

發文單位：司法院

解釋字號：釋字第 514 號

解釋日期：民國 89 年 10 月 13 日

資料來源：司法院公報 第 42 卷 12 期 1-46 頁

司法院大法官解釋（十三）（99年5月版）第 417-489 頁

總統府公報 第 6368 號 19-77 頁

相關法條：中華民國憲法 第 15、23 條

解 釋 文： 人民營業之自由為憲法上工作權及財產權所保障。有關營業許可之條件，營業應遵守之義務及違反義務應受之制裁，依憲法第二十三條規定，均應以法律定之，其內容更須符合該條規定之要件。若其限制，於性質上得由法律授權以命令補充規定時，授權之目的、內容及範圍應具體明確，始得據以發布命令，迭經本院解釋在案。教育部中華民國八十一年三月十一日台（八一）參字第一二五〇〇號令修正發布之遊藝場業輔導管理規則，係主管機關為維護社會安寧、善良風俗及兒童暨少年之身心健康，於法制未臻完備之際，基於職權所發布之命令，固有其實際需要，惟該規則第十三條第十二款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，第十七條第三項關於違反第十三條第十二款規定者，撤銷其許可之規定，涉及人民工作權及財產權之限制，自應符合首開憲法意旨。相關之事項已制定法律加以規範者，主管機關尤不得沿用其未獲法律授權所發布之命令。前述管理規則之上開規定，有違憲法第二十三條之法律保留原則，應不予援用。

理 由 書： 人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權應予保障之一項內涵。基於憲法上工作權之保障，人民得自由選擇從事一定之營業為其職業，而有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由；基於憲法上財產權之保障，人民並有營業活動之自由，例如對其商品之生產、交易或處分均得自由為之。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，依憲法第二十三條規定，必須以法律定之，且其內容更須符合該條規定之要件。若營業自由之限制在性質上，得由法律授權以命令補充規定者，授權之目的、內容及範圍，應具體明確，始得據以發布命令，迭經本院解釋在案（本院釋字第三一三號、第三九〇號、第三九四號、第四四三號、第五一〇號解釋參照）。

教育部中華民國八十一年三月十一日以台（八一）參字第一二五〇〇號令修正發布之遊藝場業輔導管理規則，係主管機關為維護社會安寧、善良風俗及兒童暨少年之身心健康，於法制未臻完備之際，基於職權所發布之命令，固有其實際需要，惟該規則第十三條第十二款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，爲人民職業選擇自由中營業對象自由之限制，第十七條第三項關於違反第十三條第十二款規定者，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，依前開說明，自法律授權之依據，始得爲之。少年福利法、兒童福利法就相關事項已制定法律加以規範（少年福利法第十九條、第二十六條第二項，兒童福利法第三十三條、第四十七條第二項參照），主管機關尤不得沿用其未獲法律授權所發布之命令，蓋此爲法治國家依法行政之基本要求。上開管理規則第十三條第十二款、第十七條第三項規定，違反憲法第二十三條之法律保留原則，應不予援用。又人民之行爲如依當時之法律係屬違法者，自不因主管機關規範該行爲所發布之職權命令，嗣經本院解釋不予適用，而得主張救濟，乃屬當然，爰併予敘明。

大法官會議主 席 翁岳生

大法官 劉鐵錚

吳 庚

王和雄

王澤鑑

林永謀

施文森

陳計男

曾華松

董翔飛

楊慧英

戴東雄

蘇俊雄

黃越欽

謝在全

不同意見書

大法官 黃越欽

本件聲請人萬華企業股份有限公司（代表人蔡能琨）爲行政院八十七年度判字第一二九二號判決所適用之教育部八十一年三月十一日以教育部台（八一）參字第一二五〇〇號令訂定發布之「遊藝場業輔導管理規則」第十三條第十二款、第十七條第三項規定，有違憲疑義，聲請解釋等案。多數意見於解釋文中認定：

- 一 人民營業之自由爲憲法上工作權及財產權所保障。
- 二 有關營業許可之條件，營業應遵守之義務及違反義務應受之制裁，依憲法第二十三條規定，均應以法律定之，其內容更須符合該條規定之要件。若其限制，於性質上得由法律授權以命令補充規定時，授權之目的、內容及範圍應具體明確，始得據以發布命令。
- 三 教育部中華民國八十一年三月十一日台（八一）參字第一二五〇〇號令修正發布之遊藝場業輔導管理規則……涉及人民財產權及工作權之限制。
- 四 前述管理規則之上開規定，有違憲法第二十三條之規定，應不予適用

。上述見解除二、四兩項係形式審查，結論明確，值得贊同。一、三兩項則就以下問題：

一 人民營業之自由是否為工作權「及」財產權所保障。

二 教育部修正發布之遊藝場業輔導管理規則是否屬工作權之限制。

則盡未推論，因此與結論之間既無邏輯關係，本席未能同意。

爰提出不同意見書。

壹 本席提出不同意見書之理由

對於憲法所保障之各種基本權利及法益，釋憲機關之職能除個案合憲性與否之判斷外，更重要者則在於對相關權利及法益之本質、內容予以詮釋並據以就諸多基本權之間的關係建立原則與體系，調和及平衡個人權益與團體利益，以保障人權、宏揚憲治。

此乃邇來本席之基本態度，因此認為本件第五一四號關於憲法工作權保障所作之解釋，不論在法理上或體系上均令人有不足之感，尤其歸納自第一七二號、第一九一號、第二〇六號、第二二二號、第三五二號、第三六〇號、第三七三號、第四〇四號、第四一一號、第四三二號、第四六二號、第五一〇號等解釋更顯得對基本權體系之建立與闡明有待商榷之處仍多，故於此一併檢討。

事實上本院上開解釋案中，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。

法哲學大師 Radbruch 曾說「法律的解釋不是對過往『略加思考』事務的回顧，而是對曾經『深思熟慮』的事務『追根究柢』」。(nicht Nachdenken eines Vor-Gedachten, sondern Zu-Ende-Denken eines (Gedachten))」。因此不應以個案解決問題為目標，而應廣泛地以基本權內涵之豐富與精緻化為鵠的。尤其在廿一世紀的今日，基本權的重要性已大大提昇。H. Kruger 認為「過去，基本權利是法律的一部分，如今法律不過是基本權的一部分」良有以也。

然而我國憲法上基本權雖於法典中一一列舉，外觀上條理分明，不過在實際上則因為下列三點理由內容仍嫌空洞：

- (一) 我國對基本權觀念一向並無深厚淵源，制憲、行憲時人權清單照單全收已為不易，遑論深入探討，故歷史文獻並不豐富。
- (二) 我國憲法中基本權係繼受外國，然數十年來為我所繼受之國家其基本權內涵迭有變革與成長，已不復當年面目者比比皆是，再加上我國行憲以來世界普遍人權觀念發達日新月異，國際人權有關之宣言、條約、文件大量增加，反觀我國近數年來雖修憲頻繁，但對基本權之成長並無具體成績可言。
- (三) 我國憲法基本權既然繼受自外國，在詮釋上固然以外國工具為之，在目的解釋上亦多以外國觀念、理論為指導，迄今尚無暇對我國之特色予以關照。以致我國憲法中人權體系與實際人權狀態並不完全一致。

基於以上因素，上開解釋產生兩項嚴重問題：

- (一) 解釋對象之妥適性 (Gegenstandaquanz) 未能正確認識，迄今仍

對工作權、職業選擇自由權與營業自由權三者不加區別混為一談。按釋憲機關為法律解釋之首要工作即先確定解釋對象，解釋對象確定，才能運用正確詮釋工具與程序，獲得正確結論。解釋對象是基本權利，則該項基本權利之歷史背景、規範功能、在法律體系中之目的與作用應先有明確之概念，簡而言之，是「解釋對象」決定詮釋工具與程序，而不是程序創造解釋對象。本院過去與本案有關之解釋中即曾有解釋對象之妥適性之問題。

（二）憲法中法律規範之範疇與領域未臻清晰

按憲法中之規範除基本權之外尚有組織法、功能法。此三者層次分明各有領域，解釋之方法目的亦各有不同，例如本院釋字第四九九號解釋即屬於憲法上政府組織法結構性原則的問題。其次為功能法，即國家的功能與其他團體功能之間之關係，尤其是自治團體功能之間的關係與界限，例如非地方自治性之自治權，營業自由以及各行業執業者規範之限制、管理。最後是基本權之解釋。

因此並非一切釋憲均能以基本權違反與否之推論模式獲得結論，邇來本院解釋中，在國家基本組織或國家功能與自治團體間功能發生衝突時，輒以基本權未受妨害為合憲之理由，事實上並無何實質意義可言。

本院上開解釋共同特色在於，在論證上將「工作權」與「職業選擇自由權」、「營業自由權」不加區別，對其間之關係亦未予釐清，尤其案例中大多數為「與工作權無關」而非「與保障工作權之意旨並無違背」，即以之引申出於憲法第十五條並無不合之結論。前提不明確，欠缺推論嚴謹性，對基本權體系而言系爭權利之性質反而愈加隱晦不明。

貳 本席得心證之理由

按將憲法秩序中結構性規範予以正確排列乃是釋憲之根本方法，為達到此項目的，本席認為應當就職業選擇自由權、營業自由權及工作權等三者，從歷史、法律目的、比較研究以及規範體系等四方向探究之，以形成對本案之心證。

一 歷史方法

憲法中基本權之起源、歷史意義及作用各有不同，茲就「職業選擇自由權」、「營業自由權」與「工作權」探究之：

（一）職業選擇自由權

職業選擇自由權與居住遷徙之自由權同出一源，並屬於同一範疇。從社會發達史觀之，職業選擇自由權與居住遷徙自由同源，濫觴於十八世紀重商主義轉變為自由主義模式之際。在當時個人的教育、職業、工作係由其出身階級地位決定之。一方面，絕大多數人仍然生活在農業社會中，在農莊主人或地主統治下從事農業勞動，尤其中世紀歐洲莊園制度中之農奴，有為貴族及地主提供勞務之義務，未得其許可，既不能拋棄農奴之職業，亦不得離開其土地而他往，職業選擇自由與遷徙自由有密切不可分之關係。另一方面，少數都市中行會制度盛行，凡從事於工商及其他職業者，必須加入當地之

行會，始得享受營業上之保障；若脫離當地行會，則幾乎不可能繼續營業，因此個人之教育、職業、工作由基爾特（行會）控制，行會不但控制個人進入行職業之先決條件，甚至對職業執行之細節詳加規定嚴格執行。在此一時代，所謂職業選擇自由權實乃世人所陌生之事。直至十八世紀封建體制瓦解，工業革命勃興才開始擺脫此種封建枷鎖。

職業選擇自由權係屬於傳統自由權之範疇，現代意義下之職業選擇自由權，雖有積極之內涵但其作用仍為一種防禦性之自由權。

- (二) 營業自由權營業自由權與財產權同出一源，蓋有財產即有營業，無財產則無營業，營業權乃財產權之綜合行使。社會主義國家施行共產制度沒收財產之時代，人民無私產當然也就無所謂營業自由權可言，財產公有、營業亦改由國營，如今共產意識型態退潮，不但前社會主義國家恢復私產，從而恢復人民營業自由權，即使原本採市場經濟之國家也紛紛將公營事業「民營化」，即是縮小國家壟斷權，擴大人民營業自由權之範圍。可見營業自由權與國家經營壟斷權之間固然存在有消長關係，即使在經營壟斷權之外，國家也可能對人民之營業自由權加以各種限制。

營業自由權在威瑪憲法中為一獨立的基本權，其第一五一條第三項規定：「工商業之自由應依聯邦法律之規定加以保護。」但在德國基本法中營業自由權卻付之闕如，因此營業自由權遂成為職業選擇自由權之一部分。

(三) 工作權

從思想史的角度觀之，則從理性主義哲學為其開端，一六八九年洛克在其「政府二論」一書中第二冊第五章第廿五節以下寫到：「人類透過勞動創造一切財產與價值」；一七九〇年康德在「判斷力之批判」乙書第八十三段中即主張：「勞動係人生終極目標」、一八一二年費希特在其「道德論」書中認為：「人有勞動義務」；一八一二年黑格爾在其「法哲學之基本綱領」乙書第一二七至一九六段中則主張：「勞動是人類的自我實現」。

工業革命之後，將社會之運作完全依賴自由競爭，而國家之權力受限於特定治安功能，其結果導致貧富不均及層出不窮之社會問題，因而大多數人民轉而要求國家積極作為，制定社會政策，以符合公平正義之社會規範。由此所帶來對於國家之角色，以及個人與國家關係之反思，逐漸肯定國家之作為義務；同時並確認，國家的干涉不僅在於確保個人對國家之服從與忠誠，或在於維持社會或經濟機能之正常運轉，而且是個人得享有之「社會基本權利」。但直到一九一九年德國之威瑪憲法，社會基本權始在憲法中取得一席之地。概括而言，人類獲得其生存所需之物質條件，非出於財產，即出於勞動，尤以「勞動」之給付，為絕大多數不具有資本及生產工具者賴以維生之手段。因此經由個人自由從事工作，以求得合理報酬，維持個人及其家屬之生活，此一過程對整個社會產生重大意義。十九世紀憲法理論以自由權與財產權為社會契約之二大要素，因此訂

立「自由權與財產權條款 (Freiheits-und Eigentumsklausel)」，規範國家與國民間之關係；而現代憲政理論則擴張為：自由權、財產權、工作權三元論 (Triologie)，以此三項要素作為國民受憲法保障之基本地位。工作權在理論之發展過程中，逐漸成為憲法保障中不可或缺之基本權。

工作權即成為生存權的一種，不能以一般法律上權利視之，過去多認為不是以國家為對象，循訴訟之途徑可具體主張請求實現的權利，只能以勞動權利者之立場在國家勞動法保護下，自行尋找勞動機會，在生產手段私有之前提下，國家發揮其補充性的任務，不可能由國家負責完全提供與勞動者技能相應之勞動機會。

與古典基本權相同，早期西方學者通說仍否認憲法中有關社會基本權之規定乃人民得據以主張，並經由法院貫徹其執行之「公法上權利」(subjektive-offentliche Rechte)。

查基本人權之憲法保障著眼於國家之不行為，目的在於維護個人自由活動之領域，因此除憲法上別有保留規定外，均得主張權利之行使，而國家須就其干涉行為負舉證之責，例如言論自由之行使受國家干涉時，得向具有違憲審查權之法院起訴請求除去干涉，而行政及立法機關須就其行為提出合憲之證明。而社會基本權則反之，認為國家就特定事項負作為義務，然此項作為義務之內容與範圍往往因為社會基本權本身定義不明確，須再加具體化，否則即無法據以向法院主張其權利。例如社會保險制度（憲法第一五五條）涵蓋之項目，給付之標準以及給付之內容等，均須經具體規範後始有貫徹個人請求之可能，未經具體化之社會基本權並無「法規範效力」，法院亦無法強制其執行，僅得於立法懈怠或行政懈怠時，依權力分立原則，以選舉或罷免等手段行使政治控制 (politische Kontrolle)。

社會基本權之具體實現因此遭遇下列問題：

社會基本權內容多半極為抽象，欠缺法之明確性，何謂生存權，何謂工作權，並未有明確的內容與範圍，且生存權或工作權等應向誰主張或請求等，凡此種種在憲法中均付諸闕如。再者由於社會基本權具有積極性，常隨社會發展而改變，例如生存權的內涵由最低生活必需，演變為合理之生活水準，至今更進而為提高生活品質，甚而包括環境權等之要求，法之安定性 (Rechtssicherheit) 因之亦受到影響。

- 1 如主張社會基本權為可訴諸法院之「權利」，由於上述不明確性，致使法院須就社會基本權之內涵加以界定，此舉無異於影響憲法整體價值判斷，並侵犯立法權限。如欲在憲法中將社會基本權具體化，則使憲法內容過於繁瑣，且其內容不斷變更，動輒須以修憲程序為之，以憲法為國家根本大法之性質殊不妥當，易損及憲法之威信。
- 2 社會基本權與自由權因其本質上之差異，極易產生衝突與緊張關係，消極限制國家權力與要求國家積極作為，二者存在根本上的

矛盾，社會基本權形成實質上之法律保留(Gesetzesvorbehalt)，賦予立法者在尋求社會基本權之實踐時得侵入自由權之保護範圍，以致引起自由權內容之變動；加以社會基本權不斷擴張之結果，不免引起疑懼，不斷要求國家干涉是否可能導致自由權之喪失，致以社會基本權輔助自由權充分行使之本意將完全落空。例如充分就業之要求如擴張解釋為國家有提供人民工作之義務，則國家須將所有職位納入掌握並強制企業雇用，形成對私有財產之侵害，對個人而言甚而可能轉變為「工作義務」。

- 3 另一項考量則為社會基本權之經濟依賴性，社會基本權往往涉及國家之給付行為，然給付之內容一方面因經濟發展及社會之支付能力為標準，此點由國際規約對基本人權與社會基本權強制性之差異亦可得見，例如歐洲人權公約 (Europäische Menschenrechtskonvention) 採取司法或準司法形態之強制手段，而歐洲社會憲章 (Europäische Sozialcharta) 則以定期報告義務為已足。

- 4 社會基本權之貫徹力尚涉及國家對請求權內容之實際處分能力 (Verfügungsmacht)。

以工作權為例，充分就業政策尚須貿易政策、工業發展政策、人力政策、教育政策、貨幣政策、金融政策．．．等之相互配合，然而一方面勞工、社會、經濟政策各有其重心難免有所衝突，另一方面經濟變動因素有許多並非國家所能控制，例如國際政治、經濟局勢、技術革新、人口結構之轉變等，因此同樣限制了社會基本權之貫徹可能性。

社會基本權固然存在上述各問題，惟憲法作為基本政治規範 (politische Ordnung)，形式上藉由其「法」之形態而具規範性功能，得作為法院判斷國家行為正當合理與否之準據；實質上則以立憲為手段，藉由國會民主之方式，形成並確立全民政治理念上之共識，以促進國家之團結，是其整合功能 (integrative Funktion)。在多元化民主社會中，憲法應較以往更為強調確立基本價值觀、達成社會共識 (Basiskonsens) 之功能，以避免因多元化而導致社會分裂。如對於已成為國民共同價值信念之事項，如社會基本權，略而不言，則無法符合國民之價值觀與基本確信，可能使憲法喪失其正當性 (Legitimität)。但無可諱言，憲法之社會整合功能，仍須以其內容之具體實現為要件，故對於社會基本權之肯定，在憲法層次上縱不具備嚴格之法規拘束力 (Rechtsverbindlichkeit)，但以此種形式所表達之公意對國家機關仍具有特定拘束力，促使國家以立法及行政手段，在法律上及制度上保障人民之上項基本權利。

以上思想，近來有很大的轉變。由於勞動權的內涵在廿世紀初以來不斷增長之結果，勞動權事實上可分為兩大範疇：

- (一) 在勞動者尚未能進入僱傭關係之前，固然不能以循訴訟之途徑具體主張實現勞動權，但由於國家對國民就業既有就業安定政策上的責

任又有對個別勞工就業上輔導的義務，因此廿世紀中葉以後，就業服務之觀念普遍成為政府之重要責任。以我國而言，就業安全體系之就業服務、職業訓練及失業保險等三大重要環節，職訓法、就服法與失業保險制度已次第完成立法，勞動市場法制蔚然自成體系。勞動者之工作權已經不再是憲法中抽象政治綱領的口號而已，而是直接可以請求的具體權利。以最近政府所發給失業民眾「就業券」，即是工作權內容貫徹之最佳例證。此外政府並對適齡學童發給入學券，亦係對教育受益權之積極作為。

- (二) 在勞動者已經進入僱傭關係之後，勞動者之工作權即有兩個具體主張之對象，第一個標的是，上述勞動者與國家間的關係繼續存在，但內容有所不同，已就業中之勞動者雖然在職訓、就業方面所能主張之權利已不同於未就業者，但關於第二專長訓練、在職訓練、轉業訓練等仍然享有對國家主張職訓之權利，同樣道理，在就業方面也有若干權利可以主張，至於失業救濟制度則正是已就業勞動者當其就業安全受到威脅時最重要之保障。第二個標的，則為勞動者與雇主間之關係，蓋勞動者在僱傭關係中，對勞動條件之維持改善乃是工作權最重要的內容，勞動條件之維持與改善並不僅止於傳統的工資、工時等而已，而是擴張至工作環境權，也就是團結權、團體交涉權、爭議權行使之主要意義所在。依以上分析本件解釋與工作權之內涵根本毫不相涉，系爭管理規則並非對人民工作權之限制。

二 目的解釋

基本權雖然種類不一而足，但傳統之平等、自由權與廿世紀以來興起的受益權乃明確之分類，自由權之目的在防禦。受益權則除消極防止侵害外，尚要求國家為一定之作為。

(一) 職業選擇自由權

職業選擇自由權之法規範目的在於其防禦功能（Abwehrfunktion）之發揮。以保護當事人免於遭受立法者不當或違反比例原則之立法或授權行政命令之侵害。最顯著之例證為直接以公權力對經濟活動加以限制。

歸納言之，職業選擇自由權有以下特性：

- 1 性質：屬於自由權，與居住、遷徙自由同出一源，在傳統意義為對抗封建制度對個人之壓抑，近代意義則為防止歧視與差別待遇。
- 2 功能：職業選擇自由權乃一種防禦性權利，德國聯邦憲法法院認為，職業自由，「除教育地點選擇自由權外」，並不包括請求國家給予一定工作之請求權。換言之，職業自由並無「社會權」的性質。故職業自由既不包含有請求按自己之選擇，提供一工作職位的權利，亦不包括對曾選擇之工作職位的存在保障。同樣地，該基本權利對基於私人的決定所造成的工作職位喪失，也未提供直接的保障。
- 3 保護對象：由於職業選擇乃個人營生之方法，故其保護對象為：
 - (1) 自然人，不包括法人。

(2) 本國人。

4 內容：

- (1) 自職業選擇自由出現於德國憲法伊始，其與遷徙自由向來具有極為密切之關連。在基本法草案之中，甚至將此二基本權共同規定於同一條文中，及至該草案送交制憲會議（parlamentarischer Rat）時，始將其分別規定於基本法第十一條及第十二條。
- (2) 德國基本法第十二條規定：「一、所有德國人均有自由選擇其職業、工作地點及訓練地點之權利，業務之執行得依法律管理之。二、任何人不得被強制為特定之工作，但習慣上一般性而所有人均平等參加之強制性公共服務，不在此限。三、強迫勞動僅於受法院判決剝奪自由時，始得准許。」
- (3) 基本法第十二條對於職業自由之保障，其最重要之內容，即為聯邦憲法法院於一九五八年六月十一日藥房判決中所提出之「三階段理論」。此一理論之提出，不僅為原本意義抽象之基本法第十二條條文提供具體之職業自由保障內涵，其後，學說上以及實務上並不斷對於三階段理論之內容加以補充、修正，終於使三階段理論成為探討職業自由之保障所不可或缺之課題。

5 限制：

職業選擇自由權之限制來自兩方面，一為國家法律；另一則為行業自治團體之規範。

(1) 國家以法律對基本權之限制

進入行業自由權之限制，最主要限制為證照取得，從而對接受其入行、執業處所之選擇以及營業組織加以限制。

執業自由之限制即投資自由、生產自由、價格自由以及結束營業自由等之限制。

至於限制之程度則以憲法上對基本權限制之認許為度，尤其考量公共利益以及限制之有效性與限制之必要性。

(2) 來自職業公會之規制在學理上稱為職業自治權之作用。

早在一八四九年 von Stein 即主張將憲法中自由權落實到行政之上，人民不僅在立法中有參與權，在行政行為與行政作用中亦應有參與權，尤其與地方自治相平行團體所發揮之功能與地方政府相類似時，該團體即有權行使自治行政權，因此自治行政權係團體之固有權非國家授與。

(二) 營業自由權

營業自由權雖然同受職業選擇自由權範疇之保護，但應予特別說明，營業自由權與財產權同出於一源，蓋人生在世為謀生計，不出於財產即出於勞動，而財產權之內容不外乎所有與經營兩大項目，營業自由權則是實現財產權內容之方法。

由於營業自由權並非社會權，因此並無社會權之保障，即國家為保護「社會持分」而有一定履行義務。不過近來在理論界亦認為營業自由權也不再是消極性權利，只以國家不加侵害為已足，而是國家

應透過立法，保證對營業自由權「有效保障」。

- 1 性質：屬於自由權。
- 2 功能：是一種防禦性的權利。
- 3 保護對象：營業自由權之行使並不只限於自然人暨本國人，蓋營業之執行往往必需依賴「法人化」之形式行使結社權始克完成，因此營業自由權保護對象及於法人。又由於國際化之關係，跨國公司或多國籍公司所在多是，因此營業自由權亦擴及外國法人。因此營業自由權之主體可分為自然人與法人，自然人方面最主要者為自由業者。
- 4 內容：
 - (1) 進入行業自由
 - (2) 執業自由
 - (3) 結束營業自由
- 5 限制：營業自由權之限制來自三方面：
 - (1) 營業自由權只能在市場經濟秩序中行使，必須受國家經濟政策之統制，國家基於經濟政策上之考量，得依立法裁量權決定是否予以保障。
 - (2) 公共利益上的考量。
 - (3) 由於營業之執行尚涉及職業自治團體，故職業自治團體對營業自由權亦可依法律或命令之授權加以限制，例如律師法第十五條授權全國律師公會聯合會訂立律師倫理規範。

以律師為例：

律師就其選擇職業 (Wahl der Beruf) 與執行職業 (Ausübung der Beruf) 而言係職業選擇自由權。

律師組成律師事務所則屬營業自由權，已進入經營統制法之領域。

由於律師業務活動面甚廣，因此不能不為相當之規制，對律師之規制有直接來自法律的規制，亦有來自律師公會之規制。

(三) 工作權

- 1 性質：社會基本權之受益權
- 2 功能：工作權在消極面可透過國家對國民提供就業訓練、就業服務、失業救濟等措施，使國民免於失業造成社會安全上負擔。在積極面則透過團結、團體協商、爭議等三權，使得勞動者取得與資方平等之地位，以免在資方不斷擴大生產規模、壟斷生產工具、瓜分市場之餘，片面決定勞動條件。因此，二十世紀中葉以後，凡是民主先進國家，無不以協約自治之原則，奉為勞資關係之圭臬。按，協約自治有極其重大之社會意義，近代社會之進步，以擺脫極權專政為特徵，在昔日封建社會中王權與百姓，為統治者與被統治者二元之存在，其間少有組織或團體；然而近世所謂市民社會之形成，即在於統治者與被統治者二元關係之間，產生了許多自治團體或組織。這些組織阻止了專制極權，防止專斷，避免高壓統治。尤其是這些組織多為由下而上成立，以民主原則、自治精神運作，因此市民社會事實上乃是民主政治之基磐、人

權之溫床。而這些團體或組織中，最重要者就是由勞資雙方共同組成之「協約自治的社會夥伴」關係。事實上，社會夥伴關係之有無，已經是現代社會與非現代社會之區別指標。

3 保護對象：

- (1) 有工作能力及意願之國民（包括已就業、未就業之國民）
- (2) 受僱（從屬）勞動者
- (3) 工會

4 內容：工作權為大多數國家所承認之基本權利，雖其所涵蓋之範圍有所差異，但其內容具體豐富多樣，並非空洞觀念。

A 如依聯合國一九六六年決議之「經濟、社會、文化權利國際公約」，有關工作權之部分大致包括下列各項：

- (1) 僱傭契約締結自由(Free choice of employment)
- (2) 職業指導與訓練
- (3) 公正與良好的工作條件，包括：
 - 男女同工同酬
 - 獲致合理生活之工作報酬
 - 安全衛生之工作條件
 - 休息、休假以及工作時之合理限制
- (4) 參與或組織工會之權利及罷工權

b 對工作權作為廣泛且詳盡之規定者則為歐洲理事會

(Europarat, Council of Europe) 於一九六一年決議之歐洲社會憲章 (European Social Charter)，在全部十九條有關社會基本權之規定中約有四分之三涉及工作權，包括：

- (1) 從事工作之權利
 - 充分就業政策之推行
 - 僱傭契約締結自由(Free choice of employment)
 - 職業介紹
 - 職業指導、職業訓練與職業重建
- (2) 合理的勞動條件：
 - 合理的工作時間
 - 帶薪休假及假日
- (3) 安全衛生之工作條件
 - 安全衛生法令之公佈、施行
 - 雇主及勞動者團體就安全衛生措施之參與權
- (4) 合理勞動報酬
- (5) 團結權
- (6) 集體交涉權
- (7) 勞工保護
 - 兒童及青少年保護
 - 婦女勞動者保護
- (8) 職業諮詢權
- (9) 職業教育權

(10) 殘障者職業教育與職業重建

(11) 移居勞動者之保護

- 5 限制：工作權是一種社會的受益權，因此釋憲機關得審查者為「基於受益權所得對國家請求者，國家是否積極履行其義務」，以釋字第三七三號為例「國家制定有關工會之法律，應於兼顧社會秩序及公共利益之前提下，使勞工享有團體交涉暨爭議等權利．．．」可見大法官對此項權利之本質已有明確之認識，蓋此時大法官所審查者並非立法者對工作權之侵害，而是國家制定法律應使勞工享有團體交涉暨爭議之權利，此時國家之義務並非「不予侵害」之消極不作爲，而係使勞工享有一定權利之積極作爲。

綜上分析，本件解釋與工作權之保護目的並不相涉，作爲本案審查對象顯有未當。

三 比較解釋法

- (一) 雖然最早揭櫫「工作權」者爲德國之威瑪憲法，但現行德國基本法之基本權利規定計十七條卻並未明文規定工作權，工作權之內容係以國際公約之內容爲依據。爲何德國現行憲法中未明文規定工作權，其原因說法不一，不過該國學者與實務界之態度均坦然承認，並努力促使其基本權清單能擴及工作權。關於此點，德國與奧地利憲法書籍及相關文獻均持坦承態度．．

- 1 T. Maunz 在其國家法乙書中第一〇六頁寫道「與一些其他現代國家憲法不同，德國基本法並無一般工作權之規定」。

- 2 H. Dreier 等所著之基本權註釋第七二九頁即寫道「根據一九四八年聯合國人權宣言以及有關經濟、社會與文化條約之第六、第七章，德國亦爲簽約國，因此工作權亦受承認，從而承認人人有權自由簽訂僱傭契約以維持生計，並有權要求合理有利之勞動條件，要求符合勞動給付之合理工資與工作時間」。另同書第七三一頁寫道「從比較角度可以看出，國與國之間著眼於基本權重點有所不同，尤其關於『工作權』德國憲法未規定，但歐洲國家將工作權規定於憲法基本權計有：

I 法國一九五八年第五共和憲法前言。

II 希臘一九七五年六月十二日通過之憲法第廿二條。

III 盧森堡一八六八年十月十七日通過之憲法第十一條之四。

IV 西班牙一九七八年十二月廿九日通過之憲法第卅五條。

V 葡萄牙一九七六年四月二日通過之憲法第五十三條。」

另一方面德國卻有許多邦之憲章中亦將工作權規定爲基本權：

巴伐利亞邦憲章第一六六條第二項、第一六七條第一項。

布萊梅邦憲章第八條第一項。

黑森邦憲章第廿八條第一項、第二項。

萊茵－法茲邦憲章第五十三條第二項。

薩爾蘭邦憲章第四十五條。

西北萊茵邦憲章第四條第一項、第廿四條第一項第二、三款。

布蘭登堡邦憲章第四十八條第一項。

薩克森邦憲章第卅九條。

以上各邦均有規定工作權，具有社會權中之受益權性質。

3 Maunz, Durz 等之基本權註釋書第五十頁，寫道「工作權是憲法中基本權，但卻仍有待規定 (etwa noch weiterer normative Aktualisierung bedurftigen) 工作權的法理基礎優先於以自由保障為目標的職業選擇自由權。從社會基本權的角度觀之，依據工作權能提出許多請求主張，向國家請求創造就業機會、提供就業服務、調配或維持工作機會。因此，工作權之實現有待私經濟體制從民法、勞動法、經濟法各方面之配合，基本法第十二條職業選擇自由權則與此完全無涉。」

4 T. Schamm 在國家法第二冊基本權保障第十三頁寫道：「源自自由主義之自由權具防禦功能以防止國家侵害。反之憲法的社會國原則卻強調國家之積極給付為國家未來最重要任務。這項國家功能的改變，促使大家對基本權加以討論，於是擴大憲法基本權清單以增訂社會權之議四起，其間並有一部分社會權已由邦憲予以規定。在一向為各界所倡議，認為應增訂在基本權清單者計有『工作權』、『教育權』、『健康保護權』、『生活必須之供給照顧權』、『環境保護權』等。」

5 Alfred Sollner 在其勞動法乙書中第卅二頁寫道：「不管如何努力，在現行德國基本法中都找不到一項對所有人都能適用之『工作權』規定」。

6 Tomandl 在其勞動法中第八十六頁道「作為社會基本權的『工作權』，在奧地利憲法中並未規定，不過必須歸功於國際勞工組織之努力者，奧地利簽訂了國勞組織之多項公約，因此工作權之內容亦能在內國實現」。

7 Floretta-Spielbuchler-Strasser 在其勞動法 I 冊第七十五頁寫道：「奧地利憲法基本權中並未規定工作權，不過在解釋上現行勞動法均符合憲法之原則」。

惟我國部分學者不知出於何種動機，竟將德國憲法中所未明文規定之工作權與職業選擇自由權甚至營業自由權混為一談，嚴重者甚至提出政黨有無工作權之類匪夷所思之問題，而實務界竟然亦為之所誤導。例如：I. 民國八十六年六月司法院編印之德國聯邦憲法法院裁判選輯（七）－職業選擇自由與工作權；II 民國七十九年十月司法院編印德國聯邦憲法法院裁判選輯（一）第一二八頁「職業自由（工作權）之判決」。

（二）日本憲法對於職業選擇自由權與工作權分別予以規定：

1 日本憲法第廿七條規定：「國民均有勞動之權利與義務。關於工資、勞動時間、休息及其他勞動條件之標準，依法律規定之。」

2 日本憲法第廿二條則規定：「任何人在不違反公共福祉之範圍內，均享有居住、遷移及職業選擇之自由。

任何人之移居外國或脫離國籍之自由，不得侵犯。」

從日本憲法之規定可看出，勞動權與職業選擇之自由權非常清楚的分

屬於兩個完全不同的範疇，勞動權的社會受益權性格，在其憲法第廿七條尤其是第二項中特別加以強調，而職業選擇自由權則仍屬於古典自由權之範疇，而與居住遷移之自由權並列，對此日本法院有不少判例可供參考。

綜上分析，人民營業之自由與憲法上工作權屬於不同範疇之基本權，不宜混為一談。

四 體系解釋

- (一) 各國對於自由權利之規定，有採「憲法直接保障主義」者，有採「法律保障主義」者。即使憲法直接保障主義，亦有列舉主義、概括主義，及列舉概括兼採主義。以兼採之折衷主義，最能充分保障人民權利自由，我國憲法採之；除自第七條至第十八條對人民各種權利自由一一列舉規定外，復於第廿二條作概括之規定：「凡人民之其他自由權利，不妨害社會秩序、公共利益者，均受憲法之保障。」足以補充列舉規定之不足也。

我國憲法第二章所規定之人民基本權利與自由，已列舉者有廿八種即平等權、人身自由、不受軍事審判自由、居住、遷徙、言論、講學、著作、出版、秘密通訊、信仰宗教、集會、結社、生存權、工作權、財產權、請願、訴訟、訴願、選舉、罷免、創制、複決、應考試、服公職、受國民教育、向國家請求國家賠償（有名的權利自由，計廿七種），以及其他權利自由（無名的權利自由即所謂人權清單以外之基本權利，即第廿二條之概括的規定）。

- (二) 憲法第廿二條規定與第廿三條共同形成基本權體系，並對基本權體系之成長發揮開展之作用：

1 我國憲法第七條至第廿一條之規定在學理上稱為「制度性之保護」規定，意即此等基本權均有其明確之形式與內容，憲法對其保障以避免立法者恣意影響或妨礙此等權利內容之存續，或使其悖離原有之宗旨與目的，因此在憲法第廿三條規定雖得以法律對此等基本權加以限制，但以防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者為限，此時立法者之裁量權相當有限，只能針對上述事由之有無以及必要性之存在與否加以判斷。釋憲機關所審查者，在於立法權是否透過立法過程對人民基本權利之侵害。

2 至於憲法第廿二條在學理上稱為「憲法授權」保護規定，意即人民之其他自由及權利內容繁多憲法不能一一列舉，除非其自由及權利妨害社會秩序公共利益者外，立法者得立法對之加以保護，此時立法者之裁量權較諸第廿三條情形為大，不但得決定是否立法並得決定在何種範圍內、何種要件下加以保護，釋憲機關所得審查者，即立法機關是否符合立法明確以及授權明確等原則，基本上釋憲機關應尊重立法裁量權，免貽干涉或指導立法之非議。

- (三) 依據以上分析，本件結論雖然正確，但卻與推論之前提之基本權間欠缺邏輯關聯性。對法理體系之建立與完成並無釋憲上的意義。

參 結論

- 一 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，依我國憲法第廿二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。
- 二 憲法基本權利未於人權清單之中明文規定並不表示在基本權利之譜系中即不存在。事實上人權清單中之基本權利固然係基本權利，人權清單以外依據世界人權宣言或公約所規定之基本權利同樣可受到憲法之保護。以德國而言，工作權雖未規定在基本權利清單之中，但其邦憲章有相當詳細之規定，另一方面加入歐盟之後，歐洲社會憲章之社會基本權對德國當然亦適用，因此我國部分學者大可不必穿鑿附會將原本不同範疇之基本權混為一談。
- 三 基本權利是否規定於人權清單之中其差別實益在於，依據我國憲法第廿三條規定工作權因明文規定於第十五條，除有防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序、增進公共利益等情形不得限制。至於職業選擇以及營業自由權，則係依憲法第廿二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。
- 四 釋憲機關審查工作權時，由於工作權之社會權、受益權性質，其審查與具有防禦性自由權的職業選擇自由權、營業自由權即有很大不同。

工作權係一種受益權，傳統觀念認為國家對人民受益權究竟履行至何種程度，既無具體標準很難判斷是否違憲，其實這種想法相當落後，蓋受益權在廿世紀初葉於各國憲法中多仍以政治綱領式內容存在，但在廿世紀中葉以後，受益權從憲法綱領式內容經過大量立法，落實成為普通法律，此等法律是否符合基本權之理念與宗旨，尤其在從憲法政治綱領轉換成普通立法時，能否忠於憲法秩序與民主法治精神，實乃釋憲機關亟應關照之要務。

註一：Radbruch, Rechtsphilosophie 5, (Fultgart 1956) ,211; Heinz Schaffer, Verfassungsinterpretation in Österreich, Forschungen aus Staat und Recht 18, Springer-Verlag, Wien 1971, 16.

註二：Grundgesetz und Katellgesetz, 1950, 12.

註三：Heinz Schaffer, Verfassungsinterpretation in Österreich, Forschungen aus Staat und Recht 18, Springer-Verlag, Wien 1971, 194.

註四：例如：工會組織團結權誤為結社權－釋字三七三號釋字第三七三號解釋，系爭標的並非結社自由權而係工作權。司法院釋字第三七三號解釋理由書中「……國家制定有關工會之法律，應於兼顧社會秩序及公共利益之前提下，使勞工享有團體交涉及爭議等權利……」此段理由書之結構值得重視。蓋文法上使用「國家……應……使勞工享有……之權利」乃是針對受益權所為之積極作為，不同於國家對一般自由權「不得對……予……侵害」者，大異其趣，足證當時大法官亦體認到受益權之社會權意義，可惜其結論竟是「侵害從事此項職業人民在憲法上保障之結社權」。組織工會為工作權的問題

，不論依一九六六年的聯合國決議之「經濟、社會、文化權利國際公約」或一九六一年歐洲理事會決議之「歐洲社會憲章」，團結權均為工作權之項目，其目的在勞動者組織工會可與雇主立於平等地位，勞資雙方共同發揮協約自治的社會伙伴關係，而非一般的結社自由權，但因多年來我們對工作權內容不能加以充實，以致於無法明確識別其權利性質，造成解釋對象妥適性發生問題。

註五：Heinz Schaffer, Verfassungsinterpretation in Österreich, Forschungen aus Staat und Recht 18, Springer-Verlag, Wien 1971, 10.

註六：Heinz Schaffer, Verfassungsinterpretation in Österreich, Forschungen aus Staat und Recht 18, Springer-Verlag, Wien 1971, 78.

註七：迄今日本憲法第二十二條仍將職業選擇自由與居住遷徙自由並列，我國自清末以來多次憲法草案，亦可供參考：

- (一) 天壇憲草（民國二年十月三十一日）第八條規定，「中華民國人民有選擇住居及職業之自由，非依法律不受制限。」按本草案將選擇住居之自由與職業選擇自由並列。
- (二) 中華民國約法（民國三年五月一日）第五條第三款規定，「人民於法律範圍內，有保有財產及營業之自由。」按本草案將財產權及營業自由權並列。
- (三) 中華民國憲法（民國十二年十月十日）第九條規定，「中華民國人民有選擇住居及職業之自由，非依法律，不受制限。」本草案亦將選擇住居之自由與職業選擇自由並列。
- (四) 太原擴大會議約法（民國十九年十月二十七日）第三十八條規定，「人民有選擇居住及職業之自由，非違背公共利益及良善風俗不得干涉。」本草案亦將選擇住居之自由與職業選擇自由並列。
- (五) 訓政時期約法（民國二十年六月一日）第三十七條規定，「人民得自由選擇職業及營業，但有妨害公共利益者，國家得以法律限制或禁止之。」本草案則將職業選擇自由權與營業自由權並列。
- (六) 中華民國憲法（民國三十五年十二月二十五日）第十五條規定，「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」現行憲法第十五條則將生存權、工作權、財產權三者並列。

註八：Norbert Wimmer, Materiales Verfassungsverständnis, Forschungen aus Staat und Recht 15, Springer-Verlag, Wien, 1971, 111.

註九：Badura, in Schmidt-Assmann, Besonderes Verwaltungsrecht, 11 Aufl. 1999, S. 308ff.

註十：學界認為雖然在形式上二者同受基本法第十二條之保護，但在實質上則係兩項不同的權利。

註十一：J. Locke, Two Treatises of Government, 1689, Book II, Chapter V, § 25ff; die Verknüpfung von Arbeit und Eigentum taucht erstmals bei Albertus Magnus auf; siehe

dazu O. Langholm, Economics in the Medieval Schools, 1992, S. 172f. mit Nachweisen.

註十二：I. Kant, Kritik der Urteilskraft, 1790, § 83; vgl. dazu P. Krause, Die Lehre von der Arbeit in der Philosophie des Deutschen Idealismus und die Bedeutung für das Recht, 1965, S. 37ff. (89).

註十三：J. G. Fichte, Die Sittenlehre, 1812, in: I. H. Fichte (Hrsg.), Nachgelassene Werke, Bd. XI, 1834/35, S. 91f. und 96; auch dazu Krause, Lehre (Fn. 3), S. 118ff. (177); Z. Batscha, Die Arbeit in der Sozialphilosophie; J. G. Fichtes, in: Archiv für Sozialgeschichte XII (1972), 1ff.

註十四：G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 127 und § 196ff.; dazu wiederum Krause,

Lehre

(Fn. 3), S. 203ff.; ferner S. Z. Lim, Der Begriff der Arbeit bei Hegel, 1963.

註十五：P. Haeberle, Vielfalt der Property Rights und der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff, in AOR, 1984, S. 36ff.

註十六：如Korinek, Dirschmied, Tomandl, Cerny, Ohlinger, van der Ven 皆採此見解。

註十七：T. Tomandl, Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht, in: Recht und Staat, H337/8, S. 37, 1967.

註十八：Edwin Leobenstein, a.a.O.

註十九：Walter, in: Water-Schnorr, die Grundrechte mit Arbeitsrechtsbeziehungen und die Neufassung des österreichischen Grundrechtskataloges, 1976, S. 7f; 陳新民，論「社會基本權利」，見「憲法基本權利：基本理論」，上冊，第九五頁以下，特別是第一一六、一一七頁。

註二十：詳見Tomandl，前揭第二三頁以下。

註二十一：參見歐洲人權公約第三節及第四節有關違反公約時委員會及歐洲法院之程序上規定，以及歐洲社會憲章第四部分（第二一條以下）之規定。Ermacora, Rechtsquellen zu den Grundfreiheiten und Menschenrechten in Österreich, Wien, 1988 B1, B6.

註二十二：Rupert Dollinger, Das Recht auf Arbeit in wirtschaftlichen und politischen Wandel, in: FS Floretta, Arbeitsrecht und soziale Grundrechte, Wien, 1983, S. 131ff.

註二十三：Theo Ohlinger, Soziale Grundrechte, in: FS Floretta, S. 271 ff, 280ff.

註二十四：J. P. Müller, Soziale Grundrechte in der Verfassung? 2 Aufl. 1981, S. 2; Horner, Die Soziale Grundrechte 1974

- 註二十五：中華民國八十八年十一月一日，行政院勞工委員會職業訓練局八十八職業字第○一一七七九七號發布，就業券試辦要點。
- 註二十六：Norbert Wimmer, *Materiales Verfassungsverständnis*, *Forschungen aus Staat und Recht* 15, 1971, 111f.
- 註二十七：Vgl. Breuer, *Freiheit des Berufs*, *HbStR* VI, 1989 §147, Rn. 7.
- 註二十八：Vgl. Badura, *Staatsrecht*, 1986, S. 67; Schmidt-Bleibtreu/Klein, *GG Vorb. Art. 1* Rn. 18.
- 註二十九：憲法裁判選輯（七），（統一條約案）C. III. 1.
- 註三十：Rudolf von Gmeisd 則進一步將自治分為國家統治權的自治行政與經濟的自治行政。Otto von Gierke 則從結社組織觀念出發，認為結社組織乃是真正集合人格。Gierke因此認為自治行政並非相對獨立於國家之人合組織，而是「真正的市民自由權之化身」（Georg Stillefried, *Berufliche Selbstverwaltung und autonomes Satzungsrecht*, *Forschungen aus Staat und Recht* 106, 1994, 187f.），每一個人都有權參與公共事務。
- 註三十一：Norbert Wimmer, *Materiales Verfassungsverständnis*, *Forschungen aus Staat und Recht* 15, 1971, 111f.
- 註三十二：主要有下列十種：律師、代書、醫師、藥師、工程師、牙醫師、助產士、會計師、獸醫師、專利代理人。
- 註三十三：律師公會對律師之規範，學理上稱之為職業自治團體之行政權，為一種自治行政，有以下特徵：
- 有公法人之人格。
 - 會員強制入會。
 - 機關組織依民主原則。
 - 有自治行政權能得制訂自治規章。
 - 有公法上權利義務，尤其對其成員有公法關係。
 - 有私法上財產權之權利能力。
 - 不受國家行政命令之拘束，但受監督。
 - 財政獨立，預算自主。
- 註三十四：強制入會（律師法第十一條）。
- 限制登錄法院數目上限（律師法第七條）。
 - 禁止複數事務所（律師法第二十一條）。
 - 不接受委託之通知義務（律師法第二十四條）。
 - 禁止污職行為（律師法第二十九條）。
 - 不得兼任公務員（律師法第三十一條）。
 - 不得兼營商業（律師法第三十二條）。
 - 禁止受讓系爭權利（律師法第三十四條）。
- 註三十五：不正招攬業務禁止（律師倫理規範第十二條）。
- 訂定律師報酬基準上下限（律師法第十六條授權）。

律師倫理規則之制定（律師法第十五條授權）。

禁止提攜非律師（律師倫理規範第十七條）。

禁止雙方代理（律師倫理規範第三十條、第三十二條）。

守秘義務（律師倫理規範第三十三條）。

註三十六：經濟、社會、文化權利國際公約第六條至第八條。

註三十七：參見歐洲社會憲章，第二部分第一條至第十九條。

註三十八：第一種說法認為，基本法第十二條對工作權不加規定導因於對納粹之反省，故以禁止強制勞動為內容，而不對工作權正面加以規定。事實上在基本法草案中，將現行第十一條之遷徙自由與第十二條職業選擇自由規定在同一條，及至該草案送交制憲會議（parlamentarischer Rat）時，始將其分別規定於基本法第十一條及第十二條，以避免發生類似於國社主義時代之強制勞動現象。另一種說法則認為，國家對國民提供工作機會，係以國家對工作機會有統籌或壟斷之情形為前提，國家若無統籌或壟斷之情事，即難謂有提供就業機會之義務。Theodor Maunz, Grundgesetz, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991, 12-47.

註三十九：姚立明，憲法「工作權」之性質－簡介西德憲法法院四個代表性判例，中山社會科學季刊第二期，民國七十八年六月，第一三四至一四四頁。

註四十：李惠宗，憲法工作權保障之系譜，憲法解釋之理論與實務，中央研究院中山人文社會科學研究所專書（44），民國八十七年六月，第三五四頁。

註四十一：日本法院有關職業選擇自由之判例重要者如下：

企業廢止之自由，與職業選擇之自由，經濟行為自由之原則，成為表裏一體（昭和三十五年七月十二日神戶地○支判。昭和三十五年（）十七號，勞民例集十一卷四號七六三頁）。

司法代書法第四條規定司法代書之業務應經許可始得營業，自一般國民利益保護之見地可認為必要之自由限制，故不違反憲法第二十二條（昭和三十六年四月十四日大阪高判。昭和三十五年（）一三三二號，行裁集十二卷四號九〇一頁）。

禁止醫業類似行為為業之按摩師、針師灸師及柔道整復師法第十二條、第十四條，不違反憲法第二十二條（最高昭和三十一年一月二十七日大法庭（田中、小谷、島、齋藤、藤田、河村（）、垂水、河村（大）、下飯、奧野、高木、石 各裁判官）判。昭和二十九年（）二九九〇號、刑集十四卷一號三十三頁、裁判所時報二九八號四頁、時報二一二號四頁）。

禁止非醫師之人執行醫業之醫師法第十七條，不違反憲法第二十二條（昭和三十六年十二月十三日東高刑一判。昭和三十

十六年（）八四一號、下級刑集三卷一一・二號合併號一〇一六頁、東高刑時報十二卷十二號二四七頁）。

藥事法第五條，不違反憲法第十三條、第二十二條及第十四條（昭和三十七年十月二十四日東地判。昭和三十七年（行）四七號，行裁例集十三卷一〇號一八五八頁）。

技術師法第三十九條乃所謂名稱獨占規定，非剝奪或限制職業選擇之自由本身，且符合於科學技術之向上，國民經濟之發展之公共福祉，故不違反憲法第二十二條（昭和三十六年六月八日集地判。昭和三十三年（）一〇五四七號、訟務月報七卷六號一二八一頁）。

原判決肯定律師公會對所屬律師所發之退會命令，乃非剝奪上訴人之職業選擇之自由（最高昭和三十四年十二月四日二小（藤田、池田、河村、奧野各裁判官）判。昭和三十三年（）八三一號、民集一三卷一二號一五九九頁、時報二〇七號一九頁）。

賣春防止法第十二條，不違反憲法第二十二條（最高昭和三十六年七月十四日二小（藤田、池田、河村、奧野、山田各裁判官）判。昭和三十六年（）六三七號、刑集一五卷七號一〇九七頁）。

抄萬○企業股份有限公司（法定代理人蔡○琨）聲請書

茲依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款及第八條第一項之規定，聲請解釋憲法，並將有關事項敘明如左。

聲請事項

為聲請人受台北市政府八五府訴字第八五〇六九七一八號訴願決定書（附件一），教育部八十六年訴字第八六〇〇三六二三號再訴願決定書（附件二）及行政法院八十七年度判字第一二九二號判決（附件三），其適用違憲法規之結果，違反憲法第十五條、第二十二條及第二十三條之規定，侵害聲請人受憲法保障之財產權、生存權及營業自由。茲依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定聲請貴院大法官解釋教育部於民國七十九年十二月十日以教育部台（七九）參字第六二八一號令訂定發布之「遊藝場業輔導管理規則」（附件四）第十三條第十二款及第十七條第三項之規定及行政法院依上開規定而諭知聲請人敗訴之確定判決，牴觸憲法而無效。

說 明

一、聲請解釋憲法之目的

（一）現代法治國家乃以人權保障為最終目標，法律的一般性、公開性與預先性可確保正義、防止特權與歧視的發生，並可維護、提昇行政行為的可量度性、可預見性與可信賴性，以保護人民免於遭受來自行政權之突襲。尤其就侵害人民之自由及財產等基本權利，必須透過法律方得加以限制之，此即「法律保留原則」之精義，具體表現於我國憲法第二十三條、中央法規標準法第五條及第六條中。但教育部於民國七十九年十二月十日頒布之前述「遊藝場業輔導管理規

則」第十三條第十二款及第十七條第三項前段，卻以行政命令為基礎即授權行政機關可撤銷人民之營業許可，剝奪限制人民之財產權、生存權及營業自由，違反法律保留原則。

另上開遊藝場業輔導管理規則之規定，要求主管機關於受處分人違反時直接予以撤銷營業許可之處分，未採取對人民權益侵害較少之可替代性措施，直接採取最嚴厲之制裁手段，違反比例原則，亦構成違憲。

故懇請 鈞院大法官儘速審理本案，逕行宣告違憲法令無效，以保障人民之基本權利。

- (二) 本件解釋應適用於行政法院八十七年度判字第一二九二號判決，聲請人得依行政訴訟法再審之規定，據以聲請救濟。

二、疑義之性質與經過及涉及之憲法條文

(一) 事實經過：

緣台北市政府警察局萬○分局於民國八十五年六月十日十四時二十分，在台北市峨嵋街五十二號九樓臨檢聲請人設於百貨公司樓上之遊藝場，以發現聲請人容留未滿十八歲青少年進入營業場所打電動玩具為由，認定係違反遊藝場業輔導管理規則第十三條第十二款規定「電動玩具業及撞球業不得容許未滿十八歲之兒童及少年進入其營業場所」，乃依同規則第十七條第三項前段之規定，以八十五年七月十一日北市教四字第第八五二三六○二二號函撤銷其營業許可，聲請人不服，循序提起訴願、再訴願及行政訴訟，均遭駁回。

(二) 歷經訴願、再訴願及行政訴訟程序，聲請人主張：

1. 原處分違反法律保留原則：原處分撤銷原告營業許可之處分乃依教育部所頒布之「遊藝場業輔導管理規則」所作成，該規則係行政規則，既非法律亦非依法律授權訂定之法規命令，被告無權依據此規則作出侵害人民權利之處分，故係違反法律保留原則之行政處分，有重大違法之瑕疵。
2. 原處分違反比例原則，依法應予撤銷，原告所經營者乃益智性電動玩具（與現代一般家庭擁有之任天堂等電視遊樂器性質相近），非「遊藝場業輔導管理規則」所欲規範處分之「賭博性、色情性電動玩具」，警政署亦曾多次發函（附件五）所屬各單位聲明「各單位執行『旭日方案』或查察臨檢電動玩具店，應依少年福利法及兒童福利法之規定，以含有賭博、色情性及暴力之虞者為對象，對於具正當育樂性、益智性之電動玩具業，不列為執行查察臨檢之對象。」被告無權以容許十八歲以下青少年進入益智性電動玩具遊藝場而撤銷聲請人之營業許可。
3. 「台灣省化學肥料配銷辦法」、「醫事檢驗人員管理規則」、「管理娼妓辦法」等行政命令因違反法律保留原則，未經立法程序或未經法律授權，行政法院均拒絕其適用，而撤銷原處分。
4. 必要性原則之審查不僅適用於系爭處分亦同時包括適用於系爭管理規則之審查。

為達成行政目的，有多數行政手段存在時，應採取對人民權益侵

害最小之手段，本案中行政機關未採行先行警告、通知或罰鍰等其他對人民權益侵害較少之可替代性措施，而直接採取最嚴厲之制裁手段撤銷營業許可，自係違反必要性原則。

(三) 綜觀訴願、再訴願及行政訴訟程序中，駁回聲請人之決定及判決理由為：

1. 查上開遊藝場業輔導管理規則係教育部基於其職權所訂定發布，其內容明定人民經營遊藝場業應申請許可始得營業，並設有許可條件，營業應遵守事項及其違反者撤銷許可等規定，否則即與「禁反言」之法理相違背。是以依遊藝場業輔導管理規則申請營業許可後，違反該規則第十三條第十二款「電動玩具業及撞球業不得容許未滿十八歲之兒童及少年進入其營業場所」之規定者，主管機關得依同規則第十七條第三項前段規定，撤銷其許可。
2. 上開規則明定業者不得容許未滿十八歲之兒童及少年入內，符合該規則「為輔導管理遊藝場業合法經營，推行正當休閒活動，以維護國民身心健康、社會安寧及善良風俗」之訂定目的。原告違反之，被告依同規則規定撤銷其許可，並無不合，且難謂無必要或與法律保留原則有違。
3. 又遊藝場業輔導管理規則第十七條第三項前段之處罰僅撤銷營業許可一種，行政機關依該規則處分，亦難謂與比例原則有違。
4. 再按上開規則係教育部依職權訂定之命令，直接對外發生效力，屬法規命令，並非僅規範行政機關公務員之行政規則。上開規則與台灣省化學肥料配銷辦法等法規目的、權源均不相同，尚無從比附援用。
5. 次查系爭規則係教育部於七十九年十二月十日於職權所發布之中央法規，在未經循法規修正或廢止程序前，或經大法官解釋宣告其無效前，仍屬有效，對聲請人仍有拘束力，聲請人無權置喙其合法性。再者，法規如經廢止或大法官解釋宣告無效，基於法安定性理由及公益之影響，原則係向後失其效力，而非追溯失效。
6. 另公務員必須依法行政，包括依法律及法規命令行政，依本規則第十七條第三項規定：違反第十三條第十二款規定撤銷其許可。如被告於原告違規事證明確，卻消極不適用法規，而不予撤銷其營業之許可，違反法規課予之作爲義務，係違法行政，不符依法行政原則。
7. 次查關於台北市政府再訴願答辯書中指出，目前各行政機關對執行本身主管事務所依據之法規或行政命令效力見解乙節，行政機關為有效執行法規，據此見解反覆處理某類事務已為行政慣行，非不得為行政法源之一（參照行政法院四十八年判字第五十五號判例），在本規則未經廢止或被宣告無效前，如否定被告對原告違規事實之處分決定，有違行政平等原則。
8. 另行政機關為行政行為應考量「公益原則」，所謂「公益原則」：即各個成員之事實上利益，經由複雜交互影響過程所形成理想

整合狀態，保護青少年身心健康為國家教育方針，遊藝場業之管理對於維護國民身心健康、社會安寧及善良風俗不無影響，且邇來政府掃蕩非法電玩業者不遺餘力，頗具成效，亦為民眾所贊同，電玩業者合法經營仍有生存空間，被告考量前述事實，撤銷原告遊藝場業設立許可，符合「公益原則」。

9. 本規則係教育部依中央法規標準法第七條前段規定依其職權訂定之命令，其性質係屬法規命令，除適用之對象為一般人民外，直接對外發生效力，與行政規則原則以行政機關之公務員為規範對象，且以對內生效為原則不同。

惟上開理由及答辯事由均誤將「遊藝場業輔導管理規則」誤認為「法規命令」，事實上其並非經法律授權訂定之法規命令，卻對人民之基本權利事項加以規範，且加以侵害，違反法律保留原則。

(四) 涉及之憲法條文：

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。」憲法第二十二條規定：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」足見人民之生存權、財產權及營業自由等基本權利均受憲法保障。

憲法第二十三條明文：「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。」中央法規標準法第五條明文：「左列事項應以法律定之：一、憲法或法律有明文規定，應以法律定之者。二、關於人民之權利、義務者。三、關於國家各機關組織者。四、其他重要事項之應以法律定之者。」同法第六條：「應以法律規定之事項，不得以命令定之。」由上述憲法及中央法規標準法之條文，可見我國已將「法律保留原則」奉為圭臬，並納入成文法中。

另憲法第二十三條亦明文，為特定之目的方得於「必要時」以法律限制人民自由權利，乃係「比例原則」之體現。而今由於適用上開「遊藝場業輔導管理規則」第十三條第十二款及第十七條第三項前段之結果，致使聲請人受憲法保障之生存權、財產權及營業自由受到侵害及剝奪，聲請人已別無其他法律上救濟途徑，故依法聲請大法官解釋前揭行政命令之規定，違背憲法第十五條、第二十二條及第二十三條之規定。

三、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

(一) 聲請解釋憲法之理由：

1. 依憲法第二十三條規定，限制人民之自由權利，僅得以法律為之。另依中央法規標準法第五條第二款規定：「關於人民之權利、義務者，應以法律定之。」第六條規定：「應以法律規定之事項，不得以命令定之。」本案撤銷人民營業許可之行政處分，造成對人民基本權利之侵害。依憲法及中央法規標準法之規定，應有法律之明文授權作為處分依據，上述輔導管理規則乃教育部自行發布之「行政規則」，僅係作業性內部規範，不得對涉及人民之權利義務事項加以規範，否則即違法律保留原則，今竟據此行政

規則（輔導管理規則），作出侵害人民權益之侵益處分，未經法律授權，乃屬違憲。

原行政法院判決未能深切體認依法行政及法律保留原則之精義，竟謂「遊藝場業輔導管理規則」係教育部依職權訂定之命令，直接對外發生效力屬法規命令，此乃本末倒置之說法，並非具有外部效力對人民之權利義務加以規範之行政命令，即可稱為「法規命令」，唯有符合授權明確原則，依法律授權訂定者，方係所謂法規命令，方得對人民權利義務事項加以規範。

2. 行政權力之行使須有助於法定目的之達成（妥當性原則）；僅能在必要性的限度內行使，使人民權利儘可能遭受最小之侵害（必要性原則）；同時必須就行政目的達成之利益與侵害人民權利之間，作一衡量，必須證明前者重於後者，才可侵犯人民之權益（比例性原則）。本案中作成撤銷營業許可處分之目的，無非係為達成保護十八歲以下未成年人身心健康，免於沈溺於賭博性、色情性電動玩具此一行政目的，但本案之機動遊藝場乃聲請人設於百貨公司樓上之遊藝場，其營業項目為「機動遊藝場」，與一般之賭博電動玩具遊藝場迥然不同，在原營利事業登記證上第三項明白載明：「機動遊藝場（今日世界育樂中心）（小型電車、滑車、火箭、搖車、飛靶、彈珠機、足球、曲棍球、棒球、馬台等）（電動玩具除外）。」該第三項僅為機動玩具，純屬兒童玩樂及乘騎類鍛鍊體能之機具。迨八十五年一月新領營利事業登記證中，第三項始增加「暨經營（電動玩具）業務（賭博性、色情性電動玩具除外）」等字樣。從而知聲請人機動遊藝場中之機具，包含兩種不同營業項目。而聲請人為大眾投資股票上市公司，正派經營，切實遵守營利事業登記證上記載之「賭博性、色情性電動玩具除外」之規定，從無此項機具擺放，主管機關屢有突檢，從無擺設賭博性、色情性電動玩具之紀錄。足以證明聲請人機動遊藝場之益智性電動玩具，其非但無礙於青少年身心之正常發展，反係提供一正當的休閒娛樂場所，故撤銷其營業許可無助於行政目的之達成。

世界各國均未限制青少年進入此類場所，否則將有劣幣驅逐良幣之虞，純娛樂性之休閒性場所將為賭博性電玩所取代。警政署亦曾多次發函所屬各單位聲明「各單位執行『旭日方案』或查察臨檢電動玩具店，應依少年福利法及兒童福利法之規定，以含有賭博、色情性及暴力之虞者為對象，對於具正當育樂性、益智性之電動玩具業，不列為執行查察臨檢之對象。」故該輔導管理規則條文明顯違反妥當性原則。其次，此輔導管理規則相關規定嚴重地侵害人民之財產權、營業自由乃至生存權，行政機關並未採行先行警告、通知或罰鍰等其他對人民權益侵害較少之可替代性措施，直接採取最嚴厲之制裁手段，該輔導管理規則條文違反必要性原則；另就其所欲追求之行政目的無法達成，目的與手段間失衡不成比例，該輔導管理規則自係違反比例性原則。比例原則乃

行政法中之「帝王條款」，該輔導管理規則相關條文，自因違反比例原則而無效。

(二) 聲請人對本案所持之立場與見解：

1. 大法官已於釋字第三一三號解釋、釋字第三六三號解釋、釋字第四四三號解釋及釋字第四五四號解釋中明文肯認法律保留原則：

(1) 釋字第三一三號解釋：

對人民違反行政法上義務之行為科處罰鍰，涉及人民權利之限制，其處罰之構成要件及數額，應由法律定之。若法律就其構成要件，授權以命令為補充規定者，授權之內容及範圍應具體明確，然後據以發布命令，始符憲法第二十三條以法律限制人民權利之意旨。民用航空運輸業管理規則雖係依據民用航空法第九十二條而訂定，惟其中因違反該規則第二十九條第一項規定，而依同規則第四十六條適用民用航空法第八十七條第七款規定處罰部分，法律授權之依據，有欠明確，與前述意旨不符，應自本解釋公布日起，至遲於屆滿一年時，失其效力。（八二、二、一二）

(2) 釋字第三六三號解釋：

地方行政機關為執行法律，得依其職權發布命令為必要之補充規定，惟不得與法律牴觸。台北市政府於中華民國七十年七月二十三日發布之台北市獎勵投資興建零售市場須知，對於申請投資興建市場者，訂有須「持有市場用地內全部私有土地使用權之私人或團體」之條件，係增加都市計畫法第五十三條所無之限制，有違憲法保障人民權利之意旨，應不予適用。（八三、八、二九）

(3) 釋字第四四三號解釋：

……而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十條及第二十一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：諸如剝奪人民之生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微之影響，尚非憲法所不許。……憲法第二十條規定，人民有依法律服兵役之義務，係指有關人民服兵役之重要事項均應以法律或法律明確授權之命令予以規定。

（八六、一二、二六）

(4) 釋字第四五四號解釋：

憲法第十條規定人民有居住及遷徙之自由，旨在保障人民有自由設定住居所、遷徙、旅行，包括出境或入境之權利。對人民

上述自由或權利加以限制，必須符合憲法第二十三條所定必要之程度，並以法律定之。中華民國八十三年四月二十日行政院臺內字第一三五五七號函修正核定之「國人入境短期停留長期居留及戶籍登記作業要點」第七點規定（即原八十二年六月十八日行政院臺內字第二〇〇七七號函修正核定之同作業要點第六點），關於在臺灣地區無戶籍人民申請在臺灣地區長期居留得不予許可、撤銷其許可、撤銷或註銷其戶籍，並限期離境之規定，係對人民居住及遷徙自由之重大限制，應有法律或法律明確授權之依據。除其中第一項第三款及第二項之相關規定，係為執行國家安全法等特別法所必要者外，其餘各款及第二項戶籍登記之相關規定、第三項關於限期離境之規定，均與前開憲法意旨不符，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時失其效力。關於居住大陸及港澳地區未曾在臺灣地區設籍之人民申請在臺灣地區居留及設定戶籍，各該相關法律設有規定者，依其規定，併予指明。（八七、五、二二）

本案中之「遊藝場業輔導管理規則」乃教育部於民國七十九年十二月十日頒布施行，迄經濟部於民國八十六年七月九日以經濟部經（八六）商字第八六〇二〇六一一號令修正名稱及全文十九條，更名為「電子遊藝場業輔導管理規則」（附件六）後，原「遊藝場業輔導管理規則」第十七條第三項前段撤銷營業許可之規定已遭刪除。惟本案係發生於原「遊藝場業輔導管理規則」適用期間，為使聲請人得於個案獲得救濟，茲聲請大法官逕行宣告原「遊藝場業輔導管理規則」第十三條第十一款及第十七條第三項前段無效或不適用。

2. 行政法院見解：

行政法院亦認為行政命令不得有侵害人民權利或其他制裁性之規定，侵害人民權利或制裁性規定應以法律定之，否則即屬違背法律保留原則，行政命令有侵害人民權利規定者，行政法院均宣告其違法而拒絕適用，如：

- (1) 台灣省政府糧食局依「台灣省化學肥料配銷辦法」規定之罰則，沒收（入）農民私自買賣肥料之事件，經行政法院認為：「沒收之罰則，既與人民之財產權有關，即必須經過立法程序，方能發生法律之效力。在未完成立法程序前，尚難遽予適用」（四十八年判字第五十二號判例），其後台灣省政府對違規買賣肥料者，改採強制追回而不稱沒收或沒入，行政法院仍堅持其違反當時之中央法規制定標準法第四條第二款之規定（五十一年判字第二八三號判例）。
- (2) 醫事檢驗人員管理規則，對未申領執照人員處罰鍰及勒令休業處分亦屬違法（六十九年度判字第一九六號判決、七十二年度判字第七十二號判決）。
- (3) 機船服務人員攜帶金銀外幣入境，未報明海關驗收者，依財政部四十四年台財錢發字第二二五九號代電，一經查獲，應予沒

收（入），行政法院以代電既非法律又無法律之授權，不予適用，因而撤銷原處分（四十六年度判字第七十八號、四十七年度判字第十一號判決）。

- (4) 省市政府所發布之管理娼妓辦法，關於吊銷營業許可證之規定，行政法院認為違反中央法規標準法第五條第二款及第七條之規定（六十年判字第三七〇號判例、七十五年六月二十日七十五年度判字第一〇八五號、七十七年六月二十四日七十七年度判字第一〇九七號判決），否定其效力。

3. 行政法院於判決中指稱，上開規則乃教育部依職權訂定之命令，直接對外發生效力，屬法規命令，並非僅規範行政機關公務員之行政規則。

惟查：所謂法規命令，係經法律明文授權後所訂定之行政命令，如施行細則、施行辦法等，一般在法規命令中均須明文其係基於何一法律之授權所訂定。本案系爭管理規則中第一條僅明文：「為輔導管理遊藝場業合法經營，推行正當休閒活動，以維護國民身心健康、社會安寧及善良風俗，特訂定本規則。」本管理規則之訂定並無法律之明文授權，自非「法規命令」。

依中央法規標準法第七條前段依職權訂定之命令，此乃所謂的「職權命令」，所謂職權命令，係指行政機關依其法律所定機關之職權，基於本身對所屬機關及成員的下命權所頒布之規範也。對於依照中央法規標準法第七條發布之「職權命令」，其性質為何仍存有爭議，國內知名行政法學者許宗力即認為乃係「行政規則」，惟無論對其性質之認定為何，即令行政機關基於其組織職權發布命令，亦不得涉及與人民權利義務有關之實質規範條文。行政機關無論是本於組織法上的職權或是基於執行法律的需要，都不能作為訂定對外拘束之「職權命令」的正當性基礎。組織法上的職權規定，充其量僅能作為行政機關事務管轄的分配，並不能認為是對職權命令的概括授權，否則不啻承認行政機關有廣泛的「立法權」，而違背憲法上權力分立或依法行政的基本原則。況且本案遊藝場業之輔導管理本不適於歸屬教育部之法定職權範圍，現今即已改隸經濟部主管。

系爭管理規則乃係出自以「行政規則」未經法律授權之形式所訂定發布，然觀其內容卻係規範外部的人民權利義務，而非單純就行政內部組織、職務分配、作業流程、法令適用、行政裁量等組織性、程序性或事務性事項加以規定，違反了「法律保留原則」而構成違憲。

4. 現代法治國家所應遵循的「法律保留原則」，亦即在權力分立的架構下，行政權（機關）不得單獨恣意地訂定行政命令（規則），藉以侵害人民權利。凡係涉及人民權利義務者，均應透過「法律」或經法律明確授權所訂定的「法規命令」方能加以規範，亦即將此一權力交付予立法者，或僅能經由立法者作有限度的授權。本案乃係「侵益處分」之作成，對人民權利之侵害最為強烈，

其屬法律保留之領域毫無疑問。學者黃小秋即明文指出：「另從適法性來看，依據法律保留之學說，對於侵害人民權益事項應有法律之依據或授權，而『遊藝場業輔導管理規則』有關營業時間、營業方式限制及相關處罰規定，均涉及人民營業自由與權利甚鉅，卻無法律依據，應即立法規範。」（註一）學者葛克昌亦指出：「德國電玩業管理，具有完整之法律制度，建立以營業法為中心，並授權行政機關頒布法規命令為補充之法制。……相對於我國，今日仍只有教育部，未經法律授權之『遊藝場業輔導管理規則』乙種，立法工作亟待努力。」（註二）學者蔡震榮亦指出：「管理及取締電動玩具之法源皆為行政命令，此種涉及人民之工作權及財產權，係憲法所規定之基本權利，應以法律限制之，而任由行政命令為之，係違反法律保留之原則，且會造成執行上之困難。」「電動玩具之管理涉及憲法第十五條人民工作權及財產權之保障，依憲法第二十三條及中央法規標準法第五條規定應以法律定之。如此才可排除警察國之陰影。」（註三）

5. 至於行政機關所稱在系爭管理規則未經廢止或宣告無效之前基於法安定性理由仍屬有效一事，系爭管理規則僅係行政機關發布之行政規則，並非法律，對外並無法拘束力。

所謂「依法行政」並不包括須依循違法之行政命令而為處分，系爭管理規則既非法律，亦非經法律授權所訂定之法規命令，乃係違反「法律保留原則」所訂定之行政命令，不能以不遵循之即有違「依法行政」原則為抗辯；反之，盲目地遵循違法違憲之行政命令所作成的違法行政處分，方係違反「依法行政原則」。

6. 行政機關指稱：系爭管理規則作為處理遊藝場業之依據行之已久，相同或類似之案件亦依本規則處理，在未經廢止或宣告無效之前，如否定本案處分決定，有違行政平等原則。

惟查，行政規則本身對人民及法院並無形式之規範力及拘束效力，如前所述，但行政機關若反覆地依據行政規則作成決定而導致人民之信賴，基於對人民信賴之保護，特別是授益處分之作成，則可能因而產生外部法的拘束力，否則即有違平等原則。惟本案乃係基於違憲之行政規則所作成之違法之侵益處分，行政機關自不得以信賴保護及「平等原則」為由，主張先前既均以違法之行政處分加以處分，而正當化本案系爭行政處分之合法性。蓋只有「合法之平等」，而沒有所謂「違法之平等」，不得根據違憲之行政規則，而重覆作出違法之侵益處分。

7. 且本案中之遊藝場所乃設於百貨公司樓上之遊藝場所，與一般賭博電動玩具店不同，主要係供民眾購物之餘休閒遊憩使用。聲請人亦遵守營利事業登記證上記載之「賭博性、色情性電動玩具除外」之規定，從無此類機具之擺放，亦未曾有任何違規之紀錄，行政法院判決援引該管理規則之訂定目的認為不違妥當性原則。但聲請人遊藝場所內所擺放者皆屬益智性玩具，與一般賭博性電玩不同，經濟部自八十六年七月九日起所發布實施之「電子遊藝

場業管理規則」亦將電玩業營業場所分為普通級及限制級，遊戲機具分為益智類、鋼珠類及娛樂類，採取分類管理之方式，足見先前採取「一律禁止」之管理方式喪失其妥當性。

另行政機關以系爭規則未賦予行政機關得為其他法律效果之選擇，作為撤銷遊藝場營業許可之處分，並不違反必要性原則之抗辯。惟，為達成行政目的，有多數行政手段存在時，應採取對人民權利侵害最小之手段，本案中系爭規則未採行先行警告、通知或罰鍰等其他對人民權益侵害較少之可替代性措施，而直接採取最嚴厲之制裁手段撤銷營業許可，自係違反必要性原則。且在另案被處分人宏昱科技育樂廣場違反同一管理規則情況下，亦僅遭罰鍰之處分（附件七），足證在本案中逕行撤銷營業許可之處分，係有違必要性原則。至於在狹義比例原則方面，既已違反妥當性原則及必要性原則，則當然違反比例原則，毋須再進一步加以審酌。且僅以空泛的「國民身心健康、社會安寧及善良風俗」此一法益，作為比較基礎並不妥適。法益本身僅限於生命、身體、健康、財產等具體可見之受法律保護利益，而非空泛的「身心健康、社會安寧及善良風俗」即可充任之。再者，本案所侵害者乃遊藝場業者之營業自由、生存權及財產權，而非單純之經濟利益。經狹義比例原則之利益衡量後，自以營業自由、工作權及財產權之保護為重。

8. 教育局於答辯書中援引學者吳庚著作中所謂「公益原則」，作成支持其作為系爭撤銷營業許可處分之理由，惟學者吳庚在同一著作中亦指出，以公益優先於私益為理由，未予個人權益應有之保障，今天已無存在餘地，所謂公益之真正意涵在於：強調行政機關之行為應為公益而服務，而非所謂公益優先於私益，蓋公益與私益並非全然對立之命題，保障私益亦屬維護公益之一部分（註四）。

本案之爭執在於被告機關作成一個侵益處分是否應以法律作為處分基礎，而非單純衡量公益、私益孰者為重之問題。憲法第二十三條已明文：「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。」故憲法中已明文為增進「公共利益」而有「必要」時（即比例原則之揭示），方得以「法律」限制人民之自由權利（即法律保留原則之揭示），行政機關自不得以自行訂定之行政規則限制或侵害人民之權利。即本案之重點在於據以作成侵益處分之法源基礎之「形式」應僅限於法律（或法規命令），而不含行政規則（或我國法制上所稱之「職權命令」），而非此一處分是否符合公益原則。另世界各國對青少年之進入電動玩具場，並非全部禁止，尤其係針對益智性電玩部分，乃多採分類管理方式。

9. 行政法院判決中指稱：系爭規則第十七條第三項前段之處罰僅撤銷營業許可一種，依該規則處分，亦難謂與比例原則有違。惟查

，比例原則乃行政法學中之「帝王條款」，其乃拘束所有國家公權力之行使，包括國會之立法行為，行政機關訂定之行政命令及行使行政裁量時，均須遵守比例原則。再者，該管理規則本身即應符合比例原則之檢驗方不構成違憲，而非倒果為因，以符合行政命令來認定不違比例原則。系爭規則已明顯違反比例原則中之必要性原則。

10. 依中央法規標準法第七條規定：「各機關依其法定職權……訂定之命令，應視其性質分別下達或發布，並即送立法院。」即令系爭管理規則構成「職權命令」，然教育部並未依法將其送立法院備查，亦屬違法。

綜上所述，教育部所頒布之「遊藝場業輔導管理規則」，顯已牴觸憲法第十五條、第二十二條及第二十三條規定。行政法院八十七年度判字第一二九二號判決，因適用上開「遊藝場業輔導管理規則」第十三條第十二款及第十七條第三項前段規定駁回聲請人之訴，已侵害聲請人憲法基本權利。固然系爭規則相關條文已因其不合時宜及侵害人民權利違憲爭議而遭修正刪除，然聲請人之營業許可已於其適用期間遭撤銷。為此，懇請貴院惠予審查，並直接為違憲無效之宣告。否則，將使聲請個案無救濟之機會，形同嚇阻受害個案依司法院大法官審理案件法之規定聲請釋憲，此將萎縮大法官釋憲之功能，更與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款鼓勵人民聲請釋憲之宗旨相違背。

四、關係文件之名稱及件數

附件一：台北市政府八五府訴字第八五〇六九七一八號訴願決定書影本。

附件二：教育部八十六年訴字第八六〇〇三六二三號再訴願決定書影本。

附件三：行政法院八十七年度判字第一二九二號判決影本。

附件四：遊藝場業輔導管理規則。

附件五：警政署函令影本。

附件六：電子遊藝場業輔導管理規則。

附件七：宏昱科技育樂廣場處分書影本。

註一：黃小秋，「我國電動玩具遊藝場業管理制度與其問題癥結探討」。

註二：葛克昌，「德國電動玩具之營業自由與管制」。

註三：蔡震榮，「我國電動玩具管理之探討」。

註四：吳庚，行政法之法源。

委任狀原本。

謹 狀

司 法 院 公 鑒

聲 請 人：萬○企業股份有限公司

代 表 人：蔡○琨

代 理 人：黃瑞明律師

吳棟傑律師

中華民國八十七年十月三日

原 告 萬○企業股份有限公司
代 表 人 蔡 ○ 琨 住同右
訴訟代理人 黃 瑞 明 律師
吳 棟 傑 律師
被 告 臺北市政府教育局

右當事人間因有關營業事務事件，原告不服教育部中華民國八十六年四月十日台八六訴字第八六○○三六二三號再訴願決定，提起行政訴訟。本院判決如左：

主 文

原告之訴駁回。

事 實

緣臺北市政府警察局萬○分局於民國八十五年六月十日十四時二十分，在臺北市峨嵋街五十二號九樓臨檢原告經營之遊藝場，發現原告容留未滿十八歲青少年進入營業場所打玩電動玩具，案經被告認係違反遊藝場業輔導管理規則第十三條第十二款規定，乃依同規則第十七條第三項規定，以八十五年七月十一日北市教四字第八五二三六○二二號函撤銷其營業許可，原告不服，循序提起行政訴訟。茲摘敘兩造訴辯意旨於次：

原告起訴意旨及補充理由略謂：一、原處分違反法律保留原則：原處分撤銷原告營業許可之處分乃依教育部所頒布之「遊藝場業輔導管理規則」所作成，該規則係行政規則，既非法律亦非依法訂定之法規命令，被告無權依據此規則作出侵害人民權益處分，故係違反法律保留原則之行政處分，有重大違法之瑕疵。二、原處分違反比例原則，依法應予撤銷：行政權力之行使須有助於法定目的之達成（妥當性原則）；僅能在必要性的限度內行使，使人民權利儘可能遭受最小之侵害（必要性原則）；同時必須就行政目的達成之利益與侵害人民權利之間，作一衡量，必須證明前者重於後者，才可侵犯人民之權益（比例性原則）。本案中作成撤銷營業許可處分之目的，無非係為達成保護十八歲以下未成年人身心健康，免於沈溺於賭博性、色情性電動玩具此一行政目的，但本案中原告所經營之機動遊藝場乃附設於百貨公司內之遊藝場，其營業項目為「機動遊藝場」，與一般之電動玩具遊藝場迥然不同，在原營利事業登記證上第三項明白載明：「機動遊藝場（今日世界育樂中心）（小型電車、滑車、火箭、搖車、飛靶、彈珠機、足球、曲棍球、棒球、馬台等）（電動玩具除外）。」於此證明該第三項僅為機動玩具，純屬兒童玩樂及乘騎類鍛練體能之機具。迨八十五年一月新領營利事業登記證中，第三項始增加「暨經營（電動玩具）業務（賭博性、色情性電動玩具除外）」等字樣。從而知原告機動遊藝場中附屬電動玩具，乃屬於兩種不同營業項目。而原告為大眾投資股票上市公司，正派經營，切實遵守營利事業登記證上記載之「賭博性、色情性電動玩具除外」之規定，從無此項機具擺放，主管機關屢有突檢，從無擺設賭博性、色情性電玩之紀錄。足以證明原告機動遊藝場之益智性電動玩具，其非但無礙於青少年身心之正常發展，反係提供一正當的休閒娛樂場所，故撤銷其營業許可無助於行政目的之達成，該輔導管理規則條文及該侵益

處分均違反妥當性原則。其次，此侵益處分嚴重地侵害了原告之財產權、營業自由乃至生存權，行政機關並未採行先行警告、通知或罰鍰等其他對人民權益侵害較少之可替代性措施，直接採取最嚴厲之制裁手段，該輔導管理規則條文及該侵益處分均違反必要性原則；另就其所欲追求之行政目的無法達成，目的與手段間失衡不成比例，該輔導管理規則條文及該侵益處分自係違反比例性原則。比例原則乃行政法中之「帝王條款」，此侵益處分違反比例原則而違法，自應予撤銷，該輔導管理規則相關條文，亦因違反比例原則而無效。比例原則拘束所有國家公權力之行使，包括國會之立法行為，行政機關訂定之行政命令及行使行政裁量時，均須遵守比例原則，其適用不以行政裁量之範疇為限。三、原告所經營者乃益智性電動玩具（與現代一般家庭擁有之任天堂等電視遊樂器並無差異），非「遊藝場業輔導管理規則」所欲規範處分之「賭博性、色情性電動玩具」，警政署亦曾多次發函所屬各單位聲明「各單位執行『旭日方案』或查察臨檢電動玩具店，應依少年福利法及兒童福利法之規定，以含有賭博、色情性及暴力之虞者為對象，對於具正當育樂性、益智性之電動玩具業，不列為執行查察臨檢之對象。」被告無權以容許十八歲以下青少年進入益智性電動玩具遊藝場而撤銷原告之營業許可。四、「台灣省化學肥料配銷辦法」、「醫事檢驗人員管理規則」、「管理娼妓辦法」等行政命令因違反法律保留原則，未經立法程序或未經法律授權，鈞院均拒絕其適用，而撤銷原處分。五、必要性原則之審查不僅適用於系爭處分亦同時包括適用於系爭管理規則之審查。為達成行政目的，有多數行政手段存在時，應採取對人民權利侵害最小之手段，本案中行政機關未採行先行警告、通知或罰鍰等其他對人民權益侵害較少之可替代性措施，而直接採取最嚴厲之制裁手段撤銷營業許可，自係違反必要性原則。且在另案被處分人宏昱科技育樂廣場違反同一管理規則情況下，亦僅遭罰鍰之處分。請判決撤銷一再訴願決定及原處分等語。

被告答辯意旨略謂：一、被告因原告違反遊藝場業輔導管理規則（以下簡稱本規則）第十三條第十二款前段規定：電動玩具業及撞球業不得容許未滿十八歲之兒童及少年進入其營業場所。其違規事實有本府警察局萬○分局臨檢紀錄可稽，違規事證明確，符合前揭規定之構成要件，故被告依本規則第十七條第三項前段撤銷原告遊藝場營業許可，並無違法行政處分可言。次查本規則係教育部於七十九年十二月十日本於職權所發布之中央法規，在未經循法規修正或廢止程序前，或經大法官解釋宣告其無效前，仍屬有效，對被告仍有拘束力，被告無權置喙其合法性。再者，法規如經廢止或大法官解釋宣告無效，基於法安定性理由及公益之影響，原則係向後失其效力，而非追溯失效。二、另公務員必須依法行政，包括依法律及法規命令行政，依本規則第十七條第三項規定：違反第十三條第十二款規定撤銷其許可。如被告於原告違規事證明確，卻消極不適用法規，而不予撤銷其營業之許可，違反法規課予之作為義務，係違法行政，不符依法行政原則。三、次查關於台北市政府再訴願答辯書中指出，目前各行政機關對執行本身主管事務所依據之法規或行政命令效力見解乙節，行政機關為有效執行法規，據此見解反覆處理某類事務已為行政慣行，非不得為行政法

源之一（參照鈞院四十八年判字第五十五號判例），該答辯書引用所謂「目前各機關認為」，作為支持論點尚難謂不妥。本規則為被告處理遊藝場業之依據，行之已久，對與本案相同或類似之案例亦依本規則處理，在本規則未經廢止或被宣告無效前，如否定被告對原告違規事實之處分決定，有違行政平等原則。原告指摘台北市政府應尊重行政法院乃至大法官見解，與行政機關自我蒙蔽、官官相護等語，與本案毫不相干。四、本案作成撤銷營業許可處分之目的，固為保護未滿十八歲之未成年人之身心健康，免於沈溺電動玩具，鑒於未滿十八歲之未成年人智識能力較低，電動玩具是否純為正當娛樂性、益智性不易判斷，目前遊藝場所環境複雜，確易造成社會問題，且青少年正當休閒娛樂比比皆是，為防範萬一，被告為本處分決定並無違反妥當性原則，原告稱其並無設置賭博、色情等電動玩具等語，無礙被告為本處分決定；本規則第十七條第三項前段之處罰效果僅有撤銷原告遊藝場營業許可一途，未予被告有選擇其他法律效果之選擇，故原告之行為符合前揭條文之構成要件，被告即為本決定並不違反必要性原則；青少年為國家未來之主人翁，其身心健康之保護與遊藝業者之經濟利益相互衡量，顯然前者之法益保護優於後者，綜合前述，被告之處分決定並無違反比例原則。五、「遊藝場業輔導管理規則」非僅規範「賭博性、色情性電動玩具」，該規則第十三條第十二款規定不得容許未滿十八歲之兒童及少年進入其營業場所，乃認為此等場所，雖非全部禁止，亦有相當之限制。原告違規事實有本府警察局萬○分局臨檢紀錄可稽，其違規事證明確，已構成撤銷其許可要件。又被告依本規則第六條允許原告之遊藝場業設立許可，依本規則第十七條第三項撤銷其許可，自無不法。另行政機關為行政行為應考量「公益原則」，所謂「公益原則」，即各個成員之事實上利益，經由複雜交互影響過程所形成理想整合狀態。保護青少年身心健康為國家教育方針，遊藝場業之管理對於維護國民身心健康、社會安寧及善良風俗不無影響，且邇來被告掃蕩非法電玩業者不遺餘力，頗具成效，亦為民眾所贊同，電玩業者合法經營仍有生存空間，被告考量前述事實，撤銷原告遊藝場業設立許可，符合「公益原則」。六、本規則係教育部依中央法規標準法第七條前段規定依其職權訂定之命令，其性質係屬法規命令，除適用之對象為一般人民外，直接對外發生效力，與行政規則原則以行政機關之公務員為規範對象，且以對內生效為原則不同。七、遊藝場業輔導管理規則係教育部依職權發布之中央法規，依法即有其拘束力，該規則未經廢止前，仍屬有效。原告容留未滿十八歲青少年謝○修進入電玩場所遊樂之事實，已與遊藝場業輔導管理規則第十七條第三項前段構成撤銷許可要件相當，被告依規定予以撤銷其營業許可，並無不合，台北市政府訴願決定及教育部再訴願決定亦無違誤，原告之訴為無理由，謹請駁回其訴等語。

理 由

按「經營遊藝場業應遵守左列規定：一、……十二、電動玩具業及撞球業不得容許未滿十八歲之兒童及少年進入其營業場所。」「違反第十三條第

一款、第五款、第七款或第十二款規定者撤銷其許可。」行為時遊藝場業輔導管理規則第十三條第十二款前段及第十七條第三項前段定有明文。查上開遊藝場業輔導管理規則係教育部基於其職權所訂定發布，其內容明定人民經營遊藝場業應申請許可始得營業，並設有許可條件，營業應遵守事項及其違反者撤銷許可等規定。人民以符合該規則所定遊藝場業許可條件，申請主管機關核發營業許可而開始營業，即係表示願受該規則之規範，殊不能於其違反該規則所定應遵守事項遭撤銷許可時，又主張不受撤銷許可之規範，否則即與「禁反言」之法理相違背。再依該規則取得營業許可而得經營遊藝場業，相較於未取得許可而未營業者而言，係因該規則受有利益，遭撤銷許可時，係受有不利利益。於已有利時，則主張可依該規則申請營業許可，於已不利時，卻主張不應依該規則撤銷其營業許可，任由一己之私利割裂該規則之適用，亦違誠信公平原則。是以依遊藝場業輔導管理規則申請營業許可後，違反該規則第十三條第十二款：「經營遊藝場業應遵守左列規定……十二、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。……」之規定者，主管機關得依同規則第十七條第三項前段規定，撤銷其許可。本件原告原依遊藝場業輔導管理規則申請被告許可，在台北市峨嵋街五十二號經營電動玩具店，經台北市政府警察局萬○分局於八十五年六月十日十四時二十分，在上址九樓臨檢時，發現該遊藝場容留未滿十八歲之謝○修（民國六十七年九月三十日生）進入該遊藝場遊樂，有萬○分局實地檢查（查訪）紀錄表附原處分卷可稽，原告亦不否認其事，被告乃據以撤銷其許可，揆諸首開規定與說明，尚無違誤。訴願、再訴願決定遞予維持，均無不合。原告起訴主張：遊藝場業輔導管理規則係行政規則，被告無權依此規則侵害原告權益，原處分違反法律保留原則；原告機動遊藝場之益智性電動玩具，提供正當休閒，撤銷許可無助於行政目的之達成，被告採取最嚴厲之制裁手段，違反比例原則且無必要性；台灣省化學肥料配銷辦法等行政命令因違反法律保留原則，本院拒絕適用，本件所適用之遊藝場業輔導管理規則亦應不予適用云云。惟按遊藝場業輔導管理規則應予適用業如前述，而電動玩具並非休閒必需品，在營業店內之公共場所打玩，足令人流連忘返，於身心尚未發育完全之未滿十八歲少年或兒童不宜，上開規則明定業者不得容許入內，符合該規則「為輔導管理遊藝場業合法經營，推行正當休閒活動，以維護國民身心健康、社會安寧及善良風俗」之訂定目的。原告違反之，被告依同規則規定撤銷其許可，並無不合，且難謂無必要或與法律保留原則有違。又遊藝場業輔導管理規則第十七條第三項前段之處罰僅撤銷營業許可一種，被告依該規則處分，亦難謂與比例原則有違。再按上開規則係教育部依職權訂定之命令，直接對外發生效力，屬法規命令，並非僅規範行政機關公務員之行政規則。末查，上開規則與臺灣省化學肥料配銷辦法等法規目的、權源均不相同，尚無從比附援用。綜上，原告起訴意旨，非有理由，應予駁回。據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段，判決如主文。

中華民國八十七年六月三十日

（本聲請書其餘附件略）

抄蔡○卿（即萬○育樂城）聲請書

茲依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款及第八條第一項之規定，聲請解釋憲法，並將有關事項敘明如左：

壹、聲請解釋憲法之目的

行政法院八十七年度判字第2012號判決，適用遊藝場業輔導管理規則第十三條第十二款及同法第十七條第三項規定，判決駁回聲請人所提行政訴訟，其所適用之規則有牴觸憲法第十五條及第二十三條之比例原則及司法院釋字第三六七號、第三九〇號、第三九四號、第四〇二號、第四二三號等解釋之精神之疑，為維護憲法保障人民生存權、工作權等基本權利不受恣意侵害，爰依法聲請解釋，俾能憑據提起再審之訴，以資救濟。

貳、爭議之性質與經過，及涉及之憲法條文

- 一、聲請人萬○育樂城負責人蔡○卿，在澎湖縣馬公市中正路三十四號經營遊藝場事業，係經核准設立之合法營業，一向遵守法令，純為提供人民娛樂之用，進出玩樂之人除有重大明顯違反系爭規則，否則聲請人無權禁止其入內。孰料，澎湖縣政府因澎湖縣警察局馬公分局於民國八十六年六月六日零時二十五分臨檢查獲未滿十八歲少女周○婷在營業場所內逗留，以聲請人未盡勸離之責，違反遊藝場業輔導管理規則第十三條第十二款之規定，依該規則第十七條第三項規定，撤銷聲請人營業許可證。聲請人不服處分，向台灣省政府提起訴願遭駁回，再向教育部提起再訴願亦遭駁回，後提起行政訴訟，亦被行政法院駁回，行政法院確定判決所適用之遊藝場業輔導管理規則係教育部以行政命令發布，而非法律，有違法侵害人民受憲法保障之生存權、工作權、經營權之疑。
- 二、按憲法第十五條明定人民之生存權、工作權及財產權應予保障，及第二十三條規定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。所謂「所必要」，通說皆認係比例原則。又參諸司法院釋字第三六七號、第三九〇號、第三九四號、第四〇二號、第四二三號等解釋，對於有違憲法保障人民權利意旨或欠缺法律授權之規定，均宣告限期失效或不再援用，綜上所述，則本案確定判決所適用之規則，即有違憲之疑義。

參、聲請解釋憲法之理由

- 一、按憲法第十五條明文規定人民之生存權、工作權及財產權應予保障。其闡明，憲法是人民生計之最大保障書，不允許非經法律規定或違背憲法規定之法律、行政命令恣意限制人民之權利或侵害人民受憲法保障之權利。聲請人經營遊藝場業自屬憲法第十五條規定之權利，在憲法保障範疇內毋庸置疑。
- 二、比例原則是依循憲法第二十三條所謂「必要性」之精義演繹而生。通說認為比例原則具有憲法位階之法律原則，有拘束立法、行政、司法效力，法律、行政行為及法院裁判均不得違反比例原則，亦即違反比例原則即屬違憲，因此對人民權利之保障提供較大之保障作用，更落

實憲法之內涵及法治之精神，法院判決亦應受其拘束。比例原則亦稱禁止過當原則，其內容著眼於目的與手段之關聯性，即干涉與介入之手段必須適於達成所欲成之目的，同時其手段應為必要，且手段不得與所追求之目的不成比例。

- 三、司法院釋字第三六七號、第三九〇號、第三九四號、第四〇二號、第四二三號等解釋均詳盡闡述涉及人民權利之限制，依憲法第二十三條及中央法規標準法第五條第二款規定，應以法律定之，若法律授權以命令補充規定者，授權之目的、內容及範圍，應具體明確，始得據以發布命令，違此意旨而發布命令限制人民之權利即屬違背憲法保障人民權利之意旨。
- 四、遊藝場業輔導管理規則係教育部以行政命令方式發布施行。既不是法律亦未經法律授權，而該規則第十三條第十二款規定「電動玩具業及撞球業不得容許未滿十八歲之兒童及少年進入其營業場所。」同規則第十七條第三項規定「違反第十三條第一款、第五款、第七款或第十二款規定者撤銷其許可……」，該規則禁止未滿十八歲之兒童及少年進入電動玩具業營業場所，其目的固在維護社會善良風氣及保護青少年身心健康，立意甚佳，但違反該規定者，行政機關即無裁量餘地，不必糾正，一律撤銷業者營業許可，手段顯然太過嚴厲、過當，與目的不成比例。剝削、侵害人民生存權、工作權，嚴重影響人民生計，因此該規則第十七條第三項前半段顯有違反憲法上比例原則之疑。
- 五、綜上四款所述，遊藝場業輔導管理規則第十七條第三項規定，顯抵觸憲法第十五條、第二十三條及司法院釋字第三六七號、第三九〇號、第三九四號、第四〇二號、第四二三號等解釋意旨，聲請人乃依法聲請解釋，懇請宣告其為無效。

肆、聲請人對本案所持之立場與見解

- 一、遊藝場業輔導管理規則計有二十條條文，遍查各條文，無一規定業者對於進入場所之人必須查其身分證或足資證明年齡之證件，卻在該規則第十三條第十二款前段規定電動玩具業及撞球業不得容許未滿十八歲之兒童及少年進入其營業場所。大家皆知，現在人民生活水準提高，營養豐富，身體發育往往與實際年齡有所差距，單憑肉眼判斷一個人是否未滿十八歲是有困難，然為保護青少年身心健康與維護社會善良風氣，禁止未滿十八歲之兒童及少年進入電動玩具業及撞球業營業場所，無可厚非，業者應會儘量守法遵從。如不慎違誤，應先被糾正或科處罰鍰，已足警惕業者。但該規則第十七條第三項卻規定撤銷營業許可，剝奪人民生存權、工作權，目的顯然過當，違背比例原則。剝奪人民生計，莫此為甚，以行政命令擅自剝奪人民受憲法保障之權利，此條項違背憲法相當明顯。
- 二、遊藝場業輔導管理規則多有違憲之處，行政機關有鑑於此，為落實憲法、講求法治，乃由經濟部在民國八十六年七月九日以（八六）商字第八六〇二〇六一號命令發布較符法治之電子遊藝場業輔導管理規則。足證明前者不合法、違憲之處，應廢棄不用，查後者並無行政機關得依據規則對業者逕行撤銷許可規定，行政法院判決本案時，新規

則已發布施行，依法律適用原則「從新原則」或「從優從新原則」，行政法院應撤銷原行政機關之決定，而適用新規則為適法判決，方符法制。豈料行政法院仍執舊規則判決，判決理由以遊藝場業輔導管理規則係教育部就其主管之教育事務所發布命令……，於未經大法官宣告其為違憲前，尚難指其為無效而不予援用……。 (請參八十七年度判字第○一二號判決書第四頁背面第四行至第八行) 準此，行政法院八十八年度判字第○一二號確定判決所適用之遊藝場業輔導管理規則第十七條第三項有違憲之疑，不法侵害聲請人憲法上所保障之權利，聲請人有聲請解釋之利益，爰依法聲請解釋，俾能提起再審之訴，以求救濟。

此 致

司 法 院 公鑒

附件一：行政法院八十七年度判字第○一二號判決影本乙份。

附件二：遊藝場業輔導管理規則乙份。

附件三：電子遊藝場業輔導管理規則乙份。

聲 請 人：蔡○卿 (即萬○育樂城)

代 理 人：顏萬文律師

中華民國八十八年三月十七日

附件 一：行政法院判決

八十七年度判字第○一二號

原 告 蔡○卿即萬○育樂城

被 告 澎湖縣政府

右當事人間因有關營業事務事件，原告不服教育部中華民國八十七年四月二十四日台訴字第八七○○八八五三號再訴願決定，提起行政訴訟。本院判決如左：

主 文

原告之訴駁回。

事 實

緣原告因容留未滿十八歲青少年進入營業場所遊樂，遭澎湖縣警察局馬公分局於民國（以下同）八十六年六月六日查獲，案經被告所屬教育局認原告違反遊藝場業輔導管理規則（以下簡稱管理規則）第十三條第十二款規定，乃依該規則第十七條第三項規定，以八十六年六月二十日八六澎府教社字第三七五一八號函撤銷其營業許可，原告不服，一再訴願均遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。茲摘敘兩造訴辯意旨如次：

原告起訴意旨及補充理由略謂：一、按法院裁判或行政機關為行政處分適

用法令，應以該法令已發布（公布）生效，尚未廢止或其他原因未失效者為限。若法令既經修正發布，則新法令已生效，舊法令除有利於行為人可適用從優有利於行為人之部分外應失效不再援用，為適用法令之原則。行政機關若仍適用不利於行為人之舊法令處罰行為人，認事、用法顯係違法，行為人之權利因而遭損害，不服行政處分而依法訴願、再訴願程序請求救濟，不服其決定，得因行政處分係違法而提起行政訴訟。

二、查遊藝場業輔導管理規則僅屬行政命令，違背憲法及未經法律授權而侵害人民權利之舉多端，為適應潮流，乃於民國八十六年七月九日修正為電子遊藝場業輔導管理規則並發布施行。該項新規則並無行政機關得逕行引用該規則，對業者施予撤銷經營許可之權限。被告引用舊規則對原告撤銷經營許可之處分，原告不服，於法定期間內提起訴願、再訴願，訴願機關臺灣省政府及再訴願機關教育部未查明該項新修正之規則，內容大異於舊規則，而誤援用舊規則致未撤銷被告即原處分機關之違法處分。原告之經營權及工作權遭受違法侵害而受有損害，不服原處分及訴願決定、再訴願決定，依行政訴訟法第一條第一項規定提起行政訴訟，自屬有據。

三、次查維護社會安寧、善良風俗及國民和青少年與兒童身心健康，固為政府及國民應盡之責任。但保障人民之生存權、經商權、工作權及財產權更是憲法第十五條所明定，同法第二十三條意旨，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，不得以法律限制人民之權利或自由，政府更不得以行政命令限制之。此外，關於人民之權利、義務者，應以法律定之，應以法律規定之事項，不得以命令定之，分別為中央法規標準法第五條第一項第二款及第六條所明定。又參諸司法院釋字第三六七號、第三九〇號、第三九四號、第四〇二號、第四二二號、第四二三號等解釋，對於有違憲法保障人民權利意旨或缺法律授權之行政命令，均宣告即時或限時失效或不再援用。政府應遵從憲法、保障人權，乃法治社會及民主政治之潮流趨向，本此精神，遊藝場業輔導管理規則既經修正發布，被告機關及訴願機關、再訴願機關不得再援用有違憲法之虞之舊規則處罰原告，以影響原告之權益。

四、再言之，行政處分不得違反法律明文，亦不得違背法律保障人民權益之精神，否則乃為濫用權力，應認為違法論。行政處分應受一般法律原則之限制，諸多原則中，比例原則即禁止過度原則也具拘束行政處分之效力，實務界及學說均有共識。行政處分所造成之侵害性遠大於所能達到之目的，就不具合法性，即屬違背比例原則。縱被告機關採認澎湖縣警察局馬公分局查獲未滿十八歲少女周○婷逗留原告經營萬○育樂城遊藝場內之事實，周女僅是探訪男友，本身並無玩樂，況且原告無權查閱其身分證件，從外表實無法知悉其未滿十八歲，原告如有過失或失職，又是初犯，實屬輕微應可原諒或受到同情。被告機關如對原告勸告或罰鍰較輕處分就足令原告心生警惕不再犯錯，今對原告撤銷營業許可，剝奪原告經營權及工作權，此項行政處分顯屬過重，誠是違背禁止過度原則。

五、被告機關即原行政處分機關，死抱業經八十六年七月九日修正失效之「遊藝場業輔導管理規則」為依據，撤銷原告之營業許可。被告機關以該規則未經宣告失效為由認其仍有效力，實則法令失效非僅宣告失效一種情形，舊法令經修正，新法令生效，舊法令當然失效，是適用法

令之原則，被告固堅執持舊法令仍有效力，大大誤解法令適用原則，撤銷原告營業許可是「違法行政」非「依法行政」。六、「遊藝場業輔導管理規則」已於八十六年七月九日修正發布為「電子遊藝場業輔導管理規則」，並自發布日施行。七、綜上論述，被告機關之行政處分、訴願機關之駁回決定、再訴願機關之駁回決定，違法適用舊法，是其違背法令而為違法處分，又違反比例原則，過度侵害憲法保障原告之經營權及工作權，請將再訴願決定、訴願決定及原處分均撤銷等語。

被告答辯意旨略謂：一、依據遊藝場業輔導管理規則第十三條第十二款規定：電動玩具業及撞球業不得容許未滿十八歲之兒童及少年進入其營業場所，其他各遊藝場依主管機關規定辦理，並應於限制兒童及少年進入之營業場所出入口處明顯標示，並隨時注意執行，又依本規則第十七條第三項規定：違反第十三條第一款、第五款、第七款或第十二款規定者，撤銷其許可，違反同條其他各款規定，經主管機關糾正而不改善者，撤銷其許可。二、依上揭規定，原告必須盡到勸離禁止未成年人進入營業場之責，然原告辯稱未成年難以辨識一節，因查對其身分年齡，乃原告之責，不容辯解卸責。依偵訊筆錄詳載周女於六月五日二十二時三十分陪同其男友進入該遊藝場打電玩，距查獲時間已有兩小時之久，原告均未查其身分，執行勸離，實乃不爭之事實。三、原告於違反行為時，正為遊藝場業輔導管理規則有效施行期間，依「依法行政」原則，自不應棄之不用，本案本府並無裁量餘地，且該規則經中央主管機關以令發布施行，未經宣告失效，則其效力應毋庸置疑。四、本府為能確實執行法令，避免青少年進入電玩之營業場所，而影響其身心發展，對於一經查獲容留未滿十八歲之青少年進入其遊藝場所逗留事證確定者，均依規定撤銷許可。且原告之營業許可證既係本於該規則第七條之規定申請發給，其有違反規則第十三條第十二款之規定者，自可依該規則第十七條第三項之規定予以撤銷，依大院八十三年三月十六日三月份庭長評事聯席會議決議之同一意旨，是以本案本府依規定撤銷原告營業許可，並無不當，基上論結，本件訴訟為無理由，請駁回其訴訟以維法制等語。

理 由

本件被告據以處分之命令，於本院審判時已有變更，依行政法之適用，實體從舊原則，仍應適用修正前之規定，而按行為時之遊藝場業輔導管理規則第十三條第十二款規定：「經營遊藝場業應遵守左列規定一、……十二、電動玩具業及撞球業不得容許未滿十八歲之兒童及少年進入其營業場所。……」同規則第十七條第三項規定：「違反第十三條第一款、第五款、第七款或第十二款規定者撤銷其許可。」本件原告在澎湖縣馬公市中正路三四號經營萬○育樂城，於八十六年六月六日零時二十分許，容留未滿十八歲之少女周○婷在場逗留，未盡勸離之責，為澎湖縣警察局馬公分局查獲，經被告審認違反行為時遊藝場業輔導管理規則第十三條第十二款之規定，以八十六年六月二十日澎府社字第三七五一八號函撤銷原告之營業許可，原告不服，循序提起本件訴訟，主張：（一）被告撤銷原告之營業許

可，係依教育部頒布之「遊藝場業輔導管理規則」之規定，作成處分。惟上開規則為行政規則，並非法律，亦非依法訂定之法規性命令。被告無權作出此侵害人民權益之處分，原處分已違反中央法規標準法第五條第二款、第六條規定之「法律保留原則」，與憲法第二十三條之規定有悖，亦與司法院釋字第三一三號、第三六三號解釋，及本院四十八年判字第五二號、六十年判字第三七〇號判例意旨牴觸，不僅有重大之瑕疵，且屬違法。

（二）原告不知情未滿十八歲少女周○婷入內探訪其男友，該少女並無在現場玩電動遊樂器，雖經原告解釋卻未被採信等語。然查：（一）原告因所營遊藝場內有容留未滿十八歲青少年進入遊藝場所，經轄區澎湖縣警察局馬公分局查獲，此有該分局啓明派出所偵訊筆錄影本附卷可考。依偵訊筆錄詳載周女於六月五日二十二時三十分陪同其男友進入該遊藝場打電玩，距查獲時間已有兩小時之久，原告均未查其身分，執行勸離，原告既然經營電動玩具之遊樂場自應詳查核對進入者之身分年齡，所稱未成年難以辨識，顯係卸責之詞，尚不足採。（二）按「命令與憲法或法律牴觸者，依憲法第一百七十二條之規定，固屬無效，但中央各院部會就主管事務依法發布之命令，與憲法或法律並無違反變更或牴觸者，參照中央法規制定標準法第六條及第七條之規定，自不能指為無效。」本院五十二年判字第三一二號著有判例。上開「遊藝場業輔導管理規則」係教育部就其主管之教育事務所發布之命令。其第一條明定其宗旨：「為輔導管理遊藝場業合法經營，推行正當休閒活動，以維護國民身心健康、社會安寧及善良風俗，特訂定本規則。」已揭櫫該命令訂定之目的。而此目的與憲法及法律規定保護公益及保障一般人民權益之精神無違，上開規則於未經大法官宣告其為違憲前，尚難指其為無效，而不予援用。且該規則第六條規定：「遊藝場業除應依法辦理登記外，並應向主管機關申請許可。」又於同規則第七條至第十二條分別規定，遊藝場業許可設立之要件，包括負責人資格，電動玩具機具之經檢驗合格，以及其營業地點、營業項目、營業場所之安全、衛生、消防、防止噪音設備等相關之規定；復於同法第十三條及第十七條規定，遊藝場業應遵守之義務事項，及其違反之效果。凡此規定，均為管理遊藝場業所必須者，且與訂立該規則之目的並不違背。是以遊藝場業之設立，必須符合該規則所定之要件，始得獲准許可。反之，如違反其應遵守之各項義務，即屬違反設立許可之目的，其設立之許可即有撤銷之必要。易言之，上開規則所規定之撤銷許可，乃為保護公益及保障一般人民之權益所設，對於違反設立目的所為之處置，並非於原有之法律賦予權利後，另以命令增加法律所無之限制，應認與前揭法律保留原則不相牴觸。原告未遵守上開規則所規定之義務，容許未滿十八歲之青少年進入其營業場所，被告因認其有違設立許可之目的，撤銷其營業之許可，依法洵無違誤。訴願及再訴願決定遞予維持，亦無不合。原告起訴意旨難認有理由，應予駁回。

據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段，判決如主文。

中華民國八十七年十月八日

(本聲請書其餘附件略)

抄劉○明 (即泰○遊藝場) 聲請書

受文者：司法院

主 旨：為行政法院八十七年度判字第一○三六號判決及同院八十八年度判字第一九七號判決，所適用教育部訂定之遊藝場業輔導管理規則第十七條第三項規定，以及行政法院八十三年三月十六日庭長評事聯席會議決議，違反憲法第二十三條與中央法規標準法第五條及第六條規定之法律保留原則。謹依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定，聲請解釋前揭規則及決議牴觸憲法。

說 明：一、聲請解釋憲法的目的

行政法院八十七年度判字第一○三六號判決及同院八十八年度判字第一九七號判決，所適用教育部訂定之遊藝場業輔導管理規則第十七條第三項規定，以及行政法院八十三年三月十六日庭長評事聯席會議決議，違反憲法第二十三條與中央法規標準法第五條及第六條規定之法律保留原則，嚴重影響人民之基本人權，爰依法聲請鈞院大法官解釋前開管理規則及決議內容牴觸憲法第二十三條之規定。

二、疑義之性質與經過，及涉及之憲法條文

(一) 緣聲請人因涉嫌容留未滿十八歲青少年進入營業場所遊樂，經高雄市警察局少年警察隊於民國八十五年六月二十六日當場查獲，移由高雄市政府教育局依教育部訂定之遊藝場業輔導管理規則第十三條第十二款「電動玩具業及撞球業不得容許未滿十八歲之兒童及少年進入其營業場所。其他各遊藝場依主管機關規定辦理；並應於限制兒童及少年進入之營業場所出入口處明顯標示，並隨時注意執行。」與第十七條第三項「違反第十三條第一款、第五款、第七款或第十二款規定者撤銷其許可。違反同條其他各款規定，經主管機關糾正而不改善，撤銷其許可。」規定（附件一），以十五年八月二日高市教四字第二一九四五號函撤銷聲請人之營業許可。案經聲請人以前揭管理規則違反法律保留原則，應不得適用等情，提起訴願、再訴願及行政訴訟，經行政法院八十七年度判字第一○三六號判決適用前開規定，駁回聲請人之訴，聲請人不服，提起再審之訴，又經行政法院八十八年度判字第一九七號判決，以相同規定駁回聲請人之訴確定在案（附件二）。

(二) 又本件行政法院八十七年度判字第一○三六號判決謂：「原告既係本於首開管理規則申請發給營業許可，被告依該管理規則之規定予以撤銷營業許可，其性質為基於固有行政職權之行政上處置，難謂有違反中央法規標準

法及憲法之規定，亦無逾越母法之情形，此為本院最近一致之見解」云云。按其所謂本院最近一致之見解，當係指行政法院八十三年三月十六日庭長評事聯席會議決議：「違反台灣省各縣市管理娼妓辦法之規定情節重大者，依第三十三條規定得吊銷其許可證。許可證係本於該辦法之規定發給，即可依該辦法之規定予以吊銷，其性質原為行政上之處置，如有違反該辦法之規定而情節重大者，在行政管理上，均得依該條之規定，予以吊銷許可證之處置。本院七十七年九月份庭長評事聯席會議決議應予變更。」（附件三）

- （三）按與聲請人案情類似之其他違章案件，在高雄地區相當眾多，唯獨對於聲請人撤銷營業許可，其他案件高雄市政府均未予撤銷遊藝場營業許可，此有高雄市政府訴願決定書三件可稽（附件四）。又按遊藝場內容留未滿十八歲少年在店內打電動玩具之行爲，係違反社會秩序維護法第四十五條第一項、第六十七條第一項第一款規定之違章行爲，依法得課處罰鍰，高雄市政府以往對此類違章行爲，亦僅移送法院以違反社會秩序維護法規定課處罰鍰，並未撤銷營業許可，此有台灣高雄地方法院簡易庭罰鍰裁定書三份可資證明（附件五）。再者，本件聲請人之遊藝場，並非賭博性電動玩具，此有高雄市政府社會局八十五年七月十二日高市社局工字第一五四八〇號簡便行文表之證明可稽（附件六），足見，聲請人縱有違章行爲其情節應屬輕微，依法僅須依違反社會秩序維護法課處罰鍰，即足以達成處罰目的，實毋庸撤銷營業許可，故行政法院判決維持原處分撤銷營業許可，顯然有違行政法上比例原則。惟聲請人用盡行政救濟途徑，均無法獲得有利結果，爰不得已聲請鈞院解釋。

三、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解（

（一）關於教育部訂定之遊藝場業輔導管理規則第十七條第三項

1. 按「對於人民設立工廠而有違反行政法上義務之行爲，予以停工或勒令歇業之處分，涉及人民權利之限制，依憲法第二十三條及中央法規標準法第五條第二款規定，應以法律定之；若法律授權以命令為補充規定者，授權之目的、內容及範圍，應具體明確，始得據以發布命令。」業經司法院釋字第三九〇號解釋有明文。
2. 按原判決所適用教育部八十一年三月十一日台（八一）參字第一二五〇〇號令修正之遊藝場業輔導管理規則第十七條第三項規定之「撤銷許可」，將使得聲請人無法繼續合法經營遊藝場，參照上開解釋，自係關於人民權利之限制，應以法律定之；若法律授權以命令為補充規

定者，授權之目的、內容及範圍，亦應具體明確始可。

3. 查教育部訂定之遊藝場業輔導管理規則並非法律，亦非由法律授權訂定之授權命令，性質上僅為教育部依據其組織法上的職權，對於法律未有規定之事項加以補充，所訂定對外發布的職權命令，由於授權命令是基於國會委任而發布，自應較職權命令之效力為優，且各機關均有其法定職掌，若承認行政機關得依其法定職權發布限制人民權利之命令，勢將使法律保留原則徒托空名，並致前開授權明確性原則形同具文。實則，組織法上之職掌規定，僅是關於國家機關任務劃分之規範，國家權力之發動，若涉及人民權利之限制者，仍須另有具體之權限規定，始足當之。

4. 綜上所述，教育部以職權命令遊藝場業輔導管理規則第十七條第三項「撤銷許可」，限制人民之工作權，違反法律保留原則，實有重大之違憲，應屬無效。

(二) 關於行政法院八十三年三月十六日庭長評事聯席會議決議違反法律保留原則

1. 行政法院八十七年度判字第一〇三六號判決及八十八年度判字第一九七號判決，均援引同院八十三年三月十六日庭長評事聯席會議決議，認為「聲請人既係本於遊藝場業輔導管理規則申請發給營業許可，高雄市政府教育局依該管理規則之規定予以撤銷營業許可，其性質為基於固有行政職權之行政上處置，難謂有違反中央法規標準法及憲法之規定。」

2. 惟查依民國八十五年一月五日公布之司法院釋字第三九四號解釋理由書記載：「對於人民違反行政法上義務之行為科處裁罰性之行政處分，涉及人民權利之限制，其處罰之構成要件及法律效果，應由法律定之。若法律就其構成要件，授權以命令為補充規定者，授權之內容及範圍應具體明確，然後據以發布命令，始符憲法第二十三條以法律限制人民權利之意旨，本院釋字第三一三號解釋可資參照。準此，凡與限制人民自由權利有關之事項，應以法律或法律授權命令加以規範，方與法律保留原則相符。故法律授權訂定命令者，如涉及限制人民之自由權利時，其授權之目的、範圍及內容須符合具體明確之要件；若法律僅為概括授權時，固應就該項法律整體所表現之關聯意義為判斷，而非拘泥於特定法條之文字；惟依此種概括授權所訂定之命令祇能就執行母法有關之細節性及技術性事項加以規定，尚不得超越法律授權之外，逕行訂定制裁性之條款，此觀本院釋字第三六七號解釋甚為明顯。」

3. 查本件撤銷營業許可處分，性質上屬於對遊藝場業者所

爲之裁罰性行政處分，涉及人民權利義務之限制，其處罰之構成要件及法律效果應由法律定之，法律若授權行政機關訂定法規命令予以規範，亦須爲具體明確之規定，始符憲法第二十三條法律保留之意旨，此爲前開司法院釋字第三九四號解釋著有明文。本件原處分撤銷聲請人之營業許可，乃涉及聲請人營業權利之侵害，自應有法律依據，始符法律保留原則之要求，原判決所引上開行政法院庭長評事聯席會議決議，竟認爲依據行政命令得作爲撤銷人民營業許可之依據，是其決議顯然違背司法院釋字第三六七號、第三九〇號、第三九四號、第四〇二號、第四二三號等解釋，並違反憲法第二十三條之法律保留原則。

4. 綜上所述，行政法院八十三年三月十六日庭長評事聯席會議決議亦違反憲法第二十三條規定，牴觸法律保留原則，嚴重侵害人民基本權利，亦應屬違憲而無效。爲此謹懇請鈞院鑒核，賜准進行違憲審查，以維人民權益，至感德便。

五、關係文件之名稱及件數

- (一) 教育部訂定之遊藝場業輔導管理規則乙件。
- (二) 行政法院八十七年度判字第一〇三六號及八十八年度判字第一九七號判決影本各乙件。
- (三) 行政法院八十三年三月十六日庭長評事聯席會議決議乙件。
- (四) 高雄市政府訴願決定書三件。
- (五) 台灣高雄地方法院簡易庭裁定書三份。
- (六) 高雄市政府社會局八十五年七月十二日高市社局工字第一五四八〇號簡便行文表。

聲 請 人：劉○明（即泰○遊藝場）

代 理 人：陳清秀律師

中華民國八十八年五月六日

附件二－（一）

行政法院判決

八十七年度判字第一〇三六號

原 告 劉○明即泰○遊藝場

訴訟代理人 陳 懿 亮

被 告 高雄市政府教育局

右當事人間因有關營業事務事件，原告不服教育部中華民國八十六年十二月四日台（八六）訴字第八六〇八七六九七號再訴願決定，提起行政訴訟。本院判決如左：

主 文

原告之訴駁回。

事 實

緣原告因容留未滿十八歲青少年進入營業場所遊樂，經高雄市警察局少年警察隊於民國八十五年六月二十六日當場查獲，移由被告認定原告違反遊藝場業輔導管理規則第十三條第十二款規定，乃依該規則第十七條第三項規定，以八十五年八月二日高市教四字第二一九四五號函撤銷其營業許可，原告不服，提起一再訴願，均遭決定駁回，遂提起行政訴訟。茲摘敘兩造訴辯意旨於次：

原告起訴意旨及補充理由略謂：一、原告（泰○遊藝場）之進出口門上有掛及貼紙，限制未滿十八歲之少年勿進入之標示。原告於八十五年六月二十六日晚，因搬移遊戲台不慎撞壞冷氣大門，致使店內外不分。適巧有一群身穿著運動服之少年人在門邊圍觀，渠即向前詢問對方等是否滿十八歲？其中二人（崔○甲、沈○榮）即出示證件，證明確已滿十八歲男人，其餘在旁者之身高體材皆相當之高，穿著又為一樣。原告因無有檢查權，所以僅問，無檢查，誤以為皆有滿十八歲。適巧高雄市警察局少年警察隊之巡佐帶警員即衝入店內臨檢，將該少年帶到派出所訊問時，原告始知其中有未滿十八歲者，足證非蓄意容留未滿十八歲之少年在店內。二、被告原處分及一再訴願決定略以：高雄市警察局少年警察隊於八十五年六月二十六日晚十時四十分在原告之店內查獲有容留未滿十八歲少年打玩電動玩具，係違反遊藝場業輔導管理規則第十三條第十二款規定，即依第十七條第三項規定，撤銷其營業許可。……此有臨檢紀錄表及筆錄附卷可稽，認定違規事實，駁回訴願等云云。與事實不符。三、被告及教育部，未加以調查認事用法：（一）該數少年（崔○甲、沈○榮）王○平、郭○亦、陳○定、黃○耀、陳○男、李○修等人，於八十五年六月二十六日二十二時四十分進入原告（泰○遊藝場）店內，係打玩「快打旋風，益智性之魔術方塊，三國誌，雷電」電動玩具。係指透過人機互動，引導操作，使用者投入遊戲（娛樂）過程，配合影像、聲音、動作、技巧，而能達到益智性、娛樂、運動效果者之電動遊戲機，非賭博性及非色情，無暴力等。查被告及一再訴願之處分及決定，並無述明該少年王○平等人在店內究竟玩何種之電動玩具，亦無註明「賭博」二字，足證玩「益智性」。（二）內政部警政署八十二年七月十四日警署刑防字第五七九六號函：關於未滿十八歲之兒童、少年不得出入電動玩具店之執行：「各單位執行「旭日方案」或查察臨檢電動玩具店，依少年福利法及兒童福利法之規定，以含有賭博、色情性及暴力之虞者為對象。」原告（泰○遊藝場）店內無有賭博、色情、暴力等台，不合於遊藝場業輔導管理規則第十三條第十二款之規定，被告應不可適用第十七條第三項規定而撤銷其營業許可。被告已違背法令。（三）據被告八十五年七月十二日高市社局工字第一五四八○號函，略以：泰○遊藝場未陳列賭博性電動玩具，因無明顯違反少年福利法之情事……等云云。依情、理、法均無影響社會秩序維護法，不列為執行查察臨檢

對象。足證原告無有違反遊藝場業輔導管理規則第十三條第十二款。四、經濟部於八十六年八月頒布「電子遊藝場業輔導管理規則」，第五條：電子遊藝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。原告之店內所有電子遊藝係益智類之戲機，非賭博性之戲機。遊藝場業輔導管理規則之新規則係於八十六年八月間新頒布，被告應適用新頒布之法令，不可使用舊法令。查高雄市政府、教育部均適用舊法令處分原告撤銷其許可證，依法不合。五、關於未滿十八歲之少年、兒童不得出入電動玩具店之執行一案，「對於有正當育樂性、益智性之電動玩具業，不列入為執行查察臨檢對象，尚不影響社會秩序維護法第六十七條第一款之規定。」此有（1）內政部警政署 82. 7. 14. 警刑防字第五七九六號、（2）高雄市遊藝場商業公會 82.12.27 高市遊會字第○四八號、（3）高雄市警察局 83.1. 25. 八二高市警行字第七五九七○號各函釋知。被告未依法參酌，顯有違法。六、被告依據首揭規定撤銷原告遊藝場之營業許可，原非無據。惟按關於人民之權利義務事項，應以法律定之。應以法律規定之事項，不得以命令定之。分別為中央法規標準法第五條、第六條所明定，核查遊藝場業輔導管理規則係教育部本於職權而訂定之行政命令，其中第十七條第三項撤銷營業許可之規定，涉及人民權利之限制，欠缺法律授權之依據，與上開規定依法不合。請參酌司法院釋字第三六七號、第三九○號、第三九四號、第四○二號、第四二三號等解釋，對於有違憲法保障人民權利意旨或欠缺法律授權之規定，均宣告限期失去效力或不再援用。七、查高雄市地區內有（1）友利遊藝場（2）三樺遊藝場（3）大新遊藝場等數家，被警察局臨檢查獲容留未滿十八歲之少年在店內玩打電動玩具，經被告處分：「撤銷營業許可」在案。經被處分人依法向高雄市政府訴願會提起訴願。經訴願會決定主文：「原處分撤銷。由原處分機關另為適法之處分」在案，此有高雄市政府訴願會決定書各一份參酌。同案情同法令如何對原告（泰○遊藝場）為不同處分，對原告處分「訴願駁回」。一法兩處罰，不公、不平。此有其他人（同業）同違反之裁定書，請參酌。八、依據中央法規標準法第五條第二款及第十一條明示，被告引用中央法規，但遊藝場業輔導管理規則，性質上仍屬行政命令，應不得與母法相牴觸，若引用行政命令，排除母法適用，自屬有誤，請參諸行政法院判決（78.1.20.七十八年度判字第七十七號），裁判原告勝訴。九、請參諸行政法院判決（77.9.22.七十七年度判字第一六七四號）（依據中央法規標準法第五條第二款或第七條之規定），未據敘明依據何項法律所為裁判，原處分撤銷。十、請撤銷原處分及一再訴願決定等語。

被告答辯意旨略謂：一、原告提起訴願時稱當日因搬移機台，撞壞冷氣大門，致使進出口處未有明顯標示「未滿十八歲青少年禁止進入」之告示牌，並稱有詢問該六名學生是否已滿十八歲。惟依據警察局筆錄記述，該遊藝場於門口左側貼有「未滿十八歲少年禁止進入」之告示牌，且對王○平等六名學生並未詢問其年紀，另黃○耀於當天穿著校服進入該遊藝場，當事人所稱顯與事實不符。二、原告另稱遊藝場業輔導管理規則為一行政命

令，並無法律上之法源，違反憲法保障人民權益之精神、法律保留原則、平等原則、自我約束及比例原則等節。查遊藝場業輔導管理規則為教育部訂頒，其第十三條規定：「經營遊藝場業應遵守左列規定：……電動玩具業及撞球業不得容許未滿十八歲之兒童及少年進入其營業場所。……」第十七條第三項規定：「違反第十三條第一款、第五款、第七款或第十二款規定者撤銷其許可。……」遊藝場業輔導管理規則對遊藝場業者容留未滿十八歲青少年之處分規定明確。且上開規定中並未授予被告自由裁量之餘地，被告僅得依該規則之規定切實執行。三、再查遊藝場業輔導管理規則係教育部依權責發布之中央法規，依法即有其拘束力，該撤銷原告營業許可所引據之法條為首揭管理規則第十七條第三項規定，即違反不得容許未滿十八歲少年進入電玩營業場所，而非同條第一項第六款之「違反社會秩序行為者」。如原告尚有其他違反社會秩序行為時，主管機關仍依社會秩序維護法之規定辦理，與本案情形並不發生優先適用或互為牴觸之問題。原告所辯各節，不足採信。從而被告依首揭規定予以撤銷其營業許可之處分，並無違誤。四、綜上結論，本件行政訴訟為無理由，請駁回原告之訴等語。

理 由

按「經營遊藝場業應遵守左列規定：一、……十二、電動玩具業及撞球業不得容許未滿十八歲之兒童及少年進入其營業場所。」「違反第十三條第一款、第五款、第七款或第十二款規定者撤銷其許可。」分別為遊藝場業輔導管理規則第十三條第十二款前段及第十七條第三項前段定有明文。本件原告因容留未滿十八歲青少年進入營業場所遊樂，經高雄市警察局少年警察隊於八十五年六月二十六日當場查獲，移由被告認定原告違反遊藝場業輔導管理規則第十三條第十二款規定，乃依該規則第十七條第三項規定，以八十五年八月二日高市教四字第二一九四五號函撤銷其營業許可，原告不服，循序提起行政訴訟。主張：原告因進入其遊藝場之青少年身材甚高，誤以為均已滿十八歲，且均係玩益智性而非色情及賭博之電動玩具，依內政部警政署函及經濟部頒「電子遊藝場業輔導管理規則」均不應撤銷營業許可，且被告據以撤銷原告營業許可之首開規定為行政命令，欠缺法律授權依據，違反中央法規標準法及憲法之規定云云。經查：原告於八十五年六月二十六日容留未滿十八歲青少年王○平等六人進入玩樂，經警當場查獲，且經王○平等六人一致指證：進入該遊藝場時無人查問年齡及阻止進入等語，原告亦自認：「我本人確有督導不周疏失之責，所以才會發生未滿十八歲青少年自由進出店裡打電玩的情形發生」云云，有警局談話筆錄七份附原處分卷可稽，自應認為真實。原告起訴時翻異主張：有問年齡，誤以為該六人皆滿十八歲云云，核無足取。次查：原告係依首揭遊藝場業輔導管理規則申請設立，自須遵照該管理規則之規定，該管理規則既係教育部所頒布，乃係以保護青少年身心健康教育為目的，與內政部警政署函令之以治安防治、違警處分之目的及經濟部職司商業經濟目的所訂定之「電子遊藝場業輔導管理規則」所職掌之範圍及目的均不同，原告引用

上開內政部警政署函令及經濟部之管理規則指摘原處分不當，均無可採。原告既係本於首開管理規則申請發給營業許可，被告依該管理規則之規定予以撤銷營業許可，其性質為基於固有行政職權之行政上處置，難謂有違反中央法規標準法及憲法之規定，亦無逾越母法之情形，此為本院最近一致之見解，原告所引本院另案判決及另案訴願決定，並非判例且屬另案，尚難執為本件應為相同裁判認定之依據。從而原告所訴各節，均無足取，本件原處分揆諸首揭規定洵無違誤。一再訴願決定遞予維持，俱無不合。原告起訴意旨難謂為有理由，應予駁回。

據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段判決如主文。

中華民國八十七年五月二十九日

(本聲請書其餘附件略)

參考法條：遊藝場業輔導管理規則 第 13、17 條 (81.03.11)

中華民國憲法 第 15、23 條 (36.01.01)

兒童福利法 第 33、47 條 (89.06.14)

少年福利法 第 19、26 條 (89.06.14)

資料來源：法令月刊 第 51 卷 12 期 59-60 頁