

釋字第七一八號解釋部分不同意見書

人民如有痛苦與不滿之情緒，只要他們稍加節制與不使用恫嚇的方式，即應當給予適當的自由，讓其發洩出來！否則將會如同身體內有不潔之血液一般，若壓抑不將之排泄出體外，反而會強沁入五臟六腑，滋生惡瘡與毒瘤！

英國哲學家·培根·《論騷動》

大法官陳新民

本席對本號解釋多數意見將審查重點置於緊急性與偶發性集會遊行之上，從而認定集會遊行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（以下簡稱系爭許可規定），未排除緊急性及偶發性集會、遊行部分，及同法第九條第一項但書與第十二條第二項關於緊急性集會、遊行之申請許可規定，違反憲法第二十三條比例原則，不符憲法第十四條保障集會自由之意旨。此部分本席敬表贊同。

本席卻認為本號解釋的重心，應當置於闡釋系爭許可規定違憲爭議之上。按目前實施之許可制，已經達到必須斷然決定其存廢，或改採較能保障人民集會遊行權利的報備制之時刻，不論就時代潮流、制度理論妥善度及人民權利保障周全性考量上，本席認為改採報備制已達到「水到渠成」的階段，然本號解釋多數意見未能順此潮流，「取法乎上」地毅然將集會遊行改採報備制，而作出不無「失焦」之解釋，本席為之惋惜不已。

在解釋方法論上，本席亦認為多數意見不必大費周章，宣告系爭許可規定未排除偶發性與緊急性集會遊行之適用而違憲。若能仔細分析相關條文以及釋字第四四五號解釋意

旨，採用「合憲性法律解釋」之方式，即可獲致完全相同的結論，本號解釋錯失使用此方法論的良機。

最後多數意見對於偶發性及緊急性集會遊行抱者「簡單化」與「只見光明面」的態度，並未警覺群情激昂之群眾活動，實背後隱含高度的「危險因子」，有待修法時加以審慎規範，以保障人民集會遊行權利，達到維護社會安寧與公共秩序的「雙贏」目的，同時並未強調集會遊行前提要件在於堅持「和平性」原則，本席亦無法贊同。

大法官的解釋，理應如同全國各級法院之裁判，不得僅有結論，就所知所思，應善盡「說理之義務」(Die Begründungspflicht)，故爰提出部分不同意見書於次，以略盡釋憲之職責。

一、放棄「取法乎上」的釋憲機會—應毅然將許可制改為報備制

本席認為本號解釋應當將重心置於檢討系爭許可規定是否違憲的問題上。關於室外集會遊行制度應採報備制或許可制，早在立法之初，即已爭訟盈庭。儘管本院大法官於中華民國八十七年一月二十三日作出之釋字第四四五號解釋中，已認定採行許可制或報備制屬於立法形成自由，非必採報備制或許可制，方符合憲法之意旨。同時證諸西方民主先進國家（瑞士、奧地利等）亦多有採行許可制者，故肯定採行許可制並不違憲。

此號解釋作出後，仍不能平抑學界對此制度違憲性的爭議。挑戰此制度之活動層出不窮，引發朝野黨派紛紛提出修法版本，其重點皆朝向改採「報備制」之上。一時間，彷彿修法改制已成為社會主流意見。本席認為此乃民意之傾向，

亦更符合法治國家理念，故下列的趨勢應當獲得重視：

（一）改採報備制已成為民意主流

近年來，就以第七屆、第八屆立法委員及行政院提出之集會遊行法修正案，最少五件以上。以行政院在第七屆立法委員任期中（民國九十七年十二月四日）提出之草案（政府提案第一一五二二號）為例，將集會遊行法第八條改為：「室外集會、遊行應於舉行五日前，由負責人向主管機關提出報備書。」其立法理由明言：「（當年採行許可制）施行迄今，對人民集會自由基本權利及社會公益之維護，頗具助益。茲因逐漸邁向民主化，人權理念日益發達，現行法採許可之方式，已難符社會之期待。審酌當前國內政經情勢發展及治安現況需要，落實憲法保障人民各種基本權利，將主管機關處理人民集會、遊行之機制，由許可制改為報備制，並修正舉行集會、遊行相關規範……」

再觀諸行政院在第八屆立法委員任期中（民國一〇一年五月二十八日）提出之草案（政府提案第一三一七七號），將集會遊行法第八條改為：「室外集會、遊行負責人應於舉行之日前三十日內三日前向主管機關提出報備書。」亦改採報備制，提出之立法理由與前次修正案無太大差異，目前仍待立法案審議。

不僅立法院朝野黨派對修法改採「報備制」有高度共識。總統府也未不予聞之。在總統府公布「國家人權報告書」（民國一〇一年四月二十日）中，也回應兩公約實施，認為集會遊行法應當將許可制修正為報備制，並要求政府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¹。

¹ 參見國家人權報告書第 21 條第 267 項處。

故本席認為從目前總統府對修法明確期待、行政法提出的兩份修法草案以及所有立法委員不分黨派的修法提案中，均不見有任何繼續維持許可制之提案。若謂廢除許可制已得到朝野黨派的共識，恐怕已由上述的修法建議與具體行動，獲得證明。

（二）報備制更符合人權保障與比例原則

無庸諱言，對基本人權限制程度，採取報備制當比許可制來得寬鬆許多。按現代法治國家對基本人權保障不僅視為當然，更力求寬鬆。前者顯現在人權「自由為主、限制為例外」，即憲法所保障之基本人權，必要時方得由法律限制之²；在後者情形則由比例原則加以管控，若能以報備制來維繫公共利益與社會秩序時，則不能以許可制來約束之。

以集會遊行權為例，人民為此行為若以獲得主管機關事先許可為要件，縱不論實質操作或法律規定上，主管機關展現出最大程度的開明與寬鬆，終究以獲得許可為集會遊行合法與否之依據，然根本上未賦予人民有行為之自由。反之，採取報備制則肯定人民擁有自由在先，僅不過負有「知會義務」，即報知相關資訊予主管機關之義務，除非有法定理由，主管機關方得課予人民附加義務，或在遭遇最嚴重情況時，採取禁止措施。

故報備制顯然基於「開放為原則」，自比許可制之基於「限制為原則」，更能護衛人民的集會遊行權利。上述總統府的人權報告與數次提交立法院之相關修法草案均明示此兩制度差異的關鍵出發點。

² 與此相異之學說，則認為人權係在法律的範圍內方享有之，則無異承認自由是由法律所創造，反應此種憲法理念的立法例，最明顯即在中華民國 25 年的「55 憲草」，便是將各種基本人權明定為「依法律」方得享有之。

（三）僅有「一步之遙」差距的立法技術

其實我國立法者也深知採取許可制較將會過度限制人民的集會遊行權利，而主管機關濫用行政裁量權的可能性，也比報備制來的大。故在立法方面，特別規範主管機關在為許可與否決定時，應遵守的判斷基準。此觀諸集會遊行法第十一條規定：「申請室外集會、遊行，除有左列情事之一者外，應予許可：一、違反第六條或第十條規定者。二、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。三、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。四、同一時間、處所、路線已有他人申請並經許可者。五、未經依法設立或經撤銷、廢止許可或命令解散之團體，以該團體名義申請者。六、申請不合第九條規定者。」即可得知。

採取「除……外，應予許可」的立法例，顯見立法者採取「除外」規定，其出發點仍以承認人民擁有集會遊行權利為前提，主管機關除在具備法定要件時，僅得給予特定內容否准的行政處分，此強制性的規定使行政機關並未享有太大的裁量權利，可屬於行政法學的「羈束處分」。此種精神也反應在釋字第四四五解釋之上，針對第十一條條文原有的規定（第一至第三款）宣告有抵觸法律明確性原則而違憲，立法者於民國九十一年重新修法，將上述三款之要件增加「有事實足認為……」以消弭原有條文之不明確性，行政機關基本上應採取以「許可為原則」，以「例外（嚴格符合第十一條的各款規定）方得禁止」作為執行集會遊行法許可制基本精神。

然此立法手段不當僅僅是純粹的立法技術、「立法陷阱」

或是創造別立於單純報備制與許可制之外的「新型制度」——不妨稱之為「羈束處分性質之許可制」，已和報備制的立法技術，相差不過「一步之遙」而已，何以言之？

吾人試將條文（仿效德國聯邦集會遊行法第十五條之立法例）改寫如下，「人民於室外集會、遊行前○日前，應向主管機關提出報備。主管機關除非有左列情事之一者外，應予報備：一、……（以下同原條文，僅需將經許可處改為經報備）」。試問，人民實質上行使其集會遊行權利，所應受到法規範之拘束（即依條文第一至第六款），及法律所要維護之公共秩序，兩種立法例上有何差別？例如集會遊行的計畫已經牴觸了該條文第四款同一時間、處所、路線已有他人申請並經許可者（或改為報備），則依現行法主管機關不當給予許可；若採報備制，主管機關亦可不准許報備，人民即不可在該場地、時段舉行集會遊行而侵犯到他人權利。

故既然立法者已經運用不無濃厚折衷色彩的「羈束處分性質之許可制」，已將傳統警察法中信賴主管機關對於治安事件擁有高度權宜原則與裁量判斷特權之見解，完全轉向。只要將上述條文稍加改寫，一樣可以達成系爭條文維護各項公益的目的。此「一步之遙」的條文修正，已非難事，須臾可及，立法者何不「一步到位」儘速修正，以徹底消弭兩制爭議，而無庸一再背負維護舊法之惡名。

（四）執法實務的反應-僅有千分之三的「不許可率」

儘管集會遊行法目前採行許可制，針對執法是否過當爭議，並未中斷過，惟依相關機關統計（民國九十五年至九十九年），全國舉行集會遊行總計二六六二一件。其中經警察機關依集會遊行法規定，予以警告、制止或命令解散者，而

不遵從，並移送警察機關偵辦者，僅五十四件，佔全部案件的千分之二，這是指集會遊行舉行後相關法律責任而言。就集會遊行舉行前申請許可而言，其獲得許可比例更高達百分之九十九點七，顯示出主管機關已經完全踐履集會遊行法第十一條「羈束處分性質」之立法精神矣。

由上述主管機關發揮高度「行政自制」的實務態度與統計資料可知，集會遊行法實無庸再為了千分之三的不許可比例，而採行被人高度質疑其違憲性的「許可制」。本席也不禁為全國的警察機關抱屈，竟然為了千分之三的不許可案件，被懷疑擁有「濫權」的尚方寶劍，從而被污名化所累！立法者何不回應執法實務的真貌，改採名副其實的報備制乎？

二、釋字第四四五號解釋的再檢驗

本號解釋多數意見將解釋重心，摒棄「常態性質集會遊行」（或稱為典型集會遊行）所實施、為人多所詬病的許可制於不論，反而集中焦點於非常態性質之偶發性與緊急性集會遊行之上，並宣告集會遊行法相關條文違憲及釋字第四四五號解釋應予補充。換言之，釋字第四四五號解釋關於此部分，已經不論「功成身退」，或是「力所未殆」，均受到本號解釋的修正或變更。

這就值得吾人仔細分析，到底釋字第四四五號解釋尚有多少「殘餘價值」足供本號解釋遵循及是否真如上述，對於偶發性與緊急性集會遊行的規範意旨，已經無力或失效，而值得本號解釋加以補充？抑或是該號解釋的「規範效果」不足，本號解釋必須再強化一次該號解釋之意旨³。

³ 如此應在解釋文中明白宣示，系爭規定牴觸釋字第 445 號解釋，而非使用「補充」之帶有「修正」意義的用語。

（一）本號解釋原因案件並非全部針對非常態性質之集會遊行

本件解釋三份聲請書中，僅有一件在聲請理由主張集遊行法第九條第一項但書違憲（陳思帆法官聲請案）；另一件援引「具有重要關連性」理由，主張上述條款違憲（林柏儀聲請案）；至於另一件聲請案（桃園地院刑六庭聲請案）則完全未主張該條款違憲，並非為所有聲請案所爭執之違憲標的。

反而，本號解釋三件聲請案之聲請人，不但無需援引重要關連性理論，皆直接指陳判決適用之集會遊行法涉及「許可制」之條文違憲。故系爭許可規定理應成為本號解釋的主角，但卻被排除在解釋的標的外，豈非「捨本逐末」？

（二）釋字第四四五號解釋的再檢驗—殘餘價值何在

依據本號解釋多數意見，對釋字四四五號解釋關於非常態性集會遊行部分，認為有補充必要，亦即不得再照單全收；似乎仍維持該號解釋之立論，特別是該號解釋承認許可制乃立法形成自由的選項之一，此觀諸本號解釋理由書第二段：「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。」可見得與十五

年前作出釋字第四四五號解釋態度上並無二致⁴。

除上述肯定立法者的形成自由外，釋字第四四五號解釋的仍有哪些「殘餘」—但仍可適用之原則？值得吾人重新檢驗。可分下述三點來闡述之：

1、確認國家對人民集會遊行權利的保障義務

該號解釋提出國家應當提供場所，保障人民得行使此基本權利，易言之，國家不僅僅應當許可人民行使此權利，同時也要避免他人對權利進行的干擾，讓集會遊行權成為功能最完善的「防衛權」—防衛來自國家或他人之侵害，如同人身自由權一般。此外國家還有積極提供場地的義務，讓人民集會權利能夠妥善的進行，這個見解值得繼續支持。

2、視為意見表達自由與提出所謂的「雙軌論」

該號解釋係將集會遊行權利視為人民集體表達言論自由，亦即為「表現自由」的屬性。同時強調其為集體表達之意見，讓政府與人民之間仍有溝通的管道，以形成政策，且基於主權在民，乃關涉民主政治發展的是最重要的基本人權。此種見解不將集會遊行權脫離言論自由的領域而另行創設新型態的人權，亦值得加以贊同。

惟該號解釋同時提出此項表現自由，不僅應當維繫形式上的外在自由，也應維持實質上的內在自由。因此就前者而言，舉凡集會遊行有關的時間、地點及方式皆屬之；反之若涉及集會遊行的目的與內容，則屬於內在自由。國家公權力對言論自由的管制，只能夠對前者而言。故該號解釋認為就集會遊行的內容若有主張共產主義或分裂國土者，其申請當

⁴ 這也是基於本號解釋原因案件的爭議，與釋字第 445 號解釋案件並無太大差異。同時釋字第 445 號解釋做成時，已召開過言詞辯論程序，相關論點均剖析透徹。如今本號解釋若有突破性結論，例如改採報備制，本號解釋除完全重複釋字第 445 號解釋理論外，作出合憲性解釋外，似乎也無其他新意可表。故本號解釋轉向以非常態性集會遊行為釋憲標的，恐怕也有上述的考量也。

可拒絕之。此即是對集會遊行的內容與目的所為之事先審查而違憲。反之，其他涉及集會遊行的時間、地點等方式，則可由行政機關為事先之審查，是為「雙軌論」。

釋字第四四五號解釋明顯採納美國釋憲實務上對言論自由的審查基準，將之投射在集會遊行法的表現自由審查之上。這種見解頗有「時地不宜」之憾。按集會遊行的舉行，多半在人煙稠密的地區舉行，方能造成宣傳與訴求得到迴響的效果，不可能於荒郊野外進行。故對於交通順暢、人身安全與社會安寧，均會造成排擠與侵擾，此時主管機關必須針對公共利益與集會遊行之實施加以衡量與協調。故不論法制上採取許可制或報備制，均可要求舉行者改變舉辦的方式、地點或加之其他的負擔。例如集會遊行的訴求針對某特定族群時（例如反移民之政策），而申請集會遊行之地點正是該族群聚集之處，可能會造成摩擦衝突進而引發公安危機，主管機關自可要求該集會遊行易地舉行，此時若不讓主管機關有事先瞭解集會遊行內容與目的之機會，何能事前防止危機發生之可能？

故雙軌論此種區分，忽視了主管機關對集會遊行的內容本就有事先瞭解之必要性，從而針對可能的危險採行預防措施。此正是公權力保障人民集會遊行權利能順利行使的表現，立法者亦非不能針對違反公益重大內容，禁止以集會遊行方式宣傳之，避免有害思想之傳播。以德國聯邦集會遊行法為例，即可得知，當主管機關由人民集會遊行之報備，得知集會遊行內容在宣傳納粹思想、將於納粹迫害紀念碑等歷史建築周遭進行或對納粹暴行犧牲者尊嚴有所侵害之虞者，主管機關應予禁止舉行之。這正是對於宣揚暴力思想之

集會遊行，立法者可採取禁止措施之一例。

故德國公法學主流理論認為集會遊行乃人民以集體方式行使其表達意見之權利。正如同意見自由不僅有內容創造之自由，亦有傳播之自由一般。對集會遊行自由權利之保障，不僅包括舉行的時間、地點與方式，亦包括自由決定內容之權利。兩者皆同受憲法之保障，並無所謂雙軌論之區分⁵。

故雙軌論的見解實屬多餘，若能堅持比例原則，雙軌論實無立足之餘地⁶。不過在美國法制思想逐漸影響到國際社會之今日，雙軌論也漸受重視，歐洲安全暨合作會議（OSCE）下屬的民主體制與人權署（ODIHR）於二〇〇七年所出版由專家提供建議之「和平集會自由之基本原則」（Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly），便認為各國應當盡量以報備制來取代事前許可制。對於目前仍然實施許可制國家，該「原則」呼籲應當明確在法律中規定許可與否的要件，特別是應以遊行集會舉行的時間、地點與方式，而不應以「訴求內容」作為考量的要素⁷。

此國際組織的呼籲明顯是有折衷的色彩。採取許可制國家固應盡量朝向改採報備制之方向努力，在此過程中，不妨可以先採行此雙軌制的精神也。故釋字第四四五號解釋所提出之雙軌制，儘管仍符合國家社會的許可標準，但似仍屬「低空掠過」，何不朝更高標準邁進？

（三）釋字第四四五號解釋對於非常態性集會遊行的論點一

⁵ 見 P.Badura, Staatsrecht, 5. Aufl. 2012, C.

⁶ 法治斌教授亦認為此號解釋採取「雙軌理論」之依據，似略有冒進或跳躍思考之嫌。也認為該號解釋在此似乎應在比例原則方面作為檢驗的標準，此見解值得支持。見法治斌，〈集會遊行之許可制或報備制〉，刊載於：《法治國家與表意自由，憲法專論（二）》，正典出版文化有限公司，2003年。355頁。

⁷ Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly, OSCE/ODIHR, 2007, Warsaw, P.49.

是否已過時而失效？

本號解釋多數意見認定釋字第四四五號解釋對非常態性集會遊行之見解，應予補充。問題是釋字第四四五號解釋相關論述，哪些已經過時而需要補充或淘汰？該號解釋已對相關議題作出許多詳盡闡述，難道仍有遺漏或不足之處？本席認為應本於實事求是之態度，「還原」釋字第四四五號解釋的相關見解。

吾人可再檢視一次該號解釋的相關內容：

「惟集會遊行法第九條第一項但書規定：「因天然災變或其他不可預見之重大事故而有正當理由者，得於二日前提出申請。」既云集會、遊行係因天然災變或其他不可預見之重大事故而有正當理由者，得於二日前提出申請。」既云集會、遊行係因天然災變或其他不可預見之重大事故而舉行，豈有餘裕於二日前提出申請？所謂偶發性集會、遊行，既係群眾對不可預見之重大事故所為之立即反應而引起，即不可能期待負責人於二日前提出申請，亦不可能期待於重大事故發生後二日始舉辦集會、遊行。是許可制於偶發性集會、遊行殊無適用之餘地。憲法第十四條規定保障人民之集會自由，並未排除偶發性集會、遊行，若依集會遊行法第九條第一項規定之要件以觀，則凡事起倉卒者，因不及於法定期間內提出申請，其集會、遊行概屬違反第九條規定而應不予許可，依此規定而抑制人民之集會、遊行，於憲法保障之基本人權，未盡相符，亟待檢討改進。」

首先，該號解釋對於「偶發性集會遊行」，是採廣義解釋。亦即將「緊急性集會遊行」包括在內（因天然災變或其

他不可預見之重大事故)，亦稱之為「偶發性集會遊行」，顯示出該號解釋皆認為「所有」一凡事起倉卒者，即不可期待事故發生兩日前提出申請，也不可期待於事故發生後兩日方舉行集會遊行。

故不論任何事由，包括天然災變在內，只要事出突然，該號解釋都稱為「偶發性集會遊行」(Die Spontanversammlung)。此時人民集會遊行之動機，出於自發性，而非有組織、且預先安排之活動，同時參加者主要為群龍無首之群眾也。

其次，對於這種廣義的偶發性集會遊行，該號解釋已經明白地宣示：

第一，憲法第十四條規定保障人民之集會自由，並未排除偶發性集會、遊行。

第二，偶發性集會、遊行，既係群眾對不可預見之重大事故所為之立即反應而引起，即不可能期待負責人於二日前提出申請，亦不可能期待於重大事故發生後二日始舉辦集會、遊行。是許可制於偶發性集會、遊行殊無適用之餘地。

第三，則凡事起倉卒者，因不及於法定期間內提出申請，其集會、遊行概屬違反第九條規定而應不予許可，依此規定而抑制人民之集會、遊行，於憲法保障之基本人權，未盡相符，亟待檢討改進。

大法官在該號解釋中已經十分清楚表明，凡是屬於廣義偶發性集會遊行，都不適用集會遊行法有關許可制的規定，這是一句明明白白的宣示(是許可制於偶發性集會、遊行殊無適用之餘地)，理應對產生實質的拘束力，縱然該號解釋最後也提到「一律不予許可規定，已抵觸憲法之規定，而亟

待檢討改進。」此語無寧要求立法者對偶發性集會遊行之規範，重新檢討改進，而非用以消弭前述宣示（是許可制於偶發性集會、遊行殊無適用之餘地）效力之用意，否則即將造成立論的前後矛盾的疑慮，令人不知大法官的用意何在。

然而，若再檢驗該號解釋主文，赫然發現對此偶發性集會、遊行，不及於二日前申請者不予許可，大法官認定即使與憲法保障人民集會自由之意旨有違，也僅是給予「亟待檢討改進」，作為結論。

真相總算大白矣，釋字第四四五號解釋已經明確指出集會遊行法之許可制不應適用在廣義之偶發性集會遊行上，也提出可信服的理由，但卻未能「執善固執」，堅持正義，反而採取「輕輕放下」的軟弱立場，無怪乎立法院在事後修法中，並未體會與感激大法官的善意。只局部性將第九條第一項但書的「二日前申請」改為「不受六日前申請」。如此不無草率且沒有全盤前瞻性、整體性的修法，導致法條前後矛盾，無法銜接，甚至造成實務操作背離法理，引發更多的爭議。

（四）割裂集會遊行法第十二條的解釋方式

本號解釋多數意見另一個論理有待商榷之處，在於對集會遊行法第十二條之詮釋方式，多數意見認定，集會遊行法第十二條第二項的規定「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。」並認為：「針對緊急性集會、遊行，固已放寬申請許可期間，但仍須事先申請並等待主管機關至長二十四小時之決定許可與否期間，實難期待俟取得許可後舉行」，故宣告該條文違憲。

雖然立法者在釋字第四四五號解釋公布後，民國九十一年六月二十六日曾對集會遊行法第九條第一項但書，進行修正，將偶發性集會遊行由舊法應於「二日前提出申請」的規定刪除，改為「不受六日前申請之限制」。將偶發性集會遊行申請之期限刪除，但既然明白排除「最底限之申請日期」。換言之，已經解除限制，可解釋為不必非經申請不可。

尤其是仔細推敲民國九十一年修正後的集會遊行法第九條第一項但書的「但因不可預見之重大緊急事故，且非即刻舉行，無法到目的者，不受六日前申請之限制。」中的「非即刻舉行」，已經明確肯定了集會遊行已經必須即刻舉行不可，才會有免除六日前申請許可之限制。特別應注意已刪除舊法的「二日前申請」之規定，顯見不能夠再認為，仍應給與主管機關二十四小時的裁決時間，否則，連同申請之程序，至少需一至二日前需提出申請。是否此次的修法刪除「二日前申請」之規定，將毫無作用乎？可見修法後已經無法要求人民有比「即刻舉行」更早申請許可的期限。

然而民國九十一年之修法，並未及於第十二條之規定。依該條之規定第一項：「室外集會、遊行申請之許可或不許可，主管機關應於收受申請書之日起三日內以書面通知負責人。」第二項：「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。」由此兩項規定可知，特別是第二項規定，即便是偶發性集會遊行，修法後人民本不必絕對需要提出申請，但卻留下了主管機關應於收受申請書時，以書面通知負責人的規定。從而被本號解釋多數意見認定為「乃修法不察所致」，使得偶發性集會遊行實質上仍使人民負有「至少二十四小時

前提出申請」之義務，從而牴觸了憲法第十四條與釋字第四四五號解釋之意旨（參見解釋理由書第二段）。

本席認為，這種詮釋方式除了忽略上述修法刪除「二日前申請」的用意及邏輯性，更錯誤的割裂了集會遊行法第十二條的意旨。因為多數意見忘了第十二條除了第一、二項規定之外，尚有第三項。其條文如下：「主管機關未在前二項規定期限內通知負責人者，視為許可。」換言之，該項條文課予行政機關之通知義務，保障負責人能夠儘早獲得集會遊行許可之時間，以善為籌備。此通知義務，是「責之於主管機關」，而非「不利於人民」。即使人民未獲得行政機關之許可通知，儘管屬於行政怠惰亦視為同意，並不可作為限制與禁止人民集會遊行自由之理由，否則將違反比例原則。故偶發性集會遊行舉行時，即使新法修正後，人民不受最少時限前需申請許可的限制，依據所謂的「新法優於舊法」之原則⁸，應以新法修正後的新法律狀態，將舊法時代課予主管機關「通知義務」之規定重新詮釋其效力。

故本席認為本號解釋多數意見忽略集會遊行法第十二條第三項之基本精神，而只就第二項的文義大肆闡述，也未能真正瞭解該項課予主管機關積極通知義務乃有利於人民立法旨意，反而確認其作為限制人民集會自由的實務操作乃符合法條原意，本席認為與憲法解釋基本原則頗為歧異，也為本席所無法認同之處。

若多數意見可贊同本席此詮釋之方式，則應採行「合憲

⁸ 這是法律解釋學的精神，所謂新法與舊法的差別不在乎單獨的法條，而應是修法後的新的法律秩序與法律價值而論。亦即集會遊行法第 9 條第 1 項但書在民國 91 年修正後新創設的「針對偶發性集會遊行申請許可新法秩序」，儘管第 12 條未在修法範圍內，亦應受到新法秩序的拘束，而優先適用新法秩序。

性法律解釋」(verfassungskonforme Gesetzauslegung)，認定偶發性集會遊行不必採行事前申請許可制⁹。則本號解釋即可將重心置於檢討第八條許可制的違憲性之上。

三、「偶發性」與「緊急性」集會遊行的許可與管制

(一)「偶發性」與「緊急性」集會遊行二分法的商榷

相對釋字第445號解釋對偶發性集會遊行採取廣義解釋，明白宣示不適用事前許可制的規定。本號解釋多數意見不採廣義解釋，反被集會遊行法之文義所侷限，將之區別為偶發性及緊急性集會遊行兩種行為態樣。如此不免造成論理上之混淆，令人眼花撩亂。試觀之解釋理由書第二段即有下述的闡釋：「惟就事起倉卒非即刻舉行無法達到目的之緊急性集會、遊行，實難期待俟取得許可後舉行；」此為「緊急性集會遊行」(Die Eilverammlung)，對比起：「另就群眾因特殊原因未經召集自發聚集，事實上無所謂發起人或負責人之偶發性集會、遊行，自無法事先申請許可或報備」的偶發性集會遊行。條件上有「事起倉促非即刻舉行」不可與「因特殊原因未經召集自發聚集」差別，難道皆非基於突發事件不成？答案顯係否定，是否能夠明確區分乎？可見兩者差異僅在於有無發起人或負責人而已。

惟本號解釋多數意見卻將偶發性與緊急性集會遊行，加以區分。將集會遊行法第九條第一項但書規定：「但因不可

⁹ 德國聯邦憲法法院在1986年審理集會遊行法的「48小時前報備制」是否違憲的問題時，該院判決採用「合憲性法律解釋」之方式，認為只要該法的規範效力不及於「偶發性事件」，即屬於合憲。此案例被德國憲法教科書上廣泛抉選為「合憲性法律解釋」的典型案件。參見BVerfGE85,69/77,V.Epping,Grundrechte,3.Aufl.2007,Rdnr.64。比起德國聯邦憲法法院該案件採行「排除解釋」之方式，相關法條中找不出可以佐證之依據，故學界頗多認為這種解釋容易扭曲立法者的原意，且「變更解釋」不應取代積極修法之作用，否則即混淆了釋憲者與立法者之角色。反觀，本號解釋已經可從釋字第445號解釋宣告「偶發性集會遊行不適用許可制」之意旨；同時在事後的修法也在第9條1項但書取消六日前申請許可之限制，皆已提供釋憲者充分的論證來採行「合憲性法律解釋」之方式。故本席認為，本號解釋可比德國聯邦憲法法院1986年的案例，更具備充當「合憲性法律解釋」典型案例的資料。

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。」解釋為適用於緊急性集會遊行之上，而仍必須事先申請（等待主管機關至長二十四小時之決定許可與否期間），然此項規定，卻不及於偶發性集會遊行。並賦予另外的法律效果：「另就偶發性集會、遊行，亦仍須事先申請許可，均係以法律課予人民事實上難以遵守之義務」對此，多數意見認為有違憲之虞。

這種將緊急性集會遊行與偶發性集會遊行區分，前者須事先申請，但有二十四小時的主管機關裁決等待期限；後者則無此等待期限，前者的之違憲理由為「事出倉促所不及」；後者則基於「因無負責人與發起人，自無法事先申請許可」，並援引釋字第四四五號解釋「許可制於偶發性集會遊行殊無適用之餘地」的意旨，認定其違憲。

多數意見這種二分法的理論，不無破綻存在。首先，難道偶發性集會遊行並非事出緊急、無法適用第九條第一項但書的規定？該條既然提出「不可預見之重大緊急事故」與「非即刻舉行無法達到目的」，豈非偶發性集會遊行舉行的理由？這種強制區分頗有「僵硬解釋法條」之憾！其次，不論緊急性或偶發性集會遊行，都是事出倉促而不及申請，此時不論有無負責人或發起人，都已經來不及申請。故才有「不能強人所難」的「課予人民事實上難以遵守之義務」。可見兩者均有相同的違憲理由，多數意見特別援引的釋字第四四五號解釋，作為肯認偶發性集會遊行並不適用許可制之立論，更是極大的錯誤，按上述釋字第四四五號解釋所提的偶發性集會，是指「廣義」的偶發性集會遊行也。

（二）修法的方向—偶發性集會遊行「無庸報備」與緊急性

集會遊行採「即時報備制」？

本號解釋多數意見值得肯定之處，在於解釋理由書第二段所提及：「至為維持社會秩序之目的，立法機關並非不能視事件性質，以法律明確規範緊急性及偶發性集會、遊行，改採許可制以外相同能達成目的之其他侵害較小手段，」表明立法者應當針對非常態性集會遊行，進行妥善的規範。質言之，除不得再採行許可制外，尚可採行報備制或透過符合比例原則的其他手段方式來予以規範。

若以各國相關立法例而論，立法者存在的選項實在有限，例如除單純負擔事後法律責任之追懲制（即集會遊行後產生的違法行為才予以追究）外，凡其他事前的管制措施最多只有報備一途。以自始實施的報備制的德國為例，其對廣義偶發性集會遊行，德國聯邦集會遊行法透過聯邦憲法法院的判決，宣告並無報備制適用之餘地。然各邦仍有區分緊急性集會遊行或偶發性集會遊行者而有不同之規定，例如巴伐利亞邦二〇一三年集會遊行法第十三條第三項規定：「如應緊急事故而有緊急室外集會之必要時，主辦人應當最遲在公告集會時，以電報、電話、文件及電子通訊方式簽名向主管機關與警察機關報備。」同條第四項：「出於突發事件而無組織、無負責人之偶發性集會，前項的報備義務可免除之。」

早在德國聯邦憲法法院一九六八年的作出判決時，已有兩位法官 Seibert 以及 Henschel 提出不同意見，認為應當區分偶發性事件及緊急性事件。對於偶發性事件，立法者應為例外而免除報備義務之明確規定，不能利用釋憲者採取排除解釋的方式，來彌補立法者的缺失。而在緊急性集會遊行方面，既然和一般集會遊行性質無太大的差異，只要免除僵

硬之「四十八小時前」報備義務即可，惟應規定負有「立刻報備」之義務，主辦人一有舉行緊急集會遊行之意志時，即應履行報備的義務，俾使主管機關及早得知想關訊息而有較充裕的準備應變時間，這亦是德國聯邦集會遊行法採取報備制之立法目的，不能免除緊急性集會遊行負責人此項「維持社會秩序之協同義務」，並皆應在法條中明白宣示。

巴伐利亞邦很明顯採納上述兩位法官之見解，將非常態性集會遊行這種區分兩種不同行為態樣，並賦予不同的報備義務，此是否為本號解釋大法官所建議之修法方向？似乎未盡明瞭，但仍不失為可取之立法方向。

（三）偶發性與緊急性集會遊行並非「涇渭分明」之兩種行為態樣

上述的立法方向固然有其優點，然而偶發性與緊急性集會遊行區分，多半是學理上的推理分類。在行為動機方面，並無太大差異；差別者在有無負責人與召集人之上。然現實中，兩者並非「涇渭分明」之兩種行為態樣，例如在偶發性集會遊行上，雖然表面上民眾自動自發參與，沒有負責人與召集人，然此時政黨、人民團體很難不利用此機會來表達意見。加上現在通訊設備的普及與發達，網路動員更極為方便。故即使剛開始自動自發之群眾所進行的偶發性集會，之後政黨或人民團體，亦可透過動員號召人民參加，甚至取得了主導權力，進而成為集會遊行活動的領導者。

在此情形，偶發性集會遊行也會變成口徑一致、抗爭方向相同及具備相當組織的緊急性集會遊行，故光只有負責人或主辦人之「形式差別」作為偶發性與緊急性集會遊行之區分標準，並不實際。故偶發性集會遊行產生「實質性質」的

負責人與主辦人時，即已轉變成緊急性集會遊行。除非偶發性集會遊行自始至終，都是群龍無首，參加群眾「各自訴求，各自行動」，沒有政黨或人民團體介入，方能保持「純質性」偶發性集會遊行之色彩，惟這種情形恐怕寥若晨星，政治與人民團體顯有不利用此良機者。

若法制上有意區別偶發性與緊急性集會遊行的不同法律義務，例如前者無庸報備，後者必須即時報備，則有意規避者，自可假借偶發性集會遊行之名（例如將群眾與組織化整為零參與），而行緊急性遊行之實。

同時在非常態性集會遊行上，若採部分的報備制，而在常態性集會遊行上，仍然採取不合比例、更嚴格的許可制，則民眾將更會利用非常態性集會遊行，例如增加非常態性集會遊行的頻率，以及延長舉行其時間，讓形式上非常態性的集會遊行，實質上轉變為常態性集會遊行，而規避了事前許可的申請。

在常態性集會遊行，經過報備或許可而合法舉行時，也經常可見有不同立場的「插花者」臨時參與。這些打著「偶發性集會遊行」的名號之參與者，更將常態性與非常態性的集會遊行混雜在一起。

由上述論述可知，不僅常態性與非常態性集會遊行，甚至偶發性與緊急性集會遊行之區分，常有相互混淆的灰色地帶，唯有在法制上力求簡便與統一，並符合比例原則之要求不可，特別是事前管制的措施，既然多半效果有限，無寧寄望於強化集會遊行後的「和平義務」的切實履行及公權力的維繫與伸張之上。

（四）集會遊行權利的「主權利人」與「次要權利人」

如同本號解釋在解釋理由書第一段，引述釋字第四四五號解釋之意旨，強調憲法第十四條保障人民集會之自由，國家應負有採取有效保護集會遊行安全的措施之義務，德國學界將之稱為憲法賦予公權力之「防衛委託」(Der Schutzauftrag)，以積極作為，在法律規定與制度上使人民能在毫無恐懼情況下行使集會遊行權利¹⁰。

為落實上述意旨，國家應當設計出具體可行的法律制度。若採報備制時，即應對完成報備手續的集會遊行採最優先的保障，是為「主權利人」。質言之，既然不論許可制或報備制都是人民提供資訊予主管機關，俾使其能提供最好的保護機能。為順利維護申請人之集會權利，同時維護公共安全，主管機關藉給予負擔之方式（例如要求配置一定糾察隊以維持秩序），課予申請人「維繫和平集會遊行」之義務，故經報備與履行負擔的申請人，不論是常態性或緊急性集會遊行，均應享有最優先、排他性之集會遊行權利。

然而在集會遊行現場，不論採行許可制或報備制，主管機關均可能不同意另一個集會遊行之舉行（特別是空間狹小之地），若有干擾主權利者時，公權力或糾察隊自可加以排除或制止，甚至要求擔負起相關的法律責任¹¹。縱然干擾者可宣稱基於緊急性或偶發性集會遊行而不及報備或無庸報備，此時儘管其亦擁有集會遊行之權利（次要權利人），卻不可與已獲報備者的權利等量而觀。

在同一集會遊行現場，有主要與次要權利人之分，其法益保障的先後較易判斷，倘若數個偶發性集會遊行一起舉行

¹⁰ P.Badura,aaO.Rdnr.64.

¹¹ 集會遊行法第 21 條規定：「集會、遊行之參加人，應服從負責人或糾察員關於維持秩序之指揮。對於妨害集會遊行之人，負責人或糾察員得予以排除。受排除之人，應立即離開現場。」若警察來執行排除行為，則受排除人抗拒時將有擔負刑事責任之可能。

時，此時皆為有權參與者(在無庸報備的情形下)。這種標準群龍無首與各自主張的團體集會，則可由主管機關一視同仁，區隔維護，任其各自表述而不得干擾他方。此時公權力即應以維護和平作為管制的唯一依據，並保持絕對的中立¹²。

由上述關於集會遊行的權利優先性之討論可知，依法律善盡報備義務者，理應獲得回饋，以鼓勵人民勇於守法，特別在緊急性集會遊行時，更需要主辦人盡可能善盡「即時報備」的義務，方能兼顧人民基本權利行使與社會安寧秩序維護的兩個面向。

由具體的實證得知，偶發性與緊急性集會遊行的區分，雖然標準甚為模糊，但為了劃分權利的優先次序，從而賦予即時報備義務，故兩者的區分還是有其實益矣。

(五) 激化衝突的潛在危機—偶發性與緊急性集會遊行的負面效應

由上述對於偶發性與緊急性集會遊行的特性論述可知，一方面是人民展現其意見的機會；另一方面則呈現出集會遊行時所感染的衝動與激情。在時間與空間的組合上，尤其是集會遊行地點，可能同時匯集著立場各異、氣勢澎湃洶湧的群眾於一地。易言之，頗如充滿者瓦斯的密閉空間，一有擦撞火花，即有引爆之可能。

然而本號解釋多數意見固然看到了偶發性與緊急性集會遊行光明與樂觀的一面，肯定人民可藉此機會發表言論，也輕輕一筆帶過立法者可選擇許可制外，相同能達到目的其

¹² 德國公法學著名學者 Fritz Ossenbühl 早在 1970 年便認為對偶發性集會遊行，雖應透過解釋的方式來獲得無庸報備的結論，但究竟這種集會遊行當比常態性集會遊行帶來更大的危險，故主管機關再決定解散這種集會遊行時，即可享有更大的裁量權也。可參見陳新民，〈示威的基本法律問題〉，刊載於：《憲法基本權利之基本理論（下冊）》，元照出版社，第 5 版第 2 刷，2002 年，第 397 頁以下。

他侵害較小手段，來予以規範。但本席憂心忡忡，似乎多數意見對偶發性與緊急性集會遊行此類群眾聚會，可能引爆的社會治安之危機，未有太大的警覺之心¹³，從而也未有片言隻語，強調人民享有集會遊行之權利的前提要件，必須繫於絕對的「和平性」（本號解釋僅在解釋理由書第一段提到和平表達意見），並以之為享受集會遊行權利的絕對前提。否則，憲法不會將人民的集會權利，透過賦予國家積極地防衛義務，提升到如此高的地位¹⁴。

立法者應當妥善立法，一方面維繫合法集會遊行者的發言言論之自由，排除其他妨礙者；另一方面也要確保集會遊行參加人絕對遵守「和平性」原則。各國法制的實踐上，從「和平性」原則衍生出許多禁止規範，例如杯葛交通與他人行為的「杯葛式靜坐」、強行進入國家或地方機關的非公用之地區（例如政府機關內的綠地）、蒙面參加集會遊行、持有可能作為武器的標語……等，均可能違反法定維護集會遊行和平性的要件¹⁵。

故負責維持治安之主管機關與立法者，皆必須以務實的立場，而非純粹浪漫的角度來審視人民此種類型、且出於激情甚於理性的集體活動，從而設計出兼顧維護人民集會遊行權利、社會安寧與人民身體安全的周全制度。

綜而言之，如同德國學術界見解，人民行使集會遊行權

¹³ 甚至吾人也可以想像，恐怕整部集會遊行法日後施行的重心—主管機關要為之特別提高警覺、謹慎因應—當不在常態性集會遊行，反而在非常態性集會遊行之上。試舉一例，數個不同立場的群眾團體，同以緊急性或偶發性集會遊行為名，集中在一個場地時，其中有某團體已經經過即時報備程序，取得優先集會遊行之權利。其他早到且佔據場地之群眾團體，會否「承讓」場地？恐怕不易也。此時主管機關之公權力即必須介入之，則難保不生衝突。故非常態性集會遊行的問題性，目前只呈現出冰山之一角。

¹⁴ 德國學界也有不少稱人民集會遊行權，可結合政治意見表達，形成民主體制重要的內涵，故可稱為「基本人權首要的保障層次」（primäre Gewährleistungsschicht des Grundrechts），參見 P.Badura, aaO, Rdnr. 103.

¹⁵ 參見陳新民，〈示威的基本法律問題〉，第 398 頁以下。

利，尤其以「示威」的方式為之時，都應當如同言論與意見表達自由，停留在「精神層次」的抗爭，超過此界限，就喪失了和平性。就此而言，這種性質的行為，並未享有「人權的特權化」(Privilegierung des Grundrechts)¹⁶。故國家公權力不能容忍濫用基本人權之情事，尤其在目睹和平性逐漸喪失時，應當以積極行動排除逾越界限的脫序行為。為此德國公法學者梅爾登(D. Merten)在一九八二年曾經模仿德國大音樂家理查·華格納(Richard Wagner)著名的樂劇「諸神的黃昏」(Die Götterdämmerung)之名，發表名為「法治國的黃昏」(Die Rechtsstaatsdämmerung)的文章，強調公權力若未能及時伸張國家法治的尊嚴，將會使違法的集會遊行數量逐步遞增，挑戰蔑視公權力的氣氛將會蔓延，使整個國家喪失自主性，並走入黃昏與崩壞的境地¹⁷。

三、結論：順暢「社會排毒機制」與避免陷入「法治國黃昏」之境界

集會遊行主要是人民以團體組織的形式，集體發聲以表達其意見，訴求多半是屬於涉及政治或其他社會有關之議題，此正是民主理念與體制的顯現。從集會遊行法不將類似慶典、宗教活動與民俗活動類集會遊行納入規範可知，其欲規範的不是慶典類的、愉悅性質的意見表達，而是顯現出不滿與期待的言論，正是所謂的「不平之鳴」，方有藉集會遊行方式發聲之必要。

這些不滿的情緒與聲音，既然起於國家社會，也必然透露出其已經產生運作的失常，甚至弊端產生，所謂「木必自

¹⁶ P.Badura,aaO,Rdnr.103.

¹⁷ D.Merten,Die Rechtsstaatsdämmerung,in: Festschrift für 70.Geburtstag von Rudolf Samper, 1982,S.48；陳新民，〈示威的基本法律問題〉，第453頁以下。

腐，而後蟲生」，民眾的聲音已經作出了警示的徵兆，國家豈可掩耳不聞，狀若太平無事乎？遑論視之為「挑唆動亂」之源？

英國哲學家培根在著名的論文集中，有一篇名為《論騷動》，其中有一段精采的敘述：

「人民如有痛苦與不滿之情緒，只要他們稍加節制與不使用恫嚇的方式，即應當給予適當的自由，讓其發洩出來！否則將會如同身體內有不潔之血液一般，若壓抑不將之排泄出體外，反而會強沁入五臟六腑，滋生惡瘡與毒瘤！」

這是多精采的比喻！將人體體內之毒液排除在外，所謂的「身體排毒說」，引伸到准許人民訴說國家施政、法令規範不良……等弊端，提醒政府慎謀對策，採取妥善的因應措施，平抑人民的怨懟，豈不正是一種「社會排毒論」？早在民主社會發達前的三百年，培根已經提出了廣開民意的「社會排毒論」，真知灼見值得吾人佩服也！

故吾人對國民集體行使之集會遊行權利，固然承認具有「社會排毒」的積極功能，而非將之視為「洪水猛獸」危險之舉。但另一方面，誠如培根所言，民眾這種情緒的宣洩，其前提要件也必須是「只要他們稍加節制與不使用恫嚇的方式」，正符合了保障人民集會遊行的前提要件，在於堅守「和平性」原則。本文前述提及的歐洲安全暨合作組織下屬的民主體制與人權署，推動各國提升保障人民集會遊行制度所發行的「和平集會基本原則」，便是將人民集會權利定位為「和平集會」(Peaceful Assembly)，可知捨棄「和平性」，即無所謂的集會遊行自由權利可言。

本號解釋作出後，雖然多數意見對於許可制的合憲性並未加以挑戰，但本席期盼外界切勿將本號解釋作為阻擋立法院日後修法，改採報備制的「絆腳石」！本號解釋多數意見最多僅在重申承認立法者擁有選擇許可制或報備制的自由。更重要者，立法者應當從速啟動集會遊行法的修法程序，務實地將關於偶發性與緊急性集會遊行的相關規範，納入修法範圍之中。

提筆至此，本席由舊箴中翻閱到本席在二十五年前（民國七十七年十二月），所發表的「示威的基本法律問題」論文¹⁸，曾經援引德國偉大法學家耶林（Rudolf von Ihering）的大作「為權利抗爭」的一句名言：「勿為不法，固然可嘉；但不容忍不法，更為可貴。」並認為甫完成之集會遊行法頗多缺失，應當從速檢討，參考德國先進法制，將偶發性集會遊行，及維護集會遊行和平性的各種管制措施等先進制度，皆納入該法之中，俾使「法治國黃昏」的噩夢不致出現。

然而二十五年後本席檢視該文，對照我國集會遊行法現狀，與當時相比，並無太大的進步。本席不禁慨嘆：我國集會遊行法制的更新，何其「蝸步」矣！故本席期盼新的集會遊行制度能夠盡快脫胎換骨而生，讓我國集會遊行法制能夠達到兩重效果—既能順暢「社會排毒機制」，同時避免我國陷入「法治國黃昏」之境界。

¹⁸ 原文刊載於：《政大法學評論第三十八期》，收錄於：註 12 之《憲法基本權利之基本理論（下冊）》。