臺灣高等法院臺中分院刑事判決

114年度原上更一字第1號

上　訴　人　臺灣彰化地方檢察署檢察官
被　　告　陳奎仰
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
鍾享泫
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
鍾孟珊
000000000000000000
000000000000000000
辛尚洋
000000000000000000
000000000000000000
楊于萱
000000000000000000
000000000000000000
黃双磊
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
上六人共同
選任辯護人　林耿銘律師
被　　告　陳子平
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

指定辯護人　本院公設辯護人林欣誼
被　　告　陳彥群

賴冠宇

曾凱健

許顥譯

邱凱元

住○○市○○區○○路0段0號0樓○○○
○○○○○）

呂坤諺

蔡旭庭

陳冠學

黃正琪

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

唐佳煌

000000000000000000

000000000000000000

上列上訴人因被告等賭博案件，不服臺灣彰化地方法院112年度原易字第24號中華民國113年3月6日第一審判決（起訴案號：臺灣彰化地方檢察署112年度偵字第11764號），提起上訴，經本院判決後，最高法院發回更審，本院判決如下：

主　　文

上訴駁回。

理　　由

一、公訴意旨略以：

㈠被告壬○○為址設彰化縣○○市○○○路000號2樓「華人德州撲克彰化分會（下稱彰化分會）」分會長，被告午○○擔任店長，被告未○○擔任櫃臺人員；被告乙○○、己○○、卯○○、丑○○擔任計分員（即荷官、發牌人員），7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8月起，以上址作為賭博場所，並透過彰化分會LINE群組、分會臉書網站公告彰化分會舉辦德州撲克賽程之方式，聚集不特定人加入會員，由會員於公告賽事期間前來報名對賭德州撲克，使用撲克牌為賭具，以「德州撲克」玩法進行賭博，參加者每次繳交當次賽事報名費新臺幣（下同）200元至1000元不等後，即可取得3萬分計分牌(即籌碼)參與賭局，其中75%報名費作為當次賽事獎金，其餘報名費由分會取得以營利。賭客取得籌碼後，輪流做莊，由荷官即被告乙○○、己○○、卯○○、丑○○負責發牌，每名賭客依序先發放2張底牌，賭客依此決定加注或放棄此局後，由荷官在桌面放置5張公牌，賭客再次決定加注或放棄此局，最終

未放棄之各賭客依據持有之2張底牌加5張公牌，任選5張最有利牌面後，互比大小論輸贏，由最大牌面之賭客贏得該局所有下注之籌碼，每次下注最低跟注為大盲注之籌碼金額，最高為自己檯面上之籌碼總額，如此循環，比賽限時2小時，倘檯面上之籌碼全輸完者即淘汰，惟淘汰者可於比賽時間內再次繳交報名費，兌換籌碼後持續參與賭局。比賽時間屆滿後，依各賭客持有之計分牌（籌碼）與獎池之總獎金（即賭客參與時所繳交之報名費），依比例兌換獎金。被告壬○○、午○○、未○○、乙○○、己○○、卯○○、丑○○以此種方式，提供賭博場所及聚眾賭博以營利。因認其等所為，係犯刑法第268條前段之意圖營利供給賭博場所罪嫌及同條後段之意圖營利聚眾賭博罪嫌等語。

㈡從彰化分會網站廣告得知訊息或接獲LINE群組訊息之會員即被告癸○○、巳○○、子○○、戊○○、丙○○、甲○○、辰○○、辛○○、寅○○、丁○○分別基於賭博之犯意，於112年6月9日18時至19時許，在上址公眾得出入場所內，繳交報名費用600元後，參與彰化分會舉辦之日常錦標賽，及以前揭德州撲克方式進行賭博。因認被告癸○○、巳○○、子○○、戊○○、丙○○、甲○○、辰○○、辛○○、寅○○、丁○○所為，係犯刑法第266條第1項前段之賭博罪嫌。

二、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2項、第301條第1項分別定有明文。次按事實之認定，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；所謂認定犯罪事實之積極證據，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，自不能以推測或擬制之方法，以為有罪裁判之基礎(最高法院30年上字第816號、40年台上字第86號、76年台上字第4986號刑事判決意旨參照)。又刑法第266條係以「賭博財物」為其構成要件行為，而賭博之本質固然是透過某一射倖性事項發生與否，決定財物之歸屬，惟社會經濟活動，諸如股市、期貨、商業交易等，本具一定程度之射倖性，而刑法賭博罪之保護法益係在社會善良健全之經濟風俗秩序，自非所有之具有賭博性質之射倖性行為，皆應科以刑責，仍須視該射倖性行為是否對財物之得喪變更具有決定性之因素，鼓勵投機，為社會善良風俗所難容而定。倘某一射倖性事項，與財物之取得與否及數額多寡並無直接關連性，則已逸脫賭博罪所欲保護之法益範圍，自難繩以刑法賭博罪之罪責。

三、公訴人認被告等17人涉犯上開罪嫌，係以其等之供述、證人宿00、董00之證述、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣案物品與照片、現場照片、蒐證資料與彰化分會網站擷圖等為主要論據。訊據被告等17人均堅詞否認有何犯行，均辯稱：我們是在比賽競技，並非賭博等語。辯護人則為被告壬○○、午○○、未○○、乙○○、己○○、卯○○、丑○○辯護稱：德州撲克並非僅具有射倖性，而是需要有高度技巧性，其中數學邏輯跟心理成分都可以透過學習跟複習來提昇，並非賭博，而且比賽是競技，籌碼最終無法換現金，並非以此決定財物得喪變更之輸贏，而是依照名次發放獎金，故非賭博等語；被告己○○之辯護人辯護稱：本案的賽事規則是依照出局的順序來決定名次，前10%的名次才會發放獎金，是屬於智力、心理競技的賽事，而且重新參賽的時間是限制在開賽後的2個小時到2.5個小時左右的截買時間內，這跟一般賭博可以隨時投入賭本的情況不同，因此請維持一審無罪的判決等語。經查：

㈠被告壬○○為彰化分會之分會長，被告午○○擔任店長，被告未○○擔任櫃臺人員；被告乙○○、己○○、卯○○、丑

○○擔任計分員（即荷官、發牌人員），被告癸○○、巳○○、子○○、戊○○、丙○○、甲○○、辰○○、辛○○、寅○○、丁○○則為參與本案德州撲克比賽之玩家。彰化分會固於上開期間，在上開會址舉辦德州撲克比賽，欲參與之玩家需先登記為會員，並繳納固定之報名費兌換計分牌即籌碼，比賽2至2個半小時內可以重複報名參加，之後則不再開放報名參加，由玩家在每一場次內進行多次牌局，玩家取得籌碼後，輪流當大盲注、小盲注，每次下注最低跟注為大盲注之籌碼金額，由荷官被告乙○○、己○○、卯○○、丑○○負責發牌，每名玩家依序先發放2張底牌即手牌，玩家依此決定加注或放棄此局後，由荷官在桌面掀開3張公牌，玩家決定要過牌、加注或放棄此局，再由荷官在桌面掀開第4張公牌，玩家亦須決定要過牌、加注或放棄此局，再由荷官在桌面掀開第5張公牌，玩家再次決定要過牌、加注或放棄此局，最終未放棄之各玩家依據持有之2張底牌加桌面上之5張公牌，任選5張最有利牌面後，互比大小論輸贏，由最大牌面之玩家贏得該局所有下注之籌碼，而棄牌之人無須掀底牌給他人看，如此循環，直至籌碼終歸一人所有，再依照該次比賽淘汰順序決定名次及分配獎金，如係限時賽，則於比賽時間結束時，按檯面上玩家的籌碼數決定名次及分配獎金。玩家不能選擇將籌碼直接兌換回現金。再倘若玩家在比賽後放棄比賽，其籌碼即歸零，不得將籌碼用於下次比賽等情，業據被告等17人於警詢、偵查、原審及本院審理時供述明確，且互核大致相符，並與證人即共同被告甲○○、戊○○於原審審理之證述、甲○○、辛○○於本院審理時證述之情節相符，復有搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣案物品與照片、現場照片、蒐證資料與彰化分會網站擷圖等在卷可稽，此部分堪予認定。

㈡本案德州撲克比賽之玩法，係由荷官先發給各參加者2張底牌，玩家分別下注或放棄底牌後，荷官再依序掀開3至5張公牌，玩家即自行將底牌與公牌排列出最有利之組合，再決定

是否過牌、加注或放棄此局，最後由牌面組合最大者贏取該場次比賽之籌碼，業如前述。而荷官所發給之底牌、公牌均係一副撲克牌洗牌後隨機發給，是玩家之輸贏仍繫於荷官所發給底牌、公牌間之組合大小，則玩家就自己持有底牌與檯桌上公牌間組合結果，本即含有偶然、不確定性之因素存在。然而，玩家並非持現金上場進行遊戲，開始前亦無以現金兌換籌碼之行為，而係發給每位玩家相同數量之籌碼，使其等於齊頭平等之情況下進行，核與一般賭博參與者係得隨時加入，並自行決定投入多少財物作為賭本，藉以投機取得更多財物之情形，已然有別；而各玩家取得獎金之數額，不僅受到總獎金之限制，且在比賽時間內進行多次牌局，運用技術策略，始能勝出，各玩家最終之籌碼數量，乃取決於綜合多次牌局之輸贏，如係限時賽，最終手上尚有籌碼之各玩家，按計分牌籌碼數之高低決定名次，如非限時賽，則由取得所有籌碼之一人，及依照該次比賽淘汰順序決定名次，依公式比例換算分配獎金，並非僅以單局之下注輸贏結果直接兌換現金，亦非單純以與報名時相同之兌換比例將籌碼換回現金，可見此處所謂「籌碼」與財物之得喪無關，並非有經濟價值之物，而僅係用以計算、判斷玩家是否應遭淘汰、以此產生名次之標準，另「輸者」、「淘汰者」僅係產生最終名次過程中之產物，均不因輸贏而需再支付任何財物，此與一般賭博行為以射倖性決定輸贏、勝負後，立即產生時間上、數量上均相應於此之財物得喪變更結果，足見本案參與者所進行之牌局，固以偶然事實成就決定輸贏，然並非以此決定財物之得喪變更。故本案德州撲克賽程兼具有競技性質，無法依單次射倖結果而獲取財物，與「賭博財物」之定義自有不符。被告癸○○、巳○○、子○○、戊○○、丙○○、甲○○、辰○○、辛○○、寅○○、丁○○於上開時間，參與彰化分會舉辦之日常錦標賽，尚難認符合賭博罪之不法構成要件。

㈢彰化分會舉行德州撲克賽程前，已事先公告比賽規則及獎金

發放辦法，為被告壬○○、午○○供陳在卷，而該協會復經向彰化縣政府辦理商業登記，營業項目包含休閒活動場館業、競技等，有經濟部商工登記公示資料查詢服務在卷足憑（見偵卷一第665頁），被告壬○○、午○○，未○○、乙○○、己○○、卯○○、丑○○任職於該協會，主觀上認該分會所舉辦之德州撲克賽程，為協會之會員競技而非賭博，乃合於常情。被告壬○○、午○○固於警詢中供稱：彰化分會收取之報名費其中30％為「行政費用」，可知彰化會提供場地舉辦比賽，以參賽者報名時所繳交之報名費中，收取其中30%之金額，然就賽事中，各局之下注輸贏結果，並無抽分任何款項，該「行政費用」並非透過各次牌局之偶然輸贏而獲取財物上之利益；而經營上開協會、宣傳企畫、提供場地、器具、人員，勢必有基本開銷支出，且玩家不論輸贏，在活動開始前即需成為會員、先繳交相同數額之報名費，此實為參與活動之前提，與因射倖性產生之財物得喪變更無關，尚難將此報名費之支出列為未能得名領獎之損失，而謂玩家因射倖性產生之輸贏與財物得喪變更相涉。再者，如倘欲從中牟利，實無必要事先限制比賽報名截止時間而限制人員參賽，並限制玩家兌換籌碼數量而限制參賽金額，亦無必要設定玩家淘汰之限制、結算總籌碼積分再按名次計算獎金、籌碼無法兌換現金等規則，其所收取之行政費用與一般提供賭博場所之抽頭並不相同，是足徵被告壬○○、午○○、未○○、乙○○、己○○、卯○○、丑○○於本案不具營利之意圖供給賭博場所或聚眾賭博之犯意。

㈣至證人宿00及董00雖於警詢時證述：有規定比賽時間，時間結束如果還沒分出勝負，就依每人剩下之籌碼決定勝負云云（見偵卷二第246、258頁），然其等當天並無參與比賽，僅係在旁觀看，是其等是否確實知悉本案之比賽規則，並非無疑，且其等所述與被告等所述均不相同，自無法以此作為不利於被告等之認定。

四、上訴理由之論斷：

㈠檢察官上訴意旨略以：原判決以本案牌局確具有競技之性質，認與以偶然事實決定財物得喪變更之賭博行為不符等由，似有混淆賭博罪之射倖性要件與被告壬○○等主辦方之營利意圖要件。又玩家多次繳費、繼續賭局之情形實屬常見，此種做法顯然有助於經營者賺取更多利益，得以佐認基於營利意圖，以競賽為由行聚眾賭博之實。本案彰化分會所謂會員資格，任何人均可報名取得，進而繳交所謂報名費參與賭局，形同毫無限制，且比賽過程與結果公告周知，主辦方與獲勝者均樂於宣傳，是本案情節於上開罪名之構成要件均屬合致。請將原判決撤銷，更為適當合法之判決。

㈡惟查，德州撲克之玩家須依照本身對撲克規則、牌型之熟稔度，與其他玩家下注、較勁，並非每一牌局均會進行到最後亮牌階段即藉由比較牌面大小決定該局輸贏，仍賴玩家本身之智力、注意力與判斷力之競技決定勝負，若技術不夠純熟，或未能掌握策略，極可能遭到淘汰，而無法分配獎金。換言之，德州撲克之勝敗，非僅以荷官所發牌面好壞之射倖性決定輸贏，或僅以此直接決定財物之得喪變更，也非僅以單次牌局射倖結果而獲取財物，而具有相當程度競技比賽之意味，自難認符合刑法賭博罪之不法構成要件。本件德州撲克賽事既不符合於刑法賭博罪之構成要件，而彰化分會以玩家報名時所繳交之報名費中，收取其中30%之金額作為「行政費用」，非透過各次牌局之偶然輸贏而強制抽取一定比例之金額，均已如述，玩家是否繼續參加牌局，並無強制，亦未設限制，實與一般賭博場所之抽頭金自有不同當無檢察官所指「以競賽為由行聚眾賭博之實」之情形。是檢察官前開上訴意旨，自無可採。

五、綜上所述，本件檢察官所為訴訟上之證明，尚不足為被告等人有罪之積極證明，無從說服法院形成其等有罪之心證。原審因此以不能證明被告等人犯罪，依刑事訴訟法第301條第1項規定，諭知被告等人無罪之判決，經核原判決已說明所憑以認定之證據及理由，且無違於證據法則，其認事用法均無

不合。檢察官上訴意旨仍執前詞，任意指摘原審判決不當，其上訴為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官朱健福提起公訴，檢察官張嘉宏提起上訴，檢察官庚○○到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　4　　月　　23　　日

刑事第十庭　審判長法　官　簡　源　希

法　官　楊　文　廣

法　官　楊　陵　萍

以上正本證明與原本無異。

不得上訴。

書記官　陳　三　軫

中　　華　　民　　國　　114　　年　　4　　月　　23　　日