

裁判字號：最高法院 94 年台非字第 108 號刑事判決

裁判日期：民國 94 年 05 月 05 日

裁判案由：賭博

最高法院刑事判決 九十四年度台非字第一〇八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 乙○○

丙○○

135

甲○○

上列上訴人因被告等賭博案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國九十一年十月十七日第二審確定判決（九十一年度上易字第六八九號，起訴案號：台灣高雄地方法院檢察署八十八年度偵字第一一八七〇號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

非常上訴理由稱：「一、按判決不適用法則或適用不當者為違背法令，又判決不載理由或所載理由矛盾者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三七八條，第三七九條第十四款分別定有明文，又按非常上訴乃對審判違背法令之確定判決所設之救濟方法，依法應於審判期日調查之證據未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決即屬判決違背法令，應有刑事訴訟法第四四七條第一項第一款規定之適用，司法院大法官會議釋字第一八一號解釋又已闡述明白，此號解釋之作成，對於非常上訴程序除以統一法令之適用為目的外，對權益被侵害之被告為具體性救濟，又屬其主要目的之一，此乃因再審程序之救濟功能有所侷限時，特擴張非常上訴程序之功能，以資補救。二、第一審判決事實欄記載之受僱人僅有八人，理由欄亦敘明此八人係屬共犯，原審確定判決則增列『佳惠』一人而為九人，共犯人數亦因而增加，又第一審判決事實欄及理由欄均記載六支電話號碼，確定判決則將第一審所列0000000號碼之電話刪除而為五支

，再第二審判決敘明，在高雄市○○路○○○巷○號申請之電話線路為十一線，確定判決則認定係十線，凡此均係兩審判決認定犯罪事實不同之處，乃確定判決並未將第一審判決撤銷改判，單獨呈現其所另行認定之事實，而逕為上訴駁回之判決，致兩審認定相異之事實並存，違反最高法院四十九年台上字第二五〇號判例之旨趣，自有不適用法則之違法。三、（〇〇）〇〇〇〇〇〇

〇號電話，原即裝設於高雄市○○街○○巷○號二樓，於八十二年七月七日由原用戶周繁過戶予買受房屋之盧玉蘭，有電話租用人姓名及裝機地點資料表可稽，嗣後再轉讓予李奉勳，並遷線至

高雄市○○路○○○巷○號使用，此所以乙○○、盧玉蘭夫婦均未曾使用該號電話，監聽錄音內容又可查知。確定判決認定該號電話係乙○○所申設（判決正本四頁十五—十六行），顯與卷內資料不符，至於該號電話經遷線供李奉勳使用，原審復未調查清楚，竟據以推定高雄市○○街○○巷○號亦為賭博場所，復與真正之事實不符，尤有違反證據法則及應調查之證據未予調查，致影響判決之違法。四、確定判決認定被告乙○○等人聚集不特定之組頭及柱仔腳以傳真或電話之方式簽注號碼而賭博財物等情，既係以傳真或電話之方式簽注，而非必須親自到場簽注，即不發生『供給賭博場所』之問題，申請裝設之電話如確實係供簽賭站使用，縱令原來之裝機地址未經移動，該裝機地址仍與『賭博場所』之意涵有別，確定判決以電話之原先裝機地址推定各該裝機地址即為賭博場所，既不符合事實，尤有應調查之證據未予調查，致影響判決之違法。五、高雄市○○街○○巷○號等五處房屋，確定判決認定其均為『公眾得出入之場所』，但未說明其確實證據之所憑，僅謂『各該處所既供不特定之多數人出入簽賭，自屬公眾得出入之場所』云云，顯係憑空先認定事實，再據以事實以印證其推論，顯然違反證據法則，而且此項事實與事實欄所記載係以電話或傳真之方式簽賭等情，前後事實之認定，又屬顯然矛盾。更有進者，檢察官實施搜索時，據起訴書記載，『本檢察官赴該址（大公路一二一巷九號）勘驗時，亦係邵技縉到距此約十公尺之田單街二十六號聯絡他人後，才得開門進入』等語，更參以檢察官在該址查扣之物品，包括有監視用攝影機及監視器在內，則是該大公路一二一巷九號顯然並非公眾可以任意公然出入之場所，確定判決未予調查證據，翔實認定，且置明顯與認定事實相異之證據於不顧，洵屬違法。六、按審判長應將證物提示被告辨認，刑事訴訟法第一六四條有明文規定，又刑事訴訟以直接審理為原則，必須經過調查程序，以顯出於審判庭之證據資料，始得採為判決基礎，最高法院四十三年台上字第八三五號判例又已指示明白。確定判決認定……高雄市○○街○○巷○號申請之電話線為二十一線，高雄市○○街○○○號為十七線，高雄市○○路○○○巷○號為十線，高雄市○○○路○○○號為八線，高雄市○○街○○○號為七線，……檢察官於八十八年三月四日現場勘驗結果，上開電話線路透過置於各處之電話切換器可以互相切換，……有勘驗筆錄，勘驗照片附卷可稽云云，惟查，確定判決認定被告犯罪所用之工具『電話切換器』，於審判期日僅提示勘驗筆錄及告以要旨而已，並未提示電話切換器令被告辨認，此有審判筆錄之記載可稽，依首開規定，已屬違法，又關於電話切換器之數量。僅於八十八年三月四日勘驗筆錄第九點記載『數位式交換機線箱內有四個切換開關』（指高雄市○○路○○○巷○號房屋），核與勘驗照片僅高雄市○○路○○○巷○號一處設有四個電話切換器相符，其他處所均無設有電話切換器之記載，則究竟全部共六十三線電話線路是否均設置有電話切換器？抑或僅有四線電話設置電話切換器？在高雄市○○路○○○巷○號查扣

之四個電話切換器顯無可能供全部五處房屋共計六十二線電話線路切換之用。原審提示之勘驗筆錄及照片，顯與確定判決所認定六十三線電話線路可以互相切換等情，並不一致，即是以部分證據而為全部事實之認定，自與無證據而認定事實之情形相當，其為違法，至屬明顯。七、按申裝多線電話，最少應有相同數目之電話機，否則，多餘之線路即屬浪費而無意義，確定判決認定乙○○等申裝之電話線路多達六十三線，所扣押之電話機僅三十八台，約為線路數目之六成，相差極為懸殊，已不足為認定事實之證據，而依確定判決所引用，曾予實施監聽之電話為（00）0000000、00000000、00000000，電話號碼及

0000000000號碼之手機，認為涉及簽賭六合彩賭局情事

，但所記載上開電話號碼之裝機地址分別高雄市○○街○○巷○○號二樓、五福四路八十六號及田單街十二巷一號，則是在高雄市○○路○○○巷○號查扣之電話機三十八台與上開三支監聽電話之線路有無連絡？憑何足證不在裝機地址所查扣之電話機三十八台之全部或一部分係供犯罪所用之物？確定判決並未引用確實證據加以說明，遂予宣告沒收，又屬失其依據。有理由不備之違法，此所以第一審判決即曾認定電話機三十八台與經營六合彩賭局無關，確定判決雖予以糾正，指第一審判決『顯係贅繕』，但第一審判決所為明確之論斷，豈容空言指為贅繕，兩審判決之齟齬，尤見查扣之電話機三十八台應否宣告沒收，仍有待於翔實之調查，確定判決未予調查，有違法令甚明。八、申裝電話及電話線路並非必然供簽賭使用，又申裝人與使用人亦非必然同一，依確定判決所記載，既未查扣簽賭所用之簽注單、帳冊及傳真機，通訊監察紀錄亦無被告三人與簽賭人間之對話，且經循線查獲之吳素美等人均未指證係向被告三人簽賭，張同榮等七人在第一審到庭甚至供明與被告三人不相識，實際主持簽賭之劉金智、李奉勳經判處賭博罪刑確定，又據一致供明簽賭之事與被告三人無關（二審判決書四頁六一十一行），確定判決違背刑事訴訟法第一五四條之規定，無證據而推定犯罪事實，在理由欄敘明『被查獲簽賭六合彩賭局之吳素美等人雖均未能供出係向被告等人簽賭，證人張同榮等七人又均證稱不認識被告等，亦不認識組頭，用電話傳真聯絡，電話已經忘記等語，然六合彩賭博之柱仔腳與組頭平時除以電話、傳真機聯絡簽賭號碼外，開獎後收取簽賭金或支付彩金，殊無不認識組頭及忘記電話號碼之理，即不能作為被告等有利之證據』（判決正本七、八頁），又稱『檢察官實施搜索，雖未能查得六合彩賭局所用之簽注單、傳真機及帳冊等物，然被告等早已從柱仔腳處得知檢警搜索情形，已將重要證物隱匿，搜索無結果，難謂與常情不符，亦難採為被告等有利之證據』各等語（判決正本十六—十七頁），所為敘述全屬推測之詞，縱令所稱不能作為被告等有利之證據，在情理上並無不合，但究非不利於被告等之證據，如論處被告等賭博罪而別無不利於被告等之積極證據足資證明，仍屬違反刑事訴訟法第一五四條之規定而為違法，劉金智、李奉勳明白有利於被告之供述，任意指為迴護（判

決正本十八頁五、六行），亦屬違法。九、確定判決理由欄初謂『電話號碼（00）0000000、0000000、0000000號等電話之通話內容涉及簽賭六合彩賭局情事，有監聽電話譯文一冊可憑云云（判決正本六頁十行起），繼又將0000000及0000000電話號碼一併列入，謂『確有六合彩賭博之用，有通訊監聽錄音帶及譯文可稽』云云（判決正本十七頁五行起），各該電話號碼，其通話內容究如何涉及簽賭六合彩之事，確定判決並未詳細引用，並說明其內容，所摘引之部分內容（判決正本九、十、十二、十六頁），其中除八十七年九月十五日開始錄音，0000000與0000000兩支電話間之對話（發話人姓名不詳，接聽人為佳惠），及八十七年十月六日開始錄音，劉金智使用0000000電話與貝兒通話，有涉及六合彩簽賭之事外，其餘部分，或係查詢轉帳金額，因金額不足三、四萬，著向劉淑貞（譯音）拿簿子去蓋章，或因會帳，須查明劉素貞（譯音）之郵局帳號；或萊茵河專櫃通知劉素貞（譯音）領卡；或『董仔』通知劉素貞（譯音）至二十六號二樓開會；或撥金都魚翅電話找蔡寶宏及乙○○；或劉副隊長由台東撥電話『劉董』，說明在海邊吃飯及撿石頭，沒辦法回去；或『劉董』與『奉勳』通話，告知人在八卦，『奉勳』有事找『劉董』，但電話中不要講；或『奉勳』問阿周人在何處，據答：在廟裡，凡此，均無一語涉及簽賭，亦非當然可據以推定其與簽賭之事務有關，確定判決依憑上開不完整且內容欠明確之資料，論處被告等賭博罪刑，自有調查未周，理由不備，以致適用法則不當之違背法令。十、（00）0000000號電話係裝設在高雄市○○街○○巷○號，並非裝設在高雄市○○街○○巷○號，該田單街十二巷四號既非確定判決所認定之賭博場所之一，且係福東慈善會招待所所在地，特定之會員在此出入，均可使用上開電話，確定判決引用之錄音內容，其中八十七年一月六日部分明明記載發話人為劉金智，接聽人為貝兒，而與被告三人無關（判決正本十五頁），另外八十七年九月十五日部分，亦無證據證明與佳惠通話者係被告三人之一，確定判決引為被告三人犯罪之證據，尤與事實不相適合。十一、被告丙○○名義在高雄市多家行庫開戶，其中除華南商業銀行高雄分行之帳戶係供自用外，其餘均係其父乙○○在使用，雖各該帳戶之資金往來頻繁，且存款餘額有高達千萬元者，但均與簽賭六合彩無關，乙○○因借用丙○○之名義存款，且經財政部高雄國稅局課徵贈與稅並科處罰鍰，丙○○已檢附事證，具狀陳明在案（見九十一年九月十一日上訴理由狀證物十一—十八），確定判決竟然恣置不理，對於上開帳戶資金之往來，其對象是否柱仔腳或組頭，依據銀行紀錄，不難一一查明，乃對此影響判決之重要證據，又不予調查，輕率以丙○○年輕，所得無多，不應有鉅額存款，並以通訊監察內容所無之資料，指丙○○參與六合彩賭局之經營，顯有認定事實不依證據之違法，尤有應調查之證據未予調查，致影響判決之違法。十二、高雄市○○○路○○○號房屋係丙○○之母盧玉蘭名義所購置，裝

設有0000000號電話，八十七年間係出租李奉勳經營信汪古董藝品公司，僱有店員梁淑貞及小朱，該號電話錄音中『淑貞』並非被告丙○○，原審於九十一年六月十二日及九十一年七月十七日庭訊時，已就上開事實調查明白，有訊問筆錄之記載可稽，九十一年十月二日乙○○、丙○○並曾具狀聲請傳訊梁淑財（係梁淑貞之誤）已詳列地址，更進一步查明真相，確定判決置已調查明白之事實於不顧，竟以錄音中有關拿簿子蓋章、會帳、取卡及開會係指『劉淑禎』（譯音），而武斷認為無傳喚梁淑貞必要，更憑想像而指丙○○曾經常至高雄市○○○路○○○號，要知該址並非供犯罪所用之賭博場所，丙○○縱有前往，又與簽賭六合彩何干？確定判決遽認丙○○犯賭博罪，尤有認定事實不依證據之違法。十三、確定判決以『被告等經營之六合彩賭局，嚴重危害社會經濟秩序與道德風俗，且僱用員工多人，柱仔腳遍及高雄縣、市及屏東縣，經營規模龐大，惡性非輕，影響社會風氣至鉅』云云（判決正本二十頁），乃科以罕見之重刑，但依據確定判決所認定之事實，柱仔腳扣除本案被告甲○○外，不過十人（判決正本六、七頁），且均無確實證據足認其與本案被告三人有何關連，至於簽賭金額若干，是否足以影響經濟秩序，確定判決更無一字記載，乃全憑想像，任意誇大，既屬理由不備，尤屬嚴重違反憲法上之比例原則。十四、刑法第二百六十八條之賭博罪，乃係以一個『意圖營利』之意思要件，與『供給賭博場所』或『聚眾賭博』之行為要件所構成，行為要件雖有二個態樣，祇須其一，並配合意思要有一個，不能將之割裂，分配與兩個行為要件，因而不能同時成立『意圖營利，供給賭博場所』及『意圖營利，聚眾賭博』兩個罪名，確定判決認定被告等觸犯刑法第二百六十八條係屬二罪，另加毫無事實依據，且未說明理由之刑法第二百六十六條之普通賭博罪，共為三罪，並依想像競合犯之規定，從一重處斷，顯然適用法則不當。十五、確定判決維持第一審判決，在理由欄敘明『被告等所犯圖利供給賭博場所，圖利聚眾賭博及普通賭博三罪間，係基於一個賭博犯意之決定，達成其犯罪之各個舉動，應屬法律概念之一行為，其一行為觸犯上開三罪名，為想像競合犯』云云，依所論述，供給賭博場所、聚眾賭博及普通賭博實係三個不同態樣之行為，已與想像競合犯限於『一行為』之規定不合，如勉強將之解釋為一行為之三個舉動，則在刑法第二百六十八條規範之情形下，供給賭博場所及聚眾賭博既已合為一行為，同時觸犯一個法條，即為一罪，再加普通賭博一罪，共為二罪，又何三罪之可言？確定判決有理由矛盾之違法。十六、案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。」等語。

本院按：非常上訴旨在糾正法律上之錯誤，藉以統一法令之適用，不涉及事實認定問題，故非常上訴審應以原判決確定之事實為基礎，僅就原判決所認定之犯罪事實，審核適用法令有無違誤，如依原判決所確認之事實及卷內證據資料觀之，其適用法則並無違誤，即難指為違法。又事實之認定，乃屬事實審法院之職權，

非常上訴審無從審酌，倘非常上訴理由係對卷宗內同一證據資料之判斷持與原判決不同之評價，而憑持己見認為原判決認定事實不當或與證據法則有違，即係對於事實審法院證據取舍裁量權行使之當否所為之任意指摘，自與非常上訴審係以統一法令適用之本旨不合。再依法應於審判期日調查之證據，未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬判決違背法令，應有刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款規定之適用，固經司法院大法官會議釋字第一八一號解釋在案，惟所謂應調查之證據，係指該證據在客觀上為法院認定事實及適用法律之基礎者，且尚須致適用法令違誤，而顯然於判決有影響始屬之，若依原判決所憑以認定之證據而確認之事實，已足認原確定判決無違背法令之情形者，縱尚有其他證據未予調查，但不致於適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，依刑事訴訟法第三百八十條之規定，既不得據以提起第三審上訴，自亦不得為非常上訴之理由。經查：(一)、本件第一審判決事實係記載：乙○○、甲○○、劉金智、李奉勳與丙○○等人共同基於意圖營利之概括犯意聯絡，自民國八十七年六月間某日起至同年十二月底某日止，連續提供其等位於高雄市○○區○○街○○巷○號，……等住處為公眾得出入之場所，設立「福樂（X L）六合彩簽賭站，並裝設電話號碼（00）0000000、0000000、0000000、0000000、0000000、0000000、0000000等數十線電話，……及僱用不詳姓名年籍綽號「國良」、「馮明」、「潘仔」、「明華」、「貝兒」、「芬仔」、「崇偉」、「朱小姐」等成年人負責接聽電話及整理牌支之工作等情，與第二審確定判決之犯罪事實，所記載「……並裝設電話號碼（00）0000000、0000000、0000000、0000000、0000000等數十線電話……及僱用不詳姓名年籍綽號『國良』、『馮明』、『潘仔』、『明華』、『貝兒』、『芬仔』、『佳惠』、『崇偉』、『朱小姐』等成年人負責接聽電話及整理牌支之工作。」等情，相互比較，一、二審判決所列舉之電話號碼及受僱人綽號，僅係被告等設立六合彩簽賭站所裝設之電話數十線及受僱人名綽號一部分之代表而已，且受僱人中確有「佳惠」之人負責接聽電話接受簽注之紀錄（詳第二審確定判決第十二頁），是第二審判決事實欄雖少列0000000號電話號碼及加列「佳惠」一人為受僱人，並無將第一審判決事實變更、擴大或縮減之情形。至於第一審及第二審判決理由欄雖就「高雄市○○區○○路○○○巷○號」申請之電話為十一線或十線，有不同之說明，然並不影響其判決事實欄所記載被告等裝設「數十線」電話接受簽注之事實。其認定之基本犯罪事實既無不同，則非常上訴意旨理由二指摘原確定判決與第一審判決認定事實不同，未將第一審判決撤銷改判，而逕為上訴駁回之判決，致兩審認定相異之事實並存，有不適用法則之違法云云，自屬無據。(二)、原確定判決理由□(一)所述「電話號碼（00）0000000、0000000……等電話，分別係被告乙○○、甲○○、劉金智

、李奉勳等人所申設……」等語，對於其中電話號碼（00）000000究竟為何人申設，並無明確記述。而理由□(二)所述「經檢察官於八十七年十二月間止，對於電話號碼（00）000000（裝機地址：高雄市○○街○○巷○號二樓，租用人為被告乙○○之妻劉盧玉蘭）……等電話實施監察通訊，發現通話內容確有涉及簽賭六合彩賭局之情事……」、「前開電話號碼0000000（裝機地址：高雄市○○街○○巷○號二樓）……確有供六合彩賭博之用，有通訊監察錄音帶及譯文可稽……」等語，顯見原確定判決認定上開電話係乙○○之妻劉盧玉蘭申設，並非認定為乙○○所申設，與卷內證據資料自無不符。至上開電話係相互連接於高雄市○○路○○○巷○號與田單街十二巷一號二樓，有勘驗筆錄、勘驗照片附卷可參，原確定判決據以為乙○○犯罪事實之認定，並無應調查之證據未予調查之違誤。(三)、刑法圖利供給賭博場所罪，本不以其場所為公眾得出入者為要件，而所謂之「賭博場所」，只要有一定之所在可供人賭博財物即可，非謂須有可供人前往之一定空間場地始足為之。且以現今科技之精進，電話、傳真、網路均可為傳達賭博訊息之工具，例如主觀上有營利意圖而提供網址供人賭博財物者，亦屬提供賭博場所之一種，而以傳真或電話之方式簽注號碼賭博財物，與親自到場簽注賭博財物，僅係行為方式之差異而已，並不影響其為犯罪行為之認定。原確定判決既認定被告等聚集不特定之組頭及柱仔腳以傳真或電話之方式簽注號碼而賭博財物，則認電話之裝機地址為賭博場所，與事實並無不合，尤無應調查之證據未予調查，致影響判決之違法。(四)、高雄市○○街○○巷○號等五處房屋，原確定判決認定其均為「公眾得出入之場所」，相互利用並經營六合彩賭局之行為，係因檢察官至該五處房屋現場勘驗結果，有電話線路透過數位式電話交換機（可充作總機使用）、及各處之電話切換器互相以電話電纜線連接，互相切換，有勘驗筆錄、勘驗照片附卷可參，已說明其確實證據之所憑，並無違反證據法則，亦無前後事實之認定，互相矛盾之可言。而該大公路一二一巷九號房屋既有電話連線可供不特定人來電簽賭，則檢察官實施搜索時，縱須聯絡他人後，才得開門進入，及該址設有監視器等情，仍不得認其非公眾得出入之場所，原判決並無置明顯與認定事實相異之證據於不顧之情形。(五)、原審於審判期日雖僅提示勘驗筆錄及告以要旨，並未提示扣案之電話切換器令被告辨認，但扣案之電話切換器既經檢察官實施勘驗，製成勘驗筆錄，並有照片附卷，則該勘驗筆錄已屬書證，法院調查該等證據時，已就該筆錄內容向被告提示並告以要旨，即無不合，縱未再提示電話切換器令被告辨認，亦與判決主旨不生影響。又檢察官於八十八年三月四日至高雄市○○街○○巷○號、四號、田單街二十六號、大公路一二一巷九號等處勘驗結果，被告等申設之電話線路透過置於高雄市○○街○○○號二樓、大公路一二一巷九號之數位式電話交換機（可充作總機使用），置於各處之電話切換器及各處互相以電話電纜線連接（其尚且連接至大公路一二一巷一、二號樓

梯間之電話箱內），五福四路八十六號則以六十四K數位專線與大公路一二一巷九號連接，前開電話線路實可互相切換，且前開電話線路並連接至被告乙○○高雄市○○街○○巷○號之房間等情，有勘驗筆錄、勘驗照片附卷可參，業經原判決說明其所憑之證據甚詳，並無以部分證據為全部事實認定之情形。(六)、申裝之電話線路數目不一定須與電話機數目相同，原確定判決就勘驗筆錄、監聽電話譯文，認被告等涉及簽賭六合彩賭局情事，已詳列其所依憑之證據及心證理由，並無理由不備。至被告等申裝之電話線路多達六十三線，所扣押之電話機僅三十八台，數目不一，並非不足為認定事實之證據。又原判決事實欄已載明「扣得被告等所有電話機三十八台」，而扣案之電話機三十八台為被告等所有，業據被告等供承在卷，且係供犯罪所用之物，依刑法第三十八條第一項第二款併予宣告沒收，原判決理由亦詳予敘明，則就此部分，並無理由失其依據及理由不備之違法。再本件僅扣押被告等所有供犯罪所用之電話機三十八台，既經宣告沒收，則第一審判決第十頁第九行，將其餘與賭局無關不另為沒收諭知之物品，併列有電話機三十八台等字，顯係贅繕，原判決予以載明併予指正，殊無應予調查而未調查之違誤可言。(七)、證據之取捨及事實之認定，乃事實審法院職權之行使，苟與經驗法則及論理法則無違，即不容任意指為違法。原判決依據卷內資料，檢察官勘驗被告等處所設有數位交換機、申裝數十線電話線路相互聯結，並實施監察通訊，發現通話內容確有涉及簽賭六合彩賭局之情事，而認定被告等均有參與賭博之事實，已於判決理由內說明其證據之取捨及認定之事實甚詳，所為之論斷，難認與經驗法則及論理法則有違，亦無違反證據法則之情形。又(00)0000000號係被告等設立六合彩簽賭站所裝設數十線電話其中之一，而高雄市○○街○○巷○號，經檢察官現場勘驗，與其他賭博處所有互相以電話電纜線連接之情形，且劉金智、「貝兒」、「佳惠」等與被告等三人，均係本件賭博案之共同正犯，則原判決以其等通話之內容，引為被告等犯罪之證據之一，難謂與事實不相適合。再原判決綜合檢察官向財政部高雄市國稅局函查丙○○自八十四年度至八十六年度綜合所得稅結算申報情形，與其在華南商業銀行高雄分行、東高雄分行、泛亞商業銀行七賢分行、板信商業銀行高雄分行、台灣省合作金庫高雄支庫之存款及資金往來頻繁，並檢察官所實施之通訊監察內容各情，相互參酌，認定丙○○顯有參與六合彩賭局之經營，亦說明其所憑之證據及認定之理由甚詳，並無認定事實不依證據，及應調查之證據未予調查，致影響判決之違法。(八)、量刑之輕重，係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟已斟酌刑法第五十七條各款所列情狀而未逾越法定刑度，不得遽指為違法。原確定判決依據檢察官具體求刑之意旨，認被告等經營六合彩賭博規模之大，為高雄縣、市地區所僅見，而維持第一審科處被告等刑罰，已說明其理由，且其量刑既未逾越法定刑度，尤無違反比例原則可言。又依原判決所認定之事實，被告等既基於意圖營利之犯意，聚集不特定多數人至彼



等提供之公眾得出入場所，以核對香港六合彩中獎號碼之方式對賭財物，即係觸犯刑法第二百六十八條圖利供給賭博場所罪、圖利聚眾賭博罪及第二百六十六條第一項普通賭博罪，且係一行為觸犯數罪名，原判決依想像競合犯關係從一重論以圖利聚眾賭博罪，此項法律見解尚無不合，難認有適用法則不當及理由矛盾之違法。上訴意旨一再就事實審法院採證、認事、量刑之職權行使，及不同之法律見解，憑持己見任意指摘原確定判決違背法令，均無理由，仍應予駁回。又非常上訴乃特別程序，被告對本院無選任辯護人提出辯護之規定，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十六條，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 四 年 五 月 五 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 莊 登 照

法官 洪 明 輝

法官 黃 一 鑫

法官 魏 新 和

法官 林 秀 夫

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 九 十 四 年 五 月 十 二 日

R

---

資料來源：司法院法學資料檢索系統