

釋字第 806 號解釋協同意見書

黃瑞明大法官提出

黃虹霞大法官加入

壹、街頭藝人是城市自由與多元文化的縮影

假日在行人徒步區的街頭藝人表演，是歐洲城市的特色，通常位於市中心的老城區，四周古老建物呈現古蹟風采，街頭藝人與行人自然互動，充滿文化與娛樂之氛圍，可說是一個城市自由與多元文化的縮影。

街頭藝人在臺灣社會並不陌生，走江湖賣藝，打拳賣弄身手，兼推銷膏藥，可說是街頭藝人的始祖。近幾年街頭藝人表演內容多元、人數增加，這是臺灣邁向多元文化社會的表現，各縣市也相繼訂定規範街頭藝人從事藝文活動的命令。本號解釋宣告臺北市政府於民國（下同）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），對街頭藝人資格之取得就技藝及內容加以審查部分為違憲，本席贊同，並提出協同意見。

貳、本號解釋聲請案原因事實大要及相關背景

本號解釋聲請人陳源楨於 103 年間因其街頭藝人活動許可證遭臺北市政府以其活動違規為理由而廢止，聲請人於用盡訴訟途徑後聲請釋憲，在此期間內有關街頭藝人之管理，有如下具有意義之事件：

- 一、106 年文化部召開「全國文化機關（構）主管會報」，文化部表示縣市政府對街頭藝人的表演技能進行考試給予證照的管理模式，有違藝術自主之原則，建議改採資格申請制，同時設立展演專區，讓街頭藝人有充分展現才

華及創作的空間¹。

二、臺北高等行政法院對流浪浮雲樂團聲請活動許可證遭否決案之判決

臺北高等行政法院審理此案之原因事實大致為：原告為音樂人士組成之流浪浮雲樂團，向臺北市政府申請核發街頭藝人活動許可證，經審議委員會依其現場表演進行審議後，以「歌唱、演奏技巧需再純熟；建議不依賴伴唱設備，獨力呈現完整演出；注意表演歌唱或演奏之音準」等理由，決議不核發活動許可證，經過複審後仍判定不通過申請，原告提起訴願被駁回後，提起行政訴訟。臺北高等行政法院審理後於 109 年以 108 年度訴字第 179 號判決判原告勝訴，判決理由認臺北市政府所公布施行之許可辦法等自治規則違反法律保留原則，限制人民從事街頭藝人的職業自由，且不法侵害人民言論自由等原因而違憲。該判決理由論述充實詳盡，引據資料已如學術論文。該判決未經臺北市政府提出上訴而確定。

三、臺北市政府於 110 年 1 月 29 日訂定發布「臺北市街頭藝人從事藝文展演活動管理辦法」（自同年 3 月 1 日起施行），年滿 16 歲以上中華民國國民即得向文化局申請登記為臺北市街頭藝人，亦即對於街頭藝人資格之取得採登記制，並於同年 3 月 24 日廢止許可辦法。

四、依上，本號解釋公布時，臺北市政府已變更審查許可制為登記制。然而基於如下理由，大法官仍有審查本件聲請案並公布本號解釋之理由：

¹參見文化部，建構由下而上的文化治理 文化部召開「全國文化機關(構)主管會報」，https://www.moc.gov.tw/information_250_70209.html，2017 年 9 月 27 日（最後瀏覽日期：2021 年 7 月 30 日）。

- (一) 對街頭藝人之管理不論是採審查許可制或是登記制，均與人民在街頭表演之權利相關，涉及對於人民之職業自由及藝術表現自由等基本權之限制，若未經臺北市議會通過，其管制即有違反法律保留原則之疑義。於此必須指出，臺北市管理攤販的「臺北市攤販管理自治條例」即為經過臺北市議會通過之自治條例。
- (二) 至本號解釋公布日，臺灣仍有幾個縣市對街頭藝人採審查許可制，本號解釋可供其參考²。
- (三) 街頭藝人表演涉及藝術表現自由，為憲法上之重要題目，德國基本法第 5 條第 3 項明文規定藝術自由是受憲法保障之基本權，本號解釋認憲法第 11 條保障之範圍包括藝術表現自由，具有憲政發展上之重要性。

參、對街頭藝人之資格無需採取審查許可制之理由

除了本號解釋理由書所指出，對街頭藝人之技藝加以審查不符比例原則，而侵害職業自由；對街頭藝人之藝文活動之內容加以審查不符合特別重要公共利益，而侵害藝術表現自由之外，從實務之觀點另可補充如下之理由：

- 一、對街頭藝人技藝及內容之審查難免主觀，參照臺北市政府公布之「臺北市街頭藝人從事藝文活動實施要點」規定不服審議結果，得申復之理由包括「評審委員在不涉及美學判斷之評審意見上有偏見，致影響審議結果之決定」，換言之，涉及「美學判斷」之意見即不得為申復之理由，然而美學判斷之意見即為主觀，因人而異。
- 二、以街頭藝人技藝不足而不核發活動許可證，可能阻礙有

²本號解釋公布之日尚採取審查許可制之縣市包括：南投縣、宜蘭縣、臺東縣、花蓮縣、澎湖縣、金門縣。

志於技藝表演者鍛鍊精進之機會。歐洲城市之街頭藝人表演內容形形色色，雜耍、魔術、演奏、歌唱等皆有之，其中固有技藝超群、令人嘆為觀止者，但也不乏看起來是窮困潦倒的音樂家，用盡最後一絲力氣拉奏，從觀眾獲取的賞金，可能同情成分大於欣賞。也有青澀的小音樂家，利用週末假期打工兼練藝。各種程度不一的表演者譜成豐富文化面相，設定資格篩選即非多元文化。

- 三、許多新創藝術一開始可能被視為異端，難為主流接受，若因此而被剝奪街頭表演之機會，可能扼殺創新藝術於萌芽之時。

肆、憲法下的藝術表現自由與言論自由

本號解釋確認人民享有藝術表現自由，應受憲法第 11 條之保障，其與第 11 條明文保障之言論自由間之關係，可得討論如下：

- 一、我國憲法第 11 條並沒有保障人民藝術表現自由之明文規定，但本號解釋並未因此認為藝術表現自由是憲法第 22 條所保障之一般行為自由之領域，而仍以憲法第 11 條作為權利之基礎。學者有認為應避免以憲法第 22 條、第 23 條對「社會秩序」和「公共利益」擴大詮釋而限縮藝術自由³。本號解釋未引用本院過去有關言論自由之解釋（如釋字第 734 號、第 744 號解釋），顯示藝術表現自由與言論自由在憲法上之判斷尚有所差異。
- 二、本號解釋所保障之藝術表現自由與釋字第 734 號解釋所

³參見吳介祥，藝術自由之法律與文化面向——並以德國、美國為例，台灣社會研究學會「開門見山：面對公民社會的矛盾」研討會論文，2012 年 9 月，頁 13。

保障言論自由之比較

本號解釋理由書指出許可辦法規定街頭藝人得從事藝文活動之公共空間，本屬傳統的公共領域，而具公共論壇之功能，人民通常得於此公共領域為言論表達及意見溝通，並認為政府訂定從事藝文活動之相關許可法令時，應盡量採取無涉表意內容之管制，以保障街頭藝人之表現自由。本院於 104 年 12 月 18 日公布之釋字第 734 號解釋係對政府得否於道路（包括街道、人行道、廣場或其他供公眾通行之地方）清除廣告物之疑義為解釋，解釋理由書指出廣告兼具意見表達之性質，屬於憲法第 11 條所保障之言論範疇，而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。

本號解釋所指稱之公共空間與釋字第 734 號解釋所稱之公共場所應係相同，但此二號解釋對象之差別在於釋字第 734 號解釋對象之廣告物之設置，不須先經政府機關之核可，而本號解釋對象之街頭藝人之藝文活動，必須於政府機關容許之時間、地點內為之，此即本號解釋理由書所指「按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」，而釋字第 734 號解釋所稱廣告物之設置，並未認為是就公共空間為特別使用。

雖然本號解釋與釋字第 734 號解釋均是對人民於公共空間為活動之自由之保障，但因所涉及之行為對公共空間之使用程度有別，因此本號解釋並未參照釋字第 734 號解釋。

三、本號解釋與釋字第 744 號解釋就商業性廣告為解釋之比

較

本院於 106 年 1 月 6 日公布之釋字第 744 號解釋理由書指出商業言論亦受憲法第 11 條言論自由之保障，但本號解釋所保障者為藝術表現自由，雖然同屬憲法第 11 條保障之領域，但因為藝術表現係保障創作者自我理念之展現，並非為某件商品作廣告，二者概念上尚有所差距，因此本號解釋亦未參照釋字第 744 號解釋。

伍、美國與德國判決之參考

與街頭藝人相關之美國與德國判決簡介：

一、美國西雅圖中心（Seattle Center）案

邁克·貝格（Michael Berger）先生經常於公園表演魔術、製造動物造型之氣球以及其他娛樂活動，西雅圖市政府所有並經營管理的西雅圖中心（Seattle Center）公布管理規則，對中心內之活動加以規範，包括交通規則、寵物上鍊等規定，其中有關街頭藝人須先獲得市政府之許可（permit）等規定，貝格先生認為違反美國憲法第一修正案有關言論自由之保障而違憲。

- （一）第一審判決：美國華盛頓西區聯邦地區法院之判決⁴
- 該法院法官先探究系爭的西雅圖中心性質上屬於何種公共領域：傳統的公共領域（traditional public forum）、選定的公共領域（designated public forum）或是非公共領域（non-public forum）？對於言論自由的限制在不同的領域有不同的審查密度，最後法院認定西雅圖中心是傳統公共場域，如同人行道、街道或

⁴Berger v. City of Seattle, 2005 WL 8161729 (Apr. 22, 2005).

公園，在該領域內對於言論自由之限制應受嚴格審查。

法院判定西雅圖中心是傳統公共場域，其判斷標準為「該場域之使用與公開之活動是否具有相容性」（“compatibility of the uses of the forum with expressive activity”），以及「表意人合理期待其言論會受保護」（“speakers’ reasonable expectations that their speech will be protected”）。

法院對於西雅圖市政府之管理規定是否侵害街頭藝人之言論自由分別論斷，其中對於街頭藝人應獲得市政府之許可（permit）部分，認定如下：市政府要求街頭藝人必須拿到許可的規定，在不涉及內容審查（content—neutral），而僅就表演的時間、地點及方法（time, place or manner）加以規範時，並未違憲，但本件西雅圖市政府有關許可之規定未為嚴密剪裁以保障言論自由，故違憲。

（二）第二審判決：美國第九巡迴上訴法院之判決⁵

本案經上訴至美國第九巡迴上訴法院，該法院於2008年1月作出判決⁶，認為西雅圖市政府之規定合理。原告請求重審（rehearing），該院於2009年6月24日作出判決⁷維持第一審法院認定許可制違憲之決定。西雅圖市政府於該上訴程序主張維持許可制之理由包括：減少藝人間因使用表演場地所生之爭執以保障市民之安全及方便；防阻藝人騷擾觀眾；以及協調

⁵訴訟歷程參 <https://www.aclu-wa.org/cases/berger-v-seattle-0>（最後瀏覽日期：2021年7月30日）

⁶Berger v. City of Seattle, 512 F. 3d 582 (9th Cir. 2008), Jan. 9, 2008.

⁷Berger v. City of Seattle, 569 F. 3d 1029 (9th Cir. 2009), Jun. 24, 2009.

潛在競爭使用者。

法院判決理由指出，保障市民使用公共場域時之安全與方便，確為政府之施政目標，然而許可制對於推動政府之上述三個目標並非為顯著有效之方式(the Center's permitting requirements do not promote those interests in any significant way)

判決維持原審許可制違憲之結論，理由主要為：許可制要求人民於事前先讓政府知悉其擬於公共場域從事之公開活動，如此之要求從未獲得巡迴法院或最高法院之支持。許可制所限制之言論遠超過該制度所擬排除之惡行(evils)，而政府透過許可制所擬達成之目標，可以用較小侵害之方式達成。

二、德國佛萊堡市案⁸

該案原告為街頭藝人，主張其收入主要來自街頭表演，其在行人徒步區內表演不需要獲得市政府特別許可。而佛萊堡市公布之街頭藝人管理規則對於音樂家在街頭表演時使用的樂器、時段、地點以及每個人的表演時間加以規範，而向佛萊堡市提出訴訟。

聯邦行政法院判決理由主要為：對街頭音樂家之資格作為在行人徒步區內特別使用之許可並不違背聯邦法律，尤其是基本法第5條第3項所保障之藝術自由。藝術自由之法益必須與道路使用之其他法益加以平衡，不同法益之衝突在個案有衡量之空間。

從該案之事實顯示佛萊堡市規範街頭藝人之資格涉及樂器之種類，但並未對技藝加以審查。

⁸BVerwG, Beschluß vom 19-12-1986-7B 144/86, NJW 1987, 1836.

陸、街頭藝人與「道路擺設攤位」之差異

「未經許可在道路擺設攤位」為道路交通管理處罰條例第 82 條第 1 項第 10 款所禁止並處罰之行為，街頭藝人是否得依該條規定加以處罰即有爭議，本席認為街頭藝人之表演與擺設攤位本質有所不同，按街頭藝人「展演內容均須為現場創作或演出，非現場創作之展示樣品不得於現場販售，並須標明為『非賣品』」（臺北市街頭藝人從事藝文活動實施要點第 7 條第 4 項），故街頭藝人不可販售可以量產之商品，而是現場藝術表現，無法複製。基於許可辦法之目的是為「促使藝術文化融入民眾生活，豐富本市公共空間人文風貌」之理由，而允許街頭藝人於街頭從事藝文活動，故與「道路擺設攤位」之管理有所區別。

柒、藝術表現自由與憲法其他基本權之可能衝突

本號解釋理由書指出「至若藝文活動內容有妨害公序良俗或違背其他法律者（例如噪音管制法等），已有相關法律可資規範，自不待言」，已預見藝術表現自由將會與其他法律之適用發生爭議，甚至涉及基本權之衝突，例如藝術與色情之界線⁹、藝術表現自由與宗教自由，以及名譽權之保障等衝突¹⁰，均有賴司法於個案審查決定。

⁹社會秩序維護法第 82 條第 1 項第 2 款所定應受處罰之「於公共場所或公眾得出入之場所唱演或播放淫詞、穢劇或其他妨害善良風俗之技藝者」或是第 83 條第 2 款所稱之「於公共場所或公眾得出入之場所，任意裸體或為放蕩之姿勢，而有妨害善良風俗，不聽勸阻者」，即為藝術表現與色情間可能產生法律爭議之處。

¹⁰有關藝術自由與其他基本權衝突之案例，參見吳介祥，前揭文，頁 3-7。