

101年7月18日

會台字第11088號

檔號：

保存年限：

臺灣桃園地方法院 函

地址：33053桃園市法治路1號

承辦人：林怡芳

電話：(03)3396100#1502

傳真：(03)3374397

電子信箱：library@mail.judicial.gov.tw

10048

臺北市中正區重慶南路1段124號

受文者：司法院大法官書記處

發文日期：中華民國101年6月28日

中華民國 壹佰 壹年 柒月 拾柒日

發文字號：桃院晴文字第1010100885號

速別：最速件

密等及解密條件或保密期限：普通

附件：如文

主旨：檢陳本院刑事第六庭法官提出之釋憲聲請書乙件暨其附件，敬請 鑒核。

說明：

- 一、本件係刑事第六庭審理如說明二違反集會遊行法案件，認集會遊行法第8條、第29條、第30條違反憲法第7條、第23條及公民與政治權利國際公約第21條，而侵害憲法第11條、第14條保障言論自由與集會遊行的表現自由基本權之情。依 鈞院釋字第371號解釋意旨，裁定停止訴訟程序，聲請釋憲。
- 二、業經裁定停止審理之案件案號：臺灣桃園地方法院98年度簡上字第111號。

正本：司法院大法官書記處

副本：本院刑事第六庭錢審判長建榮、本院刑事第六庭游法官智祺、本院刑事庭與股黃法官翊哲、本院刑事庭來股

院長陳晴教



總收文 07/18

G10120528

釋憲聲請書

壹、聲請解釋憲法之目的—從一個小故事談起

聲請合議庭審判長即本件聲請書主筆人錢法官想先向大法官說個小故事，以下以第一人稱方式敘述。

民國九十九年十二月十八日，就讀幼稚園小班的小兒子，第一次參加幼稚園校內舉行的耶誕晚會，當天晚上全家四口在幼稚園度過非常歡愉美好的晚會。整個晚會的最高潮是所有的學生、家長及老師約百餘人，共同聚在幼稚園大門口，校方精心準備施放的煙火好不熱鬧，扮演聖誕老公公的老師則發送給每個小朋友禮物及仙女棒。正當大家沉浸在歡樂、溫馨的氛圍中，一聲警笛劃破寧靜的夜空！不知何時駛來了一部警車，兩位警察下車找到了校長，只見校長恭謹的接受警察的詢問，不多時警車緩緩駛離，留下離校門口人群稍遠的校長目送警車離去。

這段插曲雖然沒有打斷整個活動的進行，但是仍引起不小議論：我們剛才很吵嗎？有人身體不適嗎？還是有人鬧事？我趨前探問校長發生何事？校長有些驚魂未定（顯然她不常與警察打交道，當然，大部分的人民不都是如此），她說：「警察問我們這麼多人在聚在馬路旁做甚麼？我向他們解釋幼稚園在舉行耶誕晚會，警察突然問我有無向警察局申請集會？我就愣住了」。「在自己幼稚園大門口開耶誕

晚會要向警察申請嗎？」校長知道我是法官，很自然的以為我一定知道法律的規定（其實最不可能上街頭的法官真的知道法律怎麼規定嗎）。我苦笑的回答：除非警察確定是「慶典」（我希望警察核可認定我們舉行的是慶典），否則依據集會遊行法，必須事先向警察機關提出申請，因為我們畢竟占用到部分的人行道。我不敢告訴校長，如果沒有申請，我們全部都是非法集會者，而包括她或其他實際承辦的老師們，都會變成「非法集會的首謀」，還涉及刑事犯罪（聽起來多麼駭人的法律效果，我怎麼忍心「嚇」她）。

我一直對於那晚印象深刻，校長那抹疑惑又略帶驚恐的表情，一直在我心頭上。相信她內心一定有許多不解：這種集會法律也要管？但她只能告訴自己那是法律的規定。問題是：法律不是應該保障人民權利嗎？集會遊行法如果不能保障人民「和平」的集會遊行，反而阻止人民集會遊行表達集體意志，沒有經過警察機關許可，還要被當刑事犯罪的現行犯——不論是沒有申請許可的集遊行爲本身，或是因而遭警察驅離，進而發生衝突的不論「妨害公務」或其他「平和」手段的抵制抗爭行爲——這是人民認同的法律嗎？

集會遊行法第八條針對「室外集會、遊行」，規定應向主管機關申請許可，但有以下幾款無須申請許可的例外：一、依法令規定舉行者。二、學術、藝文、旅遊、體育競賽或其他性質相類之活動。三、

宗教、民俗、婚、喪、喜、慶活動。而同條第二項規定室內集會無須申請許可，僅有「使用擴音器或其他視聽器材足以形成室外集會者」，以室外集會論，而仍須申請許可。

這部自動員勸亂時期、戒嚴時期過渡到平日社會的集會遊行法，始終沒有改變其本質上採行「許可制」的立法精神，聲請人認為採許可制的立法，就是「原則禁止、例外許可」，未將集會遊行自由視為天賦人權的基本自由權，有違憲法第十四條保障的人民集會自由權。此外，集會遊行法第八條雖特設「例外無須申請許可」之集會，除依法令規定舉行者、室內集會者的考量顯係不影響公共秩序或交通，均可資贊同外，其餘室外的集會，即集會遊行法第八條第一項第二、三款所定學術、藝文、旅遊、體育競賽；宗教、民俗、婚、喪、喜、慶等活動，立法者顯係考量此等活動並無含有政治或其他公共事務的訴求¹，因而無須許可。換言之，政治性、公益性的集會遊行活動，或者示威抗議活動，均須經事前申請許可，受集會遊行法之管制；學術、藝文、旅遊、體育，或宗教、民俗、婚、喪、喜、慶等活動卻不受本法規範，此種區分無異宣示：公共事務辯論的價值，竟然不如婚喪喜慶！而有明顯歧視包括「政治性言論」在內的言論內容，違反平等原則之情。

¹ 吳庚，憲法的解釋與適用，2003年9月修訂版，238頁。

最後，集會遊行法第二十九條規定：「集會、遊行經該管主管機關命令解散而不解散，仍繼續舉行經制止而不遵從，首謀者處二年以下有期徒刑或拘役」、第三十條規定：「集會、遊行時，以文字、圖畫、演說或他法，侮辱、誹謗公署、依法執行職務之公務員或他人者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣六萬元以下罰金」。對於僅係未經申請許可，惟本質上仍屬和平非暴力的集會遊行，其召集或主辦人，竟以「首謀」身分處以刑事制裁；又即使是經過許可的合法集會，尤其是表達「政治性言論」或對於公共事務的辯論，卻因為第三十條對於此等言論的刑事制裁，使得參與者不能基於善意「合理評論」、暢所欲言。顯然逾越刑事最後手段性，對於不具「應罰性」與「需罰性」的行為處以刑事制裁，有違比例原則及平等原則。

固然集會遊行法的許可制、刑事制裁等規定，曾經大法官於八十七年一月二十三日作成釋字第四四五號解釋，認為屬立法形成自由而合憲，惟一來大法官當時未針對第八條的例外無須許可活動，以平等原則檢驗，處理是否有歧視政治性言論的違憲疑義；再者，九十八年十二月十日生效的兩公約施行法，賦與兩公約具有國內法之效力，而公民與政治權利國際公約第二十一條規定：「和平集會之權利，應予確認。除依法律之規定，且為民主社會維護國家安全或公共安寧、公共衛生或風化、或保障他人權利自由所必要者外，不得限制此種權利

之行使」。許可制與刑事制裁均係事前或事後限制，甚或「剝奪」人民和平集會的權利，顯有違公民與政治權利國際公約第二十一條而無效，大法官於十三年前未及審查，聲請人認為有補充或變更解釋之必要。爰依釋字第三七一號解釋意旨，裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋或補充解釋。

貳、疑義之性質與經過，及涉及之憲法條文

一、疑義之性質與經過

本案業經第一審判決，判處被告陳達成首謀集會經該管主管機關命令解散而不解散，仍繼續舉行經制止而不遵從，處有期徒刑肆月，如易科罰金，以新台幣貳仟元折算壹日。並因為符合中華民國九十六年罪犯減刑條例，減為有期徒刑貳月，如易科罰金，以新台幣貳仟元折算壹日。

原審認定之犯罪事實與檢察官起訴之事實大致相同，判決事實如下：陳達成未經主管機關許可，召集黃育旗、吳日昇、許三郎（均另為不起訴處分）等八十餘人，於民國九十六年三月三十一日上午，前往桃園縣大溪鎮慈湖陵寢停車場入口，舉行為蔣介石「牽亡」、臺灣人民法院開庭審理蔣介石犯行之集會，並由陳達成扮演審判官，黃育旗扮演師公，嗣經桃園縣政府警察局大溪分局先後於同日上午十一時十五分許、十一時二十分許、十一時二十三分許及十一時二十六分

許，分別為第一次舉牌警告、第二次舉牌命令解散、第三次舉牌制止及第四次舉牌制止，而陳達成等人均明知該集會活動業經警方舉牌命令解散、制止，仍拒不遵從。

本案被告陳達成具有律師身分，對於本次集會活動係由其主導之情並不否認，惟否認有違反集會遊行法犯行，辯稱：我當時沒有看到警方舉牌，也沒有想到警方下手這麼快，且當時是在舉辦宗教民俗活動云云。原審法院先認定本次集會之申請，因申請資料欠缺，經桃園縣政府警察局大溪分局不准其舉行，有桃園縣政府警察局大溪分局九十六年三月二十八日溪警分保字第 0962015317 號函文可佐，且被告於偵查中亦自承知悉該次集會之申請業經警方駁回。進而認定被告對其策劃舉辦之活動為違法之事，「殊屬了然於胸」。原審法院並依卷證相片等證據，認定桃園縣政府警察局大溪分局在場維持秩序員警先後於九十六年三月三十一日上午 11 時 15 分、11 時 20 分、11 時 23 分、11 時 26 分，分別為第 1 次舉牌警告、第 2 次舉牌命令解散、第 3 次舉牌制止及第 4 次舉牌制止，認定被告空言辯稱未見警方舉牌，委非可採。接著原審法院「批評」被告身著律師袍之場合、時機不當：「被告當日係穿著律師袍出現在現場主持活動，此有卷存現場照片可考，查律師袍乃係供律師在法庭執行業務時穿著，目的在彰顯法庭之尊嚴、法律之權威並兼及律師專業之尊榮，是以律師之穿著律師袍，當

僅限於在『法庭』活動或與其業務有關，甚或意在凸顯專業身分等場景，有其特殊侷限性及意涵存在」。並據此認為被告不應該身著與「宗教民俗活動」全然無關之「律師袍」出現於現場。此外，原審判決認為被告辯稱係「舉辦宗教民俗活動」云云，委屬虛妄，顯係事後卸責之詞，不足採信：「既為宗教民俗活動，其舉辦地點應為寺、廟、宮、觀、庵，並有相關神祇供膜拜，復有宗教人員主事始得稱之為宗教民俗活動，然本次集會處所係位於桃園縣大溪鎮慈湖陵寢停車場，慈湖陵寢為奉厝中華民國前總統蔣中正遺體之處，並非寺、廟、宮、觀、庵等各類之一，亦無供膜拜、禮讚之神祇，尤未見和尚、尼姑、童乩或相關師父在場，僅有一身穿道士袍而不知身分真假之人手拿麥克風狀似對群眾發表演說，惟未見其為誦經、祈福等類此法事之手勢、舉措，至餘者則多著與宗教、民俗迥然無涉之『台灣人民法院』背心在場聚集並上演行動劇，更甚者，被告在場並以『人民法院巡迴法庭』之名設桌擺案，座前桌上且置放『審判長』之牌示，顯係模擬法庭進行審判，上陳各節悉有卷存現場照片為證，此情此景如何可謂係舉辦宗教民俗活動？又有何種宗教民俗活動之服制係『台灣人民法院』之背心？猶有何種宗教或民俗係以模擬法庭審判為活動內涵？」。

聲請人認為，原審法院未考量警察自「11時15分至26分」，僅僅十一分鐘內的四次舉牌制止及命令解散，裁量權之行使是否合法的

疑問，已有不當。且並未窺見被告被警察機關運用許可制「處處刁難」而「製造違法集會」的處境，面臨刑罰追訴，自然只能運用集遊法第八條的例外規定，試圖將其「政治性活動及言論」解為無須許可的「宗教民俗活動」的無奈抗辯（這已經突顯政治性言論的價值竟然低於宗教活動的荒謬）。甚且於量刑事由中指責被告：「既為執業律師，當應詳悉集會、遊行未經主管機關核准前，不得舉行，竟依然違法舉行，復經主管機關命令解散，仍不解散，繼續舉行，再經主管機關制止猶不遵從，知法不知守法卻反而帶頭違法，一意孤行，深辱本身專業應服膺之理念及信條，惡性甚重，事後且狡言飾詞圖卸，未見悔意，態度不佳等情狀」。

殊不知，本案突顯的正是事前許可制及例外無須許可規定，以及刑事處罰法律的合憲性爭議。

何以謂「被告被警察機關運用許可制處處刁難」呢？因為原因案件之被告陳達成申請集會的時間、地點分別為九十六年三月三十一日，於桃園縣大溪鎮福安里埤尾三號「慈湖靈寢停車場」，集會名稱為「兩蔣入土為安活動」。被告於三月二十日向主管機關桃園縣政府警察局大溪分局，填具申請書提出申請，大溪分局於三月二十二日第一次以欠缺糾察人員名冊、場地同意書，認定資料不齊全而否准，並命其速補件申請（函覆一次告知單）。被告於三月二十六日函寄糾察

人員名冊，大溪分局於三月二十八日函覆否准申請，翌日即三月二十九日送達被告，理由竟是欠缺「集會遊行申請書」及「場地同意書」？！然而前者早於三月二十日即已提出，何來欠缺之有？此時距離被告申請的三月三十一日僅餘兩日，根本來不及補正！（參見桃園縣政警察局大溪分局九十八年三月十二日溪警分保字第 0982003069 號函及附件，原因案件審理卷第二十一頁以下）。

至於所謂「場地同意書」固然有集會遊行法第九條第二項（第三款集會處所，應檢具處所之所有人或管理人之同意文件）為依據。然而這就是事前許可制最弔詭之處：利用道路、場地集會遊行抗議、訴求的對象，往往就是該道路、場地的所有人、主管機關或管理人，但是卻必須先經被抗議、訴求對象的同意？不啻與虎謀皮！以本件原因案件而言，被告要在「慈湖靈寢停車場」，舉行「兩蔣入土為安活動」的抗議集會，卻必須取得慈湖靈寢管理中心的同意書。可想而知被告根本不可能，或至少必須經過一番波折始能取得同意書。

二、涉及之憲法條文

集會遊行法第八條本文規定：「室外集會、遊行，應向主管機關申請許可」；同法第十一條雖然規定原則上應予許可，惟除書的排除許可事由，其中第二款「有明顯事實足認為有危害國家安全、社會秩序或公共利益者」、第三款「有明顯事實足認為有危害生命、身體、

自由或對財物造成重大損壞者」，僅以「明顯事實足認」即足否准，顯與釋字第四四五號解釋所定「明顯立即危險」之言論始得限制者不符，且將此裁量判斷權限交由本質上特重公共秩序，不利人權保障之警察機關，均與憲法第十一條、第十四條保障言論自由與集會遊行的表現自由基本權有所牴觸。

又同法第八條但書第二、三款特別允許學術、藝文、旅遊、體育競賽等相類活動，及宗教、民俗、婚、喪、喜、慶活動等無須申請許可。亦即公共事務辯論的價值，竟然不如婚喪喜慶。這明顯歧視具民主價值的政治性或公共性言論，無法通過釋字第四四五號解釋所宣示的雙軌理論標準，而有違憲法第七條之平等原則。此外，第二十九條的刑事處罰規定，並未排除和平集會，只要是未經事先申請的集會遊行，不論和平與否，一律以刑事處罰，有違公民與政治權利國際公約第二十一條及憲法第二十三條的比例原則。

參、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

甲、程序部分一聲請依據及重要關聯性

按憲法為國家最高規範，法律牴觸憲法者無效，法律與憲法有無牴觸發生疑義而須予以解釋時，由司法院大法官掌理，此觀憲法第一百七十一條、第一百七十三條、第七十八條及第七十九條第二項規定甚明。又法官依據法律獨立審判，憲法第八十條定有明文，故依法公

布施行之法律，法官應以其為審判之依據，不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用。惟憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋。大法官釋字第三七一號解釋著有明文。

釋字第五七二號解釋文進一步「補充」釋字第三七一號解釋謂：所謂「先決問題」，係指審理原因案件之法院，確信系爭法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響者而言；所謂「提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由」，係指聲請法院應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之。如僅對法律是否違憲發生疑義，或系爭法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由。釋字第五九〇號解釋又針對前述兩號解釋，為補充解釋謂：所謂「法官於審理案件時」，係指法官於審理刑事案件、行政訴訟事件、民事事件及非訟事件等而言，因之，所稱「裁定停止訴訟程序」自亦包括各該事件或案件之訴訟或非訟程序之裁定停止在內。裁

定停止訴訟或非訟程序，乃法官聲請釋憲必須遵循之程序。

本案被告被認定為首謀，涉犯集會遊行法第二十九條經檢察官聲請簡易判決處刑，第一審法院判處有期徒刑，而主管機關桃園縣警察局大溪分局所以命令解散被告發起的集會，正是因為該集會未經許可，而聲請人認為被告此次發起的集會，係為表彰其政治信仰言論的表現自由，具有高度公共利益價值，且被告亦事先申請許可，惟警察機關多次退件形同否准許可，其否准理由又顯非「著重於時間、地點及方式等形式要件」，毋寧係因為該次集會之「目的及內容」，不為警察機關認同喜好所致。而該次集會規模不大，並無影響交通秩序，更無任何暴力情事，屬和平之集會者，依據憲法第十四條及公民與政治權利國際公約第二十一條，本應受國家保障，卻僅因未經許可導致遭命令解散，且致被告面臨刑事處罰效果。從而，集會遊行法採事先許可制之立法，及不須許可之例外，及刑事處罰法律，於本案裁判上即有重要關連性，自屬本案先決問題。聲請人因而裁定停止訴訟程序，聲請大法官審查。

乙、實體部分

一、事前抑制的許可制侵害集會自由、言論自由及表現自由

（一）集會自由是言論自由、是表現自由

按言論自由、出版自由為民主憲政之基礎，司法院大法官議決釋字第三六四號與第四〇七號解釋理由書有明文。又憲法第十一條規定，人民有言論、講學、著作及出版之自由，與憲法第十四條規定人民有集會之自由，同屬表現自由之範疇。本於主權在民之理念，人民享有自由討論、充分表達意見之權利，方能探究事實，發見真理，並經由民主程序形成公意，制定政策或法律。因此表現自由為實施民主政治最重要之基本人權。國家所以保障人民之此項權利，乃以尊重個人獨立存在之尊嚴及自由活動之自主權為目的，同院大法官議決釋字第四四五號解釋理由書亦有明文。

吳庚大法官亦於司法院大法官議決釋字第四〇七號解釋協同書中發人深省地指出：允許人民公開發表言論、自由表達其意見，乃社會文明進步與閉鎖落後之分野，亦唯有保障各種表現自由，不同之觀念、學說或理想始能自由流通，如同商品之受市場法則支配（所謂「言論思想之自由市場理論」marketplace-of-ideas theorie），經由公眾自主之判斷與選擇，去蕪存菁，形成多數人所接受之主張，多元民主社會其正當性即植基於此。又民主社會之存續及發展有賴於組成社會之成員的健全，一個國民祇有於尊重表現自由之社會生活中，始能培養其理性及成熟之人格，而免遭教條式或壓抑式言論之灌輸，致成為所謂「單向人」。憲法上表現自由既屬於個人權利保障，亦屬於制

度的保障，其「保障範圍不僅包括受多數人歡迎之言論或大眾偏好之出版品及著作物，尤應保障少數人之言論。蓋譁眾取寵或曲學阿世之言行，不必保障亦廣受接納，唯有特立獨行之士，發為言論，或被目為離經叛道，始有特加維護之必要，此乃憲法保障表現自由真諦之所在」。

又按憲法第十一條規定，人民之言論自由應予保障，鑑於言論自由有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理的政治及社會活動之功能，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺之機制，國家應給予最大限度之保障。大法官議決釋字第五〇九號解釋理由書亦曾明文。而言論自由並非毫無界限，當言論內容或所行之於行動本身，已達非法行為之「故意」，且有煽動或產生立即暴力革命或非法行為時，換言之，已有「明顯而立即危險」之事實，並且有直接煽動之可能性，該言論（包括以行動表示之言論），仍不屬言論自由保障之範疇（關於「明顯而立即危險」之事實及判斷原則，司法院大法官議決釋字第四四五號解釋理由書有詳細說明）。

釋字第四四五號解釋理由書強調「憲法第十四條規定人民有集會之自由，此與憲法第十一條規定之言論、講學、著作及出版之自由，同屬表現自由之範疇」、「表現自由為實施民主政治最重要的基本人權」。並說明：「其中集會自由主要係人民以行動表現言論自由；至

於講學、著作、出版自由係以言論或文字表達其意見，對於一般不易接近或使用媒體言論管道之人，集會自由係保障其公開表達意見之重要途徑。依集會遊行法第二條規定，所謂集會係指於公共場所或公眾得出入之場所舉行會議、演說或其他聚眾活動。遊行則指於市街、道路、巷弄或其他公共場所或公眾得出入之場所之集體行進。集會自由以集體方式表達意見，為人民與政府間溝通之一種方式。人民經由此方式，主動提供意見於政府，參與國家意思之形成或影響政策之制定。從而國家在消極方面應保障人民有此自由而不予干預；積極方面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。又集會自由之保障，不僅及於形式上外在自由，亦應及於實質上內在自由，俾使參與集會、遊行者在毫無恐懼的情況下進行」。學者因而認為集會自由必然由多數人共同行使，以達到彼此意見交流、傳播思想或理念之目的。同心協力、眾志成城之結果，固然可使得本身之訴求直接投射於社會之中，影響、衝擊一般民眾及政府，甚至構成壓力，迫使彼等必須面對此一課題。尤其是社會中弱勢團體、少數族群或持非主流觀點者，既無法掌握充分之社會資源，又欠缺有效之管道，接近使用大眾傳播媒體，集會遊行即為其所能利用之唯一方式。且集會或遊行時，又係直接面對面與社會大眾溝通，無須假手他人或其他工具，因此表意之功能更為顯著。故不論係由個人人格發展、追求真理、

健全民主程序、監督防腐、宣洩不免積怨之安全閥等任何表意自由之功能視之，人民之集會自由均有其無可替代之價值²。

李震山大法官更認為釋字第四四五號解釋文此段關鍵論述：「其中有關時間、地點及方式等未涉及集會、遊行之目的或內容之事項，為維持社會秩序及增進公共利益所必要，屬立法自由形成之範圍，於表現自由之訴求不致有所侵害，與憲法保障集會自由之意旨尚無牴觸」。可以顯現出集會自由、言論自由與表現自由幾不可分，及彼此間的競合關係。蓋同一段文字中相繼出現：1.「集會、遊行之目的或內容之事項」。2. 集會自由。3. 表現自由。專就1.而言，應是指集會自由的「議題」與「訴求」而言，其與言論自由之內容相去不遠。而該等事項之所以不致侵害「表現自由」，或與憲法保障「集會自由」之意旨尚無牴觸，並非彼此之間無關係，而是「屬立法自由形成之範圍」自由並採從寬審查的結果³。

（二）釋字第四四五號解釋對於集會自由採「雙軌理論」及「雙階理論」限制

釋字第四四五號解釋依據集會遊行法第八條第二項規定室內集會無須申請許可，同條第一項前段規定室外集會、遊行，原則上應向

²參見已故法治斌教授，集會遊行之許可制或報備制：概念之迷思及解放，收錄於氏著，法治國家與表意自由—憲法專論(三)，2003年5月初版，第343、344頁

³參見李震山，論集會自由之事前抑制，憲政時代，第35卷第1期，民國98年7月，46頁。

主管機關申請許可，除非符合但書無須申請許可之活動，認為我國集會遊行法係採「許可制」。惟對於屬事前行政管制性質的許可制是否違憲，解釋理由書固謂：「對此事前行政管制之規定，判斷是否符合憲法第二十三條之比例原則，仍應就相關聯且必要之規定逐一審查，並非採用追懲制或報備制始得謂為符合憲政原則，採用事前管制則係侵害集會自由之基本人權。聲請意旨執此指摘，自非有理由」。惟不能據此即推論大法官認為集會遊行採事前許可制就一定合憲，因為大法官緊接著說：「於事前審查集會、遊行之申請時，苟著重於時間、地點及方式等形式要件，以法律為明確之規定，不涉及集會、遊行之目的或內容者，則於表現自由之訴求不致有所侵害。主管機關為維護交通安全或社會安寧等重要公益，亦得於事前採行必要措施，妥為因應」。且大法官依據同法第十一條規定除書不予許可之立法體例，認為我國屬原則許可、例外不許之「準則主義之許可制」：「從而申請集會、遊行，苟無同條所列各款情形，主管機關不得不予許可，是為準則主義之許可制」。

大法官據此針對同法第十一條除書各款不予許可之例外規定，逐一審查其合憲性。首先認為集會遊行法第十一條第一款規定違反同法第四條規定者，為不予許可之要件，「乃對『主張共產主義或分裂國上』之言論，使主管機關於許可集會、遊行以前，得就人民政治上之

言論而為審查，與憲法保障表現自由之意旨有違」。解釋理由書詳稱：按第四條規定「集會遊行不得主張共產主義或分裂國土。」所謂「主張共產主義或分裂國土」原係政治主張之一種，以之為不許可集會、遊行之要件，即係賦予主管機關審查言論本身的職權，直接限制表現自由之基本權。雖然憲法增修條文第五條第五項規定：「政黨之目的或其行為，危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序者為違憲。」惟政黨之組成為結社自由之保障範圍，且組織政黨既無須事前許可，須俟政黨成立後發生其目的或行為危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序者，經憲法法庭作成解散之判決後，始得禁止，現行法律亦未有事前禁止組成政黨之規定。相關機關內政部以集會遊行法第四條與憲法增修條文第五條上開規定相呼應云云，自非可採。以違反集會遊行法第四條規定為不許可之要件，係授權主管機關於許可集會、遊行以前，先就言論之內容為實質之審查。關此，若申請人於申請書未依集會遊行法第九條第一項第二款規定，於集會、遊行之目的為明確之記載，則主管機關固無從審查及此，至若室外集會、遊行經許可後發見有此主張，依當時之事實狀態為維護社會秩序、公共利益或集會、遊行安全之緊急必要，自得依同法第十五條第一項撤銷許可，而達禁止之目的；倘於申請集會、遊行之始，僅有此主張而於社會秩序、公共利益並無明顯而立即危害之事實，即不予許可或逕行撤銷許可，

則無異僅因主張共產主義或分裂國土，即禁止集會、遊行，不僅干預集會、遊行參與者之政治上意見表達之自由，且逾越憲法第二十三條所定之必要性。

上述「政治性言論」的事前審查制，於釋字第六四四號解釋再次被宣告違憲，釋字第六四四號解釋文：人民團體法第二條規定：「人民團體之組織與活動，不得主張共產主義，或主張分裂國土。」同法第五十三條前段關於「申請設立之人民團體有違反第二條……之規定者，不予許可」之規定部分，乃使主管機關於許可設立人民團體以前，得就人民「主張共產主義，或主張分裂國土」之政治上言論之內容而為審查，並作為不予許可設立人民團體之理由，顯已逾越必要之程度，與憲法保障人民結社自由與言論自由之意旨不符，於此範圍內，應自本解釋公布之日起失其效力。就此而言，大法官顯然對於「政治性言論自由」採取從嚴審查之立場，而認為事前管制之許可制是違憲的。令人訝異及不解的是，現行集會遊行法雖依據釋字第四四五號解釋刪除「違反同法第四條規定者，不予許可集會遊行申請」之規定，惟集會遊行法第四條所定「集會遊行不得主張共產主義或分裂國土」之規定卻仍然存在。依據釋字第四四五號解釋及六四四號解釋意旨，本條規定早已違憲，懇請大法官以同有重要關聯性，一併宣告違憲。

至於集會遊行法第十一條第二款規定：「有事實足認為有危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞者」，第三款規定：「有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞者」。釋字第445號解釋認為「有欠具體明確，對於在舉行集會、遊行以前，尚無明顯而立即危險之事實狀態，僅憑將來有發生之可能，即由主管機關以此作為集會、遊行准否之依據部分，與憲法保障集會自由之意旨不符，（與同條第一款）均應自本解釋公布之日起失其效力」。解釋理由書特別就第二款的違憲理由指出：「按集會、遊行乃多數人為達到特定共同目的而從事的群體活動，在民主社會中，人民對於政府施政措施，常藉此方式表達意見，形成公意。為確保社會安寧秩序，憲法所保障之集會、遊行，必須以和平方式為之，若逾此限度，法律始得加以限制，惟法律限制之要件，應明確而具體。本款規定所稱『危害國家安全、社會秩序或公共利益』均為概括條款，有欠具體明確，委諸主管之警察機關，於短期間內判斷有此事實足認有妨害上開法益之虞，由於室外集會、遊行難免對他人之自由、社會秩序或公共利益有不利影響，主管機關對此尚未達到明顯而立即危險之事實若為實質審查，僅憑將來有發生之可能，即以之為準否之依據，易生干預人民集會自由之情事」；就第三款的違憲理由亦指出：「所稱『有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞者』，如僅一二參與者有此情形，是否

即得不許可其他參與人舉辦集會、遊行；又既有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞，即尚未至構成刑事責任之程度；倘有妨害安寧秩序之行為，則有社會秩序維護法之規定可資處罰。以有此情形，即禁止為集會、遊行，亦違反比例原則。所謂『之虞』認定之標準如何，既欠具體明確，則在舉辦集會、遊行以前，由主管機關就此為實質上之審查，與憲法保障之旨意，不無違背」。李震山大法官對此曾撰文認為，大法官除附加「明顯而立即危險原則」重申事前抑制禁止之意旨外，另增加「法律明確性原則」作為審查依據。並指出解釋中並未針對該兩款所涉言論究否與政治性有關，而認為所指涉者可解為包括政治性言論之一般言論，亦可解為不包括政治性言論之一般言論。若從解釋整體脈絡言，只要屬於政治性言論，不論其限制規範要件明確與否，皆應適用事前抑制禁止之理論，而從嚴予以審查；至於其他一般性言論之限制規範，縱屬明確，亦不能排除「明顯而立即危險原則」之適用⁴。

附帶提及，釋字第四四五號解釋所謂「明顯而立即危險原則」顯然參考美國聯邦最高法院，自一九二〇年代由其大法官 Holmes 與 Brandeis 所提出之標準⁵。惟現行集會遊行法第十一條第二、三款因

⁴ 參見李震山，同上註，49 頁。惟李震山大法官亦不否認「釋字第四四五號解釋該段之分類與論述尚非精確，令人費解，留下許多可能詮釋空間」，參見前文，50 頁。

⁵ 關於此理論之介紹參見吳庚，（註 1）文，210 頁，及書中註釋一七三所引文獻。

應釋字第四四五號解釋修正，均僅規定「有明顯事實足認…」，根本沒有回應大法官宣告違憲的原因，只有「明顯而立即之危險」始能事前禁止集會遊行。造成警察機關於事前仍得禁止「無明顯立即危險」之集會遊行，所以依據釋字第四四五號解釋的審查標準，仍然是違憲的⁶。

另參酌大法官對於藥物廣告事前審查是否違憲的釋字第四一四號解釋文：「藥物廣告係為獲得財產而從事之經濟活動，涉及財產權之保障，並具商業上意見表達之性質，惟因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，應受較嚴格之規範」，解釋理由書更謂：「藥物廣告係利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的，乃為獲得財產而從事之經濟活動，並具商業上意見表達之性質，應受憲法第十五條及第十一條之保障。言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範」等語。以及近來的釋字第六一七號解釋關於商品標示管制的合憲性、釋字第六二三號解釋關

⁶ 同見解參見廖元豪，把街頭還給基層異議者！－重省集會自由與集會遊行法，臺灣法學雜誌，4頁。

於性言論與性資訊處以刑罰的合憲性，均未適用嚴格審查標準。顯然同釋字第四四五號解釋，大法官將言論區分不同高低價值，而採取嚴寬不同的審查標準，以審查政府對之限制之合憲性。一般以為，大法官採取的正是美國違憲審查實務的「雙階理論」(the two-level theory)或「雙重基準」(the double standard)。亦即對於低價值的言論(商業性、誹謗性、猥褻性、仇恨性等言論)，於具體個案中，依類型化的利益衡量，審查政府限制行為的合憲性；對於高價值的言論(政治性、公益性言論)則採取嚴格審查標準，認為人民應獲得近乎絕對性的保障⁷。相較其他基本權類型，所謂雙重基準就是對於限制精神自由與經濟自由的法律，採取不同的審查基準，前者較嚴，後者較寬以尊重國會的判斷為原則⁸。

此外，釋字第四四五號解釋文所指：「有關時間、地點及方式等未涉及集會、遊行之目的或內容之事項，為維持社會秩序及增進公共利益所必要，屬立法自由形成之範圍，於表現自由之訴求不致有所侵害，與憲法保障集會自由之意旨尚無牴觸」等語，再參以大法官繼而就集會遊行訴求內容得否限制的實質審查。一般以為，大法官於此顯然採取與美國法實務相同的「雙軌理論」(the two-track

⁷ 林子儀，言論自由導論，載李鴻禧等合著，臺灣憲法之縱剖橫切，第四章，2002年12月初版，154-155頁。

⁸ 吳庚，(註1)文，222頁。林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，收錄於氏著，言論自由與新聞自由，2002年，150-153頁。

theory)。亦即審查政府的管制措施或法律的限制效果，係「針對言論內容的規制」或「非針對言論內容的規制」，後者即釋字第四四五號解釋所指「有關時間、地點及方式」的限制，分別以不同的審查標準，審查其合憲性。

總而言之，大法官審查集會遊行事前許可制之合憲性與否，區分為不涉及言論內容的規定（包括言論表達「時間、地點及方式」的規定）與涉及言論內容的規定（包括「主張共產主義或分裂國土」之言論、限制有危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞的言論，及限制有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞的言論等規定），分別以寬鬆或嚴格的審查標準審查其合憲性⁹。已故法治斌教授也認為此與美國法上的「雙軌理論」有相通契合之處，並直接指出「大法官將實質之目的或內容與形式之時間、地點、方式等不同之要件予以區隔；前者非憲法之所許，後者則不為憲法之所禁，二者各有所屬，涇渭分明，法效明確」¹⁰。

（三）集會自由的「時間、地點及方式」攸關言論的「內容」

依據釋字第四四五號解釋的邏輯，似乎是認為，集會遊行的時間、地點及方式，不會涉及集會遊行的目的或內容，因而與言

⁹ 林子儀，(註7)文，160頁。

¹⁰ 法治斌，集會自由之許可制與報備制：概念之迷思與解放，收錄於氏著，法治國家與表意自由，2003年，355頁。

論自由保障無涉，亦即屬於「非關言論之行為」，而尊重「立法形成自由」，從寬審查，而於「表現自由之訴求不致有所侵害」。是否果真如此？

大法官李震山即對此提出質疑，認為釋字第四四五號解釋並未再就時間、地點、方式之表現是否為「言論不可或缺的前揭要件」，是否具有「表達、溝通意義的行為」，是否屬「言論」或「行為」而深論，並舉例指出：集會遊行申請，在「時間」上選於二月二十八日，「地點」擇在總統府前凱達格蘭大道，以靜坐封鎖「方式」，每一項考量與抉擇，與集會遊行訴求之「目的與內容」有合理關聯，即不能驟然排除其與言論自由之關係¹¹。本件原因案件亦同，被告選擇的集會「時間」為九十六年三月三十一日週六，即同年四月五日蔣介石逝世日前的假日；集會「地點」為桃園縣大溪鎮「慈湖靈寢」停車場；集會名稱為「兩蔣入土為安活動」（參見被告填寫之集會遊行申請書，原因案件審理卷第二十八頁），係以民間習俗「牽亡魂」之方法，並以「台灣人民法庭」開庭審判蔣介石犯行等「方式」來表達集會之目的。足見時間、地點、方式與被告所欲傳達的「政治性言論」息息相關，除去這個「敏感的時間」、有「高度關聯性的地點」，及「審判

¹¹ 李震山，(註3)文，52頁。

罪行的方式」，即難以表彰被告集會的內容及目的。主管機關以地點因素，即未取得「慈湖靈寢」停車管理處同意書（試想停車管理處可能同意嗎？），而事前否准此項集會，不僅侵害被告及其他參與此次集會者的「表現自由之訴求」甚明，且此項否准究係形式上因為地點因素，抑或係實質上針對集會目的及內容所欲表達之言論「特別敏感」¹²，已不言可喻。

許宗力大法官固然認為，言論自由自始僅止於對「精神層次鬥爭」之保障，如逾越此而進入物理強制力，即暴力之使用，就與言論自由概念不符自始。惟仍強調：「若焚燒、撕毀或踐踏旗幟、勳像等象徵物品，乃至丟擲雞蛋、茶水、墨水、麵粉或其他污穢物等之行為，是應界定於精神層次之鬥爭或已進入暴力，恐有爭議，本文認為不妨從寬列入言論自由保護範疇」¹³，換言之，言論自由保護的範圍，「非僅表現的內容與方式而已，表現時間與地點的選擇，也一併受保護，但如方式的展現與地點的選擇已可列入集會的概念範疇，就直接由集會自由所保護，而不再是言

¹² 每年到了4月5日的所謂「蔣公逝世紀念日」，不論是蔣家、國民黨或社會就又会討論兩位蔣總統是否移靈中國大陸家鄉的爭議。

¹³ 許宗力，談言論自由的幾個問題，初載於李鴻禧等合著，臺灣憲法之縱剖橫切，第六章，2002年12月初版，242頁。後收錄於氏著，法與國家權力(二)，2007年1月初版，196-197頁。許大法官仍不忘再次強調，列入保護範疇尚不代表為法律所許可。

論自由了」¹⁴。足見集會自由的時間、地點與言論自由的內容難以區分，而得單獨作為一項表現自由的意義。對於釋字第四四五號解釋的雙軌區分方式，林子儀大法官也曾著文表示，言論自由的表達乃為個人發展自我、成就自我之重點，則集會自由對時間、地點、方式選擇的自我決定權，自仍不可忽視。該部分之審查恐亦不能不分情形逕以「立法形成自由」為寬鬆審查，因為涉及的基本權利如與民主程序有關者，stone（美國）大法官舉例如選舉權、言論自由、結社自由與集會自由等，則法院應採取嚴格的審查標準審查所涉政府的立法或其他措施是否合憲¹⁵。亦即集會時間、地點及方式，如與民主程序有關者，尤其言論自由基本權，就仍應以嚴格審查的態度，不能任由立法形成自由。

（四）僅對集會自由的「時間、地點及方式」事前許可仍然違憲——包括禁制區的劃定

吳庚大法官雖然參與釋字第四四五號解釋之作成，然亦於其著作中指出集會自由不僅是個人主動或被動行使的權利，同時也是集體行使的權利，否則無法實現憲法保障的目的。集會遊行的時間、地點及訴求目標的自由選擇，也包括在保障範圍之內。並

¹⁴ 許宗力，談言論自由的幾個問題，法與國家權力(二)，2007年1月初版，197頁。

¹⁵ 林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，收錄於氏著，言論自由與新聞自由，2002年，151頁。

認為釋字第四四五號解釋「分別論斷，固有其理由，然根本問題在於對集會遊行法採許可制，是否與憲法保障集會自由的本旨完全相符」、「何如直接採報備制，任何集會遊行活動於一定時間前報備即可舉行，遇有礙於舉行之原因（如妨害交通、同一時地將有他人舉辦活動之類），例外的由主管機關通知其停辦。奧地利一九五三年之集會法就採這種制度，任何人在二十四小時前報備之後，即可舉辦，以實現憲法對集會的保障」¹⁶。

李震山大法官更舉吳庚大法官於釋字第四一四號所主筆的不同意見書：「新近公布之釋字第四〇七號解釋，亦僅認定主管機關對出版品記載如何始構成猥褻之釋示尚未達違憲程度，而非謂猥褻之出版品不屬憲法第十一條之保障範圍，便是相當於廣義說之一種運用。本件多數通過之解釋遵循本院一貫之立場，不採所謂商業廣告或藥物廣告非屬言論自由保障範圍之主張，自應予以支持。蓋此種詮釋方法不僅符合我國憲法之理論體系，抑且解除戒嚴為時未久，人民基本權利之保障猶待加強，若採狹義說以除外方式，將若干行為排除在該當權利的保障範圍之外，此例一開，後果不堪設想」等語。主張表現自由表現方式多端且複雜，若非有十足把握，不應逕將較低層次的言論或與言論關係較不密切的

¹⁶ 參見吳庚，(註1)，241-242頁。

表現自由，排除於表現自由或言論自由保障範圍之外。此外亦不宜將事前抑制禁止理論只運用於政治性言論部分，尚且可及於商業言論。認為吳庚大法官上述主筆意見書的理路可以合理聯結釋字第四四五號解釋，即不宜在未細審集會自由中「有關時間、地點及方式」是否涉及集會、遊行之目的或內容事項之前，就逕予排除在言論自由保障範圍之外，此有掏空集會自由之本質內容之隱憂，「後果不堪設想」¹⁷。

學者更指出，憲法上的表現自由與其他基本權一樣，絕不僅是為了保障主流多數的利益而設保障少數異類邊緣乃至變態本來就是憲法人權條款的關心主軸。這種原理特別在集會自由應該更加明顯。本來就符合「主流意見」的聲音，根本無須靠憲法保障也能出頭。唯有異議者，才需要靠憲法來保障其意見免於多數與主流的鎮壓。解釋適用憲法的表現自由規定時，不能持假中立的態度，無視既有社會地位、資源的分佈，而一視同仁；相反地，必須念茲在茲「弱勢、異議聲音能被聽見嗎」。這種權力關係敏感的思考模式，才是正確途徑。因而流行的「觀念自由市場」的說法就有偏差之處——憲法上的人權怎能純然服膺市場「優勝劣敗」的競爭邏輯呢？那不是維護現狀，為現行社會結構下的勝利者背

¹⁷ 李震山，(註3)文，53-54頁。

書嗎？而認為釋字第四四五號解釋受了上述錯誤邏輯的影響，硬說「時間地點方式」的「內容中立」限制措施，是「立法形成自由」，恐怕就是太過簡化的論述，忽視了不同的表達「方式」，對於不同階層的表意人其實有著天差地遠的影響——有些人根本不用上街，有些人卻非常需要街頭¹⁸！

換言之，集會遊行是基層、直接民主的發聲武器。對於（相對）無權無勢的受害者或邊緣異議者，集會遊行權往往是唯一可以發聲的機會。集會遊行對地位穩固的上層或中間階級，或許是一種 plus，可有可無的；但對「基層異議者」（少數族裔、性少數、樂生病患、貧窮階級、外勞…），卻是不可或缺的機制。限制或剝奪「基層異議者」的集會遊行權，不只是讓他們上不了街頭走走，更形同剝奪其做為平等公民的主權者地位——唯一的有效「參政」管道沒有了¹⁹。

聲請人同意學者所言，「喧擾與威脅乃是集會遊行權的本質」，革命不是請客吃飯，異議者的集會遊行也不是嘉年華式自強活動。既然街頭抗爭是基層異議者的「政治權利（力）」，就要讓示威者有「施力」的機會。如果在選舉罷免創制複決或其他代議政治的場域，我們容許利益交換與相互施壓；那集會遊行權也應該包含憤怒、咒罵，乃

¹⁸ 廖元豪，把街頭還給基層異議者！—重省集會自由與集會遊行法，臺灣法學雜誌，1-2頁。

¹⁹ 廖元豪，同上註，2頁。

至某種程度的恫嚇——否則，「主流」怎麼會願意對「異議者」讓步呢？K黨可以在國會對D黨說「給我A法案否則就擋你B法案」；社會運動者應該也可在街頭對主流大眾或政客說「還我人權尊嚴，否則別想交通順暢」！如果完全剝奪「喧擾」與「威脅」，那集會遊行權就變成了基層異議者謙卑祈求的儀式而已²⁰。

總之，集會自由正係人民，尤其弱勢或邊緣少數異議者，以集體方式表達意見的權利。就政治性或公益性言論言，更是人民與政府或具影響力之政治人物間溝通之一種方式，人民經由此種方式，得以主動提供意見，並參與國家意思之形成或影響政策之制定，是除非確定集會之目的專為製造暴力，或有刻意妨害安寧秩序之意圖，亦即釋字第四四五號解釋脈絡所採的「明顯而立刻危險」，否則此等集會遊行基本權，國家應予保障²¹，而非以事前許可檢查、事後加諸刑罰手段加以箝制制裁，如此反會扼殺台灣社會好不容易建立之民主成果及言論自由市場，而容納不同的聲音，更係台灣社會民主之可貴。美國最高法院哈藍(Harlan)大法官於1971年的「柯恩訴加州案」(Cohen v.

²⁰ 廖元豪，同上註，2-3頁。

²¹ 釋字第445號解釋文：「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」。解釋理由書：「國家在消極方面應保障人民有此自由而不予干預；積極方面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。又集會自由之保障，不僅及於形式上外在自由，亦應及於實質上內在自由，俾使參與集會、遊行者在毫無恐懼的情況下進行」。都是在宣示國家的保護義務。

California)所主筆的一段判決內容謂：「憲法保障的言論自由權利，在我們這樣多元複雜的社會中，是一帖良藥。他可以防止政府箝制言論，以控制我們所能獲得之資訊，希望這樣的自由可以使我們的公民更進步，讓我們的政治更完美，也相信這是我們政治體制所依賴的個人尊嚴與選擇的唯一途徑。．．．或許，這自由會造成言詞的喧囂與不和諧，甚至是侵犯性的語言。然而在某個既定的限制下，他其實是開放公共討論所容許的必要副作用。也許空中充滿著言詞噪音，這卻是良性的訊息」等語²²。言論自由保障每個人說出對於公眾人物或公職人員的想法，當然包括激烈、尖銳，甚至令人不悅之批評，這正是台灣社會所建立彌足珍貴的權利，即使每個人的品味未必高尚。

於是事前檢查的許可制就有嚴重違憲之情。大法官吳庚、蘇俊雄及城仲模三人，於釋字第四一四號解釋提出的部分不同意見書即分別指出美、德、日等先進國家的法制與實務，均否定事前檢查或許可制的立法：「美國憲法增修條文第一條雖未明文禁止事先審查，但一般認為基於憲法該條保障言論及出版自由之精神，事先審查基本上應予禁止，祇有猥褻性言論等極少數情形允許存在」、「在出版品未刊出前即施予查驗，合乎官署所訂標準者，始可刊行，乃係對言論或出版自由之嚴厲限制，「事先審查之控制及核准過程之存在足以癱瘓精神生

²² 參見安東尼·路易士著，蘇希亞譯，「不得立法侵犯：蘇利文案與言論自由」，1999年2月1日出版，商業周刊出版股份有限公司，381頁。

活」(德國聯邦憲法法院判決 BVerf GE 33 之用語)」、「戰後之西德及日本既無美國保障自由與人權之傳統，兩國憲法遂均直接明文禁止事先審查，以防舊日極權制度之復活，故德國即使影片之類出版品，主管機關實施事先審查，亦認為違背其基本法第五條第一項之規定(見前引之聯邦憲法法院判決)。日本尚存之教科書審定制度，本質上屬於日本憲法第二十一條第二項所禁止之「事先檢閱」，其合憲性素有爭論，該國法院或以經教科書審定不合格者，原稿仍可以一般圖書而出版，並不受限制等理由，而認其尚未違憲(東京高等裁判所一九八六年三月十九日之判決)。由此可知。由於事先審查制度對言論及出版自由侵害之嚴重性，已為先進國家所不能容許」。

即使是以所謂「雙軌理論」事前檢查所謂集會的「時間、地點及方式」，因為這仍與言論的「本質及內容」息息相關，業如前述。因而關於禁制區劃定的第六條規定，形同以「地點」事先全然否決集會遊行，然而這些所謂政府機關或重要設施、交通要道，往往就是人民抗議的對象及重要地點，尤其各主管機關內政部、外交部劃定不准集遊的週邊範圍動輒三、五百公尺，當地抗議群眾只能與抗議機關如此「遙遙相望」，也早就失去抗議的主題及關聯性。

特別是集體表達「政治性言論」、「公益性言論」的集會遊行，言論的時間、地點及方式更形重要，如本件原因案件，時間如果不是

選在四月五日的蔣介石逝世日，地點如果不能在慈湖靈寢停車場，方式不選擇以「牽亡魂」、「陰間審判」等，如何能與每年才會提及一次的移靈話題聯結，並探討包括二二八或白色恐怖等話題²³。尤其許可制就是「原則一例外」關係，集遊法規範下，未經申請許可的集會，就會被警察機關「視為」違法²⁴，無論這個集會是否和平的進行！而本件原因案件即使未經許可，仍然是和平進行的集會，國家以未經許可而視為違法，並動用刑罰，已經違反公民與政治權利公約第二十一條「保障和平集會」的人權規定。

二、集遊法第八條明顯歧視言論內容而違反平等原則

雙軌理論的核心原則就是，政府不能基於言論的內容，而對該言論加以限制。據此，憲法言論自由對於政府的「內容限制」或「內容歧視」也是推定違憲的²⁵。這也是釋字第445號解釋所以不許「主管機關於許可集會、遊行以前，得就人民政治上之言論而為審查」的理由。

²³ 就此而言，聲請人寧願視之為「人權的公益性言論」，或許較定性為「政治性言論」更為貼切，且免遭誤會。

²⁴ 集遊法第25條第1項第1款：「有左列情事之一者，該管主管機關得予警告、制止或命令解散：一、應經許可之集會、遊行未經許可或其許可經撤銷、廢止而擅自舉行者」；第29條：「集會、遊行經該管主管機關命令解散而不解散，仍繼續舉行經制止而不遵從，首謀者處二以下有期徒刑或拘役」。足見「未經許可」構成「命令解散」之事由，命令解散而不解散，而繼續舉行不遵從制止，就構成刑罰制裁。

²⁵ 參見林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，收錄於氏著，言論自由與新聞自由，133頁以下。

然而集會遊行法的許可制規定第八條本身，自始就有一個最根本的「內容歧視」規定，卻逃過當時釋字第四四五號解釋大法官的法眼。

集遊法第八條基於事前許可制，另特別設立三款例外，其中第二、三款規定「學術、藝文、旅遊、體育競賽或其他性質相類之活動」、「宗教、民俗、婚、喪、喜、慶活動」，事先無須申請許可。換言之，政治性、商業性的集會遊行活動，必須申請許可，自始受到集會遊行法的管制規範，但是學術、藝文、旅遊、體育競賽，或宗教、民俗、婚、喪、喜、慶等活動，完全不受規範。這無異於告訴人民：政治性言論、公共事務的辯論，在價值上竟不如婚喪喜慶！

「政治性言論」始終是言論自由中最受重視、最應受保護的言論類型。然而以集會自由形式表達時，在集會遊行法的規範下卻是「原罪」？是因為批判性言論讓當局害怕？但這批判政府與公共事務，不正是言論自由的主要核心？美國聯邦最高法院在 1964 年著名的「紐約時報訴蘇利文案」(New York Times v. Sullivan)案曾表示，美國言論自由的重要原則是：「公共爭議的辯論應該不受限制、強而有力，且完全開放，且其可能包含了對政府與公務員之激烈、刻薄，甚或有時令人不快之尖銳批評」²⁶。即使是人民藉由毀損國旗宣洩不滿情緒

²⁶ 廖元豪，從比較法觀點談集會自由－以「公民權利和政治權利國際公約」第 21 條集會權之保障為中心，98 年國際人權公約研習會講義，司法院司法人員研習所，98 年 12 月，5 頁。

的行為，受到禁止毀損國旗罪的追訴處罰，美國聯邦最高法院同樣宣告該法律違憲，認為這個法律的目的是要鎮壓特定的言論內容—毀損國旗表示不滿或批判—因此構成「內容限制」，而且是對「政治訊息的限制」²⁷。

不論以釋字第四四五號解釋所透露出的「雙軌理論」與「雙階理論」來審查第八條本身，都難以得出合憲結果。學術、藝文、旅遊、體育競賽或婚喪喜慶以外的言論，均須先經事前許可，不論是否僅涉及時間、地點與方式，抑或是言論內容，顯然已有不合理的差別待遇，更遑論不用經事前許可的大型藝文或宗教活動，例如「大甲媽祖遶境」活動，其時間動輒數星期、地點擴及全台重要道路與場所，卻不用事前許可；相反的，三、五學生聚集教育部前抗議學費漲價不公，或十數外籍配偶攜手向內政部表示限制工作權不合理等，無論時、地及規模均無從與「大甲媽祖遶境」相比，卻要先經許可，顯與雙軌理論相悖。更遑論該等集會所欲表達的言論，均涉及重要的教育或社會政策，屬公益性言論；尤以本件原因案件的蔣介石「牽亡魂」及「開庭公審」蔣介石的集會，人數不過百人，利用諾大的停車場地點，更具有檢視評價政治人物功過、真誠面對轉型正義的政治性及公益性言論的意義，無論如何都較宗教、體育或婚喪喜慶等活動的言論價值為

²⁷ 美國 Texas v. Johnson，參見廖元豪，同上註，5 頁。

高。然而具有高價值的言論卻以事前許可的侵害最嚴重的管制方式，此種管制手段顯然難以通過雙階理論的檢驗。

總之，政府絕對不能因為集會遊行的主旨或目的不夠「溫馴」或「順服」，就採取較嚴格的管制措施。第八條本身所設定的例外就突顯集遊法是偏袒現有秩序，害怕公共辯論、批判的「內容歧視」的規定，連帶使得整部集遊法的正當性都可疑²⁸。

平等原則為所有基本權的基礎；國家對人民行使公權力時，無論其為立法、行政或司法作用，均應平等對待，不得有不合理的差別待遇²⁹。平等原則要求的為實質平等，大法官在歷來的解釋中不斷闡釋其中意旨謂：平等原則並非保障絕對的、機械的形式平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等（參見釋字第二一一號、第三四一號、第四一二號）；釋字第四八五號解釋更是開宗明義即宣示：「憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待」。至於應如何判斷此差

²⁸ 同見解參見廖元豪，同上註。

²⁹ 我憲法第5條規定：「中華民國各民族一律平等」，第7條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」，明文揭示保障人民之平等權。又憲法增修條文第10條規定國家應促進兩性地位之實質平等，而憲法基本國策章中第153條、第155條與第156條，亦對保障婦女與其他弱勢族群之實質平等設有規定，足見憲法上對於對平等原則之重視。

別待遇是否「合理」，大法官亦不諱言，此乃違憲審查之難題所在³⁰。

正如前述，檢驗法律是否符合平等原則，判斷重點即在差別對待是否「合理」，換言之，是否具有正當性而為憲法所容許的差別對待，亦即「實質正義的不平等」³¹。即俗稱「等者等之，不等者不等之」。至於具體之判斷方式，翁岳生前首席大法官說得清楚：關於平等原則之違反，恆以「一方地位較他方為有利」之「結果」存在為前提。不論立法者使一方受益係有意「積極排除他方受益」，或僅單純「未予規範」，祇要在規範上出現差別待遇的結果，而無合理之理由予以支持時，即構成憲法平等原則之違反。因平等原則之旨趣在於禁止國家權力在無正當理由的情況下，對於相同類別之規範對象作不同之處理，故平等原則之本質，原就具有雙面性與相對性(ambivalent und relativ)，嚴格而言並非各該「規範本身之違憲」，而是作為差別對待之兩組規範間的「關係」，或可稱為「規範關係之違憲」(verfassungswidrige Normenrelation)³²。

學者黃昭元也指出，平等與否應該是一種「比較性」或「相對性」的概念或結果，必然涉及國家與兩組（群）人民關係間的相互比較，而不像自由權通常祇是國家與個別人民間的關係。亦即「兩組關係的

³⁰ 翁岳生大法官於釋字第 455 號解釋提出之協同意見書中明言。

³¹ 吳庚，(註 1)書，182 頁。

³² 參見翁岳生大法官於釋字第 455 號解釋提出之協同意見書。另參見李建良，論法規之司法審查與違憲宣告－德國聯邦憲法法院裁判之分析，收錄於氏著，憲法理論與實踐（一），1999 年 7 月，433(461)頁。

比較思考」與「一組關係的對立思考」。進而不諱言的指出，在方法論上，大法官所宣示「實質平等」式的定義方式，對於釐清平等權的意義、內涵或具體案例的討論，似乎沒有大用³³。所以，如果真要對平等權下一個操作性定義，恐怕還是要採取「同者等之，不同者不等之」的基礎公式，然後在「差別待遇」、「分類標準」及「規範目的」（或「政府利益」）的分析架構上思考，並且以「類型化」的操作方式，才能發展出更細膩的審查標準³⁴。

集遊法第八條的「原則事前許可、例外無須許可」，將以集會遊行形式表彰的言論，區分為「有價值的言論」（包括政治性、公益性等高價值言論），與「無價值或低價值之言論」（學術、藝文、旅遊、體育競賽、宗教、民俗、婚、喪、喜、慶等活動），前者反而受到事前審查之管制，後者卻完全不用遵守集遊法之規範，反映出政府即使已從戒嚴時期過渡到平日時期多年，仍然無法擺脫顯偏袒現有秩序，畏懼公共辯論、政治批判的言論，對於前者言論，尤其是最應保障及

³³ 黃昭元，國軍老舊眷村改建條例的合憲性－司法院釋字第四八五號解釋評析，臺灣本土法學雜誌，第6期，2000年1月，25頁。

³⁴ 黃昭元進一步說明此基礎公式較有較高的可操作性理由：從是否為「同者」可引出對「分類標準」與「正當理由」的討論，而是否「等之」則引出是否存在有任何「差別待遇」的分析。參見前註。聲請人以爲，此種思維顯然係採取美國法上所謂「平等權之雙重審查標準」，以「分類標準」及「差別待遇」（涉及優惠性差別待遇之案例則另考慮「規範目的」標準）兩層次為審查標準。關於美國實務及學說之介紹，請參見法治斌，司法審查中之平等權：建構雙重基準之研究，收錄於：法治國家與表意自由，憲法專論（三），2003年5月，211頁以下。

寬容的「政治性言論」，以事前許可就是最嚴苛的限制，而形成極度的「內容歧視」，相較其他言論之下，屬極不合理的差別待遇，違反憲法第七條宣示的平等原則甚明。

三、許可制違反行政法上的公物使用原則有違事物本質

釋字第四四五號解釋理由書指出，對於集會、遊行之限制，大別之，有追懲制、報備制及許可制之分。並認為依我國集會遊行法第八條規定，可見集會遊行法係採許可制。

所謂「許可」，係指特定之活動或計畫，其本質雖非法律政策上受負面評價者，但為預防在個案中發生違法情事，法律特別規定，須經主管機關之「許可」始得為之。此一須經許可之規定，實即禁止未經許可而為該行為³⁵。之所以禁止，並非由於根本就不准從事該行為的緣故，其目的毋寧只是在於透過人民的聲請，使官署有機會事先審查人民擬從事行為的合法性，審查通過即核發許可³⁶。

主管機關審查結果，如不能證明有法律上應拒絕之理由，即應予以許可。人民對許可之作成具有請求權。此種「預防性質」之禁止，在於確保審查程序之實施，自始即保留許可之可能性，故亦稱為「附許可保留之禁止」³⁷。換言之，「許可」是自由權的回復，與「特許」

³⁵ 陳敏，行政法總論，民國88年12月，2版，311頁。

³⁶ 許宗力，行政處分，翁岳生編，行政法，556頁（1998年）。

³⁷ 陳敏，同（註35）。

是積極的權利賦予，有所不同³⁸。釋字第四四五號解釋邀集相關機關行言詞辯論時，行政院即主張：「各國立法例對於集會、遊行之管理方式有採報備制者，有採許可制者，集會遊行法所採，雖為許可制，惟其性質非屬特許而近準則主義，尚未逾憲法第二十三條所定防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要之程度」；法務部亦主張：「其制定之原因係本於集會、遊行活動可能有侵害公共秩序之虞，基於維護公益及保障社會大眾人權之衡平，對集會、遊行之場所、時間、方式等，酌予合理限制，要非賦予公權力對表現自由予以壓制或剝奪為目的」。交通部則是提出書狀主張：「因集會、遊行可能因量增而產生質變，易影響交通秩序，妨礙交通安全，採用準則許可制，可使主管機關對集會、遊行及早未雨綢繆，妥善規劃交通管制，避免交通陷於停滯或混亂，造成妨礙他人使用道路之權益」。

從上述主張可知，政府機關試圖建立「許可制並未侵害人民權利，因為原則上符合準則均許可」，除有「侵害公共秩序之虞」（交通陷於停滯或混亂？造成妨礙他人使用道路之權益？），否則不會否准。內政部及內政部警政署甚至表示：「因群眾活動易引起衝動、脫軌而影響安寧、交通及衛生等問題，自有必要以法律為相當之限制。」

³⁸ 林錫堯，行政法要義，131 頁。

其限制之寬嚴原有多樣，集會遊行法第八條、第十一條所採實係準則許可制，其與報備制之差別僅在行政程序有異，兩者在本質上並無不同」等語。

固然許可之核發，形式上為授益處分，然實質上僅回復人民原有之自由權及財產權，並未有所增添。惟如係拒絕許可，除形式上為拒絕授益之負擔處分外，實質上亦使原來僅為保留審查機會而設定之禁止，成為終局之禁止，干涉人民之自由權及財產權。人民如未經許可而從事須經許可之行為時，即構成形式違法³⁹。未經許可的集會遊行，即屬違法集會遊行，構成命令解散的事由，且面臨最嚴重之刑事效果的追訴處罰，業如前述。

因而許可仍屬「事前禁止」人民取得原本即屬人民之自由權利，此與「報備」不同，在報備制下，人民須將擬從事的行為事先報告官署知悉，始得為之，但官署經審查報備內容，倘認為不適法，亦得加以禁止或取締。簡言之，須經報備的行為，只要未被禁止，即得為之；須經許可之行為，則未經許可，即不許為之⁴⁰。

集會遊行使用的道路或場所多為公物，公物直接供一般公眾依規定使用，無須特別之許可者，為「公用公物」。公眾逕依公用公物設置之目的而為使用者，為「一般使用」。反之，須經特別許可，而為

³⁹ 陳敏，(註 35)，312 頁。

⁴⁰ 許宗力，(註 36)，558 頁。

超過一般使用之利用者，為所謂「特別使用」⁴¹。就公用道路而言，我國如德國般，有「公路法規」及「交通法規」規範利用行為，後者最主要即「道路交通管理處罰條例」⁴²，固然著重在道路交通秩序及安全的觀點，規範用路人之交通行為，如係利用道路的「交通」行為，即屬一般使用，無須經過許可，超出交通行為者，為特別使用，須經許可始得為之。陳敏大法官特別於「行政法總論」鉅著舉例，人人無須特別之許可，得以交通之目的使用公路，是為「一般使用」。直接在車道或人行道上為商業活動，則為「特別使用」。惟陳敏大法官亦指出所謂「交通行為」之概念，在德國有放寬的趨勢，不僅限於與提供公用之目的相符的行為及停止（暫停、停車），惟無論如何不得對其他用路的行進構成重大妨礙。至於如何之使用仍為道路之一般使用，則應就個別狀況，依社會通念定之。例如，在道路上散發傳單，基於憲法言論自由之保障，仍可認為無須許可之一般使用。惟如於路

⁴¹ 陳敏，(註 35)，913-914 頁。

⁴² 本條例的處罰程序採「雙主管機關」制，即對於汽、機車之違規行為，警察機關僅得稽查舉發，而無處罰權限，至於公路主管機關則係待警察機關之舉發移送，始為處罰。詳參見錢建榮，*道路交通管理處罰性質及救濟程序之檢討——以舉發程序及酒駕處罰案例為中心*，行政訴訟制度相關論文彙編第 6 輯，司法院，2009 年 12 月，頁 99-185。

邊或人行道設立攤位或看板以發表言論，即非交通行為，須經許可始得為之⁴³。

既然於公用道路上的交通行為，屬一般使用，無須經許可。所謂「交通」之意義為何？依據「教育部重編國語辭典修訂本」網路版查詢結果，至少有五種含義，分別為⁴⁴：

第一，通達無阻。管子·度地：「山川涸落，天氣下，地氣上，萬物交通。」晉·陶淵明·桃花源記：「阡陌交通，雞犬相聞。」

第二，交感、感應。莊子·田子方：「至陰肅肅，至陽赫赫；肅肅出乎天，赫赫發乎地。兩者交通成和而物生焉。」

第三，溝通。禮記·樂記：「此則周道四達，禮樂交通，則夫武之遲久不亦宜乎！」

第四，往來、交往。史記·卷一〇七·魏其武安侯傳：「諸所與交通，無非豪桀大猾。」

第五，勾結串通。三國演義·第十回：「樊稠何故交通韓遂，欲謀造反？」紅樓夢·第一〇五回：「賈赦交通外官，依勢凌弱。」

第六，汽車、船舶、飛機等各種運輸工具在陸地、水上或空中的往來。亦指信函、電報等來往。

⁴³ 陳敏，(註35)，915頁。

⁴⁴ 參見：

<http://dict.revised.moe.edu.tw/cgi-bin/newDict/dict.sh?cond=%A5%E6%B3q&pieceLen=100&fld=6&cat=&ukey=1333805608&serial=2&recNo=358&op=f&imgFont=1>。

足見「交通」之意義不限於物理上、形式上的「在道路往來通行」，毋寧更包括心理上、抽象的「意見溝通交流」。所以在道路上「通行」與在道路上「集會遊行傳達交流理念及意見」，都屬於「交通行為」，同樣都是「正當的」使用道路，都符合道路公用的目的與功能，屬一般使用範圍，憑甚麼在道路上通行無須許可，利用道路與大眾或政府溝通交流意見，卻須事先經過許可？既然是公用道路（公共場所亦同），其路權或所有權自始就是全民的，主管機關只是代為管理及維護公用，自無須向主管機關申請路權，不論是在道路上通行、在公共場所停留或聚集，或在道路、公共場所集會遊行溝通意見及理念。因而現行集會遊行法規定，於特定道路或公共場所集會遊行，必須先向主管機關申請所謂「路權」並經許可集會遊行，根本就違反公用物的一般使用功能，變相成為特別使用，而與公用公物的使用法理有悖。

即使將公用道路或場所的一般使用，狹隘地限於「通行或暫停」，除此以外的其他使用，例如集會遊行，因為影響公眾通行或暫行的秩序，屬於特別使用，所以必須事先許可的說法⁴⁵。對於集遊法第八條

⁴⁵釋字第 445 號解釋理由書中引述交通部提出的書狀主張：「因集會、遊行可能因量增而產生質變，易影響交通秩序，妨礙交通安全，採用準則許可制，可使主管機關對集會、遊行及早未雨綢繆，妥善規劃交通管制，避免交通陷於停滯或混亂，造成妨礙他人使用道路之權益。依過去發生之實例，因集會、遊行而霸佔高速公路、率眾夜宿車站前廣場、臥軌妨礙鐵路交通，對於社會秩序及公共利益之危害，均屬顯著而首當其衝，所付出之社會成本實難以估計。集會遊行法現行規定應符合憲法第十四條保障人民集會自由之意旨及第二十三條法律保留之原則」。就是基於這種思維。

第二、三款規定的學術、藝文、旅遊、體育競賽，宗教、民俗、婚、喪、喜、慶等活動，其規模不論小至數十人，或大至數百、數千，甚至上萬人（例如媽祖遶境），均屬「占用道路或公共場所的活動」，同樣妨礙公眾通行秩序，何以卻無須申請許可？顯然無法自圓其說。

說穿了就是認為集會遊行乃是道路、場地的「非正常使用」，因此必須事先管制及許可。但是被抗議及訴求的對象往往就是該道路、場地的所有人或主管機關，本法要求尚須取得同意書的前提下，如何能順利獲得許可。

又集會遊行比起一般街頭活動，真的比較不正常嗎？二十名群聚在台北地方法院門口準備出去郊遊的人，與同樣地點所聚集的一堆嗜血媒體的 SNG 轉播車及記者，與三個在同樣地點靜默地站崗並舉牌抗議司法不公的受害者相較，憑甚麼說最後那三個受害者比較「危險」？或比較「破壞社會秩序」、「妨礙交通」？又為甚麼成群記者與採訪車擋住法院門口，造成一般訴訟當事人進出困難，從未被警察舉牌警告解散？但是社運或弱勢團體在法院前這個「禁制區」，卻連舉牌繞行都要遭警移送法辦⁴⁶？

從憲法第十四條保障人民的集會遊行權，公民與政治權利國際公約第二十一條保障人民的和平集會自由觀之，「集會遊行危險論」的

⁴⁶ 參見廖元豪，（註 26），6-7 頁。

說法本身就是錯誤的。當論者（包括釋字第四四五號解釋理由書臚列的各相關機關）區分將同屬道路或場地的一般使用，區分為「正常」與「非正常」使用時，其心中對於集會遊行本身的敵意，已經招然若揭。而且與其說集會遊行是「非正常使用道路」，不如說根本就認為「集會遊行是非正常的活動」，即使是立法者可能都是基於這樣的預設立場而制定集會遊行法第八條第二、三款的例外活動。無怪乎學者要感歎：一種憲法明文保障的權利，落到被以為是異常行為，真是夫復何言⁴⁷！

更遑論釋字第四四五號解釋除明示集會遊行不受干預之自由外，另揭禁國家對於集會遊行基本權的保護義務：「國家在消極方面應保障人民有此自由而不予干預；積極方面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」。因而提供道路、街頭等戶外場地的一般使用，正是國家履行其「積極給付場地義務」之實踐。

關於基本權的保護義務，新近公布的釋字第六八九號解釋理由書於闡明社會秩序維護法第八十九條第二款規定意旨時，除確認其為保障身體權、行動自由、生活私密領域不受侵擾的自由及個人資料的自主控制權，並認為該規定「符合憲法課予國家對上開自由權利應予保

⁴⁷ 同上註，7頁。

護之要求」，顯係承認基本權的「國家保護義務」功能。大法官蘇永欽雖質疑防衛性自由權可否直接導出國家保護義務，而提出「理由不同的協同意見書」，惟亦不否認集會、遊行另具有參政權功能，為不可或缺的參政方式，而得推演出國家積極保護集會遊行者的義務⁴⁸：集會遊行法第二十四條第二項規定：「主管機關依負責人之請求，應到場疏導交通及維持秩序」，確實不僅為立法的政策，而可認為國家在此負有某種憲法的義務，其理論基礎在該號解釋理由書其實已經觸及：「集會自由以集體方式表達意見，為人民與政府間溝通之一種方式。人民經由此方式，主動提供意見於政府，參與國家意思之形成或影響政策之制定。從而國家在消極方面應保障人民有此自由而不予干預；積極方面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。」換言之，在現代民主政治之下，人民的參政權應不止於定期的選舉和不定期的罷免、創制、複決，對於組織力較弱的弱勢族群，或難以組織的族群（如消費者），臨時性的集會、遊行即為不可或缺的參政方式，此一理解下的集會自由，應不僅為防衛性的自由權（status negativus），同時也是一種使人民取得主動地位（status activus）的參政權，德國學者及實務多持此說。從此一參政權的內涵，即可推演出國家積極保護遊行者的義務。足見防衛性基

⁴⁸ 以下參見蘇永欽大法官於釋字第 689 號解釋協同意見書。

本權仍有可能發生國家的保護義務，但其立論基礎只能分別從其權利的本質、歷史及功能上去探究，不能全稱的一筆帶過，從天而降。

即使自德國法的基本權脈絡，有大法官無法承認基本權有國家保護義務功能，但是釋字第四四五號解釋指出國家有「積極給付場地義務」的論點，亦與美國聯邦最高法院判決指出的「公共論壇」(public forum)觀點相似：街道與公園之類的戶外場所，本質上就是人們用來集會、討論、溝通，並討論公共事務的地方。因此，公眾有某種可稱為「言論自由地役權」(a kind of First-Amendment easement)之權利以接近使用這類公共論壇⁴⁹。

綜上所述，公用道路、街頭及場所等公共用物的「路權」屬於人民，其一般使用即所謂「交通行為」，當然包括抽象的意見溝通交流，利用公共用物的集會遊行就是一般使用，至多僅能以報備管理；又此類公物「本質上」就是言論自由表達的場所，不論基於國家保護義務或「公共論壇」理論，國家均有義務提供並保護。所以基於特別使用觀點的事前許可，已違反公共用物的使用法理，違反事物本質而違憲。

四、對和平集會處以刑事罰違反比例原則

(一)集會遊行法第二十五條要件本身違反比例原則與法明確性原則

⁴⁹ Harry Kalven, Jr., The Concept of the Public Forum—Cox v. Louisiana, 1965 SUP. CT.REV.1,13.轉引自廖元豪，(註 26)，7 頁。

集會遊行法第二十九條規定：「集會、遊行經該管主管機關命令解散而不解散，仍繼續舉行經制止而不遵從，首謀者處二年以下有期徒刑或拘役」。本條的構成要件與刑罰效果，經釋字第四四五號解釋認為：「集會遊行法第二十九條對於不遵從解散及制止命令之首謀者科以刑責，為立法自由形成範圍，與憲法第二十三條之規定尚無牴觸」。理由書雖然未說明何以屬立法形成範圍，惟大法官認為，第二十九條為第二十八條行政秩序罰「之後續行為，應受處罰之人，亦未必相同」；且對於首謀者科以二年以下有期徒刑或拘役，「乃處罰其一再不遵從解散及制止之命令。如再放任而不予取締，對於他人或公共秩序若發生不可預見之危險，主管機關亦無從適用刑事訴訟法之規定為必要之處分」。而社會秩序維護法第六十四條第一款妨害安寧秩序的行政秩序罰⁵⁰，與刑法第一百四十九條規定之公然聚眾不遵令解散罪⁵¹，不論主觀要件與客觀要件，均與集會遊行法第二十九條規定之內容，有輕重之分，即不得指其違反憲法第二十三條規定之必要原則。另強調：「刑事法院於論罪科刑時，就犯罪行為之構成要件是否

⁵⁰社會秩序維護法第 64 條第 1 款「意圖滋事，於公園、車站、輪埠、航空站或其他公共場所，任意聚眾，有妨礙公共秩序之虞，已受該管公務員解散命令，而不解散者，處三日以下拘留或新臺幣一萬八千元以下罰鍰」。

⁵¹刑法第 149 條：「公然聚眾，意圖為強暴脅迫，已受該管公務員解散命令三次以上，而不解散者，在場助勢之人處六月以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。首謀者，處三年以下有期徒刑」。

符合，應為確切之認定，尤其對於行為須出於故意為處罰之要件，亦應注意及之，乃屬當然」。

上述解釋距今將近十四年，其原因案件更是發生於解嚴未久，當時國家、社會所形塑的是「歧視集會遊行」的氛圍，視集會遊行為「毒蛇猛獸」，其原因之一就是本法從戒嚴時期過渡到平日時期，並未「去刑罰化」，一個賦予刑罰效果的行為，難免落入人民歧視、排拒的印象。因為集會遊行法第二十九條未經大法官宣告違憲，也無類似「警告性解釋」或限時改進等任何效果，連帶使得該條構成要件的前提：規定「主管機關命令解散事由」的同法第二十五條，於釋字第四四五號解釋作成後十餘年來並無重大修正⁵²。

然而檢視現行集會遊行法第二十五條第一項規定：「有左列情事之一者，該管主管機關得予警告、制止或命令解散：一、應經許可之集會、遊行未經許可或其許可經撤銷、廢止而擅自舉行者。二、經許可之集會、遊行而有違反許可事項、許可限制事項者。三、利用第八條第一項各款集會、遊行，而有違反法令之行為者。四、有其他違反法令之行為者」。第二項規定：「前項制止、命令解散，該管主管機關得強制為之」。足以發現其違反比例原則與明確性原則甚明。

⁵²僅就第1款的命令解散事由，自「應經許可之集會、遊行未經許可或其許可經撤銷而擅自舉行者」，修正為「應經許可之集會、遊行未經許可或其許可經撤銷、廢止而擅自舉行者」。其餘事由均未修正。

首先，「警告、制止或命令解散」並無先後順序關係，換言之，主管機關即警察機關得任擇一處分，不論違反法令情節之輕重（例如參與集遊者有群毆行為，或其中有人隨地便溺，情節輕重天差地別），得逕選擇命令解散，其違反比例原則甚明。尤其與刑法第一百四十九條的公然聚眾不解散罪相較，後者必須「已受該管公務員解散命令三次以上，而不解散」，加上主觀要件尚須證明「意圖為強暴脅迫」，集遊法第二十九條之罪顯然容易成立，於是提供警察機關「規避」刑法主、客觀要件較嚴格的誘因，即使謂已達到架空刑法第一百四十九條規定之適用，亦不為過。至於第二項明定制止、命令解散得強制為之，顯係賦予作成處分機關—警察機關—強制執行權限，與行政執行法明定的直接強制或間接強制的比例規定有所扞格，且沒有「告戒」程序先行⁵³，其架空行政執行法，尤其關於比例原則意旨之規定甚明。且此等所謂違法集會遊行，尤其第一款，只是單純未經許可或違反許可事項，或其他違反法令行為，根本未能證明有「犯罪、危害之發生或急迫危險」，因而更非所謂警察權力的即時強制可比⁵⁴。

⁵³行政執行法第二十七條：「（第一項）依法令或本於法令之行政處分，負有行為或不行為義務，經於處分書或另以書面限定相當期間履行，逾期仍不履行者，由執行機關依間接強制或直接強制方法執行之。（第二項）前項文書，應載明不依限履行時將予強制執行之意旨」。

⁵⁴行政執行法第36條第1項：「行政機關為阻止犯罪、危害之發生或避免急迫危險，而有即時處置之必要時，得為即時強制」。

其次是法律明確性原則的違反。本罪第三款「利用第八條第一項各款集會、遊行，而有違反法令之行為者」、第四款「有其他違反法令之行為者」。以「（其他）違反法令之行為」為命令解散要件，緊接同法第二十九條的命令解散而不從的刑罰效果，進一步違反罪刑明確性原則。此處「違反法令之行為」之意義不僅空泛，更難以所謂「概括條款」理解，因為不論本條其他各款或本法其他條文，並無任何例示之事由，足以判斷所謂違反法令之行為的明確範圍。即使依據釋字第四三二號解釋以降各號解釋⁵⁵所建立的三項標準：1. 其意義非難以理解；2. 且為受規範者所得預見；3. 並可經由司法審查加以確認。也難以具體明確。

在刑事法律領域，法律明確性原則的具體要求就是罪刑明確性原則或刑罰明確性原則，這也是罪刑法定原則所衍生的重要原則。所謂罪刑明確原則，要求法律規定犯罪的構成要件及法律效果，其各個構成要件的意思及所規定的刑罰，必須有最低限度的明確性⁵⁶。大法官在釋字第四九一號解釋及第五二二號解釋即以此作為違憲審查標準，尤其釋字第五二二號解釋謂：「刑罰法規關係人民生命、自由及

⁵⁵ 至少有 18 件解釋，分別為釋字第 432、491、521、522、524、545、573、577、585、594、602、617、635、636、659、669、672、680 號解釋。

⁵⁶ 關於罪刑明確性原則，請參見林山田，刑法通論上冊，9 版，77 頁以下；黃榮堅，基礎刑法學（上），2006 年 3 版，102 頁以下。

財產權益至鉅，自應依循罪刑法定主義，以制定法律之方式為之，如法律授權主管機關發布命令為補充規定時，須自授權之法律規定中得預見其行為之可罰，方符刑罰明確性原則」。釋字第680號解釋再次重申五二二號解釋意旨謂：「立法機關以委任立法之方式，授權行政機關發布命令，以為法律之補充，雖為憲法所許，惟其授權之目的、內容及範圍應具體明確。至於授權條款之明確程度，則應與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響相稱。刑罰法規關係人民生命、自由及財產權益至鉅，自應依循罪刑法定原則，以制定法律之方式規定之。法律授權主管機關發布命令為補充規定時，須自授權之法律規定中得預見其行為之可罰，其授權始為明確，方符刑罰明確性原則（本院釋字第五二二號解釋參照）。其由授權之母法整體觀察，已足使人民預見行為有受處罰之可能，即與得預見行為可罰之意旨無違，不以確信其行為之可罰為必要」⁵⁷。

⁵⁷ 許宗力、謝在全兩位大法官於釋字第680號解釋共同協同意見書中的註釋中進一步指出：縱於立法者自行訂定刑法的情況，刑法雖要求最高度法律明確性原則，對構成要件概念應明確的要求，仍然只須使受規範者合理認知絕大多數將受處罰的行為的範圍即為已足，而不強求到能一一認定個別行為可罰與否的精準程度。如果連立法者自為訂定法律的明確性都不是絕對精準的明確性，常須透過解釋才能進一步確認可罰行為的具體範圍，那麼授權明確中所謂預見行為可罰，自然是更為低度的知悉。

警察機關命令解散時，常以「行為違反法令」為由舉牌，但是違反如何之法令？違反的程度？均從未有具體說明，集會遊行的民眾自然更無從預見其行為違反之法令何在，而難以有所因應。其又拒不解散時，即面臨強制解散與「首謀者」⁵⁸的刑事追訴處罰。

從而，此處唯一能夠具體明確的「違反法令」行為，大概就是集會遊行「未經許可」（或超出許可範圍）。然而以未經許可或超出許可範圍作為命令解散的事由，毋寧是第二十五條第一、二款之事由。而且這才是本罪更「致命」的違憲關鍵。

（二）對和平集會處以刑事處罰違反比例原則

集會遊行法第二十五條第一項第一、二款規定主管機關命令解散的事由：「應經許可之集會、遊行未經許可或其許可經撤銷而擅自舉行者」、「經許可之集會、遊行，而有違反許可事項、許可限制事項者」。第一款後段及第二款就是「廣義的未經許可」。足見單純的「未經許可」即構成「命令解散」之事由，命令解散而不解散，而繼續舉行不遵從制止，就構成刑罰制裁。

單純未經許可的集會遊行原則上仍是和平的集會遊行，其所違反的僅是行政上的管制規定，並未具體侵害他人法益。相較於刑法第一

⁵⁸ 此處的「首謀」其實又是一起違反法明確性原則的實例，換言之就是連處罰主體都不明確，因而給予警察機關一個「過於廣泛的選擇處罰對象」的裁量權。

百四十九條的公然聚眾不解散罪⁵⁹，對於首謀或在場助勢者處以刑罰的要件必須其等主觀上有「意圖為強暴脅迫」犯意，集遊法第二十九條之罪顯然容易成立。如果行為人已經施以強暴脅迫，則依刑法第一百五十條處罰：「公然聚眾，施強暴脅迫者，在場助勢之人，處一年以下有期徒刑，拘役或三百元以下罰金。首謀及下手實施強暴脅迫者，處六月以上五年以下有期徒刑」。不論刑法第一百四十九條或第一百五十條，均屬妨害公共秩序罪章之罪，雖觀其構成要件並無明文規定須有「妨害秩序」之故意，惟最高法院判例向將此列為不成文之構成要件要素，以第一百五十條為例，認為：「刑法第一百五十條既屬妨害秩序之一種犯罪，則在實施強暴脅迫之人，自須具有妨害秩序之故意，始與該條之罪質相符（最高法院二十八年上字第三四二八號判例、三十一年上字第一五一三號判例意旨參見）。最高法院三十一年上字第一五一三三號判例甚至認為此屬「意圖」之故意，而認為：「如公然聚眾施強暴脅迫，其【目的】係在另犯他罪，並非【意圖妨害秩序】，除應成立其他相當罪名外，不能論以妨害秩序罪」。而最高法院二十八年上字第三四二八號判例，為明確上述認識「妨害秩序」之範圍，尚以「限於對不特定人」實施強暴脅迫始屬之，而認為：「如實施強暴脅迫，僅係對於特定之某人或其家族為之，縱令此種行為足

⁵⁹ 條文規定請參見(註 51)。

以影響於地方上之公共秩序，仍以缺乏主觀的犯意，不能論以上述罪名」。因而刑法第一百五十條之聚眾強脅罪，須具備「公然聚眾」、「有強暴、脅迫之行為」，及「有危害（地方安寧）秩序之認識」三要件；第一百四十九條則是本罪的預備犯或抽象危險犯規定。

且按公然聚眾固係指由首謀者聚合不特定之多數人，隨時可以增加之謂，而參與之行為人主觀上必須具備「認識多眾集合結果，可得藉合同力實施強暴脅迫，且有決心參與其行為之意思」及「其行為有妨害秩序之認識」始足當之。最高法院九十年台上字第三九六三號判決意旨參見。又因為刑法第一百五十條後段將「首謀」及「下手實施強暴脅迫」者併列，因而最高法院八十六年台上字第一二九一號判決認為：「刑法第一百五十條後段之罪（指下手實施強暴脅迫罪），須以首謀為前提」。足見行為人於具體案例中要構成第一百四十九條或第一百五十條，依實務所附加之諸多前提及限制，殊非易事。所以如此，想係因「公然聚眾」之客觀情狀行為，本即憲法保障人民之集會自由權，二者具有相當之緊張關係，而後者既為憲法保障之基本權，則如構成刑罰制裁之本條行為，自應另有「意圖為強暴脅迫」或進而有「強暴、脅迫之行為及故意」，且尚須有意圖「有危害（地方安寧）」

秩序之認識」之故意，三者構成要件要素均具備，始足以構成刑事處罰⁶⁰。

集遊法第二十九條之罪顯然容易成立，因為不用證明行為人有上述「意圖為強暴脅迫」之主觀犯意，只要是未經許可集會遊行且經警察命令解散而不從即可，即使是和平無暴力的集會遊行。

國家選擇以刑罰權力對待人民，固然就刑罰的「最後手段性」而言，當屬對於人民基本權侵害最為嚴苛之手段，很難通過比例原則所要求的「侵害最小原則」。正如許玉秀大法官於釋字第五九四號解釋之部分協同意見書所言：「刑罰規範皆涉及人民各種行為自由的限制，且進而以剝奪或限制人身自由，乃至剝奪生命權，作為制裁手段，所適用的合憲審查標準或審查階層，理應與非以剝奪或限制人身自由為法律效果的其他法律規範有別」。因而許玉秀大法官亦不諱言的指出：「對刑法的制裁規範，顯然無法採取嚴格的審查標準，因為舉凡剝奪人身自由及生命權的刑罰規定，皆將無法通過最小侵害程度的審查，而無合憲餘地。既然對制裁規範顯然不能採取嚴格的審查標準，則剝奪或嚴重限制基本權的刑罰規範，豈不是反而只能採取低密度或中密度的審查標準？一旦對刑罰規範採取低密度或中密度的審查標準，憲法控制刑罰規範的機能或者喪失殆盡，或者僅能在刑度高低的

⁶⁰ 尚可參見臺灣桃園地方法院 94 年度囑訴字第 3 號判決意旨。

狹隘範圍內，保留一點憲法的控制機能，如此一來，將完全不符合規範合憲審查的基本原則」等語。

無怪乎大法官自釋字第四四五號解釋以來，對於刑罰規範之審查，作出違憲解釋之案例，微乎其微。聲請人以為，比例原則的審查標準運用於「刑罰規範」及「非刑罰規範」之審查時，或應有不同的操作及判斷模式，否則以傳統比例原則之審查標準，恐僅能任諸立法形成自由，甚難得出刑罰規範違憲之結論。即使晚近的釋字第六四六號解釋，針對電子遊戲場業管理條例第二十二條，以刑罰手段處罰僅未為營利事業登記而營業的電子遊戲場規定的合憲性，看似依循比例原則檢驗，開宗明義更提及最後手段原則，承認遵循最後手段原則的刑事立法，在一切規範中，應該受最嚴格的審查。然而卻又認為是否採取刑罰制裁手段，所應考慮的社會環境、犯罪現象、群眾心理與犯罪理論等因素，立法者較有體察與判斷的能力，所以應該尊重立法者的決定，也就是採取寬鬆審查標準。如此態度形同架空比例原則，無怪乎許玉秀大法官要於不同意見書中批評：此種矛盾論述，來自於面對刑罰規範搖擺不定的審查態度，搖擺不定的審查態度，則可能來自於對刑罰或者是盲目的、或者是不負責任的迷信⁶¹。

⁶¹ 釋字第 646 號解釋許玉秀大法官不同意見書。

就此而言，大法官於釋字第五九四號解釋理由書，已有別於以往比例原則操作的模式出現，大法官固然先重申釋字第四七六號、第五五一號解釋所謂「人民身體之自由與財產權應予保障，固為憲法第八條、第十五條所明定；惟國家以法律明確規定犯罪之構成要件與法律效果，對於特定具社會侵害性之行為施以刑罰制裁而限制人民之身體自由或財產權者，倘與憲法第二十三條規定之意旨無違，即難謂其牴觸憲法第八條及第十五條之規定」。惟「迴避」侵害最小原則（必要性）之標準，先肯定（修正前）商標法第七十七條為實現上開憲法所保障之財產權及公共利益之目的，制定刑罰「旨在保護他人註冊之商標或標章權，並避免一般消費者對商品或服務之來源、品質發生混淆誤認致權益受有損害，其目的洵屬正當」、「且本件立法機關衡酌商標或標章權之侵害，對於人民財產權、消費者利益、公平競爭之經濟秩序及工商企業發展危害甚鉅，乃對意圖欺騙他人之行為施以刑罰制裁；又考量法益受侵害之程度及態樣，而選擇限制財產或人身自由之刑罰手段，以補充刑法第二百五十三條偽造仿造商標商號罪適用上之不足，尚未逾越必要之範圍，並未牴觸憲法第二十三條規定，與憲法第八條、第十五條保障人民身體自由及財產權之意旨，尚無違背」。

至於對於刑罰規範的違憲審查標準，大法官雖然不再提「侵害最小原則」，惟應該以如何的標準內化或取代之。聲請人以為，許玉秀

大法官於釋字第五九四號解釋之部分協同意見書，以及另撰專文⁶²所提出的「二階層」(應罰性與需罰性)、「二階段」(行為規範與制裁規範)及「法益雙重審查」(行為規範獨立為目的審查、制裁規範為目的與手段審查)標準，足為參考。簡言之，刑罰手段不可能是侵害最小的手段，甚麼樣的公共利益可以與人身自由，乃至個人生命相比，如果所謂「刑罰最後手段原則」的審查祇是虛有其表，又難以為剝奪生命及人身自由是侵害最小的手段辯解，正如許玉秀大法官所強調的「顯然刑罰規範的違憲審查必須集中在目的審查，所謂的目的審查也就是對法益的審查」⁶³。

換言之，二階層的審查，即分別審查應罰性(*Strafwürdigkeit*)與需罰性(*Strafbedürftigkeit*)。具有應罰性的行為，方具有犯罪適格，而行為的應罰性，取決於該行為是否侵害刑罰所要保護的法益而具有社會侵害性；對於具備刑罰應罰性的行為，是否必須採取刑罰手段予以制裁，則取決於需罰性的判斷，需罰性所考量的是刑罰對應不法的必要性。換言之，訂定刑罰規範時，應該斟酌規範客體的應罰性與需罰性，則對於刑罰規範進行合憲審查時，亦不應脫離這個二階層

⁶² 詳細內容請參見許玉秀大法官，刑罰規範的違憲審查標準，收錄於「民主、人權、正義－蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集」，2005年9月，元照出版公司，初版，365頁以下。

⁶³ 同上註，407頁。

的檢驗程序⁶⁴。而「二階段及法益雙重審查」(行為規範獨立為目的審查；制裁規範為目的與手段審查)，其中第一階段之「行為規範」(即要求人民為特定行為或禁止為特定行為)得單獨為法益審查，就是刑法法益必須具備憲法所核可的法益位階，方能通過合憲審查；第二個階段對於「制裁規範」(即規定以刑罰為制裁手段、刑罰之種類及法定刑之高低)的審查，即比例原則的審查，就目的與手段審查，尤其應該依「最後手段原則」及「罪罰(刑)相當原則」審查，以一般預防目的及所保護法益的重要性，檢驗刑罰手段的必要性與有效性，以及刑罰種類與刑罰高度的適當性。

應罰性的目的審查就是法益審查，法益總是藉由行為的危險和實害而呈現，沒有犯罪行為所造成的損害，不容易看到刑罰規範所要保護的法益，換言之，法益要藉由損害予以定義⁶⁵。集會遊行法第一條第一項立法目的規定(為保障人民集會、遊行之自由，維持社會秩序，特制定本法)，即突顯立法者疑懼集會遊行會影響社會秩序的立場，較為具體的法益侵害只得參照釋字第四四五號解釋的說明：「按集會、遊行有室內、室外之分，其中室外集會、遊行對於他人之生活安寧與安全、交通秩序、居家品質或環境衛生難免有不良影響。國家為防止妨礙他人自由、維持社會秩序或公共利益，自得制定法律為必要

⁶⁴ 參見釋字第 594 號解釋許玉秀大法官部分不同意見書。

⁶⁵ 釋字第 646 號解釋許玉秀大法官不同意見書。

之限制」⁶⁶。惟未經許可的集會遊行可能只有三、五人的舉牌繞行，即使是本件原因案件不到百人於空曠停車場上的和平集會，根本連交通秩序的危害都構不著，更別說有任何妨害他人自由之危險或實害。

能合理說明的就是「抽象危險犯」的想法，立法者認為未經許可的集會遊行如容任繼續即可能發生上述社會、交通秩序，甚或他人自由之危害。但是設計抽象危險犯，並不是在危險還小時提前防備的意思，而是因為行為已經顯現某種非防堵不可的典型危險，也就是已經有明顯的危險結果⁶⁷。這也是釋字第四四五號解釋認為修正前集會遊行法第十一條第二款「危害國家安全、社會秩序或公共利益均為概括條款，有欠具體明確，委諸主管之警察機關，於短期間內判斷有此事實足認有妨害上開法益之虞，由於室外集會、遊行難免對他人之自由、社會秩序或公共利益有不利影響，主管機關對此尚未達到明顯而立即危險之事實若為實質審查，僅憑將來有發生之可能，即以之為準否之依據，易生干預人民集會自由之情事，與集會遊行法第十一條限制主管機關裁量權之立法意旨亦有未符。是本款規定列為事前審查之許可要件，即係侵害憲法所保障集會自由之權利」之原因。

已成為國內法的公民與政治權利國際公約第二十一條規定：「和

⁶⁶ 釋字第 445 號解釋雖然接著說：「其規範之內容仍應衡量表現自由與其所影響社會法益之價值，決定限制之幅度，以適當之方法，擇其干預最小者為之」等語。但是卻容許侵害最烈的事前許可制合憲，置干預最小的報備制，甚至任意報備制於不顧，足見所謂的最小侵害原則

⁶⁷ 同(註 65)。

平集會之權利，應予確認。除依法律之規定，且為民主社會維護國家安全或公共安寧、公共衛生或風化、或保障他人權利自由所必要者外，不得限制此種權利之行使」。明明僅是未經許可的集會，即使言詞喧囂、行為激烈，本來就是少數及弱勢異議者僅有的發聲方式，只要不涉暴力，沒有明顯而立即危險，就不能提前至未經許可即加以處罰。換言之，集會遊行是人民正當權利，尤其不可或缺的參政權之行使，「事後變質的非和平集會」不等於「事前未經許可的集會」，所以「找不到典型風險的抽象危險犯構成要件，就是找不到受保護法益的抽象危險犯構成要件，這樣的犯罪構成要件，欠缺憲法上正當的規範目的」⁶⁸。如果將未經許可的集會擬制（甚至視為）有「意圖為強暴脅迫」犯意或危險，不僅架空刑法第一百四十九條之罪之適用，且其後若真有「施強暴脅迫」，尚依刑法第一百五十條之罪處罰，如此豈非遭到雙重處罰！如果只是未經許可，仍屬和平集會，更無妨害公共秩序或危害他人之危險，卻以形同刑法妨害秩序罪相繩，既欠缺需要保護的法益，不就是入人於罪？而顯然欠缺處罰目的。至於藉由憲法第八條限制人身自由的手段，目的如果僅在於求取行政管理效率，或為減輕追訴機關刑事舉證負擔，那麼採取刑罰手段自然欠缺憲法上的正當性⁶⁹。

⁶⁸ 同上註。

⁶⁹ 同上註。

至於手段審查即審查需罰性部分。其實課予召集人、主辦者有解散之義務或科以行政罰鍰，加上強制執行之規定，仍足有效處罰未經許可者（但聲請人仍須強調事前許可是違憲的）。集遊法第二十九條對首謀者的刑事處罰最重有期徒刑二年，最輕也是自由刑之拘役刑，檢察官有不准易科罰金的權力，如此全面地限制人身自由，是對人格的全盤否定，受刑事制裁的對象，一旦失去身體自由，人生的所有活動都必須停擺，因為人格正受到全面的改造。單單未經許可的和平集會，卻受到如此身體自由的限制，顯然已經逾越必要的程度，與比例原則不符。

此外，即使是經過許可的合法集會，尤其是表達「政治性言論」或對於公共事務的辯論，難以期待其「內容」及「方式」溫順，其過程中的言論表現必然激烈，對當權異議或抗爭者的集會遊行不可能是自強活動或嘉年華，其偏激或刺耳可想而知，須知「有力的表達未必是文雅」的。然而集會遊行法第三十條卻規定：「集會、遊行時，以文字、圖畫、演說或他法，侮辱、誹謗公署、依法執行職務之公務員或他人者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣六萬元以下罰金」。首先，其刑罰效果相較刑法第三百零九條以下的（加重）公然侮辱、誹謗罪，及刑法第一百四十條的侮辱公務員及公署罪均重，且並無似刑法第三百十一條的不罰事由，尤其是參與集遊者竟然不能

因為基於善意的「合理評論」而免責，此項刑罰規定無疑侵害參與抗爭者「暢所欲言」的權利，更是要求抗爭之人民於事前申請許可及事後集遊進行中，必須卑微（至少表面必須卑微）的低頭，不得有「頂撞」公署、公務員，或欲抗爭對象私人之行為。明顯侵害集會遊行與言論自由的刑罰規定，同樣難以通過上述比例原則的檢驗而違憲。本條雖不屬本案應適用之法律，惟仍與事前許可及事中刑事處罰效果具重要關聯性，請大法官一併宣告其違憲。

五、釋字第四四五號解釋有補充或更正之必要

大法官習以系爭法律，「業經本院釋字第某某號解釋闡釋甚為明確，尚無文字晦澀或論證遺漏之情形」，而認為無補充解釋之必要。

惟前已提及，具國內法效力之「公民與政治權利國際公約」第二十一條規定：「和平集會之權利，應予確認。除依法律之規定，且為民主社會維護國家安全或公共安寧、公共衛生或風化、或保障他人權利自由所必要者外，不得限制此種權利之行使」。

歐洲安全及合作組織（Organization for Security and Cooperation in Europe，簡稱OSCE）所設置之「民主制度及人權辦公室」（OSCE OFFICE for Democratic Institutions and Human Right，ODIHR）於西元二〇〇七年制定「關於和平集會自由之方針」

(Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly)⁷⁰，該方針之 Procedural Issues 及 Interpretative Notes 中，即明白指出，對於特定事件、其他集會或意見表達，而進行和平、立即（自發地）回應，屬於集會自由中不可或缺之要素，故政府應使自發性集會易於進行並應予保護，而集會者事實上不可能於事前通知時，法律應明確提供得不事先通知之例外；甚且如對於未遵守事前通知之規定有正當理由者，即不應對之課以責任或制裁等語甚明⁷¹。

上述「關於和平集會自由之方針」，進一步詳細闡述：政府要求進行集會遊行者事前通知之管制措施，正當化之理由係基於國家可採取促進集會自由之必要措施、維護公共利益、公眾安全及保護他人權利等目的，而要求集會者有事前通知義務並不違背公民及政治權利國際公約第二十一條之規定，惟通知之程序不應繁瑣而官僚，且個人示威者不應被要求事先向政府告知其示威意圖，而如有其他人加入個人示威者的活動，應被視為是自發性的集會；又立法機關可以決定是否制訂事前通知之例外規定，例如一定人數以下的小型集會可免於事先

⁷⁰ 「Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly」於歐洲安全及合作組織網站下載，網址為：<http://www.osce.org/item/23835.html>。轉引自臺灣臺北地方法院刑事第十八庭法官陳思帆審理該院 99 年度易字第 1707 號被告李明璵違反集會遊行法案件釋憲聲請書，11 頁。

⁷¹ Section B. Interpretative Notes, Spontaneous assemblies (§97-98)，轉引自同上註。

通知之義務，惟此種例外絕不能有歧視之效果，並應係針對集會之類型某，而非對組織者之類型為區分⁷²。

又有關事先通知之規定應為要求「通知意向」，而非「請求許可」。該方針之立場為鼓勵法律制度採取「事前通知」而非「許可」制度，並舉喬治亞共和國為例，說明部分國家之司法實務已有宣告要求事前許可之規定違憲之實例。而即使採取許可制度，該許可制度必須依據法律明確規定之標準核發許可，且該標準應限於考慮時間，地點和方式，不應係基於內容的管制，又如政府未於一定時間內回應集會之申請，應即視為已獲得進行集會之授權等語甚明⁷³。

固然釋字第四四五號解釋曾經就事前許可制作成合憲解釋在案，惟距今已十餘年，時空環境歷經兩次政黨輪替，且當時公民與政治權利國際公約不具內國法效力，釋字第四四五號解釋顯然並未考慮對於和平集會之保障及侵害，尤其是事前許可制及事後刑罰制裁效果，均可能限制，甚或剝奪和平集會權利。解釋文字雖尚無「晦澀」難以理解之情，惟明顯有論證遺漏部分。例如竟忽視第八條本身就歧視集會遊行的違反平等原則之情；對公共公物的一般使用法理的違

⁷² 同上註，13頁

⁷³ Section B. Interpretative Notes, Advance notification (§ 91-94), Notification, not authorization (§ 95-96), Other exception from the notification process (§ 99).，轉引自同上註，14頁。

反；對刑事處罰（不只第二十九條，包括第三十條）的比例原則的檢驗等。自有重新或補充、變更解釋之必要！

六、系爭法律有重要關聯性且無合憲解釋之可能

合憲解釋原則係指法律之解釋，若有多種可能性，只要其中存在有一種合憲解釋結果之可能，即應以之為解釋之結論，避免選取其他可能導致違憲宣告之解釋方式，以免對法秩序產生不穩定之影響。

事前許可制連結事後刑事制裁，未經許可經命令解散而不從，即使是和平集會，仍受刑事處罰。本案就是典型的未經許可的集會遊行，甚且主管機關形式上係以「地點」為理由而一再否准申請，實質上有侵害行為人言論內容之嫌。聲請人質疑的核心問題即在事前許可制，包括第八條本身的例外規定，以及刑事處罰的合憲性，因而不僅與原因案件有重要關聯性，且系爭法律均無合憲解釋之空間，而有聲請解釋之必要。

肆、結論

綜上所述，聲請人形成違憲之確信，認為集會遊行法採事前抑制的許可制，侵害集會自由、言論自由與表現自由，即使在所謂雙軌制下，僅是對於集會自由的「時間、地點及方式」的許可，仍因為無法避免涉及事前檢查言論的內容而違憲。至於系爭法律第八條本身特設例外無須許可之特殊活動，對比原則上均須許可之集會遊行，明顯歧

視後者的言論內容，尤其更具價值的政治性、公益性言論，嚴重違反憲法第七條所宣示之平等原則。

而許可制形同將人民利用道路，溝通交流意見的「交通行為」一般使用，誤為特別使用，而與公共用物的一般使用無須許可之法理有悖，違反事物本質。

系爭法律第二十五條對於和平集會，只因未經許可，即構成命令解散事由，不用證明有明顯立即之危險，違反比例原則；而所謂「違背法令行為」之命令解散事由，亦因違反法明確性而違憲。同法第二十九條、第三十條進而賦予刑罰效果，違反公民與政治權利國際公約第二十一條保障和平集會之規定，而違平等原則與比例原則。爰請宣告系爭條文違憲且立即失效。

此 致

司 法 院

聲請人 臺灣桃園地方法院刑事第六庭

審判長法 官 錢建榮

法 官 游智樑

法 官 黃翊哲

中 華 民 國 100 年 9 月 6 日

【後記】

民國一百年耶誕節前夕，聲請合議庭審判長錢法官（以下仍以第一人稱方式）想起去年幼稚園校長的「惶恐」，心想今年的耶誕晚會如果又有室外的活動，會否會重演去年的場景，校長會去警察局事先申請許可嗎？

再者，年底適逢總統大選，馬英九總統競選連任，「不巧」（或者說是很巧）發現原來早在 2008 年，馬英九參選總統的競選政見就主張「集會遊行改採報備制，把街頭還給人民」之人權政策（如附件二）。

「把街頭還給人民」！多麼響亮又令人動容的口號！於是我決定觀察，看看一百年幼稚園的耶誕晚會，也看看總統如何面對他延宕四年的人權政策的指責。

一個校方早習以為常，認為再正常不過的耶誕晚會活動，在眾人期盼中展開了。這次門口聚集的家長及小朋友更多，絕對超過一百人，大家一齊高唱慶典歌曲，一齊觀看校方精心準備的煙火。我卻心不在焉，很想知道這次警察是否會來、何時會來？難道校長這次真的去申請許可了嗎？

果然照例，又來了一輛警車，這次停在更遠的地方，同樣下來了兩位警察，同樣找來校長說明，應該說是校長主動前往說明，只是校長這次找了位男老師陪同在旁（壯膽？）。某位與我同樣是家長的檢

察官，不解的看著遠方校長接受詢問的場景，我告訴檢察官家長，顯然校長沒有申請許可，所以惹得警察又來了，因為去年警察也有來。我並開玩笑說，校長是未經許可的非法集會「首謀」，檢方是否要命警察執行逮捕？當然這必須警察先很不識相的命令解散。檢察官家長也開玩笑的說：最好警察敢。

警察離開了，校長知道我的好奇，主動告訴我，警察交待不要拖得太晚，趕緊解散（這次的「集會」時間確實比去年來得晚）。我這次向校長開玩笑說，申請許可就必須註明集會結束時間，超過了反而變成非法集會，還不如不要申請，時間反而沒有限制，不過警察自始就可以命令解散，除非警察願意認定我們是在舉行慶典吧（？）因為未經許可，校長可是要背上「首謀」的罪名，不然就先找好負責籌劃的老師，當警察找首謀時，可以給他們一個人名。校長顯然比去年有經驗，也比較釋懷了，她只是一再自嘲地說，原來她是現行犯，原來警察可以逮捕她。

我其實很想請教校長：如果下次警察來舉牌，上面寫著「行為違法，命令解散」，校長會如何處理？不過我猜校長會這樣回答：家長中有這麼多法官、檢察官，說我們是違法集會，我反而很想看警察會如何處理。

馬英九總統當選連任了，果然集會遊行法有無改採報備制，根本沒有太多人關心，因為這不會影響選情，但是人民卻不知道他們能夠對抗國家權力行使的最大、最具影響力的方式，就是集會遊行，而且不應該像競選期間，由政黨忙著派人去向道路或場地主管機關排隊申請「路權」，因為路權本來就是人民的。利用道路及公共場所「交通」是天經地義的一般使用，是符合事物本質的，更是參政權最重要的表現。

但是人民顯然不在乎這個已跳票四年的人權政見，「街頭仍然是國家的」，沒有還給人民。想要上街頭抗議政見跳票嗎？先來向國家申請許可，取得「路權」再說吧！（101年3月31日）

【關係文件之名稱及件數】

【附件一】 停止審理裁定書

【附件二】 馬英九、蕭萬長人權政策（2008年）