

# 釋憲法聲請書

聲請人李敬賢

即頑皮豹電子遊戲場

為電子遊戲場業管理條例事件，認台北高等行政法院102年度訴更一字第145號確定終局判決、最高行政法院103年度裁字1099號確定裁定(見附件1，內包括附件1-1、1-2)所適用之「台北市電子遊戲場業設置自治條例」(見附件2)第5條第2項第2款規定，有牴觸憲法第15條(工作權、營業自由)、第23條(比例原則)、第7條(平等原則)之疑義，爰依司法院大法官會議審理案件法第5條第1項第2款規定，提出聲請釋解釋憲法事：

壹、聲請釋解釋憲法之目的(應受憲法解釋事項之聲明)：

請求宣告現行「台北市電子遊戲場業設置自治條例」(見附件2)第5條第1項第2款規定，因牴觸憲法第15條、第23條及第7條之規定而無效。

貳、疑義之性質與經過：

(壹)

一、緣聲請人於民國100年11月11日向台北市政府申請商業設立登記「頑皮豹電子遊戲場業」，登記地址台北市○○區○○街○○○號，登記之營業項目為「J701010電子遊戲場業」統一編號:26343712，業經被告核准商業設立登記在案，此有台北市商業處100年11月11日北市商一字第1000013635號核准函影本1份可稽(見附件3)。

二、聲請人乃於100年11月11日填具申請書並備齊必備文件等(見附件4及附表1-申請電子遊戲場業營業級別證法定程式要件及應備文件一覽表1份。)向台北市政府申請核發電子遊戲場業營業級別證，台北市政府以101年1月20日府產業商第10035092800號函假「....鑑於該址設立電子遊戲場業將對周圍環境安寧、治安及善

良風俗造成相當程度負面影響，有礙公共利益之虞所請歉難照准…。。」為由，處分否准（見附件5）。聲請人不服，遂提起訴願，業經經濟部101年6月20日經訴字第10106107400號訴願決定「原處分撤銷，由原處分機關另為適法之處分」在案（見附件6）。台北市政府嗣於101年9月14日以府產業商字第10102040400號函略以：「…。經核不符合台北市電子遊戲場業設置管理自治條例規定，請歉難照准..。」為由，復為否准之處分（見附件7），聲請人猶未甘服再提起訴願。經濟部以101年12月26日經訴字第10106115660號訴願決定書駁回聲請人之訴願，有該訴願決定書影本1份可稽（見附件8）。聲請人遂提起行政訴訟。經台北高等行政法院判決聲請人敗訴、聲請人不服提起上訴，為最高行政法院裁定駁回確定（見附件1，內包括附件1-1、1-2）。稽之，該不利於聲請人之裁判，無非以下列理由為據。

(貳)台北高等行政法院確定終局判決(102年度訴更一字第145號，(見附件1，內包括附件1-1、1-2))作不利於聲請人之判決主要係於第11頁以下的下列理由為據：

「.....」

#### 五、本院之判斷：

##### (一)關於先位訴訟部分：

1. 按電子遊戲場業管理條例第2條規定.....、
2. 次按100年11月10日制定公布、同年11月12日生效之系爭自治條例.....第5條第1項第2款.....：「(第1項)電子遊戲場業之營業場所應符合下列規定：.....二、限制級：應臨接寬度30公尺以上道路，並應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館1千公尺以上。.....。」.....
3. ....
4. 查.....；且其營業場所臨接臺北市萬華區西昌街12.73公尺計畫道路，在其營業場所1,000公尺之範圍內復有醫院（國立臺灣大學醫學院附設醫院北護分院，約800公尺）及學校（臺北市立老松國民小學，283公尺）

(同上卷第165~172頁)，不符同條例第5條第1項第2款有關限制級電子遊戲場營業場所應臨接寬度30公尺以上道路，並應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館1,000公尺以上之規；……………是原處分以本件原告所請不符系爭自治條例規定而予否准，於法並無違誤，訴願決定遞予維持，亦無不合。原告訴請判令被告應就其申請作成准予核發頑皮豹電子遊戲場業營業級別證之處分，並附帶聲明將訴願決定及原處分均予撤銷，為無理由。」等情，此觀台北高等行政法院102年度訴更一字第145號判決及最高行政法院103年度裁字1099號確定裁定即明(見附件1，內包括1-1、1-2)。

參、聲請解釋憲法之依據、理由及涉及之憲法條文、解釋：

按「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(第1項)。自治規則與憲法、法律、基於法律授權之法規、上級自治團體自治條例或該自治團體自治條例牴觸者，無效(第2項)。委辦規則與憲法、法律、中央法令牴觸者，無效(第3項)。第1項及第2項發生牴觸無效者，分別由行政院、中央各該主管機關、縣政府予以函告(第3項)。第3項發生牴觸無效者，由委辦機關予以函告無效(第4項)。自治法規與憲法、法律、基於法律授權之法規、上級自治團體自治條例或該自治團體自治條例有無牴觸發生疑義時，得聲請司法院解釋之(第5項)。」，地方制度法第30條定有明文；次按「(平等原則)中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」憲法第7條定有明文。繼按「(比例原則、法律保留原則)以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」憲法第23條有明文；末按營業自由是憲法第15條所保障之人民基本權利(見大法官會議釋字第404、411、462、510、514、584號等)，不容地方自治機關恣意侵害，「台北市政府電子遊戲場業設置自治條例」第5條第1項第2款規定，電子遊戲場業之業場所「限制級：應臨接寬度30公尺以上道路，並應距離

幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館1千公尺以上。……。」，牴觸「電子遊戲場業管理條例」(中央法律)第9條第1項規定(見附件9)經營電子遊戲場業之場所「應距離國民中、小學、高中、職校、醫院50公尺以上係一違憲之法律，不應適用，其理由如下：

(壹)「台北市政府電子遊戲場業設置自治條例」(見附件2)第5條第1項第2款規定，電子遊戲場業之業場所「限制級：應臨接寬度30公尺以上道路，並應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館1千公尺以上。……。」非屬地方制度法第25條及第26條所規定之自治事項，應屬無效：

一、營業場所距離限制之規定，非屬營業自由輕微之限制：

(一)經查：由於營業活動中通常蘊含有人、事、物之要素，因此，凡對此等營業活動之要素設定條件者，原則上均應構成對營業選擇自由之客觀容許性限制。其中尤其以營業處所之地域限定等之限制，將使得不符該等規定者，根本地無法從事某一行業。

(二)次查：電子遊戲場業管理條例(中央法規；見附件9)第9條第1項規定經營電子遊戲場業之場所「應距離國民中、小學、高中、職校、醫院50公尺以上」之要求，正是此等營業自由中之營業選擇自由之客觀容許性限制，且是直接針對電子遊戲場業此一營業類型所為的立法限制。若無此一法律明文限制，電子遊戲場設置場所即可於距離國民中、小學、高中、職校、醫院50公尺以內地點選擇設置電子遊戲場所的營業地點選擇自由。於營業選擇自由之客觀容許性限制的情形，是屬於國家權力對營業自由之限制程度最高也相對最嚴重者，斷非本件確定終判決所謂屬「對於營業人營業自由之影響尚屬輕微」。

(三)繼按營業場所距離限制的規定已構成營業自由之限制，業如前述，因此，須有合憲性論據，而通說認為對營業自由之限制較輕微的從事營業活動自由受到限制，亦仍構成基本權之限制，且原則上均不會只是對營業自由影響輕微而已。簡而言之，所有的干預基本權的國家權力行為，均須具備基本權限制之合憲性要件，即使輕微的基本權干預亦復如此。況所有限制基本權之中央法

律，本質上均只可能為「最大限制」，而非「最低限制」。提高中央法律所定之電子營業場所設置距離的結果，便是增加中央法律所無之營業自由的限制。尤應注意的是，在基本權權利本體限制應符合法律保留之憲法要求下，限制基本權權利本體之中央法律規定，性質上通常是對於相關干預行政行為之「授權」，行政機關於個案決定中甚至只能採取中央法律授權範圍內最低程度的干預手段。由此可知，限制基本權權利本體之中央法律規定，性質上無論如何不可能是「最低限制」之要求，是以，前開確定判決即台北高等行政法院102年度訴更一字第145號判決第13頁第9行以下謂「所定50公尺以上之範圍，應解為係電子遊戲場業營業場所許可設置之範圍」(按意即所定50公尺係對電子遊戲營業場所設置之最低限制)云云，係屬繆誤(見附件10—蔡宗珍著「營業自由之保障及其限制—最高行政法院94年11月22日庭長法官聯席會議決議評釋」一文《第18頁、第19頁、第20頁》參照)。

二、地方自治法規涉及基本權權利本體干預應具備合憲性，非地方自治法規所得置喙：

(一)或謂電子遊戲場業營業場所設置之相關事項乃屬於自治事項，而縣(市)就其自治事項，於不牴觸中央法律之前提下，可自行制訂符合地域需要之自治法規，因此縣(市)以自治法規對於電子遊戲場業之設置場所與中小學校、醫院等之距離訂出較高之距離要求，並不抵觸電子遊戲場業管理條例第9條第1項之規定云云，姑不論此一見解，涉及對干預基本權權利本體之法律規定一情，正確與否?已值商榷。單從自治事項與自治條例的層面思考電子遊戲場業營業場所設置距離之限制的合法性依據的主張來看，即已面臨一憲法問題，亦即憲法第23條中得以限制基本權權利本體的「法律」，是否包含地方自治法規中之自治條例?換言之，同一事項已有限制基本權權利本體之中央法律存在的情形下，自治條例可否另為更高、更廣泛的基本權權利本體限制規定?欲解答此一問題，仍須回到憲法基本權保障與基本權干預保留之本質以論斷之。

(二)同一事項已有限制基本權權利本體之中央法律存在的情形下，自

治條例不可以另為更高、更廣泛的基本權權利本體限制規定：

- 1、按基於憲法法治國原則，凡須對人民之自由與權利加以限制者，應以抽象性、一般性之規範預先明確規定，因此非有法律授權，行政機關即不得擅自以行政行為干預人民之自由與權利。凡屬於「應有法律授權方可為之的事項」，卻未有法律授權依據者，行政機關即無從就此合法地作成干預性的行政行為，此即依法行政原則中之法律保留原則。源自法治國原則之法律保留原則，尚因法律所彰顯的民主原則而更強化其正當性。對於限制人民自由與權利之事項，或與人民之基本權利之實現密切相關的重要事項，由人民的代表於議會中透過公開之論辯而以法律規範，較諸行政機關內部不具公開性的行政行為方式，更具有正當性。此外，我國憲法對人民基本權權利本體干預之規定，係採概括性之基本權權利本體干預的法律保留要求（憲法第23條），亦即除憲法另有規定外，國家欲限制人民受憲法所保障的各項自由與權利時，須以中央法律於必要範圍內為之，此等基本權權利本體干預之法律保留要求，更進一步強化了行政機關之各種行為受到依法行政之法律保留原則所限制的憲法正當性。
- 2、自治法規亦應受到包括法治國原則在內各種憲法規範之拘束，此為憲法法秩序下，憲法優位性(Vorrang der Verfassung)的當然要求。若憲法法治國之內涵無法貫徹至地方自治團體及其法規，則不啻是一國之中另有獨立的法體系，因而構成實質上的另一個法序與政治體系，無疑將撕裂國家的統一性。即便是聯邦國家，各邦國亦受到聯邦憲法法治國原則的直接拘束，尤其是其中之基本權權利本體保障規定更無例外可言，聯邦法律甚至可破各邦憲法，遑論法規範位階體系中尤在中央法律與法規命令之下的地方自治法規。
- 3、自憲法法治國原則中所導出的法律保留要求，可區分為兩種面向，第一種是憲法第23條所明定之基本權權利本體干預的法律保留，第二種則為依法行政要求下的法律保留。前者涉及的是人民權利與國家權力領域之界定，是國家欲干預基本權權利本

體需具備合憲性要件。

- 4、就基本權權利本體干預之法律保留而言，以中央法律為基本權干預之基本條件乃憲法自為之規定，而在我國憲政體制下，憲法所稱之法律明確界定為立法院通過，總統明令公布者（憲法第170條），因此，至少於憲法中明文稱以「法律」（中央法律）者，應為立法院所制定，由總統明令公布之法律。憲法第23條中所稱之「法律」，自應為如是解。基此，對於憲法基本權權利本體予以限制，必須有表彰全國民意之立法院制定中央法律為之，自治條例本身尚不得逕為基本權權利本體之干預規定。若認為自治條例為地方自治團體之居民選舉產生之代表組成立法機關所制定，已該當憲法第23條法律保留要求，則不啻是主張人民受憲法所保障之基本權，僅以區域性的民意代表機關以自治條例即可加以限制，亦即原不得牴觸中央法律否則無效的地方性法規，卻可以逕行限制憲法基本權的效力。如此一來人民基本權受到保障的程度，豈非不如中央法律所保障之權利？更有甚者，若憲法所保障之基本權容許以地方自治團體各自制訂而適用於其行政區域內之自治條例分別限制其居民原應受到憲法所保之基本權，其結果，將使得一國之內人民之基本權保障受到差別待遇，明顯違反憲法平等原則之保障。更何況，即使是自治條例亦須受自治行政監督，自治監督機關認為自治條例牴觸憲法、法律或法律授權之命令時，得予以函告無效（地方制度法第30條第4項），此等函告性質上應為行政處分。須受行政機關監督之自治條例，若地方性法規可逕行限制憲法的基本權權利本體，則豈不是原須依法行政的自治行政監督機關反得以判定涉及基本權權利本體限制的自治法規之合法性？其法理上的矛盾與謬解，甚為顯明（見附件10—學者蔡宗珍著「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」一文《第20頁、第21頁、22頁、23》參照）。
- 5、地方制度法本身，不可視為合於憲法所定之基本權權利本體干預之法律依據：

雖然自治條例並不直接該當於憲法第23條所稱之法律（中央法

律)，無法直接證成基本權權利本體干預之法律保留的要求，已如前述，但可思考的是，地方自治立法權所憑藉的法律依據—地方制度法—本身，是否可以視為合於憲法所定之基本權權利本體干預之法律依據？按基本權之干預，通常可就其對基本權之影響性質與程度，分為權利內容之干預(即權利本體之干預)與權利行使條件與程序方面之干預(即管理性之干預)。對於權利本體之干預，往往直接影響到基本權保障本身與權利之基礎，理應受到高度之保護，此部分亦屬立法者須自為規定，或須符合授權明確性要求的事項，亦即要求立法者須依據比例原則之要求，妥善考量立法干預之合目的性、目的與手段關係以及進行公、私益間之利益衡量，不容許立法者授權於行政機關方式卸責，自亦不宜以地方制度法取代立法者立法干預人民基本權權利本體時所應縝密進行的利益衡量義務，畢竟地方制度法對於自治事項之界定，無論如何是概括性的規定，凡須於中央法律授權規定中明文授權之事項，原則上即不應主張以地方制度法的自治事項等概括規定瓜代(見附件10—蔡宗珍著「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」一文《第23頁》參照)。

- 6、對於非屬「基本權權利本體」所加限制，而是對於基本權行使之程序條件等事項之管理(即管理性干預)，則係屬於管理行為，而非創設、重大改變或剝奪權利本體或其基礎之行為，此等事項，原即非法律保留要求下須由立法者自為明確規定之事項，因此即有由地方制度法提供概括性法律依據之可能性與正當性。蓋地方制度法非為單純之組織法或作用法，其內容與功能是在於具體形成憲法所保障之地方自治制度，因此地方制度法中具體化了地方自治團體之自治權限範圍，並成為自治法規制定權行使之法源依據。凡屬於自治事項，於不牴觸法律優越原則的範圍內，地方制度法即授予地方立法機關制定自治條例之權限，反之，若牴觸法律優越原則地方立法機關則無立法權限。因此，自治條例中若涉及對人民憲法基本權行使之管理性干預時，其所憑據之法律依據即為地方制度法本身。於此須特



強調的是，即使藉由地方制度法之助，地方自治團體得以自治條例而為管理性之干預，仍不得牴觸國家既有法律(中央法律)之規定，此為法律優越原則之作用，而非法律保留原則之要求。基於法體系的統一性與位階關係，法律應優位於地方自治法規，下位階規範不得牴觸上位階規範，因此自治條例仍不得牴觸法律優越原則。基此，國家法律已為基本權權利本體干預之規定者，自治條例對同一事項之規範即受到該等國家法律之拘束，已無地方自治法規再行立法干預基本權權利本體的空間(見附件10—蔡宗珍著「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」一文《第23頁、24頁、25頁》參照)。

#### 8、小結：

綜上所述：既已有中央法律「電子遊戲場業管理條例」(見附件9)對於電子遊戲場營業場所距離之限制規定存在，則無論是以擴張憲法第23條所稱「法律」之內涵的方式，還是以限制基本權之法律為最低程度之權利限制為由，均無法支持系爭自治條例可提高現行法律中對於營業自由限制之範圍與程度。此外，我國現制下，自治條例之效力認定權與合法性監督權均屬自治監督機關之權責，並非行政法院所得置喙，行政法院亦不具有自治法規之抽象規範審查權，最多以附隨性規範審查的方式，於個案中認定自治條例之效力。是以，「系爭自治條例」第5條第1項第2款擴增電子遊戲場業管理條例第9條第1項所定之基本權受限制之內容與範圍，明顯違背憲法平等原則、法律優位原則，而應屬無效(見附件10—蔡宗珍著「營業自由之保障及其限制-最高行政法院94年11月22日庭長法官聯席會議決議評釋」一文《第25頁》參照)。

#### 三、有關電子遊戲場業場所設置距離並非屬地方制度法第19條第7款第3目所稱之「縣(市)工商輔導及管理」之自治事項所及範圍：

(一)或謂雖有電子遊戲場業管理條例之中央立法存在，但地方仍非不得就遊戲場所之設置距離為因地制宜之更高限制，其理由無非認定有關電子遊戲場業場所設置距離為地制法第19條第7款第3目所稱之「縣(市)工商輔導及管理」之自治事項所及範圍，縣(市)

就於不牴觸中央法律的前提下，就該等自治事項得為自主之運作，包括訂定自治法規以為自主之規範云云。問題是，限制營業場所之特定距離的規定，並不涵攝於上開「工商輔導及管理」的事項之內。蓋在自治事項範圍內之自治權運作仍不得牴觸中央法律的前提下，就中央法律已明定中央與地方機關管轄權分配之事項，地方自治團體如何再本於自治權中之法規制定權，另行制訂與法律規範標的相同，規範內容卻有所不同之自治法規而不致牴觸法律？

- 1、查地方自治團體享有地方自治權，性質上是一種團體權力 (Körperschaftliche Gewalt)，主要是地域與事物兩要素而限定其權力範圍。就事物的部分，於法定自治事項範圍內，地方自治團體得行使其自治權，包括地方法規制定權 (地方立法權) 在內，此固無疑問。有疑問的是，如何認定自治權所及之自治事項範圍？
- 2、凡有特別行政法律規範存在之行政領域，且該法律以層級管轄之立法例分配相關行政事務之管轄權者，該等事項即已非自治事項，非地方自治權行使範疇，自無從以自治條例或自治規則予以規範：

由於自治事項之劃分，涉及國家權力中執行權之歸屬，劃歸為自治事者，即屬各該地方自治團體之自治權所得行使之範圍，保留為中央事項者，即非地方自治權權力所能及。因此自治事項之建立，須有法律(中央法律)依據，在我國的情形，除於地方制度法中為一般性、概括性之規定外，理論上自治事項之建立亦可於特別法中為之，然目前此等立法例幾乎絕無僅有，反而是特別法的立法例，率皆以層級管轄方式，分就中央主管機關與地方主管機關而規定該法所定事項之管轄權，電子遊戲場業管理條例第2條規定即為一適例。在此種規定模式下，涉及電子遊戲場業之相關事項，即依該法規定，分由中央主管機關或地方主管機關管轄，已與地方自治團體本身無涉，地方主管機關(直轄市政府或縣市政府)之行為是直接以法律為據，並受中央主管機關之監督(業務指揮監督與訴願監督)，理論上已

非地方自治權行使之範疇，自無在此等法律已有明文規定之部分，再以表彰自治權之自治法規予以介入規範的空間，尤其地方自治團體之立法機關不應再有制訂自治條例之權，否則從結果來看，將使得地方政府就同類事項分受中央法律、法規命令與地方自治法規之拘束，形同行政行為存有兩種屬性不同的法源依據。例如，於立法院通過遊戲場業管理條例後，若地方自治團體再就電子遊戲場業之管理事宜另定自治條例規範之，則地方政府便形同必須執行中央法律與自治條例之規定，人民也因而承受中央與地方兩套行政法上義務。基此，凡有特別行政法律規範存在之行政領域，且該法律以層級管轄之立法例分配相關行政事務之管轄權者，該等事項即已非自治事項，非地方自治權行使範疇，自無從以自治條例或自治規則予以規範。從而，前開確定判決認電子遊戲場業管理條例之距離限制規定為最低限制，台北市政府得就同一問題（法律規範標的）以自治條例方式為較高之限制的見解，實大有商榷之餘地。

3、再從有關電子遊戲場業之設立許可條件本身而言，亦難以歸之於地方制度法第19條第7款第3目所稱之「縣（市）工商輔導及管理」之自治事項範圍內：

經查：地方制度法第19條第7款第3目所稱之「縣（市）工商輔導及管理」之自治事項，不應包含屬於法律保留範圍之工商業之設立或停止運作等基礎法律關係之發生、變更或消滅等創設干預行政之事項。此等創設干預行政之事項必然涉及基本權權利本體之限制，因此須先由（特定的）法律提供行政機關干預之授權依據，其次再依據相關法律規定（組織法或行為法），決定法律授予行政權干預之權限究應為中央事項或自治事項？應由中央或地方行政機關管轄？因此，某一涉及人民受憲法所保障之自由權領域的事務，於成為地方制度法所定之自治事項範疇之前，必須先成為國家行政權所得觸及的領域，亦即先成為干預性行政事務領域。地方制度法有關自治事項的規定，無法直接成為概括地授權行政機關為干預行政之法律依據，也無法獨立創設干預行政的範疇：

- (1) 詳言之，國家行政任務之項目與範圍，與基本權保障息息相關，尤其是干預行政的內涵，往往必須由人民基本權所受到的限制來掌握其具體的範疇與內涵。本於憲法各種自由權之保障，人民原享有各種自主活動與不受國家權力侵擾的自主空間，國家基於公益需求或其他合目的，有必要以法律限制人民之基本權領域時，若以行政法的管制手段為限制基本權之手段者，即因而形成具體的干預性行政任務，各類秩序行政與管制行政均如此產生。舉例而言，於採行自由市場經濟制度的國家而言，各類經濟、職業活動，包括工業設立與經營、所從事之工作的設計、選擇、從事活動等，原則上並不必仰賴國家權力的支持與協助，國家若完全放任市場法則自主運作，如同古典自由主義所訴求的國家角色般，則根本不會形成國家中之經濟管制行政項目與任務，自也無所謂公權力介入管理市場經濟活動的概念。必也國家權力基於各種公益需求，將若干私經濟活動納入公權力控管範圍，才會具體產生相關的國家行政事務。而國家權力介入管制私經濟活動，正是一種對於相關自由權的干預，須合於憲法所定之限制基本權權利本體的要件，如前所述。基本權之限制，尤其是涉及基本權利本體或其基礎者，須有法律之依據或法律明文授權之依據。若國家權力認為選擇與從事某一營業應納入管制，例如設定客觀與主觀之從事此等營業的許可要件、對營業活動之管理等，則此等管制手段當然便構成對相關人之營業自由之限制，須由立法者制定合比例性之干預性法律，提供行政管制之依據，從而始形成相應之管制行政領域。
- (2) 準此，建立干預行政領域與權限之步驟，是先進行人民權利與國家權力領域之界定後，再進行立法權限與行政權限之界定，接下來才有行政權的中央與地方分權問題，因此劃定干預行政範疇的權限非地方自治權所及，自不可能為自治事項。也正是如因此，地制法第18條以下所列之自治事項，除不直接涉及個別人民之基本權領域的公共建設或服務性、協助性任務外，皆非屬於「創設」干預行政之事項，而是本於

已形成之干預行政事務之經營、輔導與管理。若不如此細緻區分，則地方自治團體援引地方制度法中自治事項之規定為依據，便可就該等名為「輔導、管理」的事項遂行自治權，不必再顧及創設該等行政事項之干預權限的特別法規定的話，法律保留的要求以及其所設定的行政權干預之界限豈非形同虛設？

- (3)經營電子遊戲場是經濟活動的一種態樣，經營者本於憲法上營業自由之保障，享有選擇此等營業以及從事相關營業活動之自由，已如前述。對於從事電子遊戲場業之主、客觀條件予以限制，不符者即不許為之，當然構成營業自由之限制，須由立法者以法律明定限制之內容，或明確授權行政機關以命令定之。前已詳論，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，此等基本權權利本體限制絕不可矮化為工商輔導與管理等非涉及基本權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(見附件10—蔡宗珍著「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」一文《第25頁、26頁、27頁、28頁、29頁》參照)。

#### 五、小結：

綜據上述，「系爭自治條例」第5條第1項第2款所訂電子遊戲場所距離限制，既係對憲法所保障之人民基本權利「工作權(營業自由)」權利本體之干預，而距離限制既非地方自治事項，亦非屬地方制度法所定之縣(市)工商輔導及管理自治事項之範疇，從而「系爭自治條例」第5條第1項第2款另定較高之限制標準，自與憲法第15條所保障人民基本權利工作權(營業選擇自由)規定有違，應屬無效。

(貳)「系爭自治條例」(見附件2)第5條第1項第2款關於營業地址「長距離限制」之規定，違反平等原則，應屬無效：

一、同一事項，已有中央法律，不能再以地方自制法規重復規範，否

則，對於同一事項有的地區人民僅受中央法律規範；有的地區人民要受中央法律與地方自治法規兩套不同體系之法規來規範，違乎平等原則，已如上述。

- 二、與電子遊戲場業同屬以維護社會秩序為目的俗稱網咖行業(即資訊休閒行業)僅規定營業場所距離學校、醫院等 200公尺之距離限制即可達到目的，此有台北市資訊休閒業管理自治條例影本1份。(見附件11)，而「系爭自治條例」第5條第1項第2款規定限制距離醫院、學校1000公尺以上，顯然違背「等者等之」的平等原則。(參考後段)
- 三、與電子遊戲場業同屬休閒娛樂性質之特定行業亦即俗稱八大行業之舞廳、酒家酒吧及特種咖啡茶室行業僅規定營業場所距離學校 100公尺以上(舞場 50公尺以上)之距離限制即可達到目的(見附件12)，而「系爭自治條例」第5條第1項第2款規定限制距離醫院、學校1000公尺以上，顯然違背「等者等之」的平等原則。

(參)抑有進者，「系爭自治條例」第5條第1項第2款規定距離限制1000公尺與現實狀況脫節，根本無可實現，形同禁絕，已然嚴重侵應憲法保障人民基本權利營業自由之工作權，故應屬無效：

- 一、按比例原則乃憲法基本原則，其在我國憲法之依據為憲法第23條，此觀法治斌.董保城著「憲法新論」2010版第63至66頁(見附件13見)，大法官會議解釋字690號、第712號、第717號解釋等自明。若政府所頒布施行之法規有所牴觸，即係違法憲法第23條關於比例原則之規定，應為無效。經查：前開新法「系爭自治條例」第5條第1項第2款規定電子遊戲場業之營業場所「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。」等情，任何人皆無可能依該規定獲准申請一情，有台北市政府前商管處處長劉佳鈞於2008年5月28日台北市政府審議通過「台北市電子遊戲場業設置管理自治條例」後接受自由時報記者林恕暉訪問時稱：「至於限制級電子遊戲場業仍必須設置在距離學校、醫院一千公尺以外之商業區，北市目前並無符合這項規定之商業區。」此有該電子自由時報影本1份可稽(見附件14)。

- 二、自上開新法「系爭自治條例」100年11月12日施行以來，諸多申請案件中並無符合「系爭自治條例」第5條第1項第2款規定電子遊戲場業之營業場所「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。」之審核通過之案件，此亦為台北市政府前商管處處長劉佳鈞坦承無符合這項規定之商業區等情，業如前述，而台北市政府於台北高等行政法院102年再字第00122號再審之訴一案亦於103.1.6所提行政訴訟再審答辯狀第2頁倒數第3行以下自認：「本府現階段暫不希望開放限制級電子遊戲場業在本市新設」等情，有該狀影本1份為證(見附件15)。
- 三、另外，依據「都市計劃寶典」一書(經內政部8504133號核准登記著作權在案)所摘錄下來的台北市各區「都市計劃圖」可以看(量)出符合系爭自治條例、台北市土地使用分區管制自治條例所定商業區內距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館一千公尺以上。」等情者，找不出有這樣的一個處所，有該「都市計劃圖」11張可稽(見附件16)。何況依日常生活經法則及論理法則亦可知曉：欲在台北市境內尋覓一處符合上開規定之限制級電子遊戲場業營業場所根本不可能。故上開規定在台北市境內確屬無可實現。
- 四、系爭自治條例第5條第1項第2款的1,000公尺距離限制，中央研究院法律研究所研究員李建良亦質疑其係屬「實質禁絕」、「脫法行為」，此有中央研究院法律研究所研究員李建良著「公法實務導讀」一文即台灣法學第178期第131頁反面可稽(見附件17)
- 五、小結：
- 基上：「系爭自治條例」第5條第1項第2款規定距離限制1,000公尺係屬「實質禁絕」、「脫法行為」，已然嚴重侵應憲法保障人民基本權利營業自由之工作權，故應屬無效。
- (肆)退步言之，「系爭自治條例」(見附件2)第5條第1項第2款關於營業場所「距離限制」之規定，亦屬違反比例原則，應為無效：

## 一、違反比例原則理由之一：

### (一)距離限制的目的

關於距離限制是否合於比例原則，可分兩方面進行分析，一是距離限制的目的何在？二是所採取的距離與所欲達到的目的之間是否具有關聯性？能否達到該目的？查距離限制規定之立法目的，乃鑑於電子遊藝場對於社會安寧會造成一定之影響，距離限制的目的在於「維護社會安寧」。惟規制目的選定的適法性，須與規制手段合併考量，始能得其要旨。換言之，目的審查不能抽離現實作抽象式的思維，規制目的若與規制手段不具合理的關聯性，即有構成「目的內涵不當聯結」的可能性。法律要求電玩營業與學校、醫院保持距離，於學校與醫院的考量，未必一致，應分別論之。就醫院而言，周邊環境安寧對於醫療品質及病人照顧關係至鉅，故距離限制對醫院來說，合理的推斷，應旨在避免醫院受到安寧上的干擾。就學校（中小學、職校）而言，其周邊環境安寧的需求，理應同於醫院。又鑑於電玩具相當高的投機性、射倖性及刺激性，難免吸引青少年學生進入把玩，故防止學校學生「就近」進入（或誤闖？）電玩場所娛樂消遣，致虛擲時間，影響學業、心性，亦可作為採取距離限制的合理目的。至於類如「防止妨礙商業正常發展」或「防止妨礙公共安全（例如賭博、犯罪）」等考量因素，固然重要，但不應歸入距離限制的規範目的。蓋社會治安及商業發展與學校及醫院的所在位置並無必然的關聯性，若要防止電玩造成治安問題或影響商業發展，應從管理電玩營業本身著手，包括嚴格管控、加強查察，而非拉大電玩與學校、醫院的距離。

### (二)距離限制的合理性

- 1、循上以論，若以「防止妨礙商業正常發展」或「防止妨礙公共安全（例如賭博、犯罪）」等作為距離限制的考量因素，不問距離的長短，即因目的不正當而構成違法、違憲。若以「維護社會安寧」作為規範目的，地方所設定的距離是否為達到此一目的有效、必要、相稱的手段，所應考量者，包括電玩機具的種類（是否發出聲音）、經營型態（開放式或密閉式）、消費



客群的進出情況及交通流量等因素。對此地方政府固然有一定裁奪的空間，惟須有客觀的調查資料與數據，以資佐證。地方所設定的距離在客觀上若不至於干擾醫院或學校的安寧者，無論如何均屬不合理的限制。1000公尺的距離限制，就與醫院而言，應屬無效、過度、不合比例的限制。

- 2、再從「防止青少年學生進入逗留」的角度以論，距離限制的長度能否達到此一目的，而不致對業者造成過度的負擔，自須考量學校所在位置及學生通勤的路線，當由地方主管機關視具體情況而定。就此以言，除須有客觀的調查資料與數據，以資佐證外，至少可以確定的一點是，基於「防止青少年學生進入逗留」的考量而設定距離限制，必然與學校的分佈、人口密度及交通網絡有關。因此，能否以劃一的1000公尺作為距離限制，即令人懷疑。

### (三)距離限制的實際效果

- 1、繼前分析，其實真正的問題已然呼之而出，即地方政府所採取的距離限制，與其說是「視具體情況而定」的管理措施，不如說是「全面封殺」的禁止設立。換言之，地方所設定的「長距限制」，不管是1500公尺、1000公尺，或是990公尺等，究之於實際，若無一地點符合此一規定者，即已不再是限制，而是根本性的禁止設立？量的延伸，質的變化。
- 2、承前所述，距離限制若是核發許可的「要件」，則寓有禁止效應的距離限制，早已溢脫電子遊戲場業管理條例第9條第1項的規範意旨，甚至剝奪中央法律直接所賦予「請求核發許可的權利」，縱使以自治條例為之，仍亦構成對中央法律的抵觸。(見附件17：中央研究院法律研究所研究員李建良著「政策與法律抗衡下的電玩制度-行政院有關『電玩營業場所距離限制』判決論析一文(節本)」)

### 二、違反比例原則理由之二：

查依據「都市計劃寶典」一書(經內政部 8504133 號核准登記著作權在案)所摘錄下來的台北市各區「都市計劃圖」可以看(量)出符合系爭自治條例、台北市土地使用分區管制自治條例所定商業區

內距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館一千公尺以上。」等情者，找不出有這樣的一個處所，有該「都市計劃圖」11張可稽(見附件16)。何況依日常生活經法則及論理法則亦可知曉：欲在台北市境內尋覓一處符合上開規定之限制級電子遊戲場業營業場所根本不可能。故上開規定在台北市境內確屬無可實現。

### 三、小結：

基上所述：醫院與學校的規制目的不同，但系爭自治條例第5條第1項第2款都一律以同一標準1,000公尺，作為距離限制的標準，其限制人民之憲法保障之基本權利「營業自由之工作權」，違反比例原則彰明甚；而且未有客觀的調查資料與數據為佐證，而假「防止青少年學生進入逗留」之名，劃一的1,000公尺作為距離限制，自與比例原則有違。復以：系爭「台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。」之規定，既「任何人均屬不能實現」，依行政程序法第111條第3款之法理，即屬無效。何況對於限制級電子遊戲場業之申設，進行妥善管理即可達到目的，此觀系爭「台北市電子遊戲場業設置管理自治條例」(見附件2)第1條明訂「台北市為『管理』電子遊戲場業特制訂本自治條例」即明，而系爭「台北市電子遊戲場業設置管理自治條例」既屬「任何人均屬不能實現」，何來管理之有？按憲法第23條本寓含有比例原則之精神存在(最高法院101年度台上字第2056號判決參照)。而台北市政府欲達到「『管理』電子遊戲場業」之目的，其所採取之方法應有助於目的之達成且對人民最小侵害。詎系爭「台北市電子遊戲場業設置管理自治條例」竟然無法實現既無助於管理目的之達成，抑且嚴重侵害人民之工作權、營業權等憲法保障之人民基本權利，故該新法違法憲法第23條比例原則等之規定，而屬無效。

(四)「系爭自治條例」第5條第1項第2款關於營業地址「長距離限制」之規定，違反法律優位原則，應屬無效：

同一事項已有限制基本權之中央法律存在的情形下，自治條例不可以另為更高、更廣泛的基本權限制規定，否則，因違反法律優位原則，而應屬無效，業如前述。經查「系爭自治條例」第5條第1項第2款關於營業地址「距離限制」之規定，違反法律優位原則，應屬無效。

肆、聲請人沈痛的呼喚：

一、未引台灣桃園地方法官於該院 93 年度易字第 1086 號刑事判決審判長法官林孟宜、陪席法官錢建榮、受命法官蔡寶樺亦沈痛呼籲，行政機關應嚴守管理重於阻絕原則(見附件 18)：

查台灣桃園地方法官於該院 93 年度易字第 1086 號刑事判決審判長法官林孟宜、陪席法官錢建榮、受命法官蔡寶樺亦於該判決沈痛呼籲：「……十、最後本院仍願以司法權之立場，向行政權呼籲：按現今科技發展日新月異，各種電子遊戲層出不窮，甚至相關產業儼然成為國內產業之主流，而載附電子遊戲之所謂電動玩具，因係集聲、光、影三者之高科技產物，又兼具休閒、娛樂、教育、甚至軍事及經濟等各方面之價值，乃目前世界各國尤其青少年所熱衷之重要休閒活動，看如此網路遊戲盛行，甚至不乏電玩高手一夜成名之例，即足證明。民國六〇年代政府雖早將電動玩具列為政策性之工業，惟因疏於管理，不肖業者引進或製造具賭博性或色情性之電動玩具流入市場，而青少年甚至成人，因沉溺於電動玩具而導致輟學、逃家以及因而犯罪之案例屢見不鮮，先進國家紛紛立法予以管理，同為大陸法系之德、日等國早均制定法律管理電動玩具業者，德國早訂有「營業法」，日本則制定「有關風俗營業等之管制及業務適當化法」，規範包括電動玩具業者在內之各類特種營業，反觀我國直至七十九年間始經行政院指定教育部為管理機關，頒布有位階甚低之『遊藝場業輔導管理規則』（因為欠缺授權依據，甚至較法規命令層級為低），不僅昧於現實，忽視電動玩具業者所重之商業活動，其經濟活動本質更甚於教育休閒功能，由教育部為主管機關甚為不當，更因為相關管理法令錯縱複雜，事權劃分不一，又因為該規則位階過低，常有抵觸法律之虞（如兌換獎品價值之限制與賭博

罪間的衝突)，不僅無法有效遂行其管理業者之功能，反更導致亂象叢生，無論前往遊樂之民眾或經營電動玩具之業者，甚至職司治安之警偵機關、保障人權之司法機關，尤其在面對與賭博犯行間之劃分時，更教人無所適從。八十六年間行政院終於將主管機關改隸於職司商業經濟活動之經濟部，修訂為「電子遊藝場業輔導管理規則」，惟因為位階同樣過低，前述在執法令上所生之困擾依舊存在，直至八十九年二月三日由立法院通過總統公布施行之「電子遊戲場業管理條例」使此類業者之管理取得法律之位階。而自政府立法管理之立場言，我國並非完全禁絕所謂電動玩具業者，此乃政府及代表民意之立法機關的價值選擇，司法權尚難置喙，惟社會既然容許此類特種營業之存在，即應予適當規範引導限制，此亦為多元民主社會之可貴。如因為害怕犯罪弊病叢生，一味採取高壓禁絕電動玩具業者之方式，反扼殺電子遊戲等電子新興產業在我國發展之生機，有害經濟之發展及國民之休閒生活選擇，實非民主法治國家應有之法治態度。事實上，我們也不可能期待本條例的制定，即可一舉解決長期以來社會上充斥的賭博歪風，祇是行政主管機關應落實相關管理電玩業者之法令，以保護青少年及保障消費者為重心，並著重在經營者之形象，建立經營者值得信賴之制度與公權力的貫徹，對於場所、電動機具等均予事先嚴格之查核及事後無懈的監督執行，自然得以阻絕可刑罰性賭博行為之介入。如此方不致端賴偵查犯罪之機關動輒以強制處分之手段偵查本來合法經營之業者，亦不致引來政府擾民之譏，尤其是該語如係發自於「以合法掩飾非法」之民眾（被告）口中時，更益發令人無奈。總之，電動玩具業者所引發之社會甚至刑罰問題，主要係源自於行政主管機關的用心不足，此可自相關法令長期以來的不健全可見一斑，既現有電子遊戲場業管理條例之施行，主管機關（本案為桃園縣政府）即應戮力以對，嚴格執法，發現不法情事應主動揭發，方可達該條例第一條所稱為『維護社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康』之立法目的，而偵查犯罪機關亦應改正以往『電子遊藝場業者一定涉及賭博甚

至色情犯罪』的刻板態度，方不致於日後發生警察機關介入非其權限範圍所管轄行業之疑慮，併此敘明。」。

## 二、沈痛的呼喚：

研究生柯育睿、指導教授胡鳳生博士在其逢甲大學公共政策研究所碩士學位論文「台中市電子遊戲場管理之研究」一文，剴切地寫道：「電子遊戲業及週邊產業在台灣地區蓬勃發展榮景可期，但由於管理制度未能周延，及部分投機業者作祟，致使電玩業總給予社會大眾負面的印象，並歸類於八大特種行業範圍，其實電玩業是高科技發展下的產物，其益智性、娛樂性及高科技性是正面因素的呈現，在國外是被視為正式產業的一部，美日等先進國家更是利用電玩軟硬體產品出口，為其賺取龐大外匯，反觀台灣地區卻是衍生出眾多的社會治安案件，問題何在？而電玩業的存在是否又如此之不堪，政府機關與電玩業者的矛盾衝突點又在哪裡？若換個角度來審視電玩業，其背後龐大的商業價值，又是否能為國家的總體經濟產值產生加分的作用？這些都是值得吾人等深思的問題所在。

隨著休閒產業蓬勃發展後，在人口密度高但空間狹小的都市裡，電玩業已成一股新的趨勢。在全面而周延的合法化管理發展前，勢必會面臨對社會治安、週邊環境及經濟層面影響的問題，雖然政府相關主管機關已有針對上述產業設置及管理頒布規範，但始終難以杜絕其對社會所產生之負面影響，以鄰近國家日本為例，其電玩產業已成為國民的主要休閒活動之一，且其產生的效益也帶來龐大的收益，除增加政府稅收外，也間接對經濟發展產生一定的貢獻，……。」（見附件19）。

## 伍、結論：

為保障人民之營業自由、工作權、平等權等憲法所保障之基本權利，聲請人認為系爭「台北市電子遊戲場業設置管理自治條例」第5條第1項第2款違反憲法第15條、23條、7條規定應屬憲無效，而不得適用，如此才能保障人民權益免受國家(地方自治機關)之侵害。

## 關係文件名稱及件數：

## 附表：

附表1：申請電子遊戲場業營業級別證法定程式要件及應備文件一覽表  
1份。

附件：

附件1：台北高等行政法院102年度訴更一字第145號判決及最高行政法院103年度裁定字第1099號裁定1份(均為影本)。

附件1-1：台北高等行政法院102年度訴更一字第145號判決影本  
1份。

附件1-2：最高行政法院103年度裁定字第1099號裁定影本1份。

附件2：「台北市電子遊戲場業設置自治條例」1份。

附件3：台北市商業處100年11月11日北市商一字第1000013635號核准  
函影本1份。

附件4：申請書影本1份。

附件5：台北市政府以101年1月20日府產業商第10035092800號函影本1  
份。

附件6：經經濟部101年6月20日經訴字第10106107400號訴願決定書影  
本1份。

附件7：台北市政府101年9月14日府產業商字第10102040400號函影本1  
份。

附件8：經濟部101年12月26日經訴字第10106115660號訴願決定書影  
本1份。

附件9：電子遊戲場業管理條例影本1份。

附件10：蔡宗珍著「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」一文影本1份。

附件11：台北市資訊休閒業管理自治條例影本1份。

附件12：台北市舞廳、酒家酒吧及特種咖啡茶室行業管理自治條例影  
本1份。

附件13：董保城著「憲法新論」2010版第63至66頁影本1份。

附件14：電子自由時報影本1份

附件15：台北市政府於103.1.6所提行政訴訟再審答辯狀影本1份。

附件16：「都市計劃寶典」一書(經內政部8504133號核准登記著作權  
在案)所摘錄下來的「都市計劃圖」影本1份。

附件17：中央研究院法律研究所研究員李建良著「政策與法律抗衡下的電玩制度-行政院有關『電玩營業場所距離限制』判決論析一文(節本)」

。

附件 18：台灣桃園地方法官於該院 93 年度易字第 1086 號刑事判決影本1份。

附件19：研究生柯育睿、指導教授胡鳳生博士在其逢甲大學公共政策研究所碩士學位論文「台中市電子遊戲場業管理之研究」影本1份。

此 致  
司法院 公鑒

中 華 民 國 1 0 4 年 7 月 2 日

聲請人：李敬賢

即頑皮豹電子遊戲場

