

釋字第 806 號解釋協同意見書

黃昭元大法官提出
許宗力大法官加入
黃虹霞大法官加入
許志雄大法官加入

一、本號解釋與本席立場

[1] 本號解釋之審查標的有 3 個條文：臺北市政府 2005 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 2005 年許可辦法）第 4 條第 1 項（即系爭規定一）、第 6 條第 1 項（即系爭規定二）及第 5 條第 1 項（即系爭規定三），有關街頭藝人應經審查通過取得活動許可證後，始得在臺北市指定空間從事藝文活動之規定。¹解釋文除宣告上述規定欠缺自治條例之授權，違反法律保留原則外，並宣告系爭規定三就系爭規定一及二所定活動許可證之審查制度，侵害職業自由及表現自由而違憲。

[2] 本席立場：本席支持上述兩項違憲結論，謹就解釋理由有關侵害職業自由和表現自由部分，提出協同意見，以進一步闡述或補充多數意見之理由。

二、系爭規定所限制之憲法上權利

¹ 臺北市政府 2005 年 4 月 27 日訂定發布施行，2021 年 3 月 24 日廢止之臺北市街頭藝人從事藝文活動許可辦法（下稱 2005 年許可辦法）第 4 條第 1 項：「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。」（系爭規定一）；第 6 條第 1 項：「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。但應遵守相關法令規定及各公共空間之管理規範，並不得影響公共空間管理人許可之其他活動。」（系爭規定二）；第 5 條第 1 項：「主管機關為處理前條第 1 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。」（系爭規定三）。本院是先受理系爭規定一及二，再以重要關聯為由將系爭規定三納入審查標的，因此系爭規定的序號並未完全依循條文序號。

[3] 本案核心爭點：本號解釋並未審查臺北市政府有關街頭藝人之各項主要規定，而僅以臺北市街頭藝人之入口管制：「誰可以取得臺北市街頭藝人的資格，而得在指定空間從事收費性²藝文活動？」即以上述系爭規定一及二所稱「活動許可證」及系爭規定三就「活動許可證」所定之（實質）審查制，為本號解釋之審查標的及核心爭點。至於有關街頭藝人實際展演活動之規範（包括對展演內容、時間、地點、方式等之管制）、評鑑及處罰部分，則不在審查範圍。上述系爭規定一至三合併適用後所直接限制者，係對街頭藝人「資格」之管制（對人之管制）。然依據相關法規，系爭規定一及二所定之活動許可證對於未來街頭藝人的展演活動，也是有內容（如展演項目、限現場創作表演內容等）、時間、地點、方式等之限制（對行為之管制）。³

[4] 由於街頭藝人的展演活動對於展演地點附近的人群活動及交通等通常會造成一定之影響，因此多半屬於公共空間之特別使用，因此我國各地方政府都要求街頭藝人應先經申請

² 參 2005 年許可辦法第 2 條第 3 款：「藝文活動：指從事**收費性**戲劇、默劇、丑劇、舞蹈、歌唱、樂器演奏、魔術、民俗技藝、雜耍、偶戲、詩文朗誦、繪畫、工藝、雕塑、行動藝術、使用非永久固定之媒材或水溶性顏料之環境藝術、影像錄製、攝影及其他與藝文有關之現場創作活動。」2021 年 1 月 29 日訂定發布之臺北市街頭藝人從事藝文展演活動管理辦法（下稱 2021 年管理辦法，即現行法）第 3 條第 3 款則將上述「收費性」修正為：「藝文展演活動：指以**接受觀眾自由打賞或按街頭藝人所定金額收取費用等有償方式**，於公共展演空間進行現場創作之下列類別藝文展演活動」。（**粗黑體**為本文所加）並未實質改變收費或有償之意涵，且均未涵蓋未收費之純表演（如近年流行的快閃表演）。

³ 參系爭 2005 年許可辦法第 9 條：「街頭藝人從事藝文活動，有下列情形之一者，主管機關得撤銷或廢止其許可之全部或一部：...四、從事藝文活動之內容、販售物品或勞務等活動，與活動許可證之核准項目不符。...」臺北市政府 2009 年 4 月 9 日發布，2018 年 4 月 17 日發布廢止（溯及自同年月 1 日生效）之臺北市街頭藝人從事藝文活動實施要點（下稱 2009 年實施要點）第柒點「街頭藝人管理規範：...二、街頭藝人從事藝文活動時，不得造成行人或車輛通行困難，至少須留三公尺以上之行人通行空間，且不得阻礙無障礙設施、建築物出入口或消防安全設備。三、空間使用規範....六、展演時間：10 至 22 時。但公共空間管理人令有規定者，從其規定。...十、表演內容不得涉及宗教或政治活動。十一、街頭藝人不得有重大影響消費者權益破壞、影響街頭藝人整體形象之行為。」

許可始能取得展演資格。然各地方政府就街頭藝人應申請之許可則有不同名稱：臺北市在 2005 至 2021 年 3 月間，於系爭規定中稱為「活動許可證」，2021 年管理辦法⁴則刪除上述活動許可證之名稱，僅餘登記規定，而無證照名稱；新北市⁵稱為「街頭藝人展演登記證」（簡稱街頭藝人證）；宜蘭縣⁶及嘉義縣⁷亦稱為「街頭藝人證」；臺南市⁸稱為「展演許可證」；高雄市⁹稱為「街頭藝人標章」。上述各種名稱雖有不同，但均屬具職業證照性質之工作許可。

[5] 至於本號解釋所關注的許可審查方式，目前可大致分為審查制（針對申請人之展演能力、技藝等予以考試評選）和登記制（僅有形式要件的審查，如年齡、國籍、團體人數等）。臺北市在 2005 年至 2021 年 3 月間係採系爭規定所定之審查制，每年通過率低於 20%；2021 年 3 月起才改為登記制。依文化部統計，在全台共 22 個直轄市及縣市中，目前已有 13 個縣市¹⁰採取登記制，2 個縣市預計採行登記制，6 個縣市尚維持類似本案之審查制，1 個縣（連江縣）沒有街頭藝人之法規依據。¹¹

⁴ 參前註 2 所引之 2021 年管理辦法第 5 條。

⁵ 參新北市政府 2021 年 2 月 18 日訂定發布之新北市街頭藝人從事藝文展演活動管理要點第 5 點。

⁶ 參宜蘭縣政府 2008 年 1 月 17 日發布之宜蘭縣街頭藝人從事藝文活動許可辦法第 4 條。

⁷ 參嘉義縣政府 2021 年 6 月 2 日修正發布之嘉義縣街頭藝人從事藝文活動作業要點第 5 點。

⁸ 參臺南市政府 2018 年 3 月 7 日發布發布，2020 年 3 月 12 日修正發布之臺南市街頭藝人從事藝文活動許可實施要點第肆點。

⁹ 參高雄市政府 2012 年 4 月 12 日訂定發布之高雄市街頭藝人展演辦法第 3 條。同辦法第 4 條雖也訂有類似本案系爭規定三之實質審查制，然高雄市自 2021 年 4 月起改採登記制，惟未修正上述街頭藝人標章之證照名稱及上述辦法第 4 條。

¹⁰ 其中如嘉義縣和台南市另要求申請人必須全程參與當地政府舉行之工作坊，始發給相關證件，與臺北市、新北市等縣市之登記制仍有些許不同。

¹¹ 目前採取登記制的縣市為：臺北市、基隆市、新北市（2021 年 3 月起，且一證三地通用）、桃園市、新竹市、苗栗縣、臺中市、雲林縣、嘉義市、嘉義縣、臺南市（2018 年改）、高雄市、屏東縣（2020 年 11 月起）共 13 個縣市；預計在 2021 年改採登記制的有新竹縣、彰化縣；目前仍維持審查制的有南投縣、宜

[6] 本席認為：不論是系爭規定之（實質）審查制或多數地方政府近年改採的登記制，都是對於街頭藝人「資格」之入口管制。系爭規定所定之活動許可證或各地方政府所定之街頭藝人證、展演許可證等相關證件，其實就是一種職業證照或工作許可，類似我國在 1990 年 7 月前曾長期實施之演員證、歌唱演員證（俗稱歌星證）、導演證等，¹²而非針對個別或數個展演活動之「行為」許可。再加上街頭藝人從事的是收費性藝文活動，而非單純的無償展演，故對以街頭藝人為業者而言，系爭規定確會干預其工作權（本號解釋稱為職業自由）。又藝文活動不論是展演藝術、視覺藝術或創意工藝，¹³均為藝術表現，因此也會同時干預展演者之（藝術）表現自由。至於對不以此為業的街頭藝人而言，例如單純享受展演樂趣者、藉此籌募經費的學生社團（如合唱團、吉他社、熱音社、熱舞社、戲劇社等）等，則不致干預其職業自由，而只會限制其（藝術）表現自由。¹⁴上述兩種權利也是本號解釋

蘭縣、花蓮縣、臺東縣、澎湖縣、金門縣共 6 個。此外，連江縣迄今仍無有關街頭藝人的法規。資料來源：文化部 2021 年 7 月 26 日復本院電話詢問之 email。

¹² 參臺灣省電影戲劇事業管理規則（1948）、臺北市育樂事業管理規則（1971）、教育部 1978 年 2 月 1 日訂定發布，1990 年 6 月 30 日廢止之演藝事業暨演藝人員輔導管理規則。引自：根雨屋，〈【當年不能做的事！】你不能唱歌演戲〉，《想想論壇》，2019 年 11 月 4 日，<https://www.thinkingtaiwan.com/content/7941>（最後瀏覽日：2021 年 7 月 30 日）。

¹³ 參臺北市政府 2009 年 4 月 9 日發布，2018 年 4 月 17 日發布廢止（溯及自同年月 1 日生效）之臺北市街頭藝人從事藝文活動實施要點（下稱 2009 年實施要點）第貳點將受理申請類型分為：一、表演藝術類，二、視覺藝術類，三、創意工藝類。2021 年管理辦法（即現行法）第 3 條第 3 款則分為（一）表演藝術類、（二）視覺藝術類、（三）工藝藝術類。系爭 2005 年許可辦法及上述 2009 年實施要點（均已不再適用）所稱之藝文活動，於 2021 年管理辦法則改稱藝文展演活動，然新舊法規規定之內涵類似。

¹⁴ 同一規定對於同受規範之不同類型人民可能會分別干預不同的憲法上權利，並非本號解釋之特例。本院釋字第 802 號解釋就入出國及移民法第 58 條第 2 項規定：「跨國（境）婚姻媒合不得要求或期約報酬。」所限制之權利，亦認為上述規定：「...就以婚姻媒合為其業務內容之個人或團體，係對其從事業務行為得否主動要求或期約報酬之干預，而屬對工作權之限制；就僅偶然從事婚姻媒合，而非以之為業者，則係對其與他人締約內容之干預，而屬對契約自由之限制。」而與本號解釋之情形類似。

據以審查的憲法依據，可以贊成。

三、職業自由部分

[7] 本號解釋理由書第 7 至 8 段認系爭規定所定之（實質）審查許可機制，分別涉及對人民職業自由之主觀條件及執行職業內容等之限制。就有關展演能力（即技藝）之審查部分，多數意見認為已涉及對人民選擇街頭藝人職業之主觀條件限制，因此適用中度審查標準，並認其目的固屬正當，但未達重要公益之程度，因而宣告違憲。至於審查許可機制中有關使用公共空間之時段、地點，以及是否適合於特定公共空間表演之審核部分，則認為屬於對人民執行職業之方法、時間、地點、內容之限制，並認其目的係為維護公共空間之正常使用、秩序與安全，符合公益，因而宣告合憲。

（一）對職業主觀條件之限制非當然適用中度審查標準

[8] 本席贊成上述違憲之結論，但在方法和理由方面，則有以下之不同想法。我國因受德國影響，就職業自由之限制向來分為執行職業自由、主觀條件、及客觀條件之限制等三種類型，並分別適用寬鬆、中度、及嚴格審查標準。系爭規定要求街頭藝人須先通過審查、取得許可後，才能在指定公共空間展演，這的確是對於街頭藝人職業資格之主觀條件限制。然就上述主觀條件限制，是否應當然並一律適用中度審查標準予以審查，本席對此始終有所質疑。

[9] 按職業自由的主觀條件限制通常都是要求人民應具某種專長能力或資格（身分）（本院釋字第 584 號解釋理由書第 4 段參照），這多半就是分類，而也可從平等權予以審查。例如：滿 16 歲之自然人才能申請成為街頭藝人，未滿 16 歲者不得申請，這是年齡的分類；外國人須有合法工作許可才能申請，本國人沒有此項要求，這是國籍的分類。又由於各種職業之資格條件可能包括種族、語言、性別、學經歷、前科記錄等各類身分，究竟如何區別哪些是主觀條件？哪些是客觀條件？也會面臨與平等權審查時區別嫌疑或準嫌疑分類的類

似難題。除了特定行業的獨占管制、對全部人都適用的客觀限制外，如單以屬不可改變為由，就將這類特徵或資格均歸於客觀條件限制，從而嚴格審查（如本院釋字第 649 號解釋將視障看成是客觀條件），也可能是過於簡略、跳躍的主張。例如前科記錄實已不可改變，本院釋字第 584 號解釋也認其為主觀條件限制。又如身高對成年人而言實亦屬不可改變，假使保全業、職業籃球隊等職業以身高為錄取條件，難道也是客觀條件限制而應嚴格審查？未滿年齡下限者屬主觀條件，因為還可以長大；已逾年齡上限者屬客觀條件，因為不能再年輕一次。同樣的年齡條件，卻可能有上述兩種結果，實難以理解。

[10] 即使將得改變之特徵或能力要求均歸於主觀條件限制，為何一定要適用中度審查標準？則是另一問題。主觀條件限制的資格有多少種，分類也就可能會有多少種。從平等權的角度來看，實在難以想像可以用如此抽象籠統的指稱（主觀條件），而將各種主觀條件限制或分類都一律適用相同的中度審查標準。如果主觀條件限制是涉及性別、性傾向等準嫌疑分類，固應適用中度審查標準。但如法令所設定的主觀條件既非嫌疑、又非準嫌疑分類，而是具有更大流動性的其他資格條件（分類），則恐怕也有適用寬鬆審查標準的可能。換言之，將所有的主觀條件限制都看成鐵板一塊，從而都一律適用中度審查標準，其實是過於粗糙的作法。更何況所謂客觀條件、主觀條件及執行職業自由的限制之三種類型，之間往往有難以認定的灰色地帶，或同時兼具兩種甚至三種性質，以致各個限制究應適用何種審查標準，就難免有疑義。

[11] 本案所涉及的表演技藝之審查，應該類似於取得計程車職業駕照所須通過的筆試及路考等，而不是年齡、前科等積極或消極資格。如放在平等權的審查架構下，系爭規定所設定的技藝能力之主觀條件限制，應該既非嫌疑、又非準嫌疑分類，因為這不是指向申請人本身所具備的某種固定或必然依附其「身分」的特徵（如種族、性別等），而是指向申請人「行為」（表演的夠不夠好？）的能力要求。加上一個人的表

演技藝通常是可以經由學習而改變的（如本席般之五音不全者是例外），能否通過能力之審查，甚至繫諸於臨場表現的結果（例如奧運比賽項目的會前資格賽），故就此種以技藝能力為主觀條件限制或分類之規定，是否當然適用中度審查標準？本席實無把握。

[12] 上述指向身分的各種分類，之所以成為嫌疑或準嫌疑分類而從嚴（嚴格或中度）審查，通常是因為這些分類與其制度目的或結果（如能否入學、是否夠資格取得各類證照等）無必然關聯，因此應從嚴審查，以保障各申請人之公平競爭的機會。然而，系爭規定所定之技藝能力審查，則與申請人能否成為適格的街頭藝人直接相關，這就像律師考試之各個法律考科與能否成為適格律師間，也是有相當密切的關聯。對於這類證照考試的科目、評分標準等規定，由於涉及是否通過之能力評估，如有個案爭訟，法院通常會比較尊重考試或審查機關的專業判斷。如果說行政法院對此會承認行政機關有判斷餘地，本院在抽象審查相關法令時，似亦應寬鬆審查，而非當然適用中度審查標準。

（二）系爭規定縱使適用寬鬆審查標準，其目的仍為違憲

[13] 如果對涉及技藝審查的部分適用寬鬆審查標準，系爭規定是否仍然違憲？多數意見在理由書第7段認為系爭規定之目的「係為防阻技藝不佳者於街頭從事藝文活動，以提供臺北市市民品質優良之娛樂」，而屬正當公共利益，但因未達「保護人民之生命、身心健康、財產或其他重要法益」之程度，認非重要公益，因此宣告違憲；至於手段部分則未審查。對此，本席則認為系爭規定所擬達成之目的在憲法上並不具正當性，即使適用寬鬆審查標準，也是違憲，理由如下。

[14] 上述多數意見所認可的「防阻技藝不佳者於街頭從事藝文活動，以提供臺北市市民品質優良之娛樂」之目的，看似正當且冠冕堂皇，但其實隱藏了一個明顯且強烈的負面作用。因為系爭規定之實質審查不僅會直接決定誰有資格上街頭展演，也同時會間接決定閱聽觀眾能接觸、欣賞什麼展演，

雖然後者仍有很大的自主決定空間。不過，本席認為：這是由國家代替人民而事先決定何謂品質夠好的街頭展演，進而預先篩選人民可以或適合欣賞誰提供的、什麼內容之展演。

[15] 先就申請人來說，此種實質審查固然未必是對其展演內容的直接干預（因為沒有限制只能演唱所謂愛國歌曲、不能表演歌仔戲、布袋戲等），但確實有相當大的可能會涉及對於藝術性言論的內容審查，至少會讓評審者有可能對申請人之展演內容進行評價，並進而過濾掉公權力所不喜歡、不欣賞的申請人。國家對於人民思想、品味、偏好、評價之干預，不論是直接或間接，如果是採取有牙齒的強制手段（在本案即不發給許可），而不僅是獎勵或誘導式的非強制手段，本席對此向來保持高度警戒及懷疑，並認為應盡量減少國家的此類干預，這是憲法對國家權力所劃下的重要紅線。退一步而言，就算認為多數意見所認可之上述目的正當而合憲，但由於有上述負面作用存在，如放在手段審查的階段，本席也認為系爭規定之實質審查機制所造成的負面效果明顯大於其正面目的，而違憲。

[16] 再就閱聽觀眾來說，不同觀眾本即有不同的品味和偏好，這是多元社會的天然表現，而且天然的尚～好！台語有「牛聲馬喉，狗聲乞食喉」之俗諺。今日則有走音演唱，反倒激起網路聲量之例。以藝術欣賞來說，一人之噪音是另一人之天籟（One man's vulgarity is another man's lyric）。套句中國三國時代魏國曹植《與楊德祖書》的名句¹⁵並東施效顰一下：山麓有尚芳之人，海畔有逐臭之夫。現代人就會說：青菜蘿蔔各有所好，我的菜未必是你的菜，因為每個人喜歡的菜不會都一樣。國家無須替鄉民決定什麼是好的藝術？什麼是壞的藝術？什麼展演看了可以提升素養，什麼展演看了則會噁心嘔吐？從憲法保障既個人自主的精神來說，這不需要國家操心並代為選擇。國家毋須當人民的道德導師，也不用

¹⁵ 三國魏·曹植《與楊德祖書》：「人各有好尚，蘭茝蓀蕙之芳，眾人所好，而海畔有逐臭之夫；咸池、六莖之發，眾人所共樂，而墨翟有非之之論，豈可同哉！」

當人民的藝術家教。即使是天龍國內也還是有各色人等，品味各殊，不必期待市民必然要活在須時時講究所謂高級品味的壓力環境中。就此而言，本席認為：系爭規定對閱聽觀眾欣賞、接觸街頭展演之干預，實難認有什麼正當目的而可合憲。

[17] 退一步而言，如果國家能以確保一定之表演品質為目的，而對街頭藝人的展演技藝進行事先的實質審查，順此邏輯，國家是否也可以要求網路世界的各類直播主必須先申請並通過審查，始得取得「網路直播證」，而得上網直播並接受斗內，以確保直播有一定之品質？¹⁶不論是就展演人之技藝能力或直播主之資格，乃至於對於兩者之內容管制，國家固可於事後懲處違法之展演或直播，然事前介入實難有其正當性。¹⁷

[18] 綜合上述兩點，本席認為：街頭藝人展演品質之高低，本來就有市場機制可以過濾篩選，毋須國家過度介入。展演者本來就可以自主選擇是否及於何時、何地展演什麼節目，面對的並不是買票進場的觀眾，沒有票房壓力，也無須對誰有所交代。至於觀眾亦可自己決定是否停留、欣賞，不至於

¹⁶ 實地街頭與網路世界當然是有不同：街頭屬公共空間，而公共空間的供給總量是有上限，且各種使用者之間是會發生不同程度之衝突，因此國家是有必要對展演活動進行總量管制，從而採取時間、地點、方式等無關展演內容之適當管制。至於現代網路世界則越來越無容量上限，僅有在網路頻寬受限時，網路使用者間才可能會發生看不見的競爭、衝突，故國家對網路世界所得管制的空間應該會比實地街頭小。

¹⁷ 1980 年時，電視綜藝節目《黃金拍檔》的清裝短劇單元《清宮外史》中，曾出現一位號稱「兩百塊」的臨時演員，歪打正著的成為諧星。雖曾爆紅一時，但不到幾年時間，就隨著《黃金拍檔》節目的停播，而淡出綜藝界。目前 50 歲以上的人應該會還記得有這一號人物。套句老子道德經的話：他是無釐頭之用，乃為一時之用。成也無釐頭，敗也無釐頭，只是增添一時的八卦題材。一個可能是被許多觀眾看成笑話欣賞的人，甚至是被認為不足以登大雅之堂的人，也還是可以有登台成為演藝人員之機會。若有如兩百塊者，希望上街頭試試機會，自有觀眾把關，何勞國家封殺？在這個語不驚人語不休的時代，未必是有本事、有能力的才會紅（例如網路聲量）；反而是沒事就寫寫臉書，沒新聞也可以開記者會，沒意見也要接受採訪的人，會成為網紅。看看、笑笑，一天就過了。

成為被俘虜的觀眾（captive audience），而一定要留下；就算留下觀賞，觀眾當然還是可以不喜歡就發噓、離開，喜歡就喝采、給錢，仍然有相當完整的自主決定權，¹⁸不必擔心會有人為操縱。既然不會出現明顯的市場失靈，國家實無庸操心。

四、表現自由部分

（一）權利依據：憲法第 11 條或第 22 條？

[19] 在表現自由部分，本案的第一個爭點是：藝術表現屬於何種憲法權利？是憲法第 11 條表現自由之保障範圍？或應該以憲法第 22 條為依據，承認藝術表現自由為獨立、非明文的憲法權利？

[20] 就憲法解釋的方法而言，如果憲法對藝術表現自由有獨立之條文規定，自然應適用，而不須再另尋其憲法依據。假使無此類明文，然如既有的明文憲法權利（如表現自由）已足以涵蓋，則毋須、也不應該再引用憲法第 22 條，另外承認其為獨立類型之憲法權利。在憲法權利依據的適用順序上，憲法第 22 條應該居於補充性地位，僅於既有的明文權利均不足以單獨或共同保障系爭事項時，始應引用憲法第 22 條為依據。過去本院認為營業自由屬工作權（或加上財產權）之保障範圍，並未引用憲法第 22 條而承認其為獨立的憲法權利類型；又以憲法第 11 條的表現自由為基礎，認其保障範圍及於新聞自由，也沒有直接引用憲法第 22 條，均屬適例。反之，如果系爭事項確有超出既有憲法權利保障範圍而無從涵蓋的部分，才有必要引用並承認其為憲法第 22 條之非明文權利。這應該算是憲法解釋方法的最小主義，以免憲法權利通貨膨脹，每日下午二時都要注意是否又新增一利（一種權利）。

[21] 依上述解釋方法，本席認為：系爭規定所干預的藝術表

¹⁸ 觀眾打賞的動機其實也是多元的，有人是因為表演精彩，有人是對展演者表示敬意或鼓勵，有人為了支持弱勢者（如身障之街頭藝人）或募款之學生等，也有人是在凡走過就（該）下過路費（這是本席牽手的誠命，懸為家訓）。

現本身就是一種言論或表現，且是高價值言論，應受憲法高度保障。然其並無明顯超過表現自由保障之額外成分，而須承認為另一獨立類型的憲法權利，且與表現自由有別。蓋即使承認其為憲法第 22 條之非明文權利，就藝術表現自由之限制，法院恐怕還是要援用表現自由的審查方法及標準。又如認其既屬表現自由，亦為獨立類型的藝術表現自由，後者顯然是畫蛇添足的主張。本號解釋在理由書中交互使用表現自由與藝術表現自由，並不是承認藝術表現自由為獨立之憲法權利，而仍是認藝術表現屬表現自由之保障範圍，系爭規定係限制了憲法第 11 條之表現自由。如要更精確的稱呼，是可使用（藝術）表現自由一詞來指稱本案在此脈絡下所涉及的權利基礎。

（二）表意內容限制或時間、地點、方式等限制之審查標準

[22] 如果認藝術表現為表現自由所保障，下一個問題則是：系爭規定究竟是對表意內容之限制？還是對表意時間、地點、方式等無關表意內容之限制？或兩者兼有？

[23] 本號解釋理由書第 11 段認為：「系爭規定一、二及三涉及審查藝文活動內容之部分，其管制目的難認符合特別重要公共利益之要求，與憲法第 11 條保障表現自由之意旨有違。」第 12 段：「又系爭規定一、二及三對涉及是否適合於指定地點表演等無關表意內容限制部分，並未夾帶意圖壓抑表意內容之隱藏目的，其對表意內容僅生附帶限制，且仍留給申請人有足以展示其表演能力與示範表演內容之充分機會，與比例原則之要求尚無違背。」¹⁹換言之，本號解釋係認為系爭規定所定之實質審查制，同時兼有「對表意內容之限制」及「對

¹⁹ 本號解釋理由書第 9 段認「...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；...」其中有關管制目的應為追求「合法」之公共利益部分，與中度審查標準通常所要求的須為「重要」公共利益有別。對此，本席贊成許志雄大法官在其意見書最後兩頁「四」之 3 個段落中所提出之質疑。

表意時間、地點、方式等無關表意內容之限制」的部分。就內容限制部分適用嚴格審查標準，並宣告違憲；就無關內容之限制部分，則適用中度審查標準，並宣告合憲。

[24] 本席贊成上述結論，但就系爭規定三所定：主管機關於「必要時得通知街頭藝人於指定場所解說、操作、示範或表演」，並為實質審查部分，究竟屬於對表意內容之限制或對時間、地點、方式等無關表意內容之限制，或兼有之，及應適用之審查標準，則有以下之補充意見。

[25] 本號解釋於理由書第9段中，先將所謂對表意內容之限制，舉例並界定為：「對演出內容（包括議題、觀點或品質）之直接干預」。再於理由書第10段中，定性上述實質審查制「有部分係對申請者之表演品質，亦即技藝能力加以審查」，從而認定系爭（實質）審查制構成對表意內容之限制。這應該是本院第一次嘗試就何謂「對表意內容之限制」予以具體說明或舉例，值得注意。在比較憲法上，尤其是美國憲法之實務及學說，有關「議題或觀點」之限制確實都是對表意「內容」之限制，這部分較無爭議。然認表演之「品質」亦屬「內容」，可能是本號解釋之創見。

[26] 對此定性，本席思索再三，仍無清楚之定見。首先是長期以來，在方法層面的反省：表意自由的限制固可分為對內容之管制及對時間、地點、方式等無關內容之管制，前者應嚴格審查，後者則適用中度審查標準。基本上這是美國憲法實務及學說上，審查有關言論自由限制時，經常使用的分析架構，學說上有人稱之為「雙軌理論」。然這兩者間是否當然就涇渭分明，而無灰色或重疊地帶，難免也會遭遇前述德國法有關職業自由三階理論所面臨的質疑。其次，就言論內容之予以嚴格審查，固然是為防止國家直接控制言論市場或透過議題之管制進而干預人民之表意觀點，左右人民之思想及人格自主，是自有其理論基礎。然如國家所管制之言論涉及所謂低或無價值言論，是否仍必然適用嚴格審查標準，亦有爭議。

[27] 再者，有關時間、地點、方式等無關內容之管制所應適用之審查標準，是否必然是中度？按有些時間、地點之限制，例如以法規規定人民只能在 11 點至 2 點間遊行，遊行地點限於陽明山擎天崗草原（其他類似地點），其箝制言論的效果可能還大於對言論內容的限制。由於這類表面上無關內容的限制往往會夾帶壓制言論之隱藏目的，即使是適用中度審查標準，通常也足以宣告這類限制違憲，但終究會有方法上的問題。更麻煩的是對表意方式的限制，例如要求候選人只能發傳單而不得舉行公開的政見發表會、限制遊行時只能持 A4 大小的標語、只能在村里公佈欄張貼批評政府之主張或訴求、限制報紙只能出三大張、每本雜誌最多 30 頁等，這類方式或數量的管制，表面上並未直接干預言論內容，但其減少、鎮壓言論的效果恐怕更甚於對言論內容之直接管制。就像上述有關對執行職業自由之時間、地點、方式、範圍等之限制，其對職業自由的限制效果也是有可能大於主觀條件之限制，甚至可與客觀條件之限制相比。本席認為：言論自由案件中所謂時間、地點、方式等無關表意內容之限制，和職業自由案件中所謂執行職業自由之限制，兩者都是範圍不定的籠統類型，而有進一步類型化的需要，方能更細緻地決定不同類型之限制所應適用的審查標準。

[28] 次就本案而言，系爭規定三係在審查申請人是否具有足夠之技藝、展演能力，而得以取得街頭藝人資格，並不是對於取得資格後，實際展演之各個藝文活動內容（如唱哪首歌）之審查。基本上是有關評定「誰可以在街頭展演」的證照管制，而不是對展演內容的直接干預。取得資格的街頭藝人之後也未必要展演於審查過程中曾展演過的內容，而仍有相當大的自主空間可以決定每次展演究竟要表演什麼。就此而言，系爭規定三對街頭藝人未來展演內容之限制，應該只是間接限制，而非直接限制。除非是採取指定曲的審查方式（例如過去我國歌星證之考試是要考指定曲，且多半是愛國歌曲），要求申請人必須示範演出特定之項目，此種審查要求才會構成對申請人示範展演內容之直接限制。又系爭規定一及

二如連結有關事後追懲之其他規定（參前註3），亦會對展演內容構成直接限制，但已非本案之職業證照管制問題。

[29] 但從另一角度思考：即使有指定曲，例如一定要唱滿江紅，審查者要評價的應該是各個演唱者唱這首歌的技巧、音準、音色、表情、咬字等技藝能力，既不是在評價這首歌的歌詞、旋律等，應該也不是在評價演唱者唱這首歌對民心士氣的激勵作用等。就像各類入學、證照考試都會有考試科目及範圍，並要求應考人於指定之時間、地點，以一定之方式，回答相同內容之同一份考卷，接受評分。如此考試，既有議題之限制（考試科目及範圍），又有時間、地點、方式之限制，更有對答案內容之評價。然就答案內容之評價而言，一般似乎不會將其看成是對應考人言論內容之限制。何況考試答案其實常常是特定觀點之表達，對之評分，是否會構成觀點歧視，而應嚴格審查？這也是本席困惑之處。

[30] 惟經反覆思考後，本席基於以下理由，仍可支持本號解釋之將展演品質之審查看成是對表意內容之限制：（一）對展演品質的審查必然是以展演內容為評價標的，包括展演曲目（議題）、展演方式及技巧（觀點）等，品質與內容實難以清楚區隔。上述國家考試之評分固然也必然涉及對答案內容之評價，但因為考試及其評分具封閉性，而非向公眾開放之公開言論市場，且各項考科答案之評分，多半也有其專業上的評分標準，而非單純品味、偏好之評價。然系爭規定三所定之審查，向來是在公共空間舉行，也開放給一般民眾觀看甚至可以參與評分。²⁰加上藝術表現之評價，縱使有其專業的評

²⁰ 參前註3所引2009年實施要點第肆點「審議：一、文化局受理申請後，書面通知申請人於審議時間及地點現場展演，由審議委員會進行審議，審議現場並開放現場民眾參與投票...」。依本席所知，在2021年之前，臺北市的街頭藝人審查通常是在國父紀念館外圍之開放空間舉行，申請人於排定之時間示範演出（如1小時），同一時段往往有20組以上之申請人於各自之帳棚攤位內展演。臺北市政府先依申請類型數量，細分為若干組，每組委員7至12人，並逐攤走動式評選，在每一組展演者之攤位平均只會停留觀看2-3分鐘，隨即到下一攤。至於審議標準則包括以下四項：技藝、現場互動、是否合於街頭演出、及造型、設計、整體感。參臺北市政府2018年4月10日訂定發布之臺北市街頭藝人從

價標準（如各項鋼琴、小提琴等比賽），然所謂美學判斷往往也會涉及品味、偏好等相當主觀的評價。為保障屬高價值言論之藝術表現，是有必要將展演品質之審查看成是「對表意內容之限制」，從而適用嚴格審查標準。（二）藝術表現之時間、地點、方式有時甚至就是展演人之觀點表達，與其表意內容密切相關。例如行動藝術、裝置藝術之展演者，選擇在6月4日於某廣場擺放模型坦克10個、無臉男布條千片的裝置藝術，其時間及方式本身就是展演人的議題選擇及觀點表達，而且也是要接受審查的展演技藝之一環。就此而言，即使將展演技藝之審查看成是對表意時間、地點、方式之限制，也仍會同時構成對表意內容之限制。是本號解釋就系爭規定對執行職業時間、地點、方式、範圍等之限制，及系爭規定對展演時間、地點、方式等無關內容之限制部分，均一概宣告合憲，或也有更細緻分析的必要。

[31] 附帶一提的是：在表現自由部分，本號解釋就表意內容限制之審查，僅認其目的違憲，而未進而審查其手段。本席認為：縱認系爭規定三所定之實質審查制構成對表意內容之限制，因而適用嚴格審查標準，其手段也是違憲，因為後來改採的登記制顯然就是較小侵害之手段。

五、結語

[32] 本號解釋雖然宣告系爭規定違憲，但對聲請人之原因案件而言，並無個案救濟的實益。因為本號解釋所宣告違憲的系爭許可辦法已經臺北市政府廢止，並改採登記制。聲請人於原因案件是因其展演違反相關之空間規範等，因此被主管機關廢止其原已取得之活動登記證。²¹如果系爭許可辦法仍然繼續適用，而聲請人也想再取得活動許可證，勢必要重新

事藝文活動申請許可審議作業要點第3點及第5點。惟上述審議作業要點是在本案聲請人之原因案件判決確定後才發布，並非本案原因案件所適用之法規。

²¹ 這部分原為聲請人原因案件之訴訟爭點，聲請人在聲請書中主張主管機關廢止其活動許可證的程序違反正當法律程序之聲請部分，本號解釋並未受理（參理由書第13段）。

申請並接受（實質）審查，此時始有再次適用系爭規定並再次受其限制之問題。然因系爭許可辦法已經廢止，聲請人早即得依新規定登記為臺北市街頭藝人，重新取得街頭藝人之資格，並重新站上街頭展演，其所遭受之權利侵害結果已不復存在。故聲請人自無須據本解釋提起再審，以請求回復其活動許可證獲取得街頭藝人資格。然如前述，目前仍有部分地方政府實施類似系爭規定三所定之（實質）審查制，是本號解釋應該有助於促使這些地方政府儘速修法，並改採侵害較小的登記制或其管他制手段（如分區分級管理）。這應該是本號解釋之主要效用。

[33] 不論是否從國家與社會二元對立的觀點出發，憲法在表現自由領域的核心誠命之一應該是所謂的「國家中立性」：在相互競爭的社會價值及多元偏好間，國家應盡可能保持中立。謹此作結。