

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 Democrat. "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。