臺灣高等法院刑事判決

112年度上易字第309號

上　訴　人　臺灣桃園地方檢察署檢察官
被　　告　張貽豪
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　陳亮佑律師
　　張雅婷律師
被　　告　黃永輝
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　莊仲華律師
被　　告　吳秉全
000000000000000000
000000000000000000

上列上訴人因被告等賭博案件，不服臺灣桃園地方法院109年度訴字第1200號，中華民國111年12月8日第一審判決（起訴案號：臺灣桃園地方檢察署109年度偵字第1609、21910號、109年度選偵字第16、32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：

㈠、被告張貽豪意圖營利，基於供給賭博場所、聚眾賭博及在公眾得出入場所賭博財物之犯意，自民國104年起，在桃園市○○區○○路000號9樓之1之居處，利用電腦設備連結網際網路，以個人申辦帳號登入「大發網」中之「玖九」、「V13」、「J13」、「聯發」等簽注網站，並對外聚集不特定賭客對賭，經營運動賽事類賭博（棒球、籃球、足球、網球等各式球類），賭博方式係以賭客自行選擇賭博項目，依上開

網站公佈之規則及賠率決定輸贏，如賭客簽中，由張貽豪依上開網站顯示之賠率支付彩金；若賭客未簽中，則由張貽豪取得簽注金額，並於每星期一結算賭博輸贏之金額，以此方式供給賭博網站場所與不特定賭客賭博財物而牟利。因認被告張貽豪涉犯修正前刑法第266條第1項前段賭博、刑法第268條前段圖利供給賭博場所及同條後段圖利聚眾賭博等罪嫌等語。

㈡、被告黃永輝與真實姓名年籍不詳之上游組頭，共同意圖營利，基於供給賭博場所、聚眾賭博及在公眾得出入場所賭博財物之犯意聯絡，針對「109年中華民國第15任總統、副總統選舉全國選舉結果之民主進步黨籍正副總統候選人蔡英文、賴清德及中國國民黨籍正副總統候選人韓國瑜、張善政得票數結果」為賭博標的，並依渠等取得之內部民調及得票率等資料開出「不讓票」之賭盤，若不特定賭客下注之內容與實際開票結果一致，則可依賠率贏取賭金，反之即歸上游組頭及被告黃永輝所有，而聚集不特定賭客以通訊軟體LINE傳達賭博訊息之方式下注簽賭以牟利從中牟取利潤。被告黃永輝遂於108年12月22日下午5時30分，在「從行天宮聊到外太空」之通訊軟體LINE群組內，發送「要下韓Vs蔡的快回答」、「5分鐘內截止」、「PK」等訊息，而以此方式詢問該群組內之成員有無意願下注，嗣被告吳秉全在外太空群組內得知上開選舉賭盤之資訊後，基於賭博之犯意，於同日下午5時36分，發送「蔡英文10000」之訊息，藉此表示以新臺幣（下同）1萬元之金額，下注簽賭民主進步黨籍正副總統候選人蔡英文、賴清德之得票數較中國國民黨籍正副總統候選人韓國瑜、張善政之得票數為高，被告黃永輝見被告吳秉全所傳送之下注訊息後，隨即以不詳方式轉知上游組頭，並於同日下午5時39分，在外太空群組內發送「下好了」、「截止」等訊息，告知被告吳秉全上開賭局業已成立。因認被告黃永輝涉犯修正前刑法第266條第1項前段賭博、刑法第268條前段圖利供給賭博場所及同條後段圖利聚眾賭博等罪

嫌；被告吳秉全涉犯修正前刑法第266條第1項前段之賭博罪嫌等語。

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項前段分別定有明文。復事實之認定，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；又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，即應為有利被告之認定，更不必有何有利之證據；再認定犯罪事實，所憑之證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內，然無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致於有所懷疑，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，而有合理性懷疑之存在時，即無從為有罪之認定。

三、公訴意旨認被告張貽豪涉犯前揭公訴意旨一、㈠所示之賭博、圖利供給賭博場所及圖利聚眾賭博等罪嫌，無非係以證人即同案被告黃永輝於警詢及偵查中之證述、桃園市政府警察局大園分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣案電腦之解析資料；被告黃永輝涉犯前揭公訴意旨一、㈡所示之賭博、圖利供給賭博場所及圖利聚眾賭博等罪嫌及被告吳秉全涉犯前揭公訴意旨一、㈡所示之賭博罪嫌，無非係以被告黃永輝於警詢及偵查中之供述、被告吳秉全於警詢及偵查中之供述、證人即同案被告張貽豪於警詢及偵查中之證述、桃園市政府警察局刑事警察大隊搜索筆錄、扣押物品目錄表、被告吳秉全及證人張貽豪之手機翻拍畫面、臺灣桃園地方檢察署數位採證勘驗筆錄等件為其主要論據。

四、被告張貽豪就公訴意旨所指之賭博、圖利供給賭博場所及圖利聚眾賭博等罪嫌為認罪表示；被告黃永輝、吳秉全固均坦承有加入「從行天宮聊到外太空」之LINE群組，並有於上開時間在「從行天宮聊到外太空」之LINE群組傳送如附表所示

之對話訊息等情，惟被告黃永輝、吳秉全均堅詞否認有起訴書所指犯行，被告黃永輝、吳秉全辯稱及其等辯護意旨內容如下：

㈠、被告黃永輝辯稱：伊沒有賭博的意思，伊只是開玩笑才在群組內發送附表所示訊息，該群組是聯絡感情用的，不是為了賭博而設等語，被告黃永輝之辯護人為其辯護稱：就賭博罪部分，由被告黃永輝與證人張貽豪之LINE對話以及證人張貽豪於審理時之證詞可知，被告黃永輝在108年年底，就一直在蒐集賭博的情資，而由被告黃永輝與隊長朱孝全之對話更可以直接說明本案是朱孝全叫被告黃永輝去查探賭博情資的，且被告黃永輝之後還有回報，在打水群組中問不到等語，足證被告黃永輝並沒有賭博犯意；再者，本案係在「從行天宮聊到外太空」之LINE群組發表起訴書所指之言論，然該群組為封閉群組，並非供不特定人得以出入賭博之實體場所，自不符合刑法第268條之要件；況且，依據卷內資料，沒有顯現上游之組頭，也沒有內部民調跟得票率等證據，更沒有任何被告黃永輝獲得利潤之證據，故檢察官之舉證明顯不足等語。

㈡、被告吳秉全辯稱：黃永輝在群組傳訊息時，伊不知道那個訊息內容是真是假，因為該群組不是為了賭博所設，群組中都在開玩笑，所以伊傳了訊息之後，就沒有再關心輸贏結果，也沒有交付下注金額給任何人等語。

五、經查：

㈠、有關上開公訴意旨一、㈠所示被告張貽豪被訴賭博、圖利供給賭博場所及圖利聚眾賭博等罪嫌部分：

1.涉嫌圖利供給賭博場所及圖利聚眾賭博部分：

按刑法第268條所定之圖利供給賭博場所罪、聚眾賭博罪，除行為人主觀上之營利意圖之外，其營利之來源必與供給賭博場所或聚眾賭博之客觀構成要件行為相結合，始克當之；即單純因供給賭博場所或聚眾賭博而牟利，諸如抽頭，或變相以收取清潔費、茶水費等名目為之，倘獲利之來源取決於

賭博本身之輸贏，乃仰賴賭博之射倖性與或然率，即是否輸贏仍在未定，自應成立賭博罪，而非該當刑法第268條之罪名。經查，被告張貽豪於原審審理供稱：伊架設賭博網站的方式是去「大發網」申請帳號，讓伊下面的客戶去投注，伊所代理的簽注網站有「贏玖九」、「V13」、「J13」、「聯發」等，這些網站是賭運動賽事，而客戶簽注的方式是伊開帳號給他們，讓他們自己下注想賭的運動類型，是直接讓賭客登入帳戶後，KEY單下注，不用預先儲值投注金，輸贏的比例依照「大發網」的公布賠率，不是伊決定的，如果賭客簽中，就是由伊依「大發網」公告的賠率，依照對方下單的金額賠現金給對方，如果賭客簽輸，就直接跟對方拿錢，賭客簽輸的時候， 伊就全額拿賭客簽注的賭輸的金額，不用再回錢給「大發網」或更高伺服器的架設者；伊在賭客賭贏的時候，沒有再抽水錢，讓利給賭客，而且賭客簽注賭金的部分，也不是由伊以自己的名義向上游網站簽注等語（見原審卷一第181頁），於本院仍陳明：大發網只是提供比賽的訊息以及設計各場比賽的賠率，伊是使用這個平台跟客人對賭，伊與大發網沒有金錢往來，至於客人要給伊錢，還是伊要給客人錢，要看輸贏情形，客人選擇想要參加的比賽，並利用伊提供之帳號、密碼透過網路下注，下注金額不能超過伊給該名客人的額度，該場比賽結束後，依照大發網決定的賠率計算客人在該場比賽的輸贏，伊於星期一結算一次，若客人過去一週有贏錢，伊要拿現金給該名客人，若是輸錢，客人要拿現金給伊，客人只有跟伊有金錢關係，與大發網無關等語（見本院卷第153至154頁）。是依被告張貽豪前開所述，大發網並非被告張貽豪經營之網站，被告係利用「大發網」作為其與客戶賭博之界面平台，在賭客進行下注網路賭博之過程中，被告張貽豪並未額外向簽注之賭客收取抽頭金或水錢，其獲利來源是與賭客對賭後，依輸贏情形結算下注金額與賭贏金額之差額後，向賭客收取賭贏金額未達下注金額之差額部分；此外，起訴書亦認被告張貽豪經營前揭賭博

網站之圖利方式為獲取賭客未押中之下注金額，且公訴意旨所指之上開證據均無法證明被告張貽豪有以其他非射倖性之方式加以營利之情事存在。據此，應認被告張貽豪所為賭博之牟利方式實仍取決於賭博本身之輸贏，而仰賴賭博之射倖性與或然率，揆諸上開說明，被告張貽豪上開作為尚與意圖營利而供給賭博場所或意圖營利聚眾賭博行為之要件有間，自不能率以刑法第268條之罪相繩，則公訴意旨認被告張貽豪涉有意圖營利供給賭博場所及聚眾賭博等罪嫌，無從認定，不因被告張貽豪認罪，而得遽以入罪。

2.涉嫌賭博部分：

⑴查被告張貽豪為上開行為並遭查獲後，刑法第266條始於111年1月12日修正公布，並自同年月14日起施行生效，修正後刑法第266條規定：「（第1項）在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物者，處5萬元以下罰金。（第2項）以電信設備、電子通訊、網際網路或其他相類之方式賭博財物者，亦同。（第3項）前二項以供人暫時娛樂之物為賭者，不在此限。（第4項）犯第一項之罪，當場賭博之器具、彩券與在賭檯或兌換籌碼處之財物，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之」，此次修正後除將原本第1項規定提高罰金刑之刑度，另增訂第2項以網際網路賭博財物之規定，即該項規定為被告張貽豪行為後始增訂之處罰規定，基於罪刑法定原則，於本案自無適用，合先敘明。

⑵又按刑法第266條第1項（指111年1月12日修正前，以下均同）普通賭博罪在成立上，係以「在公共場所或公眾得出入之場所」作為要件。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。是網際網路通訊賭博行為，究應論以刑法第266條第1項普通賭博罪，抑應依社會秩序維護法第84條處罰，則以個案事實之認定是否符合於「公共場所」或「公眾得出入之場所」賭博財物之要件而定。於電腦網路賭

博而個人經由私下設定特定之密碼帳號，與電腦連線上線至該網站，其賭博活動及內容具有一定封閉性，僅為對向參與賭博之人私下聯繫，其他民眾無從知悉其等對賭之事，對於其他人而言，形同一個封閉、隱密之空間，在正常情況下，以此種方式交換之訊息具有隱私性，故利用上開方式向他人下注，因該簽注內容或活動並非他人可得知悉，尚不具公開性，即難認係在「公共場所」或「公眾得出入之場所」賭博，不能論以刑法第266條第1項賭博罪，惟如合於社會秩序維護法第84條規定要件，則依該法予以處罰。對此因科技之精進新興賭博之行為，如認其可責性不亞於刑法第266條第1項普通賭博罪，於刑事政策上認有依刑法處罰之必要，則應循立法途徑修法明定，以杜爭議，並符罪刑法定之原則（最高法院107年度台非字第174號判決同此意旨參照）。再者，由立法者於111年1月12日修法增訂前揭第266條第2項規定，始將利用網際網路經營賭博予以明定為賭博犯罪，立法理由說明：原第1項（按指第266條第1項）所定之「公共場所或公眾得出入之場所」，司法實務認為個人於電腦網路賭博經由私下設定特定之密碼、帳號，其賭博活動及內容具有一定封閉性，僅為對向參與賭博之人私下聯繫，其他民眾無從知悉其等對賭之事，故利用上開方式向他人下注，因該簽注內容或活動並非他人可得知悉，尚不具公開性，即難認係在「公共場所」或「公眾得出入之場所」賭博（最高法院107年度台非字第174號判決參照）。惟在特定人或不特定人可得參與之賭博場所，賭博網站、社群或群組內等網路空間，以電信設備、電子通訊、網際網路或其他相類之方法，與該賭博場所、賭博網站或社群經營者對賭，或與其他參與者進行賭博財物之行為，易使此類新興賭博方式迅速蔓延至整個網路社會，其與在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物之可罰性無異，而有處罰之必要，爰增訂第2項明文規定以電信設備、電子通訊、網際網路或其他相類之方法賭博財物之刑事責任等語，更可認定前開增訂之第266條第2項與同條第

1項屬不同行為態樣，解釋上應認第266條第2項增訂「利用網際網路或其他相類之方式賭博財物」之行為，非同條第1項所涵攝處罰，於該條第2項增訂前，依罪刑法定原則，自不得擴張解釋第1項規定而予以處罰。

⑶查依被告張貽豪於警詢所供：賭客下注方式係先於「贏玖九」、「V13」、「J13」、「聯發」等簽注網站登記註冊會員，由伊檢視賭客之經濟能力，適當開取額度給賭客，並交付帳號密碼後，由賭客自行選擇賭博項目，依賭博項目之規則及賠率決定輸贏，伊每週一以現金與賭客結算輸贏一次等語（見桃檢109偵1609號卷第17頁），於本院仍為相同供述，已如前述，並經本院當庭勘驗「大發網」證實確有驗證帳號、密碼之程序無訛（見本院卷第163頁）。由此以觀，被告張貽豪係利用網際網路經營賭博，賭客下注進行賭博之方式，需先取得個人之帳號、密碼後，方得透過大發網介面點選進入其等所欲賭博網頁頁面，始可使用該個人專屬之帳號、密碼點選下注，亦即被告張貽豪係提供帳號、密碼予賭客，供其上網與被告張貽豪進行對賭，故對被告張貽豪或賭客而言，其等所下注之賭博網頁為其個人之專屬網頁空間，相對其他使用者而言，則形同一個封閉、隱密之空間，在正常情況下，賭客利用上開方式向被告張貽豪使用之平台下注，應非其他未註冊帳戶、不具有密碼之第三人可得知悉，而不具公開性，自屬封閉，實難認為此種網路上之活動已屬公眾得以自由見聞。此外，卷內亦無任何證據足認本案網路賭博行為具有公開性。準此，本案尚難認定係在「公共場所」或「公眾得出入之場所」賭博，揆諸上開說明，尚不能論以被告張貽豪涉犯行為時之刑法第266條第1項賭博罪。是起訴書認被告張貽豪所為亦構成刑法第266條第1項前段之賭博罪嫌，無從認定，不因被告張貽豪認罪，而得遽以入罪。

㈡、有關上開公訴意旨一、㈡所示被告黃永輝被訴賭博、圖利供給賭博場所及圖利聚眾賭博等罪嫌及被告吳秉全被訴賭博部分：

1.被告黃永輝、吳秉全涉嫌賭博部分：

⑴被告黃永輝與吳秉全均有加入「從行天宮聊到外太空」之LINE群組，而該LINE群組之成員含被告黃永輝與吳秉全，共計有12人；被告黃永輝、吳秉全分別於附表所示之時間，在「從行天宮聊到外太空」之LINE群組傳送如附表所示之對話訊息等情，業據被告黃永輝、吳秉全於警詢、偵訊、原審及本院分別供承在卷（見桃檢108選他79號卷第55至57、87至89、179、197至199頁；原審卷一第113至115、97至98頁、本院卷第131至132、201、204頁），並有桃園市政府警察局刑事警察大隊搜索筆錄、扣押物品目錄表、被告吳秉全及同屬群組成員之張貽豪手機內「從行天宮聊到外太空」之LINE群組成員截圖、對話內容截圖之翻拍照片在卷可稽（見桃檢108選他79號卷第61、75至81、93、95、131、137、183頁），堪認屬實。

⑵被告吳秉全於警詢時供稱：伊於「從行天宮聊到外太空」之LINE群組發言「蔡英文10000」就是伊跟黃永輝下注賭蔡英文10,000元，而蔡英文會贏得2020總統大選，反正就是伊就是對黃永輝，有輸有贏伊都是找他就對了等語（見桃檢108選他79號卷第55、57頁）；於檢察官訊問時結證稱：提示LINE對話內容中，暱稱「吳秉全」就是伊本人；當時伊以為要賭，所以就下蔡英文1萬元，就是說伊賭蔡英文票數會高於韓國瑜；PK就伊認知就是沒有讓票；黃永輝說下好了應該是指伊提到的1萬元有幫伊下好了，而伊以為伊是跟黃永輝對賭等語（見桃檢108選他79號卷第88頁），於本院供承：當時伊發訊息的意思是如果是真的賭博，那就下注，若不是就算了等語（見本院卷第132頁），核被告吳秉全上開供證有關其與被告黃永輝有就2020總統大選進行對賭，賭博方式為蔡英文得票贏過韓國瑜，而其有下注蔡英文勝選賭金為1萬元之內容，前後所述一致，並無明顯齟齬之處，且係具體陳述不利己之情節，顯見被告吳秉全上開供證內容具有相當可信；再者，觀諸附表所示之對話內容，被告黃永輝於108年1

2月22日下午5時30分，先在「從行天宮聊到外太空」之LINE群組內發表「要下韓Vs蔡的快回答」之內容，又於同日下午下午5時32分發送「5分鐘內截止」之內容，被告吳秉全見聞後，即於同日下午5時33分發送「怎麼讓票？」之訊息，而被告黃永輝見被告吳秉全有所回應後，旋即於同日下午5時34分，先連續發送3次「OK」之對話內容後，又立即傳送「PK」之訊息至「從行天宮聊到外太空」之LINE群組內，被告吳秉全即於同日下午5時36分發送「蔡英文10000」之內容，而被告黃永輝隨即於同日下午5時39分，先後發送「下好了」、「截止」等訊息，核與被告吳秉全前揭所供證其與被告黃永輝有針對2020年總統大選進行對賭乙情相符，此外，附表所示對話內容未見有何嬉鬧、玩笑之語氣，被告黃永輝事後亦無回應或發送訊息澄清僅係玩笑，足認被告吳秉全上開供述及證述內容，應屬非虛，堪予採信。據此，綜觀上開證據，被告黃永輝有針對「109年中華民國第15任總統、副總統選舉全國選舉結果之民主進步黨籍正副總統候選人蔡英文、賴清德及中國國民黨籍正副總統候選人韓國瑜、張善政得票數結果」為賭博標的，對賭方式係以開票結果（109年1月11日投票及開票）候選人蔡英文贏候選人韓國瑜為賭（俗稱PK盤），並在「從行天宮聊到外太空」之LINE群組內提出對賭之要約，而被告吳秉全亦有承諾下注賭蔡英文勝選，賭金為1萬元，而以之與被告黃永輝進行對賭之事實，已堪認定。被告吳秉全事後翻異稱上開對話僅係開玩笑及黃永輝辯解發送訊息僅係蒐集賭博情資，並無賭博犯意云云，均係事後卸責之詞，不足採信。

⑶按刑法所稱之賭博行為，並無方法之限制，而係以偶然之事實成就與否，決定財物輸贏之射倖行為均屬之。被告黃永輝與吳秉全約定以中選會公布之第15屆總統副總統候選人總得票數結果為據，若109年1月11日開票當天，候選人蔡英文得票贏過候選人韓國瑜得票時，即由被告吳秉全贏得賭金，反之則由被告黃永輝贏得被告吳秉全所下注之賭金，而被告吳

秉全有下注賭蔡英文勝選，賭金1萬元等情，業經本院認定如前，且於被告黃永輝與吳秉全達成對賭意思表示合致之當下，第15屆總統選舉尚未進行公民投票以及中央選舉委員會亦未進行開票作業，則總統候選人蔡英文及韓國瑜實際得票數額，於其2人為上開約定時尚未可知，顯係屬偶然之事實，其2人以此偶然事實之成就與否，決定簽賭之下注金等財物之輸贏，具有射倖性，自屬賭博行為。

⑷惟依證人即同案被告張貽豪於警詢時證稱：「從行天宮聊到外太空」之LINE群組成員有伊、黃永輝、邱翊庭、江祖馨、吳秉全等人；伊與他們都是朋友，至少認識3、4年以上等語（見桃檢108選他79號卷第121至123頁）；於偵訊稱：「行天宮講到外太空」群組的成員有伊、黃永輝、吳秉全、邱翊庭、江祖馨、陳冠宏、婁祖麒、莊仲華、莊甫申、簡宏讚等人，但伊不確定是簡宏讚還是簡濼讚，還有綽號叫阿將的，但伊不知道本名，伊跟上開群組成員他們好像是同學，因為太多年，伊也忘記是如何與他們認識了，而群組成立的目的就是大家聊天而已，講一些好笑、打屁的而已等語（見桃檢108選他79號卷第170至171頁），而觀諸扣案被告吳秉全手機中之該群組畫面（見桃檢108選他79號卷第95至107頁），該群組雖有12人參與，但群組內訊息內容除前揭賭博訊息外，其餘均為一般聊天、交換圖片、轉貼新聞等，核與前揭證人張貽豪陳述內容大致相符，參以被告黃永輝刊登附表賭博訊息後，僅暱稱「Jack Chen陳冠宏傑克」之人與被告吳秉全2人回應，且僅被告吳秉全1人表示下注，該群組亦無自斯時起，開放他人加入群組參與賭博之情，益見該群組非以賭博為目的甚明。從而，被告黃永輝、吳秉全辯稱該群組並非為賭博而設，只是朋友之間聯絡感情之用，是好朋友間的私人群組等語，非無可採。是本案僅以被告黃永輝在前揭朋友聊天之私人群組偶然張貼賭博訊息，並有被告吳秉全回應下注，尚難遽認係在「公共場所」或「公眾得出入之場所」賭博，而與刑法第266條第1項賭博罪構成要件不盡相符，無

從遽以賭博罪相繩。

2.被告黃永輝涉嫌圖利供給賭博場所及圖利聚眾賭博部分：

⑴按犯刑法第268條後段之聚眾賭博犯行，須行為人主動聚集多眾，且該等多眾具有不特定性，可隨時增加、退出人數，始屬之；另按刑法第268條意圖營利供給賭博場所及意圖營利聚眾賭博罪，須以行為人有營利之意圖，進而供給賭博場所或邀約不特定多數人聚賭，且行為人意圖營利之內容，必附麗於供給賭博場所等行為之上（例如收取租金、抽頭金等），方能以該罪論擬，倘行為人之獲利，全數藉由參與賭博以射倖行為而來，復未片面更易（調低）賠率設定，此與向押中賭客按次收取抽頭金之行為應有所不同，即非該法條所謂「意圖營利」之情形。易言之，刑法第266條第1項賭博罪係從自己賭博行為獲得利益，同法第268條營利供給賭博場所罪或聚眾賭博罪，係從供給賭博場所或聚眾賭博即他人之賭博行為獲取利益。

⑵被告黃永輝固有在「從行天宮聊到外太空」之通訊軟體LINE群組內發送賭博訊息，同案被告吳秉全因得知上開選舉賭盤之資訊後，旋於同日下午5時36分許，發送下注簽賭訊息而對賭之事實，業據認定如前。然該群組係一般朋友聊天之私人群組，非為賭博而設，業經認定如前，而本案並無證據可證被告黃永輝於參加「行天宮講到外太空」群組期間有邀聚具不特定性而可隨時增加、退出之多數人參與該次聚賭，或提供非其所創設之「行天宮講到外太空」之私人LINE群組作為賭博場所，自難認已該當刑法第268條之「聚眾」或「供給賭博場所」等構成要件。

⑶再者，起訴書指訴被告黃永輝與真實姓名年籍不詳之上游組頭之圖利方式為「依渠等取得之內部民調及得票率等資料開出『不讓票』之賭盤，若不特定賭客下注之內容與實際開票結果一致，則可依賠率贏取賭金，反之即歸上游組頭及被告黃永輝所有，而聚集不特定賭客以通訊軟體LINE傳達賭博訊息之方式下注簽賭以牟利從中牟取利潤」，可見公訴意旨係

認被告黃永輝及上游組頭以「對賭獲取賭客未押中之下注金額」之方式以牟利，且檢察官並未舉證證明上游組頭存在，或被告黃永輝、上游組頭藉由對賭行為自賭客投注之金錢中額外抽取利益報酬（即俗稱「抽頭金」或「水錢」），亦未說明被告黃永輝接受同案被告吳秉全簽注之規則對其如何有利，使其等作為「莊家」，對於整體賭客而言，具有終將贏賭之「莊家優勢」。此外，公訴意旨所指之上開證據均無法證明被告黃永輝有以其他非射倖性之方式加以營利之情事，無從逕認被告黃永輝可從賭客即同案被告吳秉全下注對賭抽得價差獲利之營利意圖。據此，應認被告黃永輝於本案之牟利方式實仍取決於賭博本身之輸贏，而仰賴賭博之射倖性與或然率，揆諸上開說明，尚與意圖營利而供給賭博場所或意圖營利聚眾賭博行為之要件有間，自不能率以刑法第268條之罪相繩，則公訴意旨認被告黃永輝涉有意圖營利供給賭博場所及聚眾賭博等罪嫌，無從認定。

㈢、綜上所述，依公訴人之舉證，被告張貽豪、黃永輝、吳秉全等人所為尚與修正前刑法賭博罪、刑法意圖營利而供給賭博場所或意圖營利聚眾賭博行為之要件有間，無從以該等罪名相繩；此外復無證據證明被告張貽豪、黃永輝、吳秉全有公訴意旨所指此部分犯行，不能證明被告等人犯罪，自應為無罪之諭知。

六、原審審理後，認檢察官指訴被告張貽豪、黃永輝、吳秉全涉犯上開罪嫌所提證據，尚未達於通常一般人均不致有所懷疑而得確信其為真實之程度，是無從說服法院以形成被告張貽豪、黃永輝、吳秉全有罪之心證，為被告張貽豪、黃永輝、吳秉全無罪之諭知，經核原判決之採證、認事尚無違誤，應予維持。檢察官上訴仍主張被告張貽豪、黃永輝、吳秉全涉有前揭犯罪，然上訴理由所引最高法院94年度台非字第108號、108年度台非字第148號判決意旨，因該等案件事實係行為人仍有提供特定住處聚集不特定賭客賭博，核與本案事實未盡相同，無從比附援引，且被告張貽豪被訴以網際網路賭

博行為，如何不該當其行為時之賭博罪，本院已詳述理由如前，另公訴人主張刑法第268條之營利意圖僅須行為人有基於營利之意思提供場所或聚眾前來，即與該條文義相當，核與本院前述之適用法律見解不合，均無從採。從而，檢察官上訴為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官黃冠中提起公訴，檢察官劉哲名提起上訴，檢察官陳玉萍到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　6　　月　　15　　日

刑事第二十庭　審判長法　官　吳淑惠

法　官　王惟琪

法　官　吳祚丞

以上正本證明與原本無異。

不得上訴。

書記官　楊宜蒨

中　　華　　民　　國　　112　　年　　6　　月　　16　　日

附表：

訊息發送者	傳訊時間	傳訊內容
黃永輝	108年12月22日下午5時30分	要下韓Vs蔡的快回答
黃永輝	108年12月22日下午5時32分	5分鐘內截止
吳秉全	108年12月22日下午5時33分	怎麼讓票？
黃永輝	108年12月22日下午5時34分	OK
黃永輝	108年12月22日下午5時34分	OK

（續上頁）

黃永輝	108年12月22日下午5時34分	OK
黃永輝	108年12月22日下午5時34分	PK
吳秉全	108年12月22日下午5時36分	蔡英文10000
黃永輝	108年12月22日下午5時39分	下好了
黃永輝	108年12月22日下午5時39分	截止