

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。