

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。