臺灣高等法院刑事判決

115年度上易字第490號

上　訴　人
即　被　告　林芷妤
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

上列上訴人因賭博等案件，不服臺灣新北地方法院114年度易字第1518號，中華民國114年12月23日第一審判決（起訴案號：臺灣新北地方檢察署114年度偵字第9788號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事　實

一、林芷妤係址設新北市○○區○○街0號○○○○選物販賣機店(下稱本案選物販賣機店)之實際負責人，明知選物機臺內若放置隔板、代夾物，或搭配刮刮樂遊戲所組成之遊戲組供消費者消費，該遊戲組已非單純選物販賣機而係電子遊戲場業管理條例所規範之電子遊戲機，非領有電子遊戲場業營業級別證者不得經營，仍意圖營利，基於非法經營電子遊戲場業、供給賭博場所及聚眾賭博之犯意，自民國113年8月8日前某日起，在上址公眾得出入之場所，擺設以夾取立方體球作為代夾物(下稱代夾物)為遊戲方式並加裝隔板、喪失選物販賣機特性之機臺1臺(下稱本案機臺)，並於本案機臺前擺放刮刮樂遊戲紙，供不特定消費者以每次投幣新臺幣（下同）10元之代價，操作機臺之抓斗夾取代夾物，若夾中代夾物再進而以所附刮刮樂遊戲進行隨機而具射倖性及投機性之遊戲，以換取放在本案機臺旁之臺車上經不可透視包裝等不明確、不特定之玩具公仔，以此方式經營具射倖性之電子遊戲場業及賭博場所，並與不特定消費者對賭財物，林芷妤因而從中牟利。嗣經新北市政府經濟發展局（下稱經發局）稽

查人員於113年8月8日至本案選物販賣機店稽查，發現現場多臺選物販賣機違規，經該局裁罰斯時之負責人林芷妤2萬2,000元罰鍰，命令文到後2個月內改善；經發局稽查人員又於113年11月20日再次前往同店稽查，發現仍未改善，仍有多臺選物販賣機違規，經發局即裁罰斯時本案選物販賣機店名義負責人林崇皓1萬6,000元罰鍰，命令文到後2個月內改善。經警接獲檢舉，於114年1月21日22時許，前往上址稽查，發現由林芷妤經營之本案機臺仍未完成改善，經通知其到場說明，並查扣代夾物1個、刮刮卡2張、IC板1張、本案機臺1臺等物，始悉上情。

二、案經新北市政府警察局海山分局報請臺灣新北地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

一、證據能力：

本案據以認定上訴人即被告林芷妤（下稱被告）犯罪之供述證據，公訴人、被告均同意有證據能力（見本院卷第56頁），復經本院審酌認該等證據之作成無違法、不當或顯不可信之情況，而非供述證據亦非公務員違背法定程序所取得，依刑事訴訟法第159條之5、第158條之4反面解釋，均有證據能力。

二、認定犯罪事實所憑之證據及理由

訊據被告固坦認其自113年8月8日前某日起至同年11月10日止之期間係本案選物販賣機店之負責人，並未領有電子遊戲場業營業級別證，且於113年11月10日其將本案選物販賣機店頂讓與林崇皓後，仍持續承租、經營以夾取代夾物為遊戲方式並加裝隔板之本案機臺，並於本案機臺前擺放扣案之刮刮樂遊戲，而不特定消費者於每次投幣10元操作本案機臺之抓斗夾取代夾物後，若夾中代夾物，且該代夾物並從洞口掉落而出，即可於本案機臺旁之臺車上選擇獎品，並得於前揭刮刮樂遊戲中刮開1格等事實，惟矢口否認有何非法經營電子遊戲場業及意圖營利供給賭博場所、聚眾賭博等犯行，辯

稱：我於第一次被開單後就頂讓全部機臺給林崇皓，我是因為商品形狀不規則，才將獎品放置在本案機臺旁之3臺臺車上，機臺上我貼瓦楞紙是避免反光，如果顧客不喜歡臺車上的獎品，也可以玩刮刮樂遊戲，若有中獎可以選擇其他一番賞商品，所以我沒有阻礙中獎機率，也有設定保夾290元，本案機臺是合法的等語。經查：

㈠被告自113年8月8日前某日起至同年11月10日止之期間係本案選物販賣機店之負責人，且並未領有電子遊戲場業營業級別證，自113年8月8日前某日起，在本案選物販賣機店擺置本案機臺，並於本案機臺前擺放刮刮樂遊戲，供不特定消費者以每次投幣10元之代價，操作機臺之抓斗夾取代夾物，若夾中代夾物再進而以所附刮刮樂進行遊戲，本案選物販賣機店先後於113年8月8日、同年11月20日經稽查並經經發局認定現場多臺選物販賣機違規(包含本案機臺)而裁處罰鍰並命令限期改善等事實，業為被告所不爭執，且有新北市政府經濟發展局113年8月28日新北經商字第1131673062號函暨新北市政府稽查自助選物販賣機店現場紀錄表及現場照片(偵卷第56至64頁)、新北市政府經濟發展局113年12月2日新北經商字第1132374159號函暨新北市政府稽查自助選物販賣機店現場紀錄表及現場照片(偵卷第65至73頁反面)、新北市政府警察局海山分局扣押筆錄、扣押物品目錄表(偵卷第6至8頁)、現場及查扣物照片(偵卷第10至12頁)等件在卷，就此部分事實，首堪認定。

㈡被告自113年11月10日起至114年1月21日係本案選物販賣機店之實際負責人

被告固辯稱：我於本案選物販賣機店首次遭裁罰後，即將本案選物販賣機店頂讓與林崇皓等語，並提出頂讓契約書(原審審易卷第49頁)以資佐證，惟細繹上開頂讓契約書所載之內容：被告因家庭變故且無法承受經發局之開罰，因而頂讓本案選物販賣機店內之機臺38臺、兌幣機1臺與林崇皓，房租由被告交給房東，頂讓後仍遭開罰罰鍰，被告會將車子作

為賠償與頂讓人即林崇皓等語，顯見自113年11月10日後，本案選物販賣機店之房租或機臺遭開罰之罰鍰仍約定由被告負擔，是實際上承擔本案選物販賣機店之損益者仍為被告，堪認被告自113年11月10日後係本案選物販賣機店之實際負責人。復查證人即查獲員警蔡佳融於偵查中證述：我於114年1月21日去現場查看本案選物販賣機店是否改善，發現未改善即聯絡負責人林崇皓到場，但林崇皓說違法的機臺是被告的，林崇皓並通知被告到場才進行本案查扣作業等語(偵卷第40至41頁)，經核與證人即查獲員警郭承皓於偵查中證述：林崇皓稱與被告為親屬關係，本案選物販賣機店之實際負責人為被告等情相符，是被告自113年11月10日起至114年1月21日仍係本案選物販賣機店之實際負責人，堪予認定。

㈢本案機臺屬於電子遊戲機

1.按電子遊戲場業管理條例第4條規定：「本條例所稱電子遊戲機，指利用電、電子、電腦、機械或其他類似方式操縱，以產生或顯示聲光影像、圖案、動作之遊樂機具，或利用上述方式操縱鋼珠或鋼片發射之遊樂機具。但未具影像、圖案，僅供兒童騎乘者，不包括在內。前項電子遊戲機不得有賭博或妨害風化之設計及裝置，其分類如下：一益智類。二鋼珠類。三娛樂類。前項分類標準，由中央主管機關定之」，是主管機關應依該條例之授權對於電子遊戲機訂定分類標準；另同條例第7條規定：「電子遊戲場業者不得陳列、使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經修改者，視為新型機種，應即依規定申請檢驗及評鑑分類」，依此，電子遊戲機須經主管機關評鑑分類及公告，縱經修改機具結構亦然，至非屬電子遊戲機者，自不在該條例規定之範疇。而「選物販賣機」（俗稱夾娃娃機）因涉及電子遊戲機定義內容，依電子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立之評鑑委員會依具體個案情形分別認定，而經濟部經研議後函示「夾娃娃機」之

認定及評鑑分類參考標準為：「⑴具有保證取物功能，該保證取物金額原則不得超過新臺幣790元。機具須揭露『保證取物』、『保證取物金額』及『消費者累積已投入金額或次數』。『消費者累積已投入金額或次數』不得任意歸零。⑵提供商品之市場價值，不得少於保證取物金額之百分之70。⑶提供商品之內容必須明確，且其內容及價值不得有不確定性（例如：不得為紅包袋、骰子點數換商品、摸彩券、刮刮樂等）。⑷提供之商品不得為現金、有價證券、鑽石或金銀珠寶等。⑸機具外觀正面標示「機具名稱」，且不得與經評鑑通過之夾娃娃機名稱相同。⑹機檯內部無改裝或加裝障礙物、隔板、彈跳裝置等影響取物可能之設施。」等項，有經濟部107年6月13日經商字第10702412670號函釋甚明(偵卷第13至14頁)。嗣經濟部於111年11月16日、112年2月2日分別以經商字第11100740940號函、經商字第11200511270號函說明：本部評鑑通過為非屬電子遊樂機之選物販賣機，其機檯內部須無改裝或加裝障礙物、隔板、彈跳裝置等影響取物可能之措施；再者，提供商品之內容須明確，並無以摸彩券、戳戳樂兌換商品等不確定操作結果之遊戲方式。次查「選物販賣機」之一般概念為對價取物方式，須符合物品與售價相當之一般消費原則，且無涉射倖性（偵卷第74頁正反面、75頁正反面）。末以，本案機臺下方「夾夾趣」字樣經查詢，非評鑑通過之電子遊戲機，又經濟部歷次評定分類為「非屬電子遊戲機」之自助選物販賣機，皆無透過「夾取代夾物」搭配「抽抽樂」或類似射悻性遊戲方式，有經濟部商業發展署114年11月19日商環字第11400834250號函在卷(原審卷第75至76頁)，足認本案機臺以代夾物、刮刮樂遊戲搭配之玩法屬電子遊戲機，惟卻未經合法評鑑通過。

2.本案機臺經被告改裝後，已影響取物可能性

經查被告所經營之本案機臺經加裝3面隔板分別傾斜置於機臺後方及兩側，並以代夾物置於機臺內，機臺上方擺放玩具、公仔，且該等隔板均非透明，有現場及查扣物照片(偵

卷第10至12頁)在卷。被告雖以前詞辯稱：我是因為商品形狀不規則才用代夾物替代，我貼瓦楞紙是避免反光等語。然細稽該等隔板、代夾物均係亮黃色，置於機台內之代夾物與機臺後側、兩側之隔板採用同色系，視覺上融為一體，已有干擾消費者視線，影響消費者夾物操作機臺之效果；且該等隔板係塑膠製，並非被告所稱之瓦楞紙，又該等亮黃色塑膠製隔板，與暗色系、粗糙紙面材質者經反射光源之效果相較，顯係以暗色系或粗糙表面者吸收光源、避免反光之效果較佳，被告卻捨此不為，而以該等亮黃色塑膠製隔板置於機臺偏後側、側邊等處，顯難以達成其所謂避免機臺反光之目的，反而阻礙消費者以不同角度透過透明視窗觀察、瞄準代夾物；復該等隔板擺放之方式，係傾斜置於機臺偏後側、側邊等處，且該等板子具一定高度，形狀方正，此種擺放方式反而會直接干擾代夾物推動路線；擺放靠近洞口側之隔板甚會直接反彈代夾物的下墜路線，使代夾物難以靠近出口，此等均與實務上，以透明壓克力板放置於機臺後側、雙側，此類低干擾方式防止視線反光不同。被告所為，顯使消費者更難精準操作本案機臺，亦使代夾物更難移動至洞口，明顯增加夾取難度，足以影響原設置機臺之取物可能性，被告所辯礙難憑採。

3.本案被告設置刮刮樂之遊戲機會，具射倖性及投機性

再觀諸本案機臺照片，本案機臺內僅有1個立方體球作為代夾物，有現場及查扣物照片在卷可憑，是自外觀觀之，無法得知本案機臺之獎品內容物為何。被告固陳稱：因獎品、玩具、公仔等不規則，無法放入本案機臺內云云，惟查，被告放置獎品之中獎商品擺放處，獎品係以非透明之塑膠袋包裝，而非原商品之包裝，自外觀無法得知獎品內容物；又臺車上之獎品雖未經包裝，得自外觀查知商品內容，但臺車上之商品體積不大，外型方正、扁平，能夠整齊擺放、堆疊於臺車上，有被告答辯狀檢附之獎品臺車照片(原審審易卷第43頁)在卷可憑，自難認有何難以放置於本案機臺內之情形，

反而臺車與本案機臺並非緊鄰，尚難期待消費者於使用本案機臺時，即能知悉放置在遠處臺車上或經非透明塑膠袋包裝之獎品內容物確實為何，是被告所辯顯不足採。而被告於警詢時稱：我的保夾金額為790元，代夾物入洞後消費者可以領取臺車上商品或日本來的一番賞商品擇一，刮刮樂為附加獎項，刮刮樂中獎後可兌換展示櫃中的集點商品等語(偵卷第5頁)；偵查時則稱：我的保夾金額只有200元，但中獎商品超過500元等語(偵卷第26至27頁)；於原審準備程序時則陳稱：保夾金額為290元，臺車上商品價值約250元至350元，刮刮樂可以抽取一番賞獎品的價值為100元許，一番賞獎品放置在本案臺車上方等語(原審卷第28頁)，是以，被告歷次對本案機臺之保夾金額，夾取代夾物後消費者可以獲得之獎品金額、項目，刮刮樂之遊玩方式、對應獎品之陳述均有所出入，是本案機臺究竟是否設有保夾金額以符合商品對價性，已非無疑。參以上開所述放置於臺車或中獎物品領取處之獎品外觀，更可證被告本身已無法清楚辨識獎品內容物確實為何，更遑論把玩該遊戲機臺之一般第三人。另刮刮樂刮出後若中獎，消費者可以拿取本案機臺上或展示櫃中清楚標示圖案樣貌、指定號碼之公仔盒(即一番賞)，則自一般消費者之角度觀之，其於夾取機臺內之代夾物之後，得換取刮刮樂1次之機會，而刮刮樂所可能獲取之商品為本案機臺正上方或展示櫃中保有原始商品外盒之公仔，公仔之價值及外觀反而均顯而易見。是以，自可認定如本案機臺，其遊玩方式係如夾取代夾物即得換取刮刮樂之機會，並因此得換取公仔之機會。從而本案機臺所提供之商品實為不確定是否得以兌換公仔之刮刮樂之機會，投幣把玩機臺的動機已不再是「販賣」或「娛樂」，而是專注於「贏得該特定物品」。縱使認定本案機臺設有保證取物價格，然因上開刮刮樂之遊戲方式，消費者支付保證取物金額後亦僅得不確定刮刮樂之結果，無法保證獲得最終之商品公仔；末觀諸本案機臺上方刮刮樂遊戲之說明，明確載明「刮中指定號碼即中獎」，有現

場及查扣物照片在卷，顯見被告設計之刮刮樂遊戲於消費者刮中指定號碼之前、真正取物之前均無從確定，即具有相當程度之不確定性，自已喪失選物販賣機之性質，且具有射倖性及投機性。

㈣被告辯解不可採

1.被告雖辯稱：夾到代夾物是消費者可以在臺車上挑選商品，並可以刮1個刮刮樂之機會，就算刮刮樂未中獎，消費者也能拿到1個臺車上獎品。惟查，刮刮樂刮出後有指定號碼，本案機臺上、展示櫃內亦放有貼有號碼或清楚標示圖案樣貌之公仔盒，被告上開辯解是否屬實，已有疑問。縱使被告上開辯解為實在，然被告設計刮刮樂遊戲之方式係讓多數顧客只獲得低價值臺車商品，只有極少數滿足「刮到指定號碼」此特定條件者，才能獲得高價公仔。這種設計仍是利用高價獎品的稀缺性，吸引大量投幣，符合「以小博大」的賭博特徵。且在多位不特定消費者同時競爭的情況下，何人可「刮到指定號碼」本身即具有射倖性。且倘本案機臺之目的係在販賣臺車上之商品，何以被告卻將附隨之刮刮樂遊戲中獎對應之公仔擺放在消費者可以直接觀賞之本案機臺上方，而將其所謂本案機臺真正之商品至於遠處之臺車，被告所為顯反於販賣臺車商品之常情，其非但未將臺車商品放置在本案機臺內，捨此不為，甚且以代夾物放置於本案機臺內，將刮刮樂遊戲之獎品放置於本案機臺上，可見被告之目的已不在販賣，而是在展示最終的抽獎獎品。則若消費者欲取得公仔獎品，則必須不斷投幣，直到將刮刮樂刮到指定號碼。消費者投入的金錢與獲得公仔獎品的機會之間，存在顯著的投機成分。

2.被告另辯稱：我113年9月9日下午2時許於向海山分局行政組警員確認本案選物販賣機店內之機台均無違規，我還向LINE群組內其他機臺台主告知，且我開業前我有親自詢問經發局、衛生局、國稅局，但無人告知我須申請電子遊戲場業牌照，我的機臺也沒有像其他人一樣有賭現金云云，惟經原審

依被告之聲請函詢新北市政府警察局海山分局，警員陳稱電話並未製作錄音，且本案選物販賣機店早已遭經發局開罰，被告早已知曉本案機臺違規，是被告上開所言係明知故問、推託之詞，有新北市政府警察局海山分局114年11月21日新警海刑字第1143969020號函暨員警職務報告在卷(原審卷第79至81頁)，是被告所稱與警員確認本案機臺合法乙事，洵屬無據。至被告固有傳送訊息與其他機臺臺主稱警員查看後說本案選物販賣機店沒事等語，惟此至多僅能認定被告曾傳送此訊息與他人，無法證明被告主觀上不知情本案機臺違法，蓋如前所述，被告經多次遭檢舉處罰，且於初次接受警詢時尚得供陳本案機臺設定之保夾金額為恰好經濟部函釋上限之790元(偵卷第5頁)，復於偵查時亦自陳我有研究過選物販賣機法規等語(偵卷第27頁)，可見被告對相關規定熟悉，其辯稱沒有使用現金因此不算賭博云云，顯不足採。至被告辯稱其他經營者亦有賭博等違法情事，惟此不礙被告本案犯行之成立。

3.是以，被告所辯均屬臨訟卸責之詞，洵無足採。

㈤由前所陳，本案機臺內之隔板，屬對機臺之改裝；機臺僅擺放代夾物，則本案機臺以夾取代夾物所得換取刮刮樂之機會，此變更遊戲玩法之方式，使得否換取商品之決定，非取決於客人操作移動桿之技巧，而為或然率決定，使消費者得以投幣10元，博取價值遠高於投幣金額之商品，本案機臺已喪失選物販賣機「不影響取物可能性」、「遊戲流程無具有射倖性設施之遊戲機會」之核心要件，屬電子遊戲機無疑。

㈥按所謂「賭博」，乃以未知之不確定事實決定勝負、爭取財物輸贏而具有射倖性、投機性之行為。經查，本案機臺係於夾取機臺內代夾物後，換取「刮刮樂」之機會，並視刮刮樂之刮取結果，決定是否可兌換公仔商品等情，業如前述，顯見消費者無法藉由夾取技巧或個人選擇而獲取相對應之商品，全然取決於機率及不確定之操作結果，即以偶然事實之成就與否，決定財物之得失，具有射倖性及投機性。則被告

承租本案選物販賣機店，作為實際負責人，並提供場所擺放本案機臺之行為，即該當設置賭博性電子遊戲機，而經營電子遊戲場業、提供賭博場所，並以本案機臺與不特定人對賭財物以營利之行為。

㈦綜上所述，本案事證明確，被告犯行堪以認定，應依法論罪科刑。至被告聲請傳喚證人即海山分局員警蔡佳融，證明移送另案情況（見本院卷第57頁），然其待證事實與本件無關聯性，故無傳喚必要，併此敘明。

三、論罪

㈠核被告所為，係違反電子遊戲場業管理條例第15條而犯同法第22條之非法經營電子遊戲場業罪，及犯刑法第268條前段之意圖營利供給賭博場所及同條後段之意圖營利聚眾賭博罪。

㈡集合犯：

被告自113年8月8日前某日起至同年8月8日遭經發局裁罰；復自同年8月8日起至同年11月20日本案選物販賣機店又遭經發局裁罰；再自同年11月20日至114年1月21日被告經警查獲時止，在本案選物販賣機店內經營電子遊戲場業，所觸犯在未領有營業級別證擅自經營電子遊戲場業罪、意圖營利供給賭博場所罪、意圖營利聚眾賭博罪，均本即具有反覆實施之性質，應論以集合犯之一罪。

㈢想像競合：

被告以一行為，同時觸犯上開3罪名，為想像競合犯，應依刑法第55條前段之規定，從一情節較重論以刑法第268條後段之圖利聚眾賭博罪。

四、上訴駁回之理由：

原審認被告犯行事證明確予以論罪。量刑部分以行為人之責任為基礎，審酌被告不思以正途賺取財富，竟為本案犯行，藉以從中獲取不法利益，助長大眾投機僥倖心理，其所為足生損害於社會善良風氣，應予非難，惟斟酌被告犯罪之動機、目的、手段、實行本案犯行之期間、本案情節尚屬輕

微，兼衡被告否認之犯後態度、屢遭經發局裁處罰鍰卻仍未改善，以及被告之素行，並考量其自陳智識程度為大學畢業、目前無業、經濟不佳等家庭經濟生活狀況（等一切情狀，量處有期徒刑2月，如易科罰金，以1000元折算1日。沒收部分說明扣案之代夾物1個、刮刮卡2張、IC板1張、本案機臺1臺，為供賭博之器具，均應依刑法第266條第4項規定宣告沒收之，另依事證有疑唯利被告之原則，以被告經初次檢舉至本案遭查獲之期間作為被告犯本案營利所得之基準，113年8月8日至114年1月21日共歷經5月且每月營收2萬元計算被告本案之犯罪所得。則本案被告犯本案營業收入10萬元（計算式：2萬*5＝10萬），核屬被告之犯罪所得，未據扣案，爰依刑法第38條之1第1項前段、第3 項規定宣告沒收，並於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。被告不服原判決提起上訴，其上訴意旨否認犯罪，然其所為辯解均非可採，已如前述，原判決認事用法復無違誤之處，量刑亦屬妥適，沒收諭知並無違法，是被告上訴為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官黃孟珊提起公訴，檢察官許鈺茹到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　2　　日

刑事第十二庭　審判長法　官　楊志雄

法　官　施育傑

法　官　魏俊明

以上正本證明與原本無異。

不得上訴。

書記官　邱玟瑄

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　2　　日

附錄：本案論罪科刑法條全文

中華民國刑法第268條

意圖營利，供給賭博場所或聚眾賭博者，處 3 年以下有期徒刑

，得併科 9 萬元以下罰金。

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。