臺灣高等法院臺中分院刑事判決

115年度上易字第351號

上　訴　人
即　被　告　徐正庭
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　劉順寬律師

上列上訴人即被告因賭博案件，不服臺灣苗栗地方法院114年度易字第701號中華民國115年3月9日第一審判決（起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署114年度偵字第4417號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

犯罪事實

一、Ａ０１自民國113年4月1日起，承租苗栗縣○○市○○路000號1樓店面，於裝潢3至5個月後開始經營「六九自助桌遊店」（下稱本案桌遊店），店內並未聘僱任何員工，而係設置自動收費機、電動麻將桌等設備，以及提供麻將、牌尺、骰子等器具，並創設「69桌遊店」LINE群組供不特定之客人相互邀約，客人如欲使用上開設備及器具，需先至自動收費機選擇欲使用之桌號及桌數，以每張桌每小時新臺幣（下同）50元之價格付款後，電動麻將桌、電燈及冷氣等電器設備始經通電而可供使用，即新興之「無人店」經營模式，主觀上已預見消費者在本案桌遊店內，可能使用其提供之電動麻將桌、麻將、牌尺及骰子等設備及器具賭博財物，仍容忍賭博行為發生而意圖營利，基於提供賭博場所及聚眾賭博之不確定故意，提供本案桌遊店為賭博場所及電動麻將桌、麻將、牌尺及骰子為賭博器具。鄭祿峻、徐純凡、劉瑋婷、蒲柔里（下稱鄭祿峻等4人，所為賭博犯行業經檢察官為職權不起訴處分確定）即相約於114年1月20日18時許前往本案桌

遊店，使用店內之電動麻將桌、麻將、牌尺及骰子，依照臺灣麻將（16張）規則進行賭博，由胡牌者贏得賭局，並以每底50元、每臺20元計算各局輸贏金額，再以自備之撲克牌充當籌碼計算各人輸贏點數（1點為10元），Ａ０１則因此收取150元（共3小時）之場地費。嗣因警方於114年1月20日20時50分許，在本案桌遊店持搜索票執行搜索，當場查獲鄭祿峻等4人前揭賭博行為，並查扣如附表所示之物，始查悉上情。

二、案經苗栗縣警察局苗栗分局報告臺灣苗栗地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

一、證據能力部分：

㈠按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據；又被告以外之人於審判外之陳述，雖不符合同法第159條之1至第159條之4之規定，但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，刑事訴訟法第159條第1項及同法第159條之5分別定有明文。查本判決下列所引用被告以外之人於審判外之陳述，檢察官、上訴人即被告Ａ０１（下稱被告）及其辯護人於原審準備程序及本院審理時均表示同意作為證據（見原審卷第56頁，本院卷第68頁），本院審酌上開證據製作時之情況，尚無違法不當及證明力明顯過低之瑕疵，且為證明本案犯罪事實所必要，揆諸上開規定，均應有證據能力。

㈡非供述證據部分，並無證據顯示係實施刑事訴訟程序之公務員違背法定程序所取得之證據，亦無顯有不可信之情況或不得作為證據之情形，自均有證據能力。

二、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

訊據被告矢口否認有何上揭犯行，並辯稱：我經營本案桌遊

店是新興行業，有依法辦理商業登記、保險、繳稅之合法店家，客人必須同意遵守電子合約，不得從事非法行為才可以消費，而且店內有貼嚴禁賭博的警告標語，現場也有裝監視器，警方如果要調取，我也全力配合提供等語。辯護人之辯護意旨略以：⑴本案桌遊店提供的「麻將桌」乃多功能遊戲桌，非僅可打麻將，也可玩多種桌遊，店內桌椅及桌遊器具均非專供賭博之用，扣案撲克牌則係客人自行帶入店內使用，本案桌遊店並無提供籌碼兌換現金服務，亦無抽頭情形，客人支付場地費係使用本案桌遊店之租金，為合法、合理之收入及利潤，非賭博行為之對價，且來電消費之客人非被告所邀約，任何成年人均得自由進出，店內亦有安裝監視器警示客人防免犯罪，被告雖為本案桌遊店負責人，然與本案賭博之客人並無犯意聯絡及行為分擔。⑵客人在消費前必須簽下電子合約同意遵守相關禁止賭博等非法行為之約定，且店內有張貼警告標語禁止客人在店內從事賭博，裝設監視器亦警示客人防免犯罪，被告有上開積極作為，並未放任、容忍賭博。⑶本案桌遊店為新興無人管理行業（如無人自助KTV、無人夾娃娃店、無人自助飲料店），有辦理商業登記、保險，係經政府允許依法繳稅之合法店家，「無人管理」旨在節省人事成本，與未來AI人工智慧潮流一樣，「無人巡店」為「無人店」特徵，應非被告犯罪之理由。⑷刑法第268條係作為犯，與不作為犯之刑罰問題無涉，被告提供之桌椅及桌遊器具並非專供賭博之用，與賭博之客人亦無犯意聯絡及行為分擔，不該當刑法第268條營利賭博罪之構成要件。公訴意旨與原判決卻認被告僅消極張貼警語、免責聲明，放任店內賭博，係以解釋之方法創設並擴張被告之「保證人地位」，進而科以「保證人義務」，令被告擔負不作為犯之法律責任，明顯與「罪刑法定原則」相悖，亦不得將刑法不作為犯所規定之作為義務，擴張至單純違反社會風俗之義務，而認為成立不作為犯等語。經查：

㈠被告自113年4月1日起，承租苗栗縣○○市○○路000號1樓

店面，於裝潢3至5個月後開始經營本案桌遊店，店內並未聘僱任何員工，而係設置自動收費機、電動麻將桌等設備，以及提供麻將、牌尺、骰子等器具，並創設「69桌遊店」LINE群組供不特定之客人相互邀約，客人如欲使用上開設備及器具，需先至自動收費機選擇欲使用之桌號及桌數，以每張桌每小時50元之價格付款後，電動麻將桌、電燈及冷氣等電器設備始經通電而可供使用，即新興之「無人店」經營模式。鄭祿峻等4人即相約於114年1月20日18時許前往本案桌遊店，使用店內之電動麻將桌、麻將、牌尺及骰子，依照臺灣麻將（16張）規則進行賭博，由胡牌者贏得賭局，並以每底50元、每臺20元計算各局輸贏金額，再以自備之撲克牌充當籌碼計算各人輸贏點數（1點為10元），被告則因此收取150元（共3小時）之場地費。嗣警方於114年1月20日20時50分許，在本案桌遊店持搜索票執行搜索，當場查獲鄭祿峻等4人前揭賭博行為，並查扣如附表所示之物等節，業據被告坦承不諱，並經鄭祿峻等4人於警詢及偵查時證述明確，復有苗栗縣警察局苗栗分局偵查隊偵查報告、搜索扣押筆錄、現場位置圖、扣押物品清單、住宅租賃契約書、保險投保證明、營業人銷售額與稅額申報書各1份、原審法院114年聲搜字第5號搜索票2份、扣押物品目錄表5份、通訊軟體對話紀錄5張、社交軟體擷圖4張、現場採證照片14張附卷可稽（見偵卷第75至83、163至181、185至191、247至259、273、281至289頁，原審卷第23至25頁），此部分事實應堪認定。

㈡觀諸卷附通訊軟體擷圖，可見「69」、「50/20」、「69麻將館」、「100/20」之訊息及本案桌遊店之圖示（見偵卷第78、79頁），其中「聯大自摸不會摸」群組更多達190人加入（見偵卷第79頁），參以證人蒲柔里於偵查時證稱：（如何知道69自助桌遊店可以玩麻將賭錢？）我上網查詢。（約湊桌時，如果看到50/20，是何意思？）底跟台數等語（見偵卷第199頁）；證人徐純凡於偵查時證稱：（如何知道69自助桌遊店可以玩麻將賭錢？）同事講的。（約湊桌時，如

果看到50/20，是何意思？）底跟台數等語（見偵卷第200頁）；證人劉瑋婷於偵查時證稱：（如何知道69自助桌遊店可以玩麻將賭錢？）之前聽人家說的。（約湊桌時，如果看到50/20，是何意思？）底跟台數等語（見偵卷第201、202頁）；證人鄭祿峻於偵查時證稱：（如何知道69自助桌遊店可以玩麻將賭錢？）同事講的。（約湊桌時，如果看到50/20，是何意思？）底跟台數等語（見偵卷第203頁），可知確有彼此間不認識之不特定多數人透過網路在通訊軟體群組相互邀約，或認識之人聽他人轉述相約前往本案桌遊店以臺灣麻將賭博之情事。又證人劉瑋婷於偵查時證稱：店家應該知道我們在賭博，正常打麻將都會有金錢往來等語（見偵卷第201、202頁）；證人王芊文於偵查時證稱：（你們認為店家知不知道客人都用這種方式賭錢，用默許的方式？）應該知道。會有人約不認識的，不太可能向我們這樣用請客或抵銷的方式去算，就用現金結算金額等語（見偵卷第222頁）；證人劉家畯於偵查時證稱：（你們認為店家知不知道客人都用這種方式賭錢，用默許的方式？）應該知道，如王芊文所述等語（見偵卷第222頁）；證人許庭瑄於偵查時證稱：（你們認為店家知不知道客人都用這種方式賭錢，用默許的方式？）如王芊文所述等語（見偵卷第222頁），而均表示本案桌遊店之經營者應知悉前往消費之客人會在店內賭博。

㈢被告辯稱已採取簽署電子契約、店內張貼警語及裝設監視器等方式，若發生問題可以提供監視器給警方作為證據等語，而本案桌遊店內雖有張貼「嚴禁賭博」、「禁止賭博」之標示（見偵卷第265、269頁），然觀諸自動收費機顯示之「免責聲明」，記載：「本場所僅提供正當娛樂用途，嚴禁在此從事性騷擾、性行為、性交易、偷拍、簽賭、賭博、聚眾賭博、吸毒、販毒等一切法律所不允許之違法行為。如使用本場所之人（任何人及會員等）有發生上開任何違法行為，皆與本場所、管理人及負責人無關。」（見偵卷第263頁）；以及「警告聲明」記載：「一、本場所禁止從事任何犯罪行

為：㈠不得飲酒及攜帶任何酒精飲料進入本場所；㈡不得毀損、竊取本場所任何物品、設備。二、本場所採24小時監控錄影，且所有物品、設備皆有標示價格，如發現上述犯罪行為，必將委請律師提起刑事告訴追究犯行，並且依照標示價格提起刑事附帶民事訴訟請求賠償，決不寬貸」，可知上開內容雖有禁止賭博之意，然此種形式標語對於防止賭博之發生毫無實質作用可言，主要仍係表彰本案桌遊店內所發生之違法行為均與被告無關，以及24小時監控錄影係為避免店內物品、設備遭客人毀損而欲求償之用，且被告為了節省營運成本而採「無人店」經營模式，捨棄聘僱員工在場監督以免發生賭博等違法行為之最有效方式，明顯增加本案桌遊店內發生違法賭博行為之風險。另有關裝設監視器部分，被告於原審審理時供稱：監視器是24小時錄影，我不確定可否即時觀看，安裝監視器後，我應該是都沒有開啟監視器即時查看或是調取錄影檔回放確認店內情形等語（見原審卷第78、79頁），可知被告雖於本案桌遊店內裝設監視器，然未曾透過監視器即時查看店內有無發生賭博情事，依證人鄭祿峻等4人於偵查時所述，亦可知其等於賭博期間未遭店家制止。再佐以被告於原審準備程序及審理時供稱：（你有無想過有人可能利用你的桌遊店，從事賭博行為？）我有想過；（你個人認為，你在本案所採取的措施，例如簽署電子契約、在店面張貼禁止賭博的公告，可以有效避免他人在桌遊店賭博？）我認為不管使用什麼手段都無法阻止要違法的人；（你看客人在做什麼，是否也是擔心他們從事違反賭博等行為？）是等語（見原審卷第54、81、82頁），足認被告主觀上已預見消費者在本案桌遊店內，可能使用其提供之電動麻將桌、麻將、牌尺及骰子等設備及器具賭博財物，且容任賭博行為發生甚明。

㈣按刑法第268條之罪，以意圖營利，供給賭博場所或聚眾賭博，為其構成要件。所謂「意圖」者，即主觀上之期望，亦即所以出此之動機或目的；所謂「營利」者，即藉以牟取經

濟上或財產上利益；所謂「意圖營利」者，固與俗稱之「抽頭」或「抽取頭錢」意義相近，但以行為人主觀上有此藉以牟利之期望為已足，並不以實際上有無實施抽頭之行為為必要，亦非以實際上已取得利益為要件（最高法院89年度台非字第49號、112年度台上字第4254號判決意旨參照）。證人徐純凡於警詢時證稱：店內有自動投幣機，收費1小時50元，以現金投幣，開了3小時等語（見偵卷第133頁），參以被告於警詢時供稱：本案桌遊店是我本人經營，沒有合夥人，空間使用費1小時50元，收取開臺費用，1天營利平均約3000元等語（見偵卷第86、87、89頁），於原審準備程序及審理時供稱：1個空間有分1張、2張桌，1張桌1小時50元，2張桌1小時100元，整間店是我獨資經營等語（見原審卷第55、82頁），可知本案桌遊店為被告獨資經營，以收取開臺費為營收來源，且於本案所收取鄭祿峻等4人所給付之150元開臺費，與鄭祿峻等4人違法賭博之輸贏無關而不具射倖性，已含有「抽頭」之性質，揆諸上開說明，足認被告主觀上有營利意圖甚明。

㈤按刑法第268條之營利賭博罪，係以意圖營利，而供給賭博場所或聚眾賭博，為其成立要件（最高法院97年度台非字第358號判決意旨參照）。而被告主觀上具有營利意圖，且已預見消費者在本案桌遊店內，可能使用其提供之電動麻將桌、麻將、牌尺及骰子等設備及器具賭博財物等節，詳如前述，鄭祿峻等4人亦確實在被告所經營之本案桌遊店內，以被告提供之電動麻將桌、麻將、牌尺及骰子等設備及器具賭博財物，顯見被告係以積極之作為方式，實現刑法第268條意圖營利供給賭博場所罪、意圖營利聚眾賭博罪之構成要件，應成立作為犯。

㈥至被告辯稱客人如欲在本案桌遊店消費，需先同意遵守電子合約所載不得從事賭博等非法行為之約定，店內亦有張貼嚴禁賭博之警告聲明及裝設監視器，辯護人則主張被告已有上開積極作為防免他人在本案桌遊店內犯罪，不得以解釋之方

法創設並擴張被告之「保證人地位」，進而科以「保證人義務」等語。惟按對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同。刑法第15條第1項定有明文，此即所謂「不純正不作為犯」之規定。不純正不作為犯的構成，須法律上有防止之義務，亦即以「保證人地位」存在為前提（最高法院112年度台上字第1663號判決意旨參照）。換言之，行為人以消極不作為的方式，達到通常須以積極作為方式才能實現的犯罪構成要件，亦即行為人基於其保證人地位而負有防止結果發生之義務，卻以與積極作為等價之消極不作為方式，導致不法構成要件結果之發生。然被告本案係以積極作為而成立刑法第268條意圖營利供給賭博場所罪、意圖營利聚眾賭博罪，本即無「保證人地位」之問題，而應係被告所為各種措施（如電子契約、店內張貼警語及安裝監視器等），是否足以使被告於主觀上確信本案桌遊店內不會發生賭博情事而無犯罪之不確定故意，此部分亦經本院詳予論駁，辯護人將「被告主觀上已預見消費者在本案桌遊店內，可能使用其提供之電動麻將桌、麻將、牌尺及骰子等設備及器具賭博財物，且容任賭博行為發生而主觀上具有不確定故意」而認原判決認被告容任賭博行為係屬不作為犯等語（見本院卷第33頁），容有誤會，是此部分被告答辯內容及辯護人辯護意旨，自無足採。

㈦另辯護人主張本案桌遊店提供的「麻將桌」乃多功能遊戲桌，除麻將外亦可玩多種桌遊，店內桌椅及桌遊器具均非專供賭博之用，且本案桌遊店為新興無人管理行業（如無人自助KTV、無人夾娃娃店、無人自助飲料店），旨在節省人事成本，應非被告犯罪之理由等語。然被告於原審準備程序時供稱：我有提供麻將、牌尺、骰子，每張桌子都是電動洗牌等語（見原審卷第53頁），並有現場照片5張可參（見偵卷第283至285、288頁），參以證人陳柏伸於偵查時則證稱：（有看過客人不是打麻將，玩其他桌遊？）沒有。都是看見在打麻將等語（見偵卷第219頁），表示在本案桌遊店內依

其所見均係遊玩麻將，而非其他桌遊，顯見被告經營本案桌遊店係以把玩麻將為主，始於店內提供高單價之電動麻將桌及麻將、牌尺及骰子等設備及器具，且鄭祿峻等4人使用店內之電動麻將桌、麻將、牌尺及骰子，依照臺灣麻將（16張）規則進行賭博，被告主觀上對此亦有所預見，即符合供給賭博場所及聚眾賭博之構成要件，與上開設備及器具是否為專供賭博之物無涉。又新興「無人店」經營模式，倘若於「無人店」內發生犯罪行為，經營者非必然需負刑事責任，仍須依個案判斷經營者所為是否符合所涉罪名之犯罪構成要件，包含「客觀構成要件」（簡言之為行為等客觀事實）及「主觀構成要件」（簡言之為故意、過失等主觀意圖），須二者兼具，且行為人有責任能力始能成立犯罪。依照辯護人所舉之「無人KTV」、「無人飲料店」、「無人夾娃娃店」（見原審卷第83頁），倘若有人在上開場所、利用相關設備從事特定犯罪行為，仍須依個案具體情節，視該場所及設備與特定犯罪間之客觀關聯性，以及場所經營者於主觀上是否明知或預見該場所及設備可能與特定犯罪相關，非可一概而論，自無從僅以新興「無人店」經營模式，而不論個案具體情節，即逕為被告有利之認定。

㈧至辯護人所提之另案判決，與本案個案情節不同，自不得比附援引而為被告有利之認定，附此敘明。

㈨綜上所述，被告前揭所辯及辯護人之辯護意旨，均不足憑採，本案事證已臻明確，被告所為犯行堪以認定，應予依法論科。

三、論罪情形：

㈠核被告所為，係犯刑法第268條前段之意圖營利供給賭博場所罪及同條後段之意圖營利聚眾賭博罪。

㈡罪數之說明：

1.按刑事法上所稱集合犯，乃指本質上具有反覆、延續實行之特徵，立法時予以特別歸類，定為犯罪構成要件之行為要素，亦即就某些在密切接近之一定時、地，所持續實行之同

種類複次行為，依照社會通念，將之歸為一個行為，成為包括之一罪。是犯罪是否為包括一罪之集合犯，客觀上，應斟酌其法律規定之本來意涵、實現該犯罪目的之必要手段、社會生活經驗中該犯罪實行常態及社會通念；主觀上，則視其是否出於行為人之一個決意，並秉持刑罰公平原則等情形，加以判斷（最高法院108年度台上字第840號判決意旨參照）。被告於113年4月1日承租苗栗縣○○市○○路000號1樓店面，裝潢3至5個月後開始經營本案桌遊店起至114年1月20日20時50分許為警查獲止，持續供給賭博場所及聚眾賭博財物之行為，本質上即具有反覆、延續實行之特徵，且行為人主觀上係基於概括之犯意，客觀上於密切接近之一定時間及相同場所持續實行，依社會通常觀念而言，在法律上應總括為合一之評價，而各論以集合犯之包括一罪。

2.被告以一行為同時觸犯意圖營利供給賭博場所罪及意圖營利聚眾賭博罪，為想像競合犯，應依刑法第55條之規定，從一重之意圖營利聚眾賭博罪處斷。

四、上訴駁回之理由：

㈠原判決因而認被告犯行，罪證明確，依論罪科刑相關規定，以被告責任為基礎，審酌被告已預見消費者在本案桌遊店內，可能使用其提供之電動麻將桌、麻將、牌尺及骰子等設備及器具賭博財物，仍容任該賭博情事發生，意圖營利而提供賭博場所及聚眾賭博，不僅助長社會投機心理及賭博歪風，對社會風俗亦造成不良影響，所為殊非可取；兼衡被告經營本案桌遊店之期間、獲利，暨其犯罪動機、目的、手段、於原審所述之智識程度、家庭、經濟與生活狀況及犯罪後矢口否認犯行之態度等一切情狀，量處如原判決主文欄所示之刑，並諭知如易科罰金之折算標準。另就沒收部分說明如下：

1.扣案如附表編號1、3至7所示之物（即與鄭祿峻等4人之賭博行為有關），均為被告所有供本案犯罪所用及預備（即檯面下之麻將1副）之物，爰依刑法第38條第2項前段規定宣告沒

收。

2.按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之，刑法第38條之1第1項前段定有明文。扣案如附表編號2所示由被告收取之150元（即扣案部分現金），係鄭祿峻等4人在本案桌遊店賭博所給付之開臺費，屬被告從事違法行為之犯罪所得，自應依刑法第38條之1第1項前段規定宣告沒收。

3.鄭祿峻等4人持以賭博之扣案撲克牌共52張（見偵卷第177頁），係劉瑋婷所購買而非被告所有之物，且被告本案並未犯刑法第266條第1項之罪，自無從於本案依刑法第266條第4項規定宣告沒收。

4.扣案之監視器主機僅係攝錄店內情形，若有物品損壞供被告求償之用；扣案之其他麻將、牌尺、骰子、麻將桌、撲克牌等物及現金5400元，亦無證據可證明係供鄭祿峻等4人以外之人賭博所用之物及所給付之開臺費，自應為被告有利之認定而不予宣告沒收。

經核原判決所為認事用法均無不當，量刑及沒收與否之說明亦屬妥適。

㈡被告固執前詞提起上訴，否認犯罪，指摘原判決不當。惟證據之取捨及證據證明力如何，均屬事實審法院得自由裁量、判斷之職權，苟其此項裁量、判斷，並不悖乎通常一般之人日常生活經驗之定則或論理法則，且於判決內論敘其何以作此判斷之心證理由者，即不得任意指摘其為違法。原判決參酌卷內各項供述、非供述證據相互勾稽，而為綜合判斷、取捨，據此認定本案犯罪事實，並於理由欄內詳為說明判斷依據與心證，且經本院就被告辯解無法採信之理由論述如前，被告上訴意旨猶憑前詞否認犯罪，要係對原判決已說明事項及屬原審採證認事職權之適法行使，持憑己見而為不同之評價，任意指摘原判決不當，尚非可採。被告上訴為無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官陳昭銘提起公訴，檢察官Ａ０２到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　6　　月　　9　　日

刑事第五庭　審判長法　官　張智雄

法　官　廖健男

法　官　游秀雯

以上正本證明與原本無異。

不得上訴。

書記官　王譽澄

中　　華　　民　　國　　115　　年　　6　　月　　9　　日

附錄本案論罪科刑法條全文：

中華民國刑法第268條

意圖營利，供給賭博場所或聚眾賭博者，處3年以下有期徒刑，得併科9萬元以下罰金。

附表：

編號	扣押物名稱及數量	備註
1	投幣機1臺	見偵卷第173頁
2	現金150元	
3	牌尺4支	見偵卷第177頁
4	搬風（骰子）1個	
5	麻將1副（檯面上）	
6	麻將1副（檯面下）	
7	電動麻將桌1張	