

臺灣高等法院刑事判決

113年度上易字第1364號

上訴人

即被告 劉雁翔

選任辯護人 胡智皓律師

上列上訴人即被告因賭博案件，不服臺灣新北地方法院112年度審易字第4031號，中華民國113年3月12日第一審判決（起訴案號：臺灣新北地方檢察署112年度偵字第23430號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、本案審判範圍：

（一）刑事訴訟法第348條第3項規定：「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之」，而其立法理由指出：

「為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，容許上訴權人僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之認定犯罪事實部分，則不在第二審之審判範圍。如為數罪併罰之案件，亦得僅針對各罪之刑、沒收、保安處分或對併罰所定之應執行刑、沒收、保安處分，提起上訴，其效力不及於原審所認定之各犯罪事實，此部分犯罪事實不在上訴審審查範圍」。上訴人明示僅就科刑事項、沒收上訴時，第二審法院即不再就原審法院所認定之犯罪事實為審查，而應以原審法院所認定之犯罪事實，作為論認原審量刑、沒收妥適與否的判斷基礎。

（二）經查，本件原判決判處被告劉雁翔涉犯刑法第268條前段之意圖營利供給賭博場所罪；刑法第268條後段之意圖營利聚眾賭博罪，茲被告提起第二審上訴，其及選任辯護人

於本院準備程序及審理程序均當庭或以書狀表明針對量刑及沒收上訴等語（見本院卷第58頁至第59頁、第69頁、第84頁至第85頁），揆諸前述說明，本院僅就原判決量刑妥適與否、沒收部分進行審理，至於原判決其他部分，則非本院審查範圍。

二、駁回上訴之理由：

（一）被告上訴意旨略以：被告完全承認且配合程序，希望從輕量刑，並就沒收部分，應適用過苛調節之規定，減少沒收金額至新臺幣（下同）237萬元云云。

（二）按量刑係法院就繫屬個案犯罪之整體評價，為事實審法院得依職權自由裁量之事項，量刑判斷當否之準據，應就判決之整體觀察為綜合考量，並應受比例原則等法則之拘束，非可恣意為之，致礙其公平正義之維護，必須兼顧一般預防之普遍適應性與具體個案特別預防之妥當性，始稱相當。苟已斟酌刑法第57條各款所列情狀，而未逾越法定刑度，如無偏執一端，致有明顯失出失入之恣意為之情形，上級審法院即不得單就量刑部分遽指為不當或違法（最高法院100年度台上字第5301號判決意旨參照）。經查，原審審理後，審酌被告不思以正途賺取財物，為牟得不法利益，而與同案被告共同為公訴所指賭博行為，有助長投機歪風，有害社會善良風俗，行為實有不該，兼衡被告之前科素行、智識程度、家庭經濟狀況，暨其犯罪之動機、目的、經營期間、經營規模，以及其犯後態度等一切情狀，量處有期徒刑5月，並諭知以1千元折算1日之易科罰金折算標準。是以，經核原審就刑罰裁量職權之行使，既未逾越法律所規定之範圍，亦無濫用權限之情形，由此已難認原審所量處之上開刑度有何失當之處。至被告雖以前詞上訴主張原判決量刑過重，然衡以原審量定刑期，已依刑法第57條各款所列，詳為斟酌如上，核屬原審定刑裁量權之行使，且未悖於法律秩序之理念，符合法規範之目的，亦無違反比例、平等原則或罪刑相當原則。揆諸前開

01 法律規定及說明，原判決量刑並無過重之情，縱與被告主
02 觀上之期待有所落差，仍難指其量刑有何不當或違法。

03 (三) 按刑法第38條之2規定：「前條犯罪所得及追徵之範圍與
04 價額，認定顯有困難時，得以估算認定之。第三十八條之
05 追徵，亦同。宣告前二條之沒收或追徵，有過苛之虞、欠
06 缺刑法上之重要性、犯罪所得價值低微，或為維持受宣告
07 人生活條件之必要者，得不宣告或酌減之。」且刑法第38
08 條之2第2項增訂過苛調節條款，係指於宣告沒收或追徵有
09 過苛之虞、欠缺刑法上之重要性或犯罪所得價值低微之情
10 形，及考量義務沒收對於被沒收人之最低限度生活產生影
11 響，允由事實審法院就個案具體情形，依職權裁量不予宣
12 告或酌減，以調節沒收之嚴苛性，並兼顧訴訟經濟，節省
13 法院不必要之勞費（最高法院108年度台上字第2421號判
14 決意旨參照）。經查，卷內雖曾扣得會員申請表（含帳冊
15 及收據1本），但無法認定此即被告經營本案賭場期間之
16 全部完整帳目，故未能僅憑該表認定被告之犯罪所得，原
17 審遂依據被告於偵查中所陳稱：賭場每個月可以平均有50
18 到100萬元之收入，淨收入大約為每月50萬元左右等語

19 （見臺灣新北地方檢察署112年度偵字第23430號卷第200
20 頁），且依據「罪疑唯有利於被告之認定」原則，未以賭
21 場每月100萬元之原始收入為基準，僅以扣除相關成本後
22 之每月淨利50萬元作為計算基礎，依法估算出被告於5個
23 月經營期間之犯罪所得為係250萬元，進而依法諭知沒收、
24 追徵，尚稱合法、妥適。此外，就上揭沒收犯罪所得部
25 分，卷內並無證據可認若宣告沒收或追徵，對實際經營、
26 主持本案賭場之被告（見原審卷第69頁）有何過苛之虞，
27 故被告上訴所辯稱：應適用過苛調節之規定，減少沒收金
28 額至237萬元云云，亦屬誤會。

29 (四) 綜上，被告之上訴，均為無理由，應予駁回。

30 據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

31 本案經臺灣新北地方檢察署檢察官朱秀晴提起公訴，臺灣高等檢

01 察署檢察官張瑞娟到庭執行職務。

02 中 華 民 國 113 年 10 月 29 日

03 刑事第六庭 審判長法官 鄭富城

04 法官 郭峻豪

05 法官 葉力旗

06 以上正本證明與原本無異。

07 不得上訴。

08 書記官 王心琳

09 中 華 民 國 113 年 10 月 29 日

10 附錄：本案論罪科刑法條全文

11 中華民國刑法第268條

12 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，

13 得併科九萬元以下罰金。