

發文單位：司法院

解釋字號：釋字第 646 號

解釋日期：民國 97 年 09 月 05 日

資料來源：司法院

司法周刊 第 1405 期 1 版

法令月刊 第 59 卷 11 期 134-136 頁

司法院公報 第 50 卷 11 期 4-25 頁

總統府公報 第 6827 號 14 頁

司法院大法官解釋（二十一）第 351-379 頁

相關法條：中華民國憲法 第 8、15、23 條

中華民國刑法 第 59、74 條

刑事訴訟法 第 253、253-1 條

電子遊戲場業管理條例 第 8、9、11、15、22 條

解 釋 文： 電子遊戲場業管理條例（以下簡稱本條例）第二十二條規定：「違反第十五條規定者，處行為人一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五十萬元以上二百五十萬元以下罰金。」對未辦理營利事業登記而經營電子遊戲場業者，科處刑罰，旨在杜絕業者規避辦理營利事業登記所需之營業分級、營業機具、營業場所等項目之查驗，以事前防止諸如賭博等威脅社會安寧、公共安全與危害國民，特別是兒童及少年身心健全發展之情事，目的洵屬正當，所採取之手段對目的之達成亦屬必要，符合憲法第二十三條比例原則之意旨，與憲法第八條、第十五條規定尚無牴觸。

理 由 書： 人民身體之自由與財產權應予保障，憲法第八條及第十五條定有明文。如以刑罰予以限制者，係屬不得已之強制措施，具有最後手段之特性，自應受到嚴格之限制。如為保護合乎憲法價值之特定重要法益，且施以刑罰有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，而刑罰對基本權之限制與其所欲維護法益之重要性及行為對法益危害之程度，亦合乎比例之關係者，並非不得為之（本院釋字第五四四號、第五五一號解釋參照）。惟對違法行為是否採取刑罰制裁，涉及特定時空下之社會環境、犯罪現象、群眾心理與犯罪理論等諸多因素綜合之考量，而在功能、組織與決定程序之設計上，立法者較有能力體察該等背景因素，將其反映於法律制度中，並因應其變化而適時調整立法方向，是立法者對相關立法事實之判斷與預測如合乎事理而具可支持性，司法者應予適



度尊重。

電子遊戲為個人休閒活動之一，電子遊戲場乃成為現代人抒解壓力及娛樂之場所。電子遊戲場業之經營，除涉及產業結構與經濟發展外，由於電子遊戲之情節引人而具輸贏結果之特性，易使兒童及少年流連忘返，而兒童及少年長時間暴露於學校與家庭保護之外，難免荒廢學業、虛耗金錢，而有成為潛在之犯罪被害人或涉及非行之虞，又因電子遊戲之操作便利、收費平價，亦吸引一般社會大眾大量進出或留滯，一方面影響公共安全與社區安寧，另一方面往往成為媒介毒品、色情、賭博及衍生其他犯罪之場所，因此電子遊戲場業之經營，亦涉及兒童、少年保護、公共安全及社區安寧等問題。為健全電子遊戲場之秩序，使基於抒壓及娛樂之目的而進入電子遊戲場所之消費者，可分別接觸適當之個人休閒活動，不致因各該場所之疏於管理，而誤涉犯罪或成為明顯之犯罪對象，並同時兼顧公共安全與社區安寧，是我國對電子遊戲場業之管制，由來已久。初期由警政機關主管，一度採取全面禁止之管制措施，中華民國七十九年起，改由教育部負責，同年訂定發布遊藝場業輔導管理規則。由於欠缺法律位階之有效法規，主管機關僅得援用公司法、商業登記法、營業稅法及其他相關法規，對包括未經登記即行營業在內之違規行為加以處罰。嗣由於電子遊戲場業之經營對社會治安與善良風俗之影響甚鉅，相關弊案引發社會普遍之關注與疑慮，電子遊戲場業於八十五年間改由經濟部為主管機關，八十九年制定公布電子遊戲場業管理條例，以期透過專法導正經營，並使電子遊戲場業之經營正常化與產業化。本條例施行後，行政院曾函送修正草案至立法院，刪除刑罰規定，惟其後鑑於電子遊戲場業經營之負面影響過大，難以與一般產業同視，為加強管理乃又恢復刑罰之制裁手段。惟兩項修法草案，均未完成立法。

由於電子遊戲場業性質特殊，其營業涉及社會安寧、善良風俗及國民身心健康等問題，故電子遊戲機之性質與內容，依本條例規定應區分為普通級及限制級，限制級電子遊戲場雖亦可附設益智類電子遊戲機，但未滿十八歲之人仍不得進入遊樂。且為貫徹強制分級之管理措施，普通級與限制級不得在同一場所混合經營，以應實際執行管理之需要（本條例第五條第一項及第二項規定參照）。又為達前開管理目的，故電子遊戲機之製造業、進口人或軟體設計廠商，應於製造或進口前，就其軟體，向中央主管機關申請核發評鑑分類文件；並於出廠或進口時，向中央主管機關申請查驗，合格者，發給機具類別標示證（本條例第六條第一項前段規定參照）；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（本條例第七條第一項規定



參照)。另由於電子遊戲場業其營業場所之公共安全攸關消費者生命財產安全，故電子遊戲場業之營業場所應符合都市計畫、建築與消防法令之規定（本條例第八條規定參照）。此外，由於電子遊戲場對社會安寧會造成一定之影響，故電子遊戲場業之營業場所應距離對於環境安寧有極高要求之國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上（本條例第九條第一項規定參照）。

本條例第十五條規定：「未依本條例規定辦理營利事業登記者，不得經營電子遊戲場業。」所謂「辦理營利事業登記」係兼指依本條例第十一條規定，向直轄市、縣（市）主管機關申請核發「營利事業登記證」及「營利級別證」，辦理營業級別、機具類別、營業場所管理人及營業場所地址之登記而言。而辦理營業級別、機具類別、營業場所管理人及營業場所地址之登記，應符合前述本條例第五條、第六條、第七條及第八條等之規定，足見本條例第十五條要求電子遊戲場業辦理營利事業登記，旨在透過事前管制，以達維護社會安寧、公共安全，並保護國民，特別是兒童及少年身心健全發展之目的。

本條例第二十二條進而規定：「違反第十五條規定者，處行為人一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五十萬元以上二百五十萬元以下罰金。」對未辦理營利事業登記而經營電子遊戲場業者，科處刑罰，其立法目的在於藉由重罰杜絕業者規避辦理營利事業登記所需之營業分級、營業機具、營業場所等項目之查驗，以事前防止諸如賭博等威脅社會安寧、公共安全與危害兒童及少年身心健全發展等情事，其保護之法益符合重要之憲法價值，目的洵屬正當。本條例第二十二條所採刑罰手段，有助於上開目的之達成。雖罰鍰或屬侵害較小之管制方法，惟在暴利之驅使及集團化經營之現實下，徒以罰鍰顯尚不足以達成與限制人身自由之刑罰相同之管制效果。又立法者或可捨棄以刑罰強制事前登記之預防性管制方式，遲至賭博等危害發生時再動用刑罰制裁，惟衡諸立法者藉由本條例第十五條規定所欲達成之管制目的，涉及普遍且廣大之公共利益，尤其就維護兒童及少年身心健全發展而言，一旦危害發生，對於兒童及少年個人與社會，均將造成難以回復之損害，況依內政部警政署提供之數據，自八十五年起至九十六年止，查獲無照營業之電子遊戲場所中有高達九成以上涉嫌賭博行為，另統計九十六年查緝之電子遊戲場賭博案件中，有照營業涉嫌賭博行為者，尚不及一成，而高達九成係無照營業者所犯，顯見未辦理營利事業登記與賭博等犯罪行為間確有高度關聯，故立法者為尋求對法益較周延之保護，毋待危害發生，就無照營業行為，發動刑罰制裁，應可認係在合乎事理而具有可支持性之事實基礎上所為合理之決定。是系爭刑罰手段具有



必要性，可資肯定。

末查依本條例第二十二條規定科處刑罰，雖可能造成未辦理營利事業登記而經營電子遊戲場業之人，即使其經營未涉及賭博或其他違法情事，亦遭刑事制裁，惟因系爭規定之法定刑已賦予法院針對行為人犯罪情節之輕重，施以不同程度處罰之裁量空間，再配合刑事訴訟法第二百五十三條微罪不舉、第二百五十三條之一緩起訴、刑法第五十九條刑之酌減及第七十四條緩刑等規定，應足以避免過苛之刑罰。又現行法對其他與電子遊戲場業性質類似之娛樂事業之管制，就未辦理營利事業登記而營業者雖有僅處行政罰者，然對行政法上義務之違反，並非謂某法律一旦採行政罰，其他法律即不問相關背景事實有無不同，均不得採刑事罰。且實務上屢發現業者為規避營利事業登記之申請及其附隨之諸多管制，不再於固定地點開設電子遊戲場，而藉由散見各處之小型便利超商或一般獨資、合夥商號作為掩護，設置機檯經營賭博，相較於其他娛樂事業，電子遊戲場業此種化整為零之經營方式，顯已增加管制之難度，並相對提升對法益之危害程度，相關機關因此決定採較重之刑事罰制裁，其判斷亦屬合乎事理，應可支持，尚難驟認系爭規定對基本權之限制，與所保護法益之重要性及行為對法益危害之程度，顯失均衡，而有違比例關係。

綜上，本條例第二十二條有關未辦理營利事業登記而經營電子遊戲場業者科處刑罰之規定，符合憲法第二十三條比例原則之意旨，與憲法第八條、第十五條規定尚無牴觸。

大法官會議主席	大法官	賴英照
	大法官	謝在全
		徐璧湖
		彭鳳至
		林子儀
		許宗力
		許玉秀
		林錫堯
		池啟明
		李震山
		蔡清遊

不同意見書

大法官 許玉秀

多數意見認為電子遊戲場業（下稱電遊場業）管理條例（下稱電遊場條例）第二

十二條（下稱系爭規定）合憲，理由在於電子遊戲機具有引人為惡的特性，尤其是用於賭博，因此有必要以刑罰手段，處罰未為營利事業登記而營業的電子遊戲場。由於

- （一）多數意見一方面開宗明義提及最後手段原則，也就是遵循最後手段原則的刑事立法，在一切規範中，應該受最嚴格的審查，他方面卻認為是否採取刑罰制裁手段，所應考慮的社會環境、犯罪現象、群眾心理與犯罪理論等因素，立法者較有體察與判斷的能力，所以應該尊重立法者的決定，也就是採取寬鬆審查標準。此種矛盾論述，來自於面對刑罰規範搖擺不定的審查態度，搖擺不定的審查態度，則可能來自於對刑罰或者是盲目的、或者是不負責任的迷信。
- （二）為了證立系爭規範目的正當，多數意見認為電子遊戲的情節引人而具輸贏結果的特性，易使兒童及少年流連忘返，而兒童及少年長時間暴露於學校與家庭保護之外，難免荒廢學業、虛耗金錢，而有成為潛在的犯罪被害人及涉及非行之虞，又因電子遊戲機具之操作便利、收費平價，亦吸引一般社會大眾大量進出或留滯，一方面影響公共安全與社區安寧，另一方面往往成為媒介毒品、色情、賭博及衍生其他犯罪的場所，因此電遊場業之經營，亦涉及兒童、少年保護、公共安全及社區安寧等問題。多數意見對於規範目的的描述，恐涉憑空想像，而暴露釋憲者對於電遊場業的陌生。電子遊戲的情節應該充滿各種可能性，依照多數意見的說法，如果情節不引人，豈不是不至於使兒童及少年流連忘返，是不是就不應該管制？漫畫情節對兒童、少年也特別有吸引力，也會使兒童及少年流連忘返，是否也應該受相同程度的管制？有輸贏結果的娛樂活動，豈止玩電子遊戲一種？在公園下棋，也涉及輸贏，兒童及少年也會長時間暴露於學校與家庭保護之外，是不是也應該受相同的管制？遊戲操作便利、收費平價，因為吸引一般社會大眾大量進出或留滯，會影響公共安全與社區安寧，且易於成為媒介毒品、色情、賭博及衍生其他犯罪的場所何其多？這樣的描述，難道不是空泛到可以適用於任何公共場所（包括西門町的行人徒步區）？在盡力描述電子遊戲多麼危險的同時，多數意見似乎完全忘記制定電遊場業管理條例的初衷，是在於肯定電遊場業對於開啟現代電子化生活的正面意義、在經濟產業中的潛力無窮（註一）。縱使當初對於電遊場業的經濟評估，如今看來有過度樂觀之嫌，電遊場業迅速遭到網咖取代的現實，也很難支持多數意見對電遊場業危險性的描述。目前以電子遊戲機為平台的電子遊戲，由於整體表現不及家庭用遊戲機遊戲或網路連線遊戲，對於一般人而言，包括兒童、少年，吸引力已大幅度降低，加上網咖興起，兒童、少年涉足電遊場的比例大幅度下降，舊有的電遊場已屬沒落產業，以合法登記電遊場為論，多屬限制級鋼珠類（註二），普通級的營業，根本無利可圖，即便合法的電遊場，也不認為兒童、少年是主要客戶，多數意見逕認為電遊場屬於醞釀兒童、少年犯罪的溫床，推論欠缺現實支持。

- (三) 多數意見努力闡述電子遊戲機具的危險性，或許可以說明藉由營利事業登記的許可審查進行管制的必要性，但是並不能直接說明為何違反營業登記的要求必須處以刑罰；而且和違反營業登記能直接連結的危險，應該是逃漏稅捐，卻未必能和造成毒品氾濫、色情氾濫、賭博氾濫等等危險互相連結。毒品犯罪、色情犯罪及賭博犯罪尚且屬於危險犯罪類型，提前將不必然導致該等危險的未經營業登記而經營電遊場業行為入罪，實在過度濫用抽象危險犯的概念，而過度限制人民行動自由。
- (四) 多數意見引用內政部警政署提供的數據，未辦理營業登記而經營賭博性電玩的電遊場業，高達九成八，有照營業而涉及賭博的電遊場業不及一成，說明電遊場業未辦理營業登記與賭博等犯罪具有高度關聯，而證明賭博是未辦理營業登記的典型危險。但是高度關聯僅能用以說明兩個元素之間同時出現的機率很高，典型危險則要求行為與結果之間有因果關聯。何況有照營業而涉及賭博的電遊場業不及一成的統計數據，不能直接據以推論合法登記的業者經營賭博性電玩的的比例甚小，因為相關主管機關定然沒有針對有照營業的電遊場業，進行全面或有代表性的抽樣統計。既然有已登記仍經營賭博性電玩以及未登記而沒有經營賭博性電玩的情形，比例縱使很低，都正好可以證明登記與否與經營賭博性電玩之間沒有必然關聯。即使未辦理營業登記的目的，就是為了經營賭博性電玩，未為營業登記也只是經營賭博性電玩的動機，之所以有賭博行為是因為經營賭博性電玩，而不是因為未為營業登記，所謂未辦理營業登記與賭博等犯罪具有高度關聯，只是一個理所當然的現象，既然要經營賭博性電玩，當然就不要去辦理營業登記，相反地，縱使已經辦理營業登記，想要賭博牟利，還是會經營賭博性電玩，不會因為已經辦理登記，就可以保證不會經營賭博性電玩，因為一旦決定經營賭博性電玩，有沒有登記、登記會不會遭到撤銷，已經不重要。而當刑法已經有處罰賭博行為的獨立構成要件時，直接處罰經營賭博性電玩的賭博行為即可，有何必要回頭處罰可能導致賭博的危險行為？處罰未辦理登記的不作為，直接的目的，應該就是促使辦理登記，但是如果要求貫徹辦理營業登記的命令，讓沒有登記的電遊場業經營不下去，最好的辦法是作成斷水斷電、勒令歇業或停止營業等行政處分，而不是處以刑罰，因為如果只是經營者去坐牢或被科處罰金，仍然可以繼續經營下去，尤其賭博性電玩如果真的是暴利，支付罰金還綽綽有餘，刑罰不可能保證辦理登記，因此自然也不可能禁絕賭博性電玩。至於未辦理登記的效果如果是斷水斷電與刑罰合併處罰，則顯然是過度處罰。
- (五) 多數意見更舉刑事訴訟法有微罪不舉及緩起訴制度、刑法有第五十九條的特別酌減及第七十四條的緩刑規定，為系爭規定緩頰，認為已可避免刑罰過苛。但是上述的調節制度，在入罪正當的前提之下，才有正面的調節功能，如果入罪

已經不具有憲法的正當性，該等司法權調節制度的存在，正好變成立法權違憲侵害人民基本權的幫兇。

本席不能贊成多數意見的合憲結論與理由論述，爰提出不同意見書，論述系爭規定違憲的理由。

壹、程序審查

一、案由與事實

本件聲請原因案件相關被告等未依規定辦理「電子遊戲場業營利事業登記」，逕自在所經營的商店內擺設電子遊戲機，供不特定人投幣遊玩。經警察臨檢發現，將各該遊戲機具扣押（註三），報請檢察官偵查，認被告等均違反電子遊戲場業管理條例（下稱電遊場條例）第十五條規定「未依本條例規定辦理營利事業登記者，不得經營電子遊戲場業」，構成同條例第二十二條的罪行「違反第十五條規定者，處行為人一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五十萬元以上二百五十萬元以下罰金」，而聲請簡易判決處刑。案經臺灣高雄地方法院九十五年簡字第五九四一號及九十六年度簡字第三六二九號受理在案，承辦法官葉啟洲（下稱聲請人）因審判上開二案，認原因案件所應適用的電遊場條例第二十二條（下稱系爭規定），有牴觸憲法第七條、第八條、第十五條及第二十三條疑義，聲請憲法解釋。

二、受理依據及理由

本件聲請屬於法官聲請的具體規範審查案件。依本院釋字第三七一號暨第五七二號解釋，各級法院（註四）法官聲請本院大法官解釋憲法，首先應審查遭違憲質疑的規範是否具有裁判重要性，亦即聲請解釋的系爭規範，是否為原因案件所應適用的法令，且該系爭規範如果違憲，裁判結論是否將有所不同。本件原因案件確實屬於未依規定辦理「電子遊戲場業營利事業登記」，而應該適用電遊場條例第二十二條規定予以處罰的情形，倘若該規定違憲，則被告應受無罪判決，因此聲請解釋的電遊場條例第二十二條確實具有裁判重要性。

其次應審查聲請人是否提出客觀上確信法律違憲的具體理由。系爭規定所處罰的是違反電遊場條例第十五條規定的行為。聲請書指出，電遊場條例第十五條之所以要求電遊場業應為營利事業登記，目的在於國家為課稅而將電遊場業納入國家公權力管理，固然符合憲法第二十三條增進公共利益的目的性要求，但電遊場業如果未為營利事業登記，仍可先施以行政處分，例如可以罰鍰、勒令歇業或斷水斷電，且規範目的既在於課稅，依據加值型及非加值型營業稅法第四十五條規定，已可處一千元以上一萬元以下罰鍰，於受通知限期補辦營業登記而逾期未補辦，尚可連續處罰，均可達到法律要求的目的，逕以同條例第二十二條所規定的刑罰手段逼迫辦理營業登記，與刑罰最後手段原則不符，違反必要性原則，而不符合比例原則的要求。

除此之外，聲請人主張，電子遊戲機僅屬單純娛樂工具，本質上對社會並無任何危害性與不法性，相較於一般都會區所常見的特種營業場所如酒店、有女侍的 KTV、舞廳等商業活動，對於社會的危險性顯著較低，反觀該等商業活動如違反營業登記規定，均僅有行政罰，唯獨對於電遊場業有刑罰規定。立法上對電遊場業與其他營利事業為差別處理，既無實質理由，顯然與平等原則不符。至於系爭規定所類比的公司法第十九條第二項規定，處罰未經設立登記而以公司名義營業的行為，目的在於保護交易安全，尤其是保護交易相對人，因為公司的營業通常具有大量及反覆性，未設立登記而以公司名義營業，可能對交易秩序造成嚴重負面影響；相對地，要求電遊場業為營利事業登記，只有便利行政管理及租稅課徵的目的，對於交易安全及交易秩序，不至於產生類如公司未設立登記而營業的影響，立法者竟然類比而施以刑罰，甚至處以更高的罰金刑，顯然有違平等原則。

聲請人對於據以審查的憲法規範意涵、系爭規定的立法目的與適用效果，以及是否違反憲法上比例原則和平等原則，確實提出具體說明，相關的違憲論證，並沒有形式邏輯上的明顯錯誤（註五），本件聲請符合上開解釋所定的受理要件，本件聲請應該予以受理。

三、受理範圍

系爭規定包括描述構成要件行為的行為規範和訂定法定刑的制裁規範，行為規範的構成要件行為內容當中，要求人民為營業登記的部分，是對於人民營業自由的限制，違反營業登記命令構成犯罪的部分，則是對一般行動自由的限制；制裁規範的自由刑部分，是對人民一般行動自由的限制，罰金刑部分則是對人民財產權的限制。探究聲請意旨，聲請人固然聲請將系爭規定宣告違憲，但是並沒有質疑營業登記對營業自由的限制，因此行為規範關於同法第十五條部分，不在受理範圍。聲請人除了指摘違反營業登記命令的行為不應予以入罪之外，同時指出系爭規定的罰金刑五十萬元以上二百五十萬元以下，比公司法第十九條第二項所規定的五萬元以下為重，應認為聲請人同時對於系爭規定的刑罰正當性與罪刑相當性均有所爭執，本件聲請所應受理審查的部分，因此包括行為規範與制裁規範的連結部分（註六），以及制裁規範本身。

四、審查標的與審查準據

本件聲請的系爭規定是刑罰規範，排除行為規範對營業自由的限制部分，所涉及對基本權的限制，包括對憲法第八條人身自由與第十五條財產權的限制。就刑罰規範的憲法正當性而言，據以審查的準據是最後手段原則，最後手段原則是適用於審查入罪正當性的比例原則；就罪刑相當性而言，也必須審查比例原則，而後方能決定是否違反平等原則。

五、審查密度

刑罰規範涉及生命的剝奪、人身自由及財產權的限制。針對人身自由的限制，應該採取嚴格的審查標準，因為對人身自由的限制，直接貶抑個人人格，而損及人性尊嚴；針對財產權的限制，則可採取中度審查標準，因為對財產權的限制，比較可以與人性尊嚴相區隔。固然社會經濟力的損害，對社會心理及社會安全秩序會造成嚴重衝擊，使得高額罰金刑所具有的責難意義，未必低於對人身自由的限制，並且因而使得高額的罰金對於個別受處罰的人而言，可能比自由刑，尤其可能比短期的自由刑還要嚴厲，但是在基本權的序列上，用以衡量的根本基準，仍然是與人性尊嚴的連結程度，因為基本權理論完全建立在保障人性尊嚴的動機上面，如果財產權的剝奪也達到剝奪生存工具的程度，而能與侵害人性尊嚴相連結，自然也可能受較嚴格的審查。總之，基於對人性尊嚴的絕對保護，對人身自由的限制，應該接受嚴格的審查。

如果單純承認立法者較有能力評估特定時空下的社會環境、犯罪現象、群眾恐懼（心理）與盛行的犯罪理論等背景因素，而尊重立法者的立法選擇，則沒有進行嚴格的審查。可以通過嚴格審查的規範目的，必須在於保護能夠和基本權連結的法益，也必須提出足夠的理由，說明所採取手段的必要性，以及沒有過度限制人民基本權。□

貳、實體審查

一、審查刑罰規範的比例原則：最後手段原則

刑事立法上所謂的最後手段原則，可以理解為從事刑事立法時，應該適用最嚴格的比例原則。因為之所以形成最後手段原則，在於諸多制裁手段中，刑罰手段直接損及人性尊嚴，是限制人權最為嚴重的手段，因此應該依據嚴格的比例原則審視刑罰手段的合憲性。如此理解最後手段原則，則目的審查與手段審查，均應採嚴格審查標準。

所謂目的審查，即法益的審查；手段審查，其實是目的與手段關聯性的審查。由於刑罰規範中的行為規範可以單獨進行目的審查，所以完整的比例原則審查，經常出現在制裁規範的審查，因此如果提及法益和比例原則二階審查（註七），是因為行為規範和制裁規範可能分別審查，以及刑罰應罰性是目的審查，應審查法益，刑罰需罰性則是手段審查，應完整審查比例原則的緣故，而不是最後手段原則不包括法益審查，也不是法益審查不在比例原則的審查範圍。至於從最後手段原則理解比例原則的手段審查，最後手段所蘊含的「不得已的必要性」，比最小侵害性，更符合刑罰規範違憲審查的實況，因為刑罰的手段，不可能是侵害最小的手段，除非在已經選擇刑罰手段的多數規範當中，選擇較低的法定刑。

二、目的審查：法益審查（審查應罰性）

（一）系爭規定所保護的法益

法益總是藉由行為的危險和實害而呈現，沒有犯罪行為所造成的損害，不

容易看到刑罰規範所要保護的法益，換言之，法益要藉由損害予以定義。電遊場業為什麼未經營利事業登記不得營業？未經營利事業登記而營業可能造成的損害是什麼？

考察立法目的，電遊場條例第一條載明立法目的為「管理電子遊戲場業，並維護社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康」（註八），「所謂維護社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康」的說法十分空洞，管制休閒設施、管制色情書刊、管制娛樂事業、管制各種公共設施、管制檳榔行業，都可以適用。該條文對於規範目的的描述，不能用以證立系爭規定目的的合憲性。倒是立法提案明確肯定電遊場業的經濟與財稅功能（註九），將電遊場業看成是一股經濟的生力軍，希望透過對電遊場業的有效管理，創造民間經濟發展與政府稅收增加的雙贏。

知道受管理的對象是誰、在哪裡，才能有效管理，所以定然會課電遊場業者辦理營業登記的義務。業者違反登記義務，最直接而必然的損害，就是逃漏稅捐。至於營業場所是否因此設施不安全、擾亂社區安寧、成為犯罪溫床、從事賭博行為等等，則不必然。縱使內政部警政署所出具的資料顯示，在未為營利事業登記的電遊場業者當中，經營賭博性電玩業者，佔九成八，賭博也只是電遊場業可能引起的一種犯罪風險而已。經營電遊場業可能產生的各種風險，例如色情電玩、目前比較引起憂慮的暴力型電玩（註十），都可以說明這個行業需要受到管理，因此必須要求電遊場業者辦理營利事業登記。但是如果違反該登記義務，並不等於已經會產生諸如媒介毒品、傳播色情或暴力、沈迷賭博等等危險。例如必須擁有駕照方能開車，因為沒有駕照可能沒有駕駛能力，但是無照駕車受到處罰，並不是因為無照駕車有肇事的風險，儘管有些車禍的肇事者是無照駕駛。反觀禁止酒醉駕車，因為醉酒會影響人的辨識能力與控制能力，酒醉而駕車一般而言有肇事的風險，為了避免此種風險，將酒醉駕車入罪，確實可以保護駕車肇事所可能侵害的法益。管理駕駛人的方法，是要求駕駛人有駕照；管理電遊場業，是要求電遊場業為營業登記。無照而酒醉駕車，直接依醉態駕車罪處罰，因為醉態駕車的原因不是無照，而是醉態駕車本身；未辦理營業登記而經營賭博性電玩，也應該直接依賭博罪處罰，因為賭博行為的原因是經營賭博性電玩，不是未辦理營業登記。

（二）抽象危險犯的門檻

系爭規定在未辦理營業登記時，即施以刑罰，似乎藉處罰未辦理營業登記行為，杜絕電遊場業可能連結的色情、毒品、賭博等危險，以保護該等危險可能侵害的法益，換言之，設計一種防止色情、毒品、賭博、暴力犯罪的抽象危險犯。

但是設計抽象危險犯，並不是在危險還小時提前防備的意思，而是因為行

為已經顯現某種非防堵不可的典型危險，也就是已經有明顯的危險結果。前述醉態駕車未必發生事故，但是酒精會影響駕駛的辨識與控制能力，因此一旦服用酒類而駕車，對於交通環境中存在的人和物，就有經驗可以認知的危險存在，也就是具備典型的危險，因此可以形成所謂的抽象危險犯。例如證券交易法、期貨交易法、銀行法、票券金融管理法、儲蓄互助社法、保險法、信託業法、公司法、不動產經紀業管理條例等法規的規範目的，在於健全資本市場，保護交易安全與資本安全，鑑於證券業務、期貨業務、銀行金融業務、票券金融業務、保險業務、公司對外經營、不動產經紀業務，均涉及利用社會共同的財產資源，故而欲為該等交易行為，均需提供資本擔保，並由主管機關監理，以維護交易相對人的安全，若任由私自營運以吸取資金，而主管機關無法加以監理，勢將混亂金融秩序與社會交易的安全，危害自由經濟，使資本市場的交易者必須付出龐大的費用以進行安全查核、稽徵，自由經濟市場終將受損，故未經設立登記而為交易，對於自由資本市場交易安全，均屬有危險結果的典型危險。之所以稱為有危險結果的典型危險，因為行為人必須已經著手經營證券業務、期貨業務、銀行金融業務、票券金融業務、保險業務、不動產經紀業務或以公司名義對外交易，如果沒有登記，但是也還沒有開始著手對外從事業務或交易，自然還未達到處罰門檻。

就產生色情、毒品、賭博、暴力等犯罪的危險而言，在所謂的八大行業比起電遊場業，應該更為明顯，但是針對八大行業並沒有與系爭規定相同的處罰規定，因為產生色情、毒品、賭博、暴力等犯罪的危險，還不是典型的危險。一個行為可以同時和許多不同種類的風險相連結，已經可以證明，這些風險都不是該行為的典型危險。有陪酒人員的 KTV，才有從事性交易的風險，而不是任何 KTV 都有從事性交易的典型風險；同樣地，電子遊戲機具有色情遊戲，才有促成性交易或性犯罪的典型風險，而不是任何電子遊戲機具都會助長性交易或性犯罪，電子遊戲機具有暴力遊戲，才有助長暴力犯罪的風險，而不是設計賭博遊戲的電子遊戲機具，也有助長暴力犯罪的風險。至於因為公眾聚集之處，容易成為毒品犯罪的溫床，則電影院、車站、大賣場、酒吧等等地方，都存在至少相同的風險，各該需要營業登記而沒有辦理營業登記的地方，都應該因為有毒品犯罪發生的可能，而科處刑罰嗎？

（三）賭博不是未辦理營業登記的典型危險

找不到典型風險的抽象危險犯構成要件，就是找不到受保護法益的抽象危險犯構成要件，這樣的犯罪構成要件，欠缺憲法上正當的規範目的。依內政部警政署的統計，自民國八十五年起至九十六年止，查獲無照營業的電遊場，有九成以上涉嫌賭博行為，九十六年查緝電遊場賭博案件中，有照營業而涉嫌賭博的電遊場，還不到一成，九成是無照營業。是不是因此可以證明電遊場未辦

理營業登記的典型危險是賭博？

解讀警政署的統計資料，雖然想經營賭博性電玩的電遊場，可能多半採取地下活動，而不是申請登記，以合法掩護非法，但是沒有登記不是助長賭博風氣的原因，經營賭博性電玩才是助長賭博、引誘賭博的原因，會影響兒童、青少年身心健康的，不是未登記而營業，而是經營賭博業。經營賭博性電玩，已經構成刑法要處罰的賭博罪，並非只是構成引起賭博可能的賭博危險罪。如果將系爭規定解釋為賭博危險罪，則經營賭博性電玩已經應該依據刑法賭博罪加以處罰，又因為未辦理營業登記而構成賭博危險罪，顯然遭到雙重處罰；如果只是未辦理營業登記，並未經營賭博性電玩，並沒有引誘、助長賭博的危險，卻以賭博危險罪相繩，豈不是欠缺需要保護的法益，而人人於罪？顯然欠缺處罰目的。至於藉由憲法第八條限制人身自由的手段，目的如果僅在於求取行政管理效率，或為減輕追訴機關刑事舉證負擔，那麼採取刑罰手段自然欠缺憲法上的正當性。

（四）目的正當的立法選擇

如果認為電遊場經營賭博電玩的比例很高，而且電遊場經營的賭博輸贏可觀，經常導致傾家蕩產或鋌而走險，對社會安全的影響甚鉅，刑法一般賭博罪的規定不敷使用，則制定特別的賭博罪構成要件方才能通過目的審查。例如：「意圖營利而陳列、使用未經中央主管機關評鑑分類之賭博性電子遊戲機，或擅自修改已評鑑分類之電子遊戲機為賭博性電子遊戲機，以供不特定人使用者，……」。（註十一）

三、手段審查（審查需罰性）

（一）審查有效性

因為違反登記義務，而受處罰，則處罰的目的，無非在於促使電遊場業履行登記義務。如果縱使沒有辦理營業登記，仍然可以營業，很難有效貫徹法律要求登記的誡命。對違反營業登記義務的電遊場科處刑罰，必須加上沒收機具，才可能有效阻止繼續營業。相較之下，刑罰手段必須經過一定的訴訟程序方能執行，行政手段上的斷水斷電、勒令歇業、停止營業等手段，更能有效阻止未辦理營業登記的電遊場繼續營業，故系爭規定，絕非比上述行政手段更有效的手段。

（二）審查必要性

依據最後手段原則，所謂的必要性，就是不得已的手段。經過目的審查及有效性審查，都顯示有其他更有效的手段可以選擇。就侵害程度而言，其他更有效的手段並不會比刑罰的手段帶來更大的侵害。雖然前述斷水斷電等行政手段比較有效，但並非比較嚴厲。斷水斷電等手段是一種行政管理上，迅速回復秩序的方法，僅僅針對特定事件，給予責難，不涉及對人格全面性的否定。相

對地，自由刑則全面地限制人身自由，是對人格的全盤否定。縱使遭到斷水斷電、停業處分，電遊場經營人仍然可以為其他行為，但是受刑事制裁的對象，一旦失去身體自由，人生的所有活動都必須停擺，因為人格正受到全面的改造。

依據目前刑法所揭示的價值界線，對於經營賭博性電玩的人，或許應該進行人格改造，但是對於未配合行政管理而辦理營業登記的人，具體地促成配合行政管理而行為，或者使他因為不能配合而放棄營業權利，都已經足夠。

如果系爭規定繼續存在，則經營賭博性電玩已經應該依據刑法賭博罪加以處罰，又因為未辦理營業登記而遭受刑罰，顯然遭到雙重處罰；如果只是未辦理營業登記，並未經營賭博性電玩，並沒有引誘、助長賭博的危險，卻以賭博危險罪相繩，同樣是過度處罰。因此系爭規定對於人民身體自由的限制，已經逾越必要的程度，與比例原則不符。

四、審查罪刑相當

與公司法第十九條第二項相比，該規定如果解釋為保護交易安全，法益所受的威脅比系爭規定並未較低；與刑法第二百六十八條聚眾賭博罪相比，違反行政管理命令的規定的刑罰比賭博罪的刑罰較輕，並非不合理。三個規定彼此並非完全相同，既然法益種類及受害程度互不相同，法定刑有所差異，並無牴觸平等原則的問題。但是系爭規定既然只是單純違反行政管理命令，罰金刑高度竟然高於上開公司法第十九條第二項所規定的最高罰金刑，也高於刑法聚眾賭博罪所規定的罰金刑，應屬罪刑不相當。

□、審查結論

系爭規定違憲，應自解釋公布之日起失其效力。

註一：立法院公報第 89 卷第 9 期，頁 432。

註二：以新竹市合法電子遊戲場登記資料為論，多屬限制級娛樂類，其中僅八家有經營普通級，顯見普通級的經營方式，根本無利可圖，甚少業者願意進行投資開業。參見 <http://construction.hccg.gov.tw/web/modules/tinyd0/index.php?id=10> (last visited on 18.08.2008)

註三：其中一案扣押的電子遊戲機「劍龍」，係中央主管機關經濟部 82 年 7 月 25 日第 95 會次評鑑通過的娛樂類編號 017 電子遊戲機（申請人：盈虹電子有限公司）。

參見經濟部網頁 http://gcis.nat.gov.tw/download_3_3_2_95.htm (last visited on 30.07.2008)

註四：雖然最高法院至今未依據釋字第三七一號解釋所創設的具體規範審查機制聲請本院大法官解釋憲法，例如釋字第五九二號解釋，但是依據該號解釋意旨，適用對象及於各級法院。

註五：本院釋字第五七二號解釋本席不同意見書伍、參照。

註六：也就是刑罰手段部分。參考許玉秀，刑罰規範的違憲審查標準，收錄於國際刑法學會臺灣分會主編，民主、人權、正義- 蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，2005 年，頁 394、395。

註七：釋字第五九四號解釋本席部分協同意見書貳、以及前揭民主、人權、正義- 蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，2005 年，頁 394 參照。

註八：電遊場條例提案立法目的「促進營業健全、維護公共安全、維持社區清淨，保護兒童及少年健全成長」及說明參見立法院公報第 89 卷第 9 期，頁 431-432。

註九：立法院公報第 89 卷第 9 期，頁 432。

註十：參見蘇船利，虛實難辨的電子奇幻世界，師友月刊第 416 期，2002.02，頁 37-38。

註十一：其他法規有類似規定：

菸酒管理法第四十八條：

產製或輸入劣菸、劣酒者，處新臺幣三十萬元以上三百萬元以下罰鍰。但查獲物查獲時現值超過新臺幣三百萬元者，處查獲物查獲時現值一倍以上五倍以下罰鍰。

前項產製或輸入之劣菸、劣酒含有對人體健康有重大危害之物質者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣三十萬元以上三百萬元以下罰金。

第四十九條：

販賣、運輸、轉讓或意圖販賣而陳列劣菸、劣酒者，處新臺幣二十萬元以上二百萬元以下罰鍰。但查獲物查獲時現值超過新臺幣二百萬元者，處查獲物查獲時現值一倍以上五倍以下罰鍰。

前項販賣、運輸、轉讓或意圖販賣而陳列之劣菸、劣酒含有對人體健康有重大危害之物質者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二十萬元以上二百萬元以下罰金。

不同意見書

大法官 林子儀、李震山

本號解釋多數意見認電子遊戲場業管理條例第二十二條（下稱系爭規定）對於未辦理營利事業登記而經營電子遊戲場業者，科處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五十萬元以上二百五十萬元以下罰金之刑罰，係為事前防止諸如賭博等威脅社會安寧、公共安全與危害國民，特別是兒童及少年身心健全發展等情事，立法目的正當，手段亦為達成目的所必要，符合憲法第二十三條比例原則之意旨，並與憲法第八條保障人身自由及第十五條保障財產權之規定尚無牴觸。本席等同意要求經營電子遊戲場業者應辦理營利事業登記，屬於合憲之管理手段（註一），並對多數意見於解釋

理由書就所以必須採取此種管理手段之論述，均予贊同。惟本席等認為，於本案情形，對於違反行政作為義務行為，以刑罰為強制之手段，實屬過當，而不符憲法第二十三條規定之比例原則。且對多數意見今日之解釋，未能秉持刑罰節約與刑罰最後手段原則，對立法者使用刑罰權作適當之節制，尤為憂心，爰提不同意見書如后。

多數意見所以認系爭規定採取刑罰作為強制手段合憲的理由，主要係認為對於違法行為是否採取刑罰制裁，因涉及對於特定時空下之社會環境、犯罪現象、群眾心理等諸多因素之具體掌握，基於功能及組織之特性，立法者較有能力加以判斷，而適於作成決定，反映於特定的法律制度之中。故立法者對於相關立法事實之判斷與預測若合乎事理而具可支持性，司法者即應予以尊重。多數意見認為立法者於系爭規定所以採用刑罰手段之原因，係避免或防止諸如賭博、色情或組織犯罪等威脅社會安寧、公共安全與危害兒童、少年身心健全發展等危險之發生；並認立法者所以對無照經營電子遊戲場業者予以刑罰，係基於學理上所謂抽象危險犯之理論；因立法者之判斷與決定，可通過上述可支持性之審查，故屬合憲。惟本席等認為系爭規定以刑罰方式處罰無照經營電子遊戲場業者，以避免或防止諸如賭博、色情或組織犯罪等威脅社會安寧、公共安全與危害兒童、少年身心健全發展等危險發生，其所欲保護之法益並不適於使用抽象危險犯之概念方法保護之；且就立法事實判斷之審查而言，縱使採取多數意見所持之中度審查標準，立法者於系爭規定之決定亦無法通過審查。

依多數意見之論述，立法者在系爭規定中預測了一個風險- 只要行為人從事無照經營電子遊戲場業之行為，對於上述欲保護的法益就會產生一般性的、典型的、普遍性的危險。而為避免危險實際發生，成為實害，立法者更進一步認為有必要在無照經營行為發生的階段即施以刑罰，以形成對上述法益前置化的保護措施。就此，首先有疑問的是，立法者是否基於足夠堅強的事實基礎從事判斷，而獲致一旦從事無照經營電子遊戲場業之行為，依據常理或社會生活經驗推斷，即可幾乎百分之百確認上述危險情事必然會發生的結論？按多數意見係依據內政部警政署提供之統計數據，論證未辦理營利事業登記而經營電子遊戲場業，與賭博等犯罪行為間確有高度關聯，而認立法者為尋求對法益更周延之保護，不待危害發生，於系爭規定採取刑罰制裁之前置化手段，係屬合乎事理而具有可支持之事實基礎所為合理之決定。惟查上開警政署所提供數據所呈現者，係有照、無照營業者「涉嫌」賭博行為之情形，而是否成立賭博罪，尚須經法院之認定，則無照營業與賭博等犯罪究有如何之關聯性，即無法遽從該統計數據得知。且若無照經營電子遊戲場業之行為如與賭博等犯罪行為果真有如此高度關聯，則為何不直接依據刑法相關規定予以查緝、處罰？無疑地，由於系爭規定在構成要件認定上的明確、簡易，將使執法機關捨棄依據刑法賭博罪章之規定，而得依系爭規定進行快速且大量的取締，並使司法機關加以偵查及審判。故立法者制定系爭規定之理由，毋寧僅僅重在模糊預備（無照經營電子遊戲場業）與既遂（賭博、供給賭場或聚眾賭博）之間的界線，以減少執法機關之管理成本及舉證負擔而已。而此種簡

化犯罪處罰條件之作法，是否符合罪刑法定原則已有疑問，況其本質上亦會導致刑罰處罰範圍的擴大，並使被告辯護功能萎縮，豈能輕易採用（註二）。

尤其抽象危險犯具有刑罰前置化之特性，其運用更須謹慎與節制。傳統上被認為具有典型危險而採取抽象危險犯立法模式者，如放火、決水、醉態駕車等公共危險行為，其所欲保護者實係個人生命、身體等高度屬人性之法益，且若待實害發生始予以處罰，則刑法即形同失去事先預防之功能。至於將超個人法益納入抽象危險犯處罰之範疇，則是立法者為了避免個人利益實現或發展的制度性條件陷入危險或崩潰，始行採取之作法，諸如經濟刑法與環境刑法，即是在如此脈絡下始有其正當性（註三）。而依多數意見，系爭規定所欲保護之法益，其一為社會安寧與公共秩序，明顯係屬維護社會秩序之社會法益；其二為國民（特別是兒童及少年）身心健康，重點在於避免人民因沈迷電子遊戲而涉及賭博或其他非行，引發家庭或社會秩序發生不良變動，概念上仍亦應歸類為社會法益之一種，難謂以電子遊戲進行娛樂本身即會使個人身心受損，而使其個人身體法益受到侵害。則系爭規定於實際犯罪行為（如賭博）尚未發生之預備階段（無照經營電子遊戲場業），即就該預備行為處以刑罰，其就上開社會法益從事保護前置化之急迫性與必要性，實無法與典型抽象危險犯或經濟刑法、環境刑法相提並論。是立法者於系爭規定混淆了社會秩序罰與刑罰之間的界線，不當擴張刑罰處罰之範圍（註四）。

再就系爭規定之實效性予以分析，目前實務上實際上受到刑罰處罰之行為人，是否即為真正有心從事媒介色情、賭博等犯罪之人？與毒品犯罪相同的狀況是，於無照經營賭博性電玩之情形，犯罪組織往往利用「人頭」方式實際從事犯罪，換言之，受刑罰處罰之行為人即便因系爭規定受刑之科處，幕後進行犯罪操縱者只要繼續找尋人頭替代即可，並不會因此放棄繼續犯罪，則系爭規定並不會構成立法者所欲防止的危險消失的原因，換來的反而是不斷製造新的犯罪行為，將更多人頭送入監獄，而有導致規範欠缺實效性與失靈之虞（註五）。故系爭規定以刑罰處罰無照經營電子遊戲場業之行為，與比例原則之適當性要求已有不符。

又多數意見認為，系爭規定所採取之刑罰手段，係有助於立法目的之達成，部分是鑑於暴利驅使及集團化經營之現實，徒以罰鍰尚不足以達成與處以刑罰相同之管制效果；且其管制目的涉及普遍且廣大之公共利益，尤其就維護兒童及少年身心發展之法益而言，若實害發生，即已對個人及社會造成難以回復之損害；故系爭規定所採刑罰手段具有其必要性。惟無照經營電子遊戲場業之行為人所違背者，係其應向主管機關申請辦理營業登記及核發營利級別等行政法上之作為義務，本院釋字第五一七號解釋理由書雖認立法者對違反行政法上義務之制裁究採行政罰抑刑事罰，有其立法裁量權限，然此仍須以未逾越比例原則為前提；故如為促成其履行該作為義務或避免產生立法者所擔憂的危險，除刑罰手段之外，立法者尚有其他行政處分之手段可資選擇，例如勒令歇業或沒入機檯即足以達成目的，則難謂立法者刑事處罰之選擇合乎憲法意

旨。尤其在涉及幕後操縱犯罪之情形，相較於人頭負責人遭刑事處罰，其毋寧更在乎擺設電子遊戲機檯之「地點」。換言之，對無照業者進行處罰所能發揮的作用，遠不及於針對擺設機檯之地點進行強制處分，或加強對提供地點者之負面誘因來得有效率。故以行政罰之方式，諸如規定在一定情形下得一併對出租人處以罰鍰，或若同一地點遭查獲無照經營二次以上即加重處罰，應更能有效達到立法目的。即便多數意見認為以行政罰處罰無照業者難以奏效，然於動用刑事處罰之前，行政機關仍得先依行政執行法採取必要措施，特別是針對擺設機檯之地點直接強制，或者於金錢給付義務不履行時予以強制執行。如執法機關能貫徹執行，即可發揮強制效果，何勞動用刑罰處罰無照經營電子遊戲場業之行為？故系爭規定以刑罰作為手段，實與最小侵害手段之必要性原則不符。

綜上所述，系爭規定以刑罰處罰無照經營電子遊戲場業之行為，不具可支持性，亦與比例原則有所牴觸。

末按立法者以抽象危險犯之模式訂定系爭規定，使得行為人對其行為並非不法之反證空間受到極度壓縮。就此，多數意見確已體察未涉及賭博或其他違法情事之無照業者，亦有依系爭規定處罰之可能，而指明以刑事訴訟法關於微罪不舉、緩起訴，以及刑法關於刑之酌減、緩刑等規定，作為避免過苛刑罰發生之方法。多數意見所以作此補救之解釋，亦可見其認為系爭規定規範過廣，實無異於主張系爭規定不符比例原則。除多數意見所提出之上述方法以外，部分實際上不會產生立法者所預測之危險，而不具可罰性或違法性之極端情形，例如出於純粹提供娛樂之意而擺設少量機檯，其設置地點非在距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺之內，且營業場所設施並無消防及建築安全上之危險，更未涉及賭博等犯罪行為者，法官或可於個案中以行為人不具故意或主觀不法，排除其構成要件該當性，或衡量其行為與危險結果欠缺實質關連，而不具違法性等方法，使系爭規定在適用上有所限縮。惟不論是適用多數意見所指之刑事訴訟法及刑法規定，或採取上述限縮適用系爭規定之方法，終究繫乎執法者與審判者個人主觀上之善意裁量，且有可能形成執法或審判差異之結果。再者，由於系爭規定僅以「未辦理營利事業登記而經營電子遊戲場業」為刑罰構成要件，可涵蓋之情形過廣，故易使人民進入偵查及審判程序。而即使在個案審查中得依上述方法以為補救，但僅進入偵查訴追程序，對人民即已構成相當程度之痛苦，形同發生實質制裁之效果。因此，系爭規定之根本問題在於，其刑罰構成要件可涵蓋之情形過廣，易發生執法浮濫或恣意之流弊。多數意見之所以指出避免發生過苛刑罰之用意，顯見其亦已察覺系爭規定此一根本問題。刑罰構成要件的設定中若無法使一般人得知該行為何以具有違法性及可罰性，將使刑法工具化。故縱退萬步言，即便同意於本案情形，立法者得以刑罰方式防止危險之發生，亦須就行為構成要件詳予規範，始符憲法保障人民人身自由之意旨。

註一：系爭條例要求經營電子遊戲場業者須事前辦理營利事業及其他相關事項之登記

，核屬對人民營業自由之限制。但本席等認為該限制並未牴觸比例原則，而與憲法第 15 條保障人民工作權之意旨無違。

註二：參見王皇玉，論危險犯，月旦法學雜誌第 159 期，97 年 8 月，頁 242-243。

註三：參見王皇玉，論危險犯，月旦法學雜誌第 159 期，97 年 8 月，頁 240-242。

註四：有關多數意見認系爭規定屬抽象危險犯，與一般刑法上所謂典型抽象危險犯之比較與論述，亦請參酌許玉秀大法官於本案所提不同意見書之相關部分。

註五：參見王皇玉，論販賣毒品罪，政大法學評論第 84 期，94 年 4 月，頁 264-265。

抄臺灣高雄地方法院函

中華民國 96 年 9 月 11 日
雄院隆刑大 95 年度簡字第 5941 號
、96 簡 3629 號第 44199 號

主 旨：檢送釋憲聲請書一件，惠請 查收。

說 明：本院受理 95 年度簡字第 5941 號及 96 年度簡字第 3629 號違反電子遊戲場業管理條例案件，認為所應適用之法律，有牴觸憲法之疑義，依司法院釋字第 371 號解釋聲請釋憲。

院 長 楊隆順

抄葉啟洲法官釋憲聲請書

壹、目的

一、按憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務。法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認有牴觸憲法之疑義者，得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請司法院大法官解釋，司法院釋字第 371 號解釋著有明文。

二、本院審理 95 年度簡字第 5941 號被告劉○萍違反電子遊戲場業管理條例案件及 96 年度簡字第 3629 號被告蔡○雄違反電子遊戲場業管理條例案件認為所應適用之電子遊戲場業管理條例第 22 條，有牴觸憲法第 7 條、第 8 條、第 15 條及第 23 條規定之疑義，業已分別裁定停止其訴訟程序。

三、依前述釋字第 371 號解釋，聲請司法院大法官解釋憲法，以求宣告電子遊戲場業管理條例第 22 條因違憲而無效，立即停止適用。

貳、疑義

一、被告劉○萍係位於高雄縣林園鄉中厝村中○路○○號金○超商之負責人，自民國 95 年 7 月初某日起，未依規定辦理「電子遊戲場業」之營利事業登記，仍於其所經營之上揭超商內，擺設屬於電子遊戲機之「水果盤」1 台、「滿貫大亨」

1 台、「十三支迷」1 台、「飛鷹計畫」1 台、「金龍鳳」1 台、「小瑪莉」3 台，共計 8 台。嗣於同年月 15 日 0 時 25 分許，為警臨檢查獲，並扣得上揭機台 8 台及機台內之硬幣共計新臺幣（下同）8,060 元。案經高雄縣政府警察局林園分局報請臺灣高雄地方法院檢察署檢察官偵查，經認被告劉○萍涉有違反電子遊戲場業管理條例第 15 條之規定，犯同條例第 22 條之罪嫌而聲請簡易判決處刑，經本院以 95 年度簡字第 5941 號受理在案。

二、被告蔡○雄係設於高雄市前金區南○○路○○號之 1 樓「粉○豹冷飲店」之負責人，明知未依電子遊戲場業管理條例之規定辦理營利事業登記，不得經營電子遊戲場業，猶與姓名、年籍均不詳，綽號為「阿六仔」及「忠澤」之人共同基於經營電子遊戲場所之犯意聯繫，自民國 94 年 9 月 13 日下午某時起，由綽號「阿六仔」、「忠澤」之人在蔡○雄所經營得供不特定人進出之「粉○豹冷飲店」內，擺設可產生聲光影像、圖案、動作之娛樂類電子遊戲機「劍龍」1 台，並供不特定人投幣把玩上開電子遊戲機之方式，共同經營電子遊戲場業。嗣於 94 年 9 月 15 日 19 時 30 分許，在上址為警查獲，並扣有上述電子遊戲機共 1 台及 150 元。案經高雄市政府警察局新興分局報請臺灣高雄地方法院檢察署檢察官偵查，認被告蔡○雄涉有違反電子遊戲場業管理條例第 15 條之規定，犯同條例第 22 條之罪嫌而聲請簡易判決處刑，經本院以 96 年度簡字第 3629 號受理在案。

三、本院審理結果，認為上開二案之被告劉○萍、蔡○雄固然涉有違反電子遊戲場業管理條例第 15 條、第 22 條之未依規定辦理營利事業登記而經營電子遊戲場業之罪嫌。而上開規定之立法理由，係「為健全電子遊戲場之營業秩序」，而「對無照營業者，參酌公司法第 19 條之規定，採從重處罰」。

然按：

- 1、上開條例僅因行為人違反行政管理上之登記義務即課予刑事處罰之規定，是否符合憲法第 23 條所宣示之比例原則，容有疑問。
- 2、而營利事業之種類繁多，立法者僅就「電子遊戲場業」之違法經營課予刑罰，至於其他種類之營利事業，不論對社會秩序影響如何，如有未經營業登記即行開業者，則僅係處以行政罰性質之罰鍰（加值型及非加值型營業稅法第 45 條），此等具有懸殊差別之管理手段與處罰效果，是否符合憲法第 7 條所宣示之平等原則，亦有疑義。
- 3、且上開管理條例所參考之公司法第 19 條，其所規範者為公司之「設立登記」，與本條例所規範之「營利事業登記」，兩種登記之性質、規範目的及法律效果均有不同，立法者於電子遊戲場業管理條例第 15 條中強加比擬，均課以 1 年以下有期徒刑之刑事責任，是否符合憲法第 7 條平等原則（不同事務，應為不同處理）亦堪懷疑。

□、理由

一、比例原則與平等原則作為本件違憲審查之基準

（一）比例原則

所謂「廣義比例原則」包括適當性原則、必要性原則，與過度禁止原則（即狹義比例原則）。我國憲法第 23 條即屬比例原則之具體規定。由於比例原則係作為本件違憲審查之衡量標準，而非研究之主題，故僅略述其要：

- 1、適當性原則：又稱「合目的性原則」，係指在干預行政的立法上，應具有合憲之目的（憲法第 23 條），如果干預性的立法，無法涵攝於憲法第 23 條的目的中，即不合乎本項原則。因此從本項原則亦可導出「恣意禁止原則」，即「不當連結禁止原則」。
- 2、必要性原則：指限制或干預某一基本權利固已合乎憲法所揭示之目的，但仍須檢討：（1）達到相同目的的手段可能會有幾種；（2）各種手段對基本權會有如何之限制；（3）選擇一侵害最小的手段。
- 3、過度禁止原則：亦稱「狹義比例原則」，係指採取限制基本權的手段縱然合乎一定目的且屬必要，但亦須在侵害最小的必要程度內為之，亦即應屬最低侵害之手段，否則仍屬違反比例原則。任何具有限制性的立法，均須經此三個階段的檢證，始能確定是否合乎比例原則。

依照傳統的刑罰分類，電子遊戲場業管理條例第 22 條、第 15 條之規定，應屬於所謂的「行政刑法」（行政犯）。依現代刑法理論，「行政犯」與「刑事犯」雖不再存有本質上的差異，但立法者若欲選擇以刑罰的方式作為制裁手段，仍必須以該項違法行為確實具有「可罰性」或「應刑罰性」為前提，俾確保「罪」與「刑」的平衡。電子遊戲場業管理條例第 15 條、第 22 條係屬特別刑法，其規範內容及可罰性基礎之考量，與一般之附屬刑法無殊。若其規範設計嚴重背離法制國家刑法的基本原則，以致無法維持其「罪」與「刑」的平衡關係時，則該等規範仍應被評價為違反比例原則，而應受違憲之宣告。

（二）平等原則

按「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級，黨派，在法律上一律平等。」憲法第 7 條載有明文。而憲法第 7 條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待。法諺有云：「相同之事物應為相同之處理，不同之事物即應為不同之處理」，倘若相同之事物，在無正當理由下竟然作有不同之處理，或作有不同之立法，即違反憲法平等權之保障意旨，應屬違憲。

二、比例原則之審查

- (一) 適當性原則：因電子遊戲場業係經營以電子遊戲機營利之商業，電子遊戲場業管理條例第 15 條為基於課稅目的，將之納入國家公權力之管理，要求先行辦理營利事業登記，當屬無誤，符合憲法第 23 條為達到增進公共利益之「合目的性」之要求。事實上，營利事業登記之公法上義務，原已規定於加值型及非加值型營業稅法第 28 條，該條之合憲性亦未產生疑問。
- (二) 必要性原則：但同條例第 22 條規定對於行為人未辦理營業登記即經營電子遊戲機業，逕對行為人施以刑罰，即與憲法第 23 條所要求之「必要性原則」不合，理由詳列如後：
- 1、電子遊戲機本質上，乃是純供大眾休閒娛樂之用，其本身對於社會大眾並無任何不法損害之存在，反而有利於人們生活壓力之鬆懈，自屬正當之娛樂物品。
 - 2、若是要將電子遊戲機業納入管理進行營業登記，自可先施以行政處分之手段，例如以罰鍰或勒令歇業或斷水斷電等處分，應即可達成將電子遊戲場納入商業管理之目的。況加值型及非加值型營業稅法第 45 條規定：「營業人未依規定申請營業登記者，除通知限期補辦外，處 1 千元以上 1 萬元以下罰鍰；逾期仍未補辦者，得連續處罰。」即係依循商業行為應以行政處分為優先之原則。故對於經營商業而未辦理商業登記者，祇要以行政手段上之行政處分即可達到法律所要求之目的，尚無須直接逕以刑罰之手段逼使行為人辦理營業登記。
 - 3、電子遊戲機在本質上，乃是單純娛樂之物，雖有時可供賭博之用，但此乃賭博罪之取締問題，電子遊戲機本仍非專供賭博之器具，非屬違禁物品，因此，電子遊戲場業管理條例第 22 條以行為人經營電子遊戲機事業而未辦理商業登記，即直接逕行科處行為人 1 年以下有期徒刑之規定，作價值考量，則亦顯失平衡，益顯不合憲法第 23 條所規定之「必要性」原則。
 - 4、綜上所述，電子遊戲場業管理條例第 15 條及第 22 條有規定：「非依本條例規定辦理營利事業登記者，不得經營電子遊戲場業。」「違反第十五條規定，處行為人一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五十萬元以上二百五十萬元以下罰金。」其中第 15 條之規定固屬正當且必要，然該第 22 條逕以行為人違反第 15 條之規定，即處以 1 年以下有期徒刑等刑罰，與「刑罰之最後手段」原則不合，亦有違於經濟秩序行為之管理應採「先行政後司法」之處理原則，顯與憲法第 23 條所揭示之比例原則不符，應屬無效。

三、平等原則上之審查

就本條例第 15 條、第 22 條是否符合憲法第 7 條之平等原則，可從下述二個面向進行比較審查，（一）電子遊戲場業與其他營利事業就相同之「營業登記」違反效果比較，及（二）本條例第 22 條所類比之公司「設立登記」之差異

（一）與其他事業之營業登記之比較

查上開電子遊戲場業管理條例第 22 條之規定，無非係為以刑罰之手段迫使電子遊戲場業者向主管機關申請營業登記，納入管理，使電子遊戲場業者皆能合乎法令規定條件從事經營，立法之出發點本無可厚非。然電子遊戲機本質對於社會並無任何之「危害性」及「不法性」，僅是單純之娛樂工具而已，誠如兒童樂園中之各種遊樂設施一般，且相較於一般都會區所常見之特種營業場所，諸如酒店、有女侍之 KTV、舞廳等商業活動，對於社會之危險性、危害性即顯著較低，更比之於公平交易法中之聯合行為對社會經濟及消費者權利之損害益顯微不足道。從而，實無其他之正當理由，足認國家應以遠超過對酒店、有女侍之 KTV 或舞廳等特種商業或公平交易法中之聯合行為之管理標準持以管理電子遊戲場業，否則即有違憲法第 7 條所明示之平等原則，蓋與酒店、有女侍之 KTV、舞廳等商業相較，皆同屬社會上之一般商業運作行為，其等在本質上並無特別之差異，自不得作不同之處理。然除電子遊戲場業之外，其他營利事業之營業登記，依加值型及非加值型營業稅法第 28 條之規定：「營業人之總機構及其他固定營業場所，應於開始營業前，分別向主管稽徵機關申請營業登記。登記有關事項，由財政部定之。」及同法第 45 條規定：「營業人未依規定申請營業登記者，除通知限期補辦外，處一千元以上一萬元以下罰鍰；逾期仍未補辦者，得連續處罰。」均僅有行政罰，而無刑罰之規定，立法上對電子遊戲場業與其他營利事業為上述差別處理，既無實質上之理由，顯與平等原則有違。

（二）與公司登記之比較

電子遊戲場業管理條例第 22 條採刑事處罰，其立法理由謂：「對於無照營業參酌公司法第 19 條之規定，採從重處罰。」而公司法第 19 條第 2 項規定：「行為人處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五萬元以下罰金。」可見立法者仍將電子遊戲場業未依法辦理營利事業登記之效果比照公司未經「設立登記」即以公司名義營業而加以處罰。而電子遊戲場業管理條例之刑罰甚至在罰金刑之刑度部分更重於公司法第 19 條第 2 項之規定。但立法者此一類比，並非妥當。詳言之，公司法第 19 條禁止公司在設立登記前以公司名義營業，其主要立法目的係為保護交易安全，尤其是保護交易相對人。如公司尚未辦理設立登記，則其尚未取得法人人格，即非公司，如為營業或其他法律行為，若無公司法第 19 條第 2 項之特別規定，則該公司所為的法律行為將因欠缺成立要件而不成立。而公司之營業通常具有相當之反覆性與大量性，未登記而以公司名義營業，將可能對交易秩序造成嚴重的負面影響。故公司法始於第 19 條第 2 項對此種未經設立登記即以公司名義之營業行為課以刑罰

，並擬制實際行為人為法律行為之當事人，使其自負民事責任。然電子遊戲場業管理條例第 15 條所規範者為「營利事業登記」，僅只有便利行政管理及租稅課徵之目的，對於交易安全與交易秩序，並不致於產生類如公司未依「設立登記」即營業之影響。是以電子遊戲場業之「營利事業登記」與公司之「設立登記」在法律上應評價為不同之事物，依前述平等原則即應為不同之處理，但立法者卻將二者相比較而均處以 1 年以下有期徒刑、拘役或罰金之刑罰，顯然有違平等原則。

肆、結論

89 年 2 月 3 日公布施行之電子遊戲場業管理條例第 22 條，將未經辦理營利事業登記之電子遊戲場業，課以 1 年以下有期徒刑、拘役或罰金之刑罰。其所使用之刑事處罰欠缺必要性，亦不符合狹義比例原則，且與憲法第 23 條之規定有所牴觸。又立法者單獨就電子遊戲場業未辦理營利事業登記課以刑罰，而就其他營利事業，不論其對於社會秩序之影響如何，均僅課以行政罰，顯然違反憲法第 7 條之平等原則。另立法者將未辦理營利事業登記之電子遊戲場業者比照未經設立登記而以公司名義營業者為相同之刑罰，亦有將不同事物為相同處理之謬誤，亦與平等原則不合，其違憲之處已明。請大院為電子遊戲場業管理條例第 22 條違憲之宣告，以濟法害。

此 致

司 法 院

聲請人 臺灣高雄地方法院高雄簡易庭

法官 葉 啟 洲

中 華 民 國 96 年 8 月 17 日

（本件聲請書附件略）