

論不當買賣票券行為之 行政罰與刑罰^{*}

陳佑哲^{***}

要 目

壹、前 言	一、保護法益適格性之
貳、不當販售票券之行政罰	欠缺
一、存在處罰漏洞	二、層升至刑罰之疑慮
二、悖於比例原則	三、比例原則之違反
參、不當購買票券之刑罰	肆、代結論：應以制度取代
	處罰

DOI : 10.6460/CPCP.202512_(42).0003

本篇文章業經雙向匿名審查通過。

* 雖然民間向來皆以「黃牛」稱呼此種經由官方管道取得票券後再自行加價販售而從中牟利之業者，不過由於現行文化創意產業發展法（以下簡稱「文創法」）第10條之1對於「藝文表演票券」之管制，以及運動產業發展條例（以下簡稱「運產條例」）第24條之1對於「運動賽事或活動票券」之管制均未以「黃牛」為名，而係區分兩種行為態樣並各自適用行政罰或刑罰，故本文參考日本チケット不正転売禁止法（票券不當轉賣禁止法）之命名，為求行文方便與精確，改以「不當買賣票券」來概括稱呼所有民間泛稱之「黃牛」行為。

** 由衷感謝謝煜偉教授給予的寶貴建議以及兩位匿名委員之審查意見，深感受益良多，惟文責當然仍由本人自負。

*** 國立臺灣大學法律學系碩士生。

摘 要

通稱之「黃牛」，或可理解為「經由官方管道取得票券後，自行加價販售，並從中牟利之業者」。文化創意產業發展法第10條之1與運動產業發展條例第24條之1修正後，已就藝文表演票券與運動賽事或活動票券之黃牛所從事不當販售與購買之行為分別設有行政罰與刑罰。不過兩部法規上路迄今，黃牛現象似未平息，警方亦有加強執法趨勢，故本文嘗試討論不當買賣票券行為之行政罰與刑罰之條文內容，以重新審視此舉是否真能有助於提升臺灣票券市場之公平性。對於販售行為處以行政罰，不但因兩部法規於立法步調上的先後與不一致而衍生處罰漏洞，亦不無處罰過重而悖於比例原則之疑慮。至於就購買行為處以刑罰，則除了保護法益不明、不具適格性外，更不具備足以提升至刑罰之可非難性，並違反罪刑相當原則。最後，本文認為，與其訴諸嚴刑峻法，若改就現存之會員制、實名制與抽選制綜合研擬出新制度，或許更得以使消費者更加公平地取得票券。

關鍵詞：文化創意發展法、運動產業發展條例、黃牛、平等原則、保護法益、文化權、罪刑相當原則

The Legitimacy of Administrative and Criminal Penalties for Improper Ticket Trading Practices

Yu-Je Chen*

Abstract

The so-called “ticket scalper” or “ticket reseller” refers to the individual who obtain tickets through official and resell them at a higher price for profit. Following amendments to Article 10-1 of Development of the Cultural and Creative Industries Act and Article 24-1 of Sports Industry Development Act, administrative and criminal penalties have been established for improper trading practices concerning tickets for cultural and creative activities and sports competition or activities. However, despite the implementation of these regulations, scalping activities persist, and the police force also has tendency to step up law enforcement efforts. Therefore, this article attempts to observe and analyze the content of administrative and criminal penalties for improper ticket trading to excavate whether such measures genuinely enhance fairness in Taiwan’s ticket trading market.

About administrative penalties, inconsistencies and sequencing issues in the legislative processes of the two acts could

* Master’s Student, College of Law, National Taiwan University.

create enforcement loopholes and raise concerns about penalties being disproportionate, potentially breaching the principle of proportionality.

Regarding criminal penalties for buyers, the justification for legal interests remains unclear, and the suitability of such measures is questionable. Additionally, the degree of illegality does not yet reach the level of culpability required to warrant the imposition of criminal penalties, violating the principle of the proportionality between crime and punishment.

Rather than relying on severe penalties, a more effective approach might integrate existing systems, such as membership programs, name-based registration, and Random Selection Draw process. Such reforms could probably provide consumers with fairer access to tickets.

Keywords: Development of the Cultural and Creative Industries Act, Sports Industry Development Act, Ticket Scalper, The Principle of Equality, Legal Interests, Right to Access to Cultural and Creative Activities, The Proportionality between Crime and Punishment

壹、前言

自《2022-2023臺灣文化創意產業發展年報》可看出臺灣的流行音樂及文化內容產業於2022年的總營業額高達新臺幣342億元，較仍未完全逃出武漢肺炎籠罩之2021年，成長幅度近四分之一，其中最大者當屬「流行音樂表演」項目，雖然營業額僅有新臺幣1億元上下，但卻是2021年之翻倍¹。另一份《2022-2023臺灣文化內容產業調查報告Ⅲ：流行音樂、廣播、播客產業》也顯示，流行音樂展演活動於2022年的售票金額亦比往年有所提升，尤其是非華語歌手部分，平均票價更是等同2019年與2020年兩年的加總，而超過3千元²。從以上統計數據可知，包含演唱會在內的流行音樂相關活動已成為臺灣人民生活中不可或缺的一大部分。與此同時，有所成長的領域也不僅止於流行音樂，體育方面亦同。就職業賽事部分，以中華職棒大聯盟（下稱中職）為例，疫情後的2022年的觀眾人數，相較2021年可說是有相當突破性的成長，從95萬人升至147萬人，而近兩年更是分別高達180萬人與276萬人³，可見棒球已逐漸走出過往陰霾，重拾不少人民心中之國球

¹ 文化內容策進院，2022-2023臺灣文化創意產業發展年報，文化內容策進院，2024年1月，頁94-100。

² 文化內容策進院，2022-2023臺灣文化內容產業調查報告Ⅲ：流行音樂、廣播、播客產業，文化內容策進院，2024年5月，頁43。

³ 中華職棒大聯盟，關於中職，球迷成長數，<https://www.cpbl.com.tw/about/fans>（最後瀏覽日：2025年2月11日）。

地位。

然而，正是因為流行音樂與體育賽事的日益蓬勃發展，所謂「黃牛」，意即「經由官方管道取得票券後再自行加價販售而從中牟利之業者」，於購票流程中對其他消費者所造成之排擠效應，亦逐漸為各方所重視。為此，於2023年5月，以社會秩序維護法（下稱社維法）第64條第2款為基礎，立法院三讀修正文化創意產業發展法（下稱文創法），為保障民眾近用文化創意活動之權益，新修正第10條之1，分別針對兩種不同的「黃牛」即本文所稱之「不當買賣票券」行為，增訂不同的處罰規定。就「將藝文表演票券以超過票面金額或定價販售」，以「按票券張數，由主管機關處票面金額或定價之十倍至五十倍罰鍰」之行政罰規範之，這是因為「考量以高價轉售藝文表演票券謀取暴利之行為已嚴重侵害消費者以合理價格參與藝文活動之權益，而現行之社會秩序維護法第六十四條第二項第二款雖有非供自用購買遊樂票券而轉售圖利行為之行政罰，惟罰則過輕，難以遏止藝文表演票券黃牛暴利行為」；至於「以虛偽資料或其他不正方式，利用電腦或其他相關設備購買藝文表演票券，取得訂票或取票憑證」，則由於「目前藝文表演票券多透過網路平台銷售，黃牛常利用蒐集他人身分證號、隨機身分產生器或大量登錄假帳號等購票或以外掛程式，如掃票機器人大量購買票券，影響一般民眾公平機會購票權益。惟以電腦程式購票，係以不正方式增加購票速度，類似以詐欺方式干擾售票系統快

速搶票、規避購票上限，已構成擾亂購票市場秩序，侵害一般民眾公平取得票券之機會，顯有惡性」，故將之論以「三年以下有期徒刑，或科或併科新臺幣三百萬元以下罰金」的刑事處罰⁴。不久後，運動產業發展條例（下稱運產條例）亦於2024年1月隨之修正，仿效上述文創法內容而增訂第24條之1，使得不當買賣票券行為之規範客體除「藝文表演票券」外，尚及於「運動賽事或活動票券」。

自上述內容可知，不論是文創法或是運產條例，規範模式皆為一致：將現實中往往存在時空密接性、具備前後階段關係的兩個獨立構成要件行為分別論以不同處罰。不過，若立法者認為「不當『買』、『賣』票券」行為值得非難，為何要異「買」與「賣」二者，而分別以刑罰與行政罰相繩？此即涉及刑罰與行政罰之區別何在。就此，傳統上即有兩種說法，「質的差異說」認為之所以適用刑罰是因為行為人現實上對法益造成了危險或是實害，而行政罰則僅涉及行政目的未達；「量的差異說」則主張刑罰與行政罰本質上並無二致，只是違法程度有所不同，前者處罰的是較重大的違「法」行為，後者則僅制裁較輕微之違「規」行為⁵。近來，也有主張「質量混合說」之論者提

⁴ 文化部，文化創意產業發展法部分條文修正草案總說明，頁2-4，<https://file.moc.gov.tw/001/Upload/535/relfile/-1/535/e5ce92c4-19e0-4256-9566-30ebb9491a96.pdf>（最後瀏覽日：2024年10月29日）。

⁵ 陳清秀，行政罰法，3版，2017年11月，頁18-19；許育典，行政罰與刑罰的競合——評台北高等行政法院九十五年訴字第一四三六號判決，裁判時報，3期，2010年6月，頁24。

及，由於人類價值判斷往往存在「量變產生質變」現象，因此刑罰與行政罰間的差異需要區分領域而論：涉及「核心領域」時為「質」的差異，關乎非核心領域之其他交界地帶則僅有「量」的高低之分⁶。本文認為，「質量混合說」不僅未能釐清究竟何謂「核心領域」，其折衷論述亦未能解決傳統兩說之既有爭議⁷；至於「質的混合說」則與我國現行體系不符，若認為刑罰與行政罰本質上即有差異，那當行為人以一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定時，原則上因目的不同，須併同處罰之，而非如行政罰法第26條第1項本文所言依刑事法律處罰之即可。是故應採取「量的差異說」為佳，刑罰與行政罰僅係處罰手段有別，保護法益與制裁目的間則無本質差異，學說⁸與實務⁹上亦有採取相同見解者。從而，將不當「購

⁶ 陳文貴，談我國行政罰法制度下的行政不法行為與刑罰之界限——行政法學與刑事法學的對話，法學新論，4期，2008年11月，頁114-115。

⁷ 許育典，同前註5，頁24，註腳13。

⁸ 洪家殷，行政罰法：第三講行政罰上之一行為不二罰原則及其適用，月旦法學教室，88期，2010年2月，頁48；許育典，同前註5，頁24-25。

⁹ 最高行政法院108年度判字第396號判決（節錄）：「又我國過往承襲德日學說見解，認為『行政罰』與『刑罰』本質有所不同，前者行為之所以受處罰並非本質上違反倫理或道德，而是因法律的規定，故稱為『法定犯』；後者則是本質上違反道德或倫理的行為，無待法律規定，即具有可非難性，稱為『自然犯』。然而，行政罰所制裁的行為，未必即無道德或倫理的可非難性，且原來純為法律規定的義務，長期施行後深植人心，亦可能轉變為道德或倫理的要求。是以，典型的刑事犯較諸典型的行政犯，固然有較高的反道德性及反倫理性，對社會足以產生較大的損害或危險，但二者間並非本質上有絕對的不

買」票券行為論以刑罰、不當「販售」票券行為則是以行政罰相繩，於「量的差異說」脈絡下即可得知，立法者正是認為此兩種行為雖然均具有可非難性、皆可能影響人民依憲法所享有之權利如財產權甚或文化權等，但違法、違規程度仍有不同。至於何以預設「購買」行為之可非難性高於「販售」，本文尋思，由於「購買」行為所處罰者為「以虛偽資料或其他不正方式，利用電腦或其他相關設備」之情形，相比單純「以超過票面金額或定價」的「販售」行為而言，不無同時涉及刑法的詐欺、偽造文書以及妨害電腦使用等犯罪類型之疑慮，如同立法理由所載，行為人此際「顯有惡性」可言。

但是，此般刑罰與行政罰雙軌併進之處罰內容是否真能對於條文所欲規制之不當買賣行為產生嚇阻效果，並使得一般民眾於購票上較無妨礙？自法院適用觀之，答案或為否定。經查詢司法院裁判書系統，2023年5月上路後迄今，適用文創法之案件寥寥無幾，於本文初稿之際，僅有刑罰部分一件¹⁰；運產條例部分更是全然未見。從先前新聞觀之，答案亦屬否定。歌手周杰倫預計將於2024年12月假大巨蛋舉辦四場演唱會，不料開售後半小時內旋即完售¹¹，臺北市警察局更於售票後數日內展開前所未見、雷

同，而是因價值判斷或不法行為的內容，所作逐漸的進階式劃分，而此劃分權限屬於立法機關，立法者得從社會需要與政策考量等觀點，衡量該等行為的危險性，據以決定處罰的方式。」

¹⁰ 臺灣臺中地方法院113年度中簡字第1908號刑事判決參照。

¹¹ 經濟日報，直擊／周杰倫演唱會門票秒殺……網咖客滿 歌迷前一晚

厲風行之大規模掃「黃」行動，短短三天內就已查獲62人¹²。若單次大型演唱會，只要警方徹底執法，便會發掘出為數甚多之不黃牛業者，那麼或許可謂現有規範並未完全發揮其實效，其正當性便同存在質疑必要。由於不當販售票券之行政罰與不當購買票券之刑罰於立法者構想下同具可非難性，僅因量差而異其處罰態樣，兩者間也存在相互連動關係，意即若行政罰部分之正當性遭到否定，即無從以刑罰加以處罰，但反之刑罰部分縱不符合刑法之要求，則仍保留適用行政罰之空間，因此有一併討論兩者之必要。至於該如何建構兩者有關「正當性」之論述，由於大法官於司法院釋字第617號解釋（刑法第235條散布猥褻物品罪）、第630號解釋（刑法第329條準強盜罪）與第791號解釋（舊刑法第239條通姦罪）均以比例原則作為刑罰違憲審查核心內容¹³，也於第699號解釋（拒絕酒測吊銷駕照）、第713號解釋（逾期補報扣繳憑單處罰）與第755號解釋（命應履行負擔之緩起訴處分確定後再處罰鍰）中以比例原則作為合憲與否之判斷標準，本文便擬以此作為主要審視內容。不過，仍有以下兩點需要補充。其一，有

入住備戰，2024年10月23日，<https://money.udn.com/money/story/5648/8310519>（最後瀏覽日：2024年10月27日）。

¹² 中央社，北市警查緝黃牛已逮62人 蔣萬安：一定追究到底，2024年10月27日，<https://www.cna.com.tw/news/alloc/202410270031.aspx>（最後瀏覽日：2024年10月27日）。

¹³ 許家源，論比例原則於刑事規範之審查——以釋字第791號為例，靜宜法學，9期，2020年12月，頁135。

關比例原則部分，由於行政罰多半僅涉及「罰鍰」此一對於財產權之限制，相較得以判處拘役與有期徒刑而禁錮人身自由之刑罰相比，對於人民權利之影響程度較為輕微，故行政罰或可採取較為寬鬆之審查標準。其二，除了上述憲法原則外，本文對於刑罰也會著墨在「法益」概念的適用與探討上，以求自根本即制裁目的出發徹底確認處罰是否合宜。

是故，以下將先自文創法與運產條例中違規程度較為輕微、不當販售票券之行政罰出發，除了初步檢驗構成要件有無缺漏外，也以比例原則進一步討論其正當性有無。結束行政罰部分的討論後，再以保護法益等觀點出發，分析處罰不當購買票券行為是否適當。最後則參考娛樂產業現狀，提出處罰以外其他得以採行之制度建議。

貳、不當販售票券之行政罰

不論是文創法或運產條例，兩者除皆針對行為人違反「不販售票券」此一行政法上不作為義務，而以「罰鍰」作為其處罰內容外，亦均係為維持票券買賣市場之行政秩序、以一般人民為其處罰對象、採用非刑罰之手段、具備非難行為人過去販賣票券行為而額外施加不利益之制裁性質之、而由主管即行政機關作為裁罰主體之不利處分¹⁴，

¹⁴ 洪家殷，行政罰法：第一講 行政罰之概念及種類，月旦法學教室，84期，2009年10月，頁44-48；蔡震榮、鄭善印、周佳宥，行政罰法逐條釋義，3版，2019年7月，頁46-54、101-113。

屬於行政罰法第1條¹⁵所揭櫫之適用對象。而將「以超過票面金額或定價販售票券」作為構成要件，堪認明確，解釋上只要行為人實際持有相關票券，並以通訊軟體（LINE、Telegram、Discord、Wechat等）、社群平台（Facebook、Instagram、Threads、Dcard、Tiktok等）或是購物網站（露天、蝦皮、淘寶等）等途徑作為媒介，明示或暗示發表欲加價販售藝文表演活動或是運動賽事、活動票券（而非原價轉讓、降價求售或是以物易物）資訊，便已該當文義，而不以買賣雙方達成合意或是銀貨兩訖為要。簡言之，當行為人於潛在交易市場上提出任何足以破壞官方售價平衡之要約或是要約之引誘時，主管機關便得以直接介入加以處罰。不過，縱使文義足夠明確，適用亦無爭議，由於立法說明未臻完善，或仍有以下二者攸關處罰正當與否之面向可供討論：是否存在處罰漏洞？悖於比例原則當否？

一、存在處罰漏洞

各種大型活動必定存在「公關票（此種票券不會顯示票價多寡，而是於票價欄寫道『貴賓券』）」，其給予對象相當廣泛，諸如贊助廠商、親朋好友、弱勢團體或是政治人物，且於運動賽事或活動或是藝文表演均無不同。雖然運產條例明確地將客體區分為「公開販售之運動賽事或

¹⁵ 行政罰法第1條：違反行政法上義務而受罰鍰、沒入或其他種類行政罰之處罰時，適用本法。但其他法律有特別規定者，從其規定。

活動票券」與「全面或部分免費入場之運動賽事或活動免費票券」，而異其構成要件，不過文創法卻僅以「藝文表演票券」作為對象，並未進一步區辨行為人之取得原因有償與否。但實際上，不論進場之行為人所持有者為何，所觀賞到的藝文表演內容都會一致，而同樣具有「一定時間（限時）」、「獨家供給（特定表演者）」與「數量限制（場地及檔期有限）」等特性¹⁶，如此一來，就販售藝文表演之公關票之情形，即會將衍生處罰漏洞。之所以如此，是因為解釋上「藝文表演票券」概念恐無法及於「全面或部分免費入場」之情形。

首先，文化部已於草案說明階段時清楚認定「藝文表演票券」具有「向消費者收取對價¹⁷」之性質，而現行法亦未就該條項內容有所更動，可見現行文創法之射程範圍僅及於運產條例所稱之有償「公開販售」態樣。其次，運產條例之所以異販售「『全面或部分免費入場』之運動賽事或活動『免費』票券」行為之處罰態樣，係因並無所應販售票券票面金額可供參考，方參照社維法第64條所規定罰鍰額度，處每張票券新臺幣1萬8,000元以下罰鍰¹⁸，不過此種情形於全面或部分免費入場之藝文表演同樣可能產

¹⁶ 文化部，同前註4，頁2。

¹⁷ 文化部，同前註4，頁2。

¹⁸ 教育部體育署，立法院三讀通過「運動產業發展條例」增訂第24條之1條文 彰顯政府打擊運動賽事或活動黃牛決心，2023年12月15日，https://www.edu.tw/News_Content.aspx?n=9E7AC85F1954DDA8&s=45F912AB52186202（最後瀏覽日：2024年11月26日）。

生，該如何依文創法「處票面金額或定價之十倍至五十倍」之方式以計算罰鍰數額，將生爭議。最後，持有「全面」免費藝文表演票券並加以販賣之行為人，由於係無償取得，同時亦不該當社維法之「購買」要件，將落入無法可罰之窘境，而文化部於自設網站上之「檢舉黃牛專區」亦採同樣說法¹⁹。如此顯而易見之立法瑕疵，或許是文創法於立法程序上過於倉促，與運產條例於步調與內容上出現不一致，而產生之體系不一貫現象，未來修法時實有對照修正之必要。

此外，由於公關票並非經由售票系統取得，難以就其流向進行初步追蹤，而主辦單位又藉由公關票之轉讓而獲得雙方契約履行或社會責任落實之利益，並同時開啟受讓人可能二次販售之風險²⁰，故文創法與運產條例或許可於未來修法時明文課予主辦單位一定管制義務，以落實所揭

¹⁹ 文化部，檢舉黃牛專區，https://noscalper.moc.gov.tw/News_Toggle.aspx?n=4509&sms=13279（最後瀏覽日：2024年11月15日）。

Q：免費票券（如公關票、全場免費票券）可以檢舉嗎？

A：文化創意產業發展法第10條之1規範公開販售並向消費者收取對價的藝文表演票券，如屬部分免費票券（如公關票、貴賓票等），仍可參酌票券所在位置的區位價格進行查察，全場免費票券（如全場贈票、索票等）非屬前開範疇，如接獲檢舉資料，會適時通報主辦單位注意並依其活動規則處理。

²⁰ 本文認為，此段論述之實質內涵，或與民事法上作為建構法人侵權責任基礎之「往來交易安全義務」類似，均係要求開啟連續性風險並從中獲有利益者須承擔相對應責任。僅參陳聰富，再論法人自己行為的侵權責任，月旦法學雜誌，331期，2022年12月，頁73-87；侯英鈴，法人侵權責任之趨勢——兼評最高法院108年台上第2035號民事判決，裁判時報，108期，2021年6月，頁26-37。

類之立法目的即「致力於保障民眾近用文化創意活動或觀賞運動賽事或活動之權益，並確保票券正常流通」。

二、悖於比例原則

就非全面或部分免費之票券，只要販售時是以「超過票面金額或定價」為之，便得以啟用行政罰之適用要件，而處以行為人十倍至五十倍之罰鍰。文創法於草案階段似乎曾經保留行為人得以享有百分之十以內「合理交換利潤」空間，不過現行條文已刪除此內容，立法說明除認為高價轉售藝文表演票券謀取暴利之行為已嚴重侵害消費者以合理價格參與藝文活動之權益外，更提及「於本次修正施行後，其（按：轉售票券之人）於任何管道購得、轉售票券所支付之手續費、郵寄費等費用，均應納入販售金額計算²¹。」

不過，不論行為人所標示之價格與實際票面金額或定價之差距為何，亦不論行為人是否藉此謀取暴利，其人轉售票券之行為，並未「嚴重侵害消費者以合理價格參與藝文活動之權益」，國家縱介入亦無法達成立法目的，而與適當性原則有違。法律上，私人與非主辦單位或售票系統業者間所成立之票券買賣契約，必以雙方基於相對立之意思表示並為合意方得成立。若立法說明中之「消費者」係「向黃牛購買票券之人」，即難謂「嚴重侵害其以合理價格參與藝文活動之權益」，因為實難期待消費者會自願配

²¹ 文化部，同前註4，頁2-3。

合一個可能戕害自身權益之行為；退步言之，縱消費者真受有侵害，亦係出於自願購買票券之行為所致，國家亦無理由當然介入。所謂若「消費者」指涉的是「向黃牛購買票券以外同樣希望參與活動之人」，那麼非難者為「販售」票券之行為，亦不夠精確甚或錯置，因多數消費者們得以合理價格公平參與藝文活動者實為官方售票系統本身，而非憑藉個人機運或磋商能力方得以私下交易之黃牛轉售活動。一旦官方系統完全結束售票，消費者們便已無任何得以盡可能與他人居於同樣起跑線之票券取得方式，黃牛對於消費者們以合理價格參與藝文活動權益之侵害亦業已終結，於此脈絡下，有處罰必要者毋寧係出於轉售意圖，進而「購買」或「取得」一定數量票券並予以「囤積」等實際參與或干擾公平分配票券機制之行為，並非後階段之「販售」。就此，若揚棄新法，改於現行法框架下尋出路，或可比照以「囤積」作為構成要件行為之刑法第251條，將藝文表演活動或是運動賽事、活動票券解釋為同條第1項第3款之「生活必需用品」，不過由於票券於性質上與前二款之「飲食物品」、「農業、工業必需之物品」存在極為懸殊的差異，該如何藉由基本權之橋接以充實其不法內涵，即為後續課題。

經濟上，採取無政府資本主義（anarcho-capitalism）立場之學者Walter Block主張，販賣黃牛票之人並無任何值得管制或譴責之必要，其存在反而有助於市場經濟。氏認為其等不僅有助於將少數票券分配予多數需求者進而推

動較為公平之以價制量（price rationing）體制，受惠者亦不僅止於富人，成為販賣黃牛票之人而幾乎零成本賺取轉售利益之窮人，或者衡量機會成本後選擇向黃牛購票而非自身耗費時間、勞力之中產階級，同樣雨露均霑²²。參考此種見解，本文認為至少販售票券之行為並非如立法說明所言百害而無一利，或可說是有利有弊，若未詳細以其他角度如上述之經濟學等角度出發加以綜合權衡對社會之影響，似乎同樣難以斷然認定販售票券之行為必定會侵害消費者以合理價格參與藝文活動之權益而有處以行政罰之必要。退步言之，若限縮在單純幫忙他人搶票而收取一定手續費之情形，雖然形式上似已符合「超過票面金額或定價販售」之文義，但是否真的具有處罰之必要，本文亦抱持懷疑態度。此種情形可認販售者與購買者間事先已成立有償委任契約：票券價值屬於民法第546條第1項所稱之「支出之必要費用」，而應由購買者償還之；票券本身則是民法第541條第1項所稱之「因處理委任事務所收取之物品」，而應由販售者交付之。販售者與購買者雙方間毋寧係就「幫助搶票之勞務」與「委託搶票之報酬」成立對價關係，而與票券本身或其價值均無涉，故販售者所為者恐怕已不符合「販售」之文義，亦有下級審裁定於類似情形即認為販售者不成立社維法第64條第2款（按：販售者所

²² Walker Block著，齊立文譯，百辯經濟學：為娼妓、皮條客、毒販、吸毒者、誹謗者、偽造貨幣者、高利貸業者、為富不仁的資本家……這些「背德者」辯護，3版，2018年7月，頁141-148。

販售者為運動賽事票券，且時點係運產條例修法前）²³者。販售者所取得之票券既均係為滿足他人實際需求，而與自行囤積票券後待價而沽、可能製造票券與參與機會浪費之典型黃牛情形仍有差異，故本文認為，文創法與運產條例於適用上應直接排除此種於民法上自始不該當買賣契約之情形。

至於販賣者是在買票後才與購買者有所聯繫之情形，縱使雙方所成立者毫無疑問為買賣契約，不過若販賣者收取之報酬並未逾越社會通念所認定之合理範圍，似乎亦無處罰之必要。至於何謂「合理範圍」，修法草案中曾經出現之「百分之十」，或許會是一個值得參考的數值。按憲法第15條職業自由所稱之「職業」，原則上凡人民用以謀生之經濟活動均屬之，毋庸沾染過多道德或價值判斷色彩²⁴，轉售票券以賺取票價，未必即非職業之範疇，若立法者執意全方面禁止藉由轉售票券而獲利，甚或認為手續費、郵寄費等費用均以納入罰鍰基數之計算範圍，以此為業者恐將斷炊，所犧牲者恐與欲保全者無法對應，則此種管制是否正當、是否有充分理由足以通過狹義比例原則之檢驗，亦不無疑問。

綜上所述，本文認為，即使就比例原則而言，僅限制財產權之行政罰的審查密度不如同時限制財產權與人身自由之刑罰般嚴格，但不論是在適當性、必要性甚至是狹義

²³ 臺南簡易庭113年度南秩抗字第3號刑事裁定參照。

²⁴ 許宗力，釋字第666號協同意見書，2009年11月，頁8。

比例的層次，對於不當販售票券行為處以行政罰似乎皆有美中不足、論理上有待加強之處，而存在違憲疑慮。

參、不當購買票券之刑罰

文創法與運產條例均以刑罰規範行為人以「虛偽資料」或「其他不正方式」，而「利用電腦或其他相關設備」購買票券之行為。解釋上，此種行為態樣可說是伴隨著數位或者可以說是大數據、AI時代的到來應運而生，由於現今多數藝文表演活動或是運動賽事、活動的初次售票或是隨時清票皆運用事前開放之網路平台（KKTIX、OPENTIX、tixCraft、Ticket Plus、Live Nation等）或是超商機台（ibon、FamiTicket等），少見現場排隊或抽籤之情形，但網路上的資安風險比起實體購票可能衍生之衝突，不僅毫不遜色，影響用戶程度甚至可能更勝之，因此立法者所預設之處罰情形應係行為人藉由各種違反網站或機器設置者意志之方式利用系統漏洞於不公平的情形下購票之舉動，並同時排除現實中那些惡意透過虛假文件或證件、插隊或解壓縮、占位等不正當手段而取得票券之行為。

不過除此之外，則仍與行政罰部分相同，立法說明亦過於簡陋，甚或僅以道德呼籲為主，不但未能呈現出本罪之保護法益究竟為何，亦未多加說明為何不優先適用現行規定之緣由，並以行為人「顯有惡性」為由便概括容許國家得動用刑罰，不無遁入「行為人刑法」之疑慮。是故，

以下本文將先自保護法益的觀點出發，探討立法理由中曾提及、可能得以作為保護法益之選項是否具備適格性，再比對刑法的詐欺、偽造文書與妨害電腦使用等犯罪類型，分析「以虛偽資料或其他不正方式，利用電腦或其他相關設備購買票券」是否真的相較「以超過票面金額或定價販售票券」具備更高的可非難性，而在不法的量的層次上得以自行政罰提升至刑罰，最後則回歸條文本身，深究此一處罰內容究竟有無違反比例原則。

一、保護法益適格性之欠缺

通說²⁵認為「法益」即係「受到刑法所保護之利益」，其內涵包括人類共同生活中之基本倫理價值與其賴以運作之社會組織與國家制度²⁶，並具有兩種重要機能即體系內嵌機能與批判機能，分別用以解釋、限縮成罪範圍，並劃定可罰界限、區分既未遂，以及檢視法條所預設之利益內容是否具備動用刑法予以保護的最低要求²⁷。由於本罪所欲規範之行為態樣並無不明確之虞，無涉前者，故需加以深入討論者毋寧為後者。

²⁵ 至於在法益解釋上以「實質法概念」進行推導，並於論述上以「法主體性」為核心者，則可參考周漾沂，法概念、法益與刑事立法，月旦法學雜誌，348期，2024年5月，頁6-18；周漾沂，從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎，國立臺灣大學法學論叢，41卷3期，2012年9月，頁981-1053。

²⁶ 王皇玉，刑法總則，8版，2022年8月，頁23。

²⁷ 許恒達，違憲審查與法益概念的刑事立法批判機能，月旦法學雜誌，348期，2024年5月，頁20-21。

體系批判機能強調刑法本身必須具有篩選保護法益之獨立判準，其內容可與我國釋憲實務上所採用之比例原則相互整合而取決於基本權之保障。由於刑法本身已干預一定程度之個人生命、自由與財產，故至少應採取中度審查標準，即所保護者至少必須為「重要實質利益」，而係「憲法基本權的保障側面」，或是「為開展基本權而必須相接連之規範制度」，方足以動用刑事處罰²⁸。本罪立法說明中，於論述上較接近保護法益者，可能僅有「一般民眾公平取得票券之機會」與「購票市場秩序」，其中前者較偏向個人法益之保護，所欲討論者應係此是否為財產權受到憲法第15條保障之側面；至於後者則與證券交易法（下稱證交法）或公平交易法（下稱公平法）中之刑事處罰規定相似，所涉及者為經濟制度此一集體法益之保護，故重點即為「相關票券買賣制度」是否係常人為開展自身之財產權而必須相接連之規範制度。

前者部分，參酌司法院釋字第400號解釋，所謂「財產權」之內涵，係以實現個人自由、發展人格及維護尊嚴為主旨，而確保個人得依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害。然而，在刷卡付款成功並取得訂票本身或取票憑證之前，吾人是否可以自由處分其財產取得購票機會，尚在未定之天，因為即使所有使用者均未採取虛偽資料或不正方

²⁸ 同前註，頁27、34-37。

式購票，實際上系統亦不可能完全公平，仍須受制於設備新舊、網速快慢、操作優劣等諸多因素。換言之，固然將「公平取得票券機會」作為本罪法益，意味著所保護者為「個人與他人擁有同等購買票券的可能性」，然而現實中是否所有系統使用者均係於同樣條件下購票，便有相當程度疑義。只有禁止任何人使用虛偽資料或其他不正方式購票，其實並未解釋為何其他可能造成購票上「不公平」之因素例如設備新舊、網速快慢、操作優劣等即未能排擠或影響他人公平購票機會，所以毋庸加以處罰，亦未詳加分析、比較前者所造成之不公平現象是否必然或極可能大於後者。若要徹底實踐「公平」，保障所有人平等且自由之購票機會，恐怕需要透過均質化購票設備方得以解決，將有如天方夜譚。是故，「公平取得票券機會」此一法益由於涵蓋過廣、過於空泛，亦失之偏狹，無法全然相容於憲法第15條財產權之內涵，或許只能訴諸於其他未被普遍認同之概括基本權概念。

後者部分，既然經濟刑法相較傳統刑法領域而言，尚兼及「實踐財產自由之制度性條件」，則「相關票券買賣制度」是否如前述該當「常人為開展自身之財產權而必須相接連之規範制度」，便取決於其是否符合現代經濟活動之共同特徵，即有無得以「再現」之「模組化財貨流通」。換言之，須視本罪所欲非難之行為，是否得以透過干擾長年實行之制度運作，進而對個人法益造成侵害或危

險，或者至少產生制度運作上之不利益²⁹。本文以為，不當購買票券之行為既未對其他系統使用者造成個人法益的危險甚或侵害，亦不足以對於票券購買制度產生相當程度之運作上不利益。要言之，其他系統使用者之財產權並未受到侵害已如前述；縱認財產權受有侵害，行為人藉由虛偽資料或不正方式購得票券之行為，雖於個別活動中取得一定程度優勢而排擠他人購票空間，然此等活動多具有稀少性、單次性與時效性等特徵，不僅不同場次之售票系統不見得相同、售票方式亦有差異，實難認行為人於單一場次之不當購票行為即足以干擾整體票券買賣制度。縱使無法否認此種行為曾一度對於制度有所影響，然於活動開演前之清票、釋票階段，或活動正式落幕後，整體購票市場秩序亦業已治癒，可重新於下次活動售票時再行完整運作。

再者，行為人之證券交易相關行為如可能負面影響市場上之實際與潛在投資人而有害於國民經濟，即設有罰則，不過就內線交易而言，條文明訂須限於「重大影響其股票價格之消息」；而財報不實部分雖有爭議，但亦有不少學說認為應明確納入「重大性」此一不成文構成要件者³⁰。至於公平法所規制之獨占事業濫用市場地位行為或

²⁹ 古承宗，經濟刑法的保護法益與抽象危險，刑事政策與犯罪防治研究專刊，24期，2020年4月，頁32-37。

³⁰ 郭大維，再思財報不實刑事責任之重大性要件—評最高法院106年度台上字第2097號刑事判決，台灣法學雜誌，358期，2018年12月，頁52-56；王志誠，財務報告不實之「重大性」要件—評高等法院一〇

事業聯合行為，更是於行為人未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同違反行為時，方動用刑事處罰。自上述規定可以發現，證交法或公平法之處罰態樣多攸關行為人重大且不當影響標的「價格」之行為，而這也正體現出票券與股票、商品之本質上差異：在臺灣，不論是藝文表演活動或運動賽事、活動的票券，皆於事前即決定價格，鮮見再為更動之情形，且此等票券原則上也僅在活動或賽事結束前具有流通效力；但證券則有不同，其價格無時無刻不在變動，而取決於市場供需、公司發展、國家政策、世界情勢等眾多因素，並且多半存在長時間、較不受限之流通性；至於商品，更是包山包海、千奇百種，不僅價格可能會額外受制於原物料波動、天然災害等情形，也會因為種類不同而反映出相差懸殊之流通性。就此，由於不當購買行為無從影響票面金額或定價，自不會「直接」使得他人無法以相同價格購買票券，但內線交易、事業聯合行為結果卻很有可能會直接反映在證券或商品價格的漲跌上，而直接衝擊投資人或消費者，縱使日後回復至同一價格，亦難以判斷究係原有行為所造成之秩序侵害已然解消，抑或係其他因素所參與之調節，而且不論是解消原有侵害或是以其他因素加以平復，均對於既有價格調整機制有所掣肘。是故，所謂「票券秩序」並無

○年度金上重訴字第十八號刑事判決及最高法院一〇二年度台上字第四八五號刑事判決，月旦法學雜誌，238期，2015年2月，頁257-268。

法當然與牽一髮而動全身的「證券市場秩序」或「商品市場秩序」等同視之，若以維護相關票券買賣制度為由而動輒使用刑罰，或許不無疑慮。

綜上所述，本文認為以法益概念本身出發，下立法說明據稱之「一般民眾公平取得票券之機會」或「購票市場秩序」，不論何者均不具適格性，自皆無法作為不當購買票券行為之刑罰正當性基礎。於比例原則審查體系下，恐因不具有作為前提之目的正當性，非但毋庸往下檢視手段是否正當，更已屬違憲。

二、層升至刑罰之疑慮

如同前述，本文認為刑罰與行政罰僅具有量的差異，而立法者雖然認為廣義的「黃牛」行為皆具有可非難性，而至少可以行政罰手段予以制裁，但之所以選擇僅將不當購買票券之行為由行政罰提升至刑罰層次，是因為行為人以虛偽資料或其他不正方式購票時，仍有同時觸犯其他犯罪之疑慮，而可謂較有惡性。職是，以下將逐一分析本罪構成要件即「虛偽資料」與「其他不正方式」，是否真的會同時成立刑法中的詐欺、偽造或是妨害電腦使用等相關犯罪，而建構起其足以自行政罰層升至刑罰之不法內涵。

(一)參考範本：刑法第339條之3

本罪之行為態樣明顯參照者為刑法第339條之3之電腦詐欺罪³¹，有關其基礎犯行即詐欺罪之客觀構成要件，多

³¹ 刑法第339條之3：意圖為自己或第三人不法之所有，以不正方法將虛

數學說均認為存在「施用詐術」、「陷於錯誤」、「處分財產」與「財產損失」四者³²，而本文以下所欲分析者僅有「不當購買票券」行為是否產生「財產損失」。

狹義說僅依整體結算原則觀察被害人於處分財產前後之整體財產有無減少³³討論不當購買票券之情形有無「財產損失」。就此，所得之答案應屬否定，因為行為人確實是以付出等值票價而取得訂票或取票憑證，雙方於行為前後之財產總額均無變化，僅係型態有所轉換而已，並無財產損失可言。廣義說或採取「目的欠缺理論」要求必須額外觀察被害人之動機、目的而定³⁴；或認為僅得考量被害人已經客觀化、外部化之外部交易動機³⁵。不過，此際不當購買票券之行為亦不足以致生財產損失，因售票系統皆由電腦程式設計而成，一旦行為人順利登入，便會開啟自動化購買票券流程，無從知悉售票方之目的或動機；縱或寬認售票方之目的或動機為「出售票券以換取如標價所示之相對應經濟價值」，但行為人僅係「手段」異於常人而使用虛偽資料或不正方式為之，仍會先行支付票價，既然

偽資料或不正指令輸入電腦或其相關設備，製作財產權之得喪、變更紀錄，而取得他人之財產者，處七年以下有期徒刑，得併科七十萬元以下罰金。以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。前二項之未遂犯罰之。

³² 許澤天，刑法分則（上）：財產法益篇，6版，2024年2月，頁112。

³³ 同前註，頁145。

³⁴ 同前註，頁155。

³⁵ 許恒達，偽裝化緣與捐贈詐欺——評板橋地院88年度易字第4578號判決，台灣法學雜誌，218期，2013年2月，頁138-141。

銀貨兩訖，自未違反售票方之目的或動機。

從上述討論可知，不論從何種角度，行為人不當購買票券之行為皆難成立刑法第339條之3電腦詐欺罪，而無法自此角度說明從行政罰提升至刑罰之緣由。從而，本文以下欲將「虛偽資料」與「其他不正方式」拆開，分別就較符合構成要件所預設行為態樣之偽造文書印文罪章與妨害電腦使用罪章進行討論，進而涵攝不當購買票券行為是否同時該當相關犯罪類型。

（二）「虛偽資料」：偽造文書印文罪章

所謂「文書」，乃有體化之人類思想表示，其在客觀上適合且主觀上用以作為特定法律交往中之證據，並可判斷出製作人為何，分別具有「穩定」、「證明」與「保證」三大功能³⁶，從而，偽變造文書罪所保護者即為公眾對於文書制度具真正性與無假造性之信賴，也就向來通說所稱之「公共信用」³⁷，此種信賴，縱使客體係無法以人類知覺直接加以認識、不具有體化特徵而無「穩定」功能之「準」文書，亦無不同³⁸。

行為人不當購買票券時，若係以虛偽資料為之，如立法說明提及之「蒐集他人身分證號」、「隨機身分產生

³⁶ 許澤天，刑法分則（下）：人格與公共法益篇，5版，2023年6月，頁439-440。實務則多將「穩定」功能稱為「有體性」、「持久性」，「保證」功能謂以「名義性」，惟其實質內涵並無不同，如最高法院108年度台上字第3260號刑事判決。

³⁷ 同前註，頁453。

³⁸ 同前註，頁449-450。

器」或「大量登錄假帳號」等形式，則其必定會於售票網路流程中創造出一個「以他人名義附帶出生年月日、身分證字號、通訊住址或電子郵件等諸多個資」的購票頁面，此一頁面所呈現者即為「名義人欲與售票方成立購票定型化契約」之要約或要約之引誘³⁹，並得以電磁紀錄形式、透過電腦等設備加以呈現，明顯已然該當刑法第220條第2項之「準（私）文書」概念。近期實務見解亦認為，如行為人進一步以此頁面完成購票程序，則非僅止於偽造準（私）文書，更及於刑法第216條所規範之行使所偽造之準（私）文書，依與罰前行為⁴⁰或高度行為吸收低度行為⁴¹之法理，論以行使即為已足⁴²。

（三）「其他不正方式」：妨害電腦使用罪章

參照立法說明「……或以外掛程式，如掃票機器人大量購買票券」之文字，輔以曾有工程師因設計、提供搶票程式而成立本罪並遭到逮捕之案例⁴³，本文認為所謂「其

³⁹ 陳聰富，論契約上之要約，月旦法學雜誌，312期，2021年5月，頁70-85；謝哲勝，網路標價的法律性質，月旦法學教室，142期，2014年7月，頁15-17。

⁴⁰ 許澤天，同前註36，頁489。

⁴¹ 最高法院110年度台上字第5826號刑事判決參照。

⁴² 臺灣臺中地方法院113年度中簡字第1908號刑事判決參照。不過，本文則認為此種說法存在疑義，除未涵攝「足以生損害於公眾或他人」此一法有明文之構成要件外，亦未說明此際是否真有文書名義人與實際製作人不一致之「有形偽造」情事。

⁴³ 中央社，開發Max搶票機器人程式違反文創法 竹科工程師被捕，2024年4月23日，<https://www.cna.com.tw/news/asoc/202404230292.aspx>（最後瀏覽日：2024年11月4日）。值得一提的是，Max搶票機器人

他不正方式」或係刑法妨害電腦使用罪章所有行為態樣之總稱。之所以採取如此概括用語，則為全面打擊任何試圖不當購買票券之行為人，以落實「嚴格打擊黃牛」之政策宣示。不過「其他不正方式」之用語是否當然能夠容納刑法第358條、第359條、第360條與第362條共四種不同的妨害電腦使用行為態樣，不無解釋疑義。

以註43提及、似乎被認為可能該當本罪「其他不正方式」之「Max搶票機器人」為例，如參照製作人本身之說明⁴⁴或是人工智慧公司於技術上之分析⁴⁵，其運作方式似乎僅係利用程式碼編寫自動化腳本，預先為購買者處理好售票流程中可能需要逐步按下確認鍵的部分或是需要一一填寫的內容以利個人購票速度，而且仍會受制於網路速度或系統限制等其他因素。單純用以購票之行為人如果只是藉由加快售票流程之方式而較他人早先一步完成付款並取得訂票或取票憑證，則其既未取得、變更或刪除售票系統之

程式雖仍存於網路頁面上，但事件發生後已更名為「Max蛋黃酥上車機器人」，並加註諸多使用說明（提示警語？免責聲明？），可見<https://maxbot.max-everyday.com/usage/>（最後瀏覽日：2024年11月4日）。不過，筆者曾於2025年11月22日再次到訪網站，卻發現已經無法連線，或許是當事人意識到此一程式可能存在疑慮，或是已進入司法調查階段所致。

⁴⁴ 民視新聞網，異言堂／專業黃牛搶票 灰色地帶《社維法》難制裁，2023年2月20日，<https://www.ftvnews.com.tw/news/detail/2023216W0294?>（最後瀏覽日：2024年11月4日）。

⁴⁵ 大數軟體，人工智慧也能搶演唱會門票？解密自動化搶票可行性，2023年9月12日，https://www.largitdata.com/blog_detail/20230912（最後瀏覽日：2024年11月4日）。

電磁紀錄，亦非電腦程式之製作人，自與刑法第359條及第362條無涉。從而，存在討論空間者或許只有「辨識驗證碼、自動回答藝人問題是否屬於第358條『破解使用電腦之保護措施』」，以及「使用搶票程式，是否已然同第360條所言而『干擾他人電腦或其相關設備』」。

就前者來說，本文採取否定立場。首先，如從法益角度出發，認為刑法第358條所保護者係「電腦系統之使用安全⁴⁶」或「電腦系統之私密性、完整性與可使用性⁴⁷」甚至「資訊隱私⁴⁸」，則售票系統恐非本罪所欲當然保護之客體，因其性質上本即容許複數具購票意願之使用者，縱使渠等反覆進出或購票亦僅影響系統效能或票券數量，既無關安全，亦無涉其私密性、完整性或可使用性。其次，「驗證碼」與「藝人問題」恐不在「電腦保護措施」射程範圍內，因是否通過此二者僅係時間問題而非取決於授權之有無。驗證碼（CAPTCHA）是一種用以簡略區分使用者為機器人或是人類的程式，不過其自始至終皆未否定人類對於系統之進入權限，回答錯誤僅額外增加辨識複數組別驗證碼之時間與勞力成本，而難謂「電腦保護措施」。

⁴⁶ 曾淑瑜，九十二年刑法增訂妨害電腦使用罪章前後之法律適用，華岡法粹，31期，2004年5月，頁128-130；柯耀程，刑法新增「電腦網路犯罪規範」立法評論，月旦法學教室，11期，2003年9月，頁123-124。

⁴⁷ 蔡蕙芳，妨害電腦使用罪章：第一講：保護法益與規範功能，月旦法學教室，126期，2013年4月，頁64-66。

⁴⁸ 王皇玉，選課風波，月旦法學教室，93期，2010年7月，頁18-19。

行為人若使用搶票機器人作為工具，並不會改變其本即有進入系統權限之性質，就算搶票機器人辨識錯誤，仍可親自以肉眼方式判斷新生成之驗證碼為何並加以輸入。至於藝人問題，其目的同樣並非阻擋未得授權之不特定多數人進入系統，亦只是初步篩選欲購票之售票系統使用者是否對於演出藝人具有一定程度認識，進而適度緩和或降低以轉售票券為業者之搶購流量。鑑於多數相關問題於網路上均可獲得解答，使用者間僅取決於回答時間先後，故其性質與驗證碼相差無幾，亦非阻擋特定使用者之「電腦保護措施」。最後，退步言之，縱使假設驗證碼或藝人問題屬於一種「電腦保護措施」，因為搶票機器人既係由行為人所安裝並使用，而在短時間內藉由人工智慧模組為行為人辨識系統以亂數、非正體呈現之驗證碼，或者是為行為人於資料庫中搜尋藝人問題之解答，再自動輸入，實際上驗證碼或是藝人問題並未遭到非法毀壞，毋寧僅係提前完成進程，無法該當「破解」之文義。

至於後者，同樣採取否定說較為合理。雖然條文文義並未對於干擾他人電腦或其相關設備之程度進行說明，但立法理由中已有提及處罰對象係以「分散式阻斷攻擊（DDOS）或封包洪流（Ping Flood）等對於電腦及網路設備之正常運作產生『重大影響』之故意干擾行為」為限，學說上亦有認為所謂「干擾」定義上過於模糊，而有限縮

解釋使其更加明確之必要⁴⁹，或進一步主張與立法理由相同而須出現「重大影響」者⁵⁰。不過，若逕限縮「干擾」一詞或許將面臨「致生損害於公眾或他人」此一要件有何意義、解釋上形同贅文之疑義。就此，本文認為，或許即係鑑於「干擾」文義過於空泛，立法者方於刑法第360條之構成要件中新增「致生損害於公眾或他人」，故可認此一要件具有雙重限縮功能：結果層面上，排除輕微影響者；行為層面上，則先行篩選行為人所使用之干擾手段會造成電腦或網路設備暫時無法正常使用⁵¹，而使得相關資訊處理系統至少一時之間因而中斷或癱瘓⁵²。不過，由於行為人使用搶票機器人進行購票之行為本身並不會中斷或癱瘓售票系統，而無「干擾」可言；如若造成他人之購票機會受到排擠，亦僅係網站因應速度與流量而計算產生之運作結果，亦難認有「致生損害於他人」之情形，若過度寬認此種借助程式而促進生活效率之行為成立犯罪，恐與現今對於AI趨之若鶩之時代趨勢不符，更有礙於相關產業發展。雖然並不排除行為人還是有可能透過其他惡意且會嚴重影響電腦或網路設備機能之程式進行購票，而成立妨害電腦使用犯罪，不過至少在現今不少人或採用、網路上也充滿眾多付費或免費資源之搶票機器人情形中，行為人

49 徐育安，資訊風險與刑事立法，臺北大學法學論叢，91期，2014年9月，頁146-149。

50 許澤天，同前註32，頁377。

51 曾淑瑜，同前註46，頁132；柯耀程，同前註46，頁125。

52 蔡蕙芳，同前註47，頁68。

與此罪章任一罪名均屬無涉。文創法與運產條例若不具任何實質有效理由即變相將「妨害電腦使用」之射程擴張及於任何立法者不夠瞭而逕自認為存有問題之「其他不正方式」，將有不當限制人民依憲法第22條與司法院釋字第689號解釋所揭櫫得依其意志作為或不作為之一般行為自由之疑慮。

綜上所述，經分析後發現，文創法第10條之1第3項與運產條例第24條之1第3項之構成要件即「以虛偽資料或其他不正方式，利用電腦或其他相關設備購買票券，取得訂票或取票憑證」，除了「虛偽資料」情形有可能涉及偽造準私文書與行使偽造準私文書之外，並不會另外成立電腦詐欺罪或是妨害電腦使用相關犯罪，因此其行為態樣似乎客觀上不具備明顯、足以包裹式地將行政罰提升至刑罰之可非難性，縱使退步認為「一般民眾公平取得票券之機會」或是「購票市場秩序」等處罰目的洵屬正當，亦應以行政罰加以規範即可。

(四)經由解釋擴張：刑法第251條第1項第3款

不過，除了上述犯罪類型外，本文認為既有刑法條文中亦不排除存在另一建構將處罰由行政罰層升至刑罰之必要性的途徑值得作為參考：改以「囤積」為構成要件核心，經由「文化權」之橋接，將相關票券解釋為刑法第251條第1項第3款之「生活必需用品」。

1.文化權內涵

憲法第22條之「概括基本權」規定係用以配合社會變

遷需要、防範疏漏，使得憲法之保障範圍得毋庸制憲或修憲便及於各種新興的基本權利⁵³。至於應具備何種要件方得為憲法第22條所保障，111年憲判字第13號判決對於隱私權的性質界定或可作為初步判斷依據，即攸關「人性尊嚴」、「個人主體性之維護」及「人格發展之完整」者；而進一步的篩選標準則可參照「人權品質標準」：權利本質上，需與國民主權、人性尊嚴或一般人格權之保障息息相關；權利保障需求上，除專為保障少數所設者外，應具普遍性；憲政角度上，若不予保障，將有違自由民主憲政秩序與價值觀⁵⁴。

所謂「文化」，指的是特定民族的生活方式，而兼及人類各種風俗習慣、價值觀念、語言思維、行為模式等不同層面，並成為形塑社會之基礎。成長過程中，人類除逐漸發展出自我生活方式外，皆不免會與其他各種不同文化產生交集，因此多元文化價值於社會化過程中即成為銜接個人與團體整合途中之橋樑。文化作為個人外在形象呈現與內在思想形成之基礎，自難調與人性尊嚴、個人主體性乃至於人格發展無涉；且每個人均為社會上之獨立個體，皆得以形塑自我文化之內涵，實具有普遍性；若不保障此種個人存立之根基，亦恐使眾人皆邯鄲學步、社會漸趨同質化與形骸化，而有違於自由民主憲政秩序。故由文化概念所衍生之「文化權」確實具有人權品質，而得為憲法第

⁵³ 許育典，憲法，8版，2018年7月，頁359。

⁵⁴ 李震山，釋字第六七〇號解釋協同意見書，2010年1月，頁8。

22條所涵蓋，成為概括基本權之一部分，並亦受《世界人權宣言》第27條⁵⁵與《經濟社會文化權利國際公約》第15條⁵⁶所肯認。

至於「文化權」之確切內容為何，則可回歸探討憲法有關基本國策之規定⁵⁷。憲法第158條既然將「教育」、「文化」與「民族精神、自治精神、國民道德、健全體格、科學及生活智能」進行連結，而後者諸項均為個體發展所不可或缺之基礎甚或目標，則更可印證文化權是具有憲法保障必要之人權品質，得為概括基本權之一部；於第158條至第167條的條文中，「藝術」多作為「文化」之替代詞，兩者僅於第166條並列，此或可認為「藝術」實乃「文化」之一部，或兩者間至少具有某程度上之重疊關係。之所以得將上述基本國策之規定融入基本權之概念中，係因學說上咸認基本國策對於基本權具有「填充」作用，若基本國策之規範內容與基本權利的人與物之保護範

⁵⁵ 一、人人有權自由參加社會之文化生活，欣賞藝術，並共同襄享科學進步及其利益。二、人人對其本人之任何科學、文學或美術作品所獲得之精神與物質利益，有享受保護之權。

⁵⁶ 一、本公約締約國確認人人有權：(一)參加文化生活；(二)享受科學進步及其應用之惠；(三)對其本人之任何科學、文學或藝術作品所獲得之精神與物質利益，享受保護之惠。二、本公約締約國為求充分實現此種權利而採取之步驟，應包括保存、發揚及傳播科學與文化所必要之辦法。三、本公約締約國承允尊重科學研究及創作活動所不可缺少之自由。四、本公約締約國確認鼓勵及發展科學文化方面國際接觸與合作之利。

⁵⁷ 許育典、葉怡欣，從文化憲法建構文化權利入憲—以釋字第八一三號解釋為例，財金法學研究，5卷2期，2022年9月，頁50。

圍具有事務關聯性時，即得作為基本權利最基本之功能內容選項⁵⁸。上述規定不但肯認於憲法層次上應保障「多元文化」，更將其內涵聚焦於「藝術」與「文化」二者，已臻明確，足以作為概念形塑時之參考。有關條文建構思考或可參考社團法人臺灣文化法學會於文化部「文化權利入憲策略規劃及建議」說明會中所提出之憲法增修條文增訂草案⁵⁹，認為人民不僅具有「藝術之自由」，更存在「參與文化生活、接近文化藝術之權利」。對照文創法，既然「文化」所代表的是一種個人生活方式與其進一步之形塑，則人民是否參與特定藝文表演，即可認為其係行使「接近文化藝術之權利」，而選擇以購買票券之方式為之，則為行使權利之手段之一，同屬文化權之保障範疇。就此，立法說明中僅以「一般民眾公平取得票券之機會」或是「購票市場秩序」存有法益適格疑慮之二者作為保護法益，而未訴諸身為概括基本權之一而具有憲法層次之文化權概念，實屬遺憾。

然而，若認為概括基本權之一的文化權，僅有主觀面向之防禦權或受益權功能，實無從落實人民其保障，故向來認為同時作為憲法價值決定之基本權利，尚具有客觀面向：國家除不應侵害人民之是項基本權利，並保護人民免

⁵⁸ 林明昕，基本國策之規範效力及其對社會正義之影響，國立臺灣大學法學論叢，45卷特刊，2016年1月，頁1332-1333。

⁵⁹ 社團法人臺灣文化法學會，「文化權利入憲策略規劃及建議」說明會議手冊，2022年5月3日，頁8-11，<https://886.news/wp-content/uploads/2022/06/20220503-1.pdf>（最後瀏覽日：2024年11月5日）。

受第三人侵害（保護義務）外，更應積極營造一個適於是項基本權利發展之環境，或是建構相當制度、程序，以利其落實（程序保障）⁶⁰。因此，「文化權」便發展出「文化國」概念，使人民得在多元、寬容的環境中實現自我，其內涵則包含「國家中立性原則」與「國家寬容原則」二者⁶¹。不過不論是所謂「國家中立性原則」或「國家寬容原則」，均應立基於基本權利是得以被期待實現的狀態，若此一狀態並不存在或難以建立時，則人民恐無從以自身之人性尊嚴為基礎，藉由各種接觸文化情形，進而維護個人主體性，甚或完整其人格之發展。就前述「參與文化生活、接近文化藝術之權利」，國家自應保障人民有參與、參觀文化藝術活動或設施的平等、近用權利，並同時顧及藝術創作者得以參與分配國家文化藝術獎助、補助與輔助資源，即應以「文化平權」與「降低文化資本」為其核心⁶²。當人民希望行使其接近文化藝術之權利而參與特定藝文表演時，國家就其所常態、大量行使之方式，即票券之購買，除有義務積極介入協助建構一個人人皆得平等、近用之制度外，更應防止民眾以相異甚或相同方式不當侵害他人之文化平等、近用權，以落實國家之程序保障與保護義務。若有以「文化權」其下之「文化平等、近用權」

⁶⁰ 許宗力，基本權利：第二講 基本權的功能，月旦法學教室，2期，2002年12月，頁75-79。

⁶¹ 許育典、葉怡欣，同前註57，頁39-47。

⁶² 社團法人臺灣文化法學會，同前註59，頁16。

概念，即得妥適說明、證立為何得以將不當購買票券行為自不當販售票券行為之行政罰層次提升至刑罰層次。

2. 刑法第251條第1項第3款之適用

2020年時刑法第251條於第1項新增第3款「前二款以外，經行政院公告之生活必需用品」，立法理由揭明「重要生活必需用品倘有藉機從事人為操縱或其他不當行為，將影響國民生活安定並阻礙全體社會經濟之發展，且國民健康與衛生之保障屬基本生存需求，惡意囤積商品影響國民健康與衛生之行為，嚴重影響人民權益，實有處罰必要。」核其時代背景係中央政府為及早因應武漢肺炎疫情而參照2003年SARS防疫經驗所為之「超前部署」。本款於2020年1月15日公布新增，雖然是時並未全面建議民眾配戴口罩，但行政院仍於1月31日公告「一般醫用口罩及外科手術口罩」為本款所稱之「生活必需用品」⁶³，並於同日全數徵用國內口罩工廠生產線，避免不當哄抬口罩價格之行為於防疫關鍵時刻造成國民與醫護人員無法獲得基本防護裝備，導致染疫風險大增、甚至喪失生命、違反社會正義⁶⁴。

本文認為，立法理由之說明固然值得參考，但不得據此過度限縮條文之適用範圍，避免以詞害意。詳言之，本款之立法背景雖係為防止有心人士哄抬口罩、造成防疫物

⁶³ 院臺經字第1090162918號參照。

⁶⁴ 蔡甫昌、周昱辰，臺灣口罩主義對抗武漢肺炎戰記，人文與社會科學簡訊，22卷4期，2021年9月，頁64-67。

資短缺，而將「生活必需用品」與「人民基本生存需求」進行連結，並限於「保障國民健康與衛生」此一面向。不過，解釋上國民健康與衛生純粹僅屬於人民基本生存需求之一環而非全部，並無法僅從立法理由便逆推得出「本款所稱之『生活必需用品』僅指與國民健康、衛生有關者」之結論。另外，前兩款例示事由即「糧食、農產品或其他民生必需之飲食物品」與「種苗、肥料、原料或其他農業、工業必需之物品」，亦未與國民健康、衛生具有絕對關聯性，就本條之體系觀之，如立法者有意將本款限縮於國民健康、衛生相關必需品，於立法形式上大可採取前兩款之模式而新增另一例示事由並仍保留授權規定，立法者既捨此不為，可見應保留其他除飲食物品或農業、工業物品以外之各種生活必需用品均有概括經行政院公告後即得適用本款之空間。故於解釋上，所謂「生活必需用品」，若擷取立法理由之文字，則可認只要「與國民生活安定、全體社會經濟及基本生存需求有關」者，均屬之，毋庸過度限縮，並委諸國家主管機關即行政院參照社會發展情形與系爭物品供應上之實際情勢，選擇是否及與何時進行公告。

鑑於文化權屬於憲法第22條所保障之概括基本權範疇，而文創產業發展亦與大眾生活間漸趨緊密，故作為人民行使「參與文化生活、接近文化藝術」權利之極其重要、幾乎唯一手段即藝文表演票券，確實可認屬於刑法第251條第1項第3款所稱之「生活必需用品」，而應禁止對

為提高或影響交易價格而囤積藝文表演票券或散布不實資訊等行為；並且，國家更應為了落實本身對於文化權之程序保障與保護義務，而經由主管機關即行政院將藝文表演票券正式公告為「生活必需用品」，以刑法規範之誡命方式，嚇阻、遏止民眾為獲利而經由大量購買方式不當囤積超出個人需求之藝文表演票券，進而侵害他人之文化平等、近用權。

3.理論良窳

若以上述取徑解釋為何得以將處罰層次由行政罰提升至刑罰，不僅於文義上係較貼近民眾對於此等「黃牛」行為之處罰必要性之理解。「黃牛」之所以為常人所厭惡，實因其藉由大量反覆購買特定商品加價販賣而賺取差額利潤，並於過程中同時排擠一般民眾購買相同商品之機會。

「黃牛」行為的整體進程是由行為人大量購買票券、囤積票券並喊價，再藉由網路平台機制撮合願意以高價購買者，而完成出售，單純從事後段之販售行為或前端之購買行為，其實都不足以成為概念上之「黃牛」。而一般民眾購買相同商品之機會被排擠之效果多寡，鑑於藝文表演票券之限量性、時效性，係取決於同一時段其他人購買之數量，故實際上值得非難者亦非單純購買票券行為，而是為了獲利而大量囤積超出個人合理需求之票券之行為。若未「取得」，尚無法「囤積」，作為前提，「取得」之文義本即包括無償與有償在內，而可將「購買」納入處罰之射程範圍；當行為人「囤積」過多票券而超出個人合理需求

時，非但對自身之文化平等、近用權毫無增益，只要囤積得越多，便會占有更多票券名額，間接降低甚或排擠其他售票系統使用者之購票機率或空間。

但無法否認的是，上述取徑仍有不少疑慮尚待解決，以下僅試舉三例。首先，本罪係採取「空白刑法」之立法模式，需由立法機關經由本條規定授權行政院以公告方式填補「生活必需品」此一構成要件之明確內涵，方得劃定可罰界線，司法院釋字第522號解釋、第680號解釋與112年憲判字第5號判決亦先後重申此種立法模式須遵守刑罰明確性與授權明確性原則。姑且不論本款可能因為由刑法本身無法預見何種物品該當「生活必需品」，或有違反授權明確性原則之疑慮⁶⁵，既然立法者已決定交由行政機關因應特定流通物供應之實際情勢，而得於保有彈性之情形下及時做出是否公告其為「生活必需品」，基於罪刑法定原則與權力分立原則⁶⁶，身為法律適用者之法院，自無權於未出現法律漏洞時任意更改或是對條文進行各種超出文義之解釋，故現況下得以適用本罪於不當購買票券之狀況近趨於零。其次，文創法之重點在於藝文表演票券之「取得」，而本罪則關注生活必需品之「囤積」，雖然本文主張後者較符合社會對於「黃牛」行為之運作模式

⁶⁵ 有關授權明確性原則與空白刑法間之關係，僅參胡博硯，授權明確性之要求與空白刑法的規範，月旦法學雜誌，193期，2011年5月，頁227-229。

⁶⁶ 蔡聖偉，不知所「錯」——關於空白構成要件填補規範的錯誤，月旦法學教室，156期，2015年10月，頁29。

已如前述，亦認為欲「囤積」者必先「取得」，而「購買」即為「取得」之一種行為態樣，不過兩部法律於用語或本質上是否能夠完全對接而不會額外衍生其他問題，本文暫且抱持保留態度。最後，既然文化權是以人民具有藝術自由為前提，而認為存在參與文化生活、接近文化藝術之權利與選擇語言進行表達、溝通、傳播及創作之權利兩種子類型，即係以「藝術」作為例示，則運產條例恐無法與文創法及本罪為相同之解釋。就文化權此一概念之內涵而言，廣義的「文化」，遍及食衣住行育樂等各方面，只要是得據以成為社會存立根基者均屬之，故參與運動賽事或活動，自可認為係廣義文化之一環；不過，各種基本權均有其核心保障內容⁶⁷，並非侵害任何部分均得謂其違反憲法保障之意旨，如以上所指摘之「文化權」，所涉及者應僅及於狹義的「文化」，即由「藝術」所建構出之內涵，從而參與運動賽事或活動，仍位處文化權核心保障之範圍外。而且「藝文表演」與「運動賽事或活動」之票券，性質上亦不全然相等，就其內容而言，相較存在不少轉播平台與影片留存之後者來說，前者多具有時效性與地區性，若未親自到場觀賞，即難以再享有相同體驗，故主張「運動賽事或活動」並不受文化權所保障，或有其論述基礎。不過如此一來勢必仍須面臨可否於規範上就兩者進

⁶⁷ 如司法院釋字第574號解釋即主張，「審級制度」並非當然為憲法第16條訴訟權所保障之核心內容，故並非容許任何訴訟案件均得上訴第三審，方得謂無違憲法保障人民訴訟權之意旨。

行差別待遇之正當性與必要性探究，反倒治絲益棼。

是故，縱使本文認為得以經由法律解釋之方式將「藝文表演活動或運動賽事、活動之票券」納入刑法第251條第1項第3款「生活必需用品」的射程範圍內，然因實際操作上窒礙難行，亦無法於現行法律框架下提供一個合適的、足以將行政罰提升至刑罰層次的理由。

三、比例原則之違反

最後，有關比例原則之檢驗，本文認為亦有以下兩點問題值得討論：

其一，縱使條文要件明確，但是不論文創法或是運產條例，均對於行為人購買之用途、次數與數量等實際情形隻字未提。如此一來，於法院未有足夠判決數量以形成穩定見解前，起訴或有罪判決之標準可能無法足以使得民眾認知到何種程度的不當購買票券行為應予處罰；縱不設限制而全面處罰，亦不無過於株連過廣之疑慮。假設行為人出於自用而單次或少量購買，即使採用虛偽資料或其他不正方式，縱使對於「一般民眾公平取得票券之機會」或是「購票市場秩序」仍有影響，亦相當有限，更可謂微乎其微已多如前述，此際是否當然必須動用刑罰加以介入、如動用刑罰是否可達成目的，均不無疑問。

其二，文創法與運產條例既係以「三年以下有期徒刑，或科或併科新臺幣三百萬元以下罰金」作為處罰內容，由於大法官於司法院釋字第669號解釋（空氣槍處

罰)⁶⁸中清楚說明何謂「罪刑相當原則」，並將其作為刑事法領域中比例原則之體現後，陸續也於第775號解釋（累犯加重本刑及更定其刑）、第777號解釋（駕駛人無過失及情節輕微之肇事逃逸）與第804號解釋（非法重製光碟罪案）等案中同樣審視之，是故本文以下擬以不當購買票券行為之法定刑度為主簡單進行比較法上的討論。就此，或可參照其他與臺灣關係較為密切之國家，如中國、美國、日本與南韓之相關規定加以比對。

中國是以非法律位階、相當於我國命令層級之有關當局文書，而嘗試針對不當購買票券行為之源頭進行管理⁶⁹。如《文化部關於規範營業性演出票務市場經營秩序的通知》即臚列四大目標，「嚴格資質管理，強化演出經營單位主體責任」、「規範經營活動，保障消費者合法權益」、「加強重點演出監管，維護市場正常經營秩序」與「加重執法處罰，嚴厲打擊違法違規經營活動」，提供地方文化行政部門作為參考；而《演出票務服務與技術規範》則係由中國演出產業協會領銜起草，用以統一境內演

⁶⁸ 司法院釋字第669號解釋理由書（節錄）：「立法機關如為保護合乎憲法價值之特定重要法益，並認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，雖得以刑罰規範限制人民身體之自由，惟刑罰對人身自由之限制與其所欲維護之法益，仍須合乎比例之關係，尤其法定刑度之高低應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相符，始符合罪刑相當原則，而與憲法第二十三條比例原則無違。」

⁶⁹ 顏筠展，比較兩岸防制黃牛票之法律規範研究，展望與探索，21卷10期，2023年10月，頁45-48。

出票務的基本與具體要求，並就購票、檢票、退票等流程詳加規範⁷⁰。

至於美國，就藝文表演、運動賽事或活動票券之產業現況而言，Ticketmaster為官方售票之主要通路，為因應可能之黃牛問題，其採取「動態定價機制」，讓藝人或演出者有機會依照市場需求反映出真實價值，進而獲得更高的收益，而最大程度體現出經濟學之自然市場競爭，同時亦針對網站本身售出之票券提供轉售與交換兩種服務⁷¹。不過除此之外，取得⁷²票券時，於2016年通過Better Online Ticket Sales Act § 45c (a) (1)⁷³後，原則上禁止使用一切自

⁷⁰ 中國消費者報（2021年8月23日），劍指「黃牛」倒票《演出票務系統服務及技術規範》正式實施，<https://www.ccn.com.cn/Content/2021/08-23/1550221759.html>（最後瀏覽日：2024年11月11日）。

⁷¹ 林美伶，美國售票公司Ticketmaster的動態定價機制可以有效抑止黃牛或引起更大的紛爭？，文化內容策進院產業研究資料庫，2023年6月15日，<https://research.taicca.tw/article/34a373ba-fe91-3d55-8f03-77ccb3004d2>（最後瀏覽日：2024年11月11日）。

⁷² 至於轉售部分，由於與臺灣之刑罰所規定之構成要件無涉，故本文選擇於註腳補充之。美國國稅局（Internal Revenue Service, IRS）於近期，配合已於2021年通過之American Rescue Plan Act of 2021 SEC. 9674. 要求作為第三方交易（即私人間票券買賣）平台之售票網站如文中提及之Ticketmaster，清查轉售者之受益是否超過600美元，如超過則逾越門檻，應如實填寫並提交1099-K表格而重行繳稅。可見IRS, Form 1099-K FAQs: What to do if you receive a Form 1099-K, <https://www.irs.gov/newsroom/form-1099-k-faqs-what-to-do-if-you-receive-a-form-1099-k> (last visited: Nov. 11, 2024).

⁷³ § 45c. Unfair and deceptive acts and practices relating to circumvention of ticket access control measures

(a) Conduct prohibited

(1) In general Except as provided in paragraph (2), it shall be unlawful

動化手段，如有違反便由聯邦貿易委員會（Federal Trade Commission, FTC）進行裁罰。

日本與韓國，則均以一年以下有期徒刑作為刑事處罰之上限，並皆將票券之取得與轉售行為規範於同一條項中。日本於特定興行入場券の不正転売の禁止等による興行入場券の適正な流通の確保に関する法律／チケット不正転売禁止法（票券不當轉賣禁止法）第3條、第4條與第9條第1項，禁止任何人不當轉賣特定表演活動之票券，或是以不當轉賣特定表演活動為目的而受讓相關票券⁷⁴；韓國공연법（演出法）第4條之2第2項與第41條第1款，不僅規定民眾不得以自動指令等方式取票，更進一步禁止販賣

for any person-

- (A) to circumvent a security measure, access control system, or other technological control or measure on an Internet website or online service that is used by the ticket issuer to enforce posted event ticket purchasing limits or to maintain the integrity of posted online ticket purchasing order rules; or
- (B) to sell or offer to sell any event ticket in interstate commerce obtained in violation of subparagraph (A) if the person selling or offering to sell the ticket either-
 - (i) participated directly in or had the ability to control the conduct in violation of subparagraph (A); or
 - (ii) knew or should have known that the event ticket was acquired in violation of subparagraph (A).

⁷⁴ 第三条：何人も、特定興行入場券の不正転売をしてはならない。

第四条：何人も、特定興行入場券の不正転売を目的として、特定興行入場券を譲り受けてはならない。

第九条：第三条又は第四条の規定に違反した者は、一年以下の懲役若しくは百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

因而取得之票券⁷⁵。

本文認為，經上述比對後或可得出兩個結論。一者，與比例原則較無關聯的是，參諸日韓立法例，如果要真的維持既有以「購買」與「販售」作為構成要件之形式，或許並無將行為人不當買賣票券之「黃牛」行為進程，截然二分為前階段之購買與後階段之販售，而異其適用刑罰與行政罰之必要，就此立法說明亦未多加著墨，實有進一步檢討空間，例如是否即認為於採取「量的差異說」前提下，「購買」票券之惡性即當然大於「販售」者。二者，觀諸四國之管制或處罰規定，臺灣以「三年以下有期徒刑」作為刑度上限，不無過苛之嫌。所謂「罪刑相當原則」，除了要求處罰不能逾越犯罪所損傷之程度（同等報復）外，亦要求犯罪輕重之序列需與處罰輕重之序列相應（比例性），並需注意刑罰量是否與犯罪程度相稱（相稱性）⁷⁶。行為人以虛偽資料或其他不正方式，利用電腦或其他相關設備購買票券，取得訂票或取票憑證之情形，是

⁷⁵ 제4조의2(입장권등의 부정판매 금지 등)

② 누구든지 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호에 따른 정보통신망에 지정된 명령을 자동으로 반복 입력하는 프로그램을 이용하여 입장권등을 부정판매하여서는 아니 된다.

제41조(벌칙)

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제4조의2제2항을 위반한 자.

⁷⁶ 謝煜偉，罪刑相當原則與情節輕微條款，月旦法學教室，209期，2020年3月，頁26-28。

否已當然造成適格之刑法上保護法益受到侵害，而有予以報復之必要，已非無疑；若單就形式上言之，文創法第10條之1第3項及運產條例第24條之1第3項所規定之三年以下有期徒刑，與上述本文用以比照、檢驗有無額外可非難性之刑法第339條之3（七年以下有期徒刑）、第210條（五年以下有期徒刑）、妨害電腦使用相關犯罪（五年或三年以下有期徒刑）及第251條第1項（三年以下有期徒刑）相比，雖無處罰特別過重之情事，似乎合乎比例。不過，本文認為，以整體刑法體系而言，相較不當購買票券行為，立法者對於不能安全駕駛行為既屢經修法且提高刑度，則是否於剛立法管制黃牛之際便遽然將刑度設定與之相同，兩者之法益侵害是否於規範評價上等值，而具有得同以「三年以下有期徒刑」予以非難之罪質，亦不無疑慮。

肆、代結論：應以制度取代處罰

總結上述討論，本文認為，固然立法者認為「黃牛」行為的「買」與「賣」皆具有可非難性，但兩者間的不法內涵高低是否足以在適用上以刑罰規範前者、以行政罰制裁後者，則待商榷。不當販售票券行為之行政罰部分，雖然存在對於公關票之處罰漏洞，且不分販售者加價比例即一律處以罰鍰恐有違比例原則，但並非全然不具備行政罰之正當性；至於不當購買票券行為之刑罰部分，於現行法下明顯缺乏足以包裹式將其自與不當販售票券行為相同之行政罰層次提升至刑罰層次的有利論據，構成要件並存在

適用上爭議，自刑法整體觀之亦不無違反罪刑相當原則之疑慮，或許在進行調整過後同樣改以行政罰論之，會是較好的規範模式。

文創法第10條之1與運產條例第24條之1之增訂必定會於警方嚴厲執行之情況下對現行私人票券買賣產業產生一定衝擊，不論條文於解釋或適用上是否仍有問題尚待解決。不過，如果肯認文化權具有憲法位階，為求最大程度保障之，國家除了消極以行政罰或刑罰規定規制侵害他人文化近用、平等權外，更應積極基於程序保障之意旨，介入協助建構一個人人皆得平等使用之票券取得制度。故本文認為，真正釜底抽薪之計乃是由政府參考各國現況後，徹底革新現有票券市場並選擇以制度取代處罰。就此，或可改以實行全面、強制適用之售票系統準則：藝文表演票券部分，可綜合現有之「會員制」、「實名制」與「抽選制」進行設計；至於運動賽事或活動票券，則可自動態定價機制下手。

先就藝文表演票券部分進行討論。「會員制」具有廣義與狹義之別，前者指的是一切需先註冊會員方可使用該售票系統之情形，基本上除了現場購票或是超商購票機台以外之任何網站均屬廣義會員制之範疇，只要註冊並登錄後即可免費使用，且所有使用者地位皆無不同；後者則需付出數百元至數千元之月費，除了可以取得藝人提供的專屬影音等內容外，亦多於演唱會等活動時得以優先購票或是參與票券抽選。「實名制」同樣存在廣義與狹義之分，

只要是於註冊會員時要求填寫例如真實姓名、電話號碼、聯絡住址與身分證字號等個人資料，均為廣義之類型；狹義的情形，則是主辦單位於觀眾取票時甚至入場會進一步檢視、核對個人資料是否與系統登錄者相符，或是隨機抽問其中數則個人資料，以確保購票者與入場者間之同一性。至於「抽選制」則多與實名制一同採行，先由民眾實名登記想要參與的場次後，再由電腦以亂數方式抽出人選。細節而言，抽選制還可能會因為中選者未於規定期限內繳交票款而重複數次抽選活動，也可能搭配會員制，區分、限制不同使用者得以參與抽選之場次、時間或是數量。

針對藝文表演票券之售票系統，若要徹底保障所有民眾之文化權，或許綜合參考「會員制」、「實名制」與「抽選制」，會是論理上最佳方案，除有多層機制得以逐步檢視購票者是否不當取得票券或者取票者、持票入場者與原購買者不相符合外，亦可能使得所有具有參與藝文表演意願之人居於實質平等之地位：除具有付費會員身分者外，抽票機率均屬相同，不會受到設備優劣、網速快慢等其他外在情事所影響。不過就現況而言，縱使希望逐漸甚或全面推行此種複合制度，實際上仍係窒礙難行，不論政府、業者或民眾皆然。政府部分，若維持現行軟性宣導模式（例如文化部所制定之〈鼓勵流行音樂現場演出實施票券實名制補助作業要點〉），似乎與現行做法差異甚微；若改採硬性規範模式，則在對於業者而非人民的處罰部分，行政罰也好、刑罰也罷，同樣會面臨與此處不當買賣

票券行為是否應予處罰、要件又該如何設計之疑義。至於業者，不但並未因此獲得額外收益，甚或可能需要支出更多建構抽選系統或由人力進行實名核對之必需費用。同時，亦不見得所有民眾均會認為此種新制度有利，部分可能會認為喪失搶票樂趣、部分可能會覺得篩選視野之自由過度受限，更有部分會對於主辦單位之隱私保護措施抱持懷疑態度而不願為了參加僅維持數小時之藝文表演便一一填寫並揭露有關個資。

運動賽事或活動票券則出於本質使然而與藝文表演票券之考量點有所不同。以棒球為例，不論長期（職棒例行賽）或是短期（經典賽、12強）賽事，均因球隊之間存在非勝即負之關係而具有競技性格，並進一步因為距離比賽天數、觀賞位置遠近、對戰組合不同、是否仍有晉級機會等因素，導致球迷預期觀賞體驗有所落差，非但影響購票入場之意願，亦多會為票券販售業者所參酌，進而依據該場賽事或活動之實際情形，從事票價與預期利潤之調整，以圖完整將手中所持有之票券一一媒合潛在購買者；相形之下，藝文表演如演唱會或是美術展，則多半不具有競技性格，不同場次或時日之內容相差無幾，除了遭逢週末或連假等情形外，似乎並無其他會於本質上大幅更動購票者意願之因素存在。就此，與其放任黃牛隨時調整票價而轉售，不如直接將票價置放於平台上，考量既有售票數據訂定計價公式，並參考外國職業賽事而建構相同或類似、為特定場次賽事而設計之動態定價機制。如此一來，不僅對

於球迷或球隊均有利，並可實際上逐漸消滅球賽黃牛。此種差別取價（*price discrimination*），對球迷而言，更有可能反映並符合自己對於比賽內容的期望與需求，同時球隊也可以藉由即時調整並犧牲部分票價，而嘗試換取最大化的上座率與票務獲利⁷⁷，可以說是一舉數得。不過，與藝文表演票券之部分相同，推行動態定價機制的阻礙唯恐同樣是在實然面上，同樣以中職為例，各隊主場之入座比率均落在30%至60%之區間內，人數則自5千多人至7千多人不等，此種票房表現並不足以支撐動態定價機制，若貿然推行之，於基數甚少之情形下，不僅無法發揮適時調整票價之預期成效，反倒抑制與日俱增之球迷成長而得不償失。

最後，本文僅係筆者，以藝文表演活動或是運動賽事、活動之觀眾身分，針對現行文創法第10條之1與運產條例第24條之1對於不當販售與購買票券行為之處罰內容所提出之微薄建議，並參酌他國經驗，另外附上異於處罰之其他管制策略作為參考。不當買賣票券行為已然產生不少社會問題，固然有正視處理之必要，不過鑑於各國發展情形均有所不同，法律層次上不論行政罰與刑罰之處罰面向，或是會員制、實名制與抽選制等管制面向，外國經驗是否得以參照、又該如何加以適用，便會是值得深思之難題，既要避免單純亦步亦趨，更要防止淪為邯鄲學步。

⁷⁷ Paul Oyer著，張明心譯，運動場上學到的9堂經濟學：史丹佛教授剖析球星身價、球場黃牛、運動簽賭背後的市場法則，2022年7月，頁205-210。

參考文獻

一、中文文獻

- Block, W. (2018)。百辯經濟學：為娼妓、皮條客、毒販、吸毒者、誹謗者、偽造貨幣者、高利貸業者、為富不仁的資本家……這些「背德者」辯護（齊立文譯；三版）。經濟新潮社。（原著出版年於1976年）。
- Max蛋黃酥上車機器人。<https://maxbot.max-everyday.com/usage/>
- Oyer, P. (2022)。運動場上學到的9堂經濟學：史丹佛教授剖析球星身價、球場黃牛、運動簽賭背後的市場法則（張明心譯）。商周。（原著出版年於2022年）。
- 大數軟體（2023年9月12日）。人工智慧也能搶演唱會門票？解密自動化搶票可行性。https://www.largitdata.com/blog_detail/20230912
- 中央社（2024年10月27日）。北市警查緝黃牛已逮62人 蔣萬安：一定追究到底。<https://www.cna.com.tw/news/aloc/202410270031.aspx>
- 中央社（2024年4月23日）。開發Max搶票機器人程式違反文創法 竹科工程師被捕。<https://www.cna.com.tw/news/asoc/202404230292.aspx>
- 中國消費者報（2021年8月23日）。劍指「黃牛」倒票《演出票務系統服務及技術規範》正式實施。<https://www.ccn.com.cn/Content/2021/08-23/1550221759.html>
- 中華職棒大聯盟。關於中職，球迷成長數。<https://www.cpbl.com.tw/about/fans>
- 文化內容策進院（2024）。2022-2023臺灣文化內容產業調查報告Ⅲ：流行音樂、廣播、播客產業。文化內容策進院。

- 文化內容策進院（2024）。2022-2023臺灣文化創意產業發展年報。文化內容策進院。
- 文化部（2024年11月15日）。檢舉黃牛專區。 https://noscalper.moc.gov.tw/News_Toggle.aspx?n=4509&sms=13279
- 文化部。文化創意產業發展法部分條文修正草案總說明。 <https://file.moc.gov.tw/001/Upload/535/relfile/-1/535/e5ce92c4-19e0-4256-9566-30ebb9491a96.pdf>
- 王志誠（2015）。財務報告不實之「重大性」要件—評高等法院一〇〇年度金上重訴字第十八號刑事判決及最高法院一〇二年度台上字第四八五號刑事判決。月旦法學雜誌，238，244-274。
- 王皇玉（2010）。選課風波。月旦法學教室，93，18-19。
- 王皇玉（2022）。刑法總則（八版）。新學林。
- 古承宗（2020）。經濟刑法的保護法益與抽象危險。刑事政策與犯罪防治研究專刊，24，32-37。 [https://doi.org/10.6460/CPCP.202004_\(24\).01](https://doi.org/10.6460/CPCP.202004_(24).01)
- 民視新聞網（2023年2月20日）。異言堂／專業黃牛搶票 灰色地帶《社維法》難制裁。 <https://www.ftvnews.com.tw/news/detail/2023216W0294?>
- 周漾沂（2012）。從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎。國立臺灣大學法學論叢，41（3），981-1053。 <https://doi.org/10.6199/NTULJ.2012.41.03.04>
- 周漾沂（2024）。法概念、法益與刑事立法。月旦法學雜誌，348，6-18。 <https://doi.org/10.53106/1025593134801>
- 林明昕（2016）。基本國策之規範效力及其對社會正義之影響。國立臺灣大學法學論叢，45特刊，1305-1358。 <https://doi.org/10.6199/NTULJ.2016.45.SP.04>
- 林美伶（2023年6月15日）。美國售票公司Ticketmaster的動態定價機制可以有效抑止黃牛或引起更大的紛爭？。文化內容策進院

- 產業研究資料庫。https://research.taicca.tw/article/34a373ba-fe91-3d55-8f03-77ccbd3004d2
- 社團法人臺灣文化法學會（2022年5月3日）。「文化權利入憲策略規劃及建議」說明會會議手冊。https://886.news/wp-content/uploads/2022/06/20220503-1.pdf
 - 侯英泠（2021）。法人侵權責任之趨勢—兼評最高法院108年台上第2035號民事判決。《裁判時報》，108，26-37。https://doi.org/10.3966/207798362021060108003
 - 柯耀程（2003）。刑法新增「電腦網路犯罪規範」立法評論。《月旦法學教室》，11，117-129。
 - 洪家殷（2009）。行政罰法：第一講 行政罰之概念及種類。《月旦法學教室》，84，43-56。
 - 洪家殷（2010）。行政罰法：第三講行政罰上之一行為不二罰原則及其適用。《月旦法學教室》，88，42-54。
 - 胡博硯（2011）。授權明確性之要求與空白刑法的規範。《月旦法學雜誌》，193，222-229。
 - 徐育安（2014）。資訊風險與刑事立法。《臺北大學法學論叢》，91，113-167。
 - 教育部體育署（2023年12月15日）。立法院三讀通過「運動產業發展條例」增訂第24條之1條文 彰顯政府打擊運動賽事或活動黃牛決心。https://www.edu.tw/News_Content.aspx?n=9E7AC85F1954DDA8&s=45F912AB52186202
 - 許育典（2010）。行政罰與刑罰的競合一評台北高等行政法院九十五年訴字第一四三六號判決。《裁判時報》，3，20-25。
 - 許育典（2018）。憲法（八版）。元照。
 - 許育典、葉怡欣（2022）。從文化憲法建構文化權利入憲—以釋字第八一三號解釋為例。《財金法學研究》，5（2），31-59。
 - 許宗力（2002）。基本權利：第二講 基本權的功能。《月旦法學

教室，2，72-80。

- 許恒達（2013）。偽裝化緣與捐贈詐欺—評板橋地院88年度易字第4578號判決。《台灣法學雜誌》，218，132-142。
- 許恒達（2024）。違憲審查與法益概念的刑事立法批判機能。《月旦法學雜誌》，348，19-38。<https://doi.org/10.53106/1025593134802>
- 許家源（2020）。論比例原則於刑事規範之審查—以釋字第791號為例。《靜宜法學》，9，133-157。
- 許澤天（2023）。《刑法分則（下）：人格與公共法益篇（五版）》。新學林。
- 許澤天（2024）。《刑法分則（上）：財產法益篇（六版）》。新學林。
- 郭大維（2018）。再思財報不實刑事責任之重大性要件—評最高法院106年度台上字第2097號刑事判決。《台灣法學雜誌》，358，45-57。
- 陳文貴（2008）。談我國行政罰法制度下的行政不法行為與刑罰之界限—行政法學與刑事法學的對話。《法學新論》，4，101-129。
- 陳清秀（2017）。《行政罰法（三版）》。新學林。
- 陳聰富（2021）。論契約上之要約。《月旦法學雜誌》，312，70-85。<https://doi.org/10.3966/1025593131204>
- 陳聰富（2022）。再論法人自己行為的侵權責任。《月旦法學雜誌》，331，73-87。
- 曾淑瑜（2004）。九十二年刑法增訂妨害電腦使用罪章前後之法律適用。《華岡法粹》，31，123-167。
- 經濟日報（2024年10月23日）。直擊／周杰倫演唱會門票秒殺……網咖客滿 歌迷前一晚入住備戰。<https://money.udn.com/money/story/5648/8310519>
- 蔡甫昌、周昱辰（2021）。臺灣口罩主義對抗武漢肺炎戰記。《人文與社會科學簡訊》，22（4），64-72。

- 蔡聖偉（2015）。不知所「錯」—關於空白構成要件填補規範的錯誤。《月旦法學教室》，156，27-29。 <https://doi.org/10.3966/168473932015100156008>
- 蔡震榮、鄭善印、周佳宥（2019）。《行政罰法逐條釋義》（三版）。新學林。
- 蔡蕙芳（2013）。妨害電腦使用罪章：第一講：保護法益與規範功能。《月旦法學教室》，126，62-72。 <https://doi.org/10.3966/168473932013040126015>
- 謝哲勝（2014）。網路標價的法律性質。《月旦法學教室》，142，15-17。 <https://doi.org/10.3966/168473932014080142004>
- 謝煜偉（2020）。罪刑相當原則與情節輕微條款。《月旦法學教室》，209，26-31。 <http://doi.org/10.3966/168473932020030209007>
- 顏筠展（2023）。比較兩岸防制黃牛票之法律規範研究。《展望與探索》，21（10），32-54。

二、外文文獻

- IRS. *Form 1099-K FAQs: What to do if you receive a Form 1099-K*. <https://www.irs.gov/newsroom/form-1099-k-faqs-what-to-do-if-you-receive-a-form-1099-k>