

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（*censorship, 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○○年一月十一日環字第一○○○○五○三九九○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一二三二七號聲請案（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。