臺灣高等法院高雄分院刑事判決

111年度上易字第303號

上　訴　人　臺灣屏東地方檢察署檢察官
被　　告　蔡尚德
000000000000000000
000000000000000000
徐仁光
000000000000000000
000000000000000000
徐月英
000000000000000000
000000000000000000
蔡月招
000000000000000000
000000000000000000
鄧輝煌
000000000000000000
000000000000000000
陳鄧春英
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
羅凱仁
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

上列上訴人因被告等賭博案件，不服臺灣屏東地方法院110年度易字第575號，中華民國111年5月20日第一審判決（起訴案號：臺灣屏東地方檢察署109年度偵字第8952號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於辛○○部分撤銷。

辛○○犯賭博罪，處罰金新臺幣伍仟元，如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日。

扣案如附表編號1至2所示之物，均沒收之。

其他上訴駁回。

事　實

一、緣乙○○（因共同犯圖利聚眾賭博罪，經原審法院以110年度簡字第965號判決判處有期徒刑4月確定）自民國109年6月間起，向劉森榮（因共同犯圖利聚眾賭博罪，經原審法院以上開判決判處有期徒刑3月確定）承租劉森榮所有屏東縣○○鄉○○路000號房屋廚房後方之房間，作為公眾得出入之賭博場所，聚集不特定之人賭博財物。賭博方式係以天九紙牌及骰子為賭具，由莊家擲骰子後，莊家及持牌之3名閒家（出家、川家、底家）按點數順序，依序抽取2張天九紙牌，再依所抽之天九牌計算點數與莊家比大小，點數大者為贏（賠率為1賠1），其他在旁賭客則依個人選擇，跟隨持牌之閒家下注，下注金額為新臺幣（下同）100元至1,000元不等。109年9月18日15時至16時許，乙○○（莊家）聚集賭客陳金香（持牌出家）、盧朝錄（持牌川家）、杜氏順（持牌底家）、許美燕、高混蘭、黃文美、吳美人、陳盧文秀、陳美枝、盧健立、陳文化、李沛綾、陳瓊端、鍾鳳珠、黃鳳嬌、鄭宇涵、鄧金鳳（DANG THI KIM PHUONG）（以上賭客均因賭博罪，經原審法院以上開判決各判處罰金5,000元確定）、辛○○在上述地點，以上述方法賭博財物，同日16時50分（起訴書記載17時）許，在外埋伏之警員見時機成熟，持搜索票進入上址搜索而當場查獲，除在作為賭場之房間垃圾桶內或旁邊，扣得供賭博所用之如附表編號1、2所示之物；另扣得附表其餘編號所示之物。

二、案經屏東縣政府警察局屏東分局報告臺灣屏東地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、有罪部分（即被告辛○○部分）：

一、證據能力：

被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159 條之1 至之4 等4 條之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據；當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有刑事訴訟法第159 條第1 項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，同法第159 條之5 定有明文。立法意旨在於傳聞證據未經當事人之反對詰問予以核實，原則上先予排除；惟若當事人已放棄反對詰問權，於審判程序中表明同意該等傳聞證據可作為證據；或於言詞辯論終結前未聲明異議，基於尊重當事人對傳聞證據之處分權，及證據資料愈豐富，愈有助於真實發見之理念，且強化言詞辯論主義，使訴訟程序得以順暢進行，上開傳聞證據亦均具有證據能力。查本案判決所引用具傳聞性質之各項證據資料，因被告辛○○、檢察官於原審或本院準備程序中均同意有證據能力（詳原審卷第186頁；本院卷第126頁），本院審酌各該傳聞證據作成時之情況，認均與本件待證事實具有關聯性，且查無證據足以證明言詞陳述之傳聞證據部分，陳述人有受外在干擾、不法取供或違反其自由意志而陳述之情形；書面陳述之傳聞證據部分，亦無遭變造或偽造之情事，衡酌各該傳聞證據，作為本案之證據亦屬適當，自均得為證據，而均有證據能力。

二、上開事實，業據被告辛○○於本院審理中具狀坦承犯行（詳本院卷第107頁），並經證人乙○○、陳金香、盧朝錄、杜氏順於警詢、偵查或本院審理中證述在卷（詳警卷第34頁以下、第42頁背面以下、第51頁以下；偵卷第37頁以下、第373頁至第375頁；本院卷第201頁以下）。復有職務報告、搜索票、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄、扣押物品收據、偵查報告、蒐證及搜索相片在卷可參（詳警卷第7頁、第8頁、第9頁以下；偵卷第305頁、第307頁以下、第329頁以下）。因

被告辛○○自白核與事實相符，是被告辛○○賭博犯行，堪以認定。

三、論罪：

㈠被告辛○○行為後，刑法第266條條文業經修正，於111年1月12日公布，於同年月14日生效。修正前刑法第266 條第1項規定：「在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物者，處3萬元以下罰金。但以供人暫時娛樂之物為賭者，不在此限」；修正後則規定：「在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物者，處5萬元以下罰金」。經比較修正前後之規定，以舊法有利於被告辛○○，自應適用行為時之法律即修正前之刑法第266條第1項規定。

㈡按私人處所、住宅原非公眾得出入之場所，惟長期供作賭博場所，聚集不特定之人賭博財物，與公眾得出入之場所無異，應成立刑法第266 條第1 項前段之賭博罪。核被告辛○○所為，係犯修正前刑法第266條第1項之賭博罪。被告辛○○雖於查獲當日，在查獲現場賭博多次，但其行為之時間密接，地點同一，並侵害同一法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距尚難以強行分開，應視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，應論以接續犯，僅成立一賭博罪。

四、撤銷改判之理由：

原審未及審酌被告辛○○已於於本院審理中具狀坦承賭博犯行，因而認為被告辛○○不構成賭博罪，尚有未洽。檢察官以被告辛○○應成立賭博罪為由，提起上訴，指摘原判決此部分不當，為有理由，自應由本院將原判決關於此部分撤銷改判。爰審酌被告辛○○在公眾得出入之場所賭博財物，影響社會秩序，行為實有可議之處。惟念及被告辛○○已於本院審理中具狀坦承賭博犯行，並參以本件賭博時間之久暫，押注金額之大小，及被告辛○○於原審審理中自陳：高中肄業，幫忙家中經營餐飲業，月收入約3萬餘元，已離婚，育有1子1女，均未成年等語（詳原審卷第277頁）等一切情

狀，量處如主文第2項所示之刑，並參酌前開犯罪情狀，諭知如主文第2項所示之易服勞役折算標準。

五、扣案如附表編號1、2所示之物，原係當場賭博之器具，因警察到場時，被棄置在垃圾桶內或旁邊，仍應認係當場賭博之器具，應均依刑法第266 條第2 項規定，宣告沒收之。又扣案如附表編號3至6所示之物，係於賭場隔壁房間紙箱內被查獲，雖非當場賭博之器具，而係供預備犯賭博罪所用之物，但因非被告辛○○所有，爰不宣告沒收之。另扣案如附表編號7所示之物及於其他賭客身上所扣得之現金，因非被告辛○○所有，亦非在賭檯處所扣得之財物，爰不宣告沒收之。至於警方於被告辛○○身上所查扣之現金部分，並無證據證明係被告辛○○賭贏牌局後之犯罪所得，故不沒收此部分之現金。

貳、無罪部分（即被告辛○○以外之其餘被告部分）：

一、公訴意旨略以：緣乙○○自109年6月間起，向劉森榮承租劉森榮所有屏東縣○○鄉○○路000號房屋廚房後方之房間，作為公眾得出入之賭博場所，聚集不特定之人賭博財物，賭博方式係以天九紙牌及骰子為賭具，由莊家擲骰子後，莊家及持牌之3名閒家(出家、川家、底家)按點數順序，依序抽取2張天九紙牌，再依所抽之天九牌計算點數與莊家比大小，點數大者為贏(賠率為1賠1)，其他在旁賭客則依個人選擇，跟隨持牌之閒家下注，下注金額為100元至1,000元不等。於109年9月18日15時至16時許，乙○○（莊家）聚集賭客陳金香（持牌出家）、盧朝錄（持牌川家）、杜氏順（持牌底家）、許美燕、高混蘭、黃文美、吳美人、陳盧文秀、陳美枝、盧健立、陳文化、李沛綾、陳瓊端、鍾鳳珠、黃鳳嬌、鄭宇涵、鄧金鳳、被告己○○、丙○○、丁○○、戊○○、庚○○、甲○○○，在上述地點，以上述方法賭博財物等情。因認被告己○○、丙○○、丁○○、戊○○、庚○○、甲○○○等人均係犯（修正前）刑法第266條第1項前段賭博罪嫌等語。

二、被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪；犯罪事實，應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。不能證明被告犯罪或其行為不罰者應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154條、第301 條第1 項分別定有明文。又依據刑事訴訟法第161 條第1 項規定，檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。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。倘其所提出之證據，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（最高法院92年度台上字第128號判例意旨參照）。

三、檢察官認被告己○○、丙○○、丁○○、戊○○、庚○○、甲○○○等人均涉犯賭博罪嫌。係以證人乙○○之供述；偵查報告、蒐證照片、搜索票、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收據、現場搜索照片及扣案如附表所示之物等證據資料，為其主要論據。訊據被告己○○、丙○○、丁○○、戊○○、庚○○、甲○○○均否認有何賭博犯行。被告己○○辯稱：我進去後還沒有玩，我有時候會去那邊看，因為那裡有冷氣、有東西吃，被警方扣到74,500元，是因為我都會把錢帶在身上等語。被告丙○○辯稱：我是去找同村的朋友「阿陸」，才到門口還沒進去，就遇到警察，警察就叫我進去，被警方扣到的1,000元是我的零用錢等語。被告丁○○辯稱：我那天是要去買檸檬，看到鄰居在那裡玩很好奇，還沒玩警察就來了，被警方扣到的6,000元是我本來要買檸檬做洗碗精等語。被告戊○○辯稱：那天到現場是要找朋友李沛綾聊天，沒有賭博，被警方扣到的84,100元，其中8萬元是剛向朋友借來要繳保險費等語。被告庚○○辯稱：我那天要找姊姊甲○○○借錢當生活費，就在外面等，然後警察就來，叫我不要走，被警方扣到的1,500元是我跟姊姊甲○○○剛借到的生活費等語。被告甲○○○辯稱：那天進去還沒玩，庚○○說要跟我拿錢，警察就來了，被警方扣到

的錢，其中27,700元是我要存起來的錢，另30,000元是我的菜錢等語。

四、109年9月18日15時至16時許，乙○○（莊家）聚集賭客陳金香（持牌出家）、盧朝錄（持牌川家）、杜氏順（持牌底家）、許美燕、高混蘭、黃文美、吳美人、陳盧文秀、陳美枝、盧健立、陳文化、李沛綾、陳瓊端、鍾鳳珠、黃鳳嬌、鄭宇涵、鄧金鳳、被告辛○○等人，在屏東縣○○鄉○○路000號房屋廚房後方之房間，以前開事實欄一所示之方式賭博財物，嗣警方於109年9月18日16時50分許，持搜索票至上址實施搜索，扣得如附表所示之物之事實，業經本院認定如前。

五、證人即莊家乙○○固於警詢及本院審理中證稱：要賭博的都可以進入，要進入的人應該要經過綽號坤仔的人通知後，再由坤仔指派的把風的人帶進來；這個賭場是有把風的等語（詳警卷第34頁背面、第36頁背面；本院卷第202頁）。且證人即賭客吳美人於警詢中證陳：該賭博場所應該有人把風等語（詳警卷第124頁背面）；證人即賭客黃鳳嬌於警詢中證陳：該賭博場所有把風人員；把風的問完就讓我進去等語（詳警卷第233頁）。惟本院審酌：本件查獲之賭場或沒有把風人員；或可以自由、自行開門進出該賭場；或門沒關，可以直接進入等情，亦經證人即賭客陳金香、盧朝錄、許美燕、黃文美、陳盧文秀、陳美枝、陳文化、李沛綾、鍾鳳珠、鄭宇涵、鄧金鳳於警詢中證陳在卷（詳警卷第43頁背面、第51頁背面、第69頁背面、第88頁、第134頁、第142頁背面、第179頁背面、第180頁、第189頁、第214頁、第251頁、第259頁）。則本件賭博場所是否有把風人員在場，已有可疑。縱本件賭博場所有把風人員在場，但在有賭客可以自由、自行開門進出該場所之下，本件把風人員是否隨時在場，並管制人員進出，亦有疑問。況把風人員管制人員進出該賭博場所時，欲進入該場所之人員尚未從事賭博行為，把風人員又如何能確認欲進入該場所之人員，係欲從事賭博行

為，而讓該人員進入。因此，本件把風人員是否在場，並無法完成管制不讓無意賭博之人進出該場所。亦即查獲當日，進出於該賭博場所之人，是否均係基於賭博之目的，實有疑問。不能因查獲當時，曾出現在該賭博場所內或附近，即推認該人員有意為賭博行為。此觀之陳香桂雖曾於查獲當時，出現在本件賭博場所內，但因未下注賭博，經檢察官為不起訴處分（詳偵卷第385頁以下）；及證人陳金香於警詢中證述；有幾個年紀比較大的沒有參與賭博等語（詳警卷第44頁背面），即可知之。

六、又縱使係基於賭博之目的，進入本件賭博場所，但先觀望現場賭博之狀況，再參與賭博，而未立即從事賭博行為，並非悖於常情。由於賭博現場確有人未參與賭博之事實，業經證人陳金香證述如前。且警方進入賭場內時，發現賭桌上已清空，賭桌未有任何賭資及賭具等情，有偵查報告在卷可參（詳偵卷第305頁）。另參以本件並無其他賭客指證被告己○○、丙○○、丁○○、戊○○、庚○○、甲○○○等人曾參與賭博；及依現場蒐證及搜索相片（詳偵卷第307頁以下、第329頁以下），並無被告己○○、丙○○、丁○○、戊○○、庚○○、甲○○○等人參與賭博之攝像。因此，縱使被告己○○、丙○○、丁○○、戊○○、庚○○、甲○○○等人係基於賭博之目的，進入本件賭博場所，但在無相關證據可以證明其確曾參與賭博行為之下，尚不能僅因被告己○○、丙○○、丁○○、戊○○、庚○○、甲○○○等人，曾出現在賭博場所內或附近，且身上攜有現金，停留已有相當時間，即推認被告己○○、丙○○、丁○○、戊○○、庚○○、甲○○○等人已參與賭博。

七、綜上，被告所辯縱不足採信，仍應有相關證據證明其犯行。由於本件並無相當證據，證明被告己○○、丙○○、丁○○、戊○○、庚○○、甲○○○等人確有檢察官所指之賭博犯行，業如前述。因此，原審已不能證明被告己○○、丙○○、丁○○、戊○○、庚○○、甲○○○等人犯罪為由，而

均為該被告無罪判決之諭知，經核尚無違誤。檢察官以被告己○○、丙○○、丁○○、戊○○、庚○○、甲○○○等人應成立賭博犯罪為由，提起上訴，指摘原判決此部分不當，為無理由，應予駁回。

參、被告戊○○、辛○○經合法傳喚，無正當之理由不到庭，爰不待其陳述，逕行判決。

據上論結，應依刑事訴訟法第371條、第368條、第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官蔡榮龍提起公訴，檢察官何克昌提起上訴，檢察官高碧霞到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　12　　月　　14　　日

刑事第三庭　審判長法　官　吳進寶

法　官　徐美麗

法　官　方百正

以上正本證明與原本無異。

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

檢察官及其餘被告不得上訴。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　12　　月　　14　　日

書記官　呂姿儀

附錄本判決論罪科刑所依據之法條：

修正前刑法第266條

在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物者，處3 萬元以下罰金。但以供人暫時娛樂之物為賭者，不在此限。

當場賭博之器具與在賭檯或兌換籌碼處之財物，不問屬於犯人與否，沒收之。

附表：

編號	物品名稱	數量	備註
1	天九紙牌	3副	賭場房間垃圾桶內

（續上頁）

2	骰子	1包	賭場房間垃圾桶旁
3	天九骨牌	2副	賭場隔壁房間紙箱內
4	搬風	1個	賭場隔壁房間紙箱內
5	骰子	2盒	賭場隔壁房間紙箱內
6	籌碼	1盒	賭場隔壁房間紙箱內
7	手機（三星廠牌）	1支	遺落在賭場房間外空地
8	現金（新臺幣）	625,300元	現場賭客交出扣押合計之金額（含辛○○之108,000元）。