

公共論壇／場域理論與言論事前限制—未竟其功的釋字第 734 號解釋

李劍非 理律法律事務所律師*

摘要

釋字第 734 號解釋係自釋字第 634 號解釋後再次確認商業言論或經濟性言論應不僅受到低度之違憲審查，而至少應受到中度以上之違憲審查保障，對於經濟性言論或商業言論自由之保障發展具有重要之提升意義。惟本號解釋就言論自由之事前限制及公共論壇／場域理論之意義及建立，則均未能明確予以釐清與處理。其中就事前限制而言，本號解釋原能至少指明涉及言論內容之事前限制時，應推定違憲。而關於公共場域，本號解釋則未能如美國聯邦最高法院細分傳統之公共場域(traditional public forum)、指定之公共場域(designated public forum)，以及其他非公共場域之政府財產(non-public forum/all remaining public property)，而分別適用不同之違憲審查密度，大幅削弱本號解釋有意提及「公共場所」之美意。本號解釋就事前限制及公共場域均僅於理由書第三段以極為隱喻之方式「併此指明」，留下許多疑義，殊為可惜。本文希望藉由相關議題之介紹，對於本號解釋之相關理解及延伸，能更為助益。

壹、前言：釋字第 734 號解釋之事實背景

臺南市政府於民國（下同）91 年 12 月 9 日依據廢棄物清理法第 27 條第 11 款：「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。」之規定，發布南市環廢字第 09104023431 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 100 年 1 月 13 日以南市府環管字第 10000507010 號公告重行發布，內容相當，以下均稱「系爭公告」）。

釋字第 734 號解釋之聲請人涂○紛係法輪功學員，¹其於 98 年 6 月 22 日在臺南市政府環境保護局依廢棄物清理法第 27 條第 11 款公告之清除區域內，未經該局核准，張掛抗議中共布條及法輪大法好布幔，該局認為已違反前開規定，即依同法第 50 條第 3 款裁處新臺幣 1,200 元。聲請人不服，提起訴願，經 98 年 11 月 13 日南市行教字第 09826593560 號訴願決定撤銷原處分。臺南市環保局於 98 年 12 月 21 日再以南市環廢處字第 9812087 號裁處書裁處 600 元罰鍰。聲請人仍不服，訴願遭駁回後，即提起行政訴訟。案經高雄高等行政法院 99 年度簡字第 214 號判決駁回，並經最高行政法院 99 年度裁字第 3491 號裁定以上訴不合法為由駁回。聲請人認確定終局判決所適用之廢棄物清理法第 27 條第 11 款及系爭公告，有違憲之疑義，聲請解釋。²

本案如以大法官抽象解釋法規之角度觀察，其爭點應至少包括：一、系爭公告及廢棄物清理法第 27 條第 11 款限制何種基本人權？二、該等法規對於基本權造成之限制是否符合比例原則？三、廢棄物清理法第 27 條第 11 款是否符合授權明確性原則？四、系爭公告是否符合法律保留原則？

* 東吳大學法律系兼任講師，本文不代表事務所立場。

¹ 參本案聲請人聲請書，5 頁，<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/彩紛聲請書.pdf>

² 此處參照司法院書記處就本案之事實整理。

貳、釋字第 734 號解釋內容

本號解釋理由書分為四段：第一段處理廢棄物清理法第 27 條第 11 款規定是否符合授權明確性原則；第二段處理系爭公告是否符合法律保留原則；第三段交代本件法規所涉及基本權利；第四段討論不予受理之釋憲法規。

釋字第 734 號解釋首先運用合憲解釋方法，³限縮廢棄物清理法第 27 條第 11 款規定之授權主管機關得公告禁止污染環境之行為範圍，以「與前十款所定行為類型污染環境相當之程度」⁴為限，⁵因而認定該款規定之授權並未違反法律授權明確性原則。⁶⁷

本號解釋雖認為廢棄物清理法第 27 條第 11 款規定未違反授權明確性原則，惟已明確將該款規定授權範圍予以相當限縮，系爭公告將未經主管機關核准之於各公共場合設置廣告物之行為一律視為污染環境行為，而無論是否該等行為確實對於環境造成污染，亦不論是否違規到與廢棄物清理法第 27 條前 10 款規定相當之程度，本號解釋因而認為系爭公告違反廢棄物清理法之授權範圍，構成法律保留原則之違反。⁸

至於系爭公告所限制之基本權，本號解釋定位為言論自由，而於解釋理由書第三段明揭：「廣告兼具意

³ 法規如有多項可能解釋之方法，即應避免會導致違憲之解釋方法，此即「合憲解釋」原則。前大法官王澤鑑教授即於釋字第 437 號解釋之協同意見書中指出：「所謂符合憲法之法律解釋，指應依憲法之規範意旨及價值體系解釋法律，而於某項法律規定有多種解釋可能時，為避免該項法律被宣告為違憲，應採可導致其合憲之解釋。」另依陳春生大法官於釋字第 653 號解釋部分不同意見書：「所謂法律合憲性解釋，指某一法律規定，在其文義範圍內，可能有不同解釋，且並非所有解釋均合憲，但只要解釋合憲可能，則最高釋憲機關並不宣告該法律部分無效，而是確立何種解釋該法律合憲，何種解釋與憲法不符。亦即依德國聯邦憲法法院之見解，若某一規範存在多種解釋，其部分解釋與憲法不符，部分解釋與憲法相符，則該規範合憲，必須為合憲解釋。法律合憲性解釋原則，乃有利於立法者之原則，但如果系爭法律無論如何解釋均與憲法不符時，則不適用，因為此一法律合憲性解釋原則，乃在規範解釋多種可能意義下，部分與憲法不符部分與憲法相一致情況下適用，此為法律合憲性解釋原則之本質。」另可參見包括許玉秀大法官於釋字第 582 號協同意見書、釋字第 585 號許宗力前大法官之不同意見書及釋字第 588 號彭鳳至前大法官之一部協同意見書及一部不同意見書等。

⁴ 廢棄物清理法第 27 條前 10 款規定：「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。」

⁵ 羅昌發大法官亦於釋字第 734 號解釋之協同意見書中指出：「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』。」

⁶ 釋字第 734 號解釋理由書第一段：「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。」

⁷ 授權明確性原則可參見釋字第 676 號解釋理由書：「若立法機關以法律授權行政機關發布命令為補充規定時，其授權之內容、目的、範圍應具體明確，命令之內容並應符合母法授權意旨。至授權條款之明確程度，不應拘泥於法條所用之文字，而應由法律整體解釋認定，或依其整體規定所表明之關聯意義為判斷（本院釋字第四二六號、第五三八號解釋參照）。」

⁸ 釋字第 734 號解釋理由書第二段：「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○九一○四○二三四三一號公告……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。」

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。」

最後，本號解釋行政訴訟法第 235 條及臺南市政府 100 年 1 月 13 日以南市府環管字第 1000507010 號公告認定未為確定終局判決所適用，故未予受理。⁹

參、本文評析

一、本號解釋再次確認商業言論不僅受低度憲法保障

系爭公告所限制者為人民設置廣告之行為，大法官雖未明指為商業言論，惟本號解釋理由書第三段所引之大法官釋字觀之（釋字第 414¹⁰）及 623 號解釋¹¹），大法官認為本案系爭公告所限制者為商業言論。按照釋字第 414 號解釋「其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀」之見解，我國商業言論似僅受到司法審查密度較寬鬆之憲法保障，乃係受到美國言論自由雙階理論之影響。¹²我國司法實務（尤其是行政法院），亦因此一律採取商業言論雖受憲法保障，惟僅受低密度保障，政府所為之相關限制一般皆可通過比例原則之審查。¹³

⁹ 釋字第 734 號解釋理由書第四段參照。

¹⁰ 釋字第 414 號解釋理由書：「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。言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範。」

¹¹ 釋字第 623 號解釋：「憲法第十一條保障人民之言論自由，乃在保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。商業言論所提供之訊息，內容為真實，無誤導性，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，應受憲法言論自由之保障。」

¹² 林子儀，商業言論；另參吳庚、蘇俊雄、城仲模三位大法官於釋字第 414 號解釋之部分不同意見書：「美國法制對言論自由保障之周全，舉世國家殆無出其右者，但並非一切言論皆屬其憲法增修條文第一條所保障之對象。譬如猥褻性、瀆神性、挑釁性言論即排除於該條保障之外（註二），是故在概念詮釋及歸類上，美國之制與前述狹義說有相似之處。至於商業言論，尤其屬於純粹商業廣告，聯邦最高法院昔日並未認為應受增修條文第一條所保障（Valentine V. Chrestensen [316U.S.52(1942)]一案足為表徵），其後基於商業資訊之自由流通、保護消費者利益，乃企業自由制度下不可或缺之考量，將言論自由保障擴及商業廣告，並對限制藥物作價格宣傳之州立法，宣告違憲（Virginia State Bd. Of Pharmacy V. Virginia Citizens Consumer CO uncil Inc. [425U.S.748(1976)]一案具有指標作用），商業言論亦有增修條文第一條之適用，在一九七〇年代中期以還遂成定則。然商業言論其受保障之程度究無法與本質上為意識形態或教育性之言論等量齊觀。蓋商業言論通常以追求經營者之利潤為主要目的，難免有內容不實或對公眾誤導之作用，而其他種類之言論則無須顧慮上述情形。質言之，限制商業言論，僅須證明實質的政府利益(substantial government interest)，而限制他種言論則必要具有迫切的正當理由(compelling justification)，始能獲得法院之支持（註三）。」

¹³ 參見如最高行政法院 104 年度判字第 576 號判決：「本件上訴人係從事菸品業務，此一商品對於國民健康具有重大影響，在衡量上訴人之私益保障與國民整體公共利益之維護兩者間，自仍以保障國民健康此一公共利益為先，在此前提下，限制上訴人以公司名義贊助公益活動，藉以避免吸菸人口之增生，應認為符合憲法限制個人表現自由之要件。況限制上訴人以顯名方式贊助活動，並未剝奪其從事經濟行為，上訴人於其所販售之菸品上仍得正常標示公司名稱，亦未限制其以隱名方式贊助活動，是上訴人指摘被上訴人禁止菸品公司具名贊助活動，乃屬對人民姓名權、言論自由、財產權，以及職業自由之過當限制而屬違憲云云，並非可採。」臺中高等行政法院 104 年度訴字第 73 號判決：「九十六年七月十一日修正公布菸害防制法時.....是立法者於制定菸害防制法第九條時，顯已衡酌該法所欲保護之公共利益及憲法表見自由基本權等法益衝突情形，在符合憲法第二十三條之規定下，就菸品廣告、促銷等行為進行較嚴格之限制，以維護全體國民之健康。本件原告既為菸品進口商，從事於販售菸品營利，自有恪遵菸害防制法相關規定之義務。是原告主張系爭菸品容器上之文字僅是將此一商品本身之特性及品牌等資訊傳遞予消費者，係屬應受憲法第 11 條所保障之商業言論自由之範疇，原處分剝奪侵害原告應受憲法保障

惟查，按照美國近期聯邦法院案例之發展，不乏有管制商業廣告之政府措施受到最高法院違憲宣告，並適用中度以上之審查標準，而於商業廣告全面禁止之情形，更有可能受到嚴格之司法審查。¹⁴美國學者亦不乏有主張商業言論低價值說應予揚棄者。¹⁵

我國多數學者亦認為，借鏡於美國商業言論之法院實務發展，我國商業言論應受到至少中度密度以上之司法審查保障。¹⁶而事實上，自釋字第 414 號解釋之後，釋字第 577 號解釋理由書所提及：「商品標示為提供商品客觀資訊之方式，為商業言論之一種，有助於消費大眾之合理經濟抉擇。是以商品標示如係為促進合法交易活動，其內容又非虛偽不實或不致產生誤導作用者，其所具有資訊提供、意見形成進而自我實現之功能，與其他事務領域之言論並無二致，應屬憲法第十一條言論自由保障之範圍」，即似已就商業言論改採與其他言論並無不同之保障密度。¹⁷而較為近期之大法官解釋涉及商業言論者，誠屬釋字第 634 號解釋：「憲法第十一條保障人民之言論自由，乃在保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，經濟性言論所提供之訊息，內容非虛偽不實，或無誤導作用，而有助於消費大眾為經濟上之合理抉擇者，應受憲法言論自由之保障。惟國家為重要公益目的所必要，仍得於符合憲法第二十三條規定之限度內，以法律或法律明確授權之命令，採取與目的達成有實質關聯之手段予以限制。」大法官於本號解釋使用「經濟性言論」作為與商業言論之替代，似已有為商業言論正名之企圖。而該號解釋所適用之比例原則審查標準為檢視相關法規是否具備「重要公益目的」以及手段與目的達成是否具備「實質關聯」，已採取中度以上之司法審查密度，則我國大法官對於商業言論或經濟性言論之審查與憲法保障，應已不再囿於低密度之審查。綜上，綜觀商業言論近期於美國及我國之發展，應認為至少受到司法審查中度以上之審查保障，而非如釋字第 414 號解釋所採取之商業言論受到較低密度保障之見解。

釋字第 734 號解釋更加確認此一發展，本號解釋之實質結果，係宣告對於商業言論限制之系爭公告違反法律保留原則，而本號解釋雖未以比例原則審查系爭公告，惟亦已明揭「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」。亦即商業言論於本號解釋後，應可認為確定脫離自釋字第 414 號解釋起所建立之商業言論為受較低憲法保障之低價值言論，而認為即使為商業言論，不應僅以低密度之比例原則審查，而應視政府措施限制之方式（如是否全面限制等）及目的等決定審查密度，且如政府措施違反法律保留等，仍會構成違憲。

二、言論內容／非內容限制與事前審查

關於言論自由的限制，依照美國的「雙軌理論」，分「針對言論自由的規制」(content-based)與「非針對言論自由的規制」(content-neutral)，根據學者觀察，美國法院對於前者比後者審查標準來的更嚴格一點，其區分標準，有認為須視政府規制目的是否與「訊息傳播影響」(communicative impact)有關。¹⁸而一般認為，我國於釋字第 445 號解釋理由書所提及「於事前審查集會、遊行之申請時，苟著重於時間、

之商業言論自由，並違反憲法第二十三條比例原則云云，顯非可採。」

¹⁴ See, e.g., *Rubin v. Coors Brewing Co.*, 514 U.S. 476 (1995); *44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 517 U.S. 484 (1996); *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*, 533 U.S. 525 (2001).

¹⁵ See Martin H. Redish, *Commercial Speech, First Amendment Intuitionism and the Twilight Zone of Viewpoint Discrimination*, 41 *LOY. L.A. L. REV.* 67 (2007).

¹⁶ 參照如黃銘傑，美國法上的言論自由與商業廣告，臺灣大學法學論叢，27卷2期，1998年1月，391頁；蕭文生，禁止想入非非之車體廣告，月旦法學教室，137期，2014年3月，8頁；賴祥蔚，商業言論與憲法的言論自由保障，台灣政治學刊，14卷1期，2010年6月，187頁。

¹⁷ 余雪明大法官於釋字第 577 號解釋之意見書即認為：「本院釋字第四一四號解釋認為商業言論『非關公意形成，真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀』之說法，在本號解釋已不再強調，是否走向個案彈性審查，有待觀察。該號解釋之藥物廣告與本案之菸品標示，同與國民健康有重大關係，則為相同之點。該號只稱其應受較嚴格之規範，在本案則以『重大公共利益』、『並未逾越必要之程度』實際操作中度審查之比例原則。」另亦可參見許玉秀大法官於該號解釋之意見書。

¹⁸ 林子儀，言論自由與新聞自由，元照，2002年，154-157頁。

地點及方式等形式要件，以法律為明確之規定，不涉及集會、遊行之目的或內容者，則於表現自由之訴求不致有所侵害」之論述，已明確採取美國司法實務所建立之雙軌理論。¹⁹

此外，美國聯邦最高法院向來對於政府就言論之「事前限制」(prior restraint)推定為違憲，²⁰正如美國聯邦最高法院於 *Near v. Minnesota* 乙案中所言，²¹憲法言論自由的主要目的之一就在於防範言論（出版）的事前限制。²²

關於言論自由之事前限制違憲審查，林子儀前大法官於釋字第 644 號解釋之協同意見書有極為精闢之論述：「按會影響人民結社自由與言論自由行使之事前限制，並不必然即屬違憲。例如其限制並不涉及言論或結社之內容，而僅對言論表達之時間、地點或方式之合理限制者，即有可能屬合憲之限制。而如其限制涉及言論或結社之內容者，則因事前限制之結果，不僅限制人民表現自我、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。……惟事前限制是否必要，應依所涉言論內容之性質、言論可能產生負面效果之危險性，以嚴格之標準審查其合憲性。」依照林子儀大法官之見解，似認為僅有「針對言論內容之事前限制」，方會受到嚴格審查，而非針對內容之事前限制，則不必然違憲，應可認為採取與釋字第 445 號解釋相同之立場。²³

惟本號解釋中如葉百修大法官則持不同意見，其於本號解釋之協同意見書指出：「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。」即認為即使屬於時間、地點及方式之事前限制，亦應受到嚴格審查。

而無論採取上述何種觀點，本案系爭公告對於設置廣告物之管制行為究竟屬於內容限制或非內容限制即為重要問題。系爭公告雖係就設置廣告物之「地點」要求應經主管機關事前審查，惟主管機關於審查是否得於相關地點設置廣告物之標準並不當然與言論自由時間、地點或方法相關，而有淪為主管機關行言

¹⁹ 林子儀，言論自由導論，收錄於：李鴻禧等合著，台灣憲法之縱剖橫切，元照，2002年12月，159-160頁。另參見如葉百修大法官於釋字第 734 號解釋之協同意見書：「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。」

²⁰ *New York Times Co. v. Sullivan*, 403 U.S. 713, 714 (1971).

²¹ *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931). 另外可參見 Marin Scordato, *Distinction Without a Difference: A Reappraisal of the Doctrine of Prior Restraint*, 68 N.C. L. REV. 1, 2 (1989); Martin H. Redish, *The Proper Role of the Prior Restraint Doctrine in First Amendment Theory*, 70 VA. L. REV. 53 (1984).

²² 283 U.S. at 713-714.

²³ 釋字第 445 號解釋理由書：「對於集會、遊行之限制，大別之，有追懲制、報備制及許可制之分。……對此事前行政管制之規定，判斷是否符合憲法第二十三條之比例原則，仍應就相關聯且必要之規定逐一審查，並非採用追懲制或報備制始得謂為符合憲政原則，採用事前管制則係侵害集會自由之基本人權。聲請意旨執此指摘，自非有理由。於事前審查集會、遊行之申請時，苟著重於時間、地點及方式等形式要件，以法律為明確之規定，不涉及集會、遊行之目的或內容者，則於表現自由之訴求不致有所侵害。主管機關為維護交通安全或社會安寧等重要公益，亦得於事前採行必要措施，妥為因應。」林子儀教授認為，釋字第 445 號解釋顯示我國對於言論之事前限制制度觀點與美國不同，不僅未完全推定違憲，亦未強調程序保障之必要，參氏著，言論自由導論，收錄於：李鴻禧等合著，台灣憲法之縱剖橫切，元照，2002年12月，153頁。

論內容審查之實之危險，此時無論依以上何種觀點，均應認為應以嚴格之司法審查系爭公告違憲性。就此，羅昌發大法官於本號解釋之協同意見書即認為：「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。」而查，湯德宗大法官亦於本號解釋之意見書認為本案解釋理由應修改為：「上開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。」

然查，本號解釋理由書第三段僅以「併此指明」之方式，提及系爭公告可能因主管機關適用於具體個案時造成言論內容之審查結果，因而僅警告性諭知主管機關應於修正系爭公告時通盤考慮相關憲法人權因素，語焉不詳，甚至未提及上述最重要之「事前審查」，且亦未明揭就言論內容之事前審查應符合嚴格之比例原則，即欲期待主管機關自行領略本號解釋之話外音，實屬強求。本號解釋係自釋字第 414、²⁴445²⁵及 644 號解釋²⁶以降，再一次有機會可予釐清我國就政府事前許可制度之違憲審查態度，即對於事前許可是否於涉及言論內容審查時，應推定違憲，而於涉及言論非內容管制時，事前審查亦應受到相當程度之憲法檢驗等，大法官未能藉此機會確認闡明，甚為可惜。

三、言論自由與公共論壇／公共場域理論

美國言論自由之公共論壇／公共場域理論(Public Forum Doctrine)自 1939 年之 *Hague v. Committee for Industrial Organization* 案開始，²⁷迄自 1992 年之 *International Soc. for Krishna Consciousness, Inc. v. Lee* 乙案，²⁸有完整成熟之發展。所稱公共論壇或公共場域理論，乃視人民言論發表於政府所有之場域或空間之性質，而決定政府管制措施違憲審查之密度。詳言之，美國聯邦最高法院將政府所有之財產分為三種：傳統之公共場域(traditional public forum)、指定之公共場域(designated public forum)，以及其他非公共場域之政府財產(non-public forum/all remaining public property)。²⁹以下分別介紹三種公共場域政府管

²⁴ 釋字第 414 號解釋就藥物廣告之事前許可制度認定並未違憲，吳庚、蘇俊雄、城仲模三位大法官於釋字第 414 號解釋之部分不同意見書則認為：「綜上所述，縱使僅對藥物廣告實施事先審查，亦難認其於憲法第十一條保障言論出版自由之意旨並無違背，有關立法及行政機關，儘可加重處罰（包括提昇至刑罰）、鼓勵相關業者之自制（包括藥商、廣告業及媒體），執行有處方始得購買藥品等制度，以代替效果不彰又『惡名在外』之事先審查。」

²⁵ 釋字第 445 號解釋理由書：「於事前審查集會、遊行之申請時，苟著重於時間、地點及方式等形式要件，以法律為明確之規定，不涉及集會、遊行之目的或內容者，則於表現自由之訴求不致有所侵害。」

²⁶ 釋字第 644 號解釋理由書：「惟組織政黨既無須事前許可，須俟政黨成立後發生其目的或行為危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序者，經憲法法庭作成解散之判決後，始得禁止，而以違反人民團體法第二條規定為不許可設立人民團體之要件，係授權主管機關於許可設立人民團體以前，先就言論之內容為實質之審查。關此，若人民團體經許可設立後發見其有此主張，依當時之事實狀態，足以認定其目的或行為危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序者，主管機關自得依中華民國七十八年一月二十七日修正公布之同法第五十三條後段規定，撤銷（九十一年十二月十一日已修正為「廢止」）其許可，而達禁止之目的；倘於申請設立人民團體之始，僅有此主張即不予許可，則無異僅因主張共產主義或分裂國土，即禁止設立人民團體，顯然逾越憲法第二十三條所定之必要範圍，與憲法保障人民結社自由與言論自由之意旨不符，前開人民團體法第二條及第五十三條前段之規定部分於此範圍內，應自本解釋公布之日起失其效力。」

²⁷ *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939) ("Wherever the title of streets and parks may rest, they have immemorially been held in trust for the use of the public and, time out of mind, have been used for purposes of assembly, communicating thoughts between citizens, and discussing public questions. Such use of the streets and public places has from ancient times, been a part of the privileges, immunities, rights, and liberties of citizens."). 聯邦最高法院於本案認定公園及街道為歷史所肯認之傳統公共場域，應受到憲法保障。

²⁸ *International Soc. for Krishna Consciousness, Inc. v. Lee*, 505 U.S. 672 (1992).

²⁹ 參見蘇永欽於本號解釋之協同意見書：「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、

制措施之司法審查密度：³⁰

(一)傳統之公共場域(traditional public forum)

政府如欲對於歷史上或傳統上被認為係提供言論發表之場域中所發表之「言論內容」(content-based)進行管制，將受到最嚴格之司法審查，亦即系爭管制必須為達成優勢政府利益(compelling government interest)，以及屬於嚴密剪裁之手段(narrowly drawn)；而政府雖可於傳統公共場域中行時間、地點與方法之非內容限制(content-neutral)，惟仍具備重要政府利益且手段應為嚴密剪裁可達成目的，並留有充足替代之表達言論管道時，相關政府措施即屬合憲。³¹

(二)選定之公共場域(designated public forum)

政府全部或部分公開予部分或全部公眾為表意行為之場域，即使政府無義務選定公共場域，惟其一旦選定，對於該場域言論內容之政府管制措施違憲審查，即與傳統公共場域同樣應受到最嚴格之司法審查，而合理之非內容管制則可通過違憲審查。³²

(三)其他非公共場域之政府財產(non-public forum/all remaining public property)

對於其他非公共場域之政府財產之政府管制措施，司法僅為低密度之審查，相關政府限制只需具備合理性(reasonable)，而非針對表意人所為之言論內容觀點所為管制，即屬合憲。

由以上介紹可知，美國聯邦最高法院所建立之公共場域理論，乃係根據政府財產之不同性質，決定政府於各該不同政府財產上言論表達限制之司法審查基準。而綜觀美國聯邦最高法院判決，認定屬於傳統公共場域者，包括公園、街道(street)、人行道(sidewalk)³³；而經法院認為屬於選定公共場域者，包括大學提供之集會場所(university meeting facilities)、³⁴學校教育委員會會議(school board meeting)³⁵、國家劇院廳(municipal theater)³⁶等；至於曾經為聯邦最高法院確認為非公共場域者，包括監獄、³⁷大眾運輸工具、³⁸郵筒、³⁹郵局外人行道、⁴⁰機場航站、⁴¹及軍事基地等。⁴²美國聯邦最高法院之公共場域理論，可以下

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。」

³⁰ Id. at 678-79 (1992) (These cases reflect, either implicitly or explicitly, a “forum based” approach for assessing restrictions that the government seeks to place on the use of its property. *Cornelius v. NAACP Legal Defense & Ed. Fund, Inc.*, 473 U. S. 788,800 (1985). Under this approach, regulation of speech on government property that has traditionally been available for public expression is subject to the highest scrutiny. Such regulations survive only if they are narrowly drawn to achieve a compelling state interest. *Perry*, 460 U. S., at 45. The second category of public property is the designated public forum, whether of a limited or unlimited character property that the State has opened for expressive activity by part or all of the public. *Ibid.* Regulation of such property is subject to the same limitations as that governing a traditional public forum. *Id.* at 46. Finally, there is all remaining public property. Limitations on expressive activity conducted on this last category of property must survive only a much more limited review. The challenged regulation need only be reasonable, as long as the regulation is not an effort to suppress the speaker’s activity due to disagreement with the speaker’s view.). See also *Perry Educ. Ass’n v. Perry Educators’ Ass’n*, 460 U.S. 37, at 45-46 (1983).

³¹ *Perry Educ. Ass’n v. Perry Educators’ Ass’n*, 460 U.S. 37, at 45 (1983) (“The State may also enforce regulations of the time, place, and manner of expression which are content-neutral, are narrowly tailored to serve a significant government interest, and leave open ample alternative channels of communication.”).

³² *Id.* at 46.

³³ See e.g., *Frisby v. Schultz*, 487 U.S. 474, 481 (1988); *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U. S. 496, 515, 516 (1939); *Schneider v. State*, 308 U.S. 147 (1939).

³⁴ *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263 (1981).

³⁵ *City of Madison Joint School District v. Wisconsin Employment Relations Comm’n*, 429 U.S. 167 (1976).

³⁶ *Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad*, 420 U.S. 546 (1975).

³⁷ *Adderley v. Florida*, 385 U.S. 39 (1966).

³⁸ *Lehman v. Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974).

表簡要概述之。

附表：美國聯邦最高法院所建立之公共論壇／場域理論

於政府財產上發表言論之場域分類	意義	司法審查密度	實例
傳統之公共場域	歷史上或傳統上被認為係提供言論發表之場域	內容管制從嚴，非內容管制則為中度或低度審查	公園、街道、人行道
選定之公共場域	政府有意全部或部分公開予部分或全部公眾為表意行為之場域	內容管制從嚴，非內容管制則為中度或低度審查	大學提供之集會場所、學校教育委員會會議、國家劇院廳
其他非公共場域之政府財產	其他不具備傳統或歷史公共場域功能，且未經政府選定為公共場域之政府財產	原則上低密度審查	監獄、大眾運輸工具、郵筒、郵局外人行道、機場航站及軍事基地

關於公共場域理論，我國大法官雖從未直接提及相關原則，惟大法官早於釋字第 445 號解釋即曾論及：「集會自由以集體方式表達意見，為人民與政府間溝通之一種方式。人民經由此方式，主動提供意見於政府，參與國家意思之形成或影響政策之制定。從而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。」其中「積極面」應提供適當之集會場所，如以廣義理解乃包括傳統供公眾表達意見之公共場合，則已有公共場域理論之雛形。

而於釋字第 445 號解釋作成 19 年後，釋字第 734 號解釋有機會透過本案進一步完善建立公共場域理論。本號解釋之政府管制措施即系爭公告所限制人民於公共財產發表言論範圍，包括「道路、牆壁、樑柱、電桿、樹木、橋樑、水溝、池塘或其他土地定著物」，其中除道路經美國聯邦最高法院標準確認應為公共場域外，其他場域之性質皆有待更深入之分析與討論，以「我國」之歷史或傳統觀點分析是否為傳統公共場域，或係政府有意提供公眾發表言論之選定公共場域。可惜的是，本號解釋僅略謂「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」，除未能各別分析系爭公告所涉及各政府所有場域之性質外，亦未能妥適引入公共場域理論之確切內容。而由本號解釋理由書本段內容，反而容易使吾人誤解公共場所係原則上不得為言論表達及意見溝通，而僅於人民不妨礙其通常使用方式範圍內，例外得予表達意見。此與上述美國聯邦最高法院公共場域理論明確強調之傳統及選定公共場域應提供予人民發表言論之原則，以及對於不同公共場域所要求寬嚴不同之司法審查密度，確有相當差異。

本號解釋理由書關於「公共場所」之本段論述，其立意或在引入公共論壇理論，³⁹亦可能係部分參考德國或日本之公物使用法制，⁴⁰惟誠如葉百修大法官於本號解釋所提出之協同意見書所直指：「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，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，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象爭公告所欲追求之環境衛生、整潔走否即足以限制廣告物設置之事前審查？依據本院釋字第四四五號解

³⁹ Postal Service v. Council of Greenburgh Civic Association, 453 U.S. 114 (1981).

⁴⁰ U.S. v. Kokinda, 497 U.S. 720 (1990).

⁴¹ International Soc. for Krishna Consciousness, Inc. v. Lee, 505 U.S. 672 (1992).

⁴² See Greer v. Spock, 424 U.S. 828 (1976); U.S. v. Albertini, 472 U.S. 675 (1985).

⁴³ 參照本號解釋陳新民大法官之部分協同部分不同意見書。

⁴⁴ 詳參照包括陳春生、蘇永欽及陳新民大法官於本號解釋之意見書。

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？」

由此觀之，本號解釋引入公共論壇理論之美意，反而因過度精簡之理由書文字所落空，更進而造成過多之疑點，而無法妥善發揮該理論之精髓及保障人民言論自由。而湯德宗大法官於本號解釋所提出之部分協同部分不同意見書中所建議之相關解釋理由書文字，或許更適合作為多數意見。⁴⁵

四、本案所涉及之其他基本權

大法官人權相關之解釋，通常皆於首段即會明指系爭法規所限制之基本權利，近期大法官解釋如釋字第730至733號解釋，皆於解釋理由書首段即指出該號解釋所涉及之基本權利，⁴⁶而按照通說所介紹之基本權審查流程，亦認為違憲審查第一步驟係確認所涉及之基本權利及該基本權之保障範圍。⁴⁷本號解釋一反常態，未於首段點明本案所涉及之基本權利為何，而僅於解釋理由書第三段「併此指明」言論自由為本案相關之基本權，其中道理，饒富玄機。

除言論自由外，不只一位大法官於本號意見書論及認為本案尚涉及其他基本權：

(一)宗教信仰自由？

陳春生大法官於本號解釋之意見書指出：「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。」即認為本案系爭公告於具體個案適用時，仍有可能造成人民宗教自由或藝術自由之限制。

另羅昌發大法官於本號解釋之協同意見書亦認為：「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（因聲請人像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（雖聲請人條主張言玄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）。……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。」

⁴⁵ 湯德宗大法官於釋字第734號解釋所提出之部分協同部分不同意見書中所建議關於公共論壇之解釋理由書文字為：「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。國家及地方自治團體回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）。」

⁴⁶ 如釋字第733號解釋理由書第一段：「憲法第十四條規定人民有結社之自由，旨在保障人民為特定目的，以共同之意思組成團體並參與其活動之權利，並確保團體之存續、內部組織與事務之自主決定及對外活動之自由（本院釋字第六四四號解釋參照）。結社團體代表人或其他負責人產生方式亦在結社自由保障之範圍。惟各種不同結社團體，對於個人、社會或民主憲政制度之意義不同，與公共利益之關聯程度亦有差異，受法律限制之程度亦有所不同。對上開產生方式之限制，應視結社團體性質之不同，於所採手段未逾必要程度內，始無違憲法第二十三條之比例原則。」

⁴⁷ 李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，人文及社會科學集刊，9卷1期，1997年3月，39-83頁。

陳新民大法官則認為，宗教廣告可納入宗教自由之範疇，而應受宗教自由之違憲審查。⁴⁸

(二)一般行為自由？

陳春生大法官於本號解釋之協同意見書指出：「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、於市餵養鴿子等行為，亦可劃歸一般行為自由領域。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。」

蔡明誠大法官亦認為，本件廣告物設置行為之管制，涉及一般行為自由基本權之保障問題。⁴⁹

(三)資訊流通自由及接近使用傳播

媒體權？

陳春生大法官於本號解釋之意見書提及：「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。」

蔡明誠大法官亦於本號解釋之意見書認為：「又因廣告規範像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）。」

以上各大法官所提出之其他基本權，與本號多數解釋所明確確認之言論自由間之關係，涉及基本權競合之問題，按照基本權競合之理論，又可區分為非真正基本權競合，以及真正基本權競合，前者指一種基本權與他種基本權間具備特別關係或吸收關係，則主張其中一種基本權即可；至於真正基本權競合，則指同時並存之基本權，無法相互包含或互相吸收。⁵⁰

上述各大法官所提及之其他基本權，其中就一般行為自由而言，多數皆指出一般行為自由相較於其他基本權而言屬於「母權」，故如與言論自由相競合時，由於言論自由相較於一般行為自由更為特別與具體，應優先適用言論自由。⁵¹

至於資訊流通自由⁵²及接近使用傳播媒體權，其中如蔡明誠大法官所提及之資訊流通自由，本件之言論自由及公共論壇／場域理論之強調，應已足以審查系爭公告之違憲性及維護人民資訊流通自由之利益，故應認為無須再獨立以資訊流通自由審查系爭公告為必要，惟適度以資訊流通自由作為本件應加強保護言論自由之理由，或許屬於大法官未來解釋理由可與考慮之作法。⁵³而接近使用傳播媒體權之內涵強調傳媒平台資源使用之合理分配，⁵⁴本號解釋所涉及臺南市區公共設施等並非重統意義之通傳傳媒頻道，且系爭公告係全面限制各種廣告之限制，而未涉及平台分配之問題，故與接近使用傳播媒體權之關聯或許較為

⁴⁸ 參見本號解釋陳新民大法官之部分協同部分不同意見書。

⁴⁹ 參見蔡明誠大法官於本號解釋之協同意見書。

⁵⁰ 李惠宗，憲法要義，元照，二版，2004年9月，110-111頁；陳慈陽，憲法學，元照，2004年1月，468-469頁。

⁵¹ 同前註。

⁵² 關於資訊流通自由之詳細介紹及其於網路空間之特別意義，參見李劍非，著作權與網路資訊自由，元照，2011年11月，188-200頁。

⁵³ 具體作法如釋字第613號解釋理由書：「三、憲法第十一條所保障之言論自由，其內容包括通訊傳播自由，亦即經營或使用廣播、電視與其他通訊傳播網路等設施，以取得資訊及發表言論之自由。」

⁵⁴ 釋字第364號解釋：「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。為保障此項自由，國家應對電波頻率之使用為公平合理之分配，對於人民平等『接近使用傳播媒體』之權利，亦應在兼顧傳播媒體編輯自由原則下，予以尊重，並均應以法律定之。」

間接。

最後，本案未將宗教自由納入，或基於言論自由可吸收宗教自由之角度，⁵⁵或基於系爭公告並未「直接」限制基本人權之考量。⁵⁶本文以為，系爭公告所直接限制者，乃人民於臺南市清除區域內設置廣告之行為，直接限制言論自由，於個案適用時勢必涉及特定宗教信仰者或宗教團體設置宗教信念文宣之限制，以及政治團體或個人政治性主張之文宣張貼自由，惟此於我國大法官抽象違憲審查制度下是否即可謂系爭公告係針對宗教性言論或政治性言論造成限制，而以嚴格審查基準審查，尚有疑問。⁵⁷至於系爭公告對於宗教信仰自由造成之限制更為遙遠，部分大法官有意或無意提及宗教信仰自由，或許係因本案聲請人為法輪功學員，其所張貼之相關文宣涉及法輪功之信仰宣傳，而本件亦突顯大法官應考慮就個案所涉及之特別情境，而對釋字中所涉及之法規為相應之違憲審查。故如本案聲請人之宗教信仰自由或宗教性言論受到系爭公告限制，縱使系爭公告並非針對宗教自由所為之限制，大法官仍可於解釋中提及系爭公告對於聲請人所造成之宗教信仰自由可能之限制效果，論知其於聲請人於解釋作成後之後續救濟時之特殊意義。

肆、結論

本號解釋係自釋字第 634 號解釋後再次確認商業言論應不僅受到低度之違憲審查，而至少應受到中度以上之違憲審查保障，於商業言論自由之保障具有重要意義。惟就言論自由之事前限制及公共論壇／場域理論之建立，本號解釋則均未能明確予以釐清與處理，僅於理由書第三段「併此指明」，留下許多疑義，殊為可惜。

而查，本號解釋雖未明確論知聲請人得以聲請再審之救濟途徑及時效問題，惟查，本號解釋之終局確定判決高雄高等行政法院 99 年度簡字第 214 號判決係於 99 年 12 月 23 日經最高行政法院以 99 年度裁字第 3491 號裁定駁回上訴確定，當事人應於該裁定作成後相當時日後方收受裁定，⁵⁸而查，本號解釋係於 104 年 12 月 18 日公布，則聲請人應尚有將近 10 日以上之時間可以向行政法院依本號解釋提起再審，⁵⁹尚未罹於行政訴訟法所規定之再審 5 年提起期限。⁶⁰大法官未於本號解釋特別論知聲請人之救濟方法與期限，應係考量本號解釋作成後聲請人仍得於再審期限內依本號解釋提起行政訴訟之再審以資救濟，大法官特別選於聲請人再審時效屆至前作成解釋，說明大法官於審議本號解釋時，難得有特別注意當事人於個案後續救濟之問題，避免本號解釋聲請人於辛苦等待釋憲結果後仍無法獲得救濟，大法官於本號解釋兼顧釋憲客觀秩序與主觀權利維護之美意，實值嘉許。希望本號解釋注意個案當事人救濟時效之模式，能成為大法官日後解釋之慣例，如此方更能彰顯我國大法官解釋之「司法」本質。⁶¹

⁵⁵ 參陳春生大法官於釋字第 734 號解釋之協同意見書。

⁵⁶ 參陳碧玉大法官於釋字第 734 號解釋之意見書

⁵⁷ 與本號解釋相較，如釋字第 644 號解釋之人民團體法第 2 條規定：「人民團體之組織與活動，不得主張共產主義，或主張分裂國土。」即係針對人民「共產主義」之政治性主張及結社予以限制，因而被認為係對於政治性言論內容之事前審查而違憲。

⁵⁸ 實務上一般裁判作成記載日期與當事人實際收受裁判之時間會間隔相當期日（約 10-20 日）。

⁵⁹ 行政訴訟法第 273 條第 2 項規定：「確定終局判決所適用之法律或命令，經司法院大法官依當事人之聲請解釋為牴觸憲法者，其聲請人亦得提起再審之訴。」

⁶⁰ 行政訴訟法第 276 條第 4 及 5 項規定：「再審之訴自判決確定時起，如已逾五年者，不得提起。但以第二百七十三條第一項第五款、第六款或第十二款情形為再審之理由者，不在此限。對於再審確定判決不服，復提起再審之訴者，前項所定期間，自原判決確定時起算。但再審之訴有理由者，自該再審判決確定時起算。」

⁶¹ 釋字第 601 號解釋理由書雖謂：「是依我國現行司法制度，各級法院（包括公務員懲戒委員會）就具體個案之審理而適用法律時，固為憲法解釋作用之一環；而大法官就人民、法人或政黨提起之法規違憲審查、統一解釋，以及就法院提起之具體規範審查、統一解釋，雖未直接涉及個案之事實認定，惟亦同為個案審判之一環，至為明顯。至憲法第七十九條第二項及憲法增修條文第五條第四項明定，司法院大法官具有憲法與法令之最終解釋權，則僅為制度上不同法院間之職務分工，於大法官及法官均係被動依法定程序對個案之憲法、法律或事實上爭議，獨立、中立作成終局性、權威性之憲法或法之宣告之本質，則無二致，故同屬行使司法權之憲法上法官。」惟賦予當事人及時有效之救濟依照是釋字第 396 號解釋屬於司法訴訟制度之核心領域，大法官應責無旁貸。