

## 釋字第 794 號解釋部分協同意見書

蔡大法官明誠 提出

本號解釋從保護國民健康角度出發，採取限制菸品促銷、廣告及贊助之觀點，認為本原因案件所涉及相關菸害防制法（下稱系爭法律）規定合憲，其出發點固不無道理。但菸害防制法（下稱系爭法律）第 2 條第 4 款（菸品廣告）與第 5 款（菸品贊助），及第 9 條第 8 款（下稱系爭規定），有關促銷菸品及為菸品廣告，與菸品贊助之關係為何，對系爭規定是否採取全面禁止(total ban; complete ban)或廣泛禁止(comprehensive ban)原則，菸品促銷、廣告及贊助行為之歸類及定性，及有關禁止菸品業者顯名贊助公益活動部分，從憲法基本權保障觀點，仍有再推敲之餘地。爰提出部分協同意見書如下：

### 一、系爭規定是否及於限制贊助行為，與菸品促銷、廣告及贊助之類型化及定性問題

關於限制菸品廣告之合憲性問題，涉及菸品廣告限制與商業言論之表意自由（freedom of expression; 表達或表現自由）之關係。本院過去曾就商業廣告作成數號解釋<sup>1</sup>，在菸害防制法修正後，配合時勢之最新發展，重新審查菸品廣告涉及商業性言論之限制是否合憲，因此，本件有受理之憲法上

---

<sup>1</sup> 本院解釋，例如釋字第 414 號（藥事法等法規就藥物廣告應先經核准等規定違憲？）、釋字第 577 號（菸害防制法命業者標示尼古丁等含量違憲？）、釋字第 623 號（兒童及少年性交易防制條例第 29 條違憲？）及釋字第 744 號（化粧品衛生管理條例第 24 條第 2 項及第 30 條第 1 項就違反同條例第 24 條第 2 項為處罰之部分，是否違憲？）等解釋。

價值。

系爭法律是否採取全面（廣泛）禁止原則，有必要在進行本原因案件之憲法審查前，應就此先前問題，進行探究。<sup>2</sup>就菸品廣告等是否全面（廣泛）禁止問題，在學理上，有認為「世界衛生組織菸草控制框架公約」（WHO Framework Convention on Tobacco Control, WHO FCTC）生效後<sup>3</sup>，世界各國皆受此影響而修法擴大禁止或限制菸品廣告，亦即採取廣泛禁止原則。但菸草輸出國與輸入國之立場頗有差距，且非政府組織(NGO)與會者亦深切期待能更廣泛禁止菸品廣告。經不斷折衝、妥協後，在禁止或限制菸品促銷、廣告及贊助，預留締約國究竟採取何種具體管控措施，有賴各國憲法意旨個別論斷之。<sup>4</sup>

有認為我國「菸害防制法」於2007年7月11日修正（自2009年1月11日施行）後，將菸品廣告由原則禁止改為全面禁止，因菸、酒、博弈等，係屬須受政府管控之「惡習商品」（vice products; 嫌惡產品）廣告。鑒於菸品廣告性質雖屬商業廣告，仍涉及憲法表見自由之基本權利保障問題，在

---

<sup>2</sup> 學理上，有認為菸品廣告限制，未逾越憲法保障言論自由權、財產權及工作權等人民基本權利之範圍。全面禁止菸品廣告之規定，亦屬合憲範圍。因將菸商（或代理商、販售商等）之私利與欲達成公益目的放置於天平上，則規範菸品廣告之限制對於憲法保障人民基本權利之意旨，即未有失衡。（參照林承宇，菸品廣告限制與基本權利保護之研究，廣告學研究，22集（93年7月），頁87, 95以下。）

<sup>3</sup> 2003年5月21日第56屆世界衛生大會訂於日內瓦；於完成第36條規定之生效條件，自2005年2月28日生效。

<sup>4</sup> 有關世界衛生組織菸草控制框架公約之制定過程，參照高玉泉，世界衛生組織菸草管制框架公約評析，律師雜誌，294期，頁48-58。

修正立法過程，採行政院版本之妥協方案，非屬全面（廣泛）禁止方式，而係列舉方式<sup>5</sup>，就菸品廣告、促銷更為嚴格限制，以維護國人之健康。<sup>6</sup>系爭法律第 2 條第 5 款規定「本法用詞定義如下：五、菸品贊助：指對任何事件、活動或個人採取任何形式之捐助，其直接或間接之目的或效果在於對不特定之消費者推銷或促進菸品使用。」系爭規定明定「促銷菸品或為菸品廣告，不得以下列方式為之：八、以茶會、餐會、說明會、品嚐會、演唱會、演講會、體育或公益等活動，或其他類似方式為宣傳。」文義是否及於菸品業者（包

---

<sup>5</sup> 2007 年 7 月 11 日修正菸害防制法第 9 條立法理由：「依菸草控制框架公約第十三條規定意旨，締約國應廣泛禁止菸品廣告、促銷及贊助，如依憲法規定不能廣泛禁止，則應予限制。鑒於菸品之廣告性質雖屬商業活動，仍涉及憲法表見自由之基本權利保障問題，爰參酌前揭公約規定，仍採列舉方式就菸品之廣告、促銷更為嚴格限制，以維護國人健康。」

<sup>6</sup> 於立法院於民國 94 年 10 月 3 日，衛生環境及社會福利委員會第 5 次全體委員會討論時，就當時行政院版系爭法律第九條（類似現行法規定），列有九項列舉不得促銷菸品或為菸品廣告之方式，但有立法委員，例如丁守中、蔡錦隆、廖本煙等，提出任何人不得（對消費者）為菸品廣告或為菸品贊助之全面禁止之提案條文，尤其是丁守中委員認為我們已簽署菸草控制框架公約，而第十三條明確規定禁止一切廣告促銷或為菸品贊助，已降低菸品消費，認為行政院版本之規定，反而會造成許多執法上之漏洞。之後，徐少萍委員則以前述第十三條規定意旨，如依憲法規定不得廣泛禁止，則應以限制，請教當時衛生署侯勝茂署長，侯署長認第十三條不贊成菸品廣告與贊助，但是必須尊重每個國家之規定，若要全面禁止商業行為會有困難。衛生署所提版本，係認為政府在禁止民間行為時，應規定明確，條列清楚，才不會有解釋上之模糊空間，出現窒礙難行之處，其立場是認為菸品雖非毒品，但它對於人體健康有礙，應予以適當限制。（參照立法院公報，94 卷 51 期，委員會紀錄，頁 372-375。）以上可見，當時修正時，卻有全面禁止之主張，最後妥協以行政院所提出草案條文為修正版本。

含菸品製造、輸入或販賣業者)之贊助行為，仍有推敲之必要。

系爭規定中之「以茶會、餐會、說明會、品嚐會、演唱會、演講會、體育或公益等活動，或其他類似方式為宣傳。」細譯法條文字，其是否涵蓋菸品廣告、促銷及贊助三種之行為態樣，值得再推敲。從第 9 條前段「促銷菸品或為菸品廣告，不得以下列方式為之：」觀之，其僅使用促銷菸品或為菸品廣告，卻未提及菸品之贊助，且系爭規定之修正理由中，未如第 1 款<sup>7</sup>明示其係參考英國及加拿大立法例<sup>8</sup>，第

---

<sup>7</sup> 第 1 款「以廣播、電視、電影片、錄影物、電子訊號、電腦網路、報紙、雜誌、看板、海報、單張、通知、通告、說明書、樣品、招貼、展示或其他文字、圖畫、物品或電磁紀錄物為宣傳」之立法理由，參考英國及加拿大菸品雜誌廣告之作法，並參酌刑法第 201 條之 1 與兒童及少年性交易防制條例第 29 條法例，於第 1 款增列各種廣告、促銷方式之禁止規定。

<sup>8</sup> 學理上，有從比較法研究，認為加拿大聯邦最高法院 1995 年 *RJR-MacDonald Inc v. Canada (Attorney General)* [1995] 3 S.C.R. 199，法院認為聯邦菸品管防制法合憲，但刪除禁止菸品廣告及非歸因之健康廣告(tobacco advertising and unattributed health warnings)，及 2007 年 *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, [2007] 2 S.C.R. 610, 2007 SCC 30 涉及加拿大菸品廣告與促銷法(Canada's laws on tobacco advertising and promotion, under the Tobacco Act, S.C. 1997, c. 13)及菸品資訊規則(the Tobacco Products Information Regulations, SOR/2000-272 ("TPIR"))之合憲性，涉及表達自由之限制是否符合加拿大權利與自由憲章第一條(Canadian Charter of Rights and Freedoms)。該案判決，法院於審查禁止虛偽、誤導性、欺騙性或造成錯誤印象廣告以及對青少年具有吸引力廣告時指出，對於「涵蓋過廣」中的手段必要性下加以審查，因系爭規範所用詞彙乃該國法律規範常用詞語，概念上可以掌握，所禁行為被鎖定於合理範圍內，因此符合此要求。然我國定義規範所謂「間接之目的」用語，在現行中央法規（不含行政規則）中，僅見於本法規定，此並非我國規範常用詞彙，且新法施行迄今時間甚短，亦無法累積一定案例或穩定見解可供參詢，受規制行為可謂上窮碧落下黃泉，範圍極其廣泛，並不合

8 款僅一般說明贊助公益活動為其活動方式及與第 7 款<sup>9</sup>合併修正之緣由。因公益活動有可能係由菸商自己舉辦，亦可能有菸商贊助他人舉辦活動。但如從前引第 8 款規定之文字而言，其並未明示包含系爭法律第 2 條第 5 款菸品贊助，因同條第 4 款另定菸品廣告，其係指以任何形式之商業宣傳（傳播）、促銷、建議（推薦）或行動(any form of commercial communication, recommendation or action)為其活動方式。至於菸品贊助，係指對任何事件、活動或個人採取任何形式之捐助(any form of contribution to any event, activity or individual)為其行為或活動方式。其“communication”譯為宣傳（傳播），“contribution”譯為捐助，兩者之用語，有所不同。細譯條文之脈絡(context)，以上屬於手段，其因菸品廣告或促銷，與菸品贊助之定義，雖均論及「其直接或間接之目的或效果在於對不特定之消費者推銷或促進菸品使用」<sup>10</sup>，但此係運用前述廣告、促銷及贊助三種手段所欲達成之目的(with the aim)。是有時雖難以區分菸品廣告與菸品業者贊助行為，但為使概念更加清楚明確，將手段與目的兩者區分為宜。從

---

乎比例原則。（overbroad/ overbreadth）與「不清楚」（vague/vagueness）之指摘，可於比例原則以上案件值得比較。（參照林杰，前揭文，頁 340 以下。（引自月旦知識庫））

<sup>9</sup> 系爭法律第 9 條第 7 款規定「利用與菸品品牌名稱或商標相同或近似之商品為宣傳。」

<sup>10</sup> 學理上，有認為禁止間接菸品廣告之法律規範，將招致比禁止直接菸品廣告之規範，例如是否干預或侵害財產權、營業權、工作權（營業自由、職業自由等）、言論自由及新聞自由等之保護，更難以說服之憲法上質疑（如是否符合法律保留原則及比例原則），亦即可能明顯牴觸憲法保障人民基本權之意旨。參照翁曉玲，禁限菸品廣告規範之合憲性，東海大學法學研究，19 期（2003 年 12 月），頁 55 以下。

上述看法，或可參考菸草控制框架公約第 1 條第 c 款 菸草廣告及促銷(tobacco advertising and promotion)與第 g 款 菸草贊助(tobacco sponsorship)之定義規定，相互比照。因此，有關係爭法律有關菸品廣告與菸品贊助分別定義，固有所本，較無違憲之疑義。惟廣泛禁止之範圍，是否包括菸品贊助，還是嚴格限制之對象，僅在於菸品之廣告或促銷，抑係以行銷作為上位概念，包括傳統廣告及間接廣告，菸品贊助活動亦包含於前述行銷或間接廣告之範圍內。<sup>11</sup>由此可見，有關菸品贊助，與菸品之促銷、廣告或行銷之間，仍有再界定及定性之必要，因違反此等限制或禁止規範者，將發生一定之法律效力，例如製造或輸入業者、廣告業、傳播媒體業者或其他違反第九條各款規定者，處罰鍰，並按次連續處罰（系爭法律第 26 條參照），既有前述秩序罰之不利效果，自應符合處罰法定原則及構成要件明確性原則之要求。因此，如前述法律用語無法達成定論時，有關文字用語之界定及定性，宜參考菸草控制框架公約之用語，而就菸品促銷、廣告及贊助之行為或活動方式（手段），與其所形成對不特定之消費者推銷或促進菸品使用之直接或間接之目的(aim)、效果(effect)或可能效果(likely effect)之間，其可能涉及限制或禁止要件加以

---

<sup>11</sup> 有將廣告，除傳統之商品廣告外，尚包含間接廣告，其並非促銷一項具體有形之產品，而是在傳達一個企業或品牌之風格、特質、理念或期許等，其目的在營造品牌形象，進而帶動產品，提高該品牌之接受度。間接廣告，除形象廣告外，將贊助及商品置入性行銷(product placement)，皆納入行銷上位概念下所衍生出來之新興之行銷策略。不過，其認為，與其從學理上去討論廣告與其他行銷工具之異同，不如直接參酌各實體法規範中對於廣告或贊助之定義與具體限制範圍，如此更能更清楚判斷其中界線問題。（參照翁曉玲，前揭文，頁 37。）

規定清楚，亦即更精準予以界定及定性，以杜爭議。

承前所述，系爭法律就菸品廣告、促銷及贊助用語，比較菸草公約規定，其明確性既有探究之必要。從法條用語與表達方式而論，系爭規定在立法技術上仍有待斟酌，尤其是系爭法律限制菸品之廣告與贊助用語之區分不明，故引起法律解釋及適用上之爭議。即在法律解釋及適用時，如忽略 96 年修正系爭法律之歷史解釋，而以全面禁止觀點出發，將難免造成過度寬泛解釋之結果，而引起過苛限制有關菸品受規範者商業言論自由之疑慮。換言之，本號解釋未採合憲性限縮或部分違憲作為審查結論，而採取完全合憲見解，固係基於全面（廣泛）禁止之理念出發，其理想自不容否定，但歷史解釋系爭法律第 9 條規定，並探究其立法意旨及目的，現行系爭法律第 9 條規定之存在，而無菸草公約第 13 條第 1 項有關廣泛禁止菸品之促銷、廣告及贊助之行為或活動之一般性規定，亦即其非採全面（廣泛）禁止菸品之促銷、廣告及贊助之立法原則，故在此情形，如採取全面（廣泛）禁止菸品之贊助，解釋第 9 條第 8 款規定，則不無疑問。如欲採取全面禁止原則，亦應盡速修正系爭法律，方為妥當。另本號解釋於此惜未利用此機會，要求相關機關再次重新檢討系爭第 9 條第 8 款及相關規定之解釋及適用所造成之爭議，並補強本院有商業言論自由界限之說理，藉以釐清系爭法律適用上之憲法疑義，實不無商榷之處。

## **二、全面禁止菸品促銷、廣告及贊助活動之理想及其審查密度問題**

理想上，我們需要一套全面（廣泛）禁止菸品促銷、廣告及贊助活動之法律規定，甚至建構一個在供給面既無菸草

產業或無菸商，且在需求面亦無菸品消費者之無菸（tobacco free）之生活方式或社會，如此固營造出極完美之境地。在此採全面（廣泛）禁止菸品之政策下，被認為其係屬立法者政策選擇或形成自由，自可能被肯認國家制定全面禁止菸品規定具合憲性。惟在現實狀況下，可從前述世界衛生組織菸草控制框架公約之制定過程可知，各締約國之利害關係不盡相同，在菸害防制之政策及法律規範，卻有不同強度之規範效果。在此情況，立法者或相關機關制定或訂定相關法令時，則難免須受憲法之審查。至於採取美國聯邦最高法院判決（例如 *Central Hudson* 案或其後陸續發展之審查標準）<sup>12</sup>，

---

<sup>12</sup> 在美國，早期 *Valentine v. Chrestensen* (1942) 案有關商業性言論 (Commercial speech) 係採取零自由言論保護 (zero free-speech protection)。之後，尤其是美國聯邦最高法院 *Central Hudson Gas & Elec. Co. v. Public Serv. Comm. of N.Y.* (1980) 案，關於禁止電力事業促銷廣告 (“promotional advertising” by electrical utilities) 之限制商業言論之合憲性審查，提出 *Central Hudson test* 之兩步驟三準則之憲法保障機制，亦即該言論係合法活動及無誤導性 (引人錯誤) (the speech concern lawful activity and is it non-misleading)。如符合前述要件，則再審查其他三項準則 (three other prongs)，即確認政府利益是否重要 (whether the asserted governmental interest is substantial.)、該規定是否直接促進政府利益 (whether the regulation directly advances the governmental interest asserted)，以及該規定之規制手段是否逾越其所欲達成利益之必要性 (whether it is not more extensive than is necessary to serve that interest)。 *Central Hudson* 案，有認為是聯邦憲法法院修正適用較富彈性之中級檢驗基準 (intermediate scrutiny) 之結果。非屬微小或微不足道之政府利益，可被視為是符合實質重要性政府利益之要求。例如保障人民健康、安全或福利之法令，亦將符合實質重要性政府之標準。（參照史慶璞，美國憲法理論與實務，台北市：三民書局，2007年6月初版1刷，頁214。）對於菸品商業言論自由，美國聯邦最高法院於2001年 *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly* 案，再次確認 *Central Hudson* 案進而提出四步驟審查法 (four part test)（或稱商業性言論之四步驟分析，“four-step analysis for commercial speech”），評斷政府規制商業性言論，為阻止危害行



或其他立法例之經驗（例如加拿大法院判決<sup>13</sup>），可能因其涉及公共利益之重要性，而異其審查密度。換言之，有可能涉及實質（重要）利益者，採取實質關聯之中度審查 (Intermediate scrutiny)，如涉及迫切（極重要）之國家利益 (compelling state interest)（公共利益），則受嚴格審查 (strict scrutiny)。因此，有關菸品之商業言論之憲法審查標準，其所採手段與欲達成目的間之關聯性，是否類皆採取中度審查標準，或未來仍可能因不同個案所涉及公共利益之重要性有所差異，而改採更嚴格或較低度之審查標準，亦不無可能性存

---

為，有限度賦予政府規制廣告之可能性。參照 Erwin Chemerinsky, *Constitutional law: principles and policies*, New York: Wolters & Kluwer Law & Business, pp.1142-1143(4<sup>th</sup> ed 2011). 學理上，在前開審查密度，有認為第四步驟之審查，採混合型審查標準，即在目的要求上採中度審查，在手段要求上，則採嚴格審查。參照陳仲麟，商業性言論憲法解釋十年回顧與評析，*中原財經法學*，27 期，頁 21-24。以上審查標準，可供參考比較。

<sup>13</sup> 學理上，有認為本法行為規範第 9 條各款，已窮舉各類傳播載具，其與定義規範已構成繁複縝密的規範網絡，對菸品廣告管控，實際上已達「全面禁止」程度，而非本條本文及其立法理由所宣稱的列舉限制。另值得借鏡加拿大最高法院相關判決見解，在實務對禁菸場所嚴格取締下，開放部分提供商業基礎訊息之菸品廣告，應不至於使吸菸危害或菸品消費大幅攀升。立法者應考慮開放部分菸品廣告，不宜再維持全面禁止體例。又參酌加拿大最高法院相關判決意旨，其一再強調不可將理性成年人與不具通常辨別事理能力之未成年人等同而視。縱為防止未成年者因受菸品廣告誘惑而使用菸品，惟仍不可全然斷絕成年吸菸者接觸菸品資訊之機會，此際，應可參酌釋字第 623 號解釋脈絡，考慮實施分級制度，而非一味基於家父長式主義論調予以全面禁止。本法若真如表面上所宣稱採列舉限制，則應明確設置例外，斷不可採取「表面列舉限制、實質全面禁止」雙面手法。參照林杰，*管控菸品廣告的憲法界限—以加拿大聯邦最高法院相關判決為借鏡*，*中華國際法與超國界法評論*，9 卷 2 期（2013 年 12 月），頁 355-359。（引自月旦知識庫）

在。因此，有關菸害防制法究竟採取全面（廣泛）禁止，部分禁止或附有條件禁止等立法原則，雖可能被認為其係各國立法者之立法選擇或形成自由之範疇，但立法者如選擇列舉規範模式，而限制菸品促銷、廣告或贊助活動時，該相關限制規定，仍不得牴觸法律明確性原則。換言之，如規定用語或內容不清楚明確時，則有違反法律明確性原則之疑慮。

### 三、展望---代結語

在基本權之衝突調和方面，因本號解釋就菸品之廣告、促銷及贊助之限制與商業言論自由是否合憲之疑義，其涉及在憲法上國家採取維護國人健康之保護義務或措施時，同時國家亦干預或限制菸商之商業言論自由（表現自由）之基本權，兩者之間可能發生衝突，如存在於天平之兩端，需要利益衡量。故其在兩邊法益衡量加以「務實諧和」（praktische Konkordanz；實踐和諧）<sup>14</sup>，基於憲法之同一性(Einheit der Verfassung)，國家應務實就具體個案尋求雙方較佳之處理方案。本院解釋時，在衡量本原因案件之憲法保護法益後，期待就菸商之贊助行為或活動之限制與憲法上商業言論自由之衝突間，能作出符合比例性之務實諧和之憲法審查結論。總之，在尚未修法明確表示採取全面（廣泛）禁止制度之前，相關機關之解釋菸商之贊助行為或活動之概念時，如造成商

---

<sup>14</sup> 憲法上所保護多數法益(Verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter)於問題解決時，相互予以歸屬(einander sozugeordnet)，並設其界限，在憲法同一性(Einheit der Verfassung)觀點，兩種法益，藉以獲得較適之效果(zu optimaler Wirksamkeit)，可之稱為「務實諧和（實踐和諧）」。（參照 Konrad Hesse，Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Auflage, Heidelberg: C. F. Müller, 1999, Rn. 72, 317ff., 325）

業言論自由受到限制，則不宜率爾事前斷定系爭法律之限制規定，完全合憲或違憲，宜就個案情事，運用基本權保障與國家保護義務或干預措施正當化之間，進行務實諧和之利益衡量，亦即在衡量國家對國人健康權之保護與有關菸品受規範者之商業言論自由之憲法保障，使之符合比例性之合憲性判斷，以期公允。