

論賭博罪——反資本主義的行為

曾友俞*

壹、前言

目前在世界上的社會普遍而言都是資本主義式的，而根據馬克思主義的定義，資本主義是有關於特定的生產關係（relations of production）。「這包括特定對於生產力（productive forces）的控制形式—勞工用於生產的勞動力（labor power）和如自然資源、工具及其用於產出商品與服務之空間的生產工具（means of production）—與典型地與社會控制有關的特定社會模式之經濟互動。」資本主義可說有幾點要素：1.生產工具群是私有私控的（privately owned and controlled）。2.人們合法地擁有他們的勞動力（此為資本主義區別於奴隸制與封建制之處，在後者有些人被賦權予支配無論是完全或部分地對於其他人之勞動力）。3.市場（Markets）是主要分配生產產出與產入與決定社會生產剩餘物之使用—包括如何與是否其被消費或投資—之主要機制。4.其中有著在資產階級與勞動階級的階級區隔（class division），涉及階級間的特定關係（如議價、衝突或屈服），並形塑勞動市場、公司、及更廣的政治進程。5.產品主要是指向資本積累（capital

accumulation），換句話說，經濟生產主要是指向獲利勝過於人類需要的滿足。此外，薪資勞動亦是資本主義社會的必要條件，勞工以販賣勞動力來生存，而他們將此賣給掌控生產工具的資本家，又資本家是擁有相對於勞工的不對稱決策權力，而這樣的權力內容，是關於什麼以及如何被生產。¹

在這個體制之下，賭博罪該如何被定性？其所侵害的法益的實際內容究竟是什麼？又或者說，其行為的「惡性」何在？如何值得用國家主權極致展現的刑罰予以制裁？本文將以前述資本主義之意義為基礎，先予分析賭博罪之法律要件，進而再概述普遍對於賭博罪法益內涵之主張以及除罪化立論，最後將以功利主義作為道德判準來論證在資本主義社會中賭博行為的可非難性。

貳、賭博行為

在說明賭博行為之前，本章先予介紹刑法賭博罪章之規定，分別如下：

刑法第266條：「在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物者，處三萬元以下罰金。但以供人暫時娛樂之物為賭者，不在此限。當

* 本文作者係執業律師

註1：參照：

<https://plato.stanford.edu/entries/socialism/#SociCapi>

場賭博之器具與在賭檯或兌換籌碼處之財物，不問屬於犯人與否，沒收之。」

刑法第268條：「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，得併科九萬元以下罰金。」

刑法第269條：「意圖營利，辦理有獎儲蓄或未經政府允准而發行彩票者，處一年以下有期徒刑或拘役，得併科九萬元以下罰金。經營前項有獎儲蓄或為買賣前項彩票之媒介者，處六月以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金。」

刑法第270條：「公務員包庇他人犯本章各條之罪者，依各該條之規定，加重其刑至二分之一。」

而因重點在於論證賭博之罪性何在，故恕不將重心置放於各個要件分析，而僅就刑法中重要的「行為」予以細究，故將以刑法第266條普通賭博罪為基作為介紹的對象。

先從情狀與客體之客觀構成要件開始，所謂的「公共場所或公眾得出入之場所」包括常見的餐廳、廣場或是公園等處，而司法院曾有函釋二則就住宅內賭博是否違反賭博罪之規定，其意旨略為雖然住宅原非公眾得出入之場所，但若長期供不特定人出入進行賭博，則失去住宅之私密性質，等同於公眾得出入之場所，而屬本條之規範範圍。²而財物

不僅包括具體可見之物件，也包括經濟上之利益。

刑法定為犯罪的要求中，最重要的客觀構成要件即「行為」，有論者稱：「賭博行為是在雙方（或多方）自願，相互同意的情形下共同參與，在結果未知之前先予預測，依賴機率和運氣，以勝負來決定財物的得失，是處分自己財產的行為，故賭博型態隨時間地點而有不同，惟其共同之特徵均為『依偶然之事實，而決定財物得失之行為』，此乃因人的本性中相互競爭、比較輸贏、分出高下的本能，人類也因此而發展進步，由此觀之，則賭博可說是人類的天性使然，並沒有可責性。但基於賭博實質上所造成之社會之公共秩序與善良風俗之危害，及賭勝者足生僥倖之心，揮霍無度，成日醉心賭博而不務正業；而賭輸者，則傾家蕩產，每至鋌而走險衍生為數甚多之犯罪問題，造成社會不安，而有立法處罰之必要。」³

雖我國論者常從中國歷代歷朝對於賭博行為之定義以及罰則為探討對象，然既我國法系係繼受自外國，則或以西方對於相關概念之探討更為貼適。在西方以及非西方的社會中，賭博的概念是有差異的，「在前工業化與非西方社會中，賭博主要是預測未來（divine the future）；推動貿易、社會化以及

註2：司法院77年廳刑一字1611號函及司法院79年廳刑一字309號函

註3：周玉琦，〈賭博犯罪之實務與應罰性之研究〉，47期學員法學研究報告，第2057頁。

另作者於著作中有提及：「所謂偶然之事實乃指當事人主觀上不能預見或不能支配之事實而言，不以客觀上亦不確定為必要，不確定之事實非必限於未來，即過去或現在之事實若賭博之當事人均確不知其真象，亦非不得謂為不確定之事實，然賭博之勝負雖繫於偶然之事實，但不以完全為偶然因素所支配者為限，縱令技術上可為決定勝負之重要憑恃，但如多少含有偶然之因素時亦不失為偶然之事實。」此亦係我們必須注意者。

與其他團體的競爭；以及 / 或促進那些被相信去影響豐收、雨、戰爭、疾病以及其他事件的自然力的聚集與喜好。相反的，在西方社會中的賭博在歷史上是種個人間為了再創造及 / 或贏錢的活動。」⁴在多數西方國家，賭博的定義在19世紀晚期發展，在20世紀早期重鑄。「它是被包含在立法以及普通法中有關「打賭 (betting)」以及「遊戲 (gaming)」的活動中。…打賭 (也被認知為“押注”) 是普遍在法律上被定義為將金錢或有物質價值的東西，相對於持有不同意見的某人，押在無確定事件的結果中。遊戲是被典型地定義為一個包括著：賭注、獎賞以及機會的活動。」⁵

對於賭博的定義，論者參考各種見解如，「澳大利亞生產委員會 (Australian Productivity Commission [2010]) 將賭博定義為：『將金錢押在以機會 (chance) 驅動的事件之娛樂，有著贏得比押注更多的潛力，然作為群體的賭博者亦將在時間經過中有著終極而言會輸的確定性。賭博者無可避免地終究會輸以及賭博試圖成為一個再創造的 (recreational) 活動之事實，區別其於投資活動—投資活動中機會也扮演著顯著的角色』。美國國家研究議會 (U.S. National Research Council [1999]) 定義賭博為：『將

金錢或所有物押在隨機或不確定結果的機會活動或事件。經濟學觀點的Borna & Lowry (1987) 定義賭博為：「在刻意風險的基礎上之資產的再分配，涉及一方的獲得與他方的失去，通常不帶有任何一方引進生產性工作。」⁶基此，論者所歸納出學術性定義中的三個要點：在事件上金錢性或物質性的押注；押注是為透過正確預測事件結果來贏取額外的金錢或物質利益；事件的未來結果是不確定的。在綜合參考學術性、法律性以及專業賭徒的資料後，其所提出的賭博定義為：「將金錢或有物質價值的東西押在有不确定後果的事件上，期盼著贏取額外的金錢且 / 或物質利益。(Staking money or something of material value on an event having an uncertain outcome in the hope of winning additional money and/or material goods.)」⁷此亦係本文將採為賭博定義之基礎。

參、法益與除罪化立論

而從賭博行為來看，似乎看不出任何惡性，畢竟在人際的相處之間也常以特定不確定事件的後果為依歸，將特定利益作為遊戲勝敗的獎賞，而人也在這樣的遊戲過程中或

註4：Williams, Robert J., The definition, dimensionalization, and assessment of gambling participation, p.7, University of Lethbridge Research Repository, 2017

註5：Williams, Robert J., The definition, dimensionalization, and assessment of gambling participation, p.10, University of Lethbridge Research Repository, 2017.

註6：Williams, Robert J., The definition, dimensionalization, and assessment of gambling participation, p.9, University of Lethbridge Research Repository, 2017.

註7：Williams, Robert J., The definition, dimensionalization, and assessment of gambling participation, p.11, University of Lethbridge Research Repository, 2017.

許獲得滿足感、刺激感，甚至因此刺激了競爭讓賭博的後果成為驅使人們行動的驅力，甚至這種「以供人暫時娛樂之物為賭」作為除外不乏的部分。尤其，在賭博這種活動必要共犯的犯罪型態中，更是所有人都自願加入並且承擔風險以期盼更良好後果落於自身的活動，所以賭博罪也被認為是無被害者的犯罪；同時，刑法傳統而言是以所謂的自然犯（*mala in se*，或稱倫理犯）為主，例如殺人罪，也就是該等刑事處罰的行為除了違反法律價值體系，同時也違反倫理價值體系（*Ethice*），另外若是以非違反道德律令的行為作為犯罪行為的型態，則是法定犯（*mala prohibita*）例如賭博罪，此種犯罪行為並非因為抵觸倫理價值體系，而是單純僅因抵觸法律價值體系而為罪，而這多數是出於行政管制上的立法目的。不同的價值體系判定出的結論是不同的，違法的（*illegal*）與不道德的（*immoral*）是不同的，而僅有後者才能稱為是一種惡（*vice*）。⁸且以學者林山田為代表認為有關賭博罪之法益係：「賭博在表面上雖然只是造成參與賭博者個人的財產損失，但在實質上，其所造成的損害，則為社會的公共秩序與善良風俗的危害，故賭博罪章顯非破壞個人法益的財產罪，而是破壞社會法益的犯罪，其所要保護的法益乃是社會的公序良俗。」⁹凡此種種，造成了賭博行為的除罪化立論。

除了通說所採取賭博罪之法益乃係公序良俗之外，有認為法益是如同刑法罪章中所規定的財產犯罪一般，然而這裡所將會出現的問題或如同論者所述：「賭博罪立法之正當性似應受到質疑，為了保護財產而剝奪人民的自由似乎有違比例原則，且採此說，賭博罪之成立即無僅限於公共場所或公眾得出入之場所之必要。」¹⁰；也有認為法益是避免二次犯罪，然而任何犯罪都有導致二次犯罪的可能，且此更如同採取財產法益的觀點一般，會有過度前置的危險犯立法可能，同時也會面臨到責任原則的檢驗；另一種法益的看法是認為賭博罪之處罰係在督促勤勉勞動，或也可說是禁止怠惰，然而若採這種看法，將會使得刑罰逾越謙抑性原則以及最後手段性原則，換言之，不符合憲法上比例原則之必要性原則，蓋因刑罰之所以幾乎九成九的犯罪的規定皆為禁止性的規定而非誡命性的規定，即係因慮及憲法對於一般行為自由的保障，而若刑法過度干預人民的人身自由，多以命令為一定行為（例如於此的應為勤勉）作為規定，則不僅不合致前開的原則，以政治哲學之層次而言更是種家父長主義（*patriarchy*）的國家型態，而與自由主義式的國家型態有所扞格。

但我們或許無需浪費筆墨在紮草人¹¹上，更為重要的毋寧是去探討公序良俗作為法益的內涵究竟值得或是不值得動用刑罰。

註8：有關倫理犯與法定犯，參考THOM BROOKS，PUNISHMENT，21-22（2012）。

註9：林山田（2006），《刑法各罪論》（下冊），5版，第567頁。

註10：周玉琦，前揭註3，第2067頁。

註11：所謂的紮草人（*straw man*）係指在辯論上曲解他人之論點，再針對曲解後的論點予以攻擊再宣稱推翻對方的論證，係謬誤（*fallacy*）之一種。

最高法院69年台上字第2603號民事判決指出：「民法第七十二條所謂法律行為有背於公共秩序或善良風俗者無效，乃指法律行為本身違反國家社會一般利益及道德觀念而言。」而我們無需區別對待任何法系統（例如民法、刑法的不同系統）中的公序良俗概念，蓋因此「不確定法律概念」在各系統中皆同，差異僅係在於不同的法系統中有不同的詮釋需要，以及在不同的個案有不同的解釋需要。

有論者對於公序良俗概念之研究指出：「本文以為公共秩序猶如不成文之公益促進規範，凡是涉及促進國家、社會之發展或不特定多數人有益之相關準則或理念，都可被視為公共秩序；而善良風俗則指被社會普遍承認之私人間倫理道德觀念。兩者界線雖難以分明，但最主要之不同有二：其一，從單一違反公共秩序或善良風俗事件，所產生之負面效應的範圍來看，有關公共秩序之事項係涉及整個國家、社會，即其影響擴及「不特定多數人」，蓋被認為違反公共秩序者，通常其行為均係有損於社會或公眾利益，不論係經濟秩序、公眾安全、全體人民之利益亦或對既存規範之本旨皆然；而善良風俗之涵蓋範圍則不如公共秩序廣泛，涉及違反善良風俗之行為，其所影響者通常僅係與該行為有利害關係之人或「特定」私人之間，最典型之違反善良風俗案例誠如：違反倫理秩序、違反婚姻秩序之類，其所造成之不利益僅止於特定之人，而不會無限擴大而

影響國家、社會之發展。其二，從違反公共秩序或善良風俗之行為中，其所造成之傷害層面區分，公共秩序與國家或社會之發展密不可分，不論係經濟、人權、公眾安全或既存之規範本旨等，故而違反公共秩序之行為通常造成較為具體或物質方面之負面影響，如：造成公眾或私人的經濟損失或基本權利之侵害等；而善良風俗則偏向維護倫理道德觀念，違反善良風俗之行為所造成之傷害則多屬精神層面，如：違反婚姻、倫理秩序或涉及不當性關係之行為，則常使利害關係人承受精神層面之苦難。」¹²然而若做此解，或許就會面臨到一種常見的反駁：「因此社會善良風俗無法當作一個獨立具體的法益，理由是『侵犯社會善良風俗』和『社會危害性』一樣，是所有犯罪行為之共同特徵，而不是獨獨賭博行為所具。只有當某種行為侵犯了具體的法益時，才能夠將其規定為犯罪。」¹³若將公序良俗作文義解釋般地拆解，分成公共秩序與善良風俗，並再細分為國家社會秩序以及道德風土，那麼再怎麼說任何犯罪都有對公序良俗的違反，那麼這也將成為國家得以證成（legitimize）對於任何行為動用刑罰權所需要的唯一論據（argument）了。

另一種更為根本的除罪化論據乃是人性帶賭，如：「而賭博行為在本質上，原係個人任意處分其財物之行為，原非罪惡；且人類好賭，乃出自天性，無法加以禁絕。故賭博行為，不分中外，自古以來，既已存在於人類社

註12：林彥辰（2019），《論公序良俗原則》，第19頁，國立中正大學。

註13：王明偉（2009），《賭博行為應刑性之研究》，第122頁，中國文化大學。

會中，從未見有完全禁絕之成功先例。因此，對於賭博行為，與其禁而不絕，減低法律威信，不如另闢蹊徑，善加疏導，使人於正途。」¹⁴、「再從人性的觀點來看，本來人的習性就具有冒險與投機的心理，如果付出最小而能獲取最大利益，或是好吃懶作的生活方式，在沒有侵害到別人情形下，又有甚麼嚴重到需要以刑罰制裁這種行為。」¹⁵、「賭博行為乃是人性所需且又屬於無被害人與道德犯罪，倘若使用其他如民法、行政法手段以足可規範者，基於刑法謙抑之思想，實無動用刑罰，而有除罪化之必要。」¹⁶然而諸多論者批判賭博罪所用之理由係公序良俗的內涵空洞，然而經常伴隨出現的即為使用更為空洞的「人性」作為論述工具之一，這實在矛盾。人性究竟如何，是善是惡？是勤是惰？當無可一概而論。此外，所謂的性係指共性，抑或係指殊性？若是殊性則如同每個人的指紋一樣沒有人性可言而只有個人性可論，而若是共性又因為各地文化不同，除了身為人或說生為動物而會抗拒死亡與限制，而去追求生存與自由之外，難以論稱有任何共性存乎於所有堪稱為「人」的個體中。

與其呼召一更處高閣的概念，本文認為不如從何謂公序良俗的內涵去尋究賭博罪處罰的意義究竟何在，當然，這裡所要探究的當不會如同前述地僅從文義為之，而是要從效益主義以及資本主義體制的觀點來審視這個問題。

肆、有無「效益」

所謂「效益 (Utility)」不是「利益 (interests)」，而是在 (現實) 層次之上，於道德層面判斷後具有正面價值的結論，這個道德判斷原則就稱作效益主義 (Utilitarianism，或稱功利主義)。邊沁 (J. Bentham) 於1789年出版的著作《道德與立法原則之導論》 (An Introduction to the Principles of Morals and Legislation) 中於第一章開頭即稱：「自然已將人類置放於二統治者之下，苦與樂。僅此二者指出我們應做什麼以及決定我們應該做什麼；對錯之標準及因果之鎖鏈二者皆受縛於其二之王座。

(Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain and pleasure. They alone point out what we ought to do and determine what we shall do; the standard of right and wrong, and the chain of causes and effects, are both fastened to their throne.)」並且，邊沁在1776年所出版的著作《政府的片段 (A fragment of government)》之前言中即提出道德原則為：「對錯的衡量標準為最大多數人的最大快樂 (... it is the greatest happiness of the greatest number that is the measure of right and wrong...)。」

並且，功利主義更是直覺性地符合常人的道德直觀，就如同思想實驗的電車問題 (trolley problem) 一般，多數人在面臨五條

註14：周玉琦，前揭註3，第2068頁。

註15：王明偉 (2009)，《賭博行為應刑性之研究》，第123頁，中國文化大學。

註16：王明偉，前揭註15，第145頁。

人命與一條人命的選擇時，幾乎總是會選擇五條人命的保存，當我們總說所有生命都一樣重要時，實際上大多數人的道德判斷都會用簡單地量化去估算每次決定的道德成本，進而讓某些道德原則的絕對性被剝奪，例如每個生命都值得尊重的原則。不過道德原則在各種現實處境中本來就會面臨衝突，而這時也必須要判斷，或許各處皆屬絕對的道德原則在此也將面臨是否妥協退讓的兩難，更不用說功利主義並不是道德判斷的唯一標準，故而，在此謹將功利主義作為論述的前提，而不去進行與其他倫理學基礎的辯論。

論者在研究¹⁷中做了調查，有關北美成人認為各種活動是否屬於賭博，由低至高依序為買保險（6.8%）、創業（11.2%）、買獎券（raffle）或募資票（16.9%）、承擔情緒或物理風險（19.9%）、無涉金錢與他人之遊戲（28.5%）、買績優股（Blue Chip，36.5%）、與他人為了錢玩遊戲（41.1%）、為了遊戲獎賞而課金（51.4%）、賭運動（52.5%）、買高風險股票（57.2%）、付錢進入有現金獎賞的比賽（56.6%）、賽馬賽狗（75.2%）、賭場桌遊（77%）、買樂透（89%）、賓果（90.9%）、電子機台（91.2%）、刮刮樂（instant win tickests）（93.8%）。我們由低至高可以看出所有這些活動中的共性：「不確定性（uncertainty）」，並且所有的活動幾乎都涉及金錢，更且有許多都是以結果的正確預測作為金錢增加的方法，而這三點正是先前論述所述的賭博之學術性定義。

在台灣的環境中，我們更常見到的賭博是在公園中賭象棋或是在住宅中賭撲克牌或是麻將，而這些都無疑地屬於賭博活動（至於是否為刑法第266條但書除外條款非此關注之重點，故暫予擱置不論），這些賭博活動跟資本主義社會的關聯性何在？

資本主義的社會中重要的是私有財產，而資本階級與無產階級的重要區別正是在於生產工具的有無，更且在資本主義的社會中就連勞動力—無論是雇主對於勞工，或是勞工對於自身—都是資本的一種型態。又，資本主義所遵循的乃是工具理性的邏輯，換言之，任何目標的達成都必須要是最小成本的，如此的獲利才可能會是最大，這不僅與憲法上的比例原則有異曲同工之妙，更巧的是與功利主義的道德原則就如同天作之合般幾乎可說是無縫接軌地可逕自搭配成為夥伴，在這樣的社會結構底下，功利主義即潛移默化地成為我們思考的原則。

而無論是賭象棋、賭麻將、賭撲克牌等等可以被包括進賭博概念的行為之惡性在哪？參與賭博者無論是否業屆退休齡，亦即無論是已領退休金之老年人，又或者是與友朋嬉樂的青少年，又或者是逢年過節小賭怡情的中年人，都不重要，重要的是這些人在資本主義的社會中都是勞動力，換言之，他們全部都是（勞動）資本，而資本主義的邏輯又是在於資本的無限積累，當資本並不照此模式運作時，這些個體的行為即係反資本—反資本主義的。也就是說這些人的行動在資本

註17：Williams, Robert J., The definition, dimensionalization, and assessment of gambling participation, p.8, University of Lethbridge Research Repository, 2017.

主義社會中並不是一個最有效率的行為，甚至，是造成虧損的行為，進入到功利主義的語言來說，那就是因為這種行動所造成的苦大於樂，故而是錯的一甚至，惡的。那麼在這個基礎上，刑罰予以處罰就具有正當性基礎了。

在此必須先回過頭分析這些賭博活動的反資本主義特性。姑且不論參與者在這段時間內原先可用作他用以供社會中體制的其他方面運行，例如從事工作、公益等等，此些時間成本姑且不論，就舉麻將為例，四個人賭博或許看來有贏有輸，但我們若站在牌桌旁我們可以發現在這樣的活動中金錢的流動僅在這四人之間，換言之：「賭博活動是毫無生產性的活動。」無論是把時間的涵蓋範圍拉長（例如打了三天三夜的麻將）又或者是把從事此種活動者的範圍拉廣（例如在節慶的某天全國人民都在打麻將），在這樣的範圍中的個體是顛倒著資本主義的邏輯而行動的。自此可知賭博罪的法益究竟何在，無論是要以「公序良俗」之名，又或另以其他名義予以冠加皆無影響，重要的是賭博行為所侵害的法益正是其反資本主義的行為，危害到資本主義社會的存續，至於任何觀看者會沾染不良習性，僅屬穿鑿附會之說，並無考量的必要。

最後，本文欲處理係另一迷思，即對賭博罪第269條辦理有獎蓄儲或發行彩票罪、經營或媒介罪，有論者認為：「倘賭博行為，確屬一極大罪惡非用刑罰無法遏止之行為，理

應該全面嚴懲禁止，豈可基於財政或經濟之理由，而由政府機關帶頭誘發國民之射倖心，造成『只許州官放火，不許百姓點燈』之不合理現象。」¹⁸

然而，就此我們首先可以提出的反駁即係明顯地我國刑法第271條定有殺人罪禁止殺人，然而我國現行法律制度下仍然存有死刑，並且未完全停止執行，若就此論則似乎殺人罪亦應廢除才是。然而，問題並不出在這些罪上，而是出在如此推論的思維上，蓋因國家從事任何活動與人民從事任何行動即便在權力（power）的層面也是有天壤之別的，蓋因人民的權力即便在當今的政治社會狀態中，也不會比霍布斯（T. Hobbes）所述在自然狀態中的個體所擁有的權力更多，在自然狀態中，即便是最弱者也能擊敗最強者，因為每個人在自然的層面上都是「平等的」，相較於此，政治社會中的國家是個主權國家，所謂主權（sovereignty）乃是在一領域內最高之權力，所謂最高係指「絕對的（absolute）」即無人能比的。就此，即難以就完全不同性質（權力基礎）之二事件（無論是殺人或賭博）予以相提並論。

並且在2009年1月12日通過修正的離島建設條例第10-2條規定：「開放離島設置觀光賭場，應依公民投票法先辦理地方性公民投票，其公民投票案投票結果，應經有效投票數超過1/2同意，投票人數不受縣（市）投票權人總數1/2以上之限制。前項觀光賭場應附設於國際觀光度假區內。國際觀光度假區之

註18：王明偉，前揭註15，第126頁，且論者認本罪章法意無須動用刑罰，法益不甚明瞭，根據法益保護原則和刑法的謙抑性應予除罪化。

設施應另包含國際觀光旅館、觀光旅遊設施、國際會議展覽設施、購物商場及其他發展觀光有關之服務設施。國際觀光度假區之投資計畫，應向中央觀光主管機關提出申請；其申請時程、審核標準及相關程序等事項，由中央觀光主管機關訂定，報請行政院同意後公布之。有關觀光賭場之申請程序、設置標準、執照核發、執照費、博弈特別稅及相關監督管理等事項，另以法律定之。依前項法律特許經營觀光賭場及從事博弈活動者，不適用刑法賭博罪章之規定。」可知，目前在我國的法律規定下，於一定條件滿足時將得以從事賭博行為而不違反刑法賭博罪章。換言之，不侵害到前述所說明之資本主義社會維持之法益。

然而，問題即係為何同為賭博行為，然而在特定區域即被容許，不在特定區域卻被禁止？

賭場之所以被容許並不是不一致，反而是前述邏輯的產物，蓋因賭博罪之處罰係因常態所見賭博行為之反資本主義特性，然而國家容許的賭場則是個有經濟價值與產值的生產性活動場域，此可由前述規定可見賭場應設於國際觀光度假區中，而該區域另包括旅館、旅遊設施、商場、展覽設施等周邊配套建設，這些整體而言讓賭場的存在以及其中的賭博行為因為走往相反方向的：促進資本主義，而被排除於刑法賭博罪章處罰範圍之外。

伍、結論

本文在前言首先所提出的是資本主義的概要定義，作為本文論述賭博行為的背景，進

而提出的問題是賭博行為所侵害的法益內容為何及其惡性何在。其次，本文就賭博罪章所涉及之構成要件予以概述，最終聚焦於所欲討論的主題即為賭博行為，並採取定義：

「將金錢或有物質價值的東西押在有不確定後果的事件上，期盼著贏取額外的金錢且／或物質利益。」而後略述賭博罪常稱之法益內涵，並避紮草人之謬誤，僅專注於公序良俗的進路上，並提出論者對於公序良俗概念的闡述，就此可知公序良俗若僅就文義解得略分為前者係指有關於國家社會秩序，而後者有關於倫理道德風土之結論，然正是將公序良俗作如此解釋將面臨內容空洞而有應廢除之議，而另一主張廢除的論點則是以賭為人性之內涵而不需動用刑罰，然而，矛盾即出現在若公序良俗之內涵空洞，則人性概念之內涵豈不更為空洞？且人性又不可一概而論，善惡勤惰皆無從歸納而出，爰此，本文仍認為從公序良俗之實質內涵予以探究較為妥適。而本文即採此徑，並以倫理學上之效益主義作為判準，併資本主義體制作為社會背景來探討這個議題。

效益主義以邊沁所提出樂苦作為人的主宰為基底，並以最大多數人的最大快樂為道德原則，進而可以得出在資本主義社會中每個人都是勞動資本，而資本主義的邏輯是資本的無限積累，個體若不朝此模式運行時，則其行為是反資本主義的，尤其賭博行為不僅可能不是一個最有效率的行為，甚至是造成虧損的行為，換言之，在功利主義的觀點中終究是因為苦大於樂，故而是錯的——惡的。就從可知，無論是以任何名稱而言，賭博罪的法益即係資本主義社會的維繫，因為賭博行為正是破壞其維繫的反資本主義行為。最

後所處理的問題即係有認賭博一事何以私人不可為但國家卻可為之疑，本文先就國家與私人在權力上的懸殊差距予以提出說明，並且闡釋在我國離島建設條例第10-2條修正通過後，可知賭場的設立伴隨著旅館、旅遊設施、商場以及展覽設施之配套，基此可知，於該處所進行的賭博活動之所以不受到刑法賭博罪章之規範，係因賭場是有經濟價值與產值的生產性活動場域，而這讓在此實施的賭博行為不僅不是反資本主義式的，相反地

卻是正資本主義式的促進資本主義的行為、活動。

綜上所述，本文就賭博罪與資本主義間之關係提出些許薄淺微言，期能使賭博罪之法益有更被清晰瞭解之可能。就本文所提出的說明可以知道，賭博之惡性正係因其反資本主義的行為，進而在功利主義的思維下被判定為惡，此即賭博罪之法益所在：維護資本主義社會之存續。（投稿日：2020年3月16日）

全國律師月刊審稿辦法

第一條（法源依據）

為維護社會公益，全國律師月刊之投稿者如非執業律師或未取得律師證書等，不得使用律師名銜、職稱或易使公眾混淆之職稱（包含但不限于：所長、合夥人、執行長、法律顧問或資深顧問等）。但其職銜經本會審查同意者不在此限。

第二條（消極資格）

依律師法第三條第三項規定非領有律師證書，不得使用律師名銜。投稿者如有律師法所定消極資格（律師法第五條、第七條、第九條等規定）情形，應予陳報或切結，俾利本會編輯委員會審查。

投稿者應依照本會所附之切結書（附件格式）切結之。

第三條（投稿之審查）

本會依投稿辦法先為程序形式審查並行書面審查。

如投稿者之資格或投稿文件（包含但不限于圖照、文字、著作及口述著作等）有違反投稿辦法或學術倫理等，經查證屬實將依本會辦法及決議處理之。如有違反學術倫理之虞或投稿者職銜刊載不當者，亦同。

附件表格

- 現為執業律師 具有律師證照或律師高考及格
- 具有律師法消極資格（事由：_____）
- 登載：學歷或職銜（請填寫：_____）
- 以上若勾選不實，應依法負民刑事責任。

投稿人簽名：

日期：