

臺灣高等法院花蓮分院刑事判決

113年度上易字第108號

上訴人 臺灣花蓮地方檢察署檢察官
被告 翁三才

翁四海

上列上訴人因被告賭博案件，不服臺灣花蓮地方法院113年度易字第168號中華民國113年11月14日第一審判決（起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署112年度偵字第7477號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、公訴意旨略以：被告翁三才、翁四海(以下合稱被告2人)共同意圖營利，基於供給賭博場所及聚眾賭博之犯意聯絡，於民國111年12月10日前之某日起，以被告翁三才位在花蓮縣○○市○○路000號之住處(下稱案發地點)為賭博場所，經營麻將賭博並提供賭具，供不特定人前往賭博財物，並以每次麻將自摸即抽取新臺幣（下同）200元之方式牟利。嗣為警於112年5月2日8時17分許，在上址查獲，並扣得麻將3副、牌尺12支、小骰子5顆、大骰子7顆等物。因認被告2人均涉犯刑法第268條前段及後段之意圖營利供給賭博場所及意圖營利聚眾賭博等罪嫌。

貳、按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；又不能證明被告犯罪，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154條第2項、第301條第1項分別定有明文。次按認定不利於被告之事實，須依積極證據，苟積極證據不足為不利於被告事實之認定時，即應為有利於被告之認定，更不必有何有利之

證據；又事實之認定，應憑證據，如未能發現相當證據，或證據不足以證明，自不能以推測或擬制之方法，以為裁判基礎；而刑事訴訟法上所謂認定犯罪事實之積極證據，係指適合於被告犯罪事實之認定之積極證據而言，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內；然而無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在時，致使無從形成有罪之確信，根據「罪證有疑，利於被告」之證據法則，即不得遽為不利被告之認定。再檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法，此為刑事訴訟法第161條第1項所明定。因此，檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任。其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無從說服法院以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪判決之諭知。

參、公訴意旨認被告2人涉犯上開刑法第268條意圖營利供給賭博場所及意圖營利聚眾賭博罪之犯行，無非係以證人吳玫玲、王健智於警詢及偵查中之證述、花蓮縣警察局○○分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、現場照片等證據，為其主要論據。嗣經原審判決被告2人無罪後，檢察官上訴意旨略以：

一、證人王健智於偵查中雖就抽頭金額證述與警詢有不一致之處，但亦證稱有抽頭金、用途即是茶水錢等語；再於原審證述時，亦證稱有抽頭金，但因時間久了、曾經中風，數額不確定，應以112年9月20日警詢時證稱自摸是300元抽頭金，一將1,200元較為正確等語，雖證人王健智與吳玫玲就抽頭金數額所述稍有不一致之處，惟均證稱有抽頭金；另證人王健智於警詢、原審證稱係被告翁四海告知其該處有在打牌，且賭博的5次其中有3次均係由被告翁四海主動邀約，抽頭金若係被告翁三才在場會由被告翁三才收取，被告翁三才不在則由被告翁四海收取，且有因為無法支付賭債向被告2人借

01 錢等情，而證人吳玫玲於原審亦證稱：王健智有曾經說「我
02 沒帶錢」，但最後結算的時候還是有拿錢出來的情形等語，
03 並有卷附之商業本票、證人王健智與翁三才之對話紀錄可資
04 佐證，足證被告翁三才確實有於證人王健智無力支付賭債之
05 際出借金錢給證人王健智，由證人王健智、吳玫玲上開證
06 述，均明確指稱案發地點之賭博場所是由被告翁三才介紹給
07 證人吳玫玲，被告翁四海介紹給證人王健智，並由被告翁四
08 海邀集賭客前往，被告翁三才在場擔任場主，供賭客兌換金
09 錢，並收取抽頭金，且在賭客無力支付賭債時，出借金錢給
10 賭客，足證本案賭博場所係由被告2人互為分工、共同經營
11 甚明。原審以證人王健智就抽頭金之金額前後所述不一，遽
12 謂證人王健智所述全部不可採，忽略證人王健智就被告2人
13 確實有收抽頭金乙事前後均為一致之證述，判決理由容有未
14 洽之處。

15 二、況且，證人吳玫玲於警詢亦證稱自摸的人就拿200元給內場
16 的人，就是被告翁三才，一將打完就累積800元等情，係直
17 至審理時，始對被告2人多所維護，強調係自願給予，何以
18 原審逕採證人吳玫玲對於被告2人有利之證述，未說明證人
19 吳玫玲警詢不可採之原因，亦有判決不載理由之違背法令之
20 處。

21 三、再者，被告翁三才一再強調自己不會打麻將，而無論係證人
22 王健智、吳玫玲均證稱係被告2人主動介紹上址賭博場所，
23 並由被告翁四海邀集賭客前往，若無利可圖，被告翁三才焉
24 有介紹證人吳玫玲賭博場所，再由自己跑腿代賭客購買便
25 當、飲料而徒勞之理？原審判決理由亦顯然與經驗法則有所
26 不符。

27 四、綜上所述，原判決認事用法尚嫌未洽，爰依刑事訴訟法第34
28 4條第1項，第361條第1項提起上訴，請將原判決撤銷，更為
29 適當合法之判決等語。

30 肆、訊據被告2人固均不否認有在案發地點提供麻將桌供友人打
31 麻將，且證人吳玫玲、王健智曾至上址打麻將之事實，惟堅

詞否認有何意圖營利供給賭博場所、意圖營利聚眾賭博罪之犯行，被告翁三才辯稱：我不會打麻將，他們只是在打家庭麻將，那幾天我剛好在花蓮，我在客廳看電視，打麻將的人就叫我去買便當，因為自摸他就拿200元給我，我幫他去買飯捲，之後剩下70元我有要還他，他說不用，說剩下的要給我，我只是幫忙跑腿，這能算是抽頭金嗎等語；被告翁四海辯稱：只是在家裡打牌，是他們來找我打麻將的，我們打麻將時並沒有說自摸或摸一圈後要給我多少錢，我也沒有拿到來打麻將的人給的錢等語。

伍、本院判斷說明如下：

一、按犯刑法第268條意圖營利供給賭博場所及意圖營利聚眾賭博罪，行為人所圖得之利益，應係以供給賭博場所、聚眾賭博之犯罪構成要件行為所獲取之直接對價為限。且所謂「營利意圖」之內容，必附麗於聚眾、供給賭博場所等行為之上（例如收取租金、抽頭金等），即行為人所圖得之利益，係由「提供賭博場所」、「聚眾賭博」之直接對價而來，方能以該罪論擬。是倘行為人藉由參與賭博之射倖行為，而非供給賭博場所或聚眾賭博之行為獲利，自難認其主觀上有前述「營利意圖」。至於同條後之聚眾賭博犯行，則須行為人主動聚集多眾，且該等多眾具有不特定性，可隨時增加、退出人數，始屬之。

二、本件經警於112年5月2日8時17分許，持臺灣花蓮地方法院核發之搜索票至被告2人住處即案發地點執行搜索，扣得麻將3副、牌尺12支、小骰子5顆、大骰子7顆、電動麻將桌1張等物品，有搜索票及搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表在卷可佐（警卷第67至75頁），是此部分事實固堪認定。

三、本件有無營利意圖之認定：

（一）證人吳玫玲於警詢中證述：我是於111年11月聽朋友說案發地點那邊有在打牌，服務還滿親切的，我只去過2、3次而已，底是1,000元，一台是100元，自摸的人就拿200元給內場的人，就是翁三才，一將打完就累積800元，翁三才就會

01 拿這筆錢看大家有什麼需要，買飯、香菸、飲料之類的給大家
02 家，剩的就給他們留著繳水電費，我是從他們家的大門出
03 入，是翁四海打電話找我的等語(警卷第43頁)；於偵查中向
04 檢察事務官陳稱：111年12月10日有在案發地點與翁四海、
05 王健智、「小喬」打麻將；打麻將的場所是被告2人住宅；
06 我是聽朋友說那邊有在打麻將；我於警詢有說自摸的人會給
07 翁三才200元等語(核交卷第10頁)，再於原審具結證述：我
08 警詢說的朋友就是翁三才，翁三才說他們有在打牌，問我願
09 不願意一起打，我去2次，都是翁四海打電話找我的，去2次
10 跟我打牌的人都是翁四海、王健智，還有一個女的(下稱
11 「小喬」)；被告他們那邊是家庭麻將，當時我有自摸，就
12 拿200元給他，麻煩他幫我買飲料、便當，沒有說自摸的人
13 就要給，只有我自己要給的而已。我在警察局時說「底1,00
14 0元，一台100元，自摸的人要拿200元給內場，內場就是翁
15 三才」的意思，是因為當時作筆錄時，我問派出所的警員這
16 邊有沒有在「東錢(閩南語)」，派出所警員就問我什麼是
17 「東錢」，我又問警員他會不會打牌，他說他不懂，我就跟
18 派出所警員說一般去朋友家打牌都是要「東錢」，因為人家
19 要水電費、冷氣、便當，我就跟警員這樣講，警員就說所以
20 這是「東錢」，我說不是啦，是我自己拿200元給他買飲
21 料、買便當的，我說這就算「東錢」，我心裡的意思是這
22 樣。除了我自摸拿錢給被告翁三才外，我還有看過被告翁四
23 海有拿一次200元給被告翁三才，叫他去買香菸，其餘我沒
24 看到王健智跟另外一個女生有因為自摸有拿錢給被告翁三
25 才；(王健智說「抽頭是翁三才抽，自摸1次會抽300元，一
26 將抽4次，所以抽1,200元」，是否屬實?)沒有這回事；我
27 自摸就拿200元給翁三才，請他買飲便當、買飲料，剩下的
28 零錢他是有要找給我，我都說不用，他就收下了，我去2次
29 總共給他800元；剛開始去的時候，翁三才都在，有幫我到
30 便利商店換零錢，也有幫我買東西等語(原審卷第87至98
31 頁)。

01 (二)證人王健智於警詢證稱：翁四海用通訊軟體LINE打電話給
02 我，找我去打麻將，我與翁四海、吳玫玲、「小喬」打麻將
03 共5次，總共輸了29萬多元，一開始的時候，我自己有帶現
04 金，就支付現金給對方，之後我去打牌，因為輸比較多，現
05 金不夠，就會跟場主翁三才借現金，讓我支付給對方，我本
06 身輸了約5萬多元，我向翁三才借了21萬5,000元，其中1萬
07 5,000元是利息錢，我有與翁三才簽立商業本票；自摸的話
08 至少3,400元起，胡牌的話，至少1,000元起，自摸有抽頭，
09 由翁三才抽，一將打完之後，翁三才抽1,200元；自摸一次
10 抽300元，一將抽4次，所以總共抽1,200元等語(警卷第51、
11 53、59、65頁)；證人王健智於偵查中向檢察事務官陳稱：
12 自摸的話會給翁三才400元(改稱500元)；抽頭金即有人自摸
13 給500元，但如果都沒人自摸，最後一圈胡的人要給500元，
14 所以最後一圈會給4次；給500元的用途算是茶水錢等語(核
15 交卷第16頁)。再於原審證述：去翁四海住處打過4至5次
16 牌，每次的牌友都差不多；玩麻將時被告翁三才有抽頭；抽
17 頭金一將差不多1,200元，自摸的人要給4次，1次300元或40
18 0元，沒有人自摸的話從北風開始，胡的人要給300元或400
19 元。其他牌友即被告翁四海、吳玫玲、小喬自摸都有給錢；
20 抽頭金放在桌上，由被告翁三才收走，如果被告翁三才不在
21 就由被告翁四海代收；抽頭金和被告翁四海沒有關係；他們
22 有買飲料，但檳榔、菸酒是我們自己買的等語(原審卷第15
23 9至171頁)。

24 (三)互核上開證人吳玫玲、王健智分別於警詢、偵查、原審之證
25 詞，說明如下：

26 1.證人吳玫玲於警詢、偵查證稱自摸的人就拿200元給被告翁
27 三才，一將打完就累積800元等情，於原審證述該200元是我
28 自己要給被告翁三才等語。就上開200元或累積之800元是每
29 個自摸之人均要給被告翁三才，或是證人吳玫玲1人所給之
30 細節先後所述稍有不一致，然對於該200元或累積之800元係為
31 購買飲料、便當等食物供在場之人或其1人食用等節則始終

證述一致，是依證人吳玫玲所述，該200元或累積之800元，既非係被告翁三才個人額外獨享之財產上利益，無從據以推論證人吳玫玲所述200元或累積之800元，即為被告翁三才意圖營利，而供給賭博場所、聚眾賭博所獲取之直接對價，難謂被告翁三才主觀上有藉以牟利之意圖，且證人吳玫玲所述相關款項，又與被告翁四海無關。從而，被告2人所辯其並無營利意圖等語，即非無據。

2.另依證人王健智所證述關於抽頭金之金額，於警詢證稱：自摸的話至少有3,400元，胡牌的話至少1,000元起，自摸有抽頭，是由被告翁三才抽，一將打完被告翁三才抽1,200元等語（警卷第59、65頁）；復於偵查時檢察事務官詢問時證稱：自摸的話抽頭金應該是400元，後改稱500元，也就是說有人自摸時要給抽頭金500元，如果都沒有人自摸，在最後一圈胡的人要給500元，所以一將4圈會給4次等語（核交卷第16頁），於原審再稱：抽頭金每次是300或400元等語，證人王健智對於抽頭金之金額於警詢、偵查及原審前後證述不一，若上開事實確係證人王健智親身經歷之事，其又自稱碰到證人吳玫玲藏牌詐賭及因賭資不足向被告2人借款之事，怎會連場主即被告翁三才如何收取抽頭金額之重要事項，前後陳述不一。甚且其於偵查中更證稱有抽頭金、用途即是茶水錢等語，此關係到證人王健智所稱「抽頭金」是否為參與打麻將之人要他人幫忙在外協助幫忙購買飲料、食物供渠等正常開銷使用，而非專由被告翁三才個人獨享之財產上利益之對價。何況證人王健智又因借款不還，與被告翁三才間衍生其他法律上之爭端，進而提告本案，其證詞是否與事實相符，仍應調查其他證據以資審認，亦即須有補強證據資以擔保其陳述之真實性，自不得僅以證人王健智之陳述作為有罪判決之唯一證據。

3.再者，上開證人吳玫玲所述「東錢」之金額，與證人王健智所述關於抽頭金之金額及其他參與打麻將之人是否亦有給抽頭金一事證述不一，且證人吳玫玲、王健智皆無人指證被告

01 翁四海有收取其等2人及「小喬」者交付之「東錢」或抽頭
02 金，並證被告翁四海所辯無營利意圖等語，應堪採信。

03 (四)綜上，證人吳玫玲所述，交付與被告翁三才之200元或累積
04 之800元，係為供在場之人或證人吳玫玲1人飲食使用一情，
05 業已證述如前，而關於證人王健智所稱被告翁三才有收取
06 「抽頭金」一事，業據被告2人否認在卷，且無從排除相關
07 款項係供在場參與打麻將等人正常飲食使用之可能，自難以
08 證人王健智此單一證詞逕為不利被告2人之認定。

09 四、本件有無聚眾賭博之認定：

10 由證人王健智、吳玫玲上開證述，雖指稱案發地點是由被告
11 翁三才介紹給證人吳玫玲，被告翁四海介紹給證人王健智，
12 並由被告翁四海邀集賭客前往，被告翁三才在場擔任場主等
13 情，然不論是證人吳玫玲所述2至3次之打麻將，或證人王健
14 智之5次打麻將，渠等均證述：是被告翁四海、吳玫玲、王
15 健智、「小喬」在案發地點打麻將，案發地點是被告2人住
16 宅等語，已如前述，並有被告2人戶籍資料在卷可證(警卷第
17 9、21頁，本院卷第33、35頁)。復觀諸現場照片，屋內僅
18 擺放電動麻將桌1張，復僅查獲麻將3副、牌尺12支、小骰子
19 5顆、大骰子7顆等物，有現場查獲照片在卷可稽(警卷第85
20 至93頁)。本案打麻將之成員即為被告翁四海、證人吳玫
21 玲、王健智、「小喬」等特定4人，並無他人可中途換手，
22 或隨時增加、退出人數。現場復僅查獲麻將牌3副，電動麻
23 將桌1張，且該處空間有限，難以容納不特定之其他多名賭
24 客，顯見該址尚未達聚集多數人賭博財物程度，與一般經營
25 職業賭場之情形尚屬有別。則是否得以認定被告2人有何聚
26 眾賭博之行為或恃此營利之意圖，容有可疑。

27 五、其餘相關說明：

28 本件被告翁四海賭博財物之行為既係於其住處，而本案打麻
29 將之成員即為被告翁四海、證人吳玫玲、王健智、「小喬」
30 等特定4人(對於非在公共場所或公眾得出入之場所賭博，社
31 會秩序維護法第84條規定：「於非公共場所或非公眾得出入

之職業賭博場所，賭博財物者，處新臺幣9千元以下罰鍰。」)，又未當場查獲案發地點有何證人王健智所稱之抽頭金，自難認被告2人有何聚眾賭博或提供賭博場所之營利意圖，業如前述。至於警員在被告2人住處查獲擺放電動麻將桌1張、麻將3副、牌尺12支、小骰子5顆、大骰子7顆等物，至多僅能證明被告翁四海及證人吳玫玲、王健智、「小喬」有在該處把玩麻將之事實，然無從證明被告2人有何共同意圖營利聚眾賭博或意圖營利提供賭博場所之情，自難以此對被告2人以刑法第268條圖利提供賭博場所及聚眾賭博罪嫌相繩。

六、綜上所述，本院綜合卷內檢察官所提出之各項事證，尚無從證明被告2人有共同意圖營利，供給賭博場所或聚眾賭博之犯意或犯行。是依前述說明，基於無罪推定之原則，即應為被告2人有利之認定，而為被告無罪之諭知，以昭審慎。此業據原審判決於判決理由內均詳予論述，且並無違背經驗法則及論理法則。檢察官上訴仍執陳詞，對於原審依職權所為之證據取捨以及心證裁量，重為爭執，仍無從使本院就此部分形成被告2人有罪之心證，且並未提出其他積極證據以供調查，是本件檢察官之上訴，為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，作成本判決。

本案經檢察官簡淑如提起公訴，檢察官張君如提起上訴，檢察官黃怡君到庭執行職務。

中 華 民 國 114 年 2 月 27 日

刑事第二庭審判長法官 林慧英

法官 謝昀璉

法官 李水源

以上正本證明與原本無異。

本件不得上訴。

中 華 民 國 114 年 3 月 6 日

書記官 徐文彬