

【裁判字號】104,判,35

【裁判日期】1040122

【裁判案由】電子遊戲場業管理條例等

【裁判全文】

最 高 行 政 法 院 判 決

104年度判字第35號

上 訴 人 李達緯即萬華電子遊戲場業

訴訟代理人 邱新福 律師

被 上 訴 人 臺北市政府

代 表 人 柯文哲

上列當事人間電子遊戲場業管理條例等事件，上訴人對於中華民國103年9月11日臺北高等行政法院102年度訴更一字第135號判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

一、緣上訴人前經被上訴人核准於臺北市○○區○○街○○○號設立登記，登記之營業項目包括J701010電子遊戲場業。嗣上訴人於民國100年5月4日檢具申請書，向被上訴人申請核發電子遊戲場業營業級別證（營業級別：限制級）。經被上訴人審查，以上訴人於前揭地址設立電子遊戲場業將對周圍環境安寧、治安及善良風俗造成負面衝擊，有礙公共利益之虞為由，爰依電子遊戲場業管理條例第8條及臺北市土地使用分區管制自治條例第95條之1規定，以100年9月14日府產業商字第10032656300號函（下稱前處分）為所請歉難照准之處分。上訴人不服，提起訴願，經訴願決定（下稱前訴願決定）核認，被上訴人並未具體說明上訴人於其營業地址設立電子遊戲場業，究係如何有礙公共安全、衛生、安寧或公共利益之虞，應有判斷理由不備之瑕疵，撤銷前處分，命被上訴人另為適法之處分。被上訴人乃重行審查，核認上訴人之登記資本總額，未達臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例第4條第3款，有關登記實收資本總額應為新臺幣（下同）1億元以上之規定，且其營業場所亦不合同自治條例第5條第1項第2款，應臨接寬度30公尺以上道路，並應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館1,000公尺以上，及同條第3項第2款最小設置單層營業樓地板面積1,000平方公尺以上之規定，於101年7月3日以府產業商字第10133957600號函（下稱原處分）重為本件所請歉難照准之處分。

上訴人仍不服，再提起訴願，經遭駁回，遂提起行政訴訟，經原審法院以101年度訴字第2058號判決撤銷訴願決定及原處分，被上訴人不服提起上訴，經本院以102年度判字第652號判決廢棄原判決，發回原審法院更為審理，原審法院復以102年度訴更一字第135號判決駁回，上訴人猶未服，遂提起本件上訴。

二、上訴人起訴主張：

(一)關於中央法規標準法第18條但書規定之「新法規未廢除或禁止所聲請之事項」，倘若新法規文義上並未廢除或禁止所聲請之事項，只是修正較為嚴格，也就是增加許可之條件，並未全面禁止者，則應解為新法規未廢除或禁止所聲請之事項。上訴人於臺北市申請電子遊戲場業營業級別證之審查依據，於新法規臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例於100年1月10日制定、公布生效前，係以舊法規電子遊戲場業管理條例為其審查依據，臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例較諸電子遊戲場業管理條例對於申請許可事項增加：1.實收資本額增加為1億元以上；2.營業距離限制由50公尺加長為1,000公尺；3.增加電子遊戲場業最小設置單層營業樓地板面積為1,000平方公尺等條件，故關於電子遊戲場業營業級別證之聲請事項，若符合上開新法規所定條件，仍可獲准許而發給營業級別證。故新法規臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例對於級別證之申請事項，並未廢除或禁止，自應依中央法規標準法第18條但書規定，適用有利於該申請人之電子遊戲場業管理條例。

(二)臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例第5條第1項第2規定，電子遊戲場業之營業場所限制級應距離幼稚園、國民中學、高中、職校、醫院、圖書館1,000公尺以上之規定，既任何人均屬不能實現，依行政程序法第111條第3款法理，原處分依新法即屬無效等語，求為判決(一)先位聲明：1.訴願決定及原處分均撤銷；被上訴人對上訴人應作成准予核發之處分；2.被上訴人應給付上訴人224萬元，其中119萬元自起訴狀繕本送達被上訴人之翌日起、105萬自行政訴訟準備(四)狀書狀繕本送達被上訴人之翌日起，均至清償日止，按年息5%計算之利息。(二)備位聲明：1.確認前處分為違法；2.被上訴人應給付上訴人40萬1,936元及自起訴狀繕本送達被上訴人之翌日起至清償日止按年息5%計算之利息。

三、被上訴人則以：

(一)依地方制度法第18條第7款第3目、第26條第4項及第28條規定，直轄市工商輔導及管理屬直轄市自治事項，故在臺北市

經營電子遊戲場業自應符合臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例之相關規定，申請案倘不符本自治條例規定，依法應予駁回。上訴人於100年5月4日申請核發萬華電子遊戲場業營業級別證及辦理相關事項之登記，惟前處分撤銷後回復原審查狀態，處理程序繼續繫屬被上訴人，因前開自治條例已於100年11月10日公布施行，依中央法規標準法第18條及臺北市法規標準自治條例第20條規定，本案涉屬自治條例所禁止之事項，應適用自治條例相關規定審查；又原處分已詳述本件申請案不符自治條例第4條第3款、第5條第1項第2款及第3項第2款規定，核屬自治條例所禁止之事項，應適用自治條例相關規定審查，而無中央法規標準法第18條及臺北市法規標準自治條例第20條但書之事項，上訴人訴稱應適用行爲時舊法規，顯有誤解，原處分駁回上訴人申請，合法妥適。

(二)依行政程序法第111條規定，前處分並無違反專屬管轄，亦非欠缺事務管轄權限，且無重大明顯瑕疵，自非無效之行政處分；且前處分業經經濟部訴願決定撤銷，已不存在，非無效之行政處分；況被上訴人並未接獲上訴人有請求確認前處分爲無效之申請案件，不符行政訴訟法第6條第2項之規定。另上訴人起訴內容將撤銷訴訟、確認訴訟、又追加課予義務訴訟及一般給付訴訟合併請求，上開起訴合法要件各不相同，不得合併主張，且本件撤銷訴訟與確認訴訟理由互相衝突，無法同時存在，合併起訴應不合法等語，資爲抗辯，求爲判決駁回上訴人在原審之訴。

四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：

(一)關於先位訴訟部分：依行政訴訟法第260條第3項規定，受發回或發交之高等行政法院，應以本院所爲廢棄理由之法律上判斷爲其判決基礎，本件於本院102年度判字第652號判決所爲廢棄理由已明確揭示，參諸中央法規標準法第18條、臺北市法規標準自治條例第20條、本院95年度9月庭長法官聯席會議決議及98年度12月第2次庭長法官聯席會議決議意旨可知，新法所增訂之嚴格條件應屬中央法規標準法第18條但書所謂新法規廢除或禁止之事項；又屬地方制度法第18條第7款第3目規定之直轄市自治事項，在不牴觸中央法律前提下，直轄市政府自得對於人民權利以自治條例設定比法律一般規定更嚴格的限制。故上訴人基於其地方自治權限，經其所屬議會審查通過，另於100年11月10日制定公布臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例，則凡於上訴人轄區內申請電子遊戲場業之營業登記者，於上開自治條例施行後，即應受其規範，原審法院自應以前揭本院所爲廢棄理由之法律上判斷

為判決之基礎為由，為其廢棄發回之論據。據此，上訴人登記實收資本額為20萬元，未達上開自治條例第4條第3款所定1億元以上；且其申請營業之地址該街為12.73公尺計畫道路；在其營業場所1,000公尺之範圍內復有醫院及學校，不符自治條例第5條第1項第2款有關限制級電子遊戲場業營業場所應臨接寬度30公尺以上道路，並應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館1,000公尺以上之規定；另依申請書所載其營業場所面積為57.72平方公尺，與同條例第5條第3項第2款有關電子遊戲場業營業面積最小設置單層營業樓地板面積1,000平方公尺以上規定亦有未合。是原處分及訴願決定以上訴人所請不符上開自治條例而予否准，於法並無違誤。上訴人所請均為無理由，應予駁回。

(二)關於備位訴訟部分：先後位訴有附條件之關係，先位之訴無理由，始得就後位之訴為判決。本件上訴人訴請確認前處分為違法，並請求撤銷原處分，兩者之間並無不能併存之情形，上訴人主張兩項聲明為先備位聲明，顯有誤會。又前處分業經前訴願決定撤銷而不存在，被上訴人並已就上訴人之申請案另作成原處分，兩造之爭議在於原處分，上訴人訴請確認前處分為違法，自無確認之利益。綜上，上訴人之主張，為不可採；被上訴人所為原處分，並無違誤為由，因將訴願決定及原處分均予維持，駁回上訴人在原審之訴。

五、上訴人上訴意旨略謂：

(一)依據本院102年度判字第652號判決及102年度裁正字第8號裁定意旨，本院發回原審法院之意旨應為：新法所增訂之嚴格條件，如係基於公益之強制性，主管機關已失裁量空間者，應屬中央法規標準法第18條但書所謂「新法規禁止之事項」。亦即，本件申請案申請事項如係基於公益之強制性，主管機關已失裁量空間者，應屬中央法規標準法第18條但書「新法規禁止之事項」；如非基於公益之強制性，主管機關尚有裁量空間者，即非屬之。是以，原更一審法院自應依行政訴訟法第260條第3項規定，審究本件有無「基於公益之強制性」情狀，詎料，原更一審法院率以應依本院102年度判字第652號判決所為廢棄理由之法律上判斷為基礎一語，而適用新法作出不利於上訴人之判決，又未說明何以未審酌公益之強制性，顯有不適用法規及理由不備之違誤。

(二)又依據被上訴人官方網站之「臺北市特定行業管理資訊網」影本之資訊可知，系爭申請案之行業目前實際上並未禁止，仍開放申請中；又無論修正前後之臺北市土地使用分區管制自治條例第95條之1規定，均是規定被上訴人認為有違環境

保護法令或公益時，得禁止之，而非應禁止，可見是有裁量空間；另觀諸臺中市、花蓮縣、臺南市、南投縣、基隆市及澎湖縣政府等之電子遊戲場業管理自治條例均有過渡期間規定，且皆訂有不溯及既往條款，可見電子遊戲場業若屬禁止申設之行業，焉有訂不溯及既往條款，聽任該禁止申設行業繼續存在之理，可見系爭申設事項並非應禁止事項，其有裁量的空間。綜上可得，本件如予審酌，即可知並無基於公益之強制性，且應有裁量之空間。

(三)本件申請案之申請事項非屬應禁止事件。法務部前於102年4月9日函復行政院法規會有關中央法規標準法第18條但書之禁止與限制界線之釐清疑義乙案，即表示：中央法規標準法第18條但書「新法規廢除或禁止事項」須申請事件本身已不再被允許，例如電子遊戲場業或殯葬設施已不再允許發放執照，則可認定係廢除或禁止事項，若新舊法間僅係要件較為嚴格，或申請資格條件有所變更，此並非廢除或禁止事項。益證電子遊戲場業並非廢除或禁止事項。再者，被上訴人於99年7月8日修正「臺北市土地使用分區附條件允許使用核准標準」第2條意旨，係將使用組別第32組娛樂服務業第5目電動玩具店（即電子遊戲場業）設立於第四種商業區應附條件允許使用（其核准條件為：一．設置地點應臨接寬度30公尺以上之道路。二．應距離各級公私立學校、幼稚園、醫院、圖書館、紀念性建築物等1000公尺以上。…），修正為允許使用(未添加核准條件)。另被上訴人於100年7月22日將原「臺北市土地使用管制規則」再修正為「臺北市土地使用管制自治條例」後，亦同為允許第四種商業區供電子遊戲場使用無需附條件，益徵修法旨意絕非禁止電子遊戲場業設立。是本件申請案之申請事項非屬應禁止事件。其次，100年11月10日制定公布之臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例就該營業級別證申請事項，並未予廢除或禁止；又該自治條例第1條明定臺北市為「管理」電子遊戲場業，特制定該自治條例，足證新法規臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例對於系爭電子遊戲場業營業級別證申請事項，係管理立場，亦非立於廢止或禁止立場。綜上，又該自治條例對於營業級別證申請許可事項，增加舊法規電子遊戲場業管理條例所無之條件，故舊法規較有利於上訴人。準此，本件固有中央法規標準法第18條但書之適用，被上訴人適用新法規臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例否准系爭營業級別證申請，適用法規顯有錯誤。而原判決又未予指摘，顯有不適用法規、適用不當及不備理由之違誤等語，求為判決(一)先位聲明：

1.原判決廢棄，訴願決定及原處分均撤銷；被上訴人對上訴人應作成准予核發之處分；2.被上訴人應給付上訴人224萬元，其中119萬元自起訴狀繕本送達被上訴人之翌日起、105萬自行政訴訟準備(四)狀書狀繕本送達被上訴人之翌日起，均至清償日止，按年息5%計算利息。(二)備位聲明：1.原判決廢棄，確認前處分為違法；2.被上訴人應給付上訴人40萬1,936元及自起訴狀繕本送達被上訴人之翌日起至清償日止按年息5%計算利息。

六、本院按：

(一)「下列各款為直轄市自治事項；……七、關於經濟服務事項如下：……(三)直轄市工商輔導及管理。……」地方制度法第18條第7款第3目定有明文。又「電子遊戲場業經依法辦妥公司或商業登記後，應填具申請書……向直轄市、縣(市)主管機關申請核發電子遊戲場業營業級別證及辦理下列事項之登記，始得營業：一、電子遊戲場業之名稱。二、營業級別。三、機具類別。四、電子遊戲場業為公司組織者，其代表人；為商業組織者，其負責人。五、營業場所管理人。六、營業場所之地址及面積。」電子遊戲場業管理條例第11條第1項定有明文。又「申請電子遊戲場業營業級別證，其申請人應符合下列資格：……三、公司或商業之登記實收資本額應為新臺幣一億元以上。」、「(第1項)電子遊戲場業之營業場所應符合下列規定：……二、限制級：應臨接寬度三十公尺以上道路，並應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館一千公尺以上。……(第3項)電子遊戲場業營業場所面積應符合下列規定：……二、電子遊戲場業最小設置單層營業樓地板面積一千平方公尺以上。」臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例第4條第3款、第5條第1項第2款、第3項第2款亦規定甚明。

(二)「各機關受理人民聲請許可案件適用法規時，除依其性質應適用行為時法規外，如在處理程序終結前，據以准許之法規有變更者，適用新法規。但舊法規有利於當事人而新法規未廢除或禁止所聲請之事項者，適用舊法規。」、「市政府各機關受理人民申請許可案件適用市法規時，除依其性質應適用行為時之法規外，如在行政處理程序終結前，據以准許之法規有變更者，適用新法規。但舊法規有利於當事人，而新法規未廢除或禁止所申請之事項者，適用舊法規。」中央法規標準法第18條及臺北市法規標準自治條例第20條分別定有明文，且均係宣示於行政程序進行中，相關法規有所變更時，原則上應適用處理程序終結時有效之新法規（即從新原則

）；但若舊法規有利於當事人，而新法規未廢除或禁止當事人所聲請之事項時，依該條但書之規定，則應適用舊法規（即從優原則）；又該條文所謂「處理程序」僅限於「行政程序進行中」而不及於爭訟程序，本院62年判字第507號著有判例。

(三)「……參照補償條例於89年12月15日增訂第5條第1項但書之立法理由……再參照86年5月14日增訂公布之臺灣地區與大陸地區人民關係條例第26條之1第2項規定之立法理由……兩項立法理由一為公平原則，一為臺灣地區之金融安定，兩者均係基於公益之考量，具有強制性，非僅止於權利之限制而已，基於法規範之整體目的性解釋，補償條例第5條第1項但書之增訂應屬中央法規標準法第18條但書所謂『新法規廢除或禁止之事項』，本件某甲之申請超過200萬元部分既已為新法所禁止，自非中央法規標準法第18條但書應適用舊法規之情形，是本件應適用新法規即89年12月15日增訂公布之補償條例第5條第1項但書規定，而受補償總額不得超過200萬元之限制。」業經本院95年度9月庭長法官聯席會議決議在案。又「……揆諸土石採取法第48條立法理由所揭櫫之維護自然環境及強制使用者付費原則可知，不負擔環境維護費之公課而採取土石之情形，顯為立法者基於重大公益之考量，而以新法禁止之事項，即屬中央法規標準法第18條但書所謂『新法規禁止之事項』。故本件申請案件之許可，依中央法規標準法第18條規定意旨，不得適用雖較有利於申請人但已為新法所禁止之土石採取規則（舊法）相關許可規定，而應以處理程序終結時有效之土石採取法（新法）作為許可之法律依據。……」亦經本院98年度12月第2次庭長法官聯席會議決議在案。可知新法所增訂較舊法之嚴格條件，如係基於公益之強制性，主管機關已失裁量空間者，應屬中央法規標準法第18條但書所謂「新法規禁止之事項」。

(四)關於縣（市）工商輔導及管理，乃屬地方制度法第18條第7款第3目規定之直轄市自治事項，對此自治事項，在不牴觸中央法律之前提下，直轄市政府自得對於人民權利以自治條例設定比法律一般規定更嚴格的限制。本件上訴人提出申請時之電子遊戲場業管理條例第8、9、10條雖僅規定：「電子遊戲場申請設立時，其營業場所應符合下列規定：一、營業場所位於實施都市計畫地區者，應符合都市計畫法及都市土地使用分區管制之規定；於非都市計畫地區者，應符合區域計畫法及非都市土地使用管制之規定。二、營業場所建築物之構造、設備，應符合建築法令之規定。三、營業場所之消

防安全設備，應符合消防法令之規定。」、「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上。前項距離以二建築基地境界線最近二點作直線測量。」、「經營電子遊戲場業，應辦理公司或商業登記；其公司或商號之名稱及營業項目，應列明為電子遊戲場業。前項名稱規定，於公司或商號申請增加電子遊戲場業之營業項目變更登記時，亦適用之。」但被上訴人基於其地方自治權限，為因地制宜，依據其轄區特性，並經其所屬議會審查通過，另於100年11月10日制定公布臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例。則凡於被上訴人轄區內申請電子遊戲場業之營業登記者，於上開自治條例施行後，即應受其規範。而上開臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例第4條第3款、第5條分別規定「申請電子遊戲場業營業級別證，其申請人應符合下列資格：...三、公司或商業之登記實收資本額應為新臺幣一億元以上。」、「（第1項）電子遊戲場業之營業場所應符合下列規定：...二、限制級：應臨接寬度三十公尺以上道路，並應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館一千公尺以上。（第2項）前項規定之臨接道路，以營業場所之主要出入口為認定基準；前項規定之距離，以二建築基地境界線最近二點作直線測量。（第3項）電子遊戲場業營業場所面積應符合下列規定：...二、電子遊戲場業最小設置單層營業樓地板面積一千平方公尺以上。」其第4條之立法意旨係認：「一、電子遊戲場業對於社會安寧、善良風俗、公共安全、市民身心健康有一定程度影響，為避免電子遊戲場業良莠不齊，造成劣幣驅逐良幣及引發社會問題，經評估後認為宜採循序漸進、局部、階段性開放方式，並就設置地點、營業主體及資本額、營業場所樓地板面積等加以限制。二、大型購物中心或大型百貨業營業時間固定，空間寬敞、乾淨、明亮、有禁菸及容留管制措施，並有保全人員執行門禁，整體管理上較為完善，故評估認為電子遊戲場業宜開放於大型購物中心或大型百貨業設置。惟為避免其他業者以向大型購物中心或大型百貨業承租樓層方式經營，以及資本額過低，易有虛設行號之虞，故明定申請人資格及實收資本額之限制。三、為明確營業主體資格條件供業者遵循，及因應公司之營業項目可採概括條款方式登記，爰明訂其營業項目應具體明列。」；第5條之立法意旨則認：「一、電子遊戲場業對於社會安寧、善良風俗、公共安全、市民身心健康有一定程度影響，故對設置地點、營業樓地板面積等加以限制，以達局部、階段性開放之目的。二、考量臺北

市地狹人稠，且全市幼稚園、中小學等將近七百所，在營業主體、資本額及營業場所樓地板面積等均已設限之情況下，爰參酌『電子遊戲場業管理條例』第九條規定，明定普通級電子遊戲場業應距離學校、醫院等五十公尺以上。三、限制級電子遊戲場業，因擺設機檯為娛樂類或鋼珠類，涉及較多暴露、暴力、血腥及恐怖畫面，且具有射倖性功能，甚至被利用從事賭博行為，而衍生許多社會問題，故其設置地點應距離學校、醫院等一千公尺以上。四、為避免業者採承租樓層或門牌分戶方式經營電子遊戲場業，造成虛設行號或單一樓層登記數間電子遊戲場業造成執行管理之困擾，故明定營業樓地板面積之限制。」可知，臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例上開規定均係基於公益之目的，所為之強制性規定。

(五)關於上訴人於原審所提先位之訴部分：查上訴人登記實收資本額為20萬元，未達上開自治條例第4條第3款所定1億元以上；且其申請營業之地址為臺北市○○街○○○號，該街為12.73公尺計畫道路；在其營業場所1,000公尺之範圍內復有醫院（國立臺灣大學醫學院附設醫院北護分院、財團法人臺灣省私立臺北仁濟院附設仁濟醫院）及學校（福星國小、西門國小、老松國小、雙園國小、南門國小、龍山國小、龍山國中、南門國中、私立立人高中、市立圖書館龍山分館、西園分館、柳鄉民眾閱覽室、西門智慧圖書館及藝術暨視聽資料中心），不符同條例第5條第1項第2款有關限制級電子遊戲場業營業場所應臨接寬度30公尺以上道路，並應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館1,000公尺以上之規定；另依上訴人申請書所載，其營業場所面積為57.72平方公尺，與同條例第5條第3項第2款有關電子遊戲場業營業面積最小設置單層營業樓地板面積1,000平方公尺以上之規定亦有未合等情，為原審所確定之事實。原判決因認本件上訴人所請不符上開自治條例規定而予否准，於法並無違誤，訴願決定予以維持，亦無不合。上訴人訴請撤銷，並請求判令被上訴人應就其申請作成准予核發萬華電子遊戲場業營業級別證之處分，均為無理由，應予駁回。上訴人請求撤銷違法行政處分之主張既非可採，其合併請求因違法行政處分所受之損害賠償，亦屬無據，應併予駁回，經核與證據法則、論理法則並無不合，亦無判決不適用法規、適用不當或判決不備理由之違法。

(六)關於上訴人於原審所提備位之訴部分：按主觀預備合併之訴雖屬複數之訴，該數個請求於起訴時發生訴訟繫屬，仍以先

位之訴有理由為備位之訴解除條件，先位之訴無理由為備位之訴之停止條件（最高法院98年度台抗字第744號裁定參照），易言之，所謂訴之預備合併，通常固指原告預防其提起之訴訟為無理由，而同時提起不能並存之他訴為備位，以備先位之訴無理由時，可就備位之訴獲得有理由之判決之訴之合併而言（最高法院95年度台抗字第184號裁定參照）。查本件上訴人於原審所為備位之聲明為：(1)確認前處分否准原告（即上訴人）於100年5月4日申請萬華電子遊戲場業營業級別證之行政處分違法。(2)被告（即被上訴人）應給付原告40萬1,936元及自起訴狀繕本送達被告之翌日起至清償日止按年息5%計算之利息。其所謂「前處分」係指被上訴人於100年9月14日府產業商字第10032656300號函所為歉難照准之處分，核與先位聲明請求撤銷之「原處分」不同，揆諸前揭說明，要無主張兩項聲明為先備位聲明可言，從而，上訴人所提兩項聲明，僅是單純之合併之訴。惟按「確認行政無效及確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之。其確認已執行而無回復原狀可能之行政處分或已消滅之行政處分違法之訴訟，亦同。」行政訴訟法第6條第1項定有明文。經查上訴人於100年5月4日向被上訴人申請核發電子遊戲業營業級別證，經被上訴人以前處分否准，上訴人不服提起訴願，經訴願決定撤銷前處分，命被上訴人重為處分，被上訴人重行審查，仍為否准之原處分，原判決以前處分業經訴願決定撤銷而不存在，且被上訴人已就上訴人之申請作成原處分，上訴人亦已提起先位聲明，請求撤銷原處分，可知，上訴人備位聲明合併請求確認前處分違法，顯無確認之利益，認其備位聲明之訴，亦為無理由，不應准許，而其備位聲明合併請求因前處分違法之損害賠償，亦失所附麗，亦應併予駁回，核無不合。

(七)未按臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例，基於地方自治之需要，對於電子遊戲場業營業級別證之申請條件增加實收資本額、臨接道路寬度、距離學校等之距離、營業場所全棟樓地板面積、最小單層營業樓地板面積等特別規定，即係基於公益之強制性所加之限制，申請人之申請如不符上開自治條例之申請條件，即屬上開自治條例所禁止之事項，主管機關自無裁量空間。上訴意旨指稱臺中市、花蓮縣、臺南市、南投縣、基隆市及澎湖縣政府等之電子遊戲場業管理自治條例均有過渡期間規定，且皆訂有不溯及既往條款，可見電子遊戲場業若屬禁止申設之行業，焉有訂不溯及既往條款，聽

任該禁止申設行業繼續存在之理，可見系爭申設事項並非應禁止事項，其有裁量的空間云云，殊不足採。

(八)上訴人其餘訴稱各節，乃上訴人以其對法律上見解之歧異，就原審取捨證據、認定事實之職權行使，指摘其為不當，均無可採。綜上所述，上訴意旨指摘原判決違誤，求予廢棄，難認有理由，應予駁回。

七、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第255條第1項、第98條第1項前段，判決如主文。

中 華 民 國 104 年 1 月 22 日

最高行政法院第四庭

審判長法官 侯 東 昇

法官 江 幸 垠

法官 沈 應 南

法官 楊 得 君

法官 闕 銘 富

以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

中 華 民 國 104 年 1 月 23 日

書記官 邱 彰 德