

釋字第 806 號解釋協同意見書

許志雄大法官 提出

黃虹霞大法官 加入

黃昭元大法官 加入

一、臺北市政府於 94 年 4 月 27 日訂定發布施行之臺北市街頭藝人從事藝文活動許可辦法（下稱許可辦法，業於 110 年 3 月 24 日廢止）第 4 條第 1 項規定：「街頭藝人於本市公共空間從事藝文活動前，應向主管機關申請核發活動許可證。」（下稱系爭規定一）、第 6 條第 1 項前段規定：「取得活動許可證之街頭藝人，得於本市公共空間從事藝文活動。」

（下稱系爭規定二）及第 5 條第 1 項規定：「主管機關為處理前條第一項之申請，必要時得通知街頭藝人於指定場所解說、操作、示範或表演，經審查通過後，核發活動許可證。」

（下稱系爭規定三）其就街頭藝人之藝文活動事項加以規範，涉及職業自由及表現自由之限制，致生有無違反法律保留原則之問題。亦即，臺北市政府乃地方政府，不是國家或地方自治團體之立法機關，其訂定之許可辦法屬自治規則，既非自治條例，更非法律，卻對街頭藝人之職業自由及表現自由逕為限制，是否不符法治國法律保留原則之要求而違憲。

二、本號解釋明白肯認，系爭規定所涉事項應有法律保留原則之適用，解釋理由書稱：「街頭藝人之藝文活動，固因使用街道等公共空間，逾越通常使用範圍，構成公物之特別使用，基於社會秩序之維護，而須納入管制，並經許可，始

得為之。但此並不改變街頭藝人之藝文活動仍屬受憲法保障之職業自由與藝術表現自由之事實，與室外集會遊行，使用街道，構成公物之特別使用，依然受憲法集會自由保障之情形，並無二致。是對街頭藝人從事藝文活動之管制，如構成對人民職業自由及藝術表現自由之限制，即應以法律，或經法律明確授權之命令為之，始符合法治國法律保留原則之要求。」就須符合法律保留原則之結論而言，本席敬表贊同，但認理由部分尚有斟酌餘地。

按所謂公共空間，係指人行道、廣場及公園綠地等空間（許可辦法第2條第1款參照），屬公物（公共用物）性質。公物之管理機關為維護公物之存續、使用及機能，本具有包括性之管理權能，是為公物管理權。管理機關基於公物管理權，就公物之使用，無論一般使用或特別使用，不僅得為具體處分，亦得訂定抽象之規範（公物管理規則）。職是之故，關於公共空間之管理，未必非有法律依據不可。多數意見表示，街頭藝人於公共空間從事藝文表演活動，構成公物之特別使用，須經許可始得為之，且對街頭藝文表演活動之管制，如構成對人民職業自由及藝術表現自由之限制，即應有法律保留原則之適用。乍看之下，此等見解與上開公物管理之法理不無扞格。就此，多數意見固然有所辯解，但其說理未臻周全，實有補充、闡釋之必要。

三、首先，關於職業自由方面，如解釋理由書所稱：「系爭規定一、二及三對有意在臺北市公共空間從事街頭藝文活動者之解說、操作、示範或表演加以審查，通過後始核發活動許可證，就其諸多審查項目以觀，有部分係對申請在臺北市公共空間從事藝文活動者設立能力、資格之限制，亦即就

街頭藝人之技藝加以審查，就此而言，已涉及對人民選擇在臺北市公共空間從事街頭藝人職業之主觀條件之限制。」依其意旨，系爭規定一、二及三關於街頭藝人職業之主觀條件之限制規定，涉及職業選擇自由之限制，須符合法律保留原則之要求。惟此等情形何以不適用公物管理（權）之法理，多數意見未置一詞。本席認為，職業選擇自由之限制，性質上與公物之存續、使用及機能之維護並無直接關係，應非公物管理之事項，本不屬公物管理權所及範圍，公物之管理機關不能自訂規則予以規範。是回歸基本權限制應有法律依據之憲法要求，系爭規定一、二及三關於職業自由之限制，既非出於法律或自治條例之規定，自與法律保留原則有違。

其次，關於藝術表現自由之限制方面，除前引解釋理由書內容外，多數意見另表示：「許可辦法第 2 條第 1 款規定街頭藝人得從事街頭藝文活動之公共空間，本屬傳統之公共場域，而具公共論壇之功能，人民通常即得於此公共場域為言論表達及意見溝通。然街頭藝人係於政府指定之地點、時間內從事藝文活動，已逾公共空間通常使用方式之範圍，而須經許可。」惟街頭藝人於公共空間從事藝文活動，是否必然逾越通常使用範圍，構成公物之特別使用，而須經許可始得為之，非無疑義，於此姑且不予深究。理論上，不論就公物之一般使用或特別使用，應皆可依公物管理權之行使，訂定管理規則加以規範。若因而對使用者構成某種限制，無寧係公物管理不可避免之結果，原則上尚不生違法或違憲問題。既然如此，何以對街頭藝文表演活動之管制，只要構成藝術表現自由之限制，即要求應恪遵法律保留原則？其突破公物管理之行政法理論，立論基礎何在？

從前揭「街頭藝人得從事街頭藝文活動之公共空間，本屬傳統之公共場域，而具公共論壇之功能，人民通常即得於此公共場域為言論表達及意見溝通。」之論述似可推知，多數意見之主張主要立基於「公共論壇（public forum）」理論。事實上，過去釋字第 445 號解釋曾謂：「憲法第 14 條規定人民有集會之自由，此與憲法第 11 條規定之言論、講學、著作及出版之自由，同屬表現自由之範疇，為實施民主政治最重要的基本人權。國家為保障人民之集會自由，應提供適當集會場所，並保護集會、遊行之安全，使其得以順利進行。」似寓有公共論壇理論之意旨。惟其一語帶過，並未詳細闡述公共論壇理論之內涵，不免令人有霧裡看花之感。至釋字第 734 號解釋理由書所謂：「公共場所於不妨礙其通常使用方式之範圍內，亦非不得為言論表達及意見溝通。」說法更加曖昧，恐難詮釋為公共論壇理論之運用。而本號解釋理由書於首揭文字後，接續表明應採之對違憲審查基準，其立場基本上呼應公共論壇理論，惟內容尚有值得商榷之處。

四、按公共論壇理論源於美國判例，適用於多種公共場域，而街路、人行道及公園等，傳統與表現活動結合之公共用物，乃最典型、最純粹（quintessential）之公共場域¹，許可辦法所稱公共空間大體與之相當。依公共論壇理論，於此種傳統之公共場域，不得一律禁止表現活動。對表現活動所為之規制，若干涉表現活動之內容，而僅為時間、場所及方式

¹ 依照美國聯邦最高法院判例發展出來之公共論壇理論，除道路及公園為傳統（traditional）之公共場域外，另有指定「designated」或限定「limited」之公共場域，如公立劇場，係由國家或地方自治團體自發性提供公眾從事表現活動之場所。至於其他國有或公有財產，既非傳統之公共場域，亦不屬指定或限定之公共場域，則為「非公共場域」（nonpublic forum）。參照芦部信喜著，憲法學 III，有斐閣，1998 年，頁 443、444；中林曉生著，パブリック・フォーラム，收於駒村圭吾、鈴木秀美編著「表現の自由 I」，尚學社，2011 年，頁 206、207；橫大道聰著，現代國家における表現の自由，弘文堂，2013 年，頁 140-141。

之管制，固非不許，但其合憲性應受較嚴格之審查。亦即，應採中度審查基準，要求該規制必須嚴格限定於重要公共利益之追求，且必須留有其他足為表現活動之可替代途徑²。

多數意見表示：「政府所採取之管制措施，僅屬對於演出活動之時間、地點、方式等無涉表意內容之管制者，其管制目的應為追求合法之公共利益，但不得夾帶意圖壓抑表意內容之隱藏目的；其手段至多僅得對表意內容造成附帶之適度限制，且應留給表意人有足以表意之其他替代途徑，始符比例原則之要求。」其主張除管制目的部分外，與上述公共論壇理論若合符節。然失之毫釐，差以千里，多數意見之主張已與公共論壇理論相距甚遠。

解釋理由書已先鄭重其事，強調藝術表現之重要性，主張藝術表現自由應受憲法高度保障，而謂：「藝術為個人能力之展現，為人類文明之重要指標，街頭藝人為民間藝術能力之自主呈現。人民透過藝術表演活動，表達創作理念以實現自我，依其藝術創作之種類及表現，在知性、感性層面，尋求與表演對象之意念溝通及相互理解、共鳴，故人民得充分表現藝術之自由，不僅屬憲法第 11 條所保障表現自由之範疇，甚至屬具有高價值之言論，是應受憲法高度之保障。」卻於論述違憲審查基準時，容許只為追求合法之公共利益，而非重要公共利益，即可對演出活動之時間、地點、方式實施管制措施，顯已背離中度審查之要求，不無前後矛盾，自失立場之嫌。

² 芦部信喜著，憲法學 III，同註 1，頁 443-445；橫大道聰著，同註 1，頁 141。