臺灣高等法院刑事判決

111年度上易字第538號

上　訴　人　臺灣臺北地方檢察署檢察官

被　　告　汪之正

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

徐錦毅

000000000000000000

000000000000000000

張芷菱

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

上列上訴人因被告等賭博案件，不服臺灣臺北地方法院110年度易字第795號，中華民國111年2月23日第一審判決（起訴案號：臺灣臺北地方檢察署110年度偵字第2061號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、公訴意旨略以：被告汪之正、徐錦毅、張芷菱（下合稱被告3人）均為中華撲克競技發展協會（下簡稱中華撲克協會）之成員，3人於民國109年12月17日晚上8時30分許後至翌日凌晨3時20分許間，在被告汪之正以每月新臺幣（下同）5萬6千元承租之臺北市○○區○○○路000號6樓之2房屋（下稱本案地點）為場地，由被告徐錦毅擔任現場主持人、被告張芷菱擔任發牌荷官，以中華撲克協會為名義，召集中華撲克協會會員蘇禹銘、胡威沂、黃揚勛、鄭建中、程育瑞、廖俊郎等人，舉辦限時4小時之「德州撲克限時錦標賽」（下稱本案比賽），參賽會員以2萬2千元向被告徐錦毅換取面額共

2萬之計分籌碼，取得參賽資格，其中2萬元進入錦標賽獎金池，2千元則由中華撲克協會以行政費用名義收取。隨後參賽會員在被告張芷菱之協助下，以撲克牌為賭具，賭注分為小盲注、大盲注，由荷官發2張撲克牌給每位賭客（即所謂的手牌），陸續再發5張公牌公開在桌面，過程中由賭客選擇是否加注、跟注、蓋牌或過牌，於末次加注完畢後，即以未蓋牌之賭客手牌分別與公牌組合，相互比較彼此花色、牌型大小，由最大者勝利，並獲得賭桌上累積之全部賭注，即德州撲克規則進行遊玩。比賽時間結束前，如計分籌碼耗盡，得以2萬1千元再購入面額共2萬之計分籌碼。比賽時間結束時，參賽會員以桌面上留存計分籌碼之高低，透過電腦程式朋分獎池內之獎金。被告3人即以此方式舉辦非公然之賭博活動，並賺取參賽會員每次購入計分籌碼之費用而營利。因認被告3人共同涉犯刑法第268條之意圖營利供給賭博場所及聚眾賭博罪嫌。

二、按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，為裁判基礎；且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；另認定犯罪事實所憑之證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內，然無論直接證據或間接證據，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，始得據之為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在，無從使事實審法院得有罪之確信時，即應由法院為諭知被告無罪之判決（最高法院40年台上字第86號、30年上字第816號、76年台上字第4986號判決意旨參照）。復按刑法第266條係以「賭博財物」為其構成要件行為，賭博之本質是透過某一射倖性事項發生與否，決定財物歸屬，因此，刑

法賭博罪之保護法益，在於社會善良健全之經濟風俗。而意圖營利供給賭博場所或聚眾賭博罪之保護法益，亦在於處罰行為人基於營利之目的，利用聚眾賭博或提供賭博場所之方式，使他人為上開賭博財物行為而獲取對價。故所謂賭博行為，係指以偶然之事實，決定財物之得喪變更者而言。

三、公訴意旨認被告3人共同涉犯刑法第268條之意圖營利供給賭博場所及聚眾賭博罪嫌，無非係以被告汪之正、徐錦毅、張芷菱於警詢及偵查中之供述、證人即中華撲克協會成員蘇禹銘、胡威沂、黃揚勛、鄭建中、程育瑞於警詢中之證述、證人即中華撲克協會成員廖俊郎於警詢及偵查中之證述、現場座位圖2張、查獲照片32張、扣案之記帳表1張、報名表3張、報到表1張、活動說明1張、現金60萬4,500元、計分籌碼675個、德州撲克桌布1組、撲克牌2副、DEALER卡1個、切牌卡1張、OPPO廠牌行動電話1支等為其主要論據。

四、訊據被告3人固不否認其等分別於上開時間，在本案地點，舉辦之德州撲克比賽，並由被告徐錦毅擔任現場主持人、被告張芷菱擔任發牌荷官，惟均堅詞否認有何共同意圖營利供給賭博場所及聚眾賭博犯行，被告汪之正辯稱：中華撲克協會是經過內政部申請成立之合法協會，目的在推廣德州撲克、益智桌遊及培訓荷官提供工作機會，非以營利為目的。凡球類比賽、自行車比賽之舉辦均有收取報名費，因此撲克會舉辦比賽收取報名費，實屬常情，而報名費主要用在支付在場工作人員車馬費及餐費。中華撲克協會舉辦德州撲克比賽，並非以營利為目的，而是要推廣德州撲克，中華撲克協會也曾舉辦多場免費比賽。且德州撲克已被列為競技體育項目之一，並非賭博行為，我沒有意圖營利供給賭博場所及聚眾賭博之犯意等語；被告徐錦毅辯稱：是胡威沂找我加入中華撲克協會，案發時我是現場主持人，負責接待客人、協助客人兌換籌碼，我有看過中華撲克協會章程及舉辦比賽的海報，我想說形式上都沒有問題，才去幫忙，警察也有來臨檢等語；被告張芷菱辯稱：是胡威沂找我加入中華撲克協會，

案發當時本案地點正在比賽，我是荷官負責發牌，我有確認過是合法的，所以才會去幫忙等語。

五、查被告汪之正為中華撲克協會之幹部，以每月5萬6千元承租本案地點；中華撲克協會於109年12月17日晚上8時30分許，在本案地點，舉辦限時4小時之「德州撲克限時錦標賽」（即本案比賽），並由被告徐錦毅擔任現場主持人、被告張芷菱擔任發牌荷官；嗣員警於翌（18）日凌晨1時20分許，持搜索票前往本案地點執行搜索，當場查獲蘇禹銘、胡威沂、黃揚勛、鄭建中、程育瑞、廖俊郎等人正進德州撲克比賽，並扣得現場座位圖2張、查獲照片32張、扣案之記帳表1張、報名表3張、報到表1張、活動說明1張、現金60萬4,500元、計分籌碼675個、德州撲克桌布1組、撲克牌2副、DEALER卡1個、切牌卡1張、OPPO廠牌行動電話1支等物品等事實，業據被告汪之正、徐錦毅、徐錦毅於警詢、偵查及原審準備程序時自陳在卷（見臺灣臺北地方檢察署110年度偵字第2061號卷【下稱偵卷】第16至20頁、第34至36頁、第86至91頁、第275至277頁、第366至368頁，原審110年度易字第795號【下稱原審卷】第32至35頁），並有臺北市政府警察局大安分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、現場座位圖2張、現場查獲照片32張在卷可稽（見偵卷第149頁、第151至163頁、第167至184頁、第185至187頁），此部分事實，首堪認定。

六、關於本件撲克把玩方式是否符合賭博定義乙節，經查：

㈠本案比賽之方式及規則，參賽者係以2萬2千元兌換2萬元籌碼，取得參賽資格，其中2萬元進入比賽獎金池，2千元則由中華撲克協會收取作為行政費用，並以德州撲克規則進行遊玩，比賽時間4小時內，籌碼用罄即被淘汰，不得分配獎金，一定時間或次數內，可再以2萬1千元兌換2萬元籌碼加入牌局，1千元則由中華撲克協會收取，而總獎金之數額，即是視該場賽事加入之參賽人次計算（即2萬元×參賽人次），比賽結束後，依據參賽者桌面上留存籌碼之高低決定

排名，並透過電腦程式（即ICM公式）分配獎池內之獎金等情，分據被告汪之正、徐錦毅於警詢及偵查中供述明確（見偵卷第35至36頁、第17至20頁、第366至368頁），核與證人蘇禹銘、廖俊郎、胡威沂、黃揚勛、鄭建中、程育瑞證述之情節相符（見偵卷第114至117頁、第120至122頁、第126至127頁反面、第130至132頁、第136至138頁、第142至144頁、第360至361頁第363至365頁）。則與其他賭博行為相較，參與者必須依照本身對撲克技藝之熟稔度，而與其他參賽者較勁，若技術不夠純熟，則會遭到淘汰，而無法分配獎金。此與一般賭博行為之單純一次射倖，時間極短，無需對牌局思考把玩策略，即決定輸贏，且參與者可無限制下注，僅憑運氣決定勝負，有所不同。

㈡被告汪之正於偵查中供陳：不在牌桌上的玩家也可以報名上桌，但人數上限9人，退出方式有主動放棄或將籌碼放置牌桌上供各局盲注用罄，不能換回現金乙情（見偵卷第367頁），核與證人廖俊郎於偵查中證稱：比賽不能任意退出，真的要走，錢也無法退回等語相符（見偵卷第360頁）。又參賽者取得獎金之數額，不僅受到總獎金之限制，且在比賽時間內進行多次牌局，綜合各局輸贏狀況，時間結束後最終手上尚有籌碼之各參賽者，按計分牌籌碼數之高低，依電腦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。堪認本案比賽所舉行之牌局，固以偶然事實成就決定輸贏，然並非僅以此直接決定財物之得喪變更，亦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，是本件是否合於一般賭博之定義即有疑義。

㈢檢察官上訴意旨以：本案比賽確係以荷官隨機發放而取得之底牌與公牌撲克牌花色組合，作為決定可分配金錢籌碼歸屬，玩家無法預測取得之底牌與其他玩家手上底牌，亦無法預測桌面公牌花色機率，甚至難以推演自身底牌與公牌組合花色之結果，此乃憑乎運氣之射倖性活動無疑。又本案比賽

玩家未有任何能力要求，充其量僅需知曉撲克牌花色與數字大小、玩法即可參與把玩，待每局射倖性比賽累計時間完結即決定總額財產權歸屬，此與刑法賭博行為本質相符，而認被告3人所為，確有賭博行為等語。惟本案比賽雖確係每次發牌時係隨機得到何種花色底牌有運氣成份，但參加者取得底牌後，則必須決定如何安排自身底牌之排列組合，且推算其他參賽者可能安排之排列組合，又一次賽局並非二人參加，依其規則有9人，是若未有一定之技術策略者，遭淘汰機率甚大。參以本案比賽一次下注需2萬元以上，如對規則完全無知，而認僅憑射倖即可贏牌得獎金而參與者，應寥寥無幾，即使參與，也應知贏面甚低，而不會再繼續下注。此與一般賭博所用賭具操作技術層面甚低，甚至孩童亦可把玩，且僅憑射倖定輸贏，當次輸者，下次無需用任何技術即可能轉贏，故把玩者無限次投注為博得彩金之機率甚高，二者自有不同。

七、被告汪之正設立之中華撲克協會是否藉舉辦比賽而有營利意圖乙節，經查：

㈠中華撲克協會經向內政部申請成立為全國性及區級人民團體，以推廣德州撲克、培訓荷官為宗旨，章程內明訂協會定期舉辦德州撲克聯誼賽事、荷官培訓課程，有立案證書、中華撲克協會章程附卷足憑（見原審卷第43頁、第45頁），而該協會於舉辦比賽前，協會成員更曾查詢相關實務判解、開會討論何種情形屬違法賭博活動，並儘量避免涉及不法，此據被告汪之正於原審審理時供述明確（見原審卷第118頁），並有被告汪之正手寫之會議紀錄附卷可佐（見偵卷第179頁），且本案之參賽者均需事先成為中華撲克協會會員，始能參賽之事實，亦據被告汪之正於原審審理時陳述在卷（見原審卷第118頁），核與證人廖俊郎於偵查中之證述相符（見偵卷第360頁），可見一般不特定第三人無法僅因知悉該次比賽即報名加入。因此被告3人辯稱其等主觀上認中華撲克協會所舉辦之本案比賽屬合法競技活動，而非賭

博，並非全然無稽。

㈡本案參賽者報名時所繳交之報名費2萬2千元，及籌碼用罄時，另外繳交2萬1千元中，除其中2千元、1千元係歸由中華撲克協會收取外，就4小時賽事中，各局之下注輸贏結果，中華撲克協會或被告3人並未從中抽分任何款項等情，分據證人蘇禹銘、廖俊郎、胡威沂、黃揚勛、鄭建中、程育瑞證述明確（見偵卷第116頁、第121至122頁、第361頁、第127頁正反面、第131至132頁、第137至138頁、第143頁）。復參以被告汪之正於原審審理中供稱：協會收取之參賽報名費，2萬元是獎金，其餘是行政費用，用以支付工作人員的車馬費、餐費，及提供參賽者飲料，協會資金大部分由發起人贊助，通常都是入不敷出等情（見原審卷第118頁），核與被告徐錦毅、張芷菱供陳：其等擔任本案比賽之主持人、荷官，僅領取車馬費及餐費共1,500元等情（見偵卷第17頁、第87頁、第275頁，原審卷第33至34頁），及證人楊智凱於警詢時證述：在中華撲克協會舉辦比賽時，我負責清潔打掃，車馬費及餐費是1,500元等情一致（見偵卷第49頁），顯見中華撲克協會收取之報名費中，2萬元部分係供作比賽獎金，其餘收取2千元、1千元則用以支付現場工作人員報酬、供應茶水等舉辦活動之基本開銷支出，而舉辦比賽，需要場地、器具、人員、宣傳企畫等等基本開銷支出，是收取一定金額之報名費，亦難認不當，此由多數團體機關（含政府機關）舉辦之比賽亦要求參賽者繳納報名費所在多有可徵。且參賽者不論輸贏，在活動開始前即需先繳交相同數額之報名費，此實為參與活動之前提，如同參與一般比賽，需繳交報名費一樣，而參賽者欲再度參賽所另外收取之1千元，亦係為了再次取得參賽資格而繳交，參賽者當可自行評估是否繼續參加牌局，並無強制，參賽者上開所繳交之費用均非透過各次牌局之偶然輸贏而強制抽取一定比例之金額，與一般賭博場所之抽頭金難認相同。

㈢又審諸被告汪之正於原審審理時供稱：本次協會舉辦的限時

錦標賽，參賽者最多可以購買2次籌碼參與比賽。比賽限時是4個小時，2個小時後中間會有休息時間，此時輸光籌碼的人，可以再買籌碼進入，但是只有這次機會。如果2次籌碼輸完，就不能再參與比賽，且籌碼輸光就不能分配獎金等節（見原審卷第117頁）；證人廖俊郎於偵查中證稱：只要具有會員資格，玩家如果比賽過程中輸光籌碼，都可以再買入籌碼，但比賽規則一般都有限制，一定升碼次數前才可以加購，之後就不能再買入，以免玩家籌碼失衡無法進行比賽等語（見偵卷第360頁）；證人胡威沂、鄭建中均證稱：於比賽進行中，輸光籌碼後，可向徐錦毅購買4至5次籌碼，第一次兌換金額每次2萬2千元，之後兌換金額每次2萬1千元等情（見偵卷第127頁、第137頁）。又被告汪之正於本院審理時供稱：加購籌碼是在中場休息時才可加購，次數限制三次，中間休息最多可買2組，一組是2萬元。獎金是4小時時間到，還沒被淘汰或退場的，可以分配獎金。由電腦程式依照每人剩下籌碼換算排名，再依照電腦分配結果頒獎金，且會把所有籌碼分配完，協會並沒有靠辦比賽營利等語。（見本院卷第96、97頁）互核以被告汪之正之供述、證人廖俊郎、胡威沂、鄭建中等人之證述，其等就可再次兌換籌碼參賽之次數為何乙節雖陳（證）述未盡相符，然就本案比賽之兌換籌碼時間、次數、金額確設有限制等情，則屬一致。

㈣檢察官上訴意旨以：被告徐錦毅、張芷菱，及證人楊智凱均陳述本案比賽活動均收取車馬費、餐費1500元，3人合計費用僅4500元，縱加計參與玩家之飲料費用，亦顯與本案比賽收取之初次報名費用落差甚大，被告等人收受高額報名費之金錢流向不明，是否均用於本案活動支出，均有疑義。另被告3人於偵查中自行行文臺北市政府警察局大安分局，宣稱欲舉辦本案活動，於未獲警方任何回應下，即自行認定活動合法，於前案起訴後仍持續經營舉辦本案活動，至再度為警查獲，應係基於營利意圖等語，惟查：被告汪之正於本院審理時供稱：章程設計入會費是2千元，但因會員人數不足，

正在推廣階段，所以沒收。到查獲時會員約40人左右，經費來源是發起人共同支付。當天被查獲時有6個工作人員，是偵查後只起訴伊3人，2千元是不夠支付車馬費。在推廣協會期間一星期有三到四日的免費賽，是沒有收入的，但要支付工作人員車馬費，一個星期只辦一次有收費的報名賽，比賽費用要支付一星期的人事費，一個工作員工的費用是一天一千5百元，一日就共要花費七、八千元。所以協會是屬於透支狀況等語。證人廖俊郎於偵查中證稱：伊去比賽過兩次，一次是免費賽，一次就是本次。本次是當天比賽完才繳費，伊參加過的錦標賽是先繳報名費，除收費方式外，本件與伊參加過的錦標賽並無不同，協會獲利是賺每次買入的2千元行政費用等語（見偵字卷第361頁），與被告汪之正所述相符，堪認中華撲克協會並非經常性舉辦錦標賽，而也會舉辦免費賽，而依被告汪之正所述，協會要租賃場地、僱用工作人員都需要一定支出，而就上揭錦標賽之參賽者加購籌碼係有一定時間、次數限制，故協會並無利得，此等辯詞難謂無稽。檢察官雖認被告3人所述不可採，然認定不利於被告之事實須依積極證據，就意圖營利部分，檢察官並未提供被告3人如何朋分參賽獎金，或協會帳冊可證被告3人如何收受會員會費後營利，自難僅以臆測方式，推認被告3人意圖營利。

八、綜上所述，本案依公訴人所提出之證據，尚不足以證明被告3人確有公訴意旨所指之賭博犯行，揆諸首揭說明，本案不能證明被告3人犯罪，依法自應為無罪之諭知。原審以不能證明被告3人犯罪為由，諭知其無罪之判決，經核尚無違誤。檢察官猶執陳詞提起上訴，然前揭檢察官所列證據及卷內訴訟資料，經本院逐一剖析，參互審酌，仍無從獲得有罪心證，已俱如前述，檢察官上訴意旨僅就原審採證之職權行使再為爭執，核無理由，其上訴應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官林岫璁提起公訴，檢察官邱曉華提起上訴，檢察官

朱婉綺到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　7　　月　　20　　日

刑事第八庭　審判長　法　官　陳世宗

法　官　吳勇毅

法　官　呂寧莉

以上正本證明與原本無異。

不得上訴。

書記官　賴資旻

中　　華　　民　　國　　111　　年　　7　　月　　20　　日