司法院大法官書記處（書函）

保存年限

檔號

速別

密等

解密條件

公佈後解密

附件抽存後解密

年月日自動解密

受文者

行文單位

正本：生 高○炎、陳○男、張○修先

副本：

發文

日期：中華民國捌拾肆年[illegible]月[illegible]日 發文

字號：㈣處大二字第 號

附件：如文

批示：

擬辦：

主旨：請於文到十日內，提出合於程式之聲請書，以符法定要件。

說明：

一、依司法院大法官審理案件法第八條第一項規定，聲請解釋案件，應以聲請書敘明

左列事項：

㈠聲請解釋憲法之目的。

㈡疑義或爭議之性質與經過，及涉及之憲法條文。

㈢聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持立場與見解。

㈣關於文件之名稱及件數。

二、台端八十四年七月一日聲請書未依前開規定，敘明第㈠、㈡、㈢、㈣款事項，不合法定程式。

三、檢附空白聲請書、參考程式及說明，請參照，並請依限辦理。

司法院大法官書記處

司法院大法官書記處收文
84年9月20日
會台字第5259-1號

書寫本聲請書時請參照「聲請書程式」

解釋憲法

~~統一解釋法律或命令~~

聲請人民

聲請書（法人聲請專用）

政黨

聲請人 法定代理人 代表人 或代理人	（姓名及身分證統一編號，如係法人團體或政黨請記明其名稱代表人姓名。）
性別	出生年月日
職業	出生地
住居所、營業所、主事務所及電話號碼	送達代收人姓名住及電話

高○炎　陳○男　張○修

司法院 09/12
G8417682

茲依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款及第八條第二項之規定，聲請解釋憲法，並將有關事項統一解釋法律或命令，說明如左。

一、聲請人等因違反集會遊行法而被高等法院依集會遊行法二十九條之規定判處拘役三十日一案（見附件台灣高等法院刑事判決八十三年度上易字第五二七八號），以集會遊行法有關規定違反憲法第十四條保障人民之集會自由，謹依司法院大法官會議法第四條一項二款之規定，聲請大法官會議就集會遊行法有關規定解釋其是否違憲。

二、聲請人張○修於一九九三年十月四日向台北市政府警察局申請於一九九三年十月九日十時至十四時，由台北縣忠孝橋沿台北市忠孝西路、承德路、長安西路遊行至台北市政府，抗議市政府違法傾倒廢土。台北市政府警察局以未於六日前向主管機關申請，而核定不准舉行。張○修乃與林○修商量將遊行改為定點請願，並約定於十月九日十一時三十分在市政府會面。不意，林○修與聲請人高○炎、聲請人陳○男、陳○真等乘坐汽車欲至市政府前請願時，卻於忠孝橋遭台北市政府警察局舉牌命令解散，並於沿途設置路障阻礙請願車輛前進。事後，

№ 000352

前述五人被台北地方法院士林分院檢察署以違反集會遊行法為由提起公訴（起訴案號：八十二年度偵字第一一〇一九號），並被士林分院判決有罪（判決案號：八十三年度易字第四二一號）。其後，聲請人等三人對第一審判決提起上訴，而仍被台灣高等法院依集會遊行法二十九條之規定判處罪刑確定（判決案號：八十三年度上易字第五二七八號）。

三、聲請釋憲之理由及聲請人對本案所持之立場與見解：

（一）集會遊行權在憲法上之性質：前國家之權利與應受國家保障之受益權—

憲法第十四條規定：「人民有集會及結社之自由」，憲法第十一條亦規定：「人民有言論、講學、著作及出版之自由」。此兩條條文之規定，已明白表示憲法保障人民的表現自由。表現自由是獲取知識、資訊之手段，也是為了發現真理所不可獲缺之前提。經由表現自由之保障，個人可不斷追究真理，更可不斷發展自我、實現自我。而且，在民主政治之國度裏，所有國民皆有參與政治意思決定之權利，為使個人之意見、主張能表達於政治意思決定過程，表現自由更是不可欠缺之手段，甚至可說是民主政治最重要之基

礎、是民主政治存續與發展的必備條件。因此，表現自由在憲法學上被稱為是「前國家之權利」，亦即是國家形成之前即已存在之權利。憲法為國家法體系之最高規範，亦是人民為形成國家所簽訂之共同契約，而契約簽訂之目的不外在確認人民具有先天不可侵犯之權利，並於契約中明定國家機構之統治原理，以明確規定國家機構所應遵循之軌範，使其不致逾越以致濫用公權力，侵害人民所應享有之基本權利。所謂表現自由，正是此種先天不可侵犯用以排除國家公權力侵害之基本人權。尤其，集會遊行在表現自由當中，更有其重要之意義：蓋講學、著作、出版等自由，主要是以言語、文字等手法表達其思想、創意，其行使者大多為知識分子，相對地，同為表現自由的另一類型—集會自由，是以行動為主的表現自由，其目的在保障一般無法接近、掌握媒體言論管道之人，有公開表示意見之可能性，更在保障難以使用語言、文字等手段表達意見之人有表達意見之手段與空間，憲法所以於十一條之外，另將集會自由單獨類型化，而列於十四條之規定上，正彰顯集會遊行權利之重要性與特別性。

No 23915

集會遊行如從集團行動者的觀點來說，是為達到某種特別訴求，特別是為達成某種政治目的之意思表示手段，因此，參加者之集團，其內部意思之形成以及對外發表之機會，均為憲法所保障之自由，國家不應以公權力加以侵害。然集會遊行除具有消極排除國家公權力侵害之防禦功能外，更具有受益權之性格。在民主政治意見之形成上，集會遊行於性質上有別於「單純的一群人」，其意見係以超個人方式體現，並以集體形式保障人格發展。集體意見之參與者，係經由意見形成與意見表示之一致性企圖，發展共同感情，而參予於國家意見之中，因此，集會遊行已發展成「積極參予國家意思形成之參與權」，應受國家之保護，並且具有受益權之性格。

(二)集會遊行法之性質：以一般性、概括性方式並以不確定性概念賦予警察機關事前可抑制、禁止人民集會遊行之法規—

依據以上對集會遊行所述之理論來看，國內集會遊行法之許多規定顯然已違背憲法對集會遊行所為之保障。蓋集遊法就第二條所規定之「公共場所或公眾得自由出入之場所」

，採取許可制。此一規定實際上等於讓警察機關對在任何公眾場所舉辦之集會遊行，可行使許可權限。又第八條第一項規定不必申請許可者為（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似之活動；（三）宗教、民俗、婚喪、喜慶活動。此一規定基本上是正面表列，依此一規定，則上述以外的所有集會遊行活動皆須申請許可。因此，第八條第一項之規定實際上是一般性地禁止人民集會遊行。此種一般性、概括性對集會遊行權加以限制，已是賦予主管機關事前抑制、禁止人民集會遊行之權限。

事實上，對表現自由採取事前抑制與禁止，會產生如下之弊端：

（1）事前抑制會遮斷將表現傳達於各個人之機會；

（2）事前抑制比起刑事訴追有被過度濫用之可能性；

（3）事前抑制欠缺如同刑事手續之憲法上正當程序之保障；

（4）事前抑制過於抽象判斷；

No 123006

（5）事前抑制會給與資訊受領者不正當之影響；

（6）事前抑制將國家權力不當地擴大於個人領域上。

尤有甚者，集遊法於第十一條規定：「申請室外集會、遊行除有左列情事之一者外，應予許可：

一、違反第四條、第六條、第十條之規定者。

二、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。

三、有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞者。

四、同一時間、處所、路線已有他人申請並經許可者。

五、未經依法設立或經撤銷許可或命令解散之團體，以該團體名義申請者。

六、申請不合第九條規定者。」

由該規定來看，除因同一時地已有他人申請，亦即事實上無法併存舉行者之外（集會遊行法第十一條第四款），該規定賦予主管機關對於下述情事得不予許可，即有1、不

合形式上手續申請者，例如未經合法成立存在之團體以該團體名義申請者（集會遊行法第十一條第五款）、申請不具備第九條申請程式者（集會遊行法第十一條第六款）、集會遊行之負責人有第十條所指消極資格者（集會遊行法第十一條第一款）等，可不予許可；（2）在實質上，於「有事實足認有危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞者」（集會遊行法第十一條第二款）及「有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損害之虞者」（集會遊行法第十一條第三款）之情事下，可為許可與否之判斷。

顯然地，集遊法賦予主管機關可依不確定概念對集會遊行自由實行事前之抑制與禁止，結果，造成公權力可事前預先對蘊含於表現行為中之表現內容加以審查判斷，而就該審查判斷在現實上是否會對社會造成實質惡害卻絲毫不加斟酌，而造成表現之機會被壓抑，此不但使表現自由發生萎縮(Chilling)之效果，而且更會對表現自由造成致命之傷害。

（三）集會遊行法十一條一款、二款之法理謬誤—

No 23037

立法者在集遊法十一條一款與二款之規定上，顯然犯了重大錯誤。蓋所謂集會遊行對國家安全、社會秩序、公共利益、他人之生命、身體、自由或財產有危害者，係在事後發生時始能判斷，並得於事實發生之後加以處罰。美國憲法判例中對表現自由如產生「明白而且立即之危險」亦認為可加以處罰，但美國憲法判例上之此一理論，係將這個法理當做是判斷「對某種表現行為在事後加以處罰並禁止其表現的法律」是否合憲的判斷基準，並非將其當做是判斷「事前預先對某種表現行為加以禁止之法律」是否合憲的判斷基準。具體來說，例如某種表現行為含有任何人無法否定之惡害（例如Holmes大法官於一九一一年Schenck判決中所舉於客滿戲院中偽稱火災）時，必須以比較衡量「自由表現對社會較有利益呢？或者以處罰該表現而予以禁止對社會較有利益呢？」來判斷表現行為與危險之接近性、明白性。因此，「明白而且立即之危險原則」成為事後處罰表現行為之法律是否合憲之判斷基準之一，但絕不是判斷「事前預先對某種表現行為加以禁止」之法律是否合憲的判斷基準。

但集遊法十一條一款、二款實際上卻以比「明白而立即危險原則」更抽象的不確定概念賦予主管機關事前禁止某種表現行為，更可於事後依有關條文加以處罰。行政機關以不同於司法程序之行政程序判斷是否給予許可，且將抽象之不確定概念當做是許可基準，這是絕對不被允許的，因它對該表現行為之惡害在未發表以前，即因行政機關單方面禁止，而發生直接且單方面的禁止效果。

(四)報備義務可調整集會遊行參與人與第三者間之權利衝突—

集會遊行雖為人民之基本權利之一，然不可否認地，由於集會遊行等集團行動所佔據而使用之道路或公共場所，同時，亦係供一般公眾使用之公共場所，如果從不參加該集團行動之第三者來看，或多或少會感到不便或受交通妨害，而第三者之自由也係受憲法所保障，此時即有調整這兩者自由之必要。然而要調整兩者間之自由，實際上國家可依其他方式達成，例如經由負責人報備，使警察機關得預為綢繆，以避免參與集會者之利益與第三者之安全利益，發生不必要之衝突，並視情況採取安全與合秩序之措施（例如交

No 23068

通管制），如此即可一方面確保集會遊行儘可能順利進行，一方面排除公共安全與秩序之滋擾，或將之減至最小程度。

（五）集會遊行法二十五條、二十九條之違憲性－

從以上所述來看，行政權檢閱表現自由是絕對禁止，行政權對表現內容自不得事前予以審查，而對表現之時、地（場所）、方法（方式）等如欲加以規制，亦不得給與行政權許可與否之裁量，單純報備制已可調整集會遊行參與者與第三者之權利衝突。即使欲採取有許可與否權限之法制者，對於許可與否之基準則應以法律明確規定之，此明確之基準比起事後抑制之法令所要求之明確性基準應更加嚴格，亦即應使之達於無裁量餘地之程度，即對表現之外觀僅能予以劃一之判斷，故所謂許可應意味著毫無自由裁量餘地之准許行為，如此，行政機關才不會濫權對表現自由發揮事前檢閱，事前抑制之作用，而妨害表現自由。就如同出版自由，得於事後因其違法而加以處罰，但絕不得於事前檢閱、抑制。

由於集會遊行法之自由是先於國家前即存在之自由，因此，國家不得行使事前之抑制與禁止，縱有調整與第三者間之自由之必要，採取報備已是充足。而集會遊行行動開始前之申報義務，從行政法學觀點來看，僅是一種通知行為，警察機關僅有受理而無拒絕之權限，人民一經申報，即當然可以行動。因此，縱無申報而為集會遊行，此不過違反行政法上之申報義務，頂多僅受行政罰。未申報而為集會遊行，本身係在行使憲法所保障之表現自由，本身並無何實質惡害或對社會造成危害，如科予刑罰之處罰，已明顯是禁止人民集會遊行，而且基本上是以事前許可為前提，只有在主管機關許可時方予以解禁，違種以許可制為前提所設的刑罰規定當然違憲。集會遊行法規定：未經許可或許可經撤銷而擅自舉行者，或違反許可事項許可限制者等，警察當局得命令其解散，不遵行解散命令仍繼續舉行經制止而不遵從者，對首謀者處二年以下有期徒刑或拘役（集會遊行法第二十五條、第二十九條）很顯然已成為箝制表現自由最重大的規定，其為違憲之規定，已是甚明。

No 23999

事實上，未經由報備所為之集會遊行，如於行動當中，有違反法令之行為，自可依相關法令處罰之，並無必要另行設立處罰條款，對人民之表現自由加以處罰。

（六）高等法院判決未深究集會遊行法在憲法中之地位－

高等法院於判決中謂：「按法律係為社會之產物，法律若脫離社會，依自然法學者觀點，即非法律，固不待言，我國集會遊行法係於民國七十七年一月二十日因應社會變遷而立之法律，應屬社會之產物，八十一年七月二十七日並經修正公布，顯見其亦隨社會之變動而有所修正，尚難認其脫離社會，憲法固有規定人民集會結社之自由（憲法第十四條）惟其自由權之行使，仍應依法律行之，否則主觀觀念標準之不同，易造成暴民或亂民現象，故集會遊行法之訂定，依目前情況，尚難認其違憲，且司法權之行使，必須「依法審判」，否則「自由認證」之結果，易造成審判之失出或失入，甚且可能淪為政治之工具，此亦為吾人所不願見，集會遊行法既屬現行有效之法律，且難認其有脫離社會之現象，本院自只能依該法予以審判。」

1.3.100,000分

由此一判決內容來看，高等法院為判決之法官對於憲法法理顯然知之不深，對於釋憲申請人於開庭中所為之憲法辯論，並未深入究析而為合理之判決，故我等於釋憲申請理由中詳述集會遊行法違憲之理由如上。

(七)高等法院放棄職守與集會遊行法二十九條之違憲性－

高等法院開庭時，釋憲申請人曾一再主張警察於命令解散時，其舉牌方式、相距距離與相距時間根本毫無章法，例如車隊經忠孝橋進入台北市時，根本無任何人於橋上行走、宣傳，而警察卻已舉牌命令解散，又如警察自設路障讓一般行人車輛不得前進，即任意舉牌命令解散。對此，高等法院判決謂：「至警方舉牌方式及相距時間是否妥適，係屬行政權範圍，非本院所得審酌；集會遊行法第廿九條規定，是否妥適，則屬立法權範圍，本院亦難為處理。」

然而司法院大法官會議會法於第四條一項一款中規定：中央機關關於其行使職權適用憲法發生疑義時得申請解釋憲法，高等法院之判決法官顯然係故意放棄職權之行使，置人

No 23910

民權利於不顧。從行政法學之觀點來看，行政行為可分為羈束行為與裁量行為。所為羈束行為是指行政行為之要件與內容須受法規嚴格拘束，行政機關並無裁量之自由；而裁量行為則指行政行為之要件與內容不受法規嚴格拘束，行政機關有裁量之自由。而裁量行為又可分為法規裁量行為與自由裁量行為。裁量之自由受限制者即為法規裁量行為，而裁量之自由受廣範承認者即為自由裁量行為。然而裁量自由並非無限制，而是有其界限，從保障人權的法治國家來看，限制國民權利、自由的行政行為必然是法規裁量行為，行政機關在為此一行政行為之時，其裁量餘地會受到相當的限制，而若裁量超越此一限制，則成為裁量權之濫用，其行政行為違法，而得為法院審查之對象。而關於裁量的限制，可分為兩個部分來說明。一個是有關要件裁量的限制，另一個是有關內容裁量之限制。

就要件裁量的限制來看，行政行為須受客觀要件的限制，客觀要件會拘束行政機關的裁量，在這個範圍內，行政機關沒有裁量之自由，但集遊法第二十九條對得命令解散之要

件全未規定，此種會限制人民權利、自由之行政行為，卻任由警察機關依自由裁量予以限制，如從前述保障表現自由之理論來看，已是違憲，但高等法院卻不處理。

（八）警察執行解散之不當與違憲－

就內容裁量的限制來看，行政行為必須遵守比例原則；行政機關對國民權利、自由加以限制時，其手段必須止於必要最小之限度，此為行政法學之基本常識，但警察機關依據二十九條命令解散時，完全未依照此一原則，可謂徹底違憲違法，高等法院卻以警察舉牌方式及相距時間是否妥適當為行政權範圍不加審理，高院放棄職權以保障人民權益，已是違反憲法與法律之委託。

（九）高等法院未依比較衡量原則判斷表現行為是否有實質惡害－

高等法院以集遊法二十九條判處釋憲申請人等不同之刑責，其理由為該集會行使該路口週邊道路交通嚴重阻塞，造成市民不便而生怨懟。然釋憲申請人等之行為本為請願，並非遊行，並於開庭當中陳述：車隊造成交通阻塞，係警方預設路障造成，高等法院對此

，並未加以調查以便於判決中明示，反僅於調查中之証人林○圖處提及「拒馬解開」一詞。事實上，造成交通混亂之主因為警方設置路障。而且從「明白而且立即危險」之原則來看，當日之請願並未造成對社會有任何實質之危害，而且交通嚴重阻塞係警方為造成主因。對無實質惡意之表現自由行為，高院處於刑罰，顯然是侵害釋憲申請人表現之自由，此種違憲判決，大法官會議有令其重新依憲法規定再為審理之必要。

此致

司法院

所附關係文件之名稱及件數

一 二 三 四 五 六

台灣高等法院八十三年度上易字第五二七八號刑事判決書影本乙件。

中華民國 八十四 年 九 月 十二 日

聲請人姓名 高○炎 簽名蓋章

陳○男

住址及電話：

張○修

司法院大法官會議有關「集會遊行法」相關規定合憲問題行言詞辯論鑑定報告書

陳慈陽

德國魯爾大學法學博士

國立中興大學法律學系專任副教授

台北 一九九七年十二月

司法院大法官會議有關「集會遊行法」相關規定合憲問題行言詞辯論鑑定報告書

陳慈陽*

壹、前言

貳、集會遊行自由之本質與作用特徵
一、一般自由權之共同本質與作用
二、集會遊行自由之特殊本質與作用

參、集會遊行權保護領域
一、規範主體－人的保護領域（含對抗對象）
（一）基本權利人
（二）基本權義務承受者與侵害行為態樣
二、客觀事物與行為之保障內容

肆、集會自由之限制與其「限制之界限」

伍、個別爭點之研究
一、「程序限制」制度之侵入基本權強弱程度與妥當性以及合憲性之探究
（一）在行政法上限制人民自由權利行為之制度的解析
（二）集會自由在我國憲政現實下應受何種強度限制問題之探究

* 德國魯爾大學法學博士，國立中興大學法律學系專任副教授。

二、集會遊行法相關「實質限制」集會自由規定之合憲性探討
（一）言論自由與集會遊行自由之競合
1、與集會自由相關之人民自由權利的分析-以言論自由為主要對象
2、基本權競合之憲法適用
（二）集遊法相關實質限制規定是否符合憲法第二十三條限制基本權之要件與其他實質基本權之保障
1、集會遊行法第四條規定
2、集會遊行法第十一條之限制規定
（三）室內與室外集會自由保障程度差異之探究
1、保障程度差異之理由
2、室外集會規範與相關規定之關聯性
三、行政法規之刑事罰規定的妥當性與合憲性探討

陸、結論

壹、前言

自十八世紀末以來所逐漸形成的現代民主立憲國家憲法秩序之正當性基礎在於維護一基於人性尊嚴與獨立基本價值（Menschenwürde und -grundwerte）的國民主權之存在與促進其發展。[1]由此基礎所發展出來的有人民自由與平等權之受保障與使其有更進一步發展空間，另一方面，在維持國民作為國家主權者的作用上，創設國民直接與間接行使主權的途徑與制度，此如經由憲法所定之機關行使之與國民直接以參政權來為之的方式 - 此即是國民自我決定與形成權[2] - 來行使主權。[3]而此維護自由民主憲法秩序基礎的自由與平等權的保障與國民主權之永續性與正當性（Kontinuität und Legitimität）是具相互緊密關聯的。亦即在行使主權時，如無相關自由平等權與因此所產生之制度與客觀規範存在，則主權者之權利實無實現的可能性，抑或僅成為虛幻的假象（Fiktion），此如參政權在一多元的自由民主法治的社會國中，[4]無國民意見的表達與交互作用，以形成具成熟與有共識的意志決定，實無法較「正確」（richtig）的達成民主立憲國家之「理性國民統治」（Ratio der Volksherrschaft）的本質。[5]依此，達成此目的所必備之國民意志表現（Äußerung und Bildung der Volkswillen）與此形成前提的人身自由（Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit sowie auf Freiheit der Person）與個人自我發展自由

---

[1] 此參見拙著陳慈陽，論基本權核心理論之實証化及其難題，憲法學基礎理論（一），翰蘆出版社，一九九七年六月，第一頁以下與註二之立論依據。

[2] 有關此傳統形式民主之內涵參見拙著陳慈陽，論政黨在憲法位階上之意義及地位，憲法學基礎理論（二），翰蘆出版社，一九九七年九月，第一百四十七頁以下。

[3] 參見拙著陳慈陽，論權力分立原則在自由民主憲法秩序中之意義與定位，預載於城仲模教授祝壽論文集，一九九七年十一月初稿。以及在實証法上可參見德國基本法第二十條第二項。

[4] 「多元的自由民主法治之社會國」概念的立論基礎與內涵參見拙著陳慈陽，前揭註（同註3）。

（Handlung- und Entfaltung der Personlichkeitsfreiheit）如不能受到保障，以及因此無法更進一步經由國家與社會促其在質與量上的擴展，國民主權的具體貫徹，實難想像。因此集會遊行自由實為國民主權是否得以實現與否的必要前提之一。

我國在一九八七年以來急遽的自由化與民主化，使得人民迫不急待的欲充分行使憲法上所保障的自由權利，也因此造成了在一威權統治轉換為民主國家所必經的混亂與陣痛過程，所以政府亦極力嘗試，除就自由民主憲政為實踐外，仍加強法治的規範。依此，許多限制人民自由權利之法律紛紛被制定公布。此從形式觀之，此亦是現代民主國家之常態，然仍須注意的是，在一民主立憲國家中對憲法所直接保障的基本權可以以法律規範之，應僅限於以下兩種情形；首先是指基本權之行使非不能限制，亦非不受限制（unbeschränkbar und unbeschränkt），而是有其界限存在，亦即基本權受憲法保障僅在於憲法對基本權構成要件之規定上（Grundrechtstatbestand）。[6]基本權利人也唯有在此基本權保護領域中行使其權利始受保障。[7]此如從基本權限制觀點出發，則是指基本權想有主體在行使其權利時，如有侵害憲法所保障之相同法益 - 此如侵害到他人基本權時（Grundrechte anderer），如我國憲法第二十三條規定 - 或侵害更高憲法法益時（höhrere Verfassungsgüter） - 此如憲法秩序（verfassungsmäßige Ordnung），如德國基本法第二條第一項 - ，[8]則須由立法者依憲法

---

[5] Vgl. Kniesel, M., Die Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit, NJW 1996, S. 2606.

[6] 基本權保護領域或稱爲基本權構成要件用語之分析詳述參見拙著陳慈陽，前揭註（同註 1），第九十五頁以下。

[7] 此時基本權保護領域須同時考律到人與事的保護對象，此參見 Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 1995, Vorb. Vor Art. 1, Rdnr. 15f.

[8] 此時亦有可能其中一基本權爲受保障，但部分領域卻侵入其他基本權保護領域，此爲基本權之衝突（Kollissionen von Grundrechten）。vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II 1992, § 6 V, Rdnrn. 359 ff. eingehender siehe Stern, K., Staatsrecht III/2, 1994, München, § 82, S. 603 ff.

所定要件履行下為基本權之限制，此始為合憲的基本權限制 - 或稱基本權侵入（ Grundrechtsbeschränkung bzw. -eingriff ）。[9]然此時所應特別強調的是，立法者須嚴格遵守憲法上基本權限制要件，且不得使其限制形成基本權完全被剝奪（ völliger Entzug der Grundrechte ）情形下，亦即使其全然不再存在之情形，[10] 履行憲法所賦予其之義務。其次，在進入二十世紀後，基本權在本質與作用上，已非僅具消極情狀，而是積極要求國家的服務，以促進其能充分實現，此包含傳統自由權 - 如集會結社自由 - ，也同時包含二十世紀中以來給付國家理念（ Leistungsstaat ）支配憲法學理論與實務所形成的社會國原則與社權等[11] - 此如工作權與境境保護的國家義務[12] - 。所以法律在此國家任務達成的要求下，則具有積極促使人民基本權充分實現的作用，此如對人民服公職權利保障所應制定有關公務員相關保障之法律，以及為使人民充分實現其為主權者所應有之參政權的充分行使，所應制定的相關法律。此當然涉及到 Schmitt 所體系化的憲法基本權制度性與制度上保障的一面（ Institutionelle und Institutionsgarantien ）。[13] 除上述二種情形外，***基本權基於以下二種理由，實應受全然的保障***，其一為基於基本權形成史的發展以及一九四八年國際人權宣言相關國際社會所形成的共識，***其被視為先於國家存在之自由與權利，僅為憲法所「描述」（ Beschreibung ），且因此無條件的受到保障***；其

---

[9] 有關基本權限制之類型化與作用理論詳見拙著陳慈陽，前揭註（同註 1 ），第九十七頁以下。

[10] 參見拙著陳慈陽，前揭註（同註 1 ），第五章以下論述。

[11] 有關基本權在二十世紀中以後之質與量上的擴增參見拙著陳慈陽，前揭註(同註 1)，第七十三頁以下。還有從傳統民主自由法治國發展至多元的自由民主法治的社會國參見拙著陳慈陽，前揭註（同註三）。

[12] 有關國家環境保護義務可參見德國基本法第二十 a 條。 vgl. Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 20a, Rdnm. 1 ff.

[13] 有關此理論之形成與內容以及體系化參見拙著陳慈陽，前揭註（同註 1 ），第六十七頁以下。

二為在*今日民主立憲國家中之國民為主權者之邏輯推論得出，主體之價值與尊嚴以及因此產生之自由權利是無理由由自己加以否定與排除的*。依此，我國既為一自由民主憲法秩序，當然在為基本權限制時，應「尊重」（ Beachtung ）此一民主國家存在正當性的基礎，並應此受其拘束。

基於上述一民主立憲國家本質與作用之所在，而得出基本權在我國憲法秩序中應有的定位與保障，本文將於以下的闡述來嘗試探討作為我國憲法人民基本權利之一的集會遊行自由應受保障的範圍、限制與其界限之所在以及相關問題的回答。

貳、集會遊行自由之本質與作用

一、一般自由權之共同本質與作用

就憲法所保障之基本權為分析，首先必須就其本質與作用上的共通性與特殊性加以分別探究，始能得其完整的本質內涵與作用範圍。首先就集會（遊行）自由所具一般基本權之本質與作用為觀察對象，則此自由權乃是基於基本權形成過程中，人民爭取自由權利，所形成對抗國家違法侵害的必要手段與國民政治意志表現的形式，並同時對國家任何強制參與集會遊行與否的禁止。[14]所以集會遊行自由就此具傳統消極防禦國家違法侵害的*主觀權利作用（ Abwehrfunktion eines subjektiv-öffentlichen Rechtes ）*以及*國民主權原則具體化*之作用前題，亦即被視為國民經由集體作用的政治參與權（ politische Teilhaberecht durch kollektive Einflußnahme ），[15]此時集會與遊行彼此

---

[14] BVerfGE 69, 315/343; Kloepfer, M., Versammlungsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof （Hrsg.) HdbdstR VI, 1989, Heidelberg, § 143 Rdnr. 5.

[15] Vgl. Kloepfer, M, Öffentliche Meinung, Massenmedien., in: Isensee/Kirchhof （Hrsg.)

間具交互填補的作用（Kompensationsfunktion），以達其任務之所在。[16]其次，其同時為憲法上基於基本權為主權者存在之前提所形成的憲法價值決定，所以亦是***實現憲法價值內容與正義***的手段之一，此如可被視為對不義統治或是對摧毀人權之國家行為的反抗途徑與措施。然集會（遊行）自由就其另一層次的作用為探究，原則上則不具備制度保障之內容，至多僅能視其為社會現象與人民生活情狀存在可能性的保障（Schutz des Existenzraums bzw. -möglichkeit des gesellschaftlichen Sachverhaltes und Erscheinungsform des Lebens）。[17]

二、集會遊行自由之特殊本質與作用

有關集會（遊行）自由的特殊本質作用則須從其形成與發展的過程個別特徵觀察出發。首先其是在十八世紀後半期於英國與請願權（Petitionsrecht）同時被視為當時政治抗爭時之個人經由群眾集結的獨立權利行使，目的在於***鼓動與影響公眾與社會意見與論的形成***。由此傳統而使得美國獨立時各州憲法均成文的將此集會自由納入憲法當中，直到一七九一年的美國聯邦憲法的實証化。另一方面法國大革命在事實的進行中，亦充分的實現此一集會自由的基本精神，此正如 Kloepfer 所言的，集會自由實為法國大革命的基本要素（wesentlches Element der Revolution von 1789）。[18]依此，集會自由在法國於一七八九年亦成為其憲法典之一部分。 在德國亦是由於人民爭取政治自由權時，經由十八世紀及至十九世紀中的各王國與貴族的壓迫下逐漸獲得的，以致到一八四八年法蘭克福聖保羅教堂憲法草

HdbdStR Bd II, § 35, Rdnrn. 25 ff.

[16] BVerfGE 69, 315/343.

[17] Vgl. v. Mangoldt/Klein, GG-kommentar, Bd. I, Art. 8 Anm.II 3.

[18] Kloepfer, M., a.a.O.（Fn. 10）, Rdnr. 2.

案（ Frankfuter Verfassungsentwurf ）始有集會自由的實証化。[19]

由上述集會（遊行）自由的發展得知，***其與人民爭取政治自由有密切不可分的淵源***，所以其具備有異於其他自由權的特徵在於，當然除具消極不受國家侵害的一定保護範疇外，***特別具有積極創造一不受阻礙的自我發展空間（ zur Schaffuung eines ungehinderten Persönlichkeitsentfaltungsspielraums ）***，[20]目的在***影響、參與國家政治意志之形成，為民主開放特質的本質要素（ wesentliches Element demokratischer Offenheit ）***，[21]亦為一種***原始直接民主表現形式***，[22]也是今日***權力分立原則實踐的新內涵***所必要的手段。[23] ***間接上亦是對社會公共事務影響與決定的重要手段與方式***，此時又涉及至社會國原則中所要求之社會與經濟正義實現重要的權利行使之一。最後，集會自由是否在一固定地點為之的問題，並不具實質意義（ keine praktische Bedeutung ），依此，遊行（示威）則是被視為集會時最常見且為必要的表現形式，亦應此經常與集會自由同時成為憲法保障的原始基本權之一。[24]

依上述所言，基於其所具有之本質與作用，應為一具人權內涵以及因此為人本質上自我發展（ Persönlichkeitsentfaltung ）類型之一，是為課予國家應為的個人社會群體性滿足要求的義務，亦即欲排除由於國家的侵入所形成個人的孤立，以致主權與其憲法上所保障之自由權利事實上無法行使的任何可能性。[25]

---

[19] Siehe vor allem Forsthoff, E., Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 4. Aufl., 1972, S. 122 f.
[20] Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 1995, Art. 8, Rdnr. 1.
[21] BVerfGE 69, 315/344 ff.
[22] BVerfGE 69, 315/347.
[23] 參見拙著陳慈陽，前揭註（同註 3）。
[24] Vgl. Hoffmann/Riem, Alternativ-Kommentar, Bd. 1, 1989, Art. 8. Rdnr. 12.
[25] Vor allem siehe Herzog/MDHS, Art. 8, Rdnr. 3, Stand: 1994.

參、集會遊行權保護領域

一、規範主體 - 人的保護領域（含對抗對象）

（一）基本權利人

基本權作為主觀權利，原則上給予享有主體法力（Rechtsmacht）以對抗侵害主體 - 即基本權義務承受者（Die Grundrechtsverpflichteten）- 的侵入，即義務人對此有為不作為、作為或容忍的義務。依此，如要確定集會遊行自由所欲保護的範圍，必先就其保障主體為分析。首先，在我國憲法中所欲保護之自由權利的主體均是採「人民」或「中華民國人民」的用語，如從我國憲法史上的憲法（草案）來觀察，並無法得知，於此「人民」之用語是否僅指具我國國籍之國民，[26]然如從字義來為形式觀察，則基本上是以我國國民為基本權享有主體，乃無庸置疑。但此種基本權保護領域如限縮到如此之範圍，實無法實現基本權在今日民主立憲國家所應有的作用與憲法上之價值決定。因此，我國憲法上之自由權利的享有主體應從各該基本權實質內涵來作為決定之依據。就此在德國基本法則有較細緻的規定，如以「所有人」（Alle Menschen）、「每一個人」（Jedermann hat …）或「無人可以…」（Niemand darf …）作為基本權利人時，則不限於德國人始享有，此如基本法第二條有關行為自由、個人自我發展自由與人身自由等規定，此立論依據乃是此些基本權有先於國家存在，且為所有獨立現存在的個人所應擁有的。其次，如在其基本法中明定「德國人」（Deutsche）或所有德國人（Alle Deutschen）為

[26] 因爲在我國憲法第三條是以「國民」爲具我國國籍之用語，而非「人民」。我國憲法之用語仍沿用過去憲法史之各憲法（草）之規定，此憲法史上之用語可參見荊知仁，中國立憲史，民國七十八年，第四百九十二頁以下。

基本權享有主體，此基本權則是與國民身分有密切關聯性，此如在傳統主權觀念下，國家之政治意志之形成與決定僅能由具主權者身分之國民為之，依此其享有主體即有所限縮，此乃民主原則之國民為主權者為此規定之正當性依據，此如第八條之集會自由權。[27]然此立論在未來世界融合的發展趨勢下，將會漸漸改變，首先應是在歐聯（Europäische Union）的國家，而在亞太地區已亦充分顯示此趨勢。[28]

依此，正如前所述，我國有關基本權利人的規定並不清楚，因此須就個別基本權的本質來為探討。就集會遊行自由而言，***除因其與國民作為主權者有緊密關聯性的行使外***，本文認為似無須如德國基本法如此嚴格限制為德國人始能享有。[29]其次，自然人是否已成年均非考慮重點，[30]又法人與非法人團體亦應受其保障。[31] 當然上述集會遊行自由權享有主體所行使的行為亦仍須在客觀事物與行為的保護領域（Sachlicher Schutzbereich）內始可。

（二）基本權義務承受者（Die Grundrechts-verpflichteten） 與侵害行為態樣

有關基本權義務人之確認基本上在此較無疑義，[32]原則上及於所有

---

[27] 此可參見德國聯邦憲法法院在對外國人選舉權承認上，主要是在地方自治範圍內，採否定見解，此參見 BVerfGE 83,37 u. 60. 然近來由於歐聯的統合措施，已有逐漸改變之情形，例如有關就業權與主權象徵的關稅均有統合規定出現，此參見 Grabitz/Hilf, EU-Kommentar, Stand:1994, Art. 131 ff.

[28] 此例如 Zuleeg 所稱基本法第八條與歐洲統合精神不符合。 vgl. Zuleeg, NJW 1987, S. 2198.

[29] 此時德國有學者則迴避該條的禁止非德國人享有規定，而從基本法第二條中之行為自由來為立論依據。 vgl. v. Münch/Kunig （Hrsg.）, GG-Kommentar, 4. Aufl. Bd. I, 1992, Art. 8, Rdnrn. 7 f.

[30] Differenzierend siehe Herzog/MDHS, Art. 8, Rdnr. 37.

[31] 此時當然必須符合法人與非法人團體之要件。 Dazu siehe BayVGH NJW 1984, S. 2116.

[32] 有關此有學者亦稱為對抗對象或受規範對象，此參見拙著陳慈陽，前揭註（同註 1），

憲法秩序內之國家權力行使。在此較需探究的是，義務承受者之違憲侵害行為態樣為何？然此主要仍取決於受保障之事物與行為的範圍何在，此將於以下論述。但在此先就與此決定前提較無關聯性的侵害態樣為說明之，此主要涉及國家積極促進人民充分行使集會遊行自由權的滿足行為 － 或可稱義務。首先從集會自由行使之前提要件來為觀察，此時國家則有義務的使人民***無阻礙的行使集會與遊行自由之可能性（Die Möglichkeit zur Durchführung von Versammlungen）***，依此行政機關在就人民集會遊行權行使時，應依公務員服務任務與目的的要求，來促其實現，以達成憲法所賦予的公行政任務。此例如道路的使用與公共設施的租借等行為，[33]此時則應有***為裁量權無瑕疵的行使義務（Fehlerfreie Eermessensausübung）***。[34]更進一步，此公行政任務亦及於國家須於人民行使此自由權時，***對任何干擾與破壞有排除之義務***。當然基於社會國原則的補助與金錢給付於人民之集會遊行非為國家之義務行為。[35]亦同時不存在公務員於執行公務時間可行使此自由權的法上請求權。[36]由於憲法所保障之人民自由權利具憲法價值決定的本質，其當然（直接或間接）拘束在此憲法秩序下私人行為，如對集會遊行的容忍與尊重行為。[37]

二、客觀事物與行為之保障內容

在上述的基本權行使主體與對抗對象確定後，更進一步則須闡明基本權利人在集會遊行自由權保護範圍內，應受保障之行為

第一百一十頁以下。

[33] Gallwas, Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit, Art. 8 GG, JA 1986, S. 491.sowie Hoffmann/Riem, Alternativ-Kommentar, Art. 8, Rdnr. 55.

[34] BVerfGE 69,315/355.

[35] BVerfGE 72, 113/118.

[36] BVerwGE 91, 135/139 f.

（ geschutztes Verhalten ）為何？又在回答此問題之前，則必先就集會遊行自由所內涵存在的意義為何，以確定在此內涵下，使有基本權利人行使集會遊行權的空間。首先，正如前所述，集會自由具個人自我發展權的本質，特別是以主權者之身分表達對國家政治意志形成與決定之意見 - 當然今日意有表達有關社會或個人有關事項意見的類型出現 - ，所以集會自由並***非僅限於於一固定地點為之，而是延伸至以活動（移動）方式為之***，因為集會自由主要保障的是（部分）國民意志的表達，並期以能影響社會公眾與國家政治之決定。依此，***遊行與示威則是被視為集會時，最常見且為必要的表現形式（Erscheinungsformen der Ausübung der Versammlungsfreiheit）***，亦因此經常與集會自由同時成為憲法保障的原始基本權之一。[38]

其次，集會概念內涵首先必須為***多數人的集合會面（Zusammenkunft von Mehrzahl der Personen）***。[39] 其目的是一種社會上***著眼於交往通訊的個人發展之表現***（ Ausdruck gemeinschaftlicher, auf Kommunikation angelegter Entfaltung ）。[40]此時在主觀上，***必須有參與人為共同行為的內在意志聯繫***（ innere Verbindung der Personen zu gemeinsamen Handeln ），[41] 依此集會自由是以意志自由（ Willensfreiheit ）為其內部不可或缺的要素。[42]***當然臨時或突發的集會（Spontanversammlung）***，如同時出現內在聯繫性時，亦是集會自由所保障，否則無此內在聯繫要素，僅能歸入消極的

---

[37] Vgl. Jarass/Pieroth, GG-Kommentar Art. 8, Rdnr. 12.
[38] Vgl. Hoffmann/Riem, Alternativ-Kommentar, Bd. 1, 1989, Art. 8. Rdnr. 12.
[39] 此時依 Kloepfer 的見解，只要二人以上已足。其認為大量人群的集會始受保障在憲法保障集會自由原意上是不具正當性的。 siehe Kloepfer, M., Versammlungsfreiheit, a.a.O.（ Fn. 13 ）， Rdnr. 14 sowie OLG Düsseldorf, JR 1982, S. 300; 另有學者認為須三人以上。 vgl. Hoffmann/Riem, a.a.O.（ Fn.35 ）, Rdnr. 12.
[40] BVerfGE 69, 315/342 f.
[41] Herzog/MDHS, Art. 8, Rdnr. 49; BVerwGE 82, 34/38.
[42] Vgl. vor allem Alberts, H.-W., Zum Spannungsverhältnis zwischen Art. 8 GG und dem

人身自由與行為自由保障領域。[43]且此集會參與人內在聯繫要素須從集會時言論表達與行為表現中得知，因此集會自由亦是對交往通訊與言論自由類型之一（ Das Recht auf der Kommunikation und der Meinungsäußerung ）的保障。[44]

在上述的集會概念下，基於受憲法保障集會自由核心之集會參與人的自主決定權，所以集會時間、地點、類型或內容的決定均是受保障之範圍 - 當然須在合憲秩序之要求下 - 。[45]更進一步地，依 Herzog 與德國聯邦憲法法院的見解，***事前的預備行為與前往集會場所之行動***亦被視為集會自由保障範圍內。[46] 相對於此集會自由的積極保障，消極的此自由權亦***保障人民不參加或不被強制參與集會遊行與示威的自由，亦即不允許國家對此集會或不集會意志為不利影響措施。***[47]然在此是指不行使基本權之自由為其保障的內涵，而非全然的放棄基本權的享有（ kein völliger Verzicht des Grundrechtsgebrauches ），亦即其受到可以隨時隨地行使此基本權的可能性保障。[48] 至於在集會中所欲達成目的的表現 - 大部分較受囑目的是政治性的議題 - 則依其本質內容之不同，而同時受憲法不同基本權之保障，此如藝術、

Versammlungsgesetz, NVwZ 1992, S. 38. u. S. 40.

[43] 此如多數人聚集一起觀賞貼於壁上海報或觀賞運動比賽等行為。 vgl. BVerwGE 56, 63/69.

[44] Vgl. v. Münch/Kunig, GG-Kommentar, Bd. I, Art. 8, Rdnr. 2.

[45] Vgl. Tsatsos, D. Th/Wietschel, W., Bannmeilenregelungen zum Schutz der Parlamente wieder in der Diskussion, ZRP 1994, S. 211.

[46] 本文認為此時所出現的是基本權競合，此之判斷基準取決於侵害態樣為何，再論為那兩種以上基本權保護之競合，依此在依競合理論作出受保護行為應依何基本權來為保障之決定。有關基本權競合理論初論參見 Schlink/Pieroth, Grundrecht, Staatsrecht II, 1992, Heidelberg, § 5 V, Rdnr. 359 ff. 較深入探究的有 Fohmann, L. H., Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich, EuGRZ 1985, S. 49 ff. u. Stern, Staatsrecht III/2, 1994, § 92 f. 上述 Herzog 與德國聯邦憲法法院見解參見 Herzog/MDHS, Art. 8, Rdnr. 58;, BVerfGE 84, 203/209.

[47] BVerfGE 69, 315/343. Dazu auch Alberts, H.-W., Zum Spannungsverhältnis zwischen Art. 8 GG und dem Versammlungsgesetz, NVwZ 1992, S. 38.

[48] 有關基本權放棄、行使與不行使的關聯性首先參見 Pietzcker, J., Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzicht, Der Staat 1978, S. 527 ff.; Robbers, G., Der Grundrechtsverzicht, JuS

學術等。

更進一步，集會自由是使主權者在憲法秩序下所為的各種不同意見表達與因此對國家與社會團體意志之影響，所以***集會遊行（示威）不可以以不正當之方式來為侵害一自由民主憲法秩序的行為***，此如須和平且無暴力的為之等先決要件，[49]如有違反，當然依憲法秩序下相關法規範予以制裁，此如行政罰或最嚴重的刑事罰為之。此時所稱之***「和平與無暴力」（friedliche und keine Gewalttätigkeiten）***應是與有關憲法要求政黨行為不得對自由民主憲政秩序有所危害的意義為同一說明，[50]即不得以非法規範所允許的強制力或行使強制力的必要工具與器械為之，此如從最輕微為身體暴力行為到棍棒攻擊及至最嚴重為槍械持有與使用等。[51]此時如有此些反和平行為之危害出現，即以此些行為攻擊性的對抗人或物與危害秩序即可。[52]另外如以靜坐為消極反抗之行為（ Sitzblockade auf passive Resistenz ），如無上述反和平與暴力情形時，仍是集會自由行為保障領域內之行為。[53]更進一步亦有如 Pieroth/Schlink 所主張的「如有上述暴力行為過程即將開始

1985, S. 925.

[49] 此時與立法委員受言論免責權保障相同源自一以人民爲主體所建構的自由民主憲法秩序 - 在今日本文嘗試以多元的自由民主法治之社會國（ Der pluralistische freiheitlich-demokratische rechtsstaatlicher Sozialstaat ）爲說明之 - ，其本質即是一具和諧性與和平維護的規範秩序。有關其間之關聯性，初步的建構參見拙著陳慈陽，前揭註（同註 3 ）對此之闡述。

[50] 此參見拙著陳慈陽，論政黨在憲法位階上之意義與地位，前揭註（同註 1 ），第一百六十二頁以下。在德國自統一以後，適用集會遊行（示威）最爲困難的是如何對極右派新納粹份子（ Neo-NAZI bzw. Rechtsradikal ）與靜坐示威（ Sitzblockade ）具體情形下，解釋「和平與無暴力」之憲法構成要件。 此時均引用違憲政黨中之「危害」等概念。（ vgl. VGH Kassel NVwZ-RR 1994, S. 87; Rühl, Verfassungsrechtliche Maßnahmen gegen rechtsradikale Demonstrationen und Aufzüge, NJW 1995, S. 561 ff. sowie Kniesel, ., Die Versammlungs-und Demonstrationsfreiheit, NJW 1996, S. 2607 ff.）

[51] 此可以以德國基本法第八條所規定的「集會不得攜帶槍械」爲比較立法例上之說明。

[52] BVerfGE 73, 206/248; 87, 399/406.

[53] BVerfGE 92, 1 ff.=NJW 1995, S. 1141 ff.=NVwZ 1995, S. 576 L.; dazu auch Kniesel, M., in: Lisken/Denninger （ Hrsg. ）, Handbuch des Polizeirecht, 2. Aufl. 1996, H Rdnrn. 85 f. andere Auffassung siehe Herzog/MDHS, Art. 8, Rdnr. 61 ff. **aber Stand: 1994.**

與存在」時，就非保障內容，[54]然在此仍須強調的是此種情形須在負責集會遊行之主管機關當場就具體判斷，***即在已有危害性出現「幾乎」（nahezu）已達具體行為時***，始可排除其受保障，而非僅有所謂「暴力行使跡象」就可為禁止之。[55]至於使用達成暴力目的的工具或器械，無論其攜帶的目的為何，***只要具侵害人或破壞物的危險性存在，即可禁止之。***[56]另外如 Jarass 所正確認知的，所謂隨身一般物件作為攻擊的工具非在此所謂的「達到暴力目的所用的工具」，此如衣服、防毒面具等，[57]但如其使用亦會造成上述人與物的侵害時，亦是禁止之對象，然僅為輕微的秩序違反，實難以刑事罰予以論斷，此如以皮帶所為的攻擊行為。

至於僅有部分參與集會者為暴力行為時，制裁對象正如 Herzog 所正確認知的，***僅以該個別為此行為者（Einzelner）為限*** - 此乃基本權於此雖保障兩個或多個以上人民之集會自由，然基本權利享有者仍以個別性（Individuum）為其特徵與保護對象 - ，[58]而不得對抗全體。[59]如此亦無法制止暴亂行為，則主管機關亦應依比例相當性原則來為防制行為，[60]此亦是憲法第二十三條之要求。還有無參與集會之人民於其旁所為行為 - 無論和平或暴力 - 均非集會自由所規範對象，此時則須依一般秩序法規定（nach dem allgemeinen Ordnungsrecht）為之。[61]最後有關所謂「反制團體」（Die sog. Gegendemonstration）之行為，亦應依是否具集會遊行自由之特性，

---

[54] Schlink/Pieroth, Grundrechte, Staatsrecht II 1992, § 17, Rdnr. 789.
[55] Vgl. VGH Mannheim, Beschl. V. 29.03.1993, NVwZ-RR, 1994, S. 88.
[56] BVerfG, Beschl. V. 01.12.1992, NJW 1993, S. 581.
[57] Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 8, Rdnr. 5.
[58] Zutreffend siehe Stern, K., Staatsrecht III/1, § 58 I 3, S. 11f.
[59] Herzog/MDHS, Art. 8, Rdnr. 116. 此種暴力行爲包含以器械爲達成該行爲目的的使用。
[60] Statt vieler siehe Forwein, Die Versammlungsfreiheit vor dem Bundesverfassungsgericht, NJW 1985, S. 2378.

而於其規範領域中或以一般秩序法與相關法規規定之，然以阻礙集會自由為目的之個人則不受此自由權之保障。[62]

肆、集會自由之限制與其「限制之界限」

有關集會自由之限制，涉及到「限制」（ Beschränkungen ）概念的明確性，原則上在此概念下，基本上區分為「合憲之限制行為」與「違憲之侵害行為」。[63]首先要回答此二下位階概念的內涵，則須從集會自由上述本質出發，來為分析此項基本權在合憲範圍內是否有受限制必要，以及如為肯定時，應如何為之。在此問題解決後，則何為「違憲之侵害行為」將是可從對上述集會自由保護領域的侵入與為在此合憲限制外的限制行為中得知其內涵。依此，就集會自由本質而言，其具有保障人民最基礎之個人發展自由與確保人民作為主權者，為表達、影響與參與一國政治意志形成與決定的內涵，所以其本身是否應受限制取決於該基本權是否有達憲法第二十三條限制之要件為之，此時即所謂（憲）法上之限制，另一方面，因其上述本質與作用 - 或可稱為目的 - 之所在，因此亦產生所謂內涵性限制（ Immanente Grundrechtsschranken ），[64]亦即受其目的與作用之限制或如德國聯邦憲法法院所言，受憲法保護之其他法益衡平性的限制。[65]雖然憲法學理以上憲法上與內涵性限制為基本權合憲限制的主要兩大類型，事實上此乃完全屈就於各該民主國家憲法對基本權保障與限制之規定，此

---

[61] Jarass/Pieroth, GG-Kommentar 1995, Art. 8, Rdnr. 7.

[62] 依此，是否個人是以集會或阻礙集會爲目的，在德國則是由德國聯邦憲法法院依基本法第八條來審查之。 BVerfG Beschl. 11.06.1991 NJW 1991, S. 2694.

[63] 有關此概念之德國憲法學界具差異性的見解與本文的見解，參見拙著陳慈陽，前揭著（同註 1 ），第九十七頁以下以及第一百九十頁以下。

[64] 有關此理論亦可參見同註 63 之內容以及此理論實踐上相關難題參見 Kloepfer, M., Tierversuchsbeschränkungen und Verfassungsrecht, JZ 1986, S. 209.

[65] Vgl. BVerfGE 30, 173/193.

如就德國憲法學而言，所謂「法上限制」就基本法而言，粗略可分為無法律保留適用、一般法律保留與特殊法律保留適用基本權三種限制強度不同規定，其判斷標準亦是本文前所論述之基準，如人性尊嚴之絕對受保障，而無法律保留之適用、秘密通訊自由可為一般法律保留來限制以及個人行為自由與人身自由等則適用特殊法律保留。[66]此時所謂依憲法價值秩序決定***基本權受限制的強度就非完全由立法者為之，而是由制憲者、立法者與釋憲者三者就其基本權價值認知來為「共同決定」***，當然由於制憲者細膩的對基本權限制的規定，使得立法者與釋憲者在解釋與釋用憲法規定有較明確可判斷之價值基準。依此，基本法第八條有關集會自由之限制，在於所規定之集會自由無須登記與許可（…,sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis …），且應和平、無武器（ friedlich und ohne Waffen ）的行使，而在露天之集會（ Versammlungen unter freiem Himmel ）可以以法律或法律授權下為限制之。除此外，由學界與德國聯邦憲法法院又基於憲法學理上所謂「內涵性限制」理論（ Die Lehre von immanenten Grundrechtsschranken ）依據，認為就室內集會（ Versammlungen in geschlossenen Raum ）而言，除無武器與和平行使集會自由外，無其他法律限制在現實上應是不足夠的，亦即對德國基本法中，所謂無法律保留適用之基本權，仍存有一「內涵性限制」。此如德國聯邦憲法法院所言，立法者在急迫的團體（國家）利益（ im dringenden Gemeinschaftsinteresse ）受危害時，仍可限制人民之行為自由（ zur Beschränkung der Handlungsfreiheit des imdividuums ），即使其為不適用法律保留之基本權。[67]此時***團體利益應由立法者以憲法觀點出發，***

---

[66] 此乃基本類型的劃分，更進一步的細緻區分限制的強度參見拙著陳慈陽，前揭註（同註 1），一百九十二頁以下。

[67] Vgl. BVerfGE 39, 334/367.

在考慮基本法價值秩序（Grundgesetzliche Wertordnung）所發展形成的，此如基於保護其他憲法法益，且此法益與集會自由間一適當的遵守過當禁止原則（Das Übermaßverbot）的平衡性存在時，此時之限制是受允許的，此即是內涵性限制的本質。[68]***在此疑義乃存在於***，無法律保留適用之基本權保障的基本精神在於此項基本權具憲法價值秩序中基礎重要性，即受侵害可能性之強度（… den Grad der Eingriffsmöglichkeiten）與其對確保此價值秩序存在永續性與正當性－此如對人民為主權者存在之基本價值的保障上－具重大意義，所以特別予以保護，而依德國聯邦憲法法院在此上述之見解，根本是將此憲法不欲賦予立法者為限制之行為，又將其委由立法者行使，本身即具釋憲的矛盾性。依此，***本文認為基本權內涵性限制雖取決於憲法價值秩序保護法益與各該基本全之本質作用，然卻非其內涵即可由立法者來完全支配（zur völligen Verfügung der Legislative），此時涉及到司法權，特別是指釋憲權，在此不僅作為「憲法維護者」，而更是憲法發言人的定位（sog. Sprecher der Verfassung）***，此乃德國憲法學界對基本權內涵性限制理論在此立論不夠充分，且因此仍存疑義之處。[69]

就我國而言，則單純的以憲法第二十三條規定為法上限制依據，即我國人民自由權利限制無分其在憲法價值秩序中之定位與重要性，「完全取決於」立法者－此時強調重點在於考慮我國立法品質，而非從立法者在憲法義務履行上觀點出發－與由釋憲者為最終的合憲控制－此乃今日始有其參與可能性－來為之，是為較德國基本法對基本權保障不足之處－當然當我國立法品質與法體系較完整時，是教德國基本法適用有其在確保憲法規範力，適應憲政現實上的「彈

性」。然亦如本文上述所言，***即使憲法適用與解釋交由立法者與釋憲者為此判斷，此仍取決於憲價值秩序之決定與基本權本質作用的內容範圍***。依此，則我國對集會自由是否限制與如為限制是否妥當與具合憲性，非是立法者單獨可以決定之，亦非為釋憲者依其主觀意志為「超越立法者」（Über den Gesetzgeber hinaus）的說明，而是就集會自由本質作用與目的以及其在憲法價值秩序之定位為論述基準。就此，首先正如本文前所論述的，集會遊行自由乃具有保障人民最基礎之個人發展自由與確保人民作為主權者，為表達、影響與參與一國政治意志形成與決定的內涵，***並基於憲法秩序和諧性本質的要求，其不得以非和平之方式為之，如有違反時，則為限制行為之發動***。[70]至於發動時機仍以其非憲法秩序所期待行為***幾近具明顯具體危險性出現時***，始可，***此應就具體個案為決定之***。[71]亦即主管機關僅能***在集會進行時，依一般有理性人之評斷（bei verständiger Würdigung），明顯對公共安全與秩序有直接具體危害者，才是禁止或限制處分之公布始點***。[72]因為任何無具體危險或危害之虞出現時，所為限制行為－無論為立法者或行政機關所為－均有造成基本權事實上或法上行使的障礙，不符合憲法限制人民權利須具法治國要求下之比例相當性原則與基本權核心受絕對保障之憲法要求。依此，首先可以確定的是，集會自由之限制可經由憲法第二十三條規定由立法權為之。然是否有限制之必要與強度則是立法者為此立法行為時，應遵守整體憲法價值秩序之決定對集會自由之定位與保障強度的要求，此亦是立法者

---

[69] 此本文作者將另爲文就憲法解釋的定位與正當性問題爲闡述之。

[70] 此如德國聯邦憲法法院所言，所謂「非和平」方式是指集會時之行爲對人或物具有暴力或攻擊性的具體明顯且直接之危險。BVerfG Beschl. V. 01.12.1992, NJW 1993, S. 581.

[71] Vgl. Rühl, Ulli F. H., Versammlungsrechtliche Maßnahmen gegen rechtsradikale Demonstrationen und Aufzüge, NJW 1995, S. 561. 他在此主要是強調，德國集會法非是針對預估危險性（keine Gefahrprognose），而是針對「直接危險」（unmittelbare Gefährdung）爲之。

必須為合憲限制基本權的義務。在此要特別強調的是，憲法第二十三條使用四項不確定法律概念目的，***在於期待憲法解釋與適用者－首先是立法者－在法治國原則的法明確性與可預見性要求下，將在法律上明確與具體化***，使得憲法直接保障之基本權不會任由行政機關為恣意判斷與濫用權限的空間，如立法者在履行憲法第二十三條義務時，再以不確定法律概念為法律規定內容，其根本未履行憲法義務，***特別對人民具本質重要之基本權行使上，更是應由立法者自行決定具體限制之內容***。其次，則由於我國憲法第二十三條規定與憲法價值秩序邏輯上對國民為國家之主體，不得受任何他人支配其獨立存價值之有無觀點出發，對憲法人民自由權利之限制，不得達「剝奪」之程度，如使其喪失人性價值與尊嚴之行為或使其自由權利「完全無法行使」（Nichts-übrig-bleiben）或是逾越該基本權限制的目的與範圍以及造成該基本權完全的消失於憲法秩序中等均是在限制基本權時之界限。[73]

綜上所述，首先集會自由是可依憲法第二十三條由立法者為限制之，然其基準正如本文前所論述由其本質作用與定位以及對憲法秩序危害程度幾近具體等來為限制。其次，***限制不得達剝奪之程度，如時間上，未達上述幾近具體危險時，且未抵觸其本質與行使上憲法所保障的目的，而以法律規定或法律授權限制集會自由，實已違反憲法比例相當性原則與基本權可受限制，而非剝奪之規定***。另立法者在此須依憲法二十三條規定為***明確且具體的立法限制行為***。最後對於***已為憲法秩序所不容的內容與目的為集會遊行行為之訴求***－此如已為憲法法庭宣告違憲之政黨主張、以犯罪內容或違法之暴力行

---

[72] Vgl. VGH Kassel, Beschl. V. 17.09.1993, NVwZ-RR 1994, S. 86 f.

[73] 此基本權核心理論之立論基準參見拙著陳慈陽，前揭註（同註 1），第一百二十七頁以下、第一百四十九頁以下以及本文見解第一百九十八頁以下。

為為訴求的集會遊行均屬之 - ***均非集會自由所保護之範圍***，為自明之理（ Selbstverständlich ）。

伍、個別爭點之探究

一、「程序限制」制度之侵入基本權強弱程度與妥當性以及合憲性之探究

我國有關集會自由主要規定於集會遊行法（以下簡稱集遊法）當中，其本質正如本文前所論述，基本上含有促使人民充分的實現憲法保障集會自由的內容與依憲法第二十三條限制集會自由的規定本質與作用。在此首要的爭點在於集遊法對人民集會自由認定有限制之必要，且此限制則是以事先許可為之，是否具合憲性。必須強調的是，基本上基本權除涉及否定人之基本價值與尊嚴外，均承認有其限制必要性 - 即使如本文前所論述之於德國基本法中所謂無法律保留適用之基本權，亦被德國國家法學界認為於其中仍有所謂「內涵性限制」存在 - ，然限制強度與明確要件應為何，則是須依本文上述的基準為判定之。依此，如欲回答是否集會自由應依集遊法規定，以許可制來為限制方式之一，抑或採報備制，甚至如德國如符合基本法要求，則無須任何申請程序，僅就集會遊行的目的與負責人向主管機關登記（ Anmeldungspflicht ）（ § 14 VersG ）即可為之，此時登記與否亦不能作為禁止集會遊行之理由，[74]***甚至在臨時或突發性集會根本無須***

---

[74] 因為此時依德國聯邦憲法法院之見解認為，是否禁止取決於客觀危險存在與否，此參見 BVerfGE 85, 69/75. 在近來德國有許多學者對在五零年代所制定之集會法有許多與基本法不相符合或過時之處提出批判，德國聯邦憲法法院亦在同時作出一些判決認定，此登記規定與負責人資歷的告知不符合基本法規定。 vgl. BVerfGE 92, 191/202=NJW 1995, S. 3110 ff. 學者批判參見 Kniesel, M., Die Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit, NJW 1996, S. 2606 ff.; Alberts, H.-W., Zum Spannungsverhältnis zwischen Art. 8 und dem

登記。[75]依此，我國採許可制之合憲性與妥當性問題的回答，則須先就許可制及報備制或相關制度內容限制強度以及其與集會自由在憲法秩序下之本質作用與定位是否相符的問題回答為前提。依此，首先將就此些限制人民自由權利之制度為概略就其所涉及部分為論述，再嘗試就集會自由在我國憲政現實下，應受何種強度限制為回答。

（一）在行政法上限制人民自由權利行為之制度的解析

在今日自由民主憲法秩序下，由於社會與科技的進步與精細化，使得行政權的行使由十八、九世紀的單純化，演進為現今的多元化與複雜化，[76] 行政機關之行為（ Verwaltungshandeln ）亦因行政的特質與作用[77]以及時代之需求變得多元、複雜與適應力的程度增強（ zur Verstärkung der Anpassungsfähigkeit der Verwaltungshandeln ）。然傳統上行政行為的核心 - 行政處分 - 仍未喪失其作用，但仍有其質變與量變的表現。[78] 於其中最典型的表現形式，特別在傳統行政類型

Versammlungsgesetz, NVwZ 1992, S.40.

[75] Vgl. BVerfGE 69, 315/350f.; 85, 69/75. 對突發性（ Spontanversammlungen ）與急迫性（ Eilversammlungen ）的集會有所些微區分的參見 Kloepfer, M., Versammlungsfreiheit, in:Isensee/Kirchhof （ Hrsg.） HdbdStR Bd.VI 1989, Rdnrn. 28 ff. 僅有概念區分的有 Hoffmann-Riem, Alternativ-Kommentar, Art. 8, Rdnr. 51 f.

[76] 有關行政法學演進與因此其行爲方式的多樣性與靈活性特徵，在今日二十世紀末實應爲一回顧，始能展望未來行政法學之發展，本文作者將近期另爲文闡述。然就此在科技發展的影響可參見 v. Münch, I., Allgemeines Verwaltungsrecht, 1992 § 4 之論述。

[77] Siehe vor allem Maurer, H., Allgemeines Verwaltungsrecht, 1992, § 9, Rdnr. 39 ff.

[78] 所謂行政處分之質變在於行政法學的細膩化所形成其作用的效力非僅形式上於法效部分（ Rechtsfolge ），事實上在由立法者支配的空間中亦有其實質存在的現象，此例如行政處分效力部分實際在法構成要件上（ Rechtstatbestand ）亦出現，特別是在高科技的行政類型當中，此可參見拙著引用 Jarass 在環境法中對行政處分的認知，陳慈陽，空氣污染防制法第八條之「發布空氣品質惡化警告」相關法律問題之研究，中興法學第四十一期，民國八十五年十二月，第十頁以下，特別是第十四頁以下。至於行政處分的量增，亦是行政類型的增加，使得在十九世紀與本世紀初被視爲行政行爲核心的行政處分於今日日趨發展迅速的環境法、核能法與資訊法領域當中，亦有其不可缺的重要地位存

中，如警察與秩序法中，為許可（ Kontrollerlaubnis ）、特許制度（ Ausnahmebewilligung bzw. Verbot mit Befreiungsvorbehalt ）與報備制（ Anzeigepflicht ）。[79]此些制度乃是行政機關依法對於人民為授益行為時 - 此時可能出現對第三人為負擔行為或公益有不利，但在可容忍範圍內之影響 - ，亦即行使其依法所應享有之權利時，所為強弱不同的控制。從傳統行政法學理論 - 即警察與秩序法 - 的觀點出發，[80]許可原則上是對一受允許之行為（ ein prinzipiell zulässiges Verhalten ）為達事先控制之目的（ zu Kontrollzwecken ）來加以先前的審查，以確定此行為之無疑義性（ unbedenklich ），此時亦稱為具有許可保留之預防性質的禁止（ Das präventive Verbot mit Zulassungsvorbehalt ），[81]相對於此的特許制則是對一原則上有社會損害性（ sozialschädlich ）之行為，基於個案的特殊性，例外的為允許行為，所以此又稱為具免除保留（或可能）之壓制性質的禁止（ Das repressive Verbot mit Dispensmöglichkeit ）。[82] 依此，在許可制下，如人民之行為符合法定要件時，則人民對此有主觀的請求權（ ein Rechtsanspruch auf die Erteilung der Erlaubnis ），但在德國聯邦行政法院在此認為，此是在特別強調於純粹警察法中以維護公共安全與秩序時之務必適用。[83]相對於此的特許制，則人民僅有對免除禁止之給予應為無誤裁量的請求權（ ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Erteilung des Dispenses ），因為此須就個案特殊

在，此亦是本文作者欲論述行政法學發展內容重要之一部，此參見註 76 。

[79] 另外還有以著禁止保留之許可等制度，此例如我國集遊法對室內集會無須許可，然在觸及法定要件下可以爲禁止之，此如上述以犯罪爲目的的集會等 Vgl. Maurer, H., a.a.O.（ Fn. 77 ）, Rdnr. 51 ff.

[80] 於警察與秩序行政法就此深入探究的有 Schoch, JuS 1995, S. 219.

[81] Eingehender siehe Faber, H., Verwaltungsrrecht, 3. Aufl. 1992, § 14, S. 111.

[82] Schenke, W.-R., Polizei- und Ordnungsrecht, in: Steiner （ Hrsg. ） Besonderes Verwaltungsrecht, Rdnr. 311.

[83] BVerwGE 2, 295/299.

性（Besonderheiten des Einzelfalls）來為考慮。[84] 然兩者亦有其共同特徵，即均是行政機關對一定行為的事先審查。[85]其次，如從實務運作而言，實際就特許制與許可制而言，均或多或少具有人民依法行使其權利時或向行政機關要求－大部分為申請行為－為授益行為，明顯此行為或依法之權利行使對國家、社會或他人產生不利益影響或危險性時，且此種權利之行使大部分又為現今國家與社會生活與活動不可或缺，亦因此受法上的保障，所以使行政機關在依法律規定或法律授權下，於法條構成要件與法效部分有專業判斷空間或處分行為行使之制度。[86]此無論是建築法（Baurecht）中之執照發給（Erteilung der Baugenehmigung）對相鄰人（Nachbar）的危害可能性或是對污染源（Verursacher der Umweltverschmutzung）所為污染行為之許可對環境與他人（Die Umwelt und die Betroffenen）之明顯危險性，均屬之。依此，許可之行為亦非當然均為無害行為的允許。當然兩者亦有其強弱之分，特許制是影響層面與程度較強，此在傳統行政法規上如我國集會遊行法對特定地區之集會遊行採特許制，例如在法院附近之集會遊行採特許制，主要為防止更高之憲法法益受到侵害，如獨立審判，且同時衡量此限制對人民之集會自由無重大不利影響。還有對現代高科技具危險性行為，因其對國家人民存有一定利益，又具不可避免性，此時如在法律規定或授權範圍內，行政機關可採特許的手段，而其具危險性之不利益部分行為亦可以附加條款來為限制之－此乃行政處分附款之機能－。[87] 其次，許可制正如前所論述，***在今日由於裁量與專業判斷餘地的行為主體的同一性，即使依學說認定為受法***

---

[84] Faber, H., a.a.O.（Fn. 81）, Rdnr. 312.

[85] 此時又可區分爲與人或與物相關聯（Persönlichkeits- und Sachbezogenheit）的許可或特許之發給，此如証書的發給及建照之發給，還有上述兩者相結合的形式（Kombination beider），如營業登計等。此參見 Schenke, W.-R., a.a.O.（Fn. 82）, Rdnr. 311.

[86] 有關於此參見吳庚，行政法之理論與實用，民國八十五年八月，第一百一十三頁以下。

拘束之無裁量權行使之處分，[88]*亦不能否認行政機關在此現實上仍有「裁量實質」（Ermessensausübung im materiellen Sinne）之可能性存在*，此例如在環境法中有關污染物排放須符合法定要件，始發給許可証照，然法定要件大部分均授權行政機關訂之，此時在條文中除行政機關依其專業為明確列舉外，仍在最後以概括方式規定就具體個案決定要件。此時出現的仍是依專業為「實質裁量」決定，僅是強弱程度有所差異而已。[89]依此，如無本文上述對國家、社會或他人產生明顯以及幾近具體的不利益影響或危險性時，實無有使用許可制之需求，此時所涉及的有合目的性與合（憲）法性之考量。

綜上所述，特許制與許可制度均是屬*事前管制，本質上是具預防作用，原因也是為本文前述其很明確對國家、社會與他人有一定程度之不利影響存在*，所欲由行政機關為事前的審查，其範圍包含合法性與合目的性 - 即有專業審查之內涵 - 。就此，此二者僅審查強度有所不同而已。*所以，如無上述可確信之不利影響與幾近具體危險性時*，即除高科技危險性高之如環境法、核能法與醫療實驗等規範外，*立法者應儘量避免使用此兩種制度。特別直接涉及到憲法價值秩序之規範時*，不應為一般行為之事先審查，而是應就明確具體事件為立法限制或禁止已足，此時則更應為本文上述限制基本權之憲法基準的考量。

最後，所謂的報備制乃是人民行使其權利，如無上述不利益之影響或雖有妨礙，但為輕微可容忍之程度下，由人民將欲為之行為以使行政機關知悉之方式告知 - 我國之報備大部分是具書面形式，即發文

---

[87] 吳庚，前揭註（同註 86），第三百一十三頁以下。

[88] 此參見黃錦堂，台灣地區環境法之研究，一九九四年十月，第八十七頁。

[89] 此如水污染防治法第第十四條之對依第十七條與第十八條規定之事業機關發給排放許可証的要件於該法施行細則第二十三條第一項第七款之「其他經主管機關指定之文件」的規定。

於行政機關－之行為。***其特徵為不受行政機關事前審查與控制，而是告知行為，此時行政機關之介入乃始於該行為實際違反法秩序之規定時***。此時限制人民權利行使之程度較弱－或可說是－幾乎微不足道。***此時如未履行報備義務，充其量僅為可補正之程序瑕疵***。[90]

總而言之，行政機關對人民行使權利之規範，對其履行公行政任務的達成上，可以很有彈性的運用以上三種或由此衍生出來的多種方式，[91]但其前提仍存在憲法第二十三條要件的實現始可，特別在涉及憲法上基本權之直接行使時，則更須進一步考慮憲法價值決定。

（二）集會自由在我國憲政現實下應受何種強度限制問題之探究

正如前所論述之三種在行政法上規範－主要是限制－人民權利制度的採取，有其法上與專業上的考量。本文在此就此兩種觀點出發，認為集會自由有限制之必要－主要針對戶外集會而言－然在何種程度範圍內與要件下始具合（憲）法性，亦具合目的性是在此回答之重點。在此考慮要素有基於集會自由之本質、作用與目的之達成，還有憲法第二十三條就此之要件與立法者之憲法義務以及上述許可與報備相關制度對在現今我國憲政現實上人民集會自由行使限制強弱的妥當性。

首先就集會自由行使之本質而言，其為一實現民主之最傳統的基本權，其作用與目的在於輔助國民以直接或間接方式實現其為國家主權

---

[90] 德國聯邦憲法法院甚至對集會時，依秩序罰處罰拒絕陳述其個人資歷（Personalien）的處分認爲不具合憲性 vgl. VerfGE 92, 191/202 = NJW 1995, S. 3110 ff.。

[91] 相關行政機關涉及單方高權行使來規範人民自由權利之措施，主要可參見 Maurer, H., a.a.O.（Fn.66）, § 9 V, Rdnr. 44 ff.

者之權力行使。依此，其受此本質、作用與目的之限制。[92]當然以違反憲法秩序規範為目的的行為，亦不受允許，此如以犯罪為目的之集會等。[93]所以，集會自由在此是否應予事前審查***取決於其行使是否普遍的會產生明顯與幾近具體之危險性，且符合比例相當性原則？***基本上，依本文之見解，在此程序限制集會權，***除如本文前所論述之限制情形與特殊（憲法）法益保障可由立法者為事先管制措施外***－此時要強調的是立法者立法時憲法所要求的***明確具體化之義務履行***－，一般之集會遊行實無達本文上述明顯具體危險之臨界點，[94]同時即使程序瑕疵亦非為禁止之理由，否則實逾越憲法第二十三條法治國原則下比例相當性原則之要求[95]，並侵害憲法保障之基於集會自由的集會參與者自主決定權（Selbstbestimmungsrecht des Versammlungsteilnehmers），[96]且對在憲法價值秩序下作為主體價值內容的基本權核心，有強烈侵害之可能性（höhere Wahrscheinlichkeit），因為此事前之禁止乃使得人民此一基本權無法再度（wiederum）就該事件為行使之，此乃有完全剝奪為特定目的行使集會遊行權之可能性，特別在未達如此強度限制需要時，更是明顯。[97]

---

[92] 詳細內容參見本文上述肆之說明。

[93] 同註 92。

[94] 此如德國聯邦憲法法院在判斷室內集會之「室內」（in geschlossenen Räume）概念描述時，均是以其具體產生危險之可能性作爲基準，此參見 BVerfGE 69, 315/348. 還有 Mannheim 行政法院亦以「損害出現可能性之程度」（… den Grad der Wahrscheinlichkeit des schadenseintritts）爲判斷直接具體危險之基準。vgl. VGH Mannheim Beschl. V. 29.03.1993, NVwZ-RR 1994, S. 88. 此亦參見本文參部分二之論述。

[95] 對此德國聯邦憲法法院之描述爲「依基本法第八條第二項所可爲對集會自由之限制僅在保護同等重要之其他法益時，並嚴格（strikt）確保遵循比例性原則下始有可能。」BVerfGE 69, 315/348 f.

[96] Alberts, H.-W., Zum Spannungsverhältnis zwischen Art. 8 GG und dem Versammlungsgesetz, NVwZ 1992, S. 38 ff.

[97] 在此主要強調，一法規範所允許之限制行爲越接近基本權限制界限，越接近明顯違憲強度，此時釋憲者即應爲「幾近違憲無效」之警告，如其同時與憲法其他相關規定牴觸時，當然已非常明確的違憲，更無待說明。此可參見拙著陳慈陽，前揭註（同註一），

綜上所述，在集遊法中對人民集會自由採許可方式，***就「程序限制」程度之必要性而言***，已逾越憲法第二十三條限制人民自由權利須***立法者自己明確具體規範之制定，且不符比例相當性原則以及限制之界限遵守的嚴格要求***。[98]其次，即使集遊法第十一條規定，對不予許可限於其中六款，－ 現暫不問實質限制內容為何，此將於以下論述 －，如為檢驗，於此則由於構成要件之過度抽象化 － 此時特別再度強調的是，此乃對作為國民主權行使最重要與最基礎之集會遊行權而言 －，使得集會遊行自由在受審查時，有隨時被排除可能，以致此自由權***一開始即有無法行使之可能性，侵害基本權核心機率過大，與集會自由所欲保護之憲法法益不相當***。至於實質內容限制則於本文以下為評析之。

二、集會遊行法相關「實質限制」集會自由規定之合憲性探討

從上述可以得知，人民受憲法保障之基本權非是不可受限制的，但必須嚴格遵守憲法上之要要求，但又因將基本權限制與否，除憲法有限的要件規定外，均將其交由立法者決定。所以為防止立法者之恣意，在憲法上將基本權限制的程度予以限制，以防止基本權的空洞化（ zur Vorkehrung der Aushöhlung der Grundrechte ），[99]依此出現基本

第一百零五頁以下有關基本權核心理論相關論述。

[98] 縱使如傳統學說認爲許可制無裁量可能性，甚至人民有法上請求權，但今日集遊法第十一條中即賦予行政機關在六項要件下不予許可，且此抽象化甚強不確定法律概念之判定即實質裁量權之行使，此正如德國聯邦憲法法院所言（ vgl. BVerfGE 49, 89/126;40, 237/249 ），即使在法律規定或授權下，如涉即本質重要事項，特別是基本權之行使，仍須由立法者親自決定之，所以此種一開始即賦予行政機關對憲法重要基本本權行使與否的事先審查與決定權，實與憲法第二十三條之嚴格要求與憲法價值秩序決定內容不相符合。

[99] Vgl. BVerfG Beschl. V. 11.06.1991 = NJW 1991, S. 2694; dazu auch BVerfGE 69,

權核心理論之實証化。[100]又為防止立法者過度的放任行政權作為，才在憲法第二十三條以四項不確定法律概念的規定，要求立法者應為具體明確化的立法義務，始符合該條文之立法限制人民基本權之精神。此些憲法規範無疑的均是為保障人民之自由權利所加之重重制度與措施。依此，原則上*法律欲為基本權規範僅在於為促進基本權的更充分實現與對其他憲法法益或整體憲法秩序有明顯與幾近具體危險時，始有限制之必要。此種憲法客觀價值決定*對受憲法明文規定直接保障與作為憲法價值秩序基礎之基本權，更為重要。就此，本文將進一步探討集遊法中，對集會遊行自由之實質限制是否具合憲性與此相關問題。

（一）言論自由與集會遊行自由之競合

1、與集會自由相關之人民自由權利的分析- 以言論自由為主要對象

正如前所論述，集會自由所保障的非僅限於集會之行為，與此自由權行使相關聯且為達集會目的所必須之附隨與預備行為均受保障。此時最重要為言論與行為自由（ Meinungsfreiheit und Allgemeine Handlungsfreiheit ）。其次，亦可能涉及到集會遊行時，依參與者之類型，所形成訴求內容與目的涉及到學術、藝術等其他憲法列舉或概括保障。[101]此時就形成所謂釋憲者在此基本權保護領域競合問題（ Das

315/349=NJW 1985, S. 2395=NVwZ 1985, 898 L.

[100] 參見拙著陳慈陽，前揭註（同註一），第一百零二頁以下與第一百零五頁以下。

[101] 除基本權競合問題外，還有基本權衝突（ Kollissionen von Grundrechten ），此概略說明可參見 Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 1992, § 6, Rdnr. 359 ff. 基本權衝突與競合均是法學上法律具體適用於個案的問題。

Problem der Konkurrenzen von Grundrechten）之解決。[102]所謂基本權競合是指，就一具體事件中，在首先出現的表象下，如何從許多相關的基本權中找出一個為當時憲法適用時 - 即憲法解釋時 - 的基準（ jeweils maßgeblich ）。[103]在此由於與集會自由相關聯之基本權依個別具體個案不同，而會有許多極端差異的競合情狀，依此本文受限於篇幅與時間，僅就集會自由最具直接密切關聯性的一般行為自由與言論自由為論述重點。

首先，就行為自由（ Allgemeine Handlungsfreiheit ）而言，其為消極人身自由的積極面，[104]除不得侵害其他基本權保護領域外，包含所有人民之作為與不作為的保障，於此特別針對國家在法上與事實上的侵入行為，無論為積極或消極的不利益給予與影響，均屬之。[105] 依此，在集會遊行中，此上述之保護領域亦與集會自由競合。

至於集遊法是否同時侵害言論自由與集會自由，即此二自由權保障競合問題的回答之前，本文欲就言論自由為稍為詳細的闡明，始能表現言論自由對集會自由之重要意義。首先，言論自由被視為人際之間交往自由（ Kommunikationsfreiheiten ）的表現方式之一。[106] 言論自由（ Meinungsfreiheit ）亦是由傳統民主國家中最典型之基本權，因此被視為為首要人權之一（ vornehmsten Menschenrechten überhaupt ）。[107]也就是使國民作為主權者對自己內部的意思，以言語表達於外的形式，[108]特別在民主意志形成與決定過程。[109]依此其本質上與集會自由

---

[102] Siehe vor allem Stern, K., Staatsrecht III/2, 1994, § 92, S. 1366 ff.
[103] Pieroth/Schlink, a.a.O.（ Fn. 101 ）, § 6, Rdnr. 384.
[104] 有關憲法第八條人身自由規定與本文在此所稱之一般行爲自由以及由此得出之個人自我發展權之關聯性，本文將另爲文論述。
[105] Vgl. BVerfGE 42, 20/27 f.; 44, 216/223 f.
[106] 此交往自由還包含資訊、媒體、出版等自由，此爲我國憲法第十一條部分規定與德國基本法第五條第一項與第二項。
[107] BVerfGE 71, 206/220; 76, 196/208 f.
[108] BVerfGE 61, 1/7.

相同，首先為具防衛作用之主觀權利，此外，由於其對民主立憲國有其基礎權利之特性，亦被學者視為具憲法客觀原則（… als objektives Prinzip der Verfassungsordnung），即憲法價值秩序之決定。[110]

其次，所謂言論亦應包含其之表達與傳播於外（Meinungsäußerung und -verbreitung），[111]甚至德國聯邦憲法院認為，只要意見與言論形成的前提均屬之。[112]就此，許多憲法學者欲將單純事實陳述，如報導性的表達，排除於言論自由的嘗試，[113]被視為不可行，因為主觀言論表達取決與許多的事實存在前提，[114]且眾多事實存在的取擇來表現於言論上，亦已有其評價要素（… bereits wertende Element）。[115] 依此，則單純的數字陳述即非於此概念當中。[116] 此時作為上述言論表達之形式基本上常是以語言、文字與圖畫（Wort, Schrift und Bild），當然亦不僅限於此三類型，亦即只要能將基本權利人內在意思表達於外的任何方式均可。

基於言論自由為民主立憲國家最傳統與基礎的基本權，因此首先基本權利人定包含本國人 - 自然人與法人。[117]又其被視為最首要人權之一，所以在不涉及國民專屬身分權利行使與合憲法律規定限制外，亦不得排除外國人此權利之享有與行使。[118] 而此基本權義務人則須對在上述言論自由之人與事物的保護領域中不得為禁止、管制、阻礙或命

---

[109] Vgl. BVerfGE 82, 272/281.
[110] Vgl. BVerfGE 57, 295/319 f. dazu auch Schmidt-Jortzig, E., Meinungs-und Informationsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof （Hrsg.）HdbdStR Bd. VI § 141, Rdnr. 7, S. 639 ff.
[111] Schmidt-Jortzig, E., a.a.O.（Fn. 110）, Rdnr. 17 ff.
[112] BVerfGE 61, 1/8; 65, 1/41. 將此概念更加擴大的亦有 Herzog/MDHS, Art. 5, Rdnr. 55.
[113] 此如 Leisner, W., Begriffliche Grenzen verfassungsrechtlicher Meinungsfreiheit, UFITA 37 1962, S. 129 u. S. 141.sowie Scheuner, U., Pressefreiheit, VVdStRL 221965, S. 63.
[114] Starck, Chr., GG-Kommentar, v. Moangoldt/Klein/Starck, Art. 5 Abs. 1, 2, Rdnr. 19
[115] Starck, Chr., a.a.O.（Fn.114）, Rdnr. 19.
[116] BVerfGE 65, 1/40 f. 此時如單純數據爲評價內容之前提時，又當然另當別論。
[117] Wendt, R., in:v. Münch/Kunig （Hrsg.） GG-Kommentar 1992, Art. 5 Rdnr. 6.
[118] 基於基本權的本質與作用，國家機關與公法人非基本權之享有主體，更不待言。

令之行為，否則即為基本權之侵害。

2、基本權競合之憲法適用

正如前所論述，集會自由權行使相關聯且為達集會目的所必須之附隨與預備行為均受保障。且此被涵概於集會自由內容的行為或類似表達亦是其他基本權保護領域之行為，因此產生適用上之競合，所以就一般行為自由與言論自由在與集會自由保護領域競合下，由於集會自由相較於一般行為自由為特別基本權保障，依「特別優於一般」（lex specialis）之法理，直接適用集會自由之保障領域的保護規定。[119] 而在集會時，所發表或主張之言論如同時受集會自由與言論自由保障時，此時則出現一行為受兩特別基本權保護（ zweier spezieller Grunfdrechte ） - 此乃針對一般行為自由而言 - ，***此時仍以何種基本權對此行為顯示其特殊性（…für den konkreten Fall spezieller …）為準***，此前提乃在於，此較特殊基本權較另一基本權多出一附帶的特徵（ zusätzliche Merkmale ）。此如在集會遊行時所為言論之表達，為集會遊行者之言論表達，此時除言論表達外，***多出比一般人的「集會遊行」特徵***，此時則依集會自由為保護基本權來適用。[120]

（二）集遊法相關實質限制規定是否符合憲法第二十三條限制基本權之要件與其他實質基本權

---

[119] 簡略基準參見 Pieroth/Schlink, Grundrecht, Staatsrecht II, 1992, § 6, Rdnr. 384 ff. eingehender siehe vor allem Stern, Staatsrecht III/2, § 92.

[120] 甚至德國聯邦憲法法院認爲集會自由爲一集體式的言論自由保障（ Kollektive Meinungsfreiheit ） vgl. BVerfGE 69, 315/345. 至於基本權競合問題解決之簡略基準亦參見 Pieroth/Schlink, a.a.O.（ Fn. 119 ）, Rdnr. 389 ff. eingehendere Darstelung siehe Stern, Staatsrecht III/2, § 92 sowie dogmatisch siehe Abels, P., Die "Klarstellungsfunktion" der Idealkonkurrenz -Ein Beitrag zur Dogmatik der konkurrenzlehre, 1991 m.w.Nachw. u. Bleckmann, A/Wiethoff, C., Zur Grundrechtskonkurrenz, DÖV 1991, S. 722 ff.

之保障

1、集會遊行法第四條規定

集會遊行法第四條規定「集會遊行不得主張共產主義或分裂國土」，此時如欲實質審查其是否違反集會自由、言論自由或憲法第二十三條之規定，必先提出審查基準。且此基準應由程序到實體逐步為之，程序部分的對集會遊行採許可制已於上述說明，此時僅就以實質限制作為程序審查前提是否違反憲法第二十三條規定為述明之。首先，本文承認實質限制作為程序審查之前提為法理上所允許，亦為外國立法例所採。此如德國集會法第第一條規定（§ 1 VersG）。然此時實質限制之基準仍以是否合乎憲法價值決定與要求為評斷標準。更具體就集遊法第四條規定而論，即是立法者當時（jeweils）認定「主張共產主義與分裂國土」有侵害憲法秩序高度可能性（höhere Wahrscheinlichkeit）存在－即幾近以達具體程度－，為保護較高憲法法益與人民自由權利之保障，依憲法第二十三條限制人民自由權利之要件，於集遊法第四條中規定其作為禁止集會遊行自由行使之首要審查要件，亦即如依集遊法規定，人民申請集會遊行在進入審查時，如遇有「主張」共產主義或分裂國土，應立即不予許可。此時該條文有兩大違憲之疑點，其一立法者依據憲法第二十三條授權行政機關來限制人民自由權利，除依一般下位階法規所賦予人民主觀公權利之審查與限制外，如遇憲法直接保障之自由權，應依其侵害可能性與欲保護之憲法法益衡平性來思考，應以何種程度之限制，始符合憲法第二十三條之限制要件。當然此之前提為確有限制必要存在始可。

首先，人民以「主張」兩項政治議題，對憲法保障之法益與人民自由權利，是否有實際上的危害性存在問題之回答，本文認為，其仍在

言論階段，亦即以口頭、書面或圖畫或相類似之表達方式為之，只不過其是在集會遊行當中主張而已。基此，屬言論自由與集會自由保障之領域，依上述二特別基本權保護領域競合時，以其附加之特徵為主張對象，即以「集會」為其附加特徵，則以集會自由為其適用之規範。***此時本文所稱之「危害性存在與否」是指，依通常之方式為「主張」表現時，依一具理性個人之評價，有無立即明顯之幾近具體危險性存在，亦即有無具體暴力可能性存在。***[121]***依此可得，「主張」實難達此程度。***更進一步突顯「主張」無危害性，則可從憲法增修條文第五條第五項對政黨目的與其行為危害國家之存在與自由民主憲政秩序的規定可得，所謂「危害」應是達到主動、攻擊與侵犯之程度始被視為違憲要件之一。***[122]更何況僅限於「主張」共產主義或分裂國土之階段，實未達侵害憲法秩序或其所保護之法益與人民自由權利之程度。依此，此首先違反憲法第二十三條限制人民自權利之比例相當性原則要求，且使人民言論於集會時之發表，經由此禁止，完全被排除。以無害之言論為禁止的對象，實不符憲法價值秩序之決定與要求。其次，「共產主義」為一學理名詞 - 可能為政治學或其他學術領域之名詞 - ，其內涵具不確定性與包容性，因此實難看出其在言論發表階段 - 無論是否在集會遊行時 - 對憲法秩序之內涵有任何侵害可能性。[123]***縱使因主張共產主義，而致有具體行為出現，即以共產主義為推翻現行憲法秩序或脅迫他人贊同其主張時，則對個人有刑法上內亂罪與強制罪相關規定之處罰，對政黨有憲法增修條文第五條第四項與第五項的禁止規定，足以保障憲法秩序之存在。***再則，就主張「分裂國土」之議題而言，其亦屬人民政治意見表達之範圍，仍

---

[121] 當然在此以暴力脅迫他人必須贊同其主張，乃屬刑法上之罪名，此乃另當別論。

[122] 此參見拙著陳慈陽，論政黨在憲法位階上之意義與地位，憲法規範性與憲政現實性，憲法學基礎理論（二），一九九七年九月，第一百六十二頁以下。

為言論自由保障領域中之行為，因為在一民主立憲國家中，此屬人民自我政治意志決定與形成之權利。此時如未達以暴力行為作為其目的與手段時，在集遊法中作為禁止要件，實侵入憲法第十一條言論自由與第十四條集會自由之保障規範，亦無憲法第二十三條侵入正當性之理由。縱使主張分裂國土如同主張共產主義進入到以暴力方式作為其分裂國土之手段與目的，亦有上述相關之處罰規範。[124]

綜上所述，***首先集遊法第四條作為「絕對」禁止集會遊行之要件，首先不符憲法第二十三條比例相當性原則要求***。其次，在未達絕對限制程度，且此兩項政治議題僅在「主張」程度，亦屬言論自由範圍，如於集會遊行中為主張，又為集會自由所保障，依基本權競合規範為集會自由保範圍。依此，集遊法第四條違反憲法第十四條集會自由之保障。所以在侵入人民集會自由，又無憲法第二十三條侵入正當性之理由，所以集會遊行法第四條之規定不具合憲性。

2、集會遊行法第十一條之限制規定

依集會遊行法第十一條規定，如有第一款至第六款之要件實現時，則不給予集會遊行許可。正如本文前所論述，禁止集會遊行之實質要件並非不可，例如對已被憲法法庭宣告違憲政黨與其替代組織之集會遊行的禁止或對以犯罪集團為犯罪行為之集會等，[125]此即是德國集會法第一條之規定。但如對其他事項，因集會自由為民主立憲國家最基礎之基本權，所以本文認為，立法者在為限制時，除應具憲法第二十

---

[123] 此時如涉及到共產主義學術上之解析，亦進入學術自由保障領域之競合問題。

[124] 此如德國集會法第十三條警察解散集會之要件亦僅限於違憲政黨與替代組織之集會、暴力脅迫與對參與人之身體、生命與健康有直接危險時、持有武器與違反刑法規定時。且特別強調的是，其非事前之審查，而是在集會遊行時有明顯、幾近具體危險時，始得為之（§ 13 VersG.）。

[125] 有關我國憲法增修條文第五條第五項有關政黨違憲解散之替代組織等概念之釐清參

三條限制正當性理由外，還應在法律上儘可能就其構成要件（Tatbestand）為明確具體化。[126]

就集會遊法第十一條規定觀之，除程序以許可制限制問題外，本文以下將逐一審查其各款要件之合憲性。首先，就第一款而言，以違反第四條規定為不予許可理由，已於前述認定不符憲法要求，不再贅述。另對違反第六條之規定不予許可事項，則是本文上述所言，***為確保憲法更高法益或他人自由權利時，可以為限制之考量，然仍需符合一定具體明確要件始可為之***。依此，如侵害司法獨立審判高度可能性之限制，依我國現今之憲政現實，應非不得加以限制。至於總統府與行政院等機關，因其為國民所直接或間接選舉出來，所以國民意見的形成與表達，應不得阻於門外，依此似非不得為集會遊行之處所。[127]至於以第十條作為不予許可要件，本文僅以其是否違反刑法規定為考慮基準，除此外，認為無限制之必要。

見拙著陳慈陽，前揭註（同註 122），第一百七十一頁以下。

[126] 主要可參見本文前揭肆部分之論述。

[127] 依本文論述推論，則國會應是集會遊行最重要的地點，且以其爲民意代表，斷無可能禁止於國會附近爲集會遊行，然德國卻是從國會作用能力（Funktionsfähigkeit der Parlamente）會受影響爲理由，即認爲國會作用能力優先於集會自由權之行使，於集會法第十六條禁止在其周圍爲集會遊行，並制定一「國會周圍法」（Bannmeilengesetz v. 06.08.1955 BGBl. I 504, geänd. Durch Gesetz v. 28.05.1969 BGBl. I 449）來將此規定更加具體明確化，本文認爲有違在爲限制基本權應考量比例相當性或法益衡量原則（Das Abwägungsgebot）（vgl. BVerfGE 69, 315/349），因爲集會自由權在國會周圍行使不僅應顧及會影響國會之作用能力，且亦同時考慮到對其作爲國民代表於監督政府與立法時之行爲的影響，此時正是主權者直接監督國會代表民意之時機，兩種影響力在憲法價值體系下爲衡量時，如其集會無逾越其應遵守的規定，如和平、無過度吵雜影響議事時，斷無使其在體現國民主權原則之地方，無行使其政治上的自由權。有關禁止於國會周圍集會遊行與示威的合憲疑義亦在德國一九九四年產生。（vgl. Tsatsos/Wietschel, ZRP 1994, S. 211 ff.）就此 Tsatsos/Wietschel 認爲此與基本法要求不一致。（vgl. ders., ebda., S. 215.）其次，在德國各邦的集會法還有不同之限制，如假日集會與主要作禮拜日之室外集會禁止等（Schutz von Gottesdienst und Sonntagsruhe），本文認爲仍有其合憲性之疑問，至少在我國不能適用。與本文相反的見解主要可參見 Kloepfer, M., Versammlungsfreiheit, in:Isensee/Kirchhof（Hrsg.）HdbdStR Bd. VI 1989, § 143, Rdnrn. 56.當然其於最後仍保留立法者對國民對此態度轉變之衡量權。dazu ders, ebda. 最後亦有學者在此認爲德國集會法是制定於一九五三年，內容規範已過時與不符現代需求，應予以修正，此參見 Alberts, H.-W., NVwZ 1992, S. 38 ff.

其次，制憲者將憲法基本權限制委由立法者依憲法第二十三條為之，此時立法者必先將該條中四項不確定法律概念，基於憲法價值秩序之取向為判斷，然後將其精神貫徹到法律當中，也就是說，立法者在此之任務為，就集會自由之行使，如有抵觸四項要件之一者，應在法律中予以「明確」且「具體」的規範，此正是本文前所強調的，***亦是法治國原則對基本權保障為較嚴格的法明確性與可預見性之要求（ Die rechtsstaatliche Forderungen der Rechtsklarheit bzw. des Bestimmtheitsgebots und Voraussehbarkeit ）***。然就集遊法第十一條第一項第二款與第三款而言，立法者又是以不確定法律概念（ Unbestimmter Rechtsbegriff ）為規範內容，不符合憲法就重要基本權之限制僅能由立法者為決定之要求，此從憲法第二十三條觀之，即可得出此論據。[128]其次，另再就第二款、第三款與第四款之規範內容觀之，亦是基於集會自由在一自由民主憲法秩序下之重要性理由 - 此前已論述 - ，此三款已將集會自由有否在客觀上之行使可能性，交由主管機關的「實質裁量」，亦可造成此自由權實質的無法行使。[129]再則，集會遊行自由正如本文前所述，基於人民行為自由與個人發展自由為基礎所形成的所謂民主基本權（ demokratisches Grundrecht ），[130]，依本文見解，不僅本國人，甚至外國人- 當然要

---

[128] 本文對司法院大法官會議數號解釋(釋字第 345, 346, 367, 380, 394 及 402 號)得出，限制人民自由權利除法律規定外，還可經由立法者授權行政機關為之的見解，在形式上認為有其疑義，因為所謂授權明確性要求，就憲法層面而言，我國並無如德國基本法第八十條明確的規定，而是僅在我國憲法第二十三條規定立法者為唯一具有限制權限之主體，如此司法院大法官會議擴大限制主體範圍，當然即使須原始限制主體之授權始可，亦無法避免與憲法嚴格規定不相符合，此涉及到憲法解釋之界限，本文將另為文探究之。有關此問題之疑義提出可參見拙著陳慈陽，前揭註(同註一)，第二百零九頁以下。

[129] 本文在此並非反對在他人已於同一地點集會時，集會自由不可限制，而是認為不應事先以此理由為不予許可，而是依其輕重可以給予一定要件限制，此可參見本文以下（三）之 2 部分論述。

[130] Vgl. Kloepfer, M., Öffentliche Meinung, Massenmedien, in:Isensee/Kirchhof （ Hrsg. ） HdbdStR Bd. II 1987, § 35, Rdnrn. 25 ff.

排除身分專屬性為目的的集會自由 － 均應享有此自由權，[131]不應以其所屬團體是否有依法設立為考量基準，[132]***而是消極的以非違法組織為具體判斷之準據。***[133]至於第六款則取決於許可制採用與否的結果，如因程序瑕疵而禁止人民集會自由權，即是很明顯的不符憲法價值決定。

綜上所述，集會遊行法第十一條或由於事前審查之實質要件過於寬鬆，而造成行政機關有過強的事先禁止集會遊行的權限，不符憲法對人民基本權保障密度強化之要求，[134]也就是說，***即使有法律依據或法律授權，在對人民本質上具重要性之事項，特別是憲法上受直接保障之基本權行使，仍應由立法者作明確的決定，而不應委由行政機關自行決定之。***[135]依此，集會遊行法第十一條首先在程序上以許多過度抽象化的不確定法律概念，使得行政機關能為寬廣與具彈性到難以想像（ undenkbar ）的「判斷」（ Beurteilungsspielraum ）或「實質裁量」空間，有使得在民主立憲國家中被視為實現主權者意志最重要方式之一的集會自由權有極高度的無行使可能性存在，***具強烈的基本權侵入個性，且無憲法第二十三條比例相當性原則之侵入正當性理由，又幾近達到使基本權完全不能行使的強度***，不符憲法要求，因此其不具合憲性。

---

[131] 在德國憲法學者的見解認爲「非德國人」（ Nicht-Deutsche)不能以集會自由來請求，而是以基本法第二條第一項一般行爲自由來得出其請求權。 vgl. v. Münch/Kunig, GG-Kommentar Bd. I 1992, Art. 8, Rdnrn. 7 f.

[132] 此如非法人團體亦應享有，在德國即承認無權利能力團體（ nichtrechtsfähige Vereinigungen ）亦享有集會自由。 vgl. BayVGH in NJW 1984, S. 2116.

[133] 此如德國集會法第一條明文禁止之團體爲集會遊行之要件即是以其是否已被宣告違法或違憲爲基準。

[134] 有關憲法對基本權保障密度強化之實証化參見拙著陳慈陽，論基本權核心理論之實証化及其難題，前揭註（同註一）。

[135] 此可參見有關國會保留所形成重要性理論之德國聯邦憲法法院判決。（參見註 81 ）當然立法者行使基本權限制之立法行爲之合憲性，最終亦須由釋憲者來爲審查與控制。

（三）室內與室外集會自由保障程度差異之探究

1、保障程度差異之理由

憲法上之基本權可受限制是無庸置疑的，甚至在德國憲法中有所謂無法律保留之基本權亦被憲法學界嘗試在一定狀態下，以「基本權內涵性界限」理論來限制－對德國基本法中基本權體系基礎之人性尊嚴當然另當別論－，基本上就此則是「是否」（ob）與「如何」（wie），即何種程度的限制（inwiefern）問題。首先就室內集會而言，在我國與德國相關規定均***趨向於對其他憲法法益、憲法秩序與其他人民自由權利沒有或僅有輕微的影響（Leichtigkeit）為判斷基準***，因此在德國為無法律保留適用之基本權－此時需注意到所謂「基本權內涵性限制」理論之適用－，而在我國為原則上應無須經許可－但有例外情形，如集遊法第八條第二項規定－，即可行使之權利。依此，有關集會自由有室內外區別，且在我國均有法律保留的適用下，***立法者對室外集會在此有依憲法第二十三條為決定的權限是無庸置疑的***，但是立法者須依本文上述所提之***依憲法價值秩序之決定來適用第二十三條限制要件始可***，否則限制人民集會自由之法律即不具合憲性。

2、室外集會規範與相關規定之關聯性

基於前所論述的，制憲者與立法者均對室外集會自由為較多考量與限制，因為其涉及到公共道路之使用與交通秩序法規之適用問題。依本文見解，即使集會遊行於室外有對第三人為阻礙的影響，基於法益衡量，此時並***無需道路使用的特別許可（wegerechtliche Sondernutzungserlaubnis）或交通法規之許可***

（straßenrechtlicheErlaubnis），[136]即使此時為由於大規模行使集會自由（Massenhaftigkeit der Ausübung der Versammlungsfreiheit）而產生的有害影響亦同，[137]***此憲法正當性源自第十四條規定***，更不待言。當然亦非在法益衡量時，集會自由完全具優先地位，特別涉及到有他人亦***同時欲於同一地點***行使其自由權時，***且對公共安全與秩序（Umstände der öffentlichen Sicherheit und Ordnung）有具體明顯的直接危險（konkrete, erkennbare und unmittelbare Gefährdung）存在時***，例如以妨礙他人集會遊行（示威）- 或行使其他基本權 - 為目的之集會遊行，[138]則可由主管機關為禁止或限制。[139]最後，一般警察法規與交通法規均與集遊法形成普通法與特別法之關係，此時集遊法上之原則應優先適用，更是自明之理。

三、行政法規之刑事罰規定的妥當性與合憲性探討

行政法規與刑事法規原則上均是國家在公權力行使上，規範人民權利義務相關之規定，特別是在涉及廣義公法事件。然二者就人民義務之違反的處罰有其不同之目的與本質，首先就行政處罰而言，其乃為維持國家行政目的，對違反行政上義務者所科之制裁，因此其不具倫理或道德上之非難性，而刑事罰者則是具反道德與倫理行為之制裁，因此刑事處罰可稱為最低限度之道德要求。[140]此理論發展至今，我國學者通說認為，刑事罰與行政罰在今日僅有量上不同，而無質上之差

---

[136] 此由憲法基本權直接保障與憲法優位性原則，即可得出此結論，在德國就此在結論上亦同本文之見解，此可參見 Schwäble, U., Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit, 1975, S. 171; Samper, R., Rechtsfragen zum "Demonstrationsrecht", BayVBl. 1969, S. 79.

[137] Hervorhebung nich völlig im Originär, siehe BVerfGE 69, 315/353; 73, 206/249f.

[138] Vgl. Kloepfer, M., a.a.O.（Fn. 75），Rdnr. 58. 對直接具體危險爲判斷基準則可參見 VGH Kassel Beschl. V. 17.09.1993 = NVwZ-RR 1994, S. 86.

[139] Vgl. BVerfGE 69, 315/343.

異，在採用上均是立法政策之考量。[141]本文基於以下之理由對此持保留態度（ zurückhaltend ）。首先就二十世紀中期以來，對人民基本權的保障強度之加強與在民主國家中對人民基本權侵入程度最強之刑事處罰採罪刑法定主義，均在在顯示，***除非人民行為已達對國家、社會與他人權利有重大之破壞，以致不得不採取最強烈制裁手段，來維持憲法秩序的安定與和諧，否則國家權力行使上對人民基本權之合（憲）法侵入，應儘量在必要程度考量下，為最輕微與不損及其他基本權之方式為立法明確具體規範*** － 即個人基本權不得完全剝奪之理念 － ，此如有關受刑人之密秘通訊自由之限制，亦僅能有其必要時為之，始可。其次，在憲法秩序下，對人民違反義務 － 無論公法或私法義務 － 國家均有程度上差異的採用不同之法規範體系來為處罰之，此如從程度最輕的民事制裁及至行政制裁，最後最嚴格的刑法制裁等，***處處顯示出處罰之強弱除上述本質之差異外，在人民破壞憲法秩序所保護之法益與權利程度上之差異，而有所不同處罰強度之規定，在此至少（ mindestens ）亦可得出量上之不同。***最後，從刑事罰與行政罰在處罰內容之正當性理由與相關處罰要件與型態上之不同，此如責任要件、既遂與未遂等子差異，亦可得知兩者不同之處。[142]依此，如斷然認為兩者無所區分，而在行政罰中大量採用刑事處罰之內容時，則易造成人民僅是違反行政義務，而受到具對基本權破壞力甚強的刑事罰之處罰，有違憲法基本權保障之基本精神。然本文在此並非完全反對行政上某些行為可以刑事罰為處罰之，而是須顧及幾點適用基準，***（一）為違反義務之程度已達刑事處罰之強度***，此如破壞環境程度已達刑事法上犯罪之認知時；***（二）為該***

---

[140] 吳庚，行政法之理論與實用，民國八十五年八月，第四百零五頁以下。
[141] 吳庚，前揭註（同註 140 ），第四百零九頁。與在此註八與註九所引之學者與判例。
[142] 吳庚，前揭註（同註 140 ），第四百一十頁以下。

行為之處罰如以行政罰為之即可達到處罰之目的 - 即公行政義務之作為、不作為與容忍等義務 - ，*則應儘量避免使用刑事罰來處罰行政義務之違反者；（三）縱使使用刑事罰為處罰，應儘可能規範於刑法法規中，即使必要時須於各該行政法規規定，亦應儘可能有所節制*，即為本文上述（一）之考量為基準，*並應如刑法所要求的嚴格遵守罪刑法定主義與相關之原則*。本文以上所提之理由與基準，主要針對學理上規範體系本質之不同、現行憲法秩序對基本權保障之強烈要求與我國憲政現實上刑罰權濫用於許多行政法規上之不妥所得出之見解。依此，本文認為集會遊行法第二十九條採刑事罰之規定應依上述考量基準來作判斷。由此基準，本文認為集會遊行之不解散的所謂「首謀者」之行為是否已達「犯罪」程度，亦即公共秩序與他人權利已受到侵害 - 特別是暴力侵害與脅迫（ Gewaltättigkeit und Bedrohung ） - 為基準，[143]且此侵害與刑法上公共危險及違害國家與社會法益相關罪名處罰強度是否相當，以及是否使用行政罰亦無法達到集遊法所達成之維護社會秩序與保障他人權利之公行政任務等考量，持保留態度。

陸、結論

集會自由在歐美民主起源國家有其歷史上發展的傳統，時至今日在對人民行使或國家限制此項自由權時，於體系與方向上均無甚大疑難之處。但對我國作為一民主起步甚晚的國家而言，集會自由保障與可限制程度的確認對未來民主發展與憲法秩序的維護有其不可否認的

---

[143] 此可參見德國集會法第二十一條以下刑事罰規定大部分均是以暴力與脅迫（ Gewaltätigkeit bzw. Gewalt und Drohung ）或使用具武器性質用具（ Verwendung bewaffneter Ordner ）的處罰。且依此用具之類型對人的侵害（ zur Verletzung von Personen ）與物的毀損（ zur Beschädigung von Sachen ）是明顯確定可得知的。

指標意義。依此，首先必先確認的是，正如本文所言，集會自由為人民在古老時代爭取自由民主時，最重要的權利之一，依此其*具傳統自由防衛權之性質與被視為民主參與基本權*，更是無庸置疑。其次，要再進一步強調的是，法律在自由民主憲法秩序下對基本權定位扮演著*積極促其實現與消極的於一定要件下來為限制。此均是國家憲法上賦予立法者不得推拖的義務*。基於此，在積極促進基本權能充分的實現與進一步的發展任務上，立法者要在法律當中設計許多對行使自由權利現實上障礙排除之制度，此如選舉時強制放假之規定等。另一方面，*在消極限制基本權上之任務履行，更應謹慎為之。此時要考慮的是在憲政現實上，如何確保憲法保障基本權之基本精神，來為限制與否與侵入程度強弱*，也就是，須為法治國原則比例相當性與憲法價值內容考量，*最後則是審查，即使在限制基本權時，是否有侵入基本權核心，使基本權利享有人經由此限制，幾乎或完全無法再享有與行使此自由權利 － 特別對特定訴求所欲為之集會遊行行為。*

在上述基準下，本文對集會自由是否應予限制的問題，首先認為在已受憲法秩序所禁止的行為，此如已解散政黨對其原有主張的集會與以犯罪為目的之集會，或集會場所會影響憲法所保障之制度，此如司法獨立審判等，當然*須在集遊法中加以限制，此時立法者對法條構成要件的明確化義務的履行是為憲法第二十三條與法治國原則之要求。*除此重大的為憲法秩序所反對的集會須以法規範加以限制外，*一般集會自由可以加以限制或制止僅能在現實具體對國家、社會與他人自由權利產生重大危害時，始可為之*，此即是*集會時*行政機關依其專業判斷所為之解散、警告等行政（一般）處分行為，也就是依憲法第二十三條要求，一般集會遊行實無事先審查之必要，因其可能

造成集會自由無法行使的高度侵入行為。

就集遊法第四條以兩項政治主張作為限制人民集會自由權之行使，正如本文所言，已侵害憲法保障之言論與集會自由，又不符憲法第二十三條之要求 - 理由已於前文論述 - ，此時以基本權競合理論來為解決時，***就言論與集會自由，則依集會自由所保障領域為判斷基準，而其與憲法第二十三條由於非處於一特殊關係 - 此是從保護客體不同觀點出發 - ，所以受兩法條雙重保障***。依此，集會遊行法第四條不符合憲法第十四條與第二十三條的要求，不具合憲性。究第十一條而言，第一款除以第四條為限制要件外，還以第六條與第十條以及第六款的以第九條為實質限制內容，正如上述，此取決於立法者是否依據憲法價值秩序為判斷基準所為之立法，依此，***本文認為第六條特許之要件 - 即場所 - 應再度加以考量***，依其是否真正危害到憲法所保障之內容，抑或為更直接國民意志的表達而定。***而第十條中亦有許多過度限制部分***，應依本文上述標準，重新加以思考。***第十一條第二款與第三款***正是如本文上述所言，***為立法者義務之不履行，使得應由其將概念明確化之任務移由行政機關來為「實質裁量」***，特別對憲法直接保障之基本權而言，***更是具高度危險性的強烈侵入基本權性格***。***第四款與第五款***所面臨的正如第一款與第六款之立法者對憲法價值內容***應再作考量***的問題***與憲法第二十三條比例相當性要求疑義之解決***。

至於集遊法對室外集會有所限制，正如本文前所論述之理由，在考量其可能有較強危害憲法秩序之可能，在比較立法例上，或可得出應可受限制之需要 - 當然此問題非具絕對性，而是隨價值基準、憲政現實與一國歷史背景相關聯 - ，然何種程度與狀態下的限制為立法者決定的權限，***但司法權，即在此之釋憲權亦應要盡到最終合憲狀***

態之控制。另有對集遊法第二十九條處罰條款以刑事罰為內容，則是應依本文上述之基準為判斷其是否具妥當性。

最後，就基本權是否與如何限制問題主要是在*對個人自由權利與憲法秩序維護* - 此包含國家與社會應受保護與他人自由權利不應受侵害的考量 - *如何使其處於一平衡點上*，因為二者具互為存在前提與緊密交互關聯性，*此時憲法上提供了許多的制度與原則，讓憲法適用者 - 主要為立法者、釋憲者與行政機關之執行 - 在維護法秩序的價值內容不墜下，依個別具體情狀為判斷與決定，此時憲政現實性亦是考量要素*。如就本文上述之基準與判斷內容為之，或可提供在個人基本權保障與作為憲法秩序所保護內容之公共利益取擇上一可行之思考方向!

集會遊行法部分條文合憲性之評釋

李震山

目　次

前言 3

壹. 集會自由權與民主法治國家 3

一. 集會自由保護之範圍 4

二. 集會自由作爲基本權利之功能 6

1. 消極防禦功能 *6*

2. 積極請求功能 *7*

3. 客觀法原則之規範功能 *8*

三. 集會自由與其他自由之關係 8

1. 表現自由 *9*

2. 一般人格權 *9*

四. 集會自由之限制 10

貳. 室外集會遊行採許可制之合憲性 11

一. 許可制之定位 11

二. 許可制是否侵及集會自由之「本質內容」-- 以德國法制爲例 13

三. 許可制是否侵及憲法上「必要性原則」-- 以我國憲法第二十三條爲例 17

1. 集會遊行法第四條所訂「雙原則之限制」 *17*

2. 處所使用事前同意原則所衍生之限制 *18*

3. 禁制區之限制 *18*

4. 處分附附款之限制 *19*

5. 其他法令之限制 *19*

6. 集會遊行不予許可之情形(第十一條) *20*

四. 許可制之規定是否屬立法權限範圍 20

五. 許可制在警察實務上產生之問題 21

參. 集會自由採報備制之可行性 22

一. 保障人權與維護治安之衡平言 22

二. 從比較法觀點言 23

1. 以美國、日本法制爲例 *23*

2. 以德國法制爲例 24

肆. 集會遊行法第四條之合憲性 27

一. 集會自由與言論自由之關係 27

二. 合憲性問題 28

1. 不得主張共產共義 28

2. 不得主張分裂國土 29

三. 從警察實務觀點 30

伍. 集會遊行法中採行政刑罰之妥當性 30

一. 行政秩序罰與行政刑罰併存之實際與問題 31

1. 行政秩序罰與行政刑罰併存 31

2. 運用行政秩序罰或行政刑罰之立法考量問題 31

二. 集會遊行法第二十九條規範之妥當性問題 33

1. 追訴法定原則之適用 33

2. 與第二十五條之關聯性 33

陸. 結語 34

撰稿人：李震山

現職　：中央警察大學教授兼法律系主任、法研所所長
　　中國文化大學法律系兼任教授

集會遊行法部分條文合憲性之評釋

前言

緣於高○炎、陳○男、張○修三位先生聲請案,於八十六年十月二十三日獲司法院秘書長函邀,就該聲請解釋案,於憲法法庭舉行言詞辯論時,到庭陳述意見。依來函所附該案件之聲請書、台灣高等法院刑事判決書,以及函示該案之爭點,本文將之歸納爲四點作爲論述之指針:1.室外集會遊行採許可制是否合憲?其中主要涉及許可制之限制是否侵及集會自由之「本質內容」(Wesensgehalt)?是否逾越必要之程度(包括集會遊行法第十一條不予許可之情形)?是否屬於立法權限之範圍?2.室外集會遊行之舉辦若採報備制(或申報制),如何兼顧公共安全與社會秩序之維持問題,其包括報備制之內涵,以及是否依集會、遊行場所及時間之不同,而分別採取許可制或報備制等問題。3.集會遊行法第四條規定:「集會遊行不得主張共產主義或分裂國土」之合憲性問題,特別是否違反憲法第十一條規定之言論自由。4.集會遊行法中有行政刑罰之規定(例如第二十九條)是否適當。本文在分別依序陳述上述四點之前,先以集會自由與民主法治國家爲題,扼要闡述集會自由權之性質、功能、限制,以作爲通篇之立論基礎,總計陳述五點,敬供參考。

壹. 集會自由權與民主法治國家

「動員戡亂時期集會遊行法」於民國七十七年一月二十日公布後,一直停留在象徵意義的憲法第十四條之集會自由,似乎有其可實踐性,但該法施行之初期是在「治安重於人權」,「法安定重於法正義」的理念被刻意強化的時空環境下,行使該項權利者,往往被評價爲陰謀、暴力別有用心之壞分子。時至今日,大多數人已能體會,集會、遊行是憲法保障之自由與權利,是實現民主的重要機制之一,因此,人民也普能接受,此類活動純就量的增多部分,並非即等同於社會不安之警訊。集會遊行法公布迄今,雖曾修正,但並非就本質上爲重大修訂[1],而參與集會遊

---

[1] 八十一年七月二十七日,集會遊行法配合中止動員戡亂時期,修正其第一、四、九、十八、二二、二七、二八、三〇、三一等條文,並修改法律名稱,該修正就增進集會自由之保障,本質上並無太

行者、執法者及一般人民對集會自由權的認知與理念、示威遊行的型態,以及警察執法之方式卻有很大的改變。這點成就並非自然演化而來,而多半是靠爭取而來,此與人權保障發展軌跡相契合。惟自由是要靠爭取,甚至流血、犧牲自由爭取,與人權之固有性及尊崇性理念有相當落差,固屬無奈。國家實應體認「國家是爲人民之欲求而存在,而非人民爲國家之欲求而存在」[2]之國民主權精神,藉此釋憲機會,深加檢討集會自由實質內涵之必要。

集會自由在權利性質上,雖非屬先於國家而存在之原權(Urrecht)[3],但至少是諸立憲國家憲法所保障之「基本權利」(Grundrecht)或憲法上之權利,應無疑義。既作爲基本人權,對其保障即成爲民主法治國核心任務之一,因爲人權保障之功能若喪失,國家存在之正當性即將遭到質疑。

吾人論述任何單一基本人權,在體系上一般皆會涉及以下幾點問題:1.基本權利之主體(Grundrechtsträger)[4]。2.基本權利之行爲能力(Grundrechtsmündigkeit)[5]。3.基本權利保護範圍(Schutzberecht)。4.基本權利之功能。5.該基本權利與其他基本權利之關係。6.基本權利之限制。7.基本權利之效力範圍(Geltungsbereich)[6]。8.基本權利如何保護。與本文有直接關係者爲第三至第六點,茲依序簡述於次。

一、集會自由保護之範圍

集會自由乃憲法所保障之人民基本權利之一,爲免憲法之規定流於口號或形

大關係。

[2] 此係德國一九四八年 Herrenchiemseer Konvert 之憲法草案第一條第一項,原文爲 Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Menschen um des Staates willen.

[3] 所謂「原權」是屬於自然權(Naturrecht),先於國家而存在,又稱爲固有權利,其附隨人而來,不待規定而自明,因此,其屬於所謂神法、理性法、超實證法之法(überpositives Recht)...,譬如生命權、身體不可侵害權、人性尊嚴等,其除具固有性外,其效力具普遍性與永久性,不問何地、何時、何人皆能普遍適用,其自然成爲規範、制約實定立法的一種客觀普遍標準。憲法縱未明示加以保障國家仍不得放棄而不加以保障,蓋其係憲法中不成文之基本權利(ungeschriebenes Fundalmentalrecht)。

[4] 是探究基本權利保護之對象、基本權利保護法益之歸屬,從爭訟觀點言,在確認系爭當事人得否援引該項自由權利,作爲保障之依據,因此又稱基本權利能力(Grundrechtsfähigkeit)。

[5] 此係專就自然人而言,例如未成年人、胎兒等是否具有基本權利之行爲能力。

[6] 此處探討重點在於基本權利之第三者效力(Drittwirkung des Grundrechts)。

同真文,進而保障該自由之遂行,有賴集會遊行法之施行。所以,集會遊行法旨行的主要目的,就在於保障憲法賦予人民之基本權利,其次,方是維持社會秩序(集會遊行法第一條參照)。從自由民主觀點言,當人民享有和平集會遊行機會時,才能創造多元化,有選擇性之意見。因此,集會遊行權之保障,不僅要保障其消極不受國家侵犯,國家甚至有義務,積極促成集會順利進行。

憲法第十四條所保障之集會自由較爲廣泛,不限於室外集會,尚包括室內集會。縱然是與意見表達及參與政治意見形成目的無關的暫時性聚眾活動,譬如民俗、體育、藝術活動,亦爲憲法所保障之集會,而集會遊行法中之集會,範圍較窄。因爲集會遊行法在消極意義上,只不過是立法者本諸「憲法委託」精神,爲落實憲政理念而在例外情形有必要時,才得以作爲限制集會自由依據之法律。因此,集會遊行法所未限制之集會遊行,仍是憲法所應保障。此乃實質法治國家強調法位階,追求實質法正義下「法無明文禁止者,皆應受允許」理念之闡揚。至於憲法只保障「集會自由」,而集會遊行法卻擴及「遊行」,理論上應無問題[7]。

從集會自由與人民爭取自由密不可分之歷史觀點言,今日吾人實不必再將集會標準鎖定於:共同意見形成及意見表示之既有政治取向模式,而是應強調集會是以集體形式保障人格發展(Personlichkeitsentfaltung)的意義上,以擴大集會自由權之保障範圍[8]。此外,集會自由權的保障,不僅及於外在形式自由部分,亦及於實質內在的集會自由(Innere Versammlungsfreiheit),即毫無恐懼的遂行集會權之決定自由,易言之,國家不得以逾越一定程度措施或可能不利處分,監視、威嚇、事先約制行使集會自由權,使之心生恐懼,因此,集會自由在性質上,應尚包括內在部分,

---

[7] 憲法第十四條並未言及「遊行」,相對而言,集會遊行法卻明示遊行,其是否擴張憲法「集會」之意義? 立法者雖有依「憲法委託」(Verfassungsauftrag)之精神 ,將憲法理念與精神,於法律中加以落實之職責,惟將集會擴大至遊行,是增加保障或擴大限制,是爲問題關鍵,若立法者所擴大者僅爲保障人民自由權利之部份,而不涉及限制,自然合乎憲法第二十二條之規定,但從集會遊行法規定以觀,其不只涉及保障「遊行」權,亦不乏「限制」之規定,此是否表示立法者無須經必要憲法解釋程序,得本於立法職權,自行裁量而間接肯定遊行本涵蓋於集會概念中。本文以爲,遊行通常會對第三人之權利形成巨大影響,致令他人有忍受義務,確有規範之必要,但爲調和憲法與集會遊行法之規範內涵 ,似可將遊行理解爲具有動態特質的集會型態,因此,自應在集會自由之保障範圍內。相對於集會 ,遊行最主要特點爲向前移動 ,屬移動式集會 (Fortbewegende Versammlung),經由地點的變換,使所欲表示之言詞,讓廣大群眾知悉 ,至於行進之方式、地點、速度皆不重要,遊行亦不必持續移動,遊行隊伍在集合地點,或於交通阻塞下停滯,行進中休息,及類似中斷情形,並不影響其遊行之特質。遊行除場地應具備「公共性」特質外,必須對公眾開放,易言之,每個人都有可能加入移動中之隊伍。在實務上,限制參與遊行者之資格,或中途遊行中禁止一般人參與或排除不合資格者,既不合集會自由之本旨,亦不太可能執行。

[8] Herzog in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art.8, Rdnr 13 und 49 ff. BVerfGE 69,315,343)

這是集會自由權保障之指標,集會自由亦賴此內涵而生生不息。執法人員若扭曲「消彌犯罪於無形」之形式概念,濫用權力以嚇阻人民參與集會遊行,或規定嚴苛易蹈法網之規範,使人民不願或不敢舉辦或參與集會遊行,將嚴重斲傷集會自由之保障功能[10]。

二. 集會自由作爲基本權利之功能

集會自由依我國憲法既歸於基本權利一章,必有別於一般法律上之權利(einfaches Gesetzesrecht),位階較高,有其特殊功能與地位。從功 能(Funktion)角度言,依 Albert Bleckmann 之分類,基本權利約有如下多種功能,即防禦、分享或參與(Teilhabe)、制度保障(Institutsgarantie)、程序保障、價值秩序(Wertordnung)、客觀規範、行爲授權與憲法委託、社會行爲規範、國家保護義務、自由與正義....[11]。若從地位(Status)之觀點,依 Jellinek 氏之見解,基本權利有四種地位,即消極(Status negativus)、積極(Status positivus)、主動(Status activus)、被動(Status activus processualis)[12]。然而,以上之分類,係就基本權利之整體而言,集會自由僅爲多樣化基本權利中之一種,有其個別功能,僅將其要者簡述於次[13]。

1. 消極防禦功能

從古典自由觀言,基本權利最先之核心任務,即是被用來消極對抗公權力之不法侵害,乃產生所謂基本權利之防禦功能(Abwehrsfunktion)[14]。集會自由權正乃藉

---

[9] Vgl. BVerfGE 65,1(43),69,315(349).

[10] 李震山, 集會遊行時警察攝(錄)影之法律問題,中央警察大學警政學報第 19 期,80 年,第 1-16 頁。

[11] Albert Bleckmann, Staatsrecht II (Allgemeine Grundrechtslehren), 3.Aufl., 1989, S.197ff.

[12] Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3.Aufl., 1960(Nachdruck), S.418ff. Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 1986, S.229ff.

[13] Vgl. Dietel/Gintzel/Kniesel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, 11.Aufl., 1994, § 1, Rdnr.89ff.

[14] 聯邦憲法法院於 Brokdorf 有關基本法第八條第一項(集會自由)之判決中,依循基本權利成長史,首先提及防禦權,藉以保障基本權利所有人於計劃其活動時,對該活動內容、方式、時間、地點有自由決定及發展權。因此警察或集會主管機關有配合之義務,非以禁止及限制處分,而是以相對等權利地位(基本權利)來規範基本權利之行使。BVerfGE 69, 315(343).

此種消極地位,保障了一個國家不介入的範圍,在此範圍內人民可能實抗拒國家權之干預,此時,高權要求受阻,易言之,人民創設了「自由空間」。

2. 積極請求功能

自法治國家原理確立後,人們已逐漸無法滿足於集會自由僅具有消極客觀價值秩序之要素(Elemente objektiver Wertordnung),使法律適用上能多兼顧法安定性之功能,於是孕育所謂積極請求功能,用以補充消極性功能之不足。此係積極要求國家爲一定作爲與給付之權(Leistungsrecht)[15]。集會自由作爲積極請求權(Anspruchsrecht)而發揮之功能,其包括原始給付權(Originäres Leistungsrecht),如要求政府提供適當集會場所[16]、要求保護集會遊行之安全。以及派生之請求權(Derivatives Leistungsrecht)或稱共享權(Teilhaberechte),例如參與國家意見之形成(Teilhabe an staatlicher Willensbildung)[17]或共同使用公物之權[18]等。

要求國家履行保護義務(Schutzpflicht),即是積極要求國家作爲(positive leistungsrechtliche Handlungsansprüche),相對照的,即是國家提供義務(Förderungs-pflichten),譬如要求保護集會遊行之安全,國家相對即有勤務給付義務。德國聯邦憲法法院更積極的認爲,經由人民之請求作爲,不如在事先架構良好組織及完善民

---

[15] Hans-Ullrich Gallwas, Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit, Art.8 GG - Eine Problemskizze zur Einführung, JA 1986/10, S.491,492.

[16] Ferdinand Kopp, Grundrechtliche Schutz- und Förderungspflichten der öffentlichen Hand, NJW, 1994/28, S.1753 ff.BVerfGE 39,1(41),BVerfGE 46,160(164), BVerfGE 49,89(126),BVerfGE 53,30(57), BVerfGE 77,54(78), BverfGE 77,381(402), BVerfGE 79,175(202), BVerfGE 91,135.

[17] 集會自由具有主動參與權之功能,係以集體意見表達,主動提供政府或影響政府或他人,此種精神意見之交換(geistige Auseinandersetzung)爲自由民主國家秩序要素之一,其有助於整合政治衝突、意見分歧,堪稱爲政治安全瓣,具體而言,可化解制度性革命之危機,並可使少數有機會打破意見壟斷,進而成爲多數,這亦是人民以主動地位產生的人民參政權之必有功用,集會自由因此架構成政治意見形成程序之自由權。集會自由既具有主動參與政治意見形成之功能,因而可被理解爲國民主權之直接行使形式,且順理成章具有民主基本權利及政治抗爭之特質。Vgl. BverfGE 69, 315/346.

[18] 此係源於同等對待之要求(Gleichbehandlungsgebot),基此,在公共設施之使用目的及容量下,一般皆有請求使用權。在省縣自治法及直轄市自治法中,皆明定住民對於地方公共設施有使用之權。問題在於一般公共設施專爲提供集會遊行活動的很少,行政使用之物亦不太可能提供集會遊行之用,因此,該衍生之權適用範圍甚窄。因此,原始之請求權應受充分保障,否則集會自由權之行使將大受限制。

程序,更能達到實質積極功能,此乃透過制度與程序(Grundrechtsschutz durch Institution und Verfahren)積極保障基本權利[19]。並藉以化解許多學者不承認依防禦性質基本權利可以賦與請求給付之內涵,因爲政府將會遭遇無法確定給付範圍之窘境。

3. 客觀法原則之規範功能

集會自由大都被規定於成文憲法中,成爲具有拘束力之規範,即成爲客觀法原則(objektives rechtliches Prinzip),又稱爲客觀法價值判斷之基本規範(objektive rechtliche wertentscheidende Grundsatznorm),或客觀法價值秩序(Wertensordnung)之原則。依德國聯邦憲法法院一貫的判決,認爲基本權利不僅是個人對抗公權力之主觀防禦權,尙且同時是憲法之客觀法價值判斷之基本規範,其適用於法秩序所有領域,且爲立法、行政及司法之準則[20]。基此,基本權利爲實質法治國家之特徵及不可放棄之形成部分。德國聯邦憲法法院於其 Brokdorf 一案判決中,即接續上述之精神,亦將基本法第八條第一項評價爲客觀法價值判斷之基本規範,從消極層面言,所有限制集會自由之法令均應受其制約,且僅得於保護相對等其他法益時,於嚴格遵守比例原則下,集會自由方得受限制。從積極層面言,國家權力應充分尊重並保障人民集會自由權,更是不待言而諭[21]。

三. 集會自由與其他自由之關係

如前所述,從集會自由之演進史以觀,其未必如生命權、身體不受侵害等權利具有濃厚原權(Urrecht)之性質,因而屬於自然權(Naturrecht)或先於國家而存在之權利性質。但以今日民主社會之眼光,其已是一項堅實的「基本權利」(Grundrecht),無可置疑。既屬基本權利,與其他基本權利間由於演進之先後必產生關係,僅舉表現自由及一般人格權爲例說明之。

---

[19] BVerfGE 69, 315(355).

[20] Vgl. z.B. BVerfGE 7,198(205), BVerfGE 35,79(114), BVerfGE 39,1(41), BVerfGE 49,89(142).

[21] 「人民透過運用集會自由權,參與政治意見及意見形成之過程,爲民主共同社會不可或缺之功能,此層自由權之根本意義,於立法者制頒基本權利限制條文,法院或官署於運用解釋集會權時,都應積重考量。」Vgl. BVerfGE 69,315。

1. 表現自由

集會自由,是表現自由的一種類型,與言論、講學、著作、出版自由等量齊觀。前者是一般人民以行動爲主所表現的言論自由,後者則大多數由知識分子以言語、文字....表現之言論自由,制憲者將集會自由單獨類型化,並列於第十四條,其目的應係保障一般無法接近、掌握、利用媒體言論管道之人,尤其是政治、社會、經濟等弱勢團體,亦有公開以集體方式表示其意見之可能性,極爲神聖,應予尊重,其乃落實國民主體重要手段之一[22]。

集會自由既是意見表現自由之一,其在量的特徵上是以多數人聚集爲要件(至少兩人以上),此從我國集會遊行法第二條提及「聚眾活動」、「集體進行」可得明證。至於多數人,並不必一定是特定人,縱然是不特定人亦足以構成。集會自由即有以集體方式表現意見自由(kollektive Meinungsäußerungsfreiheit)之特質。進一步言,從憲法國民主權言,人民與政府制度性溝通之方式極多,而集會自由是屬其中較爲特殊之溝通基本權(spezifisches Kommunikationsgrundrecht)[23]。透過此種溝通方式,主動提供政府意見、參與國家意思形成或影響政府或其他人。再者,吾人將外文之 Demonstration(展示、表現)譯成示威,而與集會遊行並用,示威係具有集體意見展示相關聯目的之集會,其強調重點在於展現其意見。由上可知,集會自由與表現自由中之言論自由有極爲密切之關係。

2. 一般人格權

一般人格權(allgemeines Persönlichkeitsrecht),乃是相對於具體或個別人格權。德國基本法之一般人格權又被稱爲行爲自由(Handlungsfreiheit),即在遂行人格自由發展權(Recht auf freie Entfaltung der Persoenlichkeit)中,個人行爲除非傷及他人權利,違反憲政秩序或道德法(Sittengesetz),應有其完全之自由。綜言之,其包括一個人的人格或行爲之自我形成權(Recht auf eigene Gestaltung)及自我決定權(Selbstbestimmungsrecht)。

---

[22] 李震山,論集會自由與公物使用間之法律問題 － 以集會遊行場所選用爲例,東海大學法學研究第 9 期,84 年,第 79-112 頁。

[23] Maunz/Dürig, a.a.O. Art.9, Rdnr.8. 蔡進閱,從溝通基本權論我國集會遊行法之執行,中央警官學校碩士論文,81 年 6 月,第 23 頁以下。

依德國學者 Dürig 氏之見解[24],在基本權利之價值體系下,一般人格權(人格自由發展權)即是人性尊嚴首要之價值(Primäier Wert der Menschenwürde),易言之,其主要內容即是人性尊嚴,其係從人性尊嚴所溢流出之價值之自由(Der aus der Menschenwürde fliessende Wert der Freiheit)。對整個已類型化之特別自由權而言,一般人格權具有概括、承接、保護尚在孕育中之自由權(unbenannte Freiheit, praktisch werdende Freiheit)功能,以防基本權利之保障產生漏洞。其實,所有的自由權皆是一般人格權之表現形式(Erscheinungsformen),而一般人格權在人性尊嚴最高價值體系下運作,而人性尊嚴與一般人格權最密切關係的部分,即是自我決定權[25]。

集會自由保障所涵蓋之範圍,係從準備階段,參與階段到結束階段,其中,人民對集會地點、時間、方式、內容等,原則上皆有自行決定權(Selbstbestimmungsrecht),係集會自由所保障之形成自由(Gestaltungsfreiheit)[26],此屬人格自由發展(Freie Entfaltung der Persönlichkeit)之內涵。

四. 集會自由之限制

我國憲法對基本權利之限制,依憲法第二十三條之規定係採概括性之規定,在該項體系下,任何自由權利雖經憲法明定保障,皆有可依法律爲必要限制之可能性。此與美國憲法之規定中,有不得由國會制定法律限制人民自由權利之條款者不同,如美國憲法增補條款第一條:「國會不得制定法律...剝奪人民言論及出版之自由...」。此外,亦與德國基本法將基本權利之限制,依各該權利之重要性分爲幾個層次者不同;其分爲:(1)憲法直接限制(verfassungsunmittelbare Schranken),如基本法第八條第一項,所有德國人有權,無須報備(Anmeldung)或許可(Erlaubnis)和平且不攜帶武器集會。「和平且不攜帶武器」爲憲法直接針對集會自由之限制。(2)憲法授權法律限制,即所謂基本權利之法律保留(grundrechtlicher Gesetzesvorbehalt),例如基本法第八條第二項規定:「室外(露天)集會之權,得依法律或本於法律限制之」,易言之,除由憲法直接限制者外,「室外集會」部分,可保留給法律限制。(3)憲法不予限制,即基本法中有針對某些基本權利既無直接限制,亦無授權法律保留之限制(Vorbehaltslos),譬如第四條第一項(信仰、良心、宗教、世界觀)、第二項(遂行宗教)、第五條第三項(藝術、學術、研究、講學自由)、第十六條第

---

[24] Maunz/Duerig, a.a.O., Art.2, Rdnr.1-4.

[25] 李震山,論資訊自決權.收錄於現代國家與憲法 – 李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集,月旦出版公司,86 年,第 725-726 頁。

[26] Vgl. BVerfGE 69,315(343)

二項第二句(遭政治迫害者享有庇護權)。事實上,這些權利亦有可能遭致濫用,若欲限制,僅有從憲法本身精神去作抉擇(nur von der Verfassung selbst zu bestimmed sind)[27],此又稱爲憲法內部之限制(verfassungsimmanente Grundrechtsschranken),其則有賴憲法法庭之運作。

從以上分析可知,我國基本權利限制係採德國上述基本權利限制之第二種型態,而對該項限制之合憲與否之審查,是以憲法第二十三條及其必要性原則(或稱比例原則)爲準據。

貳. 室外集會遊行採許可制之合憲性

一. 許可制之定位

若從自由權利限制制度上之寬嚴以觀,約有事後追懲(subsequent punischment)之追懲制、與事前抑制(prior restraint)之預防制兩種。若以集會遊行舉辦有關之申請事宜爲例,追懲制是指事前不必申請亦無須報備,但活動中有違法情形,事後再予懲罰,此制大都僅適用於室內集會。若採預防制,則事先應讓主管機關知悉活動之梗概,以便預防危害產生,依其嚴格程度又可分爲二類;其一,是許可制,即未經許可不能舉行。申言之,在許可制之下,係將集會遊行之行爲列屬一般禁止之行爲,若欲舉辦集會遊行,需履行事先經同意或許可之義務(Genehmigungs- oder Erlaubnispflicht),方得由主管機關爲解除禁止,此種事前同意之必要(Genehmigungserfordernis)是屬於事先抑制的性質,我國集會遊行法採之。其二,是報備制(Anmeldung),又稱爲申報制或登記制。其該需報備之行爲,原則上是得自由行使而不受禁止,因此無需事先許可。報備之主要目的是事先讓主管機關知悉,而有所準備。但報備制既屬預防制之一,其得視實際狀況,亦得有預防性禁止之可能性(Möglichkeit der Präventivverbot),並非一經報備即可舉行。換言之,針對影響公共安全、社會秩序顯然急迫重大者,主管機關仍享有准駁(同意)權或處分附負擔保留之權。針對非影響公共安全、社會秩序重大者,主管機關於接獲報備時,僅有異議權或事後審查權,而無准駁之權[28]。因此,吾人常言,許可制是「原則禁止,例外同

---

[27] BverfGE 30,173(193).

[28] 此種區別,亦常見於行政機關間之縱向關係,其亦常有備案、備查、報備、核備、認可...等用語,參考李震山,行政法導論,三民書局,86 年,第 109-110 頁。

意」,報備制係「原則同意,例外禁止」。依「例外之解釋應從嚴」(Exceptio est strictissimae interpretationis)之法理及保障集會自由之本旨,報備制下之同意權應儘可能限縮,而其權力行使自不得依「空白授權」(Blanketvollmacht),事後亦需受司法嚴格全面審查,德國集會遊行法採之(見後參)。即一經報備,原則上即可舉行,除非於有重大危害治安之虞者,可例外禁止之外,大都於事後方採取適當限制或禁止措施[29]。

茲以下表略示集會遊行舉辦申請事宜之限制。

集會自由之限制
- 預防制
  - 許可制(事前抑制) – 須經事前同意。原則禁止,例外方許可
  - 報備制(事前告知)
    - 原則 – 僅有異議權或事後審查權
    - 例外 – 有准駁(同意)權或處分附負擔之權(嚴格要件限制下)
- 追懲制 – 無須許可或報備

我國集會遊行法就集會遊行舉辦有關之申請事宜,採以下幾種方式規範之:(1)室外集會遊行採許可制;規定見諸於許多條文,特別是第八條第一項第一句:「室外集會、遊行,應向主管機關申請許可。...」、第九條第一項第一句:「室外集會、遊行,應由負責人填具申請書,載明左列事項,於六日前向主管機關申請許可。...」在此制度之羽翼下,架構一部偏重事前限制、以維持社會秩序爲重心,因而輕忽人民集會遊行自由之規範。(2)室內集會採追懲制;依第八條第二項第一句:「室內集會無須申請許可」,其基本上不受任何事前之限制。(3)室外集會例外無須許可;依第八條第一項第一至第三款,其無須向集會遊行主管機關申請許可,但並非不受事前限制。就第一款言,「依法令規定舉行者」將受各該法令之限制。就第二、三款言,「學術、藝文、旅遊、體育、競賽或其他性質相類之活動。」及「宗教、民俗、婚喪、喜慶活動。」其雖無需許可,但若有合於道路交通管理處罰條例第八十二條第一項第九款:「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爲者」,仍將受處罰[30]。因此,第八條第一項第一款至第三款,

---

[29] Ridder/Breitbach/Rühl/Steinmeier, Versammlungsrecht Kommentar, 1992, § 14, Rdnr.6. 李震山,集會遊行舉辦之申請制度與集會自由之保障,中央警察大學警政學報 20 期,80 年,第 6 頁。李震山主持,集會遊行場所選用之法律問題研究,行政院國科會計畫 85-2414-H-015-006,85 年,第 76-77 頁。

[30] 有論者據此以爲,在街道擺設筵席都需事先許可,何況是在街道上集會遊行,就更需要事前許

既非實質之追懲制,亦非報備制,而係許可制之例外。(4)室內集會須例外採許可制；依第八條第二項但書：「但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」。本文所論及之許可制,係指第(1)(4)兩種情形。由上可知,我國集會遊行法中並未見提及所謂的報備制。

室外集會自由權之得否行使,端賴主管機關之是否許可而定。其是否合憲,應涉及以下三項問題：1.若以德國法制觀點言,該集會自由事前限制,是否已侵及集會自由權之本質內容。2.若以我國憲法第二十三條言,該項限制是否逾越立法必要性或比例性原則。3.就司法權與立法權關係言,該項限制是否屬立法權限,而不受司法審查。前兩項間有重疊關係,茲分述於次。

二. 許可制是否侵及集會自由之「本質內容」-- 以德國法制爲例

由基本權利之限制理論言,集會自由之行使並非不可限制,但其限制之界限何在。依德國基本法第十九條第一項規定,法律不得僅就個案爲限制(Einzelfallverbot),即限制基本人權之法律應適用於一般人,不得僅適用於某個人或特定之人,以符合平等原則之要求。此外,法律限制基本權利時,應指明其所限制者爲何條款(Zitiergebot)。同條第二項規定：「無論任何情形,基本權利之本質內容皆不得被侵犯。」易言之,國家絕不可對之加以限制或侵害。此項對基本人權本質內容保障(Wesensgehaltsgarantie)之規定,旨在避免基本人權保障淪爲僅具宣示性(deklaratorischer Charakter)、流於空轉(leerlaufend)或內涵遭致掏空(Aushöhlung),其主要用之以作爲立法者限制基本權利時之限制(界限),因此又被稱爲限制之限制規定(Schraken-Schranken-Bestimmung)[31]。這對動輒使用憲法第二十三條,作爲限制自由權利之利器者,應有深刻啓發意義。

基本權利之本質內容(Wesensgehalt),國家不得限制或侵害,不論是以立法手

可。其實,前者之許可所限制者屬法律層次之利益,後者之許可所限制者屬憲法層次或基本權利之利益,自不能等同對待之。

[31] Wesensgehalt 一字,中譯各異,陳新民教授以「根本內容」稱之,見陳新民,論憲法人民基本權利的限制,收錄於氏著憲法基本權利之基本理論(上),79 年,第 236 頁。陳慈陽教授則譯爲「基本權核心」,見氏著、基本權核心理論之實證化及其難題,翰蘆圖書出版公司,86 年。Vgl. P. Häberle, Die [illegible] garantie des Art. 19 Abs.2 GG, 1983.

段或行政手段,皆在禁止之列,但何謂基本權利之本質內容自不容易確定。就集會自由而言,約可從精神層面及物理空間層面(physisch-räumliche Dimention)論述之,就精神層面言,有論者從國民主權中公民自我決定性質(plebiszitärexpresiven Charakter)所衍生之溝通基本權(Kommunikationsgrundrecht)出發,認爲法令或具體措施之內涵或事後之制裁,若有形成侵害該溝通基本權之社會效果(soziale Wirkung)之可能性,則已構成基本法第十九條第二項「本質內容保障」之侵害[32]。此種說法係將集會自由與言論自由之民主功能加以結合,因此,任何因集會遊行所採取之措施,若意圖主宰精神溝通之程序(geistig-Kommunikativen bzw. intelektivell-Kommunikativen Prozeß),皆侵害集會自由與言論自由之本質內容[33]。就物理空間層面,係從人身到場(körperliche Präsenz)及空間分配之觀點出發,若集會遊行相關之法令或措施,造成有意參與者無法或相當不易親自參加,或完全由主管機關扮演集會遊行空間之分配者,而其分配卻可能以自行預設或考量的「法益衡量標準」,則已侵及集會自由之本質內容[34]。花相當心力探求集會自由本質內容之目的,在於化解一般慣行以「法益衡量」(Güterabwägung)爲準據所生之疑慮(Bedenklichkeit)。經驗告訴我們,透過法益衡量此種價值取向甚濃的考量方式,很多基本權利會被犧牲。因此,若屬經由整體基本權利體系,就個別基本權利中可確認出基本權之本質內容時,則完全不可加以限制,此係所謂絕對論(absolute Theorie)[35]。絕對論者係對法益衡量的程序抱持懷疑,並認爲既涉及基本權利之本質內容,即無論如何(in keinem Falle)不能加以限制,而其最後仍會回到如何確定「核心內容」之原點上,所以,相對論有其現實存在之背景。

相對論(relative Theorie)則認爲基本權利之本質內容,言人人殊,而在強調民主共同事務推展之時,亦不能忽略其潛在之危險,因此,集會自由之是否限制,端賴法益衡量[36]。從而主張將基本權利本質內容之憲法理論與實務之論爭淡化,甚至認爲「本質內容」理論僅具宣示性意義。但很顯然的,基本權利本質內容保障的理論就是爲防止「法益衡量」理論之遭致濫用,而避免基本權利空洞化之規定。折衷論乃應運而生,其將基本權之本質內容與人性尊嚴(Menschenwürde)理論並列,再以一般人格權爲補充,將法益衡量部分改以比例原則審查爪代之。所以德國憲法理論與實務界將人性尊嚴列爲最高憲法價值,對基本權利本質內容問題探討,率

---

[32] Ulrich K. Preuß, Nötigung durch Demonstration? Zur Dogmatik des Art.8 GG, in: Festschrift für Richard Schmid, hrsg. Von H.-E. Böttcher, 1985, S.432.

[33] Vgl. BverfGE 69, 315, 343; BverfG NJW 1982, 1803; Preuß, a.a.O., S.435.

[34] Vgl. U. Schwäble, Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit, 1975, S.135f, 223f; Preuß, a.a.O., S.432ff; Dietel/Gintzel, § 1, Rdnr.33.

[35] Vgl. BVerWGE 1, 269, 273. H. Krüger, Der Wesensgehalt der Grundrecht im Sinne des Art. 19 GG, DÖV, 1955, S.597.

[36] Vgl. BVerfGE 4, 375, 377; BverfGE 22, 219; 30,55.

多直接切入或回溯到是否侵及人性尊嚴[37],其次,再輔以司法上大量引用之「比例原則」[38],接受「理性法益衡量」,甚且,認爲比例原則即是源自法治國原理及基本權利本質內容理論。因此,限制基本權利之本質內容亦同時違反比例原則,由於這些原則之交互運用,德國聯邦憲法法院判決,從早期的絕對核心(Kernbereich)說,演變到往後的相對化(Relativierung),就可以理解[39]。綜上,本文以爲,基本權利之本質內容,若從具體案件中探討可獲得客觀上之共識,應採前述之絕對論,若不可得,則以折衷論平衡之,以免集會自由之內涵虛化。基此,以下提出三點,許可制有侵及集會自由本質內容之可能性。

1. 集會遊行權被定位爲基本人權,既是一種權利亦是一種自由。若一項自由之行使,事前需要經過他人之同意或許可,而該項同意或許可卻是通盤性、經常性,該項行爲「本質上」就不應該再被認爲是一項「權利」或「自由」。再者,自由權之行使可以限制(Freiheitsbeschränkung),但卻不可剝奪(Freiheitsentziehung),若自由權之行使前需經「許可」或「同意」,已大大增加剝奪、掏空之可能性。自由或權利之行使前需經通盤性、經常性的制約,已屬所謂事前抑制(prior restraint),其結果不只影響到行政執法,最重要的是指引司法審判及解釋之方向,此種「制度不善」之爲惡,將嚴重侵害到集會自由之「本質內容」[40],此種制度之漏洞,使恣意執法可能性增加[41]。因此,德國基本法第八條第一項,禁止在集會遊行法中引進「許

---

[37] G. Dürig, Der Grundsatz von der Menschenwürde, AÖR 81(1956), S.117ff. 李震山,人性尊嚴之憲法意義,律師通訊第 150 期,81 年,第 35 頁以下。

[38] Vgl. P. Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht – Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit,1961.德國聯邦憲法法院於 Lüth-Urteil(BverfGE 7, 198, 208)中首先提出限制集會自由應遵守比例原則。其他請參考 BverfGE 69, 315, 348f.

[39] Maunz/ Dürig, a.a.O., Art.19, Abs.2, Rdnr.4.學者陳慈陽,對德國學者與實務上之見解有精要之分析,見氏著,前揭書,第 128-140 頁。

[40] Dietel/Grintzel/Kniesel, a.a.O., § 14, Rdnr.10. VGH München, NJW 1978, 1939f. 德國聯邦憲法法院亦於其著名大學招生限額(numerus Clasus)判決中,亦提到大學無限期且普遍性對入學許可名額爲絕對之限制,已侵害到人民自由選擇職業及受教育機構自由之本質內容。Vgl. BVerfGE 33, S.322. 另外尚可參考 BVerfGE 16,194/201；30,292/313；38,61/85；22, 180.

[41] 依美國學者雷迪斯 M. Redish 教授所歸納事前抑制禁止理論有以下六項特點即：1.事前抑制會遮斷將表現傳達於各個人之機會;2.事前抑制比起刑事訴追有被過度濫用之可能性;3.事前抑制欠缺如同刑事手續之憲法上正當程序之保障;4.事前抑制過於抽象判斷;5.事前抑制會給與資訊受領者不正當之影響;6.事前抑制將國家權力不當地擴大於個人領域等。M. Redish, The Proper Role of the Prior Restraint Doctrine in First Amendment Theory, 70 Virginia Law Review 53, 59 (1984).轉引自黃教範,「動員戡亂時期集會遊行法」之憲法學批判考察 -- 以許可制爲主,刊於中國比較法學[illegible]」,80 年 4 月,第 297 頁。

可保留之禁止」(Verbot mit Erlaubnisvorbehalt),即禁止採行許可制[42]。

2. 集會遊行採許可制,將使「偶發性集會遊行」(Spontanversammlung)之舉行,在理論上成爲不可能[43]。因爲偶發性集會在時間上不可能於事前申請,亦無負責人可爲申請,然而,偶發性集會是人類最自然,且最需保護之集會自由權,此大多係在突發事件中基於義憤或權益受損直接反應所採取之行動,例如,高雄中洲污水處理場因氯氣外洩,致多名居民中毒,群眾圍廠所引起突發性聚眾抗議活動。此種人類集會自由權中最原始的部分,不可否認的,當然亦在憲法或集會遊行法保障範圍內,卻在「許可制」下,導致集會自由行使遭本質上排除(substantielle Vernichtung)或剝奪(Entziehung der Ausübungsbefugnisse)[44],使其完全無可能實現(totale Rechtsvernichtung),顯已侵及集會自由之本質內容[45]。影響所及,集會遊行將集中於長期計劃性與政治性活動方面,使集會自由作爲自發性表達社會各種聲音之功能大受減損。

室外集會遊行採報備制的德國,甚至認爲偶發性集會,未經報備仍可舉行,因爲其事實上不可能報備,若強令其報備,憲法保障之集會遊行目的即無法達成,此係德國聯邦憲法法院之見解[46]。因此,未經報備之偶發性集會遊行,不得逕爲解散,仍需視其是否對公共安全與秩序造成顯然直接危害(unmittelbare Gefahr)而定,至於對公共安全與社會秩序此兩不確定法律概念之認定,亦不可恣意[47]。吾國制度與之相較,從人權保障觀點言,黯然失色。

3. 如前所述之折衷論,限制人民之基本權利若違反比例原則,亦有可能構成

---

[42] Maunz/Dürig, a.a.O., Art.8, Rdnr.82. Dietel/Grintzel/Kniesel, a.a.O., § 1, Rdnr.189.

[43] 偶發性集會與集會遊行法第九條第一項但書規定:「但因天然災變或其他不可預見之重大事故而有正當理由者,得於二日前提出申請」概念有差別。偶發性集會之特點是指未經較長期間準備而是肇因於目前事件,倏然形成之集會與遊行,其決定與執行直接合致,又稱爲立即集會(Sofortversammlungen, Eilversammlung, Blitzversammlungen)。偶發性集會與示威,可能是由一現存活動(譬如抗議活動)分出,或在集會或示威中,由於一剛發生的事件(譬如由於警察的措施)而形成,亦稱爲接續集會或示威。(Folgeversammlungen bzw . Folgedemonstrationen)若已由集會發起人事先說明,縱然在活動開始後,不斷有人臨時加入,以支持籌辦者之說法或目的,仍非屬偶發性集會,而屬「誤導式偶發活動」,係惡意規避報備義務之活動,其區分之標準爲自發性(Spontanität)之有無。Vgl.Dietel/ Gintzel,a.a.O., § 14, Rdnr.18ff.

[44] Vgl. H. Jäckel, Grundrechts geltung und Grundrechtssicherung, 1967, S.88ff.

[45] Ridder/Breitbach/Rühl/Steinmeier, a.a.O., § 20, Rdnr.13.

[46] BVerfGE 69,315(350).

[47] Ridder/Breitbach/Rühl/Steinmeier, a.a.O., § 20, Rdnr.13. Maunz/Dürig, a.a.O., Art.8, Rdnr.94.

侵害基本人權之本質內容。就比例原則言,應就眾多措施中採取對人民侵害最小者爲之。從基本權利之限制言,許可制與報備制同屬於「事前抑制」而非「事後追懲」,只是限制之程度上有區別。申言之,既可能以同時皆可達到目的,而侵害又較小之報備制取代許可制而不爲,顯已逾越比例原則,因而侵害基本權利之本質內容。

三. 許可制是否侵及憲法上「必要性原則」-- 以我國憲法第二十三條爲例

我國集會遊行法上之許可制,基本上是依據憲法第二十三條所爲之基本權利限制。但限制應合乎「必要性原則」(Erforderlichkeitsprinzip),易言之,不得爲不必要之限制。由於必要與否涉及合比例性之理性思考,因此,有論者亦將之稱爲憲法比例原則。而其主要作用即在於約束立法者不得爲不合比例之立法,又稱之爲立法比例原則。以下僅就許可制在集會遊行法中存在之必要性[48]論述之。

集會遊行法中與「許可制」同時存在的,尚有許多禁止、限制、負擔(Auflage)與條件。譬如依第四條之禁止事項、依第六條之禁制區限制、依第十四條之附負擔、附條件之附附款限制。此外,主管機關許可室外集會遊行後,還可因特殊原因,或再發現不予許可之原因(第十一條第一至第五款情形)撤銷許可,形成多重限制之綿密網路,顯已逾越限制之必要程度。在此種「天羅地網」之下,果執意「依法執行」,能獲准許之室外集會遊行,恐怕極少。加上集會之時,尚課予集會遊行負責人許多違反「權責均衡原則」之義務,最後尚得以刑罰制裁義務違反者。縱然以報備制取代許可制,以前述之「多重限制」,維持治安仍綽綽有餘。茲將各該限制扼要述之於次。

1. 集會遊行法第四條所訂「雙原則之限制」

集會遊行法第四條規定:「集會遊行不得主張共產主義或分裂國土。」,此

---

[48] 司法院大法官會作許多解釋提及「已逾越憲法第二十三條之必要限制,顯已違憲」,例如:釋字第一〇五、二二二、二二三、二二四、二八八、二九二、三一九、三二一、三二七、三七三、四〇四等解釋。

項限制配合許可制,對集會遊行造成本質上之影響(見後肆)。

2. 處所使用事前同意原則所衍生之限制

依集會遊行法第九條第二項之規定,集會處所之使用,應先得到處所之所有人或管理人之同意,係許可制中之許可制。若所使用之處所,係屬私人所有,如龍山寺前之廣場、私人醫院前之廣場、私人之公園、綠地等,在尊重私有之精神下,獲得其事先同意,應屬當然。若該處所係由國家或地方自治團體所有或所管理,譬如中正紀念堂或其他公共營造物,而其使用又需經其同意,此除涉及公物使用之法律限制外,若公權力機關漫無限制或恣意不予同意,作爲不許可集會之依據,影響集會自由權之行使不可謂不大[49]。

3. 禁制區之限制

依集會遊行法第六條之規定,在如下地區及其周邊範圍,除非經主管機關核准者,不得集會遊行,計有,一.總統府、行政院、司法院、考試院及各級法院。二.國際機場、港口。三.重要軍事設施地區。其係採原則不許可,例外方許可之核准主義。(Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) 因此,若未經許可在禁制區爲集會遊行,依集會遊行法第二十五條,將有遭解散之虞。

集會遊行法中設有禁制區之規定,就機關言,主要是要維繫各該機關之功能能力(Funktionsfähigkeit),及人員心理上之完整性(physische Intergrität,例如法官),以使其在不受外在干擾情況下,得爲職權正確之行使。就此,固無可非議,然而,禁制區往往都是集會遊行者最喜歡使用之地區,因爲其產生之效果最佳,不論集會遊行之性質屬政治、文化、社會、經濟性質者皆同,因之,此種地點或地區之劃定,成爲集會遊行的敏感地帶,係預設之緊張關係地點,若規定不妥當,劃定範圍過寬廣,因而影響集會遊行舉辦之意願,對集會遊行權之限制,有過當之虞[50]。

---

[49] 李震山,前揭文,東海大學法學研究第 9 期,84 年,第 101-105 頁。

[50] 有關禁制區設置與法治國原則之關係,以及其個別問題,請參閱,李震山,前揭文,東海法學研究第 9 期,第 106-108 頁。

4. 處分附附款之限制

集會遊行法第十四條規定：「主管機關許可室外集會、遊行時,得就左列事項爲必要之限制：一.關於維護重要地區、設施或建築物安全之事項。二.關於防止妨礙政府機關公務之事項。三.關於維持交通秩序或公共衛生之事項。四.關於維持機關、學校等公共場所安寧之事項。五.關於集會、遊行之人數、時間、處所、路線事項。六.關於妨害身分辨識之化裝事項。」,依以上規定,可作成無數附負擔之許可處分,考慮之周延可謂滴水不漏[51]。

5. 其他法令之限制

依集會遊行法第一條第二項:「本法未規定者,適用其他法律之規定」,其有幾種意涵；其一,本法已規定,而其他法律未規定或爲相同之規定,適用本法。其二,本法未規定,其他法律有規定「保障人民集會遊行之自由,維持社會秩序」者,適用其他法律。其三,本法未規定,其他法律有規定「限制人民集會自由」者,適用其他法律,關於此,若適用不當,幾可扼殺集會遊行自由之本質。

就前述第三點而言,集會遊行之舉辦,必然影響甚至妨礙交通,此乃集會自由保障之輻射合理範圍,若以妨害交通之構成要件,作爲限制集會中選用場所之手段,則本末倒置。同理,以環保、衛生法令、選舉罷免法令、勞資糾紛有關法令,亦可達到相同效果。此時法律之適用,不能機械性以集會遊行法第一條第二項爲依據,必須經過「法益衡量」的慎重審酌,並本於集會遊行法係憲法第十四條之執行法(Ausführungsgesetz),優先保障集會自由[52],若非如此,將造成轉嫁卸責,進而掏空集會自由之效果[53]。

---

[51] 黃清德,論集會遊行之限制與禁止,中央警官學校碩士論文,80 年 6 月,第 51-58 頁。李震山主持,我國集會遊行法執行之研究,行政院研考會,80 年,第四章第三節。

[52] Michael Kniesel, Versammlungswesen, in Handbuch des Polizeirechts, herausgegeben von Lisken/Derminger, 1992, Rdnr. 158-162.

[53] Brohm, Demonstrationsmuell und Str[illegible]

6. 集會遊行不予許可之情形(第十一條)

集會遊行法第十一條總計列有六款不予許可之情形,歸類爲四:(1)第一、五、六款是再重述或補充第四、六、七、九、十條之規定。(2)第二款規定:「有事實足認爲有危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞者」。(3)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」。(4)第四款規定:「同一時間、處所、路線已有他申請並經許可者」。本條規定除(1)屬重複規定,及(4)尚無問題外,第(2)(3)涉及諸多不確定法律概念。尤其第二款,極有形成空白而空泛之授權,導致行政恣意擅爲之可能。至於法律中常有概括條款(Generalklausel)之規範方式,其是否違反上述意涵,一般而言,若立法者已盡列舉之責,仍無法防止憲法第二十三條之四要點時,以概括方式爲之,並不違憲。但若無列舉規定,逕以概括方式規定之,所涉及者若爲干預性處分之授權,則有違依法行政原理之法律明確性要求。依司法院大法官議決釋字第四三二號解釋:「...法律明確性之要求,非僅指法律文義具體詳盡之體例而言,立法者於立法定制時,仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性,從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而爲相應之規定。」,從立法技術考量及公私益衡平之觀點言,該解釋甚爲允當(亦可參照釋字第四三三號解釋)。但概括條款存在或運用之合法性與正當性,必須是在法律內涵周延、制度無偏失、且立法已盡列舉(Enumeration)之責爲前提。針對此,本文以爲若在許可制之下,以聚眾事件之高度複雜及敏感性,該概括條款之規定,有違法律明確性要求,包括缺乏可預見性、可量度性(Berechenbarkeit)、可信賴性(Verläßigkeit)。若在報備制之下,宜比照德國集會遊行法第十五條,將第三、四款合爲:「主管機關於作成處分時顯可知之狀況下,認爲集會遊行之遂行,將對公共安全或公共秩序造成直接危害者,得禁止之或課予特定之負擔。」,換言之,該可能之危害必須是急迫、明顯且重大,而在「附負擔」仍無法排除者,再考慮依比例原則(第二十六條)禁止之,如此方爲合憲。

以上諸多限制,已足以作爲主管機關限制集會自由之依據,這些限制之本身是否合憲或妥當仍需逐一檢討,此時,再容許許可制之存在,成爲所有限制之樞紐,其限制實已逾越憲法第二十三條之必要限度,甚爲明顯。

四. 許可制之規定是否屬立法權限範圍

就立法權與司法解釋權之分野問題,涉及權力分立理論中司法與立法之關係。若僅以司法院大法官所爲之解釋爲例,除以重大政治問題(釋字第三二八號,

固有疆域之解釋)或統治問題(釋字第四一九號,有關副總統兼任行政院長),作爲分界外,另多以所謂立法裁量權爲理由(例釋字第二〇四、二二八、二四六、二九九、三〇二、三三七號),或立法機關依職權衡酌(釋字第四一八號)等,作爲司法不介入立法權限之理由。其中,最常被使用之「立法裁量」之學理,在國內研究尚未受到重視,針對該用語之妥當性,城仲模教授亦著有宏文質疑[54]。姑不論立法者行使職權時之斟酌、衡量以何種用語爲當,其立法之內容,自應合於自由民主之憲政秩序,且不得不當限制人民基本權利,就此部分,大法官自有依憲法第七十八條、第七十九條第二項、第一七一條、第一七三條取得審查之權,此乃基於權力分立、相互制衡所爲之合憲性行爲。而集會遊行法中所確立之許可制,其限制已逾越保障人民基本權利之本質內容與必要之限度之虞,其無關重大政治問題或統治問題,若吾人接受「立法裁量」,該裁量亦不得形成侵害人權之結果,職是之故,大法官自有依憲法解釋之權,自無置身事外之理。

五. 許可制在警察實務上產生之問題

不可否認的,集會遊行法採許可制,在精神上就引領著行政與司法人員適用法律時,偏重於社會秩序,而忽略集會自由權之保障。再者,集會遊行法第四條規定:「集會遊行不得違背憲法或主張共產主義或主張分裂國土。」在許可制之下,易將受理之警察機關捲入政治與意識型態之爭執,限縮執法中立之空間。此外,在許可制下,很難釐清請願、宗教、民俗等聚眾活動與集會遊行間模糊關係,過多限制,除滋生疑義外,反製造緊張對立關係,並因不易執行而踐踏集會遊行法之尊嚴,得不償失。

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,主管機關得予警告、制止或命令解散。(集遊法第二十五條第一項第一款)在此三種法律效果中,執法機關享有裁量權,然而,事前未經申請或申請未獲許可者之集會遊行,若服從執法機關警告、制止或命令解散之指令,雖事前未經申請,集會遊行法仍無制裁規定,對依法事先申請者顯有不公,造成執法上之困境。

由於事前許可,且許可機關與執行機關同屬警察,警察機關有許可、不予許可、撤銷許可、變更許可及強制處分等權力,造成角色混淆,常使警察機關陷於不必要之政治抗爭中,無法保持其「行政中立」之角色,甚至模糊原本抗議或訴求之主題,與警察機關毫無相干之集會遊行事件,常演變成警民衝突,實因警察機關扮

[54] 城仲模,關於公法學上「裁量」之用語,刊於法學叢刊雜誌社,當代法學名家論文集,85 年,第 257-278 頁,並於第 267 頁提及有關「立法裁量」之相關論著。

演著抗爭性集會遊行活動之事前審查許可機關,若處理稍有不慎,或抗爭群眾刻意轉化,警察機關則常成訴求抗爭之「代罪羔羊」,而且容易造成「政治挑戰法律」之尷尬場面。爲防杜此類情形發生,警察在處理集會遊行活動時,最佳辦法即應避免與欲集會遊行者對立,因此,報備制在此時即能發揮其功能[55]。

參. 集會自由採報備制之可行性

一. 保障人權與維護治安之衡平言

室外集會遊行改採報備制,既可使室外集會自由採許可制之違憲疑慮一掃而空,兼之,並不會對治安維持有根本的負面影響。因爲報備制之下仍在極嚴格要件下,得禁止集會遊行之舉辦,何況集會遊行法中,尚仍有其他足夠可資限制之規範,例如以前述集會遊行使用公共場所爲例,雖改成報備制,仍可以使用同意函、禁制區等特別規定爲不准予集會之可能性。如今一般人或執法機關對於採行報備制的最大疑懼是,既經報備則已履行通知義務,即可任意集會遊行,果真如此,公共秩序與安全將如何維繫,此是對集會遊行法之報備制的一大誤解,事實上經報備之集會仍可禁止(Verbot)或解散(Auflösung),而將其重點置於「事後」。

目前我國警察機關對集會遊行許可之作業,從統計數字上看,亦大多採「原則許可,例外禁止」之態度,警察實務界常以之作爲支持許可制之理由。若是如此,實際上既已趨近報備制,何不毅然修改集會遊行法配合之,既可不影響實質執法,卻可改善警察形象,同時化解許可制之衍生前述之許多缺失。事實上,統計資料亦顯示,尚有爲數甚多之集會遊行之舉行,係未經申請而舉行的所謂「違法性集會遊行」,何以如此,正應是許可制所引致之後果,值得執法機關與立法機關深思[56]。

---

[55] 有關集會遊行申請許可機關與執行機關合一之疑慮,參考李震山,集會自由權與民主法治國家(上),登文書局,80 年,第 38 頁以下。

[56] 依內政部警政署於統計月報中所公布資料,83 年之總件數有 11294 件,其中未申請者佔 1619 件,申請獲准 9666 件,未准 9 件。84 年共計 6678 件,未申請者 1673 件,獲准者 4996 件,未准者 9 件。85 年共計 3577 件,未申請者 1166 件,獲准者 2409 件,未准者 2 件。其中,申請不准者是否仍逕自舉行?以及未申請者之集會遊行,未遭解散之情形如何?依法申請者遭解散情形如何?皆未見相關統計數字。

集會遊行之「社會成本過鉅」問題,經常成爲官方與媒體運用的概念,亦同樣作爲支持許可制之理由,並強調不能因少數人行使權利而影響大多數人的權利,特別是用路人及集會遊行附近之商家、辦公處所、住戶等。然而,值得省思的是,今日的集會遊行,可能是過去施政的疏忽要付出的代價,所以我們要思考的是:何以會發生此種群眾訴求活動?此種活動付出的社會代價是否值得(多層面思考)?在調和社會秩序與集會自由權之過程中,人民利益犧牲的界限如何?此時,要減低社會成本,應由執法者主動做起,譬如;施政不當或不合理應即改善或善意回應;此外,封鎖管制範圍,應有節度;警力派遣不宜反應過度,造成浪費;隨時有對談的意願;加強沿途人民住家、商店、辦公處所...之保護;應有能力緝拿蓄意破壞之使用暴力者。否則只是強調並非確切的「社會成本」,惟有增加對立氣氛,因爲我們深信,集會遊行之正面功能大於負面功能,扼殺其空間,政治、社會若因此而喪失改革助力,追求正義的契機,往後要付出的代價更大,此非空泛的「社會代價」所可比擬的。若再以上過分簡單化的推理過程,用以主張許可制存在之必要性,自然禁不起考驗,徒留不尊重人權之話柄。

二. 從比較法觀點言

1. 以美國、日本法制爲例

論及集會遊行許可制是否違憲,論者常舉美國或日本兩民主先進國亦允許採許可制爲例,因而認爲許可制並未違憲。先以美國爲例,就 Cox v. Newhampshire 一案中,「新罕布雪爾州一項市府法令規定所有遊行和公共集會必須事先申請許可,聯邦最高法院判決其爲合憲。因爲最高法院發現該法令規定:(一)審查許可時,不得詢問及集會遊行所要表達之內容;(二)如上訴人申請許可,而其申請遊行之時間、地點不至於干擾公共道路之使用,申請人將有權利無條件獲得批准(unqualified right to a permit)。市政府規定須事先申請許可的原因,乃在防止遊行隊伍路線之衝突和重疊,並須先接獲通知以便部署適當警力,這些都是合理的考慮。因此,合理的預檢制並不必然就一定違憲。」,但若詳細分析前述許可情形,應屬於實質「報備制」[57]。對一凡事講求「正當法律程序」(due Process of Law)的國度,尚會有如我國高度事前抑制性之許可制,是不容易想像的。

---

[57] 引自蔡懷卿,從美憲觀點論我國集會遊行法,憲政時代第 22 卷第 3 期,第 82-83 頁。並見同文註 39。

以許可制爲用語,經審查後證明爲實質申報制之情形亦產生在日本司法審判中,由於日本並無統一之集會遊行法,僅由各地方公共團體頒訂公安條例爲管制,其大多採許可制,論者大都以東京都之規定爲例。就各地方所採許可制合憲性之爭議中,司法判決屢會出現「如規定一般許可制,而在事先加以抑制,應解爲違反憲法之本旨,而不予容許。惟爲維護公共秩序,防止公共福祉顯然被侵害,對此等行動,依條例規定,特定的場所或方法,在合理且明確的基準下,始予許可,或准其申報,在某種情形將予禁止,亦不得執此謂不當限制憲法所保障國民的自由。」[58],「關於此點,不得僅依據關於公安條例所訂,對集團行動所要求之條件,爲應得『許可』或應『申報』之概念以至用語,加以判斷。又在此項判斷時,亦不得拘泥於條例立法技術上的若干缺陷,應就條例全體精神,加以實質、有機性的考察....,茲就本條例加以檢討,關於集體行動...,負有許可意義上,雖然採用許可制,但實質上無異於申報制,要之,如表現的自由不因而受不當的限制,則無不可...。」[59]。

日本國憲法公布施行後不久,最高法院在對於集團行動或集團示威運動之案例,譬如昭和二十九(一九五四)年新潟縣公安條例判決,提出三個判斷基準:(1)除申報制以外,規定一般許可制而對集團行動爲事前抑制者,乃違反憲法意旨並不被允許。(2)就特定場所或方法,在合理且明確的基準下,採取許可制並不違憲。(3)規定在可預見對公共安全有明顯且急迫之危險時,不許可或得禁止集團行動者,亦不違憲[60]。此三點見解,即是今日德國所採行之報備制,就第一點言,即在排除普遍性、經常性事前抑制的許可制。第二點的存在,猶如報備制下仍許可禁制區之限制。第三點則涉及有急迫危害時之禁止情形。而我國集會遊行法受到違憲之批判,即在第一點之上,換言之,在制度上接受普遍性、經常性事前抑制之許可制。

上述美、日兩國之法制以及司法見解中,常隱含「許可制實質無異於申報制或報備制」之說法。針對此點,德國集會遊行法中所採之報備制,界限就相當分明,報備之名與實合而爲一,足可作爲吾國改革集會遊行法制之參考[61]。

2. 以德國法制爲例

德國集會遊行法自一九五三年施行起即採用報備制,在此之前,自威瑪憲法

---

[58] 司法院,日本國憲法判例譯本,輯六,73 年,第 13-19 頁。

[59] 司法院,前揭書,輯四,第 13-19 頁。

[60] 陳秀峰,司法審查之基準 - 「二重基準」論在美日之演變,李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集,現代國家與憲法,月旦出版公司,86 年,第 622 頁。

[61] 其他各國集會遊行之法規範,可參考各國集會遊行有關法令輯要,內政部印行,76 年。

(Weimarer Reichsverfassung von 1919)起,露天(室外)集會遊行之舉辦,即不再需履行事先許可之義務[62],因此,其不必爲許可制是否違憲之問題爭議,而將爭議層次提升至,報備制的合憲性及未經報備之集會是否當然違法或得加以解散等諸問題上[63]。

集會遊行之報備,係指在集會遊行前向主管官署報告或登記之意,德國集會遊行法第十四條第一項規定:「有意舉辦露天公共集會或遊行者,至遲應於通告前四十八小時,向主管官署報告集會遊行之內容。」[64]。依同法第十五條第一項規定:「主管機關於作成處分時顯可知之狀況下,認爲集會或遊行之遂行,將對公共安全或秩序造成直接危害者,得禁止之或課予特定之負擔。」[65],其重點在於「公共安全」、「公共秩序」、「直接危害」三不確定法律概念之詮釋[66]。至於特別禁止事項爲一九八五年五月增訂之第十七a條,係與攜帶防衛性武器之禁止(Passivbewaffnungsverbot)及蒙面僞裝之禁止(Vermummungsverbot)[67]有關。茲略述其重點於次。

(1). 報備制之內涵[68]

集會遊行法第十四條規定之原始目的,是在促成集會與遊行。向主管機關報備,當可確保集會或遊行獲得必要之保護。在適時報備下,主管機關得預爲綢繆,以避免集會參與者(籌辦人,主持人,參加人)之利益與第三者之利益及公共安全利益間,發生不必要或過度衝突,並視情況決定,採取安全及合秩序措施(譬如交通管制),俾使一方面確保集會遊行儘可能順利進行,另一方面排除公共安全與秩序之滋擾,或將之減低至最小程度。

經由報備,主管機關與集會籌辦者互相認識,在可能情況下,可尋求彼此間之

---

[62] 例外是柏林於 1950 年 9 月 29 日所頒結社及集會自由法第九條第一項,但經適用聯邦集會遊行法後(1968.10.15),引進報備制。Vgl. Ridder/Breitbach/Rühl/Steinmeier, a.a.O., § 14, Rdnr.3.

[63] Ridder/Breitbach/Rühl/Steinmeier, a.a.O., § 14, Rdnr.5,6.

[64] 李震山譯,集會遊行之報備,警察大學新知譯粹第 6 卷第 5 期,79,第 1-7 頁。

[65] 李震山譯,集會遊行之禁止與解散 - 西德集會遊行法第十五條評釋,警察大學警學叢刊第 21 卷第 2 期,79 年,第 133-140 頁。

[66] 李震山,警察任務法論,第五章,登文書局,82 年三版,第 117-139 頁。

[67] 李震山譯,集會遊行中攜帶防衛性武器或蒙面僞裝,警察大學警學叢刊第 22 期第 2 卷,80 年,第 129-135 頁。李震山,集會遊行之和平原則與集會自由權之保障,警察大學警學叢刊第 23 卷第 1 期,81 年,第 55-65 頁。

[68] Dietel/Gintzel/Kniesel, a.a.O., § 14, Rdnr.10ff.

「信賴合作」(Vertrauensvolle Kooperation),此亦爲聯邦憲法法院所要求[69]。依第十四條,籌辦者有積極提供資訊之義務,其不待主管機關之要求,依規定應主動提供消息。所報備者,必須是一有具體計劃及明顯之活動。至於事實上尚不能執行或有問題之一連串活動,「預爲」報備,則與第十四條之規定不符。若合乎規範目的,依第十四條所要求之報備義務,並無違憲疑慮。然而,若違反該義務,該活動並非即當然被禁止或解散。

公告前四十八小時報備是必要的,因爲在公告中至少將會提及遊行路線、活動廣場等。有必要者爲,主管機關若基於重要公共利益,得令籌辦者改採另一遊行路線或活動廣場,使在發邀請函及公告前尚可更正。若因遵守報備期限而集會目的不能達成時,則無需遵守期間之限制。此種集會因時間急迫稱之爲緊急集會。若四十八小時之期間無法遵守,或未報備先已開始公告,並非表示報備義務即失效。縱然主管機關以其他方式獲悉集會活動之企圖者,報備義務仍然存在。

報備中應敘明,集會遊行之負責指揮者,同時亦應明示籌辦人,蓋於必要時,方能將禁止處分或限制處分送達給他。報備應以德文爲之,內容應包括集會時間、地點、與遊行路線,主管機關有必要獲得該具體計劃活動所需之資訊,以採取適當措施達成規範之目的。報備中,除了表明籌辦人外,尚須註明集會負責指揮者,包括其姓名及住所,若主管機關只知指揮者之姓名,並不能就確知其資格。集會之內容亦需於報備時明示,所謂內容即是集會之主題與動機,據此,主管機關才可能對集會預定進行過程儘可能有正確的圖像,藉此亦可知悉,因爲主題熱門與具吸引力,預估會有多大數量的人參加,或集會主題,特別具有挑釁之意,有可能出現抗議團體或反制示威。有意使用擴音器者,亦應報備之,報備內容不全者,主管機關得依第十五條第一項以命令要求補正之。報備內容不全或不正確,並非必然作爲集會禁止或解散之理由。解散必須依第十五條第一及第二項,於合乎比例原則下,方得行之。

依聯邦憲法法院明確見解,偶發性集會及示威,係屬基本法第八條第一項所保障之集會自由,其限制同條第二項之法律保留,並禁止將集會法中未預先規定之活動型態排除於基本權利保障之外。保障集會遊行之合法性,是依基本法而非依據集會遊行法,集會遊行法只規定必要之限制。因此,毫無疑義者,即違反報備義務之集會並非即自動形成禁止或解散之結果。

(2). 室外集會遊行之禁止

依德國法,室外集會遊行之禁止,依其適用順序如下:(1)攜帶武器者之禁止(基

---

[69] BVerfGE 69, 315(355f).

本法第八條第一項)。(2)攜帶防衛性武器及蒙面之禁止(集會遊行法第十七 a 條)。(3)集會遊行之概括禁止(集會遊行法第十五條第一項)。其中(1)(2)相當明確,(3)之部分,由於德國法理論與實際已針對警察法概括條款之詮釋努力,已逾兩個世紀,自成一套內在限制體系,不生違憲之疑慮,此爲吾國所缺乏,而有待努力者。

最後,是否依集會、遊行場所及時間之不同,而分別採取許可制或報備制,此種分殊化之規定,除許可制仍有違憲之虞外,且有治絲益紛之可能,並造成爲德不卒之遺憾。

肆. 集會遊行法第四條之合憲性

一. 集會自由與言論自由之關係

集會遊行法第四條規定,集會遊行不得主張共產主義或分裂國土。該規定係源自國家安全法第二條之規定:「人民集會、結社,不得主張共產主義,或主張分裂國土。」,而規定中之「主張」應可以言論、講學、著作及出版方式表現之,當然亦可藉集會、結社自由之遂行而表現之。實質上,集會自由亦屬集體的言論自由(kollektive Meinungsfreiheit),亦爲表現自由之一種[70],因此,廣義的言論自由應包括集會、遊行及結社等表達意見之行爲在內[71]。因此,集會自由與言論自由有其重疊之處,於重疊時,有適用之優先順序問題[72]。

如果集會自由是言論自由一種表現形式,則保障言論「價值」亦應相對移轉至集會自由上。特別是集會自由中與言論自由結合最密切之部分,即集會遊行法第四條:「集會遊行不得主張共產主義或分裂國土。」之規定。

---

[70] 依日本憲法第二十一條規定:「集會、結社、言論、出版及其他一切表現自由均應予保障,禁止事前檢查,不得侵犯秘密通信。」其將集會自由列屬表現自由。

[71] 林子儀,言論自由與內亂罪 - 「明顯而立即危險原則」之闡釋,收錄於氏著,言論自由與新聞自由,台灣大學法學叢書,月旦出版公司,82 年,第 165 頁。

[72] 譬如在討論式的集會中(Diskussionsversammlungen)發表之言論,該言論之保障,首先尋求集會自由之保障,若有不足,視其內容可適用言論自由之保障。Vgl. Maunz/Dürig, a.a.O., Art.5, Rdnr.34,39, Art.8, Rdnr.9,21,22,61,62. BVerfGE 69,315(345).

二. 合憲性問題

集會遊行法第四條之規定,本質上涉及言論自由,應無疑義。對於憲法第十一條言論自由之保障範圍與限制界限等問題,以國內法學理論與實務,似尚無法提供具體判斷的原則或標準[73]。若以美國法中諸多限制言論自由的準則中,集會遊行法第四條之詮釋,似可援引包括事前抑制理論[74]、明顯而立即危險(clear and present danger)[75]基準、雙軌理論(the two-track theory)[76]、雙階理論(the two level theory)[77]、雙重標準理論(double standard)[78]、法律明確性理論、選擇較小限制方法[79]等。綜合而言,若從雙軌理論,集會遊行法第四條所規範之內容屬「針對言論內容之規制」(content-based regulations),若從雙階理論言,其應屬高價值的言論(hight-value speech),若從雙重標準理論言,其應屬精神自由之範圍。在不造成「明顯而立即危險」之情況下,此種「事前抑制」應從嚴審查,該項審查,自應受明確性及選擇較小限制之比例原則所拘束[80]。以下再分別就「不得主張共產主義」與「不得主張分裂國土」分別說明之。

1. 不得主張共產共義

---

[73] 林子儀,言論自由的限制與雙軌理論,收錄於李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集,現代國家與憲法,月旦出版公司,86 年,第 640-643 頁。惟釋字第一〇五似採事前抑制的理論,另從釋字第四〇七號不同意見書中,似乎讀到「明確性理論」。

[74] 美國大法官 J. Holmes 指出,美國憲法第一修正條文對言論自由保障之主要目的爲,「防止政府對公開發表之事前限制,但並不禁止對被認爲違背公共福祉之事後懲罰」,引自林世宗,美國憲法言論自由之理論與闡釋,85 年,第 14 頁。

[75] 林子儀,前揭文,收錄於言論自由與新聞自由,第 170 頁以下。

[76] 林子儀,前揭文,收錄於現代國家與憲法,第 662 頁以下。蔡懷卿,前揭文,第 76 頁以下。

[77] 林子儀,前揭文,收錄於現代國家與憲法,第 666 頁以下。

[78] 蘆部信喜著,李鴻禧譯,憲法,月旦出版公司,84 年,第 185-186 頁。陳秀峰,前揭文,收錄於現代國家與憲法,第 592 頁以下。林子儀,前揭文,收錄於現代國家與憲法,第 656 頁以下。

[79] 李鴻禧譯,前揭書,第 191-192, 195-196 頁。

[80] 「當法院在以嚴格的審查標準審查政府的立法或其他措施是否合憲時,法院會審查政府規制的目的,其所追求的政府利益是否爲相當急迫及非常重要的政府利益,以及其爲達成該目的所用的手段是否爲達到該目的之必要且侵害最小的手段。如皆爲肯定,始屬合憲。」林子儀,前揭文,第 676 頁。

依孫中山先生之見解：「主義是一種思想,一種信仰,和一種力量」,又說：「大凡人類對於一件事,研究當中的道理,最先發生思想；思想貫通以後,便起信仰；有了信仰,就生出力量。所以主義是先由思想再到信仰,次由信仰生出力量,然後完全成立。」[81]思想、信仰及觀念之成爲主義,有成爲意識形態,藉之以表現和評價現實世界之看法,並指導影響一定行爲模式。然而思想、信仰與評價現世的觀點(weltanschauliche Bekenntnisse)的自由,厥爲民主國家憲法所保障。過去由於中華民國憲法前言及第一條,揭櫫孫中山先生之遺教及三民主義爲立國與立憲之精神,在該當時代及政治環境下,乃自然壓縮政治意識形態方面的「正確」思想及信仰「僅限於三民主義」,凡是違反三民主義之信仰,即類比於違憲,很顯然的,此種思考在推理或邏輯上是誤謬的。關於此,涉及憲法前言(包括增修條文)之效力,包括其得否作爲釋憲之依據、其是否爲修憲之界限、其是否關乎「自由民主基本憲政秩序」思緒問題,就有值得研究之餘地。不論如何,對於屬政治意識形態之主義,包括三民主義、共產主義、社會主義...,若僅止於思想或信仰之層次,應受絕對保障。

「主張」共產主義,並作爲集會遊行之訴求,則屬言論、表現自由層次,而該屬於政治性且具高價值的言論,在未必構成立即危險之情形下,即該項主張並非能可能引起立即、急迫之危害,而該項主張又有受「言論自由市場」檢驗之可能性,以之作爲集會遊行不予許可之依據,已構成對言論事前加以抑制,恐將會對民主程序之健全、以及基於人性尊嚴之人格自我實現有關言論部分,輕易扼殺。此種規定,出現在集會遊行法上,配合許可制,得以集會遊行法爲名,行扼殺言論自由之實,此種事前抑制之過當,相當顯然。

由上述可知,得否主張共產主義,事涉思想自由與言論自由,從基本權利位階秩序(Rangordnung)而言,保護思想的價值應高於言論之價值,若於兩者有重疊情形有需司法解釋時,若高價值的基本人權(思想自由)已顯然遭致不當之限制而違憲,自無需再探究其與較低價值之基本人權(言論自由),再爲解釋。

2. 不得主張分裂國土

依中華民國憲法增修條文之「前言」,爲「因應國家統一前之需要」依照憲法第二十七條第一項第三款及第一七四條第一款之規定,增修本憲法。於此「因應國家統一前之需要」一詞,係憲法條文或國家方針之綱領性規定,其涉及得否作爲司法解釋之依據及得否作爲修憲之界限,雖與本文無關,但值得一提。

---

[81] 孫中山先生「民族主義」第一講,與國父全集第一冊二十七頁。

分裂國土之主張,必須在「固有領域」之確定下,方有其依據。且依憲法第四條規定之反面解釋,中華民國之領土(依其固有疆域),得經國民大會之決議變更之。若舉辦集會遊行,以促使國民大會依合憲之方式變更領土,而達到「分裂國土」之目的,依集會遊行法第四條之規定,亦將遭禁止。依憲法增修條文第四條第三項:「政黨之目的或其行爲,危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序者爲違憲」,政黨若以間接或直接方式,主張分裂國土爲集會遊行之訴求,是否會「危害中華民國之存在」或「自由民主之憲政秩序」,以現在之政治情況,充滿了變數。問題癥結在於,若分裂國土僅止於「主張」,尚屬言論層次,與前述主張共產主義同,應從嚴審核其合憲性,該主張若不生立即明顯之危險,且得受「言論自由市場」檢驗之可能性,自不應以集會遊行法爲名,行抑制政治性言論之實。若採取具體行動爲分裂國土,並非不得在其他法域中另謀限制之法律依據,單以集會遊行法爲事前之抑制,顯非妥適。

三. 從警察實務觀點

影響警察執法中立的因素有多端,尤其警察的意識與組織型態深受政治、社會制度及文化背景所左右,一般咸信,惟有政治民主化方是警察民主化成功之有力保證,也只有透過警察體制與意識構造之民主化,方有可能使警察中立執法,不致成爲政治工具或代罪羔羊,進而博得人民的信賴。

基於警察執法中立之考量,集會遊行法第四條,屬於言論自由層次,而此種易生爭議之規範,執行上配合許可制極容易窄化或扭曲集會遊行之自由,得不償失。再者,以警察之能力,實無法在有限時間內(急迫性)認定「共產主義」與「分裂國土」之高難度實質憲政概念,況且以司法院大法官之濟濟多士,也多不便對「固有疆域」作出解釋(釋字第三二八號解釋)。因此,在現制下,就難免將警察推入政治意見爭執之漩渦,馴致執法之不中立,顯見該項立法之不妥當。

伍. 集會遊行法中採行政刑罰之妥當性

一. 行政秩序罰與行政刑罰併存之實際與問題

1. 行政秩序罰與行政刑罰併存

行政秩序罰與行政刑罰本質上皆屬制裁行政不法行爲,然後者卻是以刑名制裁,並依刑事不法處罰程序爲之。一般言之,既然行爲本質上屬行政不法,則僅宜以行政秩序罰制裁之,若以刑名制裁者,亦應僅針對犯罪行爲。但事實上,在立法政策上似尚難放棄以刑罰手段制裁行政不法,於是,違反行政義務而受刑罰制裁,到底是屬犯罪行爲之「刑事不法行爲」,或屬「行政不法行爲」,乃引起爭論。主張前說者,大都能容忍兩者併存於行政法之罰責中,而將行政刑罰所制裁之行爲直接稱爲犯罪行爲,而將該以刑名制裁之法令稱爲「附屬刑法」[82]。主張後說者,較傾向於將接受「行政刑罰」之行爲列屬爲「不純正行政不法」行爲,而不認爲其屬犯罪行爲,而行政刑罰是行政秩序罰的一種變體。爲解決該問題,有建議儘可能將該等行爲「犯罪化」,或將質量上介於犯罪行爲與行政不法行爲間之行爲,另以他法規範之,例如仿效德國秩序違反法(Ordnungswidrigkeitsgesetz),藉以減少行政秩序罰與行政刑罰間之糾葛問題。不論如何,在現行行政法之成文規範中,該兩種處罰併存之情形,實不勝枚舉,相應於此,亦衍生許多如下所述且已經反覆討論過的問題。

2. 運用行政秩序罰或行政刑罰之立法考量問題

行政義務違反,應以行政秩序罰或以行政刑罰爲制裁方式,固然會受到行政管理從其目的性、有效性考量甚大之影響,此外,行政掌握立法提案主動權亦發揮關鍵性作用。然而立法究屬立法者之權限,最後之決定仍繫於立法者之審酌與決

---

[82] 國內學者有將行政刑法解爲規定在各種行政法中的刑法條款,例如陳樸生,略談刑事刑法與行政刑法之關係,法令月刊第 36 卷 11 期,74 年 11 月,第 3 頁;蘇俊雄,刑事犯與行政犯之區別理論對現代刑事立法的作用,刑事法雜誌第 37 卷 1 期,82 年 2 月,第 28 頁;韓忠謨,行政犯之法律性質及其理論基礎,台大法學論叢第 10 卷 1 期,69 年 12 月,第 3 頁。林山田教授則將刑法法典視爲核心刑法,認爲在行政法使用刑罰的制裁手段,仍屬刑事刑罰,既不宜稱爲行政罰,亦不宜稱爲行政刑罰,行政刑法宜統稱附屬刑法,見林山田,行政刑法與行政犯辯正,法令月刊第 40 卷第 9 期,78 年 9

定。而立法者之決定,應綜合考量應受制裁行爲質與量上的區別以及刑事政策[83]。

就行爲量的考量上；行爲所生危害輕重程度及發生之頻率,具有量的差異。行政刑罰應是制裁行爲後果所造成之損害或危險程度較重者。損害或危險程度較低者,宜規定爲秩序違反行爲。此外,行爲違犯的數量,亦即行爲違犯規定出現的頻率較高而具高損害性的,宜規定爲犯罪行爲,出現的頻率較低而具低損害性的,則宜規定爲秩序違反行爲[84]。

就行爲質的考量上；「刑事不法」是自體惡,不待法律之規定,已存在於行爲之本質中。「行政不法」是禁止惡,源於法律禁止規定。因此,行爲就倫理的評價,如係應予非難的,即具有社會倫理的非價內容(Unwertgehalt),而須使用具有倫理與道德基礎的刑罰作爲法律反應手段,始足以衡平其惡害,即應規定爲犯罪行爲。反之,則應規定爲秩序違反行爲[85]。

就刑事政策之考量上；刑罰具有最後手段的特質,立法上只有在所有的制裁手段,均無法有效制止不法行爲時,始可考慮動用刑罰手段。此外,刑事司法之設計在制裁具有較高不法與罪責內涵的犯罪行爲,以建立並維持最低限度的道德水準。假如立法不當,輕易將本由行政機關處理即已足的秩序違規行爲規定爲犯罪,將減低刑事司法審判重大犯罪的能力,且有損司法形象。

惟考察今日之行政刑罰行爲是否都合乎前所述之質量,則頗值懷疑,何況人類行爲的價值判斷,質量之間仍有游移的可能[86]。至於所謂刑事政策,事實上仍是受到各種具有時空性刑法理論擺盪之牽制,難驟下定論。取決於立法者乃是在民主多數決體制下不得不爾之結果。職是之故,集會遊行法中有刑罰之制裁規定,應無

---

[83] 林山田,使用刑罰或秩序罰的立法考量,刑事法雜誌第 34 卷第 1 期,79 年 2 月,第 2-5 頁。鄭善印,刑事犯與行政犯之區別 - 德、日學說比較,三鋒出版社,79 年,第 163 頁以下。洪家殷,論行政秩序罰之概念及其與刑罰之界限,東吳大學法律學報,第 9 卷第 2 期,第 104 頁以下。

[84] 陳新民,行政法學總論,80 年,第 276 頁以下；同氏著,行政罰的適用原則,法令月刊第 38 卷第 2 期,第 12 頁以下。吳庚,行政法之理論與實用,85 年,第 384 頁。韓忠謨,論行政犯之法律性質及其理論基礎,台灣大學法學論叢,第 10 卷第 1 期,第 67 頁。林山田,使用刑罰或秩序罰的立法考量,收於廖義男等,前揭研究,第 18 頁。管歐,中國行政法總論,68 年,第 486 頁以下。

[85] 林紀東,行政法,65 年,第 266 頁以下；同氏著,行政犯與刑事犯,收於行政法論文集,62 年,第 157 頁。涂懷瑩,行政法原理,69 年,第 601 頁。馬君碩,中國行政法總論,第 274 頁。史尚寬,行政法論,67 年,第 61 頁。黃守高,現代行政罰之比較研究,59 年,第 33 頁以下。參考行政法院四十二年判字第二十號判例；七十五年判字第五六〇號判決；七十七年判字第一三〇八號判決。

[86] 陳志龍教授是以刑法意義的法益是否遭受侵害或危險作爲區分標準,見氏著,法益與刑事立

合憲之疑慮,所遺的問題,是妥當性的問題或除罪化的問題。

二. 集會遊行法第二十九條規範之妥當性問題

依集會遊行法之規定,得科處刑罰之依據者爲第二十九條、第三十條及第三十一條。至於第二十九條:「集會、遊行經該管主管機關命令解散而不解散,仍繼續舉行經禁止而不遵從,首謀者處二年以下有期徒刑或拘役。」不採行政罰,而採刑罰規範方式是否適當?此問題,除同樣涉及前述行爲質量及刑事立法政策考量諸問題外,尚涉及除罪化、是否與刑法規定重覆(例如刑法第一四九條),以及是否應倣德國制定秩序違反法...等諸多問題。本文僅擬限縮於以下兩點論述之。

1. 追訴法定原則之適用

法定原則(Legalitätsprinzip)適用於犯罪追訴,是否亦適用於行政法中以「刑名」制裁之有關行爲,若將範圍限制於應由警察執行之法律,譬如;集會遊行法第二十九、三十、三十一條,皆有所謂「行政刑罰」或「實質意義之刑罰」,警察於遇有各該條情形,是否適用法定原則,而爲立即強制追緝,頗值探討[87]。由於行政違法構成要件與刑事違法構成要件有別,行政違法事件雖有時亦以刑名制裁,並不表示行政違法必有倫理非難性,通常只是嚴重違反行政作爲或不作爲義務,警察應積極處理,但似不必受法定原則之嚴格限制,以免造成行政機關之作爲過分機械,特別在處理群眾事件中,極易發生對立現象,造成過大的工作負擔。爲徹底解決此類問題,應再審慎考量,儘可能避免在行政罰中採「刑罰」,此外,行政制裁體系應再作一根本檢討[88]。此乃行政罰中之問題,解決方式有賴立法釐清[89]。

2. 與第二十五條之關聯性

---

[87] Wilfried Bottke, Grundlagen des polizeilichen Legalitätsprinzips, JS, 1990(6)?, Heft 2, S.81ff.

[88] 參考張劍寒等,行政制裁制度,行政院研考會,68 年 6 月。鄭善印,刑事犯與行政犯之區別,三鋒出版社,79 年 4 月。廖義男等,行政不法行爲制裁規定之研究,經社法規研究報告 1005,79 年 5 月。Dietel/Gintzel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit,1989 § 17a Rdnr.31.

[illegible] 之模式爲之。(有解釋例可循)

集會遊行是否解散,繫於第二十五條第一項之四款規定,而該解散事由又與「許可制」之運作緊密結合,許可制之惡害難保不會延伸至第二十九條,重點是,第二十九條之要件,較欠嚴謹(與刑法第一四九條相比),在非常不易掌握的群眾活動中,執法機關若不能恪守集會遊行法第二十六條(比例原則)之精神,自我制約,單純不遵從主管機關解散命令之所謂「首謀者」觸法之可能性極大。換言之,在其因不服從所肇致危害程度尚難估料之時,即有遭課予刑事罰之可能,除有羅織之嫌外,恐會造成集會內在自由之限制,即懼於行使集會自由,甚至,以不申請、不報備之流竄、游擊方式因應之,恐非立法者所願見。基於刑罰謙抑思想,刑罰允爲最後手段,非不得已不輕易開啓。

陸. 結語

集會自由具有主動參與權之功能,係以集體意見表達,主動提供政府或影響政府或他人,此種「精神意見」之交換爲自由民主國家秩序要素之一,其有助於整合政治衝突、意見分歧,堪稱爲政治安全瓣,具體而言,可化解制度性革命之危機,並可使少數有機會打破意見壟斷,進而成爲多數,這亦是人民以主動地位產生的人民參政權之必有功用,集會自由因此架構成政治意見形成程序之自由權。集會自由既具有主動參與政治意見形成之功能,因而可被理解爲國民主權之直接行使形式,且順理成章具有民主基本權利及政治抗爭之特質。憲法保障集會自由,同時就保障政治自主與民主反對,其功能是十分崇高與神聖。

如果我們能深刻體會人民集會自由權在民主法治國家中之實質意義時,集會遊行法之內容,在消極上至少應避免使欲合法遂行集會自由權者產生不便、不願意,甚至恐懼行使其權利之可能性。將集會遊行之許可改爲報備,刪除第四條之規定,儘可能避免刑事制裁,此其時矣。積極面上,政府應開導人民正確行使其集會自由權,以採擷正確民意,作爲施政參考並確保集會遊行和平進行。此外,若欲緩和法律理想與政治現實間長期存在的緊張狀態,確保人民集會自由權,警察若無中立執法之空間與態度,恐怕仍會事倍功半,此及警察遂行任務上,亟待認知之課題。

試析集會遊行法牴觸憲法之疑義

法治斌

集會遊行爲人民表達思想的方式之一，藉由集體之行動，將共同之訴求向外投射，以引起社會大眾之注意，進而正視其主張，促成有意義之討論或辯論，最後再透過民主之程序，形成政策或法律，故其爲民主憲政國家所普遍承認之基本人權，實無待多論。然其如同其它受到憲法明文保障之人權一般，均非屬絕對性，而不受任何限制之權利。眾人群聚之客觀事實，多少均會影響他人之自由或權利，甚至對社會秩序或交通安全構成威脅，如此即不得不賦予主管機關較爲寬廣之管制權力，以適切平衡各方利益與需求，而無法完全以個人自主行使集會遊行之權利爲當然之優先。美國憲法增修條文第一條即強調人民僅有和平集會之權利（the right of the people peaceably to assemble），德國基本法第八條第一項亦規定人民集會之權利係以和平及不攜帶武器爲構成要件。凡此規定即充分顯示集會之權利實與言論、出版、講學、居住遷徙、秘密通訊自由等其他人權有本質上之差異。

一般而論，事關個人言論或出版自由之限制，有所謂事前審查與事後追懲之別。美國憲法雖就此留白，前者之合憲性亦素有爭議，但美國聯邦最高法院迄今仍未直接認定本制非憲法之所許，乃屬「本質違憲」（unconstitutional per se ）之制度。此與德國基本法於第五條第一項明文禁止之態度顯然有別。惟依其最高法院判例之所示，政府所爲之事前審查規制終屬例外，而必須極爲審慎自制。於實質之事由方面，苟非出諸於（1）國家安全之必需；例如爲排除徵兵之阻礙、阻止運兵船期、軍隊數量及駐紮地點之公布，（2）猥褻之出版品，（3）煽動他人以武力或暴力方式推翻政府等三項具體之情形（註1），即不得採行事前審查設計。於程序方面，則強調正當法律程序之要求，亦即須於法定之短期內進行審查，如認定系爭標的非法時，不得逕自作成否准之處分，而須立即向法院提出聲請，

請求司法審查。主管機關於此處應負舉證責任。法院亦須於最短期間內作成裁判（註 2）。且不論係於主管之行政或司法機關內均須進行聽證之程序，而不得單憑片面之詞有所決定（註 3）。

此種雙重之要求，尤其是程序部分，是否亦適用於集會遊行之例，則有疑義（註 4）。但事前審查集會遊行時，如將審查之重心置於時間、地點或方式（time，place and manner）等技術層面，而不及於集會遊行之目的或內容，即此乃爲一「內容中立」（content--neutral）之管制，則由於集會遊行之訴求尚不致被全面封殺，而仍有可能改於另一時間、另一地點或其他變通之方式，向外傳達及散布。且係純粹爲維護交通安全或社會安寧等重要之公益，實務界即早已確認，並非憲法所不許（註 5）。又授與主管機關審查之權限如非漫無邊際，可任意自由裁量，或據以審查之規定未充斥不確定法律概念，不致於解讀時流於浮濫空泛，即可充分滿足憲法之要求，而無須踐行前述所謂程序方面之準則（註 6）。易言之，於人民行使集會遊行之權利時，主管機關如進行事前審查，並非必然違憲（註 7），尤其是於憲法並未明文禁止時，更不宜如此草率推斷。

於事前審查之制度中，許可制自爲最常見者。惟不同於傳統行政法上所謂禁令解除之許可（註 8），此處之許可受有諸多之限制，原因即在於事關人民之集會自由，而惟有如上所述，於符合設定之嚴格要件後，始可通過憲法檢驗之門檻，而不構成對人民表意自由之不法限制。此所以美國各地仍多採行許可制。日本戰後對人權亦頗爲重視，但六十個地方相關法規中，除七個地方政府改採通知報備之法制外，絕大多數（五十三個）均仍採行許可制（註 9）。下級法院雖偶有異聲，但最高法院之態度則甚爲清楚明朗，而有條件承認許可制之合憲性（註 10）。英國法院則更爲寬容，根本不認爲集會遊行之事前審查，包括許可制及刑事制裁，有何不法之處（註 11）。由此可知，集會遊行之管制實有其特殊之處，而不應將其與對其他表意自由所爲之管制一視同仁或混爲一談。

論者多有主張以報備制取代許可制者，蓋如此即可賦予人民集

會遊行權利最高限度之尊重，又可使主管機關及時未雨綢繆，預爲規劃及防護相關之事宜， 似頗能兩全其美，有其可取之處。實則報備制如未附有禁止之規定，而係單純課予行爲人通知之義務，主管機關不得有所異議。且未經報備，亦不影響原決定或行爲之效力(註12)，自與事前審查之制有間。但如德國之例，仍得基於一定之事由，禁止人民之集會遊行(註13)，實亦寓有事前審查之意義，其與許可制之差別，即未必有如形式上二者所呈現之顯著對比。

我國集會遊行法第九條明定採行許可制，同法第十一條復列舉六款不予許可之事由，除非符合其中之一，否則主管機關即應予以許可。易言之，其已明確建立原則許可，例外不予許可之立法精神，足見立法者對許可制之可能弊病確有所理解，並設法避免，而改採有限度或修正式之許可制，企圖將申請許可之案件，以例行公事待之(註14)，如此自可減低其被認定違憲之可能。

惟六款之中，並非全部皆屬時間、地點或方式之管制，其中如違反第四條所定「不得主張共產主義或分裂國土」之規定，即直接涉及集會遊行之內容、議題，甚至觸及根本之理念或意識形態，故即明顯有其瑕疵，而成爲事前審查最招非議之處。實則主張共產主義或分裂國土，如僅止於空洞或抽象理念之闡揚與宣導，而未有更進一步具體鼓動立即著手實施之行爲，且客觀上亦無發生此一騷動之可能時，依美國憲法之法理，亦仍受表意自由之保護，而不得加以管制、限制或禁止(註15)。集會遊行雖較有破壞性，但仍可經由部署優勢之警力及充分之溝通，避免可能發生之危害。加上刑法已有對個人從事內亂行爲制裁之規定(註16)，大法官又可組成憲法法庭，處理有關違憲政黨之解散事項(註17)，於政府管制方面，是否確有必要於集會遊行時亦有所著力，即尚有斟酌之餘地。

又所謂「有事實足認有危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞」之規定，其中之不確定法律概念均極爲抽象空泛(註18)，不僅意義難以掌握，亦不易由受規範者所預見，故是否符合大法官釋字第四三二號解釋中所樹立之法律明確性原則，即不無疑義。一九六

九年美國聯邦最高法院即曾於 Shuttleworth v. Birminghan 一案中(註 19)，明白宣示系爭法規所定因基於「公共福利、和平、安全、衛生、尊嚴、公共秩序、道德或便利等之要求」，所構成拒絕核發許可之事由，於實質上已形同授予主管機關毫無節制之絕對權力，任憑其可依據個人一己主觀之愛憎，而非客觀之規範有所決定，故非憲法表意自由之所許，其立論實可供參酌。

至於不及依集會遊行法第九條所定二日之期間前提出申請之例，即學理上所謂「自發性」或「偶發性」集合(註 20)，由於事出突然，時機緊迫，往往於客觀上不可能於二日前提出申請，雖有使主管機關措手不及之問題，但此一事實或現象終難以法律禁止之，主管機關實應勇於面對此種不可歸責於申請人之集會遊行，參照先進國家之立法先例，同時歸結我國昔日累積之實務經驗，於立法上妥爲規劃因應，而非視若無睹或假裝其不存在。

又集會遊行法第二十九條所規定之制裁爲刑罰，而非行政罰之爭議，實爲立法政策之選擇，爲立法機關裁量之自主空間(註 21)，司法機關之審查於此即有其限度。除非具有顯然違法之情形(註 22)，否則即宜儘可能尊重立法機關之決定，司法機關如積極行使職權，將極易導致越俎代庖之結果，而有違權力分立之基本原則。

註　　釋

1. Near v. Minnesota, 283 U.S. 697, 716 (1931) ; Nebraska Press Ass'n. v. Stuart, 427 U.S. 539, 590-93 (1976) (Brennan, J., concurring).
2. Freedman v. Maryland, 380 U.S 51, 58 (1965).
3. Carroll v. President and Commissioners of Princess Anne, 393 U.S. 175, 180, 183 (1968).
4. Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad, 420 U.S. 546 (1975); Blout v. Rizzi, 400 U.S. 410 (1971) ; FW/PBS Inc. v. City of Dallas, 493 U.S. 215 (1990). See also Blasi,

Prior Restraint on Demonstration , 68 Mich. L. Rev. 1481, 1536-52 (1970) ; Monaghan, First Amendment "Due Process", 83 Harv. L. Rev. 518, 541-43 (1970).

5. Cox v. New Hampshire, 312 U.S. 569 (1941). See DAVID P. CURRIE, THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES : A PRIMER FOR THE PEOPLE 76-77 (1986).

6. MELVILLE B. NIMMER, NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH 4-30 (1984) ; ELDER WITT, THE SUPREME COURT AND INDIVIDUAL RIGHTS 34, 41 (2d. 1988) ; 蔡懷卿『從美憲觀點論我國集會遊行法』，憲政時代第二十二卷第三期，八十一頁至八十三頁(民國八十六年一月)。

7.我國三位大法官(吳庚、蘇俊雄、城仲模)於司法院大法官釋字第四一四號解釋中，曾以事先審查之制不見容於表意自由爲據，撰寫並發表部份不同意見書。

8.白鵬飛，行政法總論，五十二頁(民國十七年十一月再版)；史尚寬，行政法論，三十一頁(民國六十七年九月)。

9. Lawrence W. Beer, Freedom of Expression: The Continuing Revolution, in JAPANESE CONSTITUTIONAL LAW 227(Percy R. Luney et al eds. 1993).

10. Id., at 227-29. 另亦可參照林紀東，中華民國憲法逐條釋義 (一)，二一0頁至二一五頁(民國七十一年修訂版)。

11.ERIC BARENDT, FREEEDOM OF SPEECH 143(1985)。

12.有關報備之意涵，可參見黃守高主持，我國現行法制用字用語及格式之研究，一七八頁(民國七十五年六月)。至報備制與許可制之區別，請參閱李震山主持，我國集會遊行法執行之研究，五十四頁至五十九頁(民國八十三年七月)。

13.德國集會遊行法第十五條參照，引自李震山，同上，五十七頁。

14.實務上主管機關對集會遊行之申請，甚少不予許可，見李震

山，同上，六十一頁。

15. Brandenburg v Ohio ,395 U.S.444 (1969);林子儀，「言論自由與內亂罪－明顯而立即危險原則之闡釋」，收於氏著，言論自由與新聞自由，一八一頁至一九一頁（一九九三年四月；蔡懷卿，前引註6，八十八頁。

16.刑法第一百條、第一百零一條。

17.憲法增修條文第五條第四、五項。

18.學者蘇永欽曾建議將本條概括與例示之規定加以重整，並合而為一，既可減輕不確定法律概念之困擾，又同時引進比例原則之精神，其提出之修正規定為：「申請室外集會遊行，除有明顯危害公共利益，或危害他人身體生命或對財物造成重大損害之虞，而無法以第十五（六）條之限制方式排除者外，應予許可。」見蘇永欽，「簡評集會遊行法初草」，收於氏著，憲法與社會文集，三三八頁（民國七十七年十一月）。

19. 394 U.S.147(1969).

20.見陳新民，「示威的基本法律問題」，收於氏著，憲法基本權利之基本理論（下），三九四頁至三九八頁（民國七十九年一月）。

21.吳庚，行政法之理論與實用，四〇七頁（民國八十五年八月增定三版）；李震山，行政法導論，二九九頁（民國八十六年九月）。

22.司法院大法官釋字第三四二號及四一九號參照。

解釋憲法補充理由書

為　釣院

高○炎、陳○男、張○修聲請案，補充理由如次：

壹、集會遊行與表現自由在憲法中之地位

立憲主義是近代國家建立其國家體制最重要的基本原理，而自由主義與民主主義更是近代立憲主義的主要內涵。在立憲主義、自由主義與民主主義的基本原理之下，所謂的憲法不外是人民基於自己意願所共同締結的社會契約，而人民所以締結此社會契約的目的，不外是要確認、保障人民擁有先天不可侵犯的基本人權，用以確保私人領域的自主性，以防止國家公權力的濫權侵害；在這種自由主義的前提下，對於公共事務之推動，憲法則依民主主義之原則強調統治者與被統治者的同一性，規定了公權力的權力來源基礎與其基本原理，並保障人民當然可基於參政權及其他權利直接或間接參與政治，使政治真正成為民有民治民享的公領域。

在自由主義的前提下，人民內在的精神活動諸如：思想、信仰與學問當然應被保障其自由。然而人們內在的精神活動即使獲得自由的保障，但如果無法對外加以表達時，則內在的精神活動實無異是孤言獨語的行為，對於不斷需與他人共同經營社會生活的人類而言，這種保障將無絲毫意義。因此，向他人或社會表達其思想及成果的手段與機會必須獲得保障，內在精神自由的保障才有意義，而人們擁有各種手段、機會以表現自己思想等的自由也因此當然是憲法所保障的基本人權，而這也正是所謂的『表現自由』〔 freedom of expression 〕。言論、出版、集會、

結社等皆是表達思想信仰的手段，他們皆屬於表現自由的範疇；這些表現自由對於民主主義而言更是不可或缺的基本要素，因為民主主義的本質之一就是公意政治，而公意形成的前提就是須讓所有國民充分表達其對公共事務的意見，以促成政治意思最後的決定，因此表現自由是國民參與政治意思決定的基本前提，欠缺表現自由，參政權將喪失其實質的意義。因此表現自由是民主政治存續與發展的必要條件，也是近代民主國家存立的基礎，易言之，表現自由正是支持民主秩序不可欠缺的支柱，也是形成民主秩序最基本的手段與方法。

事實上，讓民眾自由地活用思想、言論、集會、結社等的精神自由，而彈性地去維持這些自由的運用才是實現民主秩序的正確作法，讓人民能自由表達意志並表達思想，民主的秩序才能自律的形成。

在代議制為主的間接民主制之下，人民對政治參與的管道其實受到相當大的限制。事實上，除了選舉手段之外，人民甚至要透過大眾傳播媒體表達意見的機會都幾近不可能。在任由少數政治菁英決定國家的政治結構與社會條件下，許多群眾之所以會參與集會遊行常是因為政治管道不通，而讓民眾不滿的政治條件已然形成之故，因此集會遊行常是衡量政治運作的測量器。它是間接民主制之下保持民意能進入政治最重要的途徑之一，其重要性甚至超過其他的表現自由。

而且參與集會遊行可讓市民們和相同意見的人分享共同的感覺並互相激勵，又可向不特定的多數民眾呼籲以使其他民眾支持其意見主張，因此集會遊行如能具有動態集會場所的性質，而發揮其表達意見之功能，這可說是大眾表達政治意見、交換政治意見最好的場所。

貳、人民之自由權與憲法第二十三條之關係

如同前述，自由權是國家所不可侵犯的基本人權，而基

本人權最根底的思想與精神正是對人性尊嚴的尊重。人既生於社會之中而必須與他人共營社會生活，此時除了強調自己的人權之外，也必須尊重他人的尊嚴、尊重他人的基本人權。然而人與他人共營社會生活，所謂的衝突勢必難免，因此，為使公共生活儘量不發生障礙，調整人權彼此之間的衝突與矛盾勢不可免。因此，人權具有其內在的界限，法國一七八九年之人權宣言第四條規定：「自由能為不侵害他人的所有事務，因此，個人行使自然權時除應保障社會其他成員享有同種的權利之外，並無限制，此種限制只能以法律訂定之。」日本國憲法第十二條規定：「……國民不得濫用自由權利，並負有為公共福祉而利用自由與權利之責任」。類此規定所強調的正是權利之行使，不得濫用，不得侵害他人，也顯示出人權具有其內在的界限。

現行憲法除在十四條規定：「人民有結社之自由」以宣示憲法對集會遊行的保障之外，也在憲法第二十三條規定：「以上各條列舉之自由權利，除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外，不得以法律限制之。」從該條文之內容來看，吾人可知人民的自由權利，在防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序、增進公共利益四個必要條件之下，可依法律加以限制。按法律係國會依議事程序經由討論、審議、表決之程序所通過之公共意志之展現，法律當然亦應遵守人民所締結之社會契約，在公私領域區分的前提之下，展現公共意志的法律當然亦不能任意侵入私人領域，破壞憲法對個人領域的保障。然而如前所述，人既為社會的存在，個人的任何行為皆很難避免與他人發生關係，而個人權利的行使，當然也無法避免與他人的權利發生衝突，在這種情況下，法律擔負起人權衝突調整的角色，乃是諸多民主國家憲法對法律所賦予的權限，例如法國一七八九年之人權宣言第四條所示即是典型的例子。

與上述其他憲法之規定相比較，並衡諸民主國家憲法之發展史，現行憲法第二十三條所規定之四個條件，當然，亦係基於人權衝突之調整觀點所為之規定，此四種列舉要

件如加以分類，則前三項可謂消極要件，最後一項則為積極要件。而前三項要件係針對平時與緊急二種時局所為之規定：所謂緊急危難，係指天然災害、瘟疫、戰爭等國家社會遭受緊急危難的情形，在國家社會遭受緊急危難時，國家固可依國家緊急權之法理行使正當防衛權與緊急避難權，對人民之自由權利加以限制，然因為緊急權之行使常會使國家社會恢復常態成為困難，因此憲法二十三條當然規定國家避免緊急危難時只能依法律之規定限制人民之權利自由，其目的不外在藉由立法保障人民之權利與自由，使之不致完全受到國家緊急權之破壞。

至於權利自由之行使不能妨礙他人之自由，乃是人權內在之限制，基本人權最根本之價值原理就在於個人尊嚴之保障，因此，人權的行使當然不能妨礙他人自由之行使，致使他人之尊嚴受到侵害。至於維持社會秩序，當然亦係調整人權衝突的同義語，只是必須注意的，社會秩序的維持係不確定性概念，可因任何人價值不相同，而使該概念具有不同之主張與內涵；「維持社會秩序」之內涵並非超然地存在於國民之上，亦非掌握權力之少數公職可任意斷定，社會秩序如從民主主義的觀點來看，它必是一個民主秩序，而民主秩序形成之基本條件，就是需保障國民表現的自由，只有保障國民的表現自由才能形成社會民主的秩序。

社會秩序有相當多的內涵，例如交通秩序、公平交易秩序……等皆是，此種秩序之維持，常會限制若干國民或多數國民之權利行使，而這種秩序的維持是否適當必需衡量秩序維持所帶來的權利損失與利益，亦即必須適用比例原則，才能決定，絕非以抽象不確定性的概念，任意決定之。

事實上，在人權保障體系內，依人權相互調整的原理所架構的各種範圍，並不是對人權的限制，而是充實人權保障的基礎，否則所有人權保障，將因毫無調整而陷入相互衝突，並使保障空洞化。因此，若要使用「法律」來調整部份人權的行使範圍與方式，必須以人權體系的整體調和作為思考的原點，衡量人權保障可否因此而更加充實，

並更具有意義，絕不可因此即認為「人權是可以用法律限制」。

如前所述，任何人都無法脫離社會生活，因此，任何人的人權當然不可能完全地自由放任，但是如何調整人權保障的界限？此外，當人權保障彼此有所衝突時，應如何謀求解決？以下我們可基於人權體系內不同層次之權利，簡單說明人權調整的基準：

一、不必調整的人權：指人權行使無侵害他人人權之虞者，即應受絕對完整之保障，而無討論調整的餘地。例如精神自由中，有關思想、良心、信仰、學問等內部精神自由，即為最典型的例子。

二、尊重他人的調整：此即指對等的人際關係所必要的調整。因為立憲主義憲法的成立前提，就是認為任何個人都是平等的、有尊嚴的、自由的，因此個人在行使自身權利時，也必須對等地尊重他人的權利行使。換言之，人權保障必然應排除：（一）、否定他人生存〔包括生命、健康等〕、（二）、否定他人人性尊嚴、（三）、否定他人自由意志、（四）、否定他人同類權利〔只准自己擁有、不許他人行使〕等的各種言行權利。

倘若人權保障包括前述不尊重他人人權的言論與行為，那麼霍布士所說的「萬人對萬人的戰爭」社會將再度來臨，致使所有人權皆難以存在。因此，只要是表現於外的任何人權，必然都會有一個最小限度的內在性限制。

三、實現社會正義的財產權調整：此乃指經濟自由而言，為保障弱勢也享有財產支配的實質自由權利，必須規制經濟強勢者的財產自由，或是藉累進稅率，對於超奢侈生活者的財產累積課徵高所得稅，以落實福利國家的基本理念。此外，為確保生存環境的安寧與衛生，亦得限制可能造成公害的資本形成。

從上面的說明來看，憲法第二十二條所謂的「防止妨礙他人自由，維持社會秩序」，即應以上述的調整基準來保持人權彼此之間的調和，至於憲法第二十三條「以上各條列舉之自由權利除為增進公共利益所必須者外，不得以

法律限制之。」之規定，如從人權發展的歷史與前面所作的說明來看，顯然是針對經濟自由，尤其是財產權而言。資本主義在「財產權無限制」的原則下，使得社會問題諸如失業、貧困等難以解決。因此在增進公共福利的前提之下，可依法律限制財產權之使用，甚至得在正當的補償下徵收個人之所有權。

參、表現自由之保障與限制之法理

依前面所述之理論，表現自由雖具有其內在的界限，然而由於表現自由在民主政治的實施過程中扮演本質性的角色，因此在憲法學乃至判例的發展中，對表現自由的保障產生出與其他自由權不同而且突出的法理論。例如：

一、以表現自由為核心的精神自由具有比經濟自由更優越的地位。(preferred position)

二、對言論、出版等表現出現於外部之前，不得以公權力壓制禁止之，此即禁止事前抑制之法理。

三、對於表現自由的限制，法律的規定與標準必須明確(definiteness)，此即明確性之法理；

事實上，在司法機關審判具體個案時，除需依上述三項原則據以審理外，美國的司法機關更依據上三項原則引伸出具體的標準與法理，例如：

一、比較衡量原則(balancing test)，也就是就具體的個案比較社會各種的利益，並考量表現自由保障所帶來的價值以及限制表現自由所帶來的價值，以決定限制的幅度與方法是否恰當；

二、「明顯而且立即之危險」(clear and present danger)原則。

三、「可選擇之較小限制之手段」(less restrictive alternative)原則：亦即對各種可能的限制手段，比較衡量其必要性、有效性或對社會影響程度，而以限制度最小之手段為基準，衡量限制手段在具體

個案中的合憲性。

四、「表現與行動分離」(expression-action distinction)原則：亦即表現僅止於表現時，其自由原則上就應被保障，即使該表現看起來有被取締的必要，也不能壓制其表現，只有當表現轉變成妨礙他人權利的行動時，才能加以限制。

集會遊行既為人民表達自己思想主張的重要手段，當然應受到表現自由所受到的各種保障。

肆、集會遊行採許可制之違憲性

一、許可制應廢除的第一理由：

依據以上對表現自由及集會遊行所述之理論來看，我國集會遊行法之許多規定顯然已違背憲法對集會遊行所為之保障。蓋集會遊行法就第二條所規定之「公共場所或公眾得自由出入之場所」，採取許可制。此一規定實際上等於讓警察機關在任何公眾場所舉辦的集會遊行，可行使許可權限。又第八條第一項規定不必申請許可者為(一)依法令規定舉辦者；(二)學術、藝文、旅遊、體育競賽或其他性質相類似之活動；(三)宗教、民俗、婚喪、喜慶活動。此一規定基本上是正面表列，依此一規定，則上述以外的所有集會遊行活動皆須申請許可。因此，第八條第一項之規定實際上是一般性地禁止人民集會遊行。此種一般性、概括性對集會遊行權加以限制，已是賦予主管機關事前抑制、禁止人民集會遊行之權限。

事實上，對表現自由採取事前抑制與禁止，會產生如下之弊端：

(一)事前抑制會使表現傳達於各個人之機會受到阻礙；

(二)事前抑制比起刑事追訴有被過度濫用之可能性；

（三）事前抑制欠缺如同刑事手續之憲法上正當程序之保障；

（四）事前抑制過於抽象判斷；

（五）事前抑制會給予資訊受領者不正當之影響；

（六）事前抑制將國家權力不當地擴大於個人領域上。

尤有甚者，集會遊行法於第十一條規定：「申請室外集會、遊行除有左列情事之一者外，應予許可：

（一）違反第四條、第六條、第十條之規定者。

（二）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。

（三）有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞者。

（四）同一時間、處所、路線已有他人申請並經許可者。

（五）未經依法設立或經撤銷許可或命令解散之團體，以該團體名義申請之。

（六）申請不合第九條規定者。」

由該規定來看，除因同一時地已有他人申請，亦即事實上無法併存舉行者之外（集會遊行法第十一條第四款），該規定賦予主管機關對於下述情事得不予許可：即有（一）不合形式之手續申請者，例如未經合法成立存在之團體以該團體名義申請者（集會遊行法第十一條第五款）、申請不具備第九條申請程序者（集會遊行法第十一條第六款）、集會遊行之負責人有第十條所指之消極資格者（集會遊行法第十一條第一款）等，可不予許可；（二）在實質上，「有事實足認有危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞者」（集會遊行法第十一條第二款）及「有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損害之虞者」（集會遊行法第十一條第三款）之情事下，可為許可與否之判斷。

顯然地，集會遊行法第十一條二款、三款之規定賦予主管機關可依不確定性概念對集會遊行自由實行事前之抑制與禁止，結果，造成公權力可事前預先對蘊涵於表現行

為中之表現內容加以審查判斷，而就該審查判斷在現實上是否會對社會造成實質惡害卻絲毫不加斟酌，而造成表現之機會被壓抑，此不但使表現自由發生萎縮(chilling)之效果，而且更會對表現自由造成致命之傷害。

二、許可制應廢除的第二理由

集會遊行法規定集會遊行之申請應向警察機關為之，而警察機關根據集會遊行法的規定，又是維持集會遊行秩序並依法得將違反集會遊行法規定者移送司法偵辦的機關。這樣的規定等於是讓警察機關同時充當球員與裁判的角色。在目前的警察體制下，警察機關屬行政院八部二會下之內政部。基本上要使警察機關完全依法執行其任務實非易事，蓋經由選舉而執政的政黨極容易 在目前的警察體制下以超乎法律規定外的政治裁量命令警察機關行事，如此一來，許可制極可能會形成政黨干預人民集會遊行的灰色地帶，這種灰色地帶的存在自然容易使人民的權利受到扭曲乃至侵害。民主政治的基本前提就是確定人民擁有國家不可侵犯的基本人權，但這樣的規定反倒是讓民選的政黨可利用法律空隙剝奪人民的基本權利。

因此，在目前的警察體制下，對於集會遊行採取報備制方能防阻政黨利用集會遊行法侵害人民權利，並能更符合憲法之規定以保障人民之集會遊行權。

三、許可制應廢除的第三個理由

如同在一所述，對表現自由事前抑制欠缺正當程序之保障。而欠缺法律正當程序之保障，使警察機關可依自身之行政裁量以決定集會遊行應否予以許可，亦是構成違憲的主要理由。依據法律正當程序之法理而言，任何人未經正當程序不得被剝奪其自由財產或生命。當法律賦予主管機關依不確定性概念決定是否許可時，由於行政機關可依自己之裁量決定是否許可，因此當該許可之不發給會造成人民之自由權利受損時，即應賦予人民參與行政程序之權利，讓人民有機會陳述己見，以便行政機關不敢單方擅定。

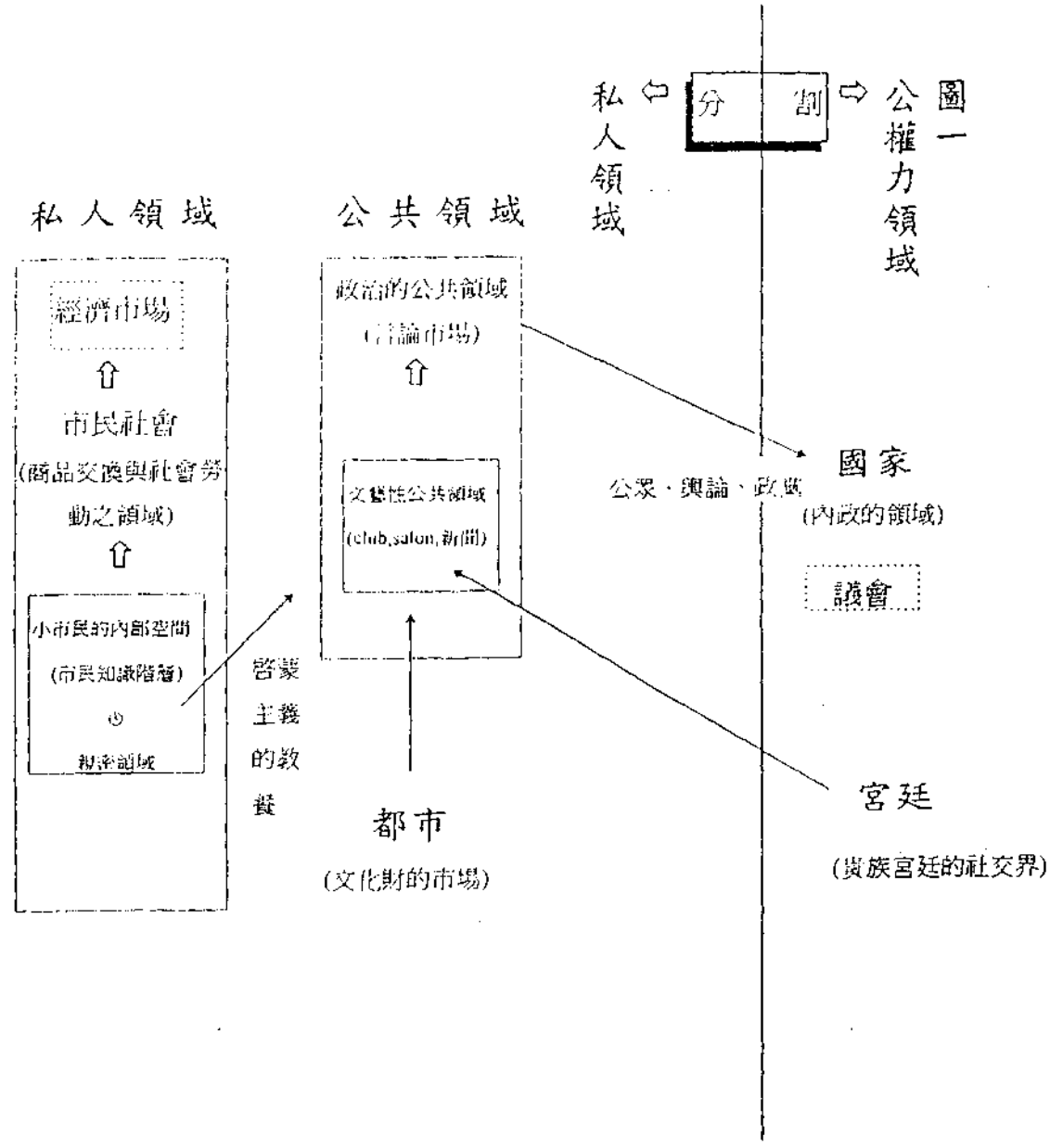
如果人民之權利自由在行政處分決定之後，即使依行政救濟亦無法挽回其權利時，這種參與行政程序的權利乃為憲法上所必然保障的權利。然睽諸集會遊行法之規定，集會遊行法之申請一旦不被許可或申請申復不被許可，其權利即必然喪失行使之機會。集會遊行法第十六條雖規定不被許可之集會遊行可申請申復，然此一申復之審查仍是由警察機關單方面為之，在法律正當程序的法理之下，此種申復制度根本無法達到此人民參與行政程序之目的。因此，第十一條之規定很明顯地違反憲法第二十二條之規定。

或有謂現行憲法並未如美國憲法中明文規定法律正當程序之保障，此顯然對於現行憲法第二章之規定未有深入了解。憲法第二章除在第七條至第十八條、第二十一條例示各種人權之外，更於第二十二條概括規定人民之其他自由及權利均受憲法之保障。顯然地，現行憲法第二章的結構對於人權係採取綜合概括之觀點，認為人作為人應有的基本人權都是應該受到保障，而在各種人權當中，對於各國已發展並應受到保障的權利則採例示規定之方式加以保障。由於現行憲法第二章這樣的規定方式，隨著時代變化而不斷產生的基本權利與自由，將可不斷地被包含於其中；美國憲法中所發展出來的「法律正當程序」，或是社會權、環境權乃至學習權、隱私權、知的權利：等，皆可依第二章第二十二條之規定衍生釋義，因此，依據憲法第二十二條之規定，集會遊行法賦與警察機關許可之權限而未有正當程序之保障，係違反憲法之規定。

四、許可制違憲的第四個理由

近代立憲主義的基本原理—自由主義與民主主義，其實是立基於市民社會與國家分離的思想基礎上，自由主義強調私人領域是屬於私人自由的範疇，私人集合而形成的社會應由社會自由運作，國家不應任意干預，至於在公權力所能活動的領域裡，民主主義是公權力運作的最重要準則之一。這樣的理論其實在十八世紀的歐洲具有現實的基礎，而表現自由在當時的公共領域裡正扮演著私人領域與公權力領域兩者間媒介的角色。

我們依據德國法蘭克福大學教授哈柏瑪斯所著「公共領域結構之轉變」一書，以下列圖一來介紹此一歷史的現實：



從圖一我們可清楚知道，於十八世紀的歐洲，在私人領域上形成一個公共領域，這個公共領域是由文藝性的公共領域〔literalische Oeffentlichkeit〕轉變而來，這個文藝性公共領域是由具有啟蒙主義教養的市民知識階層與宮廷貴族社交界的一部份共同以「都市」為發展空間合流而成。具有啟蒙主義教養的市民知識階層在他們家族內部形成一個親密的領域〔intimsphaere〕，並以此為基礎

發展出自由、愛與教養的理念，並產生出主體性〔subjektivitaet〕的概念，且更進一步形成對理性公開討論的認識。這樣的市民知識階層與宮廷社交部份合流，在文藝性公共領域裡討論文化，使得藝術評論形成，並更進一步地轉換功能而變成政治的公共領域。這個公共領域是市民基於公開性的原理，以論爭的方式表達自己的關心、自己的利害的一個領域，他們更透過這個領域要把他們的要求透過媒介機關轉到公權力的領域內，而這個公共領域也發揮了其功能，使做為國家主人的公眾成立，新聞政黨等媒介機關皆變成制度，同時使議會制度化到國家的領域裡面。以議會的力量為背景，私法的規範體系被法典化，歐洲的法治國家乃至立憲君主國也相繼成立。市民公共領域的原理成為國家機關在程序上必須面對，遵守的組織原則，這個領域同時也是從屬於市民社會之需求的一個有組織化的型態。

不過，市民的公共領域在十九世紀末葉從結構上開始變質，結果也同時使市民的公共領域在功能上產生變質。事實上，資本主義發展的結果，使得資本主義最基本的原理--自由競爭發生變化，自由競爭開始步向壟斷，勞資糾紛對立、失業、貧窮等各種問題也跟著發生，伴隨資本主義所發生的各種問題與紛爭，已無法由市民社會自律解決，而必須請國家出面以政治手段調停。於是國家與社會相互滲透的過程開始出現，國家社會化〔Vergesellschaftung des Staats〕與社會國家化〔Verstaatlichung der Gesellschaft〕現象同時進行，國家與社會分離的構圖終於崩潰。在這種國家與社會相互滲透的情況下，社會領域被再度政治化〔eine repolitisierte sozialsphaere〕。

家族喪失了資本形成的功能，也喪失了其在知識上自我決定的功能，家族成了所得的消費者，休閒的消費者與社會福利的接受者。過去在市民家族親密領域形成的主體性格所關心的文藝性公共領域變成休閒領域而被自立化的

行業所佔據，本來是討論文化的公眾，現在變成消費文化的公眾，文藝性公共領域變成大眾傳播媒體所製造出來的消費文化性公共領域，文藝性公共領域變成大眾傳播媒體影響家族內部空間的社會媒介。而市民的公共領域也在經濟上、政治上受到鉅大的影響，行政機關與企業、團體、政黨、大眾傳播媒體透過宣傳活動侵入市民的公共領域，重新塑造市民的公共領域，結果，公開性原理的功能變成操作性的公共性格。市民的公共領域又呈現「再封建化」（Refeudalisierung）的特性。公共領域本來是屬於該領域的公眾展開批判的場所，現在則成為在公眾面前展示威信的「宮廷」。公眾變成了是在意見贊成的氣氛中拍手喝采的大眾。

由於公共領域結構上的變化，對於包括集會遊行在內的表現自由，已不能僅依靠傳統的自由主義加以保障，也就是：限制國家對表現自由的侵犯，並無法使公共領域發揮其政治批判的功能；相反地，伴隨社會福利國家的出現，必須以社會國家的理論重新回到憲法原點，解釋集會遊行權乃至表現自由的權利內涵。換句話說，為了保障國民能機會均等地參與公共領域，國家必須積極地保障國民的參與權，只有國家透過制度的制定與形成，讓國民可確實參與公共領域，憲法所預定的基本前提—公意政治才可能實現。但是集會遊行法對集會遊行之申請採取可事前加以抑制的許可制，非但沒有保障國民對公共領域的參與，反而是以限制的規定限制國民的基本權利，因此回到憲法原點來看，許可制之違憲已是甚明。

伍、集會遊行法第四條之違憲性

任何表現，其所主張之內容，若未妨礙或侵犯他人之權利或自由，當然屬於表現自由所保障的範圍；以集會遊行法之方式主張共產主義或分裂國土，只要未超過其權利內在的界限並無不可。如果主張馬列式之共產主義，並欲

以暴力推翻體制以達到共產主義之目的而積極進行組織者，顯然已超過集會遊行權利之內在限制，固不可與單純主張共產主義者相提並論。至於本國所敵對之國家如採共產主義且不斷表達侵吞本國意願，當可另立特別法以處理本國及敵對國之各種關係，包括本國國民附和敵對國而提倡共產主義之各種言論，實不宜在以本國國民為對象所制定的法律中將敵國之主張列為規範對象。

陸、集會遊行法第二十九條之違憲性

集會遊行法第二十九條規定：「集會遊行經該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。」按犯罪之處罰要有一定的判斷標準並且依其行為之輕重程度加以處罰。集會遊行係人民之基本人權，只要其行使不妨礙他人之權利自由即應加以保障，但第二十九條不問集會遊行是否有妨礙或侵害他人之權利自由，卻概括性地規定「該主管機關命令解散而不解散，仍繼續舉行經制止而不遵從：」，顯然是將未妨礙他人自由之集會遊行也視為犯罪，此種立法之違憲性已清楚呈現。按刑法之所以處罰犯罪行為，乃是犯罪行為具有違法性，違反重大的社會價值，而應加以處罰。但是第二十九條的規定卻是將行政機關的解散命令置於人權的價值之上，如果行政機關的解散命令所帶來的社會利益或因此提高他人人權的保障度確實高於集會遊行所可能造成的損失時，第二十九條的規定尚可稱為合憲。但是集會遊行法第二十五條雖規定得命令解散之四個條件，然其中之要件所欲保護之法益根本不清楚，例如依第二十五條一項二款之規定：「經許可之集會遊行而有違反許可事項、許可限制事項者，主管機關得命令解散」，然許可事項、許可限制事項為何全由主管機關決定，如許可事項、許可限制事項根本不會影響他人權利自由而只牽涉行政作業之方便或行政秩序之維持時，若以此規定為依據命令解散並

將首謀者移送法辦以使其受刑罰之處罰，則顯然非常有可能使主管機關以行政秩序維持之理由命令解散，而造成集會遊行之首謀者須付出被處以刑罰之代價。同樣地，二十五條一項四款所規定之「其他違反法令行為者」亦是如此，因為所謂法令有很多只是有關行政作業或行政秩序維持之法令。第二十五條含糊的構成要件非常有可能讓無關緊要的法令成為集會遊行所違反的對象，使集會遊行可受處罰，顯然違反了表現自由所謂的明確性原則。

更重要的是儘管第二十五條規定警察機關命令解散的要件，但這樣的要件規定在實際上的執行過程中，等於是讓警察機關可完全依自己的裁量而命令解散，本案中警察先行設拒馬禁止未有遊行之實的車隊前進，再任意舉牌命令解散，並將停在拒馬前的車隊加以拍照，以為證據。當事人曾於高等法院要求法官就主管機關之命令解散行為審查其是否踰越應有的裁量範圍，然法官皆以命令解散行為之實施屬行政裁量之範圍，司法不宜介入之而不被採納。在司法無法發揮保障人民權利的情況之下，立法以不明確之構成要件限制人民權利自由之違憲性更是凸顯。

柒、集會遊行採報備制，仍可防止違法行為之出現

只要集會遊行僅止於表現而不轉化為妨礙他人權利之行動，則對集會遊行之申請採許可制，如同前述必然會違憲；的確集會遊行法與其他表現自由不同，較容易轉化為「行動性的表現」，然為調整其他國民與集會遊行者之人權矛盾、衝突，採報備制已是足夠。事實上，很多表現手段例如言論、出版等都不用報備，對集會遊行採報備制，已是賦予集會遊行者較重大之義務，而且採報備制之下，亦可由立法者立法賦予集會遊行者集會時所應遵守之義務，並對嚴重的違法行為處以刑罰。事實上，德國集會遊行法對集會遊行採報備制〔Anmeldung〕，其集會遊行法第十四條第一項規定：「有意舉辦露天〔室外〕公共集會

或遊行者，至遲應於通告前四十八小時，向主管官署報告集會遊行之內容。」，同條第二項續為規定：「報告中應陳明集會遊行之負責領導人。」，該項立法之主要目的，在於促成集會遊行將因為向主管機關報備，所以較能獲得必要之保障，其次，在適時報備下，主管機關得預為綢繆，以避免集會參與者之利益〔舉辦人、主持人、參加人〕與第三者之安全利益間，發生不必要或過度之衝突，並視情況採取安全及合秩序措施(譬如交通管制)，以一方面確保集會遊行盡可能順利進行，另一方面則排除公共安全與秩序之滋擾，或將之減至最小程度。經由報備，主管機關與集會籌辦者互相認識，在可能情況下，可彼此進行「依賴溝通」，德國聯邦憲法法院在 Brockdorf 一案中即強調此一溝通。這個時候舉辦者有積極提供資訊之義務，不待主管機關之要求，有義務依規定主動提供消息。

德國集會遊行法雖採報備制，但例外的情況下，可以禁止集會遊行，該法第十五條第一項規定：「依作成處分時可得認識之情況判斷，某集會或遊行直接危及公共安全或秩序者，主管官署得予禁止或課予特定限制。」不過，在報備制之外雖仍有例外禁止，但德國集會遊行法將禁止決定之權限交給警察機關以外之機關，並保障該機關組織之多元化，甚且保障集會遊行者之參與權利。例如：警察機關若對重大集會遊行有禁止之意，應即將之送請由地方行政首長或其代表所主持且包括警察機關、法界、有公信力之學者專家及活動訴求主體有關機關代表組成之委員會複決之。甚至亦可請集會遊行之籌辦人列席，表達意見以收到折衝、溝通之效果。如此，警察方有扮演中立執法之可能性。

此　致

司法院

聲請人姓名　高○炎

陳○男

張○修

訴訟代理人姓名　張俊雄

洪貴參

黃宗樂

中華民國八十六年十二月五日

集會遊行法違憲疑義何在？

釋憲聲請人於 1993 年為台北市政府傾倒廢土於台北縣五股鄉，造成當地居民死亡數十多人，乃以車隊至台北市政府請願，其後聲請人以違反集會遊行法第 29 條被移送法辦，於 1995 年 5 月 1 日被台灣高等法院判處拘役 30 日確定。聲請人乃於 1995 年 9 月 12 日依據司法院大法官會議法第四條第一項第二款提出釋憲聲請案。

按民主政治的基本前提就是要讓人民可透過言論、出版、集會、結社等各種表現手段以表達自己的意見與主張，俾使公意得以形成，因此，讓人民能有充分表現之自由，是民主秩序之前提，而集會遊行正是形成民主秩序的主要手段，尤其，集會遊行是表現自由中最重要的手段之一，它是人民締結憲法前就擁有的權利(亦即前國家之權利)，因此是國家不可侵犯的重要權利，國家僅得以法律調整人權彼此之衝突。

也因此集會遊行是重大的表現自由，因此，憲法學界與司法界乃發展各種法理以保障此種自由：

一、事前抑制之原理；

二、限制自由之基準必須明確；

三、利益比較衡量原則；

四、干預手段最小限度。

但是，國內的集會遊行法卻是：

一、讓警察機關可在集會遊行舉行前依自己之判斷、裁量

自行認定，集會遊行是否危害國家安全社會秩序....，在事前就封住人民表達意見。

二、集會遊行法對反制遊行設限，使不同意見之人民無法表達不同之意見，夾殺多元化社會中之多元意見之出現。

三、集會遊行法不承認非法人團體不得作為集會遊行之主體，剝奪了未屬合法團體人民之表現之自由。

四、集會遊行法以模糊的構成要件，可令集會遊行之負責人坐牢。

五、為調和集會遊行者與他人人權之衝突，報備制已足夠。

釋憲聲請人：高○炎

陳○男

張○修

訴訟代理人：張俊雄

洪貴參

黃宗樂

一九九七年十二月五日

解釋憲法爭點意見書

爲　鈞院　　高○炎、陳○男、張○

修聲請案，敬陳爭點意見如次：

所有國家統治權力皆源自於國民，國家必須依照國民總意而行使國家權力，此爲近代民主政治之基本要求，國家必須保障國民意見或意思之形成過程。然而，國民行使其政治意思，不僅經由選舉或投票來表達，也包含對政治意見形成之經常性過程予以影響，以形成公共意見，在此過程上，國民乃以不同程度來參與，如政黨、經濟力雄厚之企業家及大眾媒體能在此過程上爲顯著之影響，相較之下，一般國民即深覺無力。畢竟個人能直接進入媒體或利用媒體表示意見者，僅屬少數，故除了在組織上參與團體或政黨外，僅能藉由如示威之集會自由來集體地加以影響，故集會自由除有助於化解其政治上的無力感或對國家產生憤怒之危險傾向外，同時也能維持政治意思形成上之「力的均衡」。

在代議制之下，所有國民不能藉著投票制度直接參與國家權力之行使，只能經由其選出之議員於國會爲之，但此並不意味國民亦放棄集會之權利。在政黨國家型式之民主形成後，其要求議員地位之職業化，並且顯著加強政黨對議員之控制力量，因而更有必要保護或促進集會自由以維持「力的均衡」。尤其，當代議機關不能或及時認識到其弊端或錯誤發展，甚至採取其他利益之考量時，示威抗議更有其必要。在此種理解下，集會自由乃被作爲保護共同的意見或意思形成之權利。集會自由也被稱爲溝通的基本權利或政治的基本權利，乃是從集體方面補充言論自由，具有相當重要之民主功能，此在審查我國集會遊行法時，是應先加以正視與強調者，若將集會、遊行者視爲「潛在之暴徒」，僅係過度強調集會、遊行之負面現象，實無視或輕視集會自由在現代社會之意義與機能，將因而失去對集會自由之正確理解，更無法掌握限制集會自由應有之界限。

基於此種對集會自由之正確理解，爰對本件釋憲案主要憲法爭點，提出以下意見：

一、集會遊行法對集會、遊行採取許可制不採報備制，是否違反憲法第十四條規定之集會自由或憲法第二十三條之規定？抑或仍屬立法權限之範圍？

依集會遊行法第八條及第九條之規定，室外集會、遊行原則上應於六日以前以申請書記載法定事項，向主管機關申請許可，除具備同法第十一條所定之事由外，應予許可。此種許可制是立法者對集會自由所爲之限制，惟立法者固可限制，但基本權利亦爲客觀之法，具有直接拘束行政、立法、司法之效力，同時在法治國原則之要求下，立法者限制基本權利，非可恣意而爲，仍須符合憲法上之要求，如法律保留、比例原則、本質內容（ Wesensgehalt）保障..等，始屬合憲，此即所謂「基本權利限制之限制」。因此，集會遊行法之許可制，非可直接認其屬於立法權限之範圍，仍須進一步檢討其是否符合憲法的要求，否則關於基本權利侵害之違憲審查制度即無存立之餘地。

對於我國許可制規定之合憲性與妥適性問題，主要可從以下觀點加以檢討：

（一）從比較立法例而言

我國許可制之規定，基本上係仿效日本與德國立法例而來。日本法上對於集會自由之限制，中央並未制定統一之集會法，而放任地方政府以公安條例加以規範，而各公安條例乃是二次世界大戰後欲急於恢復秩序之產物，管制精神遠大於保障作用。在各公安條例中，採取報備制者有之，採取許可制者亦有之，而後者並成爲我國集會遊行法主要仿效內容。採許可制之公安條例，在日本曾引發多起憲法上之爭訟，雖然最高裁判所認爲公安條例上原則應予許可，例外始不予許可之規定，仍屬合憲，但日本學說上基於表現自由事前限制禁止之原則，大部採取違憲之認定，若干下級審法院仍逕認此種規定爲違憲，或以迂迴方式來擺脫最高裁判所見解之拘束，此乃在解釋日本公安條例所應加以整體觀察者，非可僅依最高裁判所之見解以爲斷。至於德國法對集會自由之限制，其集會法採取報備制之規定，另外亦有禁制區法規定小範圍集會、遊行之禁制區，後者關於禁制區之規定亦爲我國集會遊行法所承襲。依德國通說與實務幾毫無異議地認爲採取許可制，是侵害集會自由之本質內容，更違背比例原則，當然爲違憲，因此，在我國集會遊行法許可制之合憲性解釋上，除應注意日本

法上之衍生爭議，更應重視德國之傳統見解，將之解爲違憲而改採報備制，始足杜絕爭端。

（二）依社會脈絡之變遷而言

我國集會遊行法制定於解除戒嚴後不久，當時各種沈積已久之社會力因解除戒嚴而釋出，爲尋求彼此平衡點而彼此碰撞，致社會自力救濟事件迭起，同時警察與民眾間也未互動出一套遊戲規則，致警民間常爆發出嚴重之肢體衝突，在此種時空背景下，遂擷取各國對集會自由較高程度之限制規定，作爲我國集會遊行法之主要內容，其管制作用遠大於保障作用。時至今日，原本浮動之社會力已日趨穩定，警民長久以來之互動經驗，也建立起一套不成文之遊戲規則，民眾與社會也已能正視集會、遊行之民主功能，並在相當程度內容忍其所帶來之不便，此從近年來集會、遊行衝突事件已不常見，即可知之。在此種社會背景下，原來採取嚴格管制之社會脈絡已不存在，不如回歸憲法上集會自由應有之保障，兼顧保障與管制兩方面，採取能符合憲法第十四條與第二十三條規定要求之報備制，方屬正軌。從近年來許可之執行實務以觀，許可之案件已近九成，主管機關亦宣稱此種結果已無異報備制，惟許可制與報備有其本質上之差異，規範上也不應存有讓警察機關恣意濫權之可能，何不直接根本地採取報備制，以符合時代之要求！況依如下所述之比例原則而言，實則比例原則尚有「時間適當性」之要求，凡在某一時點已無規範或規制之必要者，國家即不應介入，否則即屬違背比例原則。從而，在我國政經、社會背景已然劇烈變動、日趨開放之今日，集會遊行法所定之許可制已喪失其政治上及法律上之正當性，蓋可斷言。

（三）依比例原則而言

比例原則作爲違憲審查基準，業經大法官會議於解釋中一再重申。比例原則依其審查程序，可區分爲三個下位原則，即適合性原則、必要性原則與比例性原則等三個分支原則，適合性原則是指一個手段需適合達成所意欲之目的，如一個措施有助於目的之達成，即是適合的，但若一個措施根本無法達成目的或加深目的達成之困難，則是不適合的；必要性原則是指立法者在多數適合之手段中，必須選擇最小干預可能之手段，不能以「大砲打小鳥」，亦即在別無其他同等有效且對基本權利未予限制或限制較少之手段可供選擇時，立法者所

選擇之手段始爲必要；比例性原則是指手段不得與其所欲追求之目的不成比例，於此必須針對手段所侵害之法益及其所增進之利益加以衡量，於此無異是一種利益衡量之要求。

據此可以進一步來審查許可制之合憲性。首先，就適合性原則而言，採取許可制之目的，是在於危險控制，藉以避免其對國家安全、社會秩序或他人法益形成危害。然而，危險控制須先有警察機關之危險判斷，而警察機關之危險判斷更繫於其所爲之危險預估，此種預估之正確與否，則取決於警察機關所得之資料是否充分、具體，故此種預估有賴於對集會、遊行前之一切情事來判斷，方足以有較高之正確性，並使警察機關形成確信，若考慮時間的因素，此種預估在與集會、遊行舉辦前越接近之情事，愈足以左右預估、判斷之結果。然而，依我國現行許可制而言，硬性要求須於六日前填具申請書提出申請，申請書應記載事項爲：1.負責人或其代理人、糾察員等之記載；2.集會、遊行之目的、方式及起迄時間；3.集會處所或遊行之路線及集合、解散地點；4.預定參加人數；5.車輛、物品之名稱數量等，同時主管機關應於收受申請書之日起三日內，將許可或不予許可以書面通知負責人。事實上，一般在填具申請書時，集會、遊行大都尚未動員，所謂應記載事項，申請人亦大都僅是形式上加以填寫而已，警察機關如何單憑該紙申請書而爲危險預估或危險判斷？同時，集會、遊行舉辦前三日準備、動員事實等資訊，對危險預估或危險判斷而言，應最具有決定性，在許可制下反而無法加以審酌，導致警察機關在決定許可或不予許可時，大概也是恣意依自由心證而憑空臆測，此種欠缺可信基礎之臆測，是否能達到危險控制之目的，令人懷疑，故其在適合性原則之探討上即有問題。退萬步言，即使肯定許可制之適合性，但報備制與許可制亦有其本質上之差異，報備制僅對舉辦人帶來些微不適性，且報備後即得集會、遊行，許可制則除程序繁瑣外，集會之合法性尚取決於主管機關之許可，如果以保障集會自由之危險控制而言，報備制與許可制均有相同效能，此時從必要性原則之觀察而言，報備制顯爲損害較小之手段，故採取許可制亦不符合必要原則之要求。

二、是否依集會、遊行場所及時間之不同，而分別採取許可制或報備制？

對於依集會、遊行之不同，分別予以不同之限制，主要在於考量其對公眾是否具有廣泛而特殊之影響，以作爲各種利益調整之基礎。以集會類型之主要區分而言，大致可分爲室內集會與室外集會（含遊行）、公開集會與非公開集會、計畫型集會與自發型集會、討論型與示威型集會等四者，作爲不同限制所應加以考量者，則爲前兩類。因爲室外集會或公開集會，對公眾容易產生互動，對社會秩序影響亦較大，故有必要給予較大之限制。以德國爲例，須爲報備者僅限於室外公開集會或遊行，至於室內集會或非公開集會則根本不必報備。以我國而言，則室外集會與遊行方須申請許可，室內集會或集會遊行法第八條第一項但書所定之集會則否，而各國立法例對室內集會亦皆未有規定許可制或報備制者。因此，依集會之不同而分別採取許可制或報備制，應只限於對公眾或社會秩序有較大影響之室外集會爲限。然而，許可制與報備制之功能，均在於危險控制，而限制較大者並不意味危險控制之效果即較強。如前所述，報備制之危險控制效果絕不低於（甚至高於）許可制，再依室外集會之不同而分別規定許可制或報備制，無異畫蛇添足，同時在平等原則之要求下，亦難通過檢驗。至於集會之地點與時間，作爲許可制之限制許可事項或報備制之課予負擔事項爲已足，亦無設不同制度而爲規定之必要。基此，如先前所主張之報備制優於許可制，且爲憲法上集會自由保障所必要，應只須對室外集會爲報備制之規定，無須因集會地點或時間之不同，再分別規定報備制或許可制。

三、集會遊行法第四條規定：「集會遊行不得主張共產主義或分裂國土」是否違反憲法第十一條規定之言論自由、憲法第十四條規定之集會自由或第二十三條規定之比例原則？

集會遊行法第四條規定：「集會、遊行不得主張共產主義或分裂國土。」。本條原是爲貫徹過去動員戡亂時期國家安全法第二條第一項規定：「人民集會、結社，不得違背憲法或主張共產主義或主張分裂國土。」而來，民國八十一年修正時，刪除「不得違背憲法」部份。依集會遊行法第十一條第一款之規定，違反同法第四條規定之室外集會應不予許可，若於集會進行中有違反該規定之言論時，主管機關得以同法第二十五條第一項第四款「有其他違反法令之

行爲者」爲理由，予以警告、制止或命令解散，故本條並非單純的政治宣示而已，亦爲具有實際法律效果之限制規定。

從該規定之內容以觀，「主張共產主義」或「主張分裂國土」兩者之概念，均不甚明確，在解釋及適用上易生疑義。在具體適用方面，警察能力是否足堪勝任認定，亦不無疑問。「主張共產主義」或「主張分裂國土」乃具有高度政治性之議題，若任由警察機關予以認定，是否會違背警察「政治中立」之要求，使警察捲入政治漩渦中，亦有討論之餘地。因此，從立法經濟原則、避免不確定法律概念及減少執法人員之困擾而言，應刪除該條規定。

然而，本條最重要之問題應在於：對於集會所主張之內容，可否因其違背不得「主張共產主義」或「主張分裂國土」之規定，而予以不許可、警告、制止或命令解散？從集會自由與言論自由間之界限而言，解釋上有兩種主要立場：第一種是認集會（尤其在示威或遊行）通常會帶有意見形成或意見表達之目的，但集會自由與言論自由究屬不同之基本權利，其保障之程度亦有差異，在其競合之情形，集體行動上之事項應屬集會自由之保障範圍，集會主張之內容則屬言論自由之範疇；第二種是認集會自由與言論自由無從分離，應依限制表現自由之標準來決定。此兩者之差異，在於依第一種看法，認集會主張之內容應依言論自由之標準來判斷，對於集會爲不許可、警告、制止或命令解散時，不能以其主張之內容爲判斷，應以該集體行動本身是否會對公共安全或社會秩序形成直接危害來判斷，後者則逕依言論自由之標準來綜合判斷。惟兩者相同者均是認集會主張之內容應依言論自由之標準來審查。就我國集會遊行法之規定內容來看，該集會主張內容之限制在與許可制規定結合之後，對於言論自由也會形成事前限制或事前檢查之效果，而此種事前限制或事前檢查之禁止，乃爲言論自由之保障所必要，其例外僅限於例外之情形，且須予以必要之防護措施，而集會遊行法第四條之規定過於含混、籠統，並不符合對例外情形所要求之明確性標準，且並非由法院予以比較嚴謹之裁判程序決定之，亦欠缺必要之防護措施，對言論自由之保障，實有有未足。因此，將該集會內容主張之限制導入許可與否之判斷，亦未能符合保障言論自由之要求。

四、集會遊行法第十一條對室外集會之限制，是否違反憲法第十四條規定之集會自由或憲法第二十三條之規定？

集會遊行法第十一條規定六款室外集會不予許可之事由，類似於報備制之集會禁止事由，主管機關除遇有該等事由時應不予許可外，其他的應予許可。肯認我國現行許可制無異實質報備制者，均以本條規定作爲其說理基礎，若不論許可制與報備制本質上之差異，此亦須不予許可事由相當具體化與明確化時，始可能產生效果之近似，故有必要就該等事由加以一一檢視：

1.違反集會遊行法第四條、第六條、第十條之規定者：第四條規定：「集會遊行不得主張共產主義或分裂國土」，此與許可制相結合，將產生違背言論自由「預檢禁止」之違憲結果，同時也可能產生可否依集會主張之內容禁止集會之疑義（詳參前述三部份），實無存在之必要。言論與行爲間仍有一段空間，在該空間內應讓言論來治療言論，以維持言論之自由市場；第六條規定集會之禁制區，禁制區原有其產生之考量，我國禁制區範圍過於浮濫，已背離原來制度之需求，過度干預集會自由於地點上之決定權保障，且禁制區原僅於報備制下始有例外許可之意義，我國禁制區集會之例外許可與集會之許可均由同一主管機關（即警察機關）核准或許可，亦屬重複之規定，並非妥適之立法（詳見後述八部份）；至於第十條關於負責人、其代理人或糾察員之消極資格規定，於目前許可實務上僅具有形式之意義，因此不予許可之機會不大。

2.「有事實足認爲有危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞者」或「有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞者」：此兩款之規定均屬不確定法律概念，內容相當模糊籠統，廣泛給予警察機關藉由不確定法律概念之解釋與判斷，產生廣泛干預人民集會自由之可能，集會遊行法第十一條限制主管機關裁量權之立法意旨，也將因而喪失殆盡。由於室外集會、遊行難免對他人自由、社會秩序或公共利益產生影響，若警察法上對不確定法律概念之解釋與適用，尚未發展出一套穩定之準則，且對未該等不確定法律概念予以程度或範圍之限制，無異開啓集會自由在法治國保障上之缺口。

3.同一時間、處所、路線已有他人申請並經許可者：從集會自由之保障而言，在同一時間、處所、路線已有他人申請並經許可之集會、遊行時，甚至是反制示威存在時，只有在例外構成警察緊急狀態（polizeiliche Notstand）下，

始得對後申請之室外集會或反制之示威加以禁止或不許可，否則亦應保障其進行，此爲德國學說上之主流見解，殊值參考。因爲後申請之室外集會或反制示威也是憲法第十四條所保障，若警察在實際上仍有可能或有足夠的安全力量可資運用，即使覺得花費過多或不愉快，也應儘量使其能夠進行。若一律不許後申請之室外集會或反制示威之進行，恐有違憲法第十四條之保障，亦不符比例原則之要求。

4.未經依法設立或經撤銷許可或命令解散之團體，以該團體之名義申請者：此涉及集會自由之主體問題，雖然非法人團體等得否作爲集會自由之主體，仍有不同看法存在，如德國部份學說及實務即加以肯認，惟本款規定實際上並無太大意義，因爲在申請許可時，可輕易以構成員之自然人或其他依法設立之團體爲名來申請，以求形式符合，故極少會對此產生爭議。

5.申請不合第九條之規定者：至於第九條申請許可及其期間之規定，不僅在符合比例原則上存有疑義，更明顯排除受憲法保障之自發性集會與急迫性集會（詳見一、七部份），其合憲性更值爭議。

總而言之，集會遊行法第十一條之規定，其所列各款不予許可之事由，因過於抽象空泛、無實質意義或本身之合憲性極有問題，依此無法推出我國集會許可制無異實質報備制之結果，同時更不符合憲法第十四條及第二十三條之要求。

五、集會遊行法第二十九條規定：「集會、遊行經該主管機關命令解散而不解散，仍繼續舉行經制止而不聽從，首謀者處二年以下有期徒刑或拘役。」，不採行政罰，而採刑罰規定方式是否適當？

相對於集會遊行法第二十八條第一項規定：「集會、遊行經主管機關命令解散而不解散者，處集會、遊行負責人或其代理人或主持人新台幣三萬元以上十五萬元以下罰鍰。」，採取行政罰之方式，同法第二十九條在要件上僅增加「仍繼續舉行經制止而不聽從」，但其處罰卻由行政罰改爲刑罰。此刑罰規定於眾多集會、遊行事件屢被引用，不少集會、遊行事件之負責人等常因此遭法院判處徒刑，引發不少爭議，本件釋憲案之聲請人亦以此爲由聲請釋憲，故其妥當性實值加以檢討。

1.行政犯與刑事犯之區分，早期強調是「質」的不同，認爲前者是違反法規義務或行政秩序之行爲，不具有倫理的非難性；後者則屬反道德及反倫理之行爲，兩者在本質上並不相同。現今通說則強調行政犯與形事犯之區分，並非「質」的不同，而是「量」的差異，何種行爲應受行政罰處罰或刑罰制裁？係由立法者加以決定，並非本質上之必然要求。不過，立法者在爲此決定時，除了立法政策之必要外，仍應充分考量刑罰制裁是最後手段，並充分考量受限制基本權利之價值，非可恣意而爲。因此，惡性重大、法益侵害嚴重且須由更慎重之法院加以審理者，始應列入刑事犯之範圍。就集會遊行法第二十九條所規定之行爲而言，由於集會自由具有無可取代之民主功能，一個和平進行之集會應受到充分保障，同時在我國刑法第一百四十九條中已規定：「公然聚眾，意圖爲強暴、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。」，此公然聚眾不遵令解散罪亦足以避免社會秩序之逸脫，故集會遊行法第二十九條之情形，僅課以較高額之行政罰即可，應無必要再加以刑罰之處罰。

2.就刑法第一百四十九條與集會遊行法第二十九條規定之比較而言，前者以「意圖強暴脅迫」爲前提，並須經該管公務員三次以上之解散命令始得成立聚眾不解散罪，但後者僅以「經主管機關命令解散而不解散，仍繼續舉行經制止而不聽從」爲要件，在要件上極爲鬆散與不明確，除集會遊行法上解散事由規定相當模糊外（如有違反法令之行爲），以意圖爲強暴脅迫之集會，尚須經三次以上之解散，集會遊行法第二十九條在構成要件上卻以解散一次即足構成，同時處罰與否，更完全取決於主管機關加以制止與否，而制止在執行上並無一定方式與程序之要求，如此將造成該管主管機關握有極大裁量權，足以左右本條罪名是否成立，如此必將造成權力濫用之危險，並使人民無從得知刑罰權之界限與範圍，亦損及憲法對於集會自由之保障。

3.集會遊行法第二十九條之規定，應係仿德國集會法第二十六條之規定而來，但德國刑法上並無類如我國刑法公然聚眾不遵令解散罪之處罰規定，因而對不遵禁止而進行公開集會或遊行、不遵警察之解散或禁止而繼續進行或未經報告而進行露天公開集會或遊行者，處一年以下之自由刑或罰金。同時，德國警

察法長期以來對不確定法律概念之適用與裁量權之使用，業已形成較爲明確之界限，同時報備程序簡單，對人民而言亦無不便，故如此規定不致產生集會自由之過度干預。反觀我國，警察法尚處於發展階段，警察機關法治觀念普遍不足，中立性亦常令人懷疑，而相關法令規定又失之模糊，導致集會遊行法第二十九條之規定，反成民間所主要爭議與抵制之對象。基此，不如回歸原來刑法之規定，或較能反應我國法治背景，並避免集會自由遭到過度之緊縮。

六、如採報備制則如何兼顧社會秩序之維持？若危及公共利益時如何因應？

在採取報備制時，並非意味一經報備後，警察機關即不得進行任何干預，而無從維護公共利益。以德國之集會報備制爲例，其集會法第十五條規定：「依作成處分時可得認識之情況判斷，集會或遊行之實施直接危害公共安全或秩序者，主管機關得予禁止或課予負擔（Auflagen）。集會或遊行未經報備，逾越報備之內容、違反負擔或有前項得予禁止之事由者，主管機關得予解散。禁止之活動應解散之。」，故在集會或遊行開始進行前，仍得對其爲禁止或課予負擔之預防性措施，在集會或遊行開始進行後，亦得爲解散之壓制性措施。與我國現行之許可制相比較，除報備與許可之本質與程序上差異外，集會之不予許可，類如集會之禁止，但集會之不予許可乃機械式地將判斷時點提前至舉辦六日前，集會之禁止則是依舉辦前「作成處分時可得認識之情況判斷」，其差異在於許可制對於許可後至舉辦前之具體情事，事實上無從審酌，須等到集會實際進行後始得加以干預，雖然我國集會遊行法第十五條規定對已許可或限制之事項，「因天然災變或重大事故」得撤銷或變更之，但此究屬特殊情況下之例外情形，一般情況下仍無法審酌，至於報備制則得隨時因應情事發展而予事前禁止，而較具機動性。再者，許可制之限制許可事項，係與報備制之課予負擔相仿，亦有前述判斷時點之問題，至於集會之解散則較無差異。由是觀之，問題並非是「採報備制如何兼顧社會秩序之維持」或「危及公共利益時如何因應」？而是報備制與許可制何者較能顧及社會秩序或公共利益？於此點上，許可制所能達到者，報備制亦能達到，且更具彈性與真實性，故報備制在適用上無疑優於僵化之許可制。

七、對於不及依集會遊行法第九條規定提出申請之集會、遊行，是否及如何予以規範？

一般集會大都屬計畫性集會，亦即以領導人或舉辦人爲中心，爲集會之策畫、宣傳、邀請、通知或申請許可等事宜，此種有組織、計畫之集會即屬計畫性集會。然而，集會並非全然是有計畫之舉辦，在某些重大事件發生時，也會形成一種沒有事先邀請或公告，由多數人瞬間聚集而成之集會，作爲對該重大事件之立即反應，此種未經事先邀請、公告，由多數人自發聚集而成之集會即爲自發性集會（或稱偶發性集會），此在我國許多大型工廠公安事故之圍廠事件中，亦屬常見。從集會遊行法規定之內容以觀，其規定之集會係以計畫性集會爲對象，並不包括自發性集會在內，因而自發性集會是否亦受集會遊行法之規範即成疑問。不過，基本權利之內涵應從憲法本身來解釋，若從集會遊行法上之規定來決定集會自由之內涵，不免有循環論證之謬誤。雖然，從集會遊行法上規定之內容，可明顯看出該法乃就原即係有組織、有計劃之集會著眼，但憲法第十四條並未就集會自由作如此限制，故不能以集會遊行法上之規定，論斷自發性集會不屬憲法保障之範圍。從集會自由之民主功能而言，此種藉自發行爲而對重大事件之立即反應，亦應受到憲法法第十四條之保障。因此，立法者既未預想到自發性集會，集會遊行法上關於許可制之相關規定，應僅適用於計劃性集會，不宜擴充至自發性集會，甚至藉而否認自發性集會之合法性。此在將來我國若改採報備制時，亦應爲相同之解釋，而此亦爲採報備制之德國通說與實務之基本看法，如德國聯邦憲法法院在一九八五年五月十四日之Brok-dorf一案中，亦曾就室外之自發性集會表示意見，該判決亦承認自發性集會爲基本法第八條所保障，若爲遵循集會法上之規定，致自發性集會所追求之目的無法達成時，該等規定將不能予以適用。因此，德國集會法之報備義務、與報備義務相關之禁止或解散規定，並不當然可以適用於自發性集會。至於完全禁止自發性集會，一般也認爲係侵犯到集會自由之本質內容，並且違反到憲法上之比例原則，均屬違憲，此應可供我國法解釋上之借鏡。

與自發性集會近似者，則爲急迫性集會，其雖有舉辦人或負責人，但基於現實之理由，集會須於極短時間內舉辦，否則該集會將因而喪失其意義。此種

急迫性集會亦爲憲法第十四條集會自由所保障，但基本上因其不及於六日內提出申請，因此集會遊行法第九條第一項但書規定：「但因天然災變或其他不可預見之重大事故而有正當理由者，得於二日前提出申請」，以資因應。惟對於二日內須舉辦之急迫性集會，事實上仍無法依該規定來申請，此時應如何加以適用即有疑義？對此，在採報備制之德國，其通說依合憲解釋（verfassungs-konforme Ausleung）原則，認爲急迫性集會原則上仍應向主管機關報備，但四十八小時前的法定報備期間對其不能適用，只要其儘可能地事先通知主管機關，不能因其違反報備期間之要求，認定該集會爲違法。準此而論，在我國現行之許可制下，應解釋急迫性集會仍負有申請許可之義務，但不須硬性要求須於二日前提出申請，只要其以儘可能及早提出，仍應予以許可。然而，在採報備制之德國，其要求急迫性集會至少仍須事前報備，乃因報備程序簡單，以口頭或電話爲之亦可。在採許可制之我國，給予許可與否有一定作業流程，程序上較爲繁瑣，且須待主管機關爲許可之處分，並爲送達，若因時間稽延，恐將使急迫性集會無法舉行，抑或只能強行舉辦而被認定爲違法，徒增警民衝突，恐使急迫性集會因而喪失應有之憲法保障，實不如改採報備制爲宜，俾避免可能之違憲結果。

八、其他--關於禁制區問題

集會遊行法第六條規定：「集會、遊行不得在左列地區及其周邊範圍舉行。但經主管機關核准者，不在此限：一．總統府、行政院、司法院、考試院、各級法院；二．國際機場、港口；三．重要軍事設施地區。前項第一款、第二款地區之周邊範圍，由內政部劃定公告；第三款地區之週邊範圍，由國防部劃定公告。但均不得逾三百公尺。」據此，內政部及國防部於民國七十七年一月二十日分別公告四十一處一般禁制區及二十六處軍事設施禁制區，總計共有六十七處禁制區。本條規定主要係仿效德國集會法第十六條及禁制區法之規定而來，但比較起來二者出入甚大。就禁制區之範圍而言，德國僅限於聯邦或邦之立法機關及聯邦憲法法院，其範圍並由禁制區法本身清楚地加以劃定，我國則包含總統府、行政院、考試院、各級法院、國際機場、港口及重要軍事設施地區，其範圍則授權內政部及國防部公告。就例外許可之規定而言，德國聯邦禁

制區乃由內政部長會同國會議長或聯邦憲法法院院長例外許可之，我國則仍由主管機關爲之，該主管機關依集會遊行法第三條之規定，乃指集會、遊行所在地之警察分局，若集會、遊行所在地跨越二個以上警察分局之轄區者，爲直轄市、縣（市）警察局。就對象而言，德國限於室外公開集會或遊行，我國則未作區分．從比較法而言．我國禁制區之規定已非德國禁制區規定原先之立法意旨，其妥適性有必要重新檢討。

從禁制區之範圍而言，集會自由保障集會在地點、時間、方式等之自我決定權。集會地點之選擇對集會有強化效果之功能，猶如演員與舞台間之關係，故集會地點之選擇，亦爲集會自由所保障。從德國對於禁制區規範目的之探討可知，禁制區在於維持憲法機關之功能獨立性或維持議員人身自由（包括身體自由及移動自由）或避免妨害議事運作。國會係決定國家政治意思之形成，不改憲法法院則因其憲法裁判對政治發展具有重大效果，二者至少均爲憲法機關，且都具有獨立性之保障，因而將其列入禁制區之範圍。反觀我國禁制區之規定顯然過於廣泛，如各級法院、國際機場、港口、重要軍事設施地區等均非憲法機關或無獨立性之要求，將之列入禁制區，已過度地侵犯集會自由。至於總統府或行政院雖爲憲法機關，但並無獨立行使職權之要求，似無列入禁制區之必要。司法院則因有大法官會議位居院內，而大法官會議爲憲法機關，且有獨立行使職權之要求，爲避免受街頭直接之壓力，理當列入禁制區之範圍。比較有疑義者，乃考試院之問題，考試委員依憲法第八十八條之規定必須超出黨派以外依據法律獨立行使職權，且爲憲法機關，似亦應列入禁制區之範圍，但考試權事實上亦屬於行政權之性質，並不須有獨立性之要求，從此觀點而言，亦無列入禁制區之必要。至於國會在德國原係禁制區規定保護之重心，但在我國則排除在外，此或因我國國會向爲民意表達之重心，同時若加以排除在外，恐使民主矮化在國會殿堂內，此部份應爲我國特殊政治文化背景下之產物。

就例外許可規定而言，德國乃係採取報備制之國家，集會不須得警察機關之許可，因而禁制區規定乃假定其範圍內具有抽象危險存在，故須得禁制區保護機關之同意，始能爲集會或遊行，如此才能顯現禁制區規定之特殊性。我國本已採許可制，其核准機關爲警察機關，而禁制區之核准機關亦爲同一警察機關，本來在申請許可時，警察機關即可就特定機關前之集會或遊行，是否會造

成具體危險爲判斷，以決定是否核准，禁制區規定在採集會許可制之國家似無重大意義。退一步言，即使肯定禁制區規定必要性，但我國禁制區內之集會、遊行與一般的集會遊行，其核准機關亦應作不同之規定，使禁制區內之集會、遊行須得禁制區規定所保護機關首長之同意，如此才可顯示出禁制區規定之特殊意義。

因此，在我國於改採報備制下，禁制區之規定始有其意義，惟將來如欲保留禁制區之規定，也應從新檢討禁制區之範圍，現行規定時已過度干預憲法第十四條之保護領域。

此致

司　法　院

聲請人姓名　高○炎

陳○男

張○修

訴訟代理人姓名　張俊雄

洪貴參

黃宗樂

中　華　民　國　八十六　年　十二　月　五　日

解釋憲法爭點補充意見書

關於　鈞院審理集會遊行法之許可制是否違憲及其他爭點，聲請人等已就其違憲理由加以陳述，爲使相關爭點更獲得澄清，茲敬陳補充意見如次：

壹、在許可制違憲審查時，就集會遊行法第四條「集會、遊行不得主張共產主義或分裂國土」部份予以審查、解釋，並無「訴外裁判」之嫌。

本件聲請解釋案，政府部門主張依人民聲請法令違憲解釋之理論，人民基本權利遭受侵害，向大法官會議聲請解釋，大法官會議之審查範圍原則上僅侷限於與當事人主張之事實有關者，超出部份即屬「訴外解釋」。依此主張，本案聲請人既非因主張共產主義或分裂國土，致其集會遊行之基本權利遭受侵害，原則上似不能就此部份做出解釋。然而，觀諸人民聲請法令違憲解釋之目的，除主觀上要保護當事人之基本權利外，另外一個亦不能忽略之客觀性目的，就是大法官會議應藉個案解釋闡明憲法眞義，以建構合憲之法律秩序，用以維護憲法之最高性（註一）。因此，在人民聲請解釋之具體個案中，大法官會議不僅要審查當事人基本權利受到侵害與否，更要注意該個案在客觀上之價值與必要。易言之，大法官會議在個案審查上，對主、客觀應均衡地加以考量。

此種主、客觀目的均衡考量之情形，於憲法訴訟制度發展完備之德國，其聯邦憲法法院亦曾發生如下案例：有憲法訴願人之權益受損，但微不足道，即予當事人敗訴或不受理之判決（註二），此即爲強調客觀目的之結果。衡諸大法官會議以往所審理之案件，亦有超脫一般程序上之要件，視該案件之重要性而加以解釋者。例如釋字第四三六號解釋關於軍事審判法之案件，在程序上是由立法委員三分之一以上聲請，但客觀上並未符合「行使職權」之要件（司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款參照），但大法官會議仍予受理並進而做出具體解釋，此即爲兼顧憲法訴願主、客觀目的之例證。

因此，在本案中，雖然在主觀層次上當事人集會、遊行之基本權利，並非因「主張共產主義或分裂國土」而受到損害，但從考量人民聲請法令違憲解釋之客觀性目的而言，若與許可制違憲與否有相當關連，客觀上亦有解釋之價值，大法官會議就此部份之合憲性與否予以審查，此在憲法訴訟上有其理論依據

，不能遽謂爲「訴外解釋」。

職是之故，現即予分析，「不得主張共產主義或分裂國土」與本案之關連性，以及在客觀上是否有解釋之價值與必要：

一、集會、遊行不得主張共產主義或分裂國土，乃對人民言論自由的一種預先性審查，此與本案主要爭點「集會、遊行應採報備制或許可制」有密切之關連性，本案聲請人已就此多方闡明，於此不贅。須特陳明者，集會遊行法第四條「不得主張共產主義或分裂國土」，不但是集會遊行法所列舉不得集會遊行的理由之一，在人民團體法第二條亦有相同規定，此復涉及人民結社自由限制之合憲性，與本案事實及結果亦有密切關係，客觀上應即有解釋之必要。大法官會議就此做出解釋，更可具體彰顯人民聲請解釋之客觀性目的。

二、本案聲請人於數年前即就本案提出聲請，但大法官會議因受限於案件審理之速度，故到現在方能處理本案。衡諸一般案件之審理時限，對此「不得主張共產主義或分裂國土」若尚須等待具體案件產生，不知將至何時。此規定不但是對人民集會遊行自由（甚至結社自由）之限制，同時在客觀上此一爲人詬病之違憲法律亦始終存在，殊非法治國家應有之情形，職司釋憲之大法官會議，雖須遵守司法被動之原則，但現既有與本案相關連之爭點產生，同時亦具有如此客觀上之指標意義，大法官會議更應藉此機會，就本案爭點加以審查，做出該等相關條文違憲之解釋，以杜絕該違憲法律長久存在之不合理性，以克盡司法釋憲者之職責。

本案附帶審查「不得主張共產主義或分裂國土」之違憲性，在憲法訴訟上既有其理論依據，則大法官會議就此審理，非但不是「借題發揮」，反而是爲建構合憲法律秩序所必要。尤其，大法官會議在立法者長期就本爭點怠於作爲之情形下，正可藉本案釐清此長久以來懸而未決之憲法爭議，不但能凸顯人民聲請解釋之主、客觀層次之意義，更可盡「憲法守護者」之職責，爲我國釋憲制度留下歷史性一頁。

貳、關於許可制之違憲性問題

一、許可制違憲與否，其審查基準應採「強烈內容審查」標準　在違憲與否之判斷上，政府部門主張依照合憲性推定原則，認爲「釋憲者在解釋憲法時，對國會制定之法律，在有明確之依據足以宣告其違憲之前，應做合憲之解釋

」，並以釋字第四一九號解釋解釋文中「顯然」、「非顯然不相容」用語爲證。然而，本件聲請案之重點，應在於集會遊行法許可制之相關規定，是否有違比例原則而有違憲法保障集會自由與言論自由之意旨。關於比例原則之審查，應對立法者種種不同性質之預測，爲不同強度之審查，非可一概而論，此種分層與區別之預測審查基準，係考慮規範所涉及之不同事物領域性質，可能形成不同之確定性判斷，而規範所涉及之法益重要性，亦左右審查基準之移動（註三）。此違憲審查基準，在德國至少發展出「明顯性審查」、「可支持性審查」與「強烈內容審查」等不同基準，但如針對人格權、人身自由、遷徙自由、住宅不受侵犯之自由等個人自由之傳統核心案件，以及涉及政治平等權、言論自由、資訊自由、集會自由、結社自由、組織政黨自由、選舉權與被選舉權等與民主政治具有直接關連性之自由權案型，憲法法院通常會用「強烈內容審查」此項標準（註四）。集會自由具有不可抹滅之民主功能，故在違憲審查上，對立法者所爲決定，應做具體而詳盡之深入分析，並且在實質正確之觀點下審查其合憲性。易言之，此項審查標準要求立法者對於集會自由所爲之干預限制，必須是基於具有「足夠蓋然性」或「相當確定性」之事實論斷或預測。因此，關於許可制之採取，非可直接認爲是立法者之權限，而本件聲請案之審查標準，亦非只有在立法者所爲之事實主張或預測決定「明顯的」或「顯然的」違反憲法時，大法官會議始能加以非難，此爲基本權利之法治國保障所要求，且爲權力分立原則所容許，並無侵害立法權之虞。

二、民意調查、統計數字不足爲審酌依據

依政府部門之主張，近五年來統計之結果，全台灣共有三萬七千八百七十一件申請集會案件，其中未予許可者僅有一百零八件，佔總案件數約僅爲千分之三點四，並以此說明警察機關已依比例原則具體裁量，許可制在我國執行已無異報備制。然而，此一數字並不足以呈現眞實之狀況，蓋基於許可制僵化與嚴格之規定，眾多集會、遊行是因預料到不能或不及獲得警察機關之許可而直接舉辦，如八十四年未申請者有一千六百七十三件，八十五年亦有一千六百六十六件，此並未呈現在數字上，何況還有許多懼於違反許可制將受刑事處罰之「寒蟬效果」，因而放棄舉辦集會、遊行者，此亦隱藏在內政部之統計數字背後。相反地，該數字之意義，應爲不同於內政部之詮釋，如果一年申請之案件

中，一千件中有九百九十六點六之案件，與社會秩序與公共利益無涉，因而獲得許可，足證絕大多數集會遊行係和平進行，採取嚴格管制之許可制應屬過度且無必要之限制。此外，政府部門亦舉出國立政治大學選舉研究中心八十六年十一月二十八日所提出之問卷調查報告書爲據，表示有百分之六十六點四之民眾贊成「集會遊行事前應得到警察機關的核准」，僅百分之十七點三之民眾認爲「集會遊行不須經核准」。然而，一般民眾對於報備制與許可制之內容，恐怕並不瞭解，該問卷調查對此亦未充分加以解說，若民眾對許可制與報備制已有充分認知，該調查結果或許有所不同，故該數字呈現之意義不大。同時，許可制違憲與否屬於規範問題，此種規範問題屬於「應然」層面，須依據集會自由之保障內涵與基本權利限制之原理加以判斷，民意調查結果並不足作爲審酌之依據。

三、集團暴力論是對集會自由之偏差誤解

政府部門再三於憲法法庭辯論或書面意見中，強調集會、遊行之危險性，認爲群眾有擴張性、感染性、被暗示性、模仿性、盲目性、激情性、恃眾性、不負責任性、隱匿性、暴力危險性、破壞性、攻擊性等特性，故採用許可制爲事先審查，並無違反憲法之問題。然而，此種將群眾視爲「潛在之暴徒」，顯把伴隨集會遊行所生個別、偶發之危害與危險，與「群眾之心理法則」相連結，一開始就將集會、遊行等之集團行動，全部視爲有犯罪之傾向，顯然陷於局部之考察。集會、遊行目的在於統合共同之意思並向外傳達，爲獲得國民之支持，會要求理性之進行，與情緒性團體不同，「群眾之心理法則」並不適合用來詮釋集會、遊行。在集會、遊行進行中，或偶有衝突情事產生，但此或由於外部之妨礙或挑撥，或由於政府以非民主之方式予以漠視，既非集會、遊行之本質，有時政府亦是可歸責的，故此種集團暴力論顯然偏頗與不當。集會、遊行不僅是國民意思之直接反應，就政治上之少數派而言，也有少數意見保障之功能，是維持民主政治所必須之基本要求，對弱勢族群而言，也是保障少數人權益所必須，在現代社會大眾傳播媒體獨佔言論市場，對於受到大眾傳播媒體排除之大眾而言，採取集會、遊行方式溝通、傳達意見，也是自由言論市場所不可或缺的（註五），故集會自由應受到正視與尊重。雖然集會、遊行之進行

，或許會對一般民眾產生交通或安寧上之些微或暫時影響，此為現代民主社會所須容忍，而法律也應站在尊重集會自由之民主功能立場，在集會自由與其他利益間，為適切之調整，強調集團暴力論，將只會造成集會自由之不當管制，更有礙於民主之健全發展。

參、關於集會遊行法第二十九條之刑罰規定問題

集會遊行法第二十九條規定：「集會、遊行經該主管機關命令解散而不解散，仍繼續舉行經制止而不遵行，首謀者處二年以下有期徒刑或拘役」。雖然採取刑事罰或行政罰，立法者有其形成自由，但本條規定應與集會遊行法之許可制相關規定，為整體之觀察，始能就其合憲性為適切之判斷。在構成要件上，本條之處罰繫於主管機關之「制止」與「解散命令」，「制止」已無法定之形式，而「命令解散」依同法第二十五條之規定，有「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」、「利用第八條第一項各款集會、遊行，而有違反法令之行為者」與「有其他違反法令之行為者」，主管機關得予警告、制止或命令解散，此種事由已經相當不明確，如「違反法令之行為」與「有其他違反法令之行為」，幾乎無所不包，任何違反秩序行為均可能被包括在內，即使集會、遊行係和平進行，仍可能因其他與集會和平進行無關之事由，遭致解散之結果。再者，「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」，依同法第十一條之規定集會不予許可之事由中，又有「有事實足認為有危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞」、「有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損害之虞」兩款不確定法律概念，而「經許可之集會、遊行而有違反許可事項、許可限制事項者」，依同法第十四條得予限制之事項，包含「關於維護重要地區、設施或建築物安全之事項」、「關於防止妨礙政府機關公務之事項」、「關於維持交通秩序或公共衛生之事項」、「關於維持機關、學校等公共場所安寧事項」「關於集會、遊行之人數、時間、處所、路線事項」、「關於妨害身份辨識之化妝事項」，亦是無所不包，但主管機關在如何情形下得予限制，即限制之條件為何，卻未有任何規定，造成主管機關得恣意就該等廣泛事項加以限制之結果。以集會人數為例，室外集會、遊行大都屬公開性，不特定人均得任意參加，負責人事實上難以控制，若與申請之人數不符，即可

構成解散事由，在法律未規定限制條件下，亦可任意加以限制，在與許可限制之人數不符時，主管機關即有理由予以解散，其不當可見一班。

從此種規定之結構以觀，集會遊行法第二十九條將構成要件繫於主管機關之解散命令，該解散命令又繫於不確定法律概念上，甚至雙重之不確定法律概念上，造成主管機關得有廣泛解散集會、遊行之可能，形成刑罰構成要件之高度不明確，將導致如「空白刑法」之結果。況且，集會、遊行之負責人亦有負刑事責任之高度風險，將形成抑阻舉辦集會之「嚇阻效果」或「寒蟬效果」，此即有違憲法對集會自由之保障。同時，對於不予許可、許可限制事項、撤銷許可、變更許可等事項若有不服，僅得向原警察機關或上級警察機關申復，均由警察機關審查，在集會進行前要透過行政訴訟得到救濟，亦無可能，此亦爲法治國之漏洞，對於違法之制止、解散命令，提起行政訴訟對已是「過去」事實之集會、遊行，並無助益，而基於行政處分之存續力，刑事法院亦無法審查其違法性，如此刑罰將完全取決於警察機關之行爲，受處罰者幾無救濟可能，更使法治國之保障喪失殆盡，所侵害者將不只是人民之集會自由而已。

註釋

註一：參閱林錫堯，論人民聲請解釋憲法之制度，世一書局，民國七十三年，第十九頁以下；Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgerecht, 3.Aufl, 1994, Rdnr.263ff.;Ruediger Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 2.Aufl.,1988, S.17ff.；Wolfgang Loewer, Zustaendigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in:Handbuch des Staatsrechts, BdII, 1987, S.826ff.

註二：Schlaich, a.a.O., Rdnr.263

註三：此爲德國聯邦憲法法院在「勞工企業參決」判決中之看法，BVerfGE50, 290(333)。

註四：Kostas Chryssognos, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung : Zur Methode der Verfassungsinterpretation bei Normen kontrolle,1987, S.193.

註五：昭和四十二年二月二十三日京都地方裁判所判決京都市公安條例違憲，即強調此意義，京都地裁昭和四十二年二月二十三日判決，全文載，星野安三

·鄧〃大眾行動の權利-表現の自由-，法律文化社，一九六九年十月，第二一五頁以下。

謹呈

司　法　院

聲請人姓名　高○炎

陳○男

張○修

訴訟代理人　張俊雄

洪貴參

黃宗樂

中　華　民　國　八十六　年　十二　月　十二　日

行政院對「集會遊行法是否牴觸憲法」釋憲聲請案之綜合答辯書

行政院

中華民國八十六年十二月五日

壹、本釋憲案之背景……一
貳、本院認為本法採準則許可制並未牴觸憲法之看法及理由……二
參、本法第四條規定集會遊行應遵守二原則有其必要性……六
肆、本法第二十九條刑事罰較符現實需求……八
伍、總　結……八

壹、本釋憲案之背景

高○炎先生等人，八十二年一月四日以抗議台北市政府違法傾倒廢土爲名，向台北市政府警察局申請舉行集會遊行活動，惟該局以該案不符集會遊行法（以下簡稱本法）申請規定，而核定不准舉行。高○炎先生等人乃逕自舉行，造成交通阻塞，案經台北市政府警察局，依本法第二十五條舉牌警告、制止及命令解散，高○炎先生等人不從，事後，高○炎先生等五人遂被台灣台北地方法院士林分院檢察署提起公訴，嗣經台灣台北地方法院士林分院判處罪刑，並被台灣高等法院依本法第二十九條處以拘役卅日確定。詎料高○炎先生等人經判刑確定後，以本法有關規定違反憲法第十四條保障人民之集會自由爲由，向　貴院聲請解釋。本院綜合聲請釋憲案之意旨，歸納以下三項爭點：

一、集會遊行法對集會遊行採取許可制不採報備制，是否違反憲法第十四條規定之集會自由或憲法第二十三條之規定？

二、集會遊行法第四條規定：「集會遊行不得主張共產主義或分裂國土」是否違反憲法第十一條規定之言論自由、憲法第十四條規定之集會自由、或憲法第二十三條規定之比例原則？

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。」不採行政罰，而採刑罰規範方式是否適當？茲僅就上述三項爭點說明本院之看法及理由如后。

貳、本院認為本法採準則許可制並未牴觸憲法之看法及理由

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，常藉此等方式表達意見，形成公意，而另一方面，集會遊行具有容易感染及不可控制的特質，對於社會治安可能產生潛在威脅。為維護人民集會遊行的合法權益，並確保社會秩序安寧，各國對此等活動，多訂有專法，以為規範，將法律所保障之集會遊行活動，界定於和平表達意見的範疇之中，以為實踐民主政治的眞諦。綜上前述，政府為順應世界潮流，因應當前社會需要，乃本諸憲法保障人民權利之意旨，制定本法，並採準則許可制作為申請程序。茲參酌本法立法意旨、各國立法例及憲法判決，說明本法採準則許可制並未牴觸憲法之看法及理由如下：

一、本法於終止戡亂後修正公布應屬民主化之產物

按法律係為社會之產物，本法係七十七年一月二十日於解嚴後，因應社會變遷而立之法律，應屬社會之產物，八十一年七月二十七日復因終止戡亂而修正公布，顯見其亦隨社會之變動而有所修正，實為民主化的產物。本法在立法院審議階段歷經十六次會議，計有三百五十人次發言，其立法過程可謂備極審慎。憲法

訂定，純屬立法政策問題，尚難認其違憲。

二、本法準則許可制未逾越「必要」程度無違憲之虞

觀諸各國對於集會遊行之管理方式，有採報備制（異議制）者，有採許可制者。主張應採報備制者，認為集會遊行為國際間所承認之重要人權，故對此等活動應「原則同意，例外許可」，以保障人權；主張應採許可制者，認為集會遊行活動影響或妨礙他人使用道路或公共設施，甚至造成他人自由之限制，且集會遊行活動可能因量增而產生質變，進而演變成聚眾暴力活動。而本法關於集會遊行之申請許可，從規定內容及立法精神以觀，此種許可之性質，非一般「特許」概念，而接近「準則主義」，未逾越憲法第二十三條所定之防止妨礙他人自由、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。以我國近五年來警察機關受理集會遊行申請案資料統計分析，共受理申請三一、七二五件，其中不准一〇八件，約佔千分之三．四，不予許可比例甚低。顯見準則許可制確屬「原則許可、不許可為例外」之制度，與報備制（異議制）近似，惟準則許可制係以負面表列方式明定不予許可原因，程序較報備制嚴謹。

三、外國立法例及憲法判決均說明準則許可制並不違憲

誠如前述，概覽世界各國對集會遊行活動之規範方式，因其國體與政治制度不同，有採許可制者（如日本、美國、澳洲、馬來西亞等國），亦有採行報備制者

擇日、美兩國實定法例及憲法判例（決）簡述如下：

㈠、日本立法例及憲法判決

日本憲法第二十一條第一項規定：「集會、結社、言論、出版及其他一切表現之自由，應予保障。」查目前日本尚無統一之集會遊行法規，只有散布各地方的公安條例，以治安法規的型態規範集會遊行活動，審視各地公安條例，大都採事前限制之許可制。如日本東京都條例第一條明定：擬在道路、其他公共場所舉行集會或集團行進時，或不問在任何場所舉行集團示威運動時，應經東京都公安委員會之許可。而大阪市條例第一條、京都市條例第二條亦有相同許可規定。在憲法判決部分，日本昭和三十五年最高裁判所大法庭在東京都條例許可制判決要旨如下：「此種依集體行動的思想等的表現，與單純的言論、出版等表現不同，依現存多數人集合體本身的力量，即依一潛在物理性力量支持，是其特徵……但關於依集體行動的表現自由，以所謂公安條例也充分考量地方情況及其他各種情事，備於不測事態，事前謀求為維持法律與秩序所必要且最小限度的措施。關於此點，不得僅依據關於公安條例所定對集團行動所要求之條件為應得許可或應申報之概念以至用語，加以判斷。又在此項判斷時，亦不得拘泥於條例立法技術上的若干缺陷，應就條例全體精神，加以實質，有機性的考察……茲就本條例加以檢討，關於集體……負有許可意義上，雖然採

制，則無不可……。」本判決並已成爲日本各下級法院判決的通例。

(二)、美國立法例及憲法判決

美國華盛頓哥倫比亞特區自治法規第二十四篇第七章第七百條明定：無警察首長書面之許可，任何人皆不得於哥倫比亞特區之任何市街、道路、巷弄、街道、高速公路或其他公共場所，針對任何主題，發表演說、講話或講道。前項之許可，應指定演說、講話、講道之時間及確實地點。洛杉磯市市政法規第一〇三・一一一條第二項明定：未經主管機關書面同意，任何人不得指揮、操縱或參加任何遊行。同條第四項復明定：欲指揮或主辦遊行者，須於預定遊行日之前四十日至一百八十日提出許可申請。其他，如紐約市行政法規第四三五一九・〇條、巴爾的摩市法規：遊行第一百六十八條及第一百六十九條、路易士安那州法第三百二十六條、舊金山市警察準則第三百六十七條……等，均有類似規定。在憲法判決部分，美國最高法院一九五〇年來，對地方所訂之户外遊行規則，解釋州政府有權核發遊行許可證之判例甚多，亦即美國聯邦最高法院雖承認人民有舉行和平集會請願之自由，但亦支持地方政府有權要求核發許可證，始得在户外舉行集會。茲略舉 Walker v. Walker v. CITY OF Birmingham 388 U.S. 307 案簡述如下：曾爲諾貝爾和平獎得主之美國人權領袖金恩（Martin Luther King Jr.）爲抗議白人種族歧視及爭取黑人之憲法民權而領導群眾在市街

持街頭遊行，結果，儘管金恩所發動之街頭政治係和平抗議之示威遊行，地方法院仍以蓄意違法而將主其事者之一逮捕法辦，被告Walker不服，歷經上訴，最高法院仍維持原判，大法官使得瓦（Justice Stewart）之裁決書並列舉下述重點：①法院禁令及市政府之規章本身，因係涉及憲法問題，自必引起爭議。②上訴人應依法定程序上訴，請求司法救濟，而不應妄顧法律而將爭議訴諸街頭行動。③國人對其所領導之爭取民權反歧視之社會運動，及其不耐之鬱結情結情緒固然表示同情，但「尊重司法程序係使執法者施文明化所應付之最小代價，而且亦只有尊重司法程序，始能給予憲法自由更強而有力之意義。」無論法院之禁令如何錯誤亦應服從，惟可事後再行申訴求直。總之，聯邦最高法院對地方法院頒發禁止遊行令户外集會之禁令，雖然採取嚴格監督主義，但原則上仍許可之，並未宣告其係違憲行爲。

由以上日本與美國實定法例與憲法判例（決）說明，言論自由固然是憲法所保障的自由權，惟其表現方式仍應顧及社會公益，不容個人任意而爲，故言論自由與集會遊行之行動，仍需區別。證諸日、美兩國先進之實定法例與憲法判例（決），我國集會遊行採行準則許可制確有其必要性，其合憲性無疑。

參、本法第四條規定集會遊行應遵守二原則有其必要性

本院基於以下理由，認爲本法第四條規定：「集會遊行不得主張共產主義或分裂

一、憲法乃規定國家基本組織、人民權利義務以及基本國策之根本大法。中華民國憲法依前言規定，係依據 孫中山先生創立中華民國之遺教而制定，憲法第一條關於國體之規定，並明白揭示「中華民國基於三民主義，為民有、民治、民享之民主共和國。」共產主義本質上與三民主義背道而馳，且現階段大陸政權仍屬敵對團體，對我國仍具武力威脅，因此，集會遊行活動主張共產主義不但違反立國精神，且參照憲法增修條文第五條第四項規定，尚有危害中華民國之存在或自由民主憲政秩序之虞，故集會遊行不得主張共產主義。

二、按國土係指一國之領土，由於直接關係國家行使統治權之領域以及國民生存活動之空間，故各國憲法對其領土之範圍及變更多有明文規定，以昭慎重。中華民國憲法第四條規定「中華民國領土，依其固有之疆域，非經國民大會之決議，不得變更之。」依此規定，主張分裂國土，即違背憲法規定，故本法明文限制集會遊行不得主張分裂國土。

三、國家安全法第二條係針對集會、結社為二原則之規定，遊行部分未在其列，故本法第四條針對集會遊行所為之規定，與國安法規範之範疇不一。又國安法第二條為原則性規定，如有違反，其法律效果如何，同法未予明定，而違反本法第四條之規定者，有一定法律上之效果（不許可或撤銷許可），如此當可落實國家安全法所揭示二原則之立法目的，故本法明定二原則確有其必要。

肆、本法第二十九條刑事罰較符現實需求

本法第二十九條規定：「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。」本條規定之犯罪構成要件有四：其一，須有集會、遊行之行為。其二，須經該管主管機關命令解散而不解散。其三，須仍繼續舉行經制止而不遵從。如僅具有前二項要件，構成本法第二十八條規定之行為，科處行政罰，如並符合本項要件，可能構成本罪。其四，本罪以首謀者為犯罪主體。所謂首謀者，指首倡謀議違抗解散命令繼續集會遊行不服制止之人，首謀者不以一人為限，亦不以負責人或其代理人為限，係指事實上有首謀行為之人。本法對首倡謀議違抗解散命令繼續集會遊行不服制止之人處以刑事罰，係以首謀者業經警察機關警告、制止、命令解散、仍繼續進行不遵制止等四階段程序，其主觀惡性已表露無遺，非處行政罰所能奏效。參考德國集會法第二十六條第一款規定：「舉辦人或領導人不遵禁止而進行公開集會或遊行，或不遵警察之解散或制止而繼續進行者，處一年以下自由刑。」本法處罰前之四階段制止程序顯較德國二階段程序嚴謹，因而首謀者之主觀惡性，亦相對明顯，因此，本法第二十九條刑事罰較符現實需求，程序上亦較嚴謹。

伍、總結

本法係終止戡亂後修正公布之民主化產物，草擬過程並參酌各國立法例、憲法判

定案，因此，本法採行準則許可制，係立法衡量問題，與違憲無涉。參照憲法第二十三條規定之反面解釋，爲防止妨礙他人自由，避免緊急危難，維持社會秩序或增進公共利益所必要之情形下制定本法，本法採準則許可制確有其立法基礎與必要性。

內政部對「集會遊行法是否牴觸憲法」釋憲聲請案書面資料勘誤表

冊次	名稱	錯誤內容		更正內容
		頁碼	說明	更正說明
一	內政部對「集會遊行法是否牴觸憲法」釋憲聲請案之綜合答辯書	7-7	不得單獨得提出行政訴訟	不得單獨提出行政訴訟
二	集會遊行法第二十九合憲性之探討			集會遊行法第二十九條合憲性之探討
二	集會遊行法第二十九合憲性之探討	6-19	但由於僅具相當輕微倫理・・・	但由於其不具倫理非價・・
二	集會遊行法第二十九合憲性之探討	16-20	當然也就部會	當然也就不會
二	集會遊行法第二十九合憲性之探討	16-21	並不構成違法	不具可罰性
二	集會遊行法第二十九合憲性之探討	18-1	申請許可而違法，，仍必須・・・	申請許可而違法，係屬於剝奪人民自由權利。實際上，觀之我國集會遊行法對於未經許可之集會，首先僅觸犯該法第25條第1項第1款之規定，而構成解散之原因，但仍未有實質上處罰規定，但警察機關仍必須・・・
二	集會遊行法第二十九合憲性之探討	18-6	不加以規範，則可回歸憲法，	整段刪除
二	集會遊行法第二十九合憲性之探討	18-24	一千兩百民眾	1081民眾
二	集會遊行法第二十九合憲性之探討	21-16	仍未構成違法	仍未對此處罰
三	集會遊行法許可制合憲性之研究	6-10	Proportionalitat	Proportionalität
三	集會遊行法許可制合憲性之研究	20-13	Volkmar Gotz	Volkmar Götz
三	集會遊行法許可制合憲性之研究.	20-19	Lehrbuch	Lehrbüch
三	集會遊行法許可制合憲性之研究	20-20	Muchen	Müchen
三	集會遊行法許可制合憲性之研究	20-21	Muchen	Müchen
三	集會遊行法許可制合憲性之研究	20-22	M nchen:	Müchen
三	集會遊行法許可制合憲性之研究	20-24	Bundesver fassu-ngsgerichts"	Bundesverfassungsgerichts

內政部對「集會遊行法是否牴觸憲法」釋憲聲請案之綜合答辯書

內政部

中華民國八十六年十二月五日

目錄

壹、本釋憲案之背景……一
貳、本部認為無論從法律面、實務面或從學理觀察，集會遊行應採行許可制……二
參、結論……二五

壹、本釋憲案之背景

高○炎先生等人，八十二年一月四日以抗議台北市政府違法傾倒廢土爲名，向台北市政府警察局申請於同年一月九日舉行集會遊行活動，惟該局以本申請案不符集會遊行法（以下簡稱本法）第九條應於六日前申請規定，而核定不准舉行。高○炎先生等人，見狀乃逕自舉行，造成交通阻塞，案經台北市政府警察局萬華分局及大同分局於其轄區內，依本法第二十五條舉牌警告、制止及命令解散，高○炎先生等人不從，事後，高○炎先生等五人遂被台台灣台北地方法院士林分院檢察署提起公訴，嗣經台灣台北地方法院士林分院判處罪刑，高○炎先生等人不服提起上訴，仍被台灣高等法院依本法第二十九條處以拘役卅日。高○炎先生等人經判刑確定後，以本法有關規定違反憲法第十四條保障人民之集會自由爲由，　向大院聲請解釋。大院受理釋憲案後，提示下列八項爭點行言詞辯論：

一、集會遊行法對集會、遊行採取許可制不採報備制，是否違反憲法第十四條規定之集會自由或憲法第二十三條之規定？抑或仍屬立法權限之範圍？

二、是否依集會遊行場所及時間之不同，而分別採取許可制或報備制？

三、集會遊行法第四條規定：「集會遊行不得主張共產主義或分裂國土」是否違反憲

法第十一條規定之言論自由、憲法第十四條規定之集會自由、或憲法第二十三條規定之比例原則？

四、集會遊行法第十一條對室外集會之限制是否違反憲法第十四條規定之集會自由或憲法第二十三條之規定？

五、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。」不採行政罰，而採刑罰規範方式是否適當？

六、如採報備制則如何兼顧社會秩序維持？若危及公共利益時如何因應？

七、對於不及依集會遊行法第九條規定提出申請之集會、遊行，是否及如何予以規範？

八、其他。

貳、本部認為無論從法律面、實務面或從學理觀察，集會遊行應採行許可制

一、由本法立法過程說明許可制屬於立法權限無違憲問題

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，常藉此等方式表達意見，形成公意，而另一方面，集會遊行具有容易感染及不可控制的特質，對於社會治安可能產生潛在威脅。為維護人民集會遊行的合法權益，並確保社會秩序安寧，各國對此等活動，多訂有專法，以為規範，將法律所保障之集會遊行活動，界定於和平表達意見的範疇之中，以為

實踐民主政治的眞諦。我國憲法規定「人民有集會及結社之自由」，集會應受保障，固無疑義，然則遊行自由是否亦在保障之列，就廣義之集會概念而言，遊行是動態的集會，在不妨害社會秩序及公共利益前提下，同受憲法的保障。綜上前述，政府爲順應世界潮流，因應當前社會需要，乃本諸憲法保障人民權益之意旨，並參酌先進民主國家之立法例，而制定本法。審視本法之立法過程，明白說明本法有關申請集會遊行規定乃立法政策問題，而非合憲性問題。茲就本法立法過程分三段簡述如后（註一）：

㈠、行政機關研議階段

本法草案，本部於七十六年五月十二日函送行政院核議，行政院於同年九月二十六日送請立法院審議。本法研議階段，曾舉辦談話會，座談會等共九次，邀請各黨籍立法委員及學者專家與會充分表示意見，據以參酌研修而完成行政院草案，博採周諮，態度之審愼，可見一斑。其中，本部原草案第十條規定：室外集會遊行應於十四日前向主管機關申請許可。經行政院整理，第九條建議修正爲：室外集會遊行應於十日前向主管機關申請許可，而成爲行政院草案。

㈡、立法機關審議階段

立法院七十六年十月九日經院會表決通過，將本法交由內政、國防、司法三委員會聯席會議審查，聯席審查會自七十六年十月十二日至同月二十八日將全案審查完竣，並於十一月十四日將審查報告提報院會。嗣於同月十八日進行二讀程

序，廣泛討論，歷經十六次會議，計三百五十人次發言，七十七年一月十一日結束討論，二讀通過，同日三讀通過，隨即依法諮請　總統公布。其中，行政院草案第九條修正為：室外集會遊行應於七日前向主管機關申請許可，而成公布條文。

㈢、實施後修正階段

八十一年七月二十一日政府審酌本法之實施經驗，並配合動員戡亂時期之宣告終止，重新修正本法，共修訂九條條文，以使本法更趨務實。其中，第九條修正為：室外集會遊行應於六日前向主管機關申請許可。

探究本法立法之原意，本法採許可制之理由如下：

㈠、集會遊行固為憲法所保障之基本人權，惟權利為社會生活之產物，享有及行使之際，自應顧及社會公益及他人之基本權益，不容個人任意而為，此在團體生活發達、人際關係愈為緊密之現代尤其如此，故我國憲法第二十三條乃明定在一定條件下得以法律限制人民之自由權利。本法為維護人民集會遊行之合法權益，並確保社會秩序安寧，以法律課以事前申請許可之義務，其合憲性應無疑義。

㈡、本法有關集會遊行之申請程序，從規定內容及立法精神觀之，此種許可之性質非類似「特許」之觀念，而接近「準則主義」，亦即本法關於應許可之法定事由均有明定，警察機關對於集會遊行之申請，只能依法准駁處分，無權違法

而不予許可。

(三)、報備制與許可制究竟何者爲佳？應視社會狀況而定，我國目前集會、遊行活動相當頻繁，鑑於日本、美國等國立法例對於此類活動之舉行有採許可制者。復鑑集會遊行活動容易影響社會安寧秩序及交通，故參考外國立法例，並肆應國情需要，對集會遊行採事前許可制，既可予申請人充裕準備時間，亦可讓主管機關即時了解事態，妥爲因應。

(四)、按法律係爲社會之產物，法律若脫離社會，依自然法學者觀點，即非法律，固不待言。本法係七十七年一月二十日於解嚴後，因應社會變遷而立之法律，應屬社會之產物，八十一年七月二十七日復因終止戡亂而修正公布，顯見其亦隨社會之變動而有所修正，尚難謂其脫離社會，憲法固有規定人民集會結社之自由，惟其自由權之行使，仍應依法律行之，故本法之訂定，依目前情況，尚難認其違憲（註二）。

二、本法準則許可制未逾越「必要」程度

觀諸各國對於集會遊行之管理方式，有採報備制（異議制）者，有採許可制者。主張應採報備制者，認爲集會遊行爲國際間所承認之重要人權，故對此等活動應「原則同意，例外不準」，以保障人權；主張應採許可制者，認爲集會遊行活動影響或妨礙他人使用道路或公共設施，甚至造成他人自由之限制，且集會遊行活動可能因量增而產質變，進而演變成聚眾暴力活動。而本法關於集會遊行之申請

許可，從規定[illegible]容及立法精神以觀，種許可之性質，非[illegible]一特許」概念，而接近「準則主義」，未逾越憲法第二十三條所定之防止妨礙他人自由、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。茲謹就圖表及現行實務運作情形，說明本法準則許可制與許可制及報備制（異議制）理念不同之處如下：

㈠、圖表說明（註三）

集會遊行報備（異議）制、許可制及我國現行準則許可制理念比較簡表

制度 / 指標	報備制（異議制）	許可制	準則許可制（我國現制）
基本理念	原則許可、例外不准	原則不許、例外許可	原則許可、例外不准
申報性質	申請係義務，不申請雖為違法，但警察執法應依據比例原則裁量。	申請係義務，不申請即為違法。	申請係義務，不申請雖為違法，但警察執法應依據比例原則裁量。
申報目的	為保護人民集會遊行之自由，兼以維持社會治安。	請求解禁	為保護人民集會遊行之自由，兼以維持社會治安。

行政機關受理申報後之程序	對於申報所為限制之性質	對於申報所為限制之救濟	集遊時違反申報內容之效果	未申報集遊之處理
受理機關無須為意思表示	獨立的行政處分	得提起行政訴訟	原則應命令解散，惟須恪遵比例原則，若不解散，依其程度，分負行政責任與刑事責任。	違法是否解散，應公平合理考量人民集會
受理機關必須為意思表示（准或不准）	行政處分之附款	不得單獨得提起行政訴訟	原則上應命令解散，（回復禁止）若不解散，即負刑事責任。	違法應即命解散，並負法律（刑事）責任。
受理機關必須為意思表示（准或不准）	行政處分之附款	得提起行政訴訟（並設簡易申復程序，作為行政訴訟之前置程序，縮短行政救濟時效，使自由權保障更落實）。	原則上應命令解散，惟須恪遵比例原則（第二十六條）若不解散，依其程度，分負行政責任與刑事責任	違法是否解散，應公平合理考量人民集會

		參加未申請集遊負責人之責任		
遊行權利與其他法益間之均衡維護，不一定即命令解散。經警告、制止、命令程序而不解散時，依其程度，分負行政責任與刑事責任。		刑罰	參加者得科處秩序罰。	無發起人，故無責任
遊行權利與其他法益間之均衡維護，不一定即命令解散。經警告、制止、命令程序而不解散時，依其程度，分負行政責任與刑事責任。		刑罰	參加者得科處秩序罰。	違法應即命令解散，
	依其情節，經命令解散而不解散者，處行政罰；經命令解散而不解散，仍繼續舉行經制止而不遵從者，處刑事罰。惟解散與否，應遵守比例原則。	參加者無法處秩序罰。	以保障許可者為原則。	無發起人，故無責任

會遊行時	主體。應否解散，需依比例原則考量偶發性原因。	負法律責任。	七體。應否解散，需依比例原則考量偶發性原因。
自行解散時之秩序維持	有報備時，由警察與負責人共同維持。未報備者，警察雖會派人維持，惟負責人應負全部責任。	由申請人自行負責。	有申請時，由警察與負責人共同維持。未申請者，警察雖會派人維持，惟負責人應負全部責任。

(二)、實施現況

以我國近五年來警察機關受理集會遊行申請案資料統計分析，共受理申請三一、七二五件，其中不准一〇八件，約佔千分之三．四，不予許可比例甚低。顯見警察機關受理集會遊行申請案，在準則許可制下，確本「原則許可、不許可為例外」之態度處理。另分析一〇八件不予許可原因，以「未於法定期限內提出」最多，其次為「未出具場地同意書」，再次為「同地舉辦公私政見會」。準此，明確說明警察機關審查集會遊行申請案件，向僅就程序問題進行審查，對於言論自由之核心問題，未曾作為申請准駁之考量。另查本部核復不予許可案件，迄今申請人未曾提出行政訴訟。茲謹就近五年來警察機關不准集會遊行申請案原因統計如后：

年度 / 不予許可理由及件數	申請件數	遊行經過禁制區（第十一條第一款）	妨害交通安全公共利益（第十一條第二款）	同路線地點已有人申請（第十一條第四款）	未於法定期限內提出（第十一條第六款）	未出具場地同意書（同上）	同地舉辦公私政見會（修正前選罷法第四十九條）	合計
一十八	4，205	2	2	1	8	11	7	31
二十八	5，971	5	2	2	2	5		16
三十八	11，294	4	10	3	13	10	5	45
四十八	6，678		1		9	1		11
五十八	3，577		2		3			5
合計	31，725	11	17	6	35	27		108

三、由各國立法例及憲法判例（決）分析許可制並不違憲

概覽世界各國對集會遊行活動之規範方式，因其國體與政治制度不同，有採許可制者（如日本、美國、澳洲、馬來西亞等國），亦有採行報備制者（如德、韓等國），由各國立法例及憲法判例（決）分析，許可制並不違憲。爰擇日、美兩國實定法例及憲法判例（決）簡述如下：

㈠、日本

1.實定法例

日本憲法第二十一條第一項規定：「集會、結社、言論、出版及其他一切表現之自由，應予保障。」查目前日本尚無統一之集會遊行法規，只有散布各地方的公安條例，以治安法規的型態規範集會遊行活動，審視各地公安條例，大都採事前限制之許可制。如日本東京都條例第一條明定：擬在道路、其他公共場所舉行集會或集團行進時，或不問在任何場所舉行集團示威運動時，應經東京都公安委員會之許可。而大阪市條例第一條、京都市條例第二條亦有相同許可規定（註四）。

2.憲法判決

對於公安條例採行許可制是否違憲問題，昭和二十四年至四十二年間，日本各級法院共有判例四十八件，其中認為公安條例合憲者共三十二件，違憲者八件，一部違憲者一件，其餘七件為不適用或無法判斷（註五）。茲略舉判

決二則論述如后：

(1)日本昭和二十九年最高裁判所大法庭在新瀉縣公安條例判決要旨：「隊伍遊行或公眾集團示威運動，除有違反公共福祉而以不當的目的或方法外，本屬國民的自由，如依條例僅就此等行動規定申報制則另當別論，否則，如規定一般許可制而在事先加以抑制，應解爲違反憲法之本旨而不予容許。惟爲維護公共秩序，防止公共福祉顯然被侵害，對此等行動，依條例規定特定的場所或方法，在合理且明確的基準下，始予許可，或准其申報，在某種情形將予禁止，亦不得執此謂不當憲法所保障國民的自由。蓋此項條例之規定，並非對於此等行爲，作一般性之限制，祇不過依上述觀點，承認僅就特定場所，或方法得予限制而已。再者，對於此等行動，如關於公共安全顯然有急迫的危險可以預知時，規定不予許可或予以禁止，亦不得指其不當限制憲法所保障國民的自由」（註六）。此判決表明公安條例採用一般許可制爲事前抑制者雖違反憲法精神，但爲維持公共秩序、防止妨害公共福祉，就特定之場所及方法，在合理明確的基準下規定事前應經許可者，難謂其違憲。

(2)日本昭和三十五年最高裁判所大法庭在東京都條例判決要旨：「此種依集體行動的思想等的表現，與單純的言論、出版等表現不同，依現存多數人集合體本身的力量，即依一潛在物理性力量支持，是其特徵……但關於依

集體行動的表現自由，以所謂公安條例也充分考量方情況及其他各種情事，備於不測事態，事前謀求為維持法律與秩序所必要且最小限度的措施。關於此點，不得僅依據關於公安條例所定對集團行動所要求之條件為應得『許可』或應『申報』之概念以至用語，加以判斷。又在此項判斷時，亦不得拘泥於條例立法技術上的若干缺陷，應就條例全體精神，加以實質，有機性的考察……茲就本條例加以檢討，關於集體……負有許可意義上，雖然採用許可制，但實質上無異於申報制，要之，如表現的自由不因而受不當的限制，則無不可……」（註七）。本判決並已成為日本各下級法院判決的通例，本判決與前述判決最大區別，為裁判官的意識型態，已把集團行動的潛在暴力性視為判斷依據（註八）。

除了公安條例外，日本的道路交通法第七十七條第四項規定：「以行進之型態或方法使用道路，如在道路舉行祭禮活動或户外攝影等顯有影響一般交通之行為，或在道路聚眾顯有影響一般交通之行為，而經公安委員會為維護道路交通之安全與順暢，依道路狀況所認為必須申請許可者，應得管轄該行為關係場所的警察分局長的許可」，對於本法條之合憲性，日本歷來法院的判決，亦都認為不違憲（註九）。

㈡、美國

1. 實定法例

美國華盛頓哥倫比亞特區自治法規第二十四篇第七章第七百條明定：無警察首長書面之許可，任何人皆不得於哥倫比亞特區之任何市街、道路、巷弄、街道、高速公路或其他公共場所，針對任何主題，發表演說、講話或講道。前項之許可，應指定演說、講話、講道之時間及確實地點。洛杉磯市市政法規第一〇三・一一一條第二項明定：未經主管機關書面同意，任何人不得指揮、操縱或參加任何遊行。同條第四項復明定：欲指揮或主辦遊行者，須於預定遊行日之前四十日至一百八十日提出許可申請。其他，如紐約市行政法規第四三五一九・〇條、巴爾的摩市法規：遊行第一百六十八條及第一百六十九條、路易士安那州法第三百二十六條、舊金山市警察準則第三百六十七條……等，均有類似規定（註十）。

2. 憲法判決

美國各州地方政府對户內集會雖採事前不干涉原則，但對户外集會遊行則採事先登記主義，美國最高法院一九五〇年來，對地方所訂之户外遊行規則，解釋州政府有權核發遊行許可證之判例甚多，亦即美國聯邦最高法院雖承認人民有舉行和平集會請願之自由，但亦支持地方政府有權要求核發許可證，始得在户外舉行集會。茲略舉判例二則摘述如下：

(1) 寇克控告新罕布夏州案 (COX v. NEW HAMPSHIRE, 312 U.S. 569)

一九四一年，寇克控告新罕布夏州案，耶和華見證人會教徒六十八人主

導人COX，因未獲得曼徹斯市所核發之戶外集會遊行許可證而遭取締，並被法院判刑。首席大法官休斯(CHIEF JUSTICE CHARLES EVAUS HUGLES)在判決中說明如下：①本案主題並非限制COX之宗教崇拜自由，而係政府行使正當之警察權，維護公共安全健康及道德。②憲法此所保障之民權自由即包含一個維持公共秩序之有組織之社會存在，如無此組織，自由本身即將在恣肆過度濫用中喪失。③政府要求核發集會之登記許可規定，係提供適當警察權及管制街道使用之所必需。④任何人憑藉宗教責任為理由，拒絕服從市政府之規定及不顧眾所週知之紅綠燈交通規則，以之導引公眾注意其所發表之意見，本院認為該市法規所賦予核發執照之有限權力，應由州法院解釋，為與憲法所保障之權利並無牴觸（註十一）。本案即將純言論與行動加以區別，前者係受憲法之保障，後者則須受州政府警察權之管理。

(2) 渥克控告伯明罕市案(Walker v. CITY OF Birmingham 388 U.S. 307)

曾為諾貝爾和平獎得主之美國人權領袖金恩(Martin Luther King Jr.)為抗議白人種族歧視及爭取黑人之憲法民權而領導群眾在市街遊行，由於金恩既未登記獲准遊行，亦不服法院所簽發之禁止遊行令，而仍堅持街頭遊行，結果，儘管金恩所發動之街頭政治係和平抗議之示威遊行，地方法院仍以蓄意違法而將主其事者之一逮捕法辦，被告Walker不服，歷經上訴，最高

法院仍維持原判。大法官使得瓦（Justice Stewart）之裁決書並列舉下述重點：①法院禁令及市政府之規章本身，因係涉及憲法問題，自必引起爭議。②上訴人應依法定程序上訴，請求司法救濟，而不應妄顧法律而將爭議訴諸街頭行動。③國人對其所領導之爭取民權反歧視之社會運動，及其不耐之鬱結情緒固然表示同情，但「尊重司法程序係使執法施文明化所應付之最小代價，而且亦只有尊重司法程序，始能給予憲法自由更強而有力之意義。」無論法院之禁令如何錯誤亦應服從，惟可事後再行申訴求直（註十二）。總之，聯邦最高法院對地方法院頒發禁止遊行令户外集會之禁令，雖然採取嚴格監督主義，但原則上仍許可之，並未宣告其係違憲行爲。

由以上日本與美國實定法例與憲法判例（決）說明，言論自由固然是憲法所保障的自由權，惟其表現方式仍應顧及社會公益，不容個人任意而爲，故言論自由與集會遊行之行動，仍需區別。證諸日、美兩國先進之實定法例與憲法判例（決），我國集會遊行採行準則許可制確有其必要性，其合憲性無疑。

四、社會學家對群眾危險性格之實證研究強化許可制之必要性參加集會遊行者，在群眾氣氛感染下，具有危險的性格，係不爭的事實，許多社會學家對群眾心理所作的實證研究，一再說明群眾的危險性，這是在宣示保障集會遊行權利之際，同時必須正視的問題。茲謹略舉四名知名學者對群眾的實證研究如后：

(一)、黎朋(GUSTAVE LE BON)之群眾學說

黎朋(GUSTAVE LE BON)認爲群眾是在某些心理力量影響之下的一群人，其思想行爲如出一轍，成爲一個單體(SINGLE BEING)。黎朋又認爲，群眾中個人多感情用事，理智蕩然，並且兇殘野蠻。置身於群眾中的個人，有如沙堆中的一粒沙，隨風任意飛揚，並失去自覺的人格，服從群眾的一切暗示。一個受過文化薰陶之人，單獨時，遇事尚能三思而後行，一旦置身於群眾之中，可能變成一個野蠻人，秉諸本能而橫行直闖，「從文明之階下降幾級」，內心充滿殘暴獰惡的性情。黎朋亦云，群眾在智力上常低於離群索居的個人，但在感情上，卻常要高些。依黎朋所言，個人置身於具有共同目的的一群人之中，僅因他是團體的一部分，使他獲得一種前所未有的強而有力的感覺。個人在團體中僅佔一部分，姓隱名藏，可以不負責任，於是將平時所有約束和控制置之腦後，爲所欲爲，不顧後果。再者，在具有共同目標的團體中，暗示性(SUGGESTIBILITY)大，造成傳染(CONTAGION)。藉由交互作用，使個人在團體影響下的暗示力，比在催眠狀態中更要難以抗拒(註十三)。

(二)、馬丁(Everett Dean Martin)之精神分析說

馬丁(Everett Dean Martin)從精神分析觀點探究群眾行爲現象。馬丁在群眾行爲(The Behavior of crowds)一書中將群眾行爲比作妄想狂的行爲，因爲二者都含有壓制神經病症的特質。馬氏謂在社會生活中的政治方面、宗教方面和道德

方面，其[illegible]制程度最大，故在這方面群眾行為的出現也[illegible]頻繁。自我陶醉和專橫霸道，即是群眾的明顯特徵。群眾常欲將種種觀念變成邏輯的結論。雖然也有和平的群眾，但仍有殺機潛伏其中。馬氏視群眾行為和群眾思想是社會進步之一嚴重威脅。馬氏並認為，群眾行為是一種心理的、病理的狀態，就像個人作夢一般。他所表示之觀點，如許多新聞記者所表示者，皆以為群眾中之個人將原始野性暴露無遺。群眾中分子覺得，他們所要及所做者，如其他份子。故馬氏謂「自我主義必受到讚賞」（註十四）。

(三)、亞爾保 (F.H.Allport) 之眾人交互刺激說

1945年亞爾保 (F.H.Allport) 提出群眾社會心理學理論。亞氏認為群眾只是個體行為的催化劑，使得個人行為心態表現群體化，而相得益彰。群眾的情境，好似酒精對於個人所發揮的作用，減低個人的約制能力。亞氏並認為，群眾行為都是有關於生存的切身利害問題，保衛與食色，就是此類問題之一。因此，亞氏認為群眾總是低級的暴烈的團體，奮鬥、鬥爭破壞的反應，是普通的現象。亞氏並以為群眾中眾人身體的推動，予以個人極有力量的影響。暴眾之發生暴行，蓋由於個人各有其利己的內驅力，藉在群眾中與他人聯合行動而找出一種發洩的工具。個人迫切想做的事情，見他人也同樣在做，便以為獲得他人的讚許，於是產生一種合乎道德的自慰感。亞氏稱此種使之合理化的心理現象為「群眾的道德意識」(The moral conxciousness of crowd man)（註十五）。

㈣、蒲魯姆(Leonard Broom)及塞茨尼克(Philip Selznick)之情緒傳染說

蒲魯姆(Leonard Broom)及塞茨尼克(Philip Selznick)兩位學者以情緒傳染(Emotional contagion)之論點，說明群眾之心理過程。情緒傳染蔓似野草，與它有關聯之現象，爲數甚眾，如群眾行爲、恐慌、銀行擠兌、集體幻覺、團體精神等，均包括在內。蒲、塞二氏認爲，在群眾中所產生情緒傳染的心理要素有三(註十六)：1暗示感染性增高。2刺激加強。3經驗之同質。在以情緒傳染爲基礎的團體中，紀律被放鬆，發洩內心衝動受到鼓勵，無意識行爲獲得讚許，暴眾及其他類似集團，常煽動個人之情緒，予以利用，於是個人從規範的控制中解放出來。由於情緒傳染常使個人責任和社會控制趨於薄弱，結果像恐慌及其他包含情緒的群眾活動，變成破壞行爲。

綜合上述社會學家對群眾危險性格之實證研究，群眾行爲有特殊的心理特質，表現在外，則具有危險的象徵，誠屬事實。在經驗法則上，對此等群眾活動，賦予事先許可規制，應屬合理之處分，與憲法保護集會自由之旨趣，應不違反。

五、民意調查多數人認爲現行準則許可制乃爲維持社會秩序所必要

爲瞭解民眾對現行集會遊行法實施後態度，本部八十六年十一月二十八日，特別委託國立政治大學選舉研究中心作「民眾對集會遊行活動處理之態度」民意調查乙案，該案旨在瞭解民眾對下列三項議題之態度：㈠瞭解民眾對目前集會遊行的

態度。㈡瞭解民眾對目前集會遊行應事前先申請的態度。㈢瞭解民眾對警察人員處理集會遊行作法的態度。該案調查對象係以台灣地區（不含金門、馬祖）年滿二十歲以上的成年人爲樣本母群體，進行抽樣訪談，本次抽樣共完成一、〇八一個樣本，信賴度百分之九十五，最大可能誤差爲三%，信度及效度均高。

依據本次民意調查資料顯示，當問及「您知不知道人民舉行集會遊行的活動需要先經過警察機關核准才可以舉辦？」時，答不知道者三二一人，佔百分之二十九・七，答知道者七五八人，佔百分之七〇・二，拒答者二人，佔百分之二，顯見本法實施至今，多數人均已知道集會遊行活動有申請許可程序。其次，在問及「關於人民想要舉辦集會遊行是否應向警察機關申請的問題？」時，答根本不須報備者十九人，佔百分之一・八，答只要事後報備者十一人，佔百分之一，答事前向警察機關報備不須核准者一五七人，佔百分之十四・五，答應該事前得到警察機關的核准者七一七人，佔百分之六十六・四，無反應者一七七人，佔百分之十六・三，由此顯示，多數民眾認同本法現行準則許可機制，而報備制認同感則相對偏低。再次，在問及「有人認爲人民的集會遊行，如果事前沒有得到警察機關核准，可能會造成妨害社會安寧和交通紊亂的說法？」時，答很不同意者三十人，佔百分之二・八，答不太同意者六十九人，佔百分之六・四，答有點同意者二四七人，佔百分之二十二・八，答很同意者五九〇人，佔百分之五十四・六，無反應者一四四人，佔百分之十三・四。審視此調查結果，合計有百分之七

十七・二的人認爲，集會遊行活動事前沒有得到警察機關核准，可能會造成妨害社會安寧和交通紊亂，此一結果與本部前述之本法立法原意相符，是以，集會遊行如改採報備制，相對會造成社會多數人恐慌，應屬合理的推論。另當問及「有人認爲人民的集會遊行如果一定要事前得到警察機關核准才能進行，這樣已經侵害人民集會遊行的權利的說法？」時，答很不同意者二〇四人，佔百分之十八・九，答不太同意者三二二人，佔百分之二十九・八，答有點同意者一九〇人，佔百分之十七・六，答很同意者一〇七人，佔百分之九・九，無反應者二五八人，佔百分之二十三・九。由此說明，百分之四十八・七的人認爲許可制不侵害人權，認爲許可制侵害人權者僅佔百分之二十七・五，相較之下，考量社會安寧秩序與人民自由權，對集會遊行活動作適度的限制，以求取社會多數人的安心，實爲多數人民所能接受的公約數。

綜上民意調查分析，現行準則許可制不僅無違憲問題，且爲多數人認爲係爲維持社會秩序所必要。法律既係爲社會之產物，自不能若脫離社會，因此，本法準則許可制在社會需求層面，亦有其堅實基礎。

六、本法第四條規定集會遊行應遵守二原則有其必要性

本部基於以下理由，認爲本法第四條規定：「集會遊行不得主張共產主義或分裂國土」，尚具必要性（註十七）：

㈠、憲法乃規定國家基本組織、人民權利義務以及基本國策之根本大法。中華民

國憲法依前言規定，係依據　孫中山先生創立中華民國之遺教而制定，憲法第一條關於國體之規定，並明白揭示「中華民國基於三民主義，為民有、民治、民享之民主共和國。」共產主義本質上與三民主義背道而馳，且現階段大陸政權仍屬敵對團體，對我國仍具武力威脅，因此，集會遊行活動主張共產主義不但違反立國精神，且參照憲法增修文第四條第三項規定，尚有危害中華民國之存在或自由民主憲政秩序之虞，故集會遊行不得主張共產主義。

(二)、按國土係指一國之領土，由於直接關係國家行使統治權之領域以及國民生存活動之空間，故各國憲法對其領土之範圍及變更多有明文規定，以昭慎重。中華民國憲法第四條規定「中華民國領土，依其固有之疆域，非經國民大會之決議，不得變更之。」依此規定，主張分裂國土，即違背憲法規定，故本法明文限制集會遊行不得主張分裂國土。

(三)、國家安全法第二條係針對集會、結社為二原則之規定，遊行部分未在其列，故本法第四條針對集會遊行所為之規定，與國安法規範之範疇不一。又國安法第二條為原則性規定，如有違反，其法律效果如何，同法未予明定，而違反本法第四條之規定者，有一定法律上之效果（不許可或撤銷許可），如此當可落實國家安全法所揭示二原則之立法目的，故本法明定二原則確有其必要。

七、本法第二十九條刑事罰較符現實需求

本法第二十九條規定：「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。」本條規定之犯罪構成要件有四：其一，須有集會、遊行之行爲。其二，須經該管主管機關命令解散而不解散。其三，須仍繼續舉行經制止而不遵從。如僅具有前二項要件，構成本法第二十八條規定之行爲，科處行政罰，如並符合本項要件，可能構成本罪。其四，本罪以首謀者爲犯罪主體。所謂首謀者，指首倡謀議違抗解散命令繼續集會遊行不服制止之人，首謀者不以一人爲限，亦不以負責人或其代理人爲限，係指事實上有首謀行爲之人。本法對首倡謀議違抗解散命令繼續集會遊行不服制止之人處以刑事罰，係以首謀者業經警察機關警告、制止、命令解散、仍繼續進行不遵制止等四階段程序，其主觀惡性已表露無遺，非處行政罰所能奏效。參考德國集會法第二十六條第一款規定：「舉辦人或領導人不遵禁止而進行公開集會或遊行，或不遵警察之解散或制止而繼續進行者，處一年以下自由刑。」本法處罰前之四階段制止程序顯較德國二階段程序嚴謹，因而首謀者之主觀惡性，亦相對明顯。

本法第二十九條與刑法第一百四十九條公然不解散罪、第一百五十條公然聚眾施強暴脅迫罪，均屬群眾公然活動所涉之犯罪行爲，且於相對應者常構成精神上或實體上的相當壓迫，惟按犯罪之構成，仍有以下明顯之區別；其一，刑法第一百四十九條規定之犯罪須具備強暴、脅迫爲要件，本法第二十九條之犯罪，非屬目的犯，且不以實施強暴脅迫爲要件。其二，刑法第一百四十九條規定受該管

公務員解散命令三次以[redacted]，而本法第二十九條無次數之限[redacted]，又本法第二十九條以抗命不解散之繼續違法行爲爲要件。其三，本法第二十九條規定只處罰首謀者，刑法第一百四十九條、第一百五十條之處罰及於首謀者以外之人，關於首謀者之法定刑亦較本法爲重。綜上，顯然本條以刑事法規範較符現實需求（註十八）。

八、其他

㈠、至於是否因集會遊行場所及時間之不同，而分別採取許可制或報備制的問題。本部認爲，本法第八條僅規定室外集會遊行應申請許可，室內集會則不需申請。現如修正規定室外集會遊行採許可制，室內集會採報備制，兩相比較，顯然修正芻議較本法現行規定嚴苛，如眾人能接受，本部無異議。

㈡、對於不及依集會遊行法第九條規定提出申請之集會、遊行，是否及如何予以規範的問題。查本法第二十六條明文規定：「集會遊行之不予許可、限制或命令解散，應公平合理考量人民集會、遊行權利與其他法益間之均衡維護，以適當之方法爲之，不得逾越所欲達成目的之必要限度。」另參照行政法院七十一年度判字第八一一號判決：「……按行政裁量權之行使，倘有違背法令、誤認事實、違反目的、違反平等原則或比例原則等情形之一者，揆諸行政訴訟法第一條第二項之規定，仍不失爲違法……。」由上開法律及判例之規定得知，本法對偶發性之集會遊行活動雖未明確規範，惟本部對此等特殊案件之處理，當恪遵前揭比例原則。即處分內容及執行手段，將會考量其必要性、必需性、比

參、結論

憲法學者林紀東在「中華民國憲法逐條釋義」有云：「吾人以為憲法第十四條，既未明定為應採追懲制，依照憲法第二十三條，為防止妨礙他人自由、維持社會秩序等原因，又得以法律限制人民之集會自由，自難解為預防制為憲法所不許。且由現代團體生活發達，政治社會情勢激盪之情況觀之，問亦有採預防制之必要，故如因維持社會秩序、防止妨礙他人自由之必要，由法律對集會自由，加以適當之控制，似非憲法所不許。」（註20）本案本部從法律面、實務面或學理觀察，本法採準則許可制確有其立法基礎與必要性。

註釋：

註一：有關集會遊行法立法過程，請參閱劉文斌：「動員戡亂時期集會遊行法制定經過」，「立法院院聞月刊」第十六卷第三期（民國七十七年三月一日）。另參閱立法院公報，第七十七卷第四期（民國七十七年一月十一日）。朱源葆，警察執行集會遊行之法令與實務，（桃園，中央警察大學，民國八十四年六月）

註二：參照八十四年四月二十七日台灣高等法院八十三年度上易字第五二七八號刑事判決書第五頁。

註三：本表係參照李震山先生「我國集會遊行法執行之研究」第五十九頁所製作之簡

表修正而止，請參閱李震山，「我國集會遊行法執行之研究」，行政院研究發展考核委員會委託研究（台北，民國八十年七月）。審視李氏簡表所列有關報備制之指標，經與德國集會法條文對照，似生因此，該簡表有關指標欄所說明申報性質、申報目的、集遊時違反申報內容之效果、未為申報之效力、有反制團體在現場出現時、偶發性集會遊行時、受命解散而不解散時負責人之責任等，本部均參考德國集會法後略為修正，以符實際。以申報性質為例，德國集會法第十五條第二項明定：脫而繼續進行者，舉辦人或領導人處一年以下自由刑或罰金。上開條款明顯屬於刑罰性質，李氏以為本款係行政罰，亦顯與事實不符。有關德國集會法請參閱「各國集會遊行有關法令要輯」前揭書，第三十五至四十七頁。

註四：參照「各國集會遊行有關法令要輯」，內政部印行（民國七十六年八月）。大阪市條例第一條：在行進或集團示威運動，以車馬或步行而構成隊伍，占據街道或因行進而排除或妨害他人之個人權利之使用者，非經公安委員會之許可，不得為之。京都市條例第二條前項：擬在道路、其他房屋外之公共場所舉行集會（以下稱室外集會），或集團行進或不問在任何場所舉行集團示威運動時，應經公安委員會之許可。

註五：司法雜誌，一九七六年八月十五日，特集，第三七七期，第七十二至七十七頁。

註六：日本國憲法判例譯本第六輯，（司法院印行，民國七十三年二月，第四〇〇至四

註七：日本國憲法判例譯本第四輯，（司法院印行，民國七十三年二月，第十三至十九頁）。

註八：長谷川正安，憲法判例的體系，（東京，勁草書房，一九七七年三月十五日，第二五八至二五九頁）。

註九：日本國憲法判例譯本第八輯，（司法院印行，民國七十三年六月，第一九五至二〇八頁）。

註十：參照「各國集會遊行有關法令要輯」前揭書，第五十九至六十一頁。

註十一：PAUL C. BARTHALOMEW, SUMMAICES OF LEADING CASES ON THE CONSTITUTION(TOTWA, N.Y.: ROWMAN & ALLANHELD 1983),12TH EDITION, P.165。

註十二：見原判決及 LUCIUS J. BARKER, AND TWILEY W. BARKER, JR. CIVIL LIBERTIES AND THE CONSTITUTION-CASES AND CONNENTARIES (ENGLEWOOD CLIFFS) N.J. PRENTICE HALL INC., P.74。

註十三：參閱柯尼格博士著，朱岑樓譯，社會學（台北，協志工業叢書出版，民國七十五年三月，十六版，第二二七頁）。

註十四：參閱朱岑樓譯，前揭書。另參閱張華葆，社會心理學（台北，三民書局，民國七十五年二月，第二四五頁）。

註十五：參閱孫本文，社會心理學（台北，台灣商務印書館發行，民國七十五年二月，台八版，第三〇五至三〇六頁）。另參閱 F.H. ALLPORT ,SOCIAL PSYCHOLOGY,

註十六：LEONARD BROON & PHILIP SELZNICK (1963)，SOCIOLOGY，NEW YORK，HARPER & ROW，PUBLISHERS，INC. PP.253-4。另參閱蒲魯姆、塞茨尼克合著，朱岑樓譯，社會學。（台北，三民書局，民國七十一年一月，八版，第二一三至二一五頁）。

註十七：參閱蔣次寧：「動員戡亂時期集會遊行法評介」，「軍法專刊」第三十四卷第六期，民國七十七年六月一日。

註十八：參閱朱源葆，前揭書。另參閱蔣次寧，前揭文。

註十九：有關比例原則之論述甚多，請參閱朱源葆，「論警察裁量權之法律界限」，「警學叢刊」，第十九卷第三期，七十八年三月，第二十三至二十四頁，七十八年三月；朱源葆，「警察人員運用比例原則處理群眾活動之法律界限」，「警政學報」第二十二期，第一三七至一四三頁；李震山等合著，前揭書，第四十九至九十六頁；蔡仲誦著，「刑事訴訟法上羈押有關問題一以裁量爲中心」，台灣大學碩士論文，第一一〇至一二三頁，七十五年九月；王金龍，「論羈押的相當性原則」，輔仁大學碩士論文，第六十八頁至七十三頁，七十六年六月；曾錦源，「公法上比例原則之研究」，第十三至七十八頁，輔仁大學碩士論文，七十七年七月；陳消華著，「從比例原則論警察行政裁量之界限」，第二七至六五頁，中央警察大學碩士文論論，八十二年六月；梁添盛

刷；陳國雄著，「論警察介入勞資爭議之界限」，第九十七至九十九頁，中央警察大學碩士論文，八十年六月。

註二十：參照林紀東，中華民國憲法逐條釋義（台北，三民書局，民國七十一年二月，修訂初版，第二一四至二一五頁。

高○炎等聲請釋憲案的法律意見書

內政部委任訴訟代理人蘇永欽教授

提出於八十六年十二月四日

大　綱

壹、本案訴訟代理人的角色定位

貳、本案爭點分析

參、兩項爭點的合憲性分析

一、集會遊行所涉人權與公共利益

1. 集會自由在我國憲法上的意義

2. 集會遊行可能影響的公共利益

二、現行許可管制的內涵與合憲性

1. 國家干預集會遊行的可能方式

2. 現行許可管制歸類於何種類型

3. 集會自由不得受到任何限制？

4. 言論內容是否受到事前檢查

5. 依比例原則檢驗現行許可管制

(1) 現行許可管制對室外集會的限制是否過度？

(2) 現行許可管制有無對不同情形作不同處理？

(3) 有無侵害性更小而同樣合目的的管制方式？

6. 依明確原則檢驗現行許可管制

三、未經許可遊行刑罰規定的合憲性

肆、結論

註釋

附件：警察局集會遊行申請書、集會遊行代理人同意書、集會遊行糾察員名冊

壹、本案訴訟代理人的角色定位

本件解釋案為人民依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款提出聲請[1]，司法院秘書長依同法第十三條函內政部，請其指派代表及委任訴訟代理人參加言詞辯論[2]，內政部即據此委任本人及其他二人為訴訟代理人[3]。

本案言詞辯論既為大法官行使解釋權所舉行，而非憲法法庭審理政黨解散案件訴訟程序的一部分，則訴訟代理人在解釋程序中的角色有必要先予釐清。現行人民聲請憲法解釋程序的性質，若與歐洲各國憲法法院程序相較，從其由人民發動，卻需用盡司法救濟程序而以大法官違憲審查為補充程序，頗近於所謂「憲法訴願」（Verfassungs-beschwerde）；但從其不強調法令侵害憲法權利的「直接性」，且審查標的專限於法令或其他規範，又近於「規範審查」，可歸類為附著於個案的「具體規範審查」（konkrete Normenkontrolle）[4]。不論如何比附，因本案審查標的為一法律，而內政部既非法律的議定者，亦非提案者或公布者－多只是該法執行機關的監督機關－，從而不是具有憲法訴願性程序中可能被指摘的公權力，不適合定位為「聲請對造」（Antragsgegner）；若從具體規範審查程序的角度來觀察，則連格意義的「參加人」（Beteiligte）都不是[5]。此處準用訴訟程中的言詞辯論，要求與聲請人不處於對立地位的內政部參加，一合理的解釋為內政部是立法及修法的擬案機關，及基於監督位對本法執行實務的了解，並假設其在合憲性上持肯定立場；實以內政部為司法院大法官審理案件法第十三條第一項中的有關機關」，而非以內政部為本案的「被告」，認定在本案有

何必須維護的機關利益。果如此，則言詞辯論仍應以法律是否違憲的發現爲目的，爲一公益取向的客觀程序。

有鑑於此，本人在本案中訴訟代理人的角色亦僅在於忠實轉達內政部對本案爭點的立場，並對相反論點提出質疑，供大法官解釋本案的參考，而非嚴格意義的「攻擊防禦」。

貳、本案爭點分析

大法官行使的解釋權性質上爲司法權，則當然有被動性與終局性，解釋標的的釐清，即有在程序上維持此一「司法性」的重大意義，身爲「憲法最高維護者」，大法官在任何情況下都要避免作成「訴外解釋」，致有逾越司法權、侵入立法或行政權領域之虞。就此大法官解釋實務雖偶亦引起外界批評，但從近年若干不同意見特針對此一問題著墨[6]，足證大法官已普遍意識到本問題在大法官釋憲制度發展中的重要性，而能自我抑制。

就違憲審查性質的解釋而言，在現行制度下由機關、立法委員、人民或法官提出，其解釋標的的界定便完全不同。儘管所有解釋都有超出聲請人範圍及於全國機關人民的「抽象」效力（釋字第一八五號），但依聲請程序，其解釋標的卻不能不有抽象（抽離於聲請原因案件）與具體（附著於聲請原因案件）的區別。大體而言，機關與立法委員聲請解釋，現行法基於其爲最高機關，不致輕易尋求司法解決爭議而較少濫用之虞，故程序上只需「適用法律與命令發生有牴觸憲法之疑義」即可，並未將解釋標的限於引起疑義的特定原因事由，自以所聲請者爲其範圍，頗分近似德國的「抽象規範審查」制度（abstrakte Normenkontrolle）[7]。反之，人民聲請解釋則需附著於一確定終局裁判，即「對

確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義」，使大法官解釋具有補充性（Subsidiaritat）的立法意旨甚明。故論把此處大法官解釋的性質歸類爲一種憲法訴願，或人民提出規範審查，大法官所得審查者都有必要限制於聲請事由案件（An-lassfall）直接適用或至少與裁判相關（entscheidungserhebli-）的法律規範[8]。解釋不僅要依聲請而爲，不得任意作成訴外釋；若聲請的解釋標的與該裁判結果全然無關，或超出範圍，法官亦應主動依裁判相關性加以限縮。否則該程序規定即成爲無意義的程序障礙，而大法官所作的訴外解釋，也將剝奪行政法機關主動爲合理調整的空間，成爲欠缺正當性的司法專制。其在釋字第一七七號開始明確賦予聲請人再審或非常上訴救濟效果後，解釋標的具體化的制度意義更爲明顯，大法官解釋的法性也更無可置疑，此時若再任意游移於個案爭議之外，其結還可能使解釋成爲對聲請案件無關宏旨的「傍論」，或規避了正的爭點。至於法官在審判中提出釋憲聲請的程序，更是直接植自德國、義大利的具體規範審查制，其同樣有嚴格認定解釋的的必要（釋字第三七一號解釋明確限定於「案件應適用之」），則不待多論。以下即據此分析本案得爲解釋的爭點。

聲請人在聲請書中僅概括表示聲請「大法官會議就集會遊行有關規定解釋其是否違憲」，細究其聲請書中的理由，則主要指摘集會遊行法中有關申請許可的規定（第八條、第十一條）有關未依解散命令解散而處罰的規定（第二十五條、第二十九）違反憲法第十四條的集會遊行權，並以高等法院判決表示對散命令無審酌權的見解也「違反憲法與法律之委託」。司法院

秘書處復於前開函中附會台字第五二五九號文件，指出本案爭點計有：

一、集會遊行法第八條採許可制而不採報備制，是否違反憲法第十四條或第二十三條，或仍屬立法權憲範圍？

二、是否依集會、遊行場所及時間不同而分別採許可或報備制？

三、集會遊行法第四條：「集會遊行不得主張共產主義或分裂國土」是否違反憲法第十一條、第十四條或第二十三條？

四、集會遊行法第十一條對室外集會的限制是否違反憲法第十四條或第二十三條？

五、集會遊行法第二十九條不採行政罰而採刑罰是否適當？

六、如採報備制則如何兼顧社會秩序的維持，若危及公共利益時如何因應？

七、對於不及依集會遊行法第九條規定提出申請的集會遊行，是否及如何予以規範？

八、其他

實際上，在本解釋案的原因案件中，事實及法律都相當單純。台灣高等法院認定的事實是：聲請人之一張○修爲抗議台北市政府違法傾倒廢土而向台北市政府警察局申請遊行，因遊行日在申請日後五天，不符合集會遊行法第九條第一項「六日前」申請的規定而未獲許可，張○修並未申復。卻與其環保聯盟成員商議以定點請願方式到台北市政府請願，其成員則自台北縣三重市忠孝橋以車隊前往，車隊中指有總指揮車的布條，車上的人配有總領隊、副總領隊、決策小組等綠色彩帶，顯然已非單純的定點請願。張○修後來也

抵達現場，並上車演講，故應屬事前謀議及事中參與。另聲請人陳○男與高○炎雖都是被通知後始參與，但陳○男任副總領隊，高○炎則任總領隊，均立於車上演講，也都符合集會遊行法第二十九條的「首謀者」要件。其間曾經警察依集會遊行法第二十五條數度為警告、命令解散及制止的處分，仍繼續行進及演講，故高等法院認定上訴的三人都已構成該法第二十九條的犯罪，僅指出原審若干事實錯誤而撤銷改判。顯見確定終局裁判所直接適用的法律為集會遊行法第二十九條，間接相關的法條則有第八條第一項的許可規定，第九條第一項的期限規定與第二十五條第一項第一款情形的警告、制止、命令解散規定。

室外遊行須經事前在一定時限內申請許可的規定，若確已牴觸憲法保障的集會自由，則因未經許可而得受警告、制止、命令解散的規定，乃至未聽從解散命令解散首謀者需受刑事罰的規定，也都有隨之動搖之虞，兩者間有邏輯關聯。許可管制縱不違憲，對違反解散命令加諸刑罰的規定，是否對集會自由構成過大的限制而違憲，也有單獨檢驗的必要。故兩種情形都可能影響聲請原因案件所受終局裁判的效力，合屬本案違憲審查的標的，足見聲請人在聲請理由中請求審查者，尚無逾越。比較需要考量的是高等法院在判決中對普通法院可否審酌警察解散命令合法性所表示的見解，得否納入違憲審查範圍。由於法院在個案中所表示的法律見解，在我國現行制度下因為非「法律或命令」，原則上仍不在大法官審查範圍。唯一的例外是當大法官對審查的法令作成所謂

「合憲法律解釋」，即以法令除採某種解釋（見解）始構成或始不構成違憲時，實質上可「附帶」的審查終局裁判所表示的法律見解[9]。故聲請人提出的此一違憲指摘僅在這種情形下有可能加以審查。

相對於此，前開司法院秘書處函附的八項（七項）爭點，則只有第一、四及五項與聲請原因案件所受終局裁判適用的法律明顯有涉。第二項所謂的因場所、時間而不同，因現行法本即適用於公共場所，且原則上僅室外集會遊行始需申請許可（第八條），如果此處指的是定點集會與遊行在憲法上可容許的限制應否不同，則因本案所涉原因案件爲遊行而非定點集會，聲請人對此雖還有爭執，但因大法官解釋不得對聲請原因案件的事實再重新認定（否則即成眞正的「第四審」），至少就本案似仍不得以定點集會的規定（或未特別規定）爲解釋標的[10]。至於「時間」所指爲何，不得而知，在申請人未就此提出任何違憲質疑的情形下，顯然也不應由解釋者逕列爲本案爭點。惟所指若爲「臨時」、「偶發」的集會遊行，則因本案所涉事實視情形確有可能定性爲此類遊行，此時若認集會遊行法一律要求申請許可，未予特別處理，已違反憲法比例原則，則列爲本案爭點納入審查尚不爲過。此即第七項所提爭點，聲請人雖未就此明確加以爭執，但若認爲已包含於聲請書對許可制的違憲指摘，也還可以接受。他如第三項關於集會遊行法第四條的違憲指摘，同樣與案關事實完全無涉，聲請人亦未表示有牴觸憲法疑義，一旦作爲解釋標的，不論見解如何都將成爲赤裸裸的訴

外解釋。但若認為已包含於聲請書對許可制的違憲指摘，則除非解釋結果為「就此部分（指第十一條第一款引致第四條）與憲法意旨不符」，而對聲請人明顯為全無實益的訴外解釋；若反過來以本款引致該條文規定的存在否定整個第十一條許可制規定的合憲性，仍非無影響原裁判效力的可能，從而聲請人仍可得到救濟。故在此也可從寬「併入」許可制的審查中附帶審查。至於第六項有關報備制妥當性問題，則顯然無關大法官所要檢驗的現行法與本案爭議，而為純粹立法政策問題，不得作為本案辯論的標的，可謂不辯自明。

所述，以下實體合憲性檢驗的分析將集中於兩點：

集會遊行法第八條對遊行採許可管制，第九條並對申請許可期限作強制規定，是否已牴觸憲法第十四條保障人民集會自由的意旨？

集會遊行法第二十五條第一項第一款規定主管機關對應經許可的遊行未經許可而擅自舉行者得予警告、制止或命令解散，第二十九條並規定，遊行經主管機關命令解散而不解散，仍繼續舉行經制止而不遵行時，首謀者處二年以下有期徒刑或拘役，是否處罰過嚴而對憲法第十四條的集會自由發生寒蟬效應？

司法院秘書處所提到的其餘爭點，僅於以上兩爭點的論述中討論。

兩項爭點的合憲性分析

在依憲法檢驗集會遊行法所涉兩項主要爭點以前，先容略述遊行所涉及的憲法集會自由與可能影響的公共利益，作為分

析檢驗的基礎。

一、集會遊行所涉人權與公共利益

1. 集會自由在我國憲法上的意義

憲法第十四條規定：「人民有集會及結社之自由」，其第一義爲由多數人共享的－相對於個人－行動不受公權力干預的自由，解釋上當然包括靜態的集會與動態的遊行。就此它和同樣是眾人共享不受干預的結社自由，主要差異在於一時性、一次性。但是在這單純的排除干預以外，集會自由還有更重要的第二義，就是集體的意見表達與溝通，就此可說是憲法第十一條表意自由的延伸，其重要性非單純行動自由可比，自不言而喻。惟在民主政治中的集會自由，除了這種消極地位性質的內涵外（ negatives Statusrecht ），還被另外賦予具有主動地位性質的內涵（ aktives Statusrecht ），使其成爲補充憲法第十六條請願權與第十七條參政權的一種主觀權利，即藉不定時的群體表達意見，影響公共政策的形成，一如德國學者 Ossenbuhl 所比喻的「分散的公民投票」（ punktuelle Plebiszite ）。就其內容而言，則至少可包含發起權（ Veranstaltungsrecht ）、主導權（ Leitungs-recht ）與參加權（ Teilnahmerecht ）[11]。

對含有高度直接民主質素的我國憲法（除了有創制複決權規定外還承認世界各國鮮見的罷免權）而言，集會自由的參政權內涵尤其值得重視。這種群眾表達意見的方式，一方面可以爲各種參政權的行使發揮輔助的功能；另一方面相對於這些高成本、制度化的參政權行使也可有一定的替代作

用。同樣的，從中介意見形成政策的角度來看，集會遊行一方面是政黨和社團的輔助工具，另一方面也是缺乏組織能力的少數族群藉此表達訴求，或沈默多數就單一議題打破政黨壟斷的重要管道。各種傳播媒體的出現固然疏解了不少集會遊行的需求，但它始終還是現代多元社會對抗包括媒體在內的各種強權宰制，不可或缺的管道。

基於這一層認識，儘管我國憲法沒有區分各種人權保護的「強度」（Standfestigkeit），司法機關對於限制集會遊行的公權力行爲仍應作高密度審查，始能落實憲政主義的精神。但也正因爲集會自由兼具參政權的內涵，現代國家除了消極的不輕易限制外，還應該積極的規制有利於集會遊行的環境，使自由聚集的群眾能在受到最少干擾、最小危險的情況下，最有效的表達其意見。故正如選舉罷免需要完整的立法，集會自由或集會權也課予國家建立集會遊行法律規範的義務。其目的在對其行使的「程序」爲必要的規劃引導，而非干預所要表達的意見「內容」。藉集會遊行的制度保障，來鞏固及深化民主政治，形成並維繫一個安定的多元社會。

2. 集會遊行可能影響的公共利益

但另一方面，正因爲集會遊行是以聚眾的方式來表達或溝通意見，非組織的群眾爲特定議題而聚合，群眾心理學研究證實的種種行爲傾向，包括因忘我、退化、隱責、相濡以沫而易衝動、脫軌，及多數人聚集對社會秩序自然造成的影響，包括安寧、交通、衛生等，都使得國家基於對其他人權的保護義務，而有加以疏導、防範的必要。在涉及尖銳議題

的情形，第三人或集會群眾本身都可能成爲攻擊對象，如果國家完全置身事外，僅履行其消極不干預的義務，美其名尊重集會自由，其結果很可能是使集會動輒陷入混亂，甚至因爲事出突然、超出警察處理能力而陷入無政府狀態。一旦集會變成充滿不可測因素的高危險活動，藉此保障少數族群，或多元意見的制度意義也將完全落空。故無論基於與其他自由權的平衡[13]，或集會遊行制度的保障，都需要國家在「必要」範圍內對集會自由作一定的限制。就此而言，集會遊行法第一條開宗明義宣示：「爲保障人民集會、遊行之自由，維持社會秩序，特制定本法」，可說已掌握了憲法既要保障又要規制的基本精神，關鍵當然還是本案涉及的幾個條文是否通得過必要性的檢驗。

二、現行許可管制的內涵與合憲性

在檢討相關條文合憲性以前，有必要先確認現行管制的具體內涵，及其在多種管制程度中的定位。

1. 國家干預集會遊行的可能方式

比較法的資料顯示，集會自由可能受到的限制方式非常多樣，這使得大法官的違憲審查不能不特別審慎－審查的標的必須是實定法，而不是一個抽象的理念。縱使在憲法與法令之間的循環詮釋過程無可避免的要對實定法的規定作某種程度的類型化，也必使類型化達到一定的精密程度，才可能使違憲與否的判斷不至過於粗疏，而其結果則不是對集會自由的限制過於寬容，就是不當的限縮了憲法保留的合理立法政策空間。

教科書上慣用的追懲制、報備制、許可制三分法，即是過於粗疏的分類，或許適於給學習憲法的學生對此處涉及的法益權衡有初步的認知，若逕以此爲違憲審查的基礎，其違憲與否的判斷便不可避免的會隱藏了對實定法的曲解。以報備制而言，事後報備和事前報備便有截然不同的意義。單純事前報備和受理報備機關得據報備資料作成禁止或限制處分，又是完全不同層次的管制方式。德國卡特爾法上把後者稱爲異議制（ Widerspruchskartell ），以與單純報備制區隔，沿用此一概念來定位現行德國集會法對露天集會的管制，即應屬異議而非報備制。德國著名的行政法教科書更把許可管制分成多種態樣[14]，比如受羈束的許可（ gebundene Erlaubnis ），與得自由裁量的許可（ freie Erlaubnis ）。對原則許可例外禁止的許可稱之爲附禁止保留的許可（ Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt ），而對原則禁止例外許可的處分則稱之爲附許可保留的禁止（ Verbot mit Erlaubnisvor-behalt ），又稱之爲例外許可（ Ausnahmebewilligung ），既有別於發予執照（賦予公法權利）的特許（ Verleihung ），也不同於非屬於例外許可事項但基於特別法益權衡爲免過苛而免責的豁免（ Dispens ）。把這些無論就限制強度或正當性基礎都大不相同的管制方式籠統歸類爲「許可制」，而把違憲與否的判斷就建立在這樣抽象的報備／許可二分法上，其不妥當實不待智者而後知[15]。

故在具體定位我國集會遊行法對集會遊行的管制前，先列舉我國實定法中可供選擇，從完全不限制到高度管制的幾

種類型，由低而高排序如下：

A．有無限制

a.絕對自由不作任何限制

b.有一定限制——

B．有無行政管制

a.單純追懲制，無行政管制

b.有一定行政管制——

C．事前或事後爲行政管制

a.事後報備，事前不作任何管制

b.事前有一定行政管制——

D．可否事前加以禁止、限制

a.單純事前報備，不得禁止或加以限制

b.事前管制包括活動的自始排除——

E．以何種事前管制方式使活動自始排除

a.僅要求報備，但主管機關得於活動前命令禁止

b.需申請主管機關的許可——

F．主管機關的許可有無一定準則

a.有一定準則，且採負面表列，原則許可

b.有一定準則，但採正面表列，依法裁量

c.無一定準則，得自由裁量——

G．既無準則，是否僅在特別條件下始予許可

a.仍屬許可制，非在一定條件下始例外許可

b.已屬特許制，僅在特別條件下始例外許可

綜合而言，把F多出的一種選擇與G的兩種選擇算上，從完

全放任到高度管制至少即有九種選擇，所謂報備與許可管制，從Ｃa.到Ｇb. 也有七種選擇，其合憲性的評價當然可能因爲類型化的是否妥當而有所差異。

2.現行許可管制歸類於何種類型

本案引起爭議的集會遊行法第八條第一項第一段規定：「室外集會遊行，應向主管機關申請許可。」顯然採取的是一種事前行政管制，而且依較粗略的分類就是所謂許可制，但若進一步分析第十一條規定：「申請室外集會、遊行除有左列情事之一者外，應予許可」的邏輯結構即非常清楚，此一許可制，是除特定情形外均「應許可」的許可制，而縱屬於該特定情形，也只是「非應」許可，而不是「應不」許可。換言之，主管機關仍得裁量「是否」許可，再看同法第二十六條：「集會遊行之不予許可、限制或命令解散，應公平合理考量人民集會、遊行權利與其他法益間之均衡維護，以適當之方法爲之，不得逾越所欲達成目的之必要限度」，便十分清楚，縱在第十一條負面表列的幾種情形，主管機關仍「應」依比例原則裁量是否不予許可，故實爲一種「準則許可制」，而且屬於負面表列原則許可的準則許可制（Ｆa.）既非得依法裁量的正面表列許可制（Ｆb.），或得自由裁量的無準則許可制（Ｇa.），更與原則不許可的特許類型（Ｇb.）相差不能以道里計！

當初立法時，對於應採許可制或報備制曾有激烈辯論，主張報備制者幾乎都以德國集會法爲典範，但若以後來通過的集會遊行法上的「許可」管制與德國集會法建立的「報

備」管制相比，其眞正差異究爲涉及人權保障程度的、較質的差異，或僅涉行政程序而無關人權保障程度的差異，更爲了然：

我國與德國對室外集會遊行管制的異同如下：

同：⑴均屬事前管制（中§９，德§１４）

⑵未經許可或未經報備均爲程序違法（中§２５，德§1

⑶均爲原則不禁止（中§１１，德§１５）

⑷基於公益考量均得例外禁止或限制，但須嚴守比例原則（中§§１１、１４、２６，德§１５）

⑸原則上均不對言論內容作審查（中§９，德§１４）

⑹對發起集會遊行者而言，均需至主管機關於期限內爲許可或未禁止，其合法性始眞正確定（中§１２，德§1５

⑺對程序違法的集會遊行是否命令解散，仍須另有實質的公益受損（中§２６，德§１５）

⑻禁止、限制及解散均需符合比例原則（中§26，德§15

異：⑴報備爲單純通知，不待許可處分即已程序合法（惟若報內容不完備，仍可能不予備查而屬程序違法）

⑵如集會遊行妨害公益甚巨，報備制需爲一禁止處分，許制則對申請爲不許可處分。

⑶如集會遊行基於公益考量需受一定限制，報備制需單獨一限制命令，許可制則可於許可處分中附加限制足見兩眞正差異毋寧在於程序、技術層面，報備制對主管機關制上可能較爲簡便，所費時間也可能較少，但對人民集權的限制則沒有實質的差異[16]。事實上從集會自由受限

程度的角度來比較，我國集會遊行法對單純程序違法還不課以任何法律責任（中§§26、28、29），德國集會法卻課以較嚴格的當然（per se）刑事責任德§§25、26）[17]。且我國集會遊行法始終未課「參加者」任何行政義務或法律責任，德國集會法對參加違法遊行者卻課以秩序罰（德§29），實際上限制更嚴！

我國當初參與立法者並不乏對兩制有深入研究者，比如主張採報備制的民進黨立法委員尤清就一針見血的指出兩制在程序上的差異有兩點：[18]「第一，採取報備制可以減少行政上的手續，我們知道，若照行政院原草案採取許可制，則警察機關可能無法避免辦理下列行政手續，即收受信件、發給許可通知、不許可通知、撤銷許可的通知、變更許可的通知、必要限制的通知、處理申復後之答復通知乃至發佈警告、制止、解散的命令等，也就是說，一旦採取許可制，則警察機關可能必須辦理這七項繁複的手續。反之，如果我們採取報備制，則人民在申請報備之後，警察機關只需依據狀況不同，分別發給禁止或必要限制之通知，而後再辦理警告、制止或解散的命令即可，可見在行政手續上報備制要比許可制簡單得多。第二，關於縮短申復期間方面，可說是審查本案的另一爭執點，對此原草案是訂爲十四天，後來改成七天，而以七天做爲縮短極限之理由，..... 本席以爲如果我們採取報備制，則申復時間僅需三天，可見在整個制度的設計上，報備制遠較許可制來得恰當」。這些說明即充分顯示異議制與負面表列準則許可制眞正的差異還是在於行政程

序，而且從後來雖採許可制，八十一年根據實施經驗仍可對申請及申復期限做小幅縮減，更顯示兩制並無「本質」的差異，而是可以依實際狀況在政策上取捨的技術問題。事實上，即使從程序經濟的角度來考量，當百分之九十九的集會申請都許可時，兩制在行政程序上基本上只有「報備－備查」與「申請－許可」的形式差異，而碰到較爲大型或爭議性大的集會，兩制的運作也都需要在行政過程中多方協調，故我國所採的許可制若執行得宜，可使其接近一種「契約模式」的管制，較「單獨行爲模式」的管制，或許在警民協調上有更爲流暢的優點，也未可知。

撇開立法政策上的優劣不談，本案的爭點既在許可管制相關條文的「合憲性」，則不能不把審查的重點放在憲法所關注的人權限制上，也就是採取現行管制對集會自由的限制，是否已構成對言論內容的事前檢查、是否逾越必要程度、是否符合明確原則。如上所述，這些考量都不能建立在空泛的許可／報備二分法上，而必須深入分析管制的具體規定。從前面對中德兩種制度的概略比較大體上已可得到一個結論：如果我國現行的許可管制無法通過合憲性考驗，則即使採取若干學者與民意代表極力主張的德國式報備制，大概還是難逃違憲指責。以下即從集會自由是否不受任何限制、言論內容不得事前檢查、比例原則與明確性原則等觀點，分別加以檢驗。

3. 集會自由不得受到任何限制？

集會自由在現代國家具有多面向的意義，從而需要高度

保障，已如前述。但是否可認爲是一種絕對的自由，而不得受到任何公權力的限制，一如某些美國大法官對言論自由所發表的見解[19]，也可從前面關於其參政權性質需要某種程序的規劃，及聚眾本身幾乎不可避免會損及若干公共利益的分析即知，很難在理論上建立其正當性。我國憲法既未宣示任何人權的絕對性，大法官的解釋尤其清楚的顯示，包括表意自由在內（釋字第一零五、第四零七、第四一四號解釋），任何人權都可能在不牴觸憲法第二十三條所定公益維護、法律保留、比例原則等原則下，作一定程度的限制，實毋庸贅述。

4.言論內容是否受到事前檢查

室外集會遊行的管制，不論採許可或報備制，只要是事前的行政管制，因爲集會自由爲言論自由的延伸，都可能因涉及言論的事前管制而與憲法牴觸。

我國憲法未如德、日等國明文禁止言論的事前檢查，實務上，如電影法、廣播電視法都還採事前審查制度（電影法§24，廣播電視法§§25、33），大法官迄未就此做出解釋。唯一經過大法官審查的是藥物廣告（釋字第四一四號），在這個有關言論自由保障的重要解釋中，大法官特別強調「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。」「藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請省（市）衛生主管機關核准，旨在確保藥物廣告之眞實，維護國民健康，爲增進公共利益所必要，與憲法第十一條及第十五條尚屬相符。」並在

理由書中進一步闡述：「言論自由，在於保障意見自由之自由流通，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、眞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。」一方面明確表示商業言論自由所受保障的強度較低，另一方面以公益在「比例原則」的權衡上可相對受到較高評價爲低度保障的主要效果，顯然把事前檢查當成比例原則考量的一項因素，而非獨立原則，最後才得到藥物廣告許可管制合憲的結論。相對於此，吳庚大法官提出的部分不同意見書，則似以禁止言論的事前檢查爲一獨立原則，一如德日憲法，且認爲縱依比例原則檢視，對藥物廣告作事前管制也已過當。本文認爲，即使多數意見未以禁止事前檢查爲獨立原則，在涉及「公意形成」的集會遊行，若非有極重要的公共利益考量，事前管制集會遊行的言論內容，也非憲法所能容許。

故此處必須確認的是，集會遊行法對室外集會所採的許可管制是否已觸及言論內容。該法第九條規定，申請書應載明的事項包括：「一、負責人或其代理人、糾察員姓名、性別、職業、出生年月日、國民身分證統一編號、住居所及電話號碼。　二、集會遊行之目的、方式及起訖時間。　三、集會處所或遊行之路線及集合、解散地點。四、預定參加人數。　五、車輛、物品之名稱、數量。」附件則包括代理同意書、所有人或管理人同意文件、遊行路線圖。與德國集會法比較，後者雖只規定報備「標的」（Gegenstand）、發起

人（Veran-stalter）、領導人（Leiter）與糾察員（Ordner）（依該法第十八條糾察員須申請許可，可說是報備制中的許可制）[20]，但實務上則爲排除禁制區的遊行，及調派警力隨護，遊行路線屬於當然報備內容[21]；攜帶擴音器或其他物具也要報備[22]，兩國行政管制的內容幾無差異。

細究許可管制的內容，唯一可能涉及言論的就是第二款的「目的」，相當於德國集會法要求報備的「標的」。所謂標的，德國法上的詮釋就是集會的「題目」（Thema）及「訴求」（Anliegen），「主管機關需要對集會預見的過程儘可能有準確的掌握，包括因題目的熱門或吸引程度可估算的參加人數，或題目會不會過於尖銳而將招引敵對群體的反彈」[23]。警察機關往往就是透過對集會標的的了解，才決定是否對遊行作成限制，乃至禁止的命令，如認定其引起衝突的可能性甚高而已超出警力所能應付，即以此爲理由而禁止[24]。這裡毫無疑問也是一種言論檢查，但值得注意的是，第一，檢查的範圍只及於最簡約的題目，而不及於全部內容；第二，檢查的目的不在對該目的作任何價值判斷，而純粹只考量其造成公共危險的可能性，禁止或限制的正當性完全是建立於公共利益受到危害的實際可能性，而非對言論的抽象價值判斷。換言之，警察不是根據什麼既定的價值標準，去檢查言論本身，或言論對社會的影響，一如對電影或電視節目的審查。而是把它當成最基本的活動資訊，依經驗法則去預判社會直接遭致危害的情狀。這種檢查與禁止事前檢查原則所要保障的言論內容的不受限制，避免由國家預定言論尺度，可

說沒有太大的關係。

我國集會遊行法第九條第一項第二款要求在申請書中載明目的，是否也可定性爲此類的檢查，應加以審究。從警察機關所定的制式申請書（參附件），目的一欄僅有一行，最多可填十餘字，應可認定目的在我國的解釋與實務都和德國集會法的標的一樣只是「題目」，其功能應該也在作是否符合不予許可事由或須加限制的參考。不過依第十一條的規定，目的可能受到的檢驗包括第一款的「違反第四條」，第二款的「有事實足認爲有危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞者」或第三款的「有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞者」。其中第二、三款在解釋上，應與德國集會法第十五條的「直接危害公共安全或秩序」相當，從而不是對言論本身依既定標準作審查。但第一款所引致的第四條：「集會遊行不得主張共產主義或分裂國土」，從其作爲得不予許可的獨立原因而非併入危害國家安全或社會秩序考量，顯然是一種審查言論本身的標準。此一源自民國七十六年所制定的國家安全法「三條款」，後來在民國八十一年改爲二條款，雖是建立於「防衛性民主」（wehrhafte oder streitbare Demokra-tie）理念[25]，與憲法增修條文第五條第五項：「政黨之目的或其行爲，危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序者爲違憲」相呼應，而且此處警察機關只是得不許可，理論上對於集會以主張共產主義或分裂國土爲目的者，是否果眞會危害到民主政治，依集會遊行法第二十六條主管機關仍應隨民主政治實際發展加以判斷，並非當然不予

許可，以最近五年全台灣地區三萬七千八百七十一件申請集會案件中，未予許可的一〇八件而言（參附表），就沒有一件是由於違反第四條。儘管如此，終不能否認這是現行集會遊行法所設的事前檢查集會言論的一項規定。

附表：五年來警察機關不許可集會遊行申請原因統計表

不予許可理由及件數 \ 年度	81	82	83	84	85
申請件數	4,205	5,971	11,294	6,678	3,577
遊行經過禁制區	2	5	4	0	0
妨害交通安全公共利益	2	2	10	1	2
同路線地點已有人申請	1	2	3	0	0
未於法定期限內提出	8	2	13	9	3
未出具場地同意書	11	5	10	1	0
同地舉辦公私政見會	7	0	5	0	0
合　計	31	16	45	11	5
不許可件數所占百分比	0.74	0.27	0.40	0.16	0.14

資料來源：內政部各年度統計

然而正如本文第貳節所分析，集會遊行法第四條本身尚非本案的爭點，本案的主要爭點在於該法對室外集會遊行的許可管制，而僅在集會目的違反第四條得爲不許可這一點上，間接成爲審查的對象。但至少從言論不得事前檢查的觀點而言－不論把它當成獨立憲法原則或併入比例原則考量－，現行許可管制「本身」都還不至有所違反，唯一牴觸事前檢查的是第十一條第一款引致第四條的部分。理論上大法官若認爲這部分已逾越言論自由可限制的程度，可對第十一條（不是第四條）作部分違憲的宣告。但從嚴格的「不告不理」「不得爲訴外解釋」的觀點，即使只對此一部分作違憲的宣告，也已超越本案的眞正爭點，對大法官追求憲法解釋司法化的努力恐怕會有負面影響。

5. 依比例原則檢驗現行許可管制

比例原則強調的是人權限制不得逾越維護公共利益必要的程度。由於集會遊行可能對公共秩序、安寧發生影響，已是不爭的事實，現行許可管制需要仔細檢驗的應該是：⑴限制是否過度；⑵有無區分不同情形作不同程度的限制；⑶有無更好（限制更小而更合目的）的管制方式。以下即分別從這三點加以檢驗：

⑴現行許可管制對室外集會的限制是否過度？

集會遊行法對室外集會遊行的管制是否過度，主要需檢視集會自由的核心是否已因此一管制而陷於危殆，集會遊行事實上是否因此受到相當壓抑？

如前所述，集會遊行法所採的許可制，性質上是附禁止

保留的許可制，不僅在無第十一條列舉情事時「應」爲許可，全無裁量餘地，而且在符合第十一條所列情事時，主管機關仍須依比例原則加以裁量，而非當然得不許可，其不許可需附理由於三日內以書面通知負責人（臨時集會爲一日內），並教示救濟程序（參第十二、十三條），使主管機關須公示其裁量並受司法審查，這是五年來申請集會而未獲許可的件數不到百分之一的主要原因。申請程序對發起遊行者的負擔，當然也要考慮。集會遊行法並不要求集會者繳交任何費用或保證金，僅需於六日前提出申請書；如因天然災變或其他不可預見之重大事故而有正當理由者，得於二日前提出申請（第九條第一項），此一期限規定是在民國八十一年修正時略微縮短（原來規定爲七日／二日），與其他民主國家的集會管制規定相較，也不算過長。

值得注意的是，並非所有室外集會由都需經過申請許可，除了第八條第一項所列舉的三款情形外，未經「發起」的所謂「偶發性遊行」（Spontanversammlung），正因爲沒有所謂發起人而無從申請許可，在現行許可管制僅限制集會自由中的「發起自由」的情況下，顯然無人必須承擔不履行申請義務的責任。德國學者對於同樣在其集會法未規定的情形下如何定性此類偶發性集會，有不同見解，多數學者的看法傾向於程序不違法，但得依裁量爲維繫公共秩序或安全而解散。就我國法而言，對於這種「無人」違法，但依立法意旨顯然也要列入管制的遊行，依合理解釋，仍應屬於第二十五條第一項第一款的「應經許可之集會、遊行未經許可」而舉

行者。把偶發性集會遊行作此定性，尚不至於造成對「參加」自由過大的限制，主要理由就在集會遊行法對集會遊行「事中」管制的慎重，依第二十六條，主管機關對於集會遊行，不論有無違反申請許可的程序義務，若要命令解散，均「應公平合理考量人民集會、遊行權利與其他法益間之均衡維護，以適當之方法爲之，不得逾越所欲達成目的之必要程度」。這個概括對警察事中管制權限制的規定，使得程序義務的違反，或如偶發性集會，雖無人違反程序義務，但其性質屬於「應經許可而未經許可之集會遊行」，都只是處於「可能受解散處分」的不利狀態，而非必須解散[27]。在顯然無解散必要的情形下，比如參加者甚少，交通並未受阻，亦未對公安造成其他影響，逕予解散的本身反而違法。集會遊行法的立法者即對警察的集會遊行管制權作這樣概括的限制，使得整個許可管制規定不待釋憲者以「合憲法律解釋」方法加以限制，就很難說它已屬對集會自由過度的限制（至於個案中主管機關有無爲適當的裁量，則已超越大法官得審查的範圍）。

以上的分析，如果再用「結果取向」的憲法解釋方法審視[28]，就更不能說有何曲護現行法之處。以過去五年集會遊行管制的統計來觀察，其總數之多，足以顯示現行管制尚未對集會遊行造成實質的壓抑，不准許件數之少，則顯示負面表列準則許可制已發揮防止警察濫用許可裁量的功能。另外，未經許可而舉行集會遊行的件數在各年度也都相當可觀[29]，同樣可證現行對程序違法集會不當然解散的做法，確已使人

民的集會自由得到了更周延的維護。若再佐以最近警政署委託政治大學選舉研究中心所作的民意調查結果，大多數受訪者都對現行管制方式表示贊同，更無可置疑[30]。

⑵現行許可管制有無對不同情形作不同處理？

比例原則衍伸的另一要求，即若對人權必須作某種限制，應依不同情形作不同的處理，才不至因過於籠統而使人權在某些情形下受到過度的限制。

據此檢驗現行集會遊行法，不難發現法律本身即已先做了一些必要的區隔，然後再進一步委任執法者依比例原則作合理的區隔。法律首先即把室內集會排除在許可管制外，僅把「使用擴音器或其他視聽器材足以形成室外集會者」例外納入管制。室外集會中又把較不至引起社會秩序問題，其舉行通常又較可預見的幾種類型排除在事前管制範圍。其次對申請許可的義務主體加以限制，法律責任也就只附加於負責人、代理人、「首謀者」身上（集會遊行中的「管理權」也僅授予負責人、代理人），足見整套管制只限制了發起自由、主導自由，而並未對參加自由作太大限制。立法者也考慮到發起集會者急迫情況的不同，而在申請時限上做了不同的規定，均已見前述。

立法者沒有刻意在管制上區分的，如定點集會或動態遊行，計劃發起或偶發的集會遊行，在都會或鄉鎮舉行，在工作天或假日舉行等，都可藉事中管制的授權裁量與比例原則規定，充分納入考量。許可管制也不以許可或不許可爲限，第十四條明文規定許可處分得爲六款所列「必要」之限制，

第十五條復規定得因天然災變或重大事故，授權主管機關撤銷或變更許可的時間、處所、路線或限制事項。對於未經許可而舉行的集會遊行，主管機關仍得視情形決定是否處理，已有說明，甚至在此事中管制上，主管機關也還有「警告、制止或命令解散」的選擇，後二者得爲強制或不強制（參第二十五條）。故整套許可管制應已符合比例原則所要求的必要區隔，足以因人事時地物的不同而避免過度的管制。

(3)有無侵害性更小而同樣合目的的管制方式？

從前面所列C到G共七種的管制方式中，當然可以想像比現行管制對集會自由限制更輕微的方式，問題是，如果在權衡公益維護的合目的性上顯然不如現制，即不能指摘現行管制已逾必要程度，如何取捨屬於立法政策的選擇問題，應由民意機關循民主程序來作決定。

現行管制方式既屬Fa.型，則較輕微的管制選擇只有事後報備的Ca.型，單純事前報備、不得依報備資料而作任何限制或禁止處分的Da.型，及事前報備但得依報備資料而加以限制或禁止的Ea.型。事後報備對於已造成的公益損害便只能追懲而不能預防，在社會趨於多元，利益與觀念衝突不斷滋生，寬容的政治文化尚未形成，而又地狹人稠的台灣來說，確實可能造成難以低估的不利影響，故絕非「同樣」合目的。甚至因爲事後報備最多只有助於官方的統計，還不如採簡單的追懲制（Ba.型），而可認爲是不合比例原則的過度管制。Da.型的事前報備，比事後報備更合目的之處在於維持治安、交通的警察得有所因應準備，卻沒有對集會本身

限制之虞。然而以台灣現階段的社會條件來說，這種只能由警察單方面因應調整，而不能要求集會遊行者相應配合調整，乃至在不得以情況下加以禁止的管制方式，毫無疑問會大幅增加維持治安或交通的成本，絕對不能說有「同樣」的合目的性。至於Ea.型的事前報備（異議制），則如前面的比較分析，與現行負面表列準則許可制，在人權限制與公益維護的合目的性上，幾乎沒有什麼實質差異，而屬利弊互見的選擇，則釋憲者不宜以立法者未採此制而採彼制爲違憲，致模糊了立法、司法的合理界限，應該也不待多論。

綜上所述，現行集會遊行法對室外集會遊行的許可管制，應該尚未逾越必要程度。

6.依明確原則檢驗現行許可管制

對於現行許可管制最後一項質疑，就是在第十一條所列舉的得不許可情形，是否過於含混，而與憲法要求對人權限制除了要以法律規定外，還須規定足夠明確，一則可使人民知所遵循，再則可免留有恣意用法的空間[31]。關於明確原則，大法官曾在釋字第四〇九號解釋中提到：「然徵收土地究對人民財產權發生嚴重影響，法律就徵收之各項要件，自應詳加規定，前述土地法第二百零八條各款用語有欠具體明確，徵收程序之相關規定亦不盡周全，有關機關應檢討修正」，雖僅作成警告性解釋，仍可認爲是一項重大原則的揭示，對於需要高密度審查的集會自由，無疑比財產權更有適用餘地。同樣對集會自由採取許可管制的日本，其最高裁判所也曾特別強調許可管制須在「合理明確的基準下」爲之，

可供參考[32]。

不過就聲請本案解釋的原因案件而言，發起人未獲許可的理由是第十一條中最明確具體的一種情況，即第六款：「申請不合第九條規定者」，也就是第九條的時限規定，故除非大法官認定第八條所定的許可原則整個因第十一條某款或若干款不夠具體明確而違憲，否則縱使指出第十一條某款抵觸憲法的明確原則，應該條尚非本案直接爭點，此一違憲宣告仍為超出聲請範圍的訴外解釋，對聲請人而言也只是無任何救濟效果的「傍論」而已。

第十一條中較不具體的一款，毫無疑問是第二款：「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」，其中危害國家安全、社會秩序與公共利益，確實都不是一般人立即可以作抽象判斷的。德國集會法第十五條第一項也有相同的問題：「依作成處分時可得認識之情況判斷，集會或遊行直接危及公共安全或秩序者，主管機關得予禁止或課以特定負擔」，德國憲法法院卻認為此類概括條款先天上即帶有不確定性，然而經由法院及學說長期的適用與解析，此一不確定性已可相當程度降低，而認定尚無違憲之虞[33]。足見釋憲者在這種涉及社會生活極為複雜的各種可能態樣時，把具體化的任務強加於立法者身上，未必合理。特別是經過一段時間的實施，不確定性已因各種案型的整理而降低時，更沒有加以指摘的必要。何況第十一條第二款特以「有事實足認為」來沖淡概括條款過於含混之弊，要求主管機關須掌握相當穩妥足供判斷的事實－－如德國法強調「可得認識之情

況」（nach den erkennbaren Umstanden）－，才得爲不許可的處分。事實上以最近五年警察機關不許可集會遊行的原因分類來看，依第二款不許可的案例只有「妨害交通安全」一種，五年總計也只有十七件（參前附表），足見因規定含混而造成主管機關濫用的危險也未發生。無論如何，大法官恐怕不能再以第十一條第二款過於含混爲理由而宣告第八條的許可管制牴觸憲法。

、未經許可遊行刑罰規定的合憲性

本案另一個重要的爭點，是違反許可管制而遊行，依集會遊行法第二十九條首謀者處二年以下有期徒刑或拘役，是否過重而屬對集會自由－至少是對「發起」或「主導」集會遊行的自由－過當的限制，而可能發身「寒蟬」效應，對行政管制的違反是否應以科處行政罰爲原則？

按違反該條的構成要件是：「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行」，相對於前一條第一項：「集會、遊行，經該管主管機關命令解散而不解散者，處集會、遊行負責人或其代理人或主持人新台幣三萬元以上十五萬元以下罰鍰。」很明顯，本條刑責是對違反解散命令以後，再經制止仍不遵行的行爲才予以科處，單純違反解散命令還只會受到行政制裁。這裡有三點值得注意：第一，我國集會遊行法未如德國集會法逕以違反許可管制，即未經許可（報備）而舉行遊行，對發起人或領導者科處刑責。單純未經許可而舉行集會遊行，雖屬違反法律義務（申請許可）的違法行爲，但不論對發起人、領導人或參加

者都尚不追究任何法律責任，已如前述。第二，法律責任的追究是從主管機關對未經許可而舉行的集會遊行，依比例原則裁量而爲解散的命令，對此命令不服從者才開始。而且是從行政責任開始，須再經制止仍不遵行的，才對首謀者追究刑事責任。結果雖然都是刑事責任，和德國一樣，但刻意拆解成三個階段，違反許可管制而舉行集會遊行者，在我國顯然更多的機會和選擇，免於受到嚴厲的刑事制裁。也可以說行爲的非難性，在我國須在單純違反許可管制以外，再加上兩度違反事中的行政管制（解散和制止又都分別經數次警告），才達到犯罪的程度，故對所謂寒蟬效應的發生，可說已做了相當審愼的考量。第三，這種犯罪與傳統犯罪最主要的不同，就在它附隨於行政命令的違反（Verwaltungsakzessori-etat），構成要件的行爲＝違反行政規定的行爲，違反行政規定的行爲＝犯罪，行政不法＝刑事不法[31]。

集會遊行法在此對領導集會遊行者違反事前與事中的行政管制所定的兩階段處罰是否過重，而形成對集會的發起或主導自由過當的限制，從以上的分析應該已可否定。此處比較值得研究的毋寧是，一旦立法者把某些需要依比例原則作的重大判斷交給行政機關去個案裁量，如果司法機關不能對其裁量加以審查，集會自由的保障便難免出現漏洞。這樣的危機在不聽制止而繼續遊行的犯罪行爲被用上述的三個等號定性時，確實可能出現。換言之，此處眞正有違憲之虞的，是行政濫權是否未在制度上有效防止，而不是法律責任過重。刑法學者對於該犯罪行爲從屬的行政行爲－在此即解散

命令及其後的制止行為，是否得由刑事法院一併審查其合法性，多持否定看法[35]；本案原因案件中，高等法院也認為刑事法院無審查權。惟不清楚的是，若行政法院認處分有瑕疵，或被告仍在行政救濟程序中，其刑事違法性是否即不得確定。聲請人在刑事審判過程中是否同時進行行政救濟程序，亦不得而知。本文認為，從國家履踐保護義務（Schutzpflicht）的觀點來看，只有當刑事法院必須同時審酌犯罪行為從屬行政行為的合法性，或至少刑事程序與行政救濟程序之間得有效連結時，才有可能把行政濫權的機會降到最低，而使集會自由得到較充分的保障。

聲請人對高等法院未審酌解散命令的合法性提出違憲質疑，大法官或許可以用前述合憲法律解釋方法來回應，一方面保全集會遊行法第二十九條的效力，另一方面也可彌補集會自由保護的漏洞。這樣的解釋不僅對聲請人可提供一條司法救濟管道；制度上還可能對其他從屬行政的犯罪，如公平交易法第三十六條、水污染防治法第三十六條，產生一定的擴散效果，使人民的權利保護因行政行為受到司法審查而更為完整，間接也可為此類特別刑事政策的運用創造更大的空間。

、結論

恰以上的析論，可作成以下十點結論：

、集會自由的限制需要作高密度審查。

、基於集會自由的參政權內涵，以及集會遊行必然引發的公共利益保障需求，國家有義務對集會遊行在「程序」上作合理

的規制。

三、集會遊行的規制從事後報備到例外許可，方式上有相當多樣的選擇。

四、集會遊行法對室外集會遊行所採的管制為附禁止保留的許可制，或負面表列準則許可制，就集會自由的侵害而言，與報備異議制並無實質差異。

五、集會自由在我國不是絕對不得限制的自由，故針對室外集會採許可管制尚非當然違憲。

六、集會自由法所採的事前管制不至於構成對言論的事前檢查，唯一涉有事前檢查疑義的是「目的」的申報與基於防衛民主理念所定「二原則」的審查。但縱以此一已逾本案爭點範圍的規定違憲，也還不能概括認定整個許可管制因此違憲。

七、現行許可管制無論從限制是否過度，是否就不同因素在限制上有作不同處理，及在同樣合目的的情形下有無限制更小的選擇等觀點來審查，都尚屬合理。

八、集會遊行法列舉的不許可原因尚無牴觸具體明確原則之虞。

九、集會遊行法對未經許可舉行的集會遊行加之於首謀者的刑事責任，構成要件上須經數次行政命令的違反，不能認為過苛，而有生寒蟬效應之虞。

十、刑事法院對被告未遵行的解散命令及制止行為是否合法及合比例，不予審酌的實務（法律見解），確實可能因行政濫權無法有效防止而形成集會自由保護上的漏洞，但既非法律本身違憲，大法官應可以合憲法律解釋方法作成排除該項實務見解的法律合憲解釋。

釋：

1：聲請書誤引舊司法院大法官會議法條文爲聲請解釋依據

2：（８６）秘台大一字第二三三九三號函

3：八十六年十二月一日台（８６）內警字第八六八六四七四號委任狀

4：事實上針對法令提起的憲法訴願與具體規範審查，本質上都是附著於個案的規範審查，以主觀權利的救濟爲誘因達到維護規範秩序的目的

5：德國憲法訴訟程序的參加人在稱謂與角色功能上也相當紊亂，參閱 Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3A., 1991, S.45

註６：如孫森焱大法官在第四〇〇、四二三號解釋，陳計男大法官在四二三、四三〇、四三四號解釋所提的不同意見書

7：抽象規範審查程序在德國是純粹的非訟爭程序，以審查特定法律規範有效性爲唯一目的的客觀程序

8：Pestalozza, aaO., S.211ff.; Schlaich, 德國憲法法院之地位、程序與裁判（林麗眞譯），國民大會出版，八十年，頁７３－７７

9：有關合憲法律解釋原則的理論與實務問題，請參拙文：合憲法解釋原則，收錄於「合憲性控制的理論與實際」，八十三年，頁７７－１４２

１０：定點室外集會與遊行在期限上應否區別爲立法政策問題，當初修法時主要是考慮申覆期限的保留，參閱立法院公報法律案專輯：「動員戡亂時期集會遊行法案」，第一四五

輯，八十二年，頁６８

註１１：參閱 Dietel/Gintzel, Demonstrations- und Versammlungs-freiheit 8A., 1985, § 1, Rn.22-23

註１２：就此聲請人也強調集會自由不僅有消極排除國家公權力侵害的防禦功能，但認爲它有「受益權」的性格，則可能混了參與權與請求權性質的受益權（positives Statusrecht），參 Maunz-Durig-Herzog-Scholz, Art.8, Rn.9; 德國曾經爲了遊行太頻繁消耗了過多警力，而引起應否課徵遊行規費的討論，結果多數學者認爲集會自由不具有受益權的性格，警察基於一般維持社會安寧秩序的權責而從事管制，非特別保護，自不宜收取規費，可參 Wilke, Gebuhrencht und Grund-gesetz, Ein Beitrag zum allgemeinen Abgabenrecht, Mun-chen, 1973, S.159ff.

註１３：德國憲法實務上針對基本權的衝突發展出所謂「實際和諧原則」（Prinzip praktischer Konkordanz），參閱 Hesse, Grundzuge des Verfassungsrechts der BRD, 16A., 1988, S.127

註１４：參閱 Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 10A., 1994, § 46, Rn.36-47

註１５：這種扭曲會達到什麼程度，從學者整理的「理念比較簡表」可以看得非常清楚，請參鄭善印所製表及其對許可與報備制的合憲性評價，載於「我國集會遊行法執行之研究」，行政院研考會編印，八十一年，頁５９

註１６：日本最高裁判所亦曾表示相同見解：「公安條例對於得舉行集體遊行之場所僅作某種程度概括性的規定，或規定不論在任何場所舉行集體示威活動均應得到許可，其均屬不得

已之事。又如規定除『在維持社會安寧上顯有直接危險之情形』外應予許可，其所謂許可制實質上與申報制無異。另外，不得因公共條例未規定公安委員會如延誤決定准否之時限致活動時間屆至而無法舉行時之救濟方法，即謂其違憲」，參日本昭和三十五年七月二十日最高裁判所大法庭判例要旨，許啓義譯，載於內政部編印「各國集會遊行有關法令輯要」，七十六年八月，頁３４

17：此所以儘管德國集會法在此規定十分明確，實務與學說仍然傾向以合憲解釋方法把絕對申報義務依規範目的限縮為非絕對，如 Dietel/Gintzel, aaO., § 26, Rn.8-16; BVerwG, in DVBl. 67, 422; BGH in DVBl. 53, 471; 但也有學者逕以該條文牴觸憲法者，如 Denninger, DRiZ 69, 71

18：參閱立法院公報法律案專輯，第一百零九輯：「動員戡亂時期集會遊行法案」，上冊，民國七十七年，頁２９９

19：大法官 J. Black 與 J. Douglas 可說是絕對自由理論（absolutetheory）的代表

20：Dietel/Gintzel, aaO., § 18, Rn.17

21：Dietel/Gintzel, aaO., § 14, Rn.14

22：參閱 Hobbeling, Zulassigkeit und Grenzen praventiven Einschreitens gegen Demonstrationen nach § 15 Abs.1 VersG, Diss., 1973, S.103

23：Dietel/Gintzel, aaO., § 14, Rn.14

24：VG Koln in NJW71, 212; VG Gelsenkirchen in NJW71, 213

25：參閱 Denninger, "Streitbare Demokratie" und Schutz der Verfassung, in: Benda/Maihofer/Vogel (hrsg.), Handbuch des

Verfassungsrechts, 2A., 1994, 675-716

註２６：比如 Herzog 就認爲可用合憲解釋方法排除報備義務規定適用於偶發性的遊行，參 Maunz/Durig/Herzog, Art.8, Rn.84；德國憲法法院也認爲偶發性集會不生報備義務，其未報備不當然得令解散，惟於同等法益須受保護時，得依比例原則禁止或解散，參 BVerfGE69, 315 (350ff.)

註２７：這種雖無法律義務，但因不作爲而處於不利法律狀態的情形，略近於民法上所稱的「非眞正義務」（ Obliegenheit ）

註２８：參閱 Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 2A., 1976, 332f.; 拙文，結果取向的憲法解釋，收錄於「合憲性控制的理論與實際」，八十三年，頁２４９－２６９

註２９：據警政署統計，最近五年每年未申請而舉行的集會遊行都超過一千件，此處不詳列數據

註３０：該份調查顯示受訪者中百分之二一，五認爲現行管制適中，卻有百分之三二，四認爲太寬或稍寬，認爲太嚴或嚴格的只有百分之六，一；另外問到贊成何種管理方式時，有百分之六六，四贊成許可制，百分之十四，五贊成事前報備制，百分之一贊成事後報備，百分之一，八贊成不須報備；詳情此處略過，請參該份報告

註３１：美國最高法院在言論、出版、集會等表意自由的領域發展出「含混無效」（ void for vagueness ）與「張延過廣」（ over-breadth ）兩原則，前者指法條概念含混而使人民不能正確掌握法律界限，後者指法條概念沒有適當限縮，以致同時可適用於憲法容許法律加以限制的行爲與屬於人權核心不

容法律限制的行爲。兩原則在適用上可能重疊，可參 Abernathy, M. Glenn, Civil Liberties under the Constitution, 5 edi. UP South Carolina, pp.355-357

註３２：參日本昭和二十九年十一月二十四日最高裁判所大法庭判例要旨：「公安條例採用一般許可制雖違反憲法精神，但爲維持公共秩序、防止妨害公共福祉，就特定之場所及方法，在合理明確的基準下規定事前應經許可者，難謂其違憲」，參前註１６

註３３：BVerfGE69, 315 (352ff.)

註３４：關於此一類型犯罪構成要件的分析，請參許玉秀，水污染防治法的制裁構造－環境犯罪構成要件的評析，載於政大法學評論，第四十五期，八十一年，頁１９３－２１５；廖義男，公平交易法之理論與立法，八十四年，頁３２４

註３５：參閱朱石炎，集會遊行法之刑罰規定，法令月刊，三十九卷三期，頁５：「至於（解散命令）理由當否，乃係行政上之審查問題，不影響解散命令之效力」

○炎等聲請釋憲案的法律意見書　　內政部委任訴訟代理人蘇永欽教授

中華民國八十六年十二月四日

縣市 警察局 分局 集會遊行 申請書

中華民國　年　月　日

| | | |

集會遊行糾察員名冊

姓名	性別		職業	出生			身分證統一編號										住居所	電話
	男	女		年	月	日												

集會遊行代理人同意書（參考範例）

本人　　同意擔任　　申請　　年　　月　　日　　時　　分

至　　時　　分於（集會場所或遊行起迄地點）舉辦之集會遊行活動代理人。

此　致

縣
市　警察局　　分局

姓　　名：　　（簽章）

性　　別：　　職　　業：

出生年月日：　　電話號碼：

住　　居　　所：

身份證統一編號：

中　華　民　國　　年　　月　　日

高○炎等聲請釋憲案補充法律意見書

內政部委任訴訟代理人蘇永欽教授

提出於八十六年十二月十九日

人民聲請憲法解釋的裁判關聯性

政大法律系教授蘇永欽

高○炎教授等三人聲請釋憲案，因報紙的評論引起大法官解釋可否爲「訴外解釋」及何時構成訴外解釋的討論，姑不論對本解釋案立場如何，這確實是大法官解釋程序法上一個相當重要，但一直沒有好好釐清的問題，值得關心我國憲政發展的人一起來探討。本文僅略述基本觀念，希望能拋磚引玉。

一、解釋權的司法性

我國特設司法院大法官職司解釋（憲法第七十八、七十九條），至少在法律違憲審查上有其獨占地位（憲法第一七○條，釋字第三七一號解釋）[2]，故一般歸類爲歐陸的集中審查類型。既由特設機關集中處理，幾乎都會賦予所作決定一般的拘束力，早在其原型國奧地利實施之初，憲法學者 H Kelsen 就曾以「消極立法者」稱呼其國家法院[3]。一般效力的發生，連帶使得程序趨於客觀化，在多數情況下，只有「參加人」而沒有眞正的兩造。然而這種司法權的異質化，即使在採分散審查制國家的終審法院，形式上雖僅以「附帶」方式對法令作違憲認定而不能使其一般的發生失效的結果，「實質上」並無太大不同，法院程序也勢必儘量開放相關利益代表的參加[4]。兩制利弊互見而各國多會作若干折衷調整[5]，頗可看出一些事物本然之理，故誇大其間的不同實無必要。

然而也正因爲此一特殊司法權的異質化，如何在其他方面維繫其司法權的特質，使其在現代分權結構的政府中行使其公權力，仍能有足夠的正當性，便愈發重要。司法權的正當性，除了賴其決定內容建立於嚴謹的法律方法論外，另一個基礎就是程序的被動，這也是司法權與行政、立法權區隔，最主要的特質。[6] 簡言之，司法權的發動，不僅要等到具體爭議發生，而且要等到爭議不能由社會本身的機制解決，或其他公權力不能妥善解決，而「找上」中立、獨立的司法，依既定的法律來決定。司法權一發動，就是終局的決定（司法內部可再區分審判層級）。如果特設憲法審判（解釋）機關不能嚴守此一被動性，不但其司法性格將更進一步的異質化，它的正當性也終將受到嚴厲的挑戰。

被動性的要求，主要反映於「訴」的嚴格。沒有訴，即沒有裁判；不符合訴的要件，即沒有訴。當然，所有裁判都不能逾意於訴之外。就違憲審查的活動而言，因爲憲法爭議的特殊性，有涉及國家權力分配者，也有涉及人民基本權保障者。某些國家在機關間的職權「爭議」以外，承認一種抽象的規範審查程序，使少數憲法機關不必等到爭議發生，而在有重大「疑義」時（常常是制度面的問題），即可聲請憲法法院作成裁判。[7] 這類程序不以有具體爭議個案爲訴的要件，故以「抽象」稱之。其正當性或許在於此類憲法爭議的醞釀往往影響極大而不宜任其拖延，且少數憲法機關若能在其權限內妥善解決，應尚不至於輕易把問題丟給

司法機關。但即使在這種不要求有個案爭議的抽象程序中，受理的司法機關仍須受到訴的限制，不能超出範圍作審查。我國大法官依機關或總額達三分之一立法委員聲請所作的違憲審查（司法院大法官審理案件法第五條第一項第一款、第三款），可歸此類。

值得注意的是，即使在這些採集中審查制的國家，也都發展出一些基於具體爭議個案的程序，甚至以此爲其審查活動的重心。[9] 德國、奧地利、義大利等國的憲法法院，都有所謂憲法訴願和具體規範審查程序，即其典範。在這類多數涉及人權保障的程序中，法院不僅受訴的拘束，而且必須檢查訴的標的，是否確實「基於」該個案爭議，使司法權完全回到依法解決個案爭議的本質，並不因其最後發生超出個案的效力而有所減損（或正因其有「抽象」的效力，而在發動時更有限縮於具體爭議的必要）。我國大法官依人民及法官聲請所作解釋（司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款，釋字第三七一號解釋），可歸於此。

二、解釋的裁判關聯

目前已占解釋案件百分之九十以上的人民聲請案，在程序要件上和德國的憲法訴願或具體規範審查都不完全相同：從其由人民發動來看，接近德國憲法訴願程序中、以裁判侵害基本權而須「間接」審查裁判所依據法令合憲性的類型。從其程序要件不強調憲法權利受到公權力侵害，而僅以其爲原因強調法令有違憲疑義（解釋內容完全以規範審查爲中

心），又接近一種特殊的具體規範審查程序。釋字第一七七號解釋明確宣示聲請人得因解釋法令違憲而聲請再審或得到非常上訴救濟後，因主觀權利的被強調，也許可說已比較傾向於憲法訴願性質。但無論如何比附，都是屬於附著於個案爭議的解釋程序，這一點實毋庸置疑。

而這時候，在程序上最值得注意的一點，就是審查法令與該原因案件（Anlassfall）裁判的關聯性。法定要件中所謂「對於確定終局裁判所適用之法律或命令有牴觸憲法之疑義」，已經相當清楚的點出了這個關鍵。問題當然是，裁判的關聯性該有多大，如何去認定？德國的具體規範審查程序使用的文字是「與裁判有重大關聯」（entscheidungserheblich）[10]，解釋上，人民提起的憲法訴願，如主張的是裁判適用的法令違憲，而非法令直接侵害基本權時，則一方面不適用一年期限，另一方面則當然要求與具體規範審查一樣「與裁判有重大關聯」。此一裁判關聯性[11]在德國憲法法院實務中，可說不憚其煩的強調，背後目的就是要防止憲法法院逾越司法權界限，過早的介入「尚無爭議」的領域。認定裁判關聯性的兩個重要公式是：「如該法令無效，則法院於判決系爭案件時，會作與該法令有效時全然不同的判決」，「只要該法院能不適用被其認為違憲的法規範，即能依其本意對法律爭議作成裁判，被審查的法規範即欠缺裁判上的重大關聯性」[12]。對於同樣缺乏類似行政立法權那樣主動干預的正當性（經由選舉產生、反映多數民意），而因歷史因素

迄未建立明確「法院」形象的我國大法官來說，對解釋的裁判關聯性一點，只能作更嚴格，而非更寬鬆的要求。所謂訴外解釋的避免，在人民聲請解釋的情形，不僅要使解釋受限於聲請範圍，而且只有在聲請解釋有違憲疑義的法令確實具有裁判關聯性時，才可加以審查。

此一要求，若再考量我國現制參照德國憲法訴願的「補充性」（Subsidiaritat）原則，使人民聲請時須先用盡可能的法律途徑，而不允許非個案爭議當事人（雖然潛在的同受法令有效或無效影響）於有違憲疑義時即提出聲請，即更明朗。[14] 大法官若有權超出爭議個案裁判相關法令範圍去作審查，此一周折的程序規定當然即成不合理的程序障礙，很難再自圓其說。

三、以本解釋案爲例

引起討論的本解釋案，剛好可以爲這個問題作很好的說明。聲請人被地方法院依集會遊行法第二十九條判刑，經上訴高等法院確定後，聲請大法官就「集會遊行法有關規定」作是否違憲的解釋。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」，大法官當然得就本條有無違憲（如刑罰是否過重、或單純行政不法可否科處刑罰），加以審查。但除此以外，本案事實爲聲請人曾聲請遊行許可而未獲准，仍進行遊行才遭警察依同法第二十五條第一項第一款命令解散，

從而有不遵從解散的行爲。如果第二十九條雖不違憲，或除第二十九條有違憲可能外，集遊法有關室外集會遊行需經許可的相關規定也被認定違憲，當然會動搖刑事法院的判決，則這些規定即與裁判有重大關聯。這裡其實已經隱藏了對第二十九條行爲的違法性爲單純違反命令，或須違反一合法妥適命令的判斷。若採前說，則有無裁判關聯性仍非無疑。[15] 如果大法官認爲採前說可能已違反對人民集會自由的保護義務，則應該可認有關許可制的規定與裁判至少「間接」相關，而一併納入審查範圍[16]。問題是集會遊法有關許可規定的哪一部分，才眞正有重大關聯？這又不能不回到聲請原因的案件事實。

一個非常關鍵的事實是，聲請人是因爲違反了六天前提出申請的期限規定才未被許可，與集會遊行法第十一條規定的其他五款「得不許可」原因，都全然無關。故此處有裁判關聯的條款應該只有第十一條第五款，其他各款如果被宣告違憲，比如第一款提到違反第四條（「集會遊行不得主張共產主義或分裂國土」），可能被認爲嚴重限制言論自由，並不至影響原裁判的結果。但除了第十一條第六款以外，邏輯上，若大法官認定許可管制本身（以第八條爲核心）即構成違憲，則此一認定當然還是會影響聲請人所受的裁判。故大法官當然也應該把整個許可制納入審查範圍[17]，就此可說尚無爭議。

值得注意的是，有關許可制的規定，包括申請許可期限與申報內容

（第九條），負責人等消極資格（第十條），許可與否審查準據（第十一條），准駁通知（第十二、十三條），得附加限制事項（第十四條）等，都可能影響許可制是否違憲的判斷，而不能不「併入」許可制一起作合憲性檢驗。然而在方法上，除非這些相關規定爲許可管制「不可分」的一部分，依客觀解釋若排除該部分許可制即無意義，則因縱使該部分違憲，除去該部分尚不影響許可制的存在，則「單獨」就該無裁判關聯性的部分作違憲審查，仍然是訴外的解釋活動。因爲非常明顯，該部分的違憲與否，根本不影響原因案件的裁判結果。故大法官在程序上考量審查範圍時，一個先決問題就是：這個與許可制相高的規定是不是維持許可制不可分的一部分？從這個角度去檢驗本案特別引起爭議的第十一條第一款中引致第四條的部分，答案應該非常清楚。如果許可管制的主要目的在事先排除集會遊行者主張共產主義或分裂國土，而不是設法降低交通或其他公共利益受到的負面影響，立法者不會只要求在申報時簡單的填寫「目的」，而應該會以某種較有效的方法深入了解可能提出的主張，甚至要求具結不爲違法主張。從違反第四條主張共產主義或分裂國土，沒有任何行政或刑事責任，更可看出該條款訓示的意義遠大於實質意義，無論如何絕對不是許可管制的主要目的，而爲其不可分的一部分。集會遊行法實施迄今，尚無任何一件申請案因爲涉及違反第四條而未獲許可，也足可說明。

18)

總而言之，大法官可以在審查許可制時，一併審查與許可制相關的規定，但除非認定某一與許可制不可分的一部分違憲，或「綜合」各部分而得到整體違憲的結論，不宜就與裁判無關聯的部分爲單獨的合憲性審查，當然更不宜單獨就該部分以「主旨」或「傍論」爲違憲宣告。

四、結語

大法官解釋制度能不能進一步的司法化，關鍵實不在於組織，而在於程序。事實上正因爲採集中審查制而賦予解釋超越個案的普遍效力，訴外解釋更將使大法官從消極的立法者進一步變成某種積極的立法者，對於司法化努力的戕害，實不言可喻。這種司法權的逾越在法治國家很難找到類似之例[19]，恐怕已經不是單純司法活躍（judicial activism）的理念所能合理化。故對於本文提出的裁判關聯性理論，希望也不致以一面迴護之詞視之，是所至盼。

註釋：

註1：中國時報今年十二月六日社論，七日時論廣場拙文：「大法官不可作訴外解釋」，十日李念祖：「集遊法許可制整體宣告違憲大法官非作訴外解釋」

註2：參閱李鴻禧，司法審查制度之異質移植，收錄於：「違憲審查論」，七十五年，頁287

註３：Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL, 5(1929) 30(87) 中稱國家法院爲 negativer Gesetzgeber

註４：拙文：法官是否應有法律違憲審查權，收錄於：「合憲性控制的理論與實際」，八十三年，頁１９２

註５：參閱 Cappelletti/Ritterspach, JoR 1971, 65ff.

註６：Maunz/Durig/Herzog, GG, Art.92, Anm 29

註７：在西歐有德、西、葡、奧等國，一般而言，此類程序發動都不頻繁，但往往影響甚鉅，參閱 Weber in: Starck/Weber (hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I, 1986, S. 73

註８：德國聯邦憲法法院對於抽象規範審查程序中的「疑義」要件，迄今均相當寬鬆，表現出對立法、行政部門的尊重，我國大法官對機關或立法委員提出的違憲疑義聲請案，也是如此，請參 Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3A, 1991, S. 127

註９：在德、奧、西、葡、比等國都同時有抽象與具體規範審查類型，其中前三者另有人民提起訴願的程序，結果都以訴願案件比例最高，具體規範審查則最具功能（西班牙例外），Weber, aaO, 78

註１０：可參基本法第一百條及聯邦憲法法院法第八十條，均使用「基於」（ankommt），「繫於」（abhangig），憲法法院則慣以裁判

重大關聯（ entscheidungserheblich ）爲其要件

註１１：參林麗眞譯，德國憲法法院之地位、程序與裁判（ Schlaich原著），國大憲研會編，八十年，頁一三二－一三三

註１２：如 BVerfGE7, 363; 8,234; 9, 253; 11, 210; 12, 65

註１３：參閱 Pestalozza, aaO, S.211 說明及引註

註１４：在採行此類人民發動審查程序的國家，如德、奧、西、瑞士等，幾乎都有某種補充原則的設計，以避免形成民眾訴訟，參閱 Weber, aaO, 89 ； 惟在制度設計上倒也不是不能想像，德國巴伐利亞邦的憲法法院就開放民眾訴訟

註１５：筆者在本釋憲案所提的法律意見書即採此見解；德國憲法法院最近表示的見解可參 BVerfGE75, 329

註１６：德國學說也認爲不必限於裁判主要適用的法令，而可及於前置性問題（ Vorfrage ）適用的法令， Pestalozza, aaO, 212

註１７：就此李念祖與筆者的觀點事實上並無差異，前註1

註１８：基於司法權對立法行政權的尊重，我國大法官審查法律命令作違憲宣告時，向來都採取「維持最大效力」原則，而常作一部違憲的宣告，近者如釋字第四三六號認定軍事審判法第一三三條違憲，僅及於「項」，釋字第四〇二號解釋認定財政部所訂保險代理人經紀人公證人管理規則第四十八條違憲，更僅及於

該條的第二項第十二款。德國憲法法院也有相同的做法，至於一部無效的效果，可參 Munz/Durig, GG Art.93, Anm 42ff.

註１９：毫無疑問，在只能就繫屬案件涉及的憲法爭議附帶作合憲性審查，只能「爲」該案作違憲「認定」而不適用（不能「宣告違憲」）的美國法院，更不可能對與該案裁判完全無關的法律規定表示是否違憲的見解。

法律意見書

集會遊行法第二十九合憲性之探討

蔡震榮　撰　八十六年十二月五日

目　　錄

壹、問題之所在……

貳、刑事不法及行政不法之界限……

參、違反集會遊行現行法令之分析……

肆、集會遊行法第二十九條合憲性之探討……二

伍、結論……二

集會遊行法第二十九合憲性之探討

蔡震榮

壹、問題之所在

違反集會遊行法之規定者，處以刑罰，是否違憲，乃本文探討之重心。我國學者陳志龍教授，對於集會遊行法第29條處以刑罰之規定，認為違憲，主張理由，則由刑罰理論導出，認為單純行政命令之不服從，僅屬秩序之違反，並無法益之侵害，不得處以刑罰。陳氏對於行政不法與刑事不法之區分，採質的區別說，依此而認為第29條處以刑罰為違憲之規定[1]。對此問題之解析，可以從三方面著手，一為本問題所涉及刑事不法與行政不法界限如何劃分之問題。其次，是現行法規對違反集會遊行處罰規定之分析。最後，就集會遊行法第29條刑罰處罰之規定，是否違憲作最後之論斷。

貳、刑事不法及行政不法之界限

本問題之重心，在於以刑罰處罰違反集會遊行者是否適當，這涉及刑事不法及行政不法之本質以及兩者差異何在之問題。

一、概念之釐清

在此所指的刑事不法，係指法律規定，由法院以死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役、罰金、褫奪公權與沒收作為制裁手段之行為。

而行政不法，係指法律規定由行政機關以罰鍰作爲制裁手段之不法行爲。因此，刑事不法與行政不法之範圍，並非以是否規定在刑法法規或行政法規爲區別標準，而係以處罰內容及處罰機關爲判斷依據，因此，縱若規定於行政法規上，但卻處以刑罰，則仍屬刑事不法之範圍。吾人若以集會遊行法第28條及第29條作分析，則第28條罰則爲秩序罰，不法內涵爲行政不法，而該法第29條則因罰則爲有期徒刑而爲刑事不法之範圍。

、刑事不法與行政不法之界限

歷來對刑事不法及行政不法之區別，有質的區別、量的區別以及質與量混合區別說三種。吾人在此，首先以德國學說作介紹：

㈠質的區別說

該說認爲刑事不法及行政不法內涵具本質上的差異。本說主要以 Goldschmidt, Erik Wolf 及 Eberhard Schmidt 爲代表[2]。Goldschmidt 認爲行政犯（違警犯）與刑事犯有本質的差異性，行政犯不具違法性，而僅是違反行政之行爲，並不包括法益侵害之內涵，而僅是觸犯行政利益[3]。至於，刑事犯依其觀點，則屬對於法益之侵害。而 Erik Wolf 對此觀點進一步具體化爲，行政不法之本質並非實質法益之侵害，而僅係牽涉個人違反應遵守之義務而產生特別之行政上的損害[4]。因之，質的區別說有如下之特點：

1。以法益侵害之有無作區分

刑事犯觸犯主要之公益及個人法益，而行政犯非觸

犯法益，僅是不遵守行政命令，至多引起行政上之損害而已。

2。行爲人之責任

在刑事不法中行爲人之責任，具有一特別倫理的非價內涵，反之，行政不法僅具一較輕微的非價內涵，尚未到達倫理非價之程度[5]。

㈡質量的區別說

量的區別說認爲刑事不法與行政不法非本質差異，而僅是程度的不同，其主張秩序違反亦屬法益之侵害，與刑事不法的差異，僅在侵害之輕重有別而已。主張此說者，主要以行爲可罰性作爲判斷的依據，凡嚴重的損害行爲，含有嚴重社會倫理非價者，屬刑事不法，而輕微的社會損害則屬行政不法。行政不法亦含有較輕的不法內涵，並非僅是行政利益之損害而已。兩者僅是法益侵害程度上之差異[6]。主張此說者，理由主要係以德國於七十年代中由立法者主導將輕微犯罪事件轉化爲秩序之違反，尤其是交通刑法之除罪化爲依據。因此，所謂法益及行政利益之區分在此種情況下已無實在意義。況質的區別在十八世紀極端自由主義之自然法思想，法秩序只在於保護個人之法益，而個人面對於社會之義務非法之義務之情形下，尚有其意義，但在今日之福利國家，國家行政多樣化，吾人卻不可將有秩序之行政排除保護法益之外，而認爲人民面對行政毫無法義務之可言，因義務之違反絕非僅是毫無社會倫理色彩的負擔而已[7]。

㈢質與量的混合區別說

此說，認爲刑事不法與行政不法各有其核心範圍，這些核心範圍，即屬兩者質的差異，而此核心部分並非立法者可處置之範圍，亦即，核心部分屬刑事不法或屬行政不法範圍，立法者不得任意支配或變更之。然而核心以外的外圍部分，則依量的區別說爲準，就此部分立法機關擁有一判斷餘地，決定不法行爲爲刑事或行政不法。刑事不法的核心內涵係指一些以較重的社會倫理不法內涵爲對象，而侵害必要的個人或公共法益。反之，行政不法的核心則係指觸犯依一般社會通念，不具犯罪可罰性之構成要件，亦即，不具社會倫理不法內涵。介於兩者之間，則屬邊界地帶，這些邊界地帶無明確界定，故屬量的差異領域，由立法者來界定其歸屬。目前德國係以質與量的混合區別說爲多數學者及司法實務所採行。

三、質與量學說之評價

㈠反對質區別說之理由

1. 行政不法之多樣性

依德國目前行政不法之內涵已非單純違反行政義務所能涵蓋，尤其西元1974年刑法法典改革中已將一大部份輕犯罪轉化爲秩序違反之行政不法，其違法構成要件卻仍與先前刑法規定相同。因此，行政不法成爲不同違反行爲的聚集所在地[8]。

2. 行政不法亦有法益的觸犯

行政不法無涉及法益侵害之論調，已不適合今日多樣

化的給付行政。目前秩序違反處以罰鍰，已有以抽象危險爲構成要件，而承認法規有保護個人及公共法益之意。此可由道路交通法規觀之。道路交通法第 24a 與刑法第 316 條構成要件之區別僅在於酒精含量之多寡[9]，且其所保護之法益皆爲道路交通安全法益。

3. 以社會倫理非價來區別刑事不法及行政不法之不當

在現行法規中存在一些社會秩序違反，卻已超出單純不遵守而造成負擔之範圍，吾人以經濟及交通法規爲例，經濟犯罪所造成之損害遠大於其他之犯罪，但在德國競業限制法卻對其之損害，僅以秩序違反加以處罰，其罰鍰之數額可達到百萬馬克之高[10]。又如道路交通法第 21 條無照駕駛之處刑罰規定。單純無照駕駛應僅是秩序違反之行爲，但卻處以一年以下有期徒刑（第 21 條第 1 項），此雖有爭議，但若一再違反，不遵守命令，而有造成所保護法益特別侵害之危險者，處以刑罰即非可議，因此，該法第 21 條第 1 項後段規定，被吊扣或吊銷執照仍繼續駕車者，亦處同樣罰則。因此，若主張質的差異性，顯然無法解釋該條之情形[11]。

㈡對量的區別說之質疑

1. 憲法上之質疑

此說違反基本法第 20 條法治國原理，及第 92 條司法權賦予法官爲之之規定。因立法者將兩種不同處理程序及產生不同法效果的行政不法及刑事不法視爲相同，有違法治國原則。而立法者單獨依其自己觀點決定何者爲秩序違

反何者爲刑罰，不採取適當價值標準作爲衡量，則此種立法之恣意亦違反權力分立之原則，司法權有被剝奪之虞，有違基本法第92條之規定[12]。

2. 界限過於模糊

立法者必須決定何者爲輕微或較高法益，何者爲抽象或具體危險行爲，以及何者具有可非難性，以百分表之量化不法內涵來決定質，且無一定範圍，則此種界限劃分除給予立法者過大權限外，並且產生質與量混淆之情形[13]。

(三)對質與量混合區別說之評價

由於秩序違法實質的擴充，秩序違反已非單獨行政上之不服從所可包括，諸多秩序違反亦屬法益之觸犯。因此，目前質與量混合區別說爲德國之通說。刑法核心範圍屬於所有含有相當之社會倫理不法內涵之不法構成要件，如對不可或缺個人及公共法益之危害屬之。社會秩序違反之核心範圍，則屬僅觸犯相當輕微非價內涵，欠缺明顯的可罰性，其違反不遵從僅屬對行政利益之觸犯，並不造成其他法益之妨礙，此如具有警察特質之一些應登記事項而未登記或一些技術性之事宜，例如，沒辦出生登記、未帶駕照等規定是。這些違反亦屬法益之侵害，但由於僅具相當輕微倫理非價內涵，並無可罰性[14]。前述兩者核心範圍屬質的差異，至於介於中間模糊地帶，則屬量的差異，此部份之決定屬立法機關之裁量權。模糊地帶之立法裁量權，正好可以解釋德國七十年代除罪化之改革，以及一些如道路交通法規以量之多寡決定可罰性，又非法賣淫從事

妓女之行為，本只是秩序違反，但若在禁制區內，一再從事賣淫之行為，則具可罰性而觸犯刑法第 184a 條之規定等，都是由量變導致質變的例子[15]。

四、我國學者之意見

目前我國有關刑事不法及行政不法之著作，大致可分為兩派，採質的區別說及採質與量混合區別說，後者學說為多數學者所採。

㈠不純正的行政不法行為

林山田教授在其所著「經濟犯罪與經濟刑法」中，認為刑事不法及行政不法不但在於質的差異，而且也在於量的差異。他認為刑事不法及行政不法各有其內涵，屬質的差異部分，但兩者之間有重疊之處，此重疊部分即屬於不純正的行政不法行為，此部分屬量的差異，他對三者之關係用下列圖表顯示：

甲：刑事不法（即純正的犯罪行為）

乙：具有刑罰效果的行政不法（即不純正的行政不法行為）

丙：具有行政罰效果的行政不法（即純正的行政不法行為）

依其見解，不純正的行政不法行為與純正的行政不法行為，同樣觸犯基於行政目的而不含社會倫理色彩的行政規章，兩者同屬一種「刑式上的法律不服從」，惟自行為在客觀上所造成的不良後果（如對整體經濟秩序之危害）及行為人在主觀上的動機及惡性（如反覆多次或常業性地觸犯）來

看，則不純正的行政不法行爲顯較一般行政不法具較強烈的不法內容，而大到可以非難，因此賦與刑罰效果亦不爲過[16]。但他認爲不純正的行政不法行爲的範圍不宜過寬。

㈡可罰性認定說

蘇俊雄教授在其「刑事犯與行政犯之區別理論對現代刑事立法的作用」論文中，對於刑法核心外的部分，主張應以「有無可罰性」來認定該項行爲處與刑罰與否，亦即，立法者得依據實務之觀點，從社會需要及政策之考量，就違法行爲的危險性，決定其處罰之手段。他認爲刑法外圍部份只是危險程度的差異，就此部份，他贊成德國學者 Jescheck 以量來決定此範圍[17]。

㈢價值決定事實說

鄭善印先生在其「刑事犯與行政犯之區別」論著中，對於兩者之區別所持觀點認爲，「核心領域」應屬「事實決定價值」，立法者應尊重一般社會觀念所作之具體評價，不得擅加自身的考量；反之，於「外圍領域」的界限劃分，則屬「價值決定事實」，立法者應依一般社會觀念所作之曖昧評價，以整體國家社會法益及行政目的加以價值判斷，決定其爲行政犯或刑事犯[18]。

綜合三位學者意見認爲，行政不法及刑事不法有其核心領域，此部分屬質的差異。在以往只重視個人法益保護之時代，質的區別說尚屬可採，但在今日福利國家的情形下，公共利益之考量爲時代之所需，對其侵害已不能再以傳統概念，指爲僅屬行政命令之不服從，亦即，今日存在

著一些行政不法其危害程度已超出單純的不服從，就此部份應由立法者依其裁量決定之究屬刑事或行政不法。此種理論兼顧社會一般價值觀，應屬可採，本文亦贊同之。

㈣質的區別說

目前我國學者僅陳志龍教授，在其「法益危險與刑事立法」一文中，提出質的區別說，他認爲行政不法及刑事不法各有其領域不容混淆，具言之，在刑法法律秩序中其所要規範者，僅限於刑法意義的法益遭受到侵害或危險。易言之，只有在實害犯、具體危險犯或抽象危險犯等情形下，才有刑事制裁之必要性。倘無嚴重之「法益」侵害或危險，而只是單純的不服從某秩序，則僅係違反該法律秩序之目的，根本尚不具備有刑罰規範所欲制裁之性質，至多對這些違反只能以「行政罰」予以糾正或制裁。這是刑法與行政法兩種法律之「任務」及「目的」的最大差異處[19]。依其意見，刑事不法必須有法益之侵害始得爲之，而集會遊行法第29條只是命令之不服從，並無造成法益之危險，因無法益危害，故不得處以刑罰。他認爲法益只有個人法益及超格人法益之存在，而所謂超個人法益必須爲與個人法益有關之集合體，並無所謂團體利益、社會理念或社會利益，這些概念過於抽象，不足作爲法益之範圍[20]。陳氏之說主要係以強調個人主義爲出發點，而否認與個人無關之集體利益的存在，此種思考模式，在今日社會關係密切，維持公共利益有其必要的時代下，如此主張似乎不能自圓其說，尤其，行政上之不服從有時並非只是違反行政

義務，尚且妨礙或侵害不同之法益，此如，道路交通之酒醉駕車或連續違規，對於不特定之他人不無法益之侵害或危險，是否吾人仍堅持此僅爲秩序之違反而不得處以刑罰，是有問題的。因此，以個人作爲法益之出發點，吾人實難以苟同。此外，以法益侵害之有無來界定行事與行政不法，是相當危險的。

法益就形式法概念觀之，是指法律所保護的利益，此屬立法機關意志之決定。一般論及法益除個人法益外，尚有公共法益，如國家之存在、自由民主基本秩序、交通安全、司法程序保護等。而現今福利國家下產生諸多超個人法益，如環境保護、能源及食品供給等，因此，到底對那些法益之侵害或妨礙，應處以刑罰，則由於法益概念過分擴充而顯得不清楚。吾人最後只能以負面方式說明，若非屬刑法保護之法益，應排除於刑法體系外，因此，以法益概念來界定刑罰界限，是無濟於事的[21]。

、違反集會遊行現行法令之分析

有關集會或聚眾，不遵解散命令而予以處罰之法規，共有四種情形，其中，有二種屬行政不法，另有二種屬刑事不法。行政不法規定於社會秩序維護法第64條第1款以及集會遊行法第28條，前者之構成要件爲，「意圖滋事，於公園、車站、輪埠或其他公共場所，任意聚眾，有妨礙治安之虞，以受該管公務員解散命令，而不解散者」。該構成要件屬抽象危險犯之性質，只要在主觀上有意圖滋事之故意，並有任

意聚眾及不遵解散命令之客觀行為即可成立；而集會遊行法第28條之規定，係規範集會、遊行不遵主管機關之命令解散者，其主要處罰目的在於集會遊行之主持人不遵守命令，並不以該主持人之意圖為規範，處罰對象為遊行負責人或其代理人或主持人；兩法條不僅構成要件不同，且處罰客體也不同。

刑事不法則規定在集會遊行法第29條及刑法第149條上。在此，吾人必須針對以下問題來探討。其一為，集會遊行法第28條與第29條之關係，是否有了第28條規定，就不必再有第29條之規定[22]。另一則為，第29條與刑法第149條是否為重覆規定。

一、集會遊行法第28條與第29條的差異

吾人若觀察該兩條文，則可發現集會遊行法第28條所規範的為，被命令解散而不解散之負責集會遊行者，處罰其不遵從解散之命令。而第29條則為第28條的後序行動，亦即，第29條所規範的為，命令解散而不解散（第28條），且仍不聽制止的首謀者。因此，兩者除構成要件有程度的差異外，處罰對象亦有不同，第28條處罰負責人或主持人，而第29條所稱之首謀者依司法院見解，凡是首倡謀議之人，縱非「負責人」、「代理人」、「主持人」仍受集會遊行法第29條規範。因此，第29條並不以第28條規定之人為限，故兩者範圍並不相同[23]。為解決兩法條之差異，吾人試圖以前述顧P量的混合區別說，來解析兩法條之性質。若以第

28條爲秩序罰，亦即其屬行政不法之核心，則第29條，若非視爲刑事不法之核心，仍可將其列爲所謂外圍的模糊地帶，吾人試圖以下列圖表來說明：

㈠現行法之規定

行政不法	刑事不法
集會遊行法 第二十八條	集會遊行法 第二十九條

㈡立法政策之考量

行政不法	模糊地帶	刑事不罰
集會遊行法 第二十八條	集會遊行法 第二十九條	

吾人若將第29條歸之於上述行政不法或刑事不法的其中一種，必須有理由之說明。現行法上將之歸於刑事不法，係以其主觀惡性爲理由，亦即，處罰其一再不遵從命令。

若將第29條歸之行政不法，而認爲集會遊行之違反，僅能處以行政罰，係主張，集會遊行權屬人民原有之自然權利，不因禁止或不遵解散而剝奪其權利，縱使其一再地秩序之違反，但並無造成法益之危害，故不得處於刑罰[24]。秩序之違反，是否不管其主觀動機及惡性，一律皆視爲行政不法，實有進一步探討之必要。對此，吾人首先以比我國先進的德國集會與遊行法作比較，看看是否對

於秩序違反皆處以罰鍰。

1、德國法上之規定

德國集會與遊行法對室外集會遊行者所採爲異議式的報備制，亦即，採原則同意，例外得禁止之報備制。德國集會遊行法報備義務係針對負責人而來。報備義務規定在該法第14條而稱：

「舉辦露天公開集會或遊行者，至遲應於主管機關通告前四十八小時向其報告集會或遊行之內容。

報告時應陳明何人負責領導集會或遊行。」。該法第15條則將上述所稱異議式的報備制表露無遺。該法第15條第1項規定，「依作成處分時可得認識之情況判斷，集會或遊行直接危及公共安全或秩序者，主管機關得與禁止或課予特定義務。」因此，依主管機關之判斷，仍得爲禁止或課予特定義務獨立之行政處分[25]。該條文表現出德國原則同意例外禁止的報備制精神。禁止集會遊行自由權之實施可分兩種情形，一爲主管機關禁止之處分，係依該法第15條規定處理，另一爲與憲法所保障法益牴觸而被禁止，這些規定在集會遊行法第一條，「任何人均享有舉辦公開集會與遊行，並參加其活動之權利。

有下列情形之一者，不得享有前項權利：

一、依基本法第十八條規定喪失集會自由之基本權利者。

二、爲促成某一經聯邦憲法法院依基本法第21條第2項宣告違憲之政黨或政黨之一部份或代替性組織，而實施或參加公開集會或遊行者。

三、經聯邦憲法法院依基本法第21條第2項宣告違憲之政黨。

四、基本法第9條第2項所禁止之結社。」[26]。

該條所禁止的對象分成個人、黨派及非黨派之結社。個人權利濫用（例如集會遊行權）「對抗自由民主的基本秩序」以及黨派之目的及成員之行爲「對抗自由民主的基本秩序或危害德意志聯邦共和國之存在」，皆不得享有集會自由權。違憲政黨由憲法法院決定之。目前德國憲法法院宣告違憲之政黨德國共產黨（Kommunistische Partei Deutschlands）及社會主義帝國黨（Sozialistische Reichspartei），皆以共產主義有關之黨派，其禁止與當時爲對抗東德政權之時局有關[27]。有關非黨派之結社則不得觸犯刑法法規，憲法秩序及國民通念，否則屬禁止之列，觸犯刑法法規如所有犯罪之組織等[28]。觸犯第1條規定或由憲法法院宣佈違憲之政黨，不管其是否主張和平集會遊行，由於屬法律明列，此種權利已被禁止實行[29]。

報備制是集會遊行法上的秩序規定。報備主要目的在於保障集會遊行得以順利實施，透過報備讓主管機關得以作好預防措施，防止因集會遊行，造成對公共安全或他人妨礙。集會遊行之實施，總會造成其他法益之妨礙，因此，德國法上才會有第15條授權主觀機關依狀況，得有禁止該權實施之規定。報備義務屬合憲之規定，若沒有報備，並不當然即屬禁止或解散之條件，主管機關仍得就當時情況判斷而後決定之[30]。

雖然向主管機關報備，僅屬行政上之義務，但吾人若分析其內容，可以發現該法規定涉及集會遊行自由權之實施，而有無報備不只是涉及集會遊行權，且若無報備因主管機關無法事先作好預防措施，對公共秩序或安全亦會有所波及（如第15條規定般），因此，所稱只是單純不服從行政上之義務，其實並不盡然。當然，集會遊行不會因爲沒有報備而形成違法，只是可能構成命令解散之原因。但對於違反報備義務而仍繼續舉行集會遊行，應有人對此可能造成對他人或公共秩序之抽象危險負責，也因此，在德國法上對於違反報備義務而舉行集會遊行之舉辦人或領導者已認爲其連續違法（無報備且繼續舉行）屬惡行重大，因此，他（們）必須對此種可能發生有妨礙公共安全及秩序之抽象危險負責，從而該法第26條乃規定：「舉辦人或領導者有下列情形之一者，處一年以下有期徒刑或罰金：

一、不遵禁止而進行公開集會或遊行，或不遵警察之解散或制止而繼續進行者。

二、未經報備而進行露天公開集會或遊行者。」

該條第1款第一句係針對遭行政機關依第15條禁止之集會遊行，第二句係指有報備而不遵警察之解散或制止而繼續進行者。而第2款係針對違反該法第14條報備義務而舉行露天公開集會或遊行者，這一款的規定若依我國部份學者或立法委員之見解[31]，應解釋爲單純的不服從行政上命令，但爲何在德國法上，卻仍處以刑罰？可見依德國立法機關之見解，此種行爲對負責人或領導者而言，應有造成危害公共法

益之虞，且其必須對此負責。否則，就會如同我國部份立法委員所稱之嚴刑峻法。通常報備義務係針對負責人，舉行露天公開集會或遊行依德國集會遊行法立法目的而言，已直接對公共安全造成妨礙，負責人對此應負責，而負責人在此觀點下，並不受集會自由權之保障，因此才有該款之規定[32]。而未經報備僅違反行政上義務，並不具可罰性，該款之可非難性，在於更進一步的違法，亦即，雖沒有登記卻仍進行露天公開集會。但就集會本身而言，因爲報備並非許可，故此種人民集會自由權（除負責人或領導者外），不應沒有報備而受限制，而仍應享有之，因此，單純的不報備並非構成命令解散之理由。但由於其會造成公共安全妨礙，，沒有報備而妨礙公共秩序，卻仍可構成解散之事由[33]。至於是否構成解散事由，警察機關在此享有裁量權，必須衡量不同之利益，依比例原則爲之，解散之理由，並非在於貫徹報備義務。因此，所謂的偶發性之集會，亦即，事出突然，並無事先規畫，來不及報備之集會，並不因爲無報備而直接構成解散原因，由於此種情行爲集會遊行制定當時所未考慮，而憲法法院承認此種集會自由權，既然集會遊行法沒有限制，則應回歸憲法而應受到保障，此種偶發性之集會，通常也不會產生所謂的負責人，當然也就部會受到該法第 26 條之規範。因此只要不造成其他法益之危害或妨礙，並不構成違法。

2.我國法之探討

從上分析得知，公開集會遊行之實施，會造成其他法

益之妨礙，並非單純只是行政上之不利益，因此，縱使是採取報備制的德國，仍對負責人未經報備而集會處以刑罰。因此，吾人實難以贊同所謂的違反許可義務，僅屬行政上之不服從，處以刑罰已超越立法者之權限的說法，而無進一步分析，主觀條件（惡性或重複違反）或處罰客體爲何，此常爲部份論者所忽略。我國集會遊行法第29條與第28條，有程度上之差異性，應可並存。

吾人若分析我國的集會遊行法規定及實施情況，會發現我國對集會遊行之限制，並非採取嚴格的特許主義，而是屬於準則式的許可主義，亦即，採取所謂負面表列方式，將一些不予許可之事項，法條明列之，如第4條之「不得主張共產主義及分裂國土」、第6條之禁制區限制以及第10條不得爲負責人之條件限制，以及一些有事實足認有對公共法益及生命、身體、自由法益造成危害或損壞之虞的情況等，才不予許可（此規定於我國集會遊行法第11條）。因此，依警政署統計數字得知，歷年來我國未經許可之案件比例甚低，還不到申請案的百分之一。其實，此種負面表列的許可制，其精神亦類似德國異議式的報備制，對於申請案件，只要不違背禁止事項，原則上都是許可，兩者之間的差異，在於我國多一道行政機關意思表示而已。且依我國集會遊行法之規定，未經許可而集會仍未構成違法，只是得爲解散之事由，但是否對此作解散，則警察機關仍必須依集會遊行法第26條比例原則爲之，因此，我國對偶發性之集會，並非如同部份學者所

稱，因其無法如期申請許可而違法，，仍必須就第 26 條比例原則加以考量，且實務上並非對所有未經許可之案件，皆採取命令解散，如林肯大郡倒塌而造成居民到內政部抗議，實施偶發性集會，警察機關並不因此而以命令解散處理之。偶發性集會通常事出突然，有時若不及時為之，會錯失機會或不能凸顯問題，因此，不加以規範，則可回歸憲法，警察機關對此則依第 26 條比例原則處理即可。

我國集會遊行法第 28 條係在未經許可集會並且不聽解散命令始構成，可見已充分顧及人民之權利。而第 29 條係比上述更嚴重情形，對此，處以刑罰，若以德國法為標準，顯然亦不為過，而且處罰之對象僅限於負責人或首謀者，對集會遊行參與人，並不處以任何罰則[34]。

至於，採許可制是否違憲之問題，吾人由各國如先進國家美國部分州及日本皆採許可制得知，許可制即等於違憲之說法並不可採。集會遊行而我國憲法第 23 條之限制，只要符合必要性即可，並沒有規定限制至何種程度。反對者主張「許可制已侵害集會自由權核心，應採報備制始為合憲」，係以德國基本法第 19 條第 2 項基本人權核心不得侵犯為基礎，但對於核心只以應經許可為由，即認為觸犯核心，立論過於草率及牽強。許可或報備制之採行，應依各國法治情形、社會狀況、人民之法意識及守法觀念之整體現象作標準，依最近警政署所作「民眾對集會遊行活動處理態度」意見調查受訪的一千兩百民眾，有 717 民

眾贊成許可制[35]。法律屬社會之產物，法律之訂定不能違背社會一般通念及價值判斷，目前的許可制，既然爲多數民眾所贊同，應認爲仍屬合理而不違憲。

二、集會遊行法第29 條與刑法第149條之比較

刑法第149條與集會遊行法第29條規定同屬抽象危險犯之性質，但構成要件及法效果卻有不同。刑法第149條的聚眾犯必須在主觀上有強暴、脅迫之意圖，而集會遊行法第29條則不以此爲構成要件，因此程度上較輕微。在法效果部份，刑法第149條處罰對象除首謀者外，尚包括在場助勢之人，而集會遊行法第29條處罰對象僅首謀者，且其法定刑責爲兩年以下有期徒刑或拘役，較刑法第149條首謀者處三年以下有期徒刑爲輕。因此兩條文在程度上仍有差異性，非屬重疊規定。

若將集會遊行法第29條認爲屬多餘條款，因爲已有刑法第149條之規定不必重複規定[36]，則將會產生集會遊行不遵解散命令，且又不聽制止，卻無任何刑責。此種集會自由權是否會過度擴張，值得深思。如前所述，此種多次且重複違法的主觀惡性，處以刑罰應仍屬合理。

三、小結

綜上分析，集會遊行法第28條、第29條及刑法第149條，三條文各有不同規範內容應可單獨存在，在此，吾人將集會遊行法第28條視爲行政不法之核心，將刑法第149條視

爲形式不法之核心，而集會遊行法第29條則屬外圍部份，由立法者依其裁量權決定之。

肆、集會遊行法第二十九條合憲性之探討

一、立法裁量之範圍及界限

吾人將刑事不法及行政不法區分核心及外圍部份後，核心不容許立法機關任意更改，此非屬立法裁量之範圍，例如，將搶奪，強姦歸之行政不法而處以罰鍰，爲違憲的。至於，外圍部份之決定，屬立法機關立法政策之考量，依德國通說認爲，憲法法院不得審查個案是否找到最合目的性，最理性以及最公正的解決方案。憲法法院只能審查立法者之決定，實質上是否與憲法價值質序相符以及是否合於不成文的憲法原則及基本法的基本決定[37]。

因此，集會遊行法第29條既然歸之外圍部份，立法機關應基於社會一般社會倫理價值來判斷，此部份只要不違反憲法上的原則，屬立法機關基於立法政策之考量。

二、司法審查之範圍及界限

在權力分立觀點下，司法及立法各有其功能，不得逾越，在此觀點下，司法審查立法，應尊重立法機關的裁量權。法令之訂定，立法者必須對其將來之適用預測及評估。司法之審查立法目的預測有無錯誤，亦即是否違憲，應以立法機關制定法條當時作爲基準，是否立法者在制定法律當時所爲之評估，已就當時政治、經濟及社會種種狀況作公正之考量。因此，後來因時代發展而預估錯誤，僅能作爲將來修

法之依據，不能據而宣佈違憲[38]。因此，集會遊行法第29條，在制定當時，若分析我國當時情形，此種立法政策應仍屬合憲的決定。

伍、結論

保障和平集會遊行自由權之實施，是民主法治國家應有之職責。但由於該項權力之實施，會造成對他人自由權利或公共安全及秩序之妨礙或危害，因此不得不對集會遊行自由權限制。由於集會遊行之實施，以其會危害造成公共秩序或安全之危險觀之，不遵守報備或甚至於許可，已非單純的不服從行政上命令所可概括，因此，將它歸類於行政不法之核心，而與如未帶駕照、未辦出生登記等未造成其他法益妨礙之行政不法行為視為同一等級，是相當有問題的。吾人觀之，我國集會遊行法對於未遵守許可而仍集會遊行者，仍未視為違法，可見法規已充分考量人民集會遊行自由權。對此是否構成解散原因，警察機關仍得依該法第26條作比例原則之考量，因此，若屬偶發性集會，雖非經許可，但依我國集會遊行法之規定，仍未構成違法，因此，稱我國許可制，無法保障偶發性集會，可能係對我國法規有所誤解之故。

我國集會遊行法之採取強制性活動，係在警察的命令解散，不遵命令解散，才會有第28條之秩序罰，如此的考量，應已相當尊重集會遊行權之實施，若最後仍未獲遵從，才以第29條作為手段，且在採取秩序罰及刑罰之際，仍考量人民之自由權，故處罰對象並不包括參與人，在第28條僅處罰負

責人、代理人或主持人。第29條之刑罰也僅處罰首謀者。如此之立法，應已公平合理合理考量人民集會遊行權與其他法益間的均衡維護，此種立法政策應已符合比例原則而不違憲的。

1. 陳志龍，法益與刑事立法，民國86年三版，頁297以下。
2. 蘇俊雄，刑事犯與行政犯之區別理論對現代刑事立法的作用，刑事法雜誌，37卷第一期，頁23以下。
3. James Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902 , S.540.
4. Erik Wolf, Die stellung der Verwaltungsdelikte im strfrechtssystem, Festgabe fur Reinhard von Frank, Bd.II, 1930,S.516ff.
5. Gernot M(ller-Dalhoff, Zur Abgrenzung Von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten am Beispiel des lebensmittelrechts, 1993, S.21f.
6. ebenda.
7. Jescheck , Lehrbuch des Strafrechts , Allgemeiner Teil , 1988 , (6 V 。
8. Tiedemann , Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalit(t , Bd.1 , 1976 , S.121 。
9. 德國道路交通法第24a條
   (1)血液中酒精含量已達或超過千分之零點八，仍在道路交通駕車時，屬秩序違反之行爲。
   (2)過失犯亦屬秩序違反之行爲。
   (3)得處五千馬克以下之罰鍰。

刑法第316條係規定酒後駕車，第一款規定，飲用酒或其他麻醉品，不能安全駕駛交通工具，如其行爲未依第315a條或

第 315c 條處罰者，處一年以下有期徒刑或罰金。

至於是否達到不能駕車之酒精含量，由司法判斷之。目前則以酒精含量超過千分之一點一，則屬刑罰之範圍。

10. 德國競業限制法第 38 條第 4 項規定，得處一百萬以下罰鍰，或超出此數額而處三倍犯罪所得之數額。犯罪所得之數額得估算之。

11. 德國道路交通法第 21 條第 1 項第 1 款將無照駕駛及依行法第 44 條吊銷及本法第 25 條吊扣執照，皆處一年以下有期徒刑或罰金。

12. Karlsruher Kommentar zum Gesetz (ber Ordnungswidrigkeiten ， Hrsg. Karlheinz Boujong ， 1989 ， Einleitung ， Rdnr.108 。

13. Rotberg ， Kommentar zum OWIG ， 1975 ， S.49 。

14. Rebmann/Roth/Herrmann ， Gesetz (ber OWIG ， 2Aufl.1989 ， Vor 1 ， Rdnr.9 。

15. ebenda.

16. 林山田，經濟犯罪與經濟刑法，民 76 年 5 月再版，頁 130 以下。

17. 蘇俊雄，前揭書，頁 23 以下。

18. 鄭善印，刑事犯與行政犯之區別 -- 德、日學說比較 ---，79 年 4 月，頁 137 。

19. 陳志龍，前揭書，頁 299 。

20. 陳志龍，前揭書，頁 45 以下。

21. Gernot M(ller-Dalhoff ， a.a.O., S.63ff 。

22. 我國立法院於民國 77 年初，在立法院審議動員戡亂時期集會遊

行法草案時，有關第28條與第29條是否重複規定，尤清委員提出兩者構成要件同樣是被命令解散而不解散，不必重複規定，制定法律應注重「立法經濟原則」，可以概括就不必重複，因此，第29條可以省略；參閱動員戡亂時期集會遊行法案，立法院公報，法律案專輯第一百零九輯下册，頁657。

此爲八十一年十一月五日（八一）廳刑一字第一六二九0號函覆台灣高等法院之函示，參閱刑事法律問題研究，第八輯，司法周刊雜誌社印，民國82年6月，頁451以下。

此爲陳志龍教授於其「法益危險及刑事立法」一文中所主張，前揭書，頁299 以下。

德國報備制只要申請人向主管機關報告，毋需其意思表示，即屬成立，此點與我國許可制最主要之區別，我國必須行政機關作成行政處分後許可程序才算完成，在我國若欲對遊行內容改變或加以限制，則屬行政處分之附款。在德國欲對集會之內容或禁止其活動，則屬行政機關單獨之行政處分。

基本法第18條規定基本人權之濫用，濫用意見表達自由，如新聞自由、集會自由、、、來對抗自由民主的基本秩序，喪失這些基本人權。基本法第21條第2項規定，「依黨派之目的及成員之行爲，有妨礙或除去自由民主的基本秩序或危害德國聯邦共和國之存在，爲違憲。有關違憲之問題由憲法法院決定之。」。我國增修條文有關政黨違憲之事宜，與德國規定雷同。基本法第9條第2項規定，「結社之目的或行爲觸犯刑法法規或對抗合憲秩序或對抗國民通念是被禁止的。」

如以我國77年制定集會遊行法及81年修訂以及目前情形，我國

和中共仍屬敵對政黨，不准集會遊行應屬合理且合憲之規定。

28. Vgl.Gerhard Halberstadt/Wilfrid Hensel ， Versammlung und Demonstration ， 1990 ， S.94.

29. 我國集會遊行法第四條規定：「集會遊行不得主張共產主義或分裂國土」，被相當多學者及立法委員提出質疑，認爲其屬違憲之規定。在觀察德國法之規定後，套用司法院大法官在釋字第 419 號所稱，吾人可認爲其規定不恰當但並不違憲。對此理由之說明，吾人可由憲法增修條文第 5 條第 5 項規定推出結論。該條規定係引用德國憲法規定，而稱：「政黨之目的或其行爲，危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序者爲違憲。」，因此，分裂國土之主張當然危害中華民國之存在無庸置疑。而主張共產主義，實無法與現行憲法秩序相容，況且德國憲法法院也對遭受禁止共產黨及其主張該黨之黨員享有集會遊行權，當然在我國亦應禁止之。提出反對此說之人又稱，警察機關沒有能力來審查該條，因爲這涉及憲法之問題，而且只有政黨才可能主張共產主義或分裂國土。是否違憲，屬憲法法庭決之事宜。對此質疑，吾人不表贊同，而提出，在此應區分實質審查及形式審查之分，憲法法庭之審查爲實質審查，而警察機關只作形式審查，何謂形式審查，就是指警察不審查其內容，吾人若觀察警察機關所製作之申請書，其中申請目的一項，只要不寫共產主義或分裂國土，通常都會核准的，因此，此種形式審查，應仍屬合憲的。

30. Dietel/Gintzel ， Demonstrations- und Versammlungsfreiheit ， 9.Aufl.， 1989 ， S.171f. 。

31. 參閱動員戡亂時期集會遊行法案，立法院公報，法律案專輯第一百零九輯下冊，頁 657 以下。

32. Dietel/Gintzel ， Demonstrations- und Versammlungsfreiheit ， 9.Aufl. ， 1989 ， S.191 。

33. A.a.O., S.200f.

34. 我國對於不遵命令解散或制止者，僅處罰負責人或首謀者，而對不遵命令解散者，無任何罰則，甚至連行政罰皆無。德國集會遊行法第 29 條所規定之秩序違反，包括參加禁止進行之公開集會或遊行、經逐出公開集會或遊行而爲立即離去者等等，如此嚴格規定，爲我國集會遊行法之所無。

35. 參考陳義彥主持，「民眾對集會遊行活動處理態度」民意調查報告書，執行單位：國立政治大學選舉研究中心，民國 86 年 11 月 28 日。

36. 在集會遊行制定及第一次修訂時，多數民進黨立法委員提出兩法條屬重複規定，因此建議廢除；參閱動員戡亂時期集會遊行法案，立法院公報，法律按專輯第一百零九輯，頁 649 以下及第一百四十五輯，頁 277 以下。

37. Rebmann/Roth/Herrmann ， a.a.O., Vor (1 ， S.11 。

38. 蔡震榮，行政法理論與基本人權之保障，民 83 年，頁 148.

法律意見書

集會遊行許可制合憲性之研究

羅明通　撰　八十六年十二月五日

目　　錄

一、憲法疑義之爭點所在……　一

二、憲法之法社會學解釋方法……　一

三、比較法之觀察……　一

四、本件憲法疑義解釋釋之基本原則……　五

五、許可制合憲性之判斷……　十一

六、結論……　十六

集會遊行許可制合憲性之研究

羅明通

一、憲法疑義之爭點所在

憲法第十一條規定：「人民有言論、講學、著作及出版之自由」；同法第十四條亦規定：「人民有集會及結社之自由」，明白彰顯憲法保障人民表達自由(freedom of expression)之旨。惟集會遊行法第八條規定：「室外集會遊行，應向主管機關申請許可。」此種以「事前許可」爲合法集會遊行要件之規定是否有侵害憲法第十四條保障之集會遊行基本權利，或是否有違反同法第二十三條之比例原則，即有疑義。

二、憲法之法社會學解釋方法

按憲法之解釋，傳統上有文義解釋法、論理解釋法等，乃著眼經由規範之文義及論理之結構，甚或經由比較法之觀察，成立歷史、體系與目的間之關連，以探究規範制定者主觀或客觀之意思。惟憲法係因國家社會之需要而產生，亦隨因應社會之變遷而變遷。解釋憲法之際，允宜自憲法之實效性觀點，考量對社會可能產生之效果或衝擊及社會一般之規範價值，從而自各種可能之解釋之中，判斷何者爲最適當之解釋。是故法社會學之解釋方法乃是釋憲時不可忽視之重要工具(註1)。

三、比較法之觀察

檢視世界各國主要民主國家有關集會遊行之規定，許可制仍佔重要之地位。例如，日本國憲法第二十一條雖規定，

人民有集會與結社之自由，但地方政府仍多採許可制。美國憲法第一條修正案規定：「國會不得制定有關下列事項之法律：設立宗教或禁止信教之自由；限制或剝奪人民言論及出版之自由；剝奪人民和平集會及向政府請願救濟之權利」。但在重要之都會地區，事前許可制仍爲多數地方政府採用。茲分述如下（註2）：

(1) 日本

日本昭和二十九年六月一日京都市條例第十號第二條規定：「擬在道路、其他房屋外之公共場所舉行集會（以下稱室外集會）或集會行進或不問在任何場所舉行集團示威運動時，應經公安委員會之許可。」昭和二十九年六月一日大阪市條例第七十七號第一條規定：「在行進或集團示威運動，以車馬或步行而構成隊伍，占據街道或因行進而排除或妨害他人權利或街道之使用者，非經公安委員會之許可，不得爲之。」（註3）至於東京都，則在平成三年九月三十日修正之「都條例」（有關集會、集體遊行及示威運動條例）第八十二號第一條規定：「民眾利用馬路或公共場所集會、遊行，或在任何場所進行示威運動均必須經過東京都公安委員會之許可。但下列情形例外：一、學生的遠足、教學旅遊或體育活動競賽。二、通常的婚喪喜慶集會。」

此種事前許可之規定，是否構成侵害憲法上之基本權利，亦曾引起合憲性之爭議。日本最高法院曾判決認爲：如僅就特定之場所及方法，在合理明確之基準下規定事前應經許可者，該許可之要件不構成違憲，且所謂許可制實質上與

申報制無異(註4)。對於違反此項規定之處罰，其範圍如何界定，爲立法政策問題，亦認不違反憲法之精神(註5)。至於在實務上，公安委員會就具體申請案爲不爲許可處分時，該處分是否構成違憲時，法院之判決亦著重在該不許可之處分是否已實質上限制憲法上之表現自由，如係爲保障公共利益所必須，則該處分亦不違反日本憲法第二十一條有關表現自由之保障(註6)。

(2) 美國

美國各州制度不一，但就現行資料分析，華盛頓哥倫比亞特區及紐約市等均對於集會遊行採用事前許可制。美國華盛頓哥倫比亞特區一九九六年十二月出版之自治法規第二十四編「公共場所及安全」(Public Space and Safety) 第七章遊行及公共事件 (Parades and Public Events) 第七百條規定：「未得警察首長之書面許可，任何人均不得於哥倫比亞特區之任何市街、道路、巷弄、街道、高速公路或其他公共場所，對任何主題，發表演說、講話或講道。」(註7) 洛杉磯市市政法規 (Los Angeles Municipal Code) 第一〇三・一一一條第二項規定：「未經主管機關書面同意，任何人不得指揮、操縱或參加任何遊行」；紐約市行政法規 (Administrative Code of New York) 第四三五—九・〇條規定：「於任何街道或公共場所舉行之遊行、行列、競賽之隊伍，應先取得行政長官之書面許可。遊行許可之申請，應以主管機關規定及提供之書面形式，最遲於遊行前三十六小時前提出。」；巴爾的摩市法規 (Baltimore City Code) 第一百六十八條規定：「任何政治團體，

未獲得市長之許可，不得於本市之街道遊行。市長對於任何提出遊行申請之政治團體，得自由裁量許可與否。」；路易士安那州法第三百二十六條規定：「任何團體、協會或組織，未經許可，不論其目的，均不得於任何自治市、城鎮、鄉村之人行道、街道、巷弄、公路、橋樑或公共道路，爲任何形式之集合行進、遊行或公開示威，且已得許可之團體、協會、組織或個人，須對因爲此遊行、行進行列、公開示威所造成有關聯之人身、財產損失負責。」；舊金山市警察準則(Police Code) 第四章 (Article 4) 第三百六十七條規定：「(a) 任何人如希冀在休閒與公園委員會的屬地以外之舊金山市、郡街道舉辦遊行活動，首先應取得警察局長之許可。」；甚至連統一公共集會法草案 (Uniform Public Assembly Act) 第三條第二項亦規定：「依合理之判斷，公共集會將嚴重危害公共衛生或安全，或妨礙公共場所正常使用者，主辦機關須申請許可。」(註 8)

前揭美國之地方政府有關集會遊行許可之合憲性在美國亦引致爭議。對純粹言論 (pure speech) 之事前限制固爲憲法精神所不許，但超出純言論範圍以外之公共論壇 (public forum) 或是集會遊行，有關其時間、地點、方法等適度之規範並非憲法所不許。聯邦最高法院對此闡釋甚詳。綜合言之，聯邦最高法院對地方政府有關遊行許可之規定是否合憲，大致係基於以下標準而爲判斷：(1) 室內集會如無引發暴動或危及公共安全之立即而明顯之危險，即不予干涉，不能採許可制。(2) 室外集會或示威遊行，因涉及交通之通

暢、公共秩序之維持及所使用之工具，地方政府得制定專
爲事先之核可。惟無論如何，其規範之目的不得在限制或
奪憲法第一條修正案之言論、宗教及集會等基本自由權利。
(3) 對集會遊行爲許可之審核時，其判斷標準必須明確而公
平。(4) 政府有權核發許可證，但主管機關官員，不得擁有
無限制之裁量權。該項裁量權之行使亦不得在實際上剝奪或
限制人民言論自由之基本權利(註9)。

四、本件憲法疑義解釋之基本原則

自比較憲法之觀點言，憲法所保障之合法言論自由雖不
能予以審核，但超出純粹言論以外，另包含群眾集結行動之
集會遊行則可加予事先之限制。我國憲法第十四條所稱之集
會結社之自由亦並非絕對自由，依憲法第二十三條之規定，
爲防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序、或增
進公共利益所必要者，自得以法律限制人民集會遊行之自
由。在日本及美國，雖無類似我國憲法第二十三條之規定，
但亦認此等權利並非絕對(absolute)不能限制，而係應基於衡
平觀點(balancing view)爲考量(註10)。故在我國，對於集會
遊行所爲之限制是否構成違憲，即應從憲法第二十三條之比
例原則、正當法律程序原則加以檢測，並注意憲法解釋時合
憲性推定原則之適用。

(1) 比例原則之「必要」之判斷

我國憲法第二十三條規定：「以上各條所列舉之自由權
利，除爲防止妨害他人自由，避免緊急危難，維持社會秩
序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」，其

中所稱之「必要」，即指「比例原則」。按比例原則源於十九世紀德國之警察法學，認爲警察權力之行使惟有在「必要時」，才能限制人民之權利，學者 Fleiner 稱之爲「警察不可用大砲打小鳥」(die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schiessenen) 以比喻警察權行使之限度（註 11）。嗣後並提升爲憲法上之基本原則，並爲我國立憲之法理依據。

析言之，比例原則是包括了三個具有先後位關係但又在某程度上互爲重疊之主要概念：「適當性」（Geeignetheit）；「必要性原則」（Erforderlichkeit）以及「比例性」(Proportionalitat)。

所謂適當性原則乃指公權力之行使時，所採取之限制手段須適合於達到其所追求之目的。所謂必要性，又可稱爲「最少侵害原則」（Prinzip des gerinstmoglichen Eingriffes）。乃指國家機關針對同一目的，若面臨多種適合達成目的之手段可供選擇時，應選擇損害最少之方法爲之。又縱然國家行政機關之行爲確能達成該行政目的，又係選擇損害最少方法爲之，已符合前揭所稱之「適當性原則」及「必要性原則」，但該行政手段所能獲取之利益與所造成之損害仍須符合比例性。換言之，國家爲追求一定目的所採取之限制手段，其所造成之損害或所需之成本，不得與所達成之成果或效益，顯著地失去均衡。否則即構成比例原則之違反（註 12）。

(2) 正當法律程序之「利益權衡」之基準

大法官釋字第三八四號解釋，首開釋憲之例，基於人身自由制度性保障之精神，正式揭示「實質正當法律程序」原

則爲憲法上之基本原則，且與憲法第二十三條所定之比例原則共同構成人身自由之制度性之保障。且所謂實質正當法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容必須正當。本件系爭訴憲標的係有關基本人權之限制之合憲性爭議，無論從我國憲法或比較法憲法之觀點，該實質正當法律程序均足爲判斷現行集會遊行法採取許可制是否合憲之重要參考依據。

惟所謂「實質正當法律程序」，並非我國法制上固有之概念，乃係源自美國憲法上之「正當法律程序」(due process of law)。因此，「正當法律程序原則」之解釋方法或判斷「正當」(due)與否之基準乃成爲此次釋憲案重要之先決問題。按正當法律程序，包括實質正當(substantive due process)及程序正當(procedural due process)(註13)，依美國聯邦最高法院判例顯示，無論何者，均非有固定意義之技術性概念，是依個別狀況所需要之保護彈性予以定義(註14)。初期最高法院判例以聽證、公平審判、預先通知(notice)爲正當程序之主要概念，嗣後則涵蓋人權法案(The Bill of Rights)各條之內容(註15)，並及於各種經濟法規及社會福利法規之違憲判斷。判斷法律條文是否違反憲法上之正當法律程序，美國聯邦憲法法院主要解釋方法有二種，早期是歷史解釋法，年則以利益權衡法爲主流。

所謂歷史解釋法(historical approach)，乃是美國聯邦最高法院自一七九一年聯邦憲法第五修正案通過時起即使用之方法，乃指當法院面對要判定某一個程序是否符合憲法上所規定之正當程序時，其判斷之重點放在該程序是否合乎當初制

憲者心中所期待之程序，也就是以制憲者之原意來作爲判斷程序正當性之基礎（註16）。惟隨著工商業之發達、社會之變遷，憲法上種種爭議已非制憲者所能預見，更無法求諸於英國或獨立前後之古早法律及判例，利益權衡法乃逐漸變成爲主流意見。

利益權衡法之產生可遠溯及一八九四年之「勞頓對史提利」（Lawton v. Steele）一案（註17）。在該案中，最高法院判決闡釋正當法律程序之精義，宣稱：「州政府所用之方法對於所欲完成之目標必須基於合理之需要 (reasonably necessary)，對於個人權利之限制必須不能過度嚴苛 (not unduly oppressive)。法律不能假公益之名恣意干預私人營生，亦不能對於合法之職業課予超乎平常且不必要 (unusual and unnecessary) 之限制」（註18），申言之，依美國聯邦最高法院判例所顯示：「法律不應是不合理 (unreasonable)、專斷的 (arbitrary)、多變的 (capricious)，同時所用的手段與所實現之目的間必須有合理及實質的關係」（註19）。

然而，前揭判例所稱手段與目的間必須有合理及實質之關係云云，仍失之抽象，有待進一步之闡釋。美國聯邦最高法院在一九七六年之「馬修對艾爾德基」（Mathews v. Eldridge）案（註20）中，對此提出詳細之論述。大法官普威爾（Powell）宣稱：「程序是否正當須考慮三個因素。第一，被官方行爲所影響之私人利益；第二，所用之程序錯誤地剝奪此私人利益之風險，及因任何額外或替代程序之保障所生之可能利益價值；第三，政府之利益，包含此替代或額外程

序所生之財務或行政之負擔及功能之減損。」（註21）

上述「馬修對艾爾德基」案，固係美國法院針對有關社會福利管制之判決；然而在有關人身自由之案例中，美國法院亦明確表現出於面臨多數法益競合時，仍採取「利益權衡」之觀點，作出「合理之折衷」（ a reasonable accommodation ）之判決。一九七五年美國聯邦最高法院在u葛士坦v斐尤」（ Gerstein v. Pugh ）（註22）乙案中，即稱：「對於個人權利之最大保障，固可藉要求預審法官（ Magistrate ）在任何逮捕前預先審核其事實依據而獲得確保，然此一要求可能會對正當法律執行構成「無法忍受之障礙」（ an intolerable handicap ）；因此，雖法院曾明示儘可能使用令狀，但法院絕不會僅因警方未聲請令狀，而認定具有可信理由之逮捕爲無效」。

而在近年之案例中，一九九一年最高法院於「河邊郡對麥克勞夫林」（ County of Riverside v. McLaughlin ）（註23）乙案中，更強烈明示上開之觀點，該案認爲犯罪嫌疑人在逮捕後在四十八小時內移送法院，應屬合理，但於特殊情形可予延長。如在四十八小時內，推定爲合理，主張「不合理」者須負舉證責任；如因特殊情形有超過四十八小時之必要，則主張「合理」之舉證責任在政府。此一判決既予地方治安當局處理犯罪案件足夠的彈性，同時又能遏阻對人權侵害之可能。該案之法官歐康娜（ Justice Sandra D. O'connor) 在駁斥主張二十四小時即已足夠之意見時，即稱：

「這種主張將迫使河邊郡—以及全國無數的地方政府—

『耗費更多稅金來僱用超額的警察與預審法官，才能大幅增加其刑事司法機關的效率，但憲法（第四修正案）並無此意。本院在「葛士坦案」判決中明確地要求在兩種正當而競合的關切中尋求一個「合理的折衷」（a reasonable accommodation between legitimate competing concerns），本院無非認定此種調整並不違反憲法第四修正案而已。」（註24）

上述兩案均明確顯示出美國法院在處理人身自由之釋憲案件時，乃採用「利益權衡」之觀點，兼顧「人身自由之保障」、「執法效率」、「財政與行政負擔」及「社會成本」等多數法益，以尋求作「合理折衷」之判斷，我國憲法第二十三條之比例原則亦同此旨趣，在判斷何者爲「必要」時，必須權衡相關之法益，選擇對法益損害較少之方法爲之，而所侵害之法益與所保護之法益間更不能明顯地(clearly and manifestly)有失均衡。

(3)合憲性推定原則

再者，解釋我國憲法時，亦應符合憲法解釋之基本原則—「合憲推定原則」(The Presumption of Constitutionality)之精神。按合憲推定原則乃衍生自權力分立原則及民意政治之制度。蓋基於權力分立，司法應自我抑制，以免侵犯國會之權限；而在民主政治之制度下，國會係由人民所選出，代表相當之民意，司法亦應予適當之尊重。故釋憲者在解釋憲法時，對國會制定之法律，在有明確之依據足以宣告其違憲無效之前，應作合憲之解釋。換言之，司法機關理應儘量尊重國會制定之法律而推定國會制定之法律爲合憲，此乃爲美國

與日本憲法之所同（註25）。司法院大法官釋字第四一九號解釋文所稱副總統兼任行政院長時，不生「顯然」牴觸權力分立原則之問題，茲二者職務既「非顯不相容」，因之爲合憲性之解釋。其中解釋文所稱之「顯然」「非顯不相容」云云，即具有「合憲推定原則」之精義所在。本件釋憲案亦應從此原則之意涵併爲考量。

五、許可制合憲性之判斷

按言論可分爲單純言論(pure speech)與非單純言論。以文字發表意見爲單純言論，以集會遊行以表達意見則非單純言論。兩者在憲法史上保障之始期有先後之別，但時至今日，已均涵蓋在表見自由之範圍，而同列爲憲法上之基本權利。

雖然如此，但從比較憲法之觀點言，非單純言論之本質究與單純之言論有本質上之不同，因此，事前之規範限制固不宜對憲法所保護之言論爲之，但對言論以外之事項，例如集會行爲之時間地點或方法等卻非不得事先之規範限制。析言之，集會遊行之事前許可制是否違憲，可從下列之因素判斷：

(1) 從群眾之危險特性判斷

按集會遊行固在藉其行爲表達某種特定之意見，但群眾行爲本即有下列危險之特性：

(a) 擴張性：

群眾在未達成目的前，人數及聲勢有擴張之趨勢；在欲望上亦有擴張性，且隨欲望擴張，情緒亦高漲，行

動亦愈見激烈。又因人類欲望常難知足，故群眾往往無止境的擴張欲望而失控。

(b) 感染性、被暗示性、模仿性、盲目性、激情性：

群眾中之個人由於相互感染，或受他人行為暗示，常盲目跟隨別人從事特別行動。此乃因個人自我意識消滅，產生一種集體性活動。此種思想有時乃是非理性的，個人之行為強烈附合團體行動與目標，群眾在活動中，易形成群體特性，尤其易受領導者之感染及暗示而行動，最終造成無法控制之狀況。

(c) 恃眾性、不負責任性、隱匿性：

個人在群眾中不易被識別，並以群眾作掩護，有恃無恐，而失去責任感，造成非理性、無所顧忌，膽大妄為而施用暴力。

(d) 暴力危險性、破壞性、攻擊性：

因群眾心理富有情緒之衝動性，行為易趨於極端、偏激甚且有破壞、殘暴之行為。又群眾在集會、示威遊行等過程中，如遇阻礙、挫析、被包圍、被命令解散或驅散時，常產生敵意，進而因憤恨引發恐嚇、辱罵、攻擊等行為，甚至毀損他人或公有之物品或設施。

因群眾之集會遊行具有上述特性，特別在都會地區，為維護公共秩序，採用許可制為事先審查，其使用之手段對人民言論自由所造成之限制，與公共利益之維護之間，並未構成顯著地失衡，即無違反憲法之問題。至於許可制之妥當性如何，則屬立法權限範圍。

(2) 從群眾之聚結影響交通、警力之分配及群眾與群眾對立之情形判斷

集會遊行非單純之言論發表，其行進之動線乃涉及交通之流暢；集會遊行之時間及所使用之工具亦涉及社區之安寧之維護；而遊行秩序之維持，更涉及警力調度有限資源之分配；而街頭群眾運動中更有時會有對立或具有敵意之不同團體存在，而增加暴力衝突之可能性。如採許可制，將容許主管機關得在事前妥為規劃、或溝通協調，並未違反比例原則或正當法律程序。

(3) 從主管機關審核集會遊行時不准之比例及原因判斷

自「臺閩地區警察機關處理集會遊行發生數統計表」分析，自民國八十一年以來，尚無因集會遊行之訴求目的而不准申請。舉例言之，民國八十五年申請集會遊行總計有二千四千零九件，但不准者僅有五件。分析其不准原因，則未於法定期限內提出者三件，妨害交通安全者有二件。民國八十四年申請者四千九百九十六件，不准者有十一件，至於不准之原因未於法定期限內提出者有九件，妨害交通安全者有一件，未出具場地同意書者有一件。其他各年度不准之比例亦是極低，而其原因則除上述列舉外分別係因遊行經過禁制區、同路線地點已有人申請或同地舉辦公私政見會。足見現行集會遊行法施行結果，實際並未縮限申請人言論自由之空間，至於有關集會遊行之時間、地點、或申請期間之限制則與言論自由本身無關，如此之限制係基於公共利益所為，衡諸集會遊行對公共秩序潛在之影響，其使用之限制手段顯未

逾必要之程度。

(4) 從美國、日本集會遊行相關之許可制規定判斷

美國憲法經由第十四修正案，使第一修正案有關言論自由及集會遊行自由之基本權利適用於各州，並使州政府制定有關言論自由或集會遊行相關法規時，不得違背聯邦憲法。如前所述，美國及日本之地方政府對於集會遊行採用許可制者所在多有。美國聯邦最高法院將言論自由分爲兩類，一種爲「純言論」(pure speech)，另一種爲「附加行動之言論」(speech plus)，亦即藉著肢體行爲將言論與集會兩種基本權利結合，集會遊行示威即屬之。因爲「附加行動之言論」之行動涉及訴求者之肢體動作，故與純言論之保護有所區別。聯邦最高法院認爲人民雖有權從事附加於言論之行動，但同時也賦與政府適當之權利規範其行爲，以確保公共安全與秩序。故美國之華盛頓哥倫比亞特區及紐約市、洛杉磯市、巴爾的摩市、路易士安那州法、舊金山市等均採許可制以規範集會遊行之附加行動之言論。此種限制如係對憲法所保障之純粹言論爲事前限制，則爲憲法精神所不許。但如係針對超出純言論範圍之有關行爲之時間、地點、方法爲事先審查許可則非憲法所不許。日本最高裁判所之見解亦同。是以無論在美國或日本，其所採取之許可制並未即違反正當法律程序或比例原則。我國集會遊行法雖採許可制，但精神與美、日實無差異，採用許可制或報備制乃屬立法政策問題，要難即認許可制即逾越憲法第二十三條所稱之必要程度。

(5) 從集會遊行法第二十六條有關比例原則之規定判斷

按集會遊行法第二十六條規定：「集會遊行之不予許可、限制或命令解散，應公平合理考量人民集會、遊行權利與其他法益間之均衡維護，以適當之方法為之，不得逾越所欲達成目的之必要限度」此即為比例原則之立法化。根據此項原則，未經報准許可之集會遊行，在未經命令解散前，依集會遊行法第二十五條，本不具可罰性。如再考量其對公共秩序影響之程度，非有必要，即可不予制止或強制命令解散。此所以單以民國八十五年為例，未申請而為集會遊行者即有一千一百六十六件之多，八十四年未申請者則為一千六百七十三件。故倘如未經許可或臨時偶發性之集會遊行於公共利益尚無顯著影響，則可不予警告、制止或強制解散。是故現行集會遊行法許可制之設，其執行當服膺於比例原則，非可專擅恣意為之，該項限制亦顯未逾所欲達成目的（保護公共利益）之必要程度。

(6) 從「民眾對集會遊行活動處理之態度」民意調查報告之結果判斷

按憲法係社會規範價值之反映，故人民對法規之認知與態度乃是解釋憲法時之重要參考資料。有關集會遊行究竟採許可制或報備制，國立政治大學選舉研究中心曾做民意調查，依其八十六年十一月二十八日提出之調查報告書所顯示，當訪問員問受訪者「關於人民想要舉辦集會遊行是否應向警察機關申請的問題，有下列四種不同的看法，請問您比較同意哪一種看法」。調查結果，認為「根本不須報備」者占受訪者有百分之一點八；認為「只要事後報備」者，占受

訪者有百分之一；認爲「事前向警察機關報備，不須核准」者，占受訪者百分之十四點五。合計認爲集會遊行不須經核准者僅占受訪者百分之十七點三，但認爲「應該事前得到警察機關的核准」者，竟然占百分之六十六點四，其他之百分之十六點三則爲無意見。又當問及「有人認爲『人民的集會遊行，如果事前沒有得到警察機關核准，可能會造成妨害社會安寧和交通紊亂』，對此種說法，請問您同不同意？」，調查結果，很不同意及不太同意者合計僅有百分之九點二，但有點同意（百分之二十二點八）及很同意（百分之五十四點六）者竟高達百分之七十七（無反應者占百分之十三點四）。自以上之調查結果分析，足見大多數之民眾均認爲以事前許可制爲最適當之制度，且認爲如不採核准制，社會安寧及交通秩序將會受影響。從而聲請人認爲集會遊行不須採事前許可制，報備制已足維護公共秩序云云，參諸前揭民調數據，顯與社會之認知有違，更遑論違反憲法上之比例原則。

結論

憲法第十四條規定：「人民有集會及結社之自由」，而集會遊行之目的不外爲意見之表述，故爲廣義之言論自由之一環。惟鑑於集會遊行之行爲特性，其本質究與以單純言論發表文字或言詞情形有別，故該自由並非絕對而不能受事前拘束。在美國嚴格之正當法律程序原則之限制下，其聯邦最高法院仍承認許可制乃是合於憲法之精神，日本亦然。故華盛頓特區、紐約市、洛杉磯及舊金山等即明文採取事前許可制。日本之京都、東京等市亦均採同樣之事前許可制度。足

見無論大陸法系或英美法系國家，或無論自比例原則或正當法律程序原則觀察，許可制並未當然違反憲法之基本精神。其間各國報備或核准制規定容有不同，但概屬立法機關在其權限內之立法政策問題，要與違憲性之爭議無涉。

要之，表現自由並非絕對權利，而爲相對權利，爲公共利益之須要，當然得予特殊之限制。集會遊行既非純言論，而群眾運動又有其特質，故基於公共秩序之考量，自得予以適當之事前限制。

此種限制如採報備制固合於憲法之精神，但採事前許可制時，如係基於「原則許可，例外不准」之精神，明確規定准駁之條件，並由客觀之成員參與准駁之判斷，且其決定准許與否時，其審核標準不涉及集會目的，而僅能限於技術程序層面之考量，則事前許可制之規定，並不違反憲法第二十三條之「必要」要件。而如從利益權衡量觀點判斷，亦未違反正當法律程序。至於情況急迫，有正當理由，不及依現行集會遊行法之規定提出申請，自可從立法技術予以解決，要與違憲與否無涉。微論依集會遊行法第二十六條之規定，主管機關於決定是否制止或命令解散前，仍有相當之裁量空間，並非該遊行示威之首謀者即當然爲刑事責任之主體。

總之，集會遊行法有關許可制規定之合憲性與立法之妥當性係屬不同之問題。依比例原則或正當法律程序，必須利益與損害（或成本與效益）之間有顯著地失去均衡方可謂違反憲法之比例原則。故縱認許可認不如報備制妥適，亦不等於許可制即爲違憲。聲請人主張許可制違憲云云殊屬無稽。

註 釋

註1：有關法社會學之解釋方法，參見碧海純一，法哲學概論，弘文堂，平成元年二版，第 208 至 212 頁；林紀東，中華民國憲法釋論，七十八年十一月改訂第五十二版，第 15 頁；楊仁壽，法學方法論，八十四年，第 161 至 166 頁。

註2：集會遊行採用許可制之國家不少。例如澳洲之新南威爾斯省一九九三年地方政府法(Local Government Act) Sect 68 第一條即規定：「A person may carry out a activity specified in the following Table only with the prior approval of the council. except in so far as this Act, the regulation or a local policy adopted under Part 3 allows the activity to be carried out without that apploval.」；新加坡即採取許可制，在其「Offences Against Public Order and Nuisance」第五條第一項規定：「The Ministry may make rule - (b) providing for the grant of permits for holding assembles and processions in public roads, public places, and places of public resort, and the fees to be charged therefor;...」。馬來西亞，加拿大之集會遊行法亦採許可制

註3：引自吳正順譯文，收於內政部印行，各國集會遊行有關法令輯要，七十六年八月，第 5 至 13 頁。

註4：日本昭和二十九年十一月二十四日最高裁判所判例要旨：「公安條例採用一般許可制作爲事前抑制者，雖違反憲法之精神，但爲維持公共秩序、防止妨害公共福祉，就特定之場所及方法，在合理明確之基準下規定事前應經許可

者，難謂其違憲」；又日本昭和三十五年七月二十日最高裁判所判例要旨：「公安條例對於得舉行集體遊行之場所僅作某種程度概括性之規定，或規定不論在任何場所舉行集體示威活動均應得到許可，其均屬不得已之事。又如規定除維持『社會安寧上顯有直接危險之情形』外應予許可，其所謂許可制實質上與申報制無異。」，引自許啓義譯文，收於內政部印行，前揭書，第34頁。

註5：日本昭和五十年九月十日最高裁判所判例要旨：「漩渦式及蛇行式之遊行，非表現思想不可缺乏之方式，予以禁止，並非不當限制表現之自由。此外，對於違反此項規定者之處罰，其範圍如何界定，爲立法政策之問題，公安條例如對參加者予以處罰，亦不違反憲法第二十一條之規定。」申報制無異。」引自許啓義譯文，收於內政部印行，前揭書，第34頁。

註6：日本昭和二十八年十二月二十三日最高裁判所判例要旨：「對於申請使用皇宮外苑以舉行勞動節慶祝典禮者，予以不許可之處分，係財產管理必要所爲之措施，並非假藉管理之名義而實質上限制表現之自由或集體行動之權利，故無違反憲法第二十一條及第二十八條之規定。」引自許啓義譯文，收於內政部印行，前揭書，第33頁。

註7：其原文爲：「No person shall be permitted to make or deliver any address, speech, or sermon upon any subject whatever in or upon any street, avenue,alley, footway, highway, or toher public space in the District of Columbia without first obtaining a permit in writing from

the Chief of Police.」，引自 District of Columbia Municipal Regulations, Title 24, Public Space and Safety, D.C. Office of Documents and Administrative Issuances, December 1996, p.7-1.

註8：以上引自法治斌譯文，收於內政部印行，各國集會遊行有關法令輯要，七十六年八月，第 59 至 96 頁。

註9：參見楊日旭，「論美國集會與遊行權—以聯邦最高法院判例舉證」，中山科學譯粹第二卷第一期，七十七年二月，第 21-23 頁；朱源葆，警察執行集會遊行之法令與實務，八十三年十月，第七十五頁；p.113-1133.

註10：參照 Konigsberg v. State Bar of California, 366 U.S. 36 (1961).

註11：Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht (Tubingen: Mohr, 8th ed.,1928) p.404.

註12：有關比例原則之論著甚多，可參見 Volkmar Gotz, Allgemeines Polizi-und Ordnungsrecht (Gottingen; Vandenhoeck & Ruprecht, 1st ed., 1970), pp.64-67; (5th d.,1978), pp.74-76; Bernd Bender, Staatshaftungsrecht (Karlsruhe; Muller, 3rd ed. 1981), § 229, p.89; § 824, p.282; Walter Jellinek, Verwaltungsrechts (Berlin; Julius Springer, 1931, reprinted 1966, Bad Homburg, Berlin and Zurich: Max Gehlen), pp.432-441; Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts (Muchen & Berlin: Beck, 9th ed., 1966), Bd.I:Allegemeiner Teil, p.68; (Muchen; Beck, 10th ed., 1973),p.70; Hans J. Wolff & Otto Bachof, Verwaltungsrecht I (M nchen: Beck, 9 th ed., 1974), 30 II b 1, pp.178-180; Eberhard Grabitz, "Der Grundsatz der Verhaltnismassigkeit in der Rechtsprechung des Bundesver fassungs-

gerichts" (1973) 98 Archiv des offentlichen Rechts 568-616.

註 13 ： Sanford H. Kadish, "Methodology and Criteria in due Process Adjudication--A Survey and Criticism"66Yale Law Journal 319,325 (1957)

註 14 ： 在 Matthews v. Eldridges 424 U.S. 320,334 (1976), 法官 Powell 稱 ： 「 Due process, unlike some legal rules, is not a technical conception with a fixed content... Due process is flexible and call for such procedural protections as the particualr situation demands. 」。

註 15 ： See Powell v. Albama, 287 U.S. 45, 66-67 (1932), 自該案以後人權法案之內容才變成正當程序條款之內容，但最高法院為正當法律程序條款之制定者 (drafter) 並非有意使人權法案之所有條文均成為正當法律程序之內容， see Malinske v. New York, 324 U.S. 401,412,415. 以上均引自 Kadish, supra at p.324, note 32.

註 16 ：引自葉俊榮，環境行政之正當程序（台北：著者自版，一九九三年），第 75 頁。

註 17 ： Lawton v. Steele, 152 U.S. 133 (1894).

註 18 ： 「 The means are reasonably necessary for the accomplishment of the purpose, and not unduly oppressive upon individuals. The legislature may not, under the guise of protection of the public interest, arbitrarily interfere with private business, or impose unusual and unnecessary restrictions upon lawful occupations. 」 ， id. at p. 136.

註 19 ： 「 The constitutional guaranty demands only that the law should not be unreasonable, arbitrary and caprious, and the means selected shall have real and substantial relation to the objects. 」 ， Nebbia

v. People of State of New York, N.Y., 291 U.S. 502,505 (1934). 在另案中，法院則將 "real and substantial" 稱爲 "reasonable and substantive"' ， U.S. v. Smith D.c. Iowa, 249, F.Supp. 515, 516, 引自 Black's Law Dictionary, 5th ed., 1979, p.449.

註20：424 U.S.319.

註21：「 More precisely, our prior decisions indicate that identification of the specific dictates of due process generally requires consideration of three distinct factors: First, the private interest that will be affected by the official action; second, the risk of an erroneous deprivation of such interest through the procedures used, and the probable value, if any, of additional or substitute procedural safeguards; and finally, the government's interest, including the function involved and the fiscal and administrative burdens that the additional or substitute rocedural requirement would entail. 」 ， id. at 336.

註22：420 US 103 (1975) .

註23：111 S.Ct. 1661 (1991).

註24：Ibid.

註25：有關合憲推定原則之討論，參見劉慶瑞著，「論美國司法審查權的界限」，收於「憲法論文選輯」，第四四五頁至四四六頁；李鴻禧著，「釋憲制度本質之探究」，收於「違憲審查論」，作者發行，一九八六年，第三五二頁。

法務部代表行政院對「集會遊行法是否牴觸憲法」釋憲聲請案綜合意見書

目錄

壹、序言

貳、法務部代表行政院對集會遊行法之制定與規範內容是否違憲之看法及理由

參、外國立法例與實務先例

肆、本案爭點之抗辯

伍、總結

壹、序言

依集會遊行法第八條之規定，室外集會遊行應於事前向主管機關申請許可，同法第十一條復規定，除有列舉之六款情形之一外，主管機關應予許可。未經許可之集會遊行或有違法情事發生，經該管主管機關警告、制止、命令解散而不解散，仍繼續舉行，經制止而仍不遵從者，依集會遊行法第二十九條規定，首謀者處二年以下有期徒刑或拘役。本案釋憲聲請人因未經許可舉行集會遊行，遭主管機關命令解散而不解散，經制止仍不遵從，被法院判決確定處以刑罰，遂以集會遊行法違憲而提出本件釋憲案。

貳、法務部代表行政院對集會遊行法之制定與規範內容是否違憲之看法及理由

一、集會遊行法係民主憲政體制下保障集會遊行自由之法制，非戒嚴制度之產物：

我國集會遊行之法律係解嚴後，為保障合法舉行之集會遊行及順應當時環境之需要所制定之法律，由總統於民國七十七年一月二十日公布施行，名稱為動員戡亂時期集會遊行法。其後因動員戡亂時期之終止，於民國八十一年七月二十七日將名稱修正為集會遊行法並修正相關規定，以應社會的新發展趨勢，故集會遊行法乃平時狀態下所制定，非戒嚴制度之產物。

二、集會遊行法係為保障集會遊行自由及維護社會秩序而制定：

集會結社乃憲法保障之基本人權之一，為落實保障集會結社之自由，民主憲政國家透過立法予以合理規範，不乏先例（註一）。我國憲法第十四條規定：「人民有集會結社之自由。」遊行乃廣義之集會之一（註二），二者通認為是表現自由方式之一。規範集會自由的法律，都從表現自由之人、時、地及方式加以管制，而非對表現自由之內容加以限制。亦即集會遊行法係本於集會遊

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之目的，其符合憲法第十一條保障表現自由所追求之基本價值（追求眞理、健全民主程序、自我實現等），與憲法規定之精神目的並無違背。

三、集會遊行法係依憲法第二十三條法律保留原則及比例原則而制定，屬於立法政策問題：

人民之基本權利應予維護，雖為法治國家之基本任務，但並非表示各個基本權利之保障範圍均不可加以限制（註三），我國憲法第二十三條明定為「防止妨礙他人自由」、「避免緊急危難」、「維持社會秩序」、「增進公共利益」等四項公益原則所必要之範圍內，得立法加以限制之。換言之，為避免集會遊行活動侵害公益而對民眾之生活安寧與安全、交通秩序、居家品質或環境衛生產生影響或侵害時，依憲法第二十三條規定，基於法律保留及比例原則，非不得以法律為必要之限制。

四、集會遊行法採用許可制是立法衡量之結果：

各國對於集會遊行之限制，向有預防制與追懲制兩種制度，前者又可區分為許可制與報備制，採用許可制者，例如日本、美國，採用報備制者，例如韓國、德國。許可或報備制之採酌，係基於集會遊行之性質與社會秩序維護之目的等因素之考量，我國究應採取許可制或報備制，憲法並未設限制規定，而委由法律定之，故無論採用何制，在符合憲法第二十三條之公益原則，且未逾越必要程度時，即不發生違憲之問題（註四）。

五、刑事罰係以反社會性、可非難性之可罰性行為為對象，並以保護社會法益為依歸，集會遊行法所採之刑事罰規範之行為，並無不妥：

行政罰與刑事罰均係對違反法律所施之制裁，立法上自得衡量該違法行為之反社會性之強弱、可非難性之高低，決定採用行政罰或刑事罰。集會遊行法第二十五條規定對於未申請經許可或違反法定事由之集會遊行，主管機關得予警告、制止或命令解散，如

經命令解散而不解散者，仍繼續舉行經制止仍不遵從時，其行為之反社會性至為明顯，是在此情形下，依同法第二十九條之規定就其首謀者處以刑事罰，循刑事訴訟程序追訴處罰，從立法政策上採刑事罰，並無不妥。

綜上說明，集會遊行法是為保障集會遊行自由及維護社會秩序，於解嚴、終止動員戡亂後所建立之法制，並依據憲法第二十三條法律保留原則及比例原則，採用許可制及對部分違法行為科處刑事罰，此乃立法選擇與衡量問題，與憲法規定並不牴觸。

參、外國立法例與實務先例

一、日本

日本憲法第二十一條第一項規定：「集會結社及言論自由出版及其他一切表現之自由，應保障之。」日本並無統一之集會遊行法，僅有散布於各都道府縣之公安條例中明定之，規定集團行動的舉

行須先向公安委員會取得許可（註五）。法院實務案例之見解認為許可制在為維護公共秩序，防止公共福祉顯然被侵害下（為了公共福祉不得已的最低限度內），對集會遊行之行動，依公安條例規定之特定場所或方法，基於合理且明確之基準下，始予許可，並無違憲之虞（註六）。

二、美國

美國與日本相同並無聯邦法律規範集會遊行之自由，所有管制規定，均在州政府以下制定。美國憲法修正案第一條雖明文規定國會不可立法剝奪人民和平集會的自由，但最高法院就集會遊行應事先取得許可的實務見解係認該規定並不當然違憲（註七）。主要之理由在於保持必要之公共方便而對集會遊行時間、地點和方式上所為之衡量，給予執法機關事前提供警戒之機會，避免同一時間不同遊行之競爭使用，確保使用街道之安全及減少脫序之危險，是符合憲法第十四條修正案之平等保護原則與正當程序。

肆、本案爭點之抗辯

一、集會遊行法對集會、遊行採取許可制不採報備制，是否違反憲法第十四條規定之集會自由或憲法第二十三條之規定？抑或仍屬立法權限之範圍？

為確保集會遊行舉行之自由、合理規範及有效管理集會遊行活動，集會遊行法立法當時即對許可制與報備制加以比較分析，衡酌解嚴後之社會狀況，依據憲法授權所為立法衡量，採用許可制，其理由歸納如下：

（一）憲法第十四條規定係人民基本權之保障條文，我國憲法第二十三條復對基本權利設有概括之限制，則憲法各條有關人民自由權利之保障，應兼具個人保障及制度保障之效力。

（二）憲法第二十三條規定之比例原則，應係以公益為最高判斷基準，室外集會遊行因涉及公共場所之提供一般公用及可能與他人之人權保障衝突等考量，於維持公共秩序及防止侵害公

共利益之必要範圍內，對於其時間、場所及方式，於明確合理之基準下，給予許可，並非對憲法所保障之人民自由權利予以不當限制。

（三）依集會遊行法規定室外集會遊行採準則主義之許可制，並非採核准主義（第八條），對集會遊行之申請，除同法第十一條列舉之六種具體事由外，主管機關應予許可，即主管機關只能依上開規定為准駁之處分，無權違法而不予許可，如未於期限為准駁者，亦視為許可集會遊行之申請（第十二條第三項），而與單純之許可制有相當之差別，是立法上已衡酌人民基本權利之保障及公益的維護，要無逾越憲法第二十三條之必要範圍。

（四）採酌事前許可或報備制何者為佳，係以審愼態度審酌及民眾所能接受之程度加以考量。集會遊行係一種群眾活動，雖為集體表達意見之方式，但基於群眾集結，可能失控與潛在對社會秩序產生威脅之特質（註八），合理且有效的管理集會

遊行活動，誠屬必要。解嚴後，集會遊行之活動頻繁（註九），採用許可制可使主管機關對集會遊行活動及早未雨綢繆，妥善規劃交通管制、協助維護秩序等事項，並使主管機關與申請人有充分溝通之時間與空間，均屬方法或手段之管制，其目的在維護公共安全與秩序，確保民眾生命、身體、財產及其他權益，符合公益法則。

綜上說明，集會遊行法採用許可制，並未逾越憲法第二十三條所定之必要範圍，應屬立法政策與立法衡量之範疇，非違憲問題（註一〇）。

二、是否依集會、遊行場所及時間之不同，而分別採取許可制或報備制？

集會遊行法第八條規定室外集會原則上應事前向主管機關申請許可，但屬於學術、藝文、體育或宗教、民俗、婚喪等活動，則無需事前申請，乃兼顧社會秩序與民情之需要，在安全考量、交通管制及公共安寧上，事先裁量，符合對於公共場所集會權之保障。至室

內集會則採不干涉態度，因其無影響大眾社會生活及交通秩序之虞，故規範集會遊行活動，係以人、時、地、事之不同而設之不同限制規定，要屬立法衡量範圍與憲法保障集會自由目的無違。

三、集會遊行法第四條規定：「集會遊行不得主張共產主義或分裂國土」是否違反憲法第十一條之言論自由、憲法第十四條規定之集會自由及憲法第二十三條規定比例原則？

（一）言論自由為內在思想之自由，惟本質上涉及社會多數人之權益，理論上有加以或多或少限制之可能，僅限制之衡量標準不同而已。如言論自由之不當行使，同樣可能涉及誹謗、侮辱等犯罪行為，應受處罰，是為例證。

（二）大法官釋字第三六四號（電波頻道之平等接近使用）、第四〇七號（猥褻出版品之查禁）及第四一四號（藥物廣告之限制）等有關憲法對言論自由之相關解釋，均肯認限制言論自由或其表達方式之立法，並未違憲。

（三）我國自民國七十六年七月十五日解嚴、八十年五月一日終止動員戡亂，回復平時憲政，惟衡諸兩岸關係，中共對我之敵對狀態並未消除，其以武力威脅、飛彈恫赫之危險仍存在，故在維護國家安全及社會秩序之前提下，對於集會遊行所涉之有關國家安全之言論因可能產生內部不安，故仍有限制之必要，以避免中共可能之威脅及危險行為。

（四）依集會遊行法第八條及第十一條之規定，室內及部分室外集會、遊行，並無須申請許可，而須申請許可之集會、遊行，則原則上應予許可，僅例外有具體而明確之情形時，方不予許可。至於不許可之法定事由中，僅有違反同法第四條集會遊行不得主張共產主義或分裂國土之規定一種情形涉及表現內容自由，其餘均與此無涉，而集會遊行法第四條之規定係基於憲法規定而來，主張共產主義與分裂國土之集會遊行，危害中華民國之存在或自由民主憲政秩序，參照憲法增修條文第五條第五項之規定意旨，應不受憲法保障，集會遊行法

之此項限制規定，符合憲法第二十三條之意旨，應無違憲問題。

四、集會遊行法第十一條對室外集會之限制是否違反憲法第十四條規定之集會自由或憲法第二十三條規定？

集會遊行法第十一條對於室外集會規範係採原則許可，例外以列舉方式，規範六種情形不予許可，即一、違反第四條（禁止事項）、第六條（禁制區）、第十條（負責人、代理人或糾察員之消極資格）；二、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；三、有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞者；四、同一時間、處所、路線已有他人申請並經許可者；五、未經依法設立或經撤銷許可或命令解散之團體，以該團體名義申請者；六、申請不合第九條（申請之要件）者。分析上開六種禁制原因，均係以促成集會遊行活動之順利進行，並兼顧公共利益及一般民眾利益之保障，屬必要限制範圍。此外，集會遊行法第二十六條並

定明集會遊行之不予許可應公平合理考量人民集會遊行權利與其他法益間之均衡維護，不得逾越所欲達成目的之必要限度，足以限制否准人民集會遊行申請之原則性規定，與憲法第二十三條所定意旨相符，當無違憲問題。

五、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。」不採行政罰，而採刑罰規範方式是否適當？

（一）人民之自由權利於有憲法第二十三條所列之四種情形，必要時得以法律限制之，至必要與否，則依比例原則定之。集會遊行乃表達憲法所保障之言論自由的一種方式，惟此種表達方式，因已凝聚群眾，且群眾之情緒易遭致激化，而致失其控制，故對集會遊行群眾應為妥善管理；另一方面此種言論表達方式同時亦可能侵害他人之安寧，對主管機關而言，亦需謹慎處理，以維護公共利益及第三人之權益。集會遊行法

第二十九條之立法目的，係以期由適當規範，以保障人民言論表達之自由並避免群眾失控致影響他人之安寧或交通之便利。因舉辦集會遊行者有義務維持集會遊行秩序，如有違法而經主管機關警告、制止或命令解散而不解散，再制止仍不遵從時，其違法狀態，顯已對社會秩序產生相當危害，而具有刑事制裁可罰性，對違反義務之首謀者科以刑罰，應屬適當。但對於參與之群眾則未有任何處罰可相對照。

（二）違反集會遊行法與相關刑事犯罪，例如聚眾妨害公務罪、公然聚眾不遵令解散罪等，均涉及公權力之執行及社會秩序之維護，科處刑罰，誠屬必要。

六、如採報備制則如何兼顧社會秩序之維持？若危及公共利益時如何因應？

報備制與許可制相同，均屬事前管制方法，許可制度給予主管機關與申請集會遊行之負責人間有溝通之空間與時間，可透過雙方之協調，對可能發生之種種情況進行瞭解與防範，可減少社會成本的

支出，達到維護社會秩序及兼顧公共利益之目的。反之，報備制屬於單方通知行為，欠缺溝通之機制，其預防功能降低，對公共利益及民眾權益之保護未臻周全。集會遊行法制定及修正過程對於採用許可制或報備制曾反復不斷討論，故採用許可制係立法選擇與政策考量的結果。

七、對於不及依集會遊行法第九條規定提出申請之集會、遊行，是否及如何予以規範？

集會遊行法第九條第一項但書規定，因天然災變或其他不可預見之重大事故而有正當理由者，得於二日內提出申請，是對於有急迫情形之申請作不同之規範，以符合集會遊行應屬有組織、有共同目的之活動，而與欠缺心理上動態互動性與共同目的之偶發性集合群眾有所區別。集會遊行法已足以兼顧緊急集會遊行之申請，給予合理之規範。

八、其他

（一）按「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。」前經司法院大法官釋字第三七一號解釋釋定在案。高等法院並無所稱「故意放棄職權」之可議。

（二）憲法第七十八條規定司法院解釋憲法並有統一解釋法令之權，則司法院所審查者為抽象規範之是否合憲，與警察執法是否妥適？行政裁量有逾越或濫用？等均為具體事件之衡酌，應非本釋憲案所得審究。

（三）按法官依據法律獨立審判為憲法第八十條所明定，高等法院判決應否考量有無實質惡害，為司法審判權之行使，當非本案應衡量事項。

伍、總結

集會遊行法係於解嚴、終止動員戡亂後，為合理規範集會遊行

、確保表現自由及維持社會秩序所制定及修正之法律。其立法目的與規範內容均與憲法第十一條、第十四條及第二十三條規定意旨相符，應無違憲可言。

註解：

註一：各國集會遊行法有關法令輯要，內政部，七十八年八月，內錄有日本、西德、韓國、美國、英國等國之集會遊行法令可資參照。

註二：張嘉政，論集會遊行自由之事前限制，憲政時代，第十六卷第二期，頁四一至四八；黃清德，論集會遊行自由限制、禁止與解散之執法原則，警專學報，第五期，頁四〇〇至四〇三。

註三：曾繁康，比較憲法，頁一六九；林紀東，中華民國憲法釋論，頁一四九。

註四：林紀東，前揭書，頁一四九。

註五：例如昭和二十五年東京都條例第一條本文規定「擬在道路、

其他公共場所舉行集會或集團行進時，或不問任何場所舉行集團示威運動時，應經東京都公安委員會之許可。：：：」

註六：日本最高大法廷判昭和二九．一一．二四刑集八卷一一號，頁一八六六；日本最高大法廷判昭和三五．七．二〇刑集十四卷十九號，頁一二四三。

註七：Jerome A. Barron ET AL.,CONSTITUTIONAL LAW,341(1991);Cox v. New Hampshire, 312 U.S. 307 (1967);Walker v. City of Birmingham, 388 U.S. 307 (1967).

註八：楊世智、劉承武、白政宏合著，群眾抗議行為之類型與違法之界定及防制，收錄於法務部暨所屬各關機八十三年度研究發展項目法務研究選輯，頁一一〇三以下。

註九：內政部警政署聚眾活動資料統計表。

註一〇：司法院大法官釋字第一九四號及第三〇二號亦有認屬立法衡量之範圍之例，而無違憲之問題，可資參照。

壹、序言

依集會遊行法第八條第一項本文規定，室外集會遊行，應向主管機關申請許可。同法第十一條第二款復規定，除有事實足認為有危害……社會秩序或公共利益之虞，主管機關應予許可。另依同法第十四條規定：「主管機關許可室外集會遊行時，得就左列事項為必要之限制：……三、關於維持交通秩序……之事項。」可見主管機關對室外集會遊行，如有事實足認有危害社會秩序或公共利益之虞，或關於維持交通秩序之事項，均可例外不予許可或為必要之限制。蓋該集會遊行活動因侵害公益且對交通秩序產生影響而以法律限制之，應符合憲法第二十三條規定「為防止妨礙他人自由」、「避免緊急危難」、「維持社會秩序」、「增進公共利益」所必要者，而以法律限制之法律保留之原則，而上開集會遊行法規定亦符合同法第一條第一項規定維持社會秩序之立法目的。

貳、從維護交通秩序之觀點，贊同集會遊行法準則許可制之精神

為維護交通秩序，確保交通安全，集會遊行法採準則許可制，係值得肯定的，因集會遊行活動可能因量增而產生質變，易影響交通秩序，有害交通安全，採準則許可制，可讓主管機關對集會遊行活動及早未雨綢繆，妥善規劃交通管制，以維護交通安全與

暢通，避免交通陷於停滯或混亂，造成妨[illegible]他人使用道路之權[illegible]，另依「民眾對集會遊行活動處理之態度民意調查報告書」（計畫主持人：陳義彥教授；執行單位：國立政治大學選舉研究中心；八十六年十一月二十八日）中表B6就「人民的集會遊行，如果事前沒有得到警察機關核准，可能會造成妨害社會安寧和交通紊亂」，對這種說法表示有點同意及很同意者之百分比，高達百分之七十七點四，足見民意調查結果就集會遊行活動可能會造成交通紊亂是持肯定之立場的，故現行集會遊行法應維持準則許可制，方足以維護交通秩序。

參、未經許可從事集會遊行，妨害交通秩序之案例

集會遊行活動影響最顯著而首當其衝者為交通秩序之衝擊，其所付出之社會成本，實難以估計，茲舉數例如下：

一、七十八年十二月縣長選舉開票結果，台南縣縣長候選人李宗藩先生率領群眾抗議開票作業不公，霸佔高速公路新營段，造成高速公路交通嚴重堵塞。

二、八十一年四月十九日施明德先生以「總統直選」為訴求，率領群眾夜宿台北市忠孝西路火車站前，達四天之久，嚴重影響火車站附近來往交通。

三、八十五年十二月桃園縣福昌紡織公司員工，因勞資糾紛，員工曾茂興先生率領民眾在八德鐵路平交道臥軌抗議，嚴重妨害鐵路交通，有八十六人被移送地方檢察署偵查起訴。

肆、結論

由上述所舉嚴重影響交通秩序之集會遊行案件可知，我國集會遊行法應維持準則許可制，對交通秩序及交通安全確有助益，而方足以維護社會大眾行之權益，是以，集會遊行法採準則許可制，應符合憲法第十四條保障人民集會自由之意旨及憲法第二十三條法律保留之原則。

司法院大法官審理解釋案件言詞辯論筆錄

聲請人：高○火

陳○男

張○修

關係機關：行政院
法務部
內政部

右聲請人等聲請解釋案，於中華民國八十六年十二月五日上午九時

在憲法法庭公開行言詞辯論，出席大法官及書記官如左：

審判長大法官翁岳生

大法官劉鐵錚

吳庚

86. 4. 20,000

大汉倉王和雄

王澤鑑

林向謀

施文森

城仲模

孫森焱

陳計男

曾華松

蕭翔飛

楊碧英

大法官戴東雄

書記官謝秀卿

洪西東

方蘭明

曾超智

劉夢蕃

朗讀案由

審判長：

一、本案依司法院大法官審理案件法第十三條第一項有行

86. 4. 20,000

言詞辯論之必要。

二、關於本案行言詞辯論時是否開放傳播媒體實況轉播乙事，業經本院八十六年十月二十六日第二七〇三次、八十六年十二月三日第二七〇六次審查會決議：本案已公開審理，並設有記者席，不開放錄影錄音。

三、參加本次言詞辯論者有：聲請代表人：張○仔，訴訟代理人：張律師俊雄、洪律師貴參、黃教授家樂。相關機關：行政院代表人：江次長清馥、行政院勞工委員會代表人：林次長錦鋸、內政部代表人：警政署丁署長原

逕訴訟代理人－琴教授震傑、蘇教授永欽、羅律師明通(4)交通部代表－胡專員文棟。六、莊庭學者：李教授、法治斌教授、陳志陽教授。

四、本日言詞辯論之程序及時間分配為：

(一)首先由聲請人、相關機關陳述意見，時間各四十分鐘；

(二)莊庭學者陳述意見，時間各二十分鐘；而後由聲請人代表與相關機關代表逕行交互辯論，時間各四十分鐘；接續為交叉詰問，時間各十分鐘；最後為補充陳述意見，時間各五分鐘。

六、聲請人及相關機關所使用之時間均包括訴訟代理人之陳

述時間在內，時間息滿前一分鐘，以鈴聲一響提示，鈴聲二響，則表示時間已到。

3、請注意控制時間，針對爭點，提綱挈領、簡明扼要的辯論，不要偏離主題，不要重複相同的論點。

4、陳述人陳述時，請至發言台，首先陳述自己之姓名與職銜。

首先由聲請人及相關機關陳述意見。

張○修先生

審判長、各位大法官，許是釋憲聲請人張○修，首先簡單敘述本案始末，以便各位對案情有個初步了解。聲

請人張○修等三人在一九九三年十月四日向台北市政府警察局
申請一九九三年十月九日上午十時至下午二時集會遊行，地點
為：台北市政府。目的為：抗議台北市政府違法(倾)倒廢土至
台北縣。台北市政府警察局認為李申請未於六個(日)以前
提出，核定不准，李人乃與環保人員商量後改為定點請願
，約定時間在十月九日上午十時十分於台北市政府見面，當
天(日)李人與高○炎敏陵，陳○男國大代表，由三重市出發時，
途經台北市忠孝橋上即(超)(過)台北市政府警察局舉牌命
令解散並沿途設路障阻礙車隊前進，嗣後聲請人三人等
即被台北地方法院士林分院檢察署以該日違反集會遊

86. 4. 20,000

行法為理由，提起公訴，並經白廖士林合院判決有罪，聲請人三人在搭蓋一審判決後遂提起上訴，經高等法院依違反集會遊行法第二十九條判決拘役三十日，判決確定後，許等即根據司法院大法官審理案件法提起釋憲聲請。

探討集會遊行法是否違憲之前，宜針對該法之結構做一必要之了解。許國集會遊行法第一條規定「為保障人民集會、遊行之自由，維持社會秩序，特制定本法。」但從整個組織結構來看，具特色屬概括性，禁止人民集會結社之自由，對於室外遊行、公共場所、公眾得出入之場所所舉行會議、演說或其他聚眾活動均須申請，除同法第八條所規定外，均應向主管

機關舉行集會遊行，應由負責人填具申請書，於六日前向主管機關申請許可，提出申請後到底能否舉行，仍由主管機關根據同法第十條之規定。事實上警察機關對同法第十條是採準則許可制，同條第六款請「申請不合者九仔規定者」，同條第四款「不得主時主地」不得主張國土，集會地點在S禁制區，負責人不符第十條所規定之資格；有事實足認危害國家安全，社會秩序或公共利益之虞時，或是有違反法令，妨害他人之權利自由或財物造成重大損害之虞時，同處所、地點、路線有他人申請並經許可等事由，警察機關得(得以)制止或命令變更之。

86. 4. 20,000

參機關對於人民提出(之)申請(不予許可)者，得(拒絕之)權限。

根據同法第二十五條主管機關(對)集會遊行(聲告)，(制止或命令解散)：應經許可(而未經許可)者，許可(被)撤銷(而)擅自舉行，(許可經)集會遊行(申)請(書)(違反)許可(條件)事項(而違反)情節重大(者)，(許可)參機關也(得)制止或命令(解散)。同(條)的(依)同法第四所規定申請之集會遊行，如違反(前)之時，也(得)以(制止)之。警告，制止或命令解散。其他所謂違反法令者，如警(察)機關認為違反法令(而)(作相同之)處理，(依)第二十九條，經制止仍不遵守時，則以刑法(第)妨害公務首謀者，處以二年以下有期徒刑或拘役，(第)則以此(條)(論)處罰。

從了解整個集會遊行法後，實有必要從憲法規定訂論

集會遊行法究竟是合憲或違憲？憲法第十條規定「人民有言論、講學、著作及出版之自由」；第十四條「人民有集會及結社自由」，基本上兩者列總稱為「表現自由」。從集會遊行與表現自由在憲法上之地位而言，立憲主義是近代國家建立其國家體制最重要的基本原理，而自由主義與民主主義更是近代立憲主義的主要內涵。在立憲主義、自由主義與民主主義的基本原理之下，所謂的憲法不外是人民基於自己意願所共同締結的社會契約，而人民所以締結此社會契約的目的，不外是要確認、保障人民擁有先天不可侵犯的基本人權，用以確保私人領域的自主性，以防止國家公權力

86. 4. 20,000

的濫權侵害；在這種自由主義的前提下，對於公共事務之推動，憲法則依民主主義之原則強調統治者與被統治者的同一性，規定了公權力的權力來源基礎與其基本原理，並保障人民當然有基於參政權及其他權利直接或間接參與政治，使政治真正成為民有民治民享的公領域。因此，向他人或社會表達其思想及成果的手段與機會必須被獲得保障，內在精神自由的保障才有意義，而人們擁有各種手段、機會以表現自己思想等的自由也因此當然是憲法所保障的基本人權，而這也正是所謂的「表現自由」。言論、出版、集會、結社等皆是表達思想信仰的手段，他們皆屬於表現自

由，對於民主主義而言更是不可或缺的基本要素，因為民主主義的本質之一就是公意政治，而公意形成的前提就是須讓所有國民充分表達其對公共事務的意見，以促成政治意思決定後的決定，因此表現自由是國民參與政治意思決定的基本前提，欠缺表現自由，參政權將喪失其實質的意義。因此表現自由是民主政治存續發展的必要條件，也是近代民主國家存立的基礎，易言之，表現自由正是支持民主秩序不可欠缺的支柱，也是形成民主秩序最基本的手段與方法。

事實上，民眾自由地活用思想、言論、集會、結社等的精神自由，而彈性地去維持這些自由的運用才是實現民主秩

86. 4. 20,000

序的正確作法，讓人民能自由表達意志並表達思想，民主的秩序才能自律的形成。

在代議制為主的間接民主制之下，人民對政治參與的管道受有相當的限制。除了選舉手段之外，人民要透過大眾媒體表達意見的機會都幾近不能。在任由少數政治菁英決定國家的政治(組)構與社會條件下，許多群眾之所以會參與集會遊行常是因為政治管道不通，而讓民眾不滿的政治條件已然形成之故，因此集會遊行常是衡量政治運作的測量器。它是間接民主制之下保持民意能進入政治最重要的途徑之一，其重要性甚至超過其他的表現自由。

而且參與集會遊行可讓帝民們和相同意見的人合力共同的風氣並互相激勵，又可向不特定的多數民衆呼籲以促使其他民衆支持其意見主張，因此，集會遊行如能具有動態集會場所的性質，而發揮其表達意見之功能，這可說是大家表達政治意見、交換政治意見最好的場所。

以美國為例，表現自由雖具有其內在的界限，然而由於表現自由在民主政治的實施過程中扮演著極重要的角色，因此在憲法學上之判例的發展中，對表現自由的保障產生與其他自由權不同而且突出的法理論，例如

一、表現自由為核心的精神自由具有比經濟自由更優越

86. 4. 20,000

的地位。(preferred position)

二、對言論、出版等表現出現於外部之前，不得以公權力壓制

禁止之，此即禁止事前抑制之法理。

三、對於表現自由的限制，法律的規定與標準必須明確（

definiteness），此即明確性之法理；

實際上，在司法機關審判具體個案時，更依據上三項原則引

伸為具體的標準與法理，例如：

「比較衡量原則（balancing test），也就是就具體的個案比較

社會各種的利益，並考量表現自由保障所帶來的價值以

及限制表現自由所帶來的價值，以決定限制的幅度與

方法是否恰當；

二、「明顯而且立即之危險」（clear and present danger）原則。

三、「可選擇之較小限制之手段」（less restrictive alternative）原則：表即對各種可能的限制手段，比較衡量其必要性、有效性或對社會影響程度，而以限制度最小之手段為基準，衡量限制手段在具體個案中的合憲性。

四、「表現與行動分離」（expression-action distinction）原則：表即表現僅止於表現時，其自由原則上就應被保障，即使該表現看起來有被取締的必要，也不能壓制其表現，只能當表現轉變成妨礙他人權利的行動時，才能

86. 4. 20,000

加以限制。

集會遊行既為人民表達自己思想主張的重要手段，當然

應受到表現自由所受到的各種保障。

○許可制是立法者對集會自由所為之限制，應立法者圍內有

相當之

裁量，但基本權利乃為客觀之法，具有直接拘束行政、立法

、司法之效力，同時在法治國原則之要求下，立法者限制基本

權利，非可恣意而為，仍須符合憲法上之要求，如法律保

留、比例原則、本質內容（Wesensgehalt）保障等，始屬合憲。

此即「基本權利限制之限制」。因此，集會遊行法之許可制非

到直接認其屬於立法權限之範圍，仍須進一步檢討其是否

符合憲法的要求，否則關於基本權利侵害之違憲審查制度即無存立之餘地。

我國許列之規定，基本上係仿效日本與德國立法例而來。因此，在我國在未合適行法許列之合憲性解釋上，除應注意日本法上的行生爭議，更有重視德國之傳統見解，將之解釋為違憲而改採報備制，始足杜絕爭端。

依比例原則而言，違例原則作為違憲審查基準，學經大法官因解釋中一再重申。比例原則依其審查程序，可區分為三子原則，即適合性原則，必要性原則與比例原則。適合性原則是指一手段需適合達成所

86. 4. 20,000

意欲之目的，一手指施有助於目的之達成，即是適合的，但若一手指施根本無法達成目的，或加深目的達成之困難，則是不適合的；必要性原則是指立法者在多段適合之手段中，必須選擇最小干預手段之手段，不能以「大砲打小鳥」，亦即在別無其他同等有效且對基本權利未予限制或限制較小之手段可供選擇時，立法者所選擇之手段始為必要，比例性原則是指手段不得與所欲追求之目的不成比例，對此必須針對手段所侵害之法益及其所增進之利益加以衡量，於此意思是一種利益衡量之要求。

張先生，四十分鐘是包括陳述代理人之(陳述)時間，請注意時間分配。

張○○律師：

依照(依)集會遊行法第九條規定，一定要在六日之前向主管機關申請許可，然許可制之目的，是在於危險控制，藉以避免(得)國家安全、社會秩序或他人法益形成危害。然而，危險控制須先有警察機關之危險判斷，而警察機關之危險判斷更繫於其所為之危險預估，此種預估之正確與否，則取決於警察機關所得之資料是否充分、具体。故此種預估有賴於相(依照)關單位，遊行前之一切情事予以判斷，方足以有較高之正

86. 4. 20,000

確性，並使警察機關形成確信。若未應時間的因素，此種預估在本身會，進行舉辦前越接近之情事，愈足以左右預估判斷之結果。依我國現行許可制而言，硬性要求須於六日前填具申請書提出申請，事實上，一般在填具申請書時，警察機關如何掌握該紙申請書所為危險預估或危險判斷？大概也是恣意依自由心證而恣意臆測，此種欠缺可信基礎之臆測，是否能達到危險預防之目的，令人懷疑，故具在適合性原則之探討上即有問題。

退步而言，即使自足許可制之適合性，但報備制仍許可制

表有莫大之差異，報備制僅對舉辦人帶來些微不適

性，且報備後即得集會、遊行。許可制則除程序審查外，集會之合法性尚取決於主管機關之許可，如果以保障集會自由之危險控制而言，報備制與許可制同有相同效能，此時從比例原則之觀點而言，報備制顯為侵害較小之手段，故應許可制未符合比例原則之要求。

集會遊行法第十條規定，主管機關不予許可之事由，以下二款，前三款之「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」，「有危害生命、身體、自由或財物遭受重大損害之虞者」，此兩款之規定內容不確定法律概念，內容相當模糊籠統，應注意警察機關藉由不確定法律概念之解釋加以判斷，

86. 4. 20,000

應生應遵守損人民集會自由之可能，集會遊行法第十一條限制主旨或內容、遊行應免妨他人自由、社會秩序或公共利益應生影響者外，集會遊行不得定概念之解釋與適用，尚未臻至一套穩定之準則，且對本該等不確定法律概念予以程度或範圍之限制，無異開放集會自由在法治國保障上之缺口，明顯違憲（之）疑慮。

（併案）

同秋，同一時間、處所、路線已有他人申請並經許可在先者，從集會自由之保障而言，在同一時間、處所、路線已有他人申請並經許可在先之集會、遊行時，基本是反對未獲有在先例外

補充聲請意旨狀

聲請人 張律師 後援會

為聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法事，謹補充聲請意旨如下：

壹、聲請解釋憲法之目的

一、聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法，其目的在於確認人民之言論自由，應受憲法第十一條之保障，不受國家安全法第二條第一項第四款之限制。

二、聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法，其目的在於確認人民之集會自由，應受憲法第十四條之保障，不受國家安全法第二條第一項第四款之限制。

三、聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法，其目的在於確認人民之結社自由，應受憲法第十四條之保障，不受國家安全法第二條第一項第四款之限制。

貳、聲請解釋憲法之理由

一、國家安全法第二條第一項第四款規定：「人民團體之組織或活動，不得有主張共產主義，或組織共產黨，或發展組織，或為其他顛覆國家之行為。」

二、聲請人認為上開規定，過於抽象，不明確，違反憲法第二十三條之規定。

三、聲請人認為上開規定，限制人民之言論自由，違反憲法第十一條之保障。

四、聲請人認為上開規定，限制人民之集會自由，違反憲法第十四條之保障。

五、聲請人認為上開規定，限制人民之結社自由，違反憲法第十四條之保障。

參、聲請解釋憲法之程序

一、聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法，其程序符合大法官會議法第五條第一項第一款之規定。

二、聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法，其程序符合大法官會議法第五條第一項第二款之規定。

三、聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法，其程序符合大法官會議法第五條第一項第三款之規定。

肆、聲請解釋憲法之聲明

一、聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法，其聲明如下：

(一)國家安全法第二條第一項第四款規定，違反憲法第十一條、第十四條及第二十三條之規定，應予宣告無效。

(二)國家安全法第二條第一項第四款規定，違反憲法第十一條、第十四條及第二十三條之規定，應予宣告無效。

(三)國家安全法第二條第一項第四款規定，違反憲法第十一條、第十四條及第二十三條之規定，應予宣告無效。

伍、聲請解釋憲法之關係文件

一、聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法，其關係文件如下：

(一)聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法，其關係文件如下：

(二)聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法，其關係文件如下：

(三)聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法，其關係文件如下：

陸、聲請解釋憲法之理由

一、聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法，其理由如下：

(一)國家安全法第二條第一項第四款規定，違反憲法第十一條、第十四條及第二十三條之規定，應予宣告無效。

(二)國家安全法第二條第一項第四款規定，違反憲法第十一條、第十四條及第二十三條之規定，應予宣告無效。

(三)國家安全法第二條第一項第四款規定，違反憲法第十一條、第十四條及第二十三條之規定，應予宣告無效。

柒、聲請解釋憲法之附件

一、聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法，其附件如下：

(一)聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法，其附件如下：

(二)聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法，其附件如下：

(三)聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法，其附件如下：

捌、聲請解釋憲法之其他

一、聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法，其他如下：

(一)聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法，其他如下：

(二)聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法，其他如下：

(三)聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法，其他如下：

玖、聲請解釋憲法之結論

一、聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法，其結論如下：

(一)國家安全法第二條第一項第四款規定，違反憲法第十一條、第十四條及第二十三條之規定，應予宣告無效。

(二)國家安全法第二條第一項第四款規定，違反憲法第十一條、第十四條及第二十三條之規定，應予宣告無效。

(三)國家安全法第二條第一項第四款規定，違反憲法第十一條、第十四條及第二十三條之規定，應予宣告無效。

拾、聲請解釋憲法之簽名

一、聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法，其簽名如下：

(一)聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法，其簽名如下：

(二)聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法，其簽名如下：

(三)聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法，其簽名如下：

拾壹、聲請解釋憲法之日期

一、聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法，其日期如下：

(一)聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法，其日期如下：

(二)聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法，其日期如下：

(三)聲請人因違反國家安全法案件，聲請大法官會議解釋憲法，其日期如下：

86. 4. 20,000

李人僅補充一点，且錄的把柄在手矣爭論時再陳述。

次聲請歡意答辯，且中一矣係請根據李令遊行法才

士修申請不准後，再加以判處罪刑，而李令遊行法才

士修才一款，即李博到李令遊行法才四條之「李令遊行

不得主張共產主義或分裂國土」，

（以下空白）

期終止後，三原則變成二原則，亦即，將「不得違背憲法」之部分取消，而仍然保留不得主張共產主義，不得主張分裂國土。剛才郭憲文委員已提到，人民在民主法治國家裡，有表達政治主張之自由權利，而現行集遊法第四條第十一條規定，警察機關才有審核集會遊行之申請案之權利。而集會遊行不得主張共產主義、不得主張分裂國土，如此，無異賦予警察機關就人民之表現自由為事先之實質審查，而且，係將表現自由內容是否違背憲法為審查，因此，已經違反憲法第十一條許可之意旨，而為事先審查，因此，已經違反憲法第十一條之規定。

第十四條之規定。

以刑法第一百條為例，內亂罪之構成要件，必須有強暴脅迫，

84. 3. 30,000

基于实行等，如僅以言詞表達政治主張，自不成立內乱罪。但是，觀諸僅有違法有関規定，如人民以言詞主張共產主義，則警机関可依該法第十一條之規定，不予准許；可依該法第二十五條之規定命令解散，司法机関可依該法第二十九條之規定处以刑罰，足見集遊法有関規定已毋須今情況格格不入，其規定实係為配合十年前之政治情況，如今，情況既有变更，其規定自應配合現況契合。

本人仍佩服大法官就羈押救濟、副總統兼任閣揆案等所作成正確的解釋。本案情形也開二庭辯論，並作成正確的解釋。本人期待大法官作成符合現今情況之解釋。

洪貴參先生　本人首先就集遊法第二十九條有關刑罰之規定之合憲性，加以說明。本人認為該有關規定違憲。

對於違反行政命令之行為，如果科以刑罰（要），法理上，必須該違反行為反道德、反倫理，非科以刑罰，不足以發揮科處之效果。而集遊法第二十九條有違反行政裁量者，有違反比例原則之虞，故科以刑罰，實已違反比例原則等行政法原理，因此，可認為違憲。

主席　請人方面之陳述意見，已經結束，現在，請相關机關方面陳述意見。

84. 3. 30,000

江清騰先生 關於集會遊行法是否違憲乙案，本人代表行政院立法政策，法務部代表從法理上，內政部代表從實務上，交通部代表從維持交通秩序上，陳述意見。本院各机關已備有書面意見呈庭上，本人現在補充說明如后：

一、集遊法採準則式之許可制並不違憲，理由如后：

(一)憲法第十四條規定人民有集會結社之自由，因此，集會遊行應受保障，否則，該規定即無意義，但是，集會遊行具有不可控制之特質，對於社會治安有潛在性威脅，因此，為使各國大多對集會遊行自由，應予以

保障，但為了維持社會秩序，促進公共利益，則得予以適當之限制。因此，有關集會遊行之申請，係立法政策之問題，而非違憲之問題。

(三)集遊法之研擬及三讀程序，均十分慎重，在行政機關研擬階段，共召開九次座談會，邀集學者、專家及有關人士參加，充分討論，博納眾議；在立法院審議過程中，共召開十六次審查會議等，計三百五十人次發言，充分溝通，而完成三讀程序。另外，自民國八十一年至八十五年止，計有三七八一件申請集遊案件，其中未獲准許者，僅千分之二·八而已，足見，主管機關已儘量尊重人民集會遊行之自由權利。

84. 3. 30,000

(三)從外國之立法例，判解观之，準則式許可制並不違憲。在日本，依其憲法第二十一條第二項規定，集会、結社、言論、出版及其他一切表現自由應予保障。但是，各地方治安法規對於集会遊行，均予以規範並作適当之限制，例如，依東京都條例第一條規定，集会遊行必須經公安委員会之許可；日本昭和二十五年最高裁判所大法庭对於東京都條例第一條規定作一判決，認為該規定，並不違反憲法。

表現自由不因而受限制則無不可。在美國，其許多州之如華盛頓特区）均規定集会遊行必須經許可；美國最高法院一九五〇年以來，对於地方所訂定之戶外遊行規則所作許多判例，也認為政府有权發給戶外遊行許可証。

一、依集遊法第四條規定，集會遊行不得主張共產主義、分裂國土，此規定並不違憲，因為依憲法第一條規定，中華民國基於三民主義為民有民治民享之民主共和國。而且，中共仍係主張共產主義，對於我國仍具有敵意且有武力上之威脅。又依憲法增修條文第五條第五項規定，政黨之目的、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，足見主張共產主義、分裂國土，仍為憲政秩序所不許。

三、集遊法第六條有關刑罰之規定，並不違憲，因為其係對首謀者，且已經警察機關發現，制止、命令解散仍不服從者才科以刑罰，此種情形有繼續性之嚴重情況，如不行政秩

84. 3. 30,000

序四訓，並不能達到目的。在德國，集遊法第二十四條第一款也有刑罰之規定。

林銀錁先生

一、集遊法係屬保障集遊自由維護社會秩序，配合解嚴終止動員戡亂時期社會實際需要所制定修正之法律，具依憲法第二十三條所規定之法律保留原則，比例原則，採用準則式許可制，及對部分違法行為科以刑罰，乃基於立法衡量所為之規定，與憲法並不抵觸，理由如后：

(一)我國於76、7、15解嚴，本法則於77、10制定，80、5、(終止動員戡亂時期後，本法即於81、7、27修正，以資配合，惠見，本

法律平時予以限制不之法律，而非戒嚴之文字。

(二)集會遊行是人民之基本自由權利，當然應予以肯認，但是為維護社會秩序等，各國均有集會遊行法等類似規定，予以規範良作適當限制，例如美、德等均是，我國集遊法有關規定即是在規範集會遊行，有其必要性及合理性。

(三)集遊法係依據憲法第二十三條所規定之法律保留原則，比例原則所制定，屬於立法政策之範疇，誠如憲法第二十三條之規定，為防止妨害他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序、增進公共利益之必要，得以法律限制人民之自由權利，而集遊法即係為防止妨害他人自由，維持社會秩序之必要

84. 3. 30,000

所制定，因此，雖憲法並無抵觸。

四集會遊行法採準則許可制係立法衡量的結果，各國對於集會遊行之限制，有採許可制，有採報備制，究應採何制，必須考量集會遊行之性質、維護社會秩序之目的等因素，而我國究應採何制，憲法並未規定，自得以法律規範，所訂定之集遊法又符合憲法第二十三條之規定，自無不當之處。

(五)刑罰係對反社會性、反道德性之行為為處罰，在立法衡量上，非不得針對違法行為程度之強弱而分別處以不同性質之處罰，亦即，程度強者，處以刑罰，程度弱者，處以行政罰等。集遊法有關刑罰之規定，即係本於此原則而定，並無

違憲之處。

二、關於是否依場所、時間之不同而分別採取許可制，抑採報備制乙節，依集會遊行法第八條規定，室外集會遊行原則上應事前向主管機關申請許可，但屬於學術等活動則不需事先申請，以兼顧民情。至於室內之集會遊行，則採不干涉的態度，因為此無影響交通秩序、人民生活安寧之虞。由此而知，目前之規定乃因時、因地、因人而為適用，尚無違憲可言。

三、關於集會遊行不得主張共產主義、分裂國土，是否違憲乙節，本部認為並不違憲，理由有：(一)言論自由得作合理之限制，只須符合憲法第二十三條之規定即可，(二)衡諸當前政情，中共對我敵

84. 3. 30,000

意未消，為求國家安全，該規定仍有必要，(三)該規定符合增修條文第五條第五項之規定，並不違憲。

四、總之，集遊法係配合解嚴，終止動員戡亂時期而制定，修正之法律，以有效、合理規範集會遊行之活動，並兼顧確保表現自由及維護社會秩序之實際需要而制定，其規範內容符合憲法第十一條、第十四條、第二十三條等規定，並無違憲可言。

丁原進先生　本人從實務及民意方面說明如后：

從實務方面觀之，五年來，向申請集遊案件約三萬一千七百多件，其中，不許可者有一、八件，約占千分之三，四，不許可

理由有：(一)未於法定期限內申請，計三十五件，占不許可比例最多，(二)未獲場地所有人(或管理人)之同意書者，計二十七件，例如欲在國父紀念館、中正紀念堂集會，則必須檢具經各該管理單位之同意書申請之，(三)妨害交通安全、公共利益者，占十七件，例如申請遊行之路線，在該時段交通特別煩忙，(四)申請集遊地點在禁制區者，占十一件，例如總統府、法院周邊地區為禁制區，(五)同路線、地點已有人申請集遊者，占六件，因為如此將造成各該遊行單位之衝突，甚或造成交通更擁擠。

另從民意方面觀之，一般民意，多數認為集會遊行必須先

84. 3. 30,000

声請許可。民國八十年、八十六年、中央警察大學、政治大學分別作了民意調查，結果顯示，六成以上民眾認為集會遊行必須先申請許可，只有二成不到之民眾認為不必申請。

（空白）

（上接丁署長原進發言）剛才我所提到的，有幾個大規模的遊行，也許在座的人也知道，當時我正好在台北市服務，如果當時沒有警察事前的宣導、協助、准許，可能會造成很紊亂的現象，因為參加的成員相當多，實務上，要經過申請、警察的事前准許溝通、防範，例如與主辦單位協調遊行路線不要太過遠長，以免雞蹊交通，我們也同意讓他們選擇幾條主要的路線，這種合作都是很好的現象，而且這完全是依法行事，無非沒無限制，以上是個人在此向審判長及各位大法官所做的一個報告。

蔡教授震榮　審判長、各位大法官、內政部代表蔡震榮在

86. 4. 20,000

此陳述意見，剛才我們署長已就集會進行之申請准或不准加以分析，我現在將重點擺在所謂許可制和報備制之間的差異性。

在討論此問題時，我們必須集中在目前所了解的報備制國家以及許可制國家之現行法令加以分析。在這方面，一般的討論會中曾有人提出，報備制及許可制僅係一種純理論的看法，而將我國歸之於他所謂的許可制，此種學術性的觀點，若無視行法令加以佐證，則很難定出許可制與報備制二者之界限究竟何在？所以我們小組將一般討論會所謂我國屬於許可制列在表的中間，將我國的許可制列在下面有關準則許可制之處。

而報備制必須有現行法作參考，在此較其他國家後發覺，以德國之報備制最保障人權，故在我們的圖表內係以德國作為報備制的代表。我們圖表將三者列出，基本上可以分成兩部分來加以探討，即一程序部分二實質部分。之所以區分為兩部分探討之理由係因為我們所探討者最主要的在探討報備制與許可制，究竟那一種對我們的人權最有保障，那一個制度對人權的限制較少，故就此一觀點而言，必須分程序與實質二部分來加以探討。

在程序部分，若僅程序違法，其影響可能較少，影響最大的應屬實質部分。所謂實質部分應屬基本人權限制部分

86. 4. 20,000

，在此我先就程序部分來探討，然後進一步就實質部分加以探討，如此大家會比較了解。

德國的報備制係屬原則許可，例外禁止之情況，一般討論會中認我國是原則禁止，例外許可的狀況，似乎並不存在。集會進行法第十一條規定，左列各款情形之一者，應予許可，很明顯的，警察機關無裁量之餘地，亦即為第一、二、三、四款以外之情形，就應予許可，而且我們也知道，警察機關所處理之案件許可者較多，這是一般討論會所提出之一個謬誤觀點。

第二點，在程序方面最主要的一個差異性，可能是報備制

秘密向主管機關報備後，就可以集會遊行，即屬合法。我我國
準則雖可制之情況，必須經行政機關採立之行政處分，剛才了署
長也提及，我國地窄人稠，集會遊行時，可能產生許多的狀況，可
以先行双方面的溝通與協調，報備制，可能我沒有這種狀況。署
長剛才也提到，在極短的時間內，必須要做如這些工作，以確
保集會遊行之舉行，讓人民的權利或交通秩序之損害降
到最少，這是許可制在這方面所作限制之原因，亦即考量
到人民集會遊行權之實施。

其次要探討者為達反程序部分，就當事人之責任或參加
遊行人之責任究竟如何之問題。首先就德國之報備制與

86. 4. 20,000

我國之準則許可制加以比較，可以發覺，就集會而進行之參加人而言，德國集會而進行法第二十九條規定，對未經報備而參加集會而進行者直接處以秩序違反罪，依觀我國在實體部分，對集會而進行之參加人並無任何責任，就連秩序維護法也沒有規定。另就集會而進行之負責人而言，德國規定，未經報備而集會而進行，處負責人一年以下刑罰，而我國則是對於未經許可而集會而進行者先不予處分，所以已經充分考慮到當事人的權利。如命令解散而未聽從，則我構成集會而行法第二十五條第一款之規定，接下來警察機關仍必須依照集會而進行法第二十六條之規定，以比例原則加以考量，

故我此可以發覺，對於偶發性之集會，雖然程序上違法，但實質上並無任何處罰，因為依德國通說，偶發性集會並無任何的發起人，而我國集會遊行法就處罰負責人或首謀者，故偶發性集會根本不構成任何法律上的責任。而即，我國集會遊行法第二十八條、第二十九條加以觀察，程序縱然違法，仍不構成任何法律責任，我此點而言，我國之集會遊行法對於集會遊行人之權利完全沒有剝奪，僅規定負責人應負之責任，德國法律亦認為負責人在集會遊行應教他人受到限制，負責人要負責維持秩序，所以對一般人的集會遊行保障，對負責人則無。

86. 4. 20,000

審判長　本案暫停辯論，十時四十五分繼續辯論，退庭。

繼續辯論。請莊庭鴻律師陳述意見各二十分鐘。

先請李震山先生陳述意見。

李教授震山　審判長、各位大法官，有幸在此對司法院就本案所提示之幾個重點表示意見，因為時間關係，很快進入各個觀點之主題。

一、室外集會進行探許可制是否合憲性之問題：首先從自由權利限制制度上之寬嚴以觀，基本上有事後追懲制與事前抑制制（預防制），如再從他的寬嚴來看，一種許可制，一種報備制，所謂追懲基本上是不必申請也不必報備的，

許可之意思是參加進行，事先要經過同意，要履行義務才可以舉辦。換言之，事前同意係屬於事前抑制的性質，個人認為我國集會進行法自第八條以下，均採此種制度。報備制又被稱為申報制或登記制。報備制說屬預防制之一種，意即先向主管機關說明準備要集會進行，在一定時間之前，非常嚴格的條件下，譬如針對影響公共安全、社會秩序有重大而直接危害必須是顯然的，在例外之狀況下，可以禁止或限制集會，此即一般所謂許可制為原則禁止，例外同意，報備制係原則同意，例外禁止。如果在許可制之下，幾乎大部分的集會進行的予同意，則此同意給人的感覺是一種恩賜，因

86. 4. 20,000

為單意是要去申請的。如依報備制，依例外從嚴原理，即不能有空白授權，必須接受司法全面的審查。此係首先要加以說明者。至於是否合憲，我想從幾個角度來說明：

一、就德國基本法之理論，任何基本權利之限制，無論如何，不可就權利本質之內容（有人稱核心內容或重要內容）來加以限制，此即剝奪。從此一觀點出發，我有以下三點看法：

1. 集會遊行如被定位為基本人權，當然是一種自由，簡單的說，我們要行使自由，而須向他人請求是否可以行使這個自由，則這個自由已然失去他的本質意義。

2. 在許可制範圍之內，所謂的偶發性集會，幾乎無

法去做。但偶發性之集會係人類最自然、最需要保護的，而且大部分係基於事前準備、設謀或政治性考量者，完全為自發性權利之保障。此時無籌辦人，亦無時間限度可言，這種自由，在集會自由概念下，應受絕對之保障，但在許可制之下，無法接受這種可能性，故偶發性的集會所產生之狀況不接受無處罰，即認為是一種許可懲，怕以後大家都會設法使集會進行成為偶發性。

3. 就德國的法理而言，認定何謂核心理論與本質內容是相當困難的，現在大家將其法化，從人性尊嚴，從比例原則來加以介入探討。如就比例原則之觀點而言，如在許可制度中可以尋找

86. 4. 20,000

一個對人民侵害較小或最小的，而我們不去採取，即係違反比例原則。而如若設備制在這種狀況下，可以採用來維持社會秩序，而不去考量的話，就是違反比例原則。

二、就我國憲法第二十三條之「必要」而言，就集會遊行法之體制加以觀察，其有層層之限制，除以許可制為核心（經）外，首先有第四條所謂之双重原則，屬言論自由層次。其次，使用處所必須要經過同意，集會當地經常要使用廣大的處所，如果同意被不當的濫用與介用，則為限制中之限制，且禁制區本身就有很多值得探討的地方。另外，集會遊行法第十四條規定，處分還可以附附款，這也是相當的嚴格與抽象。最後是其他法令的限制，甚

至將交通、環保的法令都拿來，事實上由憲法保障權利之位階觀之，集會遊行法是落實憲法最直接的一個法律，與一般保障非意法之其他權利相較，就得到了答案。

至於集會遊行法第十一條規定之不予許可情形，本條文係集合大成的一個條文，其中被認為比較有問題被質疑者係第二款規定：「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」，誠如大法官釋字第四三二號解釋有謂：「法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而

86. 4. 20,000

為相應之規定。」我贊成這種意見，但這種看法必須是在整個的法律體制非常完備，且其要件非常明確，換言之，如果要有概括條款，必須立法者已經盡到列舉之責，而後在報備制之下的這一概括條款（應予廢棄）事實可以。否則，警察就要依警察法第二條，依法防止這些危害，似乎就不必其他的法律了。

從以上觀點來看，之所以與我憲法第二十三條有關，便覺得，這層層的限制，已經可以維持社會秩序了。縱然沒有許可制，或剛才所說的報備制，亦非謂，我們社會所說的報備即可解決，大概沒有這種制度。在這種狀況下，其他限制，即係大法

官經常沒的，已經逾越憲法第二十三條之必要性，為不必要之限制。

三、集會遊行採報備制的可行性，我想再強調一下，今天執法機關對於採行報備制最大的疑懼係認為報備已經履行通知義務，就可以集會遊行，這是一個相當大的誤解，德國基本法第八條直接認為，攜帶武器不可以集會遊行，這就是一個限制，然後再將集會遊行有關重要、重大之公共安全、危害秩序等，直接授權法律來加以限制，禁止，但此處有一重要關鍵，如係採報備制，會質疑行政機關與司法機關以後的解釋及認定，這是相當值得探討的一件事情。

如從比較法之觀點，我們經常以美、日為例，認他們比我

86. 4. 20,000

們先從的採用許可制，為何我們一定要採報備制？我花費一些時間研讀這方面的資料，從比較法觀察，恐怕不是看他的結果，我發覺美日兩國在這方面，司法上、學術上的爭論非常多，最後經常有一個用語隱含著，譬如，有些是採許可制，但是因為程序正義的關係，或因為有許多限制的關係，實質無異於報備制，若是如此，則德國的制度，應該是值得我們參考的，在我提出的報告書內有詳述德國的報備制。

是否準用[刪]第[插]條可依[刪]進行場所及時間之不同而分別採取許可制或報備制而達秩序之維護，基於前述觀點一認為許可制有

違憲之虞（明文）下，有治絲益棼之可能。有人認為第八條所謂許可制之例外，就是一種報備制，我認為那是一個許可制的例外而非報備制。

四、集會遊行法第四條是否合憲之問題：此一部分不是我專門研究的領域，我參考了很多的資料，覺得集會遊行法第四條規定，本質上已涉及言論自由，這是沒有爭議的。如以美國法限制言論的準則觀之，包括事前抑制理論、明顯而立即危險基準、雙軌理論、雙階理論、雙重標準理論、法律明確性理論、選擇較小限制方法等，其共同點即在將言論加以區分。如果這（集遊法第四條）的規範（的）（者），而使成書論，基本上應屬於高價值的，要從嚴保障的一種

86. 4. 20,000

言論，而且在不造成明顯或立即危險之情況下，此種全盤事前之抑制，恐會有違憲之虞。

我也分別就不得主張共產主義與不得分裂國土逐一說明，並請庭上參考。我補提出一個從警察實務的觀點來看這件事情。我非常了解因情基層的警察實務工作者，他必須執法，而且是在一個剝奪下執法，他沒有像法官那麼大的權力與空間，靜靜來決定很多的事情，必須接受指令而且承擔社會很大的責任，非常辛苦，在此種制度下，就會影響警察執法的中立，特別是警察的意識及組織型態，常受到政治、社會制度及文化背

景所左右。一般人均認，惟有政治民主化才是警察民主化成功的有力保證，也祇有透過警察體制變革意識構造之民主化，才可以使警察中立執法，不致成為政治工具或代罪羔羊，進而博得人民的信賴。

集會遊行法第四條屬言論層次之問題，依書易生爭議的規定，再加以許可制非常簡單，容易就實化集會遊行之自由，以警察的能力，實在無法在其有限時間內，非常急迫的就認定是否為共產主義，是否分裂國家，這種高難度的實質審查概念，包括所謂「固有疆域」等，都是不容易做決定的。在這種狀況下，難免將警察推入政

86. 4. 20,000

治意見爭執之漩渦，引致執法之不中立，而各項的抗爭原本與警察無關，最後卻以警察為箭頭，所以從務實的觀點，應該不能再在集會遊行法內。

立：行政秩序罰與行政罰之間的關係，在司法院率無中有一點說，集會遊行法採行政罰之妥當性問題，個人粗淺的研究，不論是從行政罰與行政刑罰中質的考量或量的考量，立法政策的考量或法益的考量，最後難免也立法機關做一個抉擇，所以我覺得這裡用行政罰，並不一定有違憲的問題，我不過妥當的問題，我提出了幾點意見，因為時間的關係，我就集會遊行法第二十九條提出說明。

第二十九條是放在後面罰則的一個條文，通常我們很容易單獨片面的直接去詮釋第二十九條，張貼第二十九條必須要跟第二十五條結合，第二十五條就是整個在許可制之下，如果許可制的本身就產生疑慮，難免其惡害不會侵犯延伸到第二十九條。第二十五條之要件比較欠缺嚴謹，就要違反其他的法令也可以解散的狀況下，基於刑罰謙抑思想，刑罰允為最後手段，非不得已，不輕易開啟。

六、集會自由具有主動參與權之功能，係以集體意見表達，主動提供政府或影響政府或他人，此種精神意見之交換為自由民主國家秩序要素之一，其有助於整

86. 4. 20,000

合政治衝突、意見分歧，堪稱為政治安全瓣，具體而言，可化解制度性革命之危機，並可使少數有機會打破意見壟斷，進而成為多數。這亦是人民以主動地位產生的人民參政權之必有功用，集會自由因此架構成政治意見形成程序之自由權。集會自由既具有主動參與政治意見形成之功能，因而可被理解為國民主權之直接行使形式，且順理成章具有民主基本權利及政治抗爭之特質。憲法保障集會自由，同時就保障政治自主與民主反對，其功能是十分崇高與神聖。

如果我們能體會這一點，以上的陳述就代表了我大部分

從國民主權概念出發的一些意見。此時為了發私法律變遷
想，政治與現實間長期存在的緊張狀態，要確保人民
集會自由權利，警察如果沒有一個中立執法的制度
可以依循的話，恐怕仍會事倍功半，這對於遂行警
察任務是亟待認知的課題，謝謝！

（以下空白）

86. 4. 20,000

審判長　現在請法治斌教授發言。

法治斌教授（詳庭呈之「試析集會遊行法與憲法之疑義」書面資料）

審判長　現在請陳慈陽副教授發言。

陳慈陽副教授

在報告「集會遊行法」相關規定是否合憲前，先敘述有關基本人權並非不可以法律加以限制，但僅限於以下兩種情形：一、基本權之行使非不能限制，亦即基本權受憲法保障僅在於憲法對基本權構成要件之規定上，即憲法第二十三條對基本權之要求。二、二十世紀以後，給付國家理念之產生，即國家

86. 4. 20,000

[illegible]
[illegible]有積極促使基本权实现之任务，因此而产生之法律规範
[illegible]在幫助人民基本权之行使。除上述二种情形外，基本权之受
全然的保障。基本权被视為先於国家存在之自由与权利，僅
為憲法所描述」，且因此无條件的受到保障。

針对集会遊行[illegible]有一般自由权之共同本质与作用来看，
[illegible]具有主观权利作用及国民主權原則具体化之作用前題，亦[illegible]
实現憲法價值内容与正義的手段之一。集会遊行自由当然有
其特殊之本质与作用，其為促進国民主权原始直接形成之
权利，[illegible]亦[illegible]权力分立原則实踐的必要手段。集会遊行既[illegible]
[illegible]主权者之国会表達对国家政治意志形成与决定之意見，故

非僅限於一固定地點為之，而是延伸至以活動方式為之。集會自由是多數人的集合即多數人意見的表達。

有關對集會自由之限制，程序上之限制，即採報備制或許可制之爭議問題。個人區分為三種類型，依侵害人民基本權之強弱不同，第一種為特許制度，即對社會有損害性基於個案之特殊行為而為之特許行為。是對受容許之行為，為達事先控制目的而加以審查。第二種報備制基本上只是告知通知主管机關，程序上即使有瑕疵也不能做為限制人民之理由。第三種即我國所採之許可制。個人認為許可制違憲之理由：

86. 4. 20,000

一段实务运作言，虽然许可制是符合法律构成要件即应许可，但在行政法上对法条构成要件及法律效果有很多争议，使得在构成要件上很多过度抽象概念，因而让行政机关有实质裁量空间，如此则违反立法者之义务。且对于公共秩序及社会安全并未造成很大之损害，基于比例原则，此种事前控制，且使人民有事前不可行使之可能性存在，基本上违反宪法上基本权可限制但不可剥夺或违可剥夺之余地。

二、许可制涉及宪法上之基本权违反了宪法上之价值决定使国家主权者行使主权时有障碍。

段實質上說明，針對集遊法第四條規定「集會遊行不得主張分裂國土」，「主張」是言論自由之問題，僅是以口頭、書面或圖畫或相類似之表達方式為之，對於社會秩序、公共利益並無明顯具體之危險存在。故用「主張」二字限制人民集會自由權，已逾越憲法第二十三條之比例原則。該法第十一條第二款、第三款之規定，立法者未盡到立法義務，立法者使用不確定法律概念，使行政機關有過度裁量空間。該條第四、五、六款，使基本權行使產生實質之障礙，不符合比例原則。比例原則乃德國聯邦憲法法院近年來判決屢次引用，幾近於直接危險之狀態

86. 4. 20,000

才有限制之必要，而非以所謂危險之預估做為限制人民基本权之要件。

有関行政法規之刑事罰是否性之問題，個人認為除非人民行為已達对国家、社会与他人权利有重大之破壞，以致不得不採取最強烈制裁手段来維持憲法秩序的安定与和諧，否則国家权力行使上，对人民基本权之介(害)法侵入，应盡量在必要程度考量下，為最輕微步不損及其他基本权之方式為立法，明確具体規範。此論點之基礎在為(1)為達反義務之程度已達刑事処罰之強度，(2)為該行為之処罰如以行政罰為之即可達到処罰之目

的，則立儘量避免使用刑事罰來處罰行政義務之違反者。(三)縱使使用刑事罰為處罰，立儘可能規範於刑法規中，並儘可能有所節制，並如刑法所要求的嚴格遵守罪刑法定主義與相關之原則。故本人對集遊法第二十九條採刑事罰是否違憲持保留態度。

集會自由與傳統自由防衛權之性質不能視為民主參加基本權，法律賦予有積極促其實現，而消極的於一定要件下來加限制。此均為國家當作負擔賦予立法者不得推卸之義務但在限制之同，立法者必謹慎為之，也就是確保基本權之基本精神。因此現行集遊法違反法定構成要件基本義務

86. 4. 20,000

及法治國的基本要求。

最後，個人有幾點意見在此報告：

一、如果警察的協助是對集會遊行者必要的，未嘗不可採用報備之方式進行。

二、德國統一至今對集會法多所批評，以德國立法例做大法官解釋之參考，可能必須參考學者對集會遊行法之批判。

三、許可制雖然不許可之比率很低，但是否採取許可制無非以此些統計數字做說明。而是必須從憲法上之論點來探討對憲法上保障之集會遊行自由有

無如要以許可制加以限制。

四、至於個人自由權如公共利益如何處於平衡點？憲法上授予許多的制度與原則。在維持憲法價值秩序之下，研具体個案判斷之考慮實效之現實，也就是要考慮集遊法當初制定之時空背景與現在不同。

大法官不只是憲法之維護者更是憲法的奉言人，在此前提下，如何確保人民之基本權利，使得人民之基本權及社會之公共秩序均得到保障，相信大法官會有睿智的決定。

審判長　暫停辯論，下午二時繼續辯論，退庭。（十一時

86. 4. 20,000

（四十分）

本案繼續辯論。（下午三時）接下來進行爭點辯論，請就相關爭點為辯論，不必先前所述次序為限。先請声請人代表辯論。

張俊雄律師　本人謹就爭點一、二、三點綜合辯論。

一、法務部林次長曾慶到集遊法為平時狀態之法律，本人何多位報告立法院制定之經過。該法為七十六年由行政院送至立法院審議。当初制定該法之理由是鑑於中共窃取大陸国土尚未光復，国家仍处动員戡乱時期，為保障人民集会遊行之行使，兼顧社会秩序之維持，公共利益之

增進，对於集會遊行有必要以法律加以適度之規範。」故在動員戡亂時期制定該法時，實規範重於保護。八十年五月一日動員戡亂時期終止，當時增修條文中規定，動戡時期之法律可適用至八十年七月三十一日，故該法送至立法院修改。修改內容為：將「動員戡亂時期」等文字刪除，三原則亦或兩原則，即將「不得違背憲法等字刪除，有代理人要寫代理書，有負責人在遊行結束時，負主負人須疏導遊行者離開，罰金及罰鍰改以新台幣計算。此為動戡時期終止後所有之修正內容。本人七十六年及八十年均參加該法之制定修正，我們實反对這樣的立法，但當時實以包

86. 4. 20,000

裏表決之方式通過該法。故該法並非如林次長所言是民主審改平時狀態下之法律。而是將動員戡亂之帽子去除而已。

二、內政部江次長所舉之日本最高裁判所之判例，判決，沒有一個是以集會遊行之內容做為理由而加以阻制。由此些判例，判決可知我國集遊法之許可制是違憲的。因為以不確定之概念授權警察机関有核可权，是為不當。

除此之外，張三位鑑定人所言亦可知該法之違憲。

一、法治斌教授言不得主張共產主義及分裂國土之規定已經直接涉及集會遊行之內容議題，甚至觸及

根本理念及意識型態，所以有瑕疵。此點亦受表意自由之保護。

二、李憲山教授認依據憲法第四條之反面解釋，中華民國之固有疆域得經國民大會決議予以變更。假如主權在民之選民集會遊行使僕國民大會決議變更國土，並無違憲之虞。由此更可說明集遊法違反憲法第十一條、第十四條保障人民言論自由、集會自由之規定。

三、陳慈陽教授主張（略）分裂國土是屬於言論自由與集會自由保障之領域。增修條文第十條第三項所謂之「危害」，如主張共產主義或分裂國土實際上未達到侵

（第一言論）

86. 4. 20,000

害憲法秩序或所保障之法益，則非違憲。

最後，就許可制，本人提出二點意見：

一、憲法上之保障如有第二十三條之情形自可加以限制。

我們絕對支持集會自由須顧慮公共利益及社會秩序，但是集遊法如此之限制不合理。申請人僅慢一天申請，憲法上所保障之基本權即完全被剝奪。慢一天如何會構成憲法第二十三條之要件？

二、誠如李震山教授所言，集會遊行有突發性的，如違憲法所保障之權利，又無違公共利益或社會秩序，為何會被剝奪？故許可制是違憲的。

法官參律師　本人謹就四、五點提出辯論。

集遊法第十一條不許可之理由共有六款，類似報備制之事由，即原則許可，例外禁止。有謂此為實質報備制或雜型則許可制。但雜則為雜則，許可為許可，二者如何合在一起，很難理解。或謂有立法民眾贊成許可制，約略兩成民眾贊成報備制，欲以此說服大法官做現實之考量。如數字可代表真理，數字可做為大法官解釋之依據，則釋字第三九二號解釋不令做違憲之宣告。

事實上許可制與報備制本有很大之差異，集遊法第十一條其中第一、四、六款與許可制相結合之結果，令產生違

86. 4. 20,000

憲法保障言論自由之規定。憲法第二條規定中華民國之主權屬於國民全体。第四條規定中華民國領土依其固有之疆域，非經國民大會之決議，不得變更之。如果人民集會遊行向國民大會要求變更國土，主張台灣獨立，竟然因違背集遊法而不被允許，顯然違背憲法第二條、第四條之法理，及憲法第十、第十四條之言論自由及集會結社自由。

以上所述，為集遊法第十一條第一款違憲之理由。

至於該條第二、三款之情形，並於具体內容及明確之規定，事實上集會遊行多少有妨礙社會秩序、危害自由等情形。故此為不確定法律概念，於法通過多國聯邦最

高法院所謂嚴格的審查標準，及大陸法系認行政裁量及不確定法律概念如須受法院審查之概念。

該條第四款「同一時間、地點、路線已有他人申請並經許可者。」我們認為後申請者如要求法第十條所保障，除非警察人力不足或安全之考慮（公共利益）沒有理由以此款限制之。故該款亦違反憲法第十四條及比例原則。

第五款謂「未經依法設立或經撤銷許可或命令解散之團體，以該團體名義申請者。」非法人團體亦應可申請，此為德國學界及實務界加以肯認的。如台灣法學會前身為中國比較法學會，內政部尚未許可，如果台灣法學會要

86. 4. 20,000

集会遊行，主管單位也可以此款不許可。固然可以自然人為負責人申請，但如以迂迴之方式更突顯該款不合憲。

第二款之不許可之情形亦屬違憲，因我們一再強調偶發性突發性之集会遊行更需要保護，因為可預見(不可預見)找不到負責人或有能力之人負責，就剝奪了他們集会遊行之自由。違反(此規定)憲法第二十三條之必要性与比例原則。而違反第十一條之情形就構成第二十九條之處罰，故此為實質之許可制而非報備制，不宜混淆。

就爭點第五點言，行政秩序罰只是对行政目的之

達成迫害障礙危險確保行政法規之時效性，而不履行義務者，科以行政秩序罰，並沒有必要用到刑罰。刑法第一百九條已有相同之規定，且該條之構成要件非常明確，以妨害團體暴力脅迫為前題，且要經過解散命令三次以上而不解散仍不解散也構成犯罪，違反行政機關之命令解散價值置於人權四條保護之上，根本不明確，如罰則不完全取決於警察是否制止，制止的方式也沒有一定要件，給予警察机関相当大的裁量权。集遊法第二十九條

86. 4. 20,000

加上第四十一、十五條之規定，顯然違反比例原則，及明確、具體之要求，也違背罪刑法定主義，故亦屬違憲。與刑法第一四九條比較，該條多立法之必要，且是對人民集會自由之傷害。

X

黃宗樂先生　關於集會如採報備制則如何兼顧社會秩序之維持，若危及公共利益時如何應？管見如次：採報備制，並非一經報備後警察機關就不得干預，以德國為例，其集會法第十三條規定，依作成之時可得現認之情況，集會或遊行之實施直接危害公安，秩序時，主管機關得予以禁止或諭以負担。集會或遊行未經報備，或逾越報備之內容，違反負担或有得予禁止之事項，主管機關得予以解散。因此，在集會或遊行前，仍得為禁止或諭以負担之款性措施，而在集會或遊行開始進行後，也可為解散之強制性措施，與我國現行之許可制相較，除法律保留原則上有差異外，集會之不許可數似集

84. 3. 30,000

會之禁止，但集會之不許可，乃是根據許可制判斷時點之不同，提前至集會遊行六日前，集會之禁止則係依舉辦前後或集會時可得認識之情況判斷，其差異，係在前者對於許可後集會遊行前之事實無從審酌，後者則得審酌之，足見後者較具机動性。

另，關於爭點七，對於不依集遊法第九條之規定，提出申請之集會遊行，是否及如何頒為規範？管見如次：自發性集會事實上是存在的，此種集會允宜受憲法保障，然現行集遊法並無規範，解釋上，此種集會不準用許可制之規定。此外，因天災等事由不能於集會前六日提出申請者，得於集會前二日以前提出申請，然申請後如事後許可，

其許可處分尚需經送達等煩瑣的手續，方足生效。此等手續
曠日費時，故急迫性集會往往不得不於許可處分生效
前舉行，此時，主管機關若以許可處分尚未生效予以禁止，
則顯失所當，因此，如逕採報備制即無此弊。

另，關於其他爭點，本人僅就禁制區之規定，提出淺見如次
：集遊法第六條關於禁制區規定係仿傚德國集會法第十六
條及禁制區法之規定而來，但我國與德國之規定相差甚
大，就禁制區之範圍而言，德國只限於聯邦（邦）之立法機關、
聯邦憲法法院，甚範圍並無禁制區法，予以劃分，我國則包
括總統府、行政院、立法院、考試院各級法院、國際機場、

84. 3. 30,000

灣以及重要軍事設施地區，其範圍則授權內政部、國防部會定之。

在此，尚有時間因素，針對相對方之發言，反駁如后：

(一)內政部次長表示，若舉集會遊行者均有暴動可能性，此種謬論之主張，本人不敢苟同，因為憲法第十四條規定人民有集會結社之自由，人民行使集會結社權利時，有暴動可能，則如果憲法第十四條規定豈非不保障暴動？又，內政部次長主張集遊法第四條規定合憲，本席也不以為然，因為依憲法第四條規定領土變更應經國民大會之議決，而人民主張分裂國土，根本無法達到分裂國土之結果。

(二)法務部次長表示集會遊行法規定在保障人民集會遊行之自由，本席也不以為然，雖然，依集遊法第一條規定：集會遊行法在保障人民集會結社之自由，但是，由集遊法規定之實質內容觀之，則並非如此，例如集遊法採許可制，對於集會遊行先作一般性的禁止，僅於符合要件時才將禁止解除。

(三)丁署長原進表明，迄今申請集遊案件有三万餘，僅二百多件未獲准許，未獲准許者僅佔千分之三左右多。本人則認為只要有一件應准許者未予以准許，即係對集會遊行自由之不當限制，因此，也可能使想申請集遊者不敢申請。

蔡永欽先生 八十年代西方國家開始解除管制，我國於九十年

84. 3. 30,000

代起也開始解除管制。管制係行政政策應仔細考量之事，但是特別是在社會性管制方面，如果能從保障人權（改）司法角度，就逾越必要程度之限制，予以解除或減少管制，則可發生宏大的保障人權之力量。就此而言，本人肯定請釈憲者之意念。然而，由於是從司法角度（及保障人權角度）觀之，因此，必須很精密地掌握管制之內容及人權必要限制為何，而非流於口號式或抽象理念的審查。

在本請人方面，有人提到許可制係原則禁止，例外許可，甚或謂許可係一種恩賜。然於今日，除總統之大赦、特赦係出心賜外，其餘之許可、特許，均應依（依）法行政原則，受

上級機關之監督，及司法機關之審查，而無恩賜之性質。

許可有很多種管制方式，準則主義係其中之一種方式，在社會性之管制方面，尚有高度管制者，如兩岸條例對人民進入國土，採接近於特許制之方式，人民團體法採設有準則之許可制。

而集遊法係採準則主義之許可制，（依集遊法第十一條之規定，係特定列舉之事項外應予許可，有特定列舉事項時，則得不許可，而非應不許可。）

84. 3. 30,000

依集會遊行法第二十六條規定，室外集會遊行違反申請義務時，發起人與參加人無任何法律責任。必須基於比例原則之考量，不予許可命令解散而不從時，才有刑事責任。因此，本人同意剛才黃宗樂教授所言，我國集會遊行法雖無明文規定係發生自發性集會，惟依第十一條、第十六條之合理解釋，係發生自發性集會無發起人，故無任何人違反法律責任。同時由於其係未經許可集會，係處於可以被解散之狀態，被解散命未解散時才發生法律責任。警政署統計，每年平均有一千多件未經許可的集會遊行，因命令解散

82. 8. 30,000

未解散而判刑者，每年約有十餘件。易言之，每年有一千多件自發性的集會未遂反比例原則。因此，從數字來看，現行法律實無任何嚇阻作用。關於集會遊行管制之檢討，不應迷信外國制度，德國制度事實上較我國現行法嚴格，於人權限制上有諸多不合理處，例如違反報備當然違法，因之，必須採取合憲解釋方式來限制之。德國制度之缺點，我國集會遊行法立法時均予避免，報備制附禁止之概括條款，與許可制附有一定情況下(得)不予許可，究竟有甚差別，很容易比較出來。申請許可時，其合法性既隱

尚未確定；報備時，其合法性又何嘗確定，須俟主管機關不禁止時方確定。在德國沒有報備係違法的，主管機關可以遠時禁止，甚至於集會遊行中發布禁止命令。（刪除）集會遊行法立法、修法過程中，許多反對黨立法委員，包括張俊雄委員在內，貢獻良多，此條多數決之結果，剛才張俊雄委員指摘者，僅為極少數修文，民國八十一年修正時重增列設若干法律效果。（二修之）

至集會遊行法第四條是否涉及事前檢查言論之問題，並非本案爭點。本案聲請人中請集會遊行係反對違反第九條時間限制未經許可，其集會遊行係反對

82. 8. 30,000

傾倒廢土，而非主張共產主義或分裂國土，共產主義或分裂國土實與本案無任何關連。因此，本案

如就第四條作解釋，則為訴外解釋。過去五年有三萬多件集會遊行申請案，無任何一件係因違反集會遊行法第四條而未受許可者。第四條規定乃防衛性民主理念，正如憲法增修條文第五條設有關大法官組成憲法法庭審理政黨違憲解散事項之規定，惟迄今並未解散任何政黨。防衛性民主係一般

業高理念，民主制度須有防衛性設計以避免自

制度內部產生憲法敵人。德國甚至擴張至每

一人民均為此概念之執行者，人民有抵抗權。我國雖參德國基本法將此概念引進，惟欲付諸實現尚有困難。

其次，大法官釋字第四〇九號、第四三二號解釋宣示具體明確原則，惟立法者面對較複雜情況，不能做具體規定時，則須以概括條款或不確定概念規定之。

集會遊行法第十一條第二款規定以「有事實足認……

限制其抽象程度，由主管機關負舉證責任，以防止濫用。釋字第二六五號解釋就國家安全（類似之）

條第二項第二款「有事實足認為有妨害國家安全或

重社會安定之重大疑慮」，不予許可入出境之規定，未宣告違憲，由此可證明集會遊行法第十一條第二款並無被濫用之虞。迄目前為止，該款僅適用於妨害交通之情形。德國有完全相同之規定條款，德國憲法法院業認定未違憲，並認可逐漸建立具體明確案例類型以降低其不確定性，故宣告合憲。

羅律師明通　憲法解釋須考量解釋結果對社會之衝擊及自我抑制，同時亦可參考比較法之觀察。解釋

時須就目的與手段、成本與效益、損害與利益間取得一定平衡。據此，針對聲請人所提言論自由

一、不得事先限制，提出下列說明：言論自由並非絕對權利，亦不得事先限制。本人認為言論自由乃相對權利，所謂權利乃純粹爲托邦式想像。美國憲法第一修正案規定國會不得制定法律縮減言論出版或和平集會之自由。惟今日美國憲法學者及美國最高法院主流意見均認為言論自由並非絕對，基於公共利益之考量，事先限制並非不可。此種利益衡量，不僅是美國憲法精神，亦為正當法律程序之

82. 8. 30,000

精神，即大法官釋字第三八四號解釋基本精神及憲法第二十三條精義之所在。二、純粹的言論，經憲法本身內在解釋不受保護，國會可以立法作事前之限制。言論分為兩種：一為純粹的言論（pure speech），一為附加行動的言論（speech plus）。pure speech 係高度精神自由，乃單純以文字號碼表示，應給予高度保護。「附加行動之言論」則係指單純言論以外尚附加肢體行動，例如公共論壇、集會遊行等，兩種言論在憲法學上保護不同。美國最高法院認為單純言論不能以國會外在力量作立法限制，

除非經美國憲法內在自我解釋，此種言論不受美國憲法保護，國會才得以立法限制。美國憲法上「純粹言論」分為兩種：一為憲法所保護的言論，一為憲法所不保護的言論，二者均稱之為"pure speech"，後者如挑釁性的言論、猥褻言論等，依美國憲法自身解釋，認為不受憲法保護，因此有所謂聯邦反煽動法、（美國）最高法院宣告合憲。（三）我國集會遊行法第四條規定「集會遊行不得主張共產主義或分裂國土」，乃基於我國憲法內在解釋而為立法，並無違憲可言。憲法增修條文第五條第五項規定政黨

之的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，集會遊行與結社於憲法保護層次係相同的，因此，此條文之精神自可適用於集會遊行。易言之，集會遊行之目的如已危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序者，即屬違憲，而不受憲法保護。從而，集會遊行法第四條規定即為合憲。此種防衛式民主理念事實上有其立法背景與需要。德國曾經解散共產黨，因國家變遷，使其對史密斯法案之適用更加嚴格。今日大陸之共產主義，如仍係自馬克斯、恩格斯

列寧、史太林、毛澤東等提倡之共產主義，則集會遊行法第四條之立法即有其道理，同時也授使空間，得於第二十六條比例原則之下給予適當許可。總而言之，以目前共產主義主流仍為「工人無祖國或基本革命」、「獨裁、反民主、反憲政」之情形下，兩岸武力對峙尚未消弭，以立法防止集會遊行時主張基本共產主義，係合乎公共利益之要求。

（以下空白）

82. 8. 30,000

四、申請本件專利說明書所附加行動之言論，當然得於外在限制
採取許可制，今日上午法治斌教授也就有關公共論壇有
關集會遊行時間、地點、方式視要採明確、清楚明白為
以美國各州、加拿大、澳洲、及其他民主國家多採許可制
此不一一列舉，他們許可制也都被得憲法上之支持。
檢測許可制之條件，許可制本身並沒有違反憲法之要
性，至於許可制之下之審核條件在蘇教授的歐剛才也報
告的很清楚，所以附加行動言論包括集會遊行在內
，用許可制與備報制可能實體利益不同，係屬立法
範圍問題。

86. 4. 20,000

五、憲法上比例原則之違反與國會依職權違反比例原則之要當性：憲法上之比例原則，實質正當法律程序到底當不當，要在利益成本、效益之間顯著失去均衡，才能構成違法，此也是在行政法學上違法不當之區別，除非是顯著失去均衡，否則沒有構成違憲，在合憲性推定原則也應如此解釋，大院在釋字第四一九號提到「非顯然不相容」，兼看「非顯然不相容」，否則即應合憲。

本件除非損害與利益間顯然失去均衡，方可認為違反比例原則，其要當性層面屬立法機關，國以其職權為適當之審核。依憲法上合憲性解釋推定原則，也應遵守釈

意机关之职权而为命令之附款。以上为内政部代理人就基本人权能否为事先限制部分提出意见。

蔡震荣教授：

我是内政部代表蔡震荣，现在针对有关事实，有关命令之行为，第二十九条「集会游行经许可机关命令解散而不解散仍继续举行经制止而不听从，首谋者处二年以下有期徒刑或拘役。」这个条文是否符合刑法规范，此方式是否适当，提出个人意见。

解答此问题须兼顾法理上、现行法律以及司法审查三部分区别。有关行政不法与刑事不法，法理上，学理上有

86. 4. 20,000

質的區別；二量的區別；三質量區別（第三種）：

（一）現行刑法學者所採，強調條合說的法律主張，如處以刑罰，須有法益之侵害，此（即）

九條第一項不服從，如處以刑罰，須有法益之侵害，此（即）

第一項之不服從，並無法益之侵害。舉例言，德國交通（道路）

刑法德交通法規定第二十四條，刑法第三十六、三十五條，對

酒後駕駛（駕駛）（汽車）約束不法（即）刑事不法之區別（即）（依此）在德國（究屬）

（酒精含量）

序違反方面，喝酒（酒精含量）達到千分之零點五時，處（以）秩序罰

（喝酒）（酒精含量）達到千分之零點五時，處（以）刑罰。此即合說

明，刑事不法與行政不法當中非（即）「質」（即）「質」（之）決定，（有）（高）有量之差

異性。目前德國通說，行政不法與刑事不法相有其根

心部分，中間有所謂過渡地區，所以預心部分為單純不服從，例如未
帶護照，或護照過期，刑罰部分，以酒後駕車有致危害之情況，
才為德國刑事不法之預心。

立法者不能將行政不法要為秩序罰或將秩序罰要為刑罰，
兩者明不容立法者任意為之，但是有許多介於行政不法
刑事不法之間者，立法者就要權衡。等念題行有到能念
涉及利交通秩序公共安全，事實上亦有侵害法益之虞，
這種等念題行法即非單純不服從之問題，如非座行政不法
之預心，立法权衡到做對是，等題法才予以將就把行政不法
界限往後推移，如未經計到即將行，仍然不為处罰，這

82. 8. 30,000

是立法政策的考量，以二十八條已經命令解散而不解散，之構成要件言，還未構成刑罰，祇有在命令解散而不解散經制止而不遵從的情況下，刑法上才以更多次重覆違法，在主觀構成要件已有不法，是於立法考量加上一般社會通念，應予以處罰。故仍以不法界定在第二十八條，第二十九條是比第二十八條之主觀上不服從更具嚴重性，對予提到參與結社第二十九條以刑法第一四九條有無重覆之問題，觀察兩者，前述德國刑法第二三條之例，即列以解決參與結社第二十九條、刑法第一四九條構成要件，法效上相有不同，第一四九條要有「意圖」，參與結社則無須意

圖七，所以罰責之面較輕，才一四九條處罰對象也包括首謀
者與煽動者，此与爭合法行使範圍不同，所以並沒有重
疊之情況。謝之。

審判長：

現在進行交叉詰問，各方之時間合配各為十分鐘，現在

請聲請人（或代理人）陳述意見。

張律師俊雄：

審判長、各位大法官，剛才聆聽相對機關之訴訟代理人之

陳述，現在我想很清楚很利，言論自由、爭合自由並非

絕對之權利，於憲法才二十三條必要程度範圍之內，列

82. 8. 30,000

以限制。這些從未產生過爭議，問題是在於二十三條但書要件之限制，例如：政府為維持社會秩序之目的，而以就業會有關之時間、道路、場所等技術性的生之問題來加以規範，所以很多判例意旨，已為維持社會整齊而加以規範。所以很多判例意旨，已為維持社會整齊而加以規範。所以很多判例意旨，已為維持社會整齊而加以規範。

今裂國土，已牽涉到學會遊行之問題。又「有事實足認有危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞」，此為不明確概念，既為授權性規範，絕對須具有明確性。另外，「同一時間必所陳納已有他人申請，並經許可」，在立法院審查過程中，常有兩組人士一為確認，二為反對，因特別立法院，假如超出授權性規範之性質，後又不明確，此規範本身即有問題。

許教授提到有四個並非判決的通用之條文，今天上午李人已開始提到這個問題，被告本身係根據第九條、第十一條而被判刑，如嚴格說第十一條第一款。此與條外審判完

82. 8. 30,000

全不同，特別引用這種判決，請大法官在審酌人權
及憲法所保障自由權問題時，衡平考量，並不要
如此嚴苛解釋。
所以再呼籲，我這程序性問題，並不要如此嚴苛解
釋，並採廣義解釋。依不合才九條規定，以才十條才款
規定不予許可，當然，審酌到許可制違憲問題時，難道
大法官能僅就此才文款加以審查，而置其他款於不顧
？這個問題，中國時報八十六年十月四日大法官會議要
針對學會遊行法開言詞辯論時，登載一篇社論表支
持大法官，其中有提到一天，候犯人權之階段無日不受
影響，所以事實能由大法官審理就應不易，因此解釋

範圍上之限制不當（五）至於嚴苛。憲法判決所適用條文與大法官解釋憲條文是否一致，到國權序規定之憲政秩序有所不同。本以外國立法例，往往於準沿到自由人權之問題時，採取較寬解釋。本案所準沿之條文關係到整個社會非常重大。我今對國土之主張言，有謂已危害到民主憲政秩序與國家存在，事實上足視是官方的說法。聲請人曾經提出一張幾年來有關主張「台灣共和國主張」的作政之表格，到底人民有無此種權利，如僅為言論主張，是否已危害到國家存在，與民主憲政秩序，我們的答案是否定的。以「主張」而言，係屬言論自由

82. 8. 30,000

範圍，也不告訴刻之危害，所以應予以保障，當社會是非
判斷念清楚，也不用煩勞大法官解釋，但當社會是非
混淆不清時，又事涉到憲法應如何適用與解釋時，
我們殷切期盼大法官們作成當智之解釋，才能引
導整個社會之進步。

以時空矣之不同，當年戒嚴時，每會遊行法以李立心
聲之方是要推翻國民權體制，當年用的頭是運動。(或許)
是時有事應(如今)，當年之意外，現已成為台灣最大之反
對黨，非非

以下空白

(下階段律師後補發言)

當年動員戡亂時期之衝突，現已時過境遷，應該有所調整，我們希望大法官藉此憲法之解釋，能導引台灣社會，走上現代文明之國家。

審判長

請相關機關方面發言。

蘇永欽教授

聲請人方面請求大法官發揮道德勇氣，就不合理或認定違憲者，主動予審查，即使聲請人未主張，聲請原因案件並未涉及，亦作解釋之說法，人期期以為不可。

86. 4. 20,000

大法官行使之解釋權，性質上亦司法權，則當然有被動性與終局性，解釋標的之釐清，即在程序上維持此一「司法性」的重大意義。大法官身為憲法最高維護者，在任何情況下都要避免作成「許外解釋」，致有逾越司法權，侵入立法或行政領域之虞。

司法院大法官審理案件法第七條第二項第三款就人民聲請之程序有明確之規定，人民聲請解釋，應附著於一確定終局裁判，即「對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有抵觸憲法之疑義」

大法官於審查之對象，應限於聲請事由案件直接適用或至少與該判相關的法律規定範圍，解釋應依聲請而為，不得任意作「許外解釋」。

事實上，自八十二年修法迄今，三萬多件案逕法之申請案件，只有一〇八件未獲許可，而沒有一件是因為第十二條第二款引致第四條而發生爭議，是見針對該法條之違憲疑義，迄今並未成為社會生活中之爭議。

類此，應使立法政策問題，應由具有積極主動性之行政、立法機關依循民意設法解決，而非未來解釋之標的。

86. 4. 20,000

四、雖明通過律師

一、聲請人方面主張集會遊行權或言論自由係先天絕對不可侵犯之基本人權，可用以排除國家之公權力；本人認為集會遊行、言論自由，係相基本人權，然非絕對而係相對的。

二、有關集會遊行之時間、地點之限制，聲請人所指代理人張委員不反對，本人亦認同。

三、本案之爭點在於言論本身能否限制。

憲法有其歷史性、階段性之任務，我國憲法目前應如何解釋，值得深思。然言論自由當然可以限制，

就事件主張之「共產主義」，究係純粹理想之共產主義，抑或是對岸政府，會有某程度之控制，或有之即之危險，或有實質之患害，或患方之傾向。公共利益之考量不可忽視。

在美國各州，許可制度仍存在，許可制之「許可」二字，係中性、無違害的，問題在於執行問題，至於許可事實認定係記據問題，既非障請人訴權不確定法律概念，亦非裁量問題，事實認定要有高度記據，無法以法律規定，應考慮記據法則賦與警察舉記責任之高度困難，藉以保護人民權

86. 4. 20,000

利之目的。

審判長

現在進行補充陳述意見，請聲請人方面發言。

張○○教授

就相關機關許可代理人主張本件解釋應限於系爭事由直接適用之集遊法第十一條第二款及第九條之規定，提出說明。本件聲請更涉及集遊法第四條及第九條其他各款規定之不合理，因而，解釋時根本不可能就具體個案予以審查，必需整體加以討論。且違反集遊法系爭中，因主張名稱之共和國

而被檢方起訴者，不勝枚舉。再者，警察取締之「
拳牌」，並未附理由，其認有違反集遊法第四條之規
定，亦予「舉牌」，可任意適用裁量權，類此情形，
解釋時更應整体加以討論。

審判長

請相關機關方面發言。

蘇永欽教授

一、集會遊行法係於解嚴後，經由動員戡亂時期後，
經過社會廣泛參與，及對當之監督下，完成立法，
已就比例原則及最大考量，且對行政措施予明文

86. 4. 20,000

之限制，相對於其他法律，對人權之保障，有比較大之可議。

二、目前為止，尚無涉及集遊法第十二條事前管制之案件，聲請人代表人所提涉及第四條之案件，均係未經許可而事後涉及，而非相關第十一條之聲請而未被許可。與本案涉及之第十二條應加區分。

三、大法官解釋案件，在程序上應避免作成「許可解釋」，已一再重述。再者，對於人民聲請違憲解釋，課以相當限制，應予遵守，否則，任何人均可指控某法律違憲，聲請解釋。如此，限制人民聲請解釋之精

神之判度，特為然否存。

審判長宣示

本案辯論終結，另依法定程序作成解釋，指定

期日宣示。退庭。

憲法法庭

書記官 謝秀卿

雷超賢

方彥明

洪西東

劉夢蕾

86. 4. 20,000

審判長

裁判官

裁判官