

釋字第七三四號解釋協同意見書

蔡明誠大法官 提出

本解釋認廢棄物清理法第二十七條第十一款規定與憲法第二十三條之法律授權明確性原則尚無違背，及臺南市政府中華民國九十一年十二月九日南市環廢字第0九一0四0二三四三一號公告之公告事項一、二（該府改制後於一000年一月十三日以南市府環管字第一0000五0七0一0號公告重行發布，內容相當。下稱系爭公告）有逾越母法授權之範圍，與法律保留原則尚有未符之結論，謹表同意。惟在指定清除地區內設置廣告物之行為，並非純屬於廢棄物清理法與憲法保障基本權利之範疇，因廣告物所呈現之內容、方式或時地等，亦可能與廣告相關法規所欲規範者發生重疊，因此本號解釋仍有進一步闡明之意義。茲提出協同意見如下：

一、 不宜單純依廢棄物清理法處理廣告物設置問題

廢棄物清理法之立法目的，係為有效清除、處理廢棄物，改善環境衛生，維護國民健康（該法第一條參照）。同法第二十七條第十款規定，在指定清除地區內嚴禁張貼或噴漆廣告污染定著物之行為，此屬於禁止特定地區污染環境行為之例示規定，為避免規範不足，掛一漏萬，另於第十一款概括規定「其他經主管機關公告之污染環境行為」。地方主管機關

於實務上，往往依前開第十一款法律授權而發布公告，有如本解釋原因案件所涉及之系爭公告事項，針對廣告物設置之事前核准時，其所列之要件事實，不無與前述第十款規定重疊或重複之情形，並泛稱廣告物，不區分廣告之類型及設置所附著之物，均視同廢棄物，概依廢棄物清理法予以嚴禁取締。¹ 此單純以廢棄物處理廣告物設置，仍有商權之餘地。尤其是廣告物所表現之廣告內容，可能涉及言論或資訊等傳播自由，如單純依廢棄物清理法處理廣告物設置問題，難免有侵害人民之行為自由或言論自由等憲法所保障基本權之疑義。

二、 處理廣告物設置時應考量「廣告法」適用問題

規範廣告之立法模式，從外國立法例觀之，有採取綜合式獨立之規範模式，亦有採分散式規範模式，我國屬於後者之立法模式。例如分散規定於廣播電視法、有線廣播電視法、衛星廣播電視法、公平交易法、兒童及少年福利與權益保障法等。例如廣播電視法中，將節目與廣告分開規定，有關廣告內容之禁止規定，準用節目之規定。由此可見，我國將廣告之規範，分別就規範之目的及廣告所呈現不同類型，而將之分散規定於各種不同法規之中，此一便宜性之立法模式，

¹ 類似規定，如道路交通安全處理條例第八十二條第一項第八款及第二項規定，對於未經許可在道路設置廣告牌，經勸導行為人不即時清除或行為人不在場，該設置廣告牌行為，如構成交通安全之妨礙，該妨礙物視同廢棄物，依廢棄物法令清除之。

固無可厚非。惟如同時欲對廣告予以規制，主管機關不宜單純從設置廣告物所附著之有體形式而逕認其為廢棄物或視同廢棄物，而宜視廣告之性質或內容，依據規範目的、對象，分別為不同範疇之保護及不同程度之限制。諸如廣告內容、方式或時地及廣告物設置行為對公共利益影響之程度，加以保護或限制。其限制如涉及言論內容之事前審查，原則上宜予避免。如有事先核准之必要時，應適用嚴格審查標準。² 再者，對於具有商業性質之廣告，其屬於商業言論(commercial speech)或經濟性廣告(Wirtschaftswerbung)³，該類廣告因針對內容或內容中立，或其言論價值高底，是否因此在憲法上保障程度有所不同(此有稱雙軌、雙階理論)，可能有不同之見解。⁴ 惟一般而言，言論自由之保障，可使人民之意見自

² 如參考公共論壇原則，於使用政府所有財產（例如公園及人行道）時，政府於憲法上負有提供言論使用之義務。政府如欲為言論之限制，須符合一定要件。即如除非內容限制符合嚴格審查(strict scrutiny)，否則所規制之內容中立(content-neutral)。另須為重要政府利益而為合理之時間、地點或方式限制。有關公共論壇使用之核准或許可制度，除非係為重要之目的，始賦予核准機關依明確標準審核，否則幾乎不給予自由決定，並提供程序保障（如核准申請之快速決定及核准拒絕之司法審查）等。參照 Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: principles and policies*, p.1167 (4th ed. 2011).

³ 參照 Epping/Hillgruber(Hrsg), BeckOK GG/Schemmer GG Art.5 Rn.20-21 (01.09.2015).

⁴ 有認為意見納入意見自由保障範圍，非繫於品質上價值標準之實現。國家不應區分界定意見之有價值與無價值，亦不問價值判斷在感性上正確或錯誤，或理性上有無理由。傳播自由包括意見自由、資訊

由流通，取得充分資訊及增進自我實現之機會，此言論包括商業言論(如經濟性廣告)，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則，受憲法言論自由之保障，此可參照本院釋字第四一四號解釋之意旨。因此，有關廣告物設置之處理，因廣告物上可能含有廣告內容之意見表現，故應同時考量廣告法規適用問題，並根據「廣告法」之規範意旨及目的(Sinn und Zweck)，作出適當且必要之規範。

三、 從憲法保障基本權觀點，廣告與廣告物宜予區別

廣告兼具意見表達之性質，以付費為常見型態。但如採取廣義解釋，則可能包括不需付費之意見表達或資訊傳播。至於廣告所附著物之型態各有不同，而呈現出不同形式之廣告物。本件原因案件，涉及廣告物所欲呈現言論表現之廣告，是否宜認為廢棄物或視同廢棄物，概予以取締，不無疑義，

自由及媒體自由等。在確定傳播自由之保障範圍時，係以表達及散布之意見為標的，如政治、文化、世界觀或經濟關係，而是否為其理想上所欲追尋之目標或獲利意圖，並非重要。如於確定意見自由保障範圍時，捨棄品質上預先規定，原則上商業廣告受保護。廣告包含意見且對接收者信念形成有所影響。對其保護，於往昔憲法上不爭論。美國最高法院自 1975 年後之判決發展，及歐洲人權法院對於商業言論加以保護。之後德國法院陸續有裁判對於醫療廣告等亦予以保護。有認為如廣告具有可評價、意見形成之內容或包含說明者，經濟性廣告得主張意見自由基本權。另如出版物之廣告，則屬於德國基本法第五條第一項第二段規定之出版自由保障範圍。(參照 Gloy/Loschelder/Erdmann, Wettbewerbsrecht, 4.Aufl., 2010, §69 Rn.19-22.)

已如前述。

廣告之內容，往往利用廣告所附著之物，例如容器、包裝、海報、招牌等廣告物，呈現其語文、圖形、視聽影像等廣告內容，此為廣告相關規定所欲規制之對象。如前所述，我國既未制定綜合性單一廣告法，屬於分散式廣告法之立法模式。本解釋所涉及廣告物，係因廢棄物清理法授權公告之命令，使設置於特定清除區域之廣告物，未經主管機關核准，而被視同廢棄物，地方主管機關據以取締之法令是否抵觸憲法發生疑義。為避免主管機關以規範廢棄物，間接達成限制廣告物設置之目的。如有利用廢棄物清理法，以便宜措施事前規制廣告等商業言論之嫌疑，自應受到嚴格之審查。又因廣告規範係屬於傳播規範之一部分，有關本解釋認為違憲部分，檢討修正涉及廣告物設置或廣告製作等規範，在憲法基本權之保障範圍，除考量傳統言論自由權外，宜留意資訊自由權(如資訊自主權等，釋字第五八六號解釋參照)，及包括媒體自由 (Medienfreiheit) 等之傳播自由 (Kommunikationsfreiheit)基本權之保障、限制(如法律保留原則)及其限制之限制(Schranken-Schranken)(如比例原則)。至於廣告物所呈現之廣告內容，未涉及意見表達之言論自由權，單純將廣告物視同廢棄物，處罰污染環境之廣告物設置行為，此行為規範所干預之基本權，因我國未如德國基本法第二條第一項規定從人格自由發展，創設出一般行為自由

(allgemeine Handlungsfreiheit)(或稱一般自由權⁵)，與言論自由競合時，因言論自由權屬於特別自由權，應優先適用。蓋一般行為自由屬於作為適用上補充之攔截性基本權（有稱截堵性基本權）(Auffanggrundsrecht)，亦即一般行為自由之補充性(Subsidiarität)⁶。由於我國憲法未明文規定，故宜解為得由憲法第二十二條(有稱為概括基本權)導出一般行為自由基本權，有如人格權(釋字第五八七號及第六六四號等解釋參照)一樣。因此如純從廣告物設置行為，宜認為可能涉及一般行為自由基本權之保障問題。但如論及廣告內容之意見或事實報導等言論表現時，因可能涉及言論自由等自由權，故宜先釐清其所涉及特別自由權之保障範圍、干預及限制等情形，藉以確認廣告所歸屬之基本權類型。職是，從憲法保障之基本權觀察，宜將廣告與廣告物區別。換言之，廣告所涉及言論之意見表現與該言論所附著媒介之設置，兩者不同，可能適用不同規定，故從憲法觀點，其可能適用憲法上所保障之不同基本權。此外，如有兩種以上基本權或憲法保障之法益(如環境衛生、國民健康、都市景觀、公共安全

⁵ 參照 Horn, in: Stern/Becker(Hrsg.), Grundrechts-Kommentar, Koeln:Carl Heymanns Verlag, 2010, Art. 2 Rn.6, 20.

⁶ 此於一般行為自由作為德國基本法第二條第一項之原則上補充性規定，即所謂具有適用上補充性之攔截性基本權(sog. Auffanggrundrecht mit Anwendungssubsidiarität)。參照 Mauz/Dürig, GG – beck-online, 74. EL Mai 2015, Art.2 Rn.21ff..

等)之競合或衝突，似得採取「務實諧和原則」⁷及比例原則予以衡量，以適當保障有關廣告之憲法上基本權。

四、違憲定期失效宣告之問題

本解釋所涉及之系爭公告，係依中央法規廢棄物清理法所為之公告，且此一公告似非其獨有創設，若干其他縣市政府因相互參引，亦發布類似內容之公告。理論上如單獨針對某一地方機關之公告或命令宣告違憲而立即失其效力或無效，固無不可，惟將公告之效力，立即歸於無效，恐其影響層面過廣，因此，本解釋採取類似奧地利式定期失效制度⁸，尚符合向來本院解釋常見之宣告方式。避免因違憲法令立即失效，造成法規真空狀態或法秩序驟然發生重大之衝擊，並為促使主管機關審慎周延立法，以期符合司法院解釋意旨，

⁷ 基本權利與其他憲法保護之法益間，於問題解決時相互歸屬，而獲取其實在性，創設基本權界線，此係德國所謂務實諧和原則(Prinzip praktischer Konkordanz)，並為基本權與基本權界限之法益間合乎比例所必要之歸屬。參照 Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg : C. F. Müller, Neudruck der 20.Aufl., Rn.72, 317. 有關基本權與基本義務之間的調和，釋字第 688 號解釋之蘇永欽大法官協同意見書，曾提及如何使其得到最務實的和諧(praktische Konkordanz)。另參照法治斌、董保城，憲法新論，台北市:元照，2010 年，頁 207-208。

⁸ 奧地利憲法第一百三十九條第五項針對命令違憲，但如法定準備所必要者，得定六個月至十八個月，及第一百四十條第五項針對法律違憲，得定不得超過十八個月，使之失其效力。參照 Mayer/Muzak, Bundes-Verfassungsrecht, 5.Aufl., Wien:Manz, 2015, B Art. 139 IV.4..

於不影響司法院宣告法令違憲之本質，因而宣告違憲法令之定期失效。宣告違憲之法令定期失效者，對聲請人之原因案件是否亦有效力，於此另有釋字第七二五號解釋為補充解釋。⁹ 惟從我國實務上觀察，近年來，宣告定期失效之解釋，略多於以往。定期失效宣告，有時雖有其必要性存在，惟如法律或命令在本質內容上具有不符合憲法價值或公平正義等原則要求，是否宜另定其效力仍在一定期間存續，以待新法令之檢討修正，頗有疑問。實務上，如難期待主管機關或立法機關準時完成立法、修法或迅速檢討，或無法律上須要等待或準備必要時，原則上宜直接宣告自解釋公布之日立即失效或不予適用，如此較為明確，並從「無效」之文義觀之，似較符合憲法第一百七十一條第一項及第一百七十二條所定法律或命令與憲法抵觸者無效之規範意旨及目的。至於如何解決法令違憲之空窗期，除聲請解釋之原因案件當事人外，其他與憲法解釋標的相關案件者之權利保障或法律救濟，法令經違憲宣告後之適用疑義，均宜有相關規範配合。

此外，憲法第一百七十一條第一項及第一百七十二條所

⁹ 另參照李震山大法官釋字第七二五號解釋部分協同意見書及該意見書註2，引用吳信華教授對於德國法上無效宣告及與憲法不一致宣告之論述。李大法官並認為未來若欲宣告「定期失效」，須同時就避免「造成法規真空狀態」、「法秩序驟然發生重大之衝擊」兩要件盡舉證與闡明義務，否則，即應儘可能採宣告「立即失效」之方法，回歸憲法第一百七十一條第一項及第一百七十二條規定之精神。

定法律或命令與憲法牴觸者無效，係使用「無效」用語，但在大法官解釋，卻使用「失其效力」，偶稱為「停止適用」（釋字第218號及第641號解釋等參照）。我國學理上有認為前開憲法規定所謂無效，旨在強調憲法具有最高效力，尚不能從中獲致我國釋憲機關解釋的效力採無效主義。我國大法官解釋的效力，全賴其解釋創設。¹⁰ 對此問題，在我國學者間雖有不同見解，惟如本解釋所涉及系爭公告，因不少地方主管機關亦有類似公告或規定之發布，且有認為被宣告違憲之公告並非全部違憲而是部分違憲等情形，若宣告其與憲法不符，使立法者有充分自由形成空間，修正法律，似較符合大法官解釋之意旨。換言之，此時比逕予無效宣告，其所生之衝擊力似較小，故在此情形，可否不逕予為違憲「無效宣告」(Nichtigerklärung)，而另發展出德國式之「與憲法不符」宣告(Unvereinbarerklärung)¹¹，頗值得考慮。又參照德國學者之見解，德國聯邦憲法法院可為抽象違憲審查與具體

¹⁰參照吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，台北：作者發行，民國104年9月增訂三版，頁756。

¹¹依德國憲法法院法第七十八條第一段規定，憲法法院於裁判主文上，得視個案而就違憲之法律宣告無效，另可為與憲法不符之宣告，有稱“Unvereinbarkeitserklärung”，此屬於單純與憲法不符之宣告(eine bloße Unvereinbarerklärung)，或對違反基本權之規範之違憲宣告。(參照 Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar Band 2, München:Beck, Dezember 2014, §78 Rn.57ff.) 德奧相關制度之比較，參照吳庚、陳淳文，前揭書，頁755。

違憲審查，特別針對平等原則所為之審查，除違憲無效宣告外，另可作出與憲法不符之宣告，並不以具體違憲審查案件為限。¹² 因此，我國大法官解釋雖採取抽象違憲審查制度，且未如德國憲法法院法第七十八條明定，得宣告無效或與憲法未符，惟我國大法官解釋實務上不乏出現「不符」或類此用語之情形，相對於違憲之用語，似較為緩和。本院釋字第二一八號及第六四八號等解釋，亦曾使用「停止適用」之用語，可供參考。故未來本院解釋時，似可再斟酌此種宣告方式之可行性，亦即不宣告「失其效力」或「無效」，而宣告「與憲法不符」而停止適用某抽象規範。

綜上，為補充本解釋若干值得再進一步推敲或闡明部分，爰提出協同意見書如上。

¹² 參照 Michael Sachs, Verfassungsprozessrecht, 3.Aufl., 2010, Tübingen: Mohr Siebeck, Rn.156ff., 221f..