臺灣高等法院刑事判決

109年度上易字第1048號

上　訴　人　臺灣新北地方檢察署檢察官
被　　告　江斌榮
000000000000000000
000000000000000000
　　潘柏任
000000000000000000
000000000000000000
　　文敬宣
000000000000000000
000000000000000000
　　林瀧斌
000000000000000000
000000000000000000

上列上訴人因被告賭博案件，不服臺灣新北地方法院109年度易字第232號，中華民國109年5月11日第一審判決（起訴案號：臺灣新北地方檢察署109年度偵字第569號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、本件經本院審理結果，認第一審判決對被告江斌榮、潘柏任、文敬宣、林瀧斌為無罪之諭知，核無不當，應予維持，並引用第一審判決書記載之證據及理由（如附件）。

二、檢察官上訴意旨略以：

㈠本案查獲處所，確實有養殖魟魚之事實，需長期支出房租、水電、魚飼料等費用，若非從養殖魟魚而有收益，一般人難以負擔，何況，被告等人正當壯年，正是養家活口之當頭，身負教養兒女鉅額教育費用等家庭開銷之重擔，除家庭開銷外，被告江斌榮、林瀧斌尚待負擔上址處所之開支，苟上址

無營利情形，怎可能支撐相關開支而長期存在？故被告等人辯稱上址並無營利情事，有悖社會常情，原審採信被告等人辯詞諭知無罪，認事用法尚有未洽。

㈡從員警職務報告可知，員警吳信旻、陳冠志當時身擔「取締賭博專案勤務」，因上址有賭博情事，才在上址查獲本案，而警方能在上址查獲本案，顯然上址供作賭博場所已久，員警才能一擒就逮被告等人，足認上址處所，雖屬私人場所，但並非作為家庭居住之用，是供作魚類養殖、貿易、對換交流之用，具有營利場所性質。「既是營利場所，就不是非屬公眾得出入之場所」，原審認定非屬公眾得出入之場所，其認定事實有悖經驗法則、論理法則。

㈢本案被告等人就是在營利場所，敞開大門，足令一般人站在門外即能目視或聽聞被告等人在屋內以麻將為賭具之情景或聲音，其定輸贏以現金結算，自屬在公眾得出入之場所賭博財物。原審判決認被告4人所為與刑法第266條第1項前段賭博罪之構成要件不合，諭知被告4人無罪，即有適用法則不當之違法。原審判決認事用法既有未洽，爰依法提起上訴，請將原判決撤銷，更為適當合法之判決等語。

三、經查：

㈠本案查獲現場即新北市○○區○○路00巷00號1樓房屋，係有3片鐵拉門阻絕內、外空間，查獲本案當時，3片鐵拉門中僅有1片鐵拉門打開，屋外並無任何營業招牌或販售魚類之相關標誌，此有現場照片在卷可按（偵卷第90至91、94頁），卷內之員警職務報告亦載明該址並無營業招牌（偵卷第37頁）。尤其，經本院依檢察官之聲請傳喚證人即查獲員警陳冠志到庭，依證人陳冠志所證述：查獲現場是我們派出所的轄區，我經常巡邏經過，白天經過時，大部分鐵門都拉下來，但是當天經過時，他們的鐵門是打開的，現場的外面沒有招牌等語（本院卷第92頁），更徵該址非但沒有招牌，甚且大多數時間均鐵門緊閉，與一般開店對外營業之處所迥不相同，檢察官上訴仍指該處為公眾得出入之場所，難認可

採。

㈡依證人陳冠志於本院審理時所證，警方當時是因為被告江斌榮當場有表示該處是賣魚的，且魚缸旁有1個透明瓶子，瓶內有現金，被告江斌榮當場又稱「那是賣魚的錢」，故而判斷上址為公眾得出入之營業場所（本院卷第88至91頁）。惟查，經原審當庭勘驗員警密錄器檔案結果，被告江斌榮在警方前往該址當時，實係向員警稱：「這是做魚出口，不好意思，這是賣魚的，做魚的出口」，有原審勘驗筆錄在卷可考（原審易字卷第65頁），是難認被告江斌榮當時有向員警表示魚缸旁透明瓶子內的現金是賣魚所得的錢。從而，檢察官執上情主張該處為公眾得出入之營業場所，亦非有據。

四、綜上所述，原審以公訴人所指被告江斌榮、潘柏任、文敬宣、林瀧斌犯罪之證明方法，尚未達於通常一般人均無所懷疑而得確信為真實之程度，因不能證明被告江斌榮等4人犯罪，而為被告江斌榮等4人無罪之諭知，核無不合。檢察官猶執前詞上訴，指摘原審無罪判決不當，為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第373條，判決如主文。

本案經檢察官林書伃提起公訴，檢察官黃明絹提起上訴，檢察官林黛利到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　8　　月　　19　　日

刑事第七庭　審判長法　官　孫惠琳

法　官　連雅婷

法　官　戴嘉清

以上正本證明與原本無異。

不得上訴。

書記官　高建華

中　　華　　民　　國　　109　　年　　8　　月　　19　　日

附件：

臺灣新北地方法院刑事判決　　109年度易字第232號

公　訴　人　臺灣新北地方檢察署檢察官
被　　告　江斌榮　男　民國00年00月0日生
身分證統一編號：Z000000000號
住○○市○○區○○街000號7樓
潘柏任　男　民國00年0月00日生
身分證統一編號：Z000000000號
住○○市○○區○○街00號4樓
文敬宣　男　民國00年0月0日生
身分證統一編號：Z000000000號
住○○市○○區○○路00巷0號
林瀧斌　男　民國00年0月00日生
身分證統一編號：Z000000000號
住○○市○○區○○路00巷00號

上列被告因賭博案件，經檢察官提起公訴（109 年度偵字第569號），本院判決如下：

主　文

江斌榮、潘柏任、文敬宣、林瀧斌均無罪。

理　由

一、公訴意旨略以：被告江斌榮、潘柏任、文敬宣、林瀧斌基於賭博之犯意，於民國108 年12月11日晚間10時44分許，在新北市○○區○○路00巷00號1 樓漁業養殖販賣場所之公眾得出入場所內，以麻將為賭具賭博財物。其賭博方式為一底新臺幣（下同）100 元，每臺20元，自摸者或先胡牌者為贏家，自摸者向其他3 家收取一底加臺數之金額，以此方式賭博財物。嗣於同日晚間10時44分許，為警在上址查獲，並當場扣得現金共810 元、麻將1 副、牌尺4 支。因認被告江斌榮、潘柏任、文敬宣、林瀧斌所為，均涉犯刑法第266 條第1項前段賭博罪嫌云云。

二、按無罪判決，無刑事訴訟法第154 條第2 項「應依證據認定」之犯罪事實之存在。因此，同法第308 條前段規定，無罪之判決書只須記載主文及理由。而其理由之論敘，僅須與

卷存證據資料相符，且與經驗法則、論理法則無違即可，所使用之證據亦不以具有證據能力者為限，即使不具證據能力之傳聞證據，亦非不得資為彈劾證據使用。故無罪之判決書，就傳聞證據是否例外具有證據能力，本無須於理由內論敘說明（最高法院100 年度台上字第2980號判決意旨可資參照）。是以本案既為無罪之判決，自無庸逐一論述所引之各項證據是否具有證據能力，合先敘明。

三、另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。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。

四、公訴意旨認被告江斌榮、潘柏任、文敬宣、林瀧斌涉犯賭博罪嫌，無非係以江斌榮、潘柏任、文敬宣、林瀧斌之供述、職務報告、現場蒐證光碟、譯文、勘驗筆錄、現場圖、扣押筆錄、扣押物品目錄表及現場照片為據。

五、訊據被告江斌榮、潘柏任、文敬宣、林瀧斌固坦承於上揭時、地有一起打麻將，且贏得賭金，然均堅持否認有何刑法第266 條第1 項之賭博犯行，均供稱：該地為江斌榮、林瀧斌一同承租之私人養魚的場所，並非一般人得以出入，更非公共場所等語。經查：

(一)被告江斌榮、潘柏任、文敬宣、林瀧斌於108 年12月11日晚間10時44分許，在新北市○○區○○路00巷00號1 樓，以麻將為工具，其賭博之方式為一底100 元，每臺20元，自摸者或先胡牌者為贏家，自摸者向其他3 家收取一底加臺數之金額乙節，業據被告江斌榮、潘柏任、文敬宣、林瀧斌所坦認，並有新北市政府警察局蘆洲分局扣押筆錄、扣押物品目

錄表、現場照片在卷可查（見臺灣新北地方檢察署109 年度偵字第569 號卷，下稱偵查卷，第57至61、89至96頁），及扣案之現金共810 元、麻將1 副、牌尺4 支於卷可佐，此部分
事實應堪認定。

(二)按關於賭博行為，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，處三萬元以下罰金。但以供人暫時娛樂之物為賭者，不在此限。」為普通賭博罪。所謂「公共場所」，係指特定多數人或不特定之人得以出入、集合之場所；所謂「公眾得出入場所」，係指非屬公共場所，而特定多數人或不特定之人於一定時段得進出之場所。經查：

1.被告江斌榮於警詢時供稱：該地點為私人漁業養殖場所，不可以隨意進入，伊沒有對外開放，伊只有在做進出口不對外接顧客等語（見偵查卷第16頁）；於檢察官偵訊時供稱：警方查獲的地點是伊跟林瀧斌共同承租的地方，租金一個月一萬，伊與林瀧斌各出一半，有在該處養紅魚，伊會出口到大陸去，由貿易商來跟伊收購之後出口等語（見偵查卷第130頁）。被告潘柏任於警詢時供稱：該處係朋友養魚的地方，平常不會有客人，賣魚不會在那邊賣等語（見偵查卷第23頁）；於檢察官偵訊時供稱：該處不是營業場所，江斌榮、林瀧斌在該處養紅魚等語（見偵查卷第118頁）。被告文敬宣於警詢時供稱：該處是朋友家，沒有客人，只有朋友才會來等語（見偵查卷第28頁）；檢察官偵訊時供稱：該處不是營業場所，林瀧斌在該處養紅魚等語（見偵查卷第122頁）。被告林瀧斌於警詢時供稱：該處是漁業養殖場所，不是對外，只有朋友會來等語（見偵查卷第35頁、本院卷第54頁）；於檢察官偵訊時供稱：該處是伊與江斌榮一起承租的，江斌榮會出口去國外，伊只是繁殖，有人來跟伊收購，一隻魚的收購價約數千元到數萬元，該處不是營業場所等語（見偵查卷第126頁）。於本院審理時均供稱：該處為江斌

榮、林瀧斌私人養殖魚類之場所，並非一般人得以隨意進出等語（見本院審查卷第77至79頁、本院卷第47至51頁）。則依前開被告江斌榮、潘柏任、文敬宣、林瀧斌所陳，被告江斌榮、林瀧斌雖在新北市○○區○○路00巷00號1樓內部養殖魚類，然該處並無直接對外營業，一般人不得隨意進出等節均供述一致，則上址是否確實為公訴意旨所稱之公眾得出入場所，顯然可疑。

2. 觀諸查獲現場之外部狀況，新北市○○區○○路00巷00號1樓設有3 片鐵拉門阻絕內、外空間，警方查獲被告江斌榮、潘柏任、文敬宣、林瀧斌當時，3 片鐵拉門中僅有1 片鐵拉門打開，而上址外部並沒有任何營業招牌或販售魚類之相關標誌乙節，此有現場照片在卷可查（見偵查卷第90至91、94頁），而職務報告亦載明該址並無營業招牌（見偵查卷第37頁），復參以被告文敬宣檢附之現場附近照片所示，上址之外觀實與附近街坊之住家外觀並無二致（見本院審查卷第83至93頁），則新北市○○區○○路00巷00號1 樓是否確實係公訴意旨所稱之漁業養殖販賣場所，而屬於公眾得出入場所，更屬有疑。

3. 卷附之職務報告雖記載，該址內部有許多魚缸飼養大量魚類，且鐵架上有透明瓶子裝有金錢，因而判斷該處為營業場所云云（見偵查卷第37頁）。

⑴查被告江斌榮、林瀧斌確實在該處養殖魚類乙節，業經本院論述在前，於市面上養殖魚類之場所雖亦會有對不特定之顧客直接販售魚類之行為，然而養殖與販售兩者行為間，依據不同之商業模式，亦有相當之區別，兩者之間當不得一概而論。因商家既有對外直接販售給不特定顧客之目的，該商家當係敞開大門，設立明顯招牌、在大門附近放置魚缸展示觀賞魚等方式，吸引顧客上門交易，則此種販售魚類之商家，為公眾得出入場所，確無疑義。但不具有上開商業模式之養殖魚類場所，尤其養殖高單價魚類或改良魚類品種之場所，一般人不得隨意進入，因此種養殖

魚類場所內部涉及魚苗之培育、特殊品種之養成、養殖方式等等具高度專業性之技術，不得任由外人探知，避免技術外洩，降低特殊品種之稀有地位，故縱有交易亦非以進入養殖魚類場所內部交易之方式為之。本件公訴意旨就被告江斌榮、林瀧斌在現場放置魚缸之目的，係因渠等在現場養殖魚類、培育特殊魚種，但並未有招攬不特定顧客在現場進行交易，或係要讓顧客在現場觀賞魚類後進行交易，而有讓不特定人任意出入之意思等節，均未加以區分，亦未顧及本件查獲地點之外部鐵拉門，僅拉起1 片鐵拉門，並未完全敞開、亦無任何販售觀賞魚類之標誌，逕以職務報告及現場放置魚缸之照片，即認新北市○○區○○路00巷00號1 樓為漁業養殖販賣場所，而屬於公眾得出入場所，未免速斷。

⑵至職務報告又記載魚缸旁鐵架上透明瓶子裝有金錢，此為營業所得，故此為營業場所云云。查魚缸旁之鐵架上雖確實放置一個透明瓶子，瓶子旁有百鈔及瓶子內有零錢，此有現場照片在卷可查（見偵查卷第92頁），然觀諸上開金錢放置之方式顯與一般店家會設置收銀臺、或放置收銀機以妥善收取顧客給付之金錢之方式，顯然有別，則上開金錢是否確實係被告江斌榮、林瀧斌販售魚類之營業所得，顯然可議。再者，前開金錢放置之地點為魚缸旁邊，甚為顯眼，進入查獲地點之人，可隨意接近上開金錢，進而趁現場之人不注意之際加以取走，更與一般商家就店內之營業所得會予以遮蔽，避免遭人覬覦之常情，顯然相違，則上開金錢是否確實係被告江斌榮、林瀧斌販售魚類之營業所得，更屬有疑。而被告江斌榮、林瀧斌於本院訊問時均供稱：錢會放在那邊是因為電費、房租、魚飼料會一起出，是共同支出之部分等語（見本院卷第51頁），則上址既為被告江斌榮、林瀧斌共同承租，因此在現場放置共同支出之金錢，便於支付共同開銷，且因不會有外人隨意出入，因此以上開方式隨意放置，實與常情無違，被告江斌

榮、林瀧斌上開所陳，並非無據。至警方製作之現場蒐證光碟之譯文雖記載被告江斌榮稱上開金錢「係賣魚的錢」（見偵查卷第87頁），然被告江斌榮當時所陳，其係稱「這是做魚出口的，這是賣魚的，做魚的出口」，此有本院勘驗筆錄在卷可查（見本院卷第65頁），被告江斌榮顯然係在向警方解釋其係在做魚類出口，實與營業所得無涉。況退萬步言，所謂營業場所僅在營業時間內允許客人出入其內，具有一定之限度，而當時為晚間10時44分，為一般營業店家休憩之時間，現場亦僅有1 片鐵拉門打開，該址並未有任何仍然在營業之證據，縱然被告江斌榮、林瀧斌確實曾有在該處販售魚類予隨意上門之顧客，惟被告江斌榮、潘柏任、文敬宣、林瀧斌等人在上址遭查獲時，該址確實已經沒有營業，已非公眾得出入場所，甚為明確。

⑶綜上，新北市○○區○○路00巷00號1 樓內，雖有放置魚缸，魚缸旁雖有金錢，然均無從作為對被告江斌榮、潘柏任、文敬宣、林瀧斌不利之認定。至檢察官聲請傳喚當日到場執行搜索之員警到庭作證（見本院卷第52頁），以說明入內查獲之源由，然依據卷內之職務報告已明警方入內之因，上開證人本院認無傳喚之必要，附此說明。

六、綜上所述，公訴人所指出之證明方法，尚無從證明被告江斌榮、潘柏任、文敬宣、林瀧斌有公訴意旨所指普通賭博罪嫌，本件關於被告江斌榮、潘柏任、文敬宣、林瀧斌犯罪之證明，尚未達於通常一般之人均無有所懷疑而得確信其為真實之程度，被告江斌榮、潘柏任、文敬宣、林瀧斌之犯行既不能證明，揆諸前揭意旨及說明，自應為被告江斌榮、潘柏任、文敬宣、林瀧斌無罪之諭知，以昭審慎。

據上論斷，應依刑事訴訟法第301 條第1 項前段，判決如主文。

本案經檢察官林書　提起公訴，檢察官黃明絹到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　5　　月　　11　　日

刑事第一庭　法　官　許菁樺

上列正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於判決送達後20日內敘明上訴理由，向本院提出上訴狀（應附繕本）。

書記官　吳育嫻

中　　華　　民　　國　　109　　年　　5　　月　　11