

# 最高檢察署檢察總長非常上訴書

108 年度非上字第 131 號

被 告 盧東逸

上列被告因賭博案件，經臺灣高等法院 107 年度上易字第 1709 號判決確定，本檢察總長認為違背法令，應行提起非常上訴，茲將原判決主文及非常上訴理由分述於後：

原判決主文

原判決撤銷。盧東逸無罪。

非常上訴理由

一、判決適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第 378 條定有明文。查被告盧東逸基於賭博之犯意，於民國 106 年 1 月 7 日下午 6 時 40 分許，透過手機通訊軟體 LINE 傳送訊息，向宋○享投注「香港六合彩」、「今彩 539」，賭博方式為賭客任選一組 2 個號碼（俗稱二星）、一組 3 個號碼（俗稱三星），一組 4 個號碼（俗稱四星），「二星」、「三星」下注賭金均為新臺幣（下同）80 元，賭客簽中「二星」、「三星」、「四星」者分別可向宋○享領取 5,300 元、5 萬 7,000 元、80 萬元之彩金，若未簽中賭資則全歸宋○享所有，嗣於 106 年 1 月 10 日下午 3 時 20 分許，宋○享為警查獲，並扣得宋○享之手機等物。檢察官因認被告涉犯刑法第 266 條第 1 項前段之賭博罪嫌而起訴，臺灣桃園地方法院 106 年度審易字第 2885 號判決，被告上訴後，臺灣高等法院 107 年度上易字第 1709 號判決撤銷原判決並判決被告無罪確定。

- 二、按由罪刑法定主義派生之明確性原則，固使法律之可預測性提高，達到刑法之一般預防效果，惟刑法如過度具體明確，可能使刑法過於龐大僵化，欠缺必要之彈性，將使法律過於僵化與個案化。且立法者之預見能力有時而窮，無法完全且鉅細靡遺的預知未來在無數個案中，具體事實如何展現何種多樣性及個別性。因此，刑法之構成要件必須能透過解釋而得悉其意義內涵。刑法之所以處罰賭博之行為，係因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，對於參與對賭當事人而言，贏得賭局之一方，其取得財物形同不勞而獲，倘若時日一久，恐養成心存僥倖而僅欲以此方式獲取財物，以致不事生產，敗壞社會風氣。則刑法對於賭博行為之非難程度，自不宜僅因科技發展所致參與賭博方式變革而異，否則，將易造成處罰之漏洞，令有心人士遊走於法律處罰之灰色地帶。
- 三、現行刑法第 266 條第 1 項之規定係於民國 23 年 10 月 31 日制訂，24 年 1 月 1 日公布，同年 7 月 1 日施行。舊刑法第 278 條第 1 項原規定「賭博財物者，處一千元以下罰金。但以供人暫時娛樂之物為賭者，不在此限。」嗣制訂公布為「在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物者，處一千元以下罰金。但以供人暫時娛樂之物為賭者，不在此限。」乃因在非公共場所或非公眾得出入之場所賭博財物者，貽害社會尚輕，故家庭間偶然賭博，不包括於本條之內。（參考陳應性編著，中華民國刑法解釋圖表及條文，商務印書館發行，民國 25 年 8 月版，第 227 頁）。「本罪所謂公共場所或公眾得出入之場所，不以法令所容許或社會所公認者為限，如供給賭博用之花會場、輪盤賭場及其他各種賭場，雖設於私人之住宅，亦屬公眾得出入之場所。又如

賭博者雖未親自赴場賭博，而由專業者轉送押賭，但既係基於自己犯罪之意思，仍應依本罪之正犯處斷。(院字第1371號解釋參照)」(褚劍鴻著，刑法分則釋論，上冊，76年10月第3版，第821頁)又「刑法圖利供給賭博場所罪，本不以其場所為公眾得出入者為要件，而所謂之『賭博場所』，只要有一定之所在可供人賭博財物即可，非謂須有可供人前往之一定空間場地始足為之。且以現今科技之精進，電話、傳真、網路均可為傳達賭博訊息之工具，例如主觀上有營利意圖而提供網址供人賭博財物者，亦屬提供賭博場所之一種，而以傳真或電話之方式簽注號碼賭博財物，與親自到場簽注賭博財物，僅係行為方式之差異而已，並不影響其為犯罪行為之認定。」[最高法院94年度台非字第108號判決](#)要旨可資參照，本判決雖係針對刑法第268條之圖利供給賭博場所罪，然已指出賭博場所之「場所」實指「一定之所在」，不應侷限於可供人前往之一定空間場地。刑法第266條第1項所稱之公眾得出入之「場所」，本應與刑第268條之「場所」為同一解釋；至該場所是否「公眾得出入」，應以不特定人或特定多數人得以任何方式在該所在參與賭博或將賭博之意思傳達至該所在為標準，無論透過電話、傳真、或通訊軟體，此與人身前往無異，既無限於由人親往下賭，亦非依該賭博場所之外界可見聞性為判斷，參照上述院字第1371號解釋意旨，該賭博場所雖設於私人之住宅，亦屬公眾得出入之場所。況透過科技方式如電話、傳真或通訊軟體而下賭，因不再拘泥於傳統須人可以前往之一定空間場地，其賭博金額、方式、範圍均更無忌憚，對社會公序良俗貽害更大，要非民國23年原立法者所能設定之「在家庭內偶然之賭博」

所能比擬，亦非立法者當時所能預想現今社會變遷下，賭博與科技結合發展之多樣性及產生之鉅大危害，此一概念之補充，或可認為係符合立法者原意之歷史解釋及合目的性解釋，惟並非類推解釋，應無悖於罪刑法定原則。

四、本案原判決將刑法第 266 條之『公眾得出入』限於不特定多數人得以共見共聞，且人須前往賭博場所下注，而刑法第 266 條第 1 項僅以『公共場所或公眾得出入之場所』為要件，並未提及賭博行為須『公然』為之或以他人得觀看、共見共聞為必要，原判決對犯罪構成要件之解釋，顯有判決適用法則不當之違法。

五、案經確定，爰依刑事訴訟法第 441 條、第 443 條提起非常上訴，以資糾正。

此致

最高法院

檢察總長 江 惠 民

中 華 民 國 108 年 6 月 13 日