輕其刑，並已檢附最高法院111年度台上字第700號判決要旨當作附件（見原審卷第60至63頁），於原審進行準備程序列為本案之爭執事項，於原審審理時亦為兩造攻防

之重點，卻未見檢察官如上訴書所載聲請「委由與兒童心理、發展等相關領域之專業人員或機關、團體實施鑑定，以取得與兒童最佳利益要素有關之事實、資訊與鑑定意見，而得資為評判及量刑之重要參考依據」或蒞庭檢察官於本院所提出之請家防中心進行訪查事項，迨至上訴審理時始行提出，難認符合「非因過失，未能於第一審聲請」之情形，而上開情狀或證人伍○○、伍○○於原審所為證述內容，均於原審審理時即已存在，且為職業法官、國民法官、當事人（檢察官、被告）、辯護人所均親耳親聞，縱使2名未成年子女證述互有出入，亦可能囿於其等年紀尚屬年幼（伍○○係000年0月出生，伍○○係000年0月出生，於原審113年2月27日出庭作證時，各僅0歲餘、0歲餘），且各自見聞被告日常生活情狀，時間、場合未必相同，且各人感知感受因其等年齡、所受教育等則未必相同，亦非可直接認定2名未成年子女所述內容不一，即可推論其中1名所為證述內容係不實在。

依國民法官法第1條、第82條第6項規定，引進國民法官的目的在反映國民正當法律感情，而國民法官可就事實之認定、（本於事實認定之）法律適用及科刑之量定等於評議時個別陳述意見，且上訴審法院應本於國民參與審判制度之宗旨，妥適行使其審查權限，關於事實之認定，原審判決非違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決者，第二審法院不得予以撤銷，復為國民法官法第91條、第92條第1項但書所明定，自應高度尊重第一審國民法官法庭的事實認定，惟就證據法則及訴訟程序的審查，自仍應回歸第二審法院對法律的理解自行認定。原審就證人伍○○於原審所為「案發後被告有喝酒騎車載我們出去」、「我是看爸爸的臉知道爸爸有喝酒」等證詞，認為其係基於個人之推測所為之證述，依國民法官法第4條準用刑事訴訟法第160條「證人之個人意見或推測之詞，除以實際經驗為基礎者外，不得作為證據。」規定，證人伍○○前揭所為證述係根據其看被告的臉所為判

斷，應屬其推測之詞，依照證據法則自難引為被告不利之認定。是以，原審根據對於法律規範之理解而為上開證據法則之適用，並無任何違法或失當之處。原審於調查證據時，亦已給予檢察官、辯護人詢問證人伍○○、伍○○之機會，檢察官於科刑辯論時僅說明2位證人「對於死去弟弟非常想念，也希望弟弟能夠再次活過來」之證述內容（見原審卷一第306頁），亦未根據2位證人之證述內容表達有刑事訴訟法第64條第1項但書「於準備程序終結後不得聲請調查新證據」之例外情形，自無從僅因原審根據證據法則對證人證詞，所為證據評價之結果與其認知不符，欲再藉由於上訴審審理程序聲請調查新證據，企圖形成被告不利之認定。綜上，本院認為檢察官於本院始提出上開新證據之調查，與國民法官法第90條第1項前段規定不符，此部分證據調查之聲請，應予駁回。

二、原審判決量刑妥適與否部分

- (一)檢察官上訴意旨其一，旨在認為依刑法第59條規定文義解釋及行為刑法之基本概念，僅應考量「犯罪之情狀」是否顯可憫恕，並不及於「行為人本身之情狀」。惟刑法第59條規定犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑，其所謂「犯罪之情狀」，與同法第57條規定科刑時應審酌之一切情狀，並非有截然不同之領域，於裁判上酌減其刑時，應就犯罪一切情狀（包括第57條所列舉之10款事項），予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由（即有無特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定低度刑，是否猶嫌過重等等），以為判斷，除經原審所引之最高法院95年度台上字第6157號判決意旨參照外，另有同院101年度台上字第5393號、112年度台上字第5276號、113年度台上字第719號、第1030號等迭經最高法院著有判決要旨在案，不勝枚舉，而已為定見。且倘如檢察官上訴書所載，衡酌刑法第59條之適用時僅能考量刑法第57條第1、2、3、7、9款「犯情事由」，於衡定處斷刑時僅能考量刑法第57條第4、5、6、10款之

「個人事由」，兩者應予截然區分，亦與刑法第57條開宗明義：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10款事項，為科刑輕重之標準之規定不符，更顯檢察官此部分上訴意旨要難採信。是以，檢察官前揭上訴意旨認為僅能就被告犯罪之情狀（即刑法第57條第1、2、3、7、9款「犯情事由」），不能依刑法第57條第4、5、6、10款之「個人事由」審酌有無刑法第59條酌減輕其刑之適用，並無理由。

- (二)檢察官上訴意旨另以原審判決於適用刑法第59條時已考量被告係家中未成年子女主要照顧者之因素，於衡酌宣告刑時就同一因素仍做第2次衡酌而為雙重評價，並為責任刑之下修，而有不當。惟刑法第59條、第57條之適用並非截然可以區分，已如前述。原審國民法官就被告本案犯行認為「被告飲酒後搭載被害人即其二兒子伍○○上路，造成被害人無辜生命逝去，固值非難，但本院審酌本案案發時間與被告前次因酒後駕車為警查獲之時點已相距約8年，且案發當天被告係為搭載兒女至夜市，回程時不慎自摔進水溝，導致搭載之被害人死亡，實與一般酒駕致死案件之行為人多係短期內反覆酒駕，且往往伴隨超速、蛇行、逆向等嚴重違規行為，並造成其他用路人生命死亡之情形有所不同，被告本身亦因本案事故承受兒子死亡之痛苦及後果；再考量被害人家屬即被告大兒子伍○○到庭陳稱：爸爸喝完酒不會無緣無故打我，他晚上會照顧我們，也會教我寫寒暑假作業，媽媽有時候很快、有時候很久才回來看我等語（見本院卷第284至292頁）、被害人家屬即被告大女兒伍○○到庭表示：阿嬤出門的時候爸爸會照顧我們，爸爸會看我的作業，爸爸喝酒後不會對我們打、罵或吼叫，媽媽偶爾才回來，如果很久沒看到爸爸我會想爸爸等語（見本院卷第292至298頁）、被害人家屬即被告妹妹伍○敏到庭稱：希望能減刑就減刑，小孩是我媽媽跟被告在照顧，但小朋友比較依賴被告，因為被告是爸爸，我媽媽、我跟被告都會喝酒，但案發後，已經沒有再看

過被告喝酒後還騎車等語（見本院卷第298至303頁）、被害人家屬即被告太太田○涵稱：我在外地工作，小孩都是婆婆、被告跟小姑在照顧，我不常回家，4個小孩跟被告平常的互動我覺得還不錯，沒有看過被告喝酒後怒吼或發酒瘋打罵小孩，我原諒被告，希望被告還能繼續照顧其他小孩子等語（見本院卷第255至275頁），可知被告除被害人外，尚有其他未成年子女需要扶養，且被告係家中未成年子女之主要照顧者，其對於未成年子女之照顧，並無怠惰放縱不盡心盡力或暴力虐待之情，被害人家屬亦希冀被告能持續擔負起家庭照顧責任，是本院為衡平兒童最佳利益，認本件實不宜過度長期監禁被告，而應讓被告負擔起後續彌補家庭（包含本案被害人家屬即被告自己的其他未成年子女、被害人生母、姑姑等人）之責任，否則倘因過度長期監禁被告，致現存被害人家屬（如被告自己的其他未成年子女）處於更不利之處境，亦非本院所樂見；又被告犯後因自身受傷及現場客觀狀況，無法於偵查機關發覺其為肇事人前先主動坦承，與自首要件不符而無從爰以減輕，但被告於警詢、偵訊時即坦認犯行，並清楚交代案發經過，實可見其悔意。綜此各情，在在顯示本案與其他酒駕致死案件之嚴重性及惡性有別，顯有其情堪憫恕之處，是本院認縱處以被告刑法第185條之3第3項之法定最低刑度即有期徒刑5年，仍有情輕法重之憾，在客觀上足以引起一般之同情，是依刑法第59條規定酌量減輕其刑。」於經原審依序調查上情並傳喚證人即被告配偶田○涵、被告大兒子伍○○、被告大女兒伍○○、被告妹妹伍○敏等人到庭證述，針對被告本案犯罪之一切情狀加以全盤考量後，認為其犯罪情狀顯可憫恕，合依刑法第59條規定酌減輕其刑，自應給予高度尊重，且此一法院本得自由裁量之事項，復未見有何濫用裁量權或裁量明顯不當情形，自不得任意指為違法。

(三)按行國民參與審判之案件經上訴者，上訴審法院應本於國民參與審判制度之宗旨，妥適行使其審查權限，國民法官法第

91條定有明文。國民法官法庭所為之科刑事項，係由國民法官與職業法官之多數意見決定，而充分反應國民正當法律感情與法律專業人士的判斷。故第一審判決之科刑事項，除有具體理由認有認定或裁量不當，或有於第一審辯論終結後足以影響科刑之情狀未予審酌之情形外，第二審法院宜予維持（國民法官法施行細則第307條參照）。原審國民法官就被告本案犯行，除適用刑法第59條規定酌減輕其刑外，另綜合考量「1. 責任刑上限之確認：被告於案發當日先後多次飲用各種不同酒類，其為警查獲時所測得的血液中酒精濃度高達229.2mg/dL，已超過法定標準值甚多，而被告無視酒精成分對人之意識及反應能力均有不良影響，且其未領有合格之駕駛執照，騎車超載乘客上路（騎乘機車同時搭載未戴安全帽、3名未成年子女），並不慎自摔路旁水溝，導致乘客即被害人死亡，剝奪被害人幼小生命，其犯罪情節縱與前述反覆酒駕多伴隨其他嚴重違規行駛而造成其他用路人死亡之案件有別，但犯罪情節仍非輕微，不宜輕縱，又本件因量刑資訊系統無法提供相關因子形成量刑框架，故以檢辯雙方提出及附卷本院搜尋之判決作為相關量刑框架之判準。是以，本院認本件應以依刑法第59條酌減後趨近中高度刑為責任上限。2. 責任刑下修：被告案發時雖因客觀狀況未能自首犯行，但於警詢、偵訊及本院審理時均始終坦承犯行，被告亦因本案事故受有喪子之痛，其並已與其他被害人家屬達成和解，且被害人家屬亦期冀被告能繼續擔負家庭照顧之責任；又依被害人家屬即被告其他未成年子女、被害人生母、姑姑之陳述，可知被告為家中未成年子女之主要照顧者，其與家人間關係尚非疏離，家庭系統仍具有一定支持功能，且被告年紀屬青壯年，具有務農之勞動能力，前亦無嚴重暴力犯罪或施用毒品之紀錄，且其前次經查獲酒後駕車犯行，距本案案發亦已逾約8年，案發後至今亦未有其他因酒後駕車案件為警查獲之紀錄，另被害人家屬即被告大兒子伍○○於本院審理時雖稱：案發後爸爸有喝酒騎車載我們出去等語（見本

院卷第289頁），惟被害人家屬即被告大女兒伍○○於本院審理時稱：案發後，爸爸沒有騎車載我們出去等語（見本院卷第294頁），可見其2人之陳述已有不同，且被害人家屬即被告妹妹伍○敏到庭稱：案發後沒有再看過被告喝酒後還騎車等語（見本院卷第303頁），再參以被害人家屬即被告大兒子伍○○於本院審理時亦稱：我是看爸爸的臉知道爸爸有喝酒等語（見本院卷第289頁），則其對於被告是否飲酒之判斷亦僅係其個人之推測，故實難據此逕認被告於案發後仍有酒後駕車之行為，再被告於本院審理時亦自陳：本案確實是我自己活該，我不該騎車喝酒，但是我還想要陪著小孩長大等語（見本院卷第313頁），實見悔意，是考量被告仍有需照顧家庭兒女之拘束力等情，堪認其社會復歸可能性甚高；另被告除被害人外，尚有3名未成年子女待其扶養，且被告為主要照顧者，其與其他未成年子女依附關係亦佳，未免其等因被告遭長期監禁而處於更不利之境地，亦應考量不同刑期對其等最佳利益所造成的衝擊。故綜觀上情，本院認前述被告之責任刑上限，應為一定幅度之下修，以在非難被告酒駕致死犯行與其後續應負起照顧被害人遺族之責任間，求取妥適之平衡刑度。3. 綜合上情，本院於考量被告之犯罪情狀因子及一般情狀後，認檢察官具體求刑有期徒刑6年至8年，實屬過重」等情，量處如原審判決主文所示之刑，確實已依刑法第57條各款事項而為妥適量刑。檢察官上訴意旨雖提及原審判決就被告之量刑，採取以被告女兒為主體去審酌「兒童最佳利益」，違反刑法第57條以「行為人之責任」為基礎之科刑原則一節，然原審係以被告飲用酒精濃度多寡、未領合格機車駕照、騎車超載3名未戴安全帽之未成年子女、並發生被告二兒子死亡之無可回復結果等犯罪情狀，被告犯後態度良好、與被害人家屬業已和解、被害人家屬期許被告仍繼續負起照顧家庭責任、被告與家人關係尚非疏離，家庭系統仍具一定支持功能，暨考量被告青壯仍有勞動能力、其前科素行、案發後未有喝酒再騎車之個人情狀，及避

免因被告長期監禁致使對未成年子女最佳利益之衝擊等而為量刑，並非如檢察官上訴書所載僅採取被告女兒為主體去審酌「兒童最佳利益」，故此部分上訴亦屬無據。

(四)綜上所述，本院經核原審所認定存在而予納入考量之種種量刑事實，俱無違反經驗法則或論理法則之處；至於就各該「量刑事實（應如何）評價」之部分，亦無量刑結果逾越適法量刑區間之錯誤，復無濫用裁量情事致明顯不當之情，是原審對被告所處之刑（即有期徒刑3年6月）應予維持，而難謂存有過輕之違失。亦無量刑結果逾越適法量刑區間之錯誤及裁量濫用致明顯不當之情。綜上所述，檢察官本件量刑上訴，為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依國民法官法第4條、刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官陳俊宏提起公訴，檢察官石光哲提起上訴，檢察官林蓉蓉到庭執行職務。

中	華	民	國	113	年	8	月	1	日
				刑事第九庭	審判長	法官	紀	文	勝
						法官	紀	佳	良
						法官	賴	妙	雲

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴之理由者，並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

書記官 黃 湘 玲

中 華 民 國 113 年 8 月 1 日