

釋字第 806 號解釋不同意見書

張瓊文大法官 提出

本號解釋多數意見認為臺北市政府於民國（下同）94 年 4 月 27 日訂定發布施行之臺北市街頭藝人從事藝文活動許可辦法（下稱許可辦法）第 4 條第 1 項（下稱系爭規定一）、第 6 條第 1 項（下稱系爭規定二），及有重要關聯性之第 5 條第 1 項規定（下稱系爭規定三），與憲法第 11 條保障人民言論（藝術表現）自由之意旨不符，侵害人民受憲法第 15 條所保障之職業選擇自由，且違反法律保留原則，應屬違憲。惟本號解釋多數意見之立論，本席實歎難同意。敬提不同意見書於次，以明其理。

一、本案所涉之基本權爭議

藝術工作者依其創意所為意念之展現，以實現其自我之理念，應受憲法如何之保護，憲法雖未明文規定，過去大法官之解釋亦未直接以之為標的作成解釋，惟現代民主國家大抵都承認此類精神性成果應予保障，無論由憲法第 11 條所保障之言論自由、著作自由、出版自由或憲法第 22 條所保障之其他權利均得導出藝術表現自由應受保障，概無疑義。就此而言，本解釋已提出詳細之論述，認為藝術為個人能力之展現，為人類文明之重要指標，街頭藝人為民間藝術能力之自主呈現。人民透過藝術表演活動，表達創作理念以實現自我，依其藝術創作之種類及表現，在知性、感性層面，尋求與表演對象之意念溝通及相互理解、共鳴，故人民得充分表

現藝術之自由，不僅屬憲法第 11 條所保障表現自由之範疇，甚至屬具有高價值之言論，是應受憲法高度之保障等語。此一部分，本席敬表同意。

又選擇以藝術表現、展演作為作內容之藝術工作者（非僅限於街頭表演），其工作權應受憲法第 15 條之保障亦無疑義。值得注意者乃藝術工作者在其自有、或其有權支配或經有權支配之人同意之場所呈現、展演其作品，場所使用權之歸屬明確，其展演並不會與他人對該場所之使用發生衝突。但街頭藝人所表演之場所，如人行道、廣場、公園等，本係國家為提供公眾交通往來方便或休憩之目的所設置。街頭藝人於此等場所進行展演並被動地收取賞金，係利用其本無支配權之場所作為其展演所在，而與國家設置此類場所之初始目的不同，其對於該等場所之使用權利在憲法上應如何定位？與其創作表現之內容應受憲法如何之保障？係屬二事。

申言之，街頭藝人表演內容所受藝術表現自由之基本權保護，與其他非以街頭作為表演場所之藝術工作者，除去街頭之因素，原則上應無不同。惟街頭藝人所用以作為表演工作之場所，依法均屬提供予公眾使用之公物，對公眾使用相關公共空間便利、安全及安寧不免造成影響甚至妨礙，公眾使用公物所生之公共利益與街頭藝人此等受憲法保障之價值產生衝突，自有予以調和之必要。

憲法固然保障人民之工作權——包括藝術工作者之工作權，但憲法是否保障人民有在公共空間工作之基本權？假如答案是肯定的，即如多數意見所稱「街頭藝人自古有之，以街頭走唱作為謀生之方式亦屬人民職業自由之選項」，但接下來的問題會是，非以藝術表演活動為其內涵之其他工作

類型是否也有在街頭工作之基本權呢？街頭理髮、打拳賣藥亦自古有之，時至今日，理髮師是否仍有擺張椅子在街頭為人理髮的職業自由？

藝術工作者作不成台北市之街頭藝人，還可以在其他地方成為街頭藝人，甚至在其他表演場所演出以為工作，均無礙其以藝術為謀生之憑藉。多數意見逕行以街頭藝人為一種獨立之工作選項，人民理所當然地有權選擇在街頭以表演為工作，以為論述之濫觴，完全未顧及「街頭」加「藝術工作者」，此種因使用之場所為公共空間所致之特殊性，並非藝術工作之職業本身之問題，其所持之看法，本席實難以贊同。

二、許可辦法制定前，與街頭藝人有關之法制

臺北市於 94 年訂定系爭許可辦法，初始設立街頭藝人制度，對於經其主管機關許可之人民，得於台北市特定公共空間進行藝術表演並被動收取賞金。所規範之「公共空間」，依許可辦法第 2 條之規定，係指寬度 8 公尺以上之人行道、廣場及公園綠地等空間，經管理人同意得提供從事藝文活動之場所。此等空間之運用，除私人所有之大型百貨、賣場以外¹，原本均屬公共用物或公營造物之公物使用範疇，於許可辦法制定前，本即有不同相關管理規範：

（一）道路、廣場、公園等公共用物部分

¹ 以訂定許可辦法之台北市而言，其展演場地包括美麗華百樂園、大潤發內湖二店、三創生活園區一樓廣場及台北 101 等，均屬私人所有及管理之場所，而其所使用之街頭藝人招募說明或展演申請須知，亦均載明有「主辦單位保留最終場地使用決定之權利」或類似文字。是以其使用關係應視同一般人民間的私法行為，近於使用借貸或租賃，與基本權利之限制與否無涉，故不贅述。如該等部分係屬「公共開放空間」者，依臺北市土地使用分區管制自治條例第 82 條之規定：「公共開放空間之留設，除應予綠化、設置遊憩設施及明顯永久性標誌外，於領得建築物使用執照後應全天開放供民眾使用，非經領得變更使用執照，不得任意變更開放空間內之各項設施、搭建構造物或作其他使用。」是可知此類型之公共空間須無條件放予民眾使用，與一般公物無異，可適用後敘之論述，茲不贅言。

由中央或地方政府等行政主體直接提供予公眾為公共目的使用之公物，如道路、橋樑及廣場等，係處於國家或其他行政主體支配之下，其使用方式，可分為通常使用及特殊使用不同之管理方式²。以道路而言，中央立法之道路交通管理處罰條例（下稱道交條例）第 3 條第 1 款規定：「一、道路：指公路、街道、巷衕、廣場、騎樓、走廊或其他供公眾通行之地方。³」其目的係為提供公眾為一般通行，係屬公物之通常使用，如欲為其他超出此目的以外之使用，如宴客、馬拉松賽跑等，即屬特殊使用，原則上應經主管機關許可始得為之，道交條例第 82 條第 1 項即秉此原則而列舉 11 款禁止在道路為通常使用外之使用情事⁴，如違反管制規定應受罰鍰，街頭藝人在街頭表演以獲得任意性之報酬，可能合致其中第 3 款「利用道路為工作場所」、第 9 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為。」及第 10 款「未經許可在道路擺設攤位。」之禁止規定，而須受罰。至於地方人民休憩極為重要之公園，台北市自 59 年起即訂有臺北市公園管理自治條例，對於公園之定義、公園之目的（供公眾遊憩）及公園內禁止之行為，均有明文之規定。其中第 13 條規定，公園內不得有營利行為，及第 15 條規定

² 參見吳庚，《行政法之理論與實用》，三民書局，增訂 14 版，2016 年 9 月，頁 183。

³ 須略加說明者，許可辦法所規定者雖係「人行道」，但由道路交通管理處罰條例第 3 條第 1 款及第 3 款（人行道：指為專供行人通行之騎樓、走廊，及劃設供行人行走之地面道路，與人行天橋及人行地下道）合併觀察之，人行道應屬道路之一部分。

⁴ 道路交通管理處罰條例第 82 條第 1 項：「有下列情形之一者，除責令行為人即時停止並消除障礙外，處行為人或其雇主新臺幣 1200 元以上 2400 元以下罰鍰：一、在道路堆積、置放、設置或拋擲足以妨礙交通之物。二、在道路兩旁附近燃燒物品，發生濃煙，足以妨礙行車視線。三、利用道路為工作場所。四、利用道路放置拖車、貨櫃或動力機械。五、興修房屋使用道路未經許可，或經許可超出限制。六、經主管機關許可挖掘道路而不依規定樹立警告標誌，或於事後未將障礙物清除。七、擅自設置或變更道路交通標誌、標線、號誌或其類似之標識。八、未經許可在道路設置石碑、廣告牌、綵坊或其他類似物。九、未經許可在道路舉行賽會或擺設筵席、演戲、拍攝電影或其他類似行為。十、未經許可在道路擺設攤位。十一、交通勤務之警察、依法令執行指揮交通、交通稽查任務及各級學校交通服務隊現場導護人員以外之人員，於道路上攔阻人、車通行，妨礙交通」。

公園內集會、展覽（售）、演說、「表演」或為其他使用者，除經主管機關核准之藝文活動外，均應事先申請⁵，否則亦可能遭處罰鍰或驅離。

足見在系爭許可辦法訂定前，無論依中央的道交條例或台北市訂定的公園管理自治條例，在道路（人行道）或公園等不同的公共空間，街頭藝人均係原則被禁止之「職業」⁶，例外須個案申請始可能被許可。如街頭藝人未經許可而從事表演活動，即應依道交條例及台北市公園管理自治條例之規定處理。

類似之情形，台北市之攤販（指市場以外之攤販）因其使用空間多屬公共空間，亦應受前述道交條例及公園管理自治條例之限制，臺北市於 66 年施行臺北市攤販管理自治條例，對於符合一定條件之人民，依其申請，發給附有有效期間之攤販營業許可證。其與街頭藝人之差異，僅為街頭藝人以許可辦法之自治規則形式而開放管制，攤販則以自治條例之形式開放；前者提供勞務（表演），後者提供商品而已⁷。是以在現行法制中，攤販設攤之行為，亦非公共用物的一般使用範疇，與街頭藝人表演活動相同，均屬公共用物之特別使用，均應申請許可，始得為之。

（二）公用營造物使用

⁵ 臺北市公園管理自治條例(86年01月07日修正)第2條：「本辦法所稱公園，係指依都市計畫或配合其他公共工程興建，以供公眾遊憩之場地而言。」第13條：「公園內不得有左列行為，如經勸離不服者，送請警察機關、有關機關依法處理。……一、販賣物品或出租兒童遊樂器具。……」第15條：「凡於公園內集會、展覽、演說、表演或為其他使用者，應填具申請書，記明用途及時間向管理機關申請，經核准並繳納使用費及保證金後始得使用」。

⁶ 本席不認為俗稱的街頭藝人是一種受基本權保護的職業，故以引號標示。

⁷ 或如多數意見在本號解釋所強調的，街頭藝人具有較高之藝術性，涉及言論自由及表現自由。但事實上則未必，即便是商品的販賣也可能本身係政治言論或藝術表現之一種形式，可能會適用相同之審查基準。

國家或地方行政機關等行政主體為達公共行政上之特定目的而將人與物進行功能上之結合，構成具有法規依據之組織體，而與公眾或特定人發生法律上之利用關係者，為公用營造物，如學校、醫院、博物館、文化中心等⁸。此些場所或有週遭附連之空地、廣場或公園，且為公眾所聚集出入之處，即有可能亦為街頭藝人所欲申請之表演空間⁹。而此等空間之使用，本身即有其相關規定，例如，臺北市立美術館廣場外借使用管理實施方式（92年11月），即使未制定許可辦法，街頭藝人亦不得任意使用而為表演活動。

假設如多數意見所稱，街頭藝人理所當然為受憲法職業選擇自由之職業選項，則合憲性該受質疑者應為道交條例第82條及臺北市公園管理自治條例之禁止規定（甚至擴及公用營造物之許可辦法¹⁰），此二者始為限制街頭藝人活動之規範來源，而非多數意見所稱之系爭許可辦法之系爭規定一、二及三。

綜上所述，許可辦法未訂定前，一般人民欲從事街頭表演者，勢必面臨道交條例第82條以及各公用營造物利用規範之限制，於每次表演前均須一一取得許可。許可辦法係採取先許可後協助之方式¹¹，將可供作表演場所之用的場地明

⁸ 參見吳庚，《行政法之理論與實用》，三民書局，增訂14版，2016年9月，頁158頁以下。

⁹ 以於「臺北市街頭藝人登記及展演申請平台」所提供之展演場所而言，即有錢穆故居戶外庭園、人文茶坊、臺北市立天文科學教育館前門廣場、臺北市立天文科學教育館後門廣場、臺北市兒童新樂園、臺北當代藝術館、臺北市立美術館廣場等公用營造物之附連場地。最後瀏覽日期2021/7/29 <https://tpbusker.gov.taipei/place.aspx>。

¹⁰ 例如，臺北市立美術館廣場外借使用管理實施方式（92年11月）肆、使用限制：「……六、申請活動項目，除經政府相關機關核准之義賣、勸募外，不得有商業行為；相關攤販管制及處理原則如附件。」既禁止為商業行為，此時是否亦如多數意見所言「限制」街頭藝人之「職業」，而應受質疑呢？

¹¹ 許可辦法第4條第1項：「街頭藝人於本市公共空間從事藝文活動前，應向主管機關申請核發活動許可證。」第6條：「（第1項）取得活動許可證之街頭藝人，得於本市公共空間從事藝文活動。但應遵守相關法令規定及各公共空間之管理規範，並不得影響公共空間管理人許可之其他活動。（第2項）公共空間管理人對已經許可從事之藝文活動，應予提供必要之協助」。

確化，使相關公共用物及公用營造物之管理者有所依循，以達其「鼓勵臺北市（以下簡稱本市）藝文活動多元發展，並培養民眾以付費方式參與藝文活動之消費習慣，促使藝術文化融入民眾生活，豐富本市公共空間人文風貌」之公益目的¹²。就此而言，許可辦法之訂立，實非對於欲從事街頭表演者之限制，毋寧認為係一種限制之解除，依許可辦法申請之人經主管機關許可者，可獲得一具有持續效力¹³之授益性行政處分，此一書面行政處分即為許可辦法第 4 條所指之「活動許可證」。

三、許可辦法及實施要點與法律保留原則無違

多數意見認為對街頭藝文表演活動之管制，只要構成對人民職業自由及藝術表現自由之限制，即應以法律，或經法律明確授權之命令為之，始符合法治國法律保留原則之要求。而系爭規定一、二及三性質上卻僅屬地方行政機關發佈之自治規則，既非地方立法機關通過之自治條例，亦未獲自治條例之授權，因而與法治國法律保留原則之要求有違¹⁴。

惟地方自治團體之道路、交通及公園、綠地之規畫、建

¹² 許可辦法第 1 條第 1 項。

¹³ 依臺北市街頭藝人從事藝文活動實施要點第 6 點之規定，許可證有效期限為 2 年。

¹⁴ 本號解釋另一特別之處亦在於此，以往如系爭規定經審查已牴觸法律保留原則者，大多率即為該號解釋之結論，如本院釋字第 778 號【醫藥分業下之醫師藥品調劑權案】、第 765 號解釋【區段徵收範圍內新設自來水管線工程費用分擔案】、釋字第 734 號【設置廣告物污染環境案】、釋字第 730 號【再任公立學校教職員重行退休年資計算案】、釋字第 724 號【人民團體限期整理案】、釋字第 723 號【全民健康保險醫療服務點數申報期限案】、釋字第 711 號【藥師執業處所限制案】、釋字第 710 號【大陸地區人民之強制出境暨收容案】、釋字第 707 號【公立學校教職員敘薪辦法關於教師部分違憲案】等，而僅於系爭規定雖未違反法律保留原則時，但仍有反其他憲法原則之疑慮時，始會再為其他憲法原則之審查，如釋字第 750 號即為典型，依序就醫師法施行細則第 1 條之 1 及專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師考試分試考試規則附表一，為法律保留原則、比例原則及平等原則等審查，最後始導出未違憲之結論。而本號解釋在此已認系爭規定一至三違反法律保留原則，卻又繼續以比例原則審查之，對於一個已為新法規所取代而失效之法規而言，實屬少見。於釋字第 756 號【受刑人秘密通訊與表現自由案】亦有此種論述方式，且同屬涉及表現自由之案例，或可謂係多數意見出於強調表現自由重要性之一貫性表現。

置及管理雖屬地方自治事項¹⁵，其中關於道路之管理，由於用路人跨區使用道路之情形多所常有，建立全國統一之道路管理規範，確有其必要，此等事務應有全國一致之性質，故中央訂立道交條例作為全國道路使用之管理規範，符合憲法第111條之規定¹⁶。至於地方自治團體在中央道交條例規範之框架下，本於其自治權，在審酌不特別妨礙一般人之通常使用範圍內，為豐富民眾之精神生活，提升都市之人文風貌，有限度的開放部分空間，經街頭藝人之申請，許可其為特別使用，得以在特定公共空間表演以收取不特定人給予之賞金，係作成對申請人具有持續性效力之授益處分，解除限制並授予一定之有利地位，其本質上並非權利之限制。且自治團體在其對公共空間之自治事項範圍內所為之規畫管理，本有權決定其如何開放（包含使用何種規範形式開放）及開放之範圍。此種對人民有利之事項，縱使是中央法規，依本院釋字第443號解釋以降之精神¹⁷，受法律之規範密度，亦較限制人民權益者寬鬆，只有在涉及公共利益之重大事項，才有以法律或法律授權之命令為依據之必要。街頭藝人所涉者為自治權行使範圍內，有關自治事項之少數特定公共空間通常使用與特別使用之調和，自無一定要求訂定自治條例之必要。

又系爭許可辦法係於94年訂定，而於本號解釋做成前已廢止¹⁸，取而代之者，為臺北市街頭藝人從事藝文展演活動管理辦法（下稱管理辦法）¹⁹。而管理辦法與許可辦法最大之不

¹⁵ 地方制度法第18條第6款第5目、第10款第1、2目，及第19條第6款第5目、第10款第1、2目參照。

¹⁶ 「國道」依憲法第107條第5款為中央立法並執行之事項。

¹⁷ 釋字第614號(公務人員曾任公營事業人員年資案)參照。

¹⁸ 中華民國110年3月24日臺北市政府(110)府法綜字第1103011648號令發布廢止。

¹⁹ 中華民國110年1月29日臺北市政府(110)府法綜字第1103003920號令訂定發布全文18條；並自110年3月1日施行。

同點，在於許可辦法係採許可制²⁰，而管理辦法則採登記制²¹，且條件寬鬆，幾無資格限制，亦無許可辦法中為多數意見所質疑之審查機制²²，但仍不失為一種寬鬆之「管制」。如依照多數意見之見解，是否仍應以自治條例為之始屬合憲？即屬有疑。

四、對街頭藝人開放之許可制度，於維持公共空間之通常使用、公共安全及社會秩序之範圍內，地方自治團體本有權決定為如何開放，其審查如逾越上開範圍而涉及表演品質，非實現上開規範目的所必要而違反比例原則

承前所述，街頭藝人在公共空間之表演難免對國家提供公物予一般人通常使用之目的，以及周遭之環境安寧或安全造成影響或妨礙。地方自治團體雖得本於一定之公共利益，開放街頭藝人為特別使用，但其開放仍須斟酌一般人通常使用之必要及周遭環境之安全、秩序之維持。故系爭許可辦法及實施要點訂定活動許可證核發制度，並規定申請人應達一定年齡；許可處分得附條件、負擔或其他附款（例如期限）；主管機關並得對許可種類及數量進行總量管制；街頭藝人從事藝文活動時不得造成人車通行困難、阻礙相關出入口或消防安全設備等妨害交通或公共安全之行為；並輔以稽查制度，訂定撤銷、廢止許可證及停權之事由，凡此均與規範目

²⁰ 許可辦法第 4 條：「街頭藝人於本市公共空間從事藝文活動前，應向主管機關申請核發活動許可證。」

²¹ 管理辦法第 5 條第 1 項：「符合下列情形之一者，得向文化局申請登記為本市街頭藝人：一、年滿十六歲以上中華民國國民。二、年滿十六歲以上持有藝術及演藝工作許可或於我國從事就業服務法第四十六條第一項第一款至第六款工作，已持有非藝術及演藝工作許可之外國人。」

²² 許可辦法第 5 條：「(第 1 項)主管機關為處理前條第一項之申請，必要時得通知街頭藝人於指定場所解說、操作、示範或表演，經審查通過後，核發活動許可證。(第 2 項)前項許可，主管機關應設定許可證期限及街頭藝人從事收費性藝文活動之收費方式，並得附條件、負擔或其他附款。(第 3 項)主管機關於必要時，得對於許可種類及數量進行總量管制。」

的之達成具有合理關聯。

系爭規定三規定：「主管機關為處理前條第一項之申請，必要時得通知街頭藝人於指定場所解說、操作、示範或表演，經審查通過後，核發活動許可證。」依條文文義其實無法得知審查項目為何，如其審查之內容合於前述目的，例如檢核街頭藝人表演時是否使用具危險性之物品（如噴火表演）、使用空間是否過大、音量是否過高等，亦無違憲疑義。

須注意者，系爭規定一至三係形塑活動許可證核發制度之重要條文，尚難認有限制人民權利之情形，但在審核是否核發許可證之程序中，如納入與前述目的無關之衡量標準，仍有構成違憲之可能。例如，實施要點²³第4點規定，申請人應現場展演，除由審議委員會進行審議外，並由民眾參與，對表演內容作喜歡或不喜歡之投票，不喜歡之投票結果達一定比例時，作為前述委員會淘汰之依據。關於由民眾參與投票喜歡或不喜歡（主觀好惡），並作為是否核發許可證之依據，屬表演內容品質之主觀審查，已非前述規範之目的所涵括，違背不當連結禁止原則而逾越必要之範圍，牴觸憲法第11條藝術表現自由之保障，有違憲法第23條比例原則²⁴，在此併予敘明²⁵。

²³ 已於107年4月1日廢止，第4點內容如下：

肆、審議：「一、文化局受理申請後，書面通知申請人於審議時間及地點現場展演，由審議委員會進行審議，審議現場並開放現場民眾參與投票：

（一）審議委員會組成包括：

1.藝文專業之專家學者（依街頭藝人屬性分類，聘請不同領域之專家學者進行審議。）2.文化局代表 3.公共空間管理人代表 4.街頭藝人代表

（二）民眾參與：

審議現場開放若干民眾參與投票，對表演者做「喜歡」和「不喜歡」投票，若表演者「不喜歡」選票數達該類型總投票數10%者，則提請審議委員會作為淘汰依據。

²⁴ 本院釋字第612號解釋參照。

²⁵ 惟聲請人之主張及確定終局判決所適用之法規均不及此些規定，多數意見或見及此，以重要關聯性理論將系爭規定三納入，實已屬釋憲範圍之極限，應可理解。

五、結論

於本號解釋討論的過程中，雖然或有從聲請人的角度所為之基本權之判斷，或從一般行政法原理原則所建立的公物管理使用體系等各方面的論理。但本席始終不能忘懷街頭藝人所處之空間並非只有街頭藝人本身及場所管理者，更多的是一般社會大眾也會受到影響，特別是身心尚未發育健全的兒童。

如依多數意見之論理，認為街頭藝人之表演，應屬藝術表現自由之保護範疇，甚至屬具有高價值之言論，即肯認此等活動含有「資訊提供」之性質，則多數群眾是否有拒絕此資訊之權利呢？即使認為於一般自由法治國家下，表演人既無強迫一般大眾觀看之權利，而不欲觀看者，可離開該處所而達到「拒絕」之效果。但對於身心尚未發育健全，尚不能獨立行動的兒童而言，此種「拒絕」之實現，是否即屬不可期待？

公共空間的運用及管理，隨著都市化及人口的密集，已成為一重要課題，除了在本院釋字第 734 號解釋已詳細討論的廣告物規範外，其層級甚至可擴及本院多次作成解釋之都市計畫等事項²⁶，其所涉及人民範圍廣泛、事務性質複雜且具有高度技術性，又須遷就地理環境、人口密度、產業發展，而具有高度因地制宜之必要性，雖有限制部分地方居民基本權之可能，是否均須如多數意見所言，至少須以自治條例位階的法規為規範，涉及地方自治團體之權限分配，當是本號解釋最大之影響，實應慎之再三。

²⁶ 可參照本院釋字第 739 號、第 709 號、第 513 號、第 406 號、釋字第 363 號、第 336 號、第 255 號等號解釋。其他與都市計畫有關，但主要爭點涉及訴訟權、租稅減免及費用分擔者，茲不贅列。