

釋字第七三四號解釋協同意見書

蘇大法官永欽 提出

本件解釋以受到憲法保障的權利僅得以法律加以限制的法律保留原則，對廢棄物清理法第二十七條第十一款作授權是否具體明確的審查，認定尚無違背。又對依該法授權臺南市政府所發布的有關廣告物設置的公告加以審查，得出已逾越母法授權範圍的結論，要求在三個月內修正，本席都可以贊同。惟廣告物的設置雖可能有諸多基本權為其基礎，因其本質上為一種意見表達的方式，任何設置行為的管制，都可能間接造成言論自由的限制，考量到地方政府為維護城市環境的整潔和交通的順暢，普遍都對廣告物的設置進行大大小小的管制，有沒有使言論自由的高度憲法價值—與身體自由一樣為許多基本權的前提性權利—，在此類直來直往的功能法執行中有意無意的受到侵蝕之虞？其實才是本案真正值得國人關注之處，解釋到了理由書最後才以傍論方式把相關問題作了極為簡要的撮述和相當抽象的論知，自有進一步說明的必要。因此以下先對法律保留原則審查的標準作一個簡單的整理，希望多少有助於提高本原則在操作上的可預見性（第一段）；再就本院迄今尚未做過任何闡述的言論自由問題—人民可否在公共空間行使？—加以申論；並簡介美國最高法院發展出來的公共論壇理論，不少國家的法院也已導入類似見解（第二段）；特別是正因廣告物多樣而大量的存在於公共空間，而確有為事前管制的必要，所以更應留意，會不會形成對於言論的事前內容審查，致與本院過去對此採取高度警戒的立場有違；若再從調和言論表達與環保、交通等公共

利益的觀點來思考，即知積極管理的必要，在此一領域越來越常見的因取締可容忍的微小行為，或反過來因考量言論自由而坐視空間霸凌行為長期存續所生爭議，顯示在涉及言論自由時執法的過猶不及，更可印證本件解釋對於現代城市管理應具備的正確憲法認知確有其重要意義，有必要一併說清楚（第三段）。

一、本院在限制人權法律保留原則的兩面審查向來是一寬一嚴

法律保留原則依本院向來的解釋，原則上不排除立法機關授權主管機關發布命令為補充規定，惟在這種授權補充的情形，一方面對於母法即有授權具體明確的要求，另一方面又對於子法有不得逾越授權的要求。過去人民做這方面的指摘，多僅執一端主張，本院做法律保留原則的審查，若從較有問題的一端切入已可解決，也很少兩頭並進，本件因僅以法律保留為主要的審查原則，且聲請人確就授權立法兩端分別提出主張，才同時對二者都有所著墨。審查結果認為，廢棄物清理法第二十七條第十一款表面上雖為空白的授權，但若不拘泥於文字而併就相關規定作整體觀察即知：「主管機關據此發布公告禁止之行為，自須達到與前十款所定行為類型污染環境相當之程度」，且從第三、十款也可推知，所謂污染環境的行為並無須以棄置廢棄物為限，認為已經符合具體明確的要求。後者卻沒有做類似的「合憲命令解釋」，比如以該公告這樣未設前提所列舉的設置廣告物行為，仍應以達到一定污染程度為限始得處罰，從而尚不違憲。反而認為它「以未經主管機關核准，於其所示之場所，以所示之方式設置廣告物者，為污染環境行為，而不問設置廣告物是否有

礙環境衛生與國民健康，及是否已達與廢棄物清理法第二十七條前十款所定行為類型污染環境相當之程度，即認該設置行為為污染環境行為，概予禁止並處罰，已逾越母法授權之範圍。」對母法寬而對子法嚴，十分明顯。但在這表面上的論證差異背後，其實正凸顯了本院向來對法律保留原則的一些基本思維。

首先，使基本權的限制須以法律規定，或至少通過具體明確的授權，才可以改由被授權機關以命令規定，都是從被規範的人民觀點思考，一方面要讓這些限制至少是在國會監督之下進行（現行法即指立法院職權行使法第六十條以下的強制送審制），且藉法律與法規命令的公告可使影響人民權益的法律資訊較有效的傳達，另一方面當然也要考量對規範制定者的期待可能性。因此就法律而言，首先要看的是，相關基本權的限制是否已經嚴重到「只能」以法律定之的程度（「絕對」的保留），在此種情形，任何授權都已違反法律保留。但即使在絕大多數不需要絕對保留的情形，審查授權是否具體明確的要件時，仍然會從其影響人民的程度去決定審查具體明確的標準。特別明顯的是，就對人民可能造成最大不利益的刑事制裁，其犯罪行為的要件如有通過授權命令來具體化時，本院要求須達到「自授權之法律規定中得預見其行為之可罰，方符刑罰明確性原則」（釋字第五二二號解釋可參），既可避免行政部門的恣意，也使畏刑的人民在讀法律時即可獲取足夠的資訊而知所警惕。另外一個涉及影響範圍的因素應該也很相關，就是授權訂定子法的範圍，如果授權的結果是開枝散葉，則對母法要求嚴格一些，也比逐一嚴審子法有無逾越授權範圍，更為合理。其他情形，都會採比

較寬鬆的標準，因為對規範者而言，更直接而必須掌握的行為規範毋寧是內容比較具體的授權命令，而且對於面對長遠未來只能在人事時地物上盡可能抽象的母法，如何要求在授權上具體明確到什麼程度，恐怕並不具有太高的可期待性，因此只要通過其他條文作整體觀察，大致已可掌握其授權範圍，而非真正的空白授權即可。檢視過去直接或間接審查母法是否授權明確的十三件解釋，僅有三件因未符合前揭兩點而認定違憲，即可理解。

至於下游的命令有無逾越授權範圍，案件量較多，背後的考量顯然也較為複雜，應該是綜合觀察授權的方式為概括（多數即屬施行細則的授權）或就特定目的和範圍為之。對被規範者而言，前者確實較難掌握，因此除非在整體觀察下仍可相當程度的釐清其範圍，否則即會傾向做違憲的判斷。在這兩個因素以外，子法在目的上能不能明確對應於授權的母法，也很重要，作為母法的工具，如果相當程度逸出母法的目的，或是否符合其目的仍不夠明確，本院也傾向做出違憲的判斷。綜合而言，這些做成判斷的理由其實一定程度都和母法本身的授權是否具體明確有原因結果的關係，也可以說，在授權立法有一定瑕疵的情形，本院往往會選擇宣告子法違憲，而不嚴格追究母法授權的不夠具體明確，因為可以較快速的修改而同樣達到法律保留原則的目的，這背後反映的其實也是一種方法上的司法最小主義（judicial minimalism）。迄今授權命令經認定合憲的有十一件，違憲的也達到十一件，與前述授權法審查的結果，確實可以看出審查標準的寬嚴不一。

附表：本院解釋有關法律保留原則在授權以命令補充時的
 的審查標的、原則及其判斷因素與結果

1. 授權規定必須具體明確：以授權的母法為審查標的，或以
 經授權訂定的子法為審查標的，而就授權的母法先作前提
 性審查者（違憲 3 件，合憲 10 件）

釋 字	審查標的	授權訂定 子法數量	法律效果	解釋 結果
680	懲治走私條例第 2 條第 3 項	多數	強 (刑罰)	違憲
676	全民健康保險法第 86 條、第 21 條第 1 項、第 22 條第 2 項	多數	中度 (投保金額)	合憲
643	商業團體法第 72 條	多數	中度 (退休金給付)	合憲 檢討
629	行政訴訟法第 229 條第 2 項	少數	中度 (訴訟程序類型)	合憲
604	道路交通管理處罰條例第 92 條	多數	中度 (罰鍰)	合憲 檢討
593	公路法第 27 條第 2 項前段	多數	中度 (特別公課)	合憲
559	家庭暴力防治法第 52 條	多數	強 (人身處置或財產的強制執行)	合憲 檢討
547	醫師法關於訂定中醫師 檢覈辦法的授權	多數	中度	合憲

釋字	審查標的	授權訂定子法數量	法律效果	解釋結果
522	證券交易法第177條第3款	多數	強 (刑罰)	違憲
491	公務人員考績法第12條第2項前段	少數	中度 (懲處)	違憲
426	空氣污染防治法第10條	多數	中度 (特別公課)	合憲
394	建築法第15條第2項	多數	中度	合憲
313	民用航空法第87條第7款(同法第86條第7款亦同)	多數	中度 (罰鍰)	應檢討

2. 授權命令不得逾越母法授權範圍：以經授權訂定的子法為
審查標的的解釋類型（違憲 11 件，合憲 11 件）

釋字	審查標的	概括或特別授權	與授權目的的關聯程度	整體觀察的可參酌因素	解釋結果
730	學校教職員退休條例施行細則第19條第2項就重行退休給付限制的規定	概括	低	少	違憲
723	全民健康保險醫事服務機構醫療服務審查辦法第6條第1項關於時效的規定	概括	低	少	違憲

釋字	審查標的	概括或特別授權	與授權目的的關聯程度	整體觀察的可參酌因素	解釋結果
710	大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法第 5 條關於暫予收容的規定	概括	低	少	違憲
682	專門職業及技術人員考試法施行細則第 15 條第 2 項、專門職業及技術人員考試總成績計算規則第 3 條第 1 項及專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第 9 條第 3 項等關於及格標準的規定	特別	高	多	合憲
676	全民健康保險法施行細則第 41 條第 1 項第 7 款關於投保金額分級的規定	概括	高	多	合憲
658	公務人員退休法施行細則第 13 條第 2 項就重行退休給付限制的規定	概括	低	少	違憲
643	工商團體會務工作人員管理辦法第 45 條第 2 項關於會務工作人員退休金給付標準的規定	概括	高	少	合憲 檢討

釋字	審查標的	概括或特別授權	與授權目的的關聯程度	整體觀察的可參酌因素	解釋結果
638	公開發行公司董事監察人股權成數及查核規則第 8 條第 1 項及第 2 項後段關於處罰對象及歸責方式的規定	概括	低	少	違憲
614	公務人員退休法施行細則第 12 條第 3 項關於年資併計的規定	概括	低	少	合憲 檢討
612	廢棄物處理機構管輔辦法第 31 條第 1 款關於撤銷合格證書的規定	概括	高	多	合憲
604	違反道路交通管理事件統一裁罰標準及處理細則第 12 條第 4 項，以「每逾二小時」為連續舉發標準的規定。	概括	高	多	合憲
602	多層次傳銷管理辦法第 5 條關於人民退出多層次傳銷計畫或組織的權利義務規定	概括	低	少	違憲
593	汽車燃料使用費徵收及分配辦法第 2 條、第 3 條關於徵收方式的規定	特別	高	少	合憲

釋 字	審查標的	概括或 特別授 權	與授權目 的的關聯 程度	整體觀察 的可參酌 因素	解釋 結果
559	警察機關執行保護令及處理家庭暴力案件辦法第十九條第1、2項關於保護令核發方法的規定	概括	高	少	合憲
524	健康保險醫療辦法有關保險關係權利義務事項等規定	概括	高	少	違憲
497	大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法及大陸地區人民在臺灣地區定居或居留許可辦法	特別	高	多	合憲
465	行政院農委會公告指定象科為瀕臨絕種保育類野生動物	特別	高	少	合憲
456	勞工保險條例施行細則第25條第1項關於投保資格的規定	概括	低	少	違憲
426	空氣污染防治費收費辦法	特別	高	多	合憲
402	保險代理人經紀人公證人管理規則第48條第1項第11款對於違反義務行為得予裁罰性行政處分的規定	概括	高	少	違憲

釋字	審查標的	概括或特別授權	與授權目的的關聯程度	整體觀察的可參酌因素	解釋結果
394	營造業管理規則第 31 條第 1 項第 9 款關於撤銷登記證書並刊登公報的規定	概括	高	多	違憲
313	民用航空運輸業管理規則第 29 條第 1 項及第 46 條關於罰鍰裁處的規定	概括	高	少	違憲

*這裡需要做一點補充說明的是，憲法第十九條的租稅法律主義，也是一種法律保留，但依本席見解應與基本權限制無涉（納稅義務的具體化），因此在統計上不予計入。本院對租稅法律主義的解釋一向認為立法者就各部分—含各租稅義務構成要件，如租稅主體、客體、稅率等核心事項—都可授權以命令規定，但授權命令仍不得逾越授權範圍，在審查標準上大抵與基本權限制的法律保留原則類似，在迄今做成的 16 號相關解釋中，有 9 件合憲（釋字第 219 號、第 361 號、第 397 號、第 438 號、第 480 號、第 506 號、第 606 號、第 615 號、第 651 號），7 件違憲（釋字第 210 號、第 367 號、第 415 號、第 566 號、第 650 號、第 657 號、第 706 號解釋）。

和這些解釋先例比較，本件解釋審查的母法無關刑責，授權公告污染環境行為，因為已列舉十款相當具體的規定，僅在該範圍內授權做補充公告，不至於有開枝散葉的危險，因此經過整體觀察認定尚不違反具體明確的要求，在審查標準上可說相當一致。臺南市政府依授權發布的公告，雖以特別的授權條文為基礎，非概括授權，且從廢棄物清理法第二十七條第十款有關廣告物的規定來看，也不能說把廣告物設

置納入污染環境行為的態樣過於突兀，為一般受規範者完全無法預見，但在授權目的的關聯程度上，逕「以未經主管機關核准，於其所示之場所，以所示之方式設置廣告物者，為污染環境行為，而不問設置廣告物是否有礙環境衛生與國民健康，及是否已達與廢棄物清理法第二十七條前十款所定行為類型污染環境相當之程度，即認該設置行為為污染環境行為，概予禁止並處罰」，確實有藉防污之名來全面管制街頭廣告之嫌，不能說未脫逸授權的原始目的，廣告物五花八門，體積上有大有小，並不乏賞心悅目，甚至極具藝術品味者，所置位址、時間對通行的一般公眾構成的干擾程度也有極大差異，公告對未經核准者一律認定違規，未明確限縮至確實已達污染程度（含視覺污染）始予取締，以此認定已逾越母法授權範圍，應該也和本院操作法律保留原則迄今所採標準大體吻合。在授權對象為中央機關的情形，本席過去考量立法院職權行使法的強制送審制，偏向尊重立法院的審查而放寬認定，在本案發布公告的主體為地方自治團體的情形，似又不宜相提並論。且主管機關有三個月的時間對公告內容去做微調，應無困難，在廣告物管制上還不致造成空窗。本席相信，現行實務多數情形應該已經掌握此一分寸，因此無須作太大的改變，修改公告真正的意義，就是要避免少數過度執行或因憚於言論自由的抗辯而怠於執行的情形，自不能說沒有必要。

二、人民在公共空間主張表達意見的自由，並不以集會自由為限

理由書到了最後才輕描淡寫的說：「廣告兼具意見表達之性質，屬於憲法第十一條所保障之言論範疇（本院釋字第

四一四號、第六二三號解釋參照)，而公共場所於不妨礙其通常使用方式之範圍內，亦非不得為言論表達及意見溝通。」就言論自由的保護範圍而言，這段話卻有十分不凡的意義。因為人民在自己可支配的範圍，不論是基於物權或契約或公法的特許，為意見的表達，當然沒有問題，講學、著作和出版便是如此。反過來說，在別人可支配的範圍，不能任意為意見的表達，也是自明之理。不清楚的是，可不可以在自己和別人都不能單獨支配的公共空間，主張言論自由？公物（含轉為公用的私有物）提供公用必有一定之目的（即德國公物法所說的 *Widmungszweck*），可供一般人進出的公共場所，其設定公用的目的是否自始或後來已經從通行、停留延伸至言論表達？正因為這類公共場所的公用目的通常不會見於具體的規範文件，而有一定約定俗成的開放性，因此這個問題的回答，對於言論自由的保護實至為關鍵，其肯定或否定，關係到其限制是否須符合比例原則？如果此一言論的表達未逾越通常使用範圍，是否即不需得到事前的許可？當然還可以進一步推論，對於在公共空間發表的言論可否為事前的內容審查？對這樣的空間使用方式，基於與其他使用方式的合理權衡而為時間、場地及方式的規劃時，是否因其屬言論自由保護範圍而需作特別的審酌？

首先當然應該從憲法的文本去找答案。憲法第十一條的言論、著作、出版和講學，加上第十四條的集會自由，同屬表現自由的內涵（本院釋字第四四五號解釋參照），也可以說是廣義的言論自由，如前所述，其中只有集會自由以使用公共場所為其必要特徵，且因由多數人共同行使，本質上即易對社會原有運作秩序產生影響，但因屬實施民主政治的重

要基本人權，憲法特以第十四條明文給予保障（本院釋字第七一八號解釋參照），他如著作、出版及講學都無涉公共空間的使用。可否因此推論，集會遊行是唯一受到憲法保障，得於公共場所為言論表現的方式，因為第十一條還有一個「一般」的言論自由，自不能無疑。一定要從憲法另立一條規範集會自由，即推論其他使用公共空間的言論發表一指非多數人或非關公共路面靜態或動態的使用，乃至非關意見而為單純資訊傳遞、藝術表演等一，必不在第十一條言論自由保護的範圍，恐怕沒有太強的說服力。至少就公共空間概念上最無爭議的公共路面而言，其目的的設定通常都非以法令為之，而聽由社會自然形成其可供使用的各項功能，因此正確的問題應該是，言論的發表是否也和通行、短暫休憩或小型流動叫賣等一樣，已經約定而俗成？

美國最高法院正是從這個角度開始討論。在一八九零年代法院還很堅定的認為在公園、高速公路、活動中心等處進行抗議演說或高談闊論，並非上述場所原本設置的目的，可由政府全權管理，政府限制公園、街道等地方的使用，就如同私人限制其宅內的使用一般，此說代表即對言論自由有重大貢獻的大法官 Oliver Wendell Holmes。但到了一九三九年大法官 Owen Roberts 在主筆的判決中已肯認街道、廣場、人行道屬於公共論壇（public forum）的範圍，指出：只要某個場所是被冠以街道或公園之名，且已難查考的長久以來（*immemorially*）這些地點都是開放給公眾，尤其是給公民間相互溝通討論公共議題，乃至以集會形式來進行，則該場所便具有公共論壇的性質。其後美國實務上甚至曾短暫認為，只要言論發表者所表達的內容，基本上並未與該公共場

所的性質不符合，那麼言論發表者都可以透過這個場所接近聽眾、傳達訴求。不過一九八三年 *Perry Education Assn v. Perry Local Educators' Assn* 案後又峰迴路轉，美國最高法院對於使用公共空間的憲法保障開始作若干限縮，指出公共領域有三種，第一種從歷史和傳統觀點來看，這些空間原本就是用來作為表達意見的論壇（如：街道、公園、人行道）；第二種是政府創設出提供民眾作為意見表達的公物（如佈告欄）；第三種則是從功能上或歷史觀點來看，並非提供給公共意見交流的地方（如郵筒）。此種看法在聽眾出沒的地點漸漸多元化以後，對要在公園、街道、人行道以外的地方進行言論發表者，法院往往認為這些地方雖然都是公共資源，卻因原始用途並非作為言論表達之用，即落入第三種類別而受到限制。因此，相對於一九三九年對公共空間中公共論壇寬鬆的認定，*Perry* 案的標準顯然嚴格了許多。以後即漸漸形成完全開放的公共論壇、部分開放的公共論壇（或「指定公共論壇」）和關閉的公共論壇的三分法。

這樣的理論後來在不少國家都加以借鑑，德國在公共空間管制的實務上，即有類似的發展，一般認為若不超出公物的通常使用（*Gemeingebrauch*）範圍，原則上應該容忍此種公共論壇（*Forum des Gemeinwesens*）的存在。例如街道、人行道、公園除了供群眾、車輛通行，當然還有人與人交換意見、溝通的目的，在這樣的地點中人民進行一般言論表達，應不需要事前許可。至於什麼是通常使用，德國各邦一般的規定是「不至造成其他人為通常使用不可期待之妨害」，較為抽象，但實務上很早即認為應朝有利於言論自由的觀點解釋（可參考 *OLG Stuttgart*, *NJW* 1976, 201; *OLG*

Frankfurt, NJW 1976, 203.)。日本最高裁判所昭和四十三年十二月十八日（一九六八年）的大法庭判決處理的也是對所謂「屋外廣告物」加以規制的法律是否合憲的問題，伊藤正己裁判官所提的補充意見就已經指出：「本條例規制對象之屋外廣告物，很明顯包括傳達政治意見、資訊之招貼物、海報等，這些物件在公眾容易進入眼簾之場所，揭示物件，係具有非常容易將意見、資訊傳達效果之方法。再者，與於街頭等傳布廣告物等方法相比，具有永續地廣範圍地傳布於人的效果之優點，且費用低廉，特別是對於有經濟負擔者，係簡便有效果之傳達表現之方法。」「如此，將廣告物、海報等貼附於適當場所、物件，雖道路、公園等性質各異，我將之稱為具公共論壇性質者」，「如此則特別欲對關於思想、意見為規制時，只以維持美觀風致與公共福祉相符之目的便加以規制，輕易地為合憲判斷，乃過於速斷。」（陳春生大法官譯本）近年發生在加拿大溫哥華市，和本件解釋原因案件的事實十分接近，也是因法輪功信徒使用街道傳布意見而起的 *Vancouver (City) v. Zhang*, 2010 BCCA 450 案，英屬哥倫比亞上訴法院的判決在審查溫哥華市自治條例是否抵觸憲法人權憲章第二條第二項時，同樣先深入的討論了這個根本問題，提到了首席大法官 McLachlin 和 Deschamps 大法官在一先例案件中共同提出的檢測方法（第 35 段）：「在公有土地上為言論表達，基本上要問的是該公有地是否人們期待可受憲法保護為言論表達的處所，也就是在該地發表言論不至於抵觸憲章第二條第二項所要追求的三項目的：1、民主對話，2、發現真實，3、自我實現。要回答這個問題，應考量以下兩個因素：1、該地的歷史和現實功能，2、該地其他相關因

素顯示作言論表達無損於言論自由的價值」。顯然也是原則上肯定公有地有提供言論表達的功能。

我們如果用同樣的方法來自問，在公物形成的公共空間向不特定多數人為意見的表達，就臺灣社會而言是否仍很陌生？答案似乎相當清楚。多年以來，言論表達方式如動態的發傳單、演講或靜態的設置立牌、懸掛旗幟，乃至站崗、快閃、各種行為藝術等，不論南北，都早屬生活的常態，與公共空間最典型的使用方式，如街道、橋樑、廣場的通行或為小規模的流動式交易，公園的徜徉遊憩，同樣的自然，雖因非由多數人共同為之，也未必涉及政治意見的表達，從而已逸出集會自由保障的範圍，一般人仍會認為就是一種言論表達的方式，如果沒有超過通常使用的範圍，而對其他的正常使用方式造成明顯的妨礙，即應受到一般言論自由的保障。這樣的法意識確實已經在基層法院的裁判中浮現，臺北地方法院行政訴訟庭在處理一件因違反道路交通管理處罰條例第八十二條第一項第一款規定而被開罰單的案件（一〇四年度交字第一八八號判決）時，法官在判決中寫了這樣一段話：「……於涉有人民行使其表現自由之情形，行政機關於執法時，自應更嚴格審酌……以免造成言論自由之不當限制。本件原告係以看板之文字圖片於人行道表現其意見，此也為民主國家常見之情景，然被告並未充分審酌原告於前揭時地持看板於人行道行為之各個具體情況，而尚未達足以妨礙交通，即以處罰條例第八十二條第一項處罰，不但已有違誤，復造成對於原告言論自由之不當限制，原處分自當予以撤銷。」顯示承審法官雖未必知道而未援用所謂公共論壇的理論，但對於這樣的言論表達仍在言論自由保障的範圍，無

疑已經有非常明確的法意識。我們有理由相信，在全球化發展的趨勢下，我們在臺灣對於公共空間的這類使用方式的確已經約定俗成。足見理由書輕描淡寫的一句話，總結了言論自由在保護範圍上應延伸到包括街頭設置廣告物的各種言論表達，實際上是在世界許多角落已逐漸形成的共識。從這個大前提出發，也許更容易理解理由書最後一段其他部分的微言大義。

三、廣告物內容的事前審查應修正，對於空間霸凌則宜積極管理

既已確認憲法保障人民在公共場所自由表達言論，前段預設的幾個問題也就有了答案：第一，其限制必須符合比例原則；第二，如果此一言論的表達尚未逾越通常使用的範圍，即不需得到事前的許可；第三，不可以對其言論內容為事前的檢查，除了極例外的情形；第四，對這樣的空間使用方式基於與其他使用方式的合理權衡而為時間、場地及方式的規劃時，仍需審酌其屬言論自由保護的範圍而慎重處理。解釋理由書所做的論知則是：「系爭公告雖非為限制人民言論自由或其他憲法上所保障之基本權利而設，然於具體個案可能因主管機關對於廣告物之內容及設置之時間、地點、方式之審查，而否准設置，造成限制人民言論自由或其他憲法上所保障之基本權利之結果。主管機關於依本解釋意旨修正系爭公告時，應通盤考量其可能造成言論自由或其他憲法上所保障之基本權利限制之必要性與適當性。」顯然即從前揭第一點肯認的比例原則出發。至於該如何修正，才不致造成限制基本權且違反比例原則的結果，也可從前揭其他三點去理解。

最重要的，應該就是對言論內容做事前檢查這一點。由於都會型的地方自治團體幾無例外的都對廣告物的設置作了事前許可的管制規定（據黃虹霞大法官提供的搜尋結果，包括臺北市、基隆市、新北市、桃園市、苗栗縣、臺中市、彰化縣、雲林縣、臺南市、高雄市、屏東縣等，都有自治條例或法規，且多採事前許可管制），且於廣告物設置以外多在同一或其他規範中對廣告內容也作了若干管制，比如臺北市的臺北市廣告物暫行管理規則第七條第二項就禁止廣告物內容有妨害公共秩序、善良風俗或虛偽、誇大不實的情事。本件解釋審查的臺南市政府系爭公告，以設置廣告物未經核准為違法要件，有關廣告物核准的規定也另見於九十四年五月二十日制定公布的臺南市廣告物管理自治條例，該自治條例於一〇一年十二月二十二日廢止，但同日又制定公布，故本件原因案件的確定終局判決（高雄高等行政法院九十九年度簡字第二一四號判決）在適用系爭規定及系爭公告時，也實質適用了舊自治條例有關核准的規定，包括：舊條例的第四條：「廣告物除有特別規定外，應經審查核可後始得設置。經核准後非經許可，不得擅自變更內容、規格或形式。但電影廣告內容依電影法經核准者，得逕行更換內容。」、第十五條第一款：「廣告物之設置應符合下列規定：一、廣告內容不得有妨害公共秩序、善良風俗或違反法律規定。」與此內容相當的新條例第四條第一項前段：「設置廣告物應先經主管機關許可。」、同條第二項：「前項應經許可之廣告物設置後，非經主管機關許可，不得擅自變更其內容、規格、材料、形式或設置位置。」及第十二條第一款：「設置廣告物應符合下列規定：一、廣告內容不得妨害公共

秩序、善良風俗或違反法令。」等有關事前審查廣告內容的規定，新自治條例也都還保留。對於決定是否核准廣告物的設置，規定由主管機關審查其廣告內容，原則上即已構成對言論自由的嚴重限制，其限制是否違反比例原則，當然是首先要檢討的地方。

從必要性、最小侵害性與合比例性的觀點而言，類此的規定對言論自由所生限制過度的疑義，主要在於其把內容檢查夾帶於廣告物設置的許可管制，使人民的言論有可能被主管機關阻絕於進入言論市場之前，其優點固然可使公共利益受到更完整的保護，缺點卻在言論的正誤臧否也將完全由政府部門掌控，可能因政府片面觀點即無法進入言論市場，失去由市場評價的機會。對於這樣的事前檢查，本院迄今的見解相當清楚而一致。簡言之，事前許可管制的對象若為無關內容的時間、場地與方式，縱所涉者為非商業性的言論，如有重大公共利益的合理考量，其事前管制的規定也不當然違反比例原則（本院釋字第四四五號、七一八號解釋可參）。但若觸及言論內容之限制，即使所限制者為商業性言論的廣告，也只在所涉公共利益相當重大時，如有關藥物的廣告，可容許採包括事前管制在內的限制（本院釋字第四一四號解釋參照）。由於廣告作為以得直接或間接使非特定的一般或相關大眾共見共聞的訊息傳播行為，並不因其為商業或非商業而有不同，因此前述審查原則都有適用餘地。對於非商業的集體言論表達做事前的內容管制，釋字第四四五號解釋認定以「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」和「有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞者」作為得不許可的要件，都有欠具體明確，對於為

言論表達前「尚無明顯而立即危險之事實狀態，僅憑將來有發生之可能」，即由主管機關作為准否的依據，已構成違憲。以此來看現行許多自治團體管制廣告物設置所規定的不得有違公序良俗，是否同樣不夠具體明確，就事中和事後管制而言，因為無須採嚴格審查標準，應該還可過關，但如屬事前的內容管制而必須採最嚴格的審查標準，要能通過的機會顯然不大。

其次，此類言論表達所彰顯的外部特徵，也如集會遊行一般易與不特定他人在公物使用上產生衝突排擠，但非如集會遊行的本質在補強民主政治的不足，因此在權衡時可給予較其他使用方式優先的地位。此類言論表達雖然也因屬言論自由保護範圍而應予充分審酌，但在與其他使用方式，尤其是在公共路面為通行的典型使用相衡，縱不能說後者必然優先，至少也需要做同等的考量。如再省思此類言論表達在空間、時間的範圍必遠大於組織性的集會遊行，國家自是有權、甚至有義務積極介入做有效的管理，以因時因地去妥為規劃。臺灣目前呈現的管制實況，一方面有不分所涉情節、影響大小而有過苛之弊，另一方面也常見為言論表達者已明顯逾越通常使用範圍，執法者卻仍憚於其言論自由的道德強勢而怠於介入管理，聽任少數人長期、固定的使用公共空間，對其他有權使用者形同空間的霸凌。足見主管機關既要原則上避免對此類言論的內容做事前檢查，也要積極的對此類言論的表達，在時間、場所和方式上做較為細緻的管制，通過某種事前管制來兼顧所有人對公共空間的合理使用。

前揭加拿大英屬哥倫比亞上訴法院的判決所處理的法輪功案，就是一個很值得參考的案例。其基本事實為法輪功

團體自本世紀初起即在溫哥華中華人民共和國總領事館前進行各種抗議政治迫害及種族滅絕的活動，從舉牌到三百小時絕食、靜坐、在 1 米寬 2 米長的帳棚內為二十四小時不間斷的守護。二零零六年市長終於以違反自治條例為由聲請發予禁令，二零零九年取得地方法院所發禁令，法輪功團體即以其言論自由受到侵害為由向上訴法院聲請撤銷禁令。結果上訴法院認定原審判決自治條例的管制確實「未」把此類言論表達應受憲章言論自由的保護考量在內，就該部分應屬違憲而無效，除命溫哥華市撤銷對於法輪功人士所做的處分外，並應於半年內完成條例的改正，使人民得在政治權利及言論內容不被侵害的前提下，其利用公物的抗議行為仍可得到適度的規範。二零一一年四月溫哥華市即改訂新條例，規定因抗議而設置之物可容許的最大尺寸（4：5：3 呎），且每日最多放置 12 小時，即須拆移，一次申請上限為 30 日，每 60 日才能重新搭置。此一明確的新管制，立刻使此一困擾多時、管制上過猶不及的爭議圓滿落幕。

現代城市的空間管理，經緯萬端，除應滿足人民對公共空間的各種使用需求外，也要基於安全、秩序、衛生、景觀等公益，對有限空間的使用進行基本的分配，避免明顯的不公，以維持整體的和諧秩序，對於逾越通常使用之行為，依各地區之特性建立事前、事中及事後之合理控管與分配，自有其必要。從公共空間管理的角度來看，可將整體社會看成各次體系交互運作的集合體，立法者有時從物的角度切入，比如對道路、廣場、公園、巷道、湖泊、建築外牆等去作規範，有時又從功能的角度切入，比如對交通、衛生、治安、交易等去作規範，這些規範的整體即構成公共空間管制法。

但這些用意良善的功能法，一旦間接涉及言論表達的限制，就和集會遊行的管制一樣，主管機關不能不提升到憲法的高度，去思考這背後的重憲法價值，而在制度規劃和執行上投入更多的心力。但一個城市真正偉大之處，不也就在這些細節嗎？