

司法院釋字第七四四號解釋抄本



司法院公布令	1
解釋文及解釋理由書	1
湯大法官德宗提出之部分協同意見書	6
林大法官俊益提出之部分協同意見書	8
許大法官宗力提出之協同意見書	21
羅大法官昌發提出之協同意見書	32
黃大法官虹霞提出之協同意見書	41
蔡大法官明誠提出之協同意見書	45
許大法官志雄提出之協同意見書	59
黃大法官瑞明提出之協同意見書	73
詹大法官森林提出之協同意見書	78
黃大法官昭元提出之協同意見書	85
吳大法官陳鰲提出，陳大法官碧玉加入之部分不同意見書	102

解 釋

司法院 令

發文日期：中華民國106年1月6日

發文字號：院台大二字第1060000700號

公布本院大法官議決釋字第七四四號解釋

附釋字第七四四號解釋

院長 許 宗 力

司法院釋字第七四四號解釋

解釋文

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。

解釋理由書

聲請人台灣○○○化粧品股份有限公司代表人吉田○○

，未先向主管機關申請核准，即於購物中心網站刊登防曬乳之化粧品廣告，經臺北市政府衛生局以其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，處新臺幣三萬元罰鍰。聲請人不服，提起訴願遭駁回後提起行政訴訟，經臺北高等行政法院九十九年度簡字第八五〇號判決駁回。上訴後，經最高行政法院一〇〇年度裁字第二一九八號裁定，以其所陳上訴理由並無所涉及之法律見解具有原則性之情事，上訴不合法為由予以駁回，是本件聲請應以上開臺北高等行政法院判決為確定終局判決。聲請人認確定終局判決所適用之系爭條例第二十四條第一項、第二項、第三十條第一項關於違反同條例第二十四條第二項為處罰部分及系爭條例施行細則第二十條規定，有牴觸憲法之疑義，向本院聲請解釋憲法。有關聲請人主張系爭條例第二十四條第二項及第三十條第一項就違反同條例第二十四條第二項為處罰違憲部分，核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款所定要件相符，爰予受理，作成本解釋，理由如下：

言論自由在於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。化粧品廣告係利用傳播方法，宣傳化粧品效能，以達招徠銷售為目的，具商業上意見表達之性質。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（本院釋字第五七七號、第六二三號解釋參照）。

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。」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；情節重大或再次違反者，並得由原發證照機關廢止其有關營業或設廠之許可證照。」（下併稱系爭規定）係就化粧品廣告採取事前審查制，已涉及對化粧品廠商言論自由及人民取得充分資訊機會之限制。按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。系爭規定之立法資料須足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為防免人民生命、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，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，始符合憲法比例原則及保障言論自由之意旨。

查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；其範圍及種類，由中央衛生主管機關公告之（系爭條例第三條參照），非供口服或食用。另依中央主管機關公告之化粧品範圍及種類表，所稱化粧品俱屬一般日常生活用品。系爭規定之立法目的應係為防免廣告登載或宣播猥褻、有傷風化或虛偽誇大（系爭條例第二十四條第一項參照），以維護善良風俗、消費者健康及其他相關權益，固均涉及公益之維護，然廣告之功能在誘引消費者購買化粧品，尚未對人民生命、身體、健康發生直接、立即之威脅，則就此等廣告，予以事前審查，難謂其目的係在防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復之危害。系爭規定既難認係為保護特別重要之公共利益目的，自亦無從認為該規定所採事前審查方式以限制化粧品廠商之言論自由及消費者取得充分資訊機會，與特別重要之公共利益之間，具備直接及絕對必要之關聯。

依現行法規定，化粧品可分為含藥及一般化粧品兩大類（

系爭條例第七條第一項、第二項及第十六條第一項、第二項參照)。所謂含藥化粧品係指具防曬、染髮、燙髮、止汗制臭、美白、面皰預防、潤膚、抗菌、美白牙齒等用途之化粧品(化粧品含有醫療或毒劇藥品基準參照)。其對人民生命、身體、健康造成之影響雖較一般化粧品為高，但就此等化粧品之廣告，性質上仍非屬對人民生命、身體、健康構成直接威脅。況含藥化粧品，不論係自外國輸入或本國製造，均須先提出申請書、由主管機關查驗並經核准、發給許可證後，始得輸入或製造(系爭條例第七條第一項及第十六條第一項參照)。含藥化粧品，除其標籤、仿單或包裝與一般化粧品同，須記載中央衛生主管機關規定之事項包括成分、用途、用量等外，另須標示藥品名稱、含量、許可證字號及使用時注意事項等(系爭條例第六條規定參照)。就有害人體健康之預防而言，系爭條例第四章第二十三條以下訂有禁止輸入、製造、販賣、註銷許可證等暨抽檢及抽樣等抽查取締規定；第五章就相關違反情形，亦訂有罰則。又系爭條例第二十四條第一項已另有不實廣告等禁止之明文，對可能妨礙人體健康之不實化粧品廣告，主管機關本得依系爭條例第三十條第一項規定為處罰。是系爭規定適用於含藥化粧品廣告，仍難認係為保護特別重要之公共利益目的，且與目的達成間具直接及絕對必要之關聯。

綜上，系爭規定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。

另聲請人認系爭條例第二十四條第一項及系爭條例施行細則第二十條規定抵觸憲法第十一條、第十五條、第二十三條部分，核其所陳，尚難謂客觀上已具體指摘上開規定有何抵觸憲法之處。故此部分之聲請，不符司法院大法官審理案件法第

五條第一項第二款規定，依同條第三項規定應不受理，併此敘明。

大法官會議主席 大法官 許宗力

大法官 陳碧玉 黃璽君 羅昌發 湯德宗

黃虹霞 吳陳銀 蔡明誠 林俊益

許志雄 張瓊文 黃瑞明 詹森林

黃昭元

釋字第七四四號解釋 部分協同意見書

湯德宗大法官提出

本解釋締造兩項紀錄，堪稱本院大法官 2017 年的開春獻禮。

一、正視¹「事前審查」(censorship, prior restraint)於言論自由之為害，²並明確釋示：除立法資料能證明其目的乃為防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即且難以回復之危害之特別重要之公共利益，而事前審查之手段與前揭目的之達成間具有直接及絕對必要之關聯，並給予迅速獲得司法救濟之機會者外，化粧品廣告之事前審查原則上應屬違憲。³如上釋示乃我國實務上首次採取之「嚴格審查基準」(高標)，實質上已變更(修正)⁴了本院釋字第四一四號解釋之見解，使我國言論自由保障更向前邁進一步。

二、本解釋於理由書第一段敘明原因案件之事實經過及聲請意旨，乃本院解釋之首例。此一解釋體例(格式)之變革不僅有助於社會大眾理解大法官解釋，亦本院「解釋」朝

¹ 請對照本院釋字第 734 號解釋與本席於該號解釋所提出之「部分協同暨部分不同意見書」。

² 限制言論非經審查通過不得發表之「事前審查」制，與「言論自由」之本質迥不相容。其於言論自由之為害，美國聯邦法院於 *Nebraska Press Assn. v. Stuart* 案 (427 U.S. 539 (1976)) 曾有傳神之譬喻：如謂言論發表後可能衍生之刑事與民事制裁，恐將使人(心生恐懼而)「噤聲」不語，則事前審查制毋寧直使言論立時「凍斃」(“A prior restraint, by contrast and by definition, has an immediate and irreversible sanction. If it can be said that a threat of criminal or civil sanctions after publication 'chills' speech, prior restraint 'freezes' it at least for the time.”)。

³ See, e.g., *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931), *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971, Pentagon Papers Case), *Carroll v. President and Comm. of Princess Anne County*, 393 U.S. 175 (1968), *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977)。中文介紹，參見湯德宗，《憲法對話·對話憲法》(憲法有聲書)，下冊，頁 315~316 (增訂三版，2016)。

⁴ 惟因本件所涉為「化粧品」廣告，而非「藥物」廣告，多數意見卒未處理(敘明)本院釋字第 414 號解釋是否變更的問題。

向「裁判」發展的必要歷程。本席欣見多年來於個別意見書所堅持的體例，終獲多數同仁接納。

至解釋之論理敘述（尤其理由書第五段）容可再酌，殆瑕不掩瑜之細節矣。

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○○○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、化粧品水、化粧品油、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先審查為合憲

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，係為防免人民生命、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，抵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。」

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「**防止人民生命、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，設定在防止人民「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止人民「生命、身體、健康」遭受直接、立即及難以回復之危害，也有可能擴及防止社會秩序、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」（Schrankenschranken），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事前審查者，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六四四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（包括本院釋字第四七九號解釋之命名許可），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七一八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，一改釋字第四一四號解釋之立場，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。

釋字第七四四號解釋協同意見書

羅昌發大法官提出

本件解釋意旨最重大的意義在於：針對言論自由之事前審查規定，建立較以往嚴格之「推定違憲」審查標準。

就化粧品衛生管理條例第二十四條第二項「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……」及第三十條第一項「違反第二十四條……第二項規定者，處新臺幣五萬元以下罰鍰……」等就化粧品廣告所制定之事前審查規定，多數意見認為，已限制化粧品廠商之言論自由，逾越憲法第二十三條所規定之必要程度，與憲法第十一條保障人民言論自由之意旨有違。本席敬表同意；惟本席對多數意見有關商業言論在憲法上保障之論述過程，尚有不同意見。另化粧品衛生管理條例第二十四條第二項規定，實亦有法律明確性之疑慮，惜多數意見並未處理此部分。茲謹就多數意見對言論自由事前審查規定所建立之憲法審查標準，及多數意見所未處理之法律明確性問題，補充闡述如次。

壹、有關區分商業言論與非商業言論之問題

一、本院過去解釋並非一概區別商業性與非商業性言論

本院以往解釋曾就「商業言論」，有特別之論述，並區別其與非商業言論保護標準之差異者。本院釋字第四一四號解釋即明白表示，商業廣告與公意形成、真理發現或信仰表達之言論，尚不能等量齊觀：「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。」另本院釋字第五七七號解釋就商業言論保護之標準亦有闡釋：「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」。本院釋字第六二三號解釋亦謂：「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。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。」故本院釋字第五七七號及第六二三號解釋，仍認為商業言論與政治、學術、宗教言論，性質有所不同，其保護範疇及限制準則可有不同；依該等解釋，商業言論之保障之標準為「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」。然本院釋字第七三四號解釋則稱「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」；故該號解釋在適用憲法保障言論自由之規定時，並不特別區別商業廣告與非商業廣告。

二、本號解釋多數意見引用釋字第五七七號及第六二三號解釋，認為：「言論自由在於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。化粧品廣告係利用傳播方法，宣傳化粧品效能，以達招徠銷售為目的，具商業上意見表達之性質。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」（解釋理由書第二段參照）。似乎仍區別「商業言論」與「非商業言論」；且隱含有「商業廣告與公意形成、真理發現或信仰表達之言論，尚不能等量齊觀」之意味。本席就此，持相異之憲法觀點：

- (一) 如後所述，多數意見在針對商業言論之事前審查問題，所採取者，已經係最嚴格之憲法審查標準。故在邏輯上，本院將來對於非商業言論事前審查問題所採取之憲法審查標準，應不可能更為嚴格。故區別商業言論與非商業言論，意義不大。
- (二) 本席認為，任何言論，如涉及虛偽不實或產生誤導作用，或涉及非法交易，法律均非不得予以限制；且「有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇」部分，與憲法言論自由之保障應無關聯。

多數意見稱「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」，似係將「內容非虛偽不實或不致產生誤導作用」、「以合法交易為目的」及「有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇」作為商業言論應受憲法第十一條言論自由保障之條件。然任何言論，如涉及虛偽不實或產生誤導作用，或涉及非法交易，法

律均非不得予以限制。縱使係政治性言論，如非僅為見解問題或善意評論，而涉及虛偽不實或產生誤導，或涉及非法交易，亦應受法律之適當規範。在憲法論述時，吾人不會稱：非商業言論，以「內容非虛偽不實或不致產生誤導作用」、「以合法交易為目的」為條件，始受憲法保障。此種不實或涉及不法交易之言論，受相關法律之規範，本屬必然。故多數意見以此為商業言論保障之「條件」，並無必要。且多數意見以「有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇」為憲法保護商業言論之條件，亦顯唐突。蓋其文義似指：商業言論之效果有助於協助消費者選擇者始予保障，商業言論之效果若無助於消費者選擇，則不予保障。然商業言論之對消費者有無助益或其助益程度如何，本為廠商廣告設計及其所欲推廣產品之良莠問題；與憲法言論自由之保障應無關聯。

(三) 依上開說明，合理之表述應為：「商業言論所提供之訊息，如非虛偽不實或足以產生誤導作用，且非推廣非法交易，自有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇；故商業言論應受憲法第十一條言論自由之保障。」亦即，「傳布正確商業訊息，有助於消費大眾之消費判斷」，係支持商業言論應受憲法保護之「理由」；而非以「傳布正確商業訊息，且該訊息有助於消費大眾之判斷」，作為憲法保護商業言論之「條件」。

(四) 本席進一步認為，保障商業言論之憲法價值，除在有助於消費大眾作出合理抉擇（此係著重消費者保護層面）之外，更應包括使廠商受憲法保障之營業自由得以充分實現（此係兼顧保護為商業言論之廠商之憲法

權益)。按人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權所保障之內涵（本院釋字第五一四號、第六〇六號、第七一六號及第七三八號解釋參照）。人民之營業自由，除包括營業主體、營業項目、營業地點之選擇自由外，本質上自包括進行實際交易之決定以及推廣其產品或服務之活動等自由。吾人甚難想像，憲法容許人民有營業自由，卻無透過廣告（商業言論）推廣其營業活動之自由。亦即，對商業言論予以憲法上保障，並非僅基於商業廣告有利於消費者之合理抉擇，而應同時基於商業言論亦係屬人民營業自由之一環使然。故商業廣告之憲法保護價值，並非「與非商業廣告之憲法保護價值，無法等量齊觀」。

貳、本解釋隱含言論事前審查之規定均應「推定違憲」

- 一、多數意見在文字上僅針對化粧品廣告，認為對「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」（見理由書第三段）。然論理上，對化粧品廣告之事前審查規定既係對言論自由之重大干預，自有相同理由認為，如法律規定對「其他言論」為事前審查，亦屬對言論自由之重大干預，且「原則上亦應為違憲」。故本號解釋所稱「原則上違憲」之適用範圍，應及於對一切言論之事前審查規定。
- 二、多數意見所稱「原則上應為違憲」，實質上係以較為婉轉之方式表達「推定違憲」之意旨。此為我國釋憲實務上，首次創造之概念。本席對此敬表同意。針對此種推定（rebuttable presumption）之推翻方式，必須以該「言論事前審查規定」之「立法當時」之「立法資料」，足

以支持該項立法之正當性。相關機關不得以嗣後之理由，嘗試提供「言論事前審查規定」之立法正當性。故多數意見謂：「系爭規定之『立法資料』須足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為……特別重要之公共利益目的……。」

三、多數意見就足以支持對言論自由為事前審查之正當性，認為：「系爭規定之立法資料須足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為防免人民生命、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，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。」其中公益目的之部分，多數意見要求必須為「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」。按多數意見將公益限於「人民生命、身體、健康」之保護，係因本件涉及化粧品廣告；如涉及其他性質之言論，則特別重要之公益可能包括「國家安全」遭受直接、立即且難以回復危害之情形。故如言論事前審查之規定非關於國家安全或人民生命、身體、健康之保護，或縱有關國家安全或人民生命、身體、健康之保護，然其無遭受直接、立即及難以回復之危害者，均不構成「特別重要」之公共利益目的，而無法就言論事前審查之規定予以正當化。另就關聯性而言，多數意見要求對言論之事前審查「與目的之達成間具『直接』及『絕對必要』關聯」；亦即，除對言論自由為事前審查之外，必須「別無其他方法」足以保護前述「特別重要」之公共利益；否則無法正當化對言論為事前審查之規定。此等要求，均高於本院以往解釋對言論自由限制規定所設之憲法審查標

準。

叁、本解釋所創「立即司法救濟」之要件，有待立法實現

一、多數意見前述「系爭規定之立法資料須足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為防免人民生命、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，其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯」與「賦予人民獲立即司法救濟之機會」之兩類要件，性質與作用不同。前者係立法資料是否足以正當化法律規定對人民言論為事前審查之問題；後者與立法資料無關，而係人民因言論遭事前審查而受限制時，在制度上有無賦予其立即司法救濟之機會。前者為實體上之要求；後者為程序上之要求。兩項要求為並存之關係；亦即，縱使「立法資料足以支持對之事前審查，係為防免人民生命、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，且其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯」，然如對於言論受事前審查者，未賦予人民立即司法救濟之機會，仍不符合憲法對言論自由保護之意旨。

二、多數意見對於「賦予人民獲立即司法救濟之機會」要求之內涵，並無進一步闡述。由於解釋理由書第三段特別列舉此項要件，故其顯非現行之訴願或行政訴訟制度可以滿足；否則解釋理由無特別列舉此要件之必要。言論之表達有時較無時限性或急迫性（如多數之學術論述）；但亦常有甚高之時限性或急迫性，且經過一定極短之時間後，人民縱使獲得救濟，亦可能於事無補（如參選公職之文宣、選舉公報之政見內容）。不問言論表達之時限性或急迫性高低，在「立即司法救濟」之要求下，救濟

必須屬「司法救濟」，且救濟速度上，應足以使合法言論得以即時表達或發表，避免於事無補之結果。此部分有待將來立法實現。立法者可制定一般性之立即司法救濟制度，以適用於言論事前審查之一切規定；亦可搭配言論事前審查之特定規定，制定僅適用於該特定規定之立即司法救濟制度。

肆、化粧品衛生管理條例第二十四條第二項之法律明確性疑慮

- 一、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……。」本席認為顯有法律明確性不足之疑慮。惜多數意見並未處理此部分。
- 二、國家之管制規範及其處罰規定，必須具體明確，使受規範者得以合理理解，且可得預見，並可經由司法審查加以判斷認定，始符合法律明確性之要求（本院釋字第60二號、六一七號解釋參照）。化粧品衛生管理條例第二十四條第二項規定要求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；且同條例第三十條第一項對違反者處以罰鍰或廢止營業或設廠許可證照。然前述第二十四條第二項並未規定事前審查之具體內容與標準。化粧品衛生管理條例第二十四條第一項雖規定：「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。」該條例施行細則第二十條雖亦規定：「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。」然該條例第二十四條第二項並未以同條第一項或施行細則第二十條規定之內容為審查內容及標準。若勉強由法律之體系解釋而言，化粧品衛生管理條例第二十四條第二項既係緊跟在第一項之後，似乎第二項應以第一項作為審查內容及標準。然此種解釋方式，有賴主管機關善意遵守，而非法律明確規範的結果。故主管機關於依該條例第二十四條第二項進行事前審查化粧品廣告之內容時，仍可能援引其他標準。而究竟其可援引之標準如何，毫無範圍之界線，是化粧品衛生管理條例第二十四條第二項之規定並不符合具體明確，使受規範者得以合理理解，且可得預見，並可經由司法審查加以判斷認定等要件，與法律明確性應有不符。

釋字第七四四號解釋協同意見書

黃虹霞大法官提出

幾經波折，得以於本院釋字第四一四號解釋之後，作成不同於先前解釋意旨之本號解釋，將言論自由與事前審查之關聯作進一步之釐清，對言論自由之保護再向前邁進一步，這不但是大法官保護言論自由高度共識之具體展現，也因本件與工商經濟相關，故也可說明大法官關心工商經濟。本件涉及之罰鍰金額僅新臺幣三萬元，但真理無價，大法官齊心協力，反覆論辯，最終能凝聚高度共識，作成不同往昔暨明確又高度共同確信認為適當之解釋，謹表贊同及感謝，並謹將幾點感想，補充略抒如下：

一、如果發表言論前，所擬發表之言論內容須先經他人審查，則還稱得上「自由」嗎？因此，「事前審查」無疑是「言論自由」之反義詞，本質上兩不相容。

二、化粧品衛生管理條例第二十四條第二項規定，化粧品廣告宣播前應先經主管機關事前審查核准。而因廣告係在受憲法第十一條所保障之言論自由範疇內，故該對於言論自由之限制規定乃直接涉及憲法爭議。本件大法官所要解決的唯一爭點是對化粧品「廣告之事前審查」是合憲還是違憲，即事前審查是否係對化粧品廣告之不當限制而為憲法所不許？又因為化粧品包括一般化粧品及含藥化粧品，均非藥品，且本件之釋憲客體為化粧品衛生管理條例，不是藥事法，故本「不告不理」原則，幾經斟酌後決定本件解釋僅針對化粧品廣告之事前審查部分處理，暫不併提及是否就本院釋字第四一四號解釋關於藥品廣告之事前審查部分為補充或變更。

三、惟本件解釋從肯定商品廣告之資訊表達自由及資訊提供效益雙重面向出發，除了延續本院先前之解釋意旨，認為商品廣告在憲法第十一條所保障之言論自由範圍內之外，本件解釋可以說已透過比例原則之操作，實質引進德國之言論自由事前審查禁止原則。此由本件解釋理由書第二段中，即本件解釋之中心論述之第一句即稱：「按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」可以證之。再者，理由書接著揭示廣告之事前審查是否符合憲法保障言論自由意旨之具體判斷標準為：該對廣告事前審查規定之立法資料（即不是由主張之人民舉反證，而是要求立法資料應能適足說明）須足以支持該事前審查，1、其目的須係為「特別重要」（即非為一般或僅屬重要）之公共利益，亦即其目的必須係為防免人民生命、身體、健康遭受「直接」、「立即」且「難以回復危害」（即非僅為防免人民生命、身體、健康而已，且該廣告之危害必須是直接、立即、加上難以回復）；2、該事前審查手段與其所欲達成之目的間必須具備「直接」（即經由事前審查即可達成該規定之目的）、「絕對必要」（捨此無其他替代方式）關聯；另3、須賦予人民獲立即之司法救濟（不包括對機關之異議、申訴或訴願）。透過此一具體判斷標準之檢驗，系爭化粧品衛生管理條例第二十四條第二項規定為不符比例原則違憲，至於其如何不符比例原則，請詳見理由書第四、五段。

四、不論從言論自由事前審查禁止原則之實質引進，或上述廣告之事前審查是否符合憲法保障言論自由意旨之具體判斷標準言，雖然本件解釋係針對化粧品廣告，但因所有廣告尤其商品廣告，均非商品或其買賣本身，充其量為商品買賣之誘引而已。而若謂廣告即能造成人民生命等之直接、立即

且難以回復之危害，誠難想像；另欲經由事前審查手段即予直接防免重大危害，亦顯違吾人日常生活經驗。準此，所有廣告之事前審查應均極不易通過此一檢驗標準，斯應注意。如有關機關能體察本解釋之意旨，主動反思及相應處理商品廣告之事前審查規定，當係大有為政府之所當為，企盼之。

五、據知，主管機關已提案修正刪除化粧品衛生管理條例第二十四條第二項廣告之事前審查此一違憲規定，主管機關此舉應屬確當，並符合國際潮流（經查世界主要國家並無如我國之上開現行規定法例）。惟化粧品廣告之事前審查違憲，不等於相關廠商之廣告可以恣意誇大不實，除相關廠商本當自律之外，相關機關（非僅化粧品衛生管理條例主管機關而已）均應本事後管制暨其他相關職權，善盡作為目的事業或廣告或消費者保護之主管機關之地位，保護民眾之職能，併此敘明。

六、又現行規定中之因含有醫療或毒劇藥品之俗稱「含藥化粧品」，亦已經主管機關以避免混淆化粧品與藥品為由，擬修正刪除之（以「特定用途化粧品」代之）。主管機關此舉亦應為確當，蓋一則「含毒劇藥品」一語，可能使人聞之色變，但經本院向主管機關電話查詢結果，已確認並無經許可輸入或製造之含毒劇藥品之化粧品，該規定徒留危言聳聽之譏及不當引人錯誤而已。其次，化粧品衛生管理條例中查無關於毒劇藥品之定義，其係參考藥事法用語。藥事法第十二條規定，毒劇藥品係指列載於中華藥典毒劇藥表中之藥品或其他經中央衛生主管機關公告者，但經查中央衛生主管機關從未於中華藥典毒劇藥表外，另公告其他毒劇藥品。亦即，藥事法中沒有毒劇藥品之抽象定義，也沒有審定標準之規定。毒劇藥品用語應係參考日本國藥事法，該法中所稱之毒劇藥

品包括毒藥與劇藥，係指「透過內服或注射等方式被體內吸收時，容易產生副作用，因此具強烈有毒性、劇性的藥品」。依化粧品衛生管理條例第三條規定，化粧品係指「施於人體外部者」，對照前引日本國藥事法所稱毒劇藥品是指「透過內服或注射者」，化粧品與毒劇藥品實屬有別。

七、遲來的正義固然有其不是正義之面向，但總比正義不來為佳。就本件原因個案，要先對花費相當時日才作成解釋乙節致歉，但請了解：正因知道聲請人不是為區區三萬元而爭，聲請人及所有業者是因不能接受不合理之規定，才不惜延請律師之花費而為本件聲請。因此，我們在遭遇共識形成困難後，並未即放棄，而靜待時機成熟時，再接續處理，終有此成果。尚請諒解我們的心意，也深知努力是本份。大家共勉之。

八、新年新氣象，本號解釋為新年度作成之第一個解釋，大法官們以極高度之共識，同意為了方便讀者了解本件解釋相關原因事實，自本號解釋起，將於往後各個解釋之理由書第一段，增加關於該號解釋原因案件事實之簡要說明。這應也意謂著大法官就案件之處理更向憲法訴願制度前進一小步。

釋字第七四四號解釋協同意見書

蔡明誠大法官 提出

本件解釋認化粧品衛生管理條例第二十四條第二項及第三十條第一項規定涉及廣告之事前審查及限制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，自本解釋公布日起，立即失效，其用意可資贊同。惟有關事前審查及限制言論自由之比例原則，仍有值得加強說明之必要，茲提出本件解釋協同意見如下：

一、比較憲法觀察

本件解釋是否宜以事前審查禁止原則作為憲法保障基本權(特別是言論及出版自由)之限制之限制，因我國憲法未明定禁止事前審查(prior restraint; Vorzensur; 有稱事前限制或事先審查¹)，是否承認其為憲法上基本權干預之限制，值

¹ 另有所謂「事前抑制」，參照本院釋字第四五五號針對集會遊行許可與事前抑制。日本憲法有力說，認為事前審查(日文:檢閲; censorship)與事前抑制不同。檢閲之禁止，依日本憲法第二十一條第二項規定，由行政權主體行使之事前審查，絕對禁止，無例外情形。反觀抑制之禁止，依日本憲法第二十一條第一項規定，由公權力主體行使，可能屬於事前或事後抑制，上開抑制之禁止可能有例外情形，即在充分程序保障，仍有行政裁量之餘地。參照阪本昌成，憲法 2 基本權クラシック【第四版】，東京:有信堂，2011年9月29日四版1刷，頁177以下。

以上將事前抑制與檢閲概念二分之學說，係屬於狹義說，於一九七〇年代後半，佐藤幸治主張，原屬於少數說，近來支持者逐漸增多，成為有力學說。另廣義說係以公權力為主體，此公權力除行政權對表現內容之事前抑制外，包含司法權以禁制令之事前抑制。就對外發表之思想內容審查，認不適當者，禁止其發表。原

得探討。²

從比較憲法觀察，現行外國憲法明定事前審查禁止者，有如德國基本法第五條第一項第三段(不得為審查)、日本憲法第二十一條(集會、結社、言論、出版及其他一切表現自由保障)第二項前段(不得為審查)、奧地利關於國民之一般權利一八六七年十二月二十一日國家基本法第十三條第二項(不得以審查許可制度而限制出版物)、丹麥憲法第七十七條第二項後段、韓國憲法第二十一條第二項前段(不得對言論及出版許可之審查)、瑞典出版自由基本法第二條第一項(著作物於印刷前不得審查或禁止印刷)及表現自由基本法第三條第一項(對播送之紀錄發表前不許事前強制審查；或稱事前審查禁止)、西班牙憲法第二十條第二項(依事前審查限制表現自由保護之權利)、比利時憲法第二十五條(出版自由)第一項第二段(不得審查)、荷蘭憲法第五十五條第二項(對大眾

則上禁止事前審查，但在一定要件，例外得檢閱。於美國判例理論，採此廣義說，事前抑制(prior restraint)採廣義概念，其通常亦稱呼「檢閱」。因此法院事前禁制令，當然屬於檢閱之一種類型。另有芦部說，雖以公權力為主體，由公權力對表現行為進行事前審查，事後審查實質上與事前審查(發表前之審查)相同對表現自由有重大影響之情形，予以檢閱禁止之相對化。在一定要件，得為檢閱禁止之例外。(參照芦部信喜，憲法學 III 人權各論(1)[增補版]，東京:有斐閣，2002年4月20日增補版2刷，頁358-367。)

日本將事前規制，區分(行政)檢閱與事前抑制之見解，自有其特殊發展背景，值得比較研究。本文則以美國及德國之見解作為論述基礎，特先敘明。

² 我國文獻，有認為就言論自由而言，事先檢查制度可說是本質內容(Wesensgehalt)限制之一種。例如吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，臺北:作者發行，2015年9月增訂三版，頁201。

傳播之事前審查及許可制禁止)等³。由上述外國憲法觀之，其規定雖甚為精簡，但其保障言論、出版及其他一切表現自由之精神，值得參考。我國就事前審查禁止原則於憲法未設明文規定⁴，因此，在本院憲法解釋時，宜將之作為憲法原則，或參考外國立法例作為我國憲法之法理，而加以適用。

茲再就我國較常參考之美國及德國有關事前審查禁止之立法例，分別說明如後，以供比較：

1. 美國憲法觀察

在美國憲法方面，言論或其他形式表現(speech or other forms of expression)之事前審查(或稱事前限制、事先審查)(doctrine of prior restraint)，與傳播後之事後懲罰(subsequent punishment)不同。事前審查禁止原則，係依據美國憲法增修條文第一條中段規定，國會不得制定有關剝奪言論、出版(abridging the freedom, or of the press)自由之法律。⁵該原則雖於美國憲法未明定，但解釋上仍被解為該國憲法之一部分。事前限制可能源自於行政、司法及立法部門。在行政部門，係指出版或其他形式傳播時須事前經

³ 參照阿部照哉·畑博行，世界の憲法集[第四版]，東京：有信堂高文社，2009年6月29日四版1刷，頁131, 167, 199, 227, 281, 426, 457, 511。

⁴ 有認為「我國憲法第十一條雖未如德國基本法明文禁止對言論作事前審查，惟參諸美國最高法院的釋憲經驗，似亦應作相同地解釋。」參照李建良，藥物廣告的限制及其合憲性，台灣本土法學雜誌，28期，2001年11月，頁88。

⁵ 依增修條文第十四條規定將增修條文第一條適用於各州，參照 *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652(1925)。

主管機關之許可。在司法機關，係指法院禁制令(injunction)或類似司法程序。⁶任何形式之事前審查(或限制)，皆推定其為違憲。僅在少數極特殊之情形，在配合適當之程序保障下，如政府能舉證其選擇事前審查為維護重大之公共利益所不得不採取之必要手段，法院始允許政府對言論、出版或新聞之事前限制。⁷

茲參考美國實務見解，就與本件解釋相關言論自由規制之審查標準，分別表列如下：

言論規制之方式	有效性判斷	審查標準及強度
內容之規制 (Content-Based Regulation)	推定無效 (Presumed Invalid)	須採嚴格審查原則 (Strict Scrutiny test) 法律必須實現國家迫切之重大利益(a compelling state interest)
內容中立之規制 (Content-Neutral Regulation)		中度審查原則 (Intermediate Scrutiny test) 法律須與重要國家利益(an important state interest)有實質關聯

⁶ 參照 Thomas I. Emerson, The Doctrine of Prior Restraint, 20 Law & Contemp. Probs. 648, 649, 655-56(1955).

⁷ 參照林子儀，新聞自由與事前限制，載於翁秀琪、蔡明誠主編，大眾傳播法手冊，台北：國立政治大學新聞研究所，1992年8月初版，頁37-38, 48註22,23，此係參考美國最高法院判決 *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697, 716(1931), *New York Times Co. v. U.S.*, 403 U.S. 713(1971)。

<p>事前限制 (Prior restraint)</p>	<p>推定無效 政府負重大舉證責任，證明事前限制具有正當性</p>	<p>二種典型之事前限制： 法院禁制令 (injunction) 與 許可制度 (licensing system)</p>
<p>商業言論(包括廣告)</p>	<p>因另有較少限制商業言論之手段，以實現政府利益(目的)，是以不應簡單逕將法律歸於無效。</p>	<p>商業言論如係虛偽不實、引人錯誤 (misleading) 或不法行為 (unlawful activity)，不受美國憲法增修條文第一條保護並應予禁止 限制商業言論係為實現實質之政府利益 (a substantial government interest) 在手段(法律)與目的(政府利益)間不須完全相符(或稱吻合)(perfect fit)</p>

此外，美國聯邦最高法院並不認為事前限制就當然構成違憲者，例如戰時軍隊運作、猥褻出版品或煽惑他人從事暴力或以武力推翻合法政府者。惟上述三種例外類型，並不當然即構成合憲之事前審查要件，例如戰時涉及軍隊運作機密之言論事前限制，須該類訊息之公開會對國家或

人民帶來直接、立即及不可彌補之傷害⁸時才可以考慮對之作事前之限制。

本件解釋於理由書謂：按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。系爭規定之立法資料須足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為防免人民生命、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，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，始符合憲法比例原則及保障言論自由之意旨。

茲值得探究者，本件解釋涉及之化粧品廣告屬於商業言論之一種，其性質及歸類，與前述戰時、猥褻或煽惑性之言論並不相同，故其審查標準及強度，宜認有差異。惟本件解釋就例外情形之判斷標準，參考前述美國實務見解，將系爭商業言論比照前述戰時言論，就其對社會或人民所發生之危險(dangerous)程度，加入直接、立即及難以回復之損害等抽象要件，認為化粧品廣告之保護法益因遭受直接、立即及難以回復之危害，而例外得以事前審查，但此等要

⁸ 此所謂不可彌補之傷害，於我國智慧財產案件審理細則第三十七條第三項規定，參考美國實務見解，規定法院審理定暫時狀態處分之聲請時，就保全之必要性，應審酌聲請人將來勝訴可能性、聲請之准駁對於聲請人或相對人是否將造成無法彌補之損害，並應權衡雙方損害之程度，及對公眾利益之影響。上開規定稱為「無法彌補之損害」，可資參酌。

另使用「無法回復之損害」者，例如家庭暴力防治法施行細則第四條有關聲請緊急保護令時，應考量被害人有無遭受相對人虐待、威嚇、傷害或其他身體上、精神上或經濟上不法侵害之現時危險，或如不核發緊急保護令，將導致無法回復之損害等情形。上開規定中現時危險與無法回復之損害用語，亦可比較參考。

件是否適合作為例外之構成要件，不無疑義。⁹

2. 德國基本法觀察

德國基本法第五條第一項第三段規定不得進行審查(Zensur)，此所謂審查，係指事前審查，不包括事後審查(Nachzensur)。上開規定在於限制國家對於意見表達或出版前之事前審查或許可，故有稱事前審查禁止原則為許可保留之禁止(Verbot mit Erlaubnisvorbehalt)¹⁰。此外，因德國基本法第五條所保障者，至少包含七種基本權(Grundrechte)，亦即意見(表達)自由(Meinungs[äußerungs]-freiheit)、資訊自由(Informationsfreiheit)、出版自由、廣播電視自由、電影自由、藝術自由及學術自由等。就前述基本權，事前審查禁止原則適用於基本法第五條第一項第一段及第二段，但將資訊自由排除在外，因資訊自由對接受資訊者係屬於反射利益，故德國聯邦憲法法院判決認為就資訊自由不適用事前審查禁止原則。¹¹如採取上述見解，有關廣告之閱聽人或

⁹ 美國聯邦最高法院判決所創設明顯且立即危險審查原則，在政府規制言論前，並不總是須要有明顯且立即危險之發生。例如猥褻、不雅言論之廣播、出版委員間違反休曼法之共謀、促銷廣告等規定，雖未適用明顯且立即危險審查原則，仍可規制前述之言論表現。參照 *Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557, 597(1980)

¹⁰ 參照 Volker Epping, Grundrechte, 5.Aufl., Berlin, Heidelberg: Springer, 2012, Rn.258.

¹¹ 參照 BVerfGE 27, 88[102] -Der Demokrat. "Jedenfalls schützt das Zensurverbot der Natur der Sache nach nur Akte der Meinungsäußerung und möglicherweise auch der Meinungsverbreitung, mithin den Hersteller und unter Umständen auch den Verbreiter eines Geisteswerks. Sein Leser oder Bezieher wird dagegen durch eine Zensurmaßnahme nur in seiner

關係人(如消費者)不得主張資訊自由而適用事前審查禁止原則。本件解釋於理由書第四段中，將言論自由及消費者取得充分資訊機會，與特別重要之公共利益間，予以利益衡量，認須具備直接及絕對必要之關聯。惟此所謂消費者取得充分資訊機會如係資訊自由之一種，在事前審查方面，接受資訊者僅享有反射利益，是本件解釋是否與前述德國實務見解不同，擬將資訊自由亦適用於事前審查禁止原則，此值得再探討。

二、事前審查禁止原則宜作為我國憲法表現自由基本權之絕對干預限制

比較本院解釋，釋字第四一四號針對藥物廣告之事前審查，採取類似美國二階(或稱雙階)理論(the two level theory)，區分言論價值之高低程度，認非關公意形成、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。釋字第六二三號解釋延續釋字第四一四號、第五七七號及第六一七號解釋之見解，認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，惟憲

Informationsfreiheit betroffen, so daß er sich auf das für ihn nur als Reflex wirkende Zensurverbot nicht berufen kann.”(於任何情形，事前審查禁止依事物之本質，僅保護意見表達之行為，且可能情形亦保護意見散布，即智慧著作之創作者，亦可能是其散布者。反之，在其資訊自由內，因審查措施而涉及其閱讀者或關係人者，對他而言不能主張其僅屬於反射效力之審查禁止。)

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。由上可見，本院往昔解釋認商業言論非受到憲法絕對保障。惟面對數位化時代，傳播科技進步，言論表現形式比往昔更呈現不同面貌及方式，將言論從價值高低區分其審查標準之強度或密度，實難以符合現代社會法治國保障表現自由之要求，應有檢討之必要。

本件解釋系爭規定涉及化粧品廣告，解釋主文於用語上未特別強調是否區分含藥之化粧品與一般日常化粧品，依現行法規定，化粧品可分為含藥及一般化粧品兩大類（化粧品衛生管理條例第七條第一項、第二項及第十六條第一項、第二項參照）。其中，含藥化粧品之定位，亦屬重要，因含藥之化粧品往往涉及療效，究竟納入一般日常化粧品規制，抑或採取與藥物廣告相似規制方式，亦值得深究。另本件解釋，嚴格言之，尚未變更前述本院釋字第四一四號有關藥物廣告之商業言論非屬憲法絕對保障之自由權，得依法受到事前審查。¹²本件解釋則認就化粧品廣告所

¹² 參照吳庚、蘇俊雄、城仲模三位大法官於釋字第四一四號解釋之部分不同意見書中，就藥物廣告之事前審查制是否違憲，提出不同見解。另有孫森焱大法官提出部分不同意見書，亦值得比較參照。又有關商業言論事前審查之探討或批評，或另再就本院釋字第四一四號解釋加以評論者，參照黃銘傑，美國法上的言論自由與商業廣告-兼論司法院大法官會議釋字第四一四號解釋，臺大法學論叢，27卷2期，頁382-392；許志雄，廣告與表現自由，月旦法學教室，33期，1998年2月，頁10-11；劉靜怡，「言論自由」導論，月旦法學教室，26期，頁77-81；李建良，前揭文，頁75以下；謝國廉，美國商業廣告與言論自由權之研究，國立臺灣大學三民主義研究所碩士論文，1998年；翁曉玲，禁限菸品廣告規範之合憲

為之事前審查違憲，與釋字第四一四號解釋係以藥物廣告作為解釋對象，並認不違反事前審查禁止原則，兩者之立論基礎及結論俱不相同。另本號解釋所參照之釋字第五七七號係針對商品標示、第六二三號解釋係針對兒童及少年性交易防制條例(現已改名為兒童及少年性剝削防制條例)第二十九條中就「促使人為性交易之訊息」之規定，並非針對言論之事前審查作成之解釋，本件解釋與上開解釋之事實基礎，尚屬有間，宜予辨明。

如參考前述美國憲法及本院解釋之見解，本件系爭一般日常用品之化粧品廣告，如欲與藥物廣告或含藥化粧品廣告區分，則前者受言論自由保護價值，仍採商業言論之低價值及相對保障之見解。¹³如屬肯定，則是否能如美國前述見解，比照戰時涉及軍隊運作機密之言論事前限制，該化粧品廣告之傳播須對國家或人民引發直接、立即及難以回復(或稱不可彌補)之危害者，始得以事前審查，如此則不無商權之餘地。

如前所述，商業言論之限制，是否如戰時有關軍事機密之言論一般，認其係屬政府之迫切重大利益(compelling

性，東海大學法學研究，19期，頁57, 61-66；張永健，論藥品、健康食品、食品之廣告管制，法令月刊，56卷5期，2005年5月，頁31以下；李劍非，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，月旦裁判時報第47期，2016年5月，頁72-73。

¹³ 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。美國學者不乏有主張商業言論低價直說應予揚棄者。參照李劍非，前揭文，頁69。

interest)，而須採嚴格審查標準(strict scrutiny test)，實不無疑義。況且商業廣告之言論自由所保障之利益，係廣告廠商、製作單位及媒體之言論或出版自由，但與之相對者，因廣告而可能使用化粧品之消費者之身體健康，亦同屬憲法保障之基本權。兩者利益衡量，難謂廣告之商業言論自由，必然高於國民身體健康之保護程度。職是，商業言論自由所保護利益，解釋上屬於實質(或稱重要)政府利益(substantial government interest)，宜採取中度審查標準(imtermediate scrutiny test)。¹⁴就本件解釋涉及化粧品廣告，如欲提升其利益之特別重要程度，在廣告廠商、廣告製作公司及傳播媒體之商業言論所保障之利益，與國民身體健康間之兩者利益衡量後，其重要程度究係如何「特別」？其係等同於前述迫切之重大利益，或係與中度審查之重要利益相近，均值得推敲。設若認其特別性已達到嚴格審查之迫切之重大利益者，自應採嚴格審查標準進行審查，此時則非通常所採中度審查標準。

再者，雖將言論區分高低價值，便於分析比較及說理，且有些言論雖係單純事實表達，但不乏涉及個人主觀之價值判斷或具價值評斷之事實主張，設若強加區分言論之價值高低，可能導致在言論市場中不同憲法保護之程度，實有違憲法保護人民表現自由及平等權之精神，是所謂言論價值之二階理論，仍有檢討之餘地。此外，就對基本權干

¹⁴ 參照美國最高法院判決 *Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557, 566(1980)，有關商業廣告之規制，政府利益係屬實質的(有稱重要的)(substantial)利益，其審查標準屬於中度審查。

預限制之事前審查禁止原則，如解為屬前述德國基本權之「絕對限制之限制」，則不應有例外之情形。本院解釋在適用事前審查禁止原則時，就言論價值為高低區分，並在認為較低價值之商業言論中，將藥物廣告與化粧品廣告再予以區分，分別論斷其是否合憲或違憲部分之見解，有再檢討之必要。

此外，本件解釋主要立論基礎，係本於事前審查禁止原則，並採比例原則(或稱過度禁止《Übermaßverbot》原則)，如認已補充過去解釋對於化粧品廣告之商業言論自由得否事前審查禁止之見解，並表示事前審查禁止作為憲法原則，若係採此種見解，本件解釋將是進步之解釋。但仍未全面性承認事前審查禁止原則，並對於商業言論既與前述戰時言論不同，實無必要設下前述若干抽象性例外審查要件(例如直接、立即或難以回復之危害等)，因此等要件之要求，將可能增加未來實務上認定事前審查例外要件之爭議或困難。

三、限制言論自由之事前禁止與比例原則

從比較德國憲法觀察，其對言論自由之限制，係按德國基本法第五條第二項明定三種合憲之限制(Schrankentrias)，予以審查，亦即一般法律規定(in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze)、保護兒童少年法律規定及個人名譽權等三種限制方式。此等限制於個案情形，仍受到比例原則(或稱相互作用說或效力相互影響說; Wechselwirkungslehre¹⁵)、事前審查

¹⁵ 所謂相互作用說(Wechselwirkungslehre)，在聯邦憲法法院呂特案判決(BVerfGE 7, 198(209)-Lüth-Urteil)認一般法律對於基本權之效力

禁止等之限制(即所謂限制之限制，亦即對於基本權之限制是否合憲，以此作為審查原則)。此所謂事前審查禁止，非係另外創設獨立之基本權(ein eigenständiges Grundrecht)，而是附加的基本權之限制之限制(Schranken-Schranken)(或稱干預之限制; eine Eingriffsschranke)。

前述所謂事前審查禁止，解釋上非屬於前述德國基本法第五條第二項規定之限制，因此不先於該三種限制之審查，而於此三種限制之審查後，再適用事前審查禁止原則，故其屬於特別限制之限制(besondere "Schranken-Schranke")。¹⁶又「事前審查禁止」，德國聯邦憲法法院稱為「絕對干預限制」(absolute Eingriffsschranke)(或稱絕對限制之限制)，亦即沒有例外。¹⁷再者，該事前審查禁止原則，係針對國家，而不生第三人效力(keine Drittwirkung)。茲表列如下，以利比較：

限制非屬於單方面，而係相互影響。此說本質上非屬於法學上理論，而係針對意見表達自由之過度禁止之先前形式。將已受保護法益與將受保護之法益間進行利益衡量("Güterabwägung")。參照 Jörn Ipsen, Staatsrecht II Grundrechte, 18.Aufl., München: Vahlen, 2015, Rn.487f.

¹⁶ Grbenwarter in: Mauz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, München:Beck, 2015, §5 Rn.115.

¹⁷ 參照 BVerfGE 33, 52(53)-Zensur. 該判決認基本法第五條第一項第三段所稱審查，僅指事前審查。("Zensur" im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Satz 3 GG ist nur die Vorzensur.) 事前審查禁止係絕對干預限制，其無例外，亦不得依基本法第五條第二項之一般法律規定准許之。(Das Zensurverbot stellt eine absolute Eingriffsschranke dar, die keine Ausnahme, auch nicht durch allgemeine Gesetze nach Art. 5 Abs. 2 GG zulässt.)

另參照 Jörn Ipsen, a.a.O., Rn.492.

基本權	限制	限制之限制
言論自由	法律保留 保護兒童少年法律 規定 個人名譽權	比例原則(或效力 相互影響說) 事前審查禁止

由上述可見，事前審查禁止原則，係絕對限制之限制，而比例原則屬於一般性限制之限制。是事前審查禁止原則與比例原則係屬於兩種不同類型之基本權限制之限制，二者之違憲審查方式亦有不同。從比較憲法觀點，本件解釋文將兩者合寫一起，惟宜將兩者分開表示為妥，否則兩者予以混用，概念上易引起誤解。此亦屬於本件解釋後，展望未來，仍留給我們再進一步釐清之課題。

釋字第七四四號解釋協同意見書

許志雄大法官 提出

商業言論 (commercial speech) 是否受表現自由之保障，一向爭議不斷。民國八十五年司法院釋字第四一四號解釋承認，藥物廣告應受憲法第十一條保障，首度將商業言論納入表現自由範疇，頗受矚目。惟該號解釋同時表示，藥物廣告應受較嚴格之規範，藥事法對藥物廣告實施事前審查之規定，與憲法第十一條保障言論自由之意旨尚屬相符。其率爾允許「效果不彰又『惡名在外』之事先審查」(語見大法官吳庚、蘇俊雄及城仲模所提部分不同意見書)，實與表現自由之保障精神大相逕庭。時隔二十年，本號解釋不僅延續商業言論受表現自由保障之意旨，承認化粧品廣告屬言論自由範疇，更突破既有之樊籠，宣告化粧品衛生管理條例有關化粧品廣告事前審查之規定違憲，使表現自由之保障往前邁進一大步。茲為論究商業言論受保障之理由及程度，闡明本號解釋蘊含之意義，並檢討所涉事前抑制禁止理論之適用問題，爰提出協同意見書。

壹、商業言論受表現自由之保障

廣義之言論自由即表現自由，係發表或傳達思想、資訊之自由，屬於一種外在精神自由。其表現之內容不以意見為限，凡與個人之精神活動有關，無論思想、信念、知識、事實或感情，皆包含在內。惟商業廣告屬於商業言論，係以營利為目的，藉宣傳手法促銷商品(製品或服務)，而與經濟活動緊密相關，能否涵蓋於表現自由之保障中，受到比經濟自

由更高程度之保障，則向有爭議¹。本號解釋於解釋理由書第二段稱：「言論自由在於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。化粧品廣告係利用傳播方法，宣傳化粧品效能，以達招徠銷售為目的，具商業上意見表達之性質。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（本院釋字第五七七號、第六二三號解釋參照）」顯然承襲釋字第四一四號解釋意旨，承認商業言論受言論自由之保障，然二者之立場及態度，實有相當大之差距。

按釋字第四一四號解釋之解釋文表示：「藥物廣告係為獲得財產而從事之經濟活動，涉及財產權之保障，並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，應受較嚴格之規範。」解釋理由書指出：「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。」這是大法官於釋憲實務上承認商業言論受表現自由保障之濫觴，但觀其解釋內容及結果，似有口惠而實不至之嫌，詳如後述。此處

¹ 有些廣告係以宣傳政治、社會、文化或宗教之意見為目的，可統稱為「政治廣告」或「意見廣告」，應劃歸精神活動範疇，受表現自由之保障，殆無疑義。

僅先指出，釋字第四一四號解釋表明藥物廣告涉及財產權之保障，且認為藥物廣告應受較嚴格之規範，而類似說詞並未出現在本號有關化粧品廣告之解釋中，這種微妙差異反映出彼此對商業言論認知及評價之不同。同係商業廣告之事前審查，何以前者認定合憲，後者反之，於此已見端倪。

一、商業言論之兩面性

顧名思義，商業言論兼具商業與言論兩個面向。商業廣告若著眼於前者，則因其最終目的在於買賣，屬於商業行為之一環，如同買賣一樣，乃實踐之社會行為，須服膺社會統制，受某種規律。惟商業廣告係買賣前置階段之誘引行為，絕非買賣行為本身。商業廣告為賣方藉以傳達訊息、爭取顧客之手法，在這個意義上，只是一種抽象性、觀念性之行為。若著眼於此，則商業廣告具有表現行為之性質，應受表現自由之保障，不宜施以過多之社會統制²。由於商業言論包含兩個不同面向，學說理論不免游移其間，呈現分歧現象。

過去長久之間美國判例及學說皆重視商業面向，而將商業廣告納入經濟自由範疇。一九四二年聯邦最高法院於 *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52 判決表明，純粹之商業性廣告不受表現自由之保障，而商業性與非商業性之區別，則視該廣告之主要目的 (primary purpose) 是否基於從商品買賣獲取利潤之意圖 (motive) 而定。此判例將商業言論排除於憲法增修條文第一條保護之外，影響三十多年，直到一九七〇年代美國聯邦最高法院修正傳統看法，承認商業廣告亦屬表現自由之一種形態，情況始告改觀。特別是一九七六年 *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumers*

² 奧平康弘著，ジャーナリズムと法，新世社，1998年初版第2刷，頁309、310。

Council, 425 U. S. 748 判決宣告禁止處方藥價格廣告之法律違憲，重新建立商業言論之法理，堪稱劃時代之判例。

二、保障之理由

探究表現自由應否包含商業言論之前，宜先解明表現自由之機能與價值。因為唯有認清表現自由之機能與價值，方能確切把握表現自由保障之範圍、程度及界限。依據 Thomas I. Emerson 之見解，表現自由在現代民主社會中，具有促進個人之自我充實（self-fulfillment）、真理之獲致、政策決定之參與、以及安定與變化之均衡等重要機能³。本席認為，這四項機能可化約為個人之「自我統治」（self-government）及「自我實現」（self-realization）兩大價值。換言之，表現自由是民主過程中不可或缺之基本權利，透過表現自由之行使，人民可以參與政策決定，促進國民主權之實現，故稱之為「民主政治之生命線」，亦不為過。而且，當表現自由獲得充分保障時，個人可以展現自我之思想、認知及感情，亦可從外界吸取大量資訊，形成自己之意見與信念，並表達於外。這對個人之自律、人格之健全發展或公民參與而言，都極其重要。由此可見，「自我統治」與「自我實現」具備高度之關聯性。表現自由正因為有助於個人之「自我統治」與「自我實現」，所以享有優越地位，應受高度保障。

如果採取「政治性言論理論」（political speech doctrine），僅強調表現自由之「自我統治」價值，則商業言論原則上將排除於表現自由保障範圍之外，以經濟自由問題處理之。但是，商業言論與非商業言論之區分，往往難臻明確。更且如上所述，表現自由之「自我實現」價值亦極重要，並且與「自

³ 許志雄著，憲法之基礎理論，稻禾，1993年初版2刷，頁236以下；Thomas I. Emerson, The System of Freedom of Expression (1970), at 6-7.

我統治」價值密不可分。因此，表現自由之範圍應予擴大，不以政治性言論為限，凡有助於個人之「自我實現」者，皆宜包含在內。商業廣告固然以營利為目的，卻非單純之經濟行為，其帶有個人「自我實現」之作用，予以納入表現自由之保障範圍，應屬允當。早期通說認為表現自由不含商業廣告，今日已然改易，揆諸上開理由，其來有自⁴。

論者或認為，商業言論為企業之言論，受制於競爭市場之構造，以營利為目的，追求利益之最大化。商業言論並非源於個人之選擇與決定，實質上無「個人之自律與尊嚴」介入餘地，故應不受表現自由之保障。此一見解包含部分真理⁵，卻不免流於極端。在講求創意之時代，個人仍然擁有相當寬廣之空間，可以透過商業廣告等商業言論追求「自我實現」，因此商業言論之價值不容低估。

抑有進者，現代社會中表現自由之內涵擴充，性格轉變，除發表者之自由(說寫之自由)外，更強調接收者之自由(聽、讀、看之自由)，重視「知的權利」(right to know)。在此一前提下，對商業廣告之禁止或限制，不僅可能侵害業者之表現自由，同時有對消費者表現自由(知的權利)構成侵害之虞。美國聯邦最高法院於前揭 Virginia Pharmacy Board 判決中首度表明，即使純粹之商業言論，亦受憲法增修條文第一條規定之保護。因為商業資訊自由流通所帶來之利益，對接收者(消費者)而言，其程度十分強烈，與當前最緊急之政治論爭不相上下。又在自由企業經濟下，資源之分配係透過眾多私的經濟決定而為之，故為能作成明智決定，個人能

⁴ 許志雄著，廣告與表現自由，月旦法學雜誌第 33 期，1998 年 2 月，頁 10。

⁵ 蟻川恒正著，會社の言論，收於長谷部恭男・中島徹編「憲法の理論を求めて—奧平憲法學の繼承と展開」，日本評論社，2009 年，141、142。

獲得充分資訊，以促進公共利益計，商業資訊之自由流通乃不可欠缺者。此等資訊之自由流通，有助於提高表現自由之「自我實現」及「自我統治」價值。由此可見，該判決宣告法令違憲，主要係從資訊接收者（消費者）之角度立論，重點在於知的權利問題⁶。

本號解釋理由書稱：「言論自由在於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。化粧品廣告係利用傳播方法，宣傳化粧品效能，以達招徠銷售為目的，具商業上意見表達之性質。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……」其所以將化粧品廣告納入表現自由範疇之理由，顯然亦著眼於消費者之「自我實現」及知的權利上。

三、保障之程度

雖然商業廣告納入表現自由之一環，但應受何種程度之保障，學說見解相當分歧。通說認其受保障之程度較低，與政治性言論有別。因為，商業廣告一方面與民主過程沒有直接關聯，「自我統治」價值較薄弱，另一方面即使對個人之人格發展不無影響，但「自我實現」之價值仍相對淡薄。除此之外，商業廣告可能對人民之健康及日常生活造成重大影響，且其內容之真實性常有客觀標準可資判斷，與政治性言論大不相同，由公權力加以管制時，較不至於產生「萎縮效果」或「寒蟬效應」（chilling effect），所以違憲審查基準比政治性言論寬鬆，原則上似以中度審查基準為宜⁷。惟商業言

⁶ 蘆部信喜著，憲法學Ⅲ，有斐閣，1998年，頁316。

⁷ 關於商業性言論內容規制之合憲性判斷，美國聯邦最高法院於一九八〇年之 Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York, 447 U. S. 557 判決，採取四階段審查基準：一、商業性言論須與合法活動相關，且不會使人誤解；二、對其管制具有實質

論之種類與形態極其多樣，且隨時代而變化，內容之創意性或多或少，難有一定之特質⁸，未必適合同一審查基準。而且，判斷商業廣告管制規定之合憲性時，應依其管制之對象為廣告內容，抑或廣告之時間、場所或方法，而異其審查基準⁹。基本上，對虛偽、誇大、不實之廣告所為限制，通常不會構成違憲。惟如係廣告內容之全面禁止或事前限制，則涉及言論之直接箝制，另當別論。

釋字第四一四號解釋承認藥物廣告之商業言論受言論自由保障，同時表示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，且藥物廣告與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，應受較嚴格之規範。該號解釋表面上將商業言論納入表現自由範疇，實際上卻完全漠視商業言論之價值，一味強調藥物廣告應受較嚴格之規範，而對於應採何種審查基準未置一詞。尤其，該號解釋僅因藥事法有關藥物廣告應於刊播前申請主管機關核准規定，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」，即認定合憲，而對於事前審查制問題之嚴重性，一無所覺或毫不在意。據此，謂其關於商業言論受言論自由保障之說詞徒託空言，並非出於對表現自由真諦之深刻體認，亦不為過。反之，本號解釋正視商業言論之價值，對於商業廣告之事前審查，採取原則上禁止之立場。兩相對照，本號解釋明顯重視表現自由之保障，不因商業言

利益；三、管制可直接促進該利益之實現；四、為達成該利益，其管制未超過必要之程度。Central Hudson 屬於「比較緩和之中度審查基準」，有參考價值。參照市川正人著，表現の自由の法理，日本評論社，2003年，頁101、102。釋字第五七七號理由書所稱：「國家為保障消費者獲得真實而完整之資訊、避免商品標示內容造成誤導作用、或為增進其他重大公益目的，自得立法採取與目的達成有實質關聯之手段，明定業者應提供與商品有關聯性之重要商品資訊」，亦採中度審查基準。

⁸ 大林文敏著，廣告規制と第1條修正，收於憲法訴訟研究會・蘆部信喜編「アメリカ憲法判例」，有斐閣，1998年，頁53。

⁹ 許志雄著，同註4，頁11。

論而遽行退卻，充分展現自由民主社會之特質，彌足珍貴。

貳、事前抑制禁止理論之適用

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。」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；情節重大或再次違反者，並得由原發證照機關廢止其有關營業或設廠之許可證照。」本號解釋理由書認定「係就化粧品廣告採取事前審查制，已涉及對化粧品廠商言論自由及人民取得充分資訊機會之限制。」並謂：「事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲。」其顯然受到美日等國判例學說影響，採取事前抑制（prior restraint）禁止理論¹⁰，認為事前審查原則上應予禁止，僅極端例外，符合嚴格要件下，亦即「立法資料須足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為防免人民生命、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，其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯，且賦予人民立即司法救濟之機會」，始得為之。

一、原則上禁止事前審查

事前抑制禁止理論盛行於立憲民主國家，為十分重要之違憲審查基準，對表現自由之保障而言，具有舉足輕重之地位。眾所周知，英國人民經由抗爭，將十六世紀前葉至十七世紀末約一百五十年間教會與政府實施之出版物事前許可制廢止，表現自由乃告確立。因此，J. Milton 指出，表現自

¹⁰ 本節有關事前抑制禁止理論之論述，主要參照許志雄著，人權論—現代與近代的交會，元照，2016年，頁265以下。

由之本質與意義，在反抗事前抑制之鬥爭中，最能顯現。著名學者 W. Blackstone 一針見血道出，出版自由之本質，即「對出版物不為事前之抑制也」。日本憲法第二十一條第二項及德國基本法第五條第一項皆明文禁止事前審查；美國聯邦憲法雖未明定，但判例學說透過憲法增修條文第一條關於表現自由保障規定之解釋，莫不同樣認為事前抑制為憲法所不許。我國憲法第十一條對表現自由之保障，解釋上允宜採取同一立場。

事前抑制禁止理論乃極嚴格之違憲審查基準，所以採之，理由在於事前抑制對表現自由之侵害程度，遠逾於事後之民事或刑事制裁，蓋後者若有「寒蟬效應」，則前者即有「凍結」（freeze）效果。以下臚列數點，說明這種侵害之特質：

1. 不論表現之內容是否屬於憲法保障範圍內，亦即不論表現之內容是否可於事後加以規制，一旦允許事前抑制，則審查之範圍必然大過於事後處罰之範圍，使得原本合憲之表現亦受不當干擾。

2. 表現之內容，可能因為公權力判斷之結果，受到抑制，以致無法到達表現「市場」，而完全喪失接受民眾判斷之機會。

3. 一般事前抑制，行政機關擁有廣泛裁量權，循簡易程序為之，容易濫用權力，侵害表現自由。

然而，何謂事前抑制？何種事前抑制禁止為之？關於此等問題，學說見解相當分歧。本席認為，基於表現自由保障之歷史意義與教訓，行政機關對表現內容之事前審查，應絕對禁止之（獨立之行政委員會具有準立法權及準司法權，另當別論。釋字第四一四號解釋吳庚等大法官之部分不同意見書參照）。至於法院，須在嚴格且明確之要件下，循正當法律

程序，始例外允許為事前審查。所謂「事前」之認定時點，一般以「發表」為準，但如前所述，今日表現自由之內涵已擴充至「知的權利」，執此觀點，民眾能夠「受領」資訊前，毋寧皆應認定為「事前」。而且，形式上雖似事後制裁，但制裁方式係禁止販賣或其他嚴苛之處罰，實質上已將一定之思想或書籍阻絕於自由市場外，此時應認定構成事前抑制，劃歸禁止之列。

司法院釋字第445號解釋曾指出：「集會遊行法第十一條第一款規定違反本法第四條規定者，為不予許可之要件，乃對『主張共產主義或分裂國土』之言論，使主管機關於許可集會、遊行以前，得就人民政治上之言論而為審查，與憲法保障表現自由之意旨有違」。釋字第644號解釋延續前號解釋之精神及內涵，亦明確指出，依人民團體法第二條及第五十三條前段規定，主管機關於許可設立人民團體以前，得就人民「主張共產主義，或主張分裂國土」的政治上言論之內容而為審查，並作為不予許可設立人民團體之理由，顯已逾越必要程度，與憲法保障人民結社自由與言論自由之意旨不符。上開兩號解釋禁止主管機關於許可集會遊行或設立人民團體前，對人民政治上之言論加以審查，應係秉持事前抑制禁止理論之要求，有值得肯定之處。惟集遊法及人團法採取之許可制，乃最典型之事前抑制，該等解釋卻未依據事前抑制理論嚴加審查，難免有避重就輕、虎頭蛇尾之嫌。

按事前抑制禁止理論保障之表現內容，不以政治性言論為限，商業言論亦應包含在內。本號解釋針對商業廣告事前審查制所採取之見解，足以彰顯此一立場。其認為事前審查原則上應予禁止，例外始得為之，基本上符合事前抑制禁止理論之精神。然而，本案所涉化粧品衛生管理條例規定之事

前審查制，係由行政機關對表現內容進行事前審查，本應絕對禁止，而本號解釋未予明示，實為美中不足之處。對於例外允許事前抑制之要件，本號解釋之釋示亦未臻周延，有檢討之必要。

二、極端例外始允許事前抑制

如前所述，表現行為之事前抑制可能產生嚴重弊端，原則上應予禁止。只要是公權力採取某種方法對表現行為事前加以規制，而達到抑制效果者，縱使不是行政機關對表現內容之事前審查，亦應認係事前抑制，不可輕易允許之。僅於極例外之場合，始可進行事前抑制。凡屬事前抑制者，皆受違憲性之「重大推定」(heavy presumption)，主張規制之一方，必須負責證明其正當性，亦即有充分之「立法事實」¹¹足以支撐立法目的之合理性、立法之必要性及規制手段之合理性。

論者或認為，我國違憲審查採取抽象審查制，異於美日等國之具體附隨審查制，並無嚴格意義之對造，且甚少舉行言詞辯論，何來舉證責任問題？誠然，基於違憲審查制度之不同，美國法院運用之立法事實檢證原則及方法，於我國大法官之案件審理上未盡合適。惟須釐清的是，此處所謂舉證責任，並非訴訟法上固有意義之舉證責任。因違憲審查具強烈公益性格，故立法事實之檢證應適用職權調查主義。當法律受合憲性推定時，違憲審查機關可能高度尊重立法部門，不會對立法事實深入細究，此時主張法律違憲之當事人（聲請人）為讓違憲審查機關形成違憲之確信，勢必努力提出證據，彷彿負有舉證責任一般。反之，法律受違憲推定，尤其「重大推定」時，違憲審查機關對立法部門抱持不信任態度，

¹¹ 關於「立法事實」之意義、內容及檢證方法，詳參許志雄著，同註 10，頁 408-420。

除非屬於公知之事實，或經由立法資料、學者專家之鑑定等途徑，違憲審查機關已就立法事實形成司法確知，足以認定法律合憲，否則必將宣告法律違憲。此種情形，如同主張法律合憲之機關負有舉證責任一般。

在違憲審查上，立法事實扮演關鍵性之角色，惟因國內有關討論尚少，一般認識不足，致生上開質疑。本號解釋顧慮此一問題，乃刻意規避「立法事實」、違憲性之「重大推定」及「舉證責任」等用語，卻因而未能借此機會闡明立法事實之意義、重要性及檢證方法，殊為可惜。

參照美日判例學說，事前抑制須經得起必要最小限度之規制、規制規定之明確性及程序保障等三個要件之檢驗，方屬合憲。這三個要件在事後規制場合基本上亦有其妥當性，惟在事前抑制場合格外須要嚴格適用。茲分述如下：

一、必要最小限度之規制：規制目的之實質正當性、手段之合理性及目的與手段之關聯性皆受嚴格審查。採取事前抑制時，必須證明表現所生之惡害異常明白(unusual clarity)，而事前抑制所生之損失止於最小限度，或者證明事前抑制所阻止之損害具有不可回復性(irreparable)。本號解釋要求，相關機關須能證明其對言論之事前審查，係為「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，其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯」，大體與必要最小限度之規制要件相當。

二、規制規定之明確性：限制憲法上的權利之規範必須明確，否則違反明確性原則，應屬無效。惟對明確性程度之要求，依各權利之特質及法律領域而有差異。民法允許一般條款（如民法第七十二條公序良俗條款）之存在，對明確性

之要求極低。行政法亦常有概括條款之規定，對明確性之要求未必很高。而限制表現自由之法律，會產生「寒蟬效應」，故要求高度明確性¹²。尤其事前抑制之場合，法律若不明確，不僅產生「寒蟬效應」，且易導致國家濫用權力，而人民卻無感之現象。因此，對明確性之要求，事前抑制之場合更逾於事後規制，可謂採取嚴格化之明確性基準。化粧品衛生管理條例採取化粧品廣告事前審查制，卻對審查之具體項目、內容及准駁標準完全未予規定，顯然不符明確性原則。本號解釋未提及規制規定之明確性要求，就事前抑制禁止理論之適用而言，難免有欠周全。

三、程序保障：事前抑制之場合，強烈要求正當程序之保障。本號解釋所稱，應賦予人民獲立即司法救濟之機會，屬最起碼之要求。

最後，補充一言。我國受德國判例學說影響，通說主張比例原則為憲法基本原則，而且大法官進行違憲審查時，經常援引比例原則，本號解釋亦不例外。不過，比例原則畢竟只是憲法諸多原則之一，非可用以解決一切憲法問題。尤須注意的是，適用比例原則時，難免涉及價值衡量，而在人權價值與其他（公益）價值比較時，前者容易遭到低估，致人權無形中受弱化或矮化，故比例原則之適用有其界限。在表現自由方面，這種疑慮特別顯著。美日判例學說所重視之事前抑制禁止理論及明確性原則，屬於字面判斷之方法，原則上僅就法律之字面上（on its face）加以審查，可避免價值判斷蘊藏之問題，於進行有關表現自由之違憲審查時，自應優先適用。本號解釋稱，系爭規定「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

¹² 小山剛著，「憲法上の權利」の作法，尚學社，2009年初版第2刷，頁53-58。

符憲法第二十三條之比例原則」；其一味強調比例原則，忽視明確性原則之適用，實有商榷餘地。

釋字第七四四號解釋協同意見書

黃瑞明大法官 提出

本號解釋認為就化粧品廣告所為之事前審查違憲；本院釋字第四一四號解釋認為就藥物廣告所為之事前審查並不抵觸憲法，二者均是對商業廣告之事前審查是否合憲表示意見，但結論並不同。本號解釋並未表示補充或變更釋字第四一四號解釋，但二者審查對象均涉及言論自由與人民健康權之關係，故其論述內容之比較有值得探究之處，爰表示補充意見以供參考。

一、不實廣告是傷害消費者之經濟法益或健康法益？

本號解釋與釋字第四一四號解釋有所不同者，在於本號解釋指出廣告與商品間尚有差距，亦即「廣告之功能在誘引消費者購買化粧品，尚未對人民生命、身體、健康發生直接、立即之威脅」（解釋理由書第四段）。換言之，消費者若受不當廣告之誘引或誤導而誤買濫用化粧品，應僅直接傷害消費者之經濟利益，尚非生命、身體、健康之法益。釋字第四一四號解釋並未就廣告與商品可能侵害之法益加以區隔，其解釋文及理由書之立場均直接指陳「藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大關係，自應受較嚴格之規範」，將廣告已定位為直接對國民之健康發生重大關連。二者加以比較，本

號解釋對廣告之定位與釋字四一四號解釋有所不同，反而更接近該號解釋不同意見書之見解，即「廣告縱有誇大其辭，購買者除花費金錢之外，照其仿單使用，有何『明顯而立即之危險』可言？」（本院釋字第四一四號解釋吳庚、蘇俊雄、城仲模大法官部分不同意見書），亦即認為不實廣告誘引消費者購買，僅傷害其金錢利益，而沒有「明顯而立即之危險」。本號解釋就此立場實與釋字第四一四號解釋不同意見書之見解接近，但本號解釋是否已達變更或補充釋字第四一四號解釋之程度？似又不然。

二、誤用化粧品與藥物對人體健康可能造成之損害程度是否有別？

本號解釋未明文變更或補充釋字第四一四號解釋，主要應是認為化粧品與藥物之誤用，對人體健康之可能損害有所差別，此由本號解釋理由書之字裡行間可窺知。本號解釋理由指出「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；其範圍及種類，由中央衛生主管機關公告之（系爭條例第三條參照），非供口服或食用」（解釋理由書第四段）似乎是指指出化粧品與藥品最大之不同在於藥品除供人體外部使用之外，尚有供口服或食用者，因此若有誤用或濫用情事，對於人體機能之傷害可能較大；而化粧品施用於外部，可能造成之損害較小。若有誤用或濫用化粧品，修飾容貌不成反而造成容貌受損之情事亦非難以想

像，只是就發生之可能性、造成損害之回復可能性而言，化粧品恐不若藥物嚴重，這是本號解釋未明白指出但卻隱含之意旨。至於不當藥物可能對消費者造成之損害，有大法官提出：「藥物廣告既以促銷為目的，動輒流於誇大虛偽之言詞，誘致消費者信以為真，若罹病者未經醫師詳細診斷，即自行購買服用，或將延誤適時接受正當治療之良機；倘有濫用情事，甚至傷及身體器官，悔之莫及。」(本院釋字第四一四號解釋孫森焱大法官部分不同意見書)，似乎是為藥品與化粧品之差別作一註腳。誤用藥物「可能延誤治療」以及「傷及器官」可能是本號解釋尚未正式變更釋字第四一四號解釋的主要原因。事實上「延誤治療」或「傷及器官」究竟只是一般人對藥物的心理恐懼感；或有醫學統計上實證可為依據，尚未明確。若為前者，則依本號解釋對廣告之定位，則釋字第四一四號解釋之意見應有重新檢討之必要。

三、由政府治理之效能觀點加以觀察，沒有必要維持藥品或化粧品廣告之事前審查：

是否應對藥品或化粧品之廣告進行事前審查，尚可由政府治理之角度加以觀察。

- (一) 在我國民主化的過程中，許多民主前輩為了爭取言論自由作出了奉獻與犧牲。在這過程中，一直有人擔心百分之百的言論自由是否可能危害國家安全及社會穩

定，但事實證明保障人民有充分知的權利，因此提升國民之判斷力與自治、自律之能力，不僅不會危害社會與國家安全，反而是國家長治久安的基礎，這個原則適用於政治言論。商業言論與政治言論不同者在於其係以推銷商品為目的，且其內容之真實性較有客觀標準可資判斷，但對其加以事先審查，可能限制人民之創意與表現自由，因此採事後審查之方式，即足以保障人民權益，且符憲法上之比例原則。

(二) 學者研究指出：「有鑑於現行化粧品廣告事前審查制度，廠商送審之核准率高達百分之八十以上，但實務上，違規廣告卻日益增加，經查多係未經申請核准，顯然現行制度僅約束守法廠商，尚難有效遏阻違規廣告¹」。因此事前審查只是增加合法廠商之作業困擾，但對不法廠商卻無法遏止。行政院於中華民國 105 年 9 月 8 日通過之化粧品衛生管理條例草案，即主張廢除化粧品廣告事前審查制度，理由相同，並進一步指出「為使人力資源有效運用，將原有審查廣告之人力，改投入於加強化粧品廣告之事後監控與取締」²。

(三) 廣告之方式多樣化、層出不窮，促銷活動多樣化，難以逐一事前審查，宜由公平競爭與消費者保護機制處

¹參見吳千好著，以風險控制觀點論我國化粧品管制規範，國立東華大學財經法律研究所碩士論文，2011 年 7 月，頁 94。

²參見 105 年 9 月 8 日通過之化粧品衛生管理條例修正草案條文對照表，第 10 條說明。該草案於本號解釋作出時，尚未經立法通過。

理。比較有效率的政府治理方式應是對於不法廠商加以事後嚴懲，目前公平交易法第二十一條及消費者保護法第二十二條以下均有對不實廣告之懲罰規定，目前規範對象已及於媒體經營者，較為完整嚴謹，因此沒有必要再用事前審查機制重複規制，以節省政府資源。

(四) 值得注意的是，現在網路時代，透過網路傳播訊息既快速且無遠弗屆，已難以事前審查。但網路上充斥各種惡意造謠之假訊息，對消費者之權益造成可能傷害，較嚴重者恐影響社會安定與國家安全，我國應對此研議防範與管制政策。在美國及歐洲重視言論自由之國家，為了防範外國介入選舉以及防止仇恨言論等理由，均已開始研究遏止假新聞之法律及專責機構，值得我國參考³。

³ 參見 2017 年 1 月 3 日自由時報 A3 版焦點新聞：「美、德立法，遏止假新聞」。
<http://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/1067878> (最後瀏覽時間：2017 年 1 月 6 日)

釋字第七四四號解釋協同意見書

詹森林大法官提出

本席對本解釋結論敬表同意，惟尚有若干看法，爰提出本意見書說明如後。

壹、化粧品衛生管理條例第 24 條第 1、2 項之立法目的

- 一、化粧品衛生管理條例第 24 條第 1 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。」同條第 2 項則規定：「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。」
- 二、本條第 1 項所禁止之化粧品廣告，分為兩類：一為猥褻或有傷風化之廣告，一為虛偽誇大之廣告。前者之立法目的在於維護善良風俗，後者之立法目的則偏重於保障消費者之生命、身體、健康及財產。
- 三、至於本條第 2 項強制廠商於登載或宣播其化粧品之廣告時，應事前將所有文字、畫面或言詞，申請中央或直轄市衛生主管機關核准，亦即所謂之「事前限制」(prior restraint)，其立法目的當然在於貫徹同條第 1 項規定之意旨。

貳、化粧品廣告之管制與消費者權益之保護

- 一、前述化粧品衛生管理條例第 24 條第 1、2 項規定之立法目的，其中藉由「事前限制」之管制，以保障消費者生命、身體、健康及財產部分，與消費者保護法（下

稱消保法)第4條:「企業經營者對於其提供之商品或服務,應重視消費者之健康與安全,並向消費者說明商品或服務之使用方法,維護交易之公平,提供消費者充分與正確之資訊,…」及第5條:「政府、企業經營者…均應致力充實消費資訊,提供消費者運用,俾能採取正確合理之消費行為,以維護其安全與權益。」可資呼應。

二、消保法第4條及第5條所稱之「消費資訊」,當然包含企業經營者為推銷其商品或服務所為之廣告。該法第22條尚且規定:「企業經營者應確保廣告內容之真實,其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容。企業經營者之商品或服務廣告內容,於契約成立後,應確實履行。」

三、據上所述,管制化粧品廣告,具有提供消費者充分且正確消費資訊之功能,以達維護消費者生命、身體、健康及財產之目的。本解釋理由書第二段指出:「化粧品廣告係利用傳播方法,宣傳化粧品效能,…,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,…」,亦持相同觀點。

四、然而,管制化粧品廣告,亦同時涉及化粧品廠商權益之限制,因此產生之問題為:化粧品廣告及其他商業廣告之性質為何?對於管制化粧品廣告之法律,應以何種標準審查其合憲性?

參、化粧品廣告之性質

一、本解釋理由書第二段稱:「化粧品廣告係利用傳播方法,宣傳化粧品效能,以達招徠銷售為目的,具商業

上意見表達之性質。商業言論…，應受憲法第十一條言論自由之保障…。」準此，本解釋認為化粧品廣告性質上屬於商業言論，且應受憲法言論自由之保障。在此範圍內，本解釋顯然參照本院釋字第414號解釋理由書所稱：「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，…，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，…包括…商業言論等」。

二、惟應注意者，就本院釋字第414號解釋，孫森焱大法官於其部分不同意見書中指出：「商業性言論之意義尚欠明確」、「商業性言論所以應受保障，實係商人為促銷商品之目的，提供消費者正確而充分的資訊，使其能獲得最大利益；之所以應加限制，則係保護消費者大眾，使其不致受誇大、虛偽廣告之蠱惑。藥物廣告與國民健康之維護關係更加密切，此與言論自由係以保障個人自由表達意見而不受政府干涉為目的，實屬南轅北轍，不能相提並論。」、「實則探究商業性言論之類型，原有多種，為特定商品之販賣，以營利為目的者，最為習見」、「自藥物廣告之本質言，與其重視廣告人之自我表現，毋寧著重於其促銷藥物，以營利為目的之特性，以保護消費者權益為中心意旨，殊難與言論自由等同視之。」

三、本席以為，孫森焱大法官前開論述，契合現實，在本解釋所牽涉之化粧品廣告，亦甚堪參酌。

肆、就事前限制商業言論之法律，本解釋提出不同於本院釋字第414號解釋之違憲審查標準

- 一、本解釋為保障商業言論，就對化粧品廣告進行「事前限制」之化粧品衛生管理條例第 24 條第 2 項規定，宣告為違憲，且進而在此範圍內，同時宣告同條例第 30 條第 1 項規定亦為違憲。就此，本解釋應與本院釋字第 414 號解釋相互比照，以辨其異同。
- 二、本院釋字第 414 號解釋與本解釋，在論證上存在相異之處。其一，本院釋字第 414 號解釋及本解釋雖均涉及商業言論之事前管制（商業廣告之事前審查），惟本院釋字第 414 號解釋係處理藥物廣告，與本解釋處理化粧品廣告有所不同。其二，本院釋字第 414 號解釋對於藥物廣告事前審查之規定，宣告為合憲，而本解釋對於化粧品廣告事前審查及其處罰之規定，則宣告為違憲。
- 三、基於上述兩項差異，關於本解釋，首應強調者為：本院釋字第 414 號解釋並不認為「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」。申言之，就與生命、身體、健康關聯性而言，藥物廣告當然遠強於化粧品廣告，但就藥物廣告，本院釋字第 414 號解釋於理由書中指出：「因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，應受較嚴格之規範」，故「藥事法第六十六條規定…旨在確保藥物廣告之真實，維護國民健康，其規定藥商刊播藥物廣告前應申請衛生主管機關核准，係為專一事權，使其就藥物之功能、廣告之內容、及對市場之影響等情事，依一定程序為專業客觀之審查，為增進公共利益所必要，與憲法第十一條保障人民言論自由及第十五條保障人民生存

權、工作權及財產權之意旨尚屬相符。」然而，就與生命、身體、健康關聯性較低之化粧品廣告，本解釋卻設立更嚴格審查標準而強調，化粧品廣告之事前審查，須係出於「為防免人民生命、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」，且該事前審查與目的之達成間須具備「直接及絕對必要關聯」，方符合比例原則。本解釋並認為，化粧品衛生管理條例第 24 條第 2 項及第 30 條第 1 項規定未能通過上述嚴格審查標準之檢驗，故應宣告其違憲。

四、準此，就管制商業言論之法律，本解釋顯然提出與本院釋字第 414 解釋不同之違憲審查標準。

伍、就事前限制言論自由之法律，本解釋提出不同於本院釋字第 445 號及第 718 號解釋之違憲審查標準

- 一、本院對於言論自由事前審查之法律，作出完整違憲審查論證之解釋，應屬釋字第 445 號及第 718 號解釋，惟該兩號解釋乃涉及集會、遊行之表現自由，與本解釋所相關之商業言論，有所不同，但此三號解釋，皆屬對於事前限制言論自由之法律，所為之違憲審查。
- 二、本解釋指稱「…事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲。」但本院釋字第 445 號及第 718 號解釋則採取雙軌理論(two-track theory)。詳言之，本院釋字第 445 號及第 718 號解釋認為，關於集會自由之事前審查，如係屬於以「內容為基礎」之限制規定者(content-based regulation)，固應推定其為違憲，但如其限制規定與集會遊行之內容無涉，而係以

集會遊行之「時間、地點及方式」(content-neutral regulation, or time, place and manner restrictions)為基礎者，則該限制規定屬於立法自由裁量空間，應推定其為合憲。上開雙軌理論，一方面貫徹憲法保障言論自由之本旨，另一方面亦符合權力分立原則(本院釋字第 718 號解釋湯德宗大法官協同意見書參照)。

三、惟依照本解釋之意旨，則所有事前審查言論自由之管制法規，皆屬對言論自由之重大干預，原則上應為違憲，故除非通過嚴格審查標準之檢驗，否則該事前審查之管制規定即應喪失規範效力。倘若如此，則言論自由之事前審查規定，應一律接受嚴格審查標準之檢驗，而不問該規定所涉及之言論自由之態樣、限制方式等因素。

四、準此，本解釋設立與本院釋字第 445 號及第 718 號解釋不同之違憲審查標準，但其理由僅泛稱「事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲。」說理是否充足，似可商榷。再者，本解釋一律否定言論自由事前審查之立法形成自由，是否符合我國憲法權力分立之意旨，更容有研討空間。

陸、結論—體系一貫之憲法解釋

大法官作為憲法守護者，應力求依照憲法體系作出一貫、不相衝突之憲法解釋，在變更或補充從前之憲法解釋時，更應有充足、合理之論證，以確保益臻完善之基本權利保障與權力分立制衡。本解釋一方面參照本院釋字第 414 號解釋意旨，宣告化粧品衛生管理條例第 24 條第 2 項及第 30 條第 1

項規定違憲，另一方面卻又採取與本院釋字第 414 號解釋不同之違憲審查標準，其論述基礎，容有討論必要。再者，本解釋所謂「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」，如欲藉此對本院釋字第 445 號及第 718 號解釋為變更或補充解釋，亦應符合憲法保障言論自由之意旨，並應有更充分之說理依據。

釋字第 744 號解釋協同意見書

黃昭元大法官 提出

[1] 本號解釋審查化粧品衛生管理條例（下稱系爭條例）第 24 條第 2 項及第 30 條第 1 項規定（下併稱系爭規定），認為「化粧品廣告之事前審查¹乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲」，並適用嚴格審查標準，要求「系爭規定之立法資料須足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為防免人民生命、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，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」，始得例外合憲。（參解釋理由書第 3 段）依據上述審查標準，本號解釋宣告系爭規定之目的及手段均違憲，且立即失效。（參解釋理由書第 4 至 6 段）

[2] 這是本院採取嚴格審查標準，宣告商業言論事前審查機制違憲的第一件解釋。就言論自由的保障，不論是在結論或方法上，都有重要意義，本席敬表支持。以下謹針對本號解

¹ 本號解釋將系爭規定之管制方式定位並稱為「事前審查」，係強調系爭規定賦予行政機關對於化粧品廣告有於廣告播出前，透過個案審查方式，決定是否及如何播出的許可權力。廣告如未經審查就播出，即使內容沒有任何問題，依法仍然可罰。此與美國法或英文中所稱 prior restraint（有譯為事前限制）之意涵及範圍並不完全相同。後者除了行政機關所為之事前審查外，尚包括法院透過禁制令（injunction）於特定言論發表前，個案決定其能否發表的審查機制。See, e.g., *Cantwell v. Connecticut*, 310 U. S. 296, 306 (1940) (“A previous restraint by judicial decision after trial is as obnoxious under the Constitution as restraint by administrative action.”). 又立法者透過法律一般性地禁止非法營業或活動之廣告（如人體器官移植條例第 18 條第 1 項第 2 款禁止器官買賣廣告）、禁止特定商品或或合法營業之廣告（如菸害防制法第 9 條禁止菸品廣告、入出國及移民法第 58 條第 3 項禁止跨國婚姻媒合廣告），或限制廣告者之資格（如醫療法第 84 條：「非醫療機構，不得為醫療廣告。」），雖然看似事前限制，但如其效果是事後處罰（如菸害防制法第 26 條之罰鍰），且無行政機關事前審查機制，亦非本號解釋所稱之事前審查。有關事前限制與事後懲罰的分析比較，參林子儀，言論自由導論，收於：李鴻禧（等著），台灣憲法之縱剖橫切，台北：元照，頁 103、148-149（2002）。

釋：一、以「事前審查」為決定審查標準的關鍵因素，二、所採「嚴格審查標準」的重要意涵，三、對系爭規定之「目的審查」，四、對系爭規定之「手段審查」，及五、相關與未決問題等五個部分，提出協同意見。

一、以「事前審查」為決定審查標準的關鍵因素

[3] 本號解釋以系爭規定對化粧品廣告的限制屬於事前審查為由，採取嚴格審查標準，並宣告違憲。這是本號解釋在方法上最值得注意之點，也是本號解釋明顯有別於釋字第 414 及第 445、718 號解釋之處。

(一) 與釋字第 414 號解釋之區別

[4] 釋字第 414 號解釋認為「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。」因而對於藥事法第 66 條第 1 項等有關藥物廣告事前審查的規定，採取相對寬鬆的審查標準，並認其合憲。這顯然是受到言論自由學說中「雙階理論」(two-level theory) 的影響，²以「商業言論並非高價值言論」為其選擇審查標準的關鍵因素；卻忽略了上述藥事法規定屬於對藥物廣告的事前審查，原本應該從嚴審查。

[5] 本號解釋對於同屬商業言論的化粧品廣告，則重視系爭規定之管制方式屬於事前審查，因此採取嚴格審查標準，並宣告違憲。本號解釋沒有受到「商業廣告並非高價值言論」的見解影響，而放寬審查標準。可見本號解釋並未適用雙階理論，這是本號解釋明顯有別於釋字第 414 號解釋之處。

[6] 就決定審查標準的考量因素而言，本號解釋應已實質挑戰（或變更）釋字第 414 號解釋有關「商業言論事前審查機制」合憲性之審查標準，甚至有為「所有言論類型之事前審查機制」，創設一組新的審查標準之延伸意涵。然由於司法

² 參林子儀，同前註，頁 143、154-156。

違憲審查之被動、消極性質，在一次一案的限制下，本號解釋就有關事前審查機制合憲性審查標準之論述，仍都扣緊系爭規定屬於對「化粧品廣告」之事前審查，而未將本號解釋所採審查標準明白擴張、並一般地適用於其他類型廣告，甚至是所有言論的事前審查機制。這是本號解釋在區別（distinguish），而未正式推翻（overrule）釋字第 414 號解釋審查標準之同時，所仍堅持的謹慎與自制。故其他商業言論（如藥物廣告）或非商業言論（如中小學教科書之審定）事前審查機制合憲性之審查標準，仍有待個別爭議發生並依法聲請本院解釋時，再另行決定之。惟依本號解釋理由推論，本席認為：本院未來對於所有言論之事前審查機制，應該都要嚴格審查，並推定其原則上違憲，以貫徹憲法保障言論自由之意旨。

（二）與釋字第 445 及 718 號解釋之區別

[7] 釋字第 445 號解釋對於集會遊行法所定事前許可制之合憲性，雖亦強調表現自由之保障，卻進一步區別事前許可之要件究屬「時間、地點及方式」之管制，或涉及「集會、遊行之目的或內容」，而異其審查標準。對於前者大致為中度審查，僅對後者才從嚴審查，這顯然是受到「雙軌理論」（two-track theory）之影響。³釋字第 718 號解釋雖然宣告集會遊行法有關緊急性、偶發性室外集會、遊行需事先申請許可的相關規定違憲，但仍維持釋字第 445 號解釋認為事前許可原則上合憲的基本立場，並繼續以雙軌理論來分析並證立集會遊行法事前許可制的合憲性。

[8] 本號解釋對於系爭規定之事前審查機制，並不區別其是否直接審查廣告內容或只審查廣告之「時間、地點及方式」，都一律適用嚴格審查標準。就此而言，本號解釋顯然認為：

³ 國內有關美國法雙軌理論的介紹分析，參林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，收於：李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集編輯委員會（編），現代國家與憲法，台北：月旦，頁 639-708（1997）；林子儀，前註 1，頁 143、156-160。

在審查「化粧品廣告事前審查機制」的合憲性時，無須適用雙軌理論。⁴這不僅和言論自由事後追懲機制合憲性的審查標準有所不同，也和釋字第 445 及 718 號解釋有別。

[9] 釋字第 445 及 718 號解釋對於涉及內容管制的事前許可，也是從嚴審查，看似與本號解釋類似。但本號解釋所適用的嚴格審查標準，不論是在目的或手段之審查，則有過去未見的要求，也比釋字第 445 及 718 號解釋更為嚴格（詳下第[11]至[16]段等之說明）。

[10] 在方法上，本席贊成本號解釋之不考慮雙軌理論，而對系爭規定的事前審查機制，一律採取並適用嚴格審查標準。將來本院如有機會再度審查有關集會遊行法事前許可制的合憲性，本席認為：本院應參考本號解釋之方法，放棄雙軌理論之區別，而一律採取嚴格審查標準。

二、本號解釋所採嚴格審查標準的重要意涵

[11] 本號解釋理由書第 3 段首先強調系爭規定對「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。」次就目的及手段之審查，更進一步闡釋：「系爭規定之立法資料須足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為防免人民生命、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，其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯，且賦予人民或立即司法救濟之機會」。這是本號解釋有關審查標準的重要論述，至少有以下幾點值得重視：

（一）本案之審查標準：嚴格

[12] 上述解釋理由雖然沒有明白使用「嚴格審查標準」之用語，但從「原則上應為違憲」、「特別重要⁵之公共利益目的」、

⁴ 比較：釋字第 644 號解釋，林子儀大法官協同意見書，頁 3-4（對於言論自由之事前限制，似仍採取雙軌理論，而異其審查標準。但林大法官對於事前限制之目的審查，則採取類似本號解釋的嚴格標準。）。

⁵ 本院釋字第 649 號解釋對於構成職業自由客觀資格限制的立法，係以「特別重

手段與目的之達成間應「具直接及絕對必要關聯」等用語及相關闡釋，已明白顯示本號解釋選擇並適用嚴格審查標準。如下所述，本席認為本案所適用的審查標準可能是本院歷來解釋中最嚴格者，其中有些具體要求（如原則上違憲之效果推定、客觀舉證責任之分配、立即司法救濟之程序保障等）已非向來之比例原則內涵所及。在學說及他國實踐上，雖有將言論自由「事前審查禁止」當成是另一獨立的審查標準（或原則），而與比例原則有別。⁶但本號解釋則是在憲法第 23 條比例原則的架構下，就言論自由事前審查機制發展出具有上述特定內涵的嚴格審查標準，這對於比例原則的類型化發展及操作，⁷亦有方法上的重要意義。本席謹再次強調：本號解釋所採取的嚴格審查標準，將來應得擴張適用於其他商業言論（商業廣告），甚至是所有言論類型之事前審查機制。

（二）嚴格審查標準的效果：原則上違憲，應由政府機關證立系爭規定合憲

[13] 本號解釋適用嚴格審查標準的最重要效果就是：系爭規定「原則上應為違憲」，並應由政府機關證立系爭規定之合憲。前者是法律效果之預定，後者則是（客觀）舉證責任之分配，兩者互為因果。這也是本院歷來解釋中首見的重要闡釋。

[14] 本號解釋正面宣示系爭規定「原則上應為違憲」的重大意義在於：一旦適用嚴格審查標準，在審查過程中，受審查

要之公共利益」為標準來審查其目的是否合憲。本號解釋參考釋字第 649 號解釋之用語，明示在嚴格審查標準下，立法目的需達「特別重要」之程度始得合憲。

⁶ 參許志雄，人權論：現代與近代的交會，台北：元照，頁 234-237、323-326（2016）（稱為「事前抑制禁止理論」）。

⁷ 有關比例原則之類型化主張，參林子儀，前註 1，頁 172-173；湯德宗，違憲審查基準體系建構初探：「階層式比例原則」構想，收於：廖福特（編），憲法解釋之理論與實務（第六輯下冊），頁 581-660（2009）；黃昭元，大法官解釋審查標準之發展（1996-2011）：比例原則的繼受與在地化，台大法學論叢，42 卷 2 期，頁 215-258（2013）。

規定之規範地位就先推定為違憲。⁸這是一種「有預設審查結論及方向」的類型化操作，而不再是結論開放、自始至終均依個案（*ad hoc*）認定的方法。然而法院在終局判斷時，難免會面臨效果不明的灰色地帶（例如究應認為合憲或違憲？），此種判斷不明的不利益就涉及客觀舉證責任之分配。不論違憲審查制度是採取具體審查（*concrete review*）或抽象審查（*abstract review*），也不論法院審理程序是採取職權調查或當事人進行主義，都會面臨上述客觀舉證責任分配的問題。就此，本號解釋所稱：「系爭規定之立法資料須足以支持…」等語，就是進一步強調：在嚴格審查標準之下，應依本院調查所得或（及）政府機關所提出之相關立法資料，去證立系爭規定之目的及手段合憲。如相關立法資料無法證立，系爭規定即屬違憲。

[15] 然本院憲法解釋案件之審理程序向以書面審查為原則，罕見言詞辯論。於審查法令時如需參酌立法資料，雖會函詢相關政府機關或透過說明會取得，然仍屬依職權調查。甚至本院亦不必然會要求或曉諭政府機關提出立法資料，以證立或說服本院受審查之法令應該合憲。在此程序限制下，如將上述客觀舉證責任分配下之不利益判斷，逕自歸屬政府機關承擔，不免有枘圓鑿方，扞格不入之質疑。故本號解釋沒有使用類似「應由政府機關舉證證明系爭規定合憲」的用語，而改稱為「系爭規定之立法資料須足以支持…」之要求。用語雖有不同，其意旨仍在強調政府機關之證立責任。本席認為：未來如有適用嚴格審查標準之案件，本院自應盡量舉行言詞辯論或說明會，並明確要求政府機關提出立法資料以證

⁸ 這已經是美國最高法院的穩定立場，*See Near v. Minnesota*, 283 U. S. 697, 716 (1931) (“[T]he limitation has been recognized only in exceptional cases”); *Bantam Books v. Sullivan*, 372 U. S. 58, 70 (1963) (“Any system of prior restraints of expression comes to this Court bearing a heavy presumption against its constitutional validity. [Citing *Near* and other cases]”); *Freedman v. Maryland*, 380 U. S. 51, 57 (1965) (Citing *Bantam Books*); *Carroll v. Princess Anne*, 393 U. S. 175, 181 (1968) (Citing *Bantam Books*); *Organization for a better Austin v. Keefe*, 402 U.S. 415, 419 (1971) (Citing *Carroll* and *Bantam Books*); *Nebraska Press Association v. Stuart*, 427 U.S. 539, 558 (1976) (Citing *Carroll* and *Bantam Books*).

立受審查法令之合憲，以求程序完備。

[16] 再者，本號解釋在此所稱之「立法資料」，應指「立法當時」已經存在的相關資料所支持之真正目的及手段，而不包括立法之後才出現的新事實或新目的。換言之，當適用嚴格審查標準時，法令合憲性的判斷基準時，應以受審查法令之立法（制定、訂定或修正）當時，而非本院審查終結的裁判時為準。反之，如果是寬鬆審查，其效果不僅是先推定受審查法令合憲，而由主張違憲的聲請人證立其違憲；也會容許政府機關提出立法之後才出現的新事實或新目的，甚至容許法院本身依職權發現或認定各種可能的合憲目的，包括想像的目的，來認定受審查法令合憲。這也是嚴格審查標準和寬鬆審查標準的重要差異所在。依據上述意旨，未來立法機關在制定法律，或行政機關在草擬法律草案及訂定各類行政命令時，最好能更詳細地說明立法理由，特別是據以立法之基礎事實及預測，甚至可考慮將之明定於法令內，類似美國國會立法時常見的立法發現（legislative findings）。

三、本號解釋對系爭規定之「目的審查」

[17] 在目的審查上，本號解釋另有兩個亮點值得注意。首先，本號解釋對於嚴格審查標準所要求的「特別重要之公共利益」，進一步提出更具體的認定標準：「直接、立即及難以回復危害」。其次，本號解釋依據上述具體標準，積極審查並明白宣告系爭規定之立法目的違憲，使得本號解釋成為本院宣告立法目的違憲的少數解釋之一。⁹

（一）以「直接、立即及難以回復危害」作為「特別重要之公共利益」的認定標準

[18] 嚴格審查標準固然要求對目的及手段同時提高審查密

⁹ 本院宣告立法目的違憲的其他解釋先例，有釋字第 445、603 號解釋等。釋字第 644 號解釋對於結社自由的許可設立（事前管制）雖然也是嚴格審查，但沒有宣告人民團體法相關規定之目的違憲，而是宣告其手段逾越必要之程度（因另有事後廢止許可之手段）而違憲。

度，但有如中度及合理（寬鬆）審查標準，如果無法進一步發展出具有操作可能性的實質要求，這些標準終究只是審查起點的參考架構，仍然會有如比例原則般，遭受空洞公式之質疑。過去本院在釋字第 649 號等解釋中，對於職業自由客觀資格限制的審查，固然已經強調其立法目的應屬特別重要之公共利益，但並未進一步提出具有操作可能性的具體標準，以供認定何謂特別重要之公共利益。本號解釋參考釋字第 445 號解釋於審查集會遊行法事前許可之內容限制時，所採的「明顯而立即危害」之標準，認為商業言論之事前審查機制，其目的需是為避免人民生命、身體、健康遭受「直接、立即及難以回復危害」，¹⁰而以此作為立法目的是否符合「特別重要之公共利益」之具體認定標準。

[19] 和釋字第 445 號解釋的「明顯而立即危害」標準相比，本號解釋所採的「直接、立即及難以回復危害」標準，更為嚴格，主要差別在於多了「難以回復」的要求。按「明顯而立即危害」標準，在美國法上是用於審查政府對於高價值言論的事後內容管制，而非事前限制之目的審查。釋字第 445 號將之用於審查集會遊行事前許可的內容管制，失之過寬，已不盡妥當。¹¹本號解釋正視事前審查對於言論自由的徹底壓制效果，因此再提升目的審查的要求，並納入「難以回復」的要素，以示本院認真看待並適用嚴格審查標準。就此而言，本號解釋已經突破本院向來解釋，且使目的之嚴格審查具有操作及檢驗可能。本席對此發展，深感贊同。

[20] 惟本號解釋對於「直接、立即及難以回復危害」之意涵，並未有更具體的闡述，有待補充。本席認為：所謂直接，是指廣告（商業言論）與危害之發生間具有高度因果關聯，無

¹⁰ 參林子儀，前註 2，頁 124（將美國最高法院判決所要求的“direct, immediate, and irreparable damage”譯為「直接、立即及不可彌補的傷害」）。林子儀大法官在釋字第 644 號解釋的協同意見書中，對於事前限制言論內容的目的審查，主張應該要求政府舉證證明：如無事前限制，將發生「直接、立即及不可彌補的傷害」。他所主張的審查標準與本號解釋類似。參林子儀，前註 4。

¹¹ 同說參許志雄，前註 6，頁 280。

須其他因素介入，廣告之刊播就會引發相關危害。¹²所謂立即，是指廣告與危害之發生間，具有時間的密切關聯性，且無法以其他言論（如討論、批評等）來延緩或避免危害之發生。¹³所謂難以回復，則強調廣告一旦導致危害，亦無法以事後的金錢賠償等方式來回復原狀，或透過事後處罰來消除、停止其危害。¹⁴反之，如果還可能透過金錢賠償、事後處罰或其他方式而填補或消除危害，即無容許國家透過事前審查來控制廣告言論的必要。和言論內容事後管制之目的審查時所適用的「明顯而立即危害」標準相比，後者並不要求危害需達「難以回復」的程度。由此亦可見上述「難以回復」的要求，應是認定事前審查機制之目的是否合憲的關鍵因素。¹⁵

（二）系爭規定之目的違憲

[21] 系爭規定對其立法目的並無明文，在嚴格審查標準下，已屬違憲。本號解釋為求慎重，另引用系爭條例第 24 條第 1 項，認系爭規定「應係為防免廣告登載或宣播猥褻、有傷風化或虛偽誇大」，「以維護善良風俗、消費者健康及其他相關權益」。對此，本號解釋認為上述目的「固均涉及公益之維護，然廣告之功能在誘引消費者購買化粧品，尚未對人民生命、身體、健康發生直接、立即之威脅，則就此等廣告，予以事前審查，難謂其目的係在防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復之危害。」（參解釋理由書第 4 段）

¹² 例如：看到誇大不實的「頭髮烏溜溜」洗髮精廣告，是否就會導致「頭皮光溜溜」的危害？如果會，才足以成立「直接」危害。

¹³ 例如：化粧品廣告縱使傳播錯誤或有害資訊，消費者是否仍有透過查詢、比較、討論等其他途徑，以獲取真實、正確資訊，從而避免錯誤消費的緩衝時間？

¹⁴ 例如：廣告內容包括個人私密資訊或國家機密，一旦播出，就成為公開資訊。就算事後賠償，但秘密已非秘密，始屬難以回復之危害。

¹⁵ 有關言論自由事前審查機制之目的審查，本號解釋其實忽略了另一項要素：「重大」。這是指立法所擬防免之危害需屬重大危害，如果只是損害程度輕微的危害，亦不足以成為特別重要公益之合憲目的。就非含藥的一般化粧品廣告而言，縱令再如何虛偽或誇大不實，通常都不會導致重大危害。又即使是含藥化粧品廣告，是否會導致重大危害，也不能過於抽象的一般性論斷。

又認為含藥化粧品「對人民生命、身體、健康造成之影響雖較一般化粧品為高，但就此等化粧品之廣告，性質上仍非屬對人民生命、身體、健康構成直接威脅。」(解釋理由書第5段)

[22] 雖然上述兩段解釋理由並未清楚適用「直接、立即及難以回復危害」之認定標準，但本號解釋應是認為廣告只是消費之誘引，另需購買及使用等行為，才可能導致危害，故不符「直接」之要求。又不論是否為含藥化粧品，其廣告所可能導致的危害，恐怕也都難以稱得上是「重大」。從而認為系爭規定之立法目的，固然正當，但未達「特別重要之公共利益」的程度，因此違憲。

[23] 本號解釋宣告系爭規定之目的違憲，並非表示本院漠視化粧品廣告對於國人健康的可能影響。如和食品相比，現行法對於食品廣告只有事後處罰規定，¹⁶而無事前審查機制。各類食品是會吃進人體內部，而化粧品則是施用於人體外表。這兩者商品對於人體健康的可能危害或影響，孰大孰小？難道說用在外表的化粧品廣告之可能危害，會遠大於吃進肚子的食品廣告，以致於政府有更強烈的公益要求，必須動用事前審查的管制手段？¹⁷

[24] 附帶一言者，如以本號解釋所提出的「直接、立即及難以回復危害」作為認定立法目的是否合憲的標準，恐怕難以想像有何化粧品或商品「廣告」，有可能產生「直接」危害，而可通過目的之審查。然在其他類型言論(如洩漏國安機密、揭露個人隱私資訊等)，經個別認定後，或可能例外通過審查。

四、本號解釋對系爭規定之「手段審查」

¹⁶ 參食品衛生管理法第28、45條規定。

¹⁷ 這無異是告訴人民：會不會拉肚子，先吃再說，政府會事後究責；但棺材內的人在化粧前，政府會事前審查！

（一）本號解釋之理由及結論

[25] 於宣告目的違憲後，本號解釋進而審查並宣告系爭規定之手段也違憲：「系爭規定既難認係為保護特別重要之公共利益目的，自亦無從認為該規定所採事前審查方式以限制化粧品廠商之言論自由及消費者取得充分資訊機會，與特別重要之公共利益之間，具備直接及絕對必要之關聯。」（解釋理由書第 4 段）¹⁸又本號解釋也強調：「系爭條例第二十四條第一項已另有不實廣告等禁止之明文，對可能妨礙人體健康之不實化粧品廣告，主管機關本得依系爭條例第三十條第一項規定為處罰。」（解釋理由書第 5 段）因而認定事前審查並非必要的管制手段。

（二）本席意見

[26] 本席贊成本號解釋宣告系爭規定手段違憲的結論，但認為其說理不足，而且失焦，謹此補充說明如下。

1 本號解釋理由之分析

[27] 本號解釋在理由書第 5 段以另有事後處罰手段為由，認為事前審查手段違憲，應可贊成。然解釋理由書第 4 段以目的違憲為由，就逕自認定手段與目的之達成間欠缺「直接及絕對必要之關聯」。表面上是在審查手段，然似乎還是在審查目的。對於系爭規定之手段何以違憲，仍欠缺具體說明。按事前審查之效果可阻止人民發表及接收（審查機關所認定之）有害言論，從而阻斷有害言論所直接（如猥褻、有傷風化廣告之傷害）或可能（如虛偽誇大廣告之誤導消費及使用商品）導致的危害。本號解釋如以防止猥褻、有傷風化或虛偽誇大的廣告（參系爭條例第 24 條 1 項）為系爭規定之立法目的，則事前審查其實是很有實際壓制力的管制手段，從而與上述目的（特別是防止猥褻、有傷風化廣告之出現）之

¹⁸ 解釋理由書第 5 段最末幾行認定含藥化粧品廣告之事前審查手段違憲，理由與第 4 段類似。

達成間反而是會具有「直接」關聯。

[28] 正因為事前審查對言論自由的壓制效果太強、太徹底，因此要予以嚴格審查。在本案，由於本號解釋已經先宣告目的違憲，故如何認定手段違憲，或許已非重點。但如立法目的能通過上述極其嚴格的「直接、立即及難以回復危害」之檢驗而合憲，則事前審查恐怕會是防止上述危害發生的必要手段。特別是當非廣告性質之其他言論可能或必然導致直接、立即且難以回復的危害時，如洩漏即將進行的作戰計畫內容、現職情報人員所在及活動等國家安全資訊，或揭露個人私密照片、影片等隱私資訊，在此脈絡下，事前審查手段是可能成為最後的必要管制手段。此時，縱令適用傳統比例原則所強調的必要性次原則（最小侵害手段），亦難根本、完全否定事前審查之必要性。至於適合性及衡平性這兩個次原則所強調的關聯性高低及損益是否相當，通常就更無作用了。¹⁹換言之，一旦認為事前審查機制之目的合憲，手段審查的重點就不再是傳統比例原則的三個次原則（此時會只剩必要性原則還可用），而會轉到：假使要例外容許事前審查，應有的配套要求為何？

2 手段審查之重點

[29] 本席認為，法院對於系爭規定事前審查機制的手段審查，至少還應包括以下幾個重點：

（1）是否打擊過廣（overbreadth）？

[30] 如果要落實最小侵害手段要求的審查，本案的審查重點應該是：系爭規定不分廣告媒體及方式，²⁰要求一律事前審

¹⁹ 一般而言，在適用嚴格審查標準時，比例原則的適合性和衡平性這兩個次原則，原本就無用武之地，而只有必要性次原則才是真正具有殺傷力的嚴格審查標準。

²⁰ 美國法對於藥品廣告，也只要求「電視」廣告需要事前送審。21 U.S.C. §353c: “(a) The Secretary may require the submission of any television advertisement for a drug (including the script, story board, rough, or a completed video production of the television advertisement) to the Secretary for review under this section not later

查。在平面（如報紙、雜誌等）及電子（如電視、廣播等）媒體刊播的化粧品廣告固然要事前送審；但就連商店內外之標示、張貼及立牌、街頭傳單、網路及社群媒體之廣告等，也都要送審。又即使是內容沒有問題的廣告，例如商店在面膜賣架上擺放「連續十年銷售第一名」之類廣告，如果沒有事先審查通過，依法仍屬可罰。就此而言，系爭規定的管制範圍確實打擊過廣，而已逾必要範圍。本號解釋理由書認為系爭規定事前審查手段與目的之達成間不具「絕對必要」之關聯，應可如此理解。

（2）是否欠缺明確的許可基準？

[31] 系爭規定之事前審查機制使行政機關得透過其許可處分，決定化粧品廣告能否刊登及其刊登內容。如果行政機關欠缺明確的許可基準據以執行，其審查勢必流於恣意、無法預測。這是法院評價事前審查機制手段是否合憲時，所應該

than 45 days before dissemination of the television advertisement....”但主管機關並無權力直接或要求變更送審之廣告內容，而只能要求業者將應強制標示的資訊（如嚴重副作用）納入其廣告中。21 U.S.C. §353c:

“.....

(b) In conducting a review of a television advertisement under this section, the Secretary may make recommendations with respect to information included in the label of the drug—

(1) on changes that are— (A) necessary to protect the consumer good and well-being; or (B) consistent with prescribing information for the product under review; and

(2) if appropriate and if information exists, on statements for inclusion in the advertisement to address the specific efficacy of the drug as it relates to specific population groups, including elderly populations, children, and racial and ethnic minorities.

(c) Except as provided by subsection (e), this section does not authorize the Secretary to make or direct changes in any material submitted pursuant to subsection (a).

.....

(e) (1) In conducting a review of a television advertisement under this section, if the Secretary determines that the advertisement would be false or misleading without a specific disclosure about a serious risk listed in the labeling of the drug involved, the Secretary may require inclusion of such disclosure in the advertisement....”

重視者。²¹

[32] 在本案，系爭規定本身並沒有明文規定任何足供行政機關據以執行的明確許可基準。然依系爭條例第 24 條第 1 項及系爭條例施行細則第 20 條²²規定，主管機關發布「化妝品得宣稱詞句例示及不適當宣稱詞句列舉」之命令，²³作為實務上審查化粧品廣告的許可基準。如以這項命令為準，系爭規定之事前審查機制其實是有相當明確的許可基準。²⁴如要再深究其合憲性，問題應該不是不夠明確，而是太繁瑣及過於僵化。

[33] 至於系爭條例第 24 條第 1 項及系爭條例施行細則第 20 條規定本身是否符合法律明確性原則？又系爭條例施行細則第 20 條是否符合明確授權原則？則屬另一問題，而非此處是否欠缺明確許可基準的問題。

²¹ 這也是美國最高法院判決強調的審查重點之一，*see e.g.*, *Niemotko v. Maryland*, 340 U. S. 268, 273 (1951) (“[T]he lack of standards in the license-issuing “practice” renders that “practice” a prior restraint in contravention of the Fourteenth Amendment, and that the completely arbitrary and discriminatory refusal to grant the permits was a denial of equal protection.”); *Kunz v. New York*, 340 U. S. 290, 293 (1951) (“[A]n ordinance which gives an administrative official discretionary power to control in advance the right of citizens to speak on religious matters on the streets of New York. As such, the ordinance is clearly invalid as a prior restraint on the exercise of First Amendment rights.”).

²² 系爭條例第 24 條第 1 項：「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 20 條規定：「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。」

²³ 行政院衛生署中華民國 102 年 3 月 26 日署授食字第 1021066202 號令（102 年 8 月 1 日生效）。

²⁴ 主管機關於前註之命令中，同時公布附表一「化粧品得宣稱詞句例示」及附表二「化粧品不適當宣稱詞句列舉」，並於說明三規定：「...未列舉之詞句，其整體仍不得涉及醫療效能、虛偽或誇大等內容。」查附表一例示之得宣稱詞句有如：「滋養髮根」、「活化頭皮」、「青春的頭髮」等，附表二列舉之不適當宣稱詞句有如：「有效預防掉髮」、「頭頂不再光禿禿、頭頂不再光溜溜」等。不管是得宣稱或不適當宣稱的詞句，都相當具體、特定。

(3) 是否有充分的程序保障？

[34] 本號解釋理由書第3段強調事前審查機制應「賦予人民獲立即司法救濟之機會」，其手段始得合憲。可惜的是，本號解釋在理由書第4及5段實際審查系爭規定手段時，並未進一步闡述其意。為免誤解及未來適用上疑義，本席謹補充說明如下。

[35] 如果要賦予行政機關事前審查言論的權力，最重要的配套設計應該是要提供當事人充分的程序保障，包括：(1) 行政機關要在預定發表言論的時點之前迅速作出許可與否的決定；(2) 在行政機關決定前，要讓當事人有陳述意見的機會；(3) 及時的事後司法救濟。所謂及時，指的是司法機關也要能在預定的言論發表日之前，迅速做出裁判，使當事人不致因為行政機關的不許可，而錯過預定的發言時機。²⁵本號解釋所稱「立即司法救濟」，應與上述(3)之意旨相通。

[36] 其次，本號解釋強調必須給予人民「司法救濟」的機會，指的是法院所提供的行政訴訟等救濟；至於向行政機關提出訴願或其相當程序（如復查、申訴等），仍然不夠。為免國家透過行政機關之事前審查機制，恣意阻斷言論之發表，因此要由法院以中立第三者立場予以裁判，以防濫權。訴願等程序只是行政機關的內部反省，性質上仍屬行政權作用，並不足以構成充分的程序保障。在此範圍內，應修法排除訴願前置原則²⁶的限制。

[37] 最後，本號解釋強調司法救濟必須「立即」，意指在人民預定發言日前，法院就要能做出裁判。故如行政機關於審查後禁止人民刊播廣告或發表其他言論，對於這類禁止或拒

²⁵ 參林子儀，前註1，頁149。

²⁶ 如行政訴訟法第4條第1項中有關「...經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，...」，及同法第5條第1、2項中有關「...經依訴願程序後，...」，強制要求需先提起訴願的程序限制。

絕（否准）處分，人民固得依行政訴訟法第 4 條提起撤銷訴訟，或依同法第 5 條提起課予義務訴訟，要求行政機關作成許可處分。然行政法院在實務上是否真能提供如此「及時」的救濟？恐怕是未來的難題所在。

五、相關與未決問題

（一）本案受理範圍

[38] 本案聲請人聲請解釋的法令，除了本號解釋受理的系爭條例第 24 條第 2 項及其連結的系爭條例第 30 條罰則規定外，另包括系爭條例第 24 條第 1 項及系爭條例施行細則第 20 條規定。本號解釋以聲請人在客觀上未具體指摘後兩項法令有何牴觸憲法之處為由，不予受理。

[39] 考量本件原因案件確定終局裁判是以聲請人「未事前送審」化粧品廣告為事實基礎，適用系爭條例第 24 條第 2 項及第 30 條規定，維持主管機關之罰鍰處分。在此意義上，或可認為系爭條例第 24 條第 1 項及系爭條例施行細則第 20 條並非確定終局裁判所真正適用的法令。依過去解釋先例，本院雖可以上述法令具有客觀關聯性為由，將之納入審查範圍。但在理由論述上，恐需另依法律明確性等原則審查其合憲性，益增本案之複雜性。鑑於本案之審理速度已經明顯遲誤，²⁷為求亡羊補牢，儘速做出解釋，本號解釋對於上述兩項法令不予受理，本席勉強可以支持。

（二）相關的未決問題

[40] 有關言論自由的事前審查機制，除了本案所審理的化粧品廣告及本院釋字第 414 號解釋曾審理過的藥品廣告外，現

²⁷ 本件原因案件自判決確定時起，至 2016 年 9 月 8 日，已逾五年再審不變期間（參行政訴訟法第 276 條第 4 項）。故縱使本號解釋宣告確定終局裁判所適用之系爭規定違憲並立即失效，聲請人仍無從據以提起再審（類推適用本院釋字第 209 號解釋）。就此遲誤，本院確有失職之處。

行政法中尚有如廣播電視醫療廣告之核准、²⁸中小學教科書之審定²⁹等。此等事前審查機制，雖與系爭規定有類似性質，但並非本號解釋審查範圍直接所及。將來如有爭議，仍需另行處理。

六、結語

[41] 事前審查機制會自始禁止言論之出現，使人民無從透過言論之交換與討論，而得以知悉、檢驗或反駁相關主張。其對人民表意自由之壓制程度，最為徹底。如果說過於嚴厲的事後處罰，會產生寒蟬效應。那提前扼殺言論的事前審查，無疑更會產生啞蟬效應。寒蟬如不畏冬，猶可一鳴；啞蟬既已失聲，只能自凝。在各國歷史上，常見政府濫用或誤用事前審查機制以箝制言論。因此現代民主憲政國家之憲法學理及實踐，可說都已經對事前審查機制採取高度質疑的立場。這是經驗的反省，而不只是抽象思辯的結果。

[42] 我國在威權統治時期，事前審查機制也是當時政府打壓異己、控制社會的重要工具之一。殷鑑不遠，尤應引以為戒。即使是在民主時代，也應注意國家改以善良家長自居，而將粗魯的鎮壓暴力，轉換成細緻的規訓工具，繼續沿用。

[43] 商品廣告固以追求經濟利益為其主要目的，但其除了提供商品資訊外，亦常兼有意見表達的成分。特別是在多元傳播媒介的現代社會，各種高創意的廣告設計與表現，早已成為人們消費的重要資訊來源，甚至是日常生活的一部分，而與其他類型言論交叉匯流，相互影響。對於商品廣告的表意價值，確實值得重新評估與正視。

²⁸ 醫療法第 85 條第 2 項：「利用廣播、電視之醫療廣告，在前項內容範圍內，得以口語化方式為之。但應先經所在地直轄市或縣（市）主管機關核准。」

²⁹ 相關法令依據有：國民教育法第 8-2 條第 1 項：「國民小學及國民中學之教科圖書，由教育部審定，必要時得編定之。...」、高級中等教育法第 48 條第 2 項：「高級中等學校教科用書，由國家教育研究院審定；...」，及教育部發布之「國民小學及國民中學教科圖書審定辦法」、「高級中等學校教科用書審定辦法」。

釋字第七四四號解釋部分不同意見書

吳陳銀大法官 提出

陳碧玉大法官 加入

本件多數意見之解釋理由書中：「……對化粧品廣告之事前審查，……賦予人民獲立即司法救濟之機會，始符合憲法比例原則及保障言論自由之意旨」之論述，不僅剝奪人民受憲法第十六條保障之訴願權，且侵犯立法機關立法形成自由之立法權，有違權力分立原則，難以認同。

解釋理由書謂：政府機關對化粧品廣告之事前審查，應賦予人民獲立即司法救濟之機會，始符合比例原則及憲法保障言論自由意旨之論述，無非基於下列兩項理由：一、他國制度，有就言論自由發生受政府機關侵害之爭議時，賦予立即司法救濟之機會者；二、我國訴願制度官官相護，不能發揮救濟之功能，應予廢止。

惟按各國制度不同，不能不顧我國制度，強將他國與我國制度不相容之作法引進國內，尤其不能無視我國憲法之規定，硬將他國與我國憲法規定牴觸之制度，作為解釋我國憲法之依據。

次按，人民有訴願之權，為我國憲法第十六條所明定。雖本院釋字第四一八號解釋肯認因違反道路交通管理處罰條例事件對行政機關之處罰不服者，由普通法院之交通法庭審理，而未如一般行政爭訟事件，循訴願及行政訴訟程序，請求救濟，並不違憲。惟此係因將性質特殊之行政爭訟事件劃歸何種法院審理、適用何種司法程序，屬立法者之權限，自應由立法者衡酌權利之具體內涵、訴訟案件之性質及既有

訴訟制度之功能等因素，以法律妥為合理之規定。立法機關基於行政處分所受影響之權益性質、事件發生之頻率與其終局裁判之急迫性及受理爭訟事件機關之負荷能力等因素之考量，進而兼顧事件之特性及既有訴訟制度之功能，將不服行政機關處罰之違反道路交通管理處罰條例事件，設計由普通法院之交通法庭審理，而非如一般行政爭訟事件，循訴願及行政訴訟程序尋求救濟，即與憲法第十六條之意旨並無牴

觸。¹亦即人民對於行政機關²之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，除由立法機關基於行政處分所受影

1 本院釋字第四一八號解釋，係因某民眾於中華民國八十三年四月間，駕駛自用小客車遭警察機關舉發車速超過時速限制，嗣交通監理機關以該舉發通知單，裁決該民眾違反道路交通管理處罰條例第三十三條，處該民眾罰鍰。該民眾依當時道路交通管理處罰條例第八十七條規定向管轄之臺灣臺中地方法院聲明異議，經該院裁定駁回異議。該民眾不服提起抗告，又經臺灣高等法院臺中分院駁回抗告確定。該民眾即以人民有訴願、訴訟之權，憲法第十六條有明文，而道路交通管理處罰條例第八十七條卻規定對於不服主管機關所為之處罰應向管轄地方法院聲明異議，致使其無從對於非法之裁決書依訴願程序請求訴願、再訴願及提起行政訴訟，顯與憲法第十六條「人民有訴願、訴訟之權」之規定有違，聲請本院解釋憲法。本院於中華民國八十五年十二月二十作成釋字第四一八號解釋，解釋文釋明：「憲法第十六條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利。至於訴訟救濟，究應循普通訴訟程序抑依行政訴訟程序為之，則由立法機關依職權衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等而為設計。道路交通管理處罰條例第八十七條規定，受處分人因交通違規事件，不服主管機關所為之處罰，得向管轄地方法院聲明異議；不服地方法院對聲明異議所為之裁定，得為抗告，但不得再抗告。此項程序，既已給予當事人申辯及提出證據之機會，符合正當法律程序，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨尚無牴觸。」解釋理由書復釋明：「憲法第十六條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利，法院亦有依法審判之義務而言。此種司法上受益權，不僅形式上應保障個人得向法院主張其權利，且實質上亦須使個人之權利獲得確實有效之保護。司法救濟之方式，有不論民事、刑事或行政訴訟之裁判，均由普通法院審理；有於普通法院外，另設行政法院審理行政爭訟事件，我國即從後者。然無論採何種方式，人民於其權利因違法行政處分而遭受侵害時，得向法院請求救濟，則無不同。至立法機關將性質特殊之行政爭訟事件劃歸何種法院審理、適用何種司法程序，則屬立法者之權限，應由立法者衡酌權利之具體內涵、訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等因素，以法律妥為合理之規定。道路交通管理處罰條例中所規定之處罰計有罰鍰、吊扣駕駛執照及汽車牌照等，均係行政機關對違反秩序行為之裁罰性行政處分。道路交通管理處罰條例第八十七條規定：『受處分人，不服第八條主管機關所為之處罰，得於接到裁決之翌日起十五日內，向管轄地方法院聲明異議』；『法院受理前項異議，以裁定為之』；『不服第二項之裁定，得為抗告。但不得再抗告』。是受處分人因交通事件對行政機關處罰而不服者，應由普通法院之交通法庭審理，而非如一般行政爭訟事件循訴願、再訴願及行政訴訟程序，請求救濟。此係立法機關基於行政處分而受影響之權益性質、事件發生之頻率及其終局裁判之急迫性以及受理爭訟案件機關之負荷能力等因素之考量，進而兼顧案件之特性及既有訴訟制度之功能而為設計。上開法條，既給予當事人申辯及提出證據之機會，並由憲法第八十條所規定之法官斟酌事證而為公平之裁判，顯已符合正當法律程序，依本理由書首段所揭示之法理，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨尚無牴觸。」

2 行政程序法第二條第一項規定：「本法所稱行政機關，係指代表國家、地方自治團體或其他行政主體表示意思，從事公共事務，具有單獨法定地位之組織。」第二項規定：「受託行使公權力之個人或團體，於委託範圍內，視為行政機關。」參照。

響之權益性質、事件發生之頻率與其終局裁判之急迫性及受理爭訟事件機關之負荷能力等因素之考量，進而兼顧事件之特性及既有訴訟制度之功能，而以法律另為設計規定者，從其規定外，應依訴願法提起訴願。³經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，始得向行政法院提起撤銷訴訟。⁴而訴願法所稱之行政處分，係指中央或地方機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。該決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，亦為行政處分。有關公物之設定、變更、廢止或一般使用者，亦為行政處分。⁵

查依多數意見之解釋理由，化粧品廣告之事前審查，如符合有關之立法資料足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為防免人民生命、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，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，始符合憲法比例原則及保障言論自由之意旨。

惟人民對於行政機關依合憲之化粧品廣告事前審查規定所為之決定不服，係對於行政機關就公法上具體事件所為

3 訴願法第二條第一項規定：「人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起訴願。但法律另有規定者，從其規定。」參照。

4 行政訴訟法第四條第一項規定：「人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，得向行政法院提起撤銷訴訟。」參照。

5 訴願法第三條第一項規定：「本法所稱行政處分，係指中央或地方機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。」第二項規定：「前項決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，亦為行政處分。有關公物之設定、變更、廢止或一般使用者，亦同。」參照。

之決定而對外直接發生法律效果之單方行政行為之行政處分不服，依本院釋字第四一八號解釋意旨與訴願法第二條第一項及行政訴訟法第四條第一項規定，除立法機關基於行政處分而受影響之權益性質、事件發生之頻率與其終局裁判之急迫性及受理爭訟事件機關之負荷能力等因素之考量，進而兼顧事件之特性及既有訴訟制度之功能，而以法律另為設計規定者，從其規定外，應先提起訴願，如就訴願決定不服，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，始得向行政法院提起行政訴訟。多數意見認對於行政機關依合憲之化粧品廣告事前審查規定所為之決定不服，「應『直接』賦予人民獲立即司法救濟之機會，始符合憲法比例原則及保障言論自由之意旨」，揆諸上開說明，不僅剝奪人民受憲法第十六條保障之訴願權，且侵犯立法機關立法形成自由之立法權，有違權力分立原則，難以認同。

另按，「各機關辦理訴願事件，應設訴願審議委員會，組成人員以具有法制專長者為原則。」「訴願審議委員會委員，由本機關高級職員及遴聘社會公正人士、學者、專家擔任之；其中社會公正人士、學者、專家人數不得少於二分之一。」訴願法第五十二條第一項及第二項定有明文。各機關審議訴願事件之訴願審議委員會委員，社會公正人士、學者、專家人數既在二分之一以上，則多數意見所指我國訴願制度官官相護，不能發揮救濟功能之立論，於制度設計上，已不能成立。更何況依據司法院統計，中華民國一〇四年全年各高等行政法院判決原告全部勝訴、全部敗訴、部分勝訴部分敗訴及裁定駁回終結之行政訴訟第一審事件合計二千四百六十一件，其中原告全部勝訴二百零五件，部分勝訴部分敗

訴一百二十件，部分勝訴部分敗訴以二分之一計算其勝訴率，則原告勝訴率為百分之十點七七；⁶而依據行政院統計，一〇四年全年行政院與所屬機關⁷及各地方機關⁸訴願事件作成訴願決定者分別為一萬三千二百八十九及六千三百三十九件，其中撤銷原處分者分別為一千二百七十九件及五百五十七件，撤銷原處分者占全部訴願決定之比率分別為百分之九點六二及百分之八點七九。兩相比較，似乎受處分人向高等行政法院提起行政訴訟之勝訴率較高。惟如加計原處分機關於訴願程序中自行撤銷或變更原處分之件數，行政院與所屬機關及各地方機關分別為五百五十八件及七百十三件，則受處分人獲得救濟之比率分別為百分之十三點二七及百分之十八點零一，較之向高等行政法院起訴獲得勝訴之比率為高。多數意見所指我國訴願制度官官相護，不能發揮救濟功能之立論，於實際運作上，亦與實情不符。又一〇四年全年各高等行政法院辦理終結之行政訴訟事件，由收案至結案之平均日數為一百五十六點七三日；⁹而行政院及所屬機關一〇四年全年作成訴願決定終結之訴願事件，三個月內作成者為八千五百八十一件，三至五個月內作成者為四千七百零三件，逾五個月作成者僅五件；¹⁰各地方機關一〇四年全年作成訴願決定終結之訴願事件，三個月內作成者為六千零四十三件，三至五個月內作成者為二百九十六件，無逾五個月作成者。¹¹則顯然訴願較之行政訴訟給予民眾較迅速之救濟機會。綜

⁶ 中華民國 104 年司法統計年報，司法院統計處，司法院，臺北，105 年 6 月，頁 7-12， 7-13。

⁷ http://www.ey.gov.tw/News_Content.aspx?n=26A572F8F156F4F7&sms=78702647C7A5B61B&s=3F021D1327A05414 last visit on January 3, 2017.

⁸ 同上註

⁹ 同註 6，頁 7-8，7-9。

¹⁰ 同註 7。

¹¹ 同上註。

上說明，多數意見主張我國訴願制度官官相護，不能發揮救濟之功能，應予廢止，不僅顯乏依據，且如上所述，非惟剝奪人民受憲法第十六條保障之訴願權，同時侵犯立法機關立法形成自由之立法權，與權力分立原則有違，無法認同。

至本院釋字第七〇八號解釋¹²及釋字第七一〇號解釋，¹³雖曾分別釋明，依入出國及移民法、臺灣地區與大陸地區人民關係條例規定，因執行遣送所需合理作業期間內之暫時收容，未賦予受暫時收容人即時之司法救濟，不符憲法第八條第一項保障人身自由之意旨。此係因憲法第八條第一項明定人民身體自由之剝奪，應由法院依法定程序為之，有以致之。則依入出國及移民法、臺灣地區與大陸地區人民關係條例規定受暫時收容之人，其身體自由受剝奪，自應容許其即時尋求司法救濟，始符憲法第八條第一項之意旨。本院釋字第七〇八號解釋及釋字第七一〇號解釋，乃係就人民身體自由遭剝奪，應容許其依憲法第八條第一項即時尋求司法救濟所為解釋，與本件言論自由受限制之情形不同，自無從比附援引，併予指明。

¹² 本院釋字第七〇八號解釋文：「中華民國九十六年十二月二十六日修正公布之入出國及移民法第三十八條第一項：『外國人有下列情形之一者，入出國及移民署得暫予收容……』（即一〇〇年十一月二十三日修正公布同條項：『外國人有下列情形之一，……入出國及移民署得暫予收容……』）之規定，其因遣送所需合理作業期間之暫時收容部分，未賦予受暫時收容人即時之司法救濟……有違憲法第八條第一項保障人民身體自由之意旨，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時，失其效力。」

¹³ 本院釋字第七〇八號解釋文：「中華民國九十二年十月二十九日修正公布之臺灣地區與大陸地區人民關係條例第十八條……第二項規定：『前項大陸地區人民，於強制出境前，得暫予收容……』（即九十八年七月一日修正公布之同條例第十八條第三項），……於因執行遣送所需合理作業期間內之暫時收容部分，未予受暫時收容人即時之司法救濟；……不符憲法第八條保障人身自由之意旨。」