臺灣高等法院臺中分院刑事判決

115年度上易字第352號

上　訴　人
即　被　告　謝岱融
000000000000000000
000000000000000000
　　蕭佩筠
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
共　　同
選任辯護人　易帥君律師

上列上訴人即被告等因賭博案件，不服臺灣臺中地方法院114年度易字第2086號中華民國114年1月23日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方檢察署113年度偵字第27248號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於謝岱融沒收追徵犯罪所得部分撤銷。

前揭撤銷部分，謝岱融未扣案之犯罪所得新臺幣陸拾伍萬肆仟元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

其餘上訴駁回。

理　由

一、本案審判範圍

按上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，刑事訴訟法第348條第3項定有明文。上訴人即被告（下稱被告）謝岱融、蕭佩筠均不服第一審判決（下稱原判決）全部提起上訴（見本院卷第9頁），檢察官並未上訴，嗣被告謝岱融、蕭佩筠於本院準備程序、審理時表明僅就原判決關於量刑及沒收犯罪所得新臺幣（下同）80萬元、9萬6千元部分

上訴（見本院卷第98、119頁），均撤回對於量刑及沒收犯罪所得80萬元、9萬6千元以外之其他部分上訴，有其等「撤回上訴聲請書」在卷（見本院卷第107、109頁）可參。依刑事訴訟法第348條第3項規定，本院審判範圍僅就原審判決被告2人量刑及沒收犯罪所得80萬元、9萬6千元部分妥適與否進行審理，並以原判決所認定之犯罪事實及論斷之罪名，作為審認量刑是否妥適之判斷基礎。

二、被告2人上訴意旨略以：

㈠被告謝岱融是「○○○○○○○○○○○○○」之負責人，且係合法設立登記營業，與不法私藏於民宅之非法賭場顯屬有別，除提供場地供人進行○○○○外，亦有提供○○○○競技、○○及其他○○等娛樂項目，而與賭博無關，退步而言，被告謝岱融經營之○○○○○亦有客人○○之○○收入，更與賭博毫無相關，倘將被告謝岱融於營業期間向與本案無關、無任何賭博行為之客人所收取之正當場地費與相關合法費用，一併納入不法所得之計算，實非允洽。被告謝岱融於民國113年5月14日當日所扣得之1,750元，係被告謝岱融提供場地之對價，應以本案所生之犯罪所得即1,750元為沒收之標的；縱使鈞院認應以總營業額80萬元作為被告謝岱融犯罪所得之計算，亦應扣除已支付之店租金36萬8,516元、水電費16萬9,245元及同案被告蕭佩筠、○○○之薪資15萬6,000元，共計69萬3,761元，上開收入實為被告謝岱融為維持生活條件所必要，請依刑法第38條之2第2項規定不予宣告沒收或酌減沒收金額為10萬6,239元（80萬元－69萬3,761元＝10萬6,239元）。

㈡被告蕭佩筠任職期間前後共計領取薪水9萬6,000元，此薪資報酬性質應為被告蕭佩筠職務工作之對價，非屬藉由參與賭博以射倖行為而獲取，亦非藉由「提供賭博場所」、「聚眾賭博」等媒介行為之直接對價，且被告蕭佩筠之薪水與一般正常上班族薪水無異，並無顯不相當之超額報酬，屬於合法勞力付出之報酬，若將全部犯罪所得宣告沒收顯有過苛之

虞，懇請依刑法第38條之2第2項規定不予宣告沒收。

㈢被告2人所為意圖營利聚眾賭博之犯行固有不當，惟本案與一般新聞上常見之不法私設躲藏於民宅之非法賭場或與廣招會員、不受物理空間限制之線上博弈網站迥然有別，惡性及不法利得均天差地遠，且被告2人前均無類似前科，犯案時年僅30歲、23歲，目前已從事正當工作，顯無再犯之虞，被告謝岱融母親罹患「○○○○○○○群」影響工作，而自115年2月23日治療迄今，復於115年6月22日診斷出「○○○○○○未明示部位○○○○第○期」，恐怕來日無多，且可預期即將支出大額之醫療費用，被告蕭佩筠父親先前罹患「伴有○○○之○○○○○○○○○」、「持續性○○○○」現仍持續恢復休養中，現今亦患有○○疾患，尚須被告蕭佩筠從旁輔助照顧，請賜被告2人更有利之判決，被告謝岱融並符合法定緩刑要件，請求給予緩刑宣告等語。

三、本院之判斷

㈠原審就被告2人量刑部分是否妥適之說明

原審審理後，綜合全案證據資料，本於科刑裁量之權限，對被告2人予以量刑，並以行為人之責任為基礎，審酌「被告謝岱融、蕭佩筠為牟取不法利益，不思循正當途徑獲利，竟供給賭博場所、聚眾賭博，助長社會僥倖心理，危害社會善良風氣，所為實不可取，均應予非難。惟念及被告謝岱融、蕭佩筠於本院準備程序及審理中坦承犯行，兼衡被告謝岱融、蕭佩筠之犯罪手段，被告謝岱融為○○○○○○○○○○○○之負責人、被告蕭佩筠為○○○○○○○○○○○○之員工，本案查獲時賭客人數眾多，○○○○○○○○○○○○經營期間達數月，對社會危害程度及被告謝岱融、蕭佩筠如法院前案紀錄表所載之前科素行，暨其於本院審理中自述之智識程度及生活狀況（見本院卷第102至104頁、第133至134頁，基於個人隱私及個資保障，爰不於判決中詳載）」等一切情狀，分別量處如原判決主文第1項、第2項所示之刑，並均諭知如易科罰金之折算標準。已充分審酌被告

2人犯案情節之輕重，並斟酌刑法第57條所列各款事項，在法定刑度內，酌量科刑，無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形。被告2人於本院審理時雖分別提出其家中長輩生病之診斷證明書、藥袋等件（見本院卷第145、147、153、154頁）為據，固值同情，惟被告2人從事本案犯行，破壞社會善良風俗，嚴重者致使賭客沈迷其中，流連忘返，影響家庭經濟生活，所生危害自不容小覷，其等所犯刑法第268條意圖營利聚眾賭博罪，法定刑為3年以下有期徒刑，原審僅分別量處其有期徒刑6月、3月，已屬極偏低度之量刑，不宜再予更低度刑，此外，被告2人其餘上訴意旨所指摘各情已為原審量刑時即予審酌，復非依據卷內資料具體指摘原審量刑有何違法或明顯不當，其等提起上訴及於本院審理時亦均未再提出具體新事證足以證明原審量刑有何不妥之處，則其等提起本件刑部分之上訴為無理由，應予駁回，如主文第3項所示。被告謝岱融前雖未曾因故意犯罪而受有期徒刑以上刑之宣告，有其法院前案紀錄表在卷可按，惟本院審以其僅為一己私利圖利供給賭博場所及聚眾賭博，易使賭客沈迷其中，流連忘返，危害社會秩序，實不宜輕縱，自不適宜為緩刑宣告，附此說明。

㈡原審就沒收被告2人之犯罪所得部分是否妥適之說明

1.按：⑴犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額，刑法第38條之1第1項、第3項定有明文。而基於犯罪所得沒收並非刑罰，主要目的在於剝奪犯罪所得以預防犯罪，基於澈底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之意旨，是犯罪所得不問成本，均應沒收（刑法第38條之1之規定之立法理由參照），以遏阻、根絕犯罪誘因。換言之，於計算行為人之犯罪所得時，依法不得扣除成本。⑵行為人於任職處所受領之薪資、獎金等報酬，如與其非法行為有直接關聯，應認報酬已受其違法行為污染，均為不法所得而應予剝奪，以落實「任何人不得保有

犯罪所得」、「任何人不得自犯罪獲利」以及「徹底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因」等沒收新制之立法意旨。⑶刑法第38條之1第1項前段犯罪所得沒收之規定，同以「屬於犯罪行為人者」，為沒收要件。則於數人共同犯罪時，因共同正犯皆為犯罪行為人，所得屬全體共同正犯，本亦應對各共同正犯諭知沒收。然因犯罪所得之沒收，在於避免被告因犯罪而坐享利得，基於有所得始有沒收之公平原則，如犯罪所得已經分配，自應僅就各共同正犯分得部分，各別諭知沒收。且因犯罪所得之沒收性質上屬類似不當得利之衡平措施，非屬刑罰，自不適用嚴格證明法則，僅需自由證明為已足（最高法院114年度台上字第5337號判決意旨參照）。

2.被告謝岱融經營「○○○○○○○○○○○○」期間，日營收約7,000至8,000元，然因營業期間營業額有高有低，若未扣掉人事支出，總營收為80萬元，為被告謝岱融於原審審理時供述明確（見原審卷第129至130頁），亦經其於本院準備程序時供認無誤（見本院卷第100頁）。而被告謝岱融係與被告蕭佩筠、同案被告○○○共同為本案意圖營利聚眾賭博犯行，其2人均自被告謝岱融處領取薪資，而獲取非法報酬，形同被告謝岱融本案犯罪所得之部分業已分配與共犯，總計被告蕭佩筠領取9萬6千元（詳下所述），至同案被告○○○則領取5萬元報酬（○○○於警詢及偵查中供稱：我從112年3月開始上班，上○○，薪資以日薪1,500元計算，於賭場工作至今獲利大概5、6萬元〈見偵27248卷一第114、417頁〉，並經原審法院認定其領取5萬元報酬），是以，被告謝岱融本案犯罪所得即為65萬4千元（80萬元－9萬6千元－5萬元＝65萬4千元），且依上開說明，本院於認定被告謝岱融之犯罪所得時，本無須扣除其租金、水電費等營運成本，而此部分犯罪所得既未扣案，自應依刑法第38條之1第1項前段、第3項前段規定予以宣告沒收追徵。

3.被告蕭佩筠係於113年1月間開始於「○○○○○○○○○○○○」工作，工作由被告謝岱融排班，每日薪水為1,500

元，任職期間取得9萬6,000元，為被告蕭佩筠於警詢、原審審理及本院準備程序時供承明確（見偵27248卷一第87至94頁；原審卷第129頁；本院卷第100頁），被告蕭佩筠上開所領取之薪資係因共同參與本案犯行而來，而與其非法行為有直接關聯，應認其薪資報酬已受其違法行為所污染，基於徹底剝奪犯罪所得，根絕犯罪誘因等沒收立法意旨，自應予以沒收，上開犯罪所得既未扣案，應依刑法第38條之1第1項前段、第3項前段規定宣告沒收追徵。

4.被告2人上訴意旨雖持前詞為辯，認為被告謝岱融前揭犯罪所得應扣除相關房租、水電等成本及無關之○○、正常營業等收入，暨被告蕭佩筠所得係正常工作薪資，並非本案「提供賭博場所」、「聚眾賭博」等媒介行為之直接對價，原審所為沒收實有過苛之虞，請求予以酌減等語。惟：

⑴計算犯罪行為人之犯罪所得，基於澈底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之意旨，自不應扣除犯罪成本，已如前述，則被告謝岱融上訴再爭執應扣除上開水電、房租等成本云云，自非可採。

⑵至被告謝岱融另以本案尚有○○、○○、○○等正常營業收入等情，惟：①證人即賭客○○○、○○○、○○○、○○○、○○○、○○○、○○○、○○○於警詢及偵查中均證述其等前往「○○○○○○○○○○○○」是在打○○，以打○○輸贏的方式賭博，以○○為賭具，籌碼○○○是店家提供的，當作現金，一開始就放在○○桌上，用於○○賭博的賭資，都是等到要離開時，賭客間再互相兌換回現金（○○○見偵卷一第185至195頁、偵卷二第84至86頁；○○○見偵卷一第215至221頁、偵卷二第26至28頁；○○○見偵卷一第237至243頁、偵卷二第14至16頁；○○○見偵卷一第259至271頁、偵卷二第16至19頁；○○○見偵卷一第287至293頁、偵卷二第31至33頁；○○○見偵卷一第309至315頁；○○○見偵卷一第329至335頁、偵卷二第33至35頁；○○○見偵卷一第349至355頁、偵卷二第29至31頁），②前揭證人復

均證稱：「○○○○○○○○○○○○○」提供○○場所供賭客把玩賭博○○，店家、現場○○○○知道賭客賭博○○後會在現場兌換現金（○○○見偵卷一第191頁、偵卷二第85、86頁；○○○見偵卷一第220頁、偵卷二第27、28頁；○○○見偵卷一第240頁；○○○見偵卷一第265、269頁、偵卷二第17至19頁；○○○見偵卷一第290頁、偵卷二第31至33頁；○○○見偵卷一第312頁；○○○見偵卷一第332頁、偵卷二第34、35頁；○○○見偵卷一第352頁、偵卷二第29、31頁）；③此外，證人○○○證稱：我去賭博過很多次，好幾個月了，1星期約3至4次（見偵卷一第195頁），證人○○○證稱：我自己用LINE問店家有沒有人可以玩，店家再通知我，我去過很多次（見偵卷二第27頁），證人○○○證稱：我去過6次以上（見偵卷一第242頁），○○○證稱：我去過4次（見偵卷二第17頁），○○○證稱：我去過10次以上（見偵卷一第292頁），○○○證稱：我去過30次，頻率1週5次（見偵卷一第314頁），○○○證稱：我去過蠻多次，沒有算，有空、有局可能就會去，蕭佩筠是○○○○（見偵卷一第334頁），○○○證稱：我去過蠻多次，我沒有算，大約1週1次（見偵卷一第354頁）。依其等之證述內容，其等均前往「○○○○○○○○○○○○○」賭博○○多次，頻率甚高，其等賭玩○○時與同桌之人均互不相識，亦未曾提及其等前去係從事○○遊戲，證人○○○更是因為○○即被告蕭佩筠任職該處，臨時缺人才上場賭玩○○。則被告謝岱融再辯以其上開80萬元營收尚包括○○、○○等正當收入一節，與卷內事證不符，自不足取；另賭客前往把玩時縱有消費○○之收入，亦係伴隨被告謝岱融本案意圖營利提供場所、聚眾賭博之非法行為而來，同受被告謝岱融非法行為所污染而為其本案之非法營收，自屬當然。是以，被告謝岱融再爭執其犯罪所得應再扣除○○消費、○○、○○等收入一節，均要無可採。此外，被告謝岱融在短短不到5個月餘之總營收即為80萬元，獲利並非低微，倘使未就其實際獲

取之犯罪所得予以悉數沒收，無啻犯罪後仍坐享犯罪之成果，顯然有違刑法規定沒收犯罪所得之本旨，亦有悖於公平正義原則，尚難僅因其於本院所提家庭成員之身體狀況，即遽認宣告沒收其犯罪所得有過苛之虞，或已影響其必要之生活條件，是以，自仍應就其實際獲取之報酬即65萬4千元沒收及追徵之。

⑶賭客前往賭玩○○時，先支付入場費250元給○○○○，已經前揭證人即賭客○○○等人均證述明確，亦經被告2人供認無誤，而店家、○○○○均知悉賭客賭玩後可以兌換現金一情，已如前⑵②所述，被告蕭佩筠復係擔任○○○○○○，而與被告謝岱融共同從事本案犯行，案發期間總計領取9萬6千元報酬，為其本案犯罪所得，復查無諭知沒收追徵對其最低限度生活產生影響，難認符合刑法第38條之2第2項有過苛之虞及為維持其生活條件之必要等情形，自仍應全數沒收及追徵之。

5.綜上所述，被告謝岱融上訴意旨以原審沒收追徵其犯罪所得80萬元部分為不當，為有理由，應由本院將原判決關於其部分沒收追徵予以撤銷，改諭知就其未扣案之犯罪所得65萬4千元予以沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，予以追徵之，如主文第2項所示。另被告蕭佩筠上訴意旨以原審沒收追徵其犯罪所得9萬6千元為不當，則屬無據，此部分上訴應予駁回，如主文第3項所示。

據上論斷，應依刑事訴訟法第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。

本案經檢察官林卓儀提起公訴，檢察官許景森到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　23　　日

刑事第九庭　審判長法　官　石　馨　文

法　官　陳　茂　榮

法　官　賴　妙　雲

以上正本證明與原本無異。

不得上訴。

書記官　黃　湘　玲

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　23　　日

【附錄本案科刑法條】

刑法第268條

意圖營利，供給賭博場所或聚眾賭博者，處三年以下有期徒刑，得併科九萬元以下罰金。