

司法院釋字第七四四號解釋

協同意見書

許宗力大法官 提出

本院前於釋字第四一四號解釋，針對藥物廣告應先獲主管機關核准始得刊播之限制，雖首度承認藥物廣告之商業言論性質，仍屬憲法第十一條保障言論自由之範圍，然「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」，而對言論自由之事前審查（prior restraints, prior censorship, Vor-/Präventivzensur）採取「較寬鬆」之審查基準，認定該事前審查「旨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」，而與憲法保障言論自由之意旨「尚屬相符」。該號解釋理由書最後雖就「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，仍有大法官吳庚、蘇俊雄及城仲模三人聯名提出部分不同意見書加以駁斥，並引來我國歷來學者著述批評。

時隔二十年後，本院再次有機會針對商業言論的事前審查表示意見。本號解釋所涉商業言論是化粧品廣告，雖與藥物廣告同屬商業言論，但本號解釋對化粧品廣告的事前審查則採與釋字第四一四號解釋有別的立場，改以嚴格審查基準，認為針對化粧品廣告的事前審查，限制化粧品廠商言論自由及人民取得充分資訊機會，乃屬「對言論自由之重大干預，原則上應為違憲」之推定，除非相關機關能舉證證明對化粧品廣告事前審查之目的，在於「防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復之危害」而為特別重要之公共利

益，其事前審查之手段，與達成上開目的間具有「直接及絕對必要關聯」，並且須「賦予人民獲立即司法救濟之機會」，始符合憲法保障言論自由之意旨。

1. 本號解釋有無變更釋字第四一四號解釋？

本號解釋針對商業廣告的事前審查，雖採與釋字第四一四號解釋有別的嚴格審查基準，但是否變更了釋字第四一四號解釋？這是首先要釐清的問題。從本號解釋將用字嚴格限縮至「化粧品廣告」所涉之事前審查，可見是秉一次一案原則，極為小心地不使本號解釋效力溢散，乃以為本號解釋涉及的既然是化粧品而非藥物廣告的事前審查，應能避免造成變更釋字第四一四號解釋的印象與後果。然事實上究竟有無變更釋字第四一四號解釋？本席認為答案至少是有部分肯定的。

首先，釋字第四一四號解釋理由書第一段先廣泛稱言論自由包括商業言論，接著稱商業言論「非關公意形成、真理發現或信仰表達……，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀」，可見是採美國雙階理論，將商業廣告視為較低階之言論，可以受較嚴格之規範。但本號解釋涉及同屬商業言論的化粧品廣告的事前審查，卻採嚴格審查標準，顯然不再以低階言論視之，足見本號解釋不認為商業言論盡屬低階言論，至少就化粧品廣告而言，國家倘對其作事前審查，將受到嚴格的審查。

但本號解釋是否也影響釋字第四一四號解釋所涉針對藥物廣告事前審查尚屬合憲的結論？本席則認為未必。除了因為本號解釋採一次一案原則，將解釋標的嚴格限縮至化粧品

品廣告的事前審查；更重要一點是，藥物服用與國民健康有重大關係，化粧品施用，則不必然。即使是含藥化粧品，縱對人民生命、身體、健康造成之影響較一般化粧品為高，但一般而言，其影響仍難與藥物相提並論。因此，如果日後與國民健康有直接關係之其他商品廣告的事前審查規範，有機會進入本院的釋憲議程，本院是否也會秉持與本號解釋相同的立場，採嚴格審查，甚至進而宣告違憲，或許仍在未定之天。

2. 本號解釋的外溢效果

本號解釋固如前述，極小心地秉一次一案原則，試圖盡洪荒之力，不使本號解釋效力溢散，然事實上其產生的輻射效果，即使不是本院歷來解釋之最，亦不容小覷。因本號解釋對於商業性言論之事前審查既已採取嚴格審查基準，舉輕明重，尤其對於政治性言論之事前審查，除非政府部門能依照本號解釋之要件舉證證明事前審查之合憲性，否則未來將難以在憲法面前站得住腳。因此，可以想見，例如日後選務機關印製競選公報，參選人或參選政黨的政見即使涉及顛覆性政治言論或仇恨言論，如果採事前審查，即須符合本號解釋立下的審查標準，亦即留意目的是否在於「防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復之危害」而為特別重要之公共利益¹，其事前審查之手段，與達成上開目的間是否

¹ 本號解釋因涉及化粧品廣告事前審查，所以將目的審查所需之特別重要之公共利益，設定在防免人民「生命、身體、健康」遭受直接、立即及難以回復之危害。日後倘涉及對政治言論之事前審查的合憲性檢驗，則所要求之特別重要公共利益未必限縮於防免人民「生命、身體、健康」遭受直接、立即及難以回復之危害，也有可能擴及防免社會秩序、公共安全遭受直接、立即及難以回復之危害。

具有「直接及絕對必要關連」，並且須「賦予人民獲立即司法救濟之機會」。

3. 本號解釋於保障言論自由免於事前審查之比較憲法座標

在我國，於本號解釋後，應該是不分言論類型，事前審查原則禁止，僅於嚴格例外情形始得允許。然此與外國憲法規範與釋憲實務相較又如何？

3.1 不分言論類型，事前審查一律禁止，沒有例外者

對於人民言論不分類型而一律禁止事前審查，並且於憲法實務見解上認為毫無例外者，當以德國為著例。事前審查之禁止，在德國歷經 19 世紀以來的法蘭克福憲法、普魯士憲法，乃至威瑪憲法，已蔚為傳統，以致二戰後的基本法亦於第五條第一項最後一句明文規定：「事前檢查制度不得設置（Eine Zensur findet nicht statt）。」通說與實務見解認為事前審查之禁止不是一個可以被限制的獨立基本權利，而是一種對於言論自由之「限制之限制」（Schrankschranken），亦即基於對言論自由之高度重視，僅允許國家機關對言論自由作事後追懲式之限制，至於事前預防性之限制，則嚴厲禁止。

²除德國外，也有其他歐陸國家於憲法明定禁止對於言論之前審查者，例如比利時、義大利等國。³

3.2 不分言論類型，只要符合一定要件，允許事前審查者

² Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 5 Rdnr. 170, 173; Grabenwarter, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5, 2016, Rn. 115. ähnlich BVerfGE 33, 52, LS 4B.

³ 例如比利時 2007 年憲法第 25 條第 1 項即規定：「出版自由不受限制；事前審查制度永久禁止；不得對著作者、發行者或印製者課予繳納保證金之義務。」義大利憲法第 21 條第 2 項規定：「不得就出版品為任何許可或事前審查之限制。」西班牙憲法第 20 條第 2 項亦規定：「言論自由之行使，不得透過任何事前審查之方式加以限制。」

至於言論之事前審查，若符合一定要件，不分其類型，均一律許可為之者，可以歐洲人權法院為例。

歐洲人權法院因為公約第十條並未明文禁止事前審查，同時又尊重各會員國判斷餘地，除非會員國所採取之言論事前審查已過度逾越歐洲人權公約第十條第二項所稱「民主社會所必要」者，否則皆予允許。⁴例如歐洲人權法院大法庭於2013年4月22日之 *Animal Defenders International v. the United Kingdom* (Application no. 48876/08) 一案判決中，對於動物保護團體申請於電視登播一則20秒廣告，經英國相關機關（Broadcast Advertising Clearance Centre）審查後認定為英國2003年傳播法(Communications Act 2003)第321條第2項所禁止的政治廣告(Communications Act 2003)而駁回申請，歐洲人權法院大法庭認定並未牴觸歐洲人權公約第10條保障言論自由之意旨。政治性言論的事前審查都為歐洲人權法院所容忍，更何況商業廣告的事前審查。⁵

3.3 禁止事前審查，但例外允許對商業言論的事前審查者

也有一種類型，即便憲法禁止對言論之事前審查，但法院於個案具體公共利益之衡量結果，並不完全否定言論事前審查之存在可能性。例如南韓一九八七年憲法第二十一條第一項除保障人民言論、出版及集會、結社自由外，於同條第二項規定：「言論及出版之許可與檢查制度，以及集會、結

⁴ 參見歐洲人權法院1991年11月26日 *Observer and Guardian v. the United Kingdom* 一案判決，網址：<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57705>（最後瀏覽日：2017年1月1日）；同院第三庭2001年7月17日 *Association Ekin v. France* 一案判決，編碼56，網址：<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59603>（最後瀏覽日：2017年1月1日）。

⁵ 參見歐洲人權法院網站，網址：<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119244>（最後瀏覽日：2017年1月1日）。

社之許可制，均不許為之。」⁶然韓國憲法法院就保健食品法關於保健食品之標示與廣告，須獲得主管機關之事前審查，對於未獲審查通過之不實標示與廣告則不予刊登，認定雖構成對人民言論自由之事前審查，然在衡量商業廣告鮮少涉及意見與知識之溝通，也不至於影響藝術表現之原創性，同時涉及消費者之身體健康，其危害無法透過事後追懲加以彌補，因而認定此項商業廣告之事前審查限制，尚未牴觸比例原則之要求，採取與本院釋字第四一四號解釋相同之見解。⁷不同的是，韓國保健食品法對於食品標示與廣告的審查程序有較完整的規定，此亦或許是多數意見與協同意見主張該事前審查尚屬合憲之原因之一，然不同意見依然抨擊審查委員會之組成與程序與憲法禁止事前審查的規定不符合。⁸

3.4 原則禁止事前審查，例外許可，但是否及於商業廣告的事前審查，不明者

美國憲法雖然並無明文禁止對言論之事前審查，然而基於傳統歷史上對於人民言論自由之重視，以及憲法第一增補條款完全禁止國會立法剝奪人民言論或出版自由之強烈用語，美國法院仍認為言論事前審查原則上為憲法所不許。⁹在

⁶ 其他亞洲國家憲法亦有相類似之規定，例如日本憲法第二十一條第一項規定：「保障集會、結社、言論、出版及他一切表現的自由。」同條第二項即明文規定，不得對表現自由「進行檢查，並不得侵犯通信的秘密。」

⁷ See Constitutional Court of Korea, Prohibition of Censorship and Article 18(1)(5) of the Functional Health Foods Act, Jul 29, 2010 / Case NO.: 2006Hun-Ba75, KCCR : 22-2(A) KCCR 232, 網址：<http://english.court.go.kr/cckhome/eng/decisions/majordecisions/majorList.do> (最後瀏覽日：2017 年 1 月 2 日)。

⁸ 分別參見大法官 Lee Kang-kook 及 Song Doo-hwan 的協同意見與大法官 Lee Kong-hyun 及 Kim Jong-dae 的不同意見。

⁹ See GEOFFREY R. STONE ET AL., CONSTITUTIONAL LAW 1124 (7th. Ed., 2013).

美國，言論自由的事前審查原則上被推定違憲，除非符合各該適用審查基準之要件，亦即「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。」¹⁰由於美國憲法實務上發展出雙軌理論，對言論管制之內容以及內容以外時間、地點、方法的措施，結合事前審查之管制手段，即有不同審查基準之適用，對於事前審查之合憲性判斷亦有所不同。於內容管制之事前審查，原則上雖推定違憲，¹¹但不當然一旦採行事前審查即屬違憲；至於內容中立之時間、地點、方式之事前審查，一般則不採與內容管制一般之嚴格審查基準。

對於美國法院實務上就言論事前審查或事前限制之態樣，目前認為無論是許可制或者法院禁制令狀之介入，均應予以嚴格審查。此外，於諸如電影之事前審查制度，美國聯邦最高法院透過事前審查之嚴格程序控制¹²以及法院基於中立角色介入審查、提供救濟途徑¹³之要件，容許其合憲之可能性。至於商業言論之事前審查，目前所知並無具體事例可資比較，然在美國雙階理論下，對於低價值的商業言論，採取事前審查是否仍以嚴格審查基準加以判斷其合憲性，或許未必。

3.5 小結

¹⁰ 參見本院釋字第 644 號解釋林子儀大法官提出之協同意見書。

¹¹ 「凡言論之各種事前限制，本院均認其限制具有違憲之高度推定。」（“Any system of prior restraints of expression comes to this Court bearing a heavy presumption against its constitutional validity.”）*See New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713, 714 (1971).

¹² *See Times Film Corp. v. City of Chicago*, 365 U.S. 43 (1965).

¹³ *See Freedman v. Maryland*, 380 U.S. 51 (1965)

整體而言，對言論自由的保障尺度，單就對事前審查所採立場而言，我國於本號解釋後，可謂低於德國，亦略低於韓國，與歐洲人權法院則略相當；至於美國聯邦最高法院對商業廣告的事前審查採何立場，目前並不明確，但在雙階理論下，恐對商業言論的事前審查採較寬鬆的審查基準，如果此推測無誤，則我國的保障尺度也高於美國。

綜觀人類歷史發展，為政者利用事前審查之手段箝制人民言論自由而達到控制、管理之便，不絕青史。透過事前審查之手段，人民無論發表任何言論之前，均須獲得為政者許可，其間即容許為政者以其一己愛憎而決定人民得發表與接收何種言論，藉以控制人民思想而達到專制極權之國家與社會治理目的。隨著人民言論承載工具與媒介的急遽發展，從最早之書報雜誌到唱片、電影乃至於網路世代的臉書、推特等社群媒體與即時通訊工具，實際上也反映事前審查之手段，事實上並無法盡其所能，除非將整個言論傳播媒介與管道徹底禁絕。歐洲現代國家概念興起後，對君主專制施加於人民言論事前審查之限制，如同本院釋字第四一四號解釋中，吳庚等三位大法官所言，「為反對專制主義者必去之而後快的目標。」

綜合前述比較憲法上針對言論事前審查所持見解，可知對於言論的事前審查普遍上是持否定或保留立場，如果不是一概禁止，就是只有嚴格要件控制下，才略開例外之門。即便不同民主社會發展的脈絡與歷史背景容有不同，對於保障言論自由之憲法規範與實踐亦隨之相異；然而對於事前審查之謹慎小心則一，都深知事前審查對人民言論自由之蠹害，前車之鑑不遠，國家與社會人民莫不深自為戒，唯恐不慎而

再食箝制言論思想之惡果。學者即嘗謂：「若刑事處罰之事後追懲將對言論自由造成寒蟬效應，則事前限制無異對言論自由予以凍結。」¹⁴可見對於人民言論事前審查或限制之危害何等之深。

4. 本號解釋應視為本院對臺灣社會多元發展的階段性回應

我國憲法第十一條僅規定「人民有言論、講學、著作及出版之自由」，對於言論之管制方法並未明文禁止事前審查，因此易使國家肆無忌憚採行事前審查，用以箝制人民言論思想。我國早期憲法學者如謝瀛洲及劉慶瑞等人，即參酌歐美國家憲法理論與實務發展，而有認「預防制度，實足以使人民思想，為之窒息，而政府亦常得利用此種職權，為遏制反對言論之工具，故各國憲法，對於預防制度，多已摒棄，且於條文中明示及之。」¹⁵是憲法第十一條雖未明文禁止事前審查制，然從憲法保障人民言論自由之本旨，解釋上對於人民言論自由之限制，原則上應僅得以事後追懲為之。¹⁶

解嚴後於民主化過程中，人民亟待透過言論自由以表達其各種訴求，是以本院於釋字第四四五號解釋，對於人民集會遊行自由之事前限制，認「主張共產主義或分裂國土」之政治性言論予以事前審查，「在舉行集會、遊行以前，尚無

¹⁴ ALEXANDER M. BICKEL, THE MORALITY OF CONSENT 61 (1975). 美國早期學者亦曾詳細比較事前審查與事後追懲兩種管制手段的差異，從管制手段影響的廣泛程度、管制的時間點與延誤可能性、相反決定之傾向、管制手段的程序、公眾參與與批評的機會、事前限制的互動可能性、管制手段的確定性與風險、管制手段的效率等等面向，進一步推論言論事前審查之危害性。See Thomas I. Emerson, *The Doctrine of Prior Restraint*, 20 LAW & CONTEMP. PROBS. 648, 656-660 (1955).

¹⁵ 參見謝瀛洲，中華民國憲法論，第13版，1969年，頁56。

¹⁶ 參見謝瀛洲，前揭書，頁57；林紀東，中華民國憲法逐條釋義，第1冊，修訂7版，1993年，頁172。

明顯而立即危險之事實狀態，僅憑將來有發生之可能，即由主管機關以此作為集會、遊行准否之依據部分，與憲法保障集會自由之意旨不符。」可見本院對於政治性言論之事前審查，乃採較嚴格之「明顯而立即危險」之判斷標準，進而促進民主化之進展，並進一步於本院釋字第644號解釋擴及到人民之結社自由，認定結社自由無須予以事前審查之限制（包括本院釋字第479號解釋之命名許可），而於事後以類似政黨解散之方式處理即可。¹⁷對於集會遊行之保障，本院亦持續於釋字第718號解釋進一步開放緊急性及偶發性集會、遊行，免於事前審查之限制。

本席不憚其煩回顧本院歷來有關對言論事前審查之相關解釋，其用意在於扣緊我國社會在地發展的軌跡。本號解釋多數意見針對化粧品廣告之事前審查，一改釋字第414號解釋之立場，並非單純援例外國法，或者無視在地社會現狀，而是植基於多年來臺灣社會自由、民主與多元發展的豐沃土壤。

我國社會已經不是當年民主化或社會多元發展剛起步的新生，歷經本院歷來解釋與數十年社會發展，我國社會也不應該原地踏步，政府部門更不應該抱殘守缺。「立法者及行政部門宜從根本上放棄『作之君』、『作之師』的心態，勿再扮演指導國民何者可閱覽，何者應拒讀之角色，須知民主政治之基石乃在於傳統自由主義之精神，而此種精神之前提為信賴人民有追求幸福之能力，而非仰仗官署之干預。」

¹⁷ 本席則認為延續釋字第445號解釋之「明顯而立即危險」之判斷標準即可，而無須改以防衛性民主之判斷標準。參見本席於釋字第644號解釋提出之協同意見書。

吳庚大法官當年於釋字第四〇七號解釋提出協同意見之期許，二十年後的臺灣社會與人民，應有更深刻的感觸。

總之，本席對於憲法保障言論自由之一貫立場，是以更多言論對抗言論可能所生之禍害，而非由為政者恣意以事前審查予以禁絕或限制。但本席亦非天真地以為，我國社會每一個人，在經歷這麼多年的自由、民主、開放的社會發展過程中，已經確實學會如何正確看待每一個人的言論自由，學會如何妥善且相互尊重地行使自己的言論自由。本席也清楚，對於廣告之言論，特別是各種藥物、化粧品、保健食品（例如瘦身食品）等商業性廣告，仍然大量地充斥在我國社會之中，此種商業性廣告對於人民之吸引力，仍然不可小覷，復以我國人民對於醫療保健之熱衷，完全禁止國家介入管制，或許存有疑慮。然而如同本號解釋多數意見所言，對於商業性廣告所引發之後遺症，仍有其他事後管制之方式予以妥善處置，例如輔以鉅額懲罰性賠償制度等事後追懲之手段，而非以事前審查由行政部門一己評斷。

文末，本席擬再次提醒，本號解釋的外溢效果值得國人留意者，乃政治言論的事前審查，未來在本號解釋同一標準下，其合憲性都將受到嚴格的檢驗。此乃本號解釋之後，臺灣社會每一分子都必須面對的挑戰，也考驗著臺灣人民，是否經歷二十年來的民主洗禮，已培養出足夠的勇氣與信心，成熟到足以面對、化解、戰勝多元社會下政治異見對自由民主憲政秩序之挑戰；當然，從另一角度觀之，未來的發展，亦何嘗不是對本號解釋多數意見集體智慧的考驗。爰提出協同意見如上。