

釋字第七三八號解釋 部分不同意見書

蔡明誠大法官 提出

黃虹霞大法官 加入

本件解釋係因電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業之開設許可，臺北市、臺北縣（101年12月25日後改制為新北市）及桃園縣（101年12月25日後改制為桃園市）制定電子遊戲場業設置自治條例，關於電子遊戲場業之營業場所應距離學校及醫院等一定距離以上之要求，超過中央立法之電子遊戲場業管理條例所要求五十公尺以上距離限制（以下併稱系爭規定）。惟本件解釋認系爭規定均涉及電子遊戲場業營業場所之規範，其屬工商輔導及管理之範疇，逕認為係直轄市、縣（市）之自治事項，仍值得探究。另本件解釋雖已論及各地方自治團體就電子遊戲場業營業場所距離限制規定，宜配合客觀環境及規範效果之變遷，隨時檢討並合理調整，以免產生實質阻絕之效果，惟因本件聲請人受不利之影響，實已非純屬開設營業場所距離之職業執行自由問題，而係涉及職業選擇自由之客觀許可要件之干預或限制，是本件就此部分以合憲檢討方式作成解釋，亦有斟酌之餘地。爰提出部分不同意見書如後。

一、電子遊戲場業管理是否屬於單純地方自治事項及其法律保留問題

本件解釋認中央為管理電子遊戲場業制定電子遊戲場業管理條例，於該條例第十一條賦予地方主管機關核發、撤銷及廢止電子遊戲場業營業級別證及辦理相關事項登記之權，而地方倘於不牴觸中央法規之範圍內，就相關工商輔導及管理之自

治事項，以自治條例為因地制宜之規範，均為憲法有關中央與地方權限劃分之規範所許。系爭規定均涉及電子遊戲場業營業場所之規範，屬工商輔導及管理之事項，係直轄市、縣（市）之自治範圍，自非不得於不牴觸中央法規之範圍內，以自治條例為因地制宜之規範。

按地方制度法第二條第二款規定，自治事項：指地方自治團體依憲法或本法規定，得自為立法並執行，或法律規定應由該團體辦理之事務，而負其政策規劃及行政執行責任之事項。同法第十八條規定，直轄市自治事項中關於經濟服務事項如下：直轄市工商輔導及管理。第十九條規定，縣（市）自治事項中關於經濟服務事項如下：縣（市）工商輔導及管理。又參照地方制度法第二十五條規定，直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，制定自治法規。自治法規經地方立法機關通過，並由各該行政機關公布者，稱自治條例；自治法規由地方行政機關訂定，並發布或下達者，稱自治規則。惟電子遊戲場業管理是否屬於前揭地方制度法所稱工商輔導及管理之自治事項，頗值得推敲。如將電子遊戲場業解釋為商業，屬於前述「工商輔導及管理」所稱「商」所涵蓋，似無疑義。¹ 但從前揭條文用語順序觀之，工商輔導先於管理，地方自治團體基於因地制宜，制定符合地方需求之工商輔導及管理事項，或認為是地方與中央共同辦理事項，共同協

¹ 另參照電子遊戲場業管理條例第十條第一項規定，經營電子遊戲場業，應辦理公司或商業登記；其公司或商號之名稱及營業項目，應列明為電子遊戲場業。

力制定電子遊戲業規範，係值得探討之中央與地方權限劃分之問題。

從現行中央法規觀之，電子遊戲場業管理條例第二條規定，所稱主管機關：在中央為經濟部；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。又同法第五條規定，電子遊戲場業設有普通與限制級之營業分級，同條第二項及第三項對於營業場所之經營內容及認定基準，另有明確規定，亦即，電子遊戲場業在同一營業場所不得混合營業級別經營，前項所稱同一營業場所之認定基準，由中央主管機關定之。同法第八條規定，電子遊戲場申請設立時，其營業場所應符合土地使用分區管制、營業場所建築物之構造、設備，應符合建築法令；營業場所之消防安全設備，應符合消防法令等規定。同法第九條第一項規定，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。由以上規定觀之，性質上屬於中央立法之電子遊戲場業管理條例，對於營業場所之土地使用、建築、消防、開設距離等事項，特予以明文規定，俾供地方主管機關之遵循。

另從聲請釋憲當時地方法規比較觀察，例如基隆市電子遊戲場設置自治條例第一條明確規定，係依地方制度法第十九條規定而定，但未特別指出係何種地方自治事項為法源依據。例如臺北縣電子遊戲場業設置自治條例（民國 101 年 12 月 25 日廢止）第一條規定為建立電子遊戲場業營業場所之設置規範，落實電子遊戲場業管理條例第八條及第九條之立法目的，制定本自治條例。上開條例較為特別者，針對電子遊戲場業申請設立，應符合中央立法之電子遊戲場業管理條例第八條各款規

定，重申上開規定之適用；至於營業場所則明定應距離國民中、小學、高中、職校、醫院九百九十公尺以上，該距離限制，顯然比中央前揭立法第九條所要求五十公尺以上規定，更加嚴格。臺北縣改制為新北市後，於 101 年 12 月 25 日發布新北市電子遊戲場業設置辦法，而非稱為自治條例。該辦法第一條未明定其法源依據，僅於闡明立法目的後，表示「訂定本辦法」。比較其規範內容，與其他縣市相關規定類似，僅是其法規名稱略有不同。

再從目前相關地方法規之規範方式加以比較觀察，有泛稱某市(縣)為規範電子遊戲場業之設置，或為管理電子遊戲場業，特制定本自治條例，但未特別指稱其明確法源依據者。例如臺北市、桃園縣(改制為桃園市後繼續適用桃園縣公布之自治條例)、臺中市、臺南市、高雄市²、南投縣、花蓮縣、臺東縣、澎湖縣等制定之電子遊戲場業設置自治條例。另若干縣市政府所制定之電子遊戲場業設置自治條例，明定電子遊戲場業之設置，除依電子遊戲場業管理條例及其相關法令外(或稱除中央法令另有規定外)，應依本自治條例規定辦理，或本條例未規定者，依電子遊戲場業管理條例及其相關法令之規定等類似規定。若從名稱比較觀察，約半數以上稱電子遊戲場業「設置」自治條例，少數稱電子遊戲場業「設置管理」自治條例，例如高雄市稱電子遊戲場業「管理」自治條例。

綜上可見，地方自治團體有關電子遊戲場業管理規範之名稱與內容，未盡統一。如將電子遊戲場業管理，解釋為單純地

² 高雄市電子遊戲場業管理自治條例第一條規定，特別指稱為管理本市電子遊戲場業，建立商業秩序等，此特別指出其為商業。

方自治事項，各該地方立法機關及行政機關固得自行制定公布相關自治條例。設若認為其非屬於地方之自治事項，則須取得法律授權，始得制定自治條例。

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。」本件涉及電子遊戲場業，符合前述商業之性質。雖有部分電子遊戲具有益智娛樂價值，但亦有兒童少年不宜之限制級電子遊戲。且從地方制度法第十八條、第十九條條文用語順序觀之，工商輔導先於管理，是電子遊戲場業之管理規範，中央有時尊重地方之特殊性，容許於不違反中央母法之強制或禁止規定內，各自訂定不同之規範。惟因電子遊戲場業管理之一般性規範，宜由中央就其憲法所賦予之立法權限，制定全國性之規範，是以本件系爭規定有關營業場所距離限制之許可要件，不宜逕認為其係屬於工商輔導及管理之單純地方自治事項。換言之，宜從憲法第一百零八條第一項第三款所稱之商業事項出發，認為其屬於中央立法並執行之，或交由(省)縣執行之事項。於此情形，地方機關應依法律及上級法規之授權，且應經地方立法機關通過，始得制定、公布施行電子遊戲場業設置管理相關之自治條例，藉以限制規範人民從事此項商業之權利義務。或參照本院釋字第四九八號解釋，認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；或參照本院釋字第五五〇號解釋，認係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。認為系爭規定是地方與中央共同辦理事項，共同協力制定電子遊戲場業相關規範，而非僅為單純之地方自治事項。

現行地方所制定電子遊戲場業設置自治條例或辦法，雖有未具體指稱其法源依據者，然因電子遊戲場業管理條例第二條規定已明定，所稱主管機關：在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府；並於該條例第十一條賦予地方主管機關核發、撤銷及廢止電子遊戲場業營業級別證及辦理相關事項登記之權；且上開管理條例，對於電子遊戲場業之營業分級、登記及評鑑、管理（如營業場所之土地使用、建築、消防、開設距離等事項）、罰則等，均已詳予明文規定，俾供地方主管機關遵循。故可視為該等自治條例或辦法，實質上仍源自中央立法之電子遊戲場業管理條例之法律授權，而為相互呼應之規範，是以宜解為相關地方自治條例或辦法與憲法第二十三條法律保留原則相符。

二、憲法第十五條工作權及財產權保障與職業自由、營業自由之基本權保障範圍、及本件解釋所涉及之基本權，宜再予釐清

相對於基本權「人之保障範圍」(persönlicher Schutzbereich)，本件解釋屬於基本權「事務之保障範圍」(sachlicher Schutzbereich)，係電子遊戲場業之營業許可及營業場所開設距離之限制，其可能涉及憲法保障之職業自由或營業自由等基本權。惟憲法並未明定職業自由或營業自由，故其屬於何種基本權，有待釐清。

按憲法第十五條規定，人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。將生存權、工作權與財產權三合一而規定於同一條。職業自由或營業自由是否得由前開第十五條推論出，或是從憲

法第二十二條之自由或權利推論而得。就此等問題，學者間、本院解釋及意見書有不同之見解。³

我國學理上，有將工作權及財產權統稱為「經濟基本權」。工作權區分作為自由權的工作權與作為社會權的工作權(即勞動基本權)。工作權主要是指選擇工作自由，乃個人應有就其性情、體力、能力的適應性，選擇適當工作，即所謂的職業自由。且引用德國基本法第十二條保障職業自由規定，並採用德國聯邦憲法法院藥房案所發展出之三階段論分析。⁴有認為憲法第十五條將工作權與具典型受益權性質的生存權及自由權性質之財產權並列，以致學說上可對於憲法工作權保障之性質，有不同見解。過去以工作權屬自由權為多數學者之見解。於現代給付國家時代潮流中，逐漸趨向兼具受益權之屬性。⁵此外，有從歷史解釋及比較解釋觀點出發，就我國憲法上的工作權保障，有認其係典型的社會權，認應回歸其原本的性質，即以保障勞工階層為目的之一項社會基本權，個人有工作能力者國家應設法予以適當之工作機會(參照憲法第一五二條)，或

³ 參照本院釋字第五一四號解釋黃越欽大法官之不同意見書，認事實上本院解釋案中，所採用之方法只就過去案例加以套用，對工作權、職業選擇自由權與營業自由權等基本權並未明確區別。由於世界各國對基本權強調重點有所不同，我國承威瑪憲法之精神，將工作權正式明文規定於憲法基本權之中。至於職業選擇自由權則在人權清單之外。此一事實並不表示職業選擇自由不受我國憲法保護，依我國憲法第二十二條之規定職業選擇自由權乃至營業自由權，均應受憲法保護。至於職業選擇以及營業自由權，則係依憲法第二十二條之規定，憲法授權普通法律立法者，故屬於立法裁量之範圍。

⁴ 參照許育典，憲法，台北市:元照，2013年6版1刷，頁292-296。

⁵ 另參照法治斌·董保城，憲法新論，台北市:元照，2010年，頁264-267。

給予失業之救助。至於營業自由或營業權屬於財產權保障的範疇，不應將之視為工作權的一部分。而職業自由與工作權並不完全相容，自由選擇職業屬於憲法所保障的契約自由的一環。⁶ 有將工人與勞動者工作自由以外的職業活動及營業自由，排除於工作權保障範圍之外，因憲法對私有財產權之制度保障 (Institutsgarantie) 的效力，及於維護由私有財產而衍生的私法自治、契約自由、營業自由、市場交易機能等，是故一般性的職業自由屬於憲法第二十二條保障的事項。綜上，各該見解及論據不盡相似，惟基本上並不否認職業自由或營業自由應受憲法保障，僅是依據之憲法條文及基本權用語上有所不同。

從比較憲法觀察工作權與職業自由及營業自由之規範模式，有將工作權(勞動權)、職業選擇自由與營業自由分開規範者，例如西班牙憲法第三十五條及第三十八條。⁷ 有單一條文明定職業選擇自由，並與勞動權利及義務分開規定者，例如大韓民國憲法第十五條職業選擇自由、第三十二條勞動(勤勞)之權利及義務及第三十三條勞動者(勤勞者)之團結權等。⁸ 有將營業之自由及平等與勞動權(勤勞權)分開規範者，例如丹麥憲法第七十四條及第七十五條。⁹ 有規定於同一條項但將勞動與職業自由選擇權利分開規範者，例如比利時憲法第二十三條

⁶ 參照吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，台北:作者發行，2015年9月增訂三版，頁263-265。

⁷ 參照阿部照哉等編，世界の憲法集【第三版】，東京:有信堂，2005年，頁199。

⁸ 參照阿部照哉等編，前揭書，頁225-226。

⁹ 參照阿部照哉等編，前揭書，頁269。

第三項第一款(有關人類尊嚴及社會權規定)。¹⁰由以上憲法立法例觀之，有關工作權/勞動權與職業自由之規範模式，不盡相同，究竟以何種方式規範為佳，此宜解為制定憲法之政策選擇問題。

除前述比較憲法觀察外，比較常為國內專家引用之外國立法例，如德國基本法第十二條第一項¹¹及日本憲法第二十二條第一項¹²規定，對於職業選擇自由均予以明文規定。德國基本法第十二條第一項包含一種統一的基本權，有學者認該職業自由係一種因人格自由發展而特別形成之基本權，優先於由基本法第二條第一項規定衍生出之「一般行為自由」(此屬補充性質之攔截性基本權)。基本法第十二條規定對於經濟秩序甚具

¹⁰ 參照阿部照哉等編，前揭書，頁417。

¹¹ 德國基本法第十二條第一項規定：「所有德國人有自由選擇其職業、勞動地點及訓練場所之權。職業執行，得依法律或基於法律授權定之。」此後段規定過於狹隘，文義上僅限於職業執行，未明定職業選擇。實務及學理上認為在職業自由為統一概念，在基本權之保障範圍，其包含職業選擇與職業執行自由。至於論及基本權之「限制」(或干預)及「限制之限制」(Schranken-Schranken)，則適用三階段論，搭配比例原則(過度禁止原則)加以審查其合憲性。

¹² 日本憲法第二十二條第一項「任何人於不違反公共福祉為限，有居住、遷徙及職業選擇之自由。」日本有認為經濟的自由規制立法之違憲審查基準，採取規制類型論，並運用精神的自由(內容規制與內容中立規制)與經濟的自由二重之基準(double standard)論，及目的二分論(積極目的規制與消極目的規制)。如為除去惡害之消極目的，採取嚴格的合理基準，為社會福祉理念之積極目的，採取合理性基準(例如明白性原則)。(參照前田徹生，經濟的自由規制立法の違憲審查基準と最高裁判所，收載於桶口陽一等，日独憲法學の創造力，上卷，栗城壽夫先生古稀記念，東京:信山社，2003年1版1刷，頁621以下，630以下。

意義，因其確保產業自由(Frieheit des Gewerbes)，且有效促進競爭。對職業活動之國家干預及措施，得以主導性有效防禦之權。但同時第十二條亦包含對自由職業活動之基本法客觀價值決定。因此，國家須有機會促進人民之職業自由。

我國憲法第十五條規定：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」之體例，與德國基本法第十二條第一項及日本憲法第二十二條第一項及第二十七條第一項¹³規定有所不同，德國基本法僅就職業自由予以規範，日本憲法則分就職業自由與勞動權利義務予以分別規定。¹⁴我國學理上有將憲法第十五條保障工作權，參酌德國職業自由之三階段論予以審查。

本院之解釋，認職業自由為人民充實生活內涵及自由發展人格所必要，不因職業之性質為公益或私益、營利或非營利而有異，均屬憲法第十五條工作權保障之範疇。(本院釋字第六五九號解釋參照)憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，故人民得自由選擇工作及職業，以維持生計。(本院釋字第四〇四號、釋字第四一一號解釋參照)按憲法第十五條規定，人民之工作權應予保障，是以凡人民作為謀生職業之正當工作，均應受國家之保障，對於職業自由之限制，應具有正當之理由，並不得逾越必要程度。(本院釋字第四六二號解釋參照)憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，人民從事工作並有選擇職業之自由。(本院釋字第五一〇號解釋參照)另本院第六三七號解釋曾對離職公務員選擇職業自由予以限制，作為憲法保障人

¹³ 日本憲法第二十七條第一項「所有國民，有勞動之權利，負有義務。」

¹⁴ 參照參照本院釋字第五三八號解釋之謝大法官在全提出之協同意見書。另參照吳庚大法官於本院釋字第四〇四號解釋不同意見書。

民工作權之意旨是否違背之審查標的者，亦見本院認為選擇職業自由與憲法保障人民工作權有關。再者，人民之工作權為憲法第十五條規定所保障，其內涵包括人民選擇職業之自由。人民之職業與公共福祉有密切關係，故對於選擇職業應具備之主觀條件加以限制者，於符合憲法第二十三條規定之限度內，得以法律或法律明確授權之命令加以限制，惟其目的須為重要之公共利益，且其手段與目的之達成有實質關聯，始符比例原則之要求。(本院第六三四號解釋參照)此又更進一步採取德國三階段論，認選擇職業應具備之主觀條件，且將工作權包含人民選擇職業之自由。

至於人民營業之自由，於本院釋字第五一四號解釋認為憲法第十五條工作權及財產權應予保障之一項內涵。許可營業之條件、營業須遵守之義務及違反義務應受之制裁，均涉及人民工作權及財產權之限制。遊藝場業輔導管理規則關於電動玩具業不得容許未滿十八歲之兒童及少年進入其營業場所之規定，乃經營營業須遵守之義務，為人民職業選擇自由中營業對象自由之限制，因而撤銷營業許可之規定，乃違反義務之制裁，均涉及人民憲法上工作權及財產權之保障。¹⁵

從本院往昔解釋觀察，有認職業自由屬於憲法第十五條工作權保障，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(本院釋字第五一四號、第六〇六號、第七一六號、

¹⁵ 參照本院釋字第五一四號解釋之黃大法官越欽不同意見書及釋字第三一三號、第三九〇號、第三九四號、第四四三號、第五一〇號等解釋。

第七一九號解釋參照)。¹⁶ 此見解為本件解釋所採。又有認為本院釋字五一四號解釋，具有若干與德國三階段論之意味，只是這套理論不宜應用在工作權的詮釋上。¹⁷ 此說認為一般性職業自由非工作權所涵蓋，屬於憲法第二十二條之基本權。

如前所述，我國憲法將職業自由納入憲法第十五條工作權保障範圍。有關營業自由，往往依據憲法上工作權及財產權之保障予以併稱，且合併適用兩項基本權，認為營業自由非僅單屬財產權或工作權保障之問題。前述職業自由，通常僅納入工作權保障，但未論及財產權保障。在此情形，可見職業自由、營業自由、工作權與財產權四種基本權之涵蓋範圍，並非完全相同。因此，本件電子遊戲場業營業場所開設距離之限制，於憲法上基本權之保障範圍，可能涉及職業自由或營業自由。

本件解釋認「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。人民如以從事一定之營業為其職業，關於營業場所之選定亦受營業自由保障」。雖有謂職業自由包括營

¹⁶ 參照本院釋字第五三八號解釋之謝大法官在全提出之協同意見書。其認為本院自釋字第一七二號、釋字第一七二號、釋字第一九一號、釋字第二〇六號、釋字第三九〇號、釋字第四〇四號、釋字第四一一號解釋、第四三二號解釋、釋字第四六二號、第五一四號解釋等已對憲法第十五條保障之工作權本其自由權性質就其內涵詳加闡釋。惟有認為本院上述解釋於目前將憲法上工作權保障定位為自由權性質，應無礙於其向兼具受益權性質發展。從經濟自由觀點，認營業自由乃憲法上工作權及財產權所保障，屬經濟自由之一環。

¹⁷ 參照吳庚、陳淳文，前揭書，頁 233,267。另參照本院釋字第四〇四號解釋吳庚大法官之不同意見書，認憲法第十五條工作權之保障與德國基本法所保障之職業自由，不僅概念上有間，其本質內容亦不盡相同，則該國聯邦憲法法院裁判先例所建立之三階段理論（Drei-Stufen-Theorie），即非所能全盤接受。

業自由，惟兩者內涵不盡相同，可能因其所依據基本權不同(工作權、財產權或憲法第二十二條之自由或權利等)，而異其審查方法或密度。職此，如單從職業自由為保障範圍，而不論營業自由部分，似比較單純，否則於此應另外探討營業活動有關財產權(例如營業權保障)之基本權保障範圍。

總之，從歷史解釋，工作權之定性，可能溯及社會主義之勞動權概念，則與基於自由主義市場經濟之職業自由，各有其不同歷史發展起源及背景。時至今日，兩者是否宜適度整合，或仍維持其差異性，值得再思考。另從現代憲法之目的解釋，將職業自由納入現代意義的廣義工作權概念，則職業自由適用憲法第十五條工作權保障，將之列入所謂人權清單之中，如此則無庸另依憲法第二十二條創設職業自由基本權。因此，本案有關電子遊戲場業許可及管理，另不包含財產權面向的營業自由基本權。換言之，將其與憲法第十五條財產權及第二十二條概括基本權加以區分，而單純由憲法第十五條工作權及職業自由作為基本權的「事務之保障範圍」出發，如此則較易於審查其合憲性。

三、從比較憲法解釋角度論職業自由之保障與其限制之違憲審查方法

關於職業自由之保障，德國聯邦憲法法院於一九五八年六月十一日「藥局判決」(Apotheken-Urteil)¹⁸案提出三階段論。

¹⁸ 參照 BVerfGE 7, 377 – Apothekenurteil.有譯為藥房判決。參照藥事法第十九條規定，藥師或藥劑生親自主持，依法執行藥品調劑、供應業務之處所，稱為藥局。時至今日，是否繼續適用此三階段論，在德國文獻中，並非毫無批評意見。參照 Rupert Scholz in: Mauz-Dürig,

該判決提出之三階段論，將職業自由之限制區分為三種階段，並適用不同之審查基準。

1. 第一階段:關於單純職業執行規制(reine Berufsausübungsregelungen)，例如有關職業執行之種類及方式之內容規制¹⁹，如顯示「公共福祉」之理性考量(vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls)具有合目的性者，即具阻卻違憲事由²⁰。
2. 第二階段:關於職業選擇自由之主觀許可限制(subjektive Zulassungsbeschränkungen)（有稱為「主觀許可要件」；subjektive Zulassungsvoraussetzungen），例如限制職業選擇應具備一定之技能、訓練、體能等條件，須係為保護「重要之公共利益」(wichtiger Gemeinschaftsgüter)者，始得許可²¹。

Grundgesetz, Band II, München: Beck, 2015, Art. 12 Rn. 336. 在此批評下，的確此理論在保障範圍層面建構上，可能違反統一的基本權，亦在干預層面上，有可能干預密度上，將職業執行與選擇自由加以區分或許僅是其起初表徵，但不能最終判斷其干預密度等困難問題，但學理上仍期待三階段論可能再發展，認為其特殊個案得以彈性與比例原則審查相整合，作為干預阻卻違憲事由審查(Prüfung der Eingriffsrechtfertigung)之出發點。參照 Epping-Hillgruber, Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., München: Beck, 2013, Art. 12, Rn. 102ff..

¹⁹ “inhaltliche Regelungen bezüglich der Art und Weise der Berufsausübung (“Wie“).”

²⁰ “Sie sind gerechtfertigt, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls sie zweckmäßig erscheinen lassen.“

²¹ 本院釋字第五八四解釋，認人民選擇職業應具備之主觀條件，例如知識能力、年齡、體能、道德標準等，立法者若欲加以規範，則須有較諸執行職業自由之限制，更為重要之公共利益存在，且屬必要時，方得為適當之限制。

3. 關於職業選擇自由之客觀許可限制 (subjektive Zulassungsbeschränkungen) (有稱為「客觀許可要件」; objektive Zulassungsvoraussetzungen)，例如設定進入市場之數量限制，乃與申請執業之個人特質無關之條件，且該條件之成就與否非該個人所能左右者，則係為防禦「可資證明或極顯著重大危害之特別重要之公共利益」²²之強制性要求者，始得許可。

於德國，對於是否繼續採取三階段論，適用於職業自由之違憲審查，亦引發討論及批評。有認為三階段論對於「職業形象定型」(Berufsbildfixierung)與公共福祉及公共利益(公益)之意義等，並不甚明確，實務上適用易生疑義。是以不宜繼續使用該三階段論，甚至建議改採「四階段論」(Vier Stufen Theorie)，亦即過當禁止(Übermaßverbot)(比例原則)取代階段論，將目的正當性、目的與手段間之適合性、必要性及狹義比例(有稱均衡性或相當性)²³分成四階段審查。²⁴亦有認為三階段論仍得適用於職業自由，但非屬於保障範圍審查階段，因為德國基本法

²² “zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“.

²³ 本院解釋曾使用「均衡」及「過當」之用語，例如本院釋字第七一二號有關收養大陸地區人民限制案解釋，認為系爭規定對人民收養其配偶之大陸地區子女自由限制所造成之效果，與其所欲保護之公共利益，顯失均衡，其限制已屬過當。

²⁴ 有認為以過當禁止取代階段論(Übermaßverbot statt “Stufentheorie”)，因為依德國聯邦憲法法院之判決「階段」(Stufen)與影響要件(Einwirkungsvoraussetzung)不必然相互符合，後者毋寧是按影響密度決定，依個案進行過度禁止之審查。其按四階段分別進行。(參照 Jörn Ipsen, Staatsrecht II Grundrechte, 18.Aufl., 2015, München:Vahlen, Rn.672ff.)

第十二條第一項雖分別明定職業選擇自由與職業執行自由，但其納入職業自由之統一的基本權(Das einheitliche Grundrecht der Berufsfreiheit)²⁵，而作為基本權之事務保障範圍。於職業自由基本權之干預(Eingriff)或限制(Schranken)(例如規律保留，或稱法律保留)審查後，對於職業自由基本權的「限制之限制」(Schnaken-Schranken)，其中得適用比例原則連接三階段論，就職業執行自由、職業選擇自由之主觀及客觀許可要件分別其審查密度，針對個案予以審查。

茲表列如下，以利理解：²⁶

功能(Funktion)	防禦權(主觀公權利) 對自由職業活動之價值決定(客觀法秩序)
保障範圍	職業自由之統一的基本權(職業選擇自由與職業執行自由) 獨立的或非獨立的 繼續性、有報酬的
干預	於規律職業之意圖(berufsregelnde Tendenz) ²⁷ 時，

²⁵ 依基本法第十二條第一項第一段規律權能，擴及於職業執行及職業選擇，但兩者非處於相同(審查)密度。(Die Regelungsbefugnis nach Art. 12 Abs. 1 Satz GG erstreckt sich auf Berufsausübung und Berufswahl, aber nicht auf beide in gleicher Intensität.)

²⁶ 參照 Johannes Deger, Grundrechte, 5.Aufl., Altenberge: niederle media, 2015, S.101, 108.

²⁷ 參照林大法官錫堯於本院釋字第六八九號之協同意見書。其參照德國聯邦憲法法院裁判與學者之見解，認為公權力行為侵害職業自由，必須有「規律職業之意圖」，始足當之；如欠缺此種目的，僅可能構成對一般行為自由之侵害。又所謂「規律職業之意圖」，不僅指立法者已顯示其對職業活動之直接干涉或以此為其終局目的（即主

	直接的、有目的或僅間接的
限制	規律保留 (Regelungsvorbehalt)(其作用有如法律保留)
限制之限制	三階段論、比例原則、勞動強制與強制勞動 (Abeitszwang und Zwangsarbeit)

茲另就現行德國基本法第十二條第一項職業自由違憲審查流程，特別是關於適用三階段論與比例原則情形²⁸，表列如下，以供參考：

職業執行	職業選擇	
“wie”(如何)干預 (第 1 階段)	主觀許可要件 “ob”(是否)干預 (第 2 階段)	客觀許可要件 (第 3 階段)
<ul style="list-style-type: none"> *目的:公共福祉之保護 *適合性 *必要性 *均衡性(狹義比例)=>“典型比例原則” 	<ul style="list-style-type: none"> *目的:重要公益之保護 *適合性 *必要性 *均衡性 	<ul style="list-style-type: none"> *目的: 為保護特別重要之公益而防禦「可資證明或極顯著重大危害」 *適合性 *急迫的必要性 (zwingende Erfordlichkeit) *均衡性

觀的規律職業意圖，例如：規定某種職業活動應經許可或申報等），亦可能因法規變更職業執行之基本條件且與職業執行有密切關聯（尤其對職業執行有重大影響之情形），而構成對職業自由之侵害（即客觀的規律職業意圖）。

²⁸ 此表參考 Volker Epping, Grundrechte, 5.Auf., Berlin Heidelberg: Springer,2012, Rn.418ff..將三階段論與比例原則相連結之類似見解，參照 Christoph Gröpl-Kaz Windthorst-Christian von Coelln, Grundgesetz-Studienkommentar, 2.Aufl., München:Beck, 2015, Rn.53ff..

我國憲法並未明定職業自由或類似用語，如前所述，與德國基本法第十二條第一項規定有所差異。惟本院曾採用德國聯邦憲法法院藥局案提出之三階段論進行憲法解釋，例如本院釋字第七一號解釋針對藥師法第十一條規定：「藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限。」未就藥師於不違反該條立法目的之情形下，或於有重大公益或緊急情況之需要時，設必要合理之例外規定，已對藥師執行職業自由形成不必要之限制，有違憲法第二十三條比例原則，與憲法第十五條保障工作權之意旨相牴觸。上開解釋使用德國基本法用語「職業執行自由」，並運用比例原則作為審查原則。此外，該號解釋之意見書中，就德國保障職業自由所提出之違憲審查方法——三階段論，有深入探討，值得重視並再思考其適用於我國違憲審查之可行性。

當然，比較憲法解釋是否宜作為解釋方法，因異於法律解釋常用之文義、體系、歷史、目的等解釋方法，故亦值得探究。惟有認為比較憲法解釋方法得作為第五種解釋方法。²⁹如從憲法發展史觀察，各國憲法具有生成發展之不同歷史背景，雖不

²⁹ 憲法解釋方法，通常與一般法律解釋方法相似。但 Peter Häberle 主張將法比較(Rechtsvergleichung)作為第五種解釋方法。(參照 Peter Häberle, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat-Zugleich zur Rechtsvergleichung als "fünfter" Auslegungsmethode, JZ, 44 Jahg. Nr.20(20.Oktober 1989), S.916ff..) 基於憲法問題之現代發展通常逐漸增加「法比較」之必要，Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Aufl., Heidelberg:C.F.Müller, 1999, Rn.71，認「法比較」作為現代憲法解釋之不可或缺的部分，是正確的。

宜全盤繼受，但就外國憲法實務或學理上經驗，基於問題導向解決方法，並以比較憲法解釋之觀點，適度予以參酌，並應用之，或許有助於我國法令違憲審查之健全與發展。

四、電子遊戲場業之營業場所開設距離限制之定性及歸類——營業場所開設距離限制宜解為職業選擇自由之客觀許可要件

人民之工作權為憲法第十五條規定所保障，其內涵包括人民選擇職業之自由。人民之職業與公共福祉有密切關係，故對於從事一定職業應具備之資格或其他要件，於符合憲法第二十三條規定之限度內，得以法律或法律明確授權之命令加以限制（本院釋字第四〇四號、第五一〇號等解釋參照）。然對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之許可標準。關於從事職業之方法、時間、地點、對象或內容等執行職業之自由，立法者為公共利益之必要，即非不得予以適當之限制。（本院釋字第五八四號解釋參照）以上本院解釋出現公共福祉、公共利益、職業自由之限制、執行職業之自由等語，可見採用前揭德國藥房案所提出三階段論之跡象，將關於從事職業之地點，認為執行職業之自由。惟於本案之情形，尚有推敲之餘地。

德國基本法第十二條第一項第一段規定，將職業自由包括選擇職業、勞動(或稱工作)地點、訓練場所自由及執行職業自由。此所稱勞動(工作)地點與執行職業併稱，但在職業自由之統一的基本權內，僅是下位概念，干預勞動(工作)地點通常亦

侵害職業選擇或職業執行自由。³⁰惟勞動(工作)地點如成為職業實施(Berufsaufnahme)³¹開始之許可要件,則可能構成職業選擇自由之內容。

本件系爭電子遊戲場業之營業場所開設距離之限制,究屬何種干預或限制?³²係合憲抑或違憲?可能因定性及歸類之

³⁰ 參照 Michael Sachs(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, München:Beck, 2014, Art.12 Rn.87.

³¹ 通常大多數產業活動(die meisten gewerblichen Tätigkeit)未經許可(Erlaubnis),不得開始。德國文獻上,認為僅約 10%案型事實上有職業實施自由(Berufsaufnahmefreiheit)。大部分職業活動的實施,須事先報備(Anzeige)、許可(Zulassung)、准許(Genehmigung)或特許(Konzession)。其規範化,特別是在必要性(Erforderlichkeit),受到嚴格之要求。(參照 Otto Depenheuer 著,李惠宗譯,職業自由與工作基本自由(Freiheit des Berufs und Grundfreiheiten der Arbeit),載於 Peter Badura/Horst Dreier 主編,蘇永欽等譯注,德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集(Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht),下冊,國科會經典譯註計畫,頁 282。)

³² 電子遊戲場業營業場所距離限制之規定,是否僅屬營業自由輕微或合理之限制或自治事項等問題,相關評析見解,參照蔡宗珍,營業自由之保障及其限制,臺大法學論叢,33 卷 5 期(2006),頁 279 以下;李建良,政策與法律抗衡下的電玩制度:行政法院有關「電玩營業場所距離限制」判決論析,臺大法學論叢,38 卷 1 期(2009),頁 344 以下。有關距離限制為地方自治事項之論著,另參照廖義男,夏蟲語冰錄(八十)---地方自治之規範及保障,法令月刊,65 卷 9 期(2014),頁 99-100,其認為如該應間隔之距離規定仍屬合理,即應認為該自治法規並不抵觸法律;陳淑芳,地方自制立法與法律保留原則,載於陳淑芳,權力劃分與權限歸屬,台北:元照,2011 年,頁 389-390,其認為對於設置地點的問題(營業活動之自由),因涉及地方之都市計畫與區域計畫,就此法律是否應考慮授權地方以其自治立法權定之。

不同而採取嚴格審查、中度或低度合理審查標準，因而異其合憲或違憲之結論。如單純從文義表面觀之，似容易將之認為營業場所距離限制，係屬於職業執行自由之限制。惟從法律體系及目的解釋，不論是中央立法制定之電子遊戲場業管理條例及中央主管機關訂定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，或是地方各自治團體所制定之電子遊戲場業設置自治條例，就電子遊戲場業之營業場所開設距離之限制，相關規定均係作為電子遊戲業之開始職業的實施或申請開設之要件，實非單純職業執行活動之規定，是故系爭規定宜解為係針對申請設置電子遊戲場業之客觀許可要件，而非僅係對從事工作地點之執行職業自由所為限制。詳言之，聲請人提出開設電子遊戲場營業之申請時，必須符合系爭規定之要求，否則不予許可或不准開始職業活動的實施。本件聲請人因該等距離限制規定之適用，實際上受到不予開設許可或開始職業活動的實施之不利影響，故系爭規定要件涉及不予許可開設或職業活動實施之結果，並非單純屬於業者取得許可後之職業執行活動。因此，本件宜認為屬於「職業選擇自由之客觀許可要件」之違憲審查疑義，而非單純涉及「職業執行自由之干預或限制」之問題。³³

³³ 本件解釋理由書中認關於營業場所之選定亦受營業自由保障，之後又謂系爭規定究其性質，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(略)。於此似有意引用德國聯邦憲法法院就職業自由保障所發展出之三階段論，然因營業自由與職業自由於基本權保障範圍上仍有差異，本件解釋如此論述，前後似有扞格。

至於因電子遊戲場業之營業場所距離限制，致無法取得開設許可部分，其意義依法條文義及立法目的，非受規範之申請營業許可人難以理解，並可經由司法審查加以確認，與法律明確性原則尚無違背。

又營業場所之距離限制規定，旨在管理電子遊戲場業，並維護社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康等重要公益(電子遊戲場業管理條例第一條參照)，由於電子遊戲場對社會安寧會造成一定之影響，故電子遊戲場業之營業場所應距離對於環境安寧有極高要求之國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上(前揭條例第九條第一項規定參照)。本院釋字第646號解釋雖係針對電子遊戲場業管理條例第二十二條有關未辦理營利事業登記而經營電子遊戲場業者科處刑罰之規定，認其符合憲法第二十三條比例原則之意旨，與憲法第八條、第十五條規定尚無牴觸。惟由於該件聲請釋憲之標的與本件解釋標的不同，因此本件有關限制營業場所之開設距離，是否為其達成目的所必要，且其所採取之限制手段與目的是否符合比例原則，亦即是否為保護極重要公益所必要？換言之，是否牴觸憲法第二十三條之比例原則，而與憲法保障人民職業自由及工作權之意旨有所違背，仍有探究之必要。

五、從三階段論及比例原則整合觀察本件聲請釋憲之疑義

本件系爭規定對於電子遊戲場業之營業場所開設距離，各地方自治團體就特定對象規定不同之距離限制，例如有將限制級之電子遊戲場業營業場所，限制在距離國民中、小學、高中、職校、醫院一千公尺以上，甚至包括幼稚園或圖書館等地點。

另有區分普通級與限制級而採取不同距離者，亦有未區分其級別，均採一致距離標準者。此外，在距離限制方面，有要求距離遠超過五十公尺甚多者，例如八百五十公尺、九百公尺或一千公尺以上，作為申請開設許可之要件。

如前所述，本件系爭規定雖認為其不違反法律保留原則，但其性質屬於職業選擇自由之客觀許可要件，因此，在規範目的正當性方面，須要有極重要公共利益之要求。在目的與手段間之適合性、必要性與均衡性(狹義比例)，均應符合憲法第二十三條比例原則之要求。

本件系爭規定所設定之營業場所距離限制，或許基於社會、環境安寧或保護兒童或少年身心健康等目的，符合極重要公共利益之要求。惟其目的與手段間是否合乎必要性及均衡性要求，仍有探討之餘地。因使用「一定距離以上之量化」作為許可標準，導致有些地區根本無設置電子遊戲場所之可能，甚至達到本件解釋所稱實質阻絕之不利影響。

再者，電子遊戲場業管理條例第九條第一項規定有關電子遊戲場業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距離限制，是否為最適之合理距離，學理上有不同見解。在法律適用上，其係屬營業場所開設許可之下限，還是上限，仍有疑義。如屬於上限，系爭規定自違反中央法規所設定之客觀許可標準。如屬於下限，則五十公尺與八百、九百及一千公尺相比，其差異高達十六至二十倍，兩者間是否均衡或相當，似不無疑義。質言之，本件系爭規定之距離限制，其由「量的干預」而發生「質的限制」，系爭規定所為高倍數的

距離限制，將可能與狹義比例原則要求發生不符之現象。特別是與五十公尺比較，系爭規定分別提高距離限制甚多，難謂無「過度」(Übermaß)之疑義。於此情形，可能因「量變而質變」，致生違反「過度禁止原則」之情事，從而發生過度干預或限制聲請人職業選擇自由之不利影響。綜上，為保障人民之職業自由基本權，宜認為本件系爭規定有違憲法第二十三條所定之比例原則，與憲法第十五條保障人民職業自由之意旨不符。