臺灣臺中地方法院刑事判決

107年度簡上字第225號

上　訴　人　臺灣臺中地方檢察署檢察官
被　　告　鄒芬芳
選任辯護人　張藝騰律師
被　　告　劉醇誠
　　王麗梅

上列上訴人因被告等賭博案件，不服中華民國107 年3 月31日本院臺中簡易庭106 年度中簡字第1188號第一審簡易判決（聲請簡易判決處刑案號：臺灣臺中地方檢察署106 年度偵字第9264號），提起上訴，本院管轄之第二審合議庭判決如下：

主　　文

原判決撤銷。

鄒芬芳共同犯圖利聚眾賭博罪，處有期徒刑肆月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。扣案如附表編號1 至6 、8 至13所示之物，均沒收。未扣案之犯罪所得新臺幣壹佰壹拾玖萬叁仟元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

王麗梅共同犯圖利聚眾賭博罪，處有期徒刑叁月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。扣案如附表編號14所示之物，沒收。未扣案之犯罪所得新臺幣拾貳萬陸仟柒佰元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

劉醇誠共同犯圖利聚眾賭博罪，處有期徒刑叁月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。未扣案之犯罪所得新臺幣參拾肆萬元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

犯罪事實

一、鄒芬芳、王麗梅、劉醇誠共同基於意圖營利供給賭博場所及聚眾賭博之犯意聯絡，自民國104 年10月間某日起迄至106 年3 月28日為警查獲時止，由王麗梅提供其所承租之臺中市○○區○○路○○○ ○○○號房屋作為賭博場所，鄒芬芳則按月給付新臺幣（下同）2 萬元予王麗梅，王麗梅於繳交上開場所之租金1 萬元及管理費（104 年10月至105 年10月為2,400 元，105 年11月至106 年3 月則為2,900 元）後，所餘部

分則歸王麗梅所有，鄒芬芳並提供附表編號1至5所示之物為賭博工具，供不特定之人於上址賭博財物，並由鄒芬芳以每日1,000元僱請劉醇誠擔任賭場工作人員，該場所每月約營業20天，其等工作分配為：鄒芬芳負責聯絡招攬賭客、王麗梅負責聯絡招攬賭客、提供膳食、賭場內外把風及所需物品之採買、清潔打掃，劉醇誠負責賭場內外把風及所需物品之採買、清潔打掃，若賭客人數不足，則由王麗梅、劉醇誠下場與賭客賭博。其賭博方法如下：每局為4圈，每底300元至2,000元，每臺100元，賭客輪流做莊，如將麻將牌完成特定之排列組合者即胡牌，先胡牌者為贏，放砲者為輸，若胡牌者自摸，則其他3家均為輸家，並依胡牌之排列組合計算臺數，鄒芬芳則依每底金額，每局抽取300元、1,000元或1,500元不等之抽頭金，自摸胡牌者亦需交付100元至300元不等之抽頭金，其等每日計收取抽頭金5,000元，累計共收取抽頭金170萬元。嗣於106年3月28日下午7時33分許，為警持搜索票前往上址執行搜索，在上址1號房間內，查獲賭客游秀峯、王懷睿、張耀翔及劉醇誠，在上址2號房間內，查獲賭客王真真、蕭雅津、張丁驊及王麗梅，復在上址客廳、陽台等處，查獲鄒芬芳及翁進賢、李惠中、柯貴仁、劉霈涵等人，並扣得如附表編號1至6、8至14所示供犯罪所用之物及犯罪所得，而查悉上情。

二、案經臺中市政府警察局第六分局報告臺灣臺中地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　　由

一、程序部分：

（一）按刑事訴訟法第455條之27第1項係置於「沒收特別程序」專編，並非規定於原有附隨於刑事本案沒收被告財產之一般沒收程序，且按諸該條立法理由說明，顯見該條第1項後段所謂：「對於沒收之判決提起上訴者，其效力不及於本案判決」，係為避免因第三人參與沒收程序部分之程序延滯所生不利益，乃明定僅就參與人財產沒收事項之判

決提起上訴者，其效力不及於本案判決部分，並非指對於本案被告財產沒收事項之判決提起上訴者，其效力亦不及於本案判決部分。又刑法沒收新制，本質上為干預人民財產之處分，屬於刑法規定之一環，而就其應適用裁判時法之規定觀之，毋寧認其性質與非拘束人身自由之保安處分較為相近，且除單獨宣告沒收之情形外，沒收與罪刑間即具有一定之依存關係，在訴訟上倘合一審判，而未割裂處理，自難謂為違法。故而，刑事訴訟法第455 條之27第1 項既僅規定在第三人參與沒收程序，而無法直接適用於原有附隨於刑事本案沒收被告財產之一般沒收程序，則上訴權人縱使僅就沒收部分提起上訴，依刑事訴訟法第348 條第2 項規定，相關連之本案判決仍屬有關係之部分，亦應視為已經上訴。此為本院最近一致之見解（最高法院107 年度台非字第24號判決意旨參照）。本件檢察官上訴意旨雖僅就原審沒收部分提起上訴，然揆諸上開判決意旨，相關連之本案判決仍屬有關係之部分，亦應視為已經上訴，本院自應予審理，合先敘明。

（二）證據能力方面：

1、按被告以外之人（包括證人、鑑定人、告訴人、被害人及共同被告等）於審判外之陳述雖不符刑事訴訟法第159 條之1 至之4 等4 條之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據；當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有刑事訴訟法第159 條第1 項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，同法第159 條之5 定有明文。其立法意旨，在於確認當事人對於傳聞證據有處分權，得放棄反對詰問權，同意或擬制同意傳聞證據可作為證據，屬於證據傳聞性之解除行為，如法院認為適當，不論該傳聞證據是否具備刑事訴訟法第159 條之1 至第159 條之4 所定情形，均容許作為證據，不以未具備刑事訴訟法第159 條之1 至第15

9條之4所定情形為前提（最高法院104年度第3次刑事庭會議決議參照）。本案判決下列所引用被告鄒芬芳、王麗梅、劉醇誠以外之人於審判外之陳述，對被告3人而言，性質上均屬傳聞證據，惟經被告3人於本院準備程序時同意作為證據（見本院卷第58頁背面），且經本院審理時予以提示並告以要旨，經公訴人、被告鄒芬芳、王麗梅、劉醇誠及被告鄒芬芳之辯護人表示意見，均未於言詞辯論終結前聲明異議，本院審認上開證據作成時之情況，應無違法取證或不當情事，與本案待證事實間復具有相當之關聯性，以之作為證據應屬適當，依刑事訴訟法第159條之5規定，自有證據能力。

2、又傳聞法則乃對於被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述而為之規範。本案判決以下引用之非供述證據，無刑事訴訟法第159條第1項規定傳聞法則之適用，經本院於審理時依法踐行調查證據程序，與本案待證事實具有自然之關聯性，且無證據證明係公務員違法取得之物，依法自得作為證據。

二、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

上揭犯罪事實，業據被告鄒芬芳、王麗梅、劉醇誠於警詢、偵訊、本審準備程序及審理時坦承不諱，核與證人即賭客游秀峯、王懷睿、張耀翔、蕭雅津、張丁驊於警詢中、證人即賭客王真真於警詢、本院原審訊問時證述之情節相符，並有職務報告、臺中市政府警察局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、現場圖、現場查獲照片、扣案物照片、偵查報告、公證書及房屋租賃契約在卷可稽。綜上各節相互佐證，足認被告鄒芬芳、王麗梅、劉醇誠自白核與事實相符，應堪採信，本案事證明確，被告鄒芬芳、王麗梅、劉醇誠犯行堪以認定，應予依法論科。

三、論罪與量刑：

（一）核被告鄒芬芳、王麗梅、劉醇誠所為，均係犯刑法第268條前段之意圖營利供給賭博場所罪及同條後段之意圖營利

聚眾賭博罪。

（二）被告鄒芬芳、王麗梅、劉醇誠自104 年10月間某日起，至106 年3 月28日為警查獲時止，以被告王麗梅所承租之臺中市○○區○○路○○○ ○○○號充作賭博場所，聚集不特定多數人賭博財物，經營麻將賭場，藉以抽頭牟利，被告3 人應係基於反覆實施供給賭博場所及聚眾賭博之單一決意，在密切接近之時、地反覆、持續從事同一犯罪行為，本質上具有多次性與反覆性，依社會通念，應屬具有營業性之重複特質之集合犯，應各僅論以一罪。又被告3 人基於一個意圖營利之犯意，同時提供賭博場所、聚集不特定多數人賭博，應屬法律概念之一行為，乃一行為觸犯數罪名，為想像競合犯，應均依刑法第55條前段之規定，從一情節較重之意圖營利聚眾賭博罪處斷。

（三）被告鄒芬芳、王麗梅、劉醇誠就上開意圖營利聚眾賭博犯行，有犯意聯絡與行為分擔，均為共同正犯。

四、撤銷改判之理由：

原審判決認被告鄒芬芳、王麗梅、劉醇誠犯罪事證明確，予以論罪科刑，並將扣案如附表編號1 至17所示之物於被告3 人所犯罪刑項下均諭知宣告沒收，固非無見。惟查：

（一）按所謂「責任共同原則」，係指行為人對於犯罪共同加工所發生之結果，相互歸責，因責任共同，須成立相同罪名，至於犯罪成立後應如何沒收，仍須以各行為人對工具物有無所有權或共同處分權為基礎，並非因共同正犯責任共同，即謂其共同效力應及於各共同正犯之沒收範疇，即需對各共同正犯重複諭知沒收。從而，犯罪工具物須屬被告所有，或被告有事實上之處分權時，始得在該被告罪刑項下諭知沒收；至於非所有權人，又無共同處分權之共同正犯，自無庸在其罪刑項下諭知沒收【最高法院院26年滬上字第86號判例及62年度第1 次刑庭庭推總會議決議㈥、65年度第5 次刑庭庭推總會議決議㈡所稱共同正犯罪刑項下均應宣告沒收之相關見解，均已經該院107 年7 月17日第

5 次刑事庭會議決議停止援用或不再供參考】；故而原審判決依共犯責任共通原則，就扣案如附表編號1 至17所示之物，於被告鄒芬芳、王麗梅、劉醇誠所犯罪刑項下均予宣告沒收，即有適用法律不當之違誤。

（二）原審判決認定被告鄒芬芳之犯罪所得為30萬元、被告王麗梅之犯罪所得為72萬元（每月2 萬元，共36個月）、被告劉醇誠之犯罪所得為72萬元（每月2 萬元，共36個月），並以本案行為時之基本工資，104 年10月起至105 年12月止之基本工資為2 萬8 元，106 年1 月起至同年3 月止之基本工資則為2 萬1,009 元，認已逾被告王麗梅、劉醇誠每月獲取之犯罪所得，故被告王麗梅、劉醇誠本案之犯罪所得為維持其等生活條件之必要，如予宣告沒收其犯罪所得，有過苛之虞，依修正刑法第38條之2 第2 項規定，就被告王麗梅、劉醇誠之犯罪所得不予宣告沒收。然被告王麗梅、劉醇誠之犯罪所得金額具有一定財產價值，非屬低微，原審卷內並無證據顯示沒收將對被告2 人最低限度生活產生影響，自難僅憑案發時之基本工資逾被告王麗梅、劉醇誠之本案犯罪所得即認其等上開之犯罪所得，為維持其等生活條件之必要，原審判決遽以有過苛之虞為由，不宣告沒收被告王麗梅、劉醇誠此部分犯罪所得，亦難認適法。檢察官上訴意旨指摘原審判決關於被告鄒芬芳部分之犯罪所得金額認定有誤及逕以沒收被告王麗梅、劉醇誠之犯罪所得有過苛之虞，而不予宣告沒收均有未洽，為有理由，原審判決復有前述其他可議之處，即屬無可維持，原審對相關連之本案判決即被告鄒芬芳、王麗梅、劉醇誠宣告之罪刑亦無法維持，爰由本院一併予以撤銷改判。

五、爰審酌被告王麗梅、劉醇誠前無刑事犯罪紀錄，有臺灣高等法院被告前案紀錄表可稽，素行尚稱良好，被告鄒芬芳、王麗梅、劉醇誠均當知悉賭博為違法行為，竟不思以正當手段獲取利益，經營賭博場所供人簽賭，以從中獲取不法利益，助長社會僥倖心理，使人易趨於遊惰，養成不良習慣，破壞

社會善良風俗及經濟秩序，所生危害非淺，並兼衡被告鄒芬芳為賭場負責人，為本案犯罪行為之主要角色，經營麻將賭場規模、經營時間長約1年5月，被告王麗梅、劉醇誠受僱負責監看監視器畫面把風、過濾賭客、幫賭客購買食物飲料等工作，參與時間約1年5個月，各自之角色分工，及其等犯罪之動機、目的係為圖得自身不法之利益、犯罪手段平和、被告鄒芬芳自述大學畢業，目前在照顧孫子，每月約有1萬3,000元之勞保月退金、被告劉醇誠自述高中畢業，目前從事臨時工，1天工資約1,000元，離婚，需照顧重度殘障之小孩，每月有4,000多元補助，心臟因動脈塞住有動心導管手術、被告王麗梅自述初中畢業，目前沒有工作，先生過世，生活費由小孩提供，及其等犯罪後均坦認犯行，態度尚佳等一切情狀，分別量處如主文第2、3、4項所示之刑，並均諭知易科罰金之折算標準。

六、沒收部分：

（一）依上開本判決理由欄四㈠所示關於最高法院有關犯罪工具物須屬被告所有，或被告有事實上之處分權時，始得依刑法第38條第2項前段之規定在該被告罪刑項下諭知沒收之意旨，扣案如附表編號1至6、8至11、13所示之物，均係被告鄒芬芳所有，供本案犯罪所用之物，業據被告鄒芬芳、王麗梅供承在卷，是扣案如附表編號1至6、8至11、13所示之物，爰依刑法第38條第2項前段之規定於被告鄒芬芳所犯罪刑項下宣告沒收。另附表編號14所示之行動電話，係被告王麗梅所有，供被告王麗梅為本案犯行時聯繫賭客使用，業據其供述在卷，其他共同正犯並無事實上處分權，是扣案如附表編號14所示之物，爰依刑法第38條第2項前段之規定於被告王麗梅所犯罪刑項下宣告沒收。至附表編號15所示之行動電話，雖供被告劉醇誠為本案犯行時聯繫賭客使用，然為被告王麗梅之子所有，業據被告王麗梅、劉醇誠供述在卷，被告鄒芬芳、王麗梅、劉醇誠並無事實上處分權；又附表編號7所示之物，為被告劉醇

誠所有，紀錄被告劉醇誠賭博輸贏之情形，與本案麻將賭場的帳無關等語，業據被告劉醇誠供承在卷，故附表編號7、15所示之物均不予宣告沒收。

（二）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。如尚未分配或無法分配時，該犯罪所得既屬於犯罪行為人，仍應對各共同正犯諭知沒收。與上開刑法第38條第2項前段，就「屬於犯罪行為人者」之解釋，並無不同（最高法院107年度台上字第2697號判決意旨參照），而犯罪行為人之犯罪所得，依修正後刑法第38條之1規定，係採義務沒收原則，且為澈底剝奪不法利得，依該條第3項規定，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，亦應追徵其替代價額，又於所得範圍之計算上，採取總額說，不問成本、利潤，均應沒收（參見該條立法理由修正說明）。參照此次修正之立法理由，已揭櫫任何人都不得保有犯罪所得之基本法律原則，剝奪犯罪所得，為防止犯罪之主要手段，亦即不法所得沒收之目的，在除去行為人或第三人之不法獲利，以消除行為人再犯之經濟誘因，因此犯罪所得本非屬犯罪行為人之正當財產權，自應予以剝奪，以回復合法財產秩序。經查：本案被告鄒芬芳經營之麻將賭場每月約有營業20天，經被告3人於本審審理時供承在卷，而被告王麗梅自103年間承租臺中市○○區○○路○○○○○○○號房屋，租金每個月1萬元，管理費於105年10月之前是2,400元，105年11月以後是2,900元，104年10月間被告王麗梅提供被告鄒芬芳經營作為賭博場所，被告鄒芬芳按月給付被告王麗梅2萬元，扣除租金、管理費後剩餘的金額歸被告王麗梅所有等情，業據被

告王麗梅於偵訊、原審訊問、本審審理供承在卷；被告鄒芬芳亦於警詢、偵訊、本審準備程序時供稱：我每個月給王麗梅2 萬元（包含租金）等語（見偵卷第22頁、本院卷第57頁背面），則以較有利於被告3 人之經營時間即自104 年11月起算，推算被告王麗梅本案之犯罪所得為12萬6,700 元（計算式：【2 萬元－1 萬2,400 元】x 12月＋【2 萬元－1 萬2,900 元】x 5 月＝12萬6,700 元）。被告劉醇誠自104 年11月開始受僱於被告鄒芬芳擔任上開賭博場所工作人員，1 天1,000 元，1 個月差不多做20天等情，業據被告劉醇誠於偵訊、原審訊問、本審準備程序、審理、被告鄒芬芳於偵訊、本審準備程序供承在卷，故以此推算被告劉醇誠本案之犯罪所得為34萬元（計算式：1,000 元x 20天x 17月＝34萬元）。被告鄒芬芳於本審準備程序時供稱：我1 天的抽頭金約5,000 多元，還要發給劉醇誠、王麗梅及雜支，我經營1 年5 個月等語（見本院卷第57頁背面），故以此推算被告鄒芬芳本案之犯罪所得為1,23萬3,300 元（計算式：5,000 元x 20天x 17月－12萬6,700 元－34萬元＝1,23萬3,300 元）。另被告鄒芬芳於本審審理時供稱：扣案之現金16萬5,300 元，其中8 萬元是會錢，4 萬5,000 元是過年小孩包給我的紅包錢，剩餘的（4 萬300 元）才是被查獲前幾天的抽頭金，我全部放在皮包裡面，但有分3 筆分開放不同地方，我記得紅包錢是新鈔，會錢應該是舊鈔等語（見本院卷第83頁），為落實沒收新制澈底剝奪不法利得、杜絕犯罪誘因之本旨，且查無被告鄒芬芳、王麗梅、劉醇誠該等犯罪所得係維持渠等生活條件所必要，予以沒收亦無過苛之虞，就扣案被告鄒芬芳之犯罪所得4 萬300 元抽頭金（即附表編號12）依刑法第38條之1 第1 項前段之規定，在被告鄒芬芳所犯罪刑項下諭知沒收；另就被告鄒芬芳之犯罪所得119 萬3,000 元（計算式：1,23萬3,300 元－4 萬300 元＝119 萬3,000 元）；被告王麗梅之犯罪所得12萬6,700 元；被告劉醇

誠之犯罪所得34萬元，自應依刑法第38條之1 第1 項前段、第3 項規定分別在被告鄒芬芳、王麗梅、劉醇誠所犯罪刑項下諭知沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。扣案如附表編號16、17所示之現金因與本案無關，自無從於本案併為沒收之諭知，併此敘明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第455 條之1 第1 項、第3 項、第364 條、第369 條第1 項前段、 第299 條第1 項、第28條、第268條、第55條前段、第41條第1 項前段、第38條第2 項前段、第38條之1 第1 項前段、第3 項，刑法施行法第1 條之1 第1 項、第2 項前段，判決如主文。

本案經檢察官陳旻源聲請以簡易判決處刑及提起上訴，檢察官楊朝嘉到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　3　　月　　6　　日

刑事第十八庭　審判長法　官　簡芳潔

法　官　簡佩珺

法　官　吳金玫

以上正本證明與原本無異。

不得上訴。

書記官　簡芳敏

中　　華　　民　　國　　108　　年　　3　　月　　6　　日

附錄論罪科刑法條：

中華民國刑法第268條

（圖利供給賭場或聚眾賭博罪）

意圖營利，供給賭博場所或聚眾賭博者，處3 年以下有期徒刑，得併科3 千元以下罰金。

附表：

編號	物品名稱及數量（新臺幣）	所有人	備註
1	麻將2副	鄒芬芳	第38條第2項前段

（續上頁）

2	牌尺8支	鄒芬芳	第38條第2項前段
3	搬風2顆	鄒芬芳	第38條第2項前段
4	骰子6顆	鄒芬芳	第38條第2項前段
5	麻將紙2張	鄒芬芳	第38條第2項前段
6	賭客借貸紀錄2張	鄒芬芳	第38條第2項前段
7	每日記帳單4張	劉醇誠	與本案無關
8	進貨單收據31張	鄒芬芳	第38條第2項前段
9	監視器螢幕1臺	鄒芬芳	第38條第2項前段
10	監視器1支	鄒芬芳	第38條第2項前段
11	華碩廠牌行動電話1 支（含0000000000號SIM 卡1 枚）	鄒芬芳	第38條第2項前段
12	現金4萬300元	鄒芬芳	第38條之1 第1 項前段
13	賭客名冊1本	鄒芬芳	第38條第2項前段
14	SONY廠牌行動電話1 支（含0000000000號SIM 卡1 枚）	王麗梅	第38條第2項前段
15	三星廠牌行動電話1 支（含0000000000號SIM 卡1 枚）	王麗梅之子	鄒芬芳、王麗梅、劉醇誠無事實上處分權

（續上頁）

16	現金8萬元	與本案無關	與編號12一同扣案
17	現金4萬5,000元	與本案無關	與編號12一同扣案