

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。