

最高法院刑事判決

108年度台非字第148號

上訴人 最高檢察署檢察總長
被告 盧進逸（原名盧東逸）

上列上訴人因被告賭博案件，對於臺灣高等法院中華民國107年1月14日第二審確定判決（107年度上易字第1709號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署106年度偵字第17150號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、非常上訴理由稱：「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，向宋柏享投注『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』者分別可向宋柏享領取5,300元、5萬7,000元、80萬元之彩金，若未簽中賭資則全歸宋柏享所有，嗣於106年1月10日下午3時20分許，宋柏享為警查獲，並扣得宋柏享之手機等物。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

01 過於僵化與個案化。且立法者之預見能力有時而窮，無法完
02 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
03 何種多樣性及個別性。因此，刑法之構成要件必須能透過解
04 釋而得悉其意義內涵。刑法之所以處罰賭博之行為，係因賭
05 博之本質是透過某一射倖性事項發生與否，決定財物歸屬，
06 對於參與對賭當事人而言，贏得賭局之一方，其取得財物形
07 同不勞而獲，倘若時日一久，恐養成心存僥倖而僅欲以此方
08 式獲取財物，以致不事生產，敗壞社會風氣。則刑法對於賭
09 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
10 變革而異，否則，將易造成處罰之漏洞，令有心人士遊走於
11 法律處罰之灰色地帶。三、現行刑法第266條第1項之規定係
12 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
13 行。舊刑法第278條第1項原規定『賭博財物者，處一千元以
14 下罰金。但以供人暫時娛樂之物為賭者，不在此限。』嗣制
15 訂公布為『在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物者，處
16 一千元以下罰金。但以供人暫時娛樂之物為賭者，不在此限
17 。』乃因在非公共場所或非公眾得出入之場所賭博財物者，
18 貽害社會尚輕，故家庭間偶然賭博，不包括於本條之內。（
19 參考陳應性編著，中華民國刑法解釋圖表及條文，商務印書
20 館發行，民國25年8月版，第227頁）。『本罪所謂公共場所
21 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
22 ，如供給賭博用之花會場、輪盤賭場及其他各種賭場，雖設
23 於私人之住宅，亦屬公眾得出入之場所。又如賭博者雖未親
24 自赴場賭博，而由專業者轉送押賭，但既係基於自己犯罪之
25 意思，仍應依本罪之正犯處斷。（院字第1371號解釋參照）
26 』（褚劍鴻著，刑法分則釋論，上冊，76年10月第3版，第8
27 21頁）又『刑法圖利供給賭博場所罪，本不以其場所為公眾
28 得出入者為要件，而所謂之『賭博場所』，只要有一定之所
29 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
30 地始足為之。且以現今科技之精進，電話、傳真、網路均可
31 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

01 供人賭博財物者，亦屬提供賭博場所之一種，而以傳真或電
02 話之方式簽注號碼賭博財物，與親自到場簽注賭博財物，僅
03 係行為方式之差異而已，並不影響其為犯罪行為之認定。』
04 最高法院94年度台非字第108號判決要旨可資參照，本判決
05 雖係針對刑法第268條之圖利供給賭博場所罪，然已指出賭
06 博場所之『場所』實指『一定之所在』，不應侷限於可供人
07 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
08 之『場所』，本應與刑法第268條之『場所』為同一解釋；
09 至該場所是否『公眾得出入』，應以不特定人或特定多數人
10 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
11 在為標準，無論透過電話、傳真、或通訊軟體，此與人身前
12 往無異，既無限於由人親往下賭，亦非依該賭博場所之外界
13 可見聞性為判斷，參照上述院字第1371號解釋意旨，該賭博
14 場所雖設於私人之住宅，亦屬公眾得出入之場所。況透過科
15 技方式如電話、傳真或通訊軟體而下賭，因不再拘泥於傳統
16 須人可以前往之一定空間場地，其賭博金額、方式、範圍均
17 更無忌憚，對社會公序良俗貽害更大，要非民國23年原立法
18 者所能設定之『在家庭內偶然之賭博』所能比擬，亦非立法
19 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
20 樣性及產生之鉅大危害，此一概念之補充，或可認為係符合
21 立法者原意之歷史解釋及合目的性解釋，惟並非類推解釋，
22 應無悖於罪刑法定原則。四、本案原判決將刑法第266條之
23 『公眾得出入』限於不特定多數人得以共見共聞，且人須前
24 往賭博場所下注，而刑法第266條第1項僅以『公共場所或公
25 眾得出入之場所』為要件，並未提及賭博行為須『公然』為
26 之或以他人得觀看、共見共聞為必要，原判決對犯罪構成要
27 件之解釋，顯有判決適用法則不當之違法。五、案經確定，
28 爰依刑事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，以資糾正
29 。」等語。

30 二、本院按：

31 (一)、非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之非常救濟

01 程序，以統一法令之適用為主要目的。此與通常上訴程序旨
02 在糾正錯誤之違法判決，使臻合法妥適，目的係針對個案為
03 救濟者不同。兩者之間，應有明確之區隔。刑事訴訟法第44
04 1 條對於非常上訴係採便宜主義，規定「得」提起，非「應
05 」提起。故是否提起，自應依據非常上訴制度之本旨，衡酌
06 人權之保障、判決違法之情形及訴訟制度之功能等因素，而
07 為正當合理之考量。除與統一適用法令有關；或該判決不利
08 於被告，非予救濟，不足以保障人權者外，倘原判決尚非不
09 利於被告，且不涉及統一適用法令，即無提起非常上訴之必
10 要性。亦即，縱有在通常程序得上訴於第三審之判決違背法
11 令情形，並非均得提起非常上訴。所謂與統一適用法令有關
12 ，係指涉及法律見解具有原則上之重要性者而言。詳言之，
13 即所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，或對法
14 之續造有重要意義者，始克相當。倘該違背法令情形，尚非
15 不利於被告，且法律已有明確規定，向無疑義，因疏失致未
16 遵守者，或司法院已有解釋可資依循、無再行闡釋之必要者
17 ，或其違背法令情形，業經本院著有判例、判決或作成決議
18 、決定予以糾正在案，實務上並無爭議者，或因「前提事實
19 之誤認」，其過程並不涉及法令解釋錯誤之問題者等諸情形
20 ，對於法律見解並無原則上之重要性或爭議，即不屬與統一
21 適用法令有關之範圍，殊無反覆提起非常上訴之必要性。基
22 於刑事訴訟法第441 條係採便宜主義之法理，檢察總長既得
23 不予提起，如予提起，本院自可不予准許。

24 (二)、刑法第266條第1項規定「在公共場所或公眾得出入之場所賭
25 博財物者，處1000元以下罰金。但以供人暫時娛樂之物為賭
26 者，不在此限。」立法者係考量賭博犯罪若在公共場合或公
27 眾得出入之場所進行，民眾可輕易見聞，恐造成群眾仿效跟
28 進而參與賭博，終至群眾均心存僥倖、圖不勞而獲，因之敗
29 壞風氣，需加以處罰，反之，在非公共場所或非公眾得出入
30 之場所賭博財物，其貽害社會尚輕，故家庭間偶然賭博，不
31 包括於本條之內。惟此所謂之「公共場所或公眾得出入之場

01 所」，並不以法令所容許或社會所公認者為限，如供給賭博
02 用之花會場、輪盤賭場及其他各種賭場，縱設於私人之住宅
03 ，倘依當時實際情形，可認係屬公眾得出入之場所者，亦足
04 當之；又如賭博者雖未親自赴場賭博，而由他人轉送押賭，
05 但既係基於自己犯罪之意思，仍應依本罪之正犯處斷，有司
06 法院院字第1371、1921、4003號解釋意旨可資參照。是以私
07 人住宅如供不特定之人得以出入賭博者，該場所仍屬公眾得
08 出入之場所，至於賭客係到場下注賭博，或以電話、傳真、
09 電腦網路、或行動電話之通訊軟體等方法傳遞訊息，下注賭
10 博，均非所問。

11 (三)、經查本件接受被告盧東逸簽賭之宋柏享，係提供其桃園市0
12 0區00路000 號自宅，聚集不特定賭客簽選號碼簽賭「香
13 港六合彩」、「今彩539」等賭博，賭客或親自到場簽牌下
14 注，或以手機通訊軟體LINE傳訊牌支號碼，或以傳真下注，
15 宋柏享接收牌支簽賭後，再將簽賭資料以LINE轉給上線綽號
16 「阿明」等人，其中被告於民國106年1月7日下午6時40分許
17 ，透過LINE傳送簽賭訊息資料，向宋柏享投注「香港六合彩
18 」、「今彩539」，嗣宋柏享於同月10日下午為警在上址查
19 獲，因而觸犯刑法第266條第1項前段在公眾得出入之場所賭
20 博罪、第268條意圖營利供給賭博場所及聚眾賭博罪，另案
21 經臺灣桃園地方法院以106年度壢簡字第315號簡易判決，依
22 想像競合犯關係從一重論以刑法第268條意圖營利，聚眾賭
23 博罪刑確定等情，有相關資料在卷可稽。查宋柏享提供自宅
24 作為不特定人得以出入簽賭之場所，被告以LINE向宋柏享傳
25 送其簽賭下注之訊息而參與賭博，依上說明，被告應係犯刑
26 法第266條第1項之在公眾得出入之場所賭博罪。原判決認被
27 告所為與刑法第266條第1項前段賭博罪之構成要件不合，撤
28 銷第一審之有罪判決，改判諭知被告無罪，依上說明，即有
29 適用法則不當之違法。惟此違背法令尚非不利於被告，且該
30 違法情形，司法院已著有上開院字第1371、1921、4003號解
31 釋意旨可資依循，實務上並無爭議，自無再行闡釋之必要，

01 於法律見解欠缺原則上之重要性，客觀上難認有給予非常上
02 訴救濟之必要性，應認非常上訴為無理由，予以駁回。
03 據上論結，應依刑事訴訟法第446條，判決如主文。

04 中 華 民 國 108 年 7 月 17 日

05 最高法院刑事第一庭

06 審判長法官 邵 燕 玲

07 法官 梁 宏 哲

08 法官 吳 進 發

09 法官 李 欽 任

10 法官 呂 丹 玉

11 本件正本證明與原本無異

12 書 記 官

13 中 華 民 國 108 年 7 月 23 日