

# 司法院釋字第七三八號解釋

## 部分不同意見書

葉百修大法官 提出

本件解釋聲請人係八位準備經營電子遊戲場業的負責人，其營業地分別位於臺北市、新北市及桃園市（改制前桃園縣），並依據電子遊戲場業管理條例（下爭系爭條例）第九條第一項<sup>1</sup>及第十一條第一項第六款<sup>2</sup>規定（下併稱系爭條例規定），向所處各該地方政府主管機關申請核發電子遊戲場業營業級別證，及辦理營業場所之地址及面積之登記。而經濟部基於電子遊戲場業管理及商業登記之主管機關，訂定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要點（下稱系爭要點），其第二點第一款第一目規定<sup>3</sup>，電子遊戲場業申請電子遊戲場業營業級別證或變更登記，其營業場所之登記，並應符合各該地方政府之自治條例相關規定。

是本件聲請人依據上開規定，分別向臺北市、新北市及桃園市申請核發電子遊戲場業營業級別證及辦理營業場所之地址及面積之登記，經各該地方政府分別依據臺北市電子

---

<sup>1</sup> 電子遊戲場業管理條例第 9 條第 1 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。」（粗體為本意見書所加）

<sup>2</sup> 電子遊戲場業管理條例第 11 條第 1 項第 6 款規定：「電子遊戲場業……，應……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：……六、營業場所之地址及面積。」

<sup>3</sup> 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 2 點第 1 款第 1 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。」

遊戲場業設置管理自治條例第五條第一項第二款<sup>4</sup>、臺北縣電子遊戲場業設置自治條例第四條第一項<sup>5</sup>及桃園縣電子遊戲場業設置自治條例第四條第一項<sup>6</sup>規定（下併稱系爭自治條例規定），以聲請人營業場所不符合系爭自治條例規定所定「特定機關及處所」及「相隔距離」之要件限制而予以否准。聲請人分別經用盡救濟途徑後聲請本院解釋憲法，認：一、系爭自治條例規定逾越憲法有關中央與地方分權之規定；二、系爭自治條例規定與系爭要點逾越系爭條例規定，抵觸法律優位原則、法律保留原則及比例原則。

本件解釋多數意見以聲請人上開兩項主張均無理由，認定系爭自治條例規定並未抵觸憲法有關中央與地方分權規定，其與系爭要點並未逾越系爭條例規定，與法律優位、法律保留及比例原則並無抵觸。本席對多數意見上開第一項主張之認定敬表贊同。惟對於第二項主張之認定，本席認系爭自治條例規定就「特定機關及處所」中有關「**幼稚園、圖書館**」之要件限制，逾越系爭條例規定之限制，抵觸法律保留原則；且上開「**醫院、圖書館**」之「相隔距離」限制，該手段亦非對聲請人之營業自由及工作權所為限制之最小侵害，抵觸比例原則，均與多數意見有異，爰提出部分不同意見如后。

---

<sup>4</sup> 臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例第 5 條第 1 項第 2 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。」（粗體為本意見書所加）

<sup>5</sup> 臺北縣電子遊戲場業設置自治條例（中華民國 101 年 12 月 25 日臺北縣改制為新北市時繼續適用；後因期限屆滿而失效）第 4 條第 1 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。」（粗體為本意見書所加）

<sup>6</sup> 桃園縣電子遊戲場業設置自治條例（103 年 12 月 25 日公告自同日起繼續適用）第 4 條第 1 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。」（粗體為本意見書所加）

## 一、系爭自治條例規定牴觸法律優位原則及法律保留原則

### (一) 中央地方權限劃分，應以憲法列舉及中央權限為原則

系爭條例規定就電子遊戲場業之營業場所，分別設有「特定機關及處所」及「相隔距離」之要件限制，分別是以二建築基地境界線最近二點作直線測量，<sup>7</sup>應距離「國民中、小學、高中、職校、醫院」達「五十公尺以上」。誠然，如同多數意見所言，我國憲法對於中央與地方所謂垂直分權，係於單一國家的法律架構概念之下，以規範內容之性質，有全國一致性者，由中央立法、執行或由地方執行；而於具有地方特殊性質而屬地方自治事項之範疇者，乃由地方立法並執行，而為多數意見所言，「藉以貫徹住民自治、因地制宜之垂直分權理念。」本席並不否認，現代國家事務多元複雜，復以近代住民自治之理念漸受重視，即便於單一國家如西班牙、義大利，近來亦修改憲法增加地方政府權限。然而，在單一國家體制下，中央與地方垂直分權之權限劃分，仍以中央為原則、地方為例外，除非如西、義等國修改憲法，明文增加地方權限，否則在我國現行憲法架構下，仍以中央行使國家權限為原則，於憲法未列舉事項外，始依性質劃分中央與地方權限（憲法第一百十條規定參照）。即便如多數意見所言，中央與地方有協力合作關係，或中央仍可以立法賦予地方執行權限或義務，或地方基於自治事項可自行制定自治法規，凡此，均應於憲法明文所定分權架構下為之。

本件解釋所涉及電子遊戲場業之設立與經營管理等事

---

<sup>7</sup> 電子遊戲場業管理條例第9條第2項規定參照。

項，基於系爭條例規定，參照商業登記法第一條至第三條<sup>8</sup>規定，電子遊戲場業之設立，屬商業性質，而商業之設立、管理，依據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 森林、工礦及商業。」則屬中央立法並執行，或交由省縣執行，但原則上立法權限仍屬中央，是以有系爭條例規定之制定，而非逕由地方以系爭自治條例規定加以取代而屬地方自治事項，此亦為憲法第一百七十條及第一百七十二條規定之意旨。換言之，電子遊戲場業之設立、管理，原則上仍屬中央立法之權限，並由中央立法賦予地方執行。是以本件系爭自治條例規定，自不得逾越憲法所定中央與地方權限劃分之界限，逕以之取代系爭條例規定。

## （二）系爭自治條例規定之規範性質尚待斟酌

多數意見以系爭自治條例規定，屬「工商輔導及管理之事項，係直轄市、縣（市）之自治範圍」（地方制度法第十八條第七款第三目規定參照），然而系爭自治條例規定之限制，是否僅屬輔導、管理事項，而非屬憲法第一百零八條第一項第三款規定由中央立法執行或交由省縣執行之「商業」，其根本「得否設立、經營」之事項？抑或憲法第一百〇九條第一項第一款及第一百十條第一項第一款之「實業」而屬地方立法事項？<sup>9</sup>此亦涉及之後判斷系爭自治條例規定之性質，究係限制人民營業自由及工作權何種限制（詳後述）。因此，

---

<sup>8</sup> 商業登記法第3條規定：「本法所稱商業，指以營利為目的，以獨資或合夥方式經營之事業。」

<sup>9</sup> 實業與商業之用語，憲法本文並無明確定義，似以目的是否為營利為區別，例如馬祖酒廠實業股份有限公司組織自治條例第2條規定：「馬祖酒廠實業股份有限公司（以下簡稱本公司）以企業化經營，提供國民優質酒類飲品，促進本縣產業發展，增進縣民公共福利為目的。」

多數意見認定系爭自治條例規定，關於電子遊戲場業之設立所為與「特定機關及處所」及「相隔距離」之要件限制，是否以根本影響「商業設立」與否，或僅屬「工商輔導及管理」，尚有斟酌之餘地。

### （三）法律與自治條例之範圍規範限制，應視規範性質而認定其正當性

縱退一步言，多數意見以系爭條例規定有關「相隔距離」之規定，係以「五十公尺以上」之用語，「可認係法律為保留地方因地制宜空間所設之最低標準，並未禁止直轄市、縣（市）以自治條例為應保持更長距離之規範」<sup>10</sup>，然而條文僅以「以上」二字，是否即可推論有保留地方因地制宜空間，或未禁止地方為更長距離之規範？例如就業保險法第十三條第二款關於拒絕公立就業服務機構推介之工作，因其工作地點距離申請人日常居住處所三十公里以上，仍得請領失業給付，是否亦有如多數意見所言，係「最低標準」而未禁止「更長距離之規範」？換言之，規範所涉人民權利內涵、規範本身究為中央或地方權限，尚非僅以規範條文文字可斷言，應視該最低標準所涉屬授益或干涉性質而認定其正當性與審查密度之寬嚴。例如本件解釋所涉系爭條例規定，相隔距離涉及人民得否經營電子遊戲場業，本質上屬權利限制之一種，於中央法律設定一定距離標準後，地方可否另以自治條例增加更長之距離，亦即增加對人民權利之更嚴格之限制？其是否真有因地制宜之目的需要？本院仍應個別予以具體從嚴審查，尚非多數意見僅以地方自治事項範圍，而逕認未

<sup>10</sup> 法院實務上亦採相同見解，參照最高行政法院 94 年 11 月份庭長法官聯席會議決議。

「逾越地方制度法概括授權之範圍，從而未牴觸法律保留原則」，卻未認定是否與系爭條例規定是否有無牴觸。<sup>11</sup>

又如殯葬管理條例第八條第一項規定：「設置、擴充公墓，應選擇不影響水土保持、不破壞環境保護、不妨礙軍事設施及公共衛生之適當地點為之；其與下列第一款地點距離不得少於一千公尺，與第二款、第三款及第六款地點距離不得少於五百公尺，與其他各款地點應因地制宜，保持適當距離。但其他法律或自治條例另有規定者，從其規定……。」其文字則分別依據公墓設置，因與該條項第一款所定公共飲水井或飲用水之水源地具有直接影響，與第二款、第三款及第六款規定之學校、醫院、幼兒園、戶口繁盛地區及貯藏或製造爆炸物或其他易燃之氣體、油料等之場所具有間接影響，於法律規定不同最低標準，其他各款地點始因地制宜，保持適當距離，同時也賦予其他法律或自治條例得另行規定。同法第九條並就殯儀館、火化場或骨灰(骸)存放設施之設置、擴充有不同距離規範。換言之，以系爭條例規定之內容相對照，多數意見逕以地方制度法第二十五條及第二十八條第二款概括授權之相關規定，而認定系爭自治條例與法律保留原則並無牴觸，其認定即非無疑。

#### **（四）法律列舉之要件內涵，不得由自治條例擅自增減，否則即與法律保留原則相牴觸**

上開「相隔距離」之規定，縱使如多數意見所言，具有解釋上之可能性，然而系爭條例規定就電子遊戲場業營業場

---

<sup>11</sup> 參見地方制度法第 30 條第 1 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。」

所之設置，明文列舉應與「國民中、小學、高中、職校、醫院」等機關場所距離五十公尺以上，其規範性質即與相隔距離認定為最低標準而得由地方予以增加之情形不同，此項列舉規定，即不得由地方自治條例擅自增減，否則即與法律保留原則相牴觸。因此，系爭自治條例規定所增加之「幼稚園」、「圖書館」等地點限制，逾越系爭條例規定之範圍，多數意見認定其屬地方自治事項之範圍，若如此，何以相隔距離之限制非屬地方之自治事項？地方可否就系爭條例規定列舉之機關或場所予以刪減？若均可以地方自治範圍為由，而認定地方可以自治條例另行規定，而無視中央既有法律規範，則憲法關於中央與地方權限劃分之規定及形同具文，而憲法所定法律優位及法律保留原則亦將不復其存在意義。就此，本席無法贊同本件解釋多數意見之認定，本席以為，系爭自治條例規定增加系爭條例規定所無之限制，應已牴觸法律保留原則而違憲。

## 二、系爭自治條例規定過度侵害人民營業自由及工作權， 牴觸比例原則

本院關於營業自由與工作權、財產權之保障，自釋字第五一四號解釋之後，即已採取如德國聯邦憲法法院裁判見解，對於營業自由與工作權之限制，區分為執行職業自由及選擇工作及職業之主觀與客觀許可要件之限制，並分別與寬鬆、中度及嚴格等不同審查基準認定其合憲性，其具體內涵，本席亦曾於本院釋字第六六六號解釋所提出之協同意見書中加以闡明。本件解釋涉及系爭自治條例規定所定之「特定機關及處所」及「相隔距離」等要件限制，究竟涉及上開何種限制，進而決定其審查基準，多數意見似乎並無明確認定。

從多數意見之結論而言，似乎係以系爭自治條例規定之上開限制，係屬地點選擇之執業自由之限制，而以寬鬆基準認定其合憲性。

**(一) 系爭自治條例規定之「距離」限制之性質，應屬選擇工作及職業之客觀許可要件**

多數意見以系爭自治條例規定之距離限制，其性質上屬「對從事工作地點之執行職業自由所為限制」，而認以寬鬆審查基準加以認定其合憲性，然而在適用審查基準時，多數意見以「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」認定限制之手段必要性，似又提高審查基準。然而，多數意見末以「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」，則於本件解釋所涉系爭自治條例規定所為之距離限制，是否已超出法定最低限制過多而產生實質阻絕之效果，本就為本件解釋應予具體審查者，而多數意見卻又毫無審究，徒令人不解。

系爭自治條例規定之距離限制，表面上看似為電子遊戲場設置地點之限制，實際上電子遊戲場因為距離限制，導致其根本無從設置，亦「非個人努力所可達成」（本院釋字第649號解釋參照），同時因為無從改變既有現存之特定機構或處所之相對位置，業已構成「選擇工作及職業之客觀許可要件」之限制，<sup>12</sup>並無須如多數意見所稱，須達到「實質禁絕」之情形，始由量變而質變成為客觀許可要件。

**(二) 系爭自治條例規定所欲追求之公共利益，尚非**

<sup>12</sup> 本席於本院釋字第711號解釋提出之協同意見書參照。

## 極重要之政府利益

本件解釋多數意見以系爭自治條例規定所欲追求之公共利益，基於系爭條例第一條規定，在於「維護社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康」，然而此諸項目的係整部系爭條例之立法目的，而非系爭條例規定之目的，更非系爭自治條例規定所得依據者。從民國八十六年間立法研議電子遊戲場業之管理，當時鑑於電腦、電動玩具與柏青哥營業均未有合法營業之許可與管理，且此等遊戲經常涉及賭博行為與色情、暴力等違法行為，於七十九年間雖由教育部頒布施行「遊藝場業輔導管理規則」，仍非經由立法予以合法管理，最後乃以上開目的，透過分類、<sup>13</sup>分級管理<sup>14</sup>、事前管制之方式，以事前防止涉及賭博、色情及暴力等違法行為之電子遊戲機之設計、製造<sup>15</sup>及於電子遊戲場陳列<sup>16</sup>、營業<sup>17</sup>，以避免影響社會安寧、公共安全及兒童及青少年身心健全發展等公共利益。<sup>18</sup>

系爭條例於立法研議之處，即有共識透過都市計畫法及都市土地分區使用管制等相關規定，明確排除電子遊戲場業於住宅區之設置營業。系爭條例第八條即規定：「電子遊戲

---

<sup>13</sup> 參照電子遊戲場業管理條例第 4 條第 2 項規定：「前項電子遊戲機不得有賭博或妨害風化之設計及裝置，其分類如下：一、益智類。二、鋼珠類。三、娛樂類。」

<sup>14</sup> 參照電子遊戲場業管理條例第 4 條第 2 項規定：「電子遊戲場業之營業分級如下：一、普通級：指僅設置益智類電子遊戲機，供兒童、少年及一般大眾遊藝者。二、限制級：指設置鋼珠類、娛樂類或附設益智類電子遊戲機，僅供十八歲以上之人遊藝者。」

<sup>15</sup> 電子遊戲場業管理條例第 6 條規定參照。

<sup>16</sup> 電子遊戲場業管理條例第 7 條規定參照。

<sup>17</sup> 電子遊戲場業管理條例第 8 條至第 12 條規定參照。

<sup>18</sup> 參見立法院公報第 86 卷第 9 期，頁 429 至 441；第 89 卷第 9 期，頁 10 至 11。

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；於非都市計畫地區者，應符合區域計畫法及非都市土地使用管制之規定。二、營業場所建築物之構造、設備，應符合建築法令之規定。三、營業場所之消防安全設備，應符合消防法令之規定。」以維護社會安寧與公共安全。而透過上開規定之限制，是否仍有系爭條例規定之必要，於立法之初多有爭論，當時行政院提案僅規定「應距離學校、醫院五十公尺以上」，其立法目的亦僅係以「由於電子遊藝場對社會安寧會造成一定之影響，故第一項明定電子遊藝場之營業場所應距離對於環境安寧有著極高要求之學校、醫院五十公尺以上。」<sup>19</sup>而五十公尺之距離限制，亦僅為「立法精神」，其「距離設制意義並不大」。<sup>20</sup>

當時草案條文僅規定「學校、醫院」，其範圍於立法討論時即生爭議，學校是否包括托兒所、幼稚園、安親班、補習班？醫院是否包括診所？若以上情形均包括在內，當時即有立法委員認為，電子遊戲場業將無處可設。<sup>21</sup>此外，若以避免兒童及青少年身心發展受到影響而沈迷其中、荒廢學業，有謂幼稚園兒童「除非是有父母親陪同，否則他們不會走進電玩店」，而僅須明確規範國民中小學及高中即可；<sup>22</sup>亦有謂「大學生雖然已滿十八歲，但是很多人仍然沈迷於電玩店，

---

<sup>19</sup> 參見立法院公報第 89 卷第 9 期，頁 20 至 22。

<sup>20</sup> 參見立法院公報第 87 卷第 2 期，頁 375。

<sup>21</sup> 參見立法委員周荃之發言，立法院公報第 87 卷第 2 期，頁 374。

<sup>22</sup> 同上註。

以致影響到學業」，因此應包括大學等等。<sup>23</sup>最後經朝野協商，將「學校」修正為「國民中、小學、高中、職校」。<sup>24</sup>

換言之，系爭條例規定之立法目的，並非如多數意見所言，係以系爭條例第一條象徵整部條例規定之立法目的，移作系爭條例規定乃至於系爭自治條例規定所欲追求之公共利益。而所謂「維護環境安寧」，固然屬正當之公共利益，究非重要甚至極重要之公共利益。此外，多數意見所引系爭條例第一條之立法目的，亦均屬消極避免「社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康」受到電子遊戲場設置而受到影響或侵害，並非具有積極目的之公共利益，本院亦應就此予以較嚴格之認定。<sup>25</sup>

### （三）距離限制之手段，並非最小侵害之手段

由於多數意見誤解系爭條例規定乃至於系爭自治條例規定所欲追求之公共利益，進而亦影響其認定距離限制作為管制手段之正當性。多數意見係以「可無須對接近特定場所周邊之電子遊戲場業，耗用鉅大之人力、物力實施嚴密管理及違規取締，即可有效達成維護公益之立法目的，係屬必要之手段。」然而手段是否必要，端視其所欲達成之目的為何，即便以多數意見所解釋，系爭條例規定及系爭自治條

---

<sup>23</sup> 參見教育部社會教育司副司長洪清香之發言，立法院公報第 87 卷第 2 期，頁 374。

<sup>24</sup> 參見立法院公報第 89 卷第 9 期，頁 58 至 59。

<sup>25</sup> 日本最高裁判所所採目的二元說，區分消極目的予以較嚴格審查、積極目的尊重立法裁量而予以寬鬆審查（除非有明顯違憲之處之「明白性原則」）之見解，亦值得參考。參見日本最高裁判所昭和 50 年 4 月 30 日大法庭判決（藥局開設之距離限制）。不過，如何認定消極或積極目的，是否積極目的就放寬審查基準，日本學界亦有不同見解，最高裁判所也曾就同屬消極目的作出相異判決。參見野中俊彥、中村睦男、高橋和之、高見勝利，憲法 I，第 3 版，2001 年，東京：有斐閣，頁 435-437。

例規定之立法目的，在於「維護社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康」，則距離限制作為限制人民營業自由及工作權之限制，有無其他手段可資選擇，是否為最小侵害手段甚至是須僅屬唯一手段始可？由於多數意見認定距離限制僅屬從事工作地點，乃執行職業自由之限制，採取合理審查基準而寬鬆認定距離限制之必要性，然而依據多數意見所言，此項手段係無須耗費鉅大人力、物力，所考量者並非是否有其他限制較小之手段，而僅係「行政經濟」之目的，業為本院解釋所不採。<sup>26</sup>則此項距離限制之手段，是否具有正當性即非全然無疑，何況於嚴格審查基準之下，此項手段限制，於系爭自治條例規定之下，是否為最小侵害手段，有無逾越比例原則，多數意見於此放棄審查，僅言「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」，究其實，從系爭條例整體管制而言，即便為了「維護社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康」之目的，於既有系爭條例相關規定，配合都市計畫法、噪音管制法<sup>27</sup>之事前或事後管制，即可達到維護「醫院、圖書館」之環境安寧，距離限制顯非最小侵害手段。

況系爭條例第十七條第一項規定：「經營電子遊戲場業者，應遵守下列事項：一、普通級電子遊戲場，禁止未滿十五歲者於上課時間及夜間十時以後進入及滯留。二、限制級電子遊戲場，禁止未滿十八歲者進入。三、於營業場所明顯處，懸掛電子遊戲場營業級別證。四、於營業場所入口明顯處，標示營業級別及入場年齡限制。五、不得於電子遊戲

---

<sup>26</sup> 參見本院釋字第 663 號解釋。

<sup>27</sup> 噪音管制法第 9 條及第 24 條規定參照。

機使用真幣、信用卡、金融卡、現金卡、儲值卡或其他作為簽帳、提款、轉帳或支付之電磁紀錄物或晶片；其娛樂用代幣之大小、式樣或重量，不得與真幣相同或近似。六、不得有涉及賭博、妨害風化或其他犯罪行為。」第二項規定：「電子遊戲場業從業人員執行前項第一款及第二款之規定，得請消費者出示年齡證明。」及系爭條例第二十九條至三十一條之處罰規定，亦可達到避免高中職以下學校學生因流連於電子遊戲場而荒廢學業、影響健全身心發展，系爭自治條例規定所為之距離限制，亦非對人民營業自由及工作權之最小侵害手段。至系爭條例既然透過事前管制之手段，透過分類、分級管理電子遊戲場，其亦不得涉及任何「賭博、妨害風化或其他犯罪行為」，則電子遊戲場業之設置、營業，其距離限制亦與維護善良風俗無涉。

#### **（四）系爭自治條例規定之手段與目的間不具緊密連結關係**

誠如前述殯葬管理條例第八條及第九條距離限制規定，或者其他如核子反應器設施管制法第四條、水土保持法第二十條、水污染防治法第三十條、飲用水管理條例第五條等規定所設之類似距離限制規定，均係該等設施或處所，其本身就具有一定危害性，對於社會秩序與公共安全具有重大影響，然其設置如公墓、殯儀館、火化場等，立法技術上已可為細緻區分及管制，而非如系爭自治條例規定以一定距離限制適用於各種場所並期以達成各種不同公共利益。況電子遊戲場本身所可能對社會環境與公共秩序所產生的直接影響，已有其他法律加以管制，復以距離限制，或如多數意見所言，「不能謂與該目的之達成無關聯」，但關鍵在於關聯性程度。既

然直接影響已有其他管制手段，距離限制是否仍具管制關聯性即非全然無疑。

再者，對於電子遊戲場業之管理，若著眼於其所生「二手效應」(secondary effects)，例如設置於高中職以下各級學校周圍，對於自制力尚有不足之兒童及青少年，將生引誘之可能危害，或者是此種場所出入人等複雜，容易滋生事端，造成犯罪，甚至因此影響鄰近周遭房地產價值，<sup>28</sup>此等考量，是否足以支持系爭自治條例規定於系爭條例規定外，另設超出甚多之距離管制之正當性，本席亦無法全然同意多數意見於毫無審查判斷下所為之結論，否則，以目前避免兒童及青少年過度飲食含糖飲料或速食，則關於提供含糖飲料或速食等營業場所，亦應設有距離限制，然實際上並無相關法律採取此種作法，則何以電子遊戲場業特別規定距離限制？縱退萬步言，就讀高中職以下兒童及青少年之自制力較薄弱，若電子遊戲場距離學校過近，將有引誘而影響其身心發展之虞；然而圖書館、醫院等非以兒童及青少年經常出入之場所，電子遊戲場何以須與之一定距離？

又為此，則於系爭條例規定後設置之電子遊戲場業，與之後系爭自治條例規定後欲新設者，兩者同屬立法者眼中有礙「社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康」，是否亦應一併廢止既有電子遊戲場之合法營業許可，而一併重新洗牌？顯然受信賴保護原則與法不溯及既往原則之保障下，既有合法設置營業的電子遊戲場業仍可於原址不受影響，然可能已不符系爭自治條例規定之距離限制，卻仍可繼續營

---

<sup>28</sup> See, e.g., Britt Cramer, *Zoning Adult Business: Evaluating the Secondary Effects Doctrine*, DISCUSSION PAPER NO. 48, 01/2013, Harvard Law School.

業，又豈非無礙於「社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康」？凡此更可認系爭自治條例規定之距離限制，與其所欲達成之公共利益，並不具實質甚至緊密關聯性。

### 三、結論

現代社會都市化發展的結果，人際關係與生活空間極度壓縮，彼此間交互影響已是不爭之事實，分區管制(zoning)以維護都市群體生活，於十九世紀後即為複雜之社會問題與法律介入管制之議題，特別是在地狹人稠的國家例如日本，即便如美國領土廣袤，亦因都市化集中的結果，此種議題於各國層出不窮，司法案例亦常見之。<sup>29</sup>基於傳統價值觀，對於電子遊戲場業、殯葬設施、垃圾場、焚化爐、工廠、市集、夜市甚至於性交易區域等，我國社會仍存有許多刻板印象與污名化的立場，進而反映於法律管制之手段與方法之上。即便如性交易區域，業經本院釋字第六六六號解釋宣告行為時社會秩序維護法第八十條第一項第一款規定違憲，立法者之後制定同法第九十一條之一規定，截至目前為止，仍無直轄市、縣（市）政府制定相關自治條例，規劃得從事性交易之區域，等同完全限制性交易之行為。電子遊戲場業亦然。事實上，隨著除魅化與社會型態與科技發展的轉變，特別是網際網路與行動通訊設備的普及化，許多活動均可透過網路而為之，現實生活中的距離限制，如同涉及電子遊戲場業設置之系爭自治條例規定，以距離「隔絕」有礙社會善良風俗與

---

<sup>29</sup> 例如日本最高裁判所最高裁昭和 30 年 1 月 26 日大法庭判決（地方自治團體有關公共浴室設置距離限制）、昭和 47 年 11 月 22 日大法庭判決（地方自治團體零售市場設置距離限制）、昭和 50 年 4 月 30 日大法庭判決（藥局開設距離限制）等判決，以及美國聯邦最高法院 *Young v. American Mini Theatres*, 427 U.S. 50 (1976) 及 *Renton v. Playtime Theatres, Inc.*, 475 U.S. 41 (1986) 等判決，則是基於言論自由之二手效應理論，認定距離限制之合憲性，更遑論在本院完全接納之德國聯邦憲法法院「藥房案」判決所建立之三階段理論。

國民身心發展的電子遊戲場，兩者之間是否具有實質甚至緊密關聯性，本席並無多數意見如此確信。

作為一國人民，本席固然有其自我價值認知，並受社會文化影響；但作為釋憲者，基於對於憲法保障人民基本權利之信念與認知，本席並不認為，系爭自治條例規定足以通過憲法保障人民營業自由與工作權之審查基準。一個民主法治國家，其法律規範固然必須植基於社會文化共識，然而法治原則所應遵守的正當法律程序與人民基本權利保障之核心價值，不應於社會文化共識下，受到不同程度的詆毀，而釋憲者便是在這種情形下，扮演推石者薛西弗斯(Sisyphus)的角色。刻板印象與污名除魅，固然無法一蹴可幾，但要求立法者善盡義務，制定細緻完善的法律，卻是釋憲者基於憲法的使命。現代社會職業分化、分工的結果，職業選擇自由與工作權往往涉及人民透過職業實踐其自我人格發展(本院釋字第六五九號解釋參照)，與人性尊嚴與表現自由息息相關。本件解釋所審查之系爭自治條例規定，本席並不認為，立法者已確實履行其義務，系爭自治條例規定逾越系爭條例規定所列舉之特定機構與場所，牴觸法律保留原則；其就「醫院、圖書館」所設距離限制，並非最小侵害手段，逾越比例原則，均應屬違憲。