

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。

參、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 9 6 年 8 月 1 7 日

(本件聲請書附件略)