

## 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。