

釋字第七三四號解釋部分協同部分不同意見書

陳新民大法官 提出

一幅狂野的標語，比一匹橫衝直撞的馬更危險，它不僅對騎士、群眾、玻璃窗造成危害，也危及了放在玻璃櫥窗內易碎的瓷器。

德國大法學家 賴特布魯赫

本席對多數意見針對廢棄物清理法(以下簡稱本法)第二十七條第十一款規定：「在指定清除地區內嚴禁有下列行為：……十一、其他經主管機關公告之污染環境行為。」(以下簡稱系爭規定)，是否牴觸授權明確性原則之問題，認定主管機關臺南市政府據以發布的兩個公告(九十一年十二月九日發布之公告，以及替代其的一〇〇年一月十三日公告，以下簡稱為「臺南市公告」)，規定所有臺南市政府所轄之區域內，所有廣告物的張貼、設置等行為，都要獲得市政府的許可，否則得視為廢棄物，而可由市政府逕予禁止、處罰及清除。乃是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行為，概予禁止並處罰，已逾越母法授權之範圍，與法律保留原則尚有未符。就此見解，本席敬表支持。

然而，本席對此部分仍有部分不同的見解，乃是多數意見(理由書)以系爭規定可援用同法條第三款及第十款之規定推知，該法所稱污染環境行為之內涵，不以棄置廢棄物為

限，其他有礙環境衛生與國民健康之行為亦屬之。這種見解，乃不當延伸法律明確的特別規定及於系爭規定之內，已經超越了法律授權之範圍。謹提協同意見書以明之。

次而，本號解釋卻是一件未能「對症下藥」，從而導致「捨本逐末」的解釋。由於本案起因於一個宗教團體，為了宣揚某種政治理念，利用於街道邊長期懸掛標語的方式表達之。但因未申請許可，遭主管機關以本法視同廢棄物般強制清除。

因此，本號解釋應將重心置於探究「廣告物設置的許可」，是否應要有一套完整的法源依據之問題。是否必須基於法律保留原則，而非可以由本法藉著比照清除垃圾等廢棄物，將未經過許可程序的廣告物，以「視同為廢棄物」的方式，夾帶授與主管機關擁有廣告物許可權的制度。

然而，多數意見卻未對此廣告物的管制法源，有欠缺法律保留的核心問題，加以論述。反而承認主管機關仍得藉著現行的本法之授權，雖然僅限於決定造成污染環境之廣告物的法源，但仍可維持許可制，卻對「不合法又未構成污染的廣告」的法律效果又未明言，顯然仍須交予自治規章，故效果有限。同時，此只能決定污染性廣告的權限，又以同法條第十款「張貼或噴漆廣告污染定著物」的規定重覆，而有疊床架屋之嫌。

故本席認為，多數意見應宣告臺南市公告有關廣告物的管制規定為違憲，臺南市本即可由自治條例取得規範一般廣告物的法源，毋庸與本法專門處理廢棄物的立法目的相掛鉤。即可不採狹義的廢棄物概念，作為規範廣告物之公益目的——例如，追求景觀與市容公益等。同時本席也反對多數

意見未以重要關聯理論，將主管機關(臺南市政府)制定的「臺南市廣告物管理自治條例」之合憲性納入本號解釋的審查範圍，形成了「雙胞胎制」，也可能造成規範競合之弊。再者，本席也反對多數意見對廣告認定為保障言論自由為主要法益，而非基於一般的行為自由，將使檢驗的標準輕重失衡，無法自圓其說。

上述不同意見之處，本席雖抒陳再三，然未能蒙持多數意見同仁採納，謹敬提不同意見書於次，再盡言責於萬一也。

一、協同意見部分

(一)系爭規定應採嚴格與狹義的解釋

本號解釋既然以系爭規定為解釋的標的，審查此規定的授權，是否過於抽象與空泛，從而抵觸明確性原則。因此，正確的審查標準，當是把握本法的基本精神，當是重點。

由母法第一條前段的立法理由：「為有效清除、處理廢棄物，改善環境衛生，維護國民健康，特制定本法」可知，本法只限於「清除廢棄物」，如果非屬廢棄物，即使造成環境污染，亦不可作為規範內容，除非有特別規定，將其定義為「視同廢棄物者」¹。抑或是廢棄物，即使未造成環境污染，亦可依本法來清理之。顯示本法是緊緊連繫著廢棄物的認定，又鑑於系爭規定的「嚴禁行為」屬性，故應採嚴格與狹義的解釋。故不能任意擴充「廢棄物」及「污染」概念。

多數意見認定系爭規定僅限於許可主管機關決定何種

¹ 所謂「視同廢棄物」的特別規定，例如，道路交通管理處罰條例第 82 條第 1 項第 8 款規定：「未經許可在道路設置石碑、廣告牌、綵坊或其他類似物。」可責令行為人即時停止並消除障礙外，處行為人或其雇主新臺幣一千二百元以上二千四百元以下罰鍰。同時同條第 2 項規定：「前項第一款妨礙交通之物、第八款之廣告牌、經勸導行為人不即時清除或行為人不在場，視同廢棄物，依廢棄物法令清除之。」，則專對妨礙交通的廣告物，在兩種情形下(勸導行為人不即時清除及行為人不在場)，可視同廢棄物，依廢棄物法令清除之。

「造成污染」的廣告，係授權主管機關就指定清除區域內禁止之該法第二十七條所列舉十款行為外，另為補充其他污染環境行為之公告，則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，未逾越授權的範圍，且可推論出此「造成污染」可有明確的範圍。

系爭規定的詮釋，既然限於「其他有礙環境衛生與國民健康之行為」，這是客觀現象，亦即物理狀態呈現出來的有害環境衛生與國民健康，且多半侷限於環保或衛生單位的認定，屬於狹義的「污染環境之行為」，不能擴張到美學、維護傳統文化價值、甚至調和地方族群、特殊宗教族群與文化等等可概稱為「景觀價值」之其他法益。

至於上述景觀、市容等其他法益的廣告管理，屬於美學或視覺上的「防止污染」的法益，自可由其他法源中獲得依據(下述)，毋庸與清除廢棄物的本法聯結在一起，而產生有無逾越授權目的的爭議。可惜多數意見未能夠明正言順的將此區分予以論述，否則，更可以正本清源的澄清一般廣告物的規範，可以追求廣義與狹義的美觀、污染等涉及公共利益的立法價值。

(二)本號解釋擴張了「污染」與「廢棄物」的概念

雖然多數意見對系爭規定的授權採取狹義與嚴格解釋，但卻又不能夠嚴格把持法律保留的精神，以致於錯誤的將特別的例外規定視為一般規定，可為概括授權的內容。此值得斟酌的見解出現在理由書第一段中：「另從其中第三款：『於路旁、屋外或屋頂曝曬、堆置有礙衛生整潔之物』及第十款：『張貼或噴漆廣告污染定著物』規定應可推知，該法所稱污染環境行為之內涵，不以棄置廢棄物為限，其他有礙環境衛

生與國民健康之行為亦屬之。」可知多數意見將第三款與第十款的特別規定昇華為一般性通案概念，並使用於對系爭規定授權範圍的解釋之上。顯然將本法所規定的廢棄物之概念由無使用、保有價值的用品²，演變成「具污染影響性」的物品，延伸至其他侵及環境衛生與國民健康的物品之上。這種將「污染物」與「廢棄物」脫勾，使得「廢棄物」的範圍擴充之作法，與系爭規定應採行嚴格的解釋的基本精神不符。

故本於本法的立法基本精神，本法的解釋應完全限制在純粹的廢棄物之上。本席贊同於必要時，亦可將擬制為廢棄物者(視同廢棄物)，準用本法的規定以求「立法經濟」³。但不能贊成這種系爭規定，可以援引法定的特殊例外規定，而造成超越授權目的的後果。

(三)多數意見承認臺南市政府公告仍可採行許可制，其法律效果有限

多數意見承認臺南市政府公告並未失效，而僅是在行使系爭規定所賦予之許可權時，對未獲許可的廣告，限定必須造成污染後果，方得予以清除或課予行政罰鍰之責，即如理由書所述：「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行為，概予禁止並處罰，已逾越母法授權之範圍，與法律保留原則尚有未符。主管機關應儘速依前

² 參見廢棄物清理法第二條對所謂廢棄物的定義(一般廢棄物、事業廢棄物)都完全限制在一般人民所能理解的拋棄與無用之物。

³ 本法可以概括的規定，其他法律規定視同廢棄物的處理，得依本法之規定行之。例如，註1所提及的道路交通管理處罰條例第82條第2項，便是一例。即將本法作為廢棄物清理的基準法。如此可以保留各種法律以其不同目的，決定何種物品已構成廢棄物的要件，非必與本法的要件相同不可。這種方式，當比多數意見在此種「純粹廢棄物事件」來作抽象規範還來得明確可行。

開意旨修改相關規範，使未經主管機關核准而設置廣告物者，仍須達到前開污染環境相當之程度，始構成違規之污染環境行為。……」。

此無異承認地方政府仍然保有一般廣告物的許可權限。經許可者自無污染之虞的問題（這也自始即不構成問題者），而對未經許可的廣告，即不能逕以處罰，僅限於經主管機關認定造成污染者——且是狹義的污染為限——，方可裁罰與清除。但對於其他未經許可，又未造成污染的廣告物，雖不能適用系爭規定，然主管機關仍可依據地方政府本有的廣告物管理自治規章來予清除。故對人民的違法廣告，一樣會遭到制裁的後果，只不過主管機關將處罰權，由左手（系爭規定）交到右手（自治規章），本號解釋只扮演著「轉手」的角色罷了。

如此一來，多數意見承認地方政府根據系爭規定——僅是授權得認定「類同污染物」的權限——仍可擴張到能擁有規範一切廣告物的決定權，享有「廣告物許可制」的立法與裁罰權。惟其法律效果極為有限，反而有賴廣告自治規章，才可以清除其他一切不合法的廣告物也。因此，本號解釋何不明白指明本法應與廣告物的許可程序分離，最多只要將其他法律視同廢棄物的規定準用本法也。本席也已提及之。

（四）造成「疊床架屋」的重覆規定

針對會造成污染的廣告物，本法並未忽視此種頗為普遍情形。本法第二十七條第一項第十款規定：「張貼或噴漆廣告污染定著物」，亦為同條文所禁止之行為。在此已經列舉了「可以污染定著物的廣告」，易言之，廣告物任意張貼，

而引起環境污染的事務，已可由本款獲得處罰的依據，毋庸再由系爭規定來重覆規定——即如多數意見所要求者——。故多數意見的結論，無疑是一種「疊床架屋」之舉。例如，系爭的臺南市公告：「公告事項：一、本市清除地區內，未經主管機關核准，於道路、牆壁、樑柱、電桿、樹木、橋樑、水溝、池塘或其他土地定著物張掛、懸繫、黏貼、噴漆、粉刷、樹立、釘定、夾插、置放或其他方法設置廣告物者，為污染環境行為。……」很明顯的，即將「其他土地定著物張掛……置放或其他方法設置廣告物者，為污染環境行為。」，豈非第十款的內容乎？

除本法的重疊規定外，可再試舉一例說明之：

目前對於競選過後的選戰廣告，並不採利用系爭規定，認定為「視同廢棄物」的方式，而是將之歸為「污染定著物」的廣告，依本法第二十七條第一項第十款規定，處罰與清除之，便是顯例⁴。

更何況，在何種情形之下，一個廣告物的張貼或噴漆會造成「定著物之污染」，可以由主管機關就個案予以認定，亦可以透過制定「判斷標準」的行政規則，由各下級機關統一行使認定的裁量權（行政程序法第一百五十九條第二項第二款），毋庸法律的明白授權也。如此一來，可能造成多重立法——有法律依據的法規命令性質之「公告」，及無法律依據之行政規則之「標準」也。

⁴ 按依公職人員選舉罷免法第 52 條第 4 項：「競選廣告物之懸掛或豎立，不得妨礙公共安全或交通秩序，並應於投票日後七日內自行清除；違反者，依有關法令規定處理。」此處的「依有關法令規定處理」，究依系爭規定或是第 10 款的污染廣告？實務上採後者，例如，行政院環境保護署民國 94 年 9 月 27 日環署廢字第 0940074277 號函：「一、查內政部於 93 年 7 月 23 日已廢止『廣告物管理辦法』。競選期間選舉廣告物之管理應依『公職人員選舉罷免法』相關規定辦理。二、競選期間前張貼廣告管理，請依廢棄物清理法第 27 條第 10 款在指定清除地區內嚴禁張貼或噴漆廣告污染定著物規定辦理。另懸掛或豎立標語、看板、旗幟、布條之廣告物管理，應依內政部『招牌廣告及樹立廣告管理辦法』相關規定辦理。」

但無論如何，本款(第十款)的規定，都必須侷限於「造成污染」之虞者，與將廣告物納入一般管制、採行許可制所涉及的景觀或美學價值無涉⁵，故更偏向本號解釋的意旨，是顯示出系爭公告更不應造成與本款「重覆規定」的結果也。

二、不同意見部分

(一)應宣布臺南市公告為無效——同時將臺南市廣告自治規章納入審查，並承認地方自治團體擁有規範廣告之立法權限

本席認為，本號解釋應宣告現行地方政府依據系爭規定而頒布的廣告規範——採行許可制的公告——為無效，同時此規範廣告一般權限應交由地方自治團體自治規章規範之。然多數意見未採納之。

按廣告規範，如同一般人權事項，可由中央及地方法規限制之。亦即不僅在個別專法之中，國家除了可透過法律，取得廣告物的規範權外，且得授權、委託地方政府執行此類事宜；亦可依據中央與地方分權原則，由地方取得自行規範廣告事宜之權力，以「因地制宜」維護地方的特色。

在前者情形，例如建築法第七條，將固定設立的廣告牌視為「雜項工作物」與其他建築物一般，皆須以獲得許可為前提。而同法第九十七條之三且規定：「一定規模以下之招牌廣告及樹立廣告，得免申請雜項執照。其管理並得簡化，不適用本法全部或一部之規定(第一項)。招牌廣告及樹立廣告之設置，應向直轄市、縣(市)主管建築機關申請審查許

⁵ 在此情形，既然廣告的張貼依地方廣告管制自治規章採行許可制，對於未獲許可的廣告，儘管實際上造成「美化」定著物的效果，亦仍可視為應罰鍰與強制清除的不法廣告物，而非污染之廣告物。

可，直轄市、縣（市）主管建築機關得委託相關專業團體審查，其審查費用由申請人負擔（第二項）。」即分別賦予中央機關與地方機關就廣告事務的管理權限。中央機關之內政部，也因此依建築法第九十七條之三第三項之規定，發布「招牌廣告及樹立廣告管理辦法」⁶。地方政府，如臺北市，亦制定「臺北市一定規模以下廣告物委託審查作業準則」⁷。另外其他法律，如道路交通管理處罰條例第八十二條第二項，亦規定在一定的條件下，直接將廣告物的設置納入規範，同時，也可採取視同廢棄物之立法方式⁸，而明白地準用本法的規定。

至於後者，亦即地方政府能斟酌地方特殊的公益考量，包括市容景觀的規劃、保護地方有特色的建築、環境與觀光利益，而依地方自治的中央與地方分權原則之方式，透過制定各種關於廣告物設置的自治條例或自治規章⁹。

就本號解釋的原因案件而言，臺南市政府本即制定此種法規，例如，九十四年五月二十日（及一〇二年十二月二十二日）制定臺南市廣告自治條例，規定該市所轄的地區內廣告物的內容必須獲得主管機關的核准，而後方得申請設置的

⁶ 招牌廣告及樹立廣告管理辦法（民國 93 年 6 月 17 日 發布）第 14 條：

「下列處所不得設置招牌廣告及樹立廣告：

一、公路、高岡處所或公園、綠地、名勝、古蹟等處所。但經各目的事業主管機關核准者，不在此限。

二、妨礙公共安全或交通安全處所。

三、妨礙市容、風景或觀瞻處所。

四、妨礙都市計畫或建築工程認為不適當之處所。

五、公路兩側禁建、限建範圍不得設置之處所。

六、阻礙該建築物各樓層依各類場所消防安全設備標準規定設置之避難器具開口部開啓、使用及下降操作之處所。

七、其他法令禁止設置之處所。」

⁷ 中華民國 100 年 4 月 7 日臺南市政府(100)府法三字第 10030993400 號令訂頒。

⁸ 參見註 1 處。

⁹ 例如，高雄市廣告物管理自治條例第 1 條：「為管理本市廣告物，以改善市容觀瞻、維護公共安全及塑造都市特色，特制定本自治條例。」即未明示其法源。同時，得援引地方制度法第 26 條有關於罰鍰，課予清除義務，以及連續處罰的執行罰的權限，能擁有規範廣告的完整權限也。

程序規範，且作為原因案件訴願決定(臺南市政府訴願決定書九十九年度訴字第三四號)的裁罰依據。

同時本席亦認為大凡實施地方自治的國家，地方政府皆應有此權限。故本號解釋通過後，各地方政府仍可以就其已頒布一般性的廣告規範自治條例，繼續適用。

如此一來，就以臺南市政府為例：一則可以依據系爭規定發布公告，認定「屬於污染物」的廣告；二則可以依據廣告物自治條例，規定一切廣告物的許可要件，及違反者的裁罰。顯然，臺南市政府表面上「左右逢源」，有二種法規可供使用。但後者亦可能與前者產生「規範競合」，此時顯然前者有優先效力？又可否併罰？而且，地方廣告自治條例，可將美學與景觀利益納入，更合乎地方的需求，範圍比前者更廣，何必非分兩法來規範？

顯然的，於此種針對同一事務而有雙重規定之情形，上述臺南市政府的廣告自治條例，應當納入本號解釋的審查標的，方可避免「掛一漏萬」之弊。

由上述不少法律皆可以將廣告物的設置與張貼等行為納入規範，是為國家對人民一般行為自由的管制，並無太大的特殊性。國家及地方政府將之列為平常的法律管制事項，適用求法律保留與比例原則，如有公益之必要，而對其張貼與內容進行審查與許可制，違反時，自可以相關法律予以裁罰，或命其清除，例如，地方廣告物管理自治條例可以規定罰則以及執行罰。

只有在若干特殊的事件(如前述的道路交通處罰條例事件)，方採行「擬制為廢棄物」的規範。但此屬於立法裁量範圍，應當由立法者明確地作出決定，不能如系爭規定的立

法方式，採含混的攀引手法，將造成犧牲嚴格法律保留原則之代價。

如前所述，除了其他法律能規範廣告的管理事宜外，地方自治團體本即擁有對於廣告物的一般管理權限。廣告物的張貼，以及內容的審核，可採取許可制，即課予人民不得隨便張貼廣告的義務。此「不行為的義務」，如有違反時，自可課以罰鍰等「秩序罰」，以及承擔「清除義務」。最明顯的莫如道路交通管理處罰條例第八十二條第一項對違反該條例規定之張貼廣告物者，除責令行為人即時停止並消除障礙外，並可處行為人或其雇主新臺幣一千二百元以上二千四百元以下罰鍰。

又例如，德國巴伐利亞邦即透過制定「邦社會秩序維護法」(Landesstraf-und Verordnungs-gesetz, vom 22. 05. 2015)的方式(第二十八條)，規定各個地方為了維護自然、藝術或古蹟，得規定對特定公開之場所不得張貼任何佈告，特別是廣告、傳單標語。以故意或過失違反此義務者，得處以罰鍰。地方政府對違反義務者，得命其清除之。便是對張貼廣告物廣泛採行許可制的一例¹⁰。

另歐美城市多半會設立「廣告柱」，在通街要衢處設置水泥圓型柱，專門提供張貼廣告之用。對廣告的尺寸、甚至視覺效果、內容等，都有一套規定。這些代表城市品味的廣告柱，如羅馬、巴黎、倫敦、柏林等，已成為此類城市都市文化景觀的一景，絕不可能任由人民張貼成「大字報」般的街景。同樣的，各城市也可指定地區，許可居民張貼廣告，亦得限定尺寸及其他的要求，而以地方自治團體的法規律定

¹⁰ 參見前註 9 之高雄市廣告物管理自治條例。

之。

同時，即使在地方自治法規對於違反廣告管理的行為，除了行政罰的罰鍰、命清除義務外，也可以由地方制度法取得行政執行罰——在行為人不履行此義務時之「代履行」或「直接強制」的制度，由行政機關強力執行此義務，且可收取履行費用。這是不論中央行政或地方自治行政實務上，每天都上演的公權力戲碼，乃是行政執行的常態。

故廣告物管理既可採行中央或地方法規所明白賦予的許可制，如主管機關許可權力濫用、違反比例原則，且有常態性的行政救濟途徑以防杜之。這也是我國目前法制已有的建構，也堪稱完善¹¹。故表現在規範廣告物的法制事務，目前的建構，在地方政府的立法層次（例如，臺南市政府廣告物管理條例），其立法的合憲性基礎，基本上並無疑慮¹²。可惜未有透過本號解釋來予驗證與肯定之機會。

¹¹ 例如，德國便經常採行此種方式，對於違法張貼的廣告物，加以處罰及強制清除，例如，近年來德國聯邦憲法法院在 2009 年 9 月 24 日，公布的一個「德國國家黨廣告拆除案」(NPD-Plakate-Urteil)便認為：地方政府根據相關法律，對於不法的張貼廣告，可以依據行政執行法來清除之，並不屬於侵犯人民言論自由權，故屬於合憲之行為。本案起因於進右傾的德國國家黨(NPD)在 2009 年 8 月的選戰中，在許多鄉鎮懸掛為了納粹侵略波蘭的行徑翻案的廣告「侵犯波蘭？別再扯了！」(Polen-Invasion Stoppen.)，被地方政府控告違反所屬麥可倫堡—佛波門邦(Mecklenburg-Vorpommern)的社會秩序維護法，因為該項廣告的內容觸犯刑法破壞種族和諧，及鼓吹納粹思想等煽惑犯罪之嫌，而命拆除，並處 5,000 歐元的罰鍰。國家黨不服而起訴，最終並經邦高等行政法院 2009 年 9 月 19 日以裁定駁回而上訴確定。國家黨認為此舉侵犯其政治抗爭之言論自由權。但德國聯邦憲法法院以極快的效率作出了裁定：認定對比起生活在波蘭族群及人民的生存、人格權與人性尊嚴而言，這種彰顯政治鬥爭的言論顯為「低價值的本質」(minderwertige Wesen)。2 BvR 2179, Beschluss vom 24.09.2009.故聯邦憲法法院的立論，顯然認為廣告標語，雖是政治抗爭中的言論自由，但並不將之如美國般，視為最高價值的法益，而給予最嚴格的保障，反而將其與其他牽涉的人權相對比，而得出了「低階法益保障」的結論。同時本案也涉及對於廣告內容的審核，也未以「事前審查之禁止原則」來論究，也不論及以社會秩序維護法來制止或除去有違反該法之嫌的廣告是否違憲的問題。德國聯邦憲法法院本件判決，可以給本案在方法論上的一個極佳之思考方向。

¹² 例如，德國各個鄉鎮幾乎都有類似的廣告物規則，由規定除了自家商店門窗、牆壁張貼廣告外，其他地方張貼廣告皆要獲得許可。德國各鄉鎮的情況乃委託民間公司，負責申請、張貼、收費等事宜，以求一致性，瑞士亦同。日本各地方也不乏類似的廣告，例如，全國性質的「屋外廣告物法」(昭和 24 年 6 月 3 日，法律第百八十九號；最後改正平成 23 年 6 月 3 日，法律第六十一號)，各地方，如北海道屋外廣告條例(昭和 25 年 11 月 25 日，條例第 70 號)，以及北海道屋外廣告條例施行規則(最後改正平成 26 年 12 月 24 日，規則第 95 號)。顯然，臺南市政府所制定的廣告物管理規範，與日本頗為類似。

中央層次的其他相關法律，仍可規範廣告事宜，已於前述，惟地方自治團體的相關規定與公告是否已遵守法律授權明確性原則，以及不應擴張成為授權地方自治團體以「授權命令」取代上述地方廣告自治條例的地位，是為我國目前廣告法制的重大合憲性瑕疵。

如能補正此缺憾，現行絕大多數關涉廣告物的管理、個案處分與救濟程序，仍可繼續適用，因此按照多數意見的見解，不只不能釐清目前我國廣告法制所存在的一項重大缺憾，反而有混淆現行法制運作的後遺症，而造成「去簡就繁」，愈解釋反而把整個廣告的規範與法理，弄得更模糊與抽象，豈非「作繭自縛」，陷入「應最大程度享受言論自由保障」的魔音之中？

(二)保障法益的爭議——不應專注在言論自由

本號解釋多數意見似乎也對本號解釋標的(設置廣告物)所牽涉的法益——即人權種類之認定，視為言論自由，亦不無私偏之嫌。可分三點來分析：

第一，必須界定廣告的人權屬性——不能專注言論自由，而應屬於意見表達的方式，且張貼設置廣告，屬於憲法第二十二條保障的一般行為自由。

本號解釋對於廣告的規範所侵犯的法益，顯然置於言論自由的保障之上，此在理由書第三段已經引述本院釋字第五〇九號、第六四四號及第六七八號解釋的意旨，將此法益提升無與倫比的重要性。顯然，本號解釋的重心乃在保障言論自由，也種下了本號解釋會意圖聯結到解決公共論壇的許可性問題。

對於廣告與言論自由的關係，多數意見雖然在理由書第三段提及：「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」，有意將廣告不完全涵括於言論自由的範圍之內。但將廣告視為言論自由的範圍之一，亦即廣告範圍較小，言論自由較大也。

實則，剛好相反，這種「獨尊言論自由」，正是漠視了廣告所牽涉更多種類的人權(如，財產權、宗教自由、創作自由、學術自由)。廣告其實應當作為人民「表意」的平台：不僅涉及了追求商業利益的財產權行使、宗教與信仰自由(如本號解釋原因案件)、藝術創作自由、政黨與參政權(政治與競選言論)、學術與思想自由，和一般最普通的言論自由。這些都可屬於人民的「表意自由」，端視其呈現的方式，可以由不同的法律，形塑其保護的機制，與其他應配合適用的原則，也因此可以有不同的檢驗標準。

例如，利用集會遊行的方式顯現之，則以集會遊行法來規範；如以出版方式宣達，或在報章媒體刊載，更可由新聞法規來規範之；如形諸於競選之時，更可由選舉罷免法規來予以規定¹³。

至於，一般的廣告，且絕大部分是商業性質的廣告，雖然人民經常可透過張貼廣告的方式，抒發個人的政治、宗教及其他人生觀，同時，利用此種方式亦可能刊登在媒體上，使廣告與新聞自由聯結在一起，能在憲政實務上產生重大的影響¹⁴。但還以商業廣告為主。

¹³ 例如，公職人員選舉罷免法第 45 條第 5 款，有不得懸掛或豎立標語、看板、旗幟、布條等廣告物為候選人宣傳之規定；第 52 條有極為詳盡關於宣傳品印發及競選廣告物之懸掛豎立注意事項；其中第 4 項還有：「競選廣告物之懸掛或豎立，不得妨礙公共安全或交通秩序，並應於投票日後七日內自行清除；違反者，依有關法令規定處理。」的規定，與本案原因案件頗有密切的關連。

¹⁴ 例如，美國涉及新聞自由最重要的案例，New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)。

釋字第四一四號解釋已經首次的闡釋了廣告在基本人權中的定位：「……藥物廣告係利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的，乃為獲得財產而從事之經濟活動，並具商業上意見表達之性質，應受憲法第十五條及第十一條之保障。……」又同時提到藥事法對廣告的核准與憲法第十一條保障人民言論自由及第十五條保障人民生存權、工作權及財產權之意旨尚屬相符。

此號解釋理由書的立論，顯然採納了美國的言論保障，區分為保障程度較低的商業言論(低價值言論)，以及保障程度較高的非商業言論(高價值言論)¹⁵。在本號解釋，將低價值的商業性言論(此處是指藥品廣告而言)，雖然也受憲法言論自由的保障，但主要是屬於人民財產權的自由實施(獲得財產而從事之經濟活動)。

此號解釋強調，一般的商業性廣告的保護理由，也由言論自由移往財產權的保障。在此作出了言論自由的法益高過財產權的利益。實質而言，這也可以由憲法的財產理念獲得驗證。

所有人民財產權的行使與保有，受到公共利益甚大的制約，亦即「財產權的社會義務性」，使得財產權的運作「必須同時有利於公共利益」，已經是現代法治國家憲法的共識¹⁶。故即便是普通商業廣告也應符合公共利益，更何況涉及公共健康與衛生的藥品、食品或其他醫療或涉及公共服務與

便是源於一則刊登在紐約時報的廣告，涉及譏謗，而使紐約時報涉訟，紐約時報援引新聞自由，將言論自由納入此自由的保障範圍之下，美國最高法院才作出此保障新聞自由涉及言論自由時，必須符合「譏謗須具備真實惡意」要件的著名案例。

¹⁵ 法治斌，論美國妨害名譽法制之憲法義務，刊載：前述書第 51 頁；林子儀，言論自由與名譽權保障之新發展，刊載：焦興鎧（主編），美國最高法院重要判例之研究（1990~1992），中央研究院，歐美研究所出版，民國 84 年，第 13 頁；可參見陳新民，憲法學釋論，修正 8 版，民國 104 年 5 月，第 283 頁以下。

¹⁶ 可參見陳新民，憲法學釋論，第 350 頁以下。

執業(例如，律師不得以廣告招攬業務)，所為維護更優勢公益、且更高度的限制！

而本號解釋卻一反釋字第四一四號解釋，對於可能涉及商業與財產利益的廣告，卻一頭栽進「屬於言論自由」的領域，未免為「跳躍式的思路」？

所以，本號解釋理由書第三段的敘述：「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」剛好正相反，應當改為「廣告兼具言論表達之性質，屬於憲法第十一條所保障之範疇，但屬於意見表達的方式之一」。人民張貼與設置廣告物的行為，即可不論其「廣告的內容」如何，而應視其外在的行為模式「張貼、設置、塗噴」，應當屬於憲法第二十二條保障的「一般行為自由」，這也可以由系爭規定的用語「在指定清除地區內嚴禁有下列行為」，明顯的是以「行為」作為嚴禁的對象，豈非對人民一般行為(包括放置、處理廢棄物的行為)的自由乎¹⁷？

第二，涉及到檢驗其合憲性的嚴格或寬鬆。

這種區分法益保障的歸屬，也涉及檢驗其合憲性的嚴格或寬鬆。如涉及言論自由，特別是非商業性質者，應以較嚴格的審查標準。然而本號解釋顯然未採嚴格的審查標準，顯與言論自由的保障原則背道而馳。

故本號解釋多數意見，既然曲解了廣告所呈現的多種人權實踐的面相，對憲法法益認定錯誤；以及忽略了國家與地方自治團體，得為重要的公益，不僅是環境衛生，也及於景觀美化、族群與宗教和諧等，對廣告的設置予以法律詳盡的規範並課予義務。但此法制必須與廢棄物清理法「脫勾」，

¹⁷ 否則，在論理上可否合理化系爭規定所援的廢棄物清理法第 27 條的其他 1 到第 10 款為「一般行為自由」之管制，而第 11 款突然一變轉為言論自由之限制乎？

否則諸如現行法制此種抱殘守缺式的「夾帶實施廣告物許可制」，以及多數意見仍許可此現象存在的「捨本逐末」現象。

討論這種法益的歸屬，不僅是學理的價值而已，而涉及到檢驗的標準。如同在釋字第四一四號解釋已經提及了，如果屬於商業言論，其「值得保護性」已降低；若涉及藥物或食品安全等，其「值得保護性」更形降低。此外，在「非商業言論」方面，也並非全部採行「同質量的嚴格檢驗」標準。即以大法官過去的解釋而言，政治性言論最受大法官青睞。例如，釋字第五〇九號解釋：「……憲法第十一條規定，人民之言論自由應予保障，鑑於言論自由有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理的政治及社會活動之功能，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺之機制，國家應給予最大限度之保障。……」便是一例。

反之，對於立法者關於社會多數共通價值所為之判斷，認定為有礙風化的言論與出版自由，則原則上採最寬鬆的認定，以尊重立法的判斷（釋字第六一七、四〇七號解釋）。

此些標準，不僅涉及其內容，也在於其表達的方式、呈現於大眾的機會（例如，上述釋字第六一七號解釋涉及猥褻出版品的販賣、陳列）。而橫互在其中，涉及宗教自由、創作自由，既然在管制內容方面沒有其他的法律規範，即享有甚大的自由，故仍能在「表現在外」的領域予以限制，宗教自由表現宗教行為之自由與宗教結社之自由，釋字第四九〇解釋仍可以公益為由限制之。該號解釋未特別提及檢驗的標準，似乎即和一般公益的限制無異。例如，燃燒金紙、廟宇的建築與安全設施標準、張貼宗教廣告……，都是其例。

此時，言論自由的重要性，已經退讓至更大範圍的人權種類，例如，上述宗教廣告可納入宗教行為的自由領域，而可由規範該行為的法律及其寬嚴標準，來規範之，毋庸斤斤於其屬於「言論自由」的保障機制。

本號解釋卻「獨尊言論自由」，理由書第三段甚且援引釋字第509號解釋的立論，將言論自由列為憲法最嚴格保障的人權種類，頗有信誓旦旦將給予最嚴格的保障—包括藉以檢驗是否符合法律保留原則與授權明確性原則，違論比例原則—。更何況，系爭規定已經明白指出：「在指定清除地區內嚴禁有下列行為……」，這裡使用了最嚴格的「禁令」措詞，顯然人民相關的行為受到最嚴厲、毫不通融的限制，也最容易違反比例原則。此時正是需要釋憲機關採行嚴格的審查標準，以避免上述立法的「嚴格禁令」可能過度侵犯人權。

同時多數意見仍採取極寬鬆的標準，讓系爭公告仍可以夾帶規範廣告物的許可制規定，只不過是限於會造成污染部分，易言之並不在根本立法上質疑其合憲性的瑕疵！原來「雷聲大雨點小」，結論豈不令人洩氣乎？

近年來，在公私建築物上經常看到的「塗鴉」(vandalism)更常被援引為「藝術表現」，此時，對此塗鴉的容忍度，端視立法者與國民的法感情，採嚴格者如新加坡，一九九四年便曾發生過轟動一時的「麥可·費」(Micheal Fay)案件—對一個美籍十八歲青年，一再觸犯塗鴉罪，而遭處六下鞭刑，引發全美抗議的事件—¹⁸。

至於絕大多數國家皆採寬鬆者，如英美國家及我國。但也都會為維護城市景觀為由，不許可塗鴉行為，只不過不會

¹⁸ 可參見陳新民，李光耀的法治觀—以中國法家思想來驗證，當代公法新論—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，上冊，元照出版社，2002年7月，第682頁。

動用到刑事罰，尤其是鞭刑等觸犯人身自由、屬於酷刑的重罰，最多處以行政罰鍰而已。故其檢驗標準則不會上升到釋字第509號解釋的「民主政治核心價值」，甚至所謂的「城市景觀利益」，連衛生、安全的顧慮都提不上，也不能與「商業言論」可聯結言論自由與財產權，屬於低價值的言論權，相提併論。因此，其值得保障性的位階更低也。

故綜上所述，廣告光以其行為模式，屬於人民一般行為自由之表現與應受之限制，可由各種法律以其追求的目的來規範之。不得以某些廣告涉及言論自由之領域，則以言論自由保障的尺度與標準來適用到整個廣告的法制之上，否則無疑以偏概全。正如同地方政府，對一個不應張貼廣告之處所違法張貼之廣告，行使清除權時，豈能針對不同廣告的內容，而給予不同的審查標準，例如，抒發政治言論的廣告，應給予最大的保障，從而限縮清除權的行使；反之，涉及藥品及食品廣告，以及塗鴉作品，則以最嚴格的尺度清除之；而宗教性的內容廣告，則以正常的執法態度……？顯然，背離了廣告法制執法的平等原則與廣告的立法目的！

第三，廣告的規範也不限於公共空間，也及於私人空間。

本號解釋試圖將解釋範圍及於公共論壇，故將展示於公共空間的標語、廣告視為言論自由，期冀能以公共論壇的模式用在廣告行為之上。此用意固然令人欽佩，但出發點也不免狹隘，因為廣告的規範，雖然以公共空間為主，但也多半及於私人擁有的土地、定著物及附著物之上。例如，為求都市的景觀美麗與一致，私人建築物的外牆常常被課予一定的維持義務，例如，必須勤於維修、保養，不得顏色斑落而顯得破舊，也不得任意張貼廣告與標語。一般小面積，張貼於

店鋪門牆固以自由開放為原則外，但較大尺寸或涉及到景觀與市容，則在管制之列，這亦是「財產權社會義務」的原則。就以系爭規定，廢棄物清理法第二十七條第三款：「於路旁、屋外或屋頂曝曬、堆置有礙衛生整潔之物」的規定，所禁止的「屋外或屋頂」顯然即以私人房舍為規範對象。同樣的在第十款：「張貼或噴漆廣告污染定著物」，則公私所有之定著物皆包含在內。再如，建築法第七條，將固定設立的廣告牌視為「雜項工作物」，更是主要規範私人土地上設立的固定廣告牌。因此，不能專以公共空間作為設想規範廣告物的場域。

(三)公共論壇概念的引述未能達到澄清的效果

誠然，本號解釋涉及了利用張貼廣告表達一定的意見(宗教團體表達政治意見)，而且是利用道路等公眾得以自由出入的場所張貼之，已經涉及到憲法學上所謂「公共論壇」(public forum)的議題，這也是近年來歐美公民社會討論的熱門議題，論究人民在不影響其他人民自由行動、安寧或其他公物設置的目的(例如，花園與公園是為了安靜、平抑心情的休閒目的所設、宗教建築是為信徒的禮拜與集會之目的所使用)的前提下，在公共空間(一般公園、街角、廣場)發表意見(包括英國海德公園式的個人肥皂箱上演說、散發或懸掛廣告等)，應否給予充分保障的問題。

這也早是行政法學所探究的問題。早在德國行政法學創立之始(十九世紀末 Otto Mayer 教授)，即對公物的使用，區分為一般的使用(例如，人民使用道路通行)，即毋庸申請許可。至於作為特別使用(例如，利用路邊來舉行婚禮或喪

禮)，即須經過許可。從而，利用公共空間，即可仿效公物的使用方式，將違反公物目的的張貼廣告等，視為需經申請的特別使用行為。例如，德國道路與交通法(Straßen-und Wegegesetz)第二十一條，便有此「特別使用許可」(Sondernutzungserlaubnis)的制度。我國也有相同的立法，例如，道路交通管理處罰條例第八十二條第九款之規定：「未經許可在道路舉行賽會或擺設筵席、演戲、拍攝電影或其他類似行為」，同樣的也及於廣告物的設置(見同條文第八款：「未經許可在道路設置石碑、廣告牌、綵坊或其他類似物」)。因此，早已成為行政法學有關公物的主要論究標的也¹⁹。

同時，由於這些公共空間泰半屬於地方自治團體所興建與管轄，這也是地方自治團體得以自治規章來予以規範的領域。

再則，多數意見雖然有意將公共論壇的概念引入，從而使保障言論自由的嚴謹度能夠納入在廣告的規範之中，才不惜甘冒可能造成「曲解」廣告的本質之嫌，而使其化身為言論自由的一環。此用意顯現在理由書第三段的論述「……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，併此指明」。

¹⁹ 陳新民，行政法學總論，新九版，2015年10月，第181頁。

此「警告」的用意，顯然指出廣告的法規可能觸犯言論自由及其他人權，故應注重比例原則。然而，這是所有規範、限制人權的法令規章都應遵守的原則，究竟是一般「隨時應注意改進」般的「警示意義」？還是確有應予「檢討改進」之處？語焉不詳。但研讀再三，當以前者為然。

多數意見顯然嘗試要突顯本號解釋的立論，已涉及到「公共空間」的使用許可性問題，才會一方面將本號解釋的標的（廣告物）視為言論自由，而又在理由書第三段提及「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」，顯然已將公共論壇的概念納入，然而，這種提示恐怕未必能達到澄清的效果。

綜上所述，本席相信，當本號解釋送達到原因案件主管機關時，主管機關極可能茫然無從。

因為既然規範一般廣告物的臺南市廣告物自治條例未經審查，即維持合憲性。同時通篇解釋文未有一言一語提及：為符合法律保留原則，應對廣告物的許可制等規範事項，應透過嚴格、明確的立法程序。但在此又提到地方政府應注意在「具體個案行使審查廣告內容及設置之時間、地點、方式」是否侵犯言論自由及其他人權，故要求應符合比例原則。顯然，只著眼在主管機關執行個案會否符合比例原則，屬於「個案合法性」的階層。多數意見的目光為何不再往上關注到「地方廣告法制」的合憲基礎之上？

同時，此「專注個案」的立論，也再度呼應了本席所一再指摘——多數意見許可地方政府透過系爭公告的方式，取得全盤規範廣告事宜的立法權限、規避法律保留原則，從而

可以在個案決定廣告張貼地點、內容的審駁上，享有全權，致產生了多數意見所擔心的「個案違反比例原則」之弊也！

三、結論——狂野粗暴的廣告猶如類似性質的人民行為，毋庸視為高價值的言論自由，而予最高度的保障

的確，廣告是一種標語，反之亦然，都是抒發人民意見、宗教信仰、政治理念，甚至藝術、學術見解的工具與平台。同時，也是將之散布於大眾，冀獲得更多的共鳴與支持。

在法治國家這是典型的行為自由，不僅僅只為言論自由而生，也因此會產生與他人合法權利以及公共利益衝撞的後果，自然可以透過合憲的途徑——嚴格的法律保留、授權明確性及比例原則來予以限制之。就此而言，國家法律規範人民張貼、放置廣告物的「行為自由權」，可納入一般人權的管制，並無太大的特殊性也。

故，如廣告與標語竟然逾越了法律的許可性，不僅僅是張貼、放置的合法規定，即便是內容方面，亦非不可由立法者基於重大的公共利益，例如，維護合憲秩序、禁止煽動犯罪行為的言論，或為維護族群和諧、人性尊嚴，禁止抒發、散布種族仇恨的言論，以及為了維持青少年身心發展或社會公序良俗，禁止懸掛涉及猥褻之虞的廣告與藥品等，都是法治國家所毋庸視為侵犯人權的立法措施。

在此，本席可舉德國大法學家賴特布魯赫(Gustav Radbruch)，所提出的一句名言，表示毫無顧忌的「公共言論」，可能給社會帶來的嚴重弊害：

「一幅狂野的標語，比一匹橫衝直撞的馬更危險，它不僅對騎士、群眾、玻璃窗造成危害，也危及了放在玻璃櫥窗

內易碎的瓷器」²⁰。

賴特布魯赫在一九四六年二次世界大戰甫結束的次年，說出此句沈痛的話語，當係其目睹德國納粹政權在一九三三年奪取政權前十年，已經極盡「廣告、標語宣傳戰」的能事，宣揚迫害政治異己與猶太人的正當性理由。迨獲得政權後，更是開足國家機器之馬力，透過全國到處懸掛的標語，徹底的給全民政治洗腦，一步步地視宣揚的暴戾之氣為尋常的真理，也最終清除了絕大部分國民的良知判斷力²¹。

正如同這種德國稱之為「粗暴廣告」(Wildplakatierung)，會破壞人民與社會視覺上與情緒上的平和氣氛。同時，會傳播不和諧的暴戾之氣，散布傳染，變本加厲，才會使賴特布魯赫說出此句控訴標語廣告可能是「狂野、粗暴的」的名言。不過，正如同某些國民的行為，亦可能是粗暴與違法。吾人何妨以平常心視之，毋庸將張貼標語廣告的行為，視為特殊化。此亦為本席提出此份意見書所不得不一再言及者。

²⁰ Gustav Radbruch, Aphorismen zur Rechtsweisheit, 1963, S.111.

²¹ 賴特布魯赫這句名言「也危及了放在玻璃櫥窗內易碎的磁器」，馬上會令人聯想到著名的 1938 年 11 月 9 日晚上納粹政權發動反猶太人的暴動，全國砸碎了 7500 家猶太人的商店，致使全國到處城市街道上撒滿了碎玻璃，史稱「碎玻璃窗之夜」(the Night of Broken Glass)。但在德國國家宣傳機器——宣傳部長戈培爾的煽惑，改稱為「水晶之夜」(Kristallnacht)，而將此暴動神聖化。賴特布魯赫當是指此史實為戒。