



基本權利之競合及其合憲性審查的判斷

——以釋字第806號解釋為說明

■吳信華 中正大學法律學系教授

前言

大法官於民國（下同）110年7月30日作成釋字第806號解釋，涉及「臺北市街頭藝人從事藝文活動許可辦法」¹相關規定的合憲性。本案初視下似僅為一個法規審查的尋常案例，然實有其特殊之處在於，此乃大法官迄今為止明確出現「藝術（表現）自由」的第一個案例；且依本文觀察，根本上更屬一個涉及相關基礎法理思維與論證的經典案例，爰即予評析探究。

本案事實²

甲為領有臺北市活動許可證之街頭藝人，先前因有多次違規情形而經臺北市文化局於103年1月及7月各作成記點2點之處分（甲均未提起行政救濟）。其

後甲於103年7月至11月間於「西門町行人徒步區」區域進行街頭藝人展演活動時，經臺北市文化局稽查小組人員判斷其有「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」等情形，認甲已違反臺北市文化局於94年4月27日訂定發布之該「許可辦法」第6條，以及臺北市街頭藝人從事藝文活動實施要點（下稱「實施要點」）等規定，於104年1月20日對甲作成記點5點之處分（下稱「原處分」）。

就此因某甲先前之記點處分加上原處分，記點警告累計已達9點以上，文化局即以原處分廢止甲之活動許可證，並自廢止日起1年內不得再行申請。甲不服，於窮盡行政救濟途徑無效果後，認該許可辦法第4條第1項及第6條第1項（及實施要點）牴觸憲法第15條之工作權及第

DOI：10.53106/207798362023120138002

關鍵詞：基本權利競合、職業自由、藝術自由、審查標準、釋字第806號

¹ 此於以下相關處簡稱「許可辦法」，而業於110年3月24日廢止（其後臺北市街頭藝人登記及管理之事項，則係依循臺北市文化局於110年1月訂定發布之臺北市街頭藝人從事藝文展演活動管理辦法為辦理）。

² 案例事實整理自司法院大法官網站本解釋之理由書段碼1，惟略為簡化。

23條之法律保留原則，而聲請釋憲。

爭 點

本案就「許可辦法」相關條文合憲性的審查當涉及諸多爭點，諸如形式的合憲性上是否合於「法律保留原則」，乃至實質合憲性上「比例原則」的審查等。均屬可討論之重點所在。³然而一個基礎的問題是：本案「究竟涉及當事人何項基本權利」？以及依此延伸，在不同基本權利的判斷（認定）下，是否、或如何情狀地會影響系爭規定的合憲性審查？此即本文所欲探究者。

解釋摘要

本案解釋文共三段，第一段說明「許可辦法」相關規定涉及職業自由及藝術表現自由的限制，「未經地方立法機關通過，亦未獲自治條例之授權，與法治國法律保留原則有違」。第二段說明「許可辦法」相關規定「就街頭藝人之技藝加以審查部分，已涉及對人民選擇在臺北市公共空間從事街頭藝人職業主觀條件之限制，不符比例原則之要求，與憲法第15條保障職業選擇自由之意旨有違。」另則「就街頭藝人所從事之藝文活動，是否適合於指定公共空間為之加以審查部分，尚無違比例原則。」至第三段主要則論述「上開三規

定就涉及審查藝文活動內容之部分，其管制目的難認符合特別重要公共利益之要求，與憲法第11條保障藝術表現自由之意旨有違。」

至解釋理由書共17段。段碼1及2說明案例事實及相關程序問題，段碼3說明本案所涉基本權利為憲法第15條之「工作權」及憲法第11條之「藝術表現自由」。段碼4至6論述相關系爭規定之「法律保留」問題；段碼7至15則論證相關系爭規定不同內容之比例原則部分，段碼16及17則係本案不受理部分的說明。

與本文所欲闡述之主題有關者，則為段碼3所涉基本權利的論述，以及與此延伸有關之段碼7至15所涉比例原則論證的部分，相關內容以下即分別討論。

評 析

壹、問題之提出

本案初視下似為一個單純法規範合憲性審查的基本案例，即對之予形式合憲性之「法律保留原則」、以及實質合憲性上之「比例原則」的檢視；至多更延伸爭議為公共空間使用之法律問題⁴等。⁵然而本文的觀察是，本案實則於「系爭相關規定所涉及基本權利」的基

³ 就此已有相關論文討論，即以「釋806」（或相關用語，如「街頭藝人」或「藝術自由」等）而為法學文獻的搜尋即可查知，於此即不另行個別引註。

⁴ 即街頭藝人於公共空間從事藝文表演活動，係對公共空間之一般使用抑或特別使用、而各有不同的法律問題，理由書段碼12略有提及。

⁵ 而於程序面上另可討論者為，大法官於本案例中實則審查已屬失效之「許可辦法」（見解釋文段碼1），有無實益？以及「本案『確定終局裁判』之認定、乃至大法官審查聲請人所未聲請之『許可辦法』第5條第1項等」（後二者理由書段碼1及2略有說明）。

礎部分，反而更有其值得探究之處，且依此而延伸合憲性審查的相關重要問題。

申言之，在一個憲法上涉及基本權利的案例中，系爭侵害基本權利規定之合憲性審查固屬核心所在，惟在基礎上「本案涉及當事人何項基本權利」的判斷有其必要性，蓋此不僅呈現一個思考脈絡上的合理體系⁶以及法學思維精確性的要求⁷，毋寧一個重點在於，判斷本案所涉及的基本權利，與其後合憲性的判斷有密切關聯。⁸

本案即屬可印證此一命題的經典案例。案例所涉者乃「許可辦法」中之三個規定，⁹大法官認為涉及「職業自由」與「藝術表現自由」，並進而開展不同的合憲性審查情狀。依此基礎可思考的問題即為，如本案（相關規範）在「基本權利」的判斷上另有他種可能性，則是否在「合憲性審查」上，即會有不同的思維與論證？

貳、大法官論述的脈絡思考

本案須檢視其合憲性之規定有三

個，在基礎上其究竟涉及何種基本權利，對此大法官先整體性地論及（理由書段碼3）：「按街頭藝人從事藝文活動因可向觀眾收費（許可辦法第1條、第2條第3款、實施要點第7條第5項規定參照）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。又許可辦法所規範街頭藝人之藝文活動，均為藝術表現之領域，而藝術表現自由屬人民表現自由之一環，亦受憲法第11條之保障……。」即認為系爭三個規定同時涉及第15條之「工作權」與第11條之「藝術表現自由」。

至系爭相關規定中之何部分分別涉及上述二個基本權利，大法官所論述者為：「二、系爭規定一、二及三就街頭藝人資格能力之限制，侵害職業選擇自由；就公共空間之使用限制，尚與比例原則無違。」（理由書段碼7）以及「三、系爭規定一、二及三涉及審查藝文活動內容之部分，與憲法第11條保障藝術表現自由之意旨有違；就是否適合於指定公共空間表演加以審查部分，與

⁶ 即有規定若侵害當事人基本權利而應審查其合憲性，其前提當係「某個基本權利被侵害」應先存在，從而涉及基本權利的判斷即屬必要。

⁷ 即法律的判斷上當須精確，任何法律領域均係如此；不能因為重點在於相關法規範的合憲性，即著重結論而忽略此一基礎部分。

⁸ 暫先簡單說明，例如在相關釋憲實務與諸多學理的論述中，常於合憲性審查時有所謂「審查標準」的論述，即依循案例的相關情狀，而認本案於審查相關規定之合憲性時應採「嚴格」或「合理」等之審查。姑不論此一「審查標準」相關論述的爭議，決定此種審查標準的可能參數之一，應即為該案所涉基本權利的相關情狀。

⁹ 依本號解釋（理由書段碼3）之說明，分別為「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。」（系爭規定一）、第6條第1項前段：「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。」（系爭規定二）以及第5條第1項：「主管機關為處理前條第1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。」（系爭規定三）。

比例原則尚無違背。」（理由書段碼11），亦即分別審查系爭三個規定中之「街頭藝人資格能力」、「公共空間之使用限制」、「藝文活動內容」及「是否適合於指定公共空間表演」應為合憲性檢視的四個部分，惟並未具體指陳此四個內容分別屬於系爭規定中哪些具體的文句。¹⁰爰於結論上，本號解釋主文係整體性地言及「上開三規定就……部分」（的憲法評價）（解釋文段碼2及3），理由書中亦同係「系爭規定一、二及三就……之限制」（理由書段碼7）或「系爭規定一、二及三就涉及……之部分」（理由書段碼11）的論述。

如姑不論此一審查情狀的妥適性，¹¹於此當然先存在的一個根本性問題為：如就所欲審查的法規範確實涉及二個（以上）基本權利，則在合憲性的審查上，究係各該基本權利均須為審查，抑或僅就其中一個主要者加以審查？¹²而依此又可再思考：如係前者，則是否對所涉的不同基本權利均須通過檢驗，系爭（相關）規定方可認定屬合憲，而其個別的審查情狀又如何？而如為後者，則儘管係審查主要所涉及的基本權利，然另一個基本權利確亦有關，則是否會於審查上有所影響？

本文即以大法官於本案中涉及基本權利（競合）與合憲性審查的相關論述，結合上述提問而為討論。

參、基礎論理——本案所涉基本權利的判斷

一、本案涉及「職業自由」的思考

大法官認本案系爭相關規定先涉及「職業自由」，即理由書段碼3所說明者：「按街頭藝人從事藝文活動因可向觀眾收費（許可辦法第1條、第2條第3款、實施要點第7條第5項規定參照）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。」此在法律的思維上，隱性的論證脈絡實或應為：確認案例事實（相關系爭規定）後，找到對應的憲法法條（第15條），如對「工作權」以「職業自由」為理解（釋字第584號參照），則當須先解釋「職業」之意涵（作為論證本案的前提），為涵攝後，方再（／能）得出本案涉及職業自由的結論。

「職業」應可解釋為「為了維持生活所從事的一種持續性的經濟活動」，不論專職或兼職、亦不論該經濟活動所獲得的報酬是否足以（或：得）維持如

¹⁰ 即大法官似認系爭三個規定於「量」上暫無法明確區隔地確認分別所涉及的基本權利，爰僅於「質」上為整體判斷；換言之，應係大法官認為前述四個部分的審查情狀，係跨條文式地可分別對應至系爭三個規定的不同部分（而分別涉及不同的基本權利）。

¹¹ 亦即本案如以「具體條文」為主軸，分別討論其規範情狀、對應至各該所涉基本權利，而為合憲性的審查，則其情況如何？（或如有同一個條文的規範內容確實於「量」上可予區分而分別涉及不同的基本權利，則依此種方式為審查的情況又如何？）

¹² 當然就此的一個更基本的前提問題是：須精確判斷本案基本權利競合的情形，諸如排除「假象競合」或不適切的基本權利。本案亦約有此一情狀，以下還會再有論述。

何之生活，惟合於此等要素應屬必要。即如大法官所言，如為「營生」、而「選擇以街頭藝人作為職業」者，當受憲法第15條之保障，並無疑問，大法官該段說明（儘管省却若干細部論述，然）應屬允當。

然而問題是，若街頭藝人於街頭從事藝文活動純屬業餘之嗜好或興趣，而並非以此為職業（亦非兼職之情狀），如此縱有收費（獲得打賞），則是否仍可判斷屬於「職業自由」，即非無討論空間；如此一見解確屬可採，則大法官前述關於「職業自由」的論述即未臻周延。或如就此亦認為，現實上應不排除多數街頭藝人確以此等藝術表演為營生，如此主要則仍涉及職業自由。然若係此一思考，實則對立面的論點亦可能是：即使屬職業自由，但仍不排除若干街頭藝人並不必然以此為職業，爰認為系爭相關規定先涉及職業自由，即未必完全周延或適切了。¹³

如此則判斷一個抽象性規範所涉及的基本權利，固以案例事實所涉及對象

之情狀為考量，爰前述是否涉及「職業自由」之論點均有其理。於此則本案立法規範的本質，或亦應屬一個適切可參考的判準。即「許可辦法」第1條所定立法目的（理由書段碼3有論及）：「為鼓勵臺北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，許可藝人從事街頭藝文活動。」乃至參考「許可辦法」之其他相關規定，¹⁴顯見「許可辦法」之目的主要並不在於對街頭藝人「職業自由」等行為為規制，而毋寧較在於以藝文的活動成就或活絡一個都市的文化氣息，¹⁵以及可能公共空間之管理與利用等。¹⁶如此是否能謂系爭相關規定主要涉及仍「職業自由」，即非無討論空間了。

就此基本權利競合的情狀容有判斷上的討論空間，惟一個精確的思考非無實益，蓋大法官固亦論及「許可辦法」相關規定同涉及「藝術（表現）自由」（理由書段碼3），然而問題是，大法

¹³ 或可參考釋字第699號，道路交通管理處理條例相關拒絕酒測之相關吊照規定，大法官謂涉及「一般行動自由」與「工作權」，當係針對不同之規範對象——非職業與職業駕駛人——所為之論述。

¹⁴ 例如「許可辦法」第6條：「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。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。」第7條：「街頭藝人從事藝文活動時，應於現場顯著位置揭示活動許可證，並應接受主管機關、公共空間管理人員之查驗。」第8條：「街頭藝人從事藝文活動時，不得造成行人或車輛通行困難、阻礙無障礙設施、建築物出入口或消防安全設備等妨礙交通或公共安全之行為。違反前項規定者，主管機關或公共空間管理人，應予以糾正，並得命其立即停止活動及採取其他必要之處置。」

¹⁵ 理由書段碼9亦提及：「……許可辦法之制定目的，係為鼓勵並規範收費性之藝文活動，以促進臺北市藝文活動多元發展。……」。

¹⁶ 至相關藝術展演之人是否欲以此為職業，非該辦法主要所考量的重點。

官對系爭規定之合憲性審查即先以此一「職業自由」為基礎而做相關開展（理由書段碼7以下）。如相關系爭規定所涉及主要並不完全是、或根本並不是「職業自由」，則該以「職業自由」為基礎所為合憲性審查的相關論述是否即有變化、或甚至不能成立？

二、「藝術自由」抑或「藝術表現自由」？

接續的問題是，大法官論及系爭相關規定同時涉及「藝術表現自由」，其論述為（理由書段3）：「又許可辦法所規範街頭藝人之藝文活動，均為藝術表現之領域，而藝術表現自由屬人民表現自由之一環，亦受憲法第11條之保障……。」而亦注意大法官之用語係「藝術表現自由」、並非「藝術自由」。

不論「藝術自由」或「藝術表現自由」於憲法上均無明文，緣就此用語尚無定論，毋寧重點在於其內涵。如以基本權利的本質思考，「藝術自由」的內涵與「藝術表現自由」尚有差異，蓋——至少依文義觀察——「藝術表現自由」所著重者應係「藝術行為或作品的對外表現」；¹⁷而如係「藝術自由」，則尤其會著重在「藝術創作」中「思想自由」的部分，¹⁸藝術的表現（展演）固亦同屬藝術自由的重要部分，惟「藝術表現

自由」於解釋上應無法涵蓋「藝術創作自由」。而就藝術的「表現」固亦屬「表現自由」的一部分，但此種表現如係以「藝術創作」為基礎而所併同或延伸的行為，即應依其本質（為藝術）為基本權利歸屬的判斷。¹⁹

大法官前述認此為「藝術表現自由」、且以憲法第11條為其憲法依據的推論，應係既定性「藝術表現自由屬人民表現自由之一環」，則在「表現自由」的脈絡下，自然會為此一用語，且以憲法第11條為其依據。²⁰惟如認「藝術自由」係一獨立的基本權利，其保護內涵如上所述，包含藝術的創作與作品成果的對外展現等相關行為，依此憲法第11條的「表現自由」即並不適切，而應係「藝術自由」名之，且以憲法第22條為其依據。

肆、進階印證——本案基本權利判斷所延伸的合憲性審查

上述探究本案系爭相關規定所涉及之基本權利，有其重要性在於，就該等規定之合憲性判斷，有可能因為定性不同的基本權利，以致於在後續的合憲性審查上即有差異。

一、「職業自由」部分

¹⁷ 大法官依此涵攝本案，涉及「藝術表現自由」者即系爭相關規定涉及「藝文活動指定空間表演」之規定，見理由書段碼11以下之說明。

¹⁸ 即一種藝術創作者就美感（美學）考量的過程、行為與決定等。

¹⁹ 即如宗教性的言論表達，較多情狀亦屬憲法第13條的「宗教自由」、而非第11條的「言論自由」；公司基於營業而選擇住居場所，亦係第15條「營業自由」而較非第10條之「居住遷徙自由」。

²⁰ 此應係對「言論自由」（或受到美國法理論而）為較廣義界定的影響，然於吾國憲法上基本權利之規範清單中，實不無討論空間。

(一)「街頭藝人資格能力」為「職業自由主觀條件」的審查？

大法官定性系爭相關規定涉及「職業自由」，具體情狀即先為系爭規定中之對「街頭藝人資格能力」的限制，復依循往例而為「憲法第15條規定保障人民之工作權，其內涵包括職業自由。對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於人民選擇職業應具備之主觀條件，即從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，例如知識、學位、體能等，立法者若欲加以規範，其目的須為追求重要公共利益，且其手段與目的之達成間具有實質關聯，始符比例原則之要求（本院釋字第749號及第778號解釋參照）。」的論述（理由書段碼8），以此作為論證前提，檢視系爭相關規定就此部分的合憲性。

而對此在具體的審查上，大法官對此既認「已涉及對人民選擇在臺北市公共空間從事街頭藝人職業之主觀條件之限制」（理由書段碼9），於論證系爭相關規定「比例原則」之手段與目的間是否具有「實質關聯」時，即接續論及「其目的應係為防阻技藝不佳者於街頭從事藝文活動，以提供臺北市市民品質優良之娛樂，乃為追求公共利益，固屬正當，但與專門職業及技術人員或其他專業技術工作者，其資格之所以須經審

查，係在保護人民之生命、身心健康、財產或其他重要法益，尚屬有間，難認係重要公共利益，是系爭規定一、二及三對資格能力等主觀條件之限制部分，不符比例原則之要求，與憲法第15條保障職業選擇自由之意旨有違。」就此思維脈絡亦即：如欲對職業自由之主觀條件為限制，應有較重要的公益目的，然系爭規定則否，依此當即導出不合於比例原則的結論。

然而問題是，如本文先前所述，若系爭相關規定之規範目的係為「藝術自由」之故，亦即對藝術表演者的展演（配合可能受限之公共區域的因素）為「藝文活動多元化考量」（等）的思考，而主要未必是在於「防阻技藝不佳者於街頭從事藝文活動」，²¹如此一論點成立，則大法官以「職業自由」（主觀條件的限制）開展本案的合憲性審查，是否可能錯置所涉及的基本權利及規範之立法目的（公共利益），從而影響本案的論證（甚至結論）？²²

(二)「公共空間使用」為「職業執行限制」的審查？

在定性本案涉及「職業自由」的情狀下，則相關系爭規定除涉及前述之「主觀條件之限制」外，復當亦涉及「職業執行的限制」，如此即亦依循向來見解論及「關於限制人民從事工作之方法、時間、地點、範圍等執行職業自

²¹ 儘管也會有此目的，但如果不是主要的呢？（大法官於此一立法目的之論述時，亦尚使用「應」字，是否其自己亦非肯定？）

²² 即是否仍如大法官所言之「重要公共利益」（理由書段碼9），乃至有「寬嚴不同的容許標準」（理由書段碼8）？而如不同基本權利思考下的「立法目的」（的判斷）既有不同，則干預手段與立法目的間均衡性的論述又會如何？

由，如其限制目的係為追求正當之公共利益，且其限制手段與目的之達成間有合理關聯，即非憲法所不許（本院釋字第802號解釋參照）。」（理由書段碼10），且依此開展審查而接續論述為：「街頭藝人於公共空間從事街頭藝文活動之權利固受憲法保障，但街頭藝人從事藝文活動，對公共空間之正常使用所造成之影響仍應於合理範圍內，始受允許。主管機關就街頭藝人得使用公共空間之時段、地點加以規範，以及系爭規定一、二及三對街頭藝人所從事之藝文活動，是否適合於指定公共空間為之加以審核部分，雖係對街頭藝人從事藝文活動之限制，而限制其職業自由，但僅涉及對人民執行職業之方法、時間、地點、範圍之限制，且係於維護公共空間之正常使用、秩序與安全必要範圍內，符合正當之公共利益，尚無違比例原則。」

於此同樣的問題是：如系爭相關規定所涉係「藝術自由」，則在合憲性的審查上當係幾近不同的內容與方向，即非討論「對人民執行職業之方法、時間、地點、範圍之限制」，而毋寧應較是對「藝術（作品或成果等）的展現」的限制、與系爭相關規定規範藝術自由

之合比例均衡性等部分。對此姑不論結論如何，則論證的內容當大相逕庭，應非無思辨空間。²³

二、「藝術表現自由」部分

（一）以「藝術表現自由」、而非「職業自由」為審查？

大法官於理由書段碼3所論及系爭規定涉及「藝術表現自由」，具體情狀包含「審查藝文活動內容」與「藝文活動內容是否適合於公共空間表演」二個部分。就前者於本案理由書段碼11以下，認為應適用「嚴格審查標準」（理由書段碼13），審查後認為「與憲法第11條保障藝術表現自由之意旨有違。」（理由書段碼14），而後者則認為應適用「中度審查標準」（理由書段碼13），且認為「與比例原則尚無違背。」（理由書段碼15）。

前述審查情狀當有其脈絡。²⁴然而一個可能的前提問題是，如大法官於本案例中認為系爭相關規定就「資格能力之限制」以及「就公共空間之使用限制」乃涉及「職業自由」（理由書段碼7以下），則就「審查藝文活動內容」及「藝文活動內容是否適合於公共空間表

²³ 尤其對一個法規範為合憲性審查時所「擇定」的「審查標準」，如因定性涉及的基本權利不同而有所差異，則是否合理？

²⁴ 即理由書段碼12有基礎論述為：「政府所採取之管制措施，僅屬對於演出活動之時間、地點、方式等無涉表意內容之管制者，其管制目的應為追求合法之公共利益，但不得夾帶意圖壓抑表意內容之隱藏目的；其手段至多僅得對表意內容造成附帶之適度限制，且應留給表意人有足以表意之其他替代途徑，始符比例原則之要求。又如相關管制措施涉及對演出內容（包括議題、觀點或品質）之直接干預，則應適用嚴格審查標準予以審查，其目的應為追求特別重要公共利益，手段應為別無其他更小侵害手段之最小干預，始得謂與目的之達成間有密切關聯，而無違比例原則。」

演」的部分，亦明確與街頭藝人此一職業之「職業執行」有關，²⁵則何以大法官不同樣定性為「職業執行的限制」，反而轉向界定為「藝術表現自由」（並開展相關審查）？²⁶

而如上述論點尚有其立足點，此二種情狀如屬「對職業執行的限制」，則於合憲性審查時，是否應係上述理由書段碼10所述者：「如其限制目的係為追求正當之公共利益，且其限制手段與目的之達成間有合理關聯，即非憲法所不許。」而非理由書段碼12之「嚴格審查標準」與段碼13之「中度審查標準」為審查。如此因（主觀上所）定性的基本權利不同而異其「審查標準」與相關論述，是否合理？

大法官該段段碼13之論述，其前提應係理由書段碼3、於論述系爭相關規定涉及「工作權」後所謂之：「……另按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，應受憲法高度之保障。」即大法官認系爭相關規定整體上同時涉及「工作權」與「藝術表現自由」，且就各該規定之細

部內容更論述分別涉及何種基本權利。惟實則一個根本的問題，如大法官對系爭相關規定之個別部分所涉及的基本權利並未具體為「量」的區分，則此種於「質」上混合為二種基本權利的合憲性檢視，是否妥適？

（二）「藝術自由」與「藝術表現自由」於審查上的差異

大法官認系爭相關規定涉及「藝術表現自由」、從而以憲法第11條為其依據，惟如依本文前述，若本案就此部分界定為「藝術自由」，則應以第22條為其憲法依據。即於本質上，即使藝術成果的展現亦與「表現」有關，然既有其「藝術」自身「美學（美感）構思與傳達」之內涵，即較不致以第11條言論自由的「表現」為主要思考。

在此情狀下，從而是否應評價藝術自由的表現屬「高價值言論」（理由書段碼3）即非無討論空間，反而是否應如大法官所言之（理由書段碼14）：「按藝術價值之高低，本屬個別閱聽者主觀之評價，不容政府以公權力取代，政府之藝術評選標準，亦未必比民眾自行判斷更具公信力……。」即藝術的展現既無高低價值之區分、復不應以類似「言論之展現」為思考的情況下，即能否（不區分藝術內容而即）以「高價值言論」評斷之，甚且依此決定其各該「審查標準」（理由書段碼13）？亦即

²⁵ 即理由書段碼10所提及之「關於限制人民從事工作之方法、時間、地點、範圍等執行職業自由……。」

²⁶ 也就是如本文前述，在考量系爭相關規定之立法目的並不在於規制街頭藝人之職業，爰對「街頭藝人資格能力之限制」（理由書段碼7），延續至「審查藝文活動內容」（理由書段碼11），是否即均屬「藝術自由」？

於合憲性審查時所判斷者，是否應單純地以所受法益之侵害與公益目的及手段間之均衡性之比例原則的考量？

就此強調基本權利定性之精確性，於具體之合憲性審查上當有影響，即大法官於系爭相關規定涉及藝術表現自由部分之審查時，於理由書段碼12先論及「許可辦法第2條第1款規定街頭藝人得從事街頭藝文活動之公共空間，本屬傳統之公共場域，而具公共論壇之功能，人民通常即得於此公共場域為言論表達及意見溝通。」以及接續「惟政府於訂定街頭藝人從事藝文活動之相關許可法令時，除應維護一般人於公共空間之通常使用外，就特別使用之管制，亦應盡量採取無涉表意內容之管制，以保障街頭藝人之表現自由。」乃至有「又如相關管制措施涉及對演出內容（包括議題、觀點或品質）之直接干預，則應適用嚴格審查標準予以審查……。」即均係以「表現自由」為基礎而開展比例原則的合憲性審查。於此當可思考的是，如本案系爭相關規定所涉及者係憲法第22條之「藝術自由」、而非第11條（以言論自由為開展）的「藝術表現自由」，則大法官各該論述的基礎與方向，是否即有不同？

本案合憲性審查的回顧檢視——代結論

如更整理大法官對本案系爭相關規定所涉及之基本權利及其合憲性審查的情狀，應可為如下總結性的脈絡說明：

一「街頭藝人資格能力」之限制，涉及「職業選擇自由」（職業主觀條件之限制），其目的須為追求重要公共利益，手段與目的之達成間應有實質關

聯，審查後此部分不符比例原則（理由書段碼8及9）。

- 「公共空間使用」之限制，涉及「職業執行自由」，限制須為追求正當之公共利益，且限制手段與目的之達成間有合理關聯，審查後未違反比例原則（理由書段碼10）。
- 「審查藝文活動內容」的部分，涉及「藝術表現自由」之從事藝術活動內容的管制，如係對演出內容的直接干預，應適用「嚴格審查標準」，管制目的應係追求特別重要之公共利益。審查後難認符合此一公共利益之要求，不合藝術表現自由之保障（理由書段碼12至14）。
- 「藝文活動內容是否適合於公共空間表演」，無關表意內容之限制，應適用「中度審查標準」，審查後認為合於比例原則（理由書段碼13及15）。

此初步檢視下固合於一個法規範侵害人民基本權利合憲性的審查模式，然本文既為「再思考」的主軸，就上述脈絡，即更提出如下論點，以供各界參考：

- 「街頭藝人資格能力」之限制，固涉及「職業主觀條件」，惟在立法之規範目的下是否應以「藝術自由」（且亦非「藝術表現自由」）較為妥適？如此則是否仍判斷須存在有「重要公共利益」？以及是否即亦非以所謂「實質關聯」作為比例原則的審查內涵？
- 「公共空間使用」之限制，是否亦係關於藝術成果展現的限制、而同屬「藝術自由」？如此既非「職業執行」之限制，則在公益目的與比例原

則的審查上，是否仍係「正當之公共利益」以及「限制手段與目的之達成間須有合理關聯」？

- 「審查藝文活動內容」的部分，如係以「藝術自由」、而非「藝術表現自由」之面向為考量，則就「從事藝術活動內容之管制」，則是否仍應具備「特別重要之公益利益」且適用「嚴格審查標準」？此際具體的比例原則審查應如何操作？
- 「藝文活動內容是否適合於公共空間表演」，是否仍係「藝術自由」的限制？如此則是否仍存在「中度審查標準」？比例原則的審查又如何操作？

總而言之，本文以為本案系爭相關規定所涉及者主要應係「藝術自由」，²⁷至若干規範內容（例如資格能力或公共空間展演的限制等）確亦與「職業自由」有關，此際即產生「基本權利的競合」，就其合憲性審查的操作固或有爭議，惟本文以為應仍先以主要所涉及者為主，²⁸於本案即「藝術自由」。惟本案就涉及「職業自由」的部分確亦存在，此際即產生「價值聚積」的情狀，於合憲性的審查時當亦不能忽視，而諸如於公益目的的檢視時一併注意該基本權利價值的存在，從而可能於比例原則的判斷時有所影響。²⁹

於本文結論上所可表達的是，如就

所審查的（同一個）法規範因基本權利之定性有所差異、即亦異其立法規範「公益目的」之判斷、從而區分其「審查標準」，合憲性審查的結果可能即亦不同，如此是否合理？對「涉及基本權利」及所延伸之合憲性審查如為一個近似於機械或公式般的套用，則是否合於一個理性的法學思考？♣

（本文已授權收錄於月旦知識庫 www.lawdata.com.tw；更多裁判分析請參閱月旦法律分析庫 lawwise.com.tw）

²⁷ 而亦應以各該系爭規定分別依條文內容為審查，非如大法官跨規定地混合依「四個部分」為審查，較為妥適。

²⁸ 亦即「基本權利競合」的態樣並不一致，惟於排除「假象競合」後確仍涉及多個基本權利，此際應依案例情狀判斷一個最主要所涉及者，並依此而為後續審查。

²⁹ 例如公益目的既存在二個（比重不同）基本權利的價值，則國家的干預手段當應只較涉及一個基本權利的情狀更適切均衡，方能通過比例原則的檢驗。對此審查的情狀乃至結論等，即尚請讀者自行思考。