最高法院刑事判決

115年度台上字第270號

上　訴　人　歐晉綸

選任辯護人　蘇明道律師
　　蘇敬宇律師
　　王廉鈞律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國114年9月25日第二審判決（114年度上訴字第119號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署113年度偵字第3399號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺南分院。

理　由

一、本件原判決認定上訴人歐晉綸意圖營利，與綽號「小揚」之曾志揚共同販賣第三級毒品4-甲基甲基卡西酮（Mephedrone）、甲基-N,N-二甲基卡西酮（Methyl-N,N-dimethylcathinone）成分之混和毒品藥丸3袋（下稱本件毒品）予劉芃慶、陳依庭，因而撤銷第一審無罪判決，改判上訴人有罪並諭知相關沒收。固非無見。

二、惟按刑事審判之範圍，應以起訴之犯罪事實為準，於不變更其事實同一性之範圍內，法院就犯罪之參與型態（如單獨正犯與共同正犯）為不同之認定，原則上固非法所不許。然其變更倘足以影響被告防禦權之行使，並關係犯罪之成立及責任範圍者，自應踐行告知義務，使被告及其辯護人得就變更後之事實及法律評價為充分之辯論，並得依其防禦需要主張相應之攻擊防禦方法。是判斷上開變更之適法性，應先審究其是否仍屬事實同一性之範圍，以定法院得否為該變更；復應審酌法院是否已踐行告知及辯論程序，使被告有充分行使

防禦權之機會，始與正當法律程序無違。二者缺一不可。縱形式上未逾越事實同一性，然若未實質保障被告之程序權利，即逕為不利之認定，其訴訟程序即屬違背法令。且法院依職權應行之告知義務，具獨立性與必要性，自不得以檢察官上訴意旨所為主張，遽認足以取代。

三、卷查，本件檢察官係以上訴人單獨販賣本件毒品提起公訴，第一審經審理後，以不能證明犯罪，諭知無罪。檢察官提起第二審上訴時，雖於上訴書中敘及上訴人「有販賣或與『小揚』共同販賣毒品」之情，然原審於審判期日，仍僅諭知犯罪嫌疑及罪名「詳如起訴書所載」（見原審卷㈠第170、230、368頁），並據此進行證據調查及言詞辯論，未曾明確告知上訴人其犯罪參與型態可能變更為共同正犯。惟共同正犯之成立，涉及行為人間是否具有犯意聯絡及行為分擔，並及於「一部行為，全部責任」之不利刑責歸屬，與單獨正犯之判斷基礎尚非全然相同，於具體個案中，足以影響被告防禦之方向及範圍。本件原審未先行告知該等變更事項，使「是否成立共犯關係」成為審判期日之實質攻防爭點，致上訴人及其辯護人無從預見該項評價可能，亦未及就此調整防禦策略並為充分之辯論，逕為不利之認定，核屬突襲性裁判，侵害上訴人防禦權及辯護依賴權。至檢察官上訴書雖曾提及共同販賣之可能，然法院於審判期日既未就此為明確告知，亦未據以引導攻防重點，難認上訴人已就該等事項獲得充分辯論之機會。原審逕以未經告知及辯論之事項，作為判決基礎，認定上訴人係與曾志揚（即小揚）共同販賣本件毒品，將犯罪參與型態由單獨犯變更為共同正犯之罪名，其程序顯有違背法令。尤有進者，原判決引用證人劉芃慶關於其透過上訴人聯絡而向曾志揚購買本件毒品，並將價款交予曾志揚之供述，與證人陳依庭之證言相互補強，據以認定上訴人與曾志揚成立共同販賣毒品之犯行（見原判決理由貳、一、㈢）。然曾志揚之身分既已具體明確，雖於第一審曾以證人身分到庭作證，然提問者之詰問重點不同，聚焦待證事實有

別，仍有詳予調查釐清之必要，原審自得視訴訟進行情形，再行傳喚並就上訴人有無聯絡本件毒品交易事宜、是否具有犯意聯絡及行為分擔等事項加以詰問，以釐清共同正犯成立之基礎。惟原審未經補行告知及辯論程序，未使該等事項成為實質攻防之對象，且未為相應之審理，逕以上開未經充分對質、調查之事實，作為認定共同正犯之依據，於法尚有未合。綜上，本件原審未踐行告知及辯論程序，即變更犯罪參與型態並據以論罪，其訴訟程序顯已違背法令。

四、上訴意旨執此指摘原判決違法，為有理由，且原判決上開違法情形，影響於事實之認定及法律適用之基礎，本院無從據以自為裁判，應認有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　1　　日

刑事第八庭審判長法　官　梁宏哲

法　官　楊力進

法　官　游士珺

法　官　鄭富城

法　官　劉方慈

本件正本證明與原本無異

書記官　李丹靈

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　7　　日