

1 釋憲言詞辯論意旨補充理由(一)狀

聲請人 王光祿

均詳卷

潘志強

代理人 陳采邑律師

文志榮律師

林長振律師

謝孟羽律師

王泰翔律師

楊志航律師

許正次律師

周宇修律師

蔡文健律師

林秉嶽律師

2 為司法院大法官會台字第 12860 號案件，依法提呈言詞辯論意旨補

3 充 理 由 (一) 狀 事 :

1 本件於 大院召開憲法法庭行言詞辯論後，聲請人等謹就：「原住
2 民（族）（狩獵）文化權與環境生態保護，尤其與野生動物保育之
3 平衡」（即 大院所列爭點 2）補充理由如後：

4 一、行政院農業委員會提出之「現行法逐次申請備查制」屬「準則
5 許可制」，與原住民族傳統狩獵文化與禁忌，仍多有牴觸，屬
6 於對原住民族狩獵文化權之嚴重干預手段，國家在管制的手段
7 及程序，應依憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段、兩
8 公約及其一般性意見、原基法第 21 條及第 22 條之相關規定，
9 與原住民族進行實質的對話溝通與諮商同意，國家方能與原住
10 民族討論出一套可行的機制：

11 （一）本件多數鑑定人與相關機關，均肯認原住民族狩獵文化權，
12 且認為係憲法上所保障之基本權利，兼具群體權與個人權之
13 性質，此有其等之鑑定意見及書狀可稽，狩獵文化得以依照
14 原住民族所肯認之規範方式來實踐，就是對原住民族狩獵文
15 化權的最基本保障。野保法第 21 條之 1 的「事前許可制」、
16 第 51 條之 1 的「未事前申請獵捕一般類野生動物之除罪化與
17 處以行政罰」、第 41 條的「獵捕保育類野生動物處以刑罰」
18 之規定，可說是對原住民族狩獵文化權極為嚴重的干預手
19 段，不只是多數鑑定人認為違憲，即便主管機關行政院農業
20 委員會（下稱農委會）亦認為現行上開規定確實不妥，而應
21 予以修正，合先敘明。

22 （二）細繹農委會所提出之三階段（類型）原住民族狩獵自主管理
23 制度，第一階段採取「現行法逐次申請備查制」，此制固然
24 無須載明狩獵物種及數量，但仍須事先提出申請，經主管機
25 關審認符合相關要件後，方可獵捕野生動物，並於事後提出

1 狩獵結果備查。未遵循者，依農委會提出之野保法修正草案
2 第 51 條之 1 第 2 項之規定，仍須處以較高之行政罰。僅針對
3 特殊情形，例外規定無須事前申請核准，改採事後報備制。

4 (三) 惟查，誠如前大法官李震山教授提出前大法官葉百修、陳春
5 生及陳碧玉加入之釋字第 718 號解釋部分不同意見書中所
6 述：「『準則許可制』幾已成為捍衛許可制的『反動修
7 辭』...因為『準則主義』的概念與用語，並不會影響『許可
8 制』事前抑制的本質，也不會因集遊法第十一條中出現『應
9 予許可』一詞，即推斷集遊法所採者形同報備制。『準則許
10 可』，只是為賦予執法機關更寬廣的裁量空間鋪路，從而隱
11 藏恣意的危機，就如同批著羊皮的狼，總有露出猙獰臉孔的
12 時候，只是時機的問題。」（附件 42，第 5 頁至第 6 頁），
13 而農委會第一階段所提出之「現行法逐次申請備查制」其本
14 質上就是「準則許可制」，仍屬事前管制，如前所述，事前
15 管制是最嚴格的限制手段之一，應由行政機關詳細論證並提
16 供實證研究或統計數據，方可通過嚴格審查之要求。惟農委
17 會迄今並未提出足夠的實證研究或統計數據，佐證「現行法
18 逐次申請備查制」才是有助於目的達成的最小侵害手段。

19 (四) 再者，事前許可制違反原住民族狩獵文化與禁忌已屬共識，
20 農委會亦不否認，因此再怎麼修改事前許可制，也都與原住
21 民族狩獵文化與禁忌有所抵觸，仍屬對原住民族狩獵文化權
22 嚴重干預之手段，不但無法實踐前揭憲法增修條文保障扶助
23 並積極促其發展的憲法誠命，反而是破壞、抑制原住民族狩
24 獵文化權。因此，國家應該如何積極維護發展原住民族狩獵
25 文化的同時，又能兼顧野生動物保育，至少應該在程序上依
26 憲法增修條文、兩公約、原基法第 21 條及第 22 條與原住民

1 族進行實質的對話溝通與諮商同意，國家方能與原住民族討
2 論出一套可行的機制。

3 二、「事後報備制」搭配獵人資格制、獵人主動定期回報義務、專
4 責人員通知及追蹤查報、便利回報機制、來年狩獵總量管制分
5 配獎懲、禁獵年限及獵人除名等配套措施，能有效達成保障原
6 住民族狩獵文化權及野生動物保育衡平之目的，且相較農委會
7 之「現行法逐次申請備查制」為侵害較小之手段：

8 （一）事後報備並搭配相關配套措施，可達到維護尊重原住民族狩
9 獵文化及野生動物保育之目的，且相較農委會之「現行法逐
10 次申請備查制」為侵害較小之手段：

11 聲請人雖然不能代表其他族群部落，但仍提供意見供大法官
12 卓參。聲請人認為，如能採取「事後報備制」，並且搭配相
13 關配套措施，應可達到維護尊重原住民族狩獵文化及野生動
14 物保育之目的，且相較農委會之「現行法逐次申請備查制」
15 為侵害較小之手段，以表格方式說明如下：

配套措施	內容
獵人資格認證	由原住民族或部落舉派之代表組成一定之組織建立獵人資格認證制度，並邀集生態及保育專家參與獵人資格認定應具備之相關知識，確保該名原住民具有原住民族傳統狩獵文化知識及現代保育知識。
獵人主動定期回報義務	課予獵人主動定期回報之義務，一方面無須因事前許可而抵觸文化禁忌，一方面也類似報戰功之性質，定期回報（逐月或每季皆可）也不會造成獵人太大負擔。

專責人員通知及 追蹤回報	透過部落、部落族人成立的組織或者部落舉派之代表所成立之組織中（政府應有義務挹注經費及人力協助）之專責人員（部落族人，且最好也是獵人）定期通知獵人應回報狩獵情形，並在逾期末回報時，稽催獵人回報，並將情形記錄在案。
便利回報機制	簡化便利獵人的回報方式，應有助於獵人回報之意願，除了向專責人員當面回報之外，一般紙本或電話通話、簡訊、手機通訊軟體、電子郵件等也都可作為回報機制。甚至可設計開發專供獵人使用之回報 APP，提醒獵人定期回報，並於獵人逾期末回報時予以警示，相關回報數據可直接提供部落及農委會，讓回報的效率與準確度更高。
來年狩獵總量管制分配獎懲、禁獵年限及獵人除名	依照歷年回報數量建立來年獵捕總量管制，並依照主動回報、未定期回報、不回報等因素綜合考量，由該組織分配獵人可獵捕數量。情節重大者，該組織可實施禁獵年限，該獵人於禁獵期間不得狩獵。如於禁獵期間，該獵人仍進行狩獵且情節重大者，該組織可延長禁獵年限，或將該獵人資格除名，失去獵人資格者，即不能進行狩獵活動，此時國家方可依相關規定予以處罰。

- 1 （二）如對立即採取前開事後報備制及其配套措施仍有疑慮，或者
- 2 需要時間經費推動，或需試辦計畫推行，也應指定一段時間
- 3 後，即應施行事後報備制，在過渡時期則或可採取林務局提出之「現行法逐次申請備查制」（仍應依照原基法第 21 條及
- 4 第 22 條與原住民族及部落進行對話溝通與諮商同意程序）辦理，以兼顧上開目的。
- 5
- 6

1 三、退步言之，如認事後報備制及其配套措施仍對野生動物保育有
2 所疑慮，或可再依保育類野生動物等級區分，如屬瀕臨絕種之
3 野生動物，必須逐次事前許可，珍貴稀有及其他應予保育野生
4 動物則不需要逐次事前許可（但仍須依照事後報備制及其配套
5 措施辦理）。但須注意的是，如依照保育類野生動物等級區分
6 分別採取事前許可或事後報備時，應特別強調主管機關有義務
7 主動通知保育類物種名錄之變動，不能僅以傳統的公告或函文
8 方式為之，應以各種可能方式確保獵人、部落或原住民所組成
9 之組織知情，例如簡訊及手機通訊軟體通知…等。此外，因實
10 務上常以「不確定故意」、「未必故意」獵捕保育類野生動物
11 之方式將原住民獵人入罪¹，然夜間狩獵時，光線極為不足，從
12 發現獵物到射擊的時間甚短，無法立即判斷獵物是否為保育類
13 野生動物，更遑論能判斷其等級；陷阱獵時，陷阱雖然係放在
14 山豬等非保育類野生動物之獸徑上，但卻遭其他保育類野生動
15 物意外觸發陷阱等等。因此應增設原住民獵人誤捕回報機制，
16 並列為獵人資格取得之必要知識，避免獵人在未事前申請又意
17 外誤捕瀕臨絕種野生動物之情形下受到刑罰，否則原住民獵人
18 可能因擔心招致刑罰而不願意回報，反而不利於野生動物保
19 育。

20 四、總體來說，多數鑑定人、監察院國家人員委員會、主管機關行
21 政院農業委員會及聲請人等，均肯認原住民族狩獵文化權與野
22 生動物保育的問題，並非處於對立關係，而應該是相輔相成且
23 共生共榮的和諧關係，原住民（族）的狩獵行為，依照相關研

¹ 例如臺灣宜蘭地方法院 97 年度訴字第 160 號刑事判決、臺灣臺東地方法院 97 年度訴字第 148 號刑事判決、臺灣花蓮地方法院 86 年度訴字第 223 號刑事判決、最高法院 104 年度台上字第 3166 號刑事判決、臺灣高等法院 105 年度原上訴字第 52 號判決（後遭最高法院 106 年度台上字第 3202 號刑事判決廢棄發回）等。

1 究，有助於環境生態保護與野生動物保育。因此，不論 大院
2 認為農委會之三階段原住民族自主管理（保留第一階段為修正
3 式的逐次事前許可報備制，並增設例外得事後報備之情形）及
4 全面除罪化（但仍有行政罰）較為妥適之管理手段，或者認為
5 聲請人提出之事後報備制並搭配相關配套措施，方屬同樣可達
6 成目的且為侵害較小的之手段，均無礙現行野保法第 21 條之 1
7 的「事前許可制」、第 51 條之 1 的「未事前申請獵捕一般類野
8 生動物之除罪化與處以行政罰」、第 41 條的「獵捕保育類野生
9 動物處以刑罰」之規定與制度，因違反法律保留原則、法律明
10 確性原則以及比例原則…等，而屬違憲之現況結果。

11 五、懇請 大院宣告野保法第 21 條之 1 及第 51 條之 1 違憲，並依
12 循憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段之保障與積極維
13 護發展原住民族狩獵文化權之憲法誠命，考量原住民族長久以
14 來遭受不公平、不正義、汙名化、被歧視之血淚歷史，建構
15 「正確理解」且「友善」原住民族狩獵文化權落實之制度或原
16 則，讓原住民族獵人用生命、自由為代價來實踐傳承狩獵文化
17 的時代，就此終結。

18 此致

19 司法院大法官 公鑒

20 附件清單

附件 42： 前大法官李震山教授所提出前大法官葉百修、陳春生及
陳碧玉加入之釋字第 718 號解釋部分不同意見書。

21 中 華 民 國 1 1 0 年 3 月 1 5 日

22 【以下空白，下接狀尾】

聲請
聲請
代 理
人 人
人 人

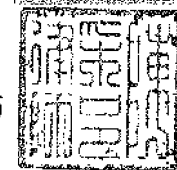
王光祿
潘志強
謝孟羽律師



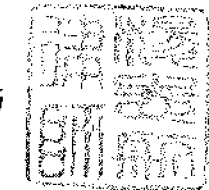
王泰翔律師



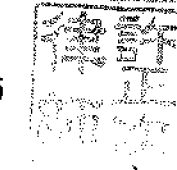
陳采邑律師



楊志航律師



許正次律師



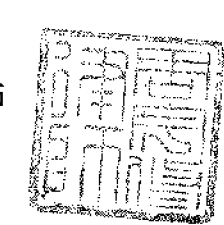
林長振律師



文志榮律師



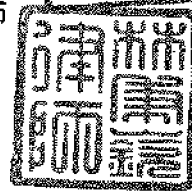
周宇修律師



蔡文健律師



林秉嶽律師



釋字第七一八號解釋部分不同意見書

大法官 李震山提出

大法官 葉百修加入

大法官 陳春生加入

大法官 陳碧玉加入

本件解釋僅就集會遊行法（下稱集遊法）第八條第一項規定：「室外集會、遊行應向主管機關申請許可」（下稱系爭規定），有關緊急性或偶發性集會、遊行仍須事先申請許可部分，已課予人民事實上難以遵守之義務，連帶與同法第九條第一項但書及第十二條第二項規定，¹認為均有違憲法第二十三條規定之比例原則或本院釋字第四四五號解釋之意旨，致侵害憲法第十四條所保障之集會自由而違憲。

就集會遊行採許可制是否合憲問題，本件解釋顯係採取鋸箭法，僅鋸除本質上無從事前許可的集會遊行事件，其他部分，則仍基於本院釋字第四四五號解釋認屬「立法自由形成」範圍，並未違憲。結果是將「許可制」的箭頭，仍留存在被前揭解釋稱為「實施民主政治最重要基本人權」的體內，或只能規避一時而根本病竈未除。對此種避重就輕、治標不治本的違憲審查態度，本席不表贊同，並認為在價值多元的社會，系爭規定並無解釋為合憲的空間，且堅信以我國的民主發展程度，應有資格與條件光明磊落地改採同樣能達成集遊法目的，而又較許可制侵害更小的報

¹ 集遊法第9條第1項但書規定：「但因不可預見之重大緊急事故，且非即刻舉行，無法達到目的者，不受六日前申請之限制。」第12條第2項規定：「依第九條第一項但書之規定提出申請者，主管機關應於收受申請書之時起二十四小時內，以書面通知負責人。」

備制，既可與國際人權體系接軌，提升我國集會自由水準，又有助法律秩序和平發展，爰提本意見書。

壹、本院釋字第四四五號解釋採美國有關言論自由違憲審查的「雙軌理論」，作為審查我國集遊法採行許可制的合憲性標準，留下一些可議論的反思空間，本件解釋卻將其束之高閣

有關我國集遊法採許可制是否合憲的問題，本院釋字第四四五號解釋最關鍵的一段話為：「集會遊行法第八條第一項規定室外集會、遊行除同條項但書所定各款情形外，應向主管機關申請許可。同法第十一條則規定申請室外集會、遊行除有同條所列情形之一者外，應予許可。其中有關時間、地點及方式等未涉及集會、遊行之目的或內容之事項，為維持社會秩序及增進公共利益所必要，屬立法自由形成之範圍，於表現自由之訴求不致有所侵害，與憲法保障集會自由之意旨尚無抵觸。」長久以來，該段話已被簡化為「許可制合憲」的同義語，並為某些不明就裡的人士奉為主臬。惟細究之，該段以美國審查言論自由之「雙軌理論」(the two-track theory) 或有關基本權利案件審理密度之「雙重基準」(the double standard) 為前提的文字，隱晦中應可能有兩種迥異的詮釋與解讀空間。其一，集會遊行之時間、地點及方式，本就不涉表現自由之目的或內容，從而與言論自由保障無涉，自得以「立法自由形成」為理由，從寬審查。其二，集會遊行之時間、地點及方式，未必就不涉及表現自由之目的或內容，惟就涉及部分若與言論之內容有關，自非立法權得以自由形成的範圍，就其事前抑制仍應從嚴審查。²

² 依林子儀前大法官主張，自由表達言論乃個人發展自我、成就自我之重點，集會自由對時間、地點、方式選擇的自我決定權，若「與民主程序有關者，Stone大法官舉例如選舉權、言論自由、結社自由與

查該號解釋並未就時間、地點、方式之表現是否為「言論不可或缺的要件」、是否具有「表達、溝通意義的行為」，以及是否屬「言論」或「行為」等事項而為進一步審查，反而從論證的內容與結果觀之，似乎是採前開不涉表現自由之目的或內容的第一種看法。但若因此貿然下此定論，恐與事實有未盡相符之處。蓋很顯然地，集會遊行之舉行，時間若選在二月二十八日具哀悼意義的國定紀念日，地點擇於具高度政治與空間象徵意涵的總統府前凱達格蘭大道，方式採取介於和平與強制灰色地帶的「靜坐封鎖」或更激烈的「絕食靜坐」、「臥軌抗爭」，並穿著特定制服或攜帶特別旗幟標語等，在在都與集會遊行訴求之目的與內容產生合理正當且緊密的關聯。若僅以前述「雙軌理論」試圖一網打盡，再籠統地以立法裁量遮掩，以偏概全或掛一漏萬，就在所難免。

人民以集體行動而利用道路、公共空間向政府或社會表達意見，其溝通的面向多元，不會侷限於選舉、參政、主權等政治議題，尚會擴及生存、工作、財產、人格、尊嚴等社、經、文多種議題。前揭解釋過分重視共同意見形成之政治取向模式，固與民主轉型的政權鞏固疑懼而思集權之大環境有互為因果的關係，然以對待大型政治性抗爭為框架與預設的集遊法，強加於相對弱勢團體之聚眾活動上，復以許可制中盤根錯結的限制規定，極易狹化該等人民集體人格發展的意義，許可制及其相關限制規定究否能通過憲法法律保留原則、法律明確性原則、正當法律程序、平等原則以及比例原則之檢驗，大有疑問。就如此高度複雜內涵，

集會自由等，則法院應採嚴格的審查標準審查所涉政府的立法或其他措施是否合憲。」若是如此，恐不能不分情形逕以「立法自由形成」為寬鬆審查。林子儀，〈言論自由的限制與雙軌理論〉，收錄於氏著，《言論自由與新聞自由》，元照，1999年9月，頁151。

就其事前抑制的制度，單靠審查言論自由的標準，難竟其功。既然前揭解釋開宗明義將集會自由定位為「實施民主政治最重要的基本人權」，就採取許可制即應從嚴審查，豈能重重舉起後，又驟然排除「時間、地點、方式之表現」與表現自由之關係而輕輕放下？憲法的言說邏輯及理念已失一貫性，而說服力大減。

縱然集會內容與言論無關，該行為之表現未轉變為妨礙他人權利行為前，仍在集會自由保障範圍內。許宗力前大法官指出：「非僅表現的內容與方式而已，表現時間與地點的選擇，也一併受保護，但如方式的展現與地點的選擇已可列入集會的概念範疇，就直接由集會自由所保護，而不再是言論自由了。」³因此，各民主法治國家多以專門法律規範集會自由，除保障最重要的表現自由外，尚及於人格、尊嚴、結社、工作、參政權、請願、訴願及訴訟權等諸多自由與權利。若還是維持言論自由的審查標準，集會自由所涉內容究係言論或非言論、政治性言論或非政治性言論、直接煽動之言論或非直接煽動之言論等不同的分類，將決定不同的審查寬嚴標準，必須一一究明。前揭解釋力有未逮，甚為灼然，留下諸多待補的空間，而本件解釋並無意盡司法定分止爭之責，只好顧左右而言他或盲目捍衛之。從基本權利競合與法益衡量的高度複雜性以觀，若能採比例原則審查之，應不失為可行的方法。

貳、本院釋字第四四五號解釋認我國集遊法採所謂「準則主義之許可制」，被心儀「事前抑制」者不當比擬為「形同報備制」，混淆嚴肅憲法課題。再者，集會遊行之許可制與報備制在憲

³ 許宗力，〈談言論自由的幾個問題〉，收錄於氏著，《法與國家權力（二）》，元照，2007年1月，頁197。

法的民主意涵上有顯著的差別，不容含混。至於緊急性與偶發性集會不能事先許可或報備，乃事理之必然，若屬和平集會應受確保，更是核心之理念與價值

一、「準則許可制」幾已成為捍衛許可制的「反動修辭」(rhetoric of reaction)

本院釋字第445號解釋稱：「集會遊行法第十一條規定申請室外集會、遊行，除有同條所列情形之一者外，應予許可。從而申請集會、遊行，苟無同條所列各款情形，主管機關不得不予許可，是為準則主義之許可制。」該見解應係採自主管機關於言詞辯論庭的主張，包括行政院認為：「各國立法例對於集會、遊行之管理方式有採報備制者，有採許可制者，集會遊行法所採，雖為許可制，惟其性質非屬特許而近準則主義」；內政部及內政部警政署則主張：「集會遊行法第八條、第十一條所採實係準則許可制，其與報備制之差別僅在行政程序有異，兩者在本質上並無不同。」⁴該種說法之外，再輔以官方不予許可比率甚低的統計數字，大大擄獲贊成事前抑制者的芳心。因為「準則許可制」既然與報備制相去不遠，又可有備無患應不時之需，一舉數得，何樂而不為？其實，此種障眼法易生魚目混珠、馮京當馬涼的效果，有諸多可議之處，借此機會予以辨明。

首先，從制度面言，將一般民事、財經、行政事件上的事前許可，與和政治性言論或表現自由有關集會遊行事件的事前許可相比，本質上就有點不倫不類，若再含混地套用，其荒謬結果，

⁴ 《司法院大法官解釋續編（十一）》，司法院，1999年5月，頁240、242。

不難想見。因為「準則主義」的概念與用語，並不會影響「許可制」事前抑制的「本質」，也不會因集遊法第十一條中出現「應予許可」一詞，即推斷集遊法所採者形同報備制。「準則許可」，只是為賦予執法機關更寬廣的裁量空間鋪路，從而隱藏恣意的危機，就如同披著羊皮的狼，總有露出猙獰臉孔的時候，只是時機的問題。即當集會遊行之內容、目的、訴求嚴重挑戰當政者意識型態或政治利益的「紅線」時，平時備而不用之許可制，一夕間成為可以揮舞的大刀，而殺雞可用的牛刀不只一把。民間對於二〇〇八年十一月「陳雲林事件」就留下深刻印象。⁵「準則許可制」猶如一泓平靜池水中，鱷魚潛伺。維持集會自由的制度，搖身一變成為箝制集會自由的制度，隱藏著「制度性」的危機，成為孕育「人治」的沃壤，是為法治主義所不許，違憲審查者似乎對此共同生活經驗毫無警覺。

其次，從執行面言，依行政裁量理論，集遊法第十一條共六款規定，範圍鋪天蓋地，實際上「應予許可」之空間已遭壓縮至極小，反之，不許可空間極大，屬典型「裁量萎縮至零」(Ermessenschrumpfung auf Null)。且該條之執行在「收與放」或「鬆與緊」之裁量，常繫於主管機關一念之間，諸多遇強則弱，遇弱則強的實例，例如：將主管機關或法院，針對眾所矚目「紅衫軍事件」與本件解釋原因案件之一的「少數學生抗議高學費事件」之處理對比，即有兩套標準、執法不公之訾議，凸顯準則許可制係「留一手」，使「依法行政」有高度不可預測性。如果換個執政或執法者，原來的許可亦可能轉變成不許可，無怪乎集遊法常被評價

⁵ 事實經過與法律觀點之評析，詳見李建良，〈為「笨總統」上一堂憲法實例課—1106圓山事件案〉，黃榮堅，〈問題不在暴力，問題在正當性〉，均收錄於，《台灣法學雜誌》，第117期，2008年12月，頁1-13。

為不顧多元價值有違社會正義的惡法。

其三，從統計數字的迷思面言，由於許可制精神下的法律規定與制度設計，本質上就與使人民願意且在毫無恐懼的情況下行使集會自由，有先天上的矛盾，因不信任公權力而不申請、因懼怕遭刁難不去申請、因確信不會被許可而逕行舉行或自信和平集會無須申請等，就成為許可制對「集會內在自由」制約的必然結果與代價。而那些未申請且在許可制統計數上極具意義的案件，是官方統計數據上所無法呈現的「黑數」，管制愈嚴格，「黑數」比率愈高。反之，在諸多被許可的集會、遊行案件中，究有多少是主管機關觀察輿論風向球或接受政治指導，並非制度本身開放性下的合義務性裁量，而是以「行政自我約束」為由自我開脫的結果，官方之統計數字亦無法正確反映。退一步言，既然強烈標榜集會遊行之申請不予許可的比率極低，何不逕採無違憲疑慮的「報備制」，豈不皆大歡喜？很顯然地，緊抱以「準則許可」「為皮」，許可制「為骨」而有違憲疑慮的現行制度不放，表示對以開放、對等為基礎的報備制相當恐懼與排斥，足見兩者本質上必有相當差距，否則無須一再拒斥合乎憲法意旨的報備制。

其四，從警察實務面言，現行「準則許可制」與「報備制」並非完全一致。依學者的研究稱：「可以從警察將那些未經許可之集會遊行者的標語或旗、牌，強行取走的案例看出，警察為何可以將未經申請許可者的標語及旗、牌強制取走，待事後再歸還？原因應該是在『該集會遊行未經許可，故不准有訴求出現』。倘若是報備制，則警察即無理由取走訴求標語或旗、牌等，即使集會遊行者違法，亦不能取走其訴求物，這才是所謂原則上許可

言論表達的自由，只有例外將出現騷亂之虞時，才會被制止的報備制，換句話說其所謂原則與例外，其實是有先後次序，並非在同一個層面。」⁶淺白的舉例，道出了問題的底蘊。

最後，當主管機關沈醉於「準則許可制」並將之玩弄於股掌之間，而遭受選擇性執法或執法不公的嚴厲批評時，與其譴責或歸責於不幸成為政治工具的執法代罪羔羊，不如從憲法檢討導致人治凌駕法治的集會遊行許可制，方能協助執法機關走出執法中立的困境，挽回其職業尊嚴。綜上，「準則許可制」儼然成為捍衛許可制而滲透力與渲染力十足的「反動修辭」，對此種悖論不能不慎思而明辨之。

二、報備制與許可制在憲法上的民主意涵大不相同

從限制自由權利制度光譜以觀，由寬至嚴可粗分為事後追究之追懲制、與事前抑制的預防制兩種。若以集會遊行舉辦有關之申報事宜為例，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，得為下令、禁止、解散或懲罰，此制大都僅適用於室內集會或緊急性與偶發性集會。預防制下，集會遊行之發起人則須事先告知主管機關活動之梗概，以使其踐行提供適當集會場所、採取有效保護集會之安全措施的「國家保護義務」。依預防制規範強度與密度又可分許可制與報備制，前者要求室外集會遊行，原則上應須履行事先經同意或許可之義務，係將集會遊行之行爲列屬一般禁止之行爲，由主管機關以許可處分為解除禁止。至於報備制，又稱為申報制或登記制，須報備之事項原屬得

⁶ 鄭善印，〈集遊法修正之研究〉，《警察法學》，第8期，2009年11月，頁18。

自由行使而不受禁止之範圍，之所以仍須報備，主要目的是事先讓主管機關知悉而有所準備，除非有明顯事實足認為對公共安全、社會秩序有顯然急迫危害之不和平集會遊行，方有保留預防性禁止 (Präventivverbot) 之可能性。對同屬預防制的許可制與報備制，須再從以下憲法的民主意義去體認，否則只能停滯在「兩者並無太大差異」的圈套中，也就只能順水推舟地以尊重立法裁量收場。

其一，許可制係「原則禁止，例外同意」 (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt)，也就是附許可保留之禁止，表示集會自由須經政府的同意，並非人民本就應享有的「基本」權利。反之，報備制係「原則同意，例外禁止」 (Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt)，或附禁止保留的許可 (Anmeldung mit Verbotsvorbehalt, Verbot mit Anzeigvorbehalt)，⁷表示集會自由本屬於人民，報備只是便於主管機關踐行保護義務。依「例外之解釋應從嚴」之法理，將展現出雲泥有別的迥異風貌。

其次，在許可制支配下的集遊法規範或執行，主管機關與人民間是上下從屬關係，須上命下從，易將人民視為客體、工具，甚至予以敵視或歧視，不會重視集體人格型塑問題。報備制下，主管機關與人民間處於對等溝通合作關係，將人民視為目的，重視人民自治自決及其尊嚴，人民自得展現作為國家主人應有的格局，民主意義下的主僕定位，天差地別。

其三，在許可制支配下的規範面，不必太講求憲法嚴格意義

⁷ Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18.Aufl., 2011, §9, Rdnr. 54.

的法律保留、法律明確性、正當法律程序、比例原則或平等原則。反之，報備制的規範，除對等、公開、透明外，以上憲法原則皆是最低門檻要求。縱然許可制與報備制規範採相近的要件，在精神上許可制就引領著行政與司法人員，在適用法律時偏重於社會秩序，忽略集會自由權之保障。況在許可制下，很難釐清請願、宗教、民俗等聚眾活動與集會遊行間之模糊關係，反而製造緊張對立關係，並因不易執行而踐踏集遊法之尊嚴，報備制則可緩解以上關係。

其四，集遊法若採報備制，仍須課予籌辦集會遊行提供相當資訊之義務，係預防性質而非追懲制。就「蒐集必要資訊」言，許可制與報備制有共同需求，報備制與正當法律程序之關係展現在合作誠命 (Kooperationsgebot)。⁸通知當事人陳述意見、請求當事人協力、提供資訊，並據此作為行政機關與人民合作溝通之基礎，甚至舉行公聽引進專家意見等。反之，許可制下主管機關得片面要求人民提供資訊，未必釋出本身所掌有資訊與決策過程，在資訊不對稱狀況下，極易造成黑箱作業且因不信賴而形成緊張關係。

其五，在法律效果上，未經許可之室外集會遊行即屬違法，制裁處分附隨而至。至於未經報備而舉行的集會遊行，包括緊急性、偶發性，若屬和平集會，雖有可能違反路權、場地使用、禁制區等規定，或發生少數零星暴力之情形，並非當然附隨解散之強制，尚須視集會遊行中發生影響公共安全與秩序情節分別依比例原則，審酌其是否仍在保障範圍之內。德國行政法學者 Maurer

⁸ 詳見 Alfred Dietel/Kurt Gintzel/Michael Kniesel, Versammlungsgesetz, 16.Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2011, §14, Rdnr.25ff.

教授之描敘頗為傳神：「應報備之事，未遭禁止，則為合法。應許可之事，未經許可，則屬非法。」⁹因違反報備義務的相關制裁，原則上不會重於違反許可義務的制裁。

其六，在法庭審判過程中，許可制下，通常側重由公權力要求集會遊行，證明其行為是正當；在報備制下，則是人民要求公權力證明其干預集會自由的正當理由。除主管機關與被告間舉證責任分配不同外，不同的制度也會影響法官就集遊法第二十六條有關比例原則之衡量。如今，集遊法許可制的合憲性再次由本件解釋予以「加持」，相信對法官審判心理上，應會有深遠影響。

綜上，報備制相較於許可制，就行政程序之簡繁、法律效果之寬嚴、行政處分限制與負擔附款之添加、人民與政府合作溝通之對等性，以及對人民舉行集會、遊行內在自由之限制等，對集會自由之侵害皆屬較小，其顯現在支配司法審判與行政執法之實質意義非常可觀。縱然，集遊法許可制與報備制規範要件雷同，然因執法心態不同，執法結果亦會大異其趣。因此，空泛主張報備制與許可制「本質上並無不同」者，有粗疏率斷之嫌。

三、緊急性與偶發性集會本質上就無事前申請許可之可能性

集會遊行採許可制，將使無發起人或負責人的所謂「偶發性集會遊行」(Spontanversammlung)之舉行，在理論上成為不可能，事起倉卒非即刻舉行無法達到目的之緊急性集會、遊行，亦

⁹ 原文：Das anzeigepflichtige Vorhaben ist zulässig, wenn es nicht verboten wird; das erlaubnispflichtige Vorhaben ist unzulässig, wenn es nicht erlaubt wird. Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, §9, Rdnr. 54.

難期待取得許可後舉行。該等若係因突發事件中基於公義或權益受損直接反應所採取之集會，是人類最自然、最原始且最需保護之集會自由權，縱於違反規範而有一定作為或不作為，亦難驟認其具有責性，若強課其責，自己逾越當事人義務界限，顯侵及集會自由之本質內容。再就今日資訊科技發達，社群網站普及，彈指之間能集體於公共場域表達意見的需求，沛然莫之能禦，已非許可制所可因應，頂多課予「緊急性集會」之負責人於其所通告集會遊行時間之同時，進行報備。由此可知，本件解釋僅是順水推舟之作而已，此種情況下，執法機關唯有強化機動應變能力，方能兼顧保障人民集會、遊行之自由與維持社會秩序的目的。

參、盱衡國內憲政狀況並參酌國際人權規範及民主先進國家相關法治，本件就集會自由保障之違憲審查，實無須將許可制藏身於釋字第四四五號解釋的瑕疵罅隙中苟存，而可光明磊落地朝報備制邁進

一、對集會遊行採報備制的主張應是國內目前主流見解

今日我國的人民，對於政治、經濟、社會、文化、種族等相對弱勢者，藉由集會遊行表達意見、與政府對話或監督政府、或爭取自身權益，已更能寬容與認同，此與過去將走上街頭的異議人士污名化為暴力分子、社運流氓，幾不可同日而語。難怪不分黨派及其政治人物皆有志一同具體主張，應重新檢討許可制。

二〇一二年四月總統府人權諮詢委員會基於履行國內人權規範與國際人權體系接軌的國家重大承諾，乃向國人及國際提出

之「公民與政治權利國際公約執行情形」報告，其中記載著：「集會遊行權利與落實人民發表言論與政治意見的權利，有重大關係。」¹⁰「集會遊行法第 29 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者，首謀者處 2 年以下有期徒刑，其理由僅因集會遊行違反警察之命令解散及經制止而不遵從作為處罰要件，應檢討改進以符合《公約》保障和平集會之權利。包括：(1) 將許可制修正為報備制；(2) 限縮警察命令解散權，並應符合比例原則；(3) 刪除刑罰規定，回歸普通刑法；(4) 放寬報備時限；(5) 限制行使命令解散；(6) 刪除連續處罰規定；(7) 行政罰鍰，降低上限，刪除下限。政府應持續加強推動相關修法程序，俾強化對人民集會遊行權利之保障。」

¹⁰為正式向全世界宣示我國保障人權之決心與作為，並慎重其事首度依據聯合國規格引進國際專業審查，受邀國際學者專家來我國進行審查後公布的報告表示：「政府已承認集會遊行法第 29 條違反公民與政治權利國際公約第 21 條，並已宣示會將許可制修正為報備制、限縮警察命令解散權並應符合比例原則、刪除集會遊行法中之刑罰規定、放寬報備時限、行政罰鍰降低上限刪除下限，然所提出之修正草案於立法院 2011 年 12 月會期結束後，並未完成修法，但仍可見政府大幅放鬆有關集會遊行法令的執行，採取較有利於人權保障之態度。儘管如此，本專家學者團仍然堅信，在執法層面的改變之外，集會遊行法之抑制性設計仍應刪除，因此建議立法院應儘速修法以符公約第 21 條，並鼓勵民間向司法院挑戰集會遊行法有牴觸疑義之行政措施與刑事處罰等規定之正當性。」¹¹當「挑戰」真正以聲請釋憲的方式來臨時，

¹⁰ 《「公民與政治權利國際公約」執行情形，簽約國根據「公約」第40條提交的初次報告》，總統府人權諮詢委員會，2012年4月，頁65-66、第267段。

¹¹ 《國際獨立專家團審查台灣政府實施國際人權公約狀況之初步報告總結觀察與建議》(Review of the Initial Reports of the Government of Taiwan on the Implementation of the International Human Rights

本件解釋在無堅強憲法立論下，仍堅持許可制的信念，一夫當關地站在「國家人權報告」的對立面。可能的理由是，將該報告評價為「單純諮詢意見」與「國家人權政策與努力的目標」，釋憲者仍須本於職權自行審酌並決定。姑不論此種特別的憲法道德情操，能否說服多數參與研討製作報告的委員及外國學者專家，至少本席認為，本件解釋未提出具體有力論據，陷國家於「言行不一」的不義，就我國對外力求外交突破爭取國家形象，對內極力挽回人民對司法信賴的流失，應有害無益。

其次，行政院與立法院均分別將刪除許可制的集遊法修正草案依程序提交立法院審議。¹²大法官解釋在無「抗民主多數決」(counter-majoritarian) 的堅強理由時，對具高度民主正當性之立法意向的尊重，與本院釋字第四四五號解釋宣稱應尊重的「立法自由形成」意旨，應不相悖。惟本件解釋仍堅持獨立於「政治之外」行使職權，千山我獨行，設若主管機關日後以本件解釋的意旨，去質疑、非難總統府的人權諮詢報告或立法院的修法版本，將會是何種政治倫理的景象，殊難想像。憲法是最具政治意涵的上位規範，集會自由在憲法中的政治民主分量甚高，皆係立憲主義下公認的事實，而違憲審查於此時欲凸顯「憲法政治潔癖」，恐怕是表錯情的成分居多，實令人難以索解。再者，地方法院的判決書都出現「目前社會意見似以主張採取報備制為多數」的有關論

Covenants, Concluding Observations and Recommendations Adopted by the International Group of Independent Experts)，台北，2013年3月，第75段即就公約第21條集會自由 (Freedom of Assembly) 之意見。審查意見中，有關「鼓勵」之部分原文為：“At the same time the Experts encourage civil society to invoke the jurisdiction of the Judicial Yuan to challenge the legitimacy of the offensive provisions of the Act.” 其當然包括向司法院大法官聲請解釋。

¹² 行政院於民國101年5月28日送請立法院審議之修正草案，則將現行第8條第1項本文，移列為第4條第1項本文，草案規定：「室外集會、遊行，應依本法規定向主管機關報備。」亦即均揚棄許可制，改採報備制。立法委員鄭麗君、林世嘉、邱議瑩等30人於101年3月14日，及台聯黨團於同年4月18日，各自所提出之集遊法修正草案，均將現行第8條第1項本文刪除。參《立法院議案關係文書》，院總第1430號、委員提案第13016號，101年3月14日印發；院總第1430號、委員提案第13261號，101年4月18日印發；院總第1430號、政府提案第13177號，101年5月30日印發。

述，¹³學術界人士所提出的廢除集遊法、刪除許可制改採強制報備制，或自願報備制等皆有所本不一而足的主張，自不能輕忽，更遑論各種性質殊異社運團體的相關主張，皆是司法民主化或社會化的活水，但似都難以進入違憲審查的「純淨」空間。司法獨立固然非常重要，釋憲亦無須媚俗或追隨輿論風向，但前述各項具體主張，並非如「把街頭還給人民」的選舉口號，亦非純屬政治或民粹語言，而是經時空環境劇變，從無數事件反思沈澱較開放而接近憲法精神的主張，與司法要求理性或追求貼近民意的社會化，並無相違。在無具說服力的憲法論證，或光以「爾愛其羊；我愛其禮！」空泛說辭下的司法獨立，既非司法品質的保障，恐更陷司法於孤立的泥淖與風險中。如果多數意見有意將此燙手山芋留給他人善後，而自求多福，恐低估民心向背而未透悟「福兮禍所伏」之理。

二、跨國法制之比較，只要是取法乎上，不悖離國情，皆值得贊同

首先，從國際人權規範以觀，「公民與政治權利國際公約」第二十一條規定：「和平集會之權利，應予確認。除依法律之規定，且為民主社會維護國家安全或公共安寧、公共衛生或風化、

¹³ 臺灣臺北地方法院96年度簡易字第1號刑事判決，是針對眾所矚目的「紅衫軍」大型集會遊行案，除所有被告皆獲判無罪外，判決理由中指出：「是可知我國集遊法之規定，係採取許可制，集遊法第八條第一項及第十一條對於室外集會遊行應經主管機關許可之規定及無須經過許可之例外規定，業經大法官會議解釋並無違憲，亦無特別貶抑政治性言論應經過事前審查之規定，故被告等辯稱集遊法第八條第一項及第十一條規定集會遊行採許可制違憲云云，要非可採。……故集遊法採取許可制之相關規定是否違憲，仍應由大法官會議予以解釋，並非普通法院所得越權審理，被告等所辯普通法院應就集遊法是否違憲逕行審查並予以拒絕適用云云，要非可採。惟集會遊行究竟採取許可制或報備制何者為佳，學界及實務界爭執多年。」經分析許可制與報備制利弊得失後認：「惟許可制可能對意見內容進行事前實質審查，使集會遊行之許可流於執政者主觀恣意之判斷，違反憲法保障基本人權之精神，且採取許可制使偶發性之集會遊行在理論上成為不可能，且很難釐清請願、宗教、民俗等群眾活動與集會遊行間模糊之關係，衍生滋擾，並製造衝突對立，反而破壞集遊法為調和保障基本人權及維持社會秩序之立法意旨，故目前社會意見似以主張採取報備制者為多數。」

或保障他人權利自由所必要者外，不得限制此種權利之行使。」世界人權宣言第二十條第一項規定：「人人有和平集會結社自由之權。」歐洲人權公約第十一條規定：「1. 任何人享有和平集會之自由及他人自由結社之權利，包括成立及加入保護其利益之貿易組織。2. 除法律明定且須為民主社會所必要，基於國家安全、領土完整性或公共安全之利益，為預防動亂或犯罪，維護健康或道德，或保護他人之權利及自由，不得限制上述權利之行使。對於上述權利之合法限制，本條不排除以國家軍隊、警察及行政之人員執行之。」皆以確保和平集會為規範的核心訴求。

其次，我國集遊法的體例大多仿倣自德國與奧地利集遊法，主要差別是，我國採許可制，而該兩國採報備制，「有體無魂」臨摹致生「畫犬不成反類虎」的結果，使集遊法本應扮演人民「忠犬」的角色，搖身一變有成為「惡虎」之虞，大大降低我國集會自由的保障品質。就德國憲法史言，一八四九年法蘭克福保羅憲法 (Paulskirchenverfassung) 草案第一百六十一條第八項¹⁴、一九一九年威瑪憲法 (Weimarer Reichverfassung) 第一百二十三條¹⁵以及一九四九年基本法 (Grundgesetz) 第八條¹⁶，皆高舉確保和平

¹⁴ 法蘭克福保羅教堂是德國1849年締造第一部民主憲法草案的所在地，而該憲法草案內容係研究德國憲法學所不可或缺，特別是「基本權利」規定雖已逾一個半世紀，仍可跨越時間與空間，作為參考比較之依據。第161條第8項規定：「德國人享有和平不攜帶武器的集會自由，無需特別的許可。人民露天集會得因對公共安全與秩序的急迫危害而被禁止。」 (§ 161 VIII: Die Deutschen haben das Recht, sich friedlich und ohne Waffen zu versammeln; einer besonderen Erlaubnis dazu bedarf es nicht. Volksversammlungen unter freiem Himmel können bei dringender Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit verboten werden.)

¹⁵ 第123條規定：「(1) 德國人皆享有和平不攜帶武器的集會自由，無需報備或特別的許可。(2) 得依帝國法律規定露天集會需履行報備義務，且於對公共安全生直接危害時禁止之。」 (§ 123: (1) Alle Deutschen haben das Recht, sich ohne Anmeldung oder besondere Erlaubnis friedlich und unbewaffnet zu versammeln. (2) Versammlungen unter freiem Himmel können durch Reichsgesetz anmeldepflichtig gemacht und bei unmittelbarer Gefahr für die öffentliche Sicherheit verboten werden.)

¹⁶ 第8條規定：「(1) 德國人皆享有無需報備或許可而和平與不攜帶武器的集會自由。(2) 於露天集會，得以法律或基於法律限制前項之權利。」 (Art. 8: (1) Alle Deutschen haben das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln. (2) Für Versammlungen unter freiem Himmel kann dieses Recht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes beschränkt werden.)

集會自由的大蠱。德國國會本於憲法委託精神所制定的聯邦集遊法 (Gesetz über Versammlungen und Aufzüge) 第十四條規定：「(1) 有意舉辦露天公共集會或遊行，至遲應於所通告集會遊行時間前 48 小時，向主管官署報告集會遊行之內容。(2) 報備時應指明負責之集會遊行主持人。」¹⁷二〇〇六年德國國會修憲，將本屬「聯邦與邦競合立法事項」中之集會自由，改為「邦之立法權限」，¹⁸迄今邦的新立法皆仍採報備制。¹⁹

¹⁷ 德國聯邦集遊法制定公布於1953年7月24日，1978年11月15日曾修正，最後修正為2008年12月8日 (BGBl I S.2366)。其第14條的原文：Art. 14: (1) Wer die Absicht hat, eine öffentliche Versammlung unter freiem Himmel oder einen Aufzug zu veranstalten, hat dies spätestens 48 Stunden vor der Bekanntgabe der zuständigen Behörde unter Angabe des Gegenstandes der Versammlung oder des Aufzuges anzumelden. (2) In der Anmeldung ist anzugeben, welche Person für die Leitung der Versammlung oder des Aufzuges verantwortlich sein soll.

¹⁸ 德國於2006年進行所謂聯邦主義改革 (Föderalismusreform)，儘可能將權限由聯邦下放至邦，踐行由下而上的民主，遂於同年8月28日修改德國基本法第74條第1項第3款，將原屬由「聯邦與邦競合之立法事項」中之集會自由之立法事項刪除，因而成為「邦之立法權限」。詳參德國聯邦主義改革法 (Föderalismusreformgesetz, BGBl, I S. 2034, 200, 2008年8月28日)，其將聯邦法律地方化之修憲重大變革方向，除具有落實地方自治的高度憲法意涵外，更使集遊法有續造及現代化的機會。據此，各邦乃進行其集遊法草擬工作，在未完成邦立法之前，仍適用聯邦集遊法。迄今有Bayern (2008年制定、2013年修正)、Sachsen (2008年12月8日) 及Sachsen-Anhalt (2009年12月3日) 三個邦自行制定集遊法。

¹⁹ 僅列Bayern邦之集遊法第13條供參考。由於條文甚長，先摘其要，再錄原文，以昭公信。(一) 第1項：應於所通告集會遊行時間前48小時向主管機關報備。(二) 第2項：明定應報備之內容：報備不以書面方式為限。(三) 第3項、第4項：緊急集會 (Eilversammlung) 應於所通告集會遊行時間之同時報備之。未備計畫且無發起人之偶發性集會 (Spontanversammlung) 免除報備義務。(四) 第5項：若有事實足以證明集會有危害和平時，主管機關可拒絕報備中所列之負責人及糾察員。(五) 第6項、第7項：有關糾察員個人資料保護及要求增加糾察員之規定。Art. 13 (Anzeige- und Mitteilungspflicht i.d.F. 2013) : (1) Wer eine Versammlung unter freiem Himmel veranstalten will, hat dies der zuständigen Behörde spätestens 48 Stunden vor ihrer Bekanntgabe fernmündlich, schriftlich, elektronisch oder zur Niederschrift anzuzeigen. Bei der Berechnung der Frist bleiben Samstage, Sonn- und Feiertage außer Betracht. Bei einer fernmündlichen Anzeige kann die zuständige Behörde verlangen, die Anzeige schriftlich, elektronisch oder zur Niederschrift unverzüglich nachzuholen. Eine Anzeige ist frühestens zwei Jahre vor dem beabsichtigten Versammlungsbeginn möglich. Bekanntgabe einer Versammlung ist die Mitteilung des Veranstalters von Ort, Zeit und Thema der Versammlung an einen bestimmten oder unbestimmten Personenkreis. (2) In der Anzeige sind anzugeben der Ort der Versammlung, der Zeitpunkt des beabsichtigten Beginns und des beabsichtigten Endes der Versammlung, das Versammlungsthema, der Veranstalter und der Leiter mit ihren persönlichen Daten im Sinn des Art. 10 Abs. 3 Satz 1 sowie bei sich fortbewegenden Versammlungen der beabsichtigte Streckenverlauf. Der Veranstalter hat wesentliche Änderungen der Angaben nach Satz 1 der zuständigen Behörde unverzüglich mitzuteilen. (3) Entsteht der Anlass für eine geplante Versammlung kurzfristig (Eilversammlung), ist die Versammlung spätestens mit der Bekanntgabe fernmündlich, schriftlich, elektronisch oder zur Niederschrift bei der zuständigen Behörde oder bei der Polizei anzuzeigen. (4) Die Anzeigepflicht entfällt, wenn sich die Versammlung aus einem unmittelbaren Anlass ungeplant und ohne Veranstalter entwickelt (Spontanversammlung). (5) Die zuständige Behörde kann den Leiter ablehnen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass dieser die Friedlichkeit der Versammlung gefährdet. (6) Der Veranstalter hat der zuständigen Behörde auf Anforderung die persönlichen Daten eines Ordners im Sinn des Art. 10 Abs. 3 Satz 1 mitzuteilen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass dieser die Friedlichkeit der Versammlung gefährdet. Die zuständige Behörde kann den Ordner ablehnen, wenn die Voraussetzungen nach Satz 1 vorliegen. (7) Die zuständige Behörde kann dem Veranstalter aufgeben, die Anzahl der Ordner zu erhöhen, wenn ohne die Erhöhung eine Gefahr für die

其三，就奧地利法制言，其集會自由有三大憲法位階之來源，即國家基本法 (Staatsgrundgesetz) 第十二條²⁰、國會一九一八年十月三十日第三點決議 (Ziff. 3 Beschluss ProvNV)²¹及歐洲人權公約第十一條。而一九二三年公布的集會法 (Gesetz über das Versammlungsrecht) 第三條規定就室外集會採許可制 (Genehmigungsregime)，雖經憲法法院 (Verfassungsgerichtshof) 指出有違前揭國會決議之虞後，²²仍續納入一九五三年集會法中，憲法法院乃正式宣告該條規定違憲，因此於一九六五年遭刪除迄今。²³

其四，至於法治成就經常與德國、奧地利並列之瑞士，其集會遊行，除偶發性及小型遊行示威 (kleinere Umzüge und Kundgebungen) 僅須履行報備義務 (Meldepflicht) 外，其餘尚須踐行同意義務 (Bewilligungspflicht)，並以命令訂定同意的條件。²⁴瑞士是世界上少有能藉創制、複決權較頻繁行使公民投票而遂行直接民主的國家，其公民在多元意見管道暢通而有效的情形下，對集會遊行的依賴不會太深，其若能於執法實務上妥適區分「小型」與「大型」集會，而僅令「大型集會」方須履行許可義務，似亦可滿足相對弱勢者的要求。相較於我國公投法尚在民

öffentliche Sicherheit zu besorgen ist.

²⁰ 第12條規定：「奧地利國民有集會結社權。該權利之行使以特別法規定之。」原文 Art. 12: Die österreichischen Staatsbürger haben das Recht, sich zu versammeln und Vereine zu bilden. Die Ausübung dieser Rechte wird durch besondere Gesetze geregelt.

²¹ 就集會結社權不得為特別處分。不分性別皆享有完全集會結社權。原文：Die Ausnahmeverfügungen betreffs des Vereins- und Versammlungsrechtes sind aufgehoben. Die volle Vereins- und Versammlungsfreiheit ohne Unterschied des Geschlechts ist hergestellt.

²² VfGH, VfSlg. 254/1923, Bd. 3, 80(83).

²³ Siehe VfGH, VfSlg. 4885/1964, Bd. 29, 848(851); BGBl. 69/1965. Stefan Ripke, Europäische Versammlungsfreiheit, Das Unionsgrundrecht der Versammlungsfreiheit im Grundrechtsschutzsystem aus Grundrechtecharta, EMRK und gemeinsamer Verfassungsüberlieferung, Mohr Siebeck, 2012, S.277-284.

²⁴ Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier, Handbuch der Grundrechte, Band VII/2 Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, C.F. Müller Verlag, 2007, §219 Rdnr.35-38.

主學步階段，人民對集會遊行的需求仍殷切，且不分大小集會皆須經許可的情況，實難以比擬。

綜上，作為憲政文明國家一員，於力求內國人權保障與國際接軌的努力進程中，違憲審查的論證與結果，預留且富含對憲政影響的因果密碼與鑰匙。因此，釋憲者必須隨時汲取新知，以前瞻的視野不斷反思，不應過於排斥在比較憲法中採取法乎上的態度，對我國人民的尊嚴言，會有高度正面意義。

肆、在集遊法重重限制與附隨之刑罰虎視眈眈下，「許可制」儼然是一整套環環相扣的法律制度，其從事前抑制到事中、事後星羅棋布的森嚴管制，已對集會自由之本質內容(Wesensgehalt)名為限制實為剝奪，自難通過憲法比例原則的檢證。至於系爭規定則是「許可制」中最具象徵意義的代表性規定，其違憲性自不在話下

集會遊行的「許可制」並非行政作用中一項單純的處分、措施或態樣，而是包括程序、執行與制裁環環相扣的制度。若以「禁止侵犯基本權利本質內容」理論，去檢證制度中相關重要的限制規範，已達剝奪集會自由的程度，即其手段對基本權利之限制與立法者所欲維護法益之重要性，並非處於合乎比例的關係，已構成狹義比例原則之違反。至於作為許可制縮影而具代表性的系爭規定，應已無合憲的空間。

一、憲法比例原則與「基本權利本質內容論」

依憲法第二十三條規定之意旨，集會自由並非不可限制 (Freiheitsbeschränkung) 而是不可剝奪 (Freiheitsentziehung)，限制與剝奪之分界，可參考德國基本法第十九條第二項規定：「無論任何情形，基本權利之本質內容皆不得被侵犯。」²⁵該規定係作為立法者限制基本權利之界限，旨在避免基本人權保障淪為僅具宣示性、流於空轉或內涵遭致掏空，²⁶因此又被稱為限制之限制規定 (Schränken-Schränken-Bestimmung)，若法律內涵有違基本權利本質內容保證 (Wesensgehaltsgarantie) 之虞時，違憲審查自不得以「立法自由形成」為理由而規避審查之。

關於集會自由本質內容，可從精神及物理兩層面分析。就前者，一般係由國民主權中公民自我決定特質所衍生之溝通基本權 (Kommunikationsgrundrecht) 出發，結合集會自由與言論自由之民主功能。當許可制相關規範導致主管機關完全宰制精神溝通程序時 (geistig-kommunikativer bzw. intellektuell-kommunikativer Prozess)，即構成集會自由本質內容之侵害。²⁷就物理層面，係從空間分配之觀點切入，若許可制規定肇致主管機關扮演集會遊行空間之分配者，使有意參與集會遊行無法或相當不易參加，就侵及集會自由之本質內容。²⁸若基本權利之行使，事前需要經過他人通盤性、經常性的同意或許可，形成精神上、物理上的事前制約，該項權利「本質上」就不該被定性為「基本」權利，亦不應該再被認為是一項「自由」。至於許可制是否富含剝奪、掏空集會自由的風險，嚴重侵害到具高度憲法民主意義的集會自由

²⁵ Art. 19 II GG: In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.

²⁶ Vgl. P. Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 1983.

²⁷ Vgl. BVerfGE 69, 315 (343).

²⁸ Vgl. Dietel/Grintzel/Kniesel, Versammlungsgesetz, 16. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2011, §1, Rdnr. 33.

之「本質內容」，²⁹茲分析如下。

二、以下重重內外限制與管制所布下的天羅地網，執法機關若確實「依法行政」，人民的集會自由極難開展

以下僅就事前抑制有關規定之要者述明，³⁰並未及於事中、事後之管制規範。

（一）、處所使用事前同意原則所衍生之限制

依集遊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同意，係許可制中之許可制。若所使用之處所係屬私人所有或事實管領，在尊重私有之精神而須經該私人事先同意，應屬當然。若集會遊行處所係由國家、地方自治團體或其法人所有或所支配管理者，使用若未經主管機關同意，將同時產生不許可集會之效果。例如，地方政府依據路權的自治條例而不同意路權之使用，就足以封殺集會遊行，讓法律層級的路權（公共用物之使用）凌駕憲法層次的集會自由。如此一來，其他環保、交通、衛生等行政法令，皆可優先適用於被定性為憲法執行法（Ausführungsgesetz）而接近憲法位階的集遊法。其除矮化集會自由外，尚可成為許可制中「借刀殺人」的有力工具，即以限制公共空間使用，間接達到禁止集會遊行的效果。³¹有鑑於此，有幾

²⁹ Dietel/Grintzel/Kniesel, Versammlungsgesetz, 16. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2011, §14, Rdnr.10. 德國聯邦憲法法院亦於著名之大學招生限額（numerus Clausus）判決中指出，大學無限期且普遍性對入學許可名額為絕對之限制，已侵害到人民自由選擇職業及受教育自由之本質內容。Vgl. BVerfGE 33, 322.

³⁰ 李震山，〈人性尊嚴與人權保障〉，元照，2011年10月4版，頁348-53；本意見書此部分之諸多見解，係濃縮、重申該書第8章〈民主法治國家與集會自由〉及〈論集會自由之事前抑制〉兩文頁315-99之觀點，合先敘明。

³¹ 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為例〉，《東海大學法學研究》，第9期，1995年9月，頁101-05。

位德國著名公法學者專家共同建議，至少室外公共集會使用公共交通空間，無須取得機關許可。³²

（二）、禁制區之限制

依集遊法第六條第一項之規定，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：1. 總統府、行政院、司法院、考試院、各級法院及總統、副總統官邸。2. 國際機場、港口。3. 重要軍事設施地區。4. 各國駐華使領館、代表機構、國際組織駐華機構及其館長官邸。若未經許可在禁制區為集會遊行，依集遊法第二十五條，將有遭強制解散之虞。以機關為例，禁制區之規定旨在維繫其運作功能，及其人員不受外在干擾下正常行使職權。惟禁制區往往都是集會遊行最樂意表達意見的場域，既已以法律預設為不適宜集會之地點，主管機關不予許可的可能性大增，大大影響集會遊行舉辦之意願。³³

除禁制區規定外，警察職權行使法第六條第一項第六款規定：「警察於公共場所或合法進入之場所，得對於下列各款之人查證其身分：……六、行經指定公共場所、路段及管制站者。」

³² 包括德國聯邦憲法法院前法官Wolfgang Hoffmann-Riem在內的5位學者專家，針對集遊法提出標準草案，擬提供各邦立法參考之用，其中第11條規定：「室外公共集會於使用公共交通空間，無須機關許可。」原文為：Für eine öffentliche Versammlung unter freiem Himmel sind keine behördlichen Erlaubnisse erforderlich, die sich auf die Benutzung der öffentlichen Verkehrsflächen beziehen. Musterentwurf eines Versammlungsgesetzes (ME VersG), Gesetzestext mit Begründungen, Vorgelegt von Christoph Enders, Wolfgang Hoffmann-Riem, Michael Kniesel, Ralf Poscher und Helmuth Schulze-Fielitz, unter Mitarbeit von Mathias Hong, Verlag C.H. Beck, 2011, S.35ff.

³³ 司法院釋字第445號解釋理由書中提及：「禁制區之劃定在維護國家元首、憲法機關及審判機關之功能、對外交通之順暢及重要軍事設施之安全，故除經主管機關核准者外，不得在此範圍舉行集會、遊行，乃為維持社會秩序或增進公共利益所必要，同條就禁制地區及其週邊範圍之規定亦甚明確，自屬符合法律明確性原則，並無牴觸憲法情事。」其僅提及禁制區之規定符合「法律明確性原則」，但卻迴避其是否符合「必要性」或「比例性」原則，尚難稱完整。另請參考法治斌，〈集會遊行之許可制或報備制：概念之迷思與釋放〉，收錄於氏著，《法治國家與表意自由》，正典，2003年6月，第頁360-62。

再依同條第二項規定：「前項第六款之指定，以防止犯罪，或處理重大公共安全或社會秩序事件而有必要者為限。其指定應由警察機關主管長官為之。」再適用集遊法第一條第二項規定：「本法未規定者，適用其他法律之規定。」得以「查證身分」為名，在「禁制區」之外，擴大管制空間幾可扼殺集會自由的命脈。

（三）、許可處分仍可附負擔或條件之限制

集遊法第十四條規定：「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：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。」依以上滴水不漏的規定，在許可集會遊行後、實際舉行前，尚隨時可化成無數負擔，對申請人所生嚇阻作用如影之隨形。

（四）集遊法第十一條不予許可的規定，集許可制相關規定之大全

集遊法第十一條總計列有六款不予許可之情形，可歸為四類：1. 第一款、第五款、第六款是再重述或補充第四條、第六條、第七條、第九條、第十條之規定。2. 第二款規定：「有明顯事實足認為有危害國家安全、社會秩序或公共利益者。」3. 第三款規定：「有明顯事實足認為有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞者。」4. 第四款規定：「同一時間、處所、路線已有他

人申請並經許可者。」本條規定除 1.屬重複規定，及 4.較無問題外，第 2.及第 3.涉及諸多不確定法律概念，有導致行政恣意擅為之可能。況第十一條並非孤立，尚須與第八條至第十條等規定共同適用，影響範圍甚大，若再慮及集會遊行時負責人尚會被課予許多「權責失衡」的義務，不論集會遊行是否和平，尚須承擔刑罰的風險，若因此放棄申請而逕行集會遊行，亦非不可想像。

三、小結

集遊法第四條之禁止事項、第六條之禁制區限制、第十四條之附負擔、附條件的限制，以及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時（第十五條規定參照）撤銷、廢止許可，在此種事前抑制的綿密網絡下，如果執法機關認真「依法執行」，要能獲得准許之室外集會遊行，恐怕極少，所以才會在「準則許可制」的掩護下，擴大選擇性執法空間，收與放之間缺乏可預見性，破壞法安定性。而系爭規定是所有限制總其成的樞紐，所採手段逾越憲法第二十三條之必要限度，實已甚為明顯。

伍、以我國的民主程度，集遊法應有資格與條件，實施以合作溝通及防止不和平集會為目的之報備制，無須再表裏不一將許可制隱身在「立法自由形成」的保護傘下

本件解釋指出：「室外集會、遊行需要利用場所、道路等諸多社會資源，本質上即易對社會原有運作秩序產生影響，且不排除會引起相異立場者之反制舉措而激發衝突，主管機關為兼顧集

會自由保障與社會秩序維持（集會遊行法第一條參照），應預為綢繆，故須由集會、遊行舉行者本於信賴、合作與溝通之立場適時提供主管機關必要資訊，俾供瞭解事件性質，盱衡社會整體狀況，就集會、遊行利用公共場所或路面之時間、地點與進行方式為妥善之規劃，並就執法相關人力物力妥為配置，以協助集會、遊行得順利舉行，並使社會秩序受到影響降到最低程度。在此範圍內，立法者有形成自由，得採行事前許可或報備程序，使主管機關能取得執法必要資訊，並妥為因應。此所以集會遊行法第八條第一項規定，室外之集會、遊行，原則上應向主管機關申請許可，為本院釋字第四四五號解釋所肯認。」此段話正是本席認為扭捏作態而又表裏不一之處。一再強調應以溝通、協調方式協助集會、遊行順利進行，這不正是要以報備制取代許可制的主要理由？另外又弔詭地稱「在此範圍內，立法者有形成自由，得採行事前許可或報備程序，使主管機關能取得執法必要資訊，並妥為因應。」既然多數意見竊自肯認許可制是立法者有形成自由的結果，排斥報備制在先，何又同樣以立法自由形成為理由，改口允許報備制？會產生此種表裏不一的兩面討好手法，想必是未誠實從憲法民主觀點認真區分許可制與報備制意涵後的錯亂結果。

一、報備制應以強化合作溝通為目的

集會遊行舉行前之相互溝通，有促成主管機關與集會遊行者對話的功能，契合憲法正當法律程序的理念。德國聯邦憲法法院一九八五年在「布洛克朵夫」(Brokdorf) 反核示威遊行憲法訴訟案中，創設所謂「合作原則」(Grundsatz demonstrationsfreundlicher

Kooperation) ³⁴，要求主管機關和集會遊行負責人雙方必須在集會前及早接觸，依誠信原則相互交換資訊以建立信任合作基礎，彼此提供暴力發生可能原因、可能施暴之人員及團體、共同尋求確保集會遊行和平進行的措施，防止惡意滋事份子對集會遊行的騷擾，以減少暴力流血事件。該判決所強調者為，集會遊行之負責人愈能與主管機關溝通合作，愈有可能減少治安機關之干預，尤其是在群眾特性與心理不易掌握的大型示威活動中，就事前防制與孤立暴力行為，以及化解警察與參與集會遊行者的對立，有其獨特功效。

合作原則既然只是憲法法院的要求，被要求的雙方又處於對等關係，也只能讓拒絕溝通合作的一方負擔可能的行政或司法不利後果。例如，集會遊行負責人不願或拒絕溝通，警察採取干預措施之可能性會增高。執法機關不願溝通，則事後司法審查對其所作決定、裁量、判斷或措施，皆從嚴審酌。³⁵若主管機關對未充分履行合作要求的人民，以法律規定予以制裁，依德國聯邦憲法法院的見解，這對於資訊掌握不易且不可能完整預測相關風險的人民之集會自由已形成過當的限制，非屬合憲。³⁶

³⁴ BVerfGE Beschluss vom 14.5.1985, BVerfGE 69,315 - 372 (Fall Brokdorf). 中譯詳見劉孔中譯，〈關於「人民集會遊行權」之判決（布洛克朵夫案）〉，收錄於，《德國聯邦憲法法院裁判選輯（二）》，司法院，1999年12月，頁23-70。

³⁵ Vgl. BVerfGE 65, 155.

³⁶ 德國聯邦集遊法邦法化後，Bayern邦率先於2008年10月1日頒布施行集遊法，惟該法公布前的1個月，就有13個團體指摘該集遊法草案諸多規定侵害憲法所保障的集會自由而違憲，包括第3條第3項、第4條第3項、第7條第2項、第13條第1項與第2項，以及違反該等規定處罰之第21條第1款、第2款、第7款、第13款及第14款規定。此外，又主張該法草案第9條、第10條、第13條第5項及第6項侵害憲法保障之資訊自決權，於該法公布施行時，即向聯邦憲法法院聲請暫時處分 (einstweilige Anordnung)，請求命暫停該法施行。聯邦憲法法院受理之，並於2009年2月17日頒暫時處分令 (1 BvR 2492/08)，命第21條罰鍰規定中的第1款、第2款、第7款、第13款及第14款規定，以及第9條第2項及第4項有關警察偵查措施規定，暫停適用，已釋出內容有合憲性疑慮的重要訊息。該裁定內容與該院先前所作成Brokdorf判決比較，同樣具有震撼 (legendär) 力。其中第21條第1款規定，得處未踐行告知義務之集會遊行負責人3000歐元以下罰鍰 (Geldbuße) 之規定，同條第2款、第7款、第13款及第14款之罰鍰，以及第9條第2項與第4項有關以攝錄影為一般蒐證的規定，應暫時停止適用。顯然，聯邦憲法法院並不樂見集遊法邦法化後，朝向更嚴格的管控集會自由方面前進，而對德國各邦的集遊法草案敲出憲法的錘聲 (Verfassungsrechtlicher Paukenschlag)，警示不可有如Bayern邦之立法倒退情形。Bayern邦集遊法

二、在確保憲法「和平要求」下實施報備制

我國憲法雖未如世界人權宣言第二十條第一項、公民及政治權利國際公約第二十一條第一句，以及德國基本法第八條第一項規定，揭示集會遊行的和平要求 (Friedlichkeitsgebot)，作為集會自由之客觀內部限制 (sachlich immanente Schranke)。但從集遊法第五條及第二十三條禁止強暴、脅迫、攜帶危險物品等具體化規定可知，集會遊行應以和平方式進行，而只要是和平的集會遊行，國家即有義務排除其他困難與障礙，使之順利進行。集會遊行違反法律或刑法並非即構成違反和平要求，必須是集體地以強暴、脅迫、煽動暴力、攜帶攻擊或防禦性武器等非和平之行為，對他人自由權利、執法人員或公益產生立即重大危險之情形方屬之。³⁷因此，集會遊行整體上是否構成非和平性質 (unfriedlicher Charakter)，涉及應否同意報備，應慎重依個案具體認定之，必要時，亦可設置中立之爭議處理機制解決之。³⁸將憲法對集會自由之所謂「和平要求」落實在法律之上，作為主管機關例外事前介入集會遊行之操作槓桿。若無明顯證據顯示前揭不和平情形者，則應尊重有意舉辦集會遊行者之意願，該等集會遊行縱然會妨害交通、違反行政法之其他安全秩序規定或少數零星暴力，基於追求民主價值的重要性，仍應優先保障之。

因此於2013年4月22日修正公布。Vgl. Klaus Weber, Grundzüge des Versammlungsrechts unter Beachtung der Föderalismusreform, Carl Link Kommunalverlag, 2010, S.1-5.

³⁷ Pieroth/Schlöke, Grundrechte Staatsrecht II, 24. Aufl., 2008, Rdnr.98ff.

³⁸ 例如主管機關初步認定集會遊行有煽動、鼓吹、暴亂或非和平之違法行為時，但其嚴重性與急迫性是否已構成「明顯而立即之危險」尚難確定，即得將案件運送審議委員會議決定之。該委員會成員之聘任應兼顧多元與中立性質，警察代表為當然成員，並以能承擔政治責任者為委員會主席。藉此杜絕球員兼裁判而有欠中立以及現行申復制度不符正常程序要求之批評，並釐清政治權責。該委員會之組織、議決之程序及效力等，以法律定之。對委員會決議不服，得向行政法院提起救濟，特別是運用暫時權利保護機制。

陸、採行報備制同樣能達成集遊法之目的，而又較許可制對集會自由侵害更小，系爭規定有違憲法比例原則。在此範圍內，本院釋字第四四五號解釋應予變更

一、系爭規定違反比例原則

室外集會、遊行需要利用場所、道路等諸多社會資源，本質上即易對社會原有運作秩序產生影響，且不排除會引起相異立場者之反制舉措而激發衝突，主管機關為兼顧集會自由保障與社會秩序維持（集遊法第一條參照），應預為綢繆，故須由集會、遊行舉行者本於信賴、合作與溝通之立場適時提供主管機關必要資訊，俾供瞭解事件性質，盱衡社會狀況，妥善規劃公物利用、交通管制，及執法相關人力物力配置，以協助集會、遊行得順利舉行，係國家踐履對集會自由之保護義務所必要，故所追求之目的係屬重要公共利益，且與人民實行集會自由之積極給付請求權契合，自屬合憲。主管機關經由人民向其申請許可，而取得執法必要資訊之手段，確有助於目的之達成，亦與比例原則中之適當性原則無違。惟相同能達成前揭目的之手段，並非以須取得主管機關同意之許可制為唯一手段，立法機關仍應從多種手段中選擇對集會自由侵害較少者為之。縱然集會、遊行參與人數眾多、舉行時間持續較長、所需地點特殊而範圍較廣、方式可能較為激烈，採取事前適時通知主管機關使其知悉毋庸獲其事前同意之報備制，並非不能達成保護集會自由與維持社會秩序之目的。再者，報備制相較於許可制，就行政程序之簡繁、法律效果之寬嚴、行政處分限制與負擔附款之添加、人民與政府合作溝通之對等性，

以及對人民舉行集會、遊行內在自由之限制等，皆較符合正當法律程序，對集會自由之侵害皆屬較小。故系爭規定所採取之許可制，並非眾多相同能達到目的之各種手段中對集會自由侵害較小之手段，與目的間不具實質關聯性，有違憲法第二十三條規定之比例原則的必要性原則。又如前述，系爭規定只是許可制的代表性條文，而該項制度既違反「禁止侵害基本權利本質內容原則」，其與立法者所欲維護法益之重要性並未處於合乎比例關係，亦有違憲法比例原則中「狹義比例原則」。

二、本院釋字第四四五號解釋應予變更

釋字第四四五號解釋雖有瑕疵亟待治癒，但多數意見或以「不輕易變更前解釋以維持大法官解釋威信」、「釋字第四四五號解釋以來，情勢並無重大變更」等似是而非的理由，僅願就緊急性、偶發性集會部分予以變更，為德不卒。本院歷來的解釋，固是維繫自由民主憲政秩序與保障人權穩定力量的來源，不容輕易變更。但它的公信與權威，自非植基於「不可變動性」。反之，以憲法闡明應予變更的理由，更有助於建立解釋的權威。此從諸多變更前解釋的例子，即可獲得證明。³⁹至於變與不變之間，並

³⁹ 本院大法官受理聲請而變更前解釋者，為數不少。最為人熟知者，即為釋字第31號解釋認為國家發生重大變故，事實上不能依法辦理次屆選舉，故第一屆立法委員、監察委員繼續行使職權，由釋字第261號解釋變更為應於民國80年12月31日以前終止行使職權，並適時辦理全國性之次屆中央民意代表選舉。其次則屬釋字第382號解釋針對學校之措施，認為足以改變身分之退學或類此處分，因對受教育權利有重大影響，學生得提起訴訟救濟，由釋字第684號解釋變更為大學之措施如侵害受教育權或其他基本權利，即使非屬退學或類此之處分，學生均得提起行政爭訟，無特別限制之必要。其他則如釋字第68號與第129號解釋認為參與叛亂組織者，在未經自首或有其他事實證明其確已脫離組織以前，自應認為係繼續參加，由釋字第556號解釋變更為繼續參加之舉證責任應由檢察官負擔，而如有事實足以證明確已脫離犯罪組織，即不能認為尚在繼續參與。又如釋字第211號解釋認為海關緝私條例要求聲明異議須事先繳保證金或提供擔保，係為防止受處分人藉救濟拖延或逃避稅款及罰鍰之執行，並不違反憲法第7條及第16條，由釋字第439號解釋變更為係對人民訴願與訴訟權利所為不必要之限制，與憲法第16條所保障之人民權利意旨抵觸。復如釋字第347號解釋認為自耕能力證明書之發給，關於申請人住所與所承受農地或收回農地之位置有所限制，並不違憲，由釋字第581號解釋變更為部分限制之規定，影響實質上具有自任耕作能力者收回耕地之權利，對出租人財產權增加法律所無之限制，與憲法不符。

非即興式的選擇，而是繫乎憲法理由的闡明。既然已發現過去解釋有憲法上的瑕疵，就猶如在憲政血脈中發現有血塊凝結的癥兆，不善用機會加以清除，終將釀禍。人民在未來幾年內，欲期待違憲審查者，在面臨類似本案的其他艱困案件 (hard case) 時，會展現抗拒威權的高尚憲法情操，精益求精地作出具前瞻視野與智慧的解釋，恐會失望。⁴⁰

三、附論：集會遊行縱屬和平性質，依集遊法第二十九條規定仍得處「首謀者」刑罰，有輕重失衡之虞，應速改弦更張

集遊法第二十九條規定：「集會、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從，首謀者得處以二年以下有期徒刑或拘役。」該條之解散，繫於第二十五條第一項共四款規定，而該解散事由又與「許可制」之運作緊密結合。主管機關得針對應經許可而未經許可、許可經撤銷或廢止，及利用第八條第一項各款集會、遊行而有違反法令之行為，以及有其他違反法

⁴⁰ 茲再舉一例，以為佐證。與本件解釋同日公布的會台字第9980號李明華聲請不受理案，亦極具憲法原則重要性。聲請人因不服年終考績被列乙等之決定，用盡審級救濟後，認確定終局裁定所適用的本院釋字第243號解釋：「中央或地方機關依公務人員考績法或相關法規之規定，對公務員所為之免職處分，直接影響其憲法所保障之服公職權利，受處分之公務員自得行使憲法第十六條訴願及訴訟之權。」致其考績乙等並未改變公務員之身分關係，不直接影響其服公職之權利，不得以訴訟請求救濟，從而向本院聲請補充前揭解釋。本席認為其已客觀具體敘明違憲之疑義，符合聲請補充解釋要件，詎料多數意見作成不予受理之決定，本席深表遺憾並撰寫不同意見書附卷。認為釋字第243號解釋作成於民國78年7月19日，有限度地突破特別權力關係的魔咒，貢獻卓著。惟距今已逾四分之一個世紀，隨著「有權利就有救濟」的憲法意識漸植人心後，本院陸續作出多號具突破性的解釋，例釋字第653號解釋就受羈押被告部分認為：「羈押法第六條及同法施行細則第十四條第一項之規定，不許受羈押被告向法院提起訴訟請求救濟之部分，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨有違，相關機關至遲應於本解釋公布之日起二年內，依本解釋意旨，檢討修正羈押法及相關法規，就受羈押被告及時有效救濟之訴訟制度，訂定適當之規範。」又例本院釋字第684號解釋就大學生部分認為：「大學為實現研究學術及培育人才之教育目的或維持學校秩序，對學生所為行政處分或其他公權力措施，如侵害學生受教育權或其他基本權利，即使非屬退學或類此之處分，本於憲法第十六條有權利即有救濟之意旨，仍應許權利受侵害之學生提起行政訴訟，無特別限制之必要。在此範圍內，本院釋字第三八二號解釋應予變更。」順此趨勢，若單獨將公務人員訴訟權摒除於「有權利就有救濟」憲法理念之外，自欠缺一貫性與公平性。又，公務員被評定之考績等第，是否屬行政處分，若侵害其權益且對之不服，依行政訴訟法精神，自無不許其救濟之理，充其量也只是提起訴訟種類之區別，自不應受「身分是否變更」之影響，至於受理後訴訟是否有理由，則屬行政法院審判權範圍。在特別權力關係再突破的關鍵時刻，多數意見之不予受理決定令本席抱憾，並試擬解釋文及解釋理由書在案，以緩解良知上的不安。

令之行為，予以警告、制止或命令解散。復依第二十五條第二項規定，制止及命令解散尚得強制為之。就以該條第一項第四款「有其他違反法令之行為」為例，若機械性地配合適用集遊法第一條第二項規定：「本法未規定者，適用其他法律之規定。」將可輕易地以環保、衛生、交通、選舉罷免等有關法令，達到架空集遊法的目的。再結合要件規定欠嚴謹的第二十九條，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，即有遭處以刑事罰之可能，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，此恐非立法者所願見。且本條與刑罰謙抑思想，刑罰允為最後手段之精神有間，何況集會遊行中可憑藉為「管制」之罪名甚多，⁴¹刪除第二十九條規定，亦不致形成重大影響，對懼怕公共秩序失控者應可生一定安慰效果才是。

集遊法第二十九條之規定，固係為授權主管機關以公權力遏止及制裁非法所設。惟公權力之授權須相稱於應受干預行為之非法程度，法律即應區分具體情形，明定公權力發動之要件、程序及得採取之手段，而不得就可能區分情狀之不具備許可或僅以違反法令之概括用語為籠統授權。至就違反行政法上義務之制裁究採行政罰抑刑事罰，雖屬立法機關衡酌事件之特性、侵害法益之輕重程度以及所欲達到之管制效果，所為立法裁量之權限，但仍

⁴¹ 以下皆屬適例：1. 以文字、演說及他法侮辱公署罪，如臺北地方法院90年度易字第902號判決。2. 對於公務員依法執行職務時施強暴罪，如臺北地方法院91年度易字第629號判決。3. 公然侮辱罪，如臺北地方法院91年度自字第435號判決。4. 共同壅塞陸路致生往來之危險罪，如臺北地方法院92年度訴字第580號判決。5. 未經核准擅自使用無線電頻率罪，如臺北地方法院92年度易字第1998號判決。6. 散布文字，指摘足以毀損他人名譽之事，如臺北地方法院96年度自字第122號判決。7. 首謀聚眾妨害公務罪，如高雄地方法院93年度獨訴字第1號判決。參鄭善印，同前註6，頁29。其他如強制、公共危險、妨害自由、毀損公物等罪，皆是可能的選項。

不得違反比例原則（本院釋字第五一七號解釋參照）。故集會、遊行如僅係未報備或報備不完全、違反公物使用管理之規定、未遵守主管機關所添加之附款、逾越禁制區之安全距離，或僅違反個別交通、環保、衛生法令等，或屬尚得透過群眾自律或請求主管機關適度協助而加以排除之個別或輕微事況，並非有集體對人或物實施暴力或煽惑暴力實施之具體事證，仍係和平進行者，皆仍屬憲法應予保障之範圍，法律不得概括授權主管機關在未依具體事證認定集會、遊行有明顯而立即危險之事實狀態，即得採取強制制止、命令解散措施，進而以刑事處罰作為遏止及制裁等確保執行效果之手段。是立法機關並未依應受公權力干預行為之非法程度，依階段而選擇對集會自由侵害較小之手段，集遊法第二十九條規定，自與憲法第二十三條規定之比例原則有違。在此範圍內，本院釋字第四四五號解釋亦應予變更。

至於本件解釋將集遊法第二十五條第一項第一款、第三款、第四款及第二項、第二十九條等原因案件應適用及確定終局判決所適用之法律，以「聲請意旨尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，或於客觀上具體敘明究有何違反憲法之處。以上聲請解釋之部分，與本院釋字第三七一號、第五七二號、第五九〇號解釋意旨或司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定不符」為由，不予受理。本席針對此種「傾倒洗澡水而將嬰兒一併倒掉」的決定，凝難贊同。

柒、結語

一、再經本件解釋的「背書與加持」，「許可制」已成為提升集會

自由保障及與國際人權規範接軌的巨大絆腳石

從民主轉型的環境劇變以觀，我國在長達三十八年的軍事管制戒嚴時期，憲法第二章所保障之人民權利規定受嚴重限制，猶如紙上憲法，集會自由亦遭長期禁錮。戒嚴法第十一條第一款規定：「得停止集會、結社及遊行、請願，並取締言論、講學、新聞、雜誌、圖畫、告白、標語暨其他出版物之認為與軍事有妨害者。」再依民國三十八年五月二十七日台灣省警備總司令部訂定：「台灣省戒嚴期間防止非法集會結社遊行請願罷課罷工罷市罷業等規定實施辦法」，一般集會遊行皆輕易的被評價為「非法」而遭禁止。民國七十六年七月十五日解除戒嚴令後所制定的「動員戡亂時期集會遊行法」（七十七年一月二十日），是非常憲政體制轉型陣痛下的典型產物，主管機關由台灣省警備總司令部之軍事機關轉為警政機關。該法規範內容反映時代背景，仍受安全秩序優於集會自由之思考脈絡所支配。其所採許可制、設禁制區，及諸多以不確定法律概念為要件之限制、刑罰等規定，甚多是承繼威權政治的遺緒。配合民國八十年宣告動員戡亂時期終止，集遊法第一次修正（八十一年七月二十七日），除摘除「動員戡亂時期」名稱，並將第四條三原則中之「集會遊行不得違反憲法」刪除外，反而是課予集會遊行負責人更重之責任（第十八條、第二十二條、第二十七條、第二十八條等規定參照）。本院釋字第四四五號解釋（八十七年一月二十三日）固對集遊法帶來一定衝擊，但仍維持「許可制」主軸，於公布後經過四年半，集遊法方第二次修法（九十一年六月二十六日），修正條文大多是經宣告違憲者，包括第六條、第九條、第十一條、第十五條、第十六條、

第二十五條等；並未刪除第四條，⁴²許可制仍紋風不動。另將「總統、副總統官邸」、「各國駐華使領館、代表機構、國際組織駐華機構及其館長官邸」，增列為禁制區。綜上，歷經二十六年，國家政、經、社、文等環境劇變，集遊法雖經二度修法，基本架構卻仍維持「事前許可」、「事中管核」、「事後刑罰」不變。如今，在政府與人民有共識戮力追求人權保障與國際接軌而人心思變的「憲法時刻」，本件解釋多數意見仍自甘以見樹不見林之態度虛應，繼釋字第四四五號解釋後，再度為許可制「背書與加持」，橫互在前的絆腳巨石，短期間可能甚難移除，在司法處境日益困頓的時刻，未把握良機提升釋憲及人權保障的品質，實令本席扼腕不已！

二、尚需無奈地等待司法的「恩賜」嗎？

本席並非天真地以為，集遊法從許可制改為報備制就可天下太平，達到「獅子安然躺在羔羊旁」(the lion will lie down with the lamb) 的烏托邦境界。本席亦深悉，探求政府施政何以導致人民必須走上街頭示威抗議的原因，比起爭論許可制與報備制的取捨重要許多。之所以仍不憚辭費，意在提醒面臨憲法重要議題抉擇

⁴² 集遊法第4條規定：「集會遊行不得主張共產主義或分裂國土。」依本院釋字第445號解釋：「集遊法第十一條第一款規定違反同法第四條規定者，為不予許可之要件，乃對『主張共產主義或分裂國土』之言論，使主管機關於許可集會、遊行以前，得就人民政治上之言論而為審查，與憲法保障表現自由之意旨有違；……。」又本院釋字第644號解釋：「人民團體法第二條規定：『人民團體之組織與活動，不得主張共產主義，或主張分裂國土。』同法第五十三條前段關於『申請設立之人民團體有違反第二條……之規定者，不予許可』之規定部分，乃使主管機關於許可設立人民團體以前，得就人民『主張共產主義，或主張分裂國土』之政治上言論之內容而為審查，並作為不予許可設立人民團體之理由，顯已逾越必要之程度，與憲法保障人民結社自由與言論自由之意旨不符，於此範圍內，應自本解釋公布之日起失其效力。」再者，國家安全法第2條相同之規定，亦已於民國100年11月23日刪除，而集遊法仍將該「雞肋」留下，實為垢記。近來已有立法委員意識到此問題，在集遊法整部草案修正進度遲滯不前時，先提案刪除集遊法第4條，理由即為：「依大法官會議第四四五號解釋，集會遊行法第四條有違憲之虞；亦因主權在民，人民亦有思想與言論自由。依此，第四條應予刪除，以保障人民的基本權利。」參劉建國等17人之提案，《立法院議案關係文書》，院總第1430號、委員提案第15510號，102年10月23日印發。

時，誠實面對挑戰的問題並精益求精違憲審查態度的重要性，因為，態度決定解釋的高度、視野及品質，是挽回人民對司法逐漸流失信任而無可迴避的硬戰。

集會自由具有主動參與權之功能，係保障人民得基於自治自治原則，主動以集體行動之方式表達意見，與政府或社會進行溝通對話參與國家意思之形成，並影響、監督政策或法律之制定，係本於主權在民理念，為實施民主政治以促進思辯、尊重差異，實現憲法兼容並蓄精神之重要基本人權，並非只是如本件解釋所稱「與社會各界進行溝通對話」，而刻意不提屬最應優先對話對象的「國家及政府」。殊不知此種「精神意見」之交換，可使少數有機會打破意見壟斷，進而成為多數，避免逼使相對弱勢者採取偏激、極端、不理性解決問題之方法，可紓解社會對立緊張關係，甚至可化解制度性革命之危機，為自由民主國家秩序和平要素之一，堪稱為政治安全瓣 (safety valve)。此種以國家為首要溝通對象所架構成政治意見形成程序之自由權，亦可被理解為直接民主的縮影，補代議政治的不足，此種當然之理，還需要顧左右而言他，以對政府之對話屬請願範疇，讓政府的安全感建立在十人的人數限制，選擇性遺忘基本權利之訴求對象本為國家政府嗎？

本院釋字第三九二號解釋正確倡言：「人權保障乃我國現在文化體系中最高準則，並亦當今先進文明社會共同之準繩。作為憲法此一規範主體之國民，其在現實生活中所表現之意念，究欲憲法達成何種之任務，於解釋適用時，殊不得不就其所顯示之價值秩序為必要之考量。」德國聯邦憲法法院亦曾指出：「於基本

法自由民主中，基本權利位階極高。公權力干預基本權利時，應證明其理由正當，而不是要求行使基本權利者，證明其行為係正當。」⁴³集會遊行採許可制的正當性，應係建構於「重國權、輕人權」的保守心態上，若一方面坐享前人依集會遊行爭取人權後的甜美果實，另一方面卻因缺乏同理心，對當今以集會遊行爭取人權者不願多加寬容，「國家是為人民而存在」的憲法核心理念，在這塊土地上實難有真正落實的一天。至於在現代民主憲政國家，本就屬於人民「基本」權利的集會自由，緊箍其上的「許可制」，若尚須翹首期待釋憲者的「恩賜」才能有機會改制，就真不知今夕究竟是何夕了！

⁴³ 原文：In der freiheitlichen Demokratie des Grundgesetzes haben Grundrechte einen hohen Rang. Der hoheitliche Eingriff in ein Grundrecht bedarf der Rechtfertigung, nicht aber benötigt die Ausübung des Grundrechts eine Rechtfertigung – Bundesverfassungsgericht, NJW 2007, 2167.