

釋字第 806 號解釋 部分不同意見書

呂太郎大法官提出

壹、解釋要點

- 一、臺北市政府於中華民國 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（業於 110 年 3 月 24 日廢止）第 4 條第 1 項、第 5 條第 1 項及第 6 條第 1 項前段規定所形成之審查許可制度，其中對人民職業自由與藝術表現自由限制之部分，未經地方立法機關通過，亦未獲自治條例之授權，與法治國法律保留原則及憲法第 11 條保障藝術表現自由及第 15 條保障職業選擇自由之意旨有違。
- 二、上開三規定就街頭藝人之表演是否適合於指定公共空間表演加以審查部分，尚未逾比例原則。

貳、本席立場

- 一、本席對於多數見解，認為該許可辦法對表演內容為審查，違反憲法第 11 條保障表現自由意旨，至於就表演是否適合於指定空間為之加以審查，則未逾比例原則，均敬表贊同。但對於多數見解認為該辦法對表演內容為審查，違反法律保留原則及憲法第 15 條保障職業選擇自由，則尚難贊同，爰提出部分不同意見書。
- 二、本件涉及的問題，應該分成三層面觀察：1、對藝術表演之事前審查，是否違憲？2、限制人民在公共場所設攤，是否違憲？3、限制因藝術表演而使用公共場所，是否違憲？

三、憲法保障藝術表演自由之內涵

藝術表演為表演者利用語言、聲音、表情、動作、肢體、物件、影像或其他方式，傳達表演者之觀念、情感、意思或技能之行為，性質上係將內心的精神作用，表現於外之行為，為受憲法保障之表現自由，應無疑義。自由之最基本意義，即不受干涉，藝術表演之自由，既受憲法保障，則人民是否為表演？表演之時間、地點、方式或內容如何？等，原則上無須事前經國家允許，事後亦不受國家審查、干涉。從另一角度言，面對憲法保障之表現自由，原則上國家係處於任意行為狀態，並無積極履行之憲法義務，除非憲法已為例外規定，例如因憲法第 14 條既明文保障人民集會之自由，而集會、遊行行為通常離不開公共場地之利用，故國家有提供適當場地之義務（釋字第 445 號解釋參照）。當然，國家原則上無積極履行、促進表演自由之憲法義務，並不排除國家基於某些考量，透過法令或行政措施，採取有助於表演之措施（例如提供一般公共場所、興建係供藝術展演用之音樂廳、美術館等設施或提供表演者補助金等），於國家採取此類措施後，關於該措施之利用，人民與國家之間即可能發生一定之權利義務關係。

四、因公共利益而限制藝術表現自由之法律

如同其他受憲法所保障之自由一般，藝術表現自由亦非絕對，如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，亦非不得以法律限制之（憲法第 23 條參照）。其中規定對藝術內容為審查、管制者，例如對電影片、電影片之廣告片之審議分級及核准（電影法第 9 條參照），對建築物之造形、構

造、色彩等及廣告物之管制（發展觀光條例第12條參照）。此外，亦有限制於道路、公園為設攤、表演者，此為本件之核心。例如道路交通管理處罰條例第3條規定：「本條例用詞，定義如下：一、道路：指公路、街道、巷弄、廣場、騎樓、走廊或其他供公眾通行之地方。」同法第82條第1項第1款、第3款、第4款、第8款、第9款及第10款規定：「有下列情形之一者，除責令行為人即時停止並消除障礙外，處行為人或其雇主新臺幣1200元以上2400元以下罰鍰：一、在道路堆積、置放、設置或拋擲足以妨礙交通之物……。三、利用道路為工作場所。四、利用道路放置拖車、貨櫃或動力機械。……八、未經許可在道路設置石碑、廣告牌、綵坊或其他類似物。九、未經許可在道路舉行賽會或擺設筵席、演戲、拍攝電影或其他類似行為。十、未經許可在道路擺設攤位。……」該條例所列舉之行為，當然包含在道路為藝術表演及擺設相關物件。此外，大眾捷運法第50條第1項第13款、鐵路法第71條第1項第9款亦有類似規定。

五、例外許可使用道路為藝術表演

1、前述道路交通管理處罰條例、大眾捷運法、鐵路法等規定，原則上禁止人民於道路、鐵路等供公眾通行之場所為藝術表演，但並非絕無例外。依上開規定，如經管理機關之許可，人民亦得於該等場所設攤、表演。又道路等設施，其管理機關為地方政府（地方制度法第18條第6款、第10款、第19條第6款、第10款、第20條第6款及第21條參照），故地方政府得於考量各種因素，在不妨礙道路等原有用途之情形下，例外許可人民設攤、表演。

2、如前所述，憲法保障人民表現自由，原則上（集會遊行除外）並不能因此導出國家有提供場地之憲法義務或人民有請求國家提供之憲法權利。法律亦未規定地方政府有提供場地供表演之義務，或賦予人民有請求使用該場地為藝術表演之權利，故地方政府是否例外許可人民使用道路等公共場所進行藝術表演，乃地方政府本於該公共場所管理者之地位，在法律授權下所為之裁量。因此，即使地方政府一律不為例外許可，亦在法律授權範圍內，難謂有違反法律保留或違反憲法保障藝術表演自由之情形。另一方面，人民固有職業選擇之自由，但應不包含有請求政府提供特定場所，尤其非專為表演而設之場所之權利。簡言之，一般而言，人民不得主張其有於道路表演之權利，或有請求政府應提供道路供其表演之權利。因此，即使認為街頭藝人為一職業（事實上街頭藝人未必以街頭表演為職業），且地方政府一律不為例外許可於道路（街頭）表演，亦不能謂限制了街頭藝人之職業選擇自由。

3、因此，本件之核心問題，毋寧是一旦地方政府許可人民利用上開公共場所為藝術表演，得否於例外許可下，又設不許可之條件，成為例外之例外？本席認為，一旦地方政府許可人民例外使用上開公共場所為藝術表演，於許可期間，該公共場所之用途，已轉變為可供藝術表演之公共場所。因此，安全而公平地提供予人民利用，應該是地方政府本於其設置或管理權限，應盡之法律上義務（國家賠償法第2條第2項及第3條參照）。從而政府不得以違反憲法或法律規定之理由，拒絕特定人民利用。

- 4、基於上述3、之說明，本解釋認為臺北市街頭藝人從事藝文活動許可辦法所形成之審查許可制度，對街頭藝人表演之內容（技藝）為審查，已違反憲法保障人民表現之自由，至於就街頭藝人之表演是否適合於特定公共空間演出加以審查部分，於維護公共空間之正常使用、秩序與安全之必要範圍內，符合公益，尚未逾比例原則，均可贊同。
- 5、至於本解釋多數見解，認為上開許可辦法就街頭藝人之技藝加以審查部分，未經地方立法機關通過，亦未經自治條例之授權，違反法治國法律保留原則部分，本席則認為尚有研求餘地。分述之：

（1）道路交通管理處罰條例、大眾捷運法、鐵路法及國家公園法等法律已明定原則上禁止人民於道路等場所表演，法律並未規定地方政府於一定條件下，應例外許可人民利用道路表演，亦未賦予人民有此請求權，故即使地方政府一律不為例外許可，亦在前開法律規範範圍內，難謂有違反法律保留或違反憲法保障藝術表演自由或職業自由之情形，已如前述。如本解釋多數意見，必須有地方自治條例規定或經其授權始可禁止，將發生若地方立法機關未制定禁止人民利用道路為表演之自治法律，人民即可利用道路作為表演之結果。使前述道路交通管理處罰條例等中央法律所規定「原則禁止，例外許可」利用道路為表演，因地方立法機關未制定自治條例，而變成政府應「許可」人民利用道路為表演之結果，無異得以地方議會之意思，否決中央法律，有違地方制度法第30條第1項規定：「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抵觸者，無效。」之意旨。

(2) 因此，本席認為，管理機關是否許可人民可例外使用道路以供藝術表演(或其他如販賣、廣告、設攤等)，乃屬管理機關本於法律所賦予之管理職責，所為之職務執行。地方立法機關固得就地方政府如何執行其自治事項，制定自治條例予以規範，縱未制定自治條例，亦不排除地方政府依憲法、法律或法律授權之法規執行職務；反之，即使地方立法機關制定自治條例以規範地方政府執行職務時，該自治條例亦不得違反憲法、法律或法律授權之法規。以本件是否許可人民利用街頭表演為例，於未制定地方自治條例時，地方政府於決定是否例外許可時，固應依憲法保障表現自由之意旨，不得以表演能力或內容如何，作為決定基準；即使制定自治條例，該條例雖得依憲法保障人民表現自由之意旨，明定不得以事前審查表演能力或內容，作為是否許可利用道路為表演條件。但自治條例却不得違反憲法保障表現自由之意旨，制定得以事前審查表演能力或內容，作為是否許可利用道路為表演條件，否則該自治條例仍屬違反憲法保障表現自由而無效。