

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¹。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²，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

¹ 立法院公報第 89 卷第 9 期，頁 432。

² 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）

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遊戲場業，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，但是如果果要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³，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

³ 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）

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、拘役或科或併科新台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度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。依本院大法官釋字第三七一號暨第五七二號解釋，各級法院⁴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

⁴ 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。

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⁵，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⁶，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

⁵ 本院釋字第五七二號解釋本席不同意見書伍、參照。

⁶ 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。

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⁷，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

⁷ 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。

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」⁸，「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營業的經濟與財稅功能⁹，將電遊場業看成是一股經濟的生力軍，希望透過對電遊場營業的有效管理，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¹⁰，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

⁸ 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。

⁹ 立法院公報第 89 卷第 9 期，頁 432。

¹⁰ 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。

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，而入人於罪？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，、 、 、 」。¹¹

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誠命。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

¹¹ 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。

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；與刑法第二六八條聚眾賭博罪相比，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。

參、審查結論

系爭規定違憲，應自解釋公布之日起失其效力。