

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)