

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，無論言論文宣之張貼、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，前掲註5，頁344以下。

¹² 參考吳志光，前掲註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)大法院判決之後，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。