

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、未牴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	<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：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。</p> <p>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。</p>
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	<p>電子遊戲場業之營業場所，應符合下列規定：</p> <p>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。</p>
基隆市	基隆市電子遊戲場業設置自治條例第5條	<p>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：</p> <p>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。</p> <p>前項距離以二建築基地境界線最近二點作直線測量。</p> <p>二、最小設置單層營業樓地板面積 500 平方公尺以上。</p>
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	<p>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。</p>
新竹市	新竹市電子遊戲場業設置自治條例第5條第1項	<p>電子遊戲場業之設置地點應符合下列規定：</p> <p>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。 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。
臺中市	臺中市電子遊戲場業設置自治條例第 6 條	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： 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。 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。
南投縣	南投縣電子遊戲場業設置管理自治條例第 4 條	電子遊戲場業之營業場所，應符合下列規定： 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。 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。
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	電子遊戲場業之營業場所應符合下列規定： 四、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	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）