

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。