

釋字第七四四號解釋協同意見書

詹森林大法官提出

本席對本解釋結論敬表同意，惟尚有若干看法，爰提出本意見書說明如後。

壹、化粧品衛生管理條例第 24 條第 1、2 項之立法目的

- 一、化粧品衛生管理條例第 24 條第 1 項規定：「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。」同條第 2 項則規定：「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。」
- 二、本條第 1 項所禁止之化粧品廣告，分為兩類：一為猥褻或有傷風化之廣告，一為虛偽誇大之廣告。前者之立法目的在於維護善良風俗，後者之立法目的則偏重於保障消費者之生命、身體、健康及財產。
- 三、至於本條第 2 項強制廠商於登載或宣播其化粧品之廣告時，應事前將所有文字、畫面或言詞，申請中央或直轄市衛生主管機關核准，亦即所謂之「事前限制」(prior restraint)，其立法目的當然在於貫徹同條第 1 項規定之意旨。

貳、化粧品廣告之管制與消費者權益之保護

- 一、前述化粧品衛生管理條例第 24 條第 1、2 項規定之立法目的，其中藉由「事前限制」之管制，以保障消費者生命、身體、健康及財產部分，與消費者保護法（下

稱消保法)第4條:「企業經營者對於其提供之商品或服務,應重視消費者之健康與安全,並向消費者說明商品或服務之使用方法,維護交易之公平,提供消費者充分與正確之資訊,…」及第5條:「政府、企業經營者…均應致力充實消費資訊,提供消費者運用,俾能採取正確合理之消費行為,以維護其安全與權益。」可資呼應。

二、消保法第4條及第5條所稱之「消費資訊」,當然包含企業經營者為推銷其商品或服務所為之廣告。該法第22條尚且規定:「企業經營者應確保廣告內容之真實,其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容。企業經營者之商品或服務廣告內容,於契約成立後,應確實履行。」

三、據上所述,管制化粧品廣告,具有提供消費者充分且正確消費資訊之功能,以達維護消費者生命、身體、健康及財產之目的。本解釋理由書第二段指出:「化粧品廣告係利用傳播方法,宣傳化粧品效能,…,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,…」,亦持相同觀點。

四、然而,管制化粧品廣告,亦同時涉及化粧品廠商權益之限制,因此產生之問題為:化粧品廣告及其他商業廣告之性質為何?對於管制化粧品廣告之法律,應以何種標準審查其合憲性?

參、化粧品廣告之性質

一、本解釋理由書第二段稱:「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…，應受憲法第十一條言論自由之保障…。」準此，本解釋認為化粧品廣告性質上屬於商業言論，且應受憲法言論自由之保障。在此範圍內，本解釋顯然參照本院釋字第414號解釋理由書所稱：「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，…，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，…包括…商業言論等」。

二、惟應注意者，就本院釋字第414號解釋，孫森焱大法官於其部分不同意見書中指出：「商業性言論之意義尚欠明確」、「商業性言論所以應受保障，實係商人為促銷商品之目的，提供消費者正確而充分的資訊，使其能獲得最大利益；之所以應加限制，則係保護消費者大眾，使其不致受誇大、虛偽廣告之蠱惑。藥物廣告與國民健康之維護關係更加密切，此與言論自由係以保障個人自由表達意見而不受政府干涉為目的，實屬南轅北轍，不能相提並論。」、「實則探究商業性言論之類型，原有多種，為特定商品之販賣，以營利為目的者，最為習見」、「自藥物廣告之本質言，與其重視廣告人之自我表現，毋寧著重於其促銷藥物，以營利為目的之特性，以保護消費者權益為中心意旨，殊難與言論自由等同視之。」

三、本席以為，孫森焱大法官前開論述，契合現實，在本解釋所牽涉之化粧品廣告，亦甚堪參酌。

肆、就事前限制商業言論之法律，本解釋提出不同於本院釋字第414號解釋之違憲審查標準

- 一、本解釋為保障商業言論，就對化粧品廣告進行「事前限制」之化粧品衛生管理條例第 24 條第 2 項規定，宣告為違憲，且進而在此範圍內，同時宣告同條例第 30 條第 1 項規定亦為違憲。就此，本解釋應與本院釋字第 414 號解釋相互比照，以辨其異同。
- 二、本院釋字第 414 號解釋與本解釋，在論證上存在相異之處。其一，本院釋字第 414 號解釋及本解釋雖均涉及商業言論之事前管制（商業廣告之事前審查），惟本院釋字第 414 號解釋係處理藥物廣告，與本解釋處理化粧品廣告有所不同。其二，本院釋字第 414 號解釋對於藥物廣告事前審查之規定，宣告為合憲，而本解釋對於化粧品廣告事前審查及其處罰之規定，則宣告為違憲。
- 三、基於上述兩項差異，關於本解釋，首應強調者為：本院釋字第 414 號解釋並不認為「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」。申言之，就與生命、身體、健康關聯性而言，藥物廣告當然遠強於化粧品廣告，但就藥物廣告，本院釋字第 414 號解釋於理由書中指出：「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」，故「藥事法第六十六條規定…旨在確保藥物廣告之真實，維護國民健康，其規定藥商刊播藥物廣告前應申請衛生主管機關核准，係為專一事權，使其就藥物之功能、廣告之內容、及對市場之影響等情事，依一定程序為專業客觀之審查，為增進公共利益所必要，與憲法第十一條保障人民言論自由及第十五條保障人民生存

權、工作權及財產權之意旨尚屬相符。」然而，就與生命、身體、健康關聯性較低之化粧品廣告，本解釋卻設立更嚴格審查標準而強調，化粧品廣告之事前審查，須係出於「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」，且該事前審查與目的之達成間須具備「直接及絕對必要關聯」，方符合比例原則。本解釋並認為，化粧品衛生管理條例第 24 條第 2 項及第 30 條第 1 項規定未能通過上述嚴格審查標準之檢驗，故應宣告其違憲。

四、準此，就管制商業言論之法律，本解釋顯然提出與本院釋字第 414 解釋不同之違憲審查標準。

伍、就事前限制言論自由之法律，本解釋提出不同於本院釋字第 445 號及第 718 號解釋之違憲審查標準

- 一、本院對於言論自由事前審查之法律，作出完整違憲審查論證之解釋，應屬釋字第 445 號及第 718 號解釋，惟該兩號解釋乃涉及集會、遊行之表現自由，與本解釋所相關之商業言論，有所不同，但此三號解釋，皆屬對於事前限制言論自由之法律，所為之違憲審查。
- 二、本解釋指稱「…事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲。」但本院釋字第 445 號及第 718 號解釋則採取雙軌理論(two-track theory)。詳言之，本院釋字第 445 號及第 718 號解釋認為，關於集會自由之事前審查，如係屬於以「內容為基礎」之限制規定者(content-based regulation)，固應推定其為違憲，但如其限制規定與集會遊行之內容無涉，而係以

集會遊行之「時間、地點及方式」(content-neutral regulation, or time, place and manner restrictions)為基礎者，則該限制規定屬於立法自由裁量空間，應推定其為合憲。上開雙軌理論，一方面貫徹憲法保障言論自由之本旨，另一方面亦符合權力分立原則(本院釋字第 718 號解釋湯德宗大法官協同意見書參照)。

三、惟依照本解釋之意旨，則所有事前審查言論自由之管制法規，皆屬對言論自由之重大干預，原則上應為違憲，故除非通過嚴格審查標準之檢驗，否則該事前審查之管制規定即應喪失規範效力。倘若如此，則言論自由之事前審查規定，應一律接受嚴格審查標準之檢驗，而不問該規定所涉及之言論自由之態樣、限制方式等因素。

四、準此，本解釋設立與本院釋字第 445 號及第 718 號解釋不同之違憲審查標準，但其理由僅泛稱「事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲。」說理是否充足，似可商榷。再者，本解釋一律否定言論自由事前審查之立法形成自由，是否符合我國憲法權力分立之意旨，更容有研討空間。

陸、結論—體系一貫之憲法解釋

大法官作為憲法守護者，應力求依照憲法體系作出一貫、不相衝突之憲法解釋，在變更或補充從前之憲法解釋時，更應有充足、合理之論證，以確保益臻完善之基本權利保障與權力分立制衡。本解釋一方面參照本院釋字第 414 號解釋意旨，宣告化粧品衛生管理條例第 24 條第 2 項及第 30 條第 1

項規定違憲，另一方面卻又採取與本院釋字第 414 號解釋不同之違憲審查標準，其論述基礎，容有討論必要。再者，本解釋所謂「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」，如欲藉此對本院釋字第 445 號及第 718 號解釋為變更或補充解釋，亦應符合憲法保障言論自由之意旨，並應有更充分之說理依據。