

釋字第七四四號解釋部分協同意見書

林俊益大法官 提出

壹、前言

本件解釋為【化粧品廣告事前審查案】。

本件聲請人台灣蝶翠詩化粧品股份有限公司，於中華民國九十九年八月五日，在奇摩購物中心網站刊登「DHC 全效淨白防曬乳」化粧品廣告，經臺北市政府衛生局以其廣告未經事先申請廣告核准即擅自刊登，違反化粧品衛生管理條例（下稱系爭條例）第二十四條第二項規定，依系爭條例第三十條第一項規定處以新臺幣三萬元罰鍰。聲請人不服，經提起訴願、行政訴訟，均遭駁回而判決終局確定，乃依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，聲請釋憲。

本件聲請之主要爭點係，化粧品廣告是否為商業性言論？如是，得否事前審查？如不得事前審查，有無例外？如有例外，得事前審查之要件又為何？

本件解釋多數意見認為：「化粧品衛生管理條例第二十四條第二項規定：『化粧品之廠商登載或宣播廣告時，應於事前……申請中央或直轄市衛生主管機關核准……。』同條例第三十條第一項規定：『違反第二十四條……第二項規定者，處新臺幣五萬元以下罰鍰……。』係就化粧品廣告所為之事前審查，限制化粧品廠商之言論自由，已逾越必要程度，不符憲法第二十三條之比例原則，與憲法第十一條保障人民言論自由之意旨有違，應自本

解釋公布之日起失其效力。」原則上，本席予以贊同，惟部分解釋理由之說理，仍有未盡，需待補充，爰提出部分協同意見書。

貳、化粧品廣告屬商業性言論，應受憲法言論自由之保障

一、化粧品之內涵

系爭條例所稱化粧品，係指施於人體外部，以潤澤髮膚，刺激嗅覺，掩飾體臭或修飾容貌之物品（系爭條例第三條前段規定參照），依中央衛生主管機關衛生福利部一〇四年三月十九日公告之「化粧品範圍及種類表」所示，其種類包括頭髮用化粧品、洗髮用化粧品、化粧水、化粧用油、香水、香粉、面霜乳液、沐浴用化粧品、洗臉用化粧品、粉底、唇膏、覆敷用化粧品、眼部用化粧品、指甲用化粧品及香皂共十五類。

化粧品依其是否「含有醫療或毒劇藥品」，可分為「含有醫療或毒劇藥品化粧品」（下稱含藥化粧品）與「未含有醫療或毒劇藥品化粧品」（下稱一般化粧品）。國內製造化粧品所使用醫療或毒劇藥品之基準，由中央衛生主管機關定之（系爭條例第二十條規定參照），依衛生福利部一〇五年七月一日發布之「化粧品含有醫療或毒劇藥品基準」（簡稱含藥化粧品基準）觀之，所謂含藥化粧品，係指含有用於防曬、染髮、燙髮、止汗制臭、美白（抑制黑色素形成）、面皰預防、潤膚、美白牙齒等用途之藥品化粧品而言。由於含藥化粧品之製造，必須符合使用醫療或毒劇藥品之基準，足徵含藥化粧品對人體之影響，必然與一般化粧品有所不同，是以系爭條例依化粧品是否「含有醫療或毒劇藥品化粧品」而異其規範內容（詳見系爭條例第七條第一項、第二項

規定國外輸入化粧品、第十六條第一項、第二項規定國內製造化粧品）。

二、化粧品廣告

販賣或製造化粧品廠商為促銷其化粧品，經常以商業廣告為之。商業廣告本質具有活潑、多元且推陳出新之特性，廣告之創意，往往構成市場經濟活力之象徵，商業廣告之重要性，由此可見一斑。¹此等促銷化粧品之商業廣告，是否屬於「商業性言論」？

關於如何判斷是否為「商業性言論」(commercial speech)？在美國曾有不同標準，一九四二年之 *Valentine v. Chrestensen* 案，乃至二〇〇三年 *NIKE v. Kasky* 案，均以言論發表者之身分是否具有營利目的，以決定其發表之言論是否為商業性言論。惟此種見解，有時不免流於機械化，甚至對言論自由保障不夠而備受批評。惟於一九七六年之 *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council* 案，聯邦最高法院作另一種界定，凡係以提議作成商業交易者，系爭言論即得被視為商業性言論。一九七九年 *Friedman v. Rogers* 案，聯邦最高法院更具體地指出，凡係從言論之目的或內容予以整體判斷結果，具有「嚴格商業性質」(strictly business) 者，即認定其為商業性言論。嗣於一九八〇年 *Central Hudson Gas & Electric v. Public Service Commission* 案，聯邦最高法院認為商業性言論，係指言論發表者以言論接收者為對象所為純粹經濟利益之表達。²通說認為，凡係宣傳或推薦某種商

¹ 吳秀明、沈麗玉，〈公平交易法關於廣告規範之最新發展〉，《月旦法學雜誌》，第 241 期，104 年 6 月，頁 255。

² 劉靜怡，〈賭場廣告的言論自由保護〉，《台灣法學》，第 237 期，102 年 12 月 1 日，頁 143。

品或服務之言論，其目的在直接刺激該項物品或服務之交易，以獲取商業利益者，均屬於商業性言論之範疇。³

在我國，藥事法（修正前稱藥物藥商管理法）第二十四條規定：「本法所稱藥物廣告，係指利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的之行為」，本院釋字第四一四號解釋理由乃依上開規定而謂：「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……。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……。」首次揭示藥物廣告具商業上意見表達之性質，為商業性言論，且屬於低價值言論 (low-value speech)，不同於政治、學術或宗教言論屬於高價值言論 (high-value speech)，此乃受到美國司法實務有關雙階理論 (the two-level theory) 之影響。⁴

化粧品廣告，與藥物廣告之性質相同，如套用上開藥物廣告之定義及釋字第四一四號解釋，「化粧品廣告」應可定義：利用傳播方法，宣傳化粧品效能，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，故化粧品廣告亦屬於商業性言論，且屬於低價值言論。

三、化粧品廣告受憲法言論自由之保障

關於憲法第十一條言論自由之保障，本院釋字第四一四號、

³ 林子儀，〈商業性言論與言論自由〉，《美國月刊》，第2卷第8期，76年12月，頁25。

⁴ 林子儀，〈言論自由導論〉，收錄於，《台灣憲法之縱剖橫切》，元照，101年12月，頁154。

第六一七號、第六二三號及第六三四號解釋均闡示：「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。」本件解釋重申上開諸解釋之意旨，亦釋示：「憲法第十一條保障人民之言論自由，乃在保障**資訊**之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會。」並將保障「**意見**」流通，調整為保障「**資訊**」流通，俾使保障範圍更加精準。換言之，言論自由保障之範圍，應包括表現（說）與接收（聽）二個面向，前者可分為表現自由與不表現自由，⁵後者分為接收自由與不接收自由。

一般認為憲法所以保障言論自由，乃係為崇高之文化理想或有助於民主政治之參與，至於以經濟交易為目的之商業性言論，是否亦受憲法之保障？

在美國，聯邦最高法院早期於 *Valentine* 案，採否定說，認為商業性言論不受憲法所保障，政府得對之加以限制。直到一九七六年之 *Virginia Pharmacy* 案，聯邦最高法院改變見解，明白宣示：商業性言論係憲法言論自由所要保障之言論。⁶聯邦最高法院認**商業性言論**所提供之訊息，有益於消費者及一般社會大眾，因而應予保障。就消費者而言，商業廣告所提供之訊息，有助於消費者作適當之經濟抉擇，此種利益對消費者而言，比有助於政治判斷之政治性言論自由之利益，更要來得直接及實際，政治性言論既受到憲法保障，商業性言論更應受到憲法保障。就一般社會大眾而言，商業廣告之訊息，**有助於每個人作合理之經濟抉擇**，此種私人自由抉擇乃係自由市場經濟社會所不可或缺，以達到社會資源合理分配及運用之目的，憲法保障言論自由之目的係政治性，

⁵ 釋字第 577 號解釋文：「憲法第十一條保障人民有積極表意之自由，及消極不表意之自由，其保障之內容包括主觀意見之表達及客觀事實之陳述。」

⁶ 劉靜怡，同前註 2，頁 141-42。

有助於一般社會大眾之民主參與及健全民主政治，則保障商業性言論，更有其必要。⁷

美國聯邦最高法院上開判例見解，強調商業性言論自由係偏重在聽眾者之利益，而非言論者本身之利益，值得特別注意。最高法院認為商業性言論具有提供更多訊息之功能，有助於聽眾獲得更多或較正確訊息，或有助於聽眾作合理經濟判斷，迄今已成為美國法院處理有關商業性言論案件之基本原則。

此外，美國聯邦最高法院一九七六年 *Virginia Pharmacy* 案判決更宣示，凡商業性言論之內容，有虛假不實、或有誤導性、或係以不合法之交易為目的時，即不受憲法保障，法院得予合理限制。一九八〇年 *Central Hudson* 案，更指出：商業性言論之內容如有誤導性及虛偽不實，當然不為憲法所保障，政府自然有權加以規範。如該言論係真實，且以合法交易為目的，再進行第二要件之審查。換言之，商業性言論並非均受憲法保障，僅於商業性言論之內容，有真實性、無誤導性，以合法交易為目的時，始受憲法言論自由權之保障。

反觀我國釋憲實務，本院釋字第四一四號解釋，雖肯認藥物廣告係商業性言論，具商業上意見表達之性質，應受憲法保障，惟似乎欠缺完整之論述。嗣本院釋字第五七七號解釋，則受到上開美國判例之影響，闡示：「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，應屬於憲法第十一條言論自由保障之範圍。」釋字第六二三號解釋亦謂：「商業言論所

⁷ 林子儀，同前註3，頁27。

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。」換言之，在我國釋憲實務上，並非所有商業性言論均加以保障，僅於該商業性言論內容為真實，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，始受憲法言論自由之保障。

本件解釋理由第一段謂：「商業言論所提供之訊息，內容非虛偽不實或不致產生誤導作用，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，應受憲法第十一條言論自由之保障」重申本院釋字第五七七號及第六二三號解釋意旨，本席深表贊同。

參、化粧品廣告商業性言論之限制

一、化粧品廣告雖受憲法保障，但得合理限制

我國憲法第二十三條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會程序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」是以如同所有自由權利一般，言論自由亦非絕對的，商業性言論亦無例外，在「為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會程序，或增進公共利益」之目的，且所「必要」者，亦得「合理的」限制商業性言論。僅係如何限制，方屬合理而已！

關於必要時得合理限制商業性言論，本院著有三號解釋，就藥物廣告之商業性言論，本院釋字第四一四號解釋闡示：「藥物廣告……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，較受嚴格之規範。」對商業性言論自由之事前審查，採取「較寬鬆」之審查標準，認定合憲，惟該號解釋理由書最後仍就「藥物廣告須先經核准之事項、內容及範圍等，應由主管機關衡酌規範之必要性，依比例原則隨時檢討修正」提出旁論，暗示事前審查制仍有檢討空間。另就商品標示，本院釋字第五七七號解釋謂：「商品標示為提供商品客觀資訊之方式，應受言論自由之保障，惟為重大公益目的所必要，仍得立法採取合理而適當之限制。」再就促使人為性交易之廣告，本院釋字第六二三號解釋謂：「惟憲法之保障並非絕對，立法者於符合憲法第二十三條規定意旨之範圍內，得以法律明確規定對之予以適當之限制。」

至於化粧品廣告之商業性言論，依憲法第二十三條規定，必要時，亦得予以限制，只是應如何限制，方屬合理？關於言論自由之審查制度，可分為事前審查制 (prior restraint)（有譯「事前限制」）與事後追懲制 (subsequent punishment)（有譯「事後懲罰」）。前者係指言論發表，政府以各種手段禁止或限制其發表之制度；後者係指言論發表後，如有違反法律規定者，則依法予以處罰之制度。

關於事後追懲制，例如，系爭條例第二十四條第一項規定：「化粧品不得於報紙、刊物、傳單、廣播、幻燈片、電影、電視及其他傳播工具登載或宣播猥褻、有傷風化或虛偽誇大之廣告。」系爭條例施行細則第二十條更規定：「化粧品廣告之內容，應依本條例第二十四條第一項規定，不得有左列情事：一、所用文字、圖畫與核准或備查文件不符者。二、有傷風化或違背公共秩序善良風俗者。三、名稱、製法、效用或性能虛偽誇大者。四、保證其效用或性能者。五、涉及疾病治療或預防者。六、其他經中央

衛生主管機關公告不得登載宣播者。」廣告登載或宣播之後，有關機關予以審查，如有違反上開規定，同條例第三十條第一項規定，處新台幣五萬元以下罰鍰；情節重大或再次違反者，並得由原發照機關廢止其有關營業或設廠之許可證照。對上開猥褻、有傷風化或虛偽誇大之廣告，予以限制。

關於事前審查，例如，系爭條例第二十四條第二項規定：「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。」採事前審查制，如有違反規定，依同條例第三十條第一項規定，處新台幣五萬元以下罰鍰；情節重大或再次違反者，並得由原發照機關廢止其有關營業或設廠之許可證照。

二、美國言論自由之事前審查推定為違憲

目前在美國法院實務，對於任何形式之事前審查，原則上均推定為違憲，⁸僅於極少數例外情形，並配合適當之程序保障，法院始肯認事先審查之合憲性。⁹

關於事前審查之極少數例外情形，在一九三一年，美國聯邦最高法院於 *Near v. Minnesota* 案，確立任何出版品得免於事前審查的基本原則，判決表示僅於極特殊之例外情形（例如，為維護國家安全而防止洩漏軍事機密、為端正社會風氣而防止猥褻出版品之傳布、為維護社會安全而防止煽惑他人以暴力或武力推翻合法政府之言論），事前審查始可能被認定合憲。該案所涉情形，並非此等極少數例外情形，自無採取事前審查之必要，因而宣告

⁸ 李建良，〈藥物廣告的限制及其合憲性〉，《台灣本土法學》，第 28 期，100 年 11 月，頁 87。

⁹ 林子儀，同前註 4，頁 148。

該案之事先審查為違憲。¹⁰但此並非謂遇有上述例外情形，事前審查即屬合憲，事前審查制仍須配合明確之程序性保障規定。

關於配合明確之程序性保障規定，在美國一九六五年之 *Freedman v. Maryland* 案，宣告電影事前審查制度違憲，其謂：不同於對猥褻案件之刑事訴追，事前審程序對於展示者或散佈者實構成一種初始的負擔 (initial burden)。¹¹美國聯邦最高法院要求事前審查必須同時配合程序性保障規定，例如必須規定：政府負責事前審查之行政機關必須負舉證責任；該機關必須在法律所規定之極短期限內，作出是否准許言論發表之行政決定；行政機關如作出事前限制之決定，則應給予限制者請求司法救濟之機會，法院亦應迅速作出裁決。¹²

在美國一九七一年之 *New York Times Co. v. United States* 案，即著名之五角大廈文件案 (Pentagon Papers Case)，美國聯邦最高法院明白表示任何事先審查制均會被法院推定為違憲，除非政府能舉證證明採取事前審查之必要性。在該案中，Stewart 大法官亦表示，政府必須能舉證證明，如不對系爭言論予以事前審查，即將對國家或人民產生「直接、立即及不可彌補之傷害」 (direct, immediate, and irreparable damage) 者，始能證明事前審查之必要性，事前審查始有可能合憲。¹³

三、我國大法官認藥物廣告之事前審查為合憲

本院釋字第四一四號解釋理由謂：「藥物廣告……惟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

¹⁰ 同上註。

¹¹ 李建良，同前註 8。

¹² 林子儀，同前註 4，頁 149。

¹³ 同上註。

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，指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」，認為藥物廣告屬於商業性言論，且屬於低價值言論 (low-value speech)，僅受到司法審查密度較寬鬆之憲法保障為已足。

關於上開藥物廣告之事前審查制之合憲結論，有大法官撰著部分不同意見書，¹⁴學者間對此解釋之看法不一，有贊同者，¹⁵有不贊同者。¹⁶

四、本件解釋化粧品廣告之事前審查推定為違憲

本件解釋，實質上變更釋字第414號解釋，改採美國聯邦最高法院處理方式（事前審查原則上推定違憲，例外情形始得事前審查，但應賦予程序上之保障），認為化粧品廣告原則上禁止事前審查，即「化粧品廣告之事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲」（推定違憲），僅於極少數例外之情形，即「立法資料足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為避免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復¹⁷危害之特別重要之

¹⁴ 吳庚、蘇俊雄、城仲模3位大法官主筆之部分不同意見書中，3位大法官舉美國、德國與日本之法制為例，表明事前限制對言論及出版自由侵害之嚴重性，而為先進國家所不能容許。3位大法官並以憲法第23條之比例原則審查藥事法第66條之合憲性，而主張該規定違憲。

¹⁵ 許宗力，〈談言論自由的幾個問題〉，收錄於，《台灣憲法之縱剖橫切》，同前註4，頁253，指出：藥物廣告事前檢查目的在維護國民健康此一重大法益，且就我國當前藥物廣告浮濫、國人服藥習慣等現象觀之，本文認為即使採最嚴格強烈內容審查標準，大法官認為藥物廣告事前檢查尚屬合憲的見解，應是可以贊同的。

¹⁶ 李建良，同前註8，頁88，指出：我國憲法第11條雖未如德國基本法明文禁止對言論自由作事前審查，惟參諸美國最高法院的釋憲經驗，似應作相同的解釋，以確保人民的言論自由。準此以言，藥事法第66條第1項有關藥物廣告須經主管機關審查核准始得刊登的規定，牴觸憲法保障言論自由的意旨，應構成違憲。

¹⁷ 此處不採「不可彌補」而採「難以回復」一詞，乃參酌我國法制用語。例如，訴願法第93條第2項規定：「原行政處分之合法性顯有疑義者，或原行政處分之執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要者，受理訴願機關或原行政處分機關得依職權或依申請，就原行

公共利益目的，其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯，且賦予人民獲立即司法救濟之機會」，始得為化粧品廣告之事前審查。

如要符合如此嚴格之審查標準，幾不可能，是以系爭條例第二十四條第二項及第三十條第一項相關規定，終究難逃被宣告違憲立即失效之命運！

五、結論

本席認為，憲法解釋雖有一次一案之原則，惟仍應有其解釋之一貫性。經詳加比較（如下頁附表所示），藥物廣告與化粧品廣告同屬低價值言論之商業性言論，相關法律均設有事前審查之規範，二者保護法益不外乎國民健康或人民生命、身體或健康，何以藥物廣告之事前審查規範採「較寬鬆」之審查標準予以審查，化粧品廣告之事前審查規範改採嚴格審查標準予以審查，本件解釋理由未能詳加論述改變審查標準之緣由，殊有缺憾！至少解釋理由也應敘明：本院釋字第四一四號解釋有關事前審查違憲審查基準應予補充！

政處分之全部或一部，停止執行。」行政程序法第14條第3項規定：「在前二項情形未經決定前，如有導致國家或人民難以回復之重大損害之虞時，該管轄權爭議之一方，應依當事人申請或依職權為緊急之臨時處置，並應層報共同上級機關及通知他方。」其他諸如入出國及移民法第31條第4項但書第5款等，均有相同用語。

附表：藥物廣告與化粧品廣告事前審查之違憲審查對照表

	藥物廣告	化粧品廣告
限制規範	事前審查	事前審查
言論性質	商業性言論	商業性言論
言論對社會之價值	低價值言論	低價值言論
審查準則	較寬鬆審查標準	嚴格審查標準
法規目的	因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，較受嚴格之規範 確保藥物廣告之真實，維護國民健康，為增進公共利益	防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的
手段與目的	有其必要	其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯，且賦予人民獲立即司法救濟之機會
是否採雙階理論	採雙階理論 ¹⁸	避談雙階理論
解釋原則	釋字第四一四號解釋：合憲	釋字第七四四號解釋：違憲

¹⁸ 受到美國司法實務所採雙階理論之影響，除本院釋字第 414 號解釋謂：「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」外，尚有釋字第 617 號解釋謂：「憲法對言論及出版自由之保障並非絕對，應依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則」，釋字第 623 號解釋謂：「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。」