

# 釋字第 744 號解釋協同意見書

黃昭元大法官 提出

[1] 本號解釋審查化粧品衛生管理條例（下稱系爭條例）第 24 條第 2 項及第 30 條第 1 項規定（下併稱系爭規定），認為「化粧品廣告之事前審查<sup>1</sup>乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲」，並適用嚴格審查標準，要求「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」，始得例外合憲。（參解釋理由書第 3 段）依據上述審查標準，本號解釋宣告系爭規定之目的及手段均違憲，且立即失效。（參解釋理由書第 4 至 6 段）

[2] 這是本院採取嚴格審查標準，宣告商業言論事前審查機制違憲的第一件解釋。就言論自由的保障，不論是在結論或方法上，都有重要意義，本席敬表支持。以下謹針對本號解

---

<sup>1</sup> 本號解釋將系爭規定之管制方式定位並稱為「事前審查」，係強調系爭規定賦予行政機關對於化粧品廣告有於廣告播出前，透過個案審查方式，決定是否及如何播出的許可權力。廣告如未經審查就播出，即使內容沒有任何問題，依法仍然可罰。此與美國法或英文中所稱 prior restraint（有譯為事前限制）之意涵及範圍並不完全相同。後者除了行政機關所為之事前審查外，尚包括法院透過禁制令（injunction）於特定言論發表前，個案決定其能否發表的審查機制。See, e.g., *Cantwell v. Connecticut*, 310 U. S. 296, 306 (1940) (“A previous restraint by judicial decision after trial is as obnoxious under the Constitution as restraint by administrative action.”). 又立法者透過法律一般性地禁止非法營業或活動之廣告（如人體器官移植條例第 18 條第 1 項第 2 款禁止器官買賣廣告）、禁止特定商品或或合法營業之廣告（如菸害防制法第 9 條禁止菸品廣告、入出國及移民法第 58 條第 3 項禁止跨國婚姻媒合廣告），或限制廣告者之資格（如醫療法第 84 條：「非醫療機構，不得為醫療廣告。」），雖然看似事前限制，但如其效果是事後處罰（如菸害防制法第 26 條之罰鍰），且無行政機關事前審查機制，亦非本號解釋所稱之事前審查。有關事前限制與事後懲罰的分析比較，參林子儀，言論自由導論，收於：李鴻禧（等著），台灣憲法之縱剖橫切，台北：元照，頁 103、148-149（2002）。

釋：一、以「事前審查」為決定審查標準的關鍵因素，二、所採「嚴格審查標準」的重要意涵，三、對系爭規定之「目的審查」，四、對系爭規定之「手段審查」，及五、相關與未決問題等五個部分，提出協同意見。

### 一、以「事前審查」為決定審查標準的關鍵因素

[3] 本號解釋以系爭規定對化粧品廣告的限制屬於事前審查為由，採取嚴格審查標準，並宣告違憲。這是本號解釋在方法上最值得注意之點，也是本號解釋明顯有別於釋字第 414 及第 445、718 號解釋之處。

#### (一) 與釋字第 414 號解釋之區別

[4] 釋字第 414 號解釋認為「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。」因而對於藥事法第 66 條第 1 項等有關藥物廣告事前審查的規定，採取相對寬鬆的審查標準，並認其合憲。這顯然是受到言論自由學說中「雙階理論」(two-level theory) 的影響，<sup>2</sup>以「商業言論並非高價值言論」為其選擇審查標準的關鍵因素；卻忽略了上述藥事法規定屬於對藥物廣告的事前審查，原本應該從嚴審查。

[5] 本號解釋對於同屬商業言論的化粧品廣告，則重視系爭規定之管制方式屬於事前審查，因此採取嚴格審查標準，並宣告違憲。本號解釋沒有受到「商業廣告並非高價值言論」的見解影響，而放寬審查標準。可見本號解釋並未適用雙階理論，這是本號解釋明顯有別於釋字第 414 號解釋之處。

[6] 就決定審查標準的考量因素而言，本號解釋應已實質挑戰（或變更）釋字第 414 號解釋有關「商業言論事前審查機制」合憲性之審查標準，甚至有為「所有言論類型之事前審查機制」，創設一組新的審查標準之延伸意涵。然由於司法

---

<sup>2</sup> 參林子儀，同前註，頁 143、154-156。

違憲審查之被動、消極性質，在一次一案的限制下，本號解釋就有關事前審查機制合憲性審查標準之論述，仍都扣緊系爭規定屬於對「化粧品廣告」之事前審查，而未將本號解釋所採審查標準明白擴張、並一般地適用於其他類型廣告，甚至是所有言論的事前審查機制。這是本號解釋在區別（distinguish），而未正式推翻（overrule）釋字第 414 號解釋審查標準之同時，所仍堅持的謹慎與自制。故其他商業言論（如藥物廣告）或非商業言論（如中小學教科書之審定）事前審查機制合憲性之審查標準，仍有待個別爭議發生並依法聲請本院解釋時，再另行決定之。惟依本號解釋理由推論，本席認為：本院未來對於所有言論之事前審查機制，應該都要嚴格審查，並推定其原則上違憲，以貫徹憲法保障言論自由之意旨。

## （二）與釋字第 445 及 718 號解釋之區別

[7] 釋字第 445 號解釋對於集會遊行法所定事前許可制之合憲性，雖亦強調表現自由之保障，卻進一步區別事前許可之要件究屬「時間、地點及方式」之管制，或涉及「集會、遊行之目的或內容」，而異其審查標準。對於前者大致為中度審查，僅對後者才從嚴審查，這顯然是受到「雙軌理論」（two-track theory）之影響。<sup>3</sup>釋字第 718 號解釋雖然宣告集會遊行法有關緊急性、偶發性室外集會、遊行需事先申請許可的相關規定違憲，但仍維持釋字第 445 號解釋認為事前許可原則上合憲的基本立場，並繼續以雙軌理論來分析並證立集會遊行法事前許可制的合憲性。

[8] 本號解釋對於系爭規定之事前審查機制，並不區別其是否直接審查廣告內容或只審查廣告之「時間、地點及方式」，都一律適用嚴格審查標準。就此而言，本號解釋顯然認為：

---

<sup>3</sup> 國內有關美國法雙軌理論的介紹分析，參林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，收於：李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集編輯委員會（編），現代國家與憲法，台北：月旦，頁 639-708（1997）；林子儀，前註 1，頁 143、156-160。

在審查「化粧品廣告事前審查機制」的合憲性時，無須適用雙軌理論。<sup>4</sup>這不僅和言論自由事後追懲機制合憲性的審查標準有所不同，也和釋字第 445 及 718 號解釋有別。

[9] 釋字第 445 及 718 號解釋對於涉及內容管制的事前許可，也是從嚴審查，看似與本號解釋類似。但本號解釋所適用的嚴格審查標準，不論是在目的或手段之審查，則有過去未見的要求，也比釋字第 445 及 718 號解釋更為嚴格（詳下第[11]至[16]段等之說明）。

[10] 在方法上，本席贊成本號解釋之不考慮雙軌理論，而對系爭規定的事前審查機制，一律採取並適用嚴格審查標準。將來本院如有機會再度審查有關集會遊行法事前許可制的合憲性，本席認為：本院應參考本號解釋之方法，放棄雙軌理論之區別，而一律採取嚴格審查標準。

## 二、本號解釋所採嚴格審查標準的重要意涵

[11] 本號解釋理由書第 3 段首先強調系爭規定對「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。」次就目的及手段之審查，更進一步闡釋：「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，且賦予人民或立即司法救濟之機會」。這是本號解釋有關審查標準的重要論述，至少有以下幾點值得重視：

### （一）本案之審查標準：嚴格

[12] 上述解釋理由雖然沒有明白使用「嚴格審查標準」之用語，但從「原則上應為違憲」、「特別重要<sup>5</sup>之公共利益目的」、

---

<sup>4</sup> 比較：釋字第 644 號解釋，林子儀大法官協同意見書，頁 3-4（對於言論自由之事前限制，似仍採取雙軌理論，而異其審查標準。但林大法官對於事前限制之目的審查，則採取類似本號解釋的嚴格標準。）。

<sup>5</sup> 本院釋字第 649 號解釋對於構成職業自由客觀資格限制的立法，係以「特別重

手段與目的之達成間應「具直接及絕對必要關聯」等用語及相關闡釋，已明白顯示本號解釋選擇並適用嚴格審查標準。如下所述，本席認為本案所適用的審查標準可能是本院歷來解釋中最嚴格者，其中有些具體要求（如原則上違憲之效果推定、客觀舉證責任之分配、立即司法救濟之程序保障等）已非向來之比例原則內涵所及。在學說及他國實踐上，雖有將言論自由「事前審查禁止」當成是另一獨立的審查標準（或原則），而與比例原則有別。<sup>6</sup>但本號解釋則是在憲法第 23 條比例原則的架構下，就言論自由事前審查機制發展出具有上述特定內涵的嚴格審查標準，這對於比例原則的類型化發展及操作，<sup>7</sup>亦有方法上的重要意義。本席謹再次強調：本號解釋所採取的嚴格審查標準，將來應得擴張適用於其他商業言論（商業廣告），甚至是所有言論類型之事前審查機制。

## （二）嚴格審查標準的效果：原則上違憲，應由政府機關證立系爭規定合憲

[13] 本號解釋適用嚴格審查標準的最重要效果就是：系爭規定「原則上應為違憲」，並應由政府機關證立系爭規定之合憲。前者是法律效果之預定，後者則是（客觀）舉證責任之分配，兩者互為因果。這也是本院歷來解釋中首見的重要闡釋。

[14] 本號解釋正面宣示系爭規定「原則上應為違憲」的重大意義在於：一旦適用嚴格審查標準，在審查過程中，受審查

---

要之公共利益」為標準來審查其目的是否合憲。本號解釋參考釋字第 649 號解釋之用語，明示在嚴格審查標準下，立法目的需達「特別重要」之程度始得合憲。

<sup>6</sup> 參許志雄，人權論：現代與近代的交會，台北：元照，頁 234-237、323-326（2016）（稱為「事前抑制禁止理論」）。

<sup>7</sup> 有關比例原則之類型化主張，參林子儀，前註 1，頁 172-173；湯德宗，違憲審查基準體系建構初探：「階層式比例原則」構想，收於：廖福特（編），憲法解釋之理論與實務（第六輯下冊），頁 581-660（2009）；黃昭元，大法官解釋審查標準之發展（1996-2011）：比例原則的繼受與在地化，台大法學論叢，42 卷 2 期，頁 215-258（2013）。

規定之規範地位就先推定為違憲。<sup>8</sup>這是一種「有預設審查結論及方向」的類型化操作，而不再是結論開放、自始至終均依個案（*ad hoc*）認定的方法。然而法院在終局判斷時，難免會面臨效果不明的灰色地帶（例如究應認為合憲或違憲？），此種判斷不明的不利益就涉及客觀舉證責任之分配。不論違憲審查制度是採取具體審查（*concrete review*）或抽象審查（*abstract review*），也不論法院審理程序是採取職權調查或當事人進行主義，都會面臨上述客觀舉證責任分配的問題。就此，本號解釋所稱：「系爭規定之立法資料須足以支持…」等語，就是進一步強調：在嚴格審查標準之下，應依本院調查所得或（及）政府機關所提出之相關立法資料，去證立系爭規定之目的及手段合憲。如相關立法資料無法證立，系爭規定即屬違憲。

[15] 然本院憲法解釋案件之審理程序向以書面審查為原則，罕見言詞辯論。於審查法令時如需參酌立法資料，雖會函詢相關政府機關或透過說明會取得，然仍屬依職權調查。甚至本院亦不必然會要求或曉諭政府機關提出立法資料，以證立或說服本院受審查之法令應該合憲。在此程序限制下，如將上述客觀舉證責任分配下之不利益判斷，逕自歸屬政府機關承擔，不免有枘圓鑿方，扞格不入之質疑。故本號解釋沒有使用類似「應由政府機關舉證證明系爭規定合憲」的用語，而改稱為「系爭規定之立法資料須足以支持…」之要求。用語雖有不同，其意旨仍在強調政府機關之證立責任。本席認為：未來如有適用嚴格審查標準之案件，本院自應盡量舉行言詞辯論或說明會，並明確要求政府機關提出立法資料以證

---

<sup>8</sup> 這已經是美國最高法院的穩定立場，*See Near v. Minnesota*, 283 U. S. 697, 716 (1931) (“[T]he limitation has been recognized only in exceptional cases”); *Bantam Books v. Sullivan*, 372 U. S. 58, 70 (1963) (“Any system of prior restraints of expression comes to this Court bearing a heavy presumption against its constitutional validity. [Citing *Near* and other cases]”); *Freedman v. Maryland*, 380 U. S. 51, 57 (1965) (Citing *Bantam Books*); *Carroll v. Princess Anne*, 393 U. S. 175, 181 (1968) (Citing *Bantam Books*); *Organization for a better Austin v. Keefe*, 402 U.S. 415, 419 (1971) (Citing *Carroll* and *Bantam Books*); *Nebraska Press Association v. Stuart*, 427 U.S. 539, 558 (1976) (Citing *Carroll* and *Bantam Books*).

立受審查法令之合憲，以求程序完備。

[16] 再者，本號解釋在此所稱之「立法資料」，應指「立法當時」已經存在的相關資料所支持之真正目的及手段，而不包括立法之後才出現的新事實或新目的。換言之，當適用嚴格審查標準時，法令合憲性的判斷基準時，應以受審查法令之立法（制定、訂定或修正）當時，而非本院審查終結的裁判時為準。反之，如果是寬鬆審查，其效果不僅是先推定受審查法令合憲，而由主張違憲的聲請人證立其違憲；也會容許政府機關提出立法之後才出現的新事實或新目的，甚至容許法院本身依職權發現或認定各種可能的合憲目的，包括想像的目的，來認定受審查法令合憲。這也是嚴格審查標準和寬鬆審查標準的重要差異所在。依據上述意旨，未來立法機關在制定法律，或行政機關在草擬法律草案及訂定各類行政命令時，最好能更詳細地說明立法理由，特別是據以立法之基礎事實及預測，甚至可考慮將之明定於法令內，類似美國國會立法時常見的立法發現（legislative findings）。

### 三、本號解釋對系爭規定之「目的審查」

[17] 在目的審查上，本號解釋另有兩個亮點值得注意。首先，本號解釋對於嚴格審查標準所要求的「特別重要之公共利益」，進一步提出更具體的認定標準：「直接、立即及難以回復危害」。其次，本號解釋依據上述具體標準，積極審查並明白宣告系爭規定之立法目的違憲，使得本號解釋成為本院宣告立法目的違憲的少數解釋之一。<sup>9</sup>

#### （一）以「直接、立即及難以回復危害」作為「特別重要之公共利益」的認定標準

[18] 嚴格審查標準固然要求對目的及手段同時提高審查密

---

<sup>9</sup> 本院宣告立法目的違憲的其他解釋先例，有釋字第 445、603 號解釋等。釋字第 644 號解釋對於結社自由的許可設立（事前管制）雖然也是嚴格審查，但沒有宣告人民團體法相關規定之目的違憲，而是宣告其手段逾越必要之程度（因另有事後廢止許可之手段）而違憲。

度，但有如中度及合理（寬鬆）審查標準，如果無法進一步發展出具有操作可能性的實質要求，這些標準終究只是審查起點的參考架構，仍然會有如比例原則般，遭受空洞公式之質疑。過去本院在釋字第 649 號等解釋中，對於職業自由客觀資格限制的審查，固然已經強調其立法目的應屬特別重要之公共利益，但並未進一步提出具有操作可能性的具體標準，以供認定何謂特別重要之公共利益。本號解釋參考釋字第 445 號解釋於審查集會遊行法事前許可之內容限制時，所採的「明顯而立即危害」之標準，認為商業言論之事前審查機制，其目的需是為避免人民生命、身體、健康遭受「直接、立即及難以回復危害」，<sup>10</sup>而以此作為立法目的是否符合「特別重要之公共利益」之具體認定標準。

[19] 和釋字第 445 號解釋的「明顯而立即危害」標準相比，本號解釋所採的「直接、立即及難以回復危害」標準，更為嚴格，主要差別在於多了「難以回復」的要求。按「明顯而立即危害」標準，在美國法上是用於審查政府對於高價值言論的事後內容管制，而非事前限制之目的審查。釋字第 445 號將之用於審查集會遊行事前許可的內容管制，失之過寬，已不盡妥當。<sup>11</sup>本號解釋正視事前審查對於言論自由的徹底壓制效果，因此再提升目的審查的要求，並納入「難以回復」的要素，以示本院認真看待並適用嚴格審查標準。就此而言，本號解釋已經突破本院向來解釋，且使目的之嚴格審查具有操作及檢驗可能。本席對此發展，深感贊同。

[20] 惟本號解釋對於「直接、立即及難以回復危害」之意涵，並未有更具體的闡述，有待補充。本席認為：所謂直接，是指廣告（商業言論）與危害之發生間具有高度因果關聯，無

---

<sup>10</sup> 參林子儀，前註 2，頁 124（將美國最高法院判決所要求的“direct, immediate, and irreparable damage”譯為「直接、立即及不可彌補的傷害」）。林子儀大法官在釋字第 644 號解釋的協同意見書中，對於事前限制言論內容的目的審查，主張應該要求政府舉證證明：如無事前限制，將發生「直接、立即及不可彌補的傷害」。他所主張的審查標準與本號解釋類似。參林子儀，前註 4。

<sup>11</sup> 同說參許志雄，前註 6，頁 280。



須其他因素介入，廣告之刊播就會引發相關危害。<sup>12</sup>所謂立即，是指廣告與危害之發生間，具有時間的密切關聯性，且無法以其他言論（如討論、批評等）來延緩或避免危害之發生。<sup>13</sup>所謂難以回復，則強調廣告一旦導致危害，亦無法以事後的金錢賠償等方式來回復原狀，或透過事後處罰來消除、停止其危害。<sup>14</sup>反之，如果還可能透過金錢賠償、事後處罰或其他方式而填補或消除危害，即無容許國家透過事前審查來控制廣告言論的必要。和言論內容事後管制之目的審查時所適用的「明顯而立即危害」標準相比，後者並不要求危害需達「難以回復」的程度。由此亦可見上述「難以回復」的要求，應是認定事前審查機制之目的是否合憲的關鍵因素。<sup>15</sup>

## （二）系爭規定之目的違憲

[21] 系爭規定對其立法目的並無明文，在嚴格審查標準下，已屬違憲。本號解釋為求慎重，另引用系爭條例第 24 條第 1 項，認系爭規定「應係為防免廣告登載或宣播猥褻、有傷風化或虛偽誇大」，「以維護善良風俗、消費者健康及其他相關權益」。對此，本號解釋認為上述目的「固均涉及公益之維護，然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，則就此等廣告，予以事前審查，難謂其目的係在防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復之危害。」（參解釋理由書第 4 段）

---

<sup>12</sup> 例如：看到誇大不實的「頭髮烏溜溜」洗髮精廣告，是否就會導致「頭皮光溜溜」的危害？如果會，才足以成立「直接」危害。

<sup>13</sup> 例如：化粧品廣告縱使傳播錯誤或有害資訊，消費者是否仍有透過查詢、比較、討論等其他途徑，以獲取真實、正確資訊，從而避免錯誤消費的緩衝時間？

<sup>14</sup> 例如：廣告內容包括個人私密資訊或國家機密，一旦播出，就成為公開資訊。就算事後賠償，但秘密已非秘密，始屬難以回復之危害。

<sup>15</sup> 有關言論自由事前審查機制之目的審查，本號解釋其實忽略了另一項要素：「重大」。這是指立法所擬防免之危害需屬重大危害，如果只是損害程度輕微的危害，亦不足以成為特別重要公益之合憲目的。就非含藥的一般化粧品廣告而言，縱令再如何虛偽或誇大不實，通常都不會導致重大危害。又即使是含藥化粧品廣告，是否會導致重大危害，也不能過於抽象的一般性論斷。

又認為含藥化粧品「對人民生命、身體、健康造成之影響雖較一般化粧品為高，但就此等化粧品之廣告，性質上仍非屬對人民生命、身體、健康構成直接威脅。」(解釋理由書第5段)

[22] 雖然上述兩段解釋理由並未清楚適用「直接、立即及難以回復危害」之認定標準，但本號解釋應是認為廣告只是消費之誘引，另需購買及使用等行為，才可能導致危害，故不符「直接」之要求。又不論是否為含藥化粧品，其廣告所可能導致的危害，恐怕也都難以稱得上是「重大」。從而認為系爭規定之立法目的，固然正當，但未達「特別重要之公共利益」的程度，因此違憲。

[23] 本號解釋宣告系爭規定之目的違憲，並非表示本院漠視化粧品廣告對於國人健康的可能影響。如和食品相比，現行法對於食品廣告只有事後處罰規定，<sup>16</sup>而無事前審查機制。各類食品是會吃進人體內部，而化粧品則是施用於人體外表。這兩者商品對於人體健康的可能危害或影響，孰大孰小？難道說用在外表的化粧品廣告之可能危害，會遠大於吃進肚子的食品廣告，以致於政府有更強烈的公益要求，必須動用事前審查的管制手段？<sup>17</sup>

[24] 附帶一言者，如以本號解釋所提出的「直接、立即及難以回復危害」作為認定立法目的是否合憲的標準，恐怕難以想像有何化粧品或商品「廣告」，有可能產生「直接」危害，而可通過目的之審查。然在其他類型言論(如洩漏國安機密、揭露個人隱私資訊等)，經個別認定後，或可能例外通過審查。

#### 四、本號解釋對系爭規定之「手段審查」

---

<sup>16</sup> 參食品衛生管理法第28、45條規定。

<sup>17</sup> 這無異是告訴人民：會不會拉肚子，先吃再說，政府會事後究責；但棺材內的人在化粧前，政府會事前審查！

## （一）本號解釋之理由及結論

[25] 於宣告目的違憲後，本號解釋進而審查並宣告系爭規定之手段也違憲：「系爭規定既難認係為保護特別重要之公共利益目的，自亦無從認為該規定所採事前審查方式以限制化粧品廠商之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之間，具備直接及絕對必要之關聯。」（解釋理由書第 4 段）<sup>18</sup>又本號解釋也強調：「系爭條例第二十四條第一項已另有不實廣告等禁止之明文，對可能妨礙人體健康之不實化粧品廣告，主管機關本得依系爭條例第三十條第一項規定為處罰。」（解釋理由書第 5 段）因而認定事前審查並非必要的管制手段。

## （二）本席意見

[26] 本席贊成本號解釋宣告系爭規定手段違憲的結論，但認為其說理不足，而且失焦，謹此補充說明如下。

### 1 本號解釋理由之分析

[27] 本號解釋在理由書第 5 段以另有事後處罰手段為由，認為事前審查手段違憲，應可贊成。然解釋理由書第 4 段以目的違憲為由，就逕自認定手段與目的之達成間欠缺「直接及絕對必要之關聯」。表面上是在審查手段，然似乎還是在審查目的。對於系爭規定之手段何以違憲，仍欠缺具體說明。按事前審查之效果可阻止人民發表及接收（審查機關所認定之）有害言論，從而阻斷有害言論所直接（如猥褻、有傷風化廣告之傷害）或可能（如虛偽誇大廣告之誤導消費及使用商品）導致的危害。本號解釋如以防止猥褻、有傷風化或虛偽誇大的廣告（參系爭條例第 24 條 1 項）為系爭規定之立法目的，則事前審查其實是很有實際壓制力的管制手段，從而與上述目的（特別是防止猥褻、有傷風化廣告之出現）之

---

<sup>18</sup> 解釋理由書第 5 段最末幾行認定含藥化粧品廣告之事前審查手段違憲，理由與第 4 段類似。

達成間反而是會具有「直接」關聯。

[28] 正因為事前審查對言論自由的壓制效果太強、太徹底，因此要予以嚴格審查。在本案，由於本號解釋已經先宣告目的違憲，故如何認定手段違憲，或許已非重點。但如立法目的能通過上述極其嚴格的「直接、立即及難以回復危害」之檢驗而合憲，則事前審查恐怕會是防止上述危害發生的必要手段。特別是當非廣告性質之其他言論可能或必然導致直接、立即且難以回復的危害時，如洩漏即將進行的作戰計畫內容、現職情報人員所在及活動等國家安全資訊，或揭露個人私密照片、影片等隱私資訊，在此脈絡下，事前審查手段是可能成為最後的必要管制手段。此時，縱令適用傳統比例原則所強調的必要性次原則（最小侵害手段），亦難根本、完全否定事前審查之必要性。至於適合性及衡平性這兩個次原則所強調的關聯性高低及損益是否相當，通常就更無作用了。<sup>19</sup>換言之，一旦認為事前審查機制之目的合憲，手段審查的重點就不再是傳統比例原則的三個次原則（此時會只剩必要性原則還可用），而會轉到：假使要例外容許事前審查，應有的配套要求為何？

## 2 手段審查之重點

[29] 本席認為，法院對於系爭規定事前審查機制的手段審查，至少還應包括以下幾個重點：

### （1）是否打擊過廣（overbreadth）？

[30] 如果要落實最小侵害手段要求的審查，本案的審查重點應該是：系爭規定不分廣告媒體及方式，<sup>20</sup>要求一律事前審

---

<sup>19</sup> 一般而言，在適用嚴格審查標準時，比例原則的適合性和衡平性這兩個次原則，原本就無用武之地，而只有必要性次原則才是真正具有殺傷力的嚴格審查標準。

<sup>20</sup> 美國法對於藥品廣告，也只要求「電視」廣告需要事前送審。21 U.S.C. §353c: “(a) The Secretary may require the submission of any television advertisement for a drug (including the script, story board, rough, or a completed video production of the television advertisement) to the Secretary for review under this section not later

查。在平面（如報紙、雜誌等）及電子（如電視、廣播等）媒體刊播的化粧品廣告固然要事前送審；但就連商店內外之標示、張貼及立牌、街頭傳單、網路及社群媒體之廣告等，也都要送審。又即使是內容沒有問題的廣告，例如商店在面膜賣架上擺放「連續十年銷售第一名」之類廣告，如果沒有事先審查通過，依法仍屬可罰。就此而言，系爭規定的管制範圍確實打擊過廣，而已逾必要範圍。本號解釋理由書認為系爭規定事前審查手段與目的之達成間不具「絕對必要」之關聯，應可如此理解。

## （2）是否欠缺明確的許可基準？

[31] 系爭規定之事前審查機制使行政機關得透過其許可處分，決定化粧品廣告能否刊登及其刊登內容。如果行政機關欠缺明確的許可基準據以執行，其審查勢必流於恣意、無法預測。這是法院評價事前審查機制手段是否合憲時，所應該

---

than 45 days before dissemination of the television advertisement....”但主管機關並無權力直接或要求變更送審之廣告內容，而只能要求業者將應強制標示的資訊（如嚴重副作用）納入其廣告中。21 U.S.C. §353c:

“.....

(b) In conducting a review of a television advertisement under this section, the Secretary may make recommendations with respect to information included in the label of the drug—

(1) on changes that are— (A) necessary to protect the consumer good and well-being; or (B) consistent with prescribing information for the product under review; and

(2) if appropriate and if information exists, on statements for inclusion in the advertisement to address the specific efficacy of the drug as it relates to specific population groups, including elderly populations, children, and racial and ethnic minorities.

(c) Except as provided by subsection (e), this section does not authorize the Secretary to make or direct changes in any material submitted pursuant to subsection (a).

.....

(e) (1) In conducting a review of a television advertisement under this section, if the Secretary determines that the advertisement would be false or misleading without a specific disclosure about a serious risk listed in the labeling of the drug involved, the Secretary may require inclusion of such disclosure in the advertisement....”

重視者。<sup>21</sup>

[32] 在本案，系爭規定本身並沒有明文規定任何足供行政機關據以執行的明確許可基準。然依系爭條例第 24 條第 1 項及系爭條例施行細則第 20 條<sup>22</sup>規定，主管機關發布「化妝品得宣稱詞句例示及不適當宣稱詞句列舉」之命令，<sup>23</sup>作為實務上審查化粧品廣告的許可基準。如以這項命令為準，系爭規定之事前審查機制其實是有相當明確的許可基準。<sup>24</sup>如要再深究其合憲性，問題應該不是不夠明確，而是太繁瑣及過於僵化。

[33] 至於系爭條例第 24 條第 1 項及系爭條例施行細則第 20 條規定本身是否符合法律明確性原則？又系爭條例施行細則第 20 條是否符合明確授權原則？則屬另一問題，而非此處是否欠缺明確許可基準的問題。

---

<sup>21</sup> 這也是美國最高法院判決強調的審查重點之一，*see e.g.*, *Niemotko v. Maryland*, 340 U. S. 268, 273 (1951) (“[T]he lack of standards in the license-issuing “practice” renders that “practice” a prior restraint in contravention of the Fourteenth Amendment, and that the completely arbitrary and discriminatory refusal to grant the permits was a denial of equal protection.”); *Kunz v. New York*, 340 U. S. 290, 293 (1951) (“[A]n ordinance which gives an administrative official discretionary power to control in advance the right of citizens to speak on religious matters on the streets of New York. As such, the ordinance is clearly invalid as a prior restraint on the exercise of First Amendment rights.”).

<sup>22</sup> 系爭條例第 24 條第 1 項：「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。」系爭條例施行細則第 20 條規定：「化粧品廣告之內容，應依本條例第二十四條第一項規定，不得有左列情事：一、所用文字、圖畫與核准或備查文件不符者。二、有傷風化或違背公共秩序善良風俗者。三、名稱、製法、效用或性能虛偽誇大者。四、保證其效用或性能者。五、涉及疾病治療或預防者。六、其他經中央衛生主管機關公告不得登載宣播者。」

<sup>23</sup> 行政院衛生署中華民國 102 年 3 月 26 日署授食字第 1021066202 號令（102 年 8 月 1 日生效）。

<sup>24</sup> 主管機關於前註之命令中，同時公布附表一「化粧品得宣稱詞句例示」及附表二「化粧品不適當宣稱詞句列舉」，並於說明三規定：「...未列舉之詞句，其整體仍不得涉及醫療效能、虛偽或誇大等內容。」查附表一例示之得宣稱詞句有如：「滋養髮根」、「活化頭皮」、「青春的頭髮」等，附表二列舉之不適當宣稱詞句有如：「有效預防掉髮」、「頭頂不再光禿禿、頭頂不再光溜溜」等。不管是得宣稱或不適當宣稱的詞句，都相當具體、特定。

### (3) 是否有充分的程序保障？

[34] 本號解釋理由書第3段強調事前審查機制應「賦予人民獲立即司法救濟之機會」，其手段始得合憲。可惜的是，本號解釋在理由書第4及5段實際審查系爭規定手段時，並未進一步闡述其意。為免誤解及未來適用上疑義，本席謹補充說明如下。

[35] 如果要賦予行政機關事前審查言論的權力，最重要的配套設計應該是要提供當事人充分的程序保障，包括：(1) 行政機關要在預定發表言論的時點之前迅速作出許可與否的決定；(2) 在行政機關決定前，要讓當事人有陳述意見的機會；(3) 及時的事後司法救濟。所謂及時，指的是司法機關也要能在預定的言論發表日之前，迅速做出裁判，使當事人不致因為行政機關的不許可，而錯過預定的發言時機。<sup>25</sup> 本號解釋所稱「立即司法救濟」，應與上述(3)之意旨相通。

[36] 其次，本號解釋強調必須給予人民「司法救濟」的機會，指的是法院所提供的行政訴訟等救濟；至於向行政機關提出訴願或其相當程序（如復查、申訴等），仍然不夠。為免國家透過行政機關之事前審查機制，恣意阻斷言論之發表，因此要由法院以中立第三者立場予以裁判，以防濫權。訴願等程序只是行政機關的內部反省，性質上仍屬行政權作用，並不足以構成充分的程序保障。在此範圍內，應修法排除訴願前置原則<sup>26</sup>的限制。

[37] 最後，本號解釋強調司法救濟必須「立即」，意指在人民預定發言日前，法院就要能做出裁判。故如行政機關於審查後禁止人民刊播廣告或發表其他言論，對於這類禁止或拒

---

<sup>25</sup> 參林子儀，前註1，頁149。

<sup>26</sup> 如行政訴訟法第4條第1項中有關「...經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，...」，及同法第5條第1、2項中有關「...經依訴願程序後，...」，強制要求需先提起訴願的程序限制。

絕（否准）處分，人民固得依行政訴訟法第 4 條提起撤銷訴訟，或依同法第 5 條提起課予義務訴訟，要求行政機關作成許可處分。然行政法院在實務上是否真能提供如此「及時」的救濟？恐怕是未來的難題所在。

## 五、相關與未決問題

### （一）本案受理範圍

[38] 本案聲請人聲請解釋的法令，除了本號解釋受理的系爭條例第 24 條第 2 項及其連結的系爭條例第 30 條罰則規定外，另包括系爭條例第 24 條第 1 項及系爭條例施行細則第 20 條規定。本號解釋以聲請人在客觀上未具體指摘後兩項法令有何牴觸憲法之處為由，不予受理。

[39] 考量本件原因案件確定終局裁判是以聲請人「未事前送審」化粧品廣告為事實基礎，適用系爭條例第 24 條第 2 項及第 30 條規定，維持主管機關之罰鍰處分。在此意義上，或可認為系爭條例第 24 條第 1 項及系爭條例施行細則第 20 條並非確定終局裁判所真正適用的法令。依過去解釋先例，本院雖可以上述法令具有客觀關聯性為由，將之納入審查範圍。但在理由論述上，恐需另依法律明確性等原則審查其合憲性，益增本案之複雜性。鑑於本案之審理速度已經明顯遲誤，<sup>27</sup>為求亡羊補牢，儘速做出解釋，本號解釋對於上述兩項法令不予受理，本席勉強可以支持。

### （二）相關的未決問題

[40] 有關言論自由的事前審查機制，除了本案所審理的化粧品廣告及本院釋字第 414 號解釋曾審理過的藥品廣告外，現

---

<sup>27</sup> 本件原因案件自判決確定時起，至 2016 年 9 月 8 日，已逾五年再審不變期間（參行政訴訟法第 276 條第 4 項）。故縱使本號解釋宣告確定終局裁判所適用之系爭規定違憲並立即失效，聲請人仍無從據以提起再審（類推適用本院釋字第 209 號解釋）。就此遲誤，本院確有失職之處。



行政法中尚有如廣播電視醫療廣告之核准、<sup>28</sup>中小學教科書之審定<sup>29</sup>等。此等事前審查機制，雖與系爭規定有類似性質，但並非本號解釋審查範圍直接所及。將來如有爭議，仍需另行處理。

## 六、結語

[41] 事前審查機制會自始禁止言論之出現，使人民無從透過言論之交換與討論，而得以知悉、檢驗或反駁相關主張。其對人民表意自由之壓制程度，最為徹底。如果說過於嚴厲的事後處罰，會產生寒蟬效應。那提前扼殺言論的事前審查，無疑更會產生啞蟬效應。寒蟬如不畏冬，猶可一鳴；啞蟬既已失聲，只能自凝。在各國歷史上，常見政府濫用或誤用事前審查機制以箝制言論。因此現代民主憲政國家之憲法學理及實踐，可說都已經對事前審查機制採取高度質疑的立場。這是經驗的反省，而不只是抽象思辯的結果。

[42] 我國在威權統治時期，事前審查機制也是當時政府打壓異己、控制社會的重要工具之一。殷鑑不遠，尤應引以為戒。即使是在民主時代，也應注意國家改以善良家長自居，而將粗魯的鎮壓暴力，轉換成細緻的規訓工具，繼續沿用。

[43] 商品廣告固以追求經濟利益為其主要目的，但其除了提供商品資訊外，亦常兼有意見表達的成分。特別是在多元傳播媒介的現代社會，各種高創意的廣告設計與表現，早已成為人們消費的重要資訊來源，甚至是日常生活的一部分，而與其他類型言論交叉匯流，相互影響。對於商品廣告的表意價值，確實值得重新評估與正視。

---

<sup>28</sup> 醫療法第 85 條第 2 項：「利用廣播、電視之醫療廣告，在前項內容範圍內，得以口語化方式為之。但應先經所在地直轄市或縣（市）主管機關核准。」

<sup>29</sup> 相關法令依據有：國民教育法第 8-2 條第 1 項：「國民小學及國民中學之教科圖書，由教育部審定，必要時得編定之。…」、高級中等教育法第 48 條第 2 項：「高級中等學校教科用書，由國家教育研究院審定；…」，及教育部發布之「國民小學及國民中學教科圖書審定辦法」、「高級中等學校教科用書審定辦法」。