臺灣高雄地方法院刑事判決

113年度簡上字第355號

上訴人

即被告 吳柏宏

上列上訴人即被告因電子遊戲場業管理條例等案件，不服本院高雄簡易庭民國113年8月21日113年度簡字第1998號第一審簡易判決(聲請簡易判決處刑案號：臺灣高雄地方檢察署113年度撤緩偵字第43號)，提起上訴，本院管轄之第二審合議庭認不宜適用簡易程序，改依通常程序審理，並自為第一審判決如下：

主 文

原判決撤銷。

甲○○無罪。

理 由

一、聲請簡易判決處刑意旨略以：被告甲○○明知未依電子遊戲場業管理條例之規定，向主管機關辦理電子遊戲場業營業級別證者，不得經營電子遊戲場業，竟詎其竟基於在公共場所賭博及經營電子遊戲場之犯意，自民國112年4月6日起，在高雄市○○區○○路000號「史上最牛娃娃機」店內擺設電子遊戲機「FEILOLI」(中文：飛洛力)1台，係改裝選物販賣機內部結構，於機台內裝置彈跳平台，封住取物孔，並放置2個鐵盒，玩家每投入10元硬幣操作搖桿，控制機台內取物爪抓取鐵盒，直到讓鐵盒掉落在左下角彈跳平台彈出取物口即算中獎，顧客便可以自機台上擺放之戳戳樂盒子中隨機抽取1張摸彩券，獎品最低是新臺幣(下同)20元的飲料，最高是25盒的洗衣球價值1500元，依照抽獎券上方註明內容兌換商品，以此射倖性方式供不特定之人賭博財物及非法經營電子遊戲場業。嗣經警據報於同年4月13日15時分許前往現場查獲，當場扣得上開機台1台(已責付甲○○保管)、IC板I塊(NO. 351879)、摸彩券1張、營業金700元之不法所得，因

01 認被告涉有刑法第266條第1項之在公眾得出入之場所賭博，
02 及電子遊戲場業管理條例第22條之未依電子遊戲場業管理條
03 例規定領有電子遊戲場業營業級別證，不得經營電子遊戲場
04 業等罪嫌等語。

05 二、按被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。犯罪事實
06 應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；不能證明被告
07 犯罪者，應諭知無罪之判決。刑事訴訟法第154條、第301條
08 第1項前段分別定有明文。又依刑事訴訟法第161條第1項規
09 定，檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之
10 方法。因此，檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及
11 說服之實質舉證責任。倘其所提出之證據，不足為被告有罪
12 之積極證明，或其指出證明之方法，無從說服法院以形成被
13 告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪判決
14 之諭知。

15 三、聲請簡易判決處刑意旨認被告涉犯上開罪嫌，無非係以被告
16 於警詢、偵訊時之供述、高雄市政府警察局鳳山分局扣押物
17 品目錄表、現場照片1份、經濟部108年7月17日經商字第
18 10802290440號函為主要論據。訊據被告固不否認高雄市
19 ○○區○○路000號「史上最牛娃娃機」店內擺設

20 「FEILOLI」之選物販賣機（下稱本案機台）係其所擺設，
21 惟堅詞否認有何違反電子遊戲場業管理條例第15條規定犯同
22 條例第22非法營業罪及刑法第266條第1項賭博罪犯行，並辯
23 稱：我的機台沒有變更選物販賣機的功能，也沒有影響到取
24 物可能性，如果有夾到商品，即取得戳戳樂機會；所擺設之
25 機台為選物販賣機，不需取得電子遊戲場業營業級別證，客
26 人成功夾取後，可參加抽獎即贈獎活動，贈獎之商品為價值
27 約20元飲料至1500元之洗衣球商品等語。經查：

28 (一)被告未領有電子遊戲場業營業級別證，自112年4月6日起
29 至 112年4月13日，在高雄市○○區○○路000號「史上最
30 牛娃娃機」店內擺設電子遊戲機「FEILOLI」（中文：飛洛
31 力)選物販賣機(俗稱夾娃娃機)1台，並在該機台額外裝設彈

01 跳台及戳戳樂，供玩家以每次投幣10元之方式，操作機臺之
02 抓斗夾取機台物品，於夾得物品時，可獲戳戳樂兌換獎品，
03 玩家如未夾中物品，則投入之硬幣即由機台沒入，歸被告所
04 有，另成功夾取之鐵盒代夾物，僅得換取飲料或洗衣球，並
05 不能換取現金，本案機台有設定「保夾」即保證取物功能，
06 保夾金額為580元；被告裝設彈跳台及戳戳樂等設備後，並
07 未將機台送主管機關檢驗、評鑑，嗣經高雄市警察局鳳山分
08 局於同年4月13日14時20分許前往現場查獲，當場扣得上開
09 機台1台(已責付甲○○保管)、IC板1塊(NO. 351879)、摸彩
10 券1張、營業金700元等情，為被告所不爭執，並有扣押物品
11 目錄表、現場照片在卷可參，此部分事實，堪予認定。

12 (二)被告不成立電子遊戲場業管理條例第15、22條之罪：

13 1.按電子遊戲場業管理條例所稱「電子遊戲場業」，係指設置
14 電子遊戲機供不特定人益智娛樂之營利事業；所謂「電子遊
15 戲機」，係指利用電、電子、電腦、機械或其他類似方式操
16 縱，以產生或顯示聲光影像、圖案、動作之遊樂機具，或利
17 用上述方式操縱鋼珠或鋼片發射之遊樂機具，該等電子遊戲
18 機不得有賭博或妨害風化之設計及裝置，共分為益智類、鋼
19 珠類及娛樂類；未依電子遊戲場業管理條例規定領有電子遊
20 戲場業營業級別證者，不得經營電子遊戲場業，倘有違反
21 者，處行為人1年以下有期徒刑、拘役或科或併科50萬元以
22 上250萬元以下罰金，該條例第3條、第4條第1項本文、第2
23 項、第15條、第22條定有明文。又電子遊戲機之製造業、進
24 口人或軟體設計廠商，應於製造或進口前，就其軟體，向中
25 央主管機關申請核發評鑑分類文件，中央主管機關為執行評
26 鑑分類，應成立評鑑委員會；電子遊戲場業者不得陳列、使
27 用未經中央主管機關評鑑分類及公告之電子遊戲機及擅自修
28 改已評鑑分類之電子遊戲機；電子遊戲機之機具結構或軟體
29 經修改者，視為新型機種，應即依規定申請檢驗及評鑑分
30 類，該條例第6條第1項前段、第3項、第7條第1項、第2項亦
31 規定甚明，是業者擺放之遊樂機具是否為電子遊戲場業管理

01 條例第4條第1項規範之「電子遊戲機」，係由經濟部成立之
02 評鑑委員會依具體個案情形分別認定，倘經評鑑為「電子遊
03 戲機」，僅得於領有「電子遊戲場業營業級別證」之電子遊
04 戲場內擺放營業；反之，倘非屬電子遊戲機則無須取得「電
05 子遊戲場業營業級別證」即可在一般場所擺放營業，自無違
06 反該條例第15條之規定而依該條例第22條科以刑責之理。

07 2.再按電子遊戲場業管理條例第4條第1項之定義甚為概括及廣
08 泛，幾乎囊括所有運用科技、刺激感官、引發趣味之商業行
09 銷手段，有過度干預人民經濟活動之嫌，復與刑罰謙抑性格
10 不無牴觸，故有賴主管機關就各種型態機具是否合於電子遊
11 戲機之定義予以解釋；又主管機關既有評鑑分類及公告之職
12 權，其評鑑分類及公告足以影響人民之經濟活動，倘其解釋
13 合乎一般法律解釋原理，契合該條例立法目的及明文規範，
14 又經主管機關反覆實施，人民據以從事經濟活動，具有相當
15 參考價值，更構成人民值得保護之信賴，司法機關應予尊
16 重。而「選物販賣機」因涉及電子遊戲機定義內容，依電子
17 遊戲場業管理條例第6條第1項規定，應經主管機關經濟部設
18 立之評鑑委員會依具體個案情形分別認定，故經濟部經研議
19 後，即於107年6月13日以經商字第10702412670號函示「選
20 物販賣機」之認定及評鑑分類參考標準為：「(一)申請評鑑之
21 夾娃娃機，所附說明書之內容應至少載明下列要求項目，始
22 得評鑑為非屬電子遊戲機：(1)具有保證取物功能，該保證取
23 物金額原則不得超過新臺幣790元。機具須揭露『保證取
24 物』、『保證取物金額』及『消費者累積以投入金額或次
25 數』。『消費者累積已投入金額或次數』不得任意歸零。(2)
26 提供商品之市場價值，不得少於保證取物金額之百分之70。
27 (3)提供商品之內容必須明確，且其內容及價值不得有不確定
28 性（例如：不得為紅包袋、骰子點數換商品、摸彩券、刮刮
29 樂等）。(4)提供之商品不得為現金、有價證券、鑽石或金銀
30 珠寶等。(5)機具外觀正面標示「機具名稱」，且不得與經評
31 鑑通過之夾娃娃機名稱相同。(6)機台內部無改裝或加裝障礙

01 物、隔板、彈跳裝置等影響取物可能之設施」。從而，只要
02 電子遊樂機具符合上開要求項目，經濟部設立之評鑑委員會
03 即認定其性質為非屬電子遊戲機之選物販賣機。惟經濟部
04 112年6月14日經商字第11200626430號函所指經該部評鑑通
05 過「非屬電子遊戲機」之選物販賣機，判斷標準則為：「機
06 檯內部須無改裝或加裝障礙物、隔板、彈跳裝置等影響取物
07 可能之設施；再者，提供商品之內容須明確，並無以摸彩
08 券、戳戳樂兌換商品等不確定操作結果之遊戲方式。…『選
09 物販賣機』之一般概念為對價取物方式，須符合物品價值與
10 售價相當之一般消費原則，且無涉射倖性。至是否具射倖
11 性，允屬司法機關審認權責。」，並未提到前開「不得超過
12 790元」「提供商品之市場價值，不得少於保證取物金額之
13 百分之70」等限制，可知主管機關至少就於107年6月13日前
14 經評鑑為非屬電子遊戲機之娃娃機部分，已排除以該等條件
15 作為認定是否屬電子遊戲機的基準。

- 16 3. 又依據上開經濟部107年6月13日經商字第10702412670號函
17 文有關「夾娃娃機」評價分類參考標準（此同見卷附108年7
18 月17日經商字第10802290440號函，警卷第17頁）意旨，電
19 動機具若符合標示設定保證取物價格、物品價值與售價相
20 當、商品內容具明確性、不影響取物可能性之要件，就可認
21 定係選物販賣機，而非電子遊戲機。查獲之機台若為選物販
22 賣機，原本就非屬電子遊戲機，本不受電子遊戲場業管理條
23 例規範。至於選物販賣機雖加裝彈跳板、放置代夾物、增加
24 戳戳樂機會，但若未阻擋取物，仍具保取物功能又不影響取
25 物可能性，所提供之商品與保證取物金額間非顯不相當。則
26 因為能否取得物品或代夾物，仍靠個人技術，並非僅具射倖
27 性。而且戳戳樂活動，僅係增加消費者夾取商品意願之附加
28 活動，並非將機台內之商品變更為不確定內容物，與一般商
29 家或連鎖賣場常舉辦之消費滿額贈摸彩券之活動並無二致，
30 仍難認已違反電子遊戲場業管理條例第15條規定，亦與刑法
31 266條第1項賭博罪之射倖性、投機性不符（參照臺灣高等法

01 院113年度上易字23號、113年度上易字222號判決意旨)。

02 查本案機台雖加裝之彈跳台及戳戳樂等部分，惟被告辯稱：

03 機台內爪子抓取鐵盒，直到讓鐵盒掉落在左下角斜板（我自

04 行改裝的）彈出取物口即算中獎，顧客便可以自機台上擺放

05 之戳戳樂盒子中隨機抽取一張摸彩券，並可自機台上方拿取

06 中獎商品等語（偵卷第46頁）。於本院中陳稱：本案機台沒

07 有封住取物口，夾住的物品可自行帶走，我將機台增加彈跳

08 平台，其餘沒有改動。彈跳平台沒有辦法控制，是讓夾取的

09 過程比較好玩，比較不會一直把娃娃機裡的東西擠在裡面，

10 讓客人無法夾取等語（本院卷第28至31頁），復有現場照片

11 可佐，且觀之，本案機台雖有加裝彈跳台及戳戳樂等設置，

12 然無證據證明被告另有其他可能變更本案機台結構內容，或

13 為軟體、程式設計之舉措，足認上述設置項目，並未變更原

14 始機台的結構或軟體設計，消費者仍可透過投幣並以吊爪夾

15 取商品之正當遊玩方式，夾取其內商品，並不會受制於該等

16 彈跳台。又本案鐵盒代夾物顧客尚可以自機台上擺放之戳戳

17 樂盒子中隨機抽取一張摸彩券，獎品最低是20元的飲料，最

18 高是25盒的洗衣球價值約1500元，依照抽獎券上方註明內容

19 兌換商品，復有鳳山分局文山派出所現場照片該備註說明

20 （照片編號4-7，警卷第21-23頁）、及摸彩券1張扣案和本

21 案機台現場照片（照片編號9）換取之飲料1瓶及（照片編號

22 14）洗衣球盒照片可參，依照一般人之日常經驗，常見市售

23 之洗衣球多以外盒盛裝，並無單球購買之情形，每盒價格依

24 數量不等計之，尚無固定價格，唯市售產品多需百元以上。

25 因此抽獎券兌換商品券5盒至25盒不等洗衣球之體積重量非

26 微，而且盒裝洗衣球數量及重量難以夾取，從而被告所有本

27 案機台選物商品因係洗衣球為不易夾取之物，故放置鐵盒代

28 夾物取代，尚屬合理，而查獲當日本案機台上方所擺放換取

29 之商品確為盒裝洗衣球，依扣案洗衣球摸彩券價值亦非有與

30 保證取物金額顯不相當情形，即不違背經濟部107年6月13日

31 經商字第10702412670號函之選物販賣機參考標準，綜上各

01 節，堪認本案機台應不符合上述主管機關認定應重新評鑑之
02 「新機具」或已致原經評鑑為「非屬電子遊戲機」之本案機
03 台變更為「電子遊戲機」，同難遽認被告違反電子遊戲場業
04 管理條例第15條規定，而犯同條例第22條未領有營業級別證
05 擅自經營電子遊戲場業罪。

06 (三)被告不成立刑法第266條第1項普通賭博之罪：

07 1.按所謂「賭博」，乃以未知之不確定事實決定勝負、爭取財
08 物輸贏而具有射倖性、投機性之行為（最高法院81年台非字
09 第233號判決意旨參照）。經查，夾娃娃機於投幣至「保證
10 取物」之價格前，能否順利夾取機台內之物品，須靠個人之
11 技巧，並非僅具有射倖性、投機性之行為，自與賭博之定義
12 未合。

13 2.再者，本案機台遊戲方式為不特定人投幣10元後，可操縱搖
14 桿以控制機台內之取物爪子，夾取櫃內鐵盒，並加贈戳戳樂
15 1次（非保夾狀態下），及依戳取兌獎券號碼兌換獎品即飲
16 料或洗衣球物品等情，業據被告於警詢中供述在卷（見警卷
17 第3至5頁）。嗣於偵詢中供稱：認為戳戳樂只是額外贈送的
18 遊戲，機台內的商品設定保夾價值約商品價格的300至1500
19 元之洗衣球，玩家主要還是要夾機台內商品。贈送戳戳樂是
20 因為生意不好，想吸引大家來玩等語（本院卷第28至31
21 頁）。可見被告在本案機台內擺放鐵盒代夾物，選物為洗衣
22 球，並有保夾機制，顯為增加消費者投幣遊玩意願，故針對
23 中獎者另提供玩戳戳樂1次之附加活動，又消費者順利夾取
24 商品後，參加戳戳樂活動，僅係增加消費者投幣至順利夾取
25 商品意願之附加活動，並非將機台內擺放商品變更為不確定
26 內容物之戳戳樂。且此實與一般商家或連鎖賣場時常舉辦之
27 消費滿額贈摸彩券之活動並無二致，從而，本案被告擺放之
28 機台，另設定保證取物功能，仍係採對價取物之方式，由消
29 費者以選物付費方式取得販售商品，縱因技術或之前消費者
30 已投入相當金額而提前獲取商品，仍與「以偶然事實之成就
31 與否決定財物得喪變更」之射倖性行為有別，而與刑法第

01 266條第1項規定具有射倖性、投機性之賭博罪構成要件未
02 合，實難遽認消費者係基於賭博之犯意為之，依上開說明，
03 自亦難認被告所為該當前揭賭博罪要件。

04 四、綜上，檢察官提出之前揭事證，無法使本院達到被告有罪犯
05 行之確信心證，亦無其他積極事證足佐被告有上開犯行，依
06 照前揭說明，自應為無罪之諭知。原審未及審酌上情，而為
07 被告有罪判決，容有未洽，被告否認犯罪提起上訴，為有理
08 由，應由本院將原判決予以撤銷改判。

09 五、未按地方法院簡易庭對被告為簡易判決處刑後，經提起上
10 訴，而地方法院合議庭認應為無罪判決之諭知者，依同法第
11 455條之1第3項準用第369條第2項之規定意旨，應由該地方
12 法院合議庭撤銷簡易庭之判決，改依第一審通常程序審判。
13 其所為判決，應屬於「第一審判決」，檢察官仍得依通常上
14 訴程序上訴於管轄第二審之高等法院（最高法院91年度台非
15 字第21號判例意旨參照）。本案既經本院為無罪之諭知，已
16 不符合得為簡易判決處刑之情形，除撤銷原審判決外，並應
17 逕行改依第一審通常程序判決之；而檢察官如不服本判決，
18 自得於法定上訴期間內，向管轄之第二審法院提起上訴，併
19 此敘明。

20 據上論斷，應依刑事訴訟法第455條之1第1項、第3項、第369條
21 第1項前段、第364條、第452條、第301條第1項，判決如主
22 文。

23 本案經檢察官盧葆清聲請簡易判決處刑，檢察官王啟明到庭執行
24 職務。

25 中 華 民 國 114 年 2 月 24 日
26 刑事第十五庭 審判長法 官 方錦源

27 法 官 張雅文

28 法 官 陳銘珠

29 以上正本證明與原本無異。

01 如不服本判決應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，並應
02 敘述具體理由；如未敘述上訴理由者，應於上訴期間屆滿後20日
03 內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿
04 逕送上級法院」。

05 中 華 民 國 114 年 2 月 24 日
06 書記官 陳雅雯