

釋字第 806 號解釋協同意見書

謝銘洋大法官提出

黃虹霞大法官加入

一、 本件聲請案的受理價值

本件釋憲聲請案涉及街頭藝人活動許可的問題，聲請人是因為「於未獲許可之場所進行展演(展演位置與申請不符)、使用空間超過相關規定」等違規情形，而被臺北市政府文化局廢止活動許可證，聲請人不服提起訴願、行政訴訟敗訴確定後，認為確定終局判決所適用的「臺北市街頭藝人從事藝文活動許可辦法」(下稱許可辦法)第 4 條第 1 項以及第 6 條第 1 項，牴觸憲法第 15 條所保障之工作權及第 23 條之法律保留原則，因而聲請釋憲。

雖然臺北市政府已經於 2021 年 3 月 24 日廢止該許可辦法(臺北市政府(110)府法綜字第 1103011648 號令)，並於 2021 年 1 月 29 日發布新的「臺北市街頭藝人從事藝文展演活動管理辦法」，將原有的「活動許可證」，改為申請「公共展演空間使用許可」，然而仍然必須通過審查，並經許可後登記為街頭藝人，始能於公共展演空間從事藝文展演活動，仍然存在著審查的問題。而除了臺北市之外，其他縣市政府對於街頭藝人表演的管理，包括街頭藝人證的審查與許可，也都存在著相同問題。是以受理本件聲請案，對於街頭藝人的表演活動有其意義。本席贊同多數意見之結論，並就藝術表現自由在憲法上所受之保障為補充性之論述，爰提出協同意見書如下。

二、 藝術表現自由的憲法基礎

我國憲法第 11 條規定「人民有言論、講學、著作及出版之自由」，究竟藝術之表現自由（freedom of expression，亦有稱之為表意自由或表達自由）在我國是屬於該條所保障的範圍，或是屬於憲法第 22 條的「其他自由及權利」而受憲法保障，在我國學說上迭有爭議，而在國際上也因各國法制之不同而有所差異。

德國基本法第 5 條第 3 項前段規定：「藝術與學術、研究與講學均屬自由」（Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei.），明文將藝術自由與同條第 1 項之言論自由並列為基本權利，這和美國保障藝術自由是以憲法增修條文第一條之言論自由為依據之情形並不相同。

此外，聯合國於 1966 年通過之《公民與政治權利國際公約》第 19 條第 2 項規定：「人人有發表自由之權利（right to freedom of expression）；此種權利包括以語言、文字或出版物、藝術或自己選擇之其他方式，不分國界，尋求、接受及傳播各種消息及思想之自由」，亦即將藝術自由涵蓋於表現自由之範圍。歐洲人權公約第 10 條所規定的表現自由權（right to freedom of expression），雖未明文規定藝術表現自由，但從歐洲人權法院判決脈絡，可知藝術自由亦屬歐洲人權公約第 10 條表現自由之保障範疇。然而在《歐洲聯盟基本權利憲章》（Charter of Fundamental Rights of the European Union）則是將藝術自由（第 13 條）與表現自由（第 11 條）分列。

在我國藝術表現自由究竟是以憲法第 11 條或第 22 條概括條款為依據加以保障，嚴格言之，並無實質上之差異。固

然如果以憲法第 22 條概括條款保障藝術表現自由，能夠建立起獨立的判斷標準，自有其對藝術文化保障的宣示作用。然而細究憲法第 11 條條文內容，其所保障者實為各種不同的「表現自由」（本院釋字第 756 號解釋參照），其中最要者固然是言論自由，而講學、著作及出版之自由，亦同屬表現自由內涵的具體展現。其中「著作」的範圍相當廣，包含文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作（著作權法第 3 條第 1 項第 1 款參照），是以將藝術創作與表現之自由納入憲法第 11 條之保障範圍，在體系上並無不妥。況且不可否認地，藝術表現自由和言論自由有相當程度的重疊，特別是表達一定政治或社會思想的藝術創作，如果又援引憲法第 22 條概括條款加以保護，不可避免會使得法律的適用變得較為複雜而模糊。

三、 藝術表現自由的違憲審查

（一）藝術表現自由宜考慮其特殊性而有獨立的審查標準

無論是以憲法第 11 條或第 22 條保障藝術表現自由，最重要的就是審查標準的問題。

過去本院涉及藝術表現自由的有釋字第 407 號及第 617 號解釋，因兩者均因涉及出版品，而係以憲法第 11 條之言論自由與出版自由進行處理，並未同時就藝術表現自由加以論述。然而藝術表現自由，與其說是言論自由的一部分，不如說是表現自由的一部分。因為如果認為藝術自由是言論自由的一部分，將不可避免地產生言論自由審查標準的適用問題。言論自由的類型相當多，其審查標準也各有差異，且言論自由的保障多係以政治及社會功能為考量之面向，此由本

院歷來對言論自由的闡述可知。例如本院釋字第 756 號解釋即表示：「憲法第 11 條規定，人民有言論及其他表現自由，係鑑於言論及其他表現自由具有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理之政治及社會活動之功能，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺之機制。國家對之自應予最大限度之保障（本院釋字第 509 號、第 644 號、第 678 號及第 734 號解釋參照）」。然而藝術表現自由之作用並不在於「形成公意」或「促進各種合理之政治及社會活動之功能」，縱使以憲法第 11 條保障藝術表現自由，是否可以直接套用言論自由的審查標準於所有的藝術表現自由判斷上，不無疑問，而應就藝術的自身特殊性，以形成其自有獨立的審查標準。雖然這不是件容易的事。

（二）「藝術」屬開放概念，國家不適當擔任判斷者

首先遇到的問題，就是何謂藝術？這是極為困難說明清楚的。著名的俄國作家列夫·托爾斯泰（Leo Tolstoy）於其晚年思考的結晶：西元 1897 年以俄文完成但因其國家審查之困難，而先以英文出版的《何謂藝術？》（What is Art?）一書中，將藝術概念化為任何傳達情感的東西：「藝術起始於一個人，為了向其他人傳達他曾經體驗過的感覺（feeling）之目的，再次從其內在呼喚出該感覺，並以某些特定的外部符號來表達它」¹。抽象而言，只要是一定情感、觀念、印象、經驗或想法等，透過某種形式的表達被呈現出來即屬之。

¹ Tolstoy 1995 [1897], p. 38: "Art begins when a man, with the purpose of communicating to other people a feeling he once experienced, calls it up again within himself and expresses it by certain external signs".

藝術本身是一個開放式的概念，並無法清楚地加以界定，且它會隨著社會與時代的變遷而改變。藝術概念的界定本身，就涉及對藝術內容的價值判斷，也構成對藝術表現自由的一種限制，在民主社會每個人都有不受限制、不受干擾地從事藝術創作，而且創作的內容不受國家干預或審查的權利，國家並不適當擔任藝術判斷者或審判者的角色。這也是為什麼和藝術創作保護關係密切的著作權法，並不去判斷其內容是否合法、是否違反公共秩序或善良風俗，或是否侵害他人權利，而對於一切創作成果一律都給予保護的原因。

（三）藝術表現自由的核心應受高度之保障

藝術自由²所欲保障者，不僅是藝術思想與創作上的自由，更是藝術表現上的自由，並經由對表現自由的保障，進一步確保藝術思想與創作上的自由。而藝術表現自由，應該包含藝術內容所有對外表達的媒介、載具與平台，包括其所呈現的形式、方式、時間、地點等。

不可否認的，藝術的對外表現，可能和既有的法律規範所欲保護的法益間產生衝突，特別是當其涉及謾罵、人格詆毀、色情及道路空間使用等刑罰與行政罰之法律規範。欲對其進行限制，應考慮愈接近藝術創作思想核心的部分，包括創作的題材、觀點、內容等，其所受到保障的程度就愈高，對其所為限制所要求的審查密度也應該愈高。

本件解釋多數意見認為，如相關管制措施涉及演出內容（包括議題、觀點或品質）之直接干預，應採取嚴格審查標準；而對於與表意內容無涉的管制措施，包括演出活動之時

² 廣義的藝術自由，甚至包括一般人接觸藝術的自由。

間、地點、方式等，則應採取中度審查標準，始符合比例原則的要求。此一結論可資贊同。惟值得注意的是，有時表現方式與表現內容有密切的結合關係，在判斷上仍應視具體情形而定，不可一概而論。

就如同其他國家透過司法實務就各別具體個案的判斷，形成對藝術表現自由的審查標準般，期待未來有更多的案件，可以逐漸累積形成更具體的判斷標準，以落實我國對藝術自由的保障。