

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649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404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

「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。

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。」（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

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。」

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「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

¹¹ 「實質阻絕」意指已達形同禁止，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

自治團體之自治權限下，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『

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』，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。