

釋字第 806 號解釋不同意見書

蔡宗珍大法官提出

林俊益大法官加入

張瓊文大法官加入壹部分

壹、本號解釋逸脫人民聲請案及其原因案件之脈絡， 自為於法無據且幾無前例之「架空性」法規審查

一、本件原因案件之法律爭點

本號解釋之原因案件爭議，係因原處分機關（臺北市文化局）以聲請人有違規情事而廢止其所領有之街頭藝人活動許可證（下稱系爭廢止處分），聲請人不服，認系爭廢止處分違法，提起訴願遭決定駁回，進而向臺北高等行政法院提起撤銷訴訟，請求撤銷系爭廢止處分，臺北高等行政法院以系爭廢止處分於法並無違誤，聲請人訴請撤銷為無理由而判決予以駁回。聲請人上訴後，終因上訴不合法遭裁定駁回而告確定。是聲請人聲請解釋所據之確定終局裁判，應為臺北高等行政法院上開判決（下稱系爭判決），其訴訟標的乃「系爭廢止處分是否違法」。對此，行政法院主要據以論斷之法規為：(1) 94 年 4 月 27 日發布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 6 條第 1 項¹、第 9 條²及第

¹ 許可辦法第 6 條第 1 項規定（即本號解釋之系爭規定二）：「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。」

² 許可辦法第 9 條規定：「街頭藝人從事藝文活動，有下列情形之一者，主管機關得撤銷或廢止其許可之全部或一部：一、法令修正變更。二、配合政策需要。三、許可原因改變或消滅。四、從事藝文活動之內容、販售物品或勞務等活動，與活動許可證之核准項目不符。五、擅自將活動許可證轉供他人使用。六、其他違反本辦法或相關法規規定行為。」

10 條³；(2) 98 年 4 月 9 日修正發布之臺北市街頭藝人從事藝文活動實施要點（下稱實施要點）第 7 點（街頭藝人管理規範）、第 8 點（稽查作業，含附件圖表）及第 9 點（許可證之附款）等規定；系爭判決中亦明示其核心法律見解為：「按臺北市街頭藝人之許可與管理，係依據許可辦法，由被告為主管機關。街頭藝人雖得申請取得活動許可證，而於臺北市公共空間從事藝文活動，但仍應受許可辦法及相關法令規定及各公共空間之管理規範。如有違反者，被告得廢止其許可，並令其一年內不得申請核發許可……。是臺北市街頭藝人進行公開展演時，應配合被告等相關人員之稽查作業表之標準予以記點，從事藝文活動違反相關規定，經記點累記達 9 點以上者，被告得廢止其活動許可證，且於一年內不得再行申請許可。」（系爭判決事實及理由六、（二）參照）。系爭判決據此逐一詳細論斷原處分機關廢止聲請人之活動許可證於法有據、原處分機關於本案之稽查作業程序亦無違法、聲請人主張跨年度記點於法有違顯屬無稽、原處分機關就聲請人屢次違規情形陸續所為違規記點並無違法裁量或違反比例原則等情，終以聲請人主張均無可採，原處分機關廢止聲請人所領有之街頭藝人活動許可證之廢止處分於法並無違誤，因而駁回聲請人之訴。

綜上以觀，原因案件所涉訴訟上爭議，乃系爭廢止處分是否違法得撤銷之問題，而系爭廢止處分所涉之街頭藝人違規情事，亦僅涉及聲請人於公共空間從事展演活動時違規使用相關空間之爭議；全案既與聲請人申請核發街頭藝人活動

³ 許可辦法第 10 條規定：「街頭藝人因有前條第四款至第六款事由之一，經主管機關撤銷或廢止其許可者，自撤銷或廢止許可之日起，一年內不得申請核發許可。」

許可證之階段無關，亦無涉聲請人之具體展演內容。

二、本件聲請標的與意旨

本件聲請人於聲請書中開宗明義主張系爭廢止處分「未有法律依據」，違反法律保留，而系爭判決援用上開許可辦法及實施要點，「作為限制聲請人工作權之審判依據」，違憲侵害其「工作權」，抵觸憲法第 15 條工作權、憲法第 23 條法律保留及正當行政程序。然本件聲請標的究竟為何，聲請書中卻未明確敘明，僅於「三、(一) 確定終局裁判所適用法規」項下，將系爭判決理由中曾述及之許可辦法與實施要點之條次予以臚列；再於聲請解釋憲法之理由部分，以未加定義之「系爭規定」概括稱之；細究其意，應係有意模糊其詞而逕以許可辦法及實施要點 2 種法規整體作為聲請標的。就此而言，本件聲請案實難謂已具體指摘系爭判決所適用之何等法令究有何違憲之處。

至本件聲請意旨，不外主張臺北市政府文化局依僅屬自治規則性質之許可辦法及實施要點即廢止其活動許可證，且 1 年內不得再行申請許可，致限制聲請人憲法第 15 條所保障之工作權，因而抵觸憲法第 15 條與第 23 條等；此外，聲請人亦主張系爭規定中之實施要點所訂稽查作業程序，剝奪聲請人陳述意見之機會等，違反正當法律程序（正當行政程序）等。由此觀之，聲請人明顯係扣合廢止街頭藝人活動許可證之處分而為主張，並未爭執街頭藝人活動許可證之發證依據與程序問題，亦未質疑從事街頭藝人展演活動應先申請許可之規定，且聲請人無論於原審程序或本件聲請書中，均未曾主張其於公共空間之展演活動內容受到審查或侵害，而僅爭

執管理機關（發證機關）廢止活動許可證欠缺法律或自治條例授權依據，以及其就領有活動許可證者違反空間使用規定行為之稽查程序不符正當行政程序。由於針對廢止處分所提起之撤銷訴訟，行政法院實質審查事項之核心，正為廢止處分是否具備各種合法性要件（自包括程序合法性要件以及廢止依據等實質合法性要件）；因此，本件聲請案實僅就系爭判決之認事用法有所爭執，包括質疑系爭判決引據許可辦法與實施要點相關規定而認定系爭廢止處分於法並無違誤等。

綜上，本件聲請案實不符大審法第 5 條第 1 項第 2 款之聲請要件，理應不受理。本號解釋理由中亦指明許可辦法與實施要點之規定，除許可辦法第 4 條第 1 項（即系爭規定一）⁴及第 6 條第 1 項（即系爭規定二）外，均不予受理，包括系爭判決審查重點所據之許可辦法第 9 條及第 10 條。然而，多數大法官獨獨決議受理系爭規定一及二，即便本件聲請人實未以系爭規定一及二為聲請標的，自未就此具體指摘其有何違憲之疑義，與遭不受理之其他條文之情形並無不同。何況，系爭規定一與系爭廢止處分之違法爭議並無直接關係。無論如何，多數大法官決定「受理」系爭規定一及二之同時，也意味著本號解釋與聲請原因案件及本件聲請案均將分道揚鑣。

三、本號釋憲標的與審查範圍

本號解釋雖係源自人民之聲請，然其解釋標的與審查範圍卻幾乎完全脫離人民據以聲請解釋之確定終局判決（即系

⁴ 許可辦法第 4 條第 1 項規定（即本號解釋之系爭規定一）：「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。」

爭判決) 所涉爭議及其所適用法令之脈絡，甚至亦脫離聲請人之聲請主旨。

詳言之，本號解釋選定三項釋憲標的中，除系爭規定一及二之外，並以許可辦法第 5 條第 1 項⁵ (即系爭規定三) 與系爭規定一、二有重要關聯為由，將之一併納入審查。首就系爭規定一而言，查原因案件所涉爭議，乃原處分機關廢止聲請人所領得之活動許可證處分是否違法得撤銷之問題，行政法院就該撤銷訴訟所應審理審理之範圍，僅侷限於系爭廢止處分是否違法之問題，已如前述。系爭判決之理由部分列述相關法令時，雖亦述及系爭規定一，惟其係規定街頭藝人於臺北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，嚴格來說，乃係系爭廢止處分之前提性規定而併予列述，與系爭廢止處分是否違法之判斷並無直接關係，系爭判決於本案認事用法之判斷時，亦未實質引用而為論斷，是否可僅因該規定出現於系爭判決所列述之相關法令中，即認其屬大審法第 5 條第 1 項第 2 款所稱「確定終局裁判所適用之法律或命令」，實值商榷。況聲請人並未明示就系爭規定一聲請解釋，自未針對此規定具體指摘其究有何牴觸憲法之處；系爭規定一之所以成為本號解釋之審查標的，毋寧是多數大法官片面選取之決定，已如前述。令人費解的是，明定街頭藝人活動許可之撤銷或廢止事由之許可辦法第 9 條規定，與原因案件之系爭廢止處分是否違法之判斷明顯密切相關，亦為系爭判決所適用，多數大法官反而認為聲請人就此部分之主張，「並未具體指摘於客觀上究有何牴觸憲法之

⁵ 許可辦法第 5 條第 1 項規定 (即本號解釋之系爭規定三): 「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。」

處」而決議不受理。

次就系爭規定二而言，其係有關取得活動許可證之街頭藝人於公共空間從事藝文活動時，應遵守相關法令規範之規定，固與系爭廢止處分密切相關，亦為確定終局判決所適用。然而，聲請人既未指摘此一規定有違憲之處，多數大法官何以得將之納為本號解釋之標的？況本號解釋中，實看不出有針對此一規定為實質審查，而僅是「合併觀察」解釋標的下之審查配角。

最值得商榷的是，多數大法官選定系爭規定一及二作為審查標的後，進一步以系爭規定三乃「執行系爭規定一有關核發活動許可證之具體規定，於規範意義上二者不可分割，與系爭規定一、二有重要關聯」，因而將系爭規定三一併納入審查。系爭規定三係有關主管機關就人民依系爭規定一所為申請，必要時得通知申請人於指定場所解說、操作、示範或表演，經審查通過後，始發給活動許可證之規定；從條文文字即可看出其確與系爭規定一有密切關聯。然而，系爭規定一並非本號解釋原因案件以及本件聲請要旨所繫——再次強調，本件原因案件與釋憲聲請案，係涉及廢止活動許可證處分所生之爭議，無涉申請核發活動許可證之爭議——，已如前述。系爭規定三縱與系爭規定一有實質關聯，但其與本件聲請案及原因案件之爭點均無關，如何憑空成為本院解釋之標的？況系爭規定三與針對領得許可證者之展演活動為規範之系爭規定二，並無「規範意義上不可分割」之必然連結關係。

從本號解釋理由之內容，不難看出多數大法官意欲以及

真正審查之標的，其實是系爭規定三，系爭規定一及二僅屬「必要」之附帶登場性質，蓋本件原因案件與聲請案內容，可說並無一字提及系爭規定三，不依附系爭規定一及二（僅透過系爭規定二亦尚無法引出系爭規定三），即難以憑空藉由「實質關聯」之說而將系爭規定三納入審查，進而以「合併觀察」3項解釋標的之方式，得出所謂「審查許可制」，最終成為遭本號解釋認定違憲之領罪羔羊。

多數大法官如此「用心良苦」之結果，本號解釋形同脫離具體聲請案與原因案件之脈絡，而成為一種「架空性」法規審查。影響所及，本號解釋雖認定「合併觀察」解釋標的「所形成之審查許可制度」中，存有各種限定範圍之違憲情形，卻因解釋標的以及「合併觀察」解釋標的所生之「審查許可制度」與原因案件之爭議根本無關，聲請人恐根本無法據以請求再審救濟。尤為特別的是，本號解釋公布前，許可辦法及實施要點業經發布機關明令廢止⁶，本號解釋之標的自亦隨之失效，毋須亦難由本號解釋再為效力上之宣示。因此，本號解釋不僅對據以聲請之原因案件難謂有實質性效力，對於解釋公布後之法治狀態亦不生任何影響。

貳、本號解釋標的涉及公共空間特別使用之許可問題，無涉法律保留要求，惟受憲法相關基本權，尤其是藝術表現自由之拘束，但不涉及憲法職業自由之保障

⁶ 許可辦法於中華民國 110 年 3 月 24 日由臺北市政府以(110)府法綜字第 1103011648 號令廢止；實施要點則早於 107 年 4 月 10 日由臺北市政府文化局以(107)北市文化藝術字第 10730111902 號令廢止，並溯及自 107 年 4 月 1 日生效。

一、許可辦法之規範旨趣：公共空間特別使用之管理法規

系爭規定一、二及三所屬許可辦法，乃臺北市政府就人民（即欲成為該辦法所稱之「街頭藝人」者）於公共空間從事藝文表演活動之相關事宜，本於職權所訂定之法規。由其規範內容觀之，許可辦法僅針對其所界定之公共空間提供街頭藝人表演使用之相關事項而為規範，包括公共空間範圍及其管理人之定義（許可辦法第 2 條第 1 款及第 2 款）、申請許可之要求（系爭規定一）、許可審查程序（系爭規定二）、公共空間之許可使用及其相關義務（系爭規定三、許可辦法第 7 條及第 8 條等）以及得撤銷或廢止許可之事由等（許可辦法第 9 條及第 10 條）；所有規定均以臺北市寬度 8 公尺以上之人行道、廣場及公園綠地，且經管理人同意供作街頭藝人表演場地之空間（許可辦法第 2 條第 1 款關於公共空間之定義規定參照）為規範前提。領有活動許可證者於公共空間從事表演活動，有違反核准項目、擅將活動許可轉供他人使用或其他違反許可辦法規定之違規情形者，主管機關僅得依許可辦法第 9 條撤銷或廢止違規者之活動許可證，使其不得再享有於公共空間從事表演活動之權利，並得依許可辦法第 10 條之規定停止受理其於一年內再次申領活動許可；除此之外，別無針對違規行為之管制性或制裁性規定。至於未經許可，而於上開公共空間或其他非屬得為街頭藝人表演場所之公共空間從事表演活動等違反公共空間使用之情形，並不在許可辦法之規範範圍，應受其他相關法令之管制。許可辦法亦完全未涉及對擬從事藝文表演活動者之資格或行為之規範。綜上，許可辦法應係針對特定範圍、特定目的（供為藝

文表演活動之場所)之公共空間管理法規。

而就許可辦法所界定之公共空間而言，不論是寬度 8 公尺以上之人行道、廣場或公園綠地，其於法律上均屬依各該「提供公用」(Widmung)之目的與方式(如供行人通行與休憩等)，而為供公眾使用之公用公物。許可辦法既係規範具公用公物性質之公共空間提供人民從事藝文表演活動使用之相關事宜，主管機關依其相關規定所核發之「臺北市街頭藝人活動許可證」，其法律意義與效力屬性即應於公共空間管理之脈絡下予以定性。依此，其係允准領證者得於特定公共空間範圍內，依許可內容、期限與條件，從事表演活動，性質上應為公物特別使用之許可，並無脫離特定公共空間脈絡之藝人資格、工作許可等意涵，亦無提供為人民營業或職業場所之目的。

二、公用公物之一般使用與特別使用之法律性質與效力區辨

公用公物並非「無主物」，而是必有得支配、管領公物之公物主，且有權於其管領權限範圍內管理公物；公用公物亦非得由公眾恣意使用，而是受到「提供公用」之目的與相關法令之規範。於公用公物之一般使用(Gemeingebrauch)範圍內，人民毋須另經許可，即可參與其使用。從憲法層面觀之，人民就公用公物之一般使用至少受到一般行動自由與平等權之保障，因此，於公物一般使用範圍內，對特定人民之一般使用施以限制者，即有侵害其相關基本權之虞。反之，非屬公物一般使用範圍所得涵蓋之使用方式，即所謂公用公物之「特別使用」(Sondergebrauch)，除因該等特別使用方式

非「提供公用」時所設定之目的與使用方式外，公物之特別使用亦可能影響其他人之一般使用以及利害關係人，如街道沿住戶（Strassenanlieger）之相關權益，各種特別使用間亦可能存有時間與空間上之競爭與相互排擠關係，因此公物之特別使用，尤其是街道、廣場等公共通行空間之特別使用，原則上應經公物主之許可始得為之。由於未獲許可者，僅得為公物之一般使用，而不得為特別使用，因此公物主依人民之申請而許可其為公物之特別使用者，係解除獲得許可者原受到之禁止誡命（禁止為一般使用方式外之使用），通常屬授益處分之性質，乃給付行政之範疇，不涉管制性干預行政，原則上並非法律保留之範疇；公物主本於其對公用公物之管領與支配權限，就是否依申請而給予特別使用之許可處分，本享有廣泛之裁量權，毋須另有法律之授權。何況，公物主取得公用公物之管領、支配權限之依據，通常並非基於法律，而是「提供公用」之法律行為。又，公物主就公物特別使用之許可及其具體使用之管理，雖毋須有法律授權依據始得為之，惟仍應符合相關行政法上各種原理原則之要求，尤其是行政行為之平等原則、比例原則與誠信原則等之要求，自屬當然。

三、本號解釋標的所涉問題層次

根據上述基本觀念，就本號解釋標的所涉之人民於公共空間從事表演活動之問題脈絡而言，以下3個層面之問題應循序析論：

- (1) 人民於公共空間從事藝文表演活動，是否為公共空間之一般使用範疇？ — 對此如予以肯定，則

許可辦法要求人民應經許可始得於相關公共空間從事藝文表演活動之規定，即屬對人民之公物一般使用權利之限制，從而有侵害人民相關憲法上基本權之虞，應於相關司法救濟程序受合法性與合憲性之審查。

- (2) 人民於公共空間從事藝文表演活動，如非屬公共空間之一般使用範疇，而是應申請許可之公共空間特別使用範疇，則公共空間管理權人是否應有法律或相當於法律之依據，始得依申請予以特別使用之許可？公共空間管理權人得否基於維護一般使用目的、利害關係人之權益或其他公共利益之考量，一般性或個案性不予特別使用之許可？是否有侵害公物特別使用申請人之主觀公權利？換言之，人民有無公物特別使用之主觀公權利？
- (3) 公共空間管理權人於公共空間管理範疇，包括是否許可特別使用及其管理，是否受憲法相關基本權保障之拘束？

四、從事街頭藝文表演活動乃屬公共空間之特別使用，非一般使用範疇，與法律保留原則無涉，公共空間之特別使用亦非地方自治事項

就上述第一層面問題而言，由於街頭藝文表演活動，即便是較靜態之人像現場繪製等，均會佔據一定公共空間而影響或限制其他人之一般使用，活動產生之影音效果或人流聚散效應等，亦均會影響一般使用情形，因此難以納入公共空

間一般使用之範疇，而應屬原則上應先經申請許可之特別使用範疇。

上述第二層面之問題，則涉及公共空間供人民從事藝文表演活動之特別使用之具體管理問題。如前所述，公物之特別使用原則上應先申請公物主之許可，其使用並受公物主之管理，公物主就公物為特別使用之准駁以及管理權限，係本於其對公物之支配、權限而來，為公物主對其所管領公物之固有權限，而非由基於法令授權。因此，公共空間管理權人本即得本於其對特定公共空間之管領權限而許可人民為特別使用，即從事藝文表演活動，並得限定該等特別使用許可之條件、期限與範圍等。而此等特別使用許可是對人民非經許可，不得擅為公物特別使用之禁令之解除，屬給付行政範疇之授益處分性質，公共空間管理權人原則上毋須有法律或相當於法律授權依據即得為之，亦即無法律保留原則之適用。以本案而言，即便無許可辦法之相關規定，各公共空間管理權人亦非不得依人民個別之申請，許可其於指定之公共空間從事藝文表演活動；同理，公共空間管理權人自亦得基於維護公共空間一般使用與其他公共利益之考量，一般性或個案性地不許人民於其所管領之公共空間從事藝文活動之特別使用。此由許可辦法所定，可供領有活動許可證者從事表演活動之公共空間，限於經管理人同意得提供從事藝文活動場所者（許可辦法第 2 條第 1 款參照），亦可見一斑：寬度 8 公尺以上之人行道、廣場及公園綠地管理人如不同意提供其管理之公共空間作為人民從事藝文活動場所者，該等公共空間自始即非許可辦法之規範範圍。由此亦可知，人民原則上並無得為公共空間特別使用之主觀公權利，公共空間管理

權人否准人民之特別使用之申請者，申請人尚難主張其有公物特別使用權利遭受侵害。然申請人於行政法上受到一般性保障之權利，比如請求公共空間管理權人為合義務裁量之請求權、藉由平等原則所生之平等給付請求權等，自仍有權主張而不受影響。此外，公共空間之特別使用雖無法律保留之適用，但如同其他公法行為般，均全面受法律優位原則之拘束，自不待言。

於此應特別強調的是，許可辦法之規範內容，不涉地方自治事項，亦非地方制度法第 28 條第 2 款所稱「創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務」之事項，無所謂自治條例保留問題。前已詳述，許可辦法係臺北市政府就其得支配、管領之公共空間之特別使用（供藝文表演活動場所之用）所訂定之管理法規，其訂定之權限係來自其對相關公共空間之管理與監督權，乃公物主本於其公物支配、管領權而來之固有權限，不涉自治事項；而因不涉自治事項，自無地方制度法第 28 條第 2 項規定之適用。所有享有公物主地位之公共空間管理權人，均有可能應人民特別使用之申請，而為准駁之決定，公共空間管理權人為使人民知悉申請要件與程序等事宜，自得本於公物主地位與權限，訂定發布相關規定以資遵循，許可辦法即屬之，其規範效力亦僅及於臺北市政府有支配管領權限之道路、廣場與公園，如非臺北市所管領之公共空間，即無許可辦法適用餘地。世界各國對於街頭藝人之管理，基本上均是地方事項，並非因為於街頭從事表演活動之「藝人管理」均屬地方自治事項，而是因為街頭藝人常見的演出場地是行人徒步區、商業繁盛之街道、市區廣場與公園等，而此等公共空間主要正是由基層地方團體所管領之

故，實與自治事項無直接關係。

茲舉例供對照辨明：位於臺北市區之中正紀念堂堂區範圍內之室外空間，係由文化部下之國立中正紀念堂管理處管領，非屬台北市政府所管領之公共空間，不適用許可辦法相關規定。該管理處就堂區範圍內之室內與室外場所，均訂有供人民申請使用之規定。由於室內場地涉及的是特殊的機構公物使用（Sachen im Anstaltsgebrauch），於此不論，僅就室外場所提供人民申請使用而言，該管理處為此類事宜訂有「國立中正紀念堂管理處室外場所使用須知」以及場地使用注意事項等規定，其中場地使用注意事項第2點明定不得申請於各場地舉辦政治性活動⁷。若依本號解釋多數大法官之邏輯，此處之場地使用規範，豈非應以法律定之？！又一例：由中央行政機關所管領之位於臺北市區之公共空間，如管理權人同意提供人民申請為特別使用，例如作為街頭藝人表演場地，則其許可與管理規範是否亦屬法律保留之範圍？其於法理不合之處，至為顯明。

五、涉及公共空間特別使用管理之相關公法上管理行為，直接受憲法藝術表現自由之拘束，並應於司法救濟程序中受法院之審查

釐清公共空間特別使用之法理脈絡後，緊接著的問題便是：公共空間管理權人對公共空間特別使用之管理，尤其是

⁷ 場地使用注意事項第2點規定：「各場地使用功能及目的，以舉辦各項具有文化藝術、文化創意、教育宣導、社會公益等活動為目的，或屬政府機關主辦之推廣教育活動；不得舉辦選舉造勢等相關政治性活動。申請人未依原同意用途或活動內容使用場地，經查證屬實者，本處除不退還全額保證金外，並得於1年內拒絕申請人提出各場地使用申請；其屬第3點第2項活動者，3年內拒絕申請人提出各場地使用申請。」

對申請為特別使用者所欲從事之活動內容予以審查，甚至否准其特別許可之申請者，是否會侵犯人民受憲法所保障之相關基本權？哪些基本權？此等因公共空間特別使用之准駁管理所生基本權侵害疑慮，憲法法治上應如何論斷解決？

在此應先釐清的基本觀念是，人民受憲法所保障之各種自由權，性質上乃人民直接依據憲法即得享有之主觀公權利，毋待立法轉換，且直接拘束所有國家權力，包括行政權在內。因此，所有行政權之行使，包括公物法上之管理措施等，非依法律或法律之授權，不得侵犯人民受憲法所保障之自由權；具體行政行為無法律或法律授權依據，而構成對人民受憲法所保障自由權之侵害者，該行政行為即有違法瑕疵，得於司法救濟程序中，由法院審查救濟之。此觀念於涉及非法律從屬行政行為時，如本號解釋標的所涉公物特別使用之許可及管理授益行政之情形，尤顯重要。於此等毋需有法律授權之行政領域，實高度仰賴個案法官本於憲法意識，於個案認事用法中，落實並護守憲法基本權之效力，從而彰顯實質法治國之意義與價值！

就本號解釋所涉之藝文表演活動而言，從事表演活動者，無論其係專業或業餘，亦不論其係常態演出或偶一為之，其以各種形式與方式所為「表演」，乃其精神、思想、創意之表現，自受到以人性尊嚴及人格自由為根基之藝術表現自由之保障。因此，所有國家權力，包括公共空間管理權人於公共空間之特別使用許可程序，均受申請人受憲法保障之藝術表現自由之直接拘束，公共空間管理權人不得以其對申請人藝術表現內容之評價，作為不予許可之準據，否則即可能因違法裁量而成為違法得撤銷之行政處分（拒絕處分）。對此之

論斷權責，首在司法救濟程序中之行政法院，應於法院認事用法中，具體落實對欲從事街頭表演活動者之藝術表現自由之憲法保障意旨。

然而，本號解釋卻在無任何個案關聯（如前所述，本號解釋之原因案件根本不涉此爭議）之情況下，憑空以許可辦法中有關主管機關「必要時得通知街頭藝人於指定場所解說、操作、示範或表演」，經審查通過後發給活動許可證之規定（即系爭規定三），作為判斷人民之藝術表現自由是否遭受限制之審查標的，並含糊籠統地認定「系爭規定三……其審查內容，有部分係對申請者之表演品質，亦即技藝能力加以審查，從而涉及對於從事藝文活動內容之管制。……至涉及時間、地點、方式等無關藝文活動內容管制之部分，則適用前揭中度審查標準審查」，可謂是一種「架空性」法規審查，已如前述。更難以理解的是，多數大法官究竟如何從系爭規定三之「經審查通過後發給活動許可證」等中性文字「看出」其審查內容中「有部分」涉及從事藝文活動內容之管制？而其餘僅屬時間、地點、方式等無關藝文活動內容管制？何況，如前所分析，許可辦法的目的與內容根本無涉藝文表演活動之行為管制，許可審查內容若無關藝文活動內容管制，則何以會與藝術表現自由有關，竟還可以所謂中度審查標準予以審查？

六、本號解釋標的不涉職業自由

本號解釋以相當大之篇幅論斷「合併觀察」3項審查標的「所形成之審查許可制度」，已構成對人民職業（選擇）自由之限制。其理由不外是街頭藝人從事藝文活動因可向觀眾

收費而得為營生之方式，「故人民選擇以街頭藝人作為職業之自由，應受憲法第 15 條工作權之保障」；而系爭規定三之審查規定，「有部分係……就街頭藝人之技藝加以審查……已涉及對人民選擇……從事街頭藝人職業之主觀條件之限制」等等。然而，「街頭藝人」是許可辦法所使用且明文定義之名詞，僅是公物主用以稱呼於許可辦法所定公共空間從事藝文活動之自然人或團體，此一名稱下所指涉之職業或營業，亦可稱為「藝人」、「表演工作者」、「藝文工作者」等等，其職業或營業屬性可能並無不同。因此，人民縱使未能申請取得臺北市街頭藝人活動許可證，無法於許可辦法所界定之公共空間表演，依然可以在許可辦法所定公共空間以外之公、私立設施場所或其他縣市公共空間從事「藝人」、「表演工作者」、「藝文工作者」之職業工作，成為「非街頭藝人」或「非臺北市街頭藝人」，其從事藝文表演活動職業之權利並未受到影響。何況，許可辦法本非針對以藝文表演行為為規範對象，而是公物特別使用管理法規，其規範目的並非提供營業或職業活動之場所。