

釋字第 445 號解釋部分不同意見書

林永謀大法官 提出

按對於違背應遵守之義務而依法應受處分者，固應符合法律明確性原則；惟所謂法律明確性原則，係指其能預見何種作為或不作為構成義務之違反及所應受之處分究竟為何之意。對於處分之要件，法律雖以抽象概念表示，但不論其為不確定概念或概括條款，只須其無違於法律明確性之要求即可；且立法者於立法定制時，仍得衡量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，而為相應之規定，如此之規定，苟其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，可經由司法加以確認者，即不得謂與明確性原則相違，此業經本院以釋字第四三二號解釋在案。本解釋案之關於集會遊行法第十一條第二款「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」、同法條第三款「有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞者」等規定，如何不足以使人瞭解其意義並預見其自己行為之後果，以及如何無從經由司法審查加以確認，致與法律明確性原則相違，可決多數之解釋文暨理由均未置一詞，乃僅籠統指其有欠具體明確，即為違憲之宣告，已不足以昭信服；而其於理由部分復以「危害國家安全、社會秩序或公共利益」均為「概括條款」為由，謂其「有欠具體明確」，尤與上開解釋所闡示之容許概括條款之立法原則，有所違背，似此出爾反爾，顧後而不觀前，他人將如之何？又將如何措手足？

「國家安全」一語，本係憲法第一百三十七條第一項所有；而「社會秩序」「公共利益」等詞，則為憲法第二十三條所明定，本解釋於合憲部分亦用之為判斷之依據；再「生命、身體、自由、財物」何不具體明確之有？人民之「身體、自由」應予保障，憲法第八條第一項固已明定，而重大損壞之「重大」乙語，其在憲法第四十三條亦有之，

於茲立法者以憲法之語詞規定於法律（集會遊行法），卻謂之為概括條款，有欠具體明確而違憲，然則其在憲法本身又如何耶？如此之釋憲，究何所據而云然，殊屬費解。又該第二款係以「有事實足認為……」為其要件之一（觀之立法理由，其第三款亦然），並非漫無限制。其既有事實足認矣！何來不明確、不明顯？況立法例上，如德國集會法第五條第四款亦有類似規定之體例，未聞其為違憲者。至若「……之虞」，乃指其有此危險與可能之意，刑事訴訟法第一百零一條、第一百零一條之一等規定，即類此，本院於釋字第三九二號解釋就相關法條予以審查，亦未謂其不明確。實則此乃判斷問題，而非立法明確與否之問題，乃本解釋竟將適用上認定判斷標準可能衍生之問題，移諸於立法之本身，逕謂其有欠具體明確，則其混淆兩者，誤彼為此，實悖道而失理；況且於有此之「虞」時，究應禁其於將然之前，抑應懲其於已然之後，乃立法範疇，無關乎比例原則，亦即其間何者為愈，實難定論，立法者絕惡於未萌，有何不可？夫抱火厝之積薪之下，而寢其上，火未及燃，吾人謂之「尚未達明顯而立即危險之事實」可否？此部分可決多數之論據，何異於此！

法律之實踐中，法律性的拘束與自由裁量係必然併存之兩個要素，無論如何嚴格之立法，均無從在其適用上完全剝奪執法之自由裁量餘地，僅其法律性之拘束愈為嚴格，則自由裁量之餘地愈為狹窄；反之，自由裁量之空間愈為廣大，則逼使法律性的拘束愈為後退而已。縱觀歷史，有法律性的拘束甚強之時代，亦有甚弱之時代；又在法律之整個體系，有法律性的拘束甚強之領域，亦有甚弱之領域，但此兩個要素永遠併存，非僅此也，法律性的拘束與自由裁量在其性質上永遠係屬相對，無論如何之事項，均不可能有絕對之法律性的拘束，亦無絕對之自由裁量；蓋凡法律均藉抽象的概念予以規定，其概念有極其明顯之輪廓者，有明顯度甚低者；其意義有甚為明確者，有不免於或多或少之含混者，例如以「人」「馬」之概念與「公共秩序」「善良風俗」

之概念相較，前者為確定概念，後者為不確定概念，亦有稱之為價值概念，因其適用必須就其具體價值予以觀察始可，然雖係不確定概念、價值概念，只須其具有一定概念性的輪廓，則適用於其規定之法規時，即有一定之法律性的拘束，僅此種概念之適用，或多或少不確定，故有「裁量」之要素而已，但在「裁量」時，仍必須受符合該法規目的之指導，更進一步言，必須受法律秩序之理念所指導，亦因此，不確定概念，無論學說或實務，均認不違背憲法上法律明確性之要求，亦即憲法並不禁止立法者於所制定之法律使用不確定之法律概念，前述本院釋字第四三二號解釋即係本乎此而發。

「國家安全」「社會秩序」「公共利益」等等，均屬不確定概念，乃本解釋之可決多數竟謂之為「概括條款」，實有誤解。所謂「概括條款」就憲法而言，如其第二十二條規定：「凡人民之『其他』自由及權利……」即其最著之一例，況即令為概括條款，如前之說明，仍亦非憲法所不許，何來違反法律明確性之要求？畢竟，法律上一切禁止、處罰之要件，均具規範性，而為抽象、假設之命題，其意義之內容非可單就語意學上之解釋予以獲得，乃必須依法規之目的而受意義內容之修正。「國家安全」、「社會秩序」、「公共利益」等等，均係超越時空之法律概念，其內容應由各該法律之目的予以解釋而定，吾人若因其係不確定概念，即謂其有欠具體明確，則無異否定不確定概念之「法的性格」，並推翻諸文明國家所公認之憲法上明確性原則之原理，其不當，灼然明甚。

若謂警察機關無於此短期間內判斷之能力，故此等不確定概念之審查不宜委之於警察，則應為違憲之宣告，而以其他機關代之，俾貫徹人民表現自由之憲法規定意旨，如日本立法之由「公安委員會」主管其事，即此之例。乃此之不為，而獨顧慮於警察機關之能力，卻不予正面之回應，實屬行之不得其術，其傷殊大。茲集會遊行法規定主管機關為警察機關，本解釋既未宣告其為違憲，則本法第十一條第二、

三款之是否違憲，當應就其規定之本身予以憲法上之審查，乃竟不此之圖，反喋喋以警察機關短期間內無從判斷，為其違憲論據之一，如此豈非背本馳末，不就事論事乎？爰提部分不同意見書如上。