

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).