

釋字第六四六號解釋不同意見書

大法官 林子儀

大法官 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、拘役或科或併科新台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，¹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

¹ 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。

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。²

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

² 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。

潰，始行採取的作法，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。³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。⁴

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

³ 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。

⁴ 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。

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。⁵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

⁵ 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。

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。

未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。