
總統府公報

第 7255 號

中華民國 105 年 7 月 13 日 (星期三)

目 次

壹、總統令

- 一、任免官員.....2
- 二、明令褒揚.....8

貳、總統及副總統活動紀要

- 一、總統活動紀要.....9
- 二、副總統活動紀要.....11

參、司法院令

轉載

- 司法院大法官議決釋字第 738 號解釋.....12

總統令

總統令 中華民國 105 年 7 月 5 日

任命汪漢源、查岱明為外交部簡任第十二職等參事回部辦事，陳首翰、侯明彰、陶令文、張必強、張自信為外交部簡任第十一職等專門委員，陳啟嘉、黃世昌、陳家彥、陳錦玲、陳盛鵬為外交部簡任第十一職等副參事回部辦事，莊麗馨為外交部簡任第十一職等副司長。

任命程其蘅為駐挪威簡任第十四職等大使，湯繼仁為駐多明尼加共和國簡任第十四職等大使，沈真宏為駐布吉納法索簡任第十三職等大使，廖港民為駐阿曼簡任第十四職等大使，項恬毅為駐科威特簡任第十四職等大使，陳文儀為駐馬紹爾群島共和國簡任第十四職等大使。

任命葉仁成為財政部關務署簡任第十職等關務監稽核，許綉滿為財政部關務署高雄關簡任第十職等關務監主任，陳木生為財政部關務署高雄關簡任第十職等關務監稽核。

任命宋宏日為國立中央大學簡任第十職等秘書。

任命陳祝秀、陳淑惠、林千媛、李名玉為衛生福利部中央健康保險署簡任第十職等專門委員。

任命陳志銘為臺北市政府簡任第十二職等參事，孟旭華為臺北市政府秘書處簡任第十職等專門委員。

任命王文翠為高雄市政府文化局簡任第十一職等副局長。

任命黃宣瑜、鄭傑竑、謝仁淮、黃麒穆、林昭伶、林雨潔、李家儀為薦任公務人員。

任命黃俊偉為薦任公務人員。

任命鄭傑仁、林文德、林鈺榕、李明樺、何明俊、簡志郎、王文華、余佳仁、林德信、溫敏璇、李依璇、余佳田、黃美媛、陳偉民、陳勇在、林其玉、陳春月、蘇敬樸、林炯霖、王紫懿、楊明仁為薦任公務人員。

任命顧慧娥、張錦昇為薦任公務人員。

任命張毓芬、邱大源為薦任公務人員。

任命林月蓉、李玉華、王峻宏、陳鳳怡、姜國駒、蔡紫凌、呂苗激、羅天俊、劉香伶、陳靜怡為薦任公務人員。

任命林怡寧、朱淑滿、張一觀、吳甄羚、鄭雅萍、劉佳雯為薦任公務人員。

任命陳品樺、許鎧璿為薦任公務人員。

派許靜芬為薦派公務人員。

總 統 蔡英文
行政院院長 林 全

總統令 中 華 民 國 1 0 5 年 7 月 5 日

任命林思蜀、張乃元、蔡左恒、李英傑、利志洲為警正警察官。

總 統 蔡英文
行政院院長 林 全

總統令 中 華 民 國 1 0 5 年 7 月 6 日

第 6 屆臺灣省諮議會諮議員並指定為諮議長李源泉已准辭職，應予免職。

此令自中華民國 105 年 7 月 1 日生效。

總 統 蔡英文
行政院院長 林 全

總統令 中華民國 105 年 7 月 6 日

特派許虞哲兼任亞洲開發銀行及中美洲銀行理事。

總 統 蔡英文
行政院院長 林 全

總統令 中華民國 105 年 7 月 6 日

特派伍錦霖為 105 年公務人員高等考試一級暨二級考試典試委員長。

總 統 蔡英文
行政院院長 林 全

總統令 中華民國 105 年 7 月 6 日

任命陳子偉為行政院農業委員會動植物防疫檢疫局基隆分局簡任第十職等副分局長。

任命王昭舉為國軍退除役官兵輔導委員會退除役官兵職業訓練中心簡任第十二職等主任。

任命趙秋瀛為國軍退除役官兵輔導委員會簡任第十二職等處長，鄭陽光為國軍退除役官兵輔導委員會簡任第十職等秘書，陳靜如為國軍退除役官兵輔導委員會簡任第十一職等副處長，簡世峰為國軍退除役官兵輔導委員會清境農場簡任第十一職等場長。

任命呂世壹為行政院人事行政總處簡任第十一職等秘書。

任命曾文方為國家通訊傳播委員會簡任第十職等技正。

任命林春吟為新北市政府研究發展考核委員會簡任第十職等專門委員。

任命白智榮為臺中市政府簡任第十職等權理簡任第十二職等參事，黃惠敏為臺中市政府資訊中心簡任第十職等主任。

任命李良珠為南投縣政府簡任第十職等處長。

任命黃玉霜為雲林縣政府簡任第十一職等秘書長。

任命楊松年、翁利芳為基隆市政府簡任第十一職等處長。

任命楊肅凱為金門縣消防局簡任第十一職等局長。

任命蔣繼寬、黃琮煥、李明達、莊明錡、許恆瑜為薦任公務人員。

任命林天仁、薛富陽、吳仲霖、柯翔幃、楊侑霖為薦任公務人員。

任命林志信、童玉瑤為薦任公務人員。

任命歐陽德全為薦任公務人員。

任命王康婷雅為薦任公務人員。

任命曾詩婷、劉柏蓉、許惠婷、黃奕叡、劉玲君、劉玉秋為薦任公務人員。

任命張惠君、劉育昇、吳品樺、楊筱涵、黃美芳、曾瓊萱為薦任公務人員。

任命許喬茹、李怡萱、王幼蘭、周建鑫、黃薇陵、黃姿華、邵筠喬、游毓君、陳淑滿、孫穎芬、石森櫻、陳煌甫為薦任公務人員。

任命林育丞為薦任公務人員。

任命潘珮榆為薦任公務人員。

任命陳媿凡、徐郁菁、江銘書、胡睿恩、龍明潭、張仁智、陳伊柔、郭鎮瑋為薦任公務人員。

任命江美珍、邱麗妹、曾至浩為薦任公務人員。

任命陳韻如為薦任公務人員。

任命胡順益、吳崇岳、莊雅閔為薦任公務人員。
任命王志菁、王明正、黃炫儒為薦任公務人員。
任命邱立筑為薦任公務人員。
任命王原璋為薦任公務人員。
任命莊恭旭為薦任公務人員。
任命陳崑福為薦任公務人員。

總 統 蔡英文
行政院院長 林 全

總統令 中 華 民 國 1 0 5 年 7 月 6 日

任命林志緯為警正警察官。

總 統 蔡英文
行政院院長 林 全

總統令 中 華 民 國 1 0 5 年 7 月 7 日

任命李步青、何慶春、劉漢清、阮湘婷、劉昶成、楊慶輝、黃莉芳、張俊裕、楊滿倉為外交部簡任第十職等專門委員，錢冠州為外交部簡任第十職等秘書，王良玉、蘇炳洋為外交部簡任第十一職等副參事回部辦事，黃志揚為外交部簡任第十職等副參事回部辦事，蘇耿誠以簡任第十一職等為外交部領事事務局簡任第十職等副組長，張惟忠為外交部領事事務局簡任第十職等秘書，蕭如雄為外交部領事事務局簡任第十職等副主任，黃清雄、王明文、黃志鵬為外交部外交及國際事務學院簡任第十四職等大使回部辦事，洪中明、程文玲為外交部外交及國際事務學院簡任第十職等組長。

任命莊通源為財政部關務署高雄關簡任第十職等關務監稽核。

任命湯美珍為國立新竹教育大學簡任第十職等秘書。

任命紀淑滿為審計部簡任第十職等稽察。

任命龔俊祐、高子芸、陳思卉、郭明嘉、沈霽為薦任公務人員。

任命陳琬菁、翁敏鈺為薦任公務人員。

任命林佳慧、張雅雲、劉至曜為薦任公務人員。

任命張舜傑、陳立宗、林潔怡、李世為、李敏綺、李政文、鄭綺雯、
陳昭齡、蔡淑雅、王毓嬪、楊婷婷為薦任公務人員。

任命賴佳慧為薦任公務人員。

任命陳真芳、畢家銘為薦任公務人員。

任命曾惠珍為薦任公務人員。

任命李自立、李英華、張筱玫、洪旭南、楊伊莉為薦任公務人員。

派廖盛裕為薦派公務人員。

任命林義傑、劉麗英、李華倫、李文龍、楊振宗、胡才美、蔡亦鈞、
蔡明株、廖建興、林靜慧、鍾小屏為薦任公務人員。

任命陳德池為法官。

總 統 蔡英文
行政院院長 林 全

總統令 中 華 民 國 1 0 5 年 7 月 7 日

任命范振國、王俊傑、廖偉成、林志誠、莊棟樑、蔡光陽、陳宏宜、
吳宗哲、李世雄、汪憲祈、李孟穎、鄧其發、陳建章、劉惠明、劉望文、
劉坤育、劉偉男、林哲慶為警正警察官。

總 統 蔡英文
行政院院長 林 全

總統令

中華民國 105 年 7 月 7 日
華總二榮字第 10500072110 號

國立臺灣大學教授林東明，量宏學粹，質樸沖簡。少歲負笈東渡，獲日本醫科大學學士暨醫學博士學位，砥淬奮志，卓然有成。邁返出任臺灣省衛生試驗所技正與臺灣血清疫苗製造所技師兼主任，嗣膺聘臺灣大學公共衛生研究所副教授、教授等職，健全疫苗製造接種，精進傳染病防疫評估；深化公衛專業領域，屢拓學術發展範疇；提攜啟迪秀異學子，培養獨立思辯能力，沉潛濬淪，厚生惠民；育才敷教，棧樸流詠。長期投身流行病學鑽研，推動與美日學者合作，進行跨國癌症解析，防微慮遠，救疾恤患；擎天架海，明效觀成。公餘潛心撰述，先後於國內外學術期刊發表六十餘篇論文，亦為美國腫瘤學鉅著所引用，昌明醫理，遐邇著聞。退休後賡續從事教學研究，復獲聘臺灣大學公共衛生學院首位名譽教授榮銜，聲稱籍甚，斗山望隆。綜其生平，宗匠陶鈞一集清采於杏壇，鴻猷前緒一揚懋績於蓬島，盛德儀範，簡書聿昭。遽聞松喬溘逝，悼惜彌殷，應予明令褒揚，用示政府崇禮賢彥之至意。

總 統 蔡英文
行政院院長 林 全

總統令

中華民國 105 年 7 月 7 日
華總二榮字第 10500072120 號

資深戲劇家貢敏，軒闢秀異，朗暢高華。幼歲過庭承訓，劇曲薰沐啟迪；及長投身國民軍話劇隊，揮志宿心，頭角崢嶸。迺以中

原板蕩，隨政府播遷來臺，卒業現政治作戰學校影劇系。於中國製片廠任職期間，體現剪接配音專技，沉潛劇務編導事宜，作品含跨新聞片、紀錄片、軍教片暨劇情長片，感悟精專，豐贍多元；懷忠彰義，勵眾匡時。嗣國立國光劇團成立，膺聘出任藝術總監，持秉「京劇本土化」理念，豐厚民間傳說題材，尤以「臺灣三部曲」—《媽祖》、《鄭成功與臺灣》、《廖添丁》等經典佳作稱頌，復編著《中華現代文學大系—戲劇卷》，允為臺灣新編京劇之重要推手，弮中彪外，茹古涵今，素有戲曲界「活字典」、「百寶書」交譽。曾獲頒金馬獎最佳紀錄片獎、中國文藝獎章話劇編劇獎、國家文藝獎戲劇類電視劇本獎、中山文藝創作獎電影劇本獎暨編劇協會魁星獎等殊榮，蜚英騰茂，楚璧隋珍。綜其生平，恢弘曲目評論研究絕學，開拓本土戲劇創作新域，才兼文雅，藝苑英流；遺風墜緒，卷帙傳芳。遽聞溘然長辭，曷深軫悼，應予明令褒揚，用示政府篤念耆賢之至意。

總 統 蔡英文
行政院院長 林 全

總統活動紀要

記事期間：

105 年 7 月 1 日至 105 年 7 月 7 日

7 月 1 日（星期五）

- 「英翔專案」一出訪巴拿馬及巴拉圭兩友邦

7月2日（星期六）

- 結束「英翔之旅」—返抵國門發表談話說明此行之成果與收穫並針對雄三飛彈誤射翔利昇號漁船向家屬表達哀悼之意（桃園市大園區桃園國際機場）

7月3日（星期日）

- 無公開行程

7月4日（星期一）

- 蒞臨「105年三軍五校院聯合畢業典禮」校閱三軍儀隊、頒發畢業證書、授階、頒獎、致詞並與畢業生與家屬共進午餐（高雄市鳳山區中華民國陸軍軍官學校）
- 偕同副總統伉儷宴請「中央研究院第32次院士會議全體院士伉儷」致詞並和與會貴賓舉杯預祝會議圓滿成功（臺北市信義區寒舍艾美酒店）

7月5日（星期二）

- 接見「臺北市中山國民小學身障資源班師生及家長」一行

7月6日（星期三）

- 無公開行程

7月7日（星期四）

- 視察「中央災害應變中心」聽取颱風簡報（尼伯特）、瞭解各級政府機關因應防災工作準備情形、指示相關部會嚴陣以待並與現場人員一一握手致意（新北市新店區中央災害應變中心）
- 接見法國國民議會副議長戴扈傑（François de Rugy）訪問團一行

副總統活動紀要

記事期間：

105 年 7 月 1 日至 105 年 7 月 7 日

7 月 1 日（星期五）

- 蒞臨「高鐵南港站通車典禮」致詞（臺北市南港區高鐵南港站）
- 接見德國國會「環境、自然保護與核能安全委員會」主席霍恩（Bärbel Höhn）等一行

7 月 2 日（星期六）

- 無公開行程

7 月 3 日（星期日）

- 無公開行程

7 月 4 日（星期一）

- 蒞臨「中研院第32次院士會議」開幕典禮致詞（臺北市南港區中央研究院）
- 偕夫人陪同總統宴請「中央研究院第32次院士會議全體院士伉儷」（臺北市信義區寒舍艾美酒店）

7 月 5 日（星期二）

- 無公開行程

7 月 6 日（星期三）

- 無公開行程

7 月 7 日（星期四）

- 主持「國家年金改革委員會」第 3 次委員會議（臺北市中正區國家發展委員會）

附 錄

(轉載司法院大法官議決釋字第 738 號解釋)

司法院釋字第七三八號解釋抄本



司法院公布令	1
解釋文及解釋理由書	1
蘇大法官永欽提出，陳大法官春生加入之協同意見書	9
黃大法官茂榮提出之協同意見書	20
林大法官俊益提出之協同意見書	22
葉大法官百修提出之部分不同意見書	31
羅大法官昌發提出之部分不同意見書	47
蔡大法官明誠提出，黃大法官虹霞加入之部分不同意見書	60
陳大法官新民提出之不同意見書	84
湯大法官德宗提出，黃大法官虹霞加入之不同意見書	114
黃大法官虹霞提出之不同意見書	131



解 釋



司法院 令

發文日期：中華民國105年6月24日

發文字號：院台大二字第1050016544號

公布本院大法官議決釋字第七三八號解釋

附釋字第七三八號解釋

院長 賴 浩 敏

司法院釋字第七三八號解釋

解釋文

電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點第二點第一款第一目規定電子遊戲場業之營業場所應符合自治條例之規定，尚無牴觸法律保留原則。臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例第五條第一項第二款規定：「電子遊戲場業之營業場所應符合下列規定：……二 限制級：……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。」臺北縣電子遊戲場業設置自治條例第四條第一項規定：「前條營業場所（按指電子遊戲場業營業場所，包括普通級與限制級），應距離國民中、小學、高中、職校、醫院九百九十公尺以上。」（已失效）及桃園縣電子遊

戲場業設置自治條例（於中華民國一〇三年十二月二十五日公告自同日起繼續適用）第四條第一項規定：「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院八百公尺以上。」皆未違反憲法中央與地方權限劃分原則、法律保留原則及比例原則。惟各地方自治團體就電子遊戲場業營業場所距離限制之規定，允宜配合客觀環境及規範效果之變遷，隨時檢討而為合理之調整，以免產生實質阻絕之效果，併此指明。

解釋理由書

人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權所保障之內涵。人民如以從事一定之營業為其職業，關於營業場所之選定亦受營業自由保障，僅得以法律或法律明確授權之命令，為必要之限制，惟若僅屬執行法律之細節性、技術性次要事項，得由主管機關發布命令為必要之規範，而無違於憲法第二十三條法律保留原則之要求，迭經本院解釋在案（本院釋字第四四三號、第七一六號及第七一九號解釋參照）。又憲法規定我國實施地方自治。依憲法第一百十八條及憲法增修條文第九條第一項規定制定公布之地方制度法，為實施地方自治之依據。依地方制度法第二十五條及第二十八條第二款規定，地方自治團體得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，以自治條例規範居民之權利義務，惟其內容仍不得牴觸憲法有關中央與地方權限劃分之規定、法律保留原則及比例原則。

電子遊戲場業管理條例第十一條第一項第六款規定：「電子遊戲場業……，應……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：……六、營業場所之地址及面積。」經濟部為電子遊戲場業管理條例之中央主管機關（同條例第二條參照），本於主管機關權責修正發布之電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點第二點第一款第一目規定：「申請作業程序：電子遊戲場業……，申請電子遊戲場業營業級別證或變更登記，應符合下列規定：（一）營業場所 1. 符合……自治條例……規定。」（下稱系爭規定一）僅指明申請核發上開級別證或變更登記應適用之法令，為細節性、技術性之規定，是系爭規定一尚未牴觸法律保留原則。惟各地方自治團體所訂相關自治條例須不牴觸憲法、法律者，始有適用，自屬當然。

憲法於第十章詳列中央與地方之權限；第一百零八條第一項第三款規定：「左列事項，由中央立法並執行之，或交由省縣執行之：……三 森林、工礦及商業。」第一百十條第一項第十一款復規定：「左列事項，由縣立法並執行之：……十一 其他依國家法律及省自治法賦予之事項。」另於第一百十一條明定如有未列舉事項發生時，其事務有全國一致之性質者屬於中央，有一縣性質者則屬於縣之均權原則，藉以貫徹住民自治、因地制宜之垂直分權理念。由於現代國家事務多元複雜，有時不易就個別領域為明確劃分，亦不乏基於國家整體施政之需要而立法課予地方協力義務之事項（本院

釋字第五五〇號解釋參照)。若中央就前開列舉事項立法賦予或課予地方執行權責，或地方就相關自治事項自行制定自治法規，其具體分工如有不明時亦均應本於前開均權原則而為判斷，俾使中央與地方自治團體在垂直分權之基礎上，仍得就特定事務相互合作，形成共同協力之關係，以收因地制宜之效，始符憲法設置地方自治制度之本旨（本院釋字第四九八號解釋參照）。準此，中央為管理電子遊戲場業制定電子遊戲場業管理條例，於該條例第十一條賦予地方主管機關核發、撤銷及廢止電子遊戲場業營業級別證及辦理相關事項登記之權，而地方倘於不牴觸中央法規之範圍內，就相關工商輔導及管理之自治事項（地方制度法第十八條第七款第三目、第十九條第七款第三目參照），以自治條例為因地制宜之規範，均為憲法有關中央與地方權限劃分之規範所許。

又自治法規除不得違反中央與地方權限劃分外，若涉人民基本權之限制，仍應符合憲法第二十三條之法律保留原則。就此，憲法第一百十八條就直轄市之自治，委由立法者以法律定之；嗣憲法增修條文第九條亦明定省、縣地方制度以法律定之。地方制度法乃以第二十五條規定：「直轄市、縣(市)、鄉(鎮、市)得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，制定自治法規。」第二十八條第二款規定：「下列事項以自治條例定之：……二、創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務者。」基此，地方自治團體倘就其自治事項或依法律及上級法規之授權，於合理範圍內以自治條例限制居民之基本權，與憲法第二十三條所規定之法律保留原則亦尚

無牴觸。

臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例第五條第一項第二款規定：「電子遊戲場業之營業場所應符合下列規定：……二 限制級：……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。」(下稱系爭規定二)臺北縣電子遊戲場業設置自治條例(一〇一年十二月二十五日臺北縣改制為新北市時繼續適用；後因期限屆滿而失效)第四條第一項規定：「前條營業場所(按指電子遊戲場業營業場所，包括普通級與限制級)，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院九百九十公尺以上。」(下稱系爭規定三)桃園縣電子遊戲場業設置自治條例(一〇三年十二月二十五日公告自同日起繼續適用)第四條第一項規定：「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院八百公尺以上。」(下稱系爭規定四)均涉及電子遊戲場業營業場所之規範，屬工商輔導及管理之事項，係直轄市、縣(市)之自治範圍，自非不得於不牴觸中央法規之範圍內，以自治條例為因地制宜之規範。前揭電子遊戲場業管理條例第九條第一項有關電子遊戲場業營業場所應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上之規定，即可認係法律為保留地方因地制宜空間所設之最低標準，並未禁止直轄市、縣(市)以自治條例為應保持更長距離之規範。故系爭規定二、三、四所為電子遊戲場業營業場所應距離國民中、小學、高中、職校、醫院一千公尺、九百九十公尺、八百公尺以上等較嚴格之規定，尚難謂與中央與地方權限劃分原則有違，其對人民

營業自由增加之限制，亦未逾越地方制度法概括授權之範圍，從而未牴觸法律保留原則。至系爭規定二另就幼稚園、圖書館，亦規定應保持一千公尺距離部分，原亦屬地方自治團體自治事項之立法權範圍，亦難謂與中央與地方權限劃分原則及法律保留原則有違。

因電子遊戲場業之經營，對社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康足以產生不利之影響，立法者乃制定電子遊戲場業管理條例以為管理之依據（電子遊戲場業管理條例第一條參照）。該條例第九條第一項規定，電子遊戲場業營業場所應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上，為達成上開立法目的之一種手段。系爭規定二將限制級電子遊戲場業營業場所應保持之距離延長為一千公尺，且含幼稚園、圖書館為電子遊戲場業營業場所應與其保持距離之場所；系爭規定三、四則分別將應保持之距離延長為九百九十公尺、八百公尺以上。究其性質，實為對從事工作地點之執行職業自由所為限制，故除其限制產生實質阻絕之結果而涉及職業選擇自由之限制應受較嚴格之審查外，立法者如為追求一般公共利益，且該限制有助於目的之達成，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，而與其所欲維護公益之重要性及所限制行為對公益危害之程度亦合乎比例之關係時，即無違於比例原則（本院釋字第五八四號、第七一一號解釋參照）。系爭規定二、三、四所欲達成維護社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康等公益之立法目的洵屬正當，所採取電子遊戲場業營業場所應與特定場所

保持規定距離之手段，不能謂與該目的之達成無關聯。且各直轄市、縣（市）就其工商輔導及管理之地方自治事項，基於因地制宜之政策考量，對電子遊戲場業營業場所設定較長之距離規定，可無須對接近特定場所周邊之電子遊戲場業，耗用鉅大之人力、物力實施嚴密管理及違規取締，即可有效達成維護公益之立法目的，係屬必要之手段。至該限制與所追求之公共利益間尚屬相當，亦無可疑。尚難謂已違反比例原則而侵害人民之營業自由。惟有鑑於電子遊戲場業之設置，有限制級及普通級之分，對社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康所可能構成妨害之原因多端，各項原因在同一直轄市、縣（市）之各區域，所能產生影響之程度亦可能不同。加之各直轄市、縣（市）之人口密度、社區分布差異甚大，且常處於變動中。各地方自治團體有關距離限制之規定，如超出法定最低限制較多時，非無可能產生實質阻絕之效果，而須受較嚴格之比例原則之審查。相關地方自治團體允宜配合客觀環境及規範效果之變遷，隨時檢討而為合理之調整，併此指明。

另聲請人之一認臺北高等行政法院一〇二年度訴字第五六號及最高行政法院一〇二年度判字第七四〇號判決，適用中央法規標準法第十八條但書所表示之見解，與臺中高等行政法院九十二年度訴字第八七七號及最高行政法院九十四年度判字第一〇〇五號判決所表示之見解有異，聲請統一解釋部分，並非指摘不同審判機關（如最高法院與最高行政法院）之確定終局裁判就適用同一法律或命令所表示見解有異。是

此部分聲請，核與司法院大法官審理案件法第七條第一項第二款規定不符，依同條第三項規定，應不受理，併此指明。

大法官會議主席 大法官 賴浩敏

大法官 蘇永欽 黃茂榮 陳 敏 葉百修

陳春生 陳新民 陳碧玉 黃璽君

羅昌發 湯德宗 黃虹霞 吳陳鐸

蔡明誠 林俊益

釋字第七三八號解釋協同意見書

蘇永欽大法官 提出

陳春生大法官 加入

本案的審查重心，在幾個有關電子遊戲場業設置的自治條例對於營業場所距離的嚴格規定，有沒有違反憲法中央與地方權限劃分的規定，及限制基本權時應恪遵的法律保留原則和比例原則，是依憲法增修條文實施地方制度後有關自治條例的首件憲法解釋（前此的第七三四號解釋審查的是市政府發布的公告，無須市議會通過），因此意義格外重大。解釋的結果雖都認定合憲，但若干微言大義，仍有加以留意的必要。其中比例原則的審查最後仍諭知相關地方自治團體配合客觀環境及規範效果的變遷，隨時檢討而為合理調整，其效力與直接宣告違憲有何不同，也有待說明，以下即分四段依次簡單論述。

一、均權原則為中央地方權限劃分的一般性原則

本解釋就中央與地方分權問題所做論述最有趣的地方，就是以憲法第一百十一條為基礎首度宣示了一個一般性的「均權原則」。該條規定：「除第一百零七條、第一百零八條、第一百零九條及第一百十條列舉事項外，如有未列舉事項發生時，其事務有全國一致之性質者屬於中央，有全省一致之性質者屬於省，有一縣之性質者屬於縣。遇有爭議時，由立法院解決之。」其規範功能迄今在學者間仍有不同看法，有認為應依其文義僅於「有未列舉事項發生時」才有該條的適用（如蔡宗珍），也有認為即在這種情形適用該原則往往也

有困難（如蔡茂寅、劉文仕），但多數學者仍傾向超出文義把該兜底的條文解讀為一般性的均權原則（如早期的管歐，近期黃錦堂、許宗力、蔡秀卿、陳淑芳等）。按此說對已列舉的權限劃分，雖無藉此原則改變的空間，但以各條所做劃分的原則性而言，其間的中央地方分權仍有許多有待具體化的解釋空間，此一所謂均權原則即可起到相當大的指導作用。本解釋便是以該條的均權意旨為對中央地方分權的一般性原則，而展開以下的論述：「由於現代國家事務多元複雜，有時不易就個別領域為明確劃分，亦不乏基於國家整體施政之需要而立法課予地方協力義務之事項（本院釋字第五五〇號解釋參照）。若中央就前開列舉事項立法賦予或課予地方執行權責，或地方就相關自治事項自行制定自治法規，其具體分工如有不明時亦均應本於前開均權原則而為判斷，俾使中央與地方自治團體在垂直分權之基礎上，仍得就特定事務相互合作，形成共同協力之關係，以收因地制宜之效，始符憲法設置地方自治制度之本旨（本院釋字第四九八號解釋參照）。」本席認為，此一宣示不僅可反映制憲者當時就國家垂直分權的基本思維，即對現階段中華民國統治權所及的台灣而言，也有同樣深刻的意義。

由於中國雖然地大而發展不均，卻是長期中央集權而無聯邦的傳統，從該條按「全國一致」、「全省一致」和「全縣一致」來分配權限的「均權」意旨，足可顯示制憲者在單一國的基礎上發展出某種合理垂直分權模式的用心，不像聯邦國更多考量的是維護各邦的歷史主權，以這種原則來打造一個新的共和國，可以看到更主要的考量還是促成較有效率的國家治理。若與憲法在水平分權上的三個指導原則—防濫、

核心與功能最適(可參釋字第六一三號解釋的論述)相比較，垂直分權的均權原則應該相當於功能最適。就台灣而言，幅員雖小，但已有相當長時間地方住民自治的傳統，修憲完成民主化時，一方面特別以增修條文第九條第一項授權中央以法律規範中央與地方關係的細節，創造了更多樣的彈性，另一方面也刻意保留了第一百十一條的均權原則，用以對益趨複雜的中央地方分權關係有所指引。

本案有關電子遊戲場業的管理，中央原已制定了電子遊戲場業管理條例，其分權上的依據就是憲法第一百零八條第一項第三款的規定：「左列事項，由中央立法並執行之，或交由省縣執行之：……三 森林、工礦及商業。」不少地方自治團體嗣後又制定了管理電子遊戲場業的自治條例，其分權上的依據則為第一百十條第一項第十一款：「左列事項，由縣立法並執行之：……十一 其他依國家法律及省自治法賦予之事項。」系爭自治條例憑據的「國家法律」即是地方制度法第十八條第七款第三目：「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。」問題發生在電子遊戲場業管理條例第九條第一項規定：「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。」系爭自治條例卻分別加碼到八百公尺、九百九十公尺乃至一千公尺以上，這就涉及這類中央與地方並存而以地方不得牴觸中央的立法分權（地方制度法第三十條），如何認定二者若有「不同」的規定，何時已構成「牴觸」而屬地方對中央立法權的凌越？有關電子遊戲場業營業場所距離的加碼規定是否已經牴觸中央的立法，程序上本可從中央主管機關已予核定或未函告

無效得知中央與地方就此並無歧見（地方制度法第二十六條第四項、第三十條第四項），但有了均權原則的指導後，就更可從距離規定是否足可反映地方生態、發展程度的差異而在治理上確可因地制宜（即非屬全國一致的性質），來客觀的做成不同是否即為抵觸的認定。本解釋實際上就是用均權原則認定中央的五十公尺為全國一致的底線規定，地方不得「減碼」，但可因地制宜的「加碼」，並不會因此違反中央與地方的權限分配。

二、自治條例僅在合理範圍內限制人民的基本權

地方自治團體有了廣泛的規範制定權——包括因須經議會議決而有較高民主正當性的自治條例，和直接由地方政府訂定發布的自治規則——後，所制定的規範除了不得違反中央與地方分權外，可不可以限制人民的基本權，早在四十三年本院通過的釋字第三八號解釋已有原則性的宣示：「縣議會行使縣立法之職權時，若無憲法或其他法律之根據，不得限制人民之自由權利。」即以憲法第二十三條的法律不包含地方自治團體的自治條例，但此一保護人民基本權的法律保留原則並非一律只許由國會通過的法律直接為限制基本權的規定，本院很早即依「重要性理論」區分絕對和相對的保留，在重要性非特別高的情形，都容許行政主管機關依法律授權以法規命令補充。同理，該解釋也在有憲法或其他法律的根據（授權）時，容許地方自治團體以自治條例限制人民的基本權。本解釋即特別引用地方制度法第二十八條第二款的規定作為限制基本權的根據：「下列事項以自治條例定之：……二、創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務者。」換言之，通過此一空白授權，各級地方自治團體都取得了和

國會一樣限制人民基本權的立法權。令人好奇的是，這裡除了空白授權外，難道沒有其他形式或程序上的管控，只要不逾越中央地方立法權的劃分，地方的自治條例在管制住民的生活時，真的可以「天高皇帝遠」？因地制宜若到這個地步，基本權待遇的差別會不會大到有違基本權平等保障的最低要求？

這樣的疑問，是對法律保留原則在法規命令這種立法權的水平授權有一定瞭解的人一定會提出來的，以與自治條例這樣的垂直授權相比，立刻會發現前者在法律保留原則的保障上至少有三項重要的控制：第一，以重要性理論排除某些基本權限制的委任或轉委任（釋字第四四三號解釋）；第二，對於所有的授權都要求授權符合具體明確原則（釋字第四四三號解釋）；第三，依法律授權制定的法規命令都有送國會審查的義務（立法院職權行使法第六十條）；垂直授權的自治條例則全部闕如。立法行政間的水平授權也沒有基本權保障因地而異的問題，更不要說基於負責關係而在政策理念上通常保持同調，這也是讓百花齊放的自治條例對基本權的保障先天上即處於不利的結構。但正如水平授權在現代社會的無可避免，垂直授權同樣也是開始往某種垂直分權發展後必然的結果。因地制宜的治理如果真要落實，開放地方立法的內容對人民基本權做某種限制也確有必要，則如何參照立法行政間的授權立法所設的防弊制度，儘快建立中央地方間授權立法的管控機制，應該十分迫切。本席對於法律保留原則在水平授權領域一向的看法是矯枉過正，相對於此，在垂直授權領域的管控則還在近於放任的階段。本席過去解讀地方制度法第二十六條第二、三項有關違反自治法規的行政罰規

定，即認為是對違法責任一般性的設定上限，不能視為單純行政罰處罰法定原則的宣示（行政罰法第四條），其背後應有自治條例限制基本權的天花板（ceiling）或微小原則的寓意。本件解釋在用法律保留原則審查自治條例限制基本權時，除了審查授權條款（地方制度法第二十八條）外，雖未援用第二十六條或移植水平授權的重要性理論，但首次使用了「合理範圍」的概念，輕描淡寫的加入了第二個審查要件：「地方自治團體倘就其自治事項或依法律及上級法規之授權，於合理範圍內以自治條例限制居民之基本權，與憲法第二十三條所規定之法律保留原則亦尚無牴觸。」應該也是本解釋的重要突破，其內涵和操作方式則當然還有待未來繼續開發，此處不贅。

三、比例原則的三階審查本即以其為初步的徵憑

本院從釋字第五八四號解釋開始，對於限制工作權的比例原則審查即明確採三階理論，也就是以職業或營業選擇所受限制，應較職業或營業內容所受限制，受到更嚴格標準的檢驗，並進一步區分職業選擇所受限制，為涉及主觀條件，從而可通過努力改善其條件者，或涉及客觀條件，從而無法通過努力改善者，使後者要受到最嚴格標準的檢驗（可參釋字第五八四號、第六四九號、第七〇二號、第七一一號等解釋）。此一審查方法顯然是以德國聯邦憲法法院的實務為師，雖然我國憲法第十五條並未如德國基本法第十二條第一項那樣對於職業「選擇」和職業「執行」在保障上做出區別，這樣的繼受在文本上已非理之必至。若從體系解釋的觀點，我國憲法特以基本國策專章課以國家高度介入國民經濟、社會生活的義務，即使與基本權撐起的市場經濟做整體的解讀，

也是某種混合的社經體制，與德國基本法刻意保持的社經政策中立，更迥然有別。因此導入彰顯進出職業、營業自由價值的三階審查法，也就是在做自治和管制的權衡時，讓市場經濟不可或缺的進出市場自由受到更原則性的保護，而使憲法要求的種種國家管制只在市場行為上保有較大的空間，更可說明此一在許多學者眼裡不過是又一次的憑空繼受，其實質意義卻是大法官考量當前本土環境對我國憲法的重大續造，換言之，通過此一憲法解釋，已使我國憲法文本呈現的制憲時濃厚的社會主義意識形態和台灣從民國八十年代以後越來越顯著的自由主義時代精神之間難解的矛盾，得到大大的緩解，絕不能視為單純德國基本權理論的技術轉移。此一堪稱「部門憲法」的解讀——強調憲法解釋的回歸文本與本土——，本席在釋字第七〇二號解釋的意見書中已有論列。

本件解釋對於三階審查的方法又有了進一步的調整，值得注意。德國憲法法院從 1958 年的藥房案首次使用三階審查後，憲法學界的批評即未嘗間斷，憲法法院也逐案調整使其內涵更具可預見性。所謂三階的標準是用於比例原則三項要求——合目的（geeignet）、必要（erforderlich）與相當（verhältnismäßig）——中的第三項。也就是限制基本權的公權力行為所要保護的公共利益相對於基本權受到的限制必須合理相當，提高審查的標準即意味公共利益必須拉高。藥房案判決對於職業執行的限制，認為只需有合理的公益考量（vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls）以及合目的的外形即可。對於職業選擇構成主觀限制時，則需要高於個人基本權的「特殊公共利益」（ein überragendes Gemeinschaftsgut），至於事涉客觀限制，也就是「個人對其

發生完全無能為力」(dem Einfluß des Einzelnen schlechthin entzogen) 的情形，則必須達到「特殊重要公共利益」(ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut)，三者間的差異，特別是在二、三階之間，實在過於抽象而難以客觀的操作。本院到目前為止所採的「一般公共利益」、「重要公共利益」與「特別重要公共利益」三分法（釋字第六四九號解釋可參），亦有此病，未來可徐圖改善。另外在涵攝職業執行和職業選擇，以及主觀與客觀的職業選擇限制時，也常常會有爭議。所謂執行的限制，從一些不痛不癢的行政管制，到直刺營業主要利基，足使繼續營業有如無味的雞肋，乃至完全無利可圖者都屬之——實際上已非真正的選擇，如果只要形式上仍為「從事工作之方法、時間、地點等」，就只須有一般公共利益的考量即可平衡，德國學者早就對這種「一鍋燴」(in einen Topf werfen) 的憲法評價提出批判，認為不能直接從執行和選擇的定性得出職業自由被限制程度高低的結論，方法上最多只能作為限制程度的徵憑 (Indiz)，最終的高低認定仍應具體觀察實際造成的限制以及還保有選擇的空間。德國憲法法院已有不少案例，在確認某些形式上屬於執行限制的規定，因為被迫退出者已非少數個案而已，即認定其限制已達到職業選擇的程度。本件解釋在審查系爭自治條例有關電子遊戲場業營業場所應與幼兒園、學校、醫院、圖書館等保持一定距離的規定對職業自由的限制是否違反比例原則時，雖仍採三階審查，但方法上也已明確從形式轉向實質：「究其性質，實為對從事工作地點之執行職業自由所為限制，故除其限制產生實質阻絕之結果而涉及職業選擇自由之限制應受較嚴格之審查外，立法者如為追求一般公共利益，且……」、「各

地方自治團體有關距離限制之規定，如超出法定最低限制較多時，非無可能產生實質阻絕之效果，而須受較嚴格之比例原則之審查。」即使實質上只是職業執行的情形，如果因為某些特別的原因對於職業或營業自由的限制仍應給予較高度的評價，而需要像職業選擇受到限制一樣，需要有較高度的公共利益才能正當化，也是採徵憑說可能的結果，本案有關距離規定造成的限制，倒還沒有這樣的情形。至於二階到三階在主觀和客觀的二分上也會有灰色地帶，有待未來遇到適當案例時再做釐清。本件解釋重要的突破在於職業或營業自由的三階審查方法，不應拘泥於執行或選擇的形式，最終還是要回到比例原則做實質考察的本質。

四、 合憲檢討的宣告既有調適空間也可持續施壓

本案爭議顯然即屬於職業執行或選擇的灰色地帶，也就是形式上僅事關職業的執行，但這三個自治條例距離的限制提到這麼高，實質上已趨近實質阻絕，解釋最後選擇的宣告方式不是系爭自治條例違反比例原則而失效，也不是單純與憲法尚不牴觸，而是在認定未違反比例原則時，跟著做出未來可能違憲的警告：「惟各地方自治團體就電子遊戲場業營業場所距離限制之規定，允宜配合客觀環境及規範效果之變遷，隨時檢討而為合理之調整，以免產生實質阻絕之效果，併此指明。」而且警告不是放在理由書中，一如釋字第六九九號、第七一九號等解釋，而是放在解釋文內，如釋字第二九〇號、第三一八號等解釋，二者在拘束力上又有不同。和部分違憲、合憲法律解釋一樣，這種宣告方式也可歸類於介於合憲和違憲之間的中間決定，普遍見於採規範違憲審查的國家，如果同樣可以達到排除和/或預防違憲狀態的效果，以

警告進行檢討替代直接宣告違憲，反而可為被課責者保留較大的調適空間。以解釋文的醒目，這種持續的調適壓力常能產生相當實質的效果，比如釋字第二九〇號解釋通過不數年，民意代表的學經歷限制都陸續刪除，釋字第三一八號解釋也促使財政部國稅局對於多種夫妻合併申報綜合所得稅明顯不公的情形，陸續開放了不少的例外。因此這類中間決定的實質規範效果未必遜於直接宣告違憲。

惟即使是抽象規範的合憲性審查，何時適合做這種宣告，仍應有可供核實的條件，否則流於浮濫，反而有損解釋作為一種司法決定的決斷性。一般而言，這種接近違憲的黃燈狀態，不是本已違憲，因有特別理由而勉強合憲；就是違憲瑕疵已接近可容忍的底線。而且這兩種差距如果是固定不移的，仍只合做單純合憲的宣告——沒有違憲就是沒有違憲，不應因「差點」違憲而做不同的宣告。因此這個「差點」還必須是處於某種變動的狀態，從而被課責的主體才有就該可變狀態持續觀察檢討，乃至防杜變質或積極促成正向改變的義務。面對處於這種狀態的司法審查者，與其自行預判「早晚會達到違憲的水位」而逕為違憲的宣告，何如促請有能動性的相關機關提高憲法的警覺，適時適度的做一些努力。就本案涉及的自治條例而言，這種一方面認定合憲，另一方面對地方自治團體(間接也對中央有監督權的機關)課以檢討的義務，不僅有利於中央地方關係的緩和，也符合功能最適的安排。本件解釋在認定合憲後，即指出一些可能影響合憲性判斷的「變數」，自屬合理的交代：「有鑑於電子遊戲場業之設置，有限制級及普通級之分，對社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康所可能構成妨害之原因多端，各項原因在同

一直轄市、縣（市）之各區域，所能產生影響之程度亦可能不同。加之各直轄市、縣（市）之人口密度、社區分布差異甚大，且常處於變動中。」從而要求「相關地方自治團體允宜配合客觀環境及規範效果之變遷，隨時檢討而為合理之調整」。實際上，距離規定會不會造成「實質阻絕之效果」，還要考慮原已存在的電子遊戲場的因素（禁止規定尚不得溯及適用），以及「實質阻絕」預設的「市場範圍」——是否以行政區為限，和後起更受歡迎的網咖是否為同一市場等，果真發生阻絕，其原因是否距離規定？足見由本院把這些複雜且變動的因素做整體考量而為自治條例的距離規定是否已造成實質阻絕效果的判斷固無不可，讓這樣一個處於灰色地帶的違憲爭議，通過職業或營業自由應受憲法比例原則保障的闡明，諭知地方自治團體不斷檢討，同樣可以排除違憲的瑕疵，或許更可以避免司法擅斷的印象，應該是更好的決定方式。

釋字第七三八號解釋協同意見書

黃茂榮大法官提出

多數意見認為，臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例第五條第一項第二款規定：「電子遊戲場業之營業場所應符合下列規定：……二 限制級：……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。」臺北縣電子遊戲場業設置自治條例第四條第一項規定：「前條營業場所（按指電子遊戲場業營業場所，包括普通級與限制級），應距離國民中、小學、職校、醫院九百九十公尺以上。」（已失效）及桃園縣電子遊戲場業設置自治條例（於中華民國一〇〇三年十二月二十五日公告自同日起繼續適用）第四條第一項規定：「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院八百公尺以上。」皆未違反憲法中央與地方權限劃分原則、法律保留原則及比例原則之結論，本席敬表贊同。

惟本席認為，上開自治條例所以應認為合憲之主要理由在於，電子遊戲場業管理條例限制電子遊戲場之設置應與國民中、小學、高中、職校及醫院保持一定之法定距離，其實質考量在於避免未成年人耽溺於電子遊戲場或妨礙病人之安靜的就醫環境。其中，特別是「未成年人耽溺於電子遊戲場」的可能性最為父母擔心。由於距離幾公尺始符合比例原則，難有一刀切的正確答案，所以這種問題不能由司法機關，特別是不能由釋憲機關給出答案，而應由代表父母之民意機關透過立法解決，並保留地方因地制宜的權限。其理由為：在政治問題之解決上，訴諸於民主原則，立法機關才能有必要之迴旋空間，從事試誤的嘗試。立法機關的決定，說好說歹總是人民經由多數決所做之決議，如果不滿意可以在下一

次選舉，透過選票重為決定。至於司法機關因為被期待是正義的化身，在見仁見智的問題，所下判斷不可因與相當成數之人民的意見針鋒相對，而引起過度的質疑。是故，司法機關不可回答，規範上不能提出唯一正確答案之政治問題，以免捲入政治紛爭，或損及司法威信。

另外，關於本號解釋書及解釋理由書之文字鋪陳，首先認為電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點第二點第一款第一目規定：「申請作業程序：電子遊戲場業……，申請電子遊戲場業營業級別證或變更登記，應符合下列規定：(一)營業場所 1. 符合……自治條例……規定。」尚無抵觸法律保留原則。爾後才論證臺北市、臺北縣、桃園縣等各該電子遊戲場業設置管理自治條例之規定，難謂與中央與地方權限劃分原則及法律保留原則相抵觸。

然而，上開作業要點關於「符合……『自治條例』……規定」部分，包含空白要件。在不知所包含之空白要件（即相關自治條例），是否與中央與地方權限劃分原則相符以前，因自治條例本身之合憲性未經檢驗，故自然無法對上開作業要點是否違反法律保留原則而違憲，予以判斷。因此，在解釋文及解釋理由書的論述上，宜先處理本件聲請案各該地方自治團體所訂之自治條例之具體內容是否違反中央與地方權限劃分、法律保留原則及比例原則，於肯認自治條例之合憲性後，上開作業要點關於應符合自治條例之規定部分，始合法律保留原則。如此論述層次較為符合邏輯。

釋字第七三八號解釋協同意見書

林俊益大法官 提出

壹、前言

本件解釋【電子遊戲場業營業場所距離限制案】，茲先將原因事實及爭點概要說明如下：

本件解釋，共有八件聲請案合併審理，聲請人均係從事電子遊戲場業，分別向臺北市、臺北縣（現改制為新北市）、桃園縣政府申請設置電子遊戲場，經被認為違反各該直轄市、縣（市）自治條例有關電子遊戲場業營業場所設置之距離規定（八百公尺、九百九十公尺、一千公尺），而被駁回聲請，嗣向臺北高等行政法院起訴，均遭駁回後，向最高行政法院提起上訴，亦同遭駁回確定，聲請人均認各該確定終局判決所適用之自治條例等，不法侵害聲請人之營業自由，有牴觸憲法第十五條、第二十三條規定等之疑義，依司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第五條第一項第二款規定，聲請解釋。

本案爭點概要如下：

（一）電子遊戲場業管理條例¹第十一條第一項規定：「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，並檢附其營業場所合於第八條第一款及第二款規定之證明文件，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：……。」主管機關之經濟部，本於權責發布電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業

¹ 民國（下同）89年2月3日制定公布，嗣於98年1月21日修正公布，自98年4月13日施行。

要點²第二點第一款第一目規定：「申請作業程序：電子遊戲場業……，申請電子遊戲場業營業級別證或變更登記，應符合下列規定：（一）營業場所1.符合……自治條例……規定。」（下稱系爭規定一），其中「營業場所應符合自治條例之規定」，是否增加母法電子遊戲場業管理條例第十一條第一項所無之限制，而違反法律保留原則？

（二）電子遊戲場業管理條例第九條第一項規定：「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。」惟臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例³第五條第一項第二款規定：「限制級：……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」（下稱系爭規定二）、臺北縣電子遊戲場業設置自治條例⁴第四條第一項規定：「前條營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院九百九十公尺以上」（下稱系爭規定三）及桃園縣電子遊戲場業設置自治條例⁵第四條第一項規定：「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院八百公尺以上」（下稱系爭規定四），當中超過「五十公尺以上」之限制規定，有無違反中央與地方分權原則、法律保留原則與比例原則？

本件聲請涉及電子遊戲場業業者之營業自由，得否由地方自治團體以自治條例加以限制？另自治條例之限制手段與其要達成之目的間，是否合乎比例？涉及中央與地方權限劃分原則、法

² 原名稱：電子遊戲場業申請登記作業要點，經濟部於89年3月29日以(89)經商字第89204839號函訂定發布全文3點，嗣分別於98年4月8日經濟部經商字第09805407920號令修正發布名稱及全文3點，98年4月29日經濟部經商字第09802410180號令修正發布全文3點。

³ 100年11月10日臺北市政府(100)府法三字第10033884400號令制定公布全文14條；並自公布日施行。

⁴ 99年12月25日公告繼續適用2年屆滿；並自101年12月25日起失效，取而代之者為新北市電子遊戲場業設置辦法第6條第1項第1款規定，為自治規則。

⁵ 96年1月4日桃園縣政府府法一字第0960000666號令制定公布全文6條；並自公布日施行。桃園縣改制桃園市後，於103年12月25日桃園市政府府法制字第1030320734號公告自同日起繼續適用。

律保留原則與比例原則之適用，實具重要之憲法價值。

本件解釋多數意見認為，就系爭規定一，尚無牴觸法律保留原則；系爭規定二、三及四，皆未違反憲法中央與地方之權限劃分原則、法律保留原則及比例原則，本席均敬表贊同。惟解釋理由書尚有若干可補充說明之處，爰分就「自治條例符合聲請解釋要件」、「營業自由之三階審查基準」及「申核營業級別證要件之檢討」，提出本協同意見書如下。

貳、自治條例相當於大審法第五條第一項第二款所稱之「命令」

依大審法第五條第一項第二款規定：「人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者」，人民得聲請解釋憲法。系爭規定一，係電子遊戲場業管理條例之中央主管機關經濟部，為執行該條例依其職權所發布之命令，合於上開規定所稱之「命令」，自無疑問。

至系爭規定二至四之自治條例部分，或有疑義。按依地方制度法⁶第一條第一項：「本法依中華民國憲法第一百十八條及中華民國憲法增修條文第九條第一項制定之。」第二十五條：「直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，制定自治法規。自治法規經地方立法機關通過，並由各該行政機關公布者，稱自治條例……。」及第二十八條第一項第二款：「下列事項以自治條例定之：……二、創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務者。」規定可知，自治條例乃基於憲法明文規定實施地方自治，由地方具有民意基礎之立法機關

⁶ 88年1月25日制定公布。

通過，對地方居民之權利義務得予限制，具有拘束力之法規範。

憲法規定實施地方自治之原始設計並未有自治條例，就其性質或法位階自然亦未明文。然憲法本文原於第一百十二條以下規定，省之立法機關得依省縣自治通則制定省自治法，省自治法得就憲法第一百零九條第一項與省民權利義務有關之事項予以規範。省自治法既係在憲法與省縣自治通則作為實施地方自治之框架下，允許地方自行立法而生之法規範，自仍不得牴觸中央憲法或法律。因此，上開憲法本文規定，雖經憲法增修條文第九條第一項予以凍結，但現仍有效之憲法本文第一百十六條規定：「省法規與國家法律牴觸者無效。」足見我國憲法雖規定實施地方自治，但並無意使地方立法得當然凌駕於中央法律之意。憲法為確保此種法規範位階效力，因此接續於第一百十七條規定：「省法規與國家法律有無牴觸發生疑義時，由司法院解釋之。」地方制度法制定公布後，亦本此意旨，於第三十條第一項規定：「自治條例與憲法、法律或基於法律授權之法規或上級自治團體自治條例牴觸者，無效。」同條第五項並規定「有無牴觸發生疑義時，得聲請司法院解釋之。」可見本院大法官就自治條例有無牴觸憲法或法律，當然具有解釋權限。⁷

本件屬人民聲請解釋，大審法第五條第一項第二款雖僅規定「法律或命令」，但本院歷來解釋認為依此款規定得為違憲審查之客體者，尚包括「相當於法律或命令」之法規範。⁸本院於地方

⁷ 至於在憲法保障地方自治之下，就地方自治法規之審查密度是否應適度放寬，則屬另事。

⁸ 釋字第 154 號解釋理由書，已指明所謂確定終局裁判所適用之「法律或命令」，「乃指確定終局裁判作為裁判依據之法律或命令或相當於法律或命令者而言。」釋字第 374 號解釋理由書，並以大審法第 5 條第 1 項第 2 款所稱之「命令」，「並不以形式意義之命令或使用法定名稱（如中央法規標準法第三條之規定）者為限，凡中央或地方機關依其職權所發布之規章或對法規適用所表示之見解（如主管機關就法規所為之函釋），雖對於獨立審判之法官並無法律上之拘束力，若經法官於確定終局裁判所引用者，即屬前開法條所指之命令，得為違憲審查之對象」。本院 102 年 1 月 7 日通過並於同年 10 月 10 日送立法院審議之大審法修正草案第 61 條第 1 項規定：「人民、法人或政黨，就其依法定程序用盡審級救濟之訴訟案件或非訟事件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為違憲之判決。」即為免原所稱之「命令」過於狹隘，並配合釋憲實務見解，將原所稱之

制度法制定公布前，受理人民聲請解釋地方自治法規而作成解釋者，所在多有。⁹於地方制度法公布後，自無不同。因此，人民得向本院聲請解釋自治條例違反憲法，並無疑問。而依上開說明，自治條例雖因係具有民意基礎之地方立法機關通過者，或可謂地方法律，但效力或位階顯不等同於法律（地方制度法第三十條第一項參照），故應認為係「相當於命令」。從而，本件就其違憲與否之可決人數，應為二分之一。

參、營業自由限制之審查密度：肯認三階審查基準

有關電子遊戲場業營業場所距離限制之爭議，涉及憲法有關職業自由或營業自由之限制問題。本院關於職業自由限制之容許標準，於釋字第六四九號解釋理由書明確指明三階審查基準，而稱：「按憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，人民從事工作並有選擇職業之自由，業經本院釋字第四〇四號、第五一〇號、第五八四號、第六一二號、第六三四號與第六三七號解釋在案。對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由，立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制。至人民選擇職業之自由，如屬應具備之主觀條件，乃指從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，且該等能力或資格可經由訓練培養而獲得者，例如知識、學位、體能等，立法者欲對此加以限制，須有重要公共利益存在。而人民選擇職業應具備之客觀條

「法律或命令」，修正為「法規範」。

⁹ 例釋字第 344 號解釋，聲請人即對行政法院 81 年度判字第 728 號判決所適用之「臺北市辦理徵收土地農林作物及魚類補償遷移費查估基準」聲請解釋。釋字第 363 號解釋，聲請人即對行政法院 82 年度判字第 62 號判決所適用之「臺北市獎勵投資興建零售市場須知」聲請解釋。釋字第 440 號解釋，聲請人即對行政法院 84 年度判字第 553 號判決所適用之「台北市市區道路管理規則」聲請解釋。

件，係指對從事特定職業之條件限制，非個人努力所可達成，例如行業獨占制度，則應以保護特別重要之公共利益始得為之。且不論何種情形之限制，所採之手段均須與比例原則無違。」（其他尚有釋字第70二號及第七一一號解釋參照）。

至於營業自由，本院曾針對電子遊戲場業管理條例之前身，即遊藝場業輔導管理規則，作成釋字第五一四號解釋，於理由書謂：「人民營業之自由為憲法上工作權及財產權所保障。有關營業許可之條件，營業應遵守之義務及違反義務應受之制裁，依憲法第二十三條規定，均應以法律定之，其內容更須符合該條規定之要件。若其限制，於性質上得由法律授權以命令補充規定時，授權之目的、內容及範圍應具體明確，始得據以發布命令，迭經本院解釋在案。」其他，如釋字第七一九號解釋謂：「人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權所保障之內涵（本院釋字第五一四號、第六〇六號、第七一六號解釋參照）。國家對於財產權及營業自由之限制，應符合憲法第七條平等原則及第二十三條比例原則。」上開有關營業自由限制之容許標準，本院多號解釋均僅指出營業自由之限制，應符合憲法第二十三條之規定，或可謂係採「一般比例原則」之審查，並未如職業自由之限制般採取三階審查基準。

本件原因事實，即電子遊戲場業營業場所之距離限制，究屬職業自由或營業自由之限制？

本件解釋多數意見認為，有關電子遊戲場業，係以從事一定之「營業」為其「職業」，¹⁰關於營業場所之選定，受營業自由之保障。關於其場所距離限制之性質，實為對從事工作地點之「

¹⁰ 選擇從事一定之營業為其職業，乃援用本院釋字第716號解釋理由書：「憲法第十五條保障人民之工作權及財產權，人民營業之自由亦為其所保障之內涵。基於憲法上工作權之保障，人民得自由選擇從事一定之營業為其職業，而有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由。」

執行職業自由」所為限制，故除其限制產生實質阻絕之結果而涉及「職業選擇自由之限制」應受較嚴格之審查外，立法者如追求「一般公共利益」，且該限制有助於目的之達成，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，而與其所欲維護法益之重要性及行為對法益危害之程度亦合乎比例之關係時，即無違於比例原則（本院釋字第五八四號及第七一一號解釋參照）。多數意見，將本院多號解釋有關「職業自由」限制之容許標準，融入「營業自由」限制之容許標準。有關電子遊戲場業距離之限制，原則上，屬於從事工作之方法、時間、地點等「執行職業自由」之限制，立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當限制；例外時，如其限制達於實質阻絕之程度，則屬於「選擇職業自由」之限制，須有特別重要之公共利益始得為之。

因此，系爭規定二至四有關電子遊戲場業營業場所設置距離之限制規定（八百公尺、九百九十公尺、一千公尺），所欲達成之立法目的正當，距離限制之手段與該目的之達成有所關聯，且有效達成維護公益之立法目的，係屬必要之手段，該限制與所追求之公共利益間尚屬相當，尚難謂已違反比例原則而侵害人民之營業自由。至於各地方自治團體有關距離限制之規定，如超出法定最低限制較多時，有可能產生實質阻絕之效果，則屬於「選擇職業自由」之限制，須有特別重要之公共利益始得為之，而須受較嚴格之比例原則之審查。由於是否產生實質阻絕之效果，尚需經一定之調查。¹¹是以本件解釋文，在尊重地方自治團體之自治

¹¹ 「實質阻絕」意指已達如同禁止，自應動用嚴格審查基準，至於結論為合憲或違憲，仍應進行審查。又依大審法第13條第1項規定，本院得依職權調查有關資料，但調查資料與審查密度、舉證責任間之關係，有待研究。本院就本件解釋，前後共約12次函詢中央主管機關、地方政府及議會，要求說明與提供有關距離限制之立法目的及效果等資料。當中最為關鍵者，在於臺北市政府及新北市政府就轄區內，是否有合於系爭規定二及三之場所供電子遊戲場業者選擇。臺北市政府以若尚須符合其所制定自治條例距離以外之其他要件，包括「場所須位於購物中心、百貨業或遊樂園業」、「公司或商業之登記實收資本額應為新臺幣一億元以上」、「應臨接寬度三十公尺以上道路」、「購物中心、百貨業或遊樂園業全棟營業樓地板面積一萬平方公尺以上」及「電子遊戲場業最小設置單層營業樓地板

權限下，最後特別指出：惟各地方自治團體就電子遊戲場業營業場所距離限制之規定，允宜配合客觀環境及規範效果之變遷，隨時檢討而為合理之調整，以免產生實質阻絕之效果。

肆、電子遊戲場業營業場所之距離限制與申核營業級別證之關係

依電子遊戲場業管理條例第十一條第一項規定，電子遊戲場業業者設置電子遊戲場，申請核發營業級別證之要件，僅規定「經依法辦妥登記後」、「填具申請書」及「檢附其營業場所合於第八條第一款及第二款規定之證明文件」，並辦理同項共六款：「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。」之登記。應特別注意者，上開規定並未以「第九條電子遊戲場之營業場所應距離國民中、小學、高中、職校五十公尺以上」為要件。

本院釋字第六四六號解釋針對電子遊戲場業管理條例第十五條規定未辦理營業登記者不得經營，違反者應依同法第二十二條處以刑罰，於理由書謂：「本條例第十五條規定：『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。』所謂『辦理營利事業登記』係兼指依本條例第十一條規定，向直轄市、縣（市）主管機關申請核發『營利事業登記證』及『營利級別證』

面積一千平方公尺以上」等，則轄區內目前並無符合系爭規定二之地點。而新北市政府則指出於八里、淡水一帶，仍有符合系爭規定三之地點可供業者選擇。倘臺北市僅考量距離限制 1000 公尺所產生之效果，尚難以明確認定已實質阻絕，至新北市則明顯尚有地點。況此等狀態，必隨學校、醫院分布、人口密度、交通與土地開發等情形而變遷。因此本件多數意見認為，若尚未產生實質阻絕之效果，則系爭規定二及三之性質，尚難認為屬於選擇職業自由之限制。至於業者之「市場」、「利潤」，乃至於客群之「消費」等因素，並非唯一考量。電子遊戲場業就其性質，距離限制仍須與公共利益權衡，難僅因地點較少或較偏遠而逕認違憲。

』，辦理營業級別、機具類別、營業場所管理人及營業場所地址之登記而言。而辦理營業級別、機具類別、營業場所管理人及營業場所地址之登記，應符合前述本條例第五條、第六條、第七條及第八條等之規定。」同樣並未指出申請核發級別證應符合第九條之規定，是以現行向主管機關申請核發電子遊戲場業營業級別證及辦理相關登記，是否要符合第九條有關距離限制之要件，容有檢討空間。

本件由於礙於僅審查系爭規定一其中「營業場所應符合自治條例之規定」部分，而不及於其中「營業場所應符合第九條規定」部分，故並未就後者之合憲性予以論斷。本席雖贊同地方得在合理範圍內，以自治條例為較中央更嚴格之距離限制，亦即肯定前者之合憲性，但對於後者，即距離限制能否作為核發營業級別證及辦理登記之要件，存有懷疑。地方對於自治事項以自治條例予以規範，就其違反效果，鑒於法律對於違反第十五條之效果規定為刑罰，系爭規定一至四能否增加刑罰要件，殊值探究。有關機關似應於地方制度法第二十六條第三項法律明定之各種效果中選擇，而非增加法律所無而可能致生刑罰效果之要件。

司法院釋字第七三八號解釋

部分不同意見書

葉百修大法官 提出

本件解釋聲請人係八位準備經營電子遊戲場業的負責人，其營業地分別位於臺北市、新北市及桃園市（改制前桃園縣），並依據電子遊戲場業管理條例（下爭系爭條例）第九條第一項¹及第十一條第一項第六款²規定（下併稱系爭條例規定），向所處各該地方政府主管機關申請核發電子遊戲場業營業級別證，及辦理營業場所之地址及面積之登記。而經濟部基於電子遊戲場業管理及商業登記之主管機關，訂定發布電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點（下稱系爭要點），其第二點第一款第一目規定³，電子遊戲場業申請電子遊戲場業營業級別證或變更登記，其營業場所之登記，並應符合各該地方政府之自治條例相關規定。

是本件聲請人依據上開規定，分別向臺北市、新北市及桃園市申請核發電子遊戲場業營業級別證及辦理營業場所之地址及面積之登記，經各該地方政府分別依據臺北市電子

¹ 電子遊戲場業管理條例第 9 條第 1 項規定：「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。」（粗體為本意見書所加）

² 電子遊戲場業管理條例第 11 條第 1 項第 6 款規定：「電子遊戲場業……，應……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：……六、營業場所之地址及面積。」

³ 電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點第 2 點第 1 款第 1 目規定：「申請作業程序：電子遊戲場業……，申請電子遊戲場業營業級別證或變更登記，應符合下列規定：（一）營業場所 1.符合……自治條例……規定。」

遊戲場業設置管理自治條例第五條第一項第二款⁴、臺北縣電子遊戲場業設置自治條例第四條第一項⁵及桃園縣電子遊戲場業設置自治條例第四條第一項⁶規定（下併稱系爭自治條例規定），以聲請人營業場所不符合系爭自治條例規定所定「特定機關及處所」及「相隔距離」之要件限制而予以否准。聲請人分別經用盡救濟途徑後聲請本院解釋憲法，認：一、系爭自治條例規定逾越憲法有關中央與地方分權之規定；二、系爭自治條例規定與系爭要點逾越系爭條例規定，抵觸法律優位原則、法律保留原則及比例原則。

本件解釋多數意見以聲請人上開兩項主張均無理由，認定系爭自治條例規定並未抵觸憲法有關中央與地方分權規定，其與系爭要點並未逾越系爭條例規定，與法律優位、法律保留及比例原則並無抵觸。本席對多數意見上開第一項主張之認定敬表贊同。惟對於第二項主張之認定，本席認系爭自治條例規定就「特定機關及處所」中有關「**幼稚園、圖書館**」之要件限制，逾越系爭條例規定之限制，抵觸法律保留原則；且上開「**醫院、圖書館**」之「相隔距離」限制，該手段亦非對聲請人之營業自由及工作權所為限制之最小侵害，抵觸比例原則，均與多數意見有異，爰提出部分不同意見如后。

⁴ 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 款規定：「電子遊戲場業之營業場所應符合下列規定：……二、限制級：……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。」（粗體為本意見書所加）

⁵ 臺北縣電子遊戲場業設置自治條例（中華民國 101 年 12 月 25 日臺北縣改制為新北市時繼續適用；後因期限屆滿而失效）第 4 條第 1 項規定：「前條營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院**九百九十公尺**以上。」（粗體為本意見書所加）

⁶ 桃園縣電子遊戲場業設置自治條例（103 年 12 月 25 日公告自同日起繼續適用）第 4 條第 1 項規定：「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**八百公尺**以上。」（粗體為本意見書所加）

一、系爭自治條例規定牴觸法律優位原則及法律保留原則

(一) 中央地方權限劃分，應以憲法列舉及中央權限為原則

系爭條例規定就電子遊戲場業之營業場所，分別設有「特定機關及處所」及「相隔距離」之要件限制，分別是以二建築基地境界線最近二點作直線測量，⁷應距離「國民中、小學、高中、職校、醫院」達「五十公尺以上」。誠然，如同多數意見所言，我國憲法對於中央與地方所謂垂直分權，係於單一國家的法律架構概念之下，以規範內容之性質，有全國一致性者，由中央立法、執行或由地方執行；而於具有地方特殊性質而屬地方自治事項之範疇者，乃由地方立法並執行，而為多數意見所言，「藉以貫徹住民自治、因地制宜之垂直分權理念。」本席並不否認，現代國家事務多元複雜，復以近代住民自治之理念漸受重視，即便於單一國家如西班牙、義大利，近來亦修改憲法增加地方政府權限。然而，在單一國家體制下，中央與地方垂直分權之權限劃分，仍以中央為原則、地方為例外，除非如西、義等國修改憲法，明文增加地方權限，否則在我國現行憲法架構下，仍以中央行使國家權限為原則，於憲法未列舉事項外，始依性質劃分中央與地方權限（憲法第一百十條規定參照）。即便如多數意見所言，中央與地方有協力合作關係，或中央仍可以立法賦予地方執行權限或義務，或地方基於自治事項可自行制定自治法規，凡此，均應於憲法明文所定分權架構下為之。

本件解釋所涉及電子遊戲場業之設立與經營管理等事

⁷ 電子遊戲場業管理條例第9條第2項規定參照。

項，基於系爭條例規定，參照商業登記法第一條至第三條⁸規定，電子遊戲場業之設立，屬商業性質，而商業之設立、管理，依據憲法第一百零八條第一項第三款規定：「左列事項，由中央立法並執行之，或交由省縣執行之：……三 森林、工礦及商業。」則屬中央立法並執行，或交由省縣執行，但原則上立法權限仍屬中央，是以有系爭條例規定之制定，而非逕由地方以系爭自治條例規定加以取代而屬地方自治事項，此亦為憲法第一百七十條及第一百七十二條規定之意旨。換言之，電子遊戲場業之設立、管理，原則上仍屬中央立法之權限，並由中央立法賦予地方執行。是以本件系爭自治條例規定，自不得逾越憲法所定中央與地方權限劃分之界限，逕以之取代系爭條例規定。

（二）系爭自治條例規定之規範性質尚待斟酌

多數意見以系爭自治條例規定，屬「工商輔導及管理之事項，係直轄市、縣（市）之自治範圍」（地方制度法第十八條第七款第三目規定參照），然而系爭自治條例規定之限制，是否僅屬輔導、管理事項，而非屬憲法第一百零八條第一項第三款規定由中央立法執行或交由省縣執行之「商業」，其根本「得否設立、經營」之事項？抑或憲法第一百〇九條第一項第一款及第一百十條第一項第一款之「實業」而屬地方立法事項？⁹此亦涉及之後判斷系爭自治條例規定之性質，究係限制人民營業自由及工作權何種限制（詳後述）。因此，

⁸ 商業登記法第3條規定：「本法所稱商業，指以營利為目的，以獨資或合夥方式經營之事業。」

⁹ 實業與商業之用語，憲法本文並無明確定義，似以目的是否為營利為區別，例如馬祖酒廠實業股份有限公司組織自治條例第2條規定：「馬祖酒廠實業股份有限公司（以下簡稱本公司）以企業化經營，提供國民優質酒類飲品，促進本縣產業發展，增進縣民公共福利為目的。」

多數意見認定系爭自治條例規定，關於電子遊戲場業之設立所為與「特定機關及處所」及「相隔距離」之要件限制，是否以根本影響「商業設立」與否，或僅屬「工商輔導及管理」，尚有斟酌之餘地。

（三）法律與自治條例之範圍規範限制，應視規範性質而認定其正當性

縱退一步言，多數意見以系爭條例規定有關「相隔距離」之規定，係以「五十公尺以上」之用語，「可認係法律為保留地方因地制宜空間所設之最低標準，並未禁止直轄市、縣（市）以自治條例為應保持更長距離之規範」¹⁰，然而條文僅以「以上」二字，是否即可推論有保留地方因地制宜空間，或未禁止地方為更長距離之規範？例如就業保險法第十三條第二款關於拒絕公立就業服務機構推介之工作，因其工作地點距離申請人日常居住處所三十公里以上，仍得請領失業給付，是否亦有如多數意見所言，係「最低標準」而未禁止「更長距離之規範」？換言之，規範所涉人民權利內涵、規範本身究為中央或地方權限，尚非僅以規範條文文字可斷言，應視該最低標準所涉屬授益或干涉性質而認定其正當性與審查密度之寬嚴。例如本件解釋所涉系爭條例規定，相隔距離涉及人民得否經營電子遊戲場業，本質上屬權利限制之一種，於中央法律設定一定距離標準後，地方可否另以自治條例增加更長之距離，亦即增加對人民權利之更嚴格之限制？其是否真有因地制宜之目的需要？本院仍應個別予以具體從嚴審查，尚非多數意見僅以地方自治事項範圍，而逕認未

¹⁰ 法院實務上亦採相同見解，參照最高行政法院 94 年 11 月份庭長法官聯席會議決議。

「逾越地方制度法概括授權之範圍，從而未牴觸法律保留原則」，卻未認定是否與系爭條例規定是否有無牴觸。¹¹

又如殯葬管理條例第八條第一項規定：「設置、擴充公墓，應選擇不影響水土保持、不破壞環境保護、不妨礙軍事設施及公共衛生之適當地點為之；其與下列第一款地點距離不得少於一千公尺，與第二款、第三款及第六款地點距離不得少於五百公尺，與其他各款地點應因地制宜，保持適當距離。但其他法律或自治條例另有規定者，從其規定……。」其文字則分別依據公墓設置，因與該條項第一款所定公共飲水井或飲用水之水源地具有直接影響，與第二款、第三款及第六款規定之學校、醫院、幼兒園、戶口繁盛地區及貯藏或製造爆炸物或其他易燃之氣體、油料等之場所具有間接影響，於法律規定不同最低標準，其他各款地點始因地制宜，保持適當距離，同時也賦予其他法律或自治條例得另行規定。同法第九條並就殯儀館、火化場或骨灰(骸)存放設施之設置、擴充有不同距離規範。換言之，以系爭條例規定之內容相對照，多數意見逕以地方制度法第二十五條及第二十八條第二款概括授權之相關規定，而認定系爭自治條例與法律保留原則並無牴觸，其認定即非無疑。

（四）法律列舉之要件內涵，不得由自治條例擅自增減，否則即與法律保留原則相牴觸

上開「相隔距離」之規定，縱使如多數意見所言，具有解釋上之可能性，然而系爭條例規定就電子遊戲場業營業場

¹¹ 參見地方制度法第 30 條第 1 項規定：「自治條例與憲法、法律或基於法律授權之法規或上級自治團體自治條例牴觸者，無效。」

所之設置，明文列舉應與「國民中、小學、高中、職校、醫院」等機關場所距離五十公尺以上，其規範性質即與相隔距離認定為最低標準而得由地方予以增加之情形不同，此項列舉規定，即不得由地方自治條例擅自增減，否則即與法律保留原則相牴觸。因此，系爭自治條例規定所增加之「幼稚園」、「圖書館」等地點限制，逾越系爭條例規定之範圍，多數意見認定其屬地方自治事項之範圍，若如此，何以相隔距離之限制非屬地方之自治事項？地方可否就系爭條例規定列舉之機關或場所予以刪減？若均可以地方自治範圍為由，而認定地方可以自治條例另行規定，而無視中央既有法律規範，則憲法關於中央與地方權限劃分之規定及形同具文，而憲法所定法律優位及法律保留原則亦將不復其存在意義。就此，本席無法贊同本件解釋多數意見之認定，本席以為，系爭自治條例規定增加系爭條例規定所無之限制，應已牴觸法律保留原則而違憲。

二、系爭自治條例規定過度侵害人民營業自由及工作權， 牴觸比例原則

本院關於營業自由與工作權、財產權之保障，自釋字第五一四號解釋之後，即已採取如德國聯邦憲法法院裁判見解，對於營業自由與工作權之限制，區分為執行職業自由及選擇工作及職業之主觀與客觀許可要件之限制，並分別與寬鬆、中度及嚴格等不同審查基準認定其合憲性，其具體內涵，本席亦曾於本院釋字第六六六號解釋所提出之協同意見書中加以闡明。本件解釋涉及系爭自治條例規定所定之「特定機關及處所」及「相隔距離」等要件限制，究竟涉及上開何種限制，進而決定其審查基準，多數意見似乎並無明確認定。

從多數意見之結論而言，似乎係以系爭自治條例規定之上開限制，係屬地點選擇之執業自由之限制，而以寬鬆基準認定其合憲性。

(一) 系爭自治條例規定之「距離」限制之性質，應屬選擇工作及職業之客觀許可要件

多數意見以系爭自治條例規定之距離限制，其性質上屬「對從事工作地點之執行職業自由所為限制」，而認以寬鬆審查基準加以認定其合憲性，然而在適用審查基準時，多數意見以「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」認定限制之手段必要性，似又提高審查基準。然而，多數意見末以「如超出法定最低限制較多時，非無可能產生實質阻絕之效果，而須受較嚴格之比例原則之審查」，則於本件解釋所涉系爭自治條例規定所為之距離限制，是否已超出法定最低限制過多而產生實質阻絕之效果，本就為本件解釋應予具體審查者，而多數意見卻又毫無審究，徒令人不解。

系爭自治條例規定之距離限制，表面上看似為電子遊戲場設置地點之限制，實際上電子遊戲場因為距離限制，導致其根本無從設置，亦「非個人努力所可達成」（本院釋字第649號解釋參照），同時因為無從改變既有現存之特定機構或處所之相對位置，業已構成「選擇工作及職業之客觀許可要件」之限制，¹²並無須如多數意見所稱，須達到「實質禁絕」之情形，始由量變而質變成為客觀許可要件。

(二) 系爭自治條例規定所欲追求之公共利益，尚非

¹² 本席於本院釋字第711號解釋提出之協同意見書參照。

極重要之政府利益

本件解釋多數意見以系爭自治條例規定所欲追求之公共利益，基於系爭條例第一條規定，在於「維護社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康」，然而此諸項目的係整部系爭條例之立法目的，而非系爭條例規定之目的，更非系爭自治條例規定所得依據者。從民國八十六年間立法研議電子遊戲場業之管理，當時鑑於電腦、電動玩具與柏青哥營業均未有合法營業之許可與管理，且此等遊戲經常涉及賭博行為與色情、暴力等違法行為，於七十九年間雖由教育部頒布施行「遊藝場業輔導管理規則」，仍非經由立法予以合法管理，最後乃以上開目的，透過分類、¹³分級管理¹⁴、事前管制之方式，以事前防止涉及賭博、色情及暴力等違法行為之電子遊戲機之設計、製造¹⁵及於電子遊戲場陳列¹⁶、營業¹⁷，以避免影響社會安寧、公共安全及兒童及青少年身心健全發展等公共利益。¹⁸

系爭條例於立法研議之處，即有共識透過都市計畫法及都市土地分區使用管制等相關規定，明確排除電子遊戲場業於住宅區之設置營業。系爭條例第八條即規定：「電子遊戲

¹³ 參照電子遊戲場業管理條例第 4 條第 2 項規定：「前項電子遊戲機不得有賭博或妨害風化之設計及裝置，其分類如下：一、益智類。二、鋼珠類。三、娛樂類。」

¹⁴ 參照電子遊戲場業管理條例第 4 條第 2 項規定：「電子遊戲場業之營業分級如下：一、普通級：指僅設置益智類電子遊戲機，供兒童、少年及一般大眾遊藝者。二、限制級：指設置鋼珠類、娛樂類或附設益智類電子遊戲機，僅供十八歲以上之人遊藝者。」

¹⁵ 電子遊戲場業管理條例第 6 條規定參照。

¹⁶ 電子遊戲場業管理條例第 7 條規定參照。

¹⁷ 電子遊戲場業管理條例第 8 條至第 12 條規定參照。

¹⁸ 參見立法院公報第 86 卷第 9 期，頁 429 至 441；第 89 卷第 9 期，頁 10 至 11。

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。」以維護社會安寧與公共安全。而透過上開規定之限制，是否仍有系爭條例規定之必要，於立法之初多有爭論，當時行政院提案僅規定「應距離學校、醫院五十公尺以上」，其立法目的亦僅係以「由於電子遊藝場對社會安寧會造成一定之影響，故第一項明定電子遊藝場之營業場所應距離對於環境安寧有著極高要求之學校、醫院五十公尺以上。」¹⁹而五十公尺之距離限制，亦僅為「立法精神」，其「距離設制意義並不大」。²⁰

當時草案條文僅規定「學校、醫院」，其範圍於立法討論時即生爭議，學校是否包括托兒所、幼稚園、安親班、補習班？醫院是否包括診所？若以上情形均包括在內，當時即有立法委員認為，電子遊戲場業將無處可設。²¹此外，若以避免兒童及青少年身心發展受到影響而沈迷其中、荒廢學業，有謂幼稚園兒童「除非是有父母親陪同，否則他們不會走進電玩店」，而僅須明確規範國民中小學及高中即可；²²亦有謂「大學生雖然已滿十八歲，但是很多人仍然沈迷於電玩店，

¹⁹ 參見立法院公報第 89 卷第 9 期，頁 20 至 22。

²⁰ 參見立法院公報第 87 卷第 2 期，頁 375。

²¹ 參見立法委員周荃之發言，立法院公報第 87 卷第 2 期，頁 374。

²² 同上註。

以致影響到學業」，因此應包括大學等等。²³最後經朝野協商，將「學校」修正為「國民中、小學、高中、職校」。²⁴

換言之，系爭條例規定之立法目的，並非如多數意見所言，係以系爭條例第一條象徵整部條例規定之立法目的，移作系爭條例規定乃至於系爭自治條例規定所欲追求之公共利益。而所謂「維護環境安寧」，固然屬正當之公共利益，究非重要甚至極重要之公共利益。此外，多數意見所引系爭條例第一條之立法目的，亦均屬消極避免「社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康」受到電子遊戲場設置而受到影響或侵害，並非具有積極目的之公共利益，本院亦應就此予以較嚴格之認定。²⁵

（三）距離限制之手段，並非最小侵害之手段

由於多數意見誤解系爭條例規定乃至於系爭自治條例規定所欲追求之公共利益，進而亦影響其認定距離限制作為管制手段之正當性。多數意見係以「可無須對接近特定場所周邊之電子遊戲場業，耗用鉅大之人力、物力實施嚴密管理及違規取締，即可有效達成維護公益之立法目的，係屬必要之手段。」然而手段是否必要，端視其所欲達成之目的為何，即便以多數意見所解釋，系爭條例規定及系爭自治條

²³ 參見教育部社會教育司副司長洪清香之發言，立法院公報第 87 卷第 2 期，頁 374。

²⁴ 參見立法院公報第 89 卷第 9 期，頁 58 至 59。

²⁵ 日本最高裁判所所採目的二元說，區分消極目的予以較嚴格審查、積極目的尊重立法裁量而予以寬鬆審查（除非有明顯違憲之處之「明白性原則」）之見解，亦值得參考。參見日本最高裁判所昭和 50 年 4 月 30 日大法庭判決（藥局開設之距離限制）。不過，如何認定消極或積極目的，是否積極目的就放寬審查基準，日本學界亦有不同見解，最高裁判所也曾就同屬消極目的作出相異判決。參見野中俊彥、中村睦男、高橋和之、高見勝利，憲法 I，第 3 版，2001 年，東京：有斐閣，頁 435-437。

例規定之立法目的，在於「維護社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康」，則距離限制作為限制人民營業自由及工作權之限制，有無其他手段可資選擇，是否為最小侵害手段甚至是須僅屬唯一手段始可？由於多數意見認定距離限制僅屬從事工作地點，乃執行職業自由之限制，採取合理審查基準而寬鬆認定距離限制之必要性，然而依據多數意見所言，此項手段係無須耗費鉅大人力、物力，所考量者並非是否有其他限制較小之手段，而僅係「行政經濟」之目的，業為本院解釋所不採。²⁶則此項距離限制之手段，是否具有正當性即非全然無疑，何況於嚴格審查基準之下，此項手段限制，於系爭自治條例規定之下，是否為最小侵害手段，有無逾越比例原則，多數意見於此放棄審查，僅言「如超出法定最低限制較多時，非無可能產生實質阻絕之效果，而須受較嚴格之比例原則之審查」，究其實，從系爭條例整體管制而言，即便為了「維護社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康」之目的，於既有系爭條例相關規定，配合都市計畫法、噪音管制法²⁷之事前或事後管制，即可達到維護「醫院、圖書館」之環境安寧，距離限制顯非最小侵害手段。

況系爭條例第十七條第一項規定：「經營電子遊戲場業者，應遵守下列事項：一、普通級電子遊戲場，禁止未滿十五歲者於上課時間及夜間十時以後進入及滯留。二、限制級電子遊戲場，禁止未滿十八歲者進入。三、於營業場所明顯處，懸掛電子遊戲場營業級別證。四、於營業場所入口明顯處，標示營業級別及入場年齡限制。五、不得於電子遊戲

²⁶ 參見本院釋字第 663 號解釋。

²⁷ 噪音管制法第 9 條及第 24 條規定參照。

機使用真幣、信用卡、金融卡、現金卡、儲值卡或其他作為簽帳、提款、轉帳或支付之電磁紀錄物或晶片；其娛樂用代幣之大小、式樣或重量，不得與真幣相同或近似。六、不得有涉及賭博、妨害風化或其他犯罪行為。」第二項規定：「電子遊戲場業從業人員執行前項第一款及第二款之規定，得請消費者出示年齡證明。」及系爭條例第二十九條至三十一條之處罰規定，亦可達到避免高中職以下學校學生因流連於電子遊戲場而荒廢學業、影響健全身心發展，系爭自治條例規定所為之距離限制，亦非對人民營業自由及工作權之最小侵害手段。至系爭條例既然透過事前管制之手段，透過分類、分級管理電子遊戲場，其亦不得涉及任何「賭博、妨害風化或其他犯罪行為」，則電子遊戲場業之設置、營業，其距離限制亦與維護善良風俗無涉。

（四）系爭自治條例規定之手段與目的間不具緊密連結關係

誠如前述殯葬管理條例第八條及第九條距離限制規定，或者其他如核子反應器設施管制法第四條、水土保持法第二十條、水污染防治法第三十條、飲用水管理條例第五條等規定所設之類似距離限制規定，均係該等設施或處所，其本身就具有一定危害性，對於社會秩序與公共安全具有重大影響，然其設置如公墓、殯儀館、火化場等，立法技術上已可為細緻區分及管制，而非如系爭自治條例規定以一定距離限制適用於各種場所並期以達成各種不同公共利益。況電子遊戲場本身所可能對社會環境與公共秩序所產生的直接影響，已有其他法律加以管制，復以距離限制，或如多數意見所言，「不能謂與該目的之達成無關聯」，但關鍵在於關聯性程度。既

然直接影響已有其他管制手段，距離限制是否仍具管制關聯性即非全然無疑。

再者，對於電子遊戲場業之管理，若著眼於其所生「二手效應」(secondary effects)，例如設置於高中職以下各級學校周圍，對於自制力尚有不足之兒童及青少年，將生引誘之可能危害，或者是此種場所出入人等複雜，容易滋生事端，造成犯罪，甚至因此影響鄰近周遭房地產價值，²⁸此等考量，是否足以支持系爭自治條例規定於系爭條例規定外，另設超出甚多之距離管制之正當性，本席亦無法全然同意多數意見於毫無審查判斷下所為之結論，否則，以目前避免兒童及青少年過度飲食含糖飲料或速食，則關於提供含糖飲料或速食等營業場所，亦應設有距離限制，然實際上並無相關法律採取此種作法，則何以電子遊戲場業特別規定距離限制？縱退萬步言，就讀高中職以下兒童及青少年之自制力較薄弱，若電子遊戲場距離學校過近，將有引誘而影響其身心發展之虞；然而圖書館、醫院等非以兒童及青少年經常出入之場所，電子遊戲場何以須與之一定距離？

又為此，則於系爭條例規定後設置之電子遊戲場業，與之後系爭自治條例規定後欲新設者，兩者同屬立法者眼中有礙「社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康」，是否亦應一併廢止既有電子遊戲場之合法營業許可，而一併重新洗牌？顯然受信賴保護原則與法不溯及既往原則之保障下，既有合法設置營業的電子遊戲場業仍可於原址不受影響，然可能已不符系爭自治條例規定之距離限制，卻仍可繼續營

²⁸ See, e.g., Britt Cramer, *Zoning Adult Business: Evaluating the Secondary Effects Doctrine*, DISCUSSION PAPER NO. 48, 01/2013, Harvard Law School.

業，又豈非無礙於「社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康」？凡此更可認系爭自治條例規定之距離限制，與其所欲達成之公共利益，並不具實質甚至緊密關聯性。

三、結論

現代社會都市化發展的結果，人際關係與生活空間極度壓縮，彼此間交互影響已是不爭之事實，分區管制(zoning)以維護都市群體生活，於十九世紀後即為複雜之社會問題與法律介入管制之議題，特別是在地狹人稠的國家例如日本，即便如美國領土廣袤，亦因都市化集中的結果，此種議題於各國層出不窮，司法案例亦常見之。²⁹基於傳統價值觀，對於電子遊戲場業、殯葬設施、垃圾場、焚化爐、工廠、市集、夜市甚至於性交易區域等，我國社會仍存有許多刻板印象與污名化的立場，進而反映於法律管制之手段與方法之上。即便如性交易區域，業經本院釋字第六六六號解釋宣告行為時社會秩序維護法第八十條第一項第一款規定違憲，立法者之後制定同法第九十一條之一規定，截至目前為止，仍無直轄市、縣（市）政府制定相關自治條例，規劃得從事性交易之區域，等同完全限制性交易之行為。電子遊戲場業亦然。事實上，隨著除魅化與社會型態與科技發展的轉變，特別是網際網路與行動通訊設備的普及化，許多活動均可透過網路而為之，現實生活中的距離限制，如同涉及電子遊戲場業設置之系爭自治條例規定，以距離「隔絕」有礙社會善良風俗與

²⁹ 例如日本最高裁判所最高裁昭和 30 年 1 月 26 日大法庭判決（地方自治團體有關公共浴室設置距離限制）、昭和 47 年 11 月 22 日大法庭判決（地方自治團體零售市場設置距離限制）、昭和 50 年 4 月 30 日大法庭判決（藥局開設距離限制）等判決，以及美國聯邦最高法院 *Young v. American Mini Theatres*, 427 U.S. 50 (1976) 及 *Renton v. Playtime Theatres, Inc.*, 475 U.S. 41 (1986) 等判決，則是基於言論自由之二手效應理論，認定距離限制之合憲性，更遑論在本院完全接納之德國聯邦憲法法院「藥房案」判決所建立之三階段理論。

國民身心發展的電子遊戲場，兩者之間是否具有實質甚至緊密關聯性，本席並無多數意見如此確信。

作為一國人民，本席固然有其自我價值認知，並受社會文化影響；但作為釋憲者，基於對於憲法保障人民基本權利之信念與認知，本席並不認為，系爭自治條例規定足以通過憲法保障人民營業自由與工作權之審查基準。一個民主法治國家，其法律規範固然必須植基於社會文化共識，然而法治原則所應遵守的正當法律程序與人民基本權利保障之核心價值，不應於社會文化共識下，受到不同程度的詆毀，而釋憲者便是在這種情形下，扮演推石者薛西弗斯(Sisyphus)的角色。刻板印象與污名除魅，固然無法一蹴可幾，但要求立法者善盡義務，制定細緻完善的法律，卻是釋憲者基於憲法的使命。現代社會職業分化、分工的結果，職業選擇自由與工作權往往涉及人民透過職業實踐其自我人格發展(本院釋字第六五九號解釋參照)，與人性尊嚴與表現自由息息相關。本件解釋所審查之系爭自治條例規定，本席並不認為，立法者已確實履行其義務，系爭自治條例規定逾越系爭條例規定所列舉之特定機構與場所，牴觸法律保留原則；其就「醫院、圖書館」所設距離限制，並非最小侵害手段，逾越比例原則，均應屬違憲。

釋字第七三八號解釋部分不同意見書

羅昌發大法官提出

地方自治團體就電子遊戲場業營業場所（下稱「電子遊戲場所」）規定必須與學校、醫院、圖書館相距達一定距離以上，涉及之核心問題為中央與地方權限劃分之認定，以及以距離規範為名造成幾乎實質剝奪營業自由之結果是否符合憲法第二十三條之必要要件。

本件涉及之相關規定包括經濟部發布之「電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點」第二點第一款第一目所規定電子遊戲場所應符合地方自治團體所制定之自治條例（下稱系爭規定一）；臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例第五條第一項第二款所規定「電子遊戲場業之營業場所應符合下列規定：……二 限制級：……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」（下稱系爭規定二）；臺北縣電子遊戲場業設置自治條例第四條第一項所規定「前條營業場所（按包括普通級與限制級），應距離國民中、小學、高中、職校、醫院九百九十公尺以上」（已失效）（下稱系爭規定三）；及桃園縣電子遊戲場業設置自治條例（於一〇三年十二月二十五日公告自同日起繼續適用）第四條第一項所規定「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院八百公尺以上」（下稱系爭規定四）。

多數意見認為系爭規定一並未抵觸法律保留原則；本席敬表同意。多數意見認為系爭規定二、三、四並未違反中央與地方權限劃分原則，亦未違反比例原則（即憲法第二十三條之必要要件），本席認有斟酌餘地。謹就後二者提出部分不同

意見書如下。

壹、有關中央與地方權限劃分之問題：「因地制宜」原則之釐清

一、本件有關中央與地方權限劃分，關鍵問題之一在於立法院所制定之電子遊戲場業管理條例第九條第一項「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」之規定，究竟為最低標準（亦即地方政府可就其管轄範圍，制定較嚴格的標準），抑或為固定標準（亦即地方政府僅能以五十公尺為標準，不得要求多於五十公尺）；且有關電子遊戲場所距離之規範，究竟為中央之權限，抑或為地方之權限。前者（即五十公尺是否為最低標準）之決定，與後者（中央地方權限劃分）之認定相互關聯；倘若電子遊戲場所距離之規範專屬於中央管轄事項，而非地方自治團體可得置喙者，則地方自治團體應不得以其謹為最低標準為由，而增加其距離；反之，倘若其屬地方自治團體得以規範之權限範圍，則該五十公尺之標準，如非解釋為最低標準，將使地方自治團體無法行使地方之立法權，而實際排除地方政府之管轄。

二、電子遊戲場所距離之管理所涉及中央與地方權限劃分之憲法相關條文包括：憲法第一百零八條第一項第三款規定：「左列事項，由中央立法並執行之，或交由省縣執行之：……三……商業。」第一百十條第一項第十一款規定：「左列事項，由縣立法並執行之：……十一其他依國家法律……賦予之事項。」第一百十一條規定：「除第一百零七條、第一百零八條、第一百零九條及第一百十條

列舉事項外，如有未列舉事項發生時，其事務有全國一致之性質者屬於中央，有全省一致之性質者屬於省，有一縣之性質者屬於縣。遇有爭議時，由立法院解決之。」

本件所應認定者包括：

- (一) 電子遊戲場所設置與管理是否屬於憲法第一百零八條所規定由中央立法並執行或交省縣執行之「商業」？
- (二) 電子遊戲場所設置與管理是否屬地方制度法第十八條第七款第(三)目「直轄市工商輔導及管理」之直轄市自治事項，或第十九條第七款第(三)目「縣(市)工商輔導及管理」之縣(市)自治事項，進而屬於憲法第一百一十條第一項第十一款所規定「其他依國家法律賦予由縣立法並執行之事項」？
- (三) 電子遊戲場所設置與管理是否屬於憲法第一百十一條所規定「如有未列舉事項發生時，其事務有全國一致之性質者屬於中央，有全省一致之性質者屬於省，有一縣之性質者屬於縣」之「憲法未列舉事項」？如非純粹為「憲法未列舉事項」，而係涉及列舉事項如何解釋時(例如發生權限重疊應如何解釋時)，其所規定「其事務有全國一致之性質者屬於中央，有全省一致之性質者屬於省，有一縣之性質者屬於縣」之原則，是否亦應為解釋列舉事項之準據？

三、電子遊戲場所之設置與管理事項為憲法第一百零八條所規定由中央立法並執行或交省縣執行之「商業」：

憲法對於商業並未定義。由文義而言，舉凡為謀取經濟利益而從事活動者，均可稱為商業。「商業」文字上雖係指「業者」或「業別」，但倘若中央法律僅能規範「業者」

或「業別」本身，而不能規範其「行為」，亦屬不可思議。故其所稱「商業」，應包括「業者」及其「所從事之經濟活動」（商業行為）。從事商業之業者及其經濟活動既均屬憲法第一百零八條第一項第三款之「商業」之範疇，經營電子遊戲場之業者又係謀取經濟利益而從事活動而為「商業」之性質，其場所之設置與管理，自應為憲法第一百零八條所規定中央立法及執行權限之範圍，應無疑義。

四、電子遊戲場所管理亦屬地方制度法所稱「工商輔導及管理」之自治事項，進而屬憲法第一百十條第一項第十一款所規定「其他依國家法律賦予由縣立法並執行之事項」：

地方制度法對於「工商輔導及管理」之概念，亦未界定。然其表面文義並非難以理解。在此條之下，地方自治團體得對從事各類工商事業之業者予以輔導，並對其工商活動予以管理。從事電子遊戲之業者屬於「工商事業」中之商業，地方自治團體對其設置之場所加以規範，屬於對其商業活動之管理。換言之，電子遊戲場所管理亦應屬於地方制度法第十八條第七款第（三）目及第十九條第七款第（三）目所稱「工商輔導及管理」之自治事項。依憲法第一百十條第一項第十一款規定，其他依國家法律賦予者，亦屬由縣立法並執行之事項，故電子遊戲場所之管理，亦為地方自治事項，應無疑義。

由於電子遊戲場所之管理依憲法第一百零八條屬中央立法並執行之事項，而依第一百一十一條又屬地方立法並執行之事項，故形成中央與地方權限重疊之情形。

五、憲法列舉事項之解釋發生疑義時，仍應依其事務是否「有全國一致之性質」或「有一縣之性質」之原則作為解釋之準據：

(一) 如前所述，憲法第一百十一條「有全國一致之性質」或「有一縣之性質」之解釋原則，原係為處理「憲法未列舉事項發生時」之情形。而電子遊戲場所之管理，屬於憲法所列舉中央與地方之權限重疊之事項，而非發生「憲法未列舉事項」之情形。然本席認為，「憲法列舉事項」之解釋發生疑義（包括如本件所涉及憲法列舉中央與地方權限重疊時），亦應以事件之本質是否有「全國一致」或有「地方性質」作為釐清權限劃分之基礎。

(二) 所謂「全國一致」，包括維繫國家及中央政府體制及其運作所必要之事項（例如國家安全、兩岸定位、兩岸往來之規範屬之）及性質上不宜由地方各行其是者（例如安全、衛生、環境標準等均屬不宜由地方各行其是之事項；蓋人民生命健康之價值不因其居住於不同的地方自治團體轄區而有不同，故無法謂某一縣市的安全、衛生、環境標準應該較另一個縣市嚴格）。

所謂「地方性質」（即憲法所稱「有一縣之性質」），包括維繫地方作為自治團體之運作所必要者（例如不違反中央法律前提下之地方財務規劃）以及應由地方自治團體依其地方之特殊情形制定規範並執行者（此即「因地制宜」之事項）。

(三) 「因地制宜」之事項，並非漫無限制。必須事務之性質確有地方差異（例如人口結構與分布、地理特性、

人文特色、符合法律與公序良俗之風俗習慣、經濟發展情形、教育情形、產業結構等的地方特殊性)，且地方立法對於處理地方差異確有必要。如非符合「地方差異」及「有因地制宜之必要」(即「由地方立法處理地方差異之必要」)二要件，自不應認地方得以「因地制宜」為由，自行立法並予以執行。否則將造成地方割裂、各行其是；人民亦將無所適從。

- (四) 以本件為例，各地方自治團體人口密度、結構、分布等均有差異；故符合「地方差異」之要件。然本件並未符合「有因地制宜之必要」要件。

按電子遊戲場所距離之規範，主要在考量社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康（本號解釋理由書第六段參照）。倘若有關距離之規定係為保障自治團體內社區或整個城市民眾之安寧、善良風俗、安全及身心健康，則其人口密度或人口結構等，或可做為「因地制宜」之理由。然由於系爭距離之規範係在保護各個學校（及其學生）、醫院（及其病人）、圖書館（及其利用者），故應檢視中央所制定五十公尺以上之法律規範（即電子遊戲場業管理條例第九條第一項所規定「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」），對學校（及其學生）、醫院（及其病人）、圖書館（及其利用者）是否足以保障其安寧、善良風俗、安全及身心健康（抑或必須達系爭規定二、三、四之一千公尺、九百九十公尺或八百公尺始足以保障）；而非檢視此等距離之規範對其他人（社區或整個城市民眾）之安寧、善良風俗、安全及身心健康之保障。

電子遊戲場應距離學校、醫院或圖書館多長的距離始足以維護學校或醫院的安寧、保護學生或病人身心健康且免於不良影響、確保學校或醫院之公共安全，不論在人口密度高低或人口結構之地區，應無差異（以維護學校安寧為例，因噪音可以傳送的距離是固定的；在人口密度較低的地區，距離五十公尺以上倘若足以維護學校安寧；則在人口密度較高的地區，距離五十公尺以上亦應足以維護學校安寧）。要求電子遊戲場所距離學校、醫院、圖書館達一千公尺、九百九十公尺或八百公尺以上，自無法以人口密度、結構與分布等條件之差異作為維護學校（及其學生）、醫院（及其病人）、圖書館（及其利用者）安寧、善良風俗、安全及身心健康之因地制宜之理由。

- （五）基於上述分析，雖地方自治團體對電動遊戲場所之管理，本有立法及執行之權限，然因其與中央立法之事項重疊，故應視具體之管理措施是否屬於「有一縣之性質」（即「地方性質」或「因地制宜性質」）而決定權限歸屬。系爭規定二、三、四要求電子遊戲場所距離學校、醫院、圖書館達一千公尺、九百九十公尺或八百公尺以上，既無法以人口密度、結構與分布等條件之差異作為維護學校（及其學生）、醫院（及其病人）、圖書館（及其利用者）安寧、善良風俗、安全及身心健康之因地制宜為理由，自應認為此等規定違背中央與地方分權之原則。由於系爭規定二、三、四違背憲法分權之規範，且電子遊戲場所距離學校、醫院、圖書館之規範非屬「因地制宜」之事項，故前揭電子遊戲場業管理條例第九條第一項「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」之規定，應為固定標準（亦即地方政府僅能以五十公尺為標準，不得要求多於五十公尺）。

然此並非謂地方自治團體對電動遊戲場所不得進行任何其他之管理行為。只要確有因地制宜之必要，地方自得對電子遊戲場業行使地方制度法所規定「工商輔導及管理」之自治事項，並受憲法第一百十條第一項第十一款「其他依國家法律賦予由縣立法並執行之事項」之保障。

貳、系爭規定有關營業場所距離之限制與憲法第二十三條之必要要件不符

- 一、本席同意多數意見，認人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權所保障之內涵（本號解釋理由書第一段參照）。故有關工作權憲法審查標準之論述，亦應適用於對營業自由之憲法審查。
- 二、有關工作權之憲法審查標準，本席於本院第七一一號解釋所提協同意見書曾謂：「本院以往解釋曾就憲法第十五條所規定應予保障之工作權之限制，區分為對選擇執業方法之限制、對選擇職業自由主觀要件之限制、對選擇職業自由客觀要件之限制。例如本院釋字第六四九號解釋即對工作權之限制分為三種不同階層，分別設定不同的審查標準：『關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由，立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制。至人民選擇職業之自由，如屬應具備之主觀條件，乃指從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，且該等能力或資格可經由訓練培養而獲得

者，例如知識、學位、體能等，立法者欲對此加以限制，須有重要公共利益存在。而人民選擇職業應具備之客觀條件，係指對從事特定職業之條件限制，非個人努力所可達成，例如行業獨占制度，則應以保護特別重要之公共利益始得為之。且不論何種情形之限制，所採之手段均須與比例原則無違。』本席認為，此種分類方式對理解憲法第十五條工作權之內涵及分析憲法第二十三條必要要件，有甚大助益。然本席亦必須指出，此等分類並非周延（蓋對於工作權之侵害，並不限於執業方法之限制或以主觀與客觀條件加以限制，而包括未設任何條件卻直接對工作權予以剝奪），且容易流於形式上判斷（蓋對執業方法之限制，依照嚴重程度，可能轉變成為對工作權之剝奪；然釋字第六四九號解釋之分類，並未考量此種情形）。本席認為較適宜的分類應為：1. 『程序性質之限制』：即『對從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由之非實質限制』；2. 『主觀及實質之限制』：即『對於選擇職業自由所為之主觀條件限制』及『對從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由之實質限制』；3. 『客觀限制或剝奪』：即『對於選擇職業自由所為之剝奪』、『對於選擇職業自由所為之客觀條件限制』及『以限制工作方法、時間、地點等之方式而程度上已達對選擇職業自由之剝奪者』。『對從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由之實質限制』，其嚴重情形已相當於對於選擇職業自由所為之主觀限制，其限制之正當性要求應較『執行職業自由之非實質限制者』為高。而『以限制工作方法、時間、地點等執行職業自由之方式而已達對選擇職業自由之剝奪程度者』，其嚴重情形已相當於對

於選擇職業自由所為之客觀限制，其限制之正當性要求自應最高。」

三、系爭規定二、三、四所規定之一千公尺、九百九十公尺或八百公尺之距離規定，雖係有關營業方法或營業地點之限制，然其限制之結果，實際上導致電子遊戲業無法（或幾乎無法）在各該自治團體轄區覓得合法場所開設及經營電子遊戲。例如桃園市政府回覆本院秘書長一〇五年一月三十日密台大二字第一〇五〇〇〇三四三五號函詢問該市現況是否可舉出符合系爭規定四所規定八百公尺距離之場所時，並未例示此種場所（見桃園市政府一〇五年三月二日府經登字第一〇五〇〇二八一九一號函）。故本件屬「對執業方法（營業方法）之嚴重限制，進而轉變成為對工作權（營業自由）剝奪」之情形；因而屬本席所分類之「客觀限制或剝奪」（即第三類，包括「對於選擇職業自由所為之剝奪」、「對於選擇職業自由所為之客觀條件限制」及「以限制工作方法、時間、地點等之方式而程度上已達對選擇職業自由之剝奪者」）。其限制之正當性要求自應最高。

四、本席曾多次於所提意見書中闡述，分析憲法第二十三條所規定「必要」之要件，予以審查，係一種衡量與平衡各種相關因素的過程（a process of weighing and balancing a series of factors），包括某種規範「所欲防止妨礙的他人自由」、「所欲避免的緊急危難」、「所欲維持的社會秩序」或「所欲增進的公共利益」的相對重要性，該規範對於所擬達成的目的可以提供的貢獻或功能，以及該規範對憲法上權利所造成限制或影響的程度。在權衡與平衡此等因素之後，憲法解釋者應進一步考量客觀上是否存有

「較不侵害憲法權利」的措施存在。

- (一) 就管理電子遊戲場所涉及增進公共利益之重要性而言：對電子遊戲業本身及其場所之管制，目的在維護與所列機構（學校、醫院等）有關之社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康。此等目的，有其重要性。
- (二) 就以系爭之距離規定管理電子遊戲場所之方法，對於所擬達成目的可能提供的貢獻而言：本席認為，以系爭規定二、三、四所規定之一千公尺、九百九十公尺或八百公尺等距離之管理規定，對於所擬達成之目的所能提供之貢獻，微乎其微。其一，電子遊戲場所之噪音喧擾，不致於傳送達一公里或八九百公尺之遠而影響學校、醫院或圖書館；其二，對善良風俗之維護關鍵在於對電子遊戲之內容之分級與進入電子遊戲場所資格之設限；其三，對公共安全之維護，關鍵在於對其設施與內部管理之要求；其四，對學生及病人身心健康之維護，關鍵亦在於內容之分級與進入電子遊戲場所資格之設限。
- (三) 就系爭規定二、三、四之距離對電子遊戲業者營業自由造成影響之程度而言：如前所述，一千公尺、九百九十公尺及八百公尺之距離要求，對合法之電子遊戲業之經營已經達到「對選擇職業自由之剝奪」之嚴重程度。
- (四) 就客觀上是否存在較不侵害憲法權利之措施存在而言：欲達成前述社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康，並非使用長達一千公尺、九百九十公尺

或八百公尺距離之禁絕方式不可；適當之距離限制（即電子遊戲場業管理條例所規定之五十公尺以上），加上嚴格之噪音管制、分級制度、公安設施規範及檢查等，應為可以達成相同目的（甚至更能達成相同目的），且較不侵害人民營業自由之替代措施。

- (五) 基於系爭距離之規定對人民營業自由限制已達對選擇職業自由之剝奪之程度，其限制之正當性要求自應最高；且以系爭之距離規定管理電子遊戲場所之方法，對於所擬達成目的可能提供的貢獻甚為有限；而客觀上亦存在較不侵害憲法權利之措施。系爭規定二、三、四自無法通過憲法第二十三條之檢視。多數意見未能認定其所設之距離長度，在該等地方自治團體轄區已經產生剝奪人民營業自由之結果，並進而宣告該等規定違憲，而僅以「有關距離限制之規定，如超出法定最低限制較多時，非無可能產生實質阻絕之效果，而須受較嚴格之比例原則之審查」為理由要求地方自治團體檢討改進，本席認為尚有不足。

五、眾多國人對電子遊戲有負面觀感，主要原因在於青少年易沉迷其中、可能脫離現實、遊戲內容亦常有賭博、色情或行為或語言暴力。實際上部分電子遊戲對沉迷者身心健康確有不利影響。然電子遊戲業屬於合法行業，且其周邊產業（機器設備製造、軟體研發、競賽之舉行）範圍甚廣，涉及正當之經濟或產業利益甚大，從業者亦甚多。且並非所有遊戲內容均涉及色情或暴力。欲使學生不受賭博、色情、暴力之汙染，屬於分級管制之問題。中央與地方立法者所應思考者，應非如何以形式上管制距離然實質上將電子遊戲業者驅逐於其管轄領域之外，

而係如何使電子遊戲成為正當之休閒、娛樂、教育、益智及競賽之活動，以兼顧業者之營業自由、周邊產業及從業者利益之維護及人民獲取正當休閒、娛樂活動及參與電子遊戲競賽之權利。

釋字第七三八號解釋 部分不同意見書

蔡明誠大法官 提出

黃虹霞大法官 加入

本件解釋係因電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業之開設許可，臺北市、臺北縣（101年12月25日後改制為新北市）及桃園縣（101年12月25日後改制為桃園市）制定電子遊戲場業設置自治條例，關於電子遊戲場業之營業場所應距離學校及醫院等一定距離以上之要求，超過中央立法之電子遊戲場業管理條例所要求五十公尺以上距離限制（以下併稱系爭規定）。惟本件解釋認系爭規定均涉及電子遊戲場業營業場所之規範，其屬工商輔導及管理之範疇，逕認為係直轄市、縣（市）之自治事項，仍值得探究。另本件解釋雖已論及各地方自治團體就電子遊戲場業營業場所距離限制規定，宜配合客觀環境及規範效果之變遷，隨時檢討並合理調整，以免產生實質阻絕之效果，惟因本件聲請人受不利之影響，實已非純屬開設營業場所距離之職業執行自由問題，而係涉及職業選擇自由之客觀許可要件之干預或限制，是本件就此部分以合憲檢討方式作成解釋，亦有斟酌之餘地。爰提出部分不同意見書如後。

一、電子遊戲場業管理是否屬於單純地方自治事項及其法律保留問題

本件解釋認中央為管理電子遊戲場業制定電子遊戲場業管理條例，於該條例第十一條賦予地方主管機關核發、撤銷及廢止電子遊戲場業營業級別證及辦理相關事項登記之權，而地方倘於不抵觸中央法規之範圍內，就相關工商輔導及管理之自

治事項，以自治條例為因地制宜之規範，均為憲法有關中央與地方權限劃分之規範所許。系爭規定均涉及電子遊戲場業營業場所之規範，屬工商輔導及管理之事項，係直轄市、縣（市）之自治範圍，自非不得於不牴觸中央法規之範圍內，以自治條例為因地制宜之規範。

按地方制度法第二條第二款規定，自治事項：指地方自治團體依憲法或本法規定，得自為立法並執行，或法律規定應由該團體辦理之事務，而負其政策規劃及行政執行責任之事項。同法第十八條規定，直轄市自治事項中關於經濟服務事項如下：直轄市工商輔導及管理。第十九條規定，縣（市）自治事項中關於經濟服務事項如下：縣（市）工商輔導及管理。又參照地方制度法第二十五條規定，直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，制定自治法規。自治法規經地方立法機關通過，並由各該行政機關公布者，稱自治條例；自治法規由地方行政機關訂定，並發布或下達者，稱自治規則。惟電子遊戲場業管理是否屬於前揭地方制度法所稱工商輔導及管理之自治事項，頗值得推敲。如將電子遊戲場業解釋為商業，屬於前述「工商輔導及管理」所稱「商」所涵蓋，似無疑義。¹ 但從前揭條文用語順序觀之，工商輔導先於管理，地方自治團體基於因地制宜，制定符合地方需求之工商輔導及管理事項，或認為是地方與中央共同辦理事項，共同協

¹ 另參照電子遊戲場業管理條例第十條第一項規定，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。

力制定電子遊戲業規範，係值得探討之中央與地方權限劃分之問題。

從現行中央法規觀之，電子遊戲場業管理條例第二條規定，所稱主管機關：在中央為經濟部；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。又同法第五條規定，電子遊戲場業設有普通與限制級之營業分級，同條第二項及第三項對於營業場所之經營內容及認定基準，另有明確規定，亦即，電子遊戲場業在同一營業場所不得混合營業級別經營，前項所稱同一營業場所之認定基準，由中央主管機關定之。同法第八條規定，電子遊戲場申請設立時，其營業場所應符合土地使用分區管制、營業場所建築物之構造、設備，應符合建築法令；營業場所之消防安全設備，應符合消防法令等規定。同法第九條第一項規定，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。由以上規定觀之，性質上屬於中央立法之電子遊戲場業管理條例，對於營業場所之土地使用、建築、消防、開設距離等事項，特予以明文規定，俾供地方主管機關之遵循。

另從聲請釋憲當時地方法規比較觀察，例如基隆市電子遊戲場設置自治條例第一條明確規定，係依地方制度法第十九條規定而定，但未特別指出係何種地方自治事項為法源依據。例如臺北縣電子遊戲場業設置自治條例（民國 101 年 12 月 25 日廢止）第一條規定為建立電子遊戲場業營業場所之設置規範，落實電子遊戲場業管理條例第八條及第九條之立法目的，制定本自治條例。上開條例較為特別者，針對電子遊戲場業申請設立，應符合中央立法之電子遊戲場業管理條例第八條各款規

定，重申上開規定之適用；至於營業場所則明定應距離國民中、小學、高中、職校、醫院九百九十公尺以上，該距離限制，顯然比中央前揭立法第九條所要求五十公尺以上規定，更加嚴格。臺北縣改制為新北市後，於 101 年 12 月 25 日發布新北市電子遊戲場業設置辦法，而非稱為自治條例。該辦法第一條未明定其法源依據，僅於闡明立法目的後，表示「訂定本辦法」。比較其規範內容，與其他縣市相關規定類似，僅是其法規名稱略有不同。

再從目前相關地方法規之規範方式加以比較觀察，有泛稱某市(縣)為規範電子遊戲場業之設置，或為管理電子遊戲場業，特制定本自治條例，但未特別指稱其明確法源依據者。例如臺北市、桃園縣(改制為桃園市後繼續適用桃園縣公布之自治條例)、臺中市、臺南市、高雄市²、南投縣、花蓮縣、臺東縣、澎湖縣等制定之電子遊戲場業設置自治條例。另若干縣市政府所制定之電子遊戲場業設置自治條例，明定電子遊戲場業之設置，除依電子遊戲場業管理條例及其相關法令外(或稱除中央法令另有規定外)，應依本自治條例規定辦理，或本條例未規定者，依電子遊戲場業管理條例及其相關法令之規定等類似規定。若從名稱比較觀察，約半數以上稱電子遊戲場業「設置」自治條例，少數稱電子遊戲場業「設置管理」自治條例，例如高雄市稱電子遊戲場業「管理」自治條例。

綜上可見，地方自治團體有關電子遊戲場業管理規範之名稱與內容，未盡統一。如將電子遊戲場業管理，解釋為單純地

² 高雄市電子遊戲場業管理自治條例第一條規定，特別指稱為管理本市電子遊戲場業，建立商業秩序等，此特別指出其為商業。

方自治事項，各該地方立法機關及行政機關固得自行制定公布相關自治條例。設若認為其非屬於地方之自治事項，則須取得法律授權，始得制定自治條例。

憲法第一百零八條第一項第三款規定：「左列事項，由中央立法並執行之，或交由省縣執行之：…三 森林、工礦及商業。」本件涉及電子遊戲場業，符合前述商業之性質。雖有部分電子遊戲具有益智娛樂價值，但亦有兒童少年不宜之限制級電子遊戲。且從地方制度法第十八條、第十九條條文用語順序觀之，工商輔導先於管理，是電子遊戲場業之管理規範，中央有時尊重地方之特殊性，容許於不違反中央母法之強制或禁止規定內，各自訂定不同之規範。惟因電子遊戲場業管理之一般性規範，宜由中央就其憲法所賦予之立法權限，制定全國性之規範，是以本件系爭規定有關營業場所距離限制之許可要件，不宜逕認為其係屬於工商輔導及管理之單純地方自治事項。換言之，宜從憲法第一百零八條第一項第三款所稱之商業事項出發，認為其屬於中央立法並執行之，或交由(省)縣執行之事項。於此情形，地方機關應依法律及上級法規之授權，且應經地方立法機關通過，始得制定、公布施行電子遊戲場業設置管理相關之自治條例，藉以限制規範人民從事此項商業之權利義務。或參照本院釋字第四九八號解釋，認中央與地方自治團體在垂直分權之基礎上，仍得就特定事務相互合作，形成共同協力之關係，以收因地制宜之效；或參照本院釋字第五五〇號解釋，認係基於國家整體施政之需要而立法課予地方協力義務之事項。認為系爭規定是地方與中央共同辦理事項，共同協力制定電子遊戲場業相關規範，而非僅為單純之地方自治事項。

現行地方所制定電子遊戲場業設置自治條例或辦法，雖有未具體指稱其法源依據者，然因電子遊戲場業管理條例第二條規定已明定，所稱主管機關：在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府；並於該條例第十一條賦予地方主管機關核發、撤銷及廢止電子遊戲場業營業級別證及辦理相關事項登記之權；且上開管理條例，對於電子遊戲場業之營業分級、登記及評鑑、管理（如營業場所之土地使用、建築、消防、開設距離等事項）、罰則等，均已詳予明文規定，俾供地方主管機關遵循。故可視為該等自治條例或辦法，實質上仍源自中央立法之電子遊戲場業管理條例之法律授權，而為相互呼應之規範，是以宜解為相關地方自治條例或辦法與憲法第二十三條法律保留原則相符。

二、憲法第十五條工作權及財產權保障與職業自由、營業自由之基本權保障範圍、及本件解釋所涉及之基本權，宜再予釐清

相對於基本權「人之保障範圍」(persönlicher Schutzbereich)，本件解釋屬於基本權「事務之保障範圍」(sachlicher Schutzbereich)，係電子遊戲場業之營業許可及營業場所開設距離之限制，其可能涉及憲法保障之職業自由或營業自由等基本權。惟憲法並未明定職業自由或營業自由，故其屬於何種基本權，有待釐清。

按憲法第十五條規定，人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。將生存權、工作權與財產權三合一而規定於同一條。職業自由或營業自由是否得由前開第十五條推論出，或是從憲

法第二十二條之自由或權利推論而得。就此等問題，學者間、本院解釋及意見書有不同之見解。³

我國學理上，有將工作權及財產權統稱為「經濟基本權」。工作權區分作為自由權的工作權與作為社會權的工作權（即勞動基本權）。工作權主要是指選擇工作自由，乃個人應有就其性情、體力、能力的適應性，選擇適當工作，即所謂的職業自由。且引用德國基本法第十二條保障職業自由規定，並採用德國聯邦憲法法院藥房案所發展出之三階段論分析。⁴有認為憲法第十五條將工作權與具典型受益權性質的生存權及自由權性質之財產權並列，以致學說上可對於憲法工作權保障之性質，有不同見解。過去以工作權屬自由權為多數學者之見解。於現代給付國家時代潮流中，逐漸趨向兼具受益權之屬性。⁵此外，有從歷史解釋及比較解釋觀點出發，就我國憲法上的工作權保障，有認其係典型的社會權，認應回歸其原本的性質，即以保障勞工階層為目的之一項社會基本權，個人有工作能力者國家應設法予以適當之工作機會（參照憲法第一五二條），或

³ 參照本院釋字第五一四號解釋黃越欽大法官之不同意見書，認事實上本院解釋案中，所採用之方法只就過去案例加以套用，對工作權、職業選擇自由權與營業自由權等基本權並未明確區別。由於世界各國對基本權強調重點有所不同，我國承威瑪憲法之精神，將工作權正式明文規定於憲法基本權之中。至於職業選擇自由權則在人權清單之外。此一事實並不表示職業選擇自由不受我國憲法保護，依我國憲法第二十二條之規定職業選擇自由權乃至營業自由權，均應受憲法保護。至於職業選擇以及營業自由權，則係依憲法第二十二條之規定，憲法授權普通法律立法者，故屬於立法裁量之範圍。

⁴ 參照許育典，憲法，台北市：元照，2013年6版1刷，頁292-296。

⁵ 另參照法治斌·董保城，憲法新論，台北市：元照，2010年，頁264-267。

給予失業之救助。至於營業自由或營業權屬於財產權保障的範疇，不應將之視為工作權的一部分。而職業自由與工作權並不完全相容，自由選擇職業屬於憲法所保障的契約自由的一環。⁶ 有將工人與勞動者工作自由以外的職業活動及營業自由，排除於工作權保障範圍之外，因憲法對私有財產權之制度保障 (Institutsgarantie) 的效力，及於維護由私有財產而衍生的私法自治、契約自由、營業自由、市場交易機能等，是故一般性的職業自由屬於憲法第二十二條保障的事項。綜上，各該見解及論據不盡相似，惟基本上並不否認職業自由或營業自由應受憲法保障，僅是依據之憲法條文及基本權用語上有所不同。

從比較憲法觀察工作權與職業自由及營業自由之規範模式，有將工作權(勞動權)、職業選擇自由與營業自由分開規範者，例如西班牙憲法第三十五條及第三十八條。⁷ 有單一條文明定職業選擇自由，並與勞動權利及義務分開規定者，例如大韓民國憲法第十五條職業選擇自由、第三十二條勞動(勤勞)之權利及義務及第三十三條勞動者(勤勞者)之團結權等。⁸ 有將營業之自由及平等與勞動權(勤勞權)分開規範者，例如丹麥憲法第七十四條及第七十五條。⁹ 有規定於同一條項但將勞動與職業自由選擇權利分開規範者，例如比利時憲法第二十三條

⁶ 參照吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，台北:作者發行，2015年9月增訂三版，頁263-265。

⁷ 參照阿部照哉等編，世界の憲法集【第三版】，東京:有信堂，2005年，頁199。

⁸ 參照阿部照哉等編，前揭書，頁225-226。

⁹ 參照阿部照哉等編，前揭書，頁269。

第三項第一款(有關人類尊嚴及社會權規定)。¹⁰由以上憲法立法例觀之，有關工作權/勞動權與職業自由之規範模式，不盡相同，究竟以何種方式規範為佳，此宜解為制定憲法之政策選擇問題。

除前述比較憲法觀察外，比較常為國內專家引用之外國立法例，如德國基本法第十二條第一項¹¹及日本憲法第二十二條第一項¹²規定，對於職業選擇自由均予以明文規定。德國基本法第十二條第一項包含一種統一的基本權，有學者認該職業自由係一種因人格自由發展而特別形成之基本權，優先於由基本法第二條第一項規定衍生出之「一般行為自由」(此屬補充性質之攔截性基本權)。基本法第十二條規定對於經濟秩序甚具

¹⁰ 參照阿部照哉等編，前揭書，頁417。

¹¹ 德國基本法第十二條第一項規定：「所有德國人有自由選擇其職業、勞動地點及訓練場所之權。職業執行，得依法律或基於法律授權定之。」此後段規定過於狹隘，文義上僅限於職業執行，未明定職業選擇。實務及學理上認為在職業自由為統一概念，在基本權之保障範圍，其包含職業選擇與職業執行自由。至於論及基本權之「限制」(或干預)及「限制之限制」(Schranken-Schranken)，則適用三階段論，搭配比例原則(過度禁止原則)加以審查其合憲性。

¹² 日本憲法第二十二條第一項「任何人於不違反公共福祉為限，有居住、遷徙及職業選擇之自由。」日本有認為經濟的自由規制立法之違憲審查基準，採取規制類型論，並運用精神的自由(內容規制與內容中立規制)與經濟的自由二重之基準(double standard)論，及目的二分論(積極目的規制與消極目的規制)。如為除去惡害之消極目的，採取嚴格的合理基準，為社會福祉理念之積極目的，採取合理性基準(例如明白性原則)。(參照前田徹生，經濟的自由規制立法の違憲審查基準と最高裁判所，收載於桶口陽一等，日独憲法學の創造力，上卷，栗城壽夫先生古稀記念，東京:信山社，2003年1版1刷，頁621以下，630以下。

意義，因其確保產業自由(Frieheit des Gewerbes)，且有效促進競爭。對職業活動之國家干預及措施，得以主導性有效防禦之權。但同時第十二條亦包含對自由職業活動之基本法客觀價值決定。因此，國家須有機會促進人民之職業自由。

我國憲法第十五條規定：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」之體例，與德國基本法第十二條第一項及日本憲法第二十二條第一項及第二十七條第一項¹³規定有所不同，德國基本法僅就職業自由予以規範，日本憲法則分就職業自由與勞動權利義務予以分別規定。¹⁴我國學理上有將憲法第十五條保障工作權，參酌德國職業自由之三階段論予以審查。

本院之解釋，認職業自由為人民充實生活內涵及自由發展人格所必要，不因職業之性質為公益或私益、營利或非營利而有異，均屬憲法第十五條工作權保障之範疇。(本院釋字第六五九號解釋參照)憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，故人民得自由選擇工作及職業，以維持生計。(本院釋字第四〇四號、釋字第四一一號解釋參照)按憲法第十五條規定，人民之工作權應予保障，是以凡人民作為謀生職業之正當工作，均應受國家之保障，對於職業自由之限制，應具有正當之理由，並不得逾越必要程度。(本院釋字第四六二號解釋參照)憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，人民從事工作並有選擇職業之自由。(本院釋字第五一〇號解釋參照)另本院第六三七號解釋曾對離職公務員選擇職業自由予以限制，作為憲法保障人

¹³ 日本憲法第二十七條第一項「所有國民，有勞動之權利，負有義務。」

¹⁴ 參照參照本院釋字第五三八號解釋之謝大法官在全提出之協同意見書。另參照吳庚大法官於本院釋字第四〇四號解釋不同意見書。

民工作權之意旨是否違背之審查標的者，亦見本院認為選擇職業自由與憲法保障人民工作權有關。再者，人民之工作權為憲法第十五條規定所保障，其內涵包括人民選擇職業之自由。人民之職業與公共福祉有密切關係，故對於選擇職業應具備之主觀條件加以限制者，於符合憲法第二十三條規定之限度內，得以法律或法律明確授權之命令加以限制，惟其目的須為重要之公共利益，且其手段與目的之達成有實質關聯，始符比例原則之要求。(本院第六三四號解釋參照)此又更進一步採取德國三階段論，認選擇職業應具備之主觀條件，且將工作權包含人民選擇職業之自由。

至於人民營業之自由，於本院釋字第五一四號解釋認為憲法第十五條工作權及財產權應予保障之一項內涵。許可營業之條件、營業須遵守之義務及違反義務應受之制裁，均涉及人民工作權及財產權之限制。遊藝場業輔導管理規則關於電動玩具業不得容許未滿十八歲之兒童及少年進入其營業場所之規定，乃經營營業須遵守之義務，為人民職業選擇自由中營業對象自由之限制，因而撤銷營業許可之規定，乃違反義務之制裁，均涉及人民憲法上工作權及財產權之保障。¹⁵

從本院往昔解釋觀察，有認職業自由屬於憲法第十五條工作權保障，人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權所保障之內涵(本院釋字第五一四號、第六〇六號、第七一六號、

¹⁵ 參照本院釋字第五一四號解釋之黃大法官越欽不同意見書及釋字第三一三號、第三九〇號、第三九四號、第四四三號、第五一〇號等解釋。

第七一九號解釋參照)。¹⁶ 此見解為本件解釋所採。又有認為本院釋字五一四號解釋，具有若干與德國三階段論之意味，只是這套理論不宜應用在工作權的詮釋上。¹⁷ 此說認為一般性職業自由非工作權所涵蓋，屬於憲法第二十二條之基本權。

如前所述，我國憲法將職業自由納入憲法第十五條工作權保障範圍。有關營業自由，往往依據憲法上工作權及財產權之保障予以併稱，且合併適用兩項基本權，認為營業自由非僅單屬財產權或工作權保障之問題。前述職業自由，通常僅納入工作權保障，但未論及財產權保障。在此情形，可見職業自由、營業自由、工作權與財產權四種基本權之涵蓋範圍，並非完全相同。因此，本件電子遊戲場業營業場所開設距離之限制，於憲法上基本權之保障範圍，可能涉及職業自由或營業自由。

本件解釋認「人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權所保障之內涵。人民如以從事一定之營業為其職業，關於營業場所之選定亦受營業自由保障」。雖有謂職業自由包括營

¹⁶ 參照本院釋字第五三八號解釋之謝大法官在全提出之協同意見書。其認為本院自釋字第一七二號、釋字第一七二號、釋字第一九一號、釋字第二〇六號、釋字第三九〇號、釋字第四〇四號、釋字第四一一號解釋、第四三二號解釋、釋字第四六二號、第五一四號解釋等已對憲法第十五條保障之工作權本其自由權性質就其內涵詳加闡釋。惟有認為本院上述解釋於目前將憲法上工作權保障定位為自由權性質，應無礙於其向兼具受益權性質發展。從經濟自由觀點，認營業自由乃憲法上工作權及財產權所保障，屬經濟自由之一環。

¹⁷ 參照吳庚、陳淳文，前揭書，頁 233,267。另參照本院釋字第四〇四號解釋吳庚大法官之不同意見書，認憲法第十五條工作權之保障與德國基本法所保障之職業自由，不僅概念上有間，其本質內容亦不盡相同，則該國聯邦憲法法院裁判先例所建立之三階段理論（Drei-Stufen-Theorie），即非所能全盤接受。

業自由，惟兩者內涵不盡相同，可能因其所依據基本權不同(工作權、財產權或憲法第二十二條之自由或權利等)，而異其審查方法或密度。職此，如單從職業自由為保障範圍，而不論營業自由部分，似比較單純，否則於此應另外探討營業活動有關財產權(例如營業權保障)之基本權保障範圍。

總之，從歷史解釋，工作權之定性，可能溯及社會主義之勞動權概念，則與基於自由主義市場經濟之職業自由，各有其不同歷史發展起源及背景。時至今日，兩者是否宜適度整合，或仍維持其差異性，值得再思考。另從現代憲法之目的解釋，將職業自由納入現代意義的廣義工作權概念，則職業自由適用憲法第十五條工作權保障，將之列入所謂人權清單之中，如此則無庸另依憲法第二十二條創設職業自由基本權。因此，本案有關電子遊戲場業許可及管理，另不包含財產權面向的營業自由基本權。換言之，將其與憲法第十五條財產權及第二十二條概括基本權加以區分，而單純由憲法第十五條工作權及職業自由作為基本權的「事務之保障範圍」出發，如此則較易於審查其合憲性。

三、從比較憲法解釋角度論職業自由之保障與其限制之違憲審查方法

關於職業自由之保障，德國聯邦憲法法院於一九五八年六月十一日「藥局判決」(Apotheken-Urteil)¹⁸案提出三階段論。

¹⁸ 參照 BVerfGE 7, 377 – Apothekenurteil.有譯為藥房判決。參照藥事法第十九條規定，藥師或藥劑生親自主持，依法執行藥品調劑、供應業務之處所，稱為藥局。時至今日，是否繼續適用此三階段論，在德國文獻中，並非毫無批評意見。參照 Rupert Scholz in: Mauz-Dürig,

該判決提出之三階段論，將職業自由之限制區分為三種階段，並適用不同之審查基準。

1. 第一階段:關於單純職業執行規制(reine Berufsausübungsregelungen)，例如有關職業執行之種類及方式之內容規制¹⁹，如顯示「公共福祉」之理性考量(vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls)具有合目的性者，即具阻卻違憲事由²⁰。
2. 第二階段:關於職業選擇自由之主觀許可限制(subjektive Zulassungsbeschränkungen)（有稱為「主觀許可要件」；subjektive Zulassungsvoraussetzungen），例如限制職業選擇應具備一定之技能、訓練、體能等條件，須係為保護「重要之公共利益」(wichtiger Gemeinschaftsgüter)者，始得許可²¹。

Grundgesetz, Band II, München: Beck, 2015, Art. 12 Rn. 336. 在此批評下，的確此理論在保障範圍層面建構上，可能違反統一的基本權，亦在干預層面上，有可能干預密度上，將職業執行與選擇自由加以區分或許僅是其起初表徵，但不能最終判斷其干預密度等困難問題，但學理上仍期待三階段論可能再發展，認為其特殊個案得以彈性與比例原則審查相整合，作為干預阻卻違憲事由審查(Prüfung der Eingriffsrechtfertigung)之出發點。參照 Epping-Hillgruber, Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., München: Beck, 2013, Art. 12, Rn. 102ff..

¹⁹ “inhaltliche Regelungen bezüglich der Art und Weise der Berufsausübung (“Wie“).”

²⁰ “Sie sind gerechtfertigt, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls sie zweckmäßig erscheinen lassen.“

²¹ 本院釋字第五八四解釋，認人民選擇職業應具備之主觀條件，例如知識能力、年齡、體能、道德標準等，立法者若欲加以規範，則須有較諸執行職業自由之限制，更為重要之公共利益存在，且屬必要時，方得為適當之限制。

3. 關於職業選擇自由之客觀許可限制 (subjektive Zulassungsbeschränkungen) (有稱為「客觀許可要件」; objektive Zulassungsvoraussetzungen)，例如設定進入市場之數量限制，乃與申請執業之個人特質無關之條件，且該條件之成就與否非該個人所能左右者，則係為防禦「可資證明或極顯著重大危害之特別重要之公共利益」²²之強制性要求者，始得許可。

於德國，對於是否繼續採取三階段論，適用於職業自由之違憲審查，亦引發討論及批評。有認為三階段論對於「職業形象定型」(Berufsbildfixierung)與公共福祉及公共利益(公益)之意義等，並不甚明確，實務上適用易生疑義。是以不宜繼續使用該三階段論，甚至建議改採「四階段論」(Vier Stufen Theorie)，亦即過當禁止(Übermaßverbot)(比例原則)取代階段論，將目的正當性、目的與手段間之適合性、必要性及狹義比例(有稱均衡性或相當性)²³分成四階段審查。²⁴亦有認為三階段論仍得適用於職業自由，但非屬於保障範圍審查階段，因為德國基本法

²² “zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“.

²³ 本院解釋曾使用「均衡」及「過當」之用語，例如本院釋字第七一二號有關收養大陸地區人民限制案解釋，認為系爭規定對人民收養其配偶之大陸地區子女自由限制所造成之效果，與其所欲保護之公共利益，顯失均衡，其限制已屬過當。

²⁴ 有認為以過當禁止取代階段論(Übermaßverbot statt “Stufentheorie”)，因為依德國聯邦憲法法院之判決「階段」(Stufen)與影響要件(Einwirkungsvoraussetzung)不必然相互符合，後者毋寧是按影響密度決定，依個案進行過度禁止之審查。其按四階段分別進行。(參照 Jörn Ipsen, Staatsrecht II Grundrechte, 18.Aufl., 2015, München:Vahlen, Rn.672ff.)

第十二條第一項雖分別明定職業選擇自由與職業執行自由，但其納入職業自由之統一的基本權(Das einheitliche Grundrecht der Berufsfreiheit)²⁵，而作為基本權之事務保障範圍。於職業自由基本權之干預(Eingriff)或限制(Schranken)(例如規律保留，或稱法律保留)審查後，對於職業自由基本權的「限制之限制」(Schrnaken-Schranken)，其中得適用比例原則連接三階段論，就職業執行自由、職業選擇自由之主觀及客觀許可要件分別其審查密度，針對個案予以審查。

茲表列如下，以利理解：²⁶

功能(Funktion)	防禦權(主觀公權利) 對自由職業活動之價值決定(客觀法秩序)
保障範圍	職業自由之統一的基本權(職業選擇自由與職業執行自由) 獨立的或非獨立的 繼續性、有報酬的
干預	於規律職業之意圖(berufsregelnde Tendenz) ²⁷ 時，

²⁵ 依基本法第十二條第一項第一段規律權能，擴及於職業執行及職業選擇，但兩者非處於相同(審查)密度。(Die Regelungsbefugnis nach Art. 12 Abs. 1 Satz GG erstreckt sich auf Berufsausübung und Berufswahl, aber nicht auf beide in gleicher Intensität.)

²⁶ 參照 Johannes Deger, Grundrechte, 5.Aufl., Altenberge: niederle media, 2015, S.101, 108.

²⁷ 參照林大法官錫堯於本院釋字第六八九號之協同意見書。其參照德國聯邦憲法法院裁判與學者之見解，認為公權力行為侵害職業自由，必須有「規律職業之意圖」，始足當之；如欠缺此種目的，僅可能構成對一般行為自由之侵害。又所謂「規律職業之意圖」，不僅指立法者已顯示其對職業活動之直接干涉或以此為其終局目的（即主

	直接的、有目的或僅間接的
限制	規律保留 (Regelungsvorbehalt)(其作用有如法律保留)
限制之限制	三階段論、比例原則、勞動強制與強制勞動 (Abeitszwang und Zwangsarbeit)

茲另就現行德國基本法第十二條第一項職業自由違憲審查流程，特別是關於適用三階段論與比例原則情形²⁸，表列如下，以供參考：

職業執行	職業選擇	
“wie”(如何)干預 (第 1 階段)	主觀許可要件 “ob”(是否)干預 (第 2 階段)	客觀許可要件 (第 3 階段)
<ul style="list-style-type: none"> * 目的: 公共福祉之保護 * 適合性 * 必要性 * 均衡性(狹義比例) => “典型比例原則” 	<ul style="list-style-type: none"> * 目的: 重要公益之保護 * 適合性 * 必要性 * 均衡性 	<ul style="list-style-type: none"> * 目的: 為保護特別重要之公益而防禦「可資證明或極顯著重大危害」 * 適合性 * 急迫的必要性 (zwingende Erfordlichkeit) * 均衡性

觀的規律職業意圖，例如：規定某種職業活動應經許可或申報等），亦可能因法規變更職業執行之基本條件且與職業執行有密切關聯（尤其對職業執行有重大影響之情形），而構成對職業自由之侵害（即客觀的規律職業意圖）。

²⁸ 此表參考 Volker Epping, Grundrechte, 5.Auf., Berlin Heidelberg: Springer, 2012, Rn.418ff..將三階段論與比例原則相連結之類似見解，參照 Christoph Gröpl-Kaz Windthorst-Christian von Coelln, Grundgesetz-Studienkommentar, 2.Aufl., München:Beck, 2015, Rn.53ff..

我國憲法並未明定職業自由或類似用語，如前所述，與德國基本法第十二條第一項規定有所差異。惟本院曾採用德國聯邦憲法法院藥局案提出之三階段論進行憲法解釋，例如本院釋字第七一號解釋針對藥師法第十一條規定：「藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限。」未就藥師於不違反該條立法目的之情形下，或於有重大公益或緊急情況之需要時，設必要合理之例外規定，已對藥師執行職業自由形成不必要之限制，有違憲法第二十三條比例原則，與憲法第十五條保障工作權之意旨相牴觸。上開解釋使用德國基本法用語「職業執行自由」，並運用比例原則作為審查原則。此外，該號解釋之意見書中，就德國保障職業自由所提出之違憲審查方法——三階段論，有深入探討，值得重視並再思考其適用於我國違憲審查之可行性。

當然，比較憲法解釋是否宜作為解釋方法，因異於法律解釋常用之文義、體系、歷史、目的等解釋方法，故亦值得探究。惟有認為比較憲法解釋方法得作為第五種解釋方法。²⁹如從憲法發展史觀察，各國憲法具有生成發展之不同歷史背景，雖不

²⁹ 憲法解釋方法，通常與一般法律解釋方法相似。但 Peter Häberle 主張將法比較(Rechtsvergleichung)作為第五種解釋方法。(參照 Peter Häberle, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat-Zugleich zur Rechtsvergleichung als "fünfter" Auslegungsmethode, JZ, 44 Jahg. Nr.20(20.Oktober 1989), S.916ff..) 基於憲法問題之現代發展通常逐漸增加「法比較」之必要，Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Aufl., Heidelberg:C.F.Müller, 1999, Rn.71，認「法比較」作為現代憲法解釋之不可或缺的部分，是正確的。

宜全盤繼受，但就外國憲法實務或學理上經驗，基於問題導向解決方法，並以比較憲法解釋之觀點，適度予以參酌，並應用之，或許有助於我國法令違憲審查之健全與發展。

四、電子遊戲場業之營業場所開設距離限制之定性及歸類——營業場所開設距離限制宜解為職業選擇自由之客觀許可要件

人民之工作權為憲法第十五條規定所保障，其內涵包括人民選擇職業之自由。人民之職業與公共福祉有密切關係，故對於從事一定職業應具備之資格或其他要件，於符合憲法第二十三條規定之限度內，得以法律或法律明確授權之命令加以限制（本院釋字第四〇四號、第五一〇號等解釋參照）。然對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之許可標準。關於從事職業之方法、時間、地點、對象或內容等執行職業之自由，立法者為公共利益之必要，即非不得予以適當之限制。（本院釋字第五八四號解釋參照）以上本院解釋出現公共福祉、公共利益、職業自由之限制、執行職業之自由等語，可見採用前揭德國藥房案所提出三階段論之跡象，將關於從事職業之地點，認為執行職業之自由。惟於本案之情形，尚有推敲之餘地。

德國基本法第十二條第一項第一段規定，將職業自由包括選擇職業、勞動(或稱工作)地點、訓練場所自由及執行職業自由。此所稱勞動(工作)地點與執行職業併稱，但在職業自由之統一的基本權內，僅是下位概念，干預勞動(工作)地點通常亦

侵害職業選擇或職業執行自由。³⁰惟勞動(工作)地點如成為職業實施(Berufsaufnahme)³¹開始之許可要件，則可能構成職業選擇自由之內容。

本件系爭電子遊戲場業之營業場所開設距離之限制，究屬何種干預或限制？³²係合憲抑或違憲？可能因定性及歸類之

³⁰ 參照 Michael Sachs(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, München:Beck, 2014, Art.12 Rn.87.

³¹ 通常大多數產業活動(die meisten gewerblichen Tätigkeit)未經許可(Erlaubnis)，不得開始。德國文獻上，認為僅約 10%案型事實上有職業實施自由(Berufsaufnahmefreiheit)。大部分職業活動的實施，須事先報備(Anzeige)、許可(Zulassung)、准許(Genehmigung)或特許(Konzession)。其規範化，特別是在必要性(Erforderlichkeit)，受到嚴格之要求。(參照 Otto Depenheuer 著，李惠宗譯，職業自由與工作基本自由(Freiheit des Berufs und Grundfreiheiten der Arbeit)，載於 Peter Badura/Horst Dreier 主編，蘇永欽等譯注，德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集(Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht)，下冊，國科會經典譯註計畫，頁 282。)

³² 電子遊戲場業營業場所距離限制之規定，是否僅屬營業自由輕微或合理之限制或自治事項等問題，相關評析見解，參照蔡宗珍，營業自由之保障及其限制，臺大法學論叢，33 卷 5 期(2006)，頁 279 以下；李建良，政策與法律抗衡下的電玩制度：行政法院有關「電玩營業場所距離限制」判決論析，臺大法學論叢，38 卷 1 期(2009)，頁 344 以下。有關距離限制為地方自治事項之論著，另參照廖義男，夏蟲語冰錄(八十)---地方自治之規範及保障，法令月刊，65 卷 9 期(2014)，頁 99-100，其認為如該應間隔之距離規定仍屬合理，即應認為該自治法規並不抵觸法律；陳淑芳，地方自制立法與法律保留原則，載於陳淑芳，權力劃分與權限歸屬，台北：元照，2011 年，頁 389-390，其認為對於設置地點的問題(營業活動之自由)，因涉及地方之都市計畫與區域計畫，就此法律是否應考慮授權地方以其自治立法權定之。

不同而採取嚴格審查、中度或低度合理審查標準，因而異其合憲或違憲之結論。如單純從文義表面觀之，似容易將之認為營業場所距離限制，係屬於職業執行自由之限制。惟從法律體系及目的解釋，不論是中央立法制定之電子遊戲場業管理條例及中央主管機關訂定之電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點，或是地方各自治團體所制定之電子遊戲場業設置自治條例，就電子遊戲場業之營業場所開設距離之限制，相關規定均係作為電子遊戲業之開始職業的實施或申請開設之要件，實非單純職業執行活動之規定，是故系爭規定宜解為係針對申請設置電子遊戲場業之客觀許可要件，而非僅係對從事工作地點之執行職業自由所為限制。詳言之，聲請人提出開設電子遊戲場營業之申請時，必須符合系爭規定之要求，否則不予許可或不准開始職業活動的實施。本件聲請人因該等距離限制規定之適用，實際上受到不予開設許可或開始職業活動的實施之不利影響，故系爭規定要件涉及不予許可開設或職業活動實施之結果，並非單純屬於業者取得許可後之職業執行活動。因此，本件宜認為屬於「職業選擇自由之客觀許可要件」之違憲審查疑義，而非單純涉及「職業執行自由之干預或限制」之問題。³³

³³ 本件解釋理由書中認關於營業場所之選定亦受營業自由保障，之後又謂系爭規定究其性質，實為對從事工作地點之執行職業自由所為限制，故除其限制產生實質阻絕之結果而涉及職業選擇自由之限制應受較嚴格之審查外(略)。於此似有意引用德國聯邦憲法法院就職業自由保障所發展出之三階段論，然因營業自由與職業自由於基本權保障範圍上仍有差異，本件解釋如此論述，前後似有扞格。

至於因電子遊戲場業之營業場所距離限制，致無法取得開設許可部分，其意義依法條文義及立法目的，非受規範之申請營業許可人難以理解，並可經由司法審查加以確認，與法律明確性原則尚無違背。

又營業場所之距離限制規定，旨在管理電子遊戲場業，並維護社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康等重要公益(電子遊戲場業管理條例第一條參照)，由於電子遊戲場對社會安寧會造成一定之影響，故電子遊戲場業之營業場所應距離對於環境安寧有極高要求之國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上(前揭條例第九條第一項規定參照)。本院釋字第646號解釋雖係針對電子遊戲場業管理條例第二十二條有關未辦理營利事業登記而經營電子遊戲場業者科處刑罰之規定，認其符合憲法第二十三條比例原則之意旨，與憲法第八條、第十五條規定尚無牴觸。惟由於該件聲請釋憲之標的與本件解釋標的不同，因此本件有關限制營業場所之開設距離，是否為其達成目的所必要，且其所採取之限制手段與目的是否符合比例原則，亦即是否為保護極重要公益所必要？換言之，是否牴觸憲法第二十三條之比例原則，而與憲法保障人民職業自由及工作權之意旨有所違背，仍有探究之必要。

五、從三階段論及比例原則整合觀察本件聲請釋憲之疑義

本件系爭規定對於電子遊戲場業之營業場所開設距離，各地方自治團體就特定對象規定不同之距離限制，例如有將限制級之電子遊戲場業營業場所，限制在距離國民中、小學、高中、職校、醫院一千公尺以上，甚至包括幼稚園或圖書館等地點。

另有區分普通級與限制級而採取不同距離者，亦有未區分其級別，均採一致距離標準者。此外，在距離限制方面，有要求距離遠超過五十公尺甚多者，例如八百五十公尺、九百公尺或一千公尺以上，作為申請開設許可之要件。

如前所述，本件系爭規定雖認為其不違反法律保留原則，但其性質屬於職業選擇自由之客觀許可要件，因此，在規範目的正當性方面，須要有極重要公共利益之要求。在目的與手段間之適合性、必要性與均衡性(狹義比例)，均應符合憲法第二十三條比例原則之要求。

本件系爭規定所設定之營業場所距離限制，或許基於社會、環境安寧或保護兒童或少年身心健康等目的，符合極重要公共利益之要求。惟其目的與手段間是否合乎必要性及均衡性要求，仍有探討之餘地。因使用「一定距離以上之量化」作為許可標準，導致有些地區根本無設置電子遊戲場所之可能，甚至達到本件解釋所稱實質阻絕之不利影響。

再者，電子遊戲場業管理條例第九條第一項規定有關電子遊戲場業營業場所應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上之距離限制，是否為最適之合理距離，學理上有不同見解。在法律適用上，其係屬營業場所開設許可之下限，還是上限，仍有疑義。如屬於上限，系爭規定自違反中央法規所設定之客觀許可標準。如屬於下限，則五十公尺與八百、九百及一千公尺相比，其差異高達十六至二十倍，兩者間是否均衡或相當，似不無疑義。質言之，本件系爭規定之距離限制，其由「量的干預」而發生「質的限制」，系爭規定所為高倍數的

距離限制，將可能與狹義比例原則要求發生不符之現象。特別是與五十公尺比較，系爭規定分別提高距離限制甚多，難謂無「過度」(Übermaß)之疑義。於此情形，可能因「量變而質變」，致生違反「過度禁止原則」之情事，從而發生過度干預或限制聲請人職業選擇自由之不利影響。綜上，為保障人民之職業自由基本權，宜認為本件系爭規定有違憲法第二十三條所定之比例原則，與憲法第十五條保障人民職業自由之意旨不符。

釋字第七三八號解釋不同意見書

陳大法官新民 提出

地方政府與中央政府間，正如同各個行星對著共有的太陽，依據其不同的質量與距離，環繞著運行之，如此一來，早晚間才會維持美妙的均衡。

美國開國元勳·傑弗遜

對於多數意見，認定電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點（下稱系爭規定一），規定各自治條例亦可作為許可人民申請經營電子遊戲場業（下稱電遊業），認為並不牴觸法律保留原則。以及認定電子遊戲場業管理條例（下稱母法）第九條第一項法定距離五十公尺以上的規定為「最少距離論」，以及地方自治團體得以「因地制宜」的空泛公益理由，藉助「工商管理與輔導」之名，而可獲得「實質限制人民營業與職業自由的概括授權」，且並未牴觸憲法中央與地方分權的原則，而作出合憲的解釋。

對這種結論，以及更重要的涉及了法律條文的詮釋方式。按此「法定距離五十公尺以上」的法律規定，理應是針對人民行使營業與職業自由之限制，而非授權「地方自治團體得另行規定門檻距離的最低標準」，否則會產生「規範對象之轉換」，違背了法律詮釋的一般原則。也因此導出了母法的五十公尺「距離門檻」之法定規定，竟不能作為拘束或保障人民經營電遊業的嚴格標準，反而可以被任一地方自治團體，將之擴充最高達二十倍的一千公尺之距離。另外，甚且加碼

至增加不同的保護場所、經營的規模、所處的道路寬度……不一而足的程度。豈能在母法並未明文授權的前提下，肯定地方政府擁有廣泛、為執行母法而擁有補充或增加其許可要件之權限？此非明顯的牴觸法律保留原則與憲法之分權原則乎？本席歎難贊同之。

爰有關法理的爭議與法條的詮釋，常有「橫看成嶺側成峰」的「峰嶺之見」，不足為奇。但本號解釋涉及到大法官過去釋憲實務少有觸及的釐清中央與地方立法權限的案例，對憲法分權原則的闡釋，當有極為重大的意義。惜乎，多數意見並未對此有太多的闡釋。同時在論理過程中，多數意見同仁似乎尚未能充分把握法律詮釋原則與法律保留原則，反而援引若干含混不清、且仍有甚多破綻、難以自圓其說的理由，來合憲化其制度。

本席本於釋憲責任重大，爰藉提出此不同意見書之便，再申一言，以示本釋憲案件影響之鉅，不當以尋常之「峰嶺之見」而視之也。

一、明顯地牴觸法律保留原則

首先應討論有無牴觸法律保留原則問題，惟惜多數意見並未詳論，但本號解釋原因案件之相關論證已昭然若揭矣。

多數意見在理由書第一段指出了：「……人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權所保障之內涵。人民如以從事一定之營業為其職業，關於營業場所之選定亦受營業自由保障，僅得以法律或法律明確授權之命令，為必要之限制，……」亦即以法律及授權命令作為限制人民基本權利，是為法律保留原則之常態。此段敘述洵為正確。

其次，又論及：「……又憲法規定我國實施地方自治。依憲法第一百十八條及憲法增修條文第九條第一項規定制定公布之地方制度法，為實施地方自治之依據。依地方制度法第二十五條及第二十八條第二款規定，地方自治團體得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，以自治條例規範居民之權利義務，惟其內容仍不得牴觸憲法有關中央與地方權限劃分之規定、法律保留原則及比例原則。」此段說明了除了法律外，亦即來自中央立法機構的意志外，地方自治團體在法定許可的範圍內，亦可以以「自治條例」來限制人民之權利，亦符合法律保留原則。

故限制人民的基本權利，在法規的形式上，是有中央法規的法律與授權命令；以及在地方層次的地方自治條例兩種。但若以符合法律保留原則的真諦而言，能產生合憲與合法的侵犯與限制人權之效果者，則必須符合法律的規定，包括符合授權的規定也。此在中央的法規方面，應注重授權命令有無牴觸母法的規定，是為釋憲審查的重點。

其次，在地方自治法規方面，多數意見指出，只能依「自治條例」方得限制人權。而自治條例則是基於：「地方自治團體得就其自治事項或依法律及上級法規之授權」而產生。在此，恐有疑義。因為，法律及上級法規，既可以授權地方立法機關以「自治條例」，或授權地方行政機關執行該法規定，而以「自治規則」的方式來執行之。在此，可以舉二件立法例來作說明：

1、在前者（授權訂定自治條例），可舉社會秩序維護法第九十一條之一的規定，授權「直轄市、縣（市）政府得因地制宜，制定自治條例，規劃得從事性交易之區域及其管理」。

因此，各自治團體的立法機關即得制定自治條例。由此條規定可知，地方自治團體制定的自治條例，可以分為來自憲法分權原則所獲得的自治事項而得立法權限，稱為「原生型規範權」；以及由立法授權而得之「傳來型授權」。這也是目前我國地方制度法所採行的立法例。

在前者情形，如被中央立法侵犯，則中央法律違憲，這是實施分權制國家釋憲實務經常判決的案例，只是我國大法官尚未曾作出類似判決。至於後者的自治條例，則可由授權法律隨時更改或取消。但無論如何，自治條例可取得拘束人民權利與義務的效力，亦即符合法律保留原則（地方制度法第二十八條第二款）。

2、在後者（訂定自治規則）之情形，可舉都市計畫法為例。該法為中央立法，交由地方執行，例如，該法第八十五條規定即可授權中央主管機關（例如，內政部制定臺灣省都市計畫法施行細則），或地方機關（例如，臺北市及高雄市各制定該市之都市計畫法施行細則），制定各種地方之施行細則；而該施行細則可獲得不少概括授權的內容，最明顯的例子，莫如第三十九條，關於都市計畫區內土地及建築物之使用與管理等——例如，對於及特定專用區內、基地面積或基地內應保留空地之比率、容積率、基地內前後側院之深度及寬度、停車場及建築物之高度，以及有關交通、景觀或防火等事項，有極為廣泛的授權¹。

在上述2的情形，儘管制定出來的施行細則，似乎因其授權制定子法的對象不同，會出現法規性質不一的情形，例

¹ 都市計畫法第39條：「對於都市計畫各使用區及特定專用區內土地及建築物之使用、基地面積或基地內應保留空地之比率、容積率、基地內前後側院之深度及寬度、停車場及建築物之高度，以及有關交通、景觀或防火等事項，內政部或直轄市政府得依據地方實際情況，於本法施行細則中作必要之規定。」

如，前者(內政部)所制定的子法明顯具有「法規命令」的色彩，而「施行細則」也一貫被認為乃法規命令；而後者之地方政府(如直轄市政府)所獲授權制定者，則明顯為自治規則，儘管其用語頗類似行政規則。兩者實皆有法律授權基礎，其性質仍為法規命令也。故地方行政機關可由法律授權，制定法規命令(施行細則)性質的「自治規則」來執行母法的規定，包括填補或補充母法不足的規定，並不是非以自治條例規範不可。

故在此，中央法規層次的法律保留原則的檢驗，並不困難。而在來自於地方法規——自治條例或自治規則——的限制，則必須論究其是否屬於自治事項，從而賦予自治條例法源的能力；其次，也要詳加檢驗法律授權的範圍，可以界定出其所授權的自治條例或自治規則，有無遵守法律保留原則。兩者被檢驗的內容皆無不同，主要在有無遵守事項的範圍與授權的界限而已。

所以，在檢驗有無違反法律保留原則時，必須就侵犯人民基本權(此處涉及營業自由與職業權)的公權力措施，是否有明確的法律基礎，包括中央法規(法律與授權命令)與地方法規，本號解釋原因案件即涉及到此二種法律保留之基礎，可以分別檢驗之。

(一)「距離門檻」的規範方式

本號解釋所涉及之限制人民經營電子遊戲場的自由——專以「距離特殊場所的遠近門檻」而論，雖已由母法(電子遊戲場業管理條例)第九條第一項獲得了依據(有關電子遊戲場業營業場所應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五

十公尺以上之規定)。此門檻規定已經極為明確、具體，同時沒有授權行政機關或其他地方自治團體另行規範其門檻的規定，故直接可產生規範效果。質言之，此中央法規層次的法律保留原則，直接源於母法，而毋庸再援引授權之命令，故檢驗最終限制人民經營電遊業的「門檻規範」是否符合法律保留原則，在中央位階的法規範，則專以母法的規定為唯一的依據。

基於此法理，中央主管機關在未獲得母法明確的授權下，就此「距離門檻」沒有任何另加規範之餘地。其至連其他相關的限制經營電遊業的要件亦然——例如，業者的消極資格要件（第十二條）。

雖然母法在第十一條第一項第六款規定：「電子遊戲場業……，應……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：……六、營業場所之地址及面積。」則只是言明作為管理與執行母法的中央主管機關——經濟部，得本於主管機關權責執行上述的規定，同時得以頒布無須授權要求的行政規則即系爭規定一（電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點），來指揮下級機關執行母法之規定。故顯然母法位階的規範（第九條第一項與第十一條第一項第六款）皆未許可主管機關有變更距離門檻規定的授權。

故主管機關只能在此法定「門檻規定」，及其他法定經營電遊業要件（例如，母法第十二條關於經營電遊業者的消極資格規定）的前提下，執行法定要件的核發許可級別證與其他登記事宜，俾使人民能實現其受憲法保障的營業權，這也是法治國家原則要求行政機關必須履行合法的行政執行之

義務，也勿忘「正當行政程序」已經大法官解釋，提升為法治國家的基本原則（釋字第六六三、七〇九及七三一號解釋）。

因此，系爭規定一第二點第一款第一目規定：「申請作業程序：電子遊戲場業……，申請電子遊戲場業營業級別證或變更登記，應符合下列規定：（一）營業場所 1. 符合……自治條例……規定。」的法規範屬性，既然是屬於執行法律之細節性、技術性次要事項，已由解釋理由書（第一段）所明白承認。故其不得更易母法的規定，已毫無任何疑問可言。

此可再由系爭規定一的名稱——「作業要點」來檢驗，即可得知其非屬於法規命令，而是典型的行政規則。大法官在釋字第四五四號解釋，已針對類似性質的「國人入境短期停留長期居留及戶籍登記作業要點」宣示其並非法律授權所制定之法規命令，因此不得產生母法所未有的限制人權的效力。可供參照。

此觀諸行政程序法第一百五十九條所規定行政規則的定義，為主管機關對於下級機關執行法定職權的內部規章，尤其是同條文第二項提及為各種目的而制定之行政規則²，正是利用如系爭規定一的「作業要點」式的行政規則來實行之。因此，光由系爭規定一的名稱³、功能（業務處理方式）及毋庸法律授權之合法性，即可得知其法規範的屬性，多數意見

² 行政程序法第 159 條第 2 項行政規則包括下列各款之規定：「一、關於機關內部之組織、事務之分配、業務處理方式、人事管理等一般性規定。二、為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，而訂頒之解釋性規定及裁量基準。」

³ 雖然在實施行政程序法之前，職權命令或授權命令乃併列，兩者皆可使用「要點」的名稱。雖然依據中央法規標準法第 7 條，各機關發布的命令，得依其性質，稱為「規則」或「規程」等七種名稱。「要點」並不在內，但是依行政法學的通說，此七種名稱普遍認為乃為例示說。故行政實務上，「要點」可作為行政規則，甚或法規命令之名稱也。見吳庚，行政法之理論與實務，增訂十二版，2012 年 9 月，第 45 頁。不過，在實施行政程序法後，儘管職權命令制度已漸被行政規則所取代，但為提高授權命令的位階性，且具有外部效力，故原本契合規範內部行政作業流程與細節性、屬於行政規則性質的「作業要點」之名稱，無論如何，已不再繼續使用也。

就此而言，並無疑義。

但主管機關對系爭規定一的屬性以及其「運作的分寸」——即不能絲毫變更母法的規定，是否能真正的遵守？頗令人懷疑。首先，就有無授權的依據而言，就出現了矛盾。只要檢視系爭規定一的全文，即可洞見。依此「作業要點」的第一點規定：「一、依據：依據電子遊戲場業管理條例第十一條第一項規定訂定之。」顯然已經自認為本作業要點是屬於有「明白授權」的行政立法，亦即屬於法規命令性質的授權命令。然而，吾人再檢驗所提及之電子遊戲場業管理條例第十一條第一項之規定，已得知該條僅是提及「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」的事宜，並沒有任何授權的規定！此「無中生有」的授權來源，顯示出主管機關經濟部誤認了系爭規定一的法規性質。並且可以推斷出此乃主管機關主觀認定：主管機關得由職權規定，獲得制定施行母法的廣泛授權。易言之，母法第十一條第一項已有「隱藏性的授權」。

這種「隱藏性的授權」概念，既不符合現今法規命令與行政規則的二分法；甚至也不符合在行政程序法公布前，亦即系爭規定一制定前，將類似行政規則視為職權命令的見解⁴。按此種職權命令本即毋庸授權，自可本於職權而由主管機關制定，不必再於該職權命令中「畫蛇添足」般地加上了「無

⁴ 這必須追溯及系爭要點制定時（民國 89 年 3 月 29 日），主管機關並不熟悉行政規則的法定概念，還在承續舊有職權命令的巢臼，按我國行政程序法雖在系爭要點制定前一年（民國 88 年 2 月 3 日公布）已制定公布，但遲至民國 90 年 1 月 1 日方才實施。故系爭要點制定時，仍屬未實施行政程序法之階段。而當時依中央法規標準法第 7 條尚有區分職權命令與授權命令，前者可包含行政規則在內。另外，當時主管機關亦普遍認為只要擁有執行權限，即可本於職權訂定命令，作為施行之依據，至於有無法律明白授權，並不妨礙主管機關可以在執行法律層面，為廣泛的規範制定權，易言之，會將法律所規定的事務與管轄規定，視同為實質授權，故系爭要點一，不僅出自於此種舊式的「實質授權論」之思維，甚至將之進一步「形式化」才會引起本席所說的「畫蛇添足」也。

中生有」的授權規定也。

因此系爭規定一的第一點（授權依據），應當刪除，否則明白牴觸本號解釋對其之定性也。惜乎，就此點而言，多數意見也未加以檢驗與批評，顯有嚴重之疏漏。

其次，在實質與嚴格執行層面而言，系爭規定一是否亦有「未遵守行政規則的法定界限」的疑慮？由其在第二點第一款第一目規定了母法所無之「電子遊戲場業之營業場所應符合自治條例」之規定，顯然已經擴張了母法的範圍。

（二）母法的「距離門檻」並未授權地方自治條例可另行規範之餘地

多數意見在理由書宣示系爭規定一的場所應符合自治條例之規定，並不牴觸法律保留原則，其理由乃是：「……僅指明申請核發上開級別證或變更登記應適用之法令，為細節性、技術性之規定，是系爭規定一尚未牴觸法律保留原則。惟各地方自治團體所訂相關自治條例須不牴觸憲法、法律者，始有適用，自屬當然。」

這種見解雖然承認系爭規定一只是細節性或技術性之規範，本即無權決定限制人權的法規依據，但又說明「只是指明」下級機關（包括地方主管機關）在辦理申請核發上開級別證或變更登記時，「應適用之法令」。是否造成矛盾？因為既然指明了此應適用的法令包括地方自治條例在內，豈非明白肯定該自治條例可以作為限制人民經營電遊業之權利的許可要件之依據？同時再加上其後理由書所肯認的「得概括授權就地方自治事項為廣泛的制定執行性規範」，豈非實質決定了限制人民經營電遊業的法規依據乎？

至於，多數意見提及「該自治條例應當合法與合憲」實屬多餘。這涉及到法規範合憲性的依據，對一般下級機關而言，並無審查及拒絕適用之上級機關所頒布法規之權力也。在行政實務上，上級對下級所為各種內部指示，以及職權實務運作的法規範依據，也從未須強調須以合憲或合法為前提也。所以，多數意見何多此一舉的「附帶一言」乎。

當然，如有因地制宜之需，而不應為全國硬性的統一規定，立法者自然可以授權地方立法機關，甚或行政機關來制定不同的規範。這是立法手段目的性與妥當性的立法判斷問題，屬立法裁量的範疇。在我國立法上已經不勝枚舉，例如，環境基本法第七條第二項、自來水法第一一〇條第一項、行政法人法第四十一條第二項、社會秩序維護法第九十一條之一、公民投票法第二十九條、社會救助法第二十條（見附件一），都是明顯的例子。如果都援用本號解釋的意旨，認為自治條例可以擁有另為因地制宜的授權規定，那麼上述這些法律特別的授權規定，豈非多餘乎？

在此可以特別舉出一個類似的立法例——前已述及之社會秩序維護法第九十一條之一的規定。依該條文第一項規定：「直轄市、縣（市）政府得因地制宜，制定自治條例，規劃得從事性交易之區域及其管理。」這便是由法律授權地方自治條例（以地方立法機關通過之法規）俾作為該自治團體內規範性交易事業及行為的子法。第二項規定：「前項自治條例，應包含下列各款規定：一、該區域於都市計畫地區，限於商業區範圍內。二、該區域於非都市土地，限於以供遊憩為主之遊憩用地範圍內。但不包括兒童或青少年遊憩場。」即為類似本號解釋所涉及的「營業或行為地點」規定，可由

子法來規範。而同項第三款規定：「三、前二款之區域，應與學校、幼稚園、寺廟、教會（堂）等建築物保持適當之距離。……」由於此法律對於上述「距離門檻規定」未有明定，可明見已授權地方自治條例加以規定。相形對照本號解釋之原因案件，可立判其兩者的明顯差別。

這種對比應無疑的導出下述的結論：除了社會秩序維護法有特殊授權規定外，關於本案電遊業的管理，既然直接在母法的規定中獲得了「距離門檻」，已形成法律規範的條件。除非有其他同位階的法律的特別規定外，可基於「特別法優於普通法」的原則，優先適用外，其他未獲授權的下級法規範——包括自治條例在內，皆不得逕以變更。

具體的例子，可再舉兒童及少年福利與權益保障法（下稱兒少法）第四十七條的立法例來說明。依該條第一項之規定：「兒童及少年不得出入酒家、特種咖啡茶室、成人用品零售店、限制級電子遊戲場及其他涉及賭博、色情、暴力等經主管機關認定足以危害其身心健康之場所。」第四項為：「第一項之場所應距離幼兒園、國民中小學、高中、職校二百公尺以上，並檢附證明文件，經商業登記主管機關登記後，始得營業。」

這裡存在於針對同一電遊業的門檻規定，卻出現兩個法律位階且同樣是保障青少年身心健康，但不同標準的現象，顯示出立法者認為，如出於有效保護兒童及青少年的身心發展之考量，母法第九條第一項的「五十公尺」門檻，已無法達到立法目的——此即立法手段之「欠缺妥當」（Unzweckmäßigkeit），而有改變普通法的標準，以特別法強化之，是立法者「自我調整」的立法常態。同時，普通法

對電遊業的門檻規定，與兒少法的特別門檻規定，都仍有對外的強制力，並非形同具文。例如，限制級電遊業的門檻適用兒少法規定，至於普通級的電遊業，仍以母法第九條第一項的五十公尺門檻為準。此乃法治國對所有現存法律規定具有強制力的當然解釋也。

（三）法律詮釋的陷阱——母法門檻規定豈是授權規定？

多數意見在法律詮釋上也有值得斟酌之處——即將「距離五十公尺以上」的門檻規定，視為「授權地方自治團體得另行規定門檻距離的最低標準」。所以會導致認為各自治條例所規定出來的一千公尺，九百九十公尺、八百公尺……五花八門的門檻規定，都是「因地制宜」的妥善結果。

其實，始作俑者應推「最高行政法院九十四年十一月份庭長法官聯席會議」所作的決議文。該次會議正是以本號解釋相同的對象「五十公尺以上門檻」而為的探討。此決議認為電遊業會造成社會安寧一定的影響，故對環境安寧有極高要求的學校而言，此五十公尺的門檻「因其限制對營業人營業自由之影響尚屬輕微」，故應解釋為對電子遊戲營業場所設置之「最低限制」。本號解釋且進一步認為此又屬於縣市工商輔導與管理事項，屬於地方制度法（第十九條第七款第三目）之自治事項，即可自行制定符合地域需要、且更高限制標準之自治法規。

顯然的，此項出自最高行政法院的共識，也獲得本號解釋多數意見的採納。尤其是門檻限制（應注意：該決議是以母法五十公尺門檻作標準），乃屬對業者營業自由「輕微影響」，自可以由自治條例加以更嚴格的規範。

此「輕微影響說」，當已影響了多數意見認定系爭規定一的規定，可將自治條例納入作為規範距離門檻的準據，卻仍認為屬於「細節性與技術性」的規範。如此一來，即可名正言順地援引大法官釋字第四四三號解釋之「層級化法律保留」之架構，對於那些「儘管會對人民的權利造成不便，但仍屬輕微影響」的法規，即毋庸法律的授權。是否兩者有異曲同工之妙乎？

但是，現實的發展，遠比上述最高行政法院的決議，來得更嚴重、條件也更嚴格矣。原本作為判斷標準，且不算嚴格的五十公尺要件，已脫離現實標準甚大，今非昔比，早已不成為各地電遊業營業場所許可的判斷基準了。最高行政法院的決議，是否已「明日黃花」乎？

細觀母法有關「距離門檻」(第九條第一項)的規定：「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。」明顯的只有兩種內容：第一，受到距離保護的對象場所，僅限國民中、小學、高中、職校、醫院；第二，距離僅有「五十公尺以上」。此外，母法沒有任何一個授權地方自治條例另行規範之餘地。但實務上卻開花結果，五花八門。可綜觀如下：

1、距離門檻，鮮少有遵循母法五十公尺者（例外如新竹市普通級），其他各地方皆超過甚多，最遠的且超過一千公尺（臺北市限制級、花蓮縣、臺南市、高雄市）。

2、距離場所的種類增加：幼兒園（臺北市限制級）；圖書館（基隆市、臺北市）；住宅區五十公尺以上（臺中市、新北市）。

3、毗鄰一定寬度的馬路：普通級應連接寬度十二公尺

以上之道路、限制級應連接寬度三十公尺以上之道路（臺北市）；連接八公尺以上的已開闢道路（南投縣）。

4、營業場所的面積：單層營業樓地板面積五百平方公尺以上（基隆市）、其所在購物中心、百貨業或遊樂園業全棟營業樓地板面積一萬平方公尺以上，且最小設置單層營業樓地板面積一千平方公尺以上（臺北市、高雄市）。

5、營業場所的特別限制：應設於商業區之一樓（南投縣）。

不惟寧是，這種授權後果，也由距離門檻擴充到「受保障場所」之種類。本來由母法的規定，值得保障的場所僅限於國民中、小學、高中、職校、醫院等五個列舉的場所而言。故只能嚴格限縮解釋方足符合比例原則。但各方自治團體顯然擴大了其範圍。例如，擴張至幼稚園（臺北市）、圖書館（基隆市、臺北市）⁵。本來此立法的主要目的在「維護社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康」（母法第一條），但似乎過於空泛。還不如援引釋字第六四六號解釋的立論⁶，主要有二：1、避免兒童及少年留連忘返，荒廢學業、虛耗金錢，而有犯罪或成為被害人之可能⁷；2、對一般人而言，則為影響公共安全與社區安寧。因此，地方自治團體不能夠

⁵縱使兒少法第 47 條第 4 項對限制級之電遊業有類似的規定：「應距離幼兒園、國民中小學、高中、職校二百公尺以上。」但也只增加幼兒園取得了法律依據，但無圖書館。

⁶釋字第 646 號解釋：「……電子遊戲為個人休閒活動之一，電子遊戲場乃成為現代人抒解壓力及娛樂之場所。電子遊戲場業之經營，除涉及產業結構與經濟發展外，由於電子遊戲之情節引人而具輸贏結果之特性，易使兒童及少年留連忘返，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，而有成為潛在之犯罪被害人或涉及非行之虞，又因電子遊戲之操作便利、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之場所，因此電子遊戲場業之經營，亦涉及兒童、少年保護、公共安全及社區安寧等問題。為健全電子遊戲場之秩序，使基於抒壓及娛樂之目的而進入電子遊戲場所之消費者，可分別接觸適當之個人休閒活動，不致因各該場所之疏於管理，而誤涉犯罪或成為明顯之犯罪對象，並同時兼顧公共安全與社區安寧，是我國對電子遊戲場業之管制，由來已久。……」

⁷所以母法所規定的學校中，即不包括大學，顯然大學生已較成熟，不易留連忘返也。顯示立法者對五種管制地點的考量，並非無的放矢矣。

隨其意志，增加管制場所，到底標準何在？是否日後可能延伸到法院、殯儀館、各類宗教團體……？豈非突破了立法比例原則的考量⁸。然而，同樣的，多數意見卻也將此認可為因地制宜的授權規定。

由上述五花八門的規定，顯然其廣度與複雜度，遠遠超過十年前「最高行政法院九十四年十一月份庭長法官聯席會議」所作出決議的「五十公尺」門檻之標準。其對人民營業權的影響之大，顯然不能再以「輕微影響」來一筆帶過矣⁹。

最高行政法院上述的決議，由「輕微影響說」，導出了「最低界限」、從而許可自治條例為更嚴格的規範，亦即自治條例無疑獲得另加條件的授權。這種詮釋方法，顯然有誤。由於涉及到憲法對基本人權限制的基本法律詮釋原則，其重要性非一般泛泛的法條解釋可比，故必須在此嚴肅地探究之。

按此「五十公尺門檻」之語義當作「人權限制的極限」之解，亦即只要超過了應受保護的場所五十公尺的「禁制區距離」，即屬自由行使人權（經營電遊業）之處。

此禁制區正如同集遊法第六條第二項可以規定不得集會遊行的禁區¹⁰。雖然其條文規定，例如「集會遊行之禁區不得逾五十公尺」，即表示至少超過五十公尺即屬非禁止遊行之禁區，當然立法技巧可以改頭換面，變成「集會遊行之場所，必須距離禁區目標五十公尺以上」，意義都是一樣也。

⁸ 就以幼稚園距離門檻之目的性而言，豈為了防止幼稚園兒童「流連忘返」於電子遊戲場乎？此點，只要禁止一定年齡者進入即可防範矣。故為此而將幼稚園納入，頗令人蕙爾。抑或是要保護幼稚園的安寧？而幼稚園經常可能是週遭鄰居噪音的來源，又非醫院，有維護安寧的重大必要乎？

⁹ 可參見蔡宗珍，營業自由之保障及其限制—最高行政法院 2005 年 11 月 22 日庭長法官聯席會議評釋，台大法學論叢，第 33 卷第 5 期，2006 年，第 17 頁以下。

¹⁰ 集會遊行法第 6 條第 2 項：「前項第一款、第二款地區之週邊範圍，由內政部劃定公告；第三款地區之週邊範圍，由國防部劃定公告。但均不得逾三百公尺。第四款地區之週邊範圍，由外交部劃定公告。但不得逾五十公尺。」

而本號解釋的表述方式正如同上述情形一樣，採「應距離……五十公尺以上，方得許可之」之方式，解釋上豈非等於「在距離……五十公尺以內，不得許可之」？難道使用後者的表述方式，便開啟了主管機關能夠決定劃出「至少五十公尺」以上的禁止權利行使之地區乎？如此一來，集遊法的禁區規定豈非漫無邊際？

倘這種授權論的「持續發酵」，並無「天花板」的上限，會導致所有法律所定的人權限制，即使並無授權其他法規來限制，卻會透過上述的詮釋方法，該各種自治法規可實質上增加了法律條文所未預見的「不當負擔」，顯然該法律未能創造出一個明確、可預見性的法律秩序，如何可確保人權的實現乎？

如此一來，各地方自治團體即可本於各式各樣的「因地制宜」的公益考量，例如為了強化善良風氣及提昇經營電玩業者素質為由，對經營電遊業者的消極規定（母法第十二條），加以擴充，增加更多的消極規定？同樣的，為保障消費的安全，也可主張電遊機具的安全檢驗，除中央機關把關外（母法第六條），地方可另定其他更嚴格的標準，例如，有無殘餘輻射線，或非使用某些特定材質（例如，可防火或不散發有毒氣體）製造不可之規定？

如此推演下去，就以門檻條款一項而論，一個地方自治團體既然可以將法定距離門檻規定為「法定最低門檻標準」，自由調整達到二十倍之多的一千公尺，哪一天是否也可以達到二百倍的一萬公尺？試問其門檻界限將「伊於胡底」？儘管本號解釋多數意見提出了應適用比例原則來管控，但數字的膨漲雖可能較為明顯，但仍難明確地界定其極限。至於其

他各種各樣非類似數字般的可能限制方式，就更難料矣。試問，人民的營業及職業權將被壓縮到何種程度？

除此之外，這種「門檻授權說」與法律詮釋的基本原則有違，不但陷入了法條文字技倆的陷阱，更是陷入了「法律規範對象的轉變」之迷思！按上述法定的門檻規定，既然是以限制人民經營電遊業的基本人權所制定，當然是以人民為「規範對象」。然而，一旦轉變為「對地方自治團體可因地制宜而為更嚴格規定的授權性質」，豈非已將規範對象由人民轉為「地方自治團體」？

因此，母法第九條第一項的門檻規定被誤認為授權規定，已經種下了多數意見論理上難以自圓其說的根源矣。

二、破壞中央與地方的分權原則

本號解釋除了涉及侵犯法律保留原則外，尚且混淆了中央與地方分權原則，以及委託行政與自治行政的區別。

（一）電遊業的管理，乃中央立法，非地方立法的自治事項

本號解釋多數意見承續最高法院九十四年十一月份庭長法官聯席會議的見解，將電遊業的管理，視為工商管理與輔導之事項，從而屬於自治事項，給予本號解釋的合憲性理論上的依據。

在此，應該澄清電子遊戲場業的立法項目，究竟是中央或地方的立法範疇。如為中央立法，則即不屬於自治事項，除非法律授權，地方政府無得牴觸中央法律之餘地，已於前述。此乃憲法採分權制的當然結果。

而如今，只要將母法的名稱重讀一遍：「電子遊戲場業管理條例」，其中赫然出現的「管理」條例，可知人民經營的

「電子遊戲場」之法定管理之規範，乃是明確的中央法律，而非屬於自治立法也。因此，所有中央與地方行政機關對於人民所經營的電遊場的管理條文，必須出自於此母法，方符合法律保留原則。故並不存在於「雙頭馬車」之管理，亦即，除母法的電遊場管理法制外，對於同一規範事項，又存在另一套的管理法源也。

（二）「工商管理與輔導」並非概括授權式的「萬靈丹」

造成上述違法與違憲狀態的「雙頭馬車管理」乃是援引地方制度法對於工商輔導與管理是為地方自治團體之自治事項的規定（地方制度法第十八條第七款第三目參照），從而可依地方政府擁有廣泛的規範權限，但只要不明白牴觸中央法規即可（第二十五條）。多數意見即明白的肯認此為「地方制度法概括授權之範圍」。

此見解謬誤大矣，不當的膨漲了地方團體對於工商業的管理權限。且只要一提到概括授權的問題，立即引起了牴觸「授權明確性」的原則。尤其是地方制度法授權之廣，更不得不談有無牴觸此原則的問題也。

按人民的權利義務必須受到法律保留原則的保障，即使法律授權下級機關可訂定法規，也要服膺授權明確性原則，對此本院已有數十個解釋例可參照，於此不贅。其目的都在遏止空泛與空白授權，形成下級機關漫無邊界的立法，喪失了法治國家人民對其權利義務內容與界限有「可預見性」之制度。

因此，既然商業—包括各種經濟行為、行業與職業的立法，乃中央之權限（憲法第一〇八條第一項第三款），中央

可自己執行，或交由地方執行。顯然的，地方僅負有「執行中央有關商業立法的權限」。中央可以將部分母法規範不足的條文，授權地方立法規定，否則儘管有疏漏，地方亦無自行填補其缺漏之權限。質言之，此種「工商的管理與輔導」，除非法律授權，否則僅有類似行政機關服從法律與法規命令般的義務，亦即只有頒布細節性與技術性、類似行政規則般的自治規則罷了。

否則，任諸地方自治團體假藉概括授權之便，即可「包山包海」就所有工商業、制定各種規範，豈非「空白授權」乎？倘如此，吾人將地方制度法第十八條對直轄市所謂自治事項的規定，計達四十八項之多，尚不包括概括項目在內。幾乎將全部國家有關行政權力之項目包括在內（第十九條對縣市自治事項的規定亦然）。

故，對於上述四十八項規定之中的一項內容之一的「工商管理與輔導」的範疇，須予以嚴格界定，也必須採取狹義嚴格的解釋，將其限定在「執行法律的規定」而非「創設類似法律的規定」。最典型的案例，當以地方政府對其所得行使「工商管理」權的最重要「殺手鐮」——處罰的權限而言，便是地方政府最可能濫用的權力，便是利用嚴格的法律規定，全國地統一行使之。準此，只得依地方制度法第二十六條之規定，採行最高以新臺幣十萬元為限之罰鍰，並得規定連續處罰之。其他行政罰之種類限於勒令停工、停止營業、吊扣執照或其他一定期限內限制或禁止為一定行為之不利處分¹¹。

¹¹ 地方制度法第 26 條：「直轄市法規、縣（市）規章就違反地方自治事項之行政業務者，得規定處以罰鍰或其他種類之行政罰。但法律另有規定者，不在此限。其為罰鍰之處罰，逾期不繳納者，得依相關法律移送強制執行（第 2 項）。前項罰鍰之處罰，最高以新臺幣十萬元為限；並得規定連續處罰之。其他行政罰之種類限於勒令停工、停止營業、吊扣執照或其他一定期限內限

為何在地方自治團體對所有違反行政義務者，所能採行的處罰權限，只能夠限於地方制度法第二十六條所明確賦予的權限，使地方政府的工商管理權限不致於濫用，對人民不論在我國任何地方內，所遭受的地方公權力處罰，都可以有一個合理、可預期的限度。最嚴格的地方公權力也只不過如此，更何況其他公權力的措施乎？

因此，地方自治條例不能夠「無限上綱」地延伸工商管理權的權限，尤其是附加母法所未有的負擔。例如，交通管理亦同工商管理，納入自治事項。對於計程車司機的消極資格規定，為中央立法，唯有法律方得限制之，且必須符合比例原則（釋字第五八四號解釋參照）。試問，地方自治團體可否亦比照工商管理，以保護乘客安全為由的重大公益考量，而對該地區欲擔任司機者另定不同於法律所規定之消極條件，或增訂若干積極資格，是否亦許可乎？其理自明矣。

（三）冰凍三尺，非一日之寒——我國長年來中央地方分權模糊的顯例

誠然，本號解釋及立論乃遷就目前我國地方制度法，對於所謂自治事項的認知過於混亂，亦即，該法未能夠把握中央與地方在立法領域中，是採「非楊即墨」般的垂直二分法。並無所謂「中央與地方競合立法」的空間¹²。但本號解釋多數意見卻認為：「中央為管理電子遊戲場業制定電子遊戲場業管理條例，於該條例第十一條賦予地方主管機關核發、撤銷及廢止電子遊戲場業營業級別證及辦理相關事項登記之

制或禁止為一定行為之不利處分（第3項）。」

¹² 可參見陳新民，憲法學釋論，第8版，104年5月，第938頁。

權，而地方倘於不牴觸中央法規之範圍內，就相關工商輔導及管理之自治事項（地方制度法第十八條第七款第三目、第十九條第七款第三目參照），以自治條例為因地制宜之規範，均為憲法有關中央與地方權限劃分之規範所許。」顯然認為地方得在不牴觸中央法律的前提下，可以立法「填補」中央法律的不足之處，亦即，可藉著執行「執行管理」該法律所定之事項為名，獲得廣泛的立法授權，是否打破，且實質「掏空」了中央由分權原則所獲得的「獨佔立法權」？

這種對於憲法分權原則的詮釋，將使憲法分權原則的根基，產生鬆動、進而崩壞的危機矣！

因此，劃歸在中央或地方的立法項目必須在憲法的位階上加以明定，也是「實施分權制國家」列為「不得變更」的基本國策¹³。

然而，地方制度法卻將許多都是中央立法的事項，便靠著廣泛授權的地方管理權限，納入自治事項之範疇，如此一來，便將憲法原本劃分予地方自治團體享有獨立立法權的領域，而混入了同樣有拘束力的地方法規範。這在實務上造成地方自治條例可規範內容、可採取立法方式的多樣性，以經使我國現實法制造成「上下交征」的混亂現象。

這些存在於地方制度法的「制度與用語」的混淆，其實乃冰凍三尺，非一日之寒。本來我國憲法雖也秉承「分權原則」（但美其名為「均權原則」）。為求中央與地方立法權限之恆定，必須由形諸明文的權限劃分，憲法上（憲法第一百一十條）已有明確規定彼此權限之處。但在憲法的設計，原本及於全國三十六省廣大幅員的背景，在行憲後政府遷台所

¹³ 例如，德國基本法第 79 條第 3 項甚且將此中央與地方分權視為不得加以修憲變更的永遠條款。

實施的地方自治，已經完全不能契合之。亦即，在如此幅員狹小的台灣，似乎較應實施中央集權為宜，例如，日本。正確的務實方法，應當是重新「全盤整治」憲法相關的分權制度。但囿於長年的威權統治與不修憲的原則，上述的根本性分權的調整，也未曾進行。即使因陋就簡而一再延宕、且姍姍來遲所制定的地方自治基準法——地方制度法（民國八十八年一月二十五日）之內容幾乎全部照抄自以往急就章的「臺灣省各縣市實施地方自治綱要」。由此「自治綱要」誕生的兵馬倥傯的年代（民國三十九年四月五日），便可得知其「胎氣不正」，以及「先天不良」矣！而「後天不足」的命運，更為坎坷。行憲後雖進行十餘次的修憲，都著力於中央政制的更易，例如，總統及立法委員選制、凍結國民大會及司法院大法官的制度等，除凍省外，幾乎忘了憲法尚有一部老舊的有關地方自治的體制，已經完全與臺灣現狀產生水土不服症狀，但卻從未予以應有的重視，遑論進行有魄力與務實的修憲工程。

在成文規定的落伍與不足的客觀病症外，職司護衛憲政體制的大法官會議，在長達六十年的釋憲實務，迄今作出的七三八號解釋中，涉及到地方自治者，僅有十六號解釋¹⁴。而其中實質上審查了中央與地方分權的問題之解釋，就更少矣，僅有寥寥數件，例如，有關臺北市里長選舉延期案，所作出的釋字第五五三號解釋；就健保法責成地方政府補助保費所作出之釋字第五五〇號解釋；就福建省政府組織規程未規定省長及議員民選所作出之釋字第四八一號解釋；就中央、省議會得否就特定省府及省議會組織逕予立法所作出之釋

¹⁴ 即釋字第 709、553、550、540、527、518、498、488、481、467、463、419、409、260、259 及 258 號解釋。

字第二六〇號解釋及就直轄市之教科文經費比例與省同所作出之釋字第二五八號解釋等，僅有五個案件。但真正能釐清中央與地方立法權限，從而宣布中央立法侵犯憲法所定之地方職權而無效者，這也是歐美實施分權制國家期盼釋憲機關能維護處於弱勢地位之邦立法權所運用的手段，卻仍未出現經典案例。顯示我國實施的中央與地方分權之憲法制度，仍然只是停留在「紙面制度」的階段，而未能在憲政生活層面落實與生根也。

因此，本號解釋固然沒有能力更易我國憲法層次之中央與地方分權制度的過時性，但是不妨仍可本著暮鼓晨鐘的努力，企盼發出若干「警鐘」。例如，果毅的宣示地方自治團體如此未能堅守「執行法定商業管理之權限」，而造成目前幾乎所有納入「自治事項」的地方立法，都有凌越中央法律的程度。這種現象已經到了非痛加檢討的時刻矣。

三、比例原則的適用？

多數意見在承認地方自治團體可以為了維護社會安寧等公益，對人民經營電遊業的事由加以限制之際，同時也提出了要符合比例原則與斟酌地區特性而為彈性調整的必要，同時也認為自治條例若對距離門檻「如超出法定最低限制較多時，非無可能產生實質阻絕之效果，而須受較嚴格之比例原則之審查。」因此，提出應注意比例原則為一種附帶性的警告。

這種論點仍令人不免十分迷惘：究竟要「超出法定最低限制」多少時，方可能產生實質阻絕之效果？多數意見誠然舉出了「九百九十公尺或八百公尺以上」的例示說明。

的確這種極端的遠距要求，在都市土地普遍狹小，與學校、公私立幼稚園密佈的臺灣而言，實不易找到適合的營業場所。這種「法令障礙」實達到了「寓禁於距離」的效果。學術界也早已注意到此現象¹⁵。

但法定五十公尺到上述之八百公尺間，還有多達十六倍的空間，豈非充滿各種組合的可能性？

按一個營業種類對於公共利益能否有危害、程度如何、以及採行何種手段，主要是立法者的判斷。如採取何種手段的斟酌，則涉及目的性及必要性。前者目的性的判斷更是有賴立法者為之，因為立法者可能因此承擔政治的責任，以符合民意政治與民主體制的特性，亦為釋憲機關應「司法自制」的理由也。

唯有當立法者的手段完全不能達到目的時，即為本席前所揭的「欠缺妥當性」，方可以透過釋憲方式（以規範不足為由）修正之。否則，應尊重立法的判斷。然而，由前所述，法定五十公尺的門檻規定本是由中央立法者所判斷出來的結果：只須五十公尺的距離就足以保障各級學校、醫院等安寧與教化。但是此「立法妥當性」的判斷，似乎顯然「不合時宜」，才會產生各地方政府以各種嚴格的立法，甚至高達二十倍（一千公尺）的標準，方足以保護同樣的法益。立法者為何不會傾聽到此民意，感受到壓力，而迅速循修法途徑更正此已不堪使用的規定，反而任諸地方法規任意凌越之？是否此制度，反而削弱了中央立法機構的民意政治之功能？

然而，反言之，到底需要多少公尺的距離方足以勝任？自須透過經常的徵詢民意、修正標準、甚至必要時採授權地

¹⁵ 例如，李建良，政策與法律抗衡下的電玩制度：行政法院有關「電玩營業場所距離限制」判決論析，臺大法學論叢，第38卷第1期，2009年，第351頁以下。

方來制定。但無論如何，都是如德國公法學界區分釋憲權與立法裁量時，必須對這一些高度標準不易掌握的措施，以及措施應考慮的諸多要素，此要廣徵民意、預測日後的發展與風險、手段採行後的利弊……，都不是釋憲者坐在法庭內可以專憑法治國原則來「越俎代庖」。因此產生出所謂的「預測特權」（Prognosenprivileg），即「判斷特權」（Einschätzungsprärogative）理論也。當然，在我國釋憲實務上也出現過數次「政治問題」而不予審查的案例，也多少蘊涵著此種法理也¹⁶。

否則，今天釋憲不否認九百九十公尺過嚴；但明天卻認為八百公尺已過嚴，如此一來，門檻規定豈非成了討價還價的價碼乎？

故本席以為，本號解釋毋庸援引比例原則，同時多數意見援引此原則，卻當成警告用語，絲毫無解於糾正目前違憲的現狀（尤其是長達一千公尺的距離規定，已明顯出現了實質阻絕的效果），無任何實益可言。故僅須援引法律保留原則，與確保中央與地方分權原則，即足以作為論斷的依據矣。

四、結論——應儘速進行修憲以釐清我國過時之分權體制

美國開國元勳，也是著名的憲法學家傑弗遜（Thomas Jefferson），在一生追求美國擺脫殖民統治，建立聯邦共和國的過程中，透過大量的書信來闡述其對世界上第一個民主共和國的憲政理念，不僅涉及人權，也包括聯邦原則在內。對於後者，更是致力於調和中央與地方的權限與和諧關係。

¹⁶ R.Stettner, Die Verbesserungspflicht des Gesetzgebers, DVBl., 1982,100.

就在其一七九八年致費茲修 (P. Fitzhugh) 的信函中，特別提及：

「地方政府與中央政府間，正如同各個行星對著共有的太陽，依據其不同的質量與距離，環繞著運行之，如此一來，早晚間才會維持美妙的均衡」¹⁷。

但這種「美妙的均衡」得來不易，不僅要用實證法條來明確界定其相互之權限，更要經常利用釋憲機制來予檢驗與確保其相互秩序的和諧，易言之，這種和諧的獲得，由自律的少，而來自他律的多。無怪乎實施中央與地方分權制的國家，且必須依賴釋憲體制來維繫國家聯邦國與法治國屬性者，其釋憲機關所審查與裁決的案件中，關於確保中央或地方分權的案件，恆與保障人民基本人權的案件，平分秋色。此說明了司法審查制度在維繫中央與地方分權體制上扮演著不可或缺的角色。

同時，由近幾年來，台灣地方主義的興起，許多攸關民生經濟、重大建設與就業機會的事業，都會遭到地方自治團體以「屬於自治事項」為由的工商、建設、環境保護……，所制定的各種規範，產生了「地方壁壘」之障礙。這對於人民要興建跨地區的大型事業與建設而言，反而是開時代之倒車，這也是我國憲法制定時，會將工商發展的法制事項交在中央，而非地方手中，就是要避免我國在行憲以前，各地方廣泛利用「關釐」的地方陋規，各省縣劃地為限，妨害了國家振興實業，人民發展經濟的生機甚鉅，造成國弱民窮。

因此，本號解釋如果能夠毅然對電遊業「小小的」距離

¹⁷ 上述傑佛遜的名言引自本席舊藏之 30 餘年前購於香港一舊書肆之「傑佛遜民主言論集」，巴道維編，胡叔仁譯，香港，高原出版社，民國 45 年 6 月再版，第 82 頁。這是難得的好書，本席受教甚多，特此誌之。

門檻規定著手，澄清地方自治條例應當嚴守工商管理權限的分寸¹⁸，不能視為可以恣意加以限制的「萬靈丹」也。倘如此，更可以打破過去大法官對此領域保持敬而遠之的態度，進而探究中央與地方分權理論與實際個案立法的合憲性與合法性問題，也可以為我國釋憲權力深入中央與地方分權的陌生領域，擔任開路先鋒的角色。易言之，本號解釋當可在論理上成為「領頭羊」的前瞻案例，但此機會平白喪失，豈不令人可惜？

但任何改革皆不會太晚，本號解釋已經觸及了我國憲法分權設計與行憲實務的扞格，顯示出我國憲法分權制度的落伍，已經完全不堪使用。本席期待朝野下次有再為修憲之籌議時，當以「重塑中央與地方權限劃分」為念，才可為我國的地方自治法制與法治國家原則，融為一體。

¹⁸ 更何況電遊業已由以往視為特種營業，才會在立法與執法上給予嚴格的管控，隨著電遊業的種類與功能日新月異，立法者也藉著制定母法，將此營業予以經濟化與產業化。故應洗刷其「污名化」，列為社會正常營業之一，應當嚴守比例原則及其他法制國家之原則也。

	立法例	條文內容
1.	環境基本法（民國91年12月11日公布）	<p>第 7 條</p> <p>中央政府應制（訂）定環境保護相關法規，策定國家環境保護計畫，建立永續發展指標，並推動實施之。 <u>地方政府得視轄區內自然及社會條件之需要，依據前項法規及國家環境保護計畫，訂定自治法規及環境保護計畫，並推動實施之。</u></p> <p>各級政府應定期評估檢討環境保護計畫之執行狀況，並公布之。</p> <p>中央政府應協助地方政府，落實地方自治，執行環境保護事務。</p>
2.	自來水法(105年5月4日修正) ¹⁹	<p>第 110 條（簡易自來水事業）</p> <p><u>每日供水量在三千立方公尺以下之簡易自來水事業，得不適用第九條、第四十三條、第四十六條及第五十九條之規定，由直轄市或縣（市）主管機關另行訂定自治法規管理之。</u></p> <p>前項每日供水量在三百立方公尺以下之簡易自來水事業，得不適用第五十七條之規定。</p> <p>前二項簡易自來水事業得由所有權人或管理委員會代表人申請自來水事業同意後，由自來水事業代管或接管其供水系統。</p>
3.	行政法人法（民國100年04月27日公布）	<p>第 41 條（行政法人設立之準用規定）</p> <p>本法於行政院以外之中央政府機關，設立行政法人時，準用之。</p> <p>經中央目的事業主管機關核可之特定公共事務，<u>直轄市、縣（市）得準用本法之規定制定自治條例，設立行政法人。</u></p>
4.	社會秩序維護法（民國100年11月04日修正）	<p>第 91-1 條</p> <p><u>直轄市、縣（市）政府得因地制宜，制定自治條例，規劃得從事性交易之區域及其管理。</u></p> <p>前項自治條例，應包含下列各款規定：</p> <p>一、該區域於都市計畫地區，限於商業區範圍內。</p>

¹⁹ 憲法第 107 條第 8 款，國營經濟事業。

		<p>二、該區域於非都市土地，限於以供遊憩為主之遊憩用地範圍內。但不包括兒童或青少年遊憩場。</p> <p><u>三、前二款之區域，應與學校、幼稚園、寺廟、教會（堂）等建築物保持適當之距離。</u></p> <p>四、性交易場所應辦理登記及申請執照，未領有執照，不得經營性交易。</p> <p>五、曾犯刑法第二百三十一條、第二百三十一條之一、第二百三十三條、第二百四十條、第二百四十一條、第二百九十六條之一、兒童及少年性交易防制條例第二十三條至第二十七條或人口販運防制法之罪，經判決有罪者，不得擔任性交易場所之負責人。</p> <p>六、性交易場所之負責人犯前款所定之罪，經判決有罪者，撤銷或廢止性交易場所執照。</p> <p>七、性交易服務者，應辦理登記及申請證照，並定期接受健康檢查。性交易場所負責人，亦應負責督促其場所內之性交易服務者定期接受健康檢查。</p> <p>八、性交易服務者犯刑法第二百八十五條或人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第二十一條之罪者，撤銷或廢止其證照。</p> <p>九、性交易服務者經健康檢查發現有前款所定之疾病者，吊扣其證照，依法通知其接受治療，並於治療痊癒後發還證照。</p> <p>十、不得有意圖性交易或媒合性交易，於公共場所或公眾得出入之場所廣告之行為。</p> <p>本法中華民國一百年十一月四日修正之條文施行前，已依直轄市、縣（市）政府制定之自治條例管理之性交易場所，於修正施行後，得於原地址依原自治條例之規定繼續經營。</p> <p>依前二項規定經營性交易場所者，不適用刑法第二百三十一條之規定。</p> <p>直轄市、縣（市）政府應依第八十條、本條第一項及第二項性交易服務者之申請，提供輔導轉業或推介參加職業訓練。</p>
5.	公民投票法（民	第 29 條

	<p>國 98 年 06 月 17 日修正)</p>	<p>公民投票案提案、連署應附具文件、查核程序及公聽會之舉辦，由直轄市、縣（市）以自治條例定之。</p> <p>※臺北市公民投票自治條例（民國 104 年 12 月 14 日修正）</p> <p>第 1 條</p> <p>本自治條例依公民投票法（以下簡稱本法）第二十九條規定制定之。</p>
<p>6.</p>	<p>社會救助法（民國 104 年 12 月 30 日修正）</p>	<p>第 20 條</p> <p>醫療補助之給付項目、方式及標準，由中央、直轄市主管機關定之；直轄市主管機關並應報中央主管機關備查。</p> <p>※臺北市市民醫療補助自治條例（民國 101 年 07 月 19 日修正）</p> <p>第 1 條</p> <p>本自治條例依社會救助法（以下簡稱本法）第二十條規定制定之。</p>

釋字第七三八號解釋 不同意見書

湯德宗大法官提出
黃虹霞大法官加入

本案憲法疑義，一言以蔽之，即關於中央法律所規定之電子遊戲場業（俗稱電玩業）營業場所距離限制，地方得否（以自治條例）為更嚴格之規定？如答案為肯定，則地方得更嚴格之程度有無界限？前者涉及「中央與地方權限劃分」問題，後者涉及人民「營業自由」與「社會安寧」（尤其環境安寧）之公共利益間，應如何權衡的問題。

中央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，於民國八十九年制定公布電子遊戲場業管理條例（參見該條例第一條）。第九條第一項規定：「**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**」（下稱「法定距離」）。第十一條第一項規定：「**電子遊戲場業經依法辦妥公司或商業登記後，應……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……**」。嗣經經濟部電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點（八十九年三月二十九日訂定發布¹，九十八年四月八日²、九十八年四月二十九日³修正發布，下稱作業要點）第二點第一款第一目規定：「**申請作業程序：電子遊戲場業……，申請電子遊戲場業營業級別證或變更登記，應符合下列規定：**

¹ 中華民國 89 年 3 月 29 日經濟部 (89) 經商字第 89204839 號函訂定發布全文 3 點。

² 中華民國 98 年 4 月 8 日經濟部經商字第 09802407920 號令修正發布名稱及全文 3 點。(原名稱：電子遊戲場業申請登記作業要點)

³ 中華民國 98 年 4 月 29 日經濟部經商字第 09802410180 號令修正發布全文 3 點。

(一) 營業場所 1. 符合……自治條例……規定」(下稱系爭規定一)。詎臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例(一〇〇年十一月十日制定公布⁴)第五條第一項第二款規定：「電子遊戲場業之營業場所應符合下列規定：……二、限制級：……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」(下稱系爭規定二)；臺北縣電子遊戲場業設置自治條例(九十五年六月二十八日制定公布⁵，九十九年十二月二十五日臺北縣改制為新北市繼續適用⁶，一〇一年十二月二十五日期限屆滿而失效⁷)第四條第一項規定：「前條營業場所(按指電子遊戲場業營業場所，包括普通級與限制級)，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院九百九十公尺以上」(下稱系爭規定三)；桃園縣電子遊戲場業設置自治條例(九十六年一月四日制定公布⁸，一〇三年十二月二十五日公告，自同日起繼續適用⁹)第四條第一項規定：「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院八百公尺以上」(下稱系爭規定四)，均較前揭「法定距離」(五十公尺以上)更長。系爭規定二並增加前揭電子遊戲場業管理條例第九條第一項所無之「保護場所」(幼稚園及圖書館)。

⁴ 中華民國 100 年 11 月 10 日臺北市政府(100)府法三字第 10033884400 號令制定公布全文 14 條；並自公布日施行。

⁵ 中華民國 95 年 6 月 28 日臺北縣政府北府法規字第 0950470439 號令制定公布全文 5 條；並自公布日施行。

⁶ 中華民國 99 年 12 月 25 日新北市政府北府法規字第 0991209380 號公告繼續適用。

⁷ 中華民國 99 年 12 月 25 日公告繼續適用二年屆滿；並自 101 年 12 月 25 日起失效。

⁸ 中華民國 96 年 1 月 4 日桃園縣政府府法一字第 0960000666 號令制定公布全文 6 條；並自公布日施行。

⁹ 中華民國 103 年 12 月 25 日桃園市政府府法制字第 1030320734 號公告自 103 年 12 月 25 日繼續適用。

本件為本院首次就「地方得否自定較中央更嚴格之規範」所表示之憲法見解，影響至深且鉅。本席不贊同多數意見之審查結論（系爭規定一、二、三及四皆未違反憲法中央與地方權限劃分原則、法律保留原則及比例原則），尤難贊同多數意見之論理，爰提出不同意見書如后。

一、系爭規定一已增加法律所無之限制，爰非屬細節性、技術性之規定，應認違反法律保留原則

關於系爭規定一，多數意見認係屬「細節性、技術性之規定」，尚不違反法律保留原則（解釋理由書第二段參見）；惟關於系爭規定一之內容是否已「增加法律所無之限制」，卻避而不談。

上開「作業要點」有兩種可能之法律定性：「法規命令」或「行政規則」。解釋理由書第二段雖援引電子遊戲場業管理條例第十一條第一項第六款之規定（「六、營業場所之地址及面積」），然並未據此定性上開作業要點為「法規命令」¹⁰；反謂：其「僅指明申請核發上開級別證或變更登記應適用之法令，為**細節性、技術性之規定**，是系爭規定一尚未牴觸法律保留原則」。

上開作業要點定性為「行政規則」，從而無須法律之授權，是否正確？按本院自釋字第四四三號解釋¹¹以來所確立

¹⁰ 參見行政程序法第 150 條：「本法所稱**法規命令**，係指行政機關**基於法律授權**，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。（以上第一項）法規命令之內容應明列其法律授權之依據，並不得逾越法律授權之範圍與立法精神（以上第二項）」。

¹¹ 參見司法院大法官解釋第 443 號解釋（「憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒

之「層級化法律保留原則」，行政規則僅能規範「執行法律之細節性、技術性次要事項」。為符合憲法第一百七十二條¹²所定之「法律優位原則」，行政規則所規範之「細節性、技術性事項」，自不得「增加法律所無之限制」。是故本院解釋先例每以「行政命令之內容並未增加法律所無之限制」為佐證，闡釋各該案中之系爭命令屬於「細節性、技術性之規定」參見本院釋字第四五六號¹³、第四七九號¹⁴、第五三〇號¹⁵、第五六二號¹⁶、第五六六號¹⁷、第五八一號¹⁸、第六〇五號¹⁹、

輕受憲法毫無差別之保障：關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院釋字第三九二號解釋理由書），而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂**規範密度**有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異。」）

¹² 參見中華民國憲法第 172 條：「命令與憲法或法律牴觸者無效」。

¹³ 參見司法院大法官釋字第 456 號解釋理由書（「法律概括授權行政機關訂定施行細則者，該管行政機關於符合立法意旨且未逾越母法規定之限度內，得就執行法律有關之**細節性、技術性事項**，以施行細則定之。惟其內容不得牴觸母法或對人民之自由權利增加法律所無之限制」）。

¹⁴ 參見司法院大法官釋字第 479 號解釋理由書第 2 段（「行政機關依其職權執行法律，雖得訂定命令對法律為必要之補充，惟其僅能就執行母法之**細節性、技術性事項**加以規定，不得逾越母法之限度」）。

¹⁵ 參見司法院大法官釋字第 530 號解釋解釋文第 1 段（「最高司法機關於達成上述司法行政監督之目的範圍內，雖得發布命令，但不得違反首揭審判獨立之原則。最高司法機關依司法自主性發布之上開規則，得就審理程序有關之**細節性、技術性事項**為規定；本於司法行政監督權而發布之命令，除司法行政事務外，提供相關法令、有權解釋之資料或司法實務上之見解，作為所屬司法機關人員執行職務之依據，亦屬法之所許。惟各該命令之內容不得牴觸法律，非有法律具體明確之授權亦不得對人民自由權利增加法律所無之限制」）。

¹⁶ 參見司法院大法官釋字第 562 號解釋理由書第 2 段（「內政部因執行土地法之規定，基於職權固得發布命令，為必要之釋示，然僅能就執行法律之**細節性、技術性次要事項**加以規定，其內容更不能牴觸土地法或增加其所無之限制」）。

¹⁷ 參見司法院大法官釋字第 566 號解釋理由書第 2 段（「如立法機關授權行政機關發布命令為補充規定者，行政機關於符合立法意旨且未逾越母法規定之限度內，亦得就執行法律有關之**細節性、技術性事項**以施行細則定之，惟其內容不得牴觸母法或對人民之自由權利增加法律所無之限制」）。

第六五八號²⁰解釋)。反之，如命令之內容「增加法律所無之限制」，則不能定性為「行政規則」，以免行政機關規避應有之法律授權，而違反法律保留原則。茲系爭規定一要求電玩業者向地方政府申請電子遊戲場業「營業級別證」時，應(並)「符合……自治條例……規定」，顯然增加了法律(前揭電子遊戲場業管理條例)所無之「申請(實體)條件」，如何能說是「細節性、技術性之規定」？

多數意見以系爭規定一「僅指明申請核發上開級別證或變更登記應適用之法令」，暗示其並未「增加法律(電子遊戲場業管理條例)所無之限制」，實忽略「自治條例」與中央「法令」因涉及不同法律主體(分具不同法人格)，而有「中央與地方權限劃分」問題，未可等同視之。對此，多數意見於解釋理由書第二段末尾曾試圖回應：「惟各地方自治

¹⁸ 參見司法院大法官釋字第 581 號解釋理由書第 2 段(內政部基於主管機關之權限，為執行上述法律及農業發展條例等規定，於六十五年一月二十六日訂定自耕能力證明書之申請及核發注意事項……第四點規定，公私法人、未滿十六歲或年逾七十歲之自然人、專任農耕以外之職業者及在學之學生(夜間部學生不在此限)，皆不得申請自耕能力證明書，增加農地承受人及欲收回出租農地之出租人證明其具有自任耕作能力之困難，致影響實質上具有自任耕作能力者承受農地或收回耕地之權利，對人民財產權增加法律所無之限制，尚非僅對人民產生不便或輕微影響之執行法律之**細節性、技術性次要事項**)。

¹⁹ 參見司法院大法官釋字第 650 號解釋理由書第 3 段(「財政部八十一年一月十三日修正發布之營利事業所得稅查核準則第三十六條之一第二項擬制設算利息收入之規定，亦欠缺法律之依據，縱於實務上施行已久，或有助於增加國家財政收入、減少稽徵成本，甚或有防杜租稅規避之效果，惟此一規定擴張或擬制實際上並未收取之利息，涉及租稅客體之範圍，並非稽徵機關執行所得稅法之**技術性或細節性事項**，顯已逾越所得稅法之規定，增加納稅義務人法律所無之租稅義務，與憲法第十九條規定之意旨不符，應自本解釋公布之日起失其效力」)。

²⁰ 參見司法院大法官釋字第 658 號解釋理由書第 1 段(「應以法律規定之退休年資採計事項，若立法機關以法律授權行政機關發布命令為補充規定時，其授權之目的、內容、範圍應明確。若僅屬執行法律之**細節性、技術性次要事項**，始得由主管機關發布命令為必要之規範，惟其內容不得抵觸母法或對公務人員之權利增加法律所無之限制」)。

團體所訂相關自治條例須不抵觸憲法、法律者，始有適用，自屬當然」，可惜答非所問！蓋地方自治團體所訂相關自治條例縱使未抵觸憲法及法律，其內容實質上仍可能「增加法律所無之限制」。系爭規定二、三及四分別將電子遊戲場業營業場所之距離限制由「法定距離」（五十公尺以上），增長為一千公尺以上、九百九十公尺以上及八百公尺以上，即解釋理由書第五段末尾亦不得不承認，謂：「對人民營業自由增加之限制……」。

綜上，多數意見將系爭規定一定性為「行政規則」，僅有結論（謂「其為細節性、技術性之規定」），而無理由（未說明其內容何以並未「增加法律所無之限制」），乃未能證立。

二、關於「中央、地方權限劃分」論述之八點商榷

系爭規定二、三及四可否就電子遊戲場業營業場所之距離限制，設定較「法定距離」（五十公尺以上）更長之限制？此處主要涉及憲法「中央與地方權限劃分」原則，其次涉及「法律保留」原則。多數意見認為系爭規定二、三及四與「中央與地方權限劃分」原則及「法律保留」原則均無違背，惟其論證至少八項有待商榷。析言之：

1. 系爭規定二、三及四之制定依據為何？

地方制度法第二十五條規定，地方得就其「自治事項」或「依法律及上級法規²¹之授權」，制定自治法規（包含「自

²¹ 1999年精省後，原台灣省所轄各縣（市）實際上已形同由行政院直轄，乃無

治條例」與「自治規則」)。是自治條例之法源或為地方「自治事項」，或為「(中央)法律之授權」。反之，倘電子遊戲場業營業場所距離限制非屬地方「自治事項」，又無「法律之授權」，地方即無權制定系爭規定二、三及四。

就此，理由書第三段有令人費解的論述：「中央為管理電子遊戲場業制定電子遊戲場業管理條例，於該條例第十一條賦予地方主管機關核發、撤銷及廢止電子遊戲場業營業級別證及辦理相關事項登記之權，而地方倘於不牴觸中央法規之範圍內，就相關工商輔導及管理之自治事項（地方制度法第十八條第七款第三目、第十九條第七款第三目參照），以自治條例為因地制宜之規範，均為憲法有關中央與地方權限劃分之規範所許」。似認本案三件地方自治條例兼具兩種法源：既有中央「法律（電子遊戲場業制定電子遊戲場業管理條例第十一條）之授權」，且其所規範之內容（電子遊戲場業營業場所距離限制）屬於地方「自治事項」。惟上述法源論述實有疑問，茲分述如次。

2. 系爭規定二、三及四果依「法律之授權」而制定？

細繹前揭電子遊戲場業管理條例第十一條第一項，可知其係就電子遊戲場業之管理進行垂直分工：由中央核發「公司或商業登記」，再由地方（直轄市、縣（市））核發「營業級別證」。然其並無授權地方訂定核發營業級別證之標準（申請要件）。倘以前揭解釋理由書第三段所謂：電子遊戲場業管理條例第十一條「賦予地方主管機關核發、撤銷及廢止電子遊戲場業營業級別證及辦理相關事項登記之權」，即暗示

所謂「上級（自治團體）法規」可言。

該條例已概括（隱含）授權地方訂定核發營業級別證之標準（申請要件），則顯然違反「授權明確性原則」之要求-- 法律授權之目的、內容及範圍，應具體明確（本院釋字第四九一號、第五二二號、第五九三號²²、第六二九號、第六八〇號²³解釋參照），而無從證立。

是系爭規定二、三及四顯難謂係依據法律（電子遊戲場業管理條例）之授權而制定。

3. 電子遊戲場業營業場所之距離限制何以屬地方「自治事項」？

系爭規定二、三及四既非「依法律之授權」而制定，則須是就地方「自治事項」為規範，始能合於中央、地方權限劃分原則。前揭理由書第三段之論述雖然迂迴，但已指出系爭規定二、三及四係就「工商輔導及管理」之「自治事項」進行規範。

惟，地方制度法第十八條第七款第三目所稱「直轄市工商輔導及管理」，及第十九條第七款第三目所稱「縣（市）工商輔導及管理」，其文義可否涵蓋電子遊戲場業營業場所之「距離限制」？以本案為例，所謂「工商輔導及管理」應指對已設立之電子遊戲場業營業場所進行輔導、管理；至於

²² 參見司法院大法官釋字第 593 號理由書第 2 段（「公路法已就汽車燃料使用費之徵收目的、對象及徵收費率之上限予以明定，並就徵收方式及徵收後之分配辦法，授權主管機關訂定。其授權之目的、範圍及具體內容均已明確規定，符合授權明確性原則。」）

²³ 參見司法院大法官釋字第 680 號理由書第 2 段（「立法機關以委任立法之方式，授權行政機關發布命令，以為法律之補充，雖為憲法所許，惟其授權之目的、內容及範圍應具體明確。至於授權條款之明確程度，則應與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響相稱」）。

「距離限制」乃電子遊戲場業者（向地方主管機關）申請**核發營業級別證**之（許可）條件，乃電子遊戲場業營業場所設立之前提。以「工商輔導及管理」為基礎，認定電子遊戲場業營業場所之距離限制屬於地方之「自治事項」，實為牽強。²⁴勢需補強理由說明，或另尋其他合理基礎。

4. 地方就「自治事項」制定自治條例，何以猶須「於不抵觸中央法規之範圍內」，始不違反憲法「中央與地方權限劃分」原則？

按憲法第十章關於中央與地方權限之劃分，率為「**立法權限**」之劃分。此由第一百零七條列舉「中央立法並執行」之事項、第一百零八條列舉「中央立法並執行或交由省縣執行」之事項、第一百零九條列舉「省立法並執行或交由縣執行」之事項、第一百十條列舉「縣立法並執行」之事項觀之甚明。憲法第一百十一條並規定：「除第一百零七條、第一百零八條、第一百零九條及第一百十條列舉事項外，如有未列舉事項發生時，其事務有全國一致之性質者屬於中央，有全省一致之性質者屬於省，有一縣性質者則屬於縣。遇有爭議時，由立法院解決之」，故此「**均權原則**」乃為補充列舉

²⁴ 另參見蔡宗珍，〈營業自由之保障及其限制—最高行政法院 2005 年 11 月 22 日庭長法官聯席會議決議評釋〉，《台大法學論叢》，第 35 卷第 3 期，頁 306（2006 年 5 月）（「有關營業場所地點之限制，絕非營業活動之管理性質，而是屬於限制營業自由之客觀許可要件，此等基本權限制絕不可矮化為工商輔導與管理等非涉及基本權利本體與基礎關係之管理規則，而任由地方自治團體以自治法規創設基本權之限制要求」）；最高行政法院 94 年 11 月份庭長法官聯席會議決議文（「所定 50 公尺之限制，應解為係對電子遊戲營業場所設置之最低限制。又關於縣（市）工商輔導及管理，乃屬地方制度法第 19 條第 7 款第 3 目規定之縣（市）自治事項，依同法第 25 條之規定，縣（市）本得就其自治事項，於不抵觸中央法律之前提下，自行制訂符合地域需要之自治法規，……難謂與電子遊戲場業管理條例第 9 條第 1 項之規定抵觸」）。

式分權規定之不足。換言之，第一百零九條及第一百十條所列舉之地方立法權既屬「憲法保留事項」，我國地方自治乃受憲法保障之地方立法權。至前揭第一百十一條末句所謂「遇有爭議時」，應兼指第一百零七條至第一百十條所列舉之中央、地方立法權限劃分發生爭議（含競相主張之「積極爭議」與競相推諉之「消極爭議」），及以「均權原則」補充適用而發生爭議時；所謂「應由立法院解決之」，其方法不外由立法院制定抽象、通案性質之「法律」（例如已失效之「地方自治法」、現行之「地方制度法」），或通過具體、個案性質之「決議」。

準此，如以電子遊戲場業營業場所距離限制屬於自治事項，則地方就「自治事項」制定自治條例進行規範，即不違反憲法「中央與地方權限劃分」原則。奈何前揭理由書第三段竟增加憲法所無之要件，謂「倘於不抵觸中央法規之範圍內」，規範自治事項之自治條例始符合「中央與地方權限劃分」原則之要件！遍查解釋文及解釋理由書，未見理由說明。莫非「中央法規」可推翻前揭憲法以明文列舉方式，所保障之地方立法權？

5. 地方是否有權就自治事項制定自治條例，與該等自治條例是否有效，豈能混為一談？

究多數意見所以釋示：地方就「自治事項」制定自治條例，猶「須於不抵觸中央法規之範圍內」，始不違反憲法「中央與地方權限劃分」原則。想係將地方自治條例之「制定權」與自治條例之「法效力」混為一談。前者涉及「中央與地方權限劃分」原則，後者為「規範控制」問題。

關於地方自治法規之控制，憲法僅於第一百十六條規定：「省法規與國家法律牴處者無效」；第一百二十五條規定：「縣單行規章，與國家法律或省法規牴處者無效」。嗣地方制度法第三十條第一項規定：「自治條例與憲法、法律或基於法律授權之法規或上級自治團體自治條例牴觸者，無效」，將前揭憲法第一百十六條所稱「國家法律」，擴張解釋為「法律或基於法律授權之法規（按：即法規命令）」，是否合於憲法意旨，多數意見並未審查，及視為當然。而自治條例既區分其制定泉源（就「自治事項」或「依法律之授權」而制定），以如前述，則理論上非必具有相同之法規範效力（雖同名為自治條例，前者似應較後者享有更大之自主空間）。

6. 均權原則能由補充性原則，蛻變成一般性原則？

解釋理由書第三段有謂：「現代國家事務多元複雜，有時不易就個別領域為明確劃分，……若……地方就相關自治事項自行制定自治法規，其具體分工如有不明時亦均應本於前開均權原則而為判斷，俾使中央與地方自治團體在垂直分權之基礎上，仍得就特定事務相互合作，形成共同協力之關係，以收因地制宜之效，始符憲法設置地方自治制度之本旨」，似以為地方就「自治事項」以自治條例進行規範時，中央得同時以法律進行規範，並依前揭第一百十一條「均權原則」劃分彼此之權限。如此一來，第一百十一條之「均權原則」即不限於「有未列舉事項發生時」，始有適用，而由「補充性原則」蛻變為「普遍性原則」。如此解釋，不僅牴觸憲法第一百十一條之明文，且將連帶大幅縮減同條末句「遇有爭議時，由立法解決之」之適用空間（蓋此等爭議，今後料將如本案一般，由大法官以憲法解釋解決之），嚴重改變憲法

結構 (constitutional structure)，尤其立法與司法之分權、制衡關係。多數意見果曾想見而執意如此解釋？！

7. 中央與地方就同一事項競為規範（規範競合）時，應如何解決規範衝突？

綜觀解釋理由書，隱約可察見多數意見似不相信中央、地方權限能夠明確「劃分」，故而一方面欲將憲法第一百一十一條之「均權原則」由補充性原則，經由解釋提升為一般性原則；他方面則釋示：地方就「自治事項」制定自治條例，猶「須於不牴觸中央法規之範圍內」，始不違反憲法「中央與地方權限劃分」原則，以避免法秩序失控（一國多制，無所適從）。

所謂「須於不牴觸中央法規之範圍內」，實際如何操作，以解決中央與地方（因法規競合致生）之規範衝突？解釋理由書第五段謂：「前揭電子遊戲場業管理條例第九條第一項有關電子遊戲場業營業場所應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上之規定，即可認係法律為保留地方因地制宜空間所設之最低標準，並未禁止直轄市、縣（市）以自治條例為應保持更長距離之規範。故系爭規定二、三、四所為電子遊戲場業營業場所應距離國民中、小學、高中、職校、醫院一千公尺、九百九十公尺、八百公尺以上等較嚴格之規定，尚難謂與中央與地方權限劃分原則有違」。

本席亦同意前揭「法定距離」乃「最低標準」，地方得以自治條例為更嚴格之規定。但多數意見應具體說明：前揭「法定標準」何以為「最低標準」（猶如地板），而非「最高

標準」(猶如天花板)?²⁵又,今後究應如何判斷「法定標準」為「最低標準」或「最高標準」?尤其,所謂「於不牴觸中央法規之範圍內」應如何解釋,才能確保地方就「自治事項」制定自治條例時,確實享有憲法所保障之地方立法權,而不至於淪為中央之「派出機關」?

8. 地方自治條例能以法律之「概括授權」,限制人民之基本權,而不違反憲法第二十三條之法律保留原則?

地方就自治事項制定自治條例以為規範,原不待法律之授權,惟其得以限制人民之基本權?

對此,解釋理由書第四段有謂:自治法規「若涉及人民基本權之限制,仍應符合憲法第二十三條之法律保留原則」。以之對照前揭解釋理由書第三段(「地方倘於不牴觸中央法

²⁵ 參見蔡宗珍,〈營業自由之保障及其限制—最高行政法院 2005 年 11 月 22 日庭長法官聯席會議決議評釋〉,《台大法學論叢》,第 35 卷第 3 期,頁 295-296 (2006 年 5 月)。「限制基本權之法律規定,性質上無論如何不可能是「最低限制」之要求,而得由行政機關或地方自治團體予以較高程度之基本權限制。……法律所定 50 公尺之限制……應解釋為距離限制的上限規定,絕非下限規定」。

另參見李建良,〈政策與法律抗衡下的電玩制度:行政法院有關「電玩營業場所距離限制」判決論析〉,《臺大法學論叢》第 38 卷第 1 期,頁 348 (2009 年 3 月)。「地方若針對法律所規定的許可要件,作進一步的規範,原則上,並非立即構成中央法律的牴觸。……需進一步判斷該許可要件是否屬於「全國一致性」抑或得「因地制宜」者。……法律所定許可要件若屬「因地制宜」者,地方在合理的範圍內,得適度為較嚴格的限制,距離的限制,即屬一例」;廖義男,〈夏蟲語冰錄(八十)--地方自治之規範及保障〉,《法令月刊》,第 65 卷第 9 期,頁 100 (2014 年 9 月)。「地方既享有自治權,就特定產業在地方上應如何發展對地方上公共利益較有助益,應有酌量之權限,且該間隔距離之長度何者較為適當,尤應審酌地方實地情形判斷較為正確,故如該應間隔之距離規定仍屬合理,即應認為該自治法規並不牴觸憲法」。

規之範圍內，就……自治事項……以自治條例為因地制宜之規範，均為憲法有關中央與地方權限劃分之規範所許」)可知：多數意見認為地方就自治事項制定自治條例以為規範，原不待法律授權，僅其效力「須不牴觸中央法規」；惟自治法規若涉及人民基本權之限制，則應符合憲法第二十三條之法律保留原則。

按「自治法規若涉及人民基本權之限制，則應符合憲法第二十三條之法律保留原則」，實承本院釋字第三十八號解釋（四十三年八月二十七日公布）（「縣議會行使縣立法之職權時，若無憲法或其他法律之根據，不得限制人民之自由權利」）而來（按：理由書第四段，不知何故，並未援引該號解釋以為參照）；惟多數意見實欲放寬該號解釋之限制，乃即轉謂：「就此，憲法第一百十八條就直轄市之自治，委由立法者以法律定之；嗣憲法增修條文第九條亦明定省、縣地方制度以法律定之。地方制度法乃以第二十五條規定：『直轄市、縣(市)、鄉(鎮、市)得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，制定自治法規。』第二十八條第二款規定：『下列事項以自治條例定之：……二、創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務者。』**基此，地方自治團體倘就其自治事項或依法律及上級法規之授權，於合理範圍內以自治條例限制居民之基本權，與憲法第二十三條所規定之法律保留原則亦尚無牴觸**」。

綜上，多數意見欲以憲法第一百十八條²⁶及憲法增修條文第九條²⁷為基礎，推論系爭自治條例（系爭規定二、三及四）限制人民之營業自由，縱無電子遊戲場業管理條例之具體授權，如有地方制度法第二十八條第二款之概括授權，即不違反憲法第二十三條之法律保留原則。

姑不論前揭本院釋字第三十八號解釋所稱「法律之根據」是否包含「法律之概括授權」；此殆本院首次釋示：得以法律之「概括授權」限制人民於憲法上所保障之基本權。中央法律限制人民之基本權，須有明確規定；地方以自治條例（甚或自治規則）限制居民之基本權，卻僅須有法律之概括授權即可。其間之寓涵為何？可能之影響如何？多數同仁果已深思明辨？！

三、系爭規定二、三及四因違反平等原則而無效

地方以自治條例所定之「更長的距離限制」（系爭規定二、三及四）有無界限？多數意見於解釋理由書第六段首先將系爭距離限制定性為「對從事工作地點之執行職業自由所

²⁶ 參見中華民國憲法第 118 條：「直轄市之自治，以法律定之」。

²⁷ 參見中華民國憲法增修條文第 9 條：「省、縣地方制度，應包括左列各款，以法律定之，不受憲法第一百零八條第一項第一款、第一百零九條、第一百十二條至第一百五條及第一百二十二條之限制：

一、省設省政府，置委員九人，其中一人為主席，均由行政院院長提請總統任命之。

二、省設省諮議會，置省諮議會議員若干人，由行政院院長提請總統任命之。

三、縣設縣議會，縣議會議員由縣民選舉之。

四、屬於縣之立法權，由縣議會行之。

五、縣設縣政府，置縣長一人，由縣民選舉之。

六、中央與省、縣之關係。

七、省承行政院之命，監督縣自治事項。

台灣省政府之功能、業務與組織之調整，得以法律為特別之規定」。

為之限制」，從而謂應以「低標」²⁸審查。繼而認定距離限制「之手段，不能謂與該目的之達成無關聯」，且「可無須……耗用鉅大之人力、物力實施嚴密管理及違規取締，即可有效達成維護公共利益之立法目的，係屬必要之手段」，又「該限制與所追求之公共利益間尚屬相當」，故符合比例原則之要求。

如此論述，最大之問題在於對距離限制之「定性」。僅以「工作地點」為著眼，即將系爭之距離限制定性為「執行職業自由之限制」，實忽略距離限制之作用實際乃在阻止未達距離限制之電玩店進入市場，故而更近於對「選擇職業自由之限制」（從而不能僅以「低標」審查）。其次，以自治條例之距離限制是否產生「實質阻絕之結果」為標準，決定應否提高審查標準（所謂「須受較嚴格之審查」），亦值商榷，蓋系爭規定二、三及四僅適用於新進之電子遊戲場業營業場所，而不及於既有之營業場所，如何可能產生「實質阻絕之結果」？

鑑於系爭規定二、三及四僅適用於新進之電子遊戲場業營業場所，而不及於既有之營業場所，本席以為其乃典型之「隱性歧視」，已構成對新進營業場所之差別待遇，故應以「平等原則」（而非「比例原則」）進行審查（雖兩者之審查架構十分近似，皆須進行「目的合憲性之審查」及「手段與目的關連性之審查」，然操作方法與審查旨趣不同）。質言之，

²⁸ 參見解釋理由書第六段：「立法者如為追求一般公共利益，且該限制有助於目的之達成，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，而與其所欲維護法益之重要性及行為對法益危害之程度亦合乎比例之關係時，即無違於比例原則」。

爭規定二、三及四之目的要在「維護環境安寧」(參見本院釋字第六四六號解釋理由書第三段),核屬一般正當之公共利益,惟其所採差別待遇之手段與前述目的之達成間顯然欠缺合理必要關聯。蓋僅要求新設之電子遊戲場須符合「較長之距離限制」,而不訂定過渡期間責成現存之電子遊戲場搬遷調整,以符合較長之距離限制,如此差別待遇之手段顯不足以達成「維護環境安寧」之目的。

雖「理性思辨,以為合議」恆屬理想,然本席到院服務五年來,從未感覺此一理想如此遙遠。本件解釋論理粗糙(前文總計點出十大商權),影響深遠(試想人民基本權今後之保障),本席深感不安……。

釋字第七三八號解釋不同意見書

黃虹霞大法官提出

電子遊戲場業固為較具爭議性之行業，惟其係屬商業當亦為事實。而憲法第一百零八條第一項第三款明定商業屬應由中央立法之事項之一，且已由中央就電子遊戲場業制定電子遊戲場業管理條例專法在案，則另依憲法第一百零九條第一項第十二款、第一百十條第一項第十一款規定意旨，得由直轄市（凍省前直轄市與省為同一等級）、縣（市）立法並執行之關於為商業之電子遊戲場業之管理事項，自應以有國家法律所賦予者為前提。然經查為國家法律之電子遊戲場業管理條例不但已於其第九條第一項明定設置電子遊戲場之地點距離標準（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），而且該條例並未明文賦予直轄市、縣（市）另定其他距離標準之權限，則直轄市、縣（市）以自治條例或其他地方法規，另就電子遊戲場業之營業地點為較上開國家法律即電子遊戲場業管理條例第九條第一項更嚴格（指距離上述學校等應更遠）之標準規定，該等地方之規定是否符合中央與地方權限劃分原則而為合憲，原非無疑；而且因上開憲法第一百零九條等規定係稱依國家法律所賦予云云，故應亦無由電子遊戲場業管理條例中央主管機關以命令賦予地方另定更嚴格距離標準之權限之餘地，即系爭管理條例中央主管機關所為上述五十公尺是最低標準，地方得另定較嚴格標準之見解，不當然使地方之較嚴格標準因而合憲。準此而言，多數意見認為系爭三自治條例之距離規定均為合憲，由上述憲法規定觀之，亦非無

可議之處。再者，電子遊戲場業管理條例第九條第一項稱五十公尺以上云云，是否如多數意見所稱為最低標準，可以由各地方政府另定較長之距離？查電子遊戲場業管理條例不論由其名稱或其內容比如其第一條立法目的觀之：明顯係以為人民之電子遊戲場業為對象，為管理即限制該等業者（人民）之營業自由基本權之目的，而為符法律保留原則，乃由中央以立法即於該條例條列人民於經營電子遊戲場時應受之各項限制。從而如該法第九條第一項之五十公尺以上之距離規定，其限制對象也就是該條項之適用主體為人民，即人民從事電子遊戲場業者，其營業場所被限制應設在距離學校等場所五十公尺以外，不得設在五十公尺以內。而因該條項既未有以除外文字或其他方式賦予各地方政府另訂其他距離標準，則自不生「五十公尺以上」係所謂最低標準之問題，因為中央法律就距離限制就只有一個標準，根本無所謂最高或最低。故多數意見以系爭五十公尺以上規定為最低標準為前提，認系爭三自治條例未違法律保留原則、未抵觸電子遊戲場業管理條例第九條第一項規定云云，其見解殊難贊同。

另憲法第一百零八條已明定商業由中央立法，另一百一十一條復明定以無第一百零八條等情形時才依均權原則辦理，則就屬商業之系爭電子遊戲場業之管理在憲法第一百零八條之規定下，何由多數意見引憲法第一百十一條規定認系爭三自治條例合憲之餘地哉？又地方制度法第二十八條第二款規定只是說明欲創設、剝奪或限制居民權利義務者，應以自治法規中之自治條例方式為之，即不得以自治規則為之而已；該條款並未賦予自治條例剝奪居民特定權利義務實權。多數意見引該條款作為系爭三自治條例合憲之依據，亦難贊同。

尤有進者，就所謂工商輔導與管理屬地方自治權限部分言：縱認工商輔導及管理屬地方權限，且因電子遊戲場較具爭議性，對社區公安、兒少身心健康與其他商業相比，可能有較大妨害，故有因地制宜之必要。惟最正確處理之道：應為由中央或取消電子遊戲場業管理條例第九條第一項之全國一致距離標準規定，即讓諸地方因地制宜各自權衡決定；或於該條例明文規定授權地方得為更嚴格之距離標準規定；甚或是若認有維持統一標準之必要時，體認各地方對中央所定標準不服之情（除苗栗、彰化、雲林、屏東、宜蘭及金馬外，餘均有高於五十公尺之距離限制規定，請見附件一），檢討並適當合理提高距離限制標準，始為正辦。而不應是既於中央法律自定統一標準，又對各地方普遍性不服該統一標準而以管理之名另訂較嚴格標準，形成一國多制之法制紊亂狀態之事實，視而不見。又工商輔導與管理，必以有輔導與管理之客體存在為前提，故而地方政府之輔導與管理手段行使之結果不得為禁絕中央法律許可經營之行業，否則即因屬對憲法第十五條所保障之營業自由之過當限制，而與比例原則有違（臺北市之自治條例規定中就限制級部分應已達禁絕新設之程度，相關分析請見註一）；另縱非禁絕，但就電子遊戲場業言：因依系爭三自治條例規定，距離限制為核發電子遊戲場營業許可證之許可條件之一，故較中央法律規定標準更嚴格之系爭距離限制已涉及憲法所保障之營業自由基本權之限制，系爭距離限制規定自仍需符合比例原則，即其限制手段需適當且必要。

如上所述，中央法律所定之距離限制僅五十公尺，而系爭三自治條例則均擴大一、二十倍，分別為一千、九百九十及八百公尺，單由其倍數言：若系爭三自治條例之規定仍未

過當，則中央所定之五十公尺標準如何得謂為適當（中央立法恒以適當為必要）？又以保障兒童及青少年權益為主要宗旨之兒童及少年福利與權益保障法第四十七條第四項既規定距離標準為二百公尺，則顯然係認距離標準以二百公尺為適當。準此，系爭三自治條例所為四至五倍於二百公尺之規定，如何可謂為適當，從而不悖於比例原則哉？另電子遊戲場採分級制，分為普通級及限制級（請見其第五條，普通級指設置益智類電子遊戲機者），而兒童及少年福利與權益保障法第四十七條第一項僅規定禁止兒少出入限制級電子遊戲場，即未禁止兒少出入普通級電子遊戲場（沒有禁止兒少及一般大眾遊藝益智類遊戲之理，自然也應無嚴格限制普通級電子遊戲場開設之理由），同條第四項之二百公尺距離限制也未針對普通級而設，則系爭臺北縣及桃園縣規定兼及於僅設置益智類遊戲機之普通級電子遊戲場，認普通級亦需距離學校等九百九十公尺或八百公尺部分，能認為適當而無違比例原則嗎？此外，就八大行業之酒家、舞廳等及功能相近之資訊休閒業，主管機關亦均定有類似目的之距離標準，但多未逾二百公尺（極少數情形為四百公尺，請見註二），以電子遊戲場業之發源國最繁華之首都東京為例：其距離標準限制規定亦未逾一百公尺（請見附件二），則寧有獨就曾被大韓民國列入為正式國際運動比賽項目（請見註三）及為與臺北市政府所推動之電競（請見註四）有關之電子遊戲場業之營業場所，特予規定需距離八百至一千公尺之理哉？此非已違比例原則，什麼才算違反比例原則！

工商管理曾經是台灣大學法商學院商學系入學排行第二高分之熱門系組名稱，工商管理不但是有為政府（包括中央及地方）之職權更是無可旁貸之職責。惟在民主法治國原

則下，在憲法對基本人權之限制應符比例原則下，工商管理手段應適當合理，且於法已定有管理手段之情形，政府應善盡其依法管理之責；不能便宜行事，在法已定之管理手段之外，藉口有效管理，由地方政府動用限制基本人權之其他手段，否則應難謂適當合理及必要。就電子遊戲場業之管理，除其專法即電子遊戲場業管理條例於其第四條第二項規定不得有賭博或妨害風化之設計或裝置、第五條規定應分級及不同級不得混合營業、第十七條、第二十一條規定電子遊戲場業者應遵守之事項、第二十五條、第二十七條、第二十九條至第三十一條等定有違反賭博禁止等規定之處罰、第三十四條及第三十五條則規定妨礙檢查等之處罰等外，另兒童及少年福利與權益保障法第九十五條第二項亦設有處罰規定；賭博、色情、毒品管制相關刑事及行政法規，甚至社區安寧相關之社會秩序維護法等亦均設有管理手段足供使用，故應無由地方政府再以管理之名，於屬命令性質之地方法規中另設數倍甚至數十倍於中央法律之距離限制之理，即此一管理手段應非合理適當及必要，故應不符比例原則。

註一：電子遊戲場業管理條例第八條規定：「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……」；依臺北市土地使用分區管制自治條例第四條第十款、第十一款規定：供娛樂業（電子遊戲場業為娛樂業）使用之分區為商業區中之第三種商業區及第四種商業區；其第二十一條至第二十四條進一步規定：屬第三十二組娛樂服務業之電子遊戲場業得設置於第四種商業區及附條件允許設置於第二、三種商業區；再由臺北市政府覆函稱依其自治規定目前臺北市暫無可供新設限制級電子遊戲場

云云之意旨，及詳細比對臺北市行政區圖並商業區、學校用地等圖暨系爭一千公尺距離限制圖，所顯示者，系爭一千公尺距離限制規定確已生禁絕新設限制級電子遊戲場之結果。另臺北市之系爭自治條例中另有其他資本額、樓地板面積、臨接道路面寬等等限制，不在本件爭議範圍且應不致客觀上無法成就之程度（即未因之而禁絕），併此敘明。

註二：就所謂的八大行業（或稱特種行業、特定行業）之管理，在中央曾有「視聽歌唱理髮三溫暖舞廳舞場酒家酒吧及特種咖啡茶室業管理規則」，但該規則業於九十年廢止；兒童及少年福利與權益保障法第四十七條第四項規定酒家、特種咖啡茶室應距離幼兒園、國民中小學、高中、職校二百公尺以上，但目前中央並無規範特定行業之專法。臺北市有臺北市舞廳舞場酒家酒吧及特種咖啡茶室管理自治條例，該條例第四條第一項第一款規定：「本自治條例所定之營業，其營業場所應符合下列規定，並經主管機關許可後，始得辦理公司及商業登記。一 營業場所所在地應符合都市計畫法、都市計畫法臺北市施行細則及臺北市土地使用分區管制規則之規定，並應距離國家紀念性建築物、孔廟、忠烈祠、學校、公共圖書館、醫院週邊一百公尺以外。但舞場以五十公尺為限。」桃園市則有桃園縣特定行業設置管理自治條例（繼續適用），該條例第四條第一項則規定：「特定行業之營業場所應距離高中（職）校、國民中、小學二百公尺以上，醫院五十公尺以上。其距離以二基地最近距離直線測量之。」新北市則無相關自治法規。就資訊休閒業之管理，目前中央並無相關專法，臺北市、新北市及桃園市皆以自治條例規範之。臺北市資訊休閒業管理自治條例第八條第一項規定：「資訊休閒業之營業場所，應臨接寬度八公尺以上道路，並應距

離高中、高職、國中、國小等學校二百公尺以上。但中央法規另有規定者，依其規定。」新北市資訊休閒業管理自治條例第四條第二項第一款規定：「資訊休閒業營業場所之設置，應符合下列規定：一、距離國民中、小學、高中、職校四百公尺以上……。」桃園市將資訊休閒業列為桃園縣特定行業設置管理自治條例（繼續適用）中所稱之特定行業（該自治條例第三條第九款參照），其營業場所應距離高中（職）校、國民中、小學二百公尺以上，醫院五十公尺以上。

註三：二〇一三年於韓國舉行之亞洲室內暨武藝運動會即將電競列為比賽項目。請參見<http://www.ocasia.org/game/GameParticular.aspx?9QoyD9QEWPfjwaNTRU3pSQ>（最後參訪日：一〇五年六月二十日）

註四：臺北市政府擬組電競職業隊，請參見<http://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/1608627>（最後參訪日：一〇五年六月二十日）

附件一：直轄市、縣（市）就電子遊戲場業營業場所應距離一定場所之限制

直轄市、縣（市）	法規名稱及條號	內容
臺北市	臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例第5條第1項	電子遊戲場業之營業場所應符合下列規定： 一 普通級：應臨接寬度12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50公尺以上。 二 限制級：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1000公尺以上。
新北市	新北市電子遊戲場業設置辦法第6條第1項第1款	電子遊戲場業之營業場所，應符合下列規定： 一、距離住宅區50公尺以上，並應距離國民中、小學、高中、職校、醫院990公尺以上。
基隆市	基隆市電子遊戲場業設置自治條例第5條	電子遊戲場業之設立地點（含設立、遷移、擴大面積）應符合下列規定： 一、電子遊戲場業（含設立、遷移、擴大面積）之營業場所應距離國民中、小學、高中、職校、圖書館、醫院500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。 二、最小設置單層營業樓地板面積500平方公尺以上。
桃園市	桃園縣電子遊戲場業設置自治條例（繼續適用）第4條第1項	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800公尺以上。
新竹市	新竹市電子遊戲場業設置自治條例第5條第1項	電子遊戲場業之設置地點應符合下列規定： 一 普通級：電子遊戲場之營業場

		<p>所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院 50 公尺以上。</p> <p>二 限制級：電子遊戲場之營業場所，應距離國民中、小學 200 公尺以上，距離高中、職校、醫院 100 公尺以上。</p>
臺中市	臺中市電子遊戲場業設置自治條例第 6 條	<p>電子遊戲場業之營業場所，除應距離住宅區 50 公尺以上外，並應符合下列規定：</p> <p>一、普通級電子遊戲場應距離國民中（小）學、高中、職校、醫院 200 公尺以上。</p> <p>二、限制級電子遊戲場應距離國民中（小）學、高中、職校、醫院 300 公尺以上。</p>
南投縣	南投縣電子遊戲場業設置管理自治條例第 4 條	<p>電子遊戲場業之營業場所，應符合下列規定：</p> <p>一、普通級電子遊戲場應直線距離國民中、小學、高中、職校、醫院 200 公尺以上。</p> <p>二、限制級電子遊戲場應直線距離國民中、小學、高中、職校、醫院 300 公尺以上。</p>
臺南市	臺南市電子遊戲場業設置自治條例第 4 條第 1 項第 4 款	<p>電子遊戲場業之營業場所應符合下列規定：</p> <p>.....</p> <p>四、營業場所應距離國民中、小學、高中、職校、醫院 1000 公尺以上。</p>
高雄市	高雄市電子遊戲場業管理自治條例第 4 條第 1 項	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 1000 公尺以上。
	高雄市電子遊戲場業管理自治條例第 5 條第 1 項	普通級電子遊戲場業之營業場所，設於符合下列規定之百貨公司、遊樂園或商場內者，不受前條第一項規定之限制。但仍應距離國民中、小學、高中、職校、醫院 50 公尺以上：.....。

臺東縣	臺東縣電子遊戲場業設置自治條例第3條第1項	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 500 公尺以上。
花蓮縣	花蓮縣電子遊戲場業設置自治條例第4條第1項	電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中學、小學、高中及職校 1000 公尺以上。
澎湖縣	澎湖縣電子遊戲場業設置管理自治條例第3條第1項。	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 800 公尺以上。

(來源：助理郭思岑整理)

附件二：日本東京都風俗營業之營業場所距離限制

以下表格係整理自日本「與風俗營業等之管制及業務適當化等法施行條例」（風俗營業等の規制及び業務の適正化等に関する法律施行条例）及日本東京都「與風俗營業等之管制及業務適當化等法施行條例相關之規則」（風俗營業等の規制及び業務の適正化等に関する法律施行条例の施行に関する規則）。小鋼珠店及電子遊戲場業皆屬「與風俗營業等之管制及業務適當化等法施行條例」所稱之風俗營業。

一、商業區

應保持一定距離之場所	應保持之距離
學校（不含大學） 圖書館 兒童福利設施（除助產設施外）	50 公尺
大學 醫院（包含相當於醫院之助產設施） 診所（即 8 名以上之入院設施）	20 公尺
相當於助產所之助產設施 診所（即 7 名以下之入院設施）	10 公尺

（來源：助理郭思岑整理）

二、鄰近商業地區

應保持一定距離之場所	應保持之距離
學校（不含大學） 圖書館 兒童福利設施（除助產設施外）	100 公尺
大學 醫院（包含相當於醫院之助產設施） 診所（即 8 名以上之入院設施）	50 公尺
相當於助產所之助產設施 診所（即 7 名以下之入院設施）	20 公尺

（來源：助理郭思岑整理）

三、其他地區

應保持一定距離之場所	應保持之距離
學校（不含大學） 圖書館 兒童福利設施（除助產設施外） 大學 醫院（包含相當於醫院之助產設施） 診所（即 8 名以上之入院設施） 相當於助產所之助產設施 診所（即 7 名以下之入院設施）	100 公尺

（來源：助理郭思岑整理）