

司法院釋字第七三四號解釋抄本



司法院公布令	1
解釋文及解釋理由書	1
蘇大法官永欽提出之協同意見書	4
黃大法官茂榮提出之協同意見書	18
葉大法官百修提出之協同意見書	22
陳大法官春生提出之協同意見書	28
陳大法官碧玉提出之協同意見書	37
羅大法官昌發提出之協同意見書	41
蔡大法官明誠提出之協同意見書	46
陳大法官新民提出之部分協同部分不同意見書	52
湯大法官德宗提出之部分協同部分不同意見書	69
黃大法官璽君提出之部分不同意見書	74
黃大法官虹霞提出之不同意見書	76

※※※※※※※※※※※※※※※※

解 釋

※※※※※※※※※※※※※※※※

司 法 院 令

發文日期：中華民國 104 年 12 月 18 日

發文字號：院台大二字第 1040034892 號

公布本院大法官議決釋字第七三四號解釋

附釋字第七三四號解釋

院長 賴 浩 敏

發文日期：中華民國 105 年 2 月 15 日

發文字號：院台大二字第 1050004319 號

公布本院大法官議決釋字第七三四號解釋更正意見書一份

附釋字第七三四號解釋更正意見書一份

院長 賴 浩 敏

司法院釋字第七三四號解釋

解 釋 文

廢棄物清理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。」與憲法第二十三條之法律授權明確性原則尚無違背。

臺南市政府中華民國九十一年十二月九日南市環廢字第○九一○四○二三四三一號公告之公告事項一、二（該府改制後於一〇〇年一月十三日以南市府環管字第一〇〇〇〇五〇七〇一〇號公告重行發布，內容相當），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。應自本解釋公

布之日起，至遲於屆滿三個月時失其效力。

解釋理由書

人民基本權利之限制，原則上應以法律為之，依其情形，固非不得由立法機關授權主管機關發布命令為補充規定（本院釋字第四四三號、第四八八號解釋參照）。惟其授權之目的、內容及範圍均應具體明確。主管機關據以發布之命令，亦不得逾越授權之範圍，始為憲法之所許，迭經本院解釋在案（本院釋字第五六八號、第六五八號、第七一〇號、第七三〇號解釋參照）。授權是否具體明確，應就該授權法律整體所表現之關聯意義為判斷，非拘泥於特定法條之文字（本院釋字第三九四號、第四二六號解釋參照）。按廢棄物清理法第一條揭示其立法目的為「有效清除、處理廢棄物，改善環境衛生，維護國民健康」。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。」（下稱系爭規定）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。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。故系爭規定尚與憲法第二十三條之法律授權明確性原則無違。

臺南市政府於九十一年十二月九日據系爭規定發布之南市環廢字第〇九一〇四〇二三四三一號公告：「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。二、前項所稱之『道路』，指公路、街道、巷弄、安全島、人行道、廣場、騎樓、走廊或其他供公眾通行之地方。……」（該府改制後於一〇〇年一月十三日以南市府環管字第一〇〇〇〇五〇七〇一〇號公告重行發布，內容相當；下併稱系爭公告）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，與法律保留原則尚有未符。主管機關應儘速依前開意旨修正相關規範，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。並自本解釋公布之日起，至遲於屆滿三個月時失其效力。

憲法第十一條規定，人民之言論自由應予保障。鑒於言論自由具有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理之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（本院釋字第五〇九號、第六四四號、第六七八號解釋參照）。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。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。

聲請人另認最高行政法院九十九年度裁字第三四九一號裁定就八十七年十月二十八日修正公布之行政訴訟法第二百三十五條「原則性」所為之闡釋，對同類事件之認定過嚴，限制人民訴訟權。惟此核屬對於法院認事用法之指摘。又聲請人主張臺南市政府環境保護局一〇〇〇年一月十一日環管字第一〇〇〇〇五〇三九九〇號公告將臺南市所轄行政區域均列為指定清除地區，有涵蓋過廣之虞。經查確定終局判決並未適用上開公告，自不得以之為聲請解釋之客體。上開聲請解釋部分，核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定不合，依同條第三項規定，均應不予受理，併此敘明。

大法官會議主席	大法官	賴浩敏			
	大法官	蘇永欽	黃茂榮	陳 敏	葉百修
		陳春生	陳新民	陳碧玉	黃璽君
		羅昌發	湯德宗	黃虹霞	吳陳環
		蔡明誠	林俊益		

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

釋字	審查標的	授權訂定 子法數量	法律效果	解釋 結果
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
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
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

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
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
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

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
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	空氣污染防制費收費辦法	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
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一含各租稅義務構成要件，如租稅主體、客體、稅率等核心事項一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，因此正確的問法應該是，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牴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牴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。解釋理由書所做的諭知則是：「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？

一、授權制定法規命令與授權明確性原則

授權明確性原則所涉者指授權規定就其授權，在目的、內容、範圍是否明確。至其子法所涉者，非明確性的問題，而是其有無表明其制定之授權依據，以及其規定之內容是否逾越授權範圍，亦即是否有子法抵觸母法的情形。

二、依廢棄物清理法應清理之廢棄物

廢棄物清理法第一條規定：「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；本法未規定者，適用其他有關法律之規定。」同法第二條第一項規定：「本法所稱廢棄物，分下列二種：一、一般廢棄物：由家戶或其他非事業所產生之垃圾、糞尿、動物屍體等，足以污染環境衛生之固體或液體廢棄物。二、事業廢棄物：（一）有害事業廢棄物：由事業所產生具有毒性、危險性，其濃度或數量足以影響人體健康或污染環境之廢棄物。（二）一般事業廢棄物：由事業所產生有害事業廢棄物以外之廢棄物。」該項所定廢棄物具體所指究竟為何，依其規定尚有不確定性，僅點出廢棄物之共同特徵：其原所有主欲廢棄之物。此種物所以應予清除，乃因其對於環境之外來性，必須加以清除，始能維持環境之原來狀態。

另按同法第二十七條規定，尚可將廢棄物具體化為：「一、隨地吐痰、檳榔汁、檳榔渣，拋棄紙屑、煙蒂、口香糖、瓜果或其皮、核、汁、渣或其他一般廢棄物。二、污染地面、池塘、水溝、牆壁、樑柱、電桿、樹木、道路、橋樑或其他土地定著物。三、於路旁、屋外或屋頂曝曬、堆置有礙衛生整潔之物。四、自廢棄物清除、處理及貯存工具、設備或處所中搜揀經廢棄之物。但搜揀依第五條第六項所定回收項目之一般廢棄物，不在此限。五、拋置熱灰燼、危險化學物品或爆炸性物品於廢棄物貯存設備。六、棄置動物屍體於廢棄物貯存設備以外處所。七、隨地便溺。八、於水溝棄置雜物。九、飼養禽、畜有礙附近環境衛生。十、張貼或噴漆廣告污染定著物。十一、其他經主管機關公告之污染環境行為。」其中第一款、第三款、第五款、第六款、第七款及第八款所定之物顯然為其所有主廢棄之物；而第二款、第九款及第十款則偏重於污染，與廢棄的關連性較低。該條已將該法規範之客體範圍（廢棄物之處理）自廢棄物擴張至污染物。惟何謂污染該法並無立法解釋。

廢棄物清理法以廢棄物之處理為名，是否因此限制其規定在客體上，得規範之範疇？該法第一條規定，廢棄物清理法之立法目的為「有效清除、處理廢棄物，改善環境衛生，維護國民健康」，按其規定之內容，乃透過「有效清除、處理廢棄物」，以達到「改善環境衛生，維護國民健康」

之目的。所以是否得以其目的在於「改善環境衛生，維護國民健康」，而將為達成其目的所需「處理廢棄物」以外之手段，包括進來。此與該立法目的是否足以引為將該法規範之客體範圍擴張至廢棄物以外之物的論據有關，值得探討。

鑑於廢棄物清理法係為保護環境而制定之法律，處理廢棄物不過為保護環境之諸多手段之一，且其所以有處理之需要，乃因其會污染環境，而污染物與廢棄物之不同僅在於廢棄物含有其所有主有予以廢棄之主觀意思，而污染物則純從其對於環境之客觀的污染性著眼¹，是故，為保護環境，將廢棄物清理法之規範客體擴張至含污染物，尚符其規範意旨。依該條規定，廢棄物清理法及其授權制定之命令，固當符合「有效清除、處理廢棄物，改善環境衛生，維護國民健康」之需要，但也只要符合該需要，自得規範其相關足以污染環境之行為，含禁止污染環境之行為及清除污染狀態之義務。是本號解釋多數意見認為：「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。故系爭規定尚與憲法第二十三條之法律授權明確性原則無違。」在此範圍內，本席敬表贊同。

三、污染防治與言論自由之價值與利益的衝突

環境原來狀態之改變的因素，首先可分成二類：定著物之附加及非定著物之附加。定著物之附加首先主要屬於建築法所規範之事項；非定著物之附加，其對於環境之影響，如足以妨礙交通，並為交通法規規範之對象；其如屬於廣告物，在商業廣告並為其廣告客體所屬目的事業主管機關職掌之法規的規範對象；在非商業廣告，事涉言論自由，應受與言論有關之相關規定規範。

當中有疑問的是，言論之表達是否基本上應利用平面（文本）、廣電（廣播、電視）或互聯網傳遞電子文件、影音等媒體之表達工具，而不適合利用公共空間懸掛廣告物，以避免對於交通安全或環境安全衛生帶來影響，值得檢討。此為造成污染環境結果的行為，可能亦為正當行使權利之行為的衝突問題。例如以公共空間為媒體表示言論之行為。在這種情形，如根本禁止該正當行使權利之行為，可能引起為防止造成污染環境，而在結果上使正當行使權利之行為成為廢棄物清理法或其授權制定之命令所禁止，並在違反前開禁止規定時，得對之課以法律責任之行為。該事態將形

¹ 空氣污染防制法第二條第一款規定：「空氣污染物：指空氣中足以直接或間接妨害國民健康或生活環境之物質。」水污染防治法第二條第四款規定：「污染物：指任何能導致水污染之物質、生物或能量。」土壤及地下水污染整治法第二條第七款規定：「污染物：指任何能導致土壤或地下水污染之外來物質、生物或能量。」

成環保規定與言論自由之保障規定間的規範衝突。因該衝突的存在，固必須基於體系因素，解釋相關法令，權衡互相衝突之利益與價值，除去其衝突狀態，重新界定其分別規範之內容，以呈現其體系和諧共治的規範狀態。有疑問者為：針對其相衝突之利益與價值，如未以例外的規定，明文將其排除在禁止規定之適用範圍外，是否全部（或在無例外免責的限度內）即構成違憲？或認為，該規範衝突本來即可透過解釋消除，未涉及違憲的問題，應容許其執行機關及法院透過解釋，視具體情形，而為認定。這是一直存在於利益與價值之衝突所需之權衡需要，難以一概而論。如無法律之明文規定，原則上應由法院視個案之具體情節，衡平認定。在相衝突之規定之一方屬於禁止規定時，這應從禁止規定之違反的阻卻違法事由主張與考量。為維持禁止規定之規範的出發點，有一般禁止之規範模式的需要，要難在禁止規定之規範規畫上，要求就例外不予禁止之事由，事先預為完整規定。

四、關於「其他經主管機關公告之污染環境行為」

廢棄物清理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。」核其規定內容，屬於就「污染環境行為」對行政機關之具體化的授權，其意義在增列第一款至第十款以外之污染環境行為的類型，具有授權制定法規命令相同之意義。因此，首先有其授權是否明確，而後有其公告之污染環境行為，是否在實質上不屬於污染環境行為，而有子法牴觸母法的問題。

在授權明確性部分，當其授權明確，是否即授予主管機關定義或形成污染環境行為概念之權限？如採肯定見解，則主管機關無論將何種行為界定為污染環境行為，皆因授予判斷餘地（*Beurteilungsspielraum*）²，而屬法律上正確！反之，如採否定見解，認為所授權之定義權並未至使其享有定義之絕對的形成自由，則其定義之污染環境行為仍應在實質上具有污染環境之結果的能力。是故，主管機關如將不具污染能力之行為界定公告為污染環境行為，該公告便牴觸授權規定。

至於當另有行為對於環境雖有污染的作用，但是否因其行為之目的在於表達一定之言論，而使該表達言論之污染環境的行為取得正當性，可阻卻對污染環境之禁止規定的違法性？如採肯定之見解，將面臨：在主管機關為污染環境行為之界定及禁止規定時，是否即應就其可能之阻卻違法事由預設為例外不予禁止之污染環境行為；其未為例外事由之預設，是否即

² 關於行政機關及法院對於不確定概念之判斷餘地，請參考 *Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5. Aufl., Berlin, 1983, S. 283ff.; 黃茂榮，法學方法與現代民法，增訂六版，2011年九月，台北，頁324。

構成言論自由之侵害；又其阻卻違法之主張及其事由之存在應由誰負舉證責任等問題。

各種可能之阻卻違法事由中，比較常態性且涉及重要基本權利之行使者，例如言論之表達中不容易利用書本、報章雜誌之廣告，或廣播、電視或其他大眾傳播方式為之，而有必要利用集會遊行或在公共場域張掛布條、海報作為其表達言論之方式者，基於該基本權利之保護及行政經濟之考量，在維護環境，避免污染之法規的規劃上，應妥適權衡言論自由及集會遊行之保障與環境污染間之衝突，規劃其合理行使之限界，供污染環境行為涉及言論之表達或集會遊行者遵循。如有相關核准許可之規定時，固得課以一定之負擔，限制其時間、地點、表達方式與期間、場所之回復原狀的義務，但其核准之裁量標準仍不得含內容之事前審查。

五、廢棄物清理法之法規命令不得有審查廣告物內容之規定

本聲請案所涉廣告物之處罰依據為廢棄物清理法第二十七條第十一款，且該款只規定，在指定清除地區內嚴禁有「其他經主管機關公告之污染環境行為」。所以與該公告有關之相關法令是否有違憲的問題，其審查範圍應限於與該款之適用有關連的部分。亦即所適用之命令的目的，是否因在於「處理廢棄物，改善環境衛生，維護國民健康」（廢棄物清理法第一條），而可認為在該款授權之範圍內；或因不在於「處理廢棄物，改善環境衛生，維護國民健康」，而可認為不在該款授權之範圍內。關於是否核准在公共場域張掛商業或非商業廣告，如欲審查其內容，廢棄物清理法並非其適合之法律依據。是故，依廢棄物清理法之授權而制定之法規命令，如有審查廣告物之內容的規定，該法規命令之制定已逾越授權範圍。

六、環境保護為自治事項

依地方制度法，直轄市衛生管理及直轄市環境保護為直轄市（第十八條），縣（市）衛生管理及縣（市）環境保護為縣（市）（第十九條），鄉（鎮、市）廢棄物清除及處理為鄉（鎮、市）（第二十條），山地原住民區廢棄物清除及處理為山地原住民區（第八十三條之三）之自治事項。就自治事項，地方自治團體依憲法或地方制度法規定，得自為立法並執行（第二條）。

廢棄物清理法第二十七條第十一款之規定對於依地方制度法之上開規定所定之地方自治權，是否有限制的意義，值得檢討。應採否定之見解。惟當關於環境保護有關事項，認為地方政府有自治權時，須有關於其自治法規之違反責任的地方法規為其配套。目前由於該配套規定之欠缺，使關於環境保護之地方法規不完全。

協同意見書

葉百修大法官 提出

本件解釋聲請人於中華民國九十八年六月間，在臺南市中西區民族路與永福路道路兩側張掛抗議中共及宣揚法輪大法好布條等物品，經臺南市環境保護局以聲請人之行為，有違該局依據廢棄物清理法第二十七條第十一款規定（下稱系爭規定）：「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」之授權，於九十一年十二月九日以南市環廢字第○九一○四○二三四三一號公告（該府改制後於一○○○年一月十三日以南市府環管字第一○○○○五○七○一○號公告重行發布，內容相當；下併稱系爭公告）：「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。二、前項所稱之『道路』，指公路、街道、巷弄、安全島、人行道、廣場、騎樓、走廊或其他供公眾通行之地方。……」之規定而予以裁處罰鍰。聲請人不服提起行政爭訟後均遭駁回，乃向本院聲請解釋憲法，主張：系爭規定所謂「指定清除地區」及其未明確規範「廣告物」之定義，有牴觸憲法第二十三條之法律明確性及法律授權明確性原則；系爭公告無論廣告物所涉及之言論內容價值高低而一律予以管制，有違廢棄物清理法第一條之立法目的而屬涵括過廣，牴觸憲法第二十三條之比例原則，侵害人民受憲法第十一條保障之言論自由等語。

本院以聲請人之聲請符合受理要件並作成本件解釋，認定系爭規定並未牴觸法律授權明確性原則；而系爭公告「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」等結論，本席敬表贊同。本件解釋所涉及之系爭規定與系爭公告，形式上涉及國家與地方政府對於環境污染行為之管制，實質上卻因為系爭公告對於認定有無環境污染之廣告物設置管理，因為廣告物所指涉之內容，會涉及人民以廣告物作為行使其言論自由之工具，乃具有重要之憲法價值。本席認為本件解釋多數意見並未充分就所涉言論自由限制之憲法爭議部分詳予論述，致使本件解釋徒為法規範形式違憲審查之判斷，大幅減低本件解釋之重要性，亦無助於本件解釋所涉憲法爭議之解決，爰提出協同意見如后。

一、廣告物內容依其性質涉及不同基本權利，其違憲審查基準亦隨之不同

本件解釋多數意見以廣告兼具意見表達性質，從而認定本件解釋系爭公告對未經核准設置廣告物予以處罰，泛稱屬言論自由或其他憲法基本權利之限制。本院歷來解釋，固就廣告本身及管制所涉及之憲法基本權利，曾認定分別涉及工作權（本院釋字第○二○六號解釋參照）、兼具財產權及

言論自由（本院釋字第四一四號、第五七七號解釋參照）、兼具財產權及人身自由（本院釋字第五九四號解釋參照）等不同基本權利。人民不同基本權利之侵害，於憲法違憲審查判斷之基準認定，亦隨之不同，例如前開釋字第四一四號及第五七七號解釋所涉及之商業廣告或釋字第六二三號解釋涉及之性交易之訊息散布廣告，本院皆以其涉及公共利益之程度，予以較嚴格之審查。

是以系爭公告對未經核准設置之廣告物予以管制處罰，其違憲程度之判斷，自應依其涉及基本權利之類型不同而有異，多數意見就此僅以形式判斷，認定系爭公告不問設置廣告物是否違反廢棄物清理法第一條及第二十七條前十款之立法意旨，逕認凡未經核准設置廣告物即屬污染環境行為，概予禁止處罰，逾越系爭規定之授權範圍，與法律保留原則不符，並要求主管機關通盤考量系爭公告否准設置廣告物對人民言論自由或其他基本權利限制之必要性與適當性，顯與本院涉及廣告之解釋方法略有調整。換言之，廣告物內容依其性質而涉及不同基本權利，其違憲審查之判斷標準即有所不同，例如對於商業言論與財產權，立法者可為較嚴格之管制；若涉及政治言論，對於事前管制而可能直接審查言論內容本身，本院審查基準則較為嚴格（本院釋字第六四四號解釋參照）。而對於言論自由行使之時間、地點及方式管制而不涉及言論之內容與目的者，本院係以立法者為維持社會秩序及增進公共利益所必要，而屬立法自由形成之範圍（本院釋字第四四五號解釋參照）。亦即本院歷來關於言論自由之解釋，已建立如美國司法實務以管制方式區分是否以內容或目的為主（content-based）或屬不涉言論內容（content-neutral）之雙軌理論，以及以管制內容之價值高低區分之雙階理論等審查模式。是系爭公告違憲性之判斷，自將因廣告物之內容與設置時間、地點、方式之不同而有異。

以本件解釋聲請之原因案件為例，涉及聲請人政治與宗教言論之訴求，系爭公告以事前核准之方式加以管制，即非其他廣告物內容可以比擬。多數意見固然以系爭公告非為限制人民言論自由或其他權利而設，未就系爭公告之合憲性予以具體審查，然系爭公告實質上限制人民言論自由，顯為不爭之事實，亦為聲請人所明確主張，本院即應予以具體判斷，而非如多數意見以旁論輕輕放下。

二、廣告物既為表達廣告內容之工具，依其內容而受憲法言論自由保障，自應與廢棄物之認定標準不同，系爭公告逕依系爭規定為授權依據，即有不合

其次，從廢棄物清理法第二條第一項規定可知，該法所指廢棄物，區分為一般與事業廢棄物兩種，且均以廢棄物須已達影響人體健康或污染環境衛生為要件。此亦多數意見以廢棄物清理法第一條及第二十七條第三款及第十款規定合併觀察，認定系爭規定授權主管機關以「公告」而認定「

污染環境行為」，業已具體明確而與憲法第二十三條之法律授權明確性無違。然而綜觀廢棄物清理法相關規定，並無界定何謂「污染」，而多數意見以該法第二十七條前十款規定整體觀察，系爭規定之公告禁止行為，仍須達到與之所定行為類型污染環境相當之程度，然除第一款及第五款至第九款尚可認明確規範所謂污染環境行為外，其餘規定仍充滿不確定法律概念，例如第二款、第十款所稱「污染」、第三款所稱「有礙衛生整潔之物」等，於系爭規定之規範有待確定前，又如何要求系爭公告已具明確授權？若認系爭規定符合法律授權明確性原則，則系爭公告明確以未經核准設置廣告物而「認定」為污染環境行為，又如何指稱系爭公告禁止之設置行為非「污染」行為？¹因此，系爭公告所為之廣告物設置管制，關鍵不在於設置行為是否為污染行為，而係廣告物本身是否為廢棄物而足以污染環境或有礙衛生整潔。

再者，任何言論之表現或行使，均需透過一定方式，無論是口語或文字傳達，均需工具與場所而為制度規範上的配合，因此，憲法保障人民言論自由，並非僅保障人民有表意或不表意之自由，而同時保障人民有透過一定媒介表意之自由與權利。例如於現代傳播媒體科技下，本院於釋字第 364 號、第六七八號解釋肯認人民有平等「接近使用傳播媒體」之權利；透過一定組織社團方式與結社自由集體表意之保障，於本院釋字第 644 號、第七三三號解釋予以肯定；透過一定組織與集會遊行自由集體表意之保障，於本院釋字第四四五號解釋及第七一八號解釋予以肯認；透過人民個人行使新聞自由之保障，於本院釋字第 689 號解釋予以肯認。因此，對於言論自由保障之範圍，及於言論表現之工具與場所，應為本院歷來解釋及外國違憲審查實務上²所肯認。然而在現代社會資源分配不均之現實條件下，人民對於言論自由之表達，除了透過網路等新興傳播媒體而於個人臉書、網站、部落格等工具或方法，避免因為言論表現之工具或方法之

¹ 同屬以「公告」授權主管機關制定具體規範，本院於釋字第 680 號解釋則為「授權之目的、內容及範圍尚欠明確，有違授權明確性及刑罰明確性原則」之結論。

² 例如歐洲人權法院於 *Autronic AG v. Switzerland* (1990) 12 EHRR 485 一案中，即認為：「歐洲人權公約第 10 條就表意自由之保障，不僅適用於資訊之內容，同時也包括資訊傳達與接收之工具，因此，任何該工具之限制，均可能構成收送資訊權利之侵害。」(Article 10 (art. 10) applies not only to the content of information but also to the means of transmission or reception since any restriction imposed on the means necessarily interferes with the right to receive and impart information.) *Id.* at para 47. 原判決參閱歐洲人權法院網站：<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57630> (最後瀏覽：2015 年 12 月 16 日)。

限制而因此限制或剝奪表意自由外，以最直接、簡易的廣告物表達言論，亦應受憲法言論自由保障，而釋憲者亦應重視此種表意工具或方法之管制而侵害人民言論自由之可能性。特別是當廣告物之內容涉及所謂高價值言論如政治性言論時，對於廣告物之管制，即應謹慎為之，釋憲者於審查基準上亦應有所不同，其保障具體內容，亦應如本院釋字第四四五號解釋所稱：

對於一般不易接近或使用媒體言論管道之人，集會自由係保障其公開表達意見之重要途徑。……國家在消極方面應保障人民有此自由而不予干預；積極方面應提供適當集會場所，並保護集會、遊行之安全，使其得以順利進行。……以法律限制集會、遊行之權利，除應遵守憲法第二十三條必要性原則外，尚須符合明確性原則，使主管機關於決定是否限制人民之此項權利時，有明確規定其要件之法律為依據，人民亦得據此，依正當法律程序陳述己見，以維護憲法所保障之權利。

三、廣告物之設置地點涉及公物利用合法性與正當性之判斷：重新思考雙軌與雙階理論之審查基準

如同前述釋字第四四五號解釋所稱，「對於一般不易接近或使用媒體言論管道之人，集會自由係保障其公開表達意見之重要途徑」，人民透過設置廣告物之方式，亦屬因不易接近或使用媒體言論管道之重要途徑，除了因其廣告物內容而決定事前管制之合憲性與正當性之外，廣告物設置之時間、地點、方式，是否即如釋字第四四五號解釋所稱，「有關時間、地點及方式等未涉及集會、遊行之目的或內容之事項，為維持社會秩序及增進公共利益所必要，屬立法自由形成之範圍」，亦值進一步商榷。

本件解釋系爭公告係以未經主管機關「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設置廣告物，即認定為污染環境行為，「一律」予以禁止處罰，形式上並未區分廣告物之內容而有不同規範，性質上屬於言論自由關於地點及方式之事前管制，依照釋字第四四五號解釋之意旨，釋憲者似乎無須提高審查基準而與言論內容管制等同觀之。然就釋字第四四五號解釋就保障集會遊行自由所確立之原則，「國家在消極方面應保障人民有此自由而不予干預；積極方面應提供適當集會場所，並保護集會、遊行之安全，使其得以順利進行」，則就集會遊行之地點，就不應輕易由立法者以形成自由予以限制。

若以憲法保障言論自由之意旨，在於「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」，則言論

內容之事前管制，確係「限制人民表現自我、實現自我，所限制之言論亦無從進入言論思想之自由市場，而無法為思想、意見或資訊之傳遞與交流，不僅使得思想、言論匱乏，更危險的是將使執政者代替大眾選擇，而唯有其喜好或符合其利益之言論或思想方得以呈現或傳布，與憲法保障人民言論自由之意旨，根本背道而馳」³。然而，對於言論行使的時間、地點及方式之事前管制，並不當然就沒有不當限制言論自由之疑慮，甚至對於時間、地點及方式之事前管制，可能根本阻絕任何言論的散布與接收，其效果上即與言論內容之事前管制並無分別，亦即對於以言論管制是否涉及言論內容、目的或者與之無關之言論中立之管制，其管制手段之分別與釋憲者隨之適用審查基準不同之基本假設與原則，釋憲者亦應審慎適用。尤有甚者，一旦釋憲者為此分別，亦容易導致立法者率以言論表現或行使之時間、地點及方式之事前管制，迴避對於言論內容之事前管制而容易招致釋憲者以嚴格基準予以審查之風險⁴。

因此，本件解釋系爭公告對於廣告物設置地點與方式之事前審查，是否僅依其非為限制人民言論自由所設而無須進一步具體審查，多數意見於此可能鑑於其事前管制無涉言論內容而留由主管機關通盤考量，然若未就其實質影響言論自由之效果予以闡述，恐仍將有本席上開疑慮之存在。再者，多數意見雖然亦以「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」一語⁵，提醒立法者對於言論表現行使之場所、地點之管制正當性與合理性，然何謂公共場所？何謂通常使用方式及如何構成妨礙，多數意見均未予以明確界定，此種於公共場所形成言論表達之憲政慣例而為「公共論壇」(public forum)之說⁶，在我國憲法規範架構與民主社會文化之發展下，應如何與言論自由之保障相結合，公共論壇是否僅限於公共場所？私人場所⁷或受管制之場所地點，例如臺北一〇一大樓正門廣場、各法院或行政機關前廣場、學校、圖書館、機場、大眾運

³ 參照本院釋字第 644 號解釋，林子儀大法官提出之協同意見書。

⁴ 進一步討論，可參閱 KATHLEEN M. SULLIVAN & NOAH FELDMAN, CONSTITUTIONAL LAW 1121-1123, 1190-1192 (18th ed., 2013)

⁵ 此種說法顯然考量我國行政法上關於營造物與公物利用關係之討論基礎，可參閱吳庚，行政法之理論與實用，增訂 12 版，2012 年 10 月，頁 158-162、182-189；然而，此種利用關係如何與憲法關於人民基本權利之保障，仍有待釋憲者未來以解釋加以釐清。

⁶ 最著名者莫過英國倫敦海德公園 (Hyde Park)。有關美國憲法上關於公共論壇之討論，可參閱 SULLIVAN & FELDMAN, *supra* note 4, at 1156-1222.

⁷ 日本最高裁判所曾以私人財產權與管理權之保障優於表現自由而認為限制並不違憲，參閱野中俊彥、中村睦男、高橋和之、高見勝利，憲法 I，第 5 版，2012 年，頁 389。

輸系統等場所地點，乃至於非物理上之實體場所、地點如公司內部郵件信箱、臉書專頁或網路電子布告欄等，是否亦有公共論壇之適用，公私機關團體即不得任意予以限制人民接近使用作為表達言論之途徑？限制之目的又為何？所謂公共利益如本件解釋系爭公告所欲追求之環境衛生、整潔是否即足以限制廣告物設置之事前審查？⁸依據本院釋字第四四五號解釋之意旨，國家有無積極設立公共論壇之義務？有無可能造成言論表達之場所地點之二次限制？抑或是在言論表達途徑之選擇上，有優先順序而僅於無適當途徑時，始有廣泛的場所、地點之選擇自由？⁹由於本件解釋以系爭公告作為審查客體而受限其規範內容與適用範圍，多數意見誠不易亦不宜過度擴張解釋，而選擇以旁論方式提醒立法者。為免立法者不察，本席爰提出協同意見如上以作補充。

⁸ 日本最高裁判所於大阪市屋外廣告物條例違反事件一案判決（最大判昭和 43 年 12 月 18 日刑集 22 卷 13 号 1549 頁）中，即以「維持都市美觀風致」是維持公共福祉之必要，而認為限制表現自由具有合理性與正當性；而於大分県屋外廣告物條例違反被告事件一案判決（最判昭和 62 年 3 月 3 日刑集 41 卷 2 号 15 頁）中，多數意見延續前揭判決之看法，惟伊藤正己裁判官提出補足意見則認為，單純以「維持都市美觀風致」而認定是維持公共福祉之必要目的，稍嫌速斷，而認為該目的與表現自由之保障兩者間，應有進一步利益衡量之審查。進一步討論，可參閱野中俊彥、中村睦男、高橋和之、高見勝利，前揭（註 7）書，頁 387-388。

⁹ 南非司法實務上有採取表意工具選擇適當性之判斷標準，可參閱 DARIO MILO, GLENN PENFOLD & ANTHONY STEIN, FREEDOM OF EXPRESSION, *in* CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA 42-63-65 (Stuart Woolman & Michael Bishop eds., 2nd. ed., 2013).

105年2月15日
院台大二字第1050004319號
公布更正

協同意見書

陳春生大法官 提出

壹、前言

本號解釋宣示，廢棄物清理法第二十七條第一款規定「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。」與憲法第二十三條之法律授權明確性原則尚無違背；又臺南市政府中華民國九十一年十二月九日南市環廢字第○九一○四○二三四三一號公告之公告事項一、二，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之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，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿三個月時失其效力之見解，本席敬表同意。惟對於解釋文中雖以憲法第二十三條法律保留原則作為審查基準，而未對當事人所受何種憲法保障之基本權利受限制為論述，只於理由書中以無拘束力之「併此指明」方式提及言論自由之保障，未對可能受限制之宗教自由、藝術自由或一般行為自由等為闡述；又本件解釋與傳統公物利用關係之運用亦密切相關，但解釋中幾無著墨。因此，就上述兩點，謹述個人協同見如下。

貳、本件所涉憲法保障之基本權利——一般行為自由、宗教自由、藝術自由、言論自由與公共論壇

一、一般行為自由

（一）本件原因案件之當事人乃主張，無論言論文宣之張掛、懸繫是否對環境衛生與國民健康有所影響，採取一律禁止之手段，逸脫廢棄物清理法之規範目的，如同事前限制人民之言論自由，違反比例原則等語，即明白主張憲法所保障之言論自由受限制。而本案系爭規定之廢棄物清理法，其立法目的係為清除、處理廢棄物，改善環境衛生，維護國民健康（第一條），而並非專以規制言論自由為目的。因此，從另一角度觀察，此時似不須問受系爭規定規制者其動機為何，而當事人首先即可能受憲法第二十二條一般行為自由之保障。而對於一般行為自由，如本院釋字第六八九號解釋理由書所宣示：「基於人性尊嚴之理念，個人主體性及人格之自由發展，應受憲法保障（本院釋字第六○三號解釋參照）。為維護個人主體性及人格自由發展，除憲法已保障之各項自由外，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，人民依其意志作為或不作為之一般行為自由，亦受憲

法第二十二條所保障。」之意旨，亦即德國法上之「人民依其意志有作為或不作為」（*tun und lassen, was er will*）之一般行為自由（*BverfGE 80, 137, 152f.*）。換言之，本解釋另一思考方式為，若系爭規定並非以言論自由為限制之目的，則以一般行為自由作為審查原則亦為一思考方向，因為，從一般行為自由角度，自不必再強調當事人之行為動機¹。

而系爭公告，乃根據廢棄物清理法第二十七條第十一款規定：「……十一、其他經主管機關公告之污染環境行為」而發布，要求當事人須先經過核准方得為之。

按臺南市政府中華民國九十一年十二月九日南市環廢字第○九一○四○二三四三一號公告一之內容：「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。」，其前半段接近廢棄物清理法第二十七條第二款規定；後半段污染環境之行為較接近同條第十款規定。先不論其內容事項是否須經主管機關核准，先探求系爭公告結合廢棄物清理法第二十七條第二款與第十款，可否針對廣告物為禁止？從下述傳統公物利用關係，針對公共用物之非一般使用情況，主管機關得要求當事人須先獲得許可或特許方得使用公物，此自為法之所許。換言之，主管機關根據第十一款規定，應有此種權力。

（二）宗教自由、藝術自由、言論自由與其他憲法保障基本權利

至於本案是否涉及言論自由，宗教自由、藝術自由等憲法保障之基本權利，正如解釋理由書中所述，系爭公告非為限制人民言論自由或其他憲法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，造成限制人民言論自由或其他憲法所保障之基本權利之結果。換言之，其可能造成對言論自由之限制，並非直接而是間接之效果，另一方面，本案除對言論自由外，亦可能間接產生對宗教自由、藝術自由或其他憲法所保障基本權利之限制結果。

（三）臺南市政府之系爭公告，其依據為廢棄物清理法第二十七條第十一款及第五十條授權，至於環境權，因為第二十七條本身所要保護的就是維持環境整潔，而與該法益有衝突的個人行為應受節制，所以

¹ 德國基本法第二條第一項，在德國除如聯邦憲法法院所一再強調之屬於「補充其他特別基本權」。它保障構成獨立之人格保護基本權，以及一般行為自由等未明文列舉之基本權利。

對受限制的行為人而言，受侵害的並非環境權。系爭規定之廢棄物清理法，其立法目的係為清除、處理廢棄物，改善環境衛生，維護國民健康（第一條），而並非專以規制言論自由為目的，因此，本案所涉及者，應屬一般行為自由。

二、公共論壇—以日本為例

（一）日本最高裁昭和 62 年 3 月 3 日（1987 年）第三小法廷判決 最高法院判決指出：

「大分縣屋外廣告物條例係基於大分縣屋外廣告物法而制定，與前述法律相同，係為維持美觀風致（景）及防止對公眾之危害，對屋外廣告物表示之場所及方法與對於屋外廣告物其設置與維持，所為必要之規制而制定。此乃基於以國民之文化生活之向上為目的之憲法目的下，維持都市之美觀風致，乃為保持公共福祉，前揭程度之規制，係為公共福祉，應解為對表現自由之受允許的必要且合理之限制。因此，對 Y 於本件所為，適用同條例第三十三條第一號、第四條第一項第三號規定所為處罰，也並不違法憲法第二十一條第一項。」

對於此判決，伊藤正己法官提出補充意見：

1. 本條例規制對象之屋外廣告物，很明顯地包含傳達政治意見、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，與於街頭等傳佈廣告物等方法相比，此具有永續地廣範圍地傳佈於人的效果之優點，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。”
2. 「街頭中散佈廣告物、演說或其他廣告活動等作為傳達同樣內容之方法，這些與廣告物之揭示，即使其性質相異，公共揭示場是經充分之準備，被禁止之場所、物件係受限定，這些以外，能作為貼附對象，適合向公眾傳達之處亦廣泛存在時，則本條例所作之規制，我想也不能認為違憲」 「本件中，所有上述之點並不清楚」，「又獲得所有者同意，利用私人房屋或牆壁等作為揭示場所也是可能」，但「一般，想獲得所有權人同意，其難易程度很難預測，關於表現自由之保障，特別是對無法獲得一般社會大眾共鳴之思想表現，對其加以確保（保障），更具有重要意義。從

此角度思考，對此種表現欲得所有者同意，未必容易，因此，利用私有場所、物件作為表現場所之可能，不能過大評價」。

3. 「本條例與表現之內容完全無關，而是為美觀風致之維持等目的，對屋外廣告物之揭出場所、方法所為一般性規制」，「此種情況，適用嚴格之基準，未必適當」，但「依照這些事件之具體情事，諸如廣告物貼附之場所具有何性質？其周圍情況如何？所貼附廣告物之數量、形狀、揭出之方式等，綜合地考量。其地域美觀風致受侵害之程度，與揭出廣告物之表現所具有之利益加以比較衡量結果，當表現之價值所具有之利益，優越於維持美觀風致之利益時，本條例所規定之課處刑事罰，則其適用即難免於違憲」。在本件「事實關係下，即使謹慎為前述考量，原判決肯認 Y 於本件所為之可罰性，亦可肯定。」

(二) 基於補充落實接近使用傳播媒體角度

現代社會雖網路之運用與傳佈非常方便與活絡，除本院過去釋字第三六四號解釋所宣告之接近媒體使用權外，國民能言論表達之管道與方式亦愈加多元，但無可否認，仍有不少國民不能或不便運用網路，傳統之與於街頭等傳佈廣告物等言論表達方法，對其而言，仍屬費用低廉，特別是對於有經濟負擔者，係簡便、有效果之表現方法，在我國社會，似仍不能不加考慮。

本院釋字第三六四號解釋所確立之對於人民平等「接近使用傳播媒體」意旨之落實角度，亦應考慮使公共空間之利用，亦能作為表達言論自由之地點與方式。

三、其他受憲法保障之基本權利

- (一) 本號解釋理由書指出，「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」等語，值得肯定。

在本案，多數大法官認為宗教自由為言論自由所吸收，因此不予討論。可是在現今時代，有些其他自由是言論自由、宗教自由或藝術自由等憲法列舉之自由權利所無法涵括？德國的一般行為自由，乃隨著時代發展，其運用愈來愈多。過去只是從消極防止公權力侵害角度觀察，現在變成包含個人積極追求幸福或人格發展權利之視野考量。

- (二) 本案廢棄物清理事務有無辦法涵蓋既有之憲法所列舉之基本權利？例如在歐、美、日本，甚至我國目前日漸增多之無人機（空拍機）在公共空間操作、飛行之案例，是屬表現自由、或其他何種自由？

一般行為自由於現在社會運用相當廣泛，尤其重視保障積極發展個人人格自由或追求幸福權利方面，例如於德國，甚至將在沙灘上騎馬、於都市餵養鴿子等行為，亦可劃歸一般行為自由領域²。所以，本案思考上若屬一般行為自由之論述，此時會產生對憲法第二十二條一般行為之限制，是否合乎比例原則的問題。

參、與公物使用關係之關聯

解釋理由書第三段指出，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之見解顯示，本件因廢棄物清理法之適用，牽涉當事人公物之使用與限制，連帶引起諸如言論自由等憲法上所保障基本權利受侵害之疑慮，因此，理解行政法學上關於公物之使用與管理之法律關係，為有意義與必要的課題。而解釋理由若從公物使用出發，是否有涵蓋不足或規範漏洞問題，如下所述，本席認為應不至於發生。

一 公物與公共用物、一般使用（通常使用）與特別使用。

關於公物，我國主要規範法源為國有財產法。依國有財產法第四條規定，國有財產分為公務用、公共用及事業用國有財產。國內學者對於公物有各種分類，惟關於公物使用關係，其論述則大同小異，尤其與德國、日本學界實務界之論述相通³。而所謂公共用物，指經行政主體提供公眾自由在該物使用目的範圍內，且無需特別許可而使用之物，例如道路、橋樑、廣場、河川等⁴。但欲超出該物使用目的範圍而為特殊使用者，例外需經許可，例如在道路舉辦路跑、設攤，設自動販賣機等。

廣告物表達之空間概可分為私有物、公用物、公共用物三類，一般言，公物乃提供公用之物，但可分為公用物與公共用物。換言之，道路、河川等公共用物，其本質在於提供不特定多數之公眾之用。而實務上

² Vgl. Friedhelm Hufen, Schutz der Persönlichkeit und recht auf informationelle Selbstbestimmung, in Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Zweiter Band, 2001, S. 105. 關於本論文之翻譯，參考翁曉玲譯，人格保護與資訊自決權，收錄於蘇永欽等譯註，德國聯邦憲法法院五十週年紀念論文集（下冊），聯經出版公司，2010年，113頁以下。

³ 參考李震山，行政法導論，三民書局，2009年9月，頁117以下；陳敏，行政法總論，新學林，102年9月，頁1035以下；陳新民，行政法學總論，新九版，104年，頁177以下；林錫堯，行政法要義，元照出版公司，2006年，頁551以下；吳志光，行政法，修訂六版，新學林，2014年9月，頁132以下。

⁴ 參考李震山，前揭註，頁121。

因公物之性質不同，在相關法律有個別規定。例如，道路交通管理處罰條例第八十二條第一項第八款。

相對地，關於公用物，例如機關之建築物、國公立學校之校舍等，實際上得使用之人，應依法律所限制得使用者之範圍為前提，機關之建築物，即使各種各樣外部人民時常出入，但終究其目的乃提供公務員勤務之用，通常非公物管理法之規範對象，而毋寧說係屬中央或地方財產之目的外使用問題⁵。

二、公用物之使用關係，基本上為一般、通常（自由）使用。相對的為許可使用與特許使用。

（一）一般使用

所謂一般使用指民眾不用為任何意思表示，而得利用公物之謂。如道路上開車、河川就航、海灘戲水等。公用物之基本方式即為一般使用⁶。但此非完全自由，須遵從法律⁷或管理者之規定而受限制。又時常亦須服從公物警察所為之限制，如道路交通管理處罰條例第八十二條第一項規定。

（二）許可使用

許可使用指基本上屬自由使用領域，但事先對使用行為禁止，只有當申請獲得許可後，方解除禁止而得使用之制度⁸。此一許可，概念上可能同時包含公物管理作用上之許可，同時是公物警察上之警察許可。例如道路上之工事作業，同時須道路法與道路交通雙方之許可。

公用物如超出該物使用目的之範圍，則須經許可⁹，例如道路交通管理處罰條例第八十二條第一項第五、六、八、九、十款，其中第八款即有關廣告物之設置問題。

（三）特許使用

特許使用指公物之使用須由公物管理權者設定特別之使用權方得行使之謂。例如於道路設置電線桿、埋設瓦斯管線等。特許使用非自由使用，因此就該公物，承認特定人之特定的排他利用。但因使公用物，因此排他性有其界限¹⁰。

⁵ 參考塩野 宏，行政法 III，行政組織法，第三版，有斐閣，2006年，頁350以下。

⁶ 參考林錫堯，前揭註3，頁561，其所謂普通使用，即為此之一般使用。

⁷ 陳敏，前揭註3，頁1046。

⁸ 陳新民，前揭註3，頁181。

⁹ 吳志光，前揭註3，頁134。

¹⁰ 塩野 宏，前揭註5，頁350以下。

(四) 公共用物使用關係之問題點

1. 公共用物之使用關係，只是承認一般人之使用自由而已，而非設定使用權利

公共用物使用關係之最原來型態為自由使用。自由使用為公共用物使用之最大特色。亦即，個人在社會中之本來就被允許的自由活動。但此與私人本來之自由領域之承認不同，此自由利用，其前提為公共用物目前提供為公共使用，因此其使用，只是承認一般人之使用自由而已，而非設定使用權利，因此，當廢止道路，使不再能自由使用時，向來之利用者，不能主張自由使用權，而攻擊該廢止處分違法，亦即就道路廢止處分，不具原告適格地位。但公共用物之廢止，若產生日常生活或日常業務之顯然障礙之情況，日本下級審法院，則有承認原告適格者。公用廢止並非屬管理者之完全裁量權，管理者有維持保存公物適合其目的之義務。因此，不能任意地使其公用廢止，而須待公物已失其供公的目的之用之必要已不存在時方可¹¹。

國內學者亦有認為，對現有供一般使用之公用道路，基於憲法第二十二條對人民行動自由之保障，人民應有對於已提供作為公用道路為一般使用之公權利，而非僅有反射利益。但人民之權利尚不及於新設或繼續維持之既有道路，值得參考¹²。

2. 當私人對公務之自由使用受到第三人之妨害時，應認為此乃屬民法上之不法行為問題¹³。
3. 隨時代演變與社會發展，自由使用權內容，其本身亦非不變，例如，何謂妨害他人之自由使用權，則須依使用內容，彈性地解釋。
4. 許可使用與特許使用之分類，及自由權利之回復與創設之區別之營業上許可與企業特許，我國現行法未必以此為基準區分，但有些情況仍有其存在價值。
5. 何謂一般使用（通常使用），有時不易判斷，例如河川之利用，游泳或洗衣，是否一般使用？道路除提供人行走，若鋪設光纖，促進資訊流通，是否通常使用？本案關於公物所包含公共空間中，是否為言論表達亦為通常使用，是否亦承認作為公共論壇，亦為通常使用？即有討論空間。

¹¹ 塩野 宏，前揭註 5，頁 344 以下。

¹² 參考吳志光，前揭註 3，頁 134。

¹³ 日本最高法院見解亦認為此乃屬民法上之不法行為問題。

6. 公共用物之使用許可，得適用行政處分附款之規定，即得附條件、期限等。

二、公用物之使用關係

(一) 公用物之使用之本來使用

公用物又稱行政使用之公物，指為達成行政任務直接使用之物。但僅為行政主體或行政機關供內部使用之公物，又稱公務用物，例如警察與軍隊之裝備、公務大樓及其動產。

公用物不論是公家機關之建築物，或是國立大學之建築物，該當建築物之存在，均為提供特定行政目的之用，管理者有依其目的管理之義務。進入該建築物者，須服從管理者之管理權（廳舍管理權、校舍管理權、醫院管理權等）。

(二) 公用物之目的外使用

目的外使用一般亦及於公共用物，如道路法、河川法般，公物之目的外使用，吸收於該當法律之許可制度。因此，所適用之範圍為法定外公共用物及公用物，實務上較多者為公用物。以下敘述公用物之目的外使用之問題點：

1. 在具體情況究為公用物之目的內使用或目的外使用，有時並不易判斷。例如於公官署之建築物中經營職員用之餐廳、開商店、設置職員團體事務所等。但日本學者認為，討論是否目的外使用有時並無實益，因無論目的內或目的外使用，均須經許可亦可能。又使用費用之徵收，無論是否目的外使用，均可能適用¹⁴。
2. 關於公用物之目的內或目的外使用，有時不易明確區分。若依國有財產法則應依行政財產是否有效利用之角度掌握之。而近年國家地方自治團體從財政角度，重視效率性，因此將廳舍等公用財產，出租給民間，以促進國有財產有效率之運用。此種出借給民間之方式，無論是否屬公用物之目的外使用，此乃平行於公用物之合目的使用外，另一使用方式。

三、公物使用之結論：

1. 無論公共用物或公用物均有可能透過許可程序限制人民使用。
2. 論及一般使用、通常使用，係指公共用物情況；至於公用物，應從是否公用物之目的外使用角度論之，此時公物管理機關具有廳舍等公用物之管理權管理之。
3. 公共用物之使用關係，只是承認一般人之使用自由而已，而非設定使用權利。

¹⁴ 塩野 宏，前掲註5，頁351以下。

4. 公物使用應隨時代發展而與時俱進：

- (1) 公物使用應可補充落實接近媒體使用權與得作為某一形式之公共論壇。
- (2) 公物之存在無法與周圍環境隔絕，因此，公物之管理也須從環境管理角度考量¹⁵。除地面上外，地下之光纖管線、地下水、空中之無人機（空拍機）之管理等均須與時俱進，因此在公物使用關係中，牽涉廣告物之管理時，須注意如本案之言論自由及其他受憲法保障之權利。

肆、結語－制定廣告物法之必要

基於以下理由，我國應有制定廣告物法專法之必要：

- 一、隨時代與社會發展，須規範之事項愈專業與複雜化，應有上位階之中央法律統一規制。例如廣告業者、與環保相關之光污染等、透過中央法律之制定，可統一中央與地方，以及主管機關與目的事業主管機關間之權限界分、相關重要概念之界定，例如，何謂廣告物。
- 二、與其他現行法律之整合，例如廢棄物清理法、道路交通處管理罰條例、水利法、文化資產保存法、公路法等，以避免機關間多頭馬車或兩不管之情況。
- 三、納入對廣告業者之管理、監督規範，此對廣告物之管理，可收事半功倍之效。
- 四、在公共場所，人民之一般行為自由及其他自由權利，很容易與廣告物之規制而競合或衝突，此時須專業與細膩之法規範。因此，應在法律中明定類似本號解釋理由書中之文字，如「本法及依本法訂定之自治條例於適用時，應注意避免對人民之言論自由，或其他憲法上所保障基本權利為不當之侵害。」¹⁶

¹⁵ 參考塩野 宏，前揭註5，頁358、359。

¹⁶ 隨時代演進與社會發展要求，如日本在最高裁昭和43年12月18日(1968年)大法廷判決之後，修改屋外廣告物法，即1973年屋外廣告物法第十五條（現為第二十九條）修正，規定有：「本法及依本法訂定之條例於適用時，應注意避免對國民政治活動之自由，及其他國民基本人權為不當之侵害。」值得我國未來制定法律之參考。

協同意見書

陳碧玉大法官 提出

本案爭點為臺南市政府於中華民國九十一年十二月九日依據廢棄物清理法第二十七條第十一款規定（下稱系爭規定）授權發布之南市環廢字第○九一○四○二三四三一號公告（該府改制後於一○○○年一月十三日以南市府環管字第一○○○○五○七○一○號公告，重行發布相當之內容，下併稱系爭公告）是否逾越系爭規定之授權範圍，違反法律保留原則。

按環境衛生與人民健康之促進與維護息息相關。廢棄物清理法（下稱廢清法）之立法目的在於改善環境衛生與維護國民健康，具有重大公共利益，採取之廢棄物應予清理、環境污染行為應予禁止之手段，如為達成上開目的所必要且適當，即難謂與比例原則有違。然禁止人民於公共空間為不逾越其通常使用目的之行為，為對人民受憲法保障之行為自由權之限制，從而與系爭有關之設置廣告物行為，如何成為「環境污染行為」？其要件為何？自應以法律定之。如以命令定之，除授權之目的、內容及範圍應具體明確外，主管機關據以發布之命令，亦不得逾越授權之範圍，始為憲法所許。

廢清法第二十七條、第五十條第三款為禁止人民為污染環境行為並予以處罰之規定，其中第二十七條前十款以列舉方式規定「環境污染行為」之態樣，並於第十一款規定：「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。」是主管機關據此授權規定公告應禁止之「環境污染行為」，自須達到與前十款所定行為類型污染環境相當之程度。第五十條第三款為結果犯之處罰規定，對於造成環境污染結果之行為人，裁處新台幣一千二百元以上六千元以下罰鍰，經限期改善，屆期仍未完成改善者，按日連續處罰。

廢清法第二十七條第十款規定：「張貼或噴漆廣告污染定著物」之行為為環境污染行為，應予禁止，明定其構成要件有三：以張貼或噴漆之方法為之、將廣告置於定著物上，以及造成污染該定著物之結果。此為設置廣告於定著物上為污染環境行為之法定要件規定，缺一不可。縣市主管機關所發布之關於設置廣告物於定著物上，為污染環境行為之法規命令，其構成要件自應相當。

臺南市政府依系爭規定授權發布系爭公告，以管制廣告物之設置行為，其內容為：「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。二、前項所稱之『道路』，指公路、街道、巷弄、安全島、人行道、廣場、騎樓、走廊或其他供公眾通行之地方。……」。再依臺南市政府環境保護局一○○○年一月十一日環管字第一○○○○五○三九九○號公告，將臺南市所轄行政區域均列為指定清除地區以觀，則凡在臺南市政府行政轄區內之任何土地定著物（包括牆壁、樑柱、電桿、樹木、橋樑、水溝、池塘、或公路、街道、巷弄、

安全島、人行道、廣場、騎樓、走廊、其他供公眾通行之地方，或其他土地定著物）上，以任何方法（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，是否即為「環境污染行為人」，其認定之唯一準據在於「該廣告物設置前是否已取得主管機關之核准」，未以造成污染定著物之結果為要件，與廢清法第二十七條第十款規定不符。

廣告物非屬廢清法第二條第一項第一款所稱之廢棄物，在未被認定設置行為為環境污染行為前，該廣告物亦非「視同廢棄物¹（指與維持正常運作兩相權衡後，被捨棄之物）」。設置未經許可之廣告物亦不當然即為環境污染行為。查廣告物管理辦法（內政部於九十三年七月二十三日廢止，改由各縣市以自治法規規範之）係以維護公共安全、城鄉景觀與交通秩序為規範目的（第一條），與廢清法以改善環境衛生與國民健康之目的不同。依該辦法規定，廣告物內容依法應先經目的事業主管機關核准者，須先經該機關核准後，再由廣告物主管機關核准（第六條），對內容為雙重管制；廣告物之文字圖畫不得違反法令規定、妨害公共秩序或善良風俗（第七條）；不得設置廣告物之處所為：一、高岡處所或公園、綠地、名勝、古蹟等內部處所（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內不得設置之處所，以及六、其他法令禁止設置之處所（第八條）。張貼廣告之處所則限於政府核准之廣告張貼處（公職人員選舉宣傳或公定宣導另有規定者，從其規定，第十條），如違反上開第八條或第十條關於設置、張貼場所之規定，而符合廢清法處罰規定之要件者，依廢清法處罰（第二十一條）等，對於廣告物之內容與設置場所，採事前管制原則，與廢清法對於廢棄物之清除、污染行為之禁止及處罰為事後管理原則，顯然不同。又依上開規定，設置行為人亦僅於違反關於設置、張貼場所之規定，且符合廢清法處罰規定之要件時，始依廢清法規定處罰。換言之，於禁止場所為廣告物之設置行為，固然違反廣告物管理辦法之相關規定，但必該行為符合廢清法處罰要件—造成污染環境之結果，設置行為人始成為環境污染行為人，而依廢清法規定處罰。系爭公告認設置之廣告物未先經主管機關核准，設置人即為環境污染行為人，逾越授權範圍。

廣告物設置於土地定著物前，除須取得土地所有人之同意外，依上開廣告物管理辦法規定必先取得主管機關之許可。由於廣告物之本質為「視即知悉」

¹ 工廠管理輔導法第二十三條第四項、石油管理法第五十二條第三項、建築法第九十六條之一第二項、道路交通管理處罰條例第八十二條第二項、第八十五條之三第四項、漁港法第十七條第一項第一款、違章建築處理辦法第八條規定參照。

廣告物內容所欲表達之意思，與出版、講學、電影²等之內容為何，必須閱讀、觀看後「始得知悉」之情形不同；且廣告物之內容固定，與集會、遊行主張之內容有於進行中變更亦有不同。因此，主管機關於廣告物設置前因審核廣告物之尺寸、材質、設置地點、期間等要素之同時，實質上已對廣告內容進行了事前審核。對於廣告內容為事前審查之規定³，是否合憲，乃審查所欲維護之法益與限制言論自由等法益之結果，權衡其是否合乎比例原則而定⁴，不宜一概而論。又倘廣告物因內容、尺寸、材質、設置地點、期間等任一要素不符規定而被否准設置，且該設置之廣告物造成環境污染之結果，被認定為污染環境行為時，設置行為人應依廢清法規定負其責任，言論自由、宗教自由等之維護目的，並不能阻卻該設置行為為污染環境行為之認定。

不問廣告物之管理或污染環境行為之禁止規定，其目的均不在於言論自由及憲法保障之其他基本權利之限制，但因廣告物為所有人意見表達之媒介，事前否准廣告物之設置，或設置後以該設置行為為污染環境行為，進而命行為人應予清除（改善），將會對行為人造成限制言論自由、宗教自由、良心自由等基本權之結果，因此設定廣告物或環境污染行為之審查基準時，應考量衡平不同權益之維護。

² 電影法第九條：「申請電影片、電影片之廣告片審議分級者，應填具申請書，並檢附相關文件、資料，報中央主管機關核准（第一項）。電影片、電影片之廣告片非經中央主管機關審議分級並核准者，不得映演。但教育行政機關主管之教學電影片，不在此限（第二項）。……」。

³ 例如廣播電視法第三十四條：「廣告內容涉及藥品、食品、化粧品、醫療器材、醫療技術及醫療業務者，應先送經衛生主管機關核准，取得證明文件。」；藥事法第六十六條第一項前段：「藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請中央或直轄市衛生主管機關核准，並向傳播業者送驗核准文件。」；食品安全衛生管理法第二十八條第三項：「中央主管機關對於特殊營養食品、易導致慢性病或不適合兒童及特殊需求者長期食用之食品，得限制其促銷或廣告；其食品之項目、促銷或廣告之限制與停止刊播及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之。」；化粧品衛生管理條例第二十四條第二項：「化粧品之廠商登載或宣播廣告時，應於事前將所有文字、畫面或言詞，申請中央或直轄市衛生主管機關核准，並向傳播機構繳驗核准之證明文件。」；醫療法第九條：「本法所稱醫療廣告，係指利用傳播媒體或其他方法，宣傳醫療業務，以達招徠患者醫療為目的之行為。」第八十五條第二項：「利用廣播、電視之醫療廣告，在前項內容範圍內，得以口語化方式為之。但應先經所在地直轄市或縣（市）主管機關核准」等。

⁴ 本院釋字第四一四號解釋文：「藥物廣告係為獲得財產而從事之經濟活動，涉及財產權之保障，並具商業上意見表達之性質，惟因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，應受較嚴格之規範。藥事法第六十六條第一項規定：藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請省（市）衛生主管機關核准，旨在確保藥物廣告之真實，維護國民健康，為增進公共利益所必要，與憲法第十一條及第十五條尚屬相符。……」參照。

惟對於「言論自由之限制」乃為設置未經核准之廣告物之行為，經認定為環境污染行為後之附帶結果，若以言論自由之保障為出發點論斷系爭公告之合憲性，未免有離題之嫌。從而，本席贊同本號解釋之多數意見，不特別指出所涉之基本權，僅認系爭公告不問該未經許可而設置之廣告物是否有礙環境衛生，及設置行為是否已達與廢清法第二十七條前十款所定行為類型污染環境相當之程度，即逕以之為污染環境行為，對設置行為人裁處清除及罰鍰處分，逾越授權範圍，違反法律保留原則，應於三個月內修正。爰提出協同意見書如上。

協同意見書

羅昌發大法官 提出

本件表面上涉及較為技術層面之廢棄物清理法及地方主管機關依據廢棄物清理法所發布視為污染行為之公告，實質上則涉及環境衛生（包含市容整潔）、國民健康、人民之言論自由、宗教自由間如何權衡之實體問題。另由於本解釋理由甚為簡略，相關機關解讀本解釋意旨時，易生疑義。為避免相關機關及人民誤認為，基於本解釋，所有街頭廣告之設置將毫無限制；且為釐清人民各項自由權利與環境衛生及國民健康間之關係，本席認為有予補充闡述之必要。爰提出本協同意見書。

壹、有關廢棄物清理法第二十七條第十一款授權主管機關公告污染環境行為之部分

- 一、廢棄物清理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。」（下稱系爭規定）多數意見認為，解釋上，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；且由該條其他款（如第三款「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，不以將廢而不用或擬丟棄之物品為「棄置」之行為為限，而包括其他有害環境衛生與國民健康之行為；故系爭規定尚可合理解釋，而與授權明確性原則無違。
- 二、本席對多數意見有關係爭規定為合憲之結論，敬表同意。由本解釋理由書第一段可知，多數意見並非毫無條件地認為系爭規定合憲；而係在將該規定解讀為「其他經主管機關公告『達到與前十款所定行為類型污染環境相當之程度』之行為」之前提下，始為合憲。故多數意見有關係爭規定之部分，本質上屬於「合憲性解釋」。系爭規定並非空白授權予主管機關發布有關污染環境行為範圍之公告；主管機關依系爭規定發布公告時，自須將污染環境之條件納入其公告之內涵。
- 三、另多數意見並未界定所謂達到「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」，係何所指。本席認為，「污染環境」之概念雖非無法合理解釋，然由字面而言，該詞可能包括「在特定場所內或於該條第二款所稱之『定著物』上，為非其原來或通常使用目的之放置或設置任何物品之行為，然本質上不當然構成污染環境者」。例如人民在合法集會或遊行時，可能於廣場或道路上放置或設置布條或其他形式之標語，或於地面以易於除去之方式黏貼或以粉筆塗上標語；在其合法集會或遊行過程中，此等行為應非污染行為，其物品則非系爭規定所應涵蓋之廢棄物；應俟其合法集會或遊行之後，仍有未除去時，始構成污染行為。又例如人民在短暫而非長期佔用，

且不妨礙公共場所原來使用功能之情況下，以易於除去之方式設置標語，以表達憲法所保護之言論（如政治、學術、藝術言論）或為宗教教義之宣傳；其設置行為，亦不當然構成污染行為。再例如，商家於門口牆壁上刊登遷移啟示，或於門口牆壁黏貼對聯或春到、福到等年節標語，亦非當然構成污染行為。系爭規定如未為合憲性之限縮解釋，有可能被主管機關錯誤解讀為包括此等「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不相當」之行為。

四、探究所謂「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」，應先將各該款抽象化，以獲其立法真意，並因而確認是否「相當」。由該條各款觀之，必須屬生活上拋棄或由身體排出者（該條第一款、第六款、第七款、第八款、第九款參照）、經濟活動上排放或拋棄者（第四款、第五款、第六款、第八款、第九款參照）、或其物本質上有礙衛生整潔者（第二款、第三款、第十款參照），始屬該條禁止之污染行為範圍。故所謂須達到「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」，應指有類於生活、經濟活動或其他活動排放或拋棄，或本質上有礙衛生整潔之情形。前所舉之數例，於集會或遊行時設置布條或其他形式之標語、短暫設置標語以發表應受憲法保障之言論而不妨礙原場所使用者、於門口牆面設置遷移啟示或對聯等，均非排放或拋棄物品或本質上有礙衛生整潔之行為；在本解釋之下，自均非可依系爭規定納入公告，將其視為污染環境行為。

貳、有關地方主管機關公告為污染行為之部分

- 一、廣告物與廢棄物之關係：所謂廣告物，文義上包括商業與非商業廣告物；為倡導或推動任何個人或團體之理念或業務，而以文字或圖樣於有形之物體上設置者，均可涵蓋在廣告物概念之範圍。廣告物自未必為污染環境之廢棄物。主管機關依據廢棄物清理法而發布規範廣告物設置之公告，自應以廣告物設置行為有污染環境者為限。應先敘明。
- 二、臺南市政府於九十一年十二月九日依據系爭規定發布南市環廢字第○九一○四○二三四三一號公告及該府改制後於一○○○年一月十三日重行發布南市府環管字第一○○○○五○七○一○號公告；其公告事項包括：「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。二、前項所稱之『道路』，指公路、街道、巷弄、安全島、人行道、廣場、騎樓、走廊或其他供公眾通行之地方。」（下稱系爭公告）多數意見認為，其規定不問設置該廣告物是否

有害環境衛生與國民健康，及是否已達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，而予以禁止並處罰，乃逾越母法授權之範圍。本席敬表同意。

- 三、由於本解釋宣告系爭公告為違憲，相關機關及民眾或可能誤以為將來對民眾設置廣告物之行為均不得予以管理，並憂心全國各處普遍成為濫設廣告物之天堂。本席認為有釐清必要。實際上系爭公告所列之多數情形，本質上確為污染行為；然其所列者亦有非本質上屬於污染行為之情形。本席認為，系爭公告違憲之關鍵在於其「視為」污染行為之效果（使本質上未必為污染行為者亦遭禁止），以及所列「其他方法」之文義過廣（使其範圍無所不包）。就此自有進一步闡述之必要。
- 四、系爭公告雖僅稱所列之設置廣告物行為「為」環境污染行為；而非稱「視為」污染環境行為。然其意旨顯然係將此等行為「視為」污染環境行為。以前所舉之情形為例，集會或遊行時之布條或其他形式之標語，如係於道路張掛、懸繫、黏貼、樹立、置放或其他方法設置，則文義上將受系爭公告所涵蓋；因而將被視為污染環境行為，並屬禁止之列；然如前所述，系爭公告所據以發布之母法（即系爭規定），並不應包括禁止此種行為。又例如短暫設置且不妨礙原場所（如廣場或寬闊之人行道）使用而發表憲法保障之政治、學術、宗教等言論之標語，亦將遭視為污染行為，而屬系爭公告禁止之範圍；然系爭公告所據以發布之母法，亦不應包括禁止此種行為。再例如黏貼於商店門口牆面之遷移啟示或有顯示贈與廠商名稱之對聯等，文義上屬於在牆壁上黏貼之廣告物，將遭「視為」污染行為，而屬系爭公告禁止之範圍；然其本質上亦不應在母法禁止範圍之列。凡此均不應被「視為」污染環境行為。此為系爭公告逾越母法之原因之一。
- 五、系爭公告所規定「視為」污染行為之範圍，包括涵蓋甚廣且無客觀標準之「其他方法設置廣告物」。例如以不影響他人通行或行動之方式，手持小型標語於人行道或廣場走動，或於私人之非營業汽機車上黏貼小型標語而駕駛於道路上等，是否屬應受取締之污染行為，容有疑義；然在系爭公告下，此等情形均可能受此概括文字之涵蓋。系爭公告有關「其他方法設置廣告物」之部分，既無任何客觀標準且其範圍又毫無限制，自亦有逾越母法之疑義。

參、有關係爭公告可能因而限制人民言論自由及宗教自由之問題

- 一、廣告物、廢棄物與言論及宗教自由之關係：如前所述，廢棄物清理法所稱之廢棄物，包括排放或拋棄者，以及雖非排放或拋棄然其物本質上有礙環境衛生與國民健康者；故廣告物可能為廢棄物，亦可能為非廢棄物。另廣告物之內容含有一定言論之表達（含商業或非商業言論

)或宗教教義之宣傳；然言論表達或宗教教義宣傳則未必附著於廣告物。有言論或宗教內涵之廣告物，如已遭拋棄或本質上有礙環境衛生與國民健康者，自屬廢棄物清理法規範之範圍。然此並非謂所有廣告物均得依廢棄物清理法取締。

- 二、本件涉及聲請人在街道上長期設置布幔等標語，宣傳一定宗教信仰或教義（如記載「法輪大法好」字樣）；且其內容另包括政治訴求（如記載「聲援退出中共黨」、「制止盜賣活人器官」等語）。故其設置廣告物之行為涉及憲法第十一條之言論自由（因聲請人係在我國管轄領域內為言論表達，故屬我國憲法言論自由保障之範圍）及第十三條之信仰宗教自由（雖聲請人係主張該宗教之信仰者在大陸受迫害，然其係在我國領域內宣揚其教義，故屬我國憲法宗教自由保障之範圍）。另由於聲請人在當時所欲表達者係其宗教團體在中國大陸之結社遭迫害，而非在我國之結社自由遭任何限制，故其廣告物遭受取締，尚與我國憲法保障之結社自由無關。基此說明，系爭公告雖在規範廣告物之設置，然其執行，可能溢出於原規範目的之範圍，而造成限制人民憲法上保障之權利（如本件所涉及之言論及宗教自由）之結果。
- 三、憲法第十一條保障人民之言論自由，乃在確保人民意見得以自由表達及散布。對於發表言論者而言，憲法之保障使其得以實現自我，並進而影響他人；對於其他人而言，則藉由言論自由之保障而可以獲得充分資訊。信仰宗教自由則確保人民思想不受羈絆與良知得以受啟發、支持、維繫或寄託。言論及信仰宗教自由均為維護國家與社會進步及多元發展之重要基石；國家對其干預，均應限於最小之範圍，而不得逾越憲法第二十三條所規定之必要程度。
- 四、人民在系爭公告所列之公路、人行道、廣場或其他供公眾通行之場所等空間，表達及散布言論及宣揚宗教教義，雖非隨處可見，但亦非難以想像。人民於此等空間為有關政治、學術、宗教等不以獲取財產利益為目的之言論表達或教義之宣傳，不論係以廣告或其他方式呈現，國家本非不得於憲法第二十三條規定之條件下，就其表達之「時間、地點、方式」為合理之限制，以保障環境衛生及國民健康，甚至維護他人之通行及合理利用公共空間等公共利益。要求人民於為此種表達或宣傳時，限於一定之時段（例如要求非於人員往來之尖峰時段設置，以避免干擾通行及他人合理利用相關空間）、一定地點（例如規定不應在狹窄的人行道設置，以避免通行及確保安全）、一定之方式（例如限制布幔或標語之大小或限制發出之音量，以避免干擾他人活動），均屬憲法容許之範圍。然法律或法律授權之命令縱可對以廣告方式為前述言論表達之「時間、地點、方式」為合理限制，仍應注意使

人民之此種言論或信仰仍有適當表達之機會；而不應透過對「時間、地點、方式」之規範，造成完全排除此種言論或宗教信仰於供公眾通行之場所表達或宣揚之合理機會之結果。

- 五、另系爭公告稱「未經主管機關核准……，為污染環境行為」；據此，主管機關有權對廣告物之設置為事前之審查。如主管機關係審查廣告物設置之「時間、地點、方式」，原則上並無疑義，已如前述；然如係審查廣告之「內容」，則將構成對言論表達及宗教教義之宣傳內容之事前審查。亦即，主管機關於執行系爭公告時，可能因而對以廣告方式呈現之言論表達內容或宗教教義之宣傳內容造成事前審查之結果。就此部分，顯有憲法疑義。蓋在檢視憲法第二十三條之必要要件時，應權衡與平衡限制人民權利之規範所擬保障公益之重要性、對於所擬達成的目的可以提供之貢獻或功能、以及該規範對憲法上權利所造成限制或影響之程度；在權衡與平衡此等因素之後，憲法解釋者應進一步考量客觀上是否存有「較不侵害憲法權利」的措施存在。「環境衛生、國民健康、他人之通行及合理利用公共空間」等公益雖非不重要，然其可能造成人民在憲法所保障之言論及信仰自由等重要權利事先箝制之結果；而為政治、宗教言論「內容」之事先審查，卻又對「環境衛生、國民健康、他人之通行及合理利用公共空間」等公益之維護，無重要功能。並且以對廣告設置之「時間、地點、方式」予以事前審查（而非對其「內容」為事前審查），顯然較不侵害人民之言論及宗教信仰自由，卻又較能達到維護此等公益之目的。主管機關於修正系爭公告時，自應以明確方式規定，避免對政治或宗教言論等造成事前審查之結果。例如，在修正後之公告中規定，如涉及諸如政治或宗教之言論或教義之宣傳，不得要求申請設置廣告者提出廣告之內容。
- 六、再者人民於此種空間所為以獲取財產利益為目的之商業性言論，包括以廣告或以其他方式呈現者，除得就言論表達之「時間、地點、方式」為較嚴格之限制外，對言論之「內容」，於有重大公共利益時，亦得為事前或事後之限制。例如主管機關對於藥物廣告之內容，自得基於人民生命與健康維護之重大公共利益，而為「內容」之事前審查。系爭公告適用於商業廣告物時，縱可能因而使主管機關對其「內容」為事前審查，然如確係基於重大公共利益（諸如國民健康、公共秩序、善良風俗），則無違憲疑義。主管機關於修正系爭公告時，自應將廣告物之性質（是否為商業廣告），納入考量，使商業廣告物與前述政治、學術、藝術之言論表達或信仰之宣傳之廣告物，為適當之區別規範。

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○九一○四○二三四三一號公告之公告事項一、二（該府改制後於一○○年一月十三日以南市府環管字第一○○○○五○七○一○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，固無可厚非。惟如同時欲對廣告予

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。

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範適用問題，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

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.）

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，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牴觸憲法發生疑義。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）（Auffanggrundrecht），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。

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..

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，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

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..

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。

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牴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」（釋字第二一八號及第六四一號解釋等參照）。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

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。

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

「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。

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」，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「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

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。

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

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。

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。

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。

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。」

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。

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。

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啟、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 日臺北市府（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。

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 Verordnungsgesetz, 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

¹⁰ 參見前註9之高雄市廣告物管理自治條例。

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

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。

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

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。

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。

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。

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)。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。

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」剛好正反相反，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。

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。

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？

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」，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，釋字第四九〇號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五〇九號解釋的立論，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，遑論比例原則—。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五〇九號解釋的「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

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。

，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」。

此「警告」的用意，顯然指出廣告的法規可能觸犯言論自由及他人權，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

¹⁹ 陳新民，行政法學總論，新九版，2015年10月，第181頁。

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

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

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。

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。

部分協同暨部分不同意見書

湯德宗大法官 提出

聲請人涂彩紛於中華民國九十八年六月二十二日在臺南市民族路口與永福路口（赤崁樓附近）張掛抗議中共活摘法輪功學員器官之布條及宣揚法輪大法好之布幔，遭臺南市政府環境保護局（下稱原處分機關）以於指定清除區域內，任意懸掛廣告，違反廢棄物清理法（下稱廢清法）第二十七條第十一款規定¹為由，依同法第五十條第三款²裁罰³新臺幣一千兩百元。聲請人不服，提起訴願⁴，經臺南市政府撤銷原處分。嗣原處分機關重新審查後，就同一事由，另行裁罰⁵聲請人新臺幣六百元罰鍰。上訴人不服，迭經訴願⁶、行政訴訟⁷，均遭駁回確定，爰以確定終局判決（高雄高等行政法院九十九年簡字第二一四號判決）所適用之「廢清法」第二十七條第十一款（下稱「系爭規定」）及臺南市政府

¹ 參見廢棄物清理法第二十七條（九十年十月二十四日修正公布，迄未修正）：

「在指定清除地區內嚴禁有下列行為：

- 一、隨地吐痰、檳榔汁、檳榔渣，拋棄紙屑、煙蒂、口香糖、瓜果或其皮、核、汁、渣或其他一般廢棄物。
- 二、污染地面、池塘、水溝、牆壁、樑柱、電桿、樹木、道路、橋樑或其他土地定著物。
- 三、於路旁、屋外或屋頂曝曬、堆置有礙衛生整潔之物。
- 四、自廢棄物清除、處理及貯存工具、設備或處所中搜揀經廢棄之物。但搜揀依第五條第六項所定回收項目之一般廢棄物，不在此限。
- 五、拋置熱灰爐、危險化學物品或爆炸性物品於廢棄物貯存設備。
- 六、棄置動物屍體於廢棄物貯存設備以外處所。
- 七、隨地便溺。
- 八、於水溝棄置雜物。
- 九、飼養禽、畜有礙附近環境衛生。
- 十、張貼或噴漆廣告污染定著物。
- 十一、其他經主管機關公告之污染環境行為。」

² 廢棄物清理法第五十條第三款：「有下列情形之一者，處新臺幣一千二百元以上六千元以下罰鍰。經限期改善，屆期仍未完成改善者，按日連續處罰：……三、為第二十七條各款行為之一。」

³ 參見臺南市環境保護局九十八年七月十日南市環廢處字第九八〇七〇七四號裁處書。

⁴ 參見臺南市政府九十八年十一月十三日南市行救字第〇九八二六五九三五六〇號訴願決定書。

⁵ 參見臺南市環境保護局九十八年十二月二十一日南市環廢處字第〇九八一二〇八七號裁處書。

⁶ 參見臺南市政府九十九年四月十六日南市行救字第〇九九二六五二八二四〇號訴願決定書。

⁷ 參見九十九年九月十七日高雄高等行政法院九十九年簡字第二一四號判決（無理由駁回）；九十九年十二月二十三日最高行政法院九十九年度裁字第三四九一號裁定（以訴訟事件所涉法律見解不具有行政訴訟法第二百三十五條所定之原則重要性為由，駁回上訴）。

九十一年十二月九日南市環廢字第○九一○四○二三四三一號公告（下稱「系爭公告」）有違憲疑義，聲請本院解釋。

本號解釋多數意見先以合憲性解釋方法⁸，認定「系爭規定」尚不違反法律授權明確性原則（解釋文第一段及解釋理由書第一段參見）；繼而認定「系爭公告」以未經主管機關核准而設置廣告物者，即屬污染環境行為而概予取締，已逾越母法授權，違反法律保留原則，並宣告限期失效（解釋文第二段及解釋理由書第二段參見）。本席對此敬表贊同。惟，關於本件聲請之核心問題——地方主管機關以維護環境衛生為名，規定非經其許可不得於該地方自治團體所轄行政區域內⁹設置廣告物，是否過度限制人民於憲法上所保障之言論自由——多數意見僅在解釋理由書第三段以「併此指明」之方式，作了無關痛癢的教示，本席礙難同意。爰提出部分協同暨部分不同意見書如下。

一、本號解釋應併宣告系爭公告與臺南市廣告物管理自治條例相關規定違憲

關於大法官無法形成可決多數之關鍵疑義，本席以為於通過之解釋理由書第二段後，應增補理由書第三及第四段如下：

憲法第十一條規定，人民之言論自由應予保障。鑒於言論自由具有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理之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，國家之干預應減至最小限度，俾給予最大程度之保障（本院釋字第五○九號、第六四四號、第六七八號解釋參照）。針對言論內容（觀點）所為之預先審查（*editorial prior restraint*），因本質上與言論自由之保障幾難相容，違憲審查機關應推定其為違憲。¹⁰除國家能證明預先審查之特定措施乃為維護極重要之公益（例如為防止客觀上明顯而立即之危險¹¹，或國家安全之極端危險¹²），且為直接達成該極重要公益之最小侵害手段（*the least restrictive means*）者外，不

⁸ 亦即就系爭規定客觀理解之文義，更為限縮解釋：所謂「其他經主管機關公告之污染環境行為」係指「同條所列舉十款行為以外，而與該十款所定行為污染環境程度相當之行為」。合憲性（限縮）解釋表面雖為「合憲」之宣告，實則為「部分違憲」之意。本院合憲性解釋先例甚多，參見釋字第五○九號解釋、釋字第三七二號解釋等。

⁹ 參見臺南市政府環境保護局一〇〇年一月十一日環字第一〇〇〇〇五〇三九九〇號公告（「基於環境衛生需要，公告臺南市清除地區，為所轄之行政區域」）。

¹⁰ *See, e.g., Lovell v. Griffin*, 303 US 444 (1938); *Near v. Minnesota*, 283 US 697 (1931).

¹¹ *See, e.g., Brandenburg v. Ohio*, 395 US 444 (1969); *Schenck v. United States*, 249 US 47 (1919).

¹² *See, e.g., New York Times Co. v. United States*, 403 US 713 (1971).

得為之。又，人民在依法得自由進出之公有開放空間（如公園、廣場、人行道等）發表言論，亦屬憲法言論自由保障之範圍。¹³國家及地方自治團體固得基於公共利益之目的，對於人民在前述公共論壇（public forum）或開放性論壇（open forum）發表言論之時間、地點及方式，為必要之限制（含事前許可），以期兼顧該空間之一般用途（Gemeingebrauch）或通常活動（normal activities）；惟如欲依言論之內容（觀點）而為限制者，則應考量各種言論對於促進實現自我、溝通意見、追求真理、形成公意等價值之貢獻不一，而給予不同範疇之保障及不同準則之限制（本院釋字第四一四號解釋參照）。

系爭公告縱非為限制人民言論自由而設，然依其文義，主管機關既得以「未經核准」為由，處罰設置廣告物之表意行為（expressive conduct），自有侵害（限制）人民言論自由之虞。而地方主管機關是否核准廣告物之設置，應依相關自治條例之規定辦理。是臺南市廣告物管理自治條例（九十四年五月二十日制定公布）之相關規定，包括第四條：「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」及第十五條第一款：「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」等（下併稱「自治條例相關規定」，該條例於一〇一年十二月二十二日廢止，同日制定公布名稱相同之自治條例，其第四條第一項前段及第十二條第一款意旨相同）與「系爭公告」在適用上即具有重要關聯性，聲請人雖未聲請解釋，本院亦得將之納入解釋範圍（本院釋字第七〇九號解釋、第六六四號解釋參照）¹⁴。上開

¹³ 本院釋字第三六四號解釋業已肯認「以廣播及電視方式表達意見，屬於憲法第十一條所保障言論自由之範圍」；本件多數大法官卻不願意承認人民於傳統之公有開放空間表達意見，屬於憲法第十一條所保障言論自由之範圍，殊難理解。

¹⁴ 參見本院釋字第七〇九號解釋理由書第一段（「確定終局判決所適用之舊都市更新條例第十九條第三項前段雖未經聲請人聲請釋憲，惟此係規定直轄市、縣（市）政府主管機關核定都市更新事業計畫前應遵行之程序，乃同條例第十條第一項直轄市、縣（市）主管機關核准都市更新事業概要之後續階段，都市更新事業概要是否核准為都市更新事業計畫是否核定之前提問題，足見舊都市更新條例第十九條第三項前段與第十條第一項之規範功能，具有重要關聯性，爰將舊都市更新條例第十九條第三項前段一併納入審查範圍」）、第六六四號解釋理由書第一段（「少年法院認有必要時得以

規定就廣告物設置所為之事前審查，不限於廣告物設置之時間、地點與方式，並及於廣告物之內容。其不問是否為維護極重要之公共利益，及是否為直接達成該極重要公益之最小侵害手段，概就廣告物內容進行事前審查，顯已逾越必要程度，違反憲法第二十三條規定之比例原則，侵害憲法第十一條所保障之言論自由，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿六個月時失其效力。

據此，於通過之解釋文第二段之後，**並應增補第三段解釋文如下：**

系爭公告及臺南市廣告物管理自治條例(94年5月20日制定公布)第四條及第十五條第一款不問是否為維護極重要之公共利益，及是否為直接達成該極重要公益之最小侵害手段，概就廣告物內容進行事前審查，顯已逾越必要程度，違反憲法第二十三條規定之比例原則，侵害憲法第十一條所保障之言論自由，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿六個月時失其效力。

二、系爭公告何以逾越母法之授權？

多數意見以「涵蓋過廣」(over-breadth)，為由，認定「系爭公告」逾越母法(廢清法第二十七條第十一款)之授權，結論固甚正確，然其論理之方式(「不問……，即……，概予……」)毋寧更近於「比例原則」檢驗中之「必要性」子原則之操作(不分青紅皂白，「一竿子打翻一船人」，顯非必要)，大眾讀者恐不易理解。本席以為，宜並由「**原則與例外錯置**」的觀點立論。

申言之，廢清法第二十七條第十一款所謂「其他經主管機關公告之污染環境行為」，僅在授權主管機關隨時得以「公告」補充規定各種「污染環境之行為」。亦即，主管機關負有以「公告」方式，行使委任立法(一稱傳來立法)權，創設「禁令」之義務。是凡未經主管機關公告禁止者，人民皆得自由為之(含設置廣告物之表意自由)。詎「系爭公告」擅自規定，未經主管機關核准者，概不得設置廣告物。無異於主管機關任意委棄立(造)法義務，而將規範闕如之不利益轉嫁於人民。蓋按系爭公告，人民除經主管機關核准者外，將無設置廣告物之表意自由。綜上，依母法(

裁定命少年收容於少年觀護所，第四十二條第一項第四款規定少年法院得以裁定令少年入感化教育處所施以感化教育，均為聲請人依同法第三條第二款第三目規定而進行少年事件處理程序時，所須適用之後續處置規定，與第三條第二款第三目規定有重要關聯，均得為本院審查之對象，應一併納入解釋範圍)。準此，本件「自治條例相關規定」既為地方主管機關適用「系爭公告」，就廣告物設置為準駁之依據，應認其與聲請人聲請解釋之「系爭公告」在適用上具有重要關聯性，從而得納入作為解釋之標的。

系爭規定），人民設置廣告物表達意見以自由為原則，經公告禁止者始受限制；依子法（系爭公告），則人民設置廣告物表達意見以限制為原則，經主管機關核准者始得例外為之。兩相對照，原則與例外錯置，子法逾越母法之授權，寧非昭然！

本件聲請人指摘歷歷，大法官卻未能形成可決之多數，就具有憲法價值的疑義，作成具有拘束力的解釋，促成我國人權保障的進步，殊為可惜。¹⁵唯有略抒己見，以待來者。

¹⁵ 本席到院服務四年，言論自由釋憲聲請案十餘件，無一受理。其中，一〇三年十二月三十一日大法官一四二六次會議決議不受理會台字第一二二七號聲請案（焚燒國旗）及一〇一年十月五日大法官一三九四次會議決議不受理會台字第九七二五號聲請案（污損國旗），尤具受理價值。

部分不同意見書

黃璽君大法官 提出

本解釋多數意見認廢棄物清理法第二十七條第十一款規定（下稱系爭規定）與法律授權明確性原則無違部分，本席敬表贊同。惟多數意見認臺南市政府中華民國九十一年十二月九日南市環廢字第○九一○四○二三四三一號公告之公告事項一、二（下稱系爭公告）與法律保留原則不符，宣告自本解釋公布之日起，至遲於屆滿三個月時失其效力，本席礙難同意。爰提部分不同意見如后。

一、系爭公告係依據系爭規定之授權而為

系爭規定謂：「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。」即授權主管機關以公告方式補充規定除廢棄物清理法第二十七條第一款至第十款以外，與該十款相類之污染環境行為。

二、系爭公告內容與廢棄物清理法第二十七條第二款、第十款規定相類，尚未逾越授權範圍

（一）系爭公告內容為：「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。二、前項所稱之『道路』，指公路、街道、巷弄、安全島、人行道、廣場、騎樓、走廊或其他供公眾通行之地方。」

（二）公告事項一係規定於其所示之場所，以所示之方式設置廣告物者，為污染環境行為。其所示場所均屬廢棄物清理法第二十七條第二款：「污染地面、池塘、水溝、牆壁、樑柱、電桿、樹木、道路、橋樑或其他土地定著物。」所定禁止污染場所；其所示方式，與廢棄物清理法第二十七條第十款所定禁止之廣告方式，或相同¹或相類²，有相似之污染環境結果。公告事項二，則係就公告事項一所示場所中之「道路」，詳定其範圍，難認系爭公告逾越系爭規定授權範圍。

三、系爭公告並非不問設置廣告物是否有礙環境衛生與國民健康，一律禁止廣告物之設置

系爭公告僅禁止在所示場所，以所示方式設置廣告物，其所示場所限於例示之道路等及其「定著物」上，故如於道路散發傳單、穿著印有廣告

¹ 噴漆、黏貼

² 「粉刷、樹立、釘定」等固定方式設置廣告物，其污染環境結果與「噴漆」、「張貼」相同，「張掛、懸繫、夾插、置放」等非固定方式，亦會造成污染環境之結果，雖其污染較固定方式易於除去，然如不予禁止，任其長期設置，其造成之污染環境結果，即與固定方式無異。

之衣物，或於所著衣物張貼廣告等，均不在系爭公告禁止範圍。且於所示場所以所示方式設置廣告物，均會造成污染環境之結果，已如前述，並無多數意見所認不問設置廣告物是否有礙環境衛生與國民健康，一律禁止廣告物之設置情形。

四、系爭公告尚無不問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，概予禁止情形

於系爭公告所示場所以所示方式設置廣告物，均會有不同程度之污染環境，其污染環境程度因設置廣告物之場所、廣告物規模，設置時間之長短等各因素而異。某設置廣告物行為之污染環境程度縱較小，然集合多數即可能造成嚴重之污染環境，故難以事先設定標準³，而均有予以管制之必要。系爭公告以主管機關核准方法管制，適可區分污染環境程度，未達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者，可許其設置⁴；已達該程度者，否准其設置。

五、結論

系爭公告內容與廢棄物清理法第二十七條第二款、第十款規定相類，並無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，概予禁止並處罰情形，且未增加系爭規定所無之限制⁵，是尚未逾越系爭規定授權範圍，難謂與法律保留原則不符。

³ 事先設置標準，許其不經核准即設置，如同時有多數人依標準於同一場所設置，亦將造成與廢棄物清理法第二十七條前十款相同之污染環境。

⁴ 核准程序可以併管制設置廣告物時間、場所及規模，並避免同一場所設置過多廣告物過度污染環境。

⁵ 或謂系爭規定並未規定須經核准始得設置廣告物，系爭公告以須經核准始得設置廣告物，乃增加法律所無之限制而有違法律保留原則。惟查系爭公告係公告在其所示場所以所示方式設置廣告物者，原則上為污染環境行為，禁止為之，例外經核准者，始得設置。核准係例外之放寬條件，非對原非污染環境行為者，加以限制。

不同意見書

黃虹霞大法官 提出

本號解釋多數意見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，而臺南市政府中華民國九十一年十二月九日南市環廢字第○九一○四○二三四三一號公告之公告事項一、二（該府改制後於一〇〇〇年一月十三日以南市府環管字第一〇〇〇〇五〇七〇一〇號公告重行發布，內容相當；下併稱系爭公告），「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。」惟本席對本件解釋是否應予受理、是否涉及言論自由，及系爭公告是否已達違憲程度，皆礙難同意多數意見之見解，爰提出不同意見書如下。

- 一、本件解釋所欲保護之人民基本權利究指何而言？不甚明確，主要可能是言論自由，並兼及於一般行為自由。
- 二、言論自由係民主基石，應予高度適當保障，迭經本院大法官多次解釋在案，故不待贅言。惟本件係屬人民聲請解釋案件，應以人民受憲法所保障之權利受到不法侵害，經提起訴訟而對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有抵觸憲法之疑義為聲請要件。而
 - （一）經查系爭案件之原因事實顯示：本件聲請人根本未依規定申請許可，即逕自於公有廣場長期豎立系爭大型廣告物（屬污染環境行為應無疑義），且經取締及處罰後仍繼續同一行為，此一聲請人之未經申請許可之污染環境行為，已非適法；且因其未申請許可，故主管機關根本也無比如藉由廣告物內容之審查箝制聲請人言論自由等之舉措，故亦難認聲請人有何憲法上之權利遭受不法侵害。從而，本件解釋結果是否得由聲請人據以聲請再審，應非無疑（能否再審之終局決定權在法院，不在大法官）外，能否謂本件聲請與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定意旨相符而應予受理，亦值商榷；
 - （二）本件主管機關係依廢棄物清理法規定（本件廢棄物主管機關係依該法第二十七條第十一款規定為處罰，實則本件應符合同條第十款規定之禁止態樣，得直接以第十款規定作為取締依據，即根本無須另援引系爭公告），本廢棄物清理法主管機關之地位為取締及處罰；而廣告物是否為廢棄物，與廣告物之內容應無涉，即如廣告物應歸屬為廢棄物，則不應因其內容涉及言論自由事項，而使該廣告物變更為非廢棄物，不必且不能予以清除。因此，本件爭議之關鍵應不在系爭廣告物之內容如何；而應在於系爭廣告物是否符合廢棄物清理要件，即本件與

言論自由之限制間沒有必然關聯；

- (三) 本件解釋亦肯認系爭公告非以箝制言論自由為目的（如有，當為偶然及機關執行上不當並應係例外之不法行為），而係為維護環境衛生及國民健康（應包括身心靈之整體健康）等重大正當公益目的，則非有絕對必要，即捨此而無他法，否則不宜遽冠以違憲之名，此種違憲之指摘如屬過重，反而不符「比例原則」。即本件退而言之，若有受理價值，也應以合憲限縮即提醒相關機關應注意切勿藉清理廢棄物等名義，行箝制言論自由或侵害人民其他憲法所保障之基本人權之實為已足；
- (四) 依解釋理由書之記載：廣告物之設置既非不應事前申請許可，則主管機關若有藉內容等之審查行箝制言論自由之事實或侵害其他憲法所保障之基本人權之違憲行為，廣告物之設置者，可據以尋求救濟，以保護其個人權利，相關審判機關亦應積極保護之；沒有在欠缺具體侵害基本人權行為個案時，即預以因依系爭公告審查結果可能造成言論自由等侵害之結果為由，逕指系爭公告為違憲之必要，對系爭公告為合憲限縮解釋已可達同一目的。
- (五) 再查：言論自由應不是本件爭議的直接焦點，解釋理由書第三段論及言論自由之保護，其前提應先論究公共場所尤其公有公共場所通常使用權問題（第三段提及公共場所似本於一般行為自由論述）。因為本件若不以公共場所設置廣告物係人民基本權利為前提，則根本不生系爭公告限制該使用權利而違憲之問題。於就公共場所設置廣告物言，屬憲法所保障之人民基本權利嗎？本席認為除了以供人民發表言論為設置目的之場所外，人民利用公共場所口頭發表言論之行為在我國本已非普遍常見，但本於對言論自由之尊重及因其不涉及媒介物之設置，故應可不受廣告物管理或廢棄物清理相關法令之拘束，而得自由為之。惟若與諸如交通安全、廣告物之設置或廢棄物之清理等相關，則自仍應受相關規定之限制；亦即，即便是應受高度保護之言論自由，亦不能舉言論自由之大旗，以當然拒卻交通法規、廣告物設置、廢棄物清理等相關法令之規範，更遑論受較低度保護之一般行為自由。基此，本席認為以我國國情，地窄人稠，與設置廣告物相較，純淨的空間才是國人更殷切盼望的！廣告物設置者以外的人民之免受視覺、聽覺、心靈…污染，享受公共場所通常使用目的之使用及維持空間純淨之自由，才應更值得或至少應同等被重視。此外，若認為於公共場所設置廣告物係憲法所保護之人民基本權利，則本件解釋效力將超越廢

棄物清理法、廣告物設置規定，而及於所有公共場所之管理，即各公共場所管理機關是否不得禁絕人民利用公共場所以口頭以外方式發表演論，而只能就其利用時間等為管制，也可能引致爭議而生困擾。尤有進者，還可能引發各公共場所管理機關是否有依人民之要求，積極提供實現人民言論發表措施之協力義務之爭議（包括提供措施使人民得以發表其對該公共場所管理機關或其他機關或人員不滿之言論）。因此，本席認為以我國國情言，人民應無於公共場所設置廣告物之基本權利，故本件也應不涉違憲問題。

（六）此外，經查系爭公告內容中所指污染環境行為，與廢棄物清理法第二十七條前十款列舉規定比對，並無程度顯不相當之情形，且依廢棄物清理法第二十七條原規定，原本應係嚴禁之行為（無由主管機關例外核准之），而系爭公告則以經主管機關核准為前提，許其為公告所示之行為，反而係於原母法嚴禁之外，開設得設置廣告物行為之窗，較諸母法言，係放寬限制，而非加重限制。查廢棄物清理法第二十七條前十款規定既為合憲，則系爭公告自更無違憲之理。

（七）綜上所述，本件聲請人未必符合聲請要件，且充其量係主管機關執行當否之爭議，不是法律或命令違憲問題，本件聲請應與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定不符，故本件不應受理。又憲法解釋除聲請人之立場外，其他共同使用公共場所之人民之權益亦應併同權衡；且應考量各種解釋結果之利弊得失，而為採擇。本件尚非已有機關具體侵害人民言論自由等實況發生，而即有予被侵害人民救濟必要之情形；本件充其量係有機關藉清理廢棄物之名而侵害人民言論自由之虞之情形，即本件狀況尚非急迫而有即予違憲解釋之必要。再者，違憲宣示將引致現況之變更，除必有社會成本支出，另機關及其人員需配合調整外，其他共同使用公共場所之人民亦必然受間接影響，因此，違憲解釋較可能有超乎預想之狀況發生。反之，若以合憲限縮方式處理，其變動影響較有限，即相較言之，違憲宣示之作用較可能超乎預期及引致困擾。從而，本件退而言之，以合憲限縮提醒機關於依系爭公告審查時注意憲法關於言論自由及其他基本人權保護規定即可，應尚未達宣示違憲之程度。

三、又違憲宣示並諭令檢討改進者，應儘可能說明具體可行之舉措，俾機關得以改善。惟本件因為系爭公告內容所指污染環境行為，與母法相較尚無顯不相當之情形，故經宣示系爭公告違憲並諭令檢討改進後，主管機關究應如何改善始符解釋之意旨要求，似欠具體明確。另關於解釋理由書第三段

固未宣示違憲，而僅提醒警示，惟關於諭令檢討改進部分，究竟要求機關應如何改進，更乏具體指示，主管機關如何遵照執行，亦恐非無困難。

四、又本件解釋文關於廢棄物清理法第二十七條第十一款規定為合憲部分，其結論固足資贊同，惟此部分之解釋文意旨與司法實務上通說應無不符，故應無須特予解釋以解爭議，即該部分亦不具原則重要性，從而此部分，亦無受理價值，併此敘明。

(相關聲請書及裁判請上司法院大法官網站連結「大法官解釋」閱覽，網址：
<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt>)