臺灣高等法院臺中分院刑事判決

115年度上易字第333號

上　訴　人
即　被　告　汪家宏
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

上列上訴人即被告因違反電子遊戲場業管理條例等案件，不服臺灣臺中地方法院114年度審易字第609號中華民國115年1月7日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方檢察署114年度偵字第48213號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

犯罪事實及理由

一、本案經本院審理結果，認第一審判決就上訴人即被告汪家宏（下稱被告）之認事用法並無不當，量刑亦屬妥適，應予維持，並引用如附件第一審判決書之記載。

二、被告上訴意旨略以：其雖確有擺放機臺，並以原審判決所載方式，供不特定人投幣把玩等情，然否認涉犯電子遊戲場業管理條例第22條之非法營業罪及刑法第266條第1項之賭博罪，辯稱：其所擺放之機臺係自助選物販賣機，且其選物販賣機內擺放之物品不限於衛生紙，且其擺放機臺有成本費用，故其認保夾價格與機臺內擺放商品價格相當；又雖如保夾物掉入洞口玩家可獲得刮刮樂機會1次，然於投幣至「保證取物」價格前，玩家能否順利夾取機臺內物品，須靠個人技巧，並非僅具射悻性及投機性，該刮刮樂活動實係增加消費者投幣至順利夾取商品意願之附加活動。原審認其涉犯電子遊戲場業管理條例第22條之非法營業罪及刑法第266條第1項之賭博罪，認事用法有誤，應予撤銷原審判決，改為被告無罪之諭知。

三、本院判斷：

被告辯稱其本案擺放之機臺，係屬經核准之選物販賣機，且其於機臺內擺放之商品與保夾價格相當，並提出機臺內擺放公仔盒、濕紙巾、衛生紙等物品之機臺照片及經濟部商業司函為證。經查，選物販賣機Ⅱ代（TOY STORY），固於91年10月9日提經經濟部電子遊戲機評鑑委員會第82次會議結果為非屬電子遊戲機，有經濟部商業司92年4月22日經商七字第09202078170號、91年10月15日經商字第09102235020號函在卷可稽（本院卷第103、105頁），然查，113 年10月14日公告訂定自助選物販賣事業管理規範第2點明訂自助選物販賣機之定義，指提供消費者利用電器及機械手臂或其他相當方式，依保證取物及對價原則取得商品，並經經濟部依電子遊戲場業管理條例評鑑為非屬電子遊戲機之遊樂機具，從而，是否符合自助選物販賣機之概念，除需該機具係經經濟部評鑑為非屬電子遊戲機之遊樂機具外，尚須具備「依保證取物及對價原則取得商品」；另於該規範第8點第2項明訂自助選物販賣事業不得於遊戲流程中，以夾取物品為取得營業場所設置戳戳樂、抽抽樂或其他具有射悻性設施之遊戲機會，供消費者換取金錢或其他物品，並說明此即俗稱之夾一抽一，例如選物販賣機中擺放衛生紙或方形空盒等種類物品，消費者夾取物品後，可獲取戳戳樂或抽抽樂之機會以兌換商品。此種表面上為遊玩自助選物販賣機，實則係在遊玩具有射悻性設施之行為，已逸脫自助選物販賣機「取得現物」之核心特性，爰予以限制，並敘明但不包括機具說明書所載遊戲流程結束後，業者所為之一般促銷，例如於本店消費滿多少元即可遊玩戳戳樂1次之商業行為。經查：

㈠觀諸本案員警於查獲現場所拍攝之照片，被告所擺設之機臺內，除堆放數層為數不少之抽取式衛生紙，未見其他任何商品，有現場查獲照片可稽（偵卷第91頁），足認被告所擺放機臺內之代夾物，應即係抽取式衛生紙。被告嗣後於本院審理時提出機臺內擺放有大量公仔，僅於底層擺放抽取式衛生

紙之機臺照片，無法僅從被告提供之照片得知該照片究係於何時、何地拍攝，尚難逕認被告辯稱其原本於機臺內另擺有其他公仔等商品，係因遭夾取僅剩衛生紙等情為真。

㈡又被告擺放機臺之液晶螢幕上顯示保夾價格為新臺幣（下同）180元等情，業據被告自承在卷，且有現場機液晶螢幕照片可稽（偵卷第89頁），此情應可認定；而機臺內擺放之抽取式衛生紙，於網路電商平台售價為8元，有平台販售頁面截圖1紙在卷可稽（偵卷第97頁），縱於需有租金、營運成本之實體店面販售，販售價格亦所差無幾，被告空言辯稱其認為所擺放之衛生紙價格，應加計租金及其個人人事成本，認為該單包衛生紙價格核與保價價格180元相當，實難採信。從而，本案機臺雖有保證取物之標示，然被告所提供之物品價值與售價既有前揭明顯不相當之情形，實難認此消費模式本質上符合消費者以選物付費方式取得販售商品之對價取物模式。

㈢被告又辯稱其所提供之刮刮樂僅係促銷性質等語，然查，被告所提供之把玩方式乃玩家每次投入10元硬幣以其啟動機臺抓爪夾取物品，如成功夾取物品掉入洞口，玩家始可獲得刮刮樂之機會1次；而審酌被告擺放機臺內之商品市價僅8元，而保夾價格為180元，然刮刮樂之獎項乃價值高達700元至1,990元不等之存錢筒及公仔等商品，為被告所自承，並有現場照片及平台販售頁面截圖可稽，兩者價格相差極為懸殊，且依照前揭自助選物販賣事業管理規範第8點第2項暨其說明，明白揭示被告以選物販賣機中擺放衛生紙，消費者夾取物品後，可獲取戳戳樂或抽抽樂之機會以兌換商品，即係在遊玩具有射悻性設施之行為，已逸脫自助選物販賣機「取得現物」之核心特性，如業者確欲進行促銷，應以消費滿額換取戳戳樂機會等情以觀，被告此種夾取物品獲取刮刮樂之營運方式，實與促銷情形有別，其上開辯解，亦難採信。

㈣此外，司法警察因民眾檢舉查獲本案後，曾依被告擺設機臺把玩方式、查獲照片送經濟部認定是否屬電子遊戲機，經該

部商業發展署本於該部113 年10月14日公告訂定自助選物販賣事業管理規範第8 點規定：業者不得以夾取物品作為取得戳戳樂、抽抽樂或其他具有射倖性設施之遊戲機會，進而依照員警檢送之說明及查獲相關照片，認本案被告提供之機具遊戲玩法係抓物品，以獲得抽抽樂（刮刮樂）抽獎機會以兌獎，核與本部評鑑分類為非屬電子遊戲機之選物販賣機有別，有經濟部商業發展署114 年4 月18日商環字第11400608980 號函1份在卷可稽（偵卷第71至72頁），足認被告辯稱其所擺放之機臺係屬選物販賣機，並無違反電子遊戲場業管理條例第15條之規定，且其所提供之刮刮樂僅係促銷，並非賭博等情，均屬無據。

㈤至被告另舉出數件臺灣高等法院認定擺放選物販賣機非屬電子遊戲場業管理條例所稱之電子遊戲機，經營擺放不該當賭博罪等語，然被告所提出之個案判決事實中，選物販賣機內擺放之商品價值、保夾價格及抽抽樂可兌換之商品價值、把玩方式等，均與本案有別，自無從比附援引，併此敘明。

㈥被告另述原審量刑過重等語，然查，原審量刑時，業已審酌刑法第57條之量刑因子而為量刑，而被告於本案前，曾因違反電子遊戲場管理條例及賭博案件，分經法院判處拘役30日及有期徒刑2月確定，有法院前案紀錄表在卷可參，被告於前案偵查期間未能記取教訓再為本案犯行，實不宜量處更輕於前案之刑，原審綜合審酌各情，判處被告有期徒刑3月，如易科罰金，以1千元折算1日，量刑實屬妥適；此外，被告未提出原審於量刑時，有何事實審酌錯誤，或足以影響量刑結果之重要事由漏未審酌之情，經核原審量刑並未逾越法定刑度，復未濫用自由裁量之權限，所為量刑核無不當或違法，實難認有何量刑過重之情。被告上訴認原審量刑過重，請求從輕量刑，難認有理由。

㈦綜上，被告上訴均無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第373條，判決如主文。

本案經檢察官劉志文提起公訴，檢察官陳惠珠到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　14　　日

刑事第八庭　　審判長法　官　張　靜　琪

法　官　柯　志　民

法　官　簡　婉　倫

以上正本證明與原本無異。

不得上訴。

書記官　許　家　昌

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　14　　日

附錄本案論罪科刑法條：

◎電子遊戲場業管理條例第15條

未依本條例規定領有電子遊戲場業營業級別證者，不得經營電子遊戲場業。

◎電子遊戲場業管理條例第22條

違反第15條規定者，處行為人1 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣50萬元以上250 萬元以下罰金。

◎中華民國刑法第266 條

在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物者，處5 萬元以下罰金。

以電信設備、電子通訊、網際網路或其他相類之方法賭博財物者，亦同。

前2 項以供人暫時娛樂之物為賭者，不在此限。

犯第1 項之罪，當場賭博之器具、彩券與在賭檯或兌換籌碼處之財物，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。

附件

臺灣臺中地方法院刑事判決

114年度審易字第609號

公　訴　人　臺灣臺中地方檢察署檢察官

被　　告　汪家宏（原名汪益嘉，於民國114年6月28日改名）

男　（民國00年00月00日生）

身分證統一編號：Z000000000號
住彰化縣○村鄉○○路000○00號
居臺中市○○區○○路000○0號

上列被告因違反電子遊戲場業管理條例等案件，經檢察官提起公訴（114 年度偵字第48213 號），本院判決如下：

主　　文

汪家宏犯電子遊戲場業管理條例第二十二條之非法營業罪，處有期徒刑參月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。

犯罪事實

一、汪家宏明知未依電子遊戲場業管理條例領有電子遊戲場業營業級別證者，不得經營電子遊戲場業，竟基於違反電子遊戲場業管理條例、賭博之犯意，於民國114 年3 月16日起，以每月新臺幣（下同）2,500 元代價，向不知情之場主陳宜欣承租址設臺中市○區○○○路000 號之夾鑫福選物販賣機店編號18機臺，在機臺內擺放衛生紙等之代夾物，由玩家每次投入10元之硬幣，即得啟動機臺抓爪夾取代夾物，如代夾物掉入洞口，玩家可獲得刮刮樂之機會1 次，刮刮樂之獎項固有價值700 至1,990 元存錢筒、公仔等商品，惟刮刮樂中獎機率甚低，120 張刮刮樂僅有6 個中獎機率，亦即利用機臺不確定之輸贏機率與低機率之刮刮樂，供不特定人投幣把玩而賭博財物，及以此方式經營電子遊戲場業。嗣同年月31日10時56分許為警至上址查訪蒐證而查獲。

二、案經臺中市政府警察局第三分局報告臺灣臺中地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　　由

一、被告以外之人於審判外之陳述，雖屬傳聞證據，惟當事人均不爭執證據能力，且本案辯論終結前並未對於本判決所引用下列證據之證據能力復行爭執，經本院審酌該等證據資料製作時之情況，亦無違法不當及證明力明顯過低之瑕疵，以之作為證據應屬適當，是依刑事訴訟法第159 條之5 規定，認前揭證據資料有證據能力。至卷內非供述證據部分，與本案

犯罪事實具有關聯性，又查無事證足認係實施刑事訴訟程序之公務員違背法定程序而取得之證據，且無依法應予排除之情事，自得作為證據。

二、認定犯罪事實所憑證據及理由：

㈠被告未依規定領有電子遊戲場業營業級別證，其於前揭時、地承租擺放上開機臺，供玩家以前述方式把玩等客觀情事，均為被告所不爭執，經不知情場主陳宜欣於警詢陳述在卷，並有員警職務報告、臺中市政府警察局第三分局扣押筆錄、扣押物品目錄表、責付保管單、位置圖與蒐證照片（含網路價格搜尋）附卷可佐（見偵卷第15-19 頁、第59-69 頁、第81-97 頁），此部分事實堪予認定。

㈡就上開機臺而言，經濟部商業發展署114 年4 月18日商環字第11400608980 號函文略以：按本部於113 年10月14日公告訂定自助選物販賣事業管理規範，第8 點規定，業者不得以夾取物品作為取得戳戳樂、抽抽樂或其他具有射倖性設施之遊戲機會。查來函所述說明及案附照片，繫案機具遊戲玩法係抓物品，以獲得抽抽樂（刮刮樂）抽獎機會以兌獎，核與本部評鑑分類為非屬電子遊戲機之選物販賣機有別（見偵卷第71-72 頁）。準此，上開機臺性質上係電子遊戲機無疑，屬於電子遊戲場業之範疇，依電子遊戲場業管理條例第15條之規定，未依該條例規定領有電子遊戲場業營業級別證者，不得經營之，且與該機臺之所有權歸屬於何人無關。

㈢再者，刑法賭博罪所謂賭博，乃指以未知之不確定事實，憑偶然之機率，互爭勝負，以決定財物之得喪，而具有射倖性、投機性之行為，賭博之財物則係指金錢及其他具有經濟價值之物品，不以金錢為限。本件機臺之操作方式為玩家每次投入10元硬幣，即得啟動機臺抓爪夾取代夾物，如代夾物掉入洞口，玩家可獲得刮刮樂之機會1 次，刮刮樂之獎項價值700 至1,990 元不等存錢筒、公仔等商品，惟120 張刮刮樂僅有6 個中獎機率。換言之消費者夾取代夾物時，無從知悉商品價值，待進行刮刮樂遊戲而刮中號碼，始能兌換商品。

此種操作方式乃以未知之不確定事實，憑偶然之機率，互爭勝負，以決定財物之得喪，而具有射倖性、投機性之行為，自屬刑法賭博罪所稱之賭博甚明。

㈣又被告就起訴犯行於審理時為認罪之表示（見審易卷第48頁），復有前開卷證足資補強，本件事證明確，應依法論科。

三、論罪科刑：

㈠核被告所為，係違反電子遊戲場業管理條例第15條規定而犯同條例第22條之非法營業罪，及刑法第266 條第1 項之普通賭博罪。

㈡被告自114 年3 月16日起至同年月31日為警查獲止，在夾鑫福選物販賣機店內，未領有電子遊戲場業營業級別證而經營電子遊戲場業之行為，係基於概括之犯意，在密切之時間、空間內反覆實行同種行為，按立法者原意，電子遊戲場業管理條例第15條、第22條之構成要件行為本已具有多次、反覆實行之性質，故被告上開所為應論以集合犯一罪。又被告以一行為同時觸犯上開2 罪名，為想像競合犯，依刑法第55條前段規定，從一重之電子遊戲場業管理條例第22條非法營業罪處斷。

㈢爰審酌被告未領有電子遊戲場業營業級別證，擅自在公眾得出入之場所非法經營上開機臺，漠視政府管制之法令，影響政府對電子遊戲場業之行政管理，更利用該機臺與不特定人賭博財物，破壞社會風氣，所為應予非難；兼衡被告前於①113 年6 月15日至同年7 月28日、②同年9 月16日至同年月21日均因電子遊戲機臺賭博案件為警查緝，再於③114 年3 月16日至同年月31日為警查獲本件之犯罪後態度，念及被告經營擺設僅1 機臺，經營期間不長，暨其犯罪動機、目的、手段、智識、經濟與生活狀況（參審易卷第47頁審理筆錄所載、個人戶籍資料查詢）等一切情狀，量處如主文所示之刑，並諭知易科罰金之折算標準。

㈣不予沒收之說明：

1.機臺固為當場賭博之器具，惟衡酌該機臺乃被告向不知情

場主陳宜欣承租，查無證據證明場主有授權被告從事非法營業，若逕沒收該機臺，非無過度侵害場主受憲法保障之財產權，實有過苛之虞，爰依刑法第38條之2 第2 項規定，不予宣告沒收。

2.被告供稱：沒有獲利，該機臺承租未滿1 個月，已經沒做了，機臺也還給場主等語（見偵卷第37頁、第123 頁），慮及本件機臺經營僅半個月旋為警查獲，而為對被告有利之認定，故不予沒收或追徵。

據上論斷，應依刑事訴訟法第299 條第1 項前段（僅引用程序法條），判決如主文。

本案經檢察官劉志文偵查起訴，由檢察官蕭如娟到庭實行公訴。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　1　　月　　7　　日

刑事第二十庭　　法　官　王品惠

以上正本證明與原本無異。

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

告訴人或被害人如對於本判決不服者，應具備理由請求檢察官上訴，其上訴期間之計算係以檢察官收受判決正本之日期為準。

書記官　陳采瑜

中　　華　　民　　國　　115　　年　　1　　月　　7　　日

附錄本案論罪科刑法條：

電子遊戲場業管理條例第15條

未依本條例規定領有電子遊戲場業營業級別證者，不得經營電子遊戲場業。

電子遊戲場業管理條例第22條

違反第15條規定者，處行為人1 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣50萬元以上250 萬元以下罰金。

中華民國刑法第266 條

在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物者，處5 萬元以下罰金

。

以電信設備、電子通訊、網際網路或其他相類之方法賭博財物者，亦同。

前2 項以供人暫時娛樂之物為賭者，不在此限。

犯第1 項之罪，當場賭博之器具、彩券與在賭檯或兌換籌碼處之財物，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。