

## 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。