

釋字第七三八號解釋 不同意見書

湯德宗大法官提出
黃虹霞大法官加入

本案憲法疑義，一言以蔽之，即關於中央法律所規定之電子遊戲場業（俗稱電玩業）營業場所距離限制，地方得否（以自治條例）為更嚴格之規定？如答案為肯定，則地方得更嚴格之程度有無界限？前者涉及「中央與地方權限劃分」問題，後者涉及人民「營業自由」與「社會安寧」（尤其環境安寧）之公共利益間，應如何權衡的問題。

中央為管理電子遊戲場業，並維護社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康，於民國八十九年制定公布電子遊戲場業管理條例（參見該條例第一條）。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**」（下稱「法定距離」）。第十一條第一項規定：「**電子遊戲場業經依法辦妥公司或商業登記後，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……**」。嗣經經濟部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（八十九年三月二十九日訂定發布¹，九十八年四月八日²、九十八年四月二十九日³修正發布，下稱作業要點）第二點第一款第一目規定：「申請作業程序：電子遊戲場業……，

¹ 中華民國 89 年 3 月 29 日經濟部 (89) 經商字第 89204839 號函訂定發布全文 3 點。

² 中華民國 98 年 4 月 8 日經濟部經商字第 09802407920 號令修正發布名稱及全文 3 點。（原名稱：電子遊戲場業申請登記作業要點）

³ 中華民國 98 年 4 月 29 日經濟部經商字第 09802410180 號令修正發布全文 3 點。

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」(下稱系爭規定一)。詎臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例(一〇〇年十一月十日制定公布⁴)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」(下稱系爭規定二)；臺北縣電子遊戲場業設置自治條例(九十五年六月二十八日制定公布⁵，九十九年十二月二十五日臺北縣改制為新北市繼續適用⁶，一〇一年十二月二十五日期限屆滿而失效⁷)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、高中、職校、醫院九百九十公尺以上」(下稱系爭規定三)；桃園縣電子遊戲場業設置自治條例(九十六年一月四日制定公布⁸，一〇三年十二月二十五日公告，自同日起繼續適用⁹)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」(下稱系爭規定四)，均較前揭「法定距離」(五十公尺以上)更長。系爭規定二並增加前揭電子遊戲場業管理條例第九條第一項所無之「保護場所」(幼稚園

⁴ 中華民國 100 年 11 月 10 日臺北市政府(100)府法三字第 10033884400 號令制定公布全文 14 條；並自公布日施行。

⁵ 中華民國 95 年 6 月 28 日臺北縣政府北府法規字第 0950470439 號令制定公布全文 5 條；並自公布日施行。

⁶ 中華民國 99 年 12 月 25 日新北市政府北府法規字第 0991209380 號公告繼續適用。

⁷ 中華民國 99 年 12 月 25 日公告繼續適用二年屆滿；並自 101 年 12 月 25 日起失效。

⁸ 中華民國 96 年 1 月 4 日桃園縣政府府法一字第 0960000666 號令制定公布全文 6 條；並自公布日施行。

⁹ 中華民國 103 年 12 月 25 日桃園市政府府法制字第 1030320734 號公告自 103 年 12 月 25 日繼續適用。

及圖書館)。

本件為本院首次就「地方得否自定較中央更嚴格之規範」所表示之憲法見解，影響至深且鉅。本席不贊同多數意見之審查結論（系爭規定一、二、三及四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），尤難贊同多數意見之論理，爰提出不同意見書如后。

一、系爭規定一已增加法律所無之限制，爰非屬細節性、技術性之規定，應認違反法律保留原則

關於系爭規定一，多數意見認係屬「細節性、技術性之規定」，尚不違反法律保留原則（解釋理由書第二段參見）；惟關於系爭規定一之內容是否已「增加法律所無之限制」，卻避而不談。

上開「作業要點」有兩種可能之法律定性：「法規命令」或「行政規則」。解釋理由書第二段雖援引電子遊戲場業管理條例第十一條第一項第六款之規定（「六、營業場所之地址及面積」），然並未據此定性上開作業要點為「法規命令」¹⁰；反謂：其「僅指明申請核發上開級別證或變更登記應適用之法令，為細節性、技術性之規定，是系爭規定一尚未牴觸法律保留原則」。

上開作業要點定性為「行政規則」，從而無須法律之授

¹⁰ 參見行政程序法第 150 條：「本法所稱法規命令，係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。（以上第一項）法規命令之內容應明列其法律授權之依據，並不得逾越法律授權之範圍與立法精神（以上第二項）」。

權，是否正確？按本院自釋字第四四三號解釋¹¹以來所確立之「層級化法律保留原則」，行政規則僅能規範「執行法律之細節性、技術性次要事項」。為符合憲法第一百七十二條¹²所定之「法律優位原則」，行政規則所規範之「細節性、技術性事項」，自不得「增加法律所無之限制」。是故本院解釋先例每以「行政命令之內容並未增加法律所無之限制」為佐證，闡釋各該案中之系爭命令屬於「細節性、技術性之規定」參見本院釋字第四五六號¹³、第四七九號¹⁴、第五三〇號¹⁵、第五六二號¹⁶、第五六六號¹⁷、第五八一號¹⁸、第六〇五號¹⁹、

¹¹ 參見司法院大法官解釋第 443 號解釋(「憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障：關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院釋字第三九二號解釋理由書），而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂**規範密度**有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異。」)

¹² 參見中華民國憲法第 172 條：「命令與憲法或法律牴觸者無效」。

¹³ 參見司法院大法官釋字第 456 號解釋理由書(「法律概括授權行政機關訂定施行細則者，該管行政機關於符合立法意旨且未逾越母法規定之限度內，得就執行法律有關之**細節性、技術性事項**，以施行細則定之。惟其內容不得牴觸母法或對人民之自由權利增加法律所無之限制」)。

¹⁴ 參見司法院大法官釋字第 479 號解釋理由書第 2 段(「行政機關依其職權執行法律，雖得訂定命令對法律為必要之補充，惟其僅能就執行母法之**細節性、技術性事項**加以規定，不得逾越母法之限度」)。

¹⁵ 參見司法院大法官釋字第 530 號解釋解釋文第 1 段(「最高司法機關於達成上述司法行政監督之目的範圍內，雖得發布命令，但不得違反首揭審判獨立之原則。最高司法機關依司法自主性發布之上開規則，得就審理程序有關之**細節性、技術性事項**為規定；本於司法行政監督權而發布之命令，除司法行政事務外，提供相關法令、有權解釋之資料或司法實務上之見解，作為所屬司法機關人員執行職務之依據，亦屬法之所許。惟各該命令之內容不得牴觸法律，非有法律具體明確之授權亦不得對人民自由權利增加法律所無之限制」)。

¹⁶ 參見司法院大法官釋字第 562 號解釋理由書第 2 段(「內政部因執行土地法之規定，基於職權固得發布命令，為必要之釋示，然僅能就執行法律之**細節性、技術性次要事項**加以規定，其內容更不能牴觸土地法或增加其所無之限制」)。

¹⁷ 參見司法院大法官釋字第 566 號解釋理由書第 2 段(「如立法機關授權行政機

第六五八號²⁰解釋)。反之，如命令之內容「增加法律所無之限制」，則不能定性為「行政規則」，以免行政機關規避應有之法律授權，而違反法律保留原則。茲系爭規定一要求電玩業者向地方政府申請電子遊戲場業「營業級別證」時，應(並)「符合……自治條例……規定」，顯然增加了法律(前揭電子遊戲場業管理條例)所無之「申請(實體)條件」，如何能說是「細節性、技術性之規定」？

多數意見以系爭規定一「僅指明申請核發上開級別證或變更登記應適用之法令」，暗示其並未「增加法律(電子遊戲場業管理條例)所無之限制」，實忽略「自治條例」與中央「法令」因涉及不同法律主體(分具不同法人格)，而有

關發布命令為補充規定者，行政機關於符合立法意旨且未逾越母法規定之限度內，亦得就執行法律有關之**細節性、技術性事項**以施行細則定之，惟其內容不得抵觸母法或對人民之自由權利增加法律所無之限制」)。

¹⁸ 參見司法院大法官釋字第 581 號解釋理由書第 2 段(內政部基於主管機關之權限，為執行上述法律及農業發展條例等規定，於六十五年一月二十六日訂定自耕能力證明書之申請及核發注意事項……第四點規定，公私法人、未滿十六歲或年逾七十歲之自然人、專任農耕以外之職業者及在學之學生(夜間部學生不在此限)，皆不得申請自耕能力證明書，增加農地承受人及欲收回出租農地之出租人證明其具有自任耕作能力之困難，致影響實質上具有自任耕作能力者承受農地或收回耕地之權利，對人民財產權增加法律所無之限制，尚非僅對人民產生不便或輕微影響之執行法律之**細節性、技術性次要事項**)。

¹⁹ 參見司法院大法官釋字第 650 號解釋理由書第 3 段(「財政部八十一年一月十三日修正發布之營利事業所得稅查核準則第三十六條之一第二項擬制設算利息收入之規定，亦欠缺法律之依據，縱於實務上施行已久，或有助於增加國家財政收入、減少稽徵成本，甚或有防杜租稅規避之效果，惟此一規定擴張或擬制實際上並未收取之利息，涉及租稅客體之範圍，並非稽徵機關執行所得稅法之**技術性或細節性事項**，顯已逾越所得稅法之規定，增加納稅義務人法律所無之租稅義務，與憲法第十九條規定之意旨不符，應自本解釋公布之日起失其效力」)。

²⁰ 參見司法院大法官釋字第 658 號解釋理由書第 1 段(「應以法律規定之退休年資採計事項，若立法機關以法律授權行政機關發布命令為補充規定時，其授權之目的、內容、範圍應明確。若僅屬執行法律之**細節性、技術性次要事項**，始得由主管機關發布命令為必要之規範，惟其內容不得抵觸母法或對公務人員之權利增加法律所無之限制」)。

「中央與地方權限劃分」問題，未可等同視之。對此，多數意見於解釋理由書第二段末尾曾試圖回應：「惟各地方自治團體所訂相關自治條例須不牴觸憲法、法律者，始有適用，自屬當然」，可惜答非所問！蓋地方自治團體所訂相關自治條例縱使未牴觸憲法及法律，其內容實質上仍可能「增加法律所無之限制」。系爭規定二、三及四分別將電子遊戲場業營業場所之距離限制由「法定距離」（五十公尺以上），增長為一千公尺以上、九百九十公尺以上及八百公尺以上，即解釋理由書第五段末尾亦不得不承認，謂：「對人民營業自由增加之限制……」。

綜上，多數意見將系爭規定一定性為「行政規則」，僅有結論（謂「其為細節性、技術性之規定」），而無理由（未說明其內容何以並未「增加法律所無之限制」），乃未能證立。

二、關於「中央、地方權限劃分」論述之八點商榷

系爭規定二、三及四可否就電子遊戲場業營業場所之距離限制，設定較「法定距離」（五十公尺以上）更長之限制？此處主要涉及憲法「中央與地方權限劃分」原則，其次涉及「法律保留」原則。多數意見認為系爭規定二、三及四與「中央與地方權限劃分」原則及「法律保留」原則均無違背，惟其論證至少八項有待商榷。析言之：

1. 系爭規定二、三及四之制定依據為何？

地方制度法第二十五條規定，地方得就其「自治事項」

或「依法律及上級法規²¹之授權」，制定自治法規（包含「自治條例」與「自治規則」）。是自治條例之法源或為地方「自治事項」，或為「（中央）法律之授權」。反之，倘電子遊戲場業營業場所距離限制非屬地方「自治事項」，又無「法律之授權」，地方即無權制定系爭規定二、三及四。

就此，理由書第三段有令人費解的論述：「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（地方制度法第十八條第七款第三目、第十九條第七款第三目參照），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」。似認本案三件地方自治條例兼具兩種法源：既有中央「法律（電子遊戲場業制定電子遊戲場業管理條例第十一條）之授權」，且其所規範之內容（電子遊戲場業營業場所距離限制）屬於地方「自治事項」。惟上述法源論述實有疑問，茲分述如次。

2. 系爭規定二、三及四果依「法律之授權」而制定？

細繹前揭電子遊戲場業管理條例第十一條第一項，可知其係就電子遊戲場業之管理進行垂直分工：由中央核發「公司或商業登記」，再由地方（直轄市、縣（市））核發「營業級別證」。然其並無授權地方訂定核發營業級別證之標準（申請要件）。倘以前揭解釋理由書第三段所謂：電子遊戲場業

²¹ 1999年精省後，原台灣省所轄各縣（市）實際上已形同由行政院直轄，乃無所謂「上級（自治團體）法規」可言。

管理條例第十一條「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」，即暗示該條例已概括（隱含）授權地方訂定核發營業級別證之標準（申請要件），則顯然違反「授權明確性原則」之要求--法律授權之目的、內容及範圍，應具體明確（本院釋字第四九一號、第五二二號、第五九三號²²、第六二九號、第六八〇號²³解釋參照），而無從證立。

是系爭規定二、三及四顯難謂係依據法律（電子遊戲場業管理條例）之授權而制定。

3. 電子遊戲場業營業場所之距離限制何以屬地方「自治事項」？

系爭規定二、三及四既非「依法律之授權」而制定，則須是就地方「自治事項」為規範，始能合於中央、地方權限劃分原則。前揭理由書第三段之論述雖然迂迴，但已指出系爭規定二、三及四係就「工商輔導及管理」之「自治事項」進行規範。

惟，地方制度法第十八條第七款第三目所稱「直轄市工商輔導及管理」，及第十九條第七款第三目所稱「縣（市）工商輔導及管理」，其文義可否涵蓋電子遊戲場業營業場所

²² 參見司法院大法官釋字第 593 號理由書第 2 段（「公路法已就汽車燃料使用費之徵收目的、對象及徵收費率之上限予以明定，並就徵收方式及徵收後之分配辦法，授權主管機關訂定。其授權之目的、範圍及具體內容均已明確規定，符合授權明確性原則。」）

²³ 參見司法院大法官釋字第 680 號理由書第 2 段（「立法機關以委任立法之方式，授權行政機關發布命令，以為法律之補充，雖為憲法所許，惟其授權之目的、內容及範圍應具體明確。至於授權條款之明確程度，則應與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響相稱」）。

之「距離限制」？以本案為例，所謂「工商輔導及管理」應指對已設立之電子遊戲場業營業場所進行輔導、管理；至於「距離限制」乃電子遊戲場業者（向地方主管機關）申請核發營業級別證之（許可）條件，乃電子遊戲場業營業場所設立之前提。以「工商輔導及管理」為基礎，認定電子遊戲場業營業場所之距離限制屬於地方之「自治事項」，實為牽強。

²⁴勢需補強理由說明，或另尋其他合理基礎。

4. 地方就「自治事項」制定自治條例，何以猶須「於不抵觸中央法規之範圍內」，始不違反憲法「中央與地方權限劃分」原則？

按憲法第十章關於中央與地方權限之劃分，率為「立法權限」之劃分。此由第一百零七條列舉「中央立法並執行」之事項、第一百零八條列舉「中央立法並執行或交由省縣執行」之事項、第一百零九條列舉「省立法並執行或交由縣執行」之事項、第一百十條列舉「縣立法並執行」之事項觀之甚明。憲法第一百十一條並規定：「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

²⁴ 另參見蔡宗珍，〈營業自由之保障及其限制—最高行政法院 2005 年 11 月 22 日庭長法官聯席會議決議評釋〉，《台大法學論叢》，第 35 卷第 3 期，頁 306（2006 年 5 月）（「有關營業場所地點之限制，絕非營業活動之管理性質，而是屬於限制營業自由之客觀許可要件，此等基本權限制絕不可矮化為工商輔導與管理等非涉及基本權利本體與基礎關係之管理規則，而任由地方自治團體以自治法規創設基本權之限制要求」）；最高行政法院 94 年 11 月份庭長法官聯席會議決議文（「所定 50 公尺之限制，應解為係對電子遊戲營業場所設置之最低限制。又關於縣（市）工商輔導及管理，乃屬地方制度法第 19 條第 7 款第 3 目規定之縣（市）自治事項，依同法第 25 條之規定，縣（市）本得就其自治事項，於不抵觸中央法律之前提下，自行制訂符合地域需要之自治法規，……難謂與電子遊戲場業管理條例第 9 條第 1 項之規定抵觸」）。

全省一致之性質者屬於省，有一縣性質者則屬於縣。遇有爭議時，由立法院解決之」，故此「均權原則」乃為補充列舉式分權規定之不足。換言之，第一百零九條及第一百十條所列舉之地方立法權既屬「憲法保留事項」，我國地方自治乃受憲法保障之地方立法權。至前揭第一百十一條末句所謂「遇有爭議時」，應兼指第一百零七條至第一百十條所列舉之中央、地方立法權限劃分發生爭議（含競相主張之「積極爭議」與競相推諉之「消極爭議」），及以「均權原則」補充適用而發生爭議時；所謂「應由立法院解決之」，其方法不外由立法院制定抽象、通案性質之「法律」（例如已失效之「地方自治法」、現行之「地方制度法」），或通過具體、個案性質之「決議」。

準此，如以電子遊戲場業營業場所距離限制屬於自治事項，則地方就「自治事項」制定自治條例進行規範，即不違反憲法「中央與地方權限劃分」原則。奈何前揭理由書第三段竟增加憲法所無之要件，謂「倘於不牴觸中央法規之範圍內」，規範自治事項之自治條例始符合「中央與地方權限劃分」原則之要件！遍查解釋文及解釋理由書，未見理由說明。莫非「中央法規」可推翻前揭憲法以明文列舉方式，所保障之地方立法權？

5. 地方是否有權就自治事項制定自治條例，與該等自治條例是否有效，豈能混為一談？

究多數意見所以釋示：地方就「自治事項」制定自治條例，猶「須於不牴觸中央法規之範圍內」，始不違反憲法「中央與地方權限劃分」原則。想係將地方自治條例之「制定權」與自治條例之「法效力」混為一談。前者涉及「中央與地方

權限劃分」原則，後者為「規範控制」問題。

關於地方自治法規之控制，憲法僅於第一百十六條規定：「省法規與國家法律牴處者無效」；第一百二十五條規定：「縣單行規章，與國家法律或省法規牴處者無效」。嗣地方制度法第三十條第一項規定：「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」，將前揭憲法第一百十六條所稱「國家法律」，擴張解釋為「法律或基於法律授權之法規（按：即法規命令）」，是否合於憲法意旨，多數意見並未審查，及視為當然。而自治條例既區分其制定泉源（就「自治事項」或「依法律之授權」而制定），以如前述，則理論上非必具有相同之法規範效力（雖同名為自治條例，前者似應較後者享有更大之自主空間）。

6. 均權原則能由補充性原則，蛻變成一般性原則？

解釋理由書第三段有謂：「現代國家事務多元複雜，有時不易就個別領域為明確劃分，……若……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」，似以為地方就「自治事項」以自治條例進行規範時，中央得同時以法律進行規範，並依前揭第一百十一條「均權原則」劃分彼此之權限。如此一來，第一百十一條之「均權原則」即不限於「有未列舉事項發生時」，始有適用，而由「補充性原則」蛻變為「普遍性原則」。如此解釋，不僅牴觸憲法第一百十一條之明文，且將連帶大幅縮減同條末句「遇有爭

議時，由立法解決之」之適用空間（蓋此等爭議，今後料將如本案一般，由大法官以憲法解釋解決之），嚴重改變憲法結構（constitutional structure），尤其立法與司法之分權、制衡關係。多數意見果曾想見而執意如此解釋？！

7. 中央與地方就同一事項競為規範（規範競合）時，應如何解決規範衝突？

綜觀解釋理由書，隱約可察見多數意見似不相信中央、地方權限能夠明確「劃分」，故而一方面欲將憲法第一百一十一條之「均權原則」由補充性原則，經由解釋提升為一般性原則；他方面則釋示：地方就「自治事項」制定自治條例，猶「須於不牴觸中央法規之範圍內」，始不違反憲法「中央與地方權限劃分」原則，以避免法秩序失控（一國多制，無所適從）。

所謂「須於不牴觸中央法規之範圍內」，實際如何操作，以解決中央與地方（因法規競合致生）之規範衝突？解釋理由書第五段謂：「前揭電子遊戲場業管理條例第九條第一項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規定，即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。故系爭規定二、三、四所為電子遊戲場業營業場所應距離國民中、小學、高中、職校、醫院一千公尺、九百九十公尺、八百公尺以上等較嚴格之規定，尚難謂與中央與地方權限劃分原則有違」。

本席亦同意前揭「法定距離」乃「最低標準」，地方得以自治條例為更嚴格之規定。但多數意見應具體說明：前揭

「法定標準」何以為「最低標準」(猶如地板),而非「最高標準」(猶如天花板)?²⁵又,今後究應如何判斷「法定標準」為「最低標準」或「最高標準」?尤其,所謂「於不牴觸中央法規之範圍內」應如何解釋,才能確保地方就「自治事項」制定自治條例時,確實享有憲法所保障之地方立法權,而不至於淪為中央之「派出機關」?

8. 地方自治條例能以法律之「概括授權」,限制人民之基本權,而不違反憲法第二十三條之法律保留原則?

地方就自治事項制定自治條例以為規範,原不待法律之授權,惟其得以限制人民之基本權?

對此,解釋理由書第四段有謂:自治法規「若涉及人民基本權之限制,仍應符合憲法第二十三條之法律保留原則」。

²⁵ 參見蔡宗珍,〈營業自由之保障及其限制—最高行政法院 2005 年 11 月 22 日庭長法官聯席會議決議評釋〉,《台大法學論叢》,第 35 卷第 3 期,頁 295-296 (2006 年 5 月)(「限制基本權之法律規定,性質上無論如何不可能是「最低限制」之要求,而得由行政機關或地方自治團體予以較高程度之基本權限制。……法律所定 50 公尺之限制……應解釋為距離限制的上限規定,絕非下限規定」)。

另參見李建良,〈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》第 38 卷第 1 期,頁 348 (2009 年 3 月)(「地方若針對法律所規定的許可要件,作進一步的規範,原則上,並非立即構成中央法律的牴觸。……需進一步判斷該許可要件是否屬於「全國一致性」抑或得「因地制宜」者。……法律所定許可要件若屬「因地制宜」者,地方在合理的範圍內,得適度為較嚴格的限制,距離的限制,即屬一例」); 廖義男,〈夏蟲語冰錄(八十)--地方自治之規範及保障〉,《法令月刊》,第 65 卷第 9 期,頁 100 (2014 年 9 月)(「地方既享有自治權,就特定產業在地方上應如何發展對地方上公共利益較有助益,應有酌量之權限,且該間隔距離之長度何者較為適當,尤應審酌地方實地情形判斷較為正確,故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牴觸憲法」)。

以之對照前揭解釋理由書第三段（「地方倘於不牴觸中央法規之範圍內，就……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」）可知：多數意見認為地方就自治事項制定自治條例以為規範，原不待法律授權，僅其效力「須不牴觸中央法規」；惟自治法規若涉及人民基本權之限制，則應符合憲法第二十三條之法律保留原則。

按「自治法規若涉及人民基本權之限制，則應符合憲法第二十三條之法律保留原則」，實承本院釋字第三十八號解釋（四十三年八月二十七日公布）（「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」）而來（按：理由書第四段，不知何故，並未援引該號解釋以為參照）；惟多數意見實欲放寬該號解釋之限制，乃即轉謂：「就此，憲法第一百十八條就直轄市之自治，委由立法者以法律定之；嗣憲法增修條文第九條亦明定省、縣地方制度以法律定之。地方制度法乃以第二十五條規定：『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。』第二十八條第二款規定：『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。』基此，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」。

綜上，多數意見欲以憲法第一百十八條²⁶及憲法增修條文第九條²⁷為基礎，推論系爭自治條例（系爭規定二、三及四）限制人民之營業自由，縱無電子遊戲場業管理條例之具體授權，如有地方制度法第二十八條第二款之概括授權，即不違反憲法第二十三條之法律保留原則。

姑不論前揭本院釋字第三十八號解釋所稱「法律之根據」是否包含「法律之概括授權」；此殆本院首次釋示：得以法律之「概括授權」限制人民於憲法上所保障之基本權。中央法律限制人民之基本權，須有明確規定；地方以自治條例（甚或自治規則）限制居民之基本權，卻僅須有法律之概括授權即可。其間之寓涵為何？可能之影響如何？多數同仁果已深思明辨？！

三、系爭規定二、三及四因違反平等原則而無效

地方以自治條例所定之「更長的距離限制」（系爭規定二、三及四）有無界限？多數意見於解釋理由書第六段首先將系爭距離限制定性為「對從事工作地點之執行職業自由所

²⁶ 參見中華民國憲法第 118 條：「直轄市之自治，以法律定之」。

²⁷ 參見中華民國憲法增修條文第 9 條：「省、縣地方制度，應包括左列各款，以法律定之，不受憲法第一百零八條第一項第一款、第一百零九條、第一百十二條至第一百五條及第一百二十二條之限制：

一、省設省政府，置委員九人，其中一人為主席，均由行政院院長提請總統任命之。

二、省設省諮議會，置省諮議會議員若干人，由行政院院長提請總統任命之。

三、縣設縣議會，縣議會議員由縣民選舉之。

四、屬於縣之立法權，由縣議會行之。

五、縣設縣政府，置縣長一人，由縣民選舉之。

六、中央與省、縣之關係。

七、省承行政院之命，監督縣自治事項。

台灣省政府之功能、業務與組織之調整，得以法律為特別之規定」。

為之限制」，從而謂應以「低標」²⁸審查。繼而認定距離限制「之手段，不能謂與該目的之達成無關聯」，且「可無須……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共利益之立法目的，係屬必要之手段」，又「該限制與所追求之公共利益間尚屬相當」，故符合比例原則之要求。

如此論述，最大之問題在於對距離限制之「定性」。僅以「工作地點」為著眼，即將系爭之距離限制定性為「執行職業自由之限制」，實忽略距離限制之作用實際乃在阻止未達距離限制之電玩店進入市場，故而更近於對「選擇職業自由之限制」（從而不能僅以「低標」審查）。其次，以自治條例之距離限制是否產生「實質阻絕之結果」為標準，決定應否提高審查標準（所謂「須受較嚴格之審查」），亦值商榷，蓋系爭規定二、三及四僅適用於新進之電子遊戲場業營業場所，而不及於既有之營業場所，如何可能產生「實質阻絕之結果」？

鑑於系爭規定二、三及四僅適用於新進之電子遊戲場業營業場所，而不及於既有之營業場所，本席以為其乃典型之「隱性歧視」，已構成對新進營業場所之差別待遇，故應以「平等原則」（而非「比例原則」）進行審查（雖兩者之審查架構十分近似，皆須進行「目的合憲性之審查」及「手段與目的關連性之審查」，然操作方法與審查旨趣不同）。質言之，

²⁸ 參見解釋理由書第六段：「立法者如為追求一般公共利益，且該限制有助於目的之達成，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，而與其所欲維護法益之重要性及行為對法益危害之程度亦合乎比例之關係時，即無違於比例原則」。

爭規定二、三及四之目的要在「維護環境安寧」(參見本院釋字第六四六號解釋理由書第三段),核屬一般正當之公共利益,惟其所採差別待遇之手段與前述目的之達成間顯然欠缺合理必要關聯。蓋僅要求新設之電子遊戲場須符合「較長之距離限制」,而不訂定過渡期間責成現存之電子遊戲場搬遷調整,以符合較長之距離限制,如此差別待遇之手段顯不足以達成「維護環境安寧」之目的。

雖「理性思辨,以為合議」恆屬理想,然本席到院服務五年來,從未感覺此一理想如此遙遠。本件解釋論理粗糙(前文總計點出十大商權),影響深遠(試想人民基本權今後之保障),本席深感不安……。