

## 法規範憲法審查聲請書

聲請人 臺北高等行政法院地方行政訴訟庭德股法官

憲法法庭收文
112.12.12
憲A字第2534號

1 茲依憲法訴訟法第55條之規定，聲請法規範憲法審查：

### 2 壹、主要爭點

3 入出國及移民法第56條第4項前段、第79條第1項第4款之規定，係就移  
4 民業務廣告所為之事前審查，是否侵害憲法第11條之言論自由權且逾  
5 越必要程度而屬違憲？

### 6 貳、審查客體

7 一、入出國及移民法第56條第4項前段：「移民業務機構對第一項各款業  
8 務之廣告，其內容應經移民署指定之移民團體審閱確認，並賦予審閱  
9 確認字號，始得散布、播送或刊登。」

10 二、入出國及移民法第79條第1項第4款：「移民業務機構有下列情形之一  
11 者，處新臺幣三萬元以上十五萬元以下罰鍰，並令其限期改善；屆期  
12 仍不改善者，勒令歇業：...四、違反第五十六條第四項規定，散布、  
13 播送或刊登未經審閱確認或核定之移民業務廣告。」

14 參、原因案件案號：臺北高等行政法院112年度簡字第17號。

### 15 肆、應受判決事項之聲明

16 入出國及移民法第56條第4項前段、第79條第1項第4款之規定，係就移  
17 民廣告所為之事前審查，限制移民業務機構之言論自由，已逾越必要程  
18 度，不符憲法第23條之比例原則，與憲法第11條保障人民言論自由之意  
19 旨有違，應受違憲宣告，並自判決宣告之日起失效。

### 20 伍、事實上及法律上之陳述

#### 21 一、聲請法規範憲法審查之目的：

22 本院審理112年度簡字第17號入出國及移民法案件，依本院合理之確  
23 信，認裁判上所應適用之入出國及移民法第56條第4項前段、第79條

1 第1項第4款規定，抵觸憲法第11條保障人民言論自由之意旨，為此聲  
2 請法規範憲法審查。

## 3 二、基本權受不法侵害之事實及所涉憲法上之權利：

4 (一) 本院審理112年度簡字第17號入出國及移民法案件，該案原告即移  
5 民業務機構富域禮悅國際有限公司(下稱富域公司)於該公司官方  
6 網頁刊登內容為「投資臺灣攻略：港澳移民移居台灣，投資移民，  
7 一、投資程序……二、審查條件……三、定居資格……移民業申辦  
8 請洽<發現台灣>。台灣團隊富域禮悅國際有限公司移民業務機構  
9 註冊登記證第C0250號」之移民廣告，經該案被告即內政部以富域  
10 公司未依入出國及移民法第56條第4項規定，事前取得廣告審閱核  
11 定證號，遂依入出國及移民法第79條第1項第4款規定，於110年10  
12 月20日以前授移字第1100026850號處分(附件1)對富域公司裁處  
13 罰鍰新臺幣3萬元。富域公司不服，提出訴願，經行政院於110年1  
14 2月22日以院臺訴字第1100196174號訴願決定(附件2)駁回其訴  
15 願，遂向本院提起行政訴訟。

16 (二) 經本院審理後，認為入出國及移民法第56條第4項前段、第79條第  
17 1項第4款之規定，係政府委託移民團體以對移民廣告所為之事前  
18 審查，且其目的並非「防免人民遭受直接、立即及難以回復危害之  
19 特別重要之公共利益」，手段上也非「與目的之達成間具直接及絕  
20 對必要關聯」，更無賦予人民獲立即司法救濟之機會，與憲法第11  
21 條保障言論自由之意旨有違，遂依憲法訴訟法第55條之規定，聲請  
22 鈞庭為宣告上開法規範違憲之判決。

## 23 三、應受審查法規範在裁判上適用之必要性

24 入出國及移民法第56條第4項前段、第79條第1項第4款為本院112年  
25 度簡字第17號案件原處分所直接適用之法條，自屬本院審理、裁判時  
26 所應適用之法律。

## 27 四、聲請判決之理由及客觀上形成確信其違憲之法律見解

1 (一) 商業性言論應屬憲法第11條言論自由權保障範圍

2 1. 商業廣告之定義：

3 廣告一詞最早源自於拉丁文「advertere」，原意是「使人注  
4 意或通知他人某件事」，中古英語時代（約西元1300—1475年）  
5 演變為advertise，意思為「使他人注意到某件事」，隨著工商業  
6 之演進、市場日趨競爭及媒體快速發展，廣告逐漸成為企業與民  
7 眾訊息交流與溝通的重要方式。美國行銷協會（American Mar-  
8 keting Association [AMA], 1983）對廣告的定義為「由特定廣  
9 告主付費，並以各種非人際傳播的方式，對其商品、服務或觀念  
10 所做的宣傳與推廣。」<sup>1</sup>

11 為因應商業廣告在現今工商社會之重要性，法律對商業廣  
12 告的定義亦多有規範。如我國廣播電視法第2條第7款明訂「廣  
13 告：指為事業、機關（構）、團體或個人行銷或宣傳商品、觀念、  
14 服務或形象，所播送之影像、聲音及其相關文字。」又如消費者  
15 保護法施行細則第23條：「本法第22條至第23條所稱廣告，指利  
16 用電視、廣播、影片、幻燈片、報紙、雜誌、傳單、海報、招牌、  
17 牌坊、電腦、電話傳真、電子視訊、電子語音或其他方法，可使  
18 多數人知悉其宣傳內容之傳播。」各專法的廣告管理章節中，亦  
19 有對廣告做出定義，例如醫療法第9條規定：「本法所稱醫療廣  
20 告，係指利用傳播媒體或其他方法，宣傳醫療業務，以達招徠患  
21 者醫療為目的之行為。」藥事法第24條規定：「本法所稱藥物廣  
22 告，係指利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的之  
23 行為」等。

24 此外，釋憲實務上，大法官吳庚、蘇俊雄與城仲模即曾於釋  
25 字第414號之不同意見書中，界定商業廣告為「以銷售物品、勞

---

<sup>1</sup> 原文為“Advertising is any paid form of non-personal presentation and promotion of ideas, goods and services by an identified sponsor.”

1 務、創意等俾獲取利潤之商業言論」<sup>2</sup>；學說上亦有學者指出，  
2 所謂商業性言論係指「為宣傳或推廣特定的商品或服務的言論，  
3 其目的在於直接刺激該項物品或服務的交易，進而獲得商業利  
4 益。而商業性言論最常見的類型就是商業廣告」<sup>3</sup>。

5 綜合上述，可知商業性言論最為常見的類型就是商業廣告，  
6 而商業廣告之定義可歸納出下列因素：(1)廣告應有廣告主，而  
7 商業廣告之廣告主係以營利為目的之企業；(2)商業廣告之目的  
8 是為了宣傳、推廣特定之品牌、商品或服務；(3)其傳播之方式  
9 係利用大眾媒體，對象為不特定之多數人。

## 10 2. 商業廣告應受言論自由保障之理論基礎

11 商業廣告固然是出於企業營利目的所為之言論，然不應因  
12 此而排除在憲法言論自由權保障範圍之外。其主要理論基礎分  
13 述如下：

### 14 (1) 資訊傳遞及自我實現

15 美國聯邦最高法院在1976年的 Virginia State Board of P  
16 harmacy v. Virginia Citizen Consumer Council 案中即指出：  
17 基於經濟社會中，資訊流通的重要性以及消費者「資訊接收」  
18 的權利，商業性言論亦應受憲法增修條文第一條（下稱憲法第  
19 一修正案）之保障。申言之，商業廣告雖以追求經濟利益為目  
20 的，仍屬廣告人的言論自由範圍，且商業廣告可使民眾獲悉市  
21 場上各種商品、服務之資訊，並從中做出最有利之消費選擇，  
22 進而形成更有效率之市場競爭，達到社會資源的合理分配。

23 此外，美國憲法學者 Martin Redish 主張：憲法第一修正  
24 案保障言論自由之目的在於「促進自我實現」，個人如果要達

---

<sup>2</sup> 吳庚、蘇俊雄與城仲模大法官，大法官釋字第414號不同意見書。

<sup>3</sup> 林子儀(1987)，商業性言論與言論自由，美國月刊，第2卷第8期，頁25。

1 成自我實現的目標，不僅是政治性事務，當然也應包含與自身  
2 生活最密切的經濟性事務<sup>4</sup>。

## 3 (2) 商業廣告之表意價值

4 經研究發現，對消費者而言，現在商業廣告的目的與價值  
5 不僅是在傳遞商品或服務的訊息，也在追求廣告的藝術性與  
6 娛樂性，以滿足心理上的審美需要，而藝術表現也逐漸成為廣  
7 告的技術與要求之一<sup>5</sup>。

8 大法官黃昭元在釋字第744號解釋之協同意見書，亦肯認  
9 商業廣告的表意價值：「商品廣告固以追求經濟利益為其主要  
10 目的，但其除了提供商品資訊外，亦常兼有意見表達的成分。  
11 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  
12 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  
13 的一部分，而與其他類型言論交叉匯流，相互影響。對於商品  
14 廣告的表意價值，確實值得重新評估與正視」。

15 從而，商業廣告既具有傳遞資訊，得使個人做出合理決策  
16 以自我實現，且具創意性、藝術性之表意價值，自應受言論自  
17 由之保障。

## 18 3. 對商業廣告管制手段之審查標準

19 現今無論美國聯邦最高法院或我國大法官，都已肯認商業廣告  
20 應受憲法言論自由保障。以下將說明就商業廣告之管制手段，美  
21 國在 Central Hudson 案中所建立之審查標準，及我國釋憲實務  
22 在審查商業性言論上之演進。

### 23 (1) Central Hudson 案<sup>6</sup>之「兩步驟、三準則」審查標準：

24 該案係紐約州公共服務委員會於1973年12月時因電力  
25 吃緊，遂發布命令禁止州內所有電力公司刊登促銷廣告。在

---

<sup>4</sup> Garvey, John H. & Frederick Schauer, *The First Amendment : A Reader*, 377 (1996)。轉引自：劉文萱 (2018)，*言論事前審查之研究—以醫藥廣告為中心*，國立臺灣大學國家發展研究所碩士論文，頁29-30。

<sup>5</sup> 李鵬(2009)，*淺析商業廣告與藝術*，*商場現代化*，第556期，頁180。

<sup>6</sup> *Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of N.Y.* 443 U.S. 557 (1980).

1 該案判決結論認為，紐約州公共服務委員會完全禁止電力公  
2 司刊登促銷廣告，已違反憲法增修條文第1條及第14條而違  
3 憲。判決理由中並針對商業性言論管制手段，建立一套兩步  
4 驟、三準則之合憲性審查標準：

5 **第一步驟：**即該言論係合法活動及無誤導性（引人錯誤）

6 (the speech concern lawful activity and is it  
7 non-misleading)。

8 **第二步驟：**如符合前述要件，則再審查其他三項準則（three  
9 other prongs）：

10 **第一準則：**確認政府利益是否重要（whether the  
11 asserted governmental interest is su-  
12 bstantial.）。

13 **第二準則：**該規定是否直接促進政府利益（whe-  
14 ther the regulation directly advances  
15 the governmental interest asserted. ）。

16 **第三準則：**該規定之規制手段是否逾越其所欲達  
17 成利益之必要性（whether it is not  
18 more extensive than is necessary to  
19 serve that interest.）。

20 國內有論者表示贊同美國聯邦最高法院對於政府可限  
21 制虛偽不實、引人錯誤或是非法交易的廣告；至於內容真實  
22 且以合法交易為目的之廣告，政府管制必須能夠增進具體利  
23 益，且手段不能逾越必要程度。這反映的正是 Central Hud-  
24 son 案的觀點<sup>7</sup>。

## 25 (2) 我國釋憲實務

---

<sup>7</sup> 林子儀（1999），言論自由與新聞自由，元照，頁159-160。

1 釋字第414號解釋就藥事法第66條第1項規定藥商刊播  
2 藥物廣告前應申請主管機關核准之規定，認為「言論自由，  
3 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  
4 現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性  
5 質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、  
6 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  
7 保障等量齊觀。藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大  
8 關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範。……藥  
9 事法第66條第1項規定為增進公共利益所必要，與憲法第11  
10 條保障人民言論自由之意旨尚屬相符。」該號解釋顯然受到  
11 言論自由學說中「雙階理論」(two-level theory)的影響，以  
12 「商業言論並非高價值言論」，而認為對商業言論之管制手  
13 段應採較寬鬆之審查標準。

14 釋字第577號解釋認為「商品標示為提供商品客觀資訊  
15 之方式，為商業言論之一種，有助於消費大眾之合理經濟抉  
16 擇。是以商品標示如係為促進合法交易活動，其內容又非虛  
17 偽不實或不致產生誤導作用者，其所具有資訊提供、意見形  
18 成進而自我實現之功能，與其他事務領域之言論並無二致，  
19 應屬憲法第11條言論自由保障之範圍，業經本院釋字第414  
20 號解釋所肯認。惟國家為保障消費者獲得真實而完整之資訊、  
21 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  
22 的，自得立法採取與目的達成有實質關聯之手段，明定業者  
23 應提供與商品有關聯性之重要商品資訊」。

24 釋字第634號解釋認為，「憲法第11條保障人民之言論自  
25 由，乃在保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自  
26 我實現之機會，經濟性言論所提供之訊息，內容非虛偽不實，  
27 或無誤導作用，而有助於消費大眾為經濟上之合理抉擇者，

1 應受憲法言論自由之保障。惟國家為重要公益目的所必要，  
2 仍得於符合憲法第23條規定之限度內，以法律或法律明確授  
3 權之命令，採取與目的達成有實質關聯之手段予以限制」。

4 憲法法庭於112年憲判字第17號針對醫療法第84條規定：  
5 「非醫療機構，不得為醫療廣告。」其中關於禁止醫師為醫  
6 療廣告之部分，與憲法第11條保障言論自由之意旨有違而違  
7 憲。其理由中明白表示：「(一) 本件應採『中度審查標準』  
8 審查立法者對醫師為醫療廣告之言論自由管制：國家為保障  
9 消費者獲得真實而完整之資訊，避免商業廣告或標示內容造  
10 成誤導作用，或為增進其他重要公共利益目的，例如保護國  
11 民健康，自得立法採取與上述目的之達成間具有實質關聯之  
12 手段，限制商業廣告，迭據大法官作成解釋(司法院釋字第  
13 414號、第577號及第794號解釋參照)。……醫師為醫療廣告，  
14 除涉及醫師表現自我，傳播訊息予大眾之言論自由外，亦與  
15 國民健康有密切關聯，從而立法者自得為達成保護國民健康  
16 之目的，採取與此目的之達成間，具有實質關聯性之手段，  
17 以為管制。」

18 綜上，商業性言論具有資訊交流及促進個人自我實現之  
19 目的，而應受言論自由之保障，然非不得管制；而針對其管  
20 制手段之審查標準，參考美國 Central Hudson Test 的「兩步  
21 驟、三準則」審查標準，及我國歷年大法官解釋所揭示之準  
22 則，管制目的應須符合「重要」之政府利益，手段與目的間  
23 亦須有「實質關聯」，即至少應採「中度審查標準」。

#### 24 4. 小結：

25 首先，商業廣告應受到適度的管制，商業廣告規範之制定，  
26 仍要兼顧經濟市場之公平競爭以及消費者權益保護等因素。廣  
27 告的管制有其必要性，尤其針對涉及消費者安全與健康之產品，

1 更要確保廣告內容的真實性，以避免消費者受到誤導而產生錯  
2 誤認知，進而擴大危害之情事；此外，由於廣告的目的在於促銷  
3 與刺激消費，廣告主不免為了行銷與營利，並未在廣告中為真實  
4 的表述。如同美國聯邦最高法院在 Virginia Pharmacy 案當中，  
5 法院雖然肯定商業資訊的流通與開放，但是在考量消費者權益  
6 時，強調應確保真實資訊的流通，如果涉及非真實資訊並且為有  
7 害的內容，政府得以對該言論進行管制，並且該管制並非侵害言  
8 論自由，而是對於「消費者保障」的重大公益目的之考量，此乃  
9 基於對消費者公益以及言論自由之權衡<sup>8</sup>；同時，也可從我國歷  
10 年憲法審查對於商業性言論定義的描述看到相同的觀點。

11 然而，立法者基於「維護國民健康」或「消費者保障」等目  
12 的，雖得為商業言論之廣告管制，然基於保障人民言論自由與營  
13 業自由之精神，管制手段仍應符合憲法第23條之比例原則，否則  
14 縱然目的正當，手段上仍有違憲可能。

15 因此，即便商業廣告有管制的必要性，仍不得過度管制。因  
16 為國家介入市場進行商業管制(廣告管制即屬國家進行的商業  
17 管制之一環)，其目的在於防免經濟市場產生弊端，但是過度擴  
18 張管制範圍，則可能產生如下的負面影響<sup>9</sup>，例如企業經營效率  
19 低落、市場透明性欠缺、消費者利益受損並且使得既得利益更容  
20 易受到鞏固等負面影響。申言之，國家進行商業管制有其固有  
21 界線，第一，經濟管制可能導致限制企業競爭反而妨礙了價格調  
22 整以及服務改善的機制。第二，導致其他反效果的產生，例如規  
23 制過剩反而增加管制成本，並且養成企業以及消費者皆過度依  
24 賴政府，削弱了民間互相監督的機制以及適當的防止措施不足  
25 10。

<sup>8</sup> Virginia State Board of Pharmacy v Virginia Citizens Consumer Council Inc. 425 U.S.748-773(1976)

<sup>9</sup> 藤井俊夫(1996)，《經濟規制之違憲審查》，成文堂，頁333。轉引自劉宗德(2016)，臺灣菸害防制法菸品包裝管制之合憲性與合法性論議，月旦法學雜誌，第252期，頁97-98。

<sup>10</sup> 劉宗德(2017)，商業言論管制與違憲審查，月旦法學雜誌，第264期，頁96-97。

1 綜上所述，涉及到廣告管制手段的採擇，應權衡企業與消費  
2 者間的權利衝突，不可偏廢。如過度注重企業的言論自由與營業  
3 自由，則可能忽略了廣告主可能會以不實廣告說服消費者進行  
4 錯誤的消費決策；然而，如過度注重消費者的權益，對廣告主過  
5 度的管制，不僅可能造成訊息流通不易，更可能過度干預市場經  
6 濟。

7 其次，目前涉及商業廣告的違憲審查基準，從美國聯邦最高  
8 法院的見解以及我國實務觀察，主要為中度之審查基準。釋字第  
9 414號解釋提出，商業性言論「非關公益形成、真理發現或信仰  
10 表達」，故而受到較低度的保障；此外，美國將言論區分為高價  
11 值言論與低價值言論兩種類型，可看出實務與主流學說上並不  
12 認為商業廣告應受到與其他一般性言論相同的違憲審查基準。

13 是以，與人民生活息息相關的商業廣告，雖然其重要性並不  
14 亞於政治性言論，然而商業廣告審查基準的選擇，應可參考司法  
15 抑制以及功能最適的觀點，加以涉及經濟領域管制，相較司法機  
16 關，行政機關掌握較即時的資訊以及較高的專業能力，而立法機  
17 關掌握較完整的資料；同時，違憲審查基準的採擇也需考量與公  
18 益的權衡，在商業廣告的管制中，有時會涉及對消費者較為重大  
19 的公共利益，例如身體的健康，故認為商業廣告的保障應至少為  
20 中度的審查基準，然而不必然等同於其他高價值的言論<sup>11</sup>。

21 然而，違憲審查基準的選擇需要考量的面向，不僅僅是基本  
22 權利的類型，也包含對基本權利限制的強度。亦即對於基本權利  
23 干預程度越強，越有可能提高違憲審查基準；因此，即便站在功  
24 能最適的觀點，對商業廣告採取中度的違憲審查基準，然若管制  
25 手段採取對言論侵害最為嚴重的「事前審查」時，則似乎有提高  
26 審查基準的必要。

---

<sup>11</sup> 劉文萱(2018)，言論事前審查之研究—以醫藥廣告為中心，國立臺灣大學國家發展研究所碩士論文，頁39-41。

## 1 (二) 言論事前審查之內涵與違憲標準

### 2 1. 事前審查之定義

3 言論管制的方式，世界上各國的處理方式主要有三種：事前  
4 審查、中途干預<sup>12</sup>以及事後追懲三種，三種管制方式對於言論管  
5 制的干預程度各有不同，而當中尤屬「事前審查」是干預程度最  
6 大者。

7 事前審查(prior restraint)之定義，依《美國傳統英語詞典》  
8 (American Heritage Dictionary) 為：「政府對於言論或者表意  
9 活動的抑制，用以防免某些出版行為或者公開的發表行為」<sup>13</sup>；  
10 另《韋斯法律辭典》(Wex Legal Dictionary)：「事前審查是指政  
11 府在言論或其他表達方式發表前即予禁止的管制措施。常見事  
12 前審查類型包含：以法規命令要求發言者於發表言論前須事先  
13 取得『特定證照』或『事前許可』，或法院以禁制令禁止特定言  
14 論發表。」<sup>14</sup>由上可知，事前審查中所謂「事前」之時間點，應  
15 指言論在進入言論市場前，例如出版物出版前、新聞發布前，政  
16 府即以法規命令予以審查、管制。

### 17 2. 事前審查對言論自由的影響

18 無論是在外國或我國，對於言論的事前審查很常被作為政  
19 府高壓統治、排除異己之管制工具，故許多國家在司法違憲審查  
20 上，也常對言論事前審查採取更為嚴格的審查標準。美國聯邦最  
21 高法院即曾表示「對言論之事前審查係對憲法第一修正案所保  
22 障之權利最嚴重且最不能忍受的侵害。」<sup>15</sup>學說上亦有認為：事

---

<sup>12</sup> 中途干預制度係指人民從事意見表達，或透過集會、遊行以表達言論，雖然不需要事先向政府機關申請許可，但政府機關的執法人員（如警察）可以在言論表達的過程中，制止意見表達者的言論或表達行為。詳參：許志雄等(2000)，現代憲法論，元照，頁131。

<sup>13</sup> 原文為"Governmental suppression of speech or expressive activity so as to prevent publication or public presentation"

<sup>14</sup> 原文為"In First Amendment law, a prior restraint is government action that prohibits speech or other expression before it can take place. There are two common forms of prior restraints. The first is a statute or regulation that requires a speaker to acquire a permit or license before speaking, and the second is a judicial injunction that prohibits certain speech." 參照 Wex Legal Dictionary ([https://www.law.cornell.edu/wex/prior\\_restraint](https://www.law.cornell.edu/wex/prior_restraint))

<sup>15</sup> Nebraska Press Association v. Stuart, 427 U.S 559(1976). 原文為"prior restraints on speech and publication are the most serious and the least tolerable infringement on First Amendment rights."

1 前審查制對言論的抑制與侵害較事後追懲更為嚴重，因為即使  
2 事後追懲制同樣會嚇阻發言者，至少該言論或者是思想有機會  
3 呈現在世人面前，故而對於言論自由與意見表達的市場(the m-  
4 arket place of ideas)而言，事前審查所造成之可能侵害比起事  
5 後追懲更甚<sup>16</sup>。事前審查容易對言論自由產生之負面影響，主要  
6 有三種：

### 7 (1) 自我審查(self-censorship)及寒蟬效應(chilling effect)

8 自我審查係指言論發表者、閱聽者及整個社會，很大程度上可  
9 能因為某個規範而導致他們寧可自我禁止發表某些言論，以  
10 免構成規範所處罰的要件而造成裁罰之情事，亦即因某個規  
11 範而產生寒蟬效應。如此，將使個人、團體因此限制自己發言，  
12 抑或是媒體組織限制發佈某一項資訊，然而如果產生前開現  
13 象，即代表憲法第一修正案所保障之價值，不論是發言者(sp  
14 eaker)說的權利，抑或是閱聽人接收資訊、知的權利(right to  
15 know)，都會面臨退讓的局面<sup>17</sup>。

### 16 (2) 審查範圍過度擴張

17 有論者認為，無論表意內容是否屬於憲法言論自由保障之範  
18 圍，一旦允許事前審查，將導致政府審查範圍大過於其採事後  
19 追懲之審查範圍，造成審查範圍過度擴張，將使本來人民合於  
20 憲法的表意行為，也會受到政府不當的干擾；且歷史上賦予政  
21 府事前審查之權力，使得政府藉由簡便的程序來達到限制人  
22 民表意自由，極易產生政府濫用權力，而導致某些訊息無法傳  
23 達到言論市場<sup>18</sup>。例如我國威權時期，電影、電視甚至流行歌

---

<sup>16</sup> Martin H. Redish. The Proper Tole of Prior Restraint Doctrine in First Amendment Theory, 70 Virginia L. REV.53-100(1984)。轉引自：劉文萱(2018)，言論事前審查之研究—以醫藥廣告為中心，國立臺灣大學國家發展研究所碩士論文，頁45。

<sup>17</sup> Robert A. Sedler, Self-Censorship and the First Amendment, 25 Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy(2012)。轉引自：劉文萱(2018)，言論事前審查之研究—以醫藥廣告為中心，國立臺灣大學國家發展研究所碩士論文，頁45。

<sup>18</sup> 浜田純一(1983)，事前抑制の理論，收錄於：講座憲法訴訟第2卷，有斐閣，頁284。轉引自：許志雄(2016)，人權論：現代與近代的交會，元照，頁234-236。

1 曲，即便未涉及猥褻、仇恨性言論或損及公益，也都受到政府  
2 以事前審查之方式，無正當理由的阻止該言論發表<sup>19</sup>。

### 3 (3) 父權主義思想

4 有論者指出，政府基於保護民眾利益而對言論進行事前審查，  
5 僅讓無害之言論於市場流通，避免民眾受欺騙、污染而生損  
6 害，實為不信任民眾自律及自主能力，認定民眾容易受欺騙無  
7 法做出正確判斷。如此抹煞民眾培養自律及自主人格之機會，  
8 妨礙其自我實現目標，並壓抑言論自由及創意之環境，僅會落  
9 入人民更欠缺明智決定能力，而更需政府介入之惡性循環。如  
10 認為應尊重人民自律及自主選擇權，則應該訂立清楚之標準  
11 （如要求廣告業者提供更多商品資訊，以平衡業者與消費者  
12 間資訊不對稱，使消費者得以合理消費決定）。言論自由保障  
13 所欲促成自我實現之終極目標，係個人於資訊充分環境下，以  
14 自律自主選擇達成私人自治，而非父權主義或政府管制下以  
15 主觀判斷介入之自我實現<sup>20</sup>。

### 3. 對言論事前審查之違憲審查標準：

#### (1) 不分言論類型，一律禁止事前審查，沒有例外者：

18 比較法上，許多國家是一律禁止政府對人民言論做事前審查，  
19 如德國基本法於第 5 條第 1 項最後一句明文規定：「事前檢查  
20 制度不得設置（Eine Zensur findet nicht statt）。」通說與實  
21 務見解認為事前審查之禁止不是一個可以被限制的獨立基本  
22 權利，而是一種對於言論自由之「限制之限制」（Schrankensc  
23 hranken），亦即基於對言論自由之高度重視，僅允許國家機關  
24 對言論自由作事後追懲式之限制，至於事前預防性之限制，則  
25 嚴厲禁止。此外，如比利時 2007 年憲法第 25 條第 1 項即規

<sup>19</sup> 如歌曲〈何日君再來〉被認為是期待日軍再來；〈望你早歸〉被認為過於悲哀有失正常，使國軍懷憂喪志；〈燒肉粽〉因第一句歌詞「自悲自嘆歹命人」被認為唱衰政府；〈熱情的沙漠〉曲中的「啊」被認為有性暗示等，均被列為禁歌，禁止撥放、演唱。資料來源：《戒嚴 70 週年：台灣的噤聲年代－戒嚴令下的禁歌日常》[https://www.228.org.tw/228museum\\_event-view.php?ID=152](https://www.228.org.tw/228museum_event-view.php?ID=152)

<sup>20</sup> 黃銘傑(1997)，美國法上的言論自由與商業廣告—兼論司法院大法官會議釋字第四一四號解釋，國立臺灣大學法學論叢，27卷2期，頁388-390。

1 定：「出版自由不受限制；事前審查制度永久禁止；不得對著  
2 作者、發行者或印製者課予繳納保證金之義務。」義大利憲法  
3 第 21 條第 2 項規定：「不得就出版品為任何許可或事前審查  
4 之限制。」西班牙憲法第 20 條第 2 項規定：「言論自由之行  
5 使，不得透過任何事前審查之方式加以限制。」日本憲法第 2  
6 1 條第 1 項、第 2 項規定：「集會、結社及言論、出版以及其他  
7 所有的表現自由予以保障。」、「檢閱應予禁止」，故日本憲  
8 法對於事前審查，亦採取全面禁止之原則<sup>21</sup>。

## 9 (2) 原則禁止事前審查，例外許可者：

10 美國憲法雖然並無明文禁止對言論之事前審查，然而基於傳  
11 統歷史上對於人民言論自由之重視，以及憲法第一修正案完  
12 全禁止國會立法剝奪人民言論或出版自由之強烈用語，美國  
13 法院仍認為言論事前審查原則上為憲法所不許。以下簡要整  
14 理美國聯邦最高法院針對言論事前審查所為之重要判決：

### 15 A. *Near v. Minnesota*<sup>22</sup>

16 美國聯邦最高法院在該案判決認為《明尼蘇達州限制出版  
17 法》(Minnesota Gag Law)屬對言論的事前審查而違憲，並  
18 指出政府對言論的事前審查得例外合憲者限於：(1)戰爭時  
19 期對於言論的限制、(2)禁止出版猥褻之內容、(3)禁止他人  
20 發表煽動暴力或武力的言論。該案是「事前審查禁止原則」  
21 議題上的重要指標，是美國聯邦最高法院第一次有力地闡  
22 述該原則，並且賦予其意義及內涵，也是該院第一次以「事  
23 前審查禁止原則」為由宣告現行法違憲。

### 24 B. *New York Times Co. v. United States*<sup>23</sup>

25 美國聯邦最高法院在該案中，再次確立在憲法第一修正案  
26 保障新聞媒體、出版自由的前提下，政府不得為事前審查。

---

<sup>21</sup> 許宗力大法官釋字第744號解釋協同意見書，頁4。

<sup>22</sup> 283 U. S. 697 (1931)

<sup>23</sup> 403 U.S. 713 (1971)

1 該案判決認為：「如果要進行事前審查，政府必須要舉證證  
2 明該出版的行為將會造成『嚴重且不可彌補的侵害與危險』」  
3 24。

#### 4 **C.Nebraska v. Stuart**<sup>25</sup>

5 該判決除援引前開 1971 年 New York Times Co. v. United  
6 States 的判決，再一次確認對於媒體的事前審查原則為違  
7 憲，並指稱事前審查是「最不能忍受的侵害 (least tolerabl  
8 e of infringements)」，判決理由表示：「即便是基於保護其  
9 他基本權之目的，對憲法第一修正案所保障之新聞自由為  
10 事前審查的管制手段，仍僅限在沒有更小侵害手段下，始被  
11 允許。」<sup>26</sup>

#### 12 **D.Freedman v. Maryland**<sup>27</sup>

13 該判決認為：對電影提交給審查委員會進行事前審查的規  
14 定，只有在具備相當程序保障之情形下，才能消弭該事前審  
15 查可能違憲的疑慮。該判決並具體指出程序保障之內涵如  
16 下：(1)行政機關應對該事前審查之合憲性負舉證責任；(2)  
17 該審查機關必須在法律所規定之極短期限內，作出准否該  
18 言論發表之行政決定；(3)審查機關如作出限制該言論之決  
19 定，則應給予受限制者請求司法救濟之機會，法院亦應迅速  
20 作出裁決。

### 21 (3) 我國實務發展

#### 22 **A.釋字第 414 號解釋**

23 該號解釋是大法官首度針對商業廣告事前審查的規範所為  
24 之憲法審查。解釋文認定藥事法第 66 條「藥物廣告刊播前  
25 應申請衛生主管機關核准」規定合憲，並於解釋理由書中表

---

<sup>24</sup> 原文為" To exercise prior restraint, the Government must show sufficient evidence that the publication would have caused a "grave and irreparable" danger."

<sup>25</sup> 427 U.S. 539 (1976)

<sup>26</sup> 原文為" Prior restraints by courts on 1st Amendment freedom of the press rights are permissible only when there is no less restrictive way to protect the right to a fair trial under the 6th Amendment."

<sup>27</sup> 380 U.S. 51 (1965)

1 示「言論自由，……包括政治、學術、宗教及商業言論  
2 等，……。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業  
3 言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。藥物廣告之  
4 商業言論，因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維  
5 護，自應受較嚴格之規範。」確立商業性言論仍屬言論自由  
6 保障之範圍，並參考美國「雙階理論」，依其言論內容，區  
7 分為高價值言論及低價值言論而有不同之審查密度。然可  
8 惜的是，該號解釋未對於商業性言論「事前審查」是否應採  
9 更嚴格之審查密度表示意見<sup>28</sup>。

#### 10 B. 釋字第 445 號解釋

11 該號解釋係大法官之多數意見首次針對言論事前審查表示  
12 意見，該號解釋理由書認為：「事前行政管制之規定，判斷  
13 是否符合憲法第 23 條之比例原則，仍應就相關聯且必要之  
14 規定逐一審查，並非採用追懲制或報備制始得謂為符合憲  
15 政原則，採用事前管制則係侵害集會自由之基本人權。……  
16 於事前審查集會、遊行之申請時，苟著重於時間、地點及方  
17 式等形式要件，以法律為明確之規定，不涉及集會、遊行之  
18 目的或內容者，則於表現自由之訴求不致有所侵害。主管機  
19 關為維護交通安全或社會安寧等重要公益，亦得於事前採  
20 行必要措施，妥為因應。」即引進美國「雙軌理論 (two-tr  
21 ack theory)」，如僅係針對言論之時間、地點及方式等形式  
22 要件所為之事前管制，而不涉及言論之內容者，為維持社會  
23 秩序及增進公共利益所必要，屬立法自由形成之範圍，應得  
24 適用較寬鬆之審查密度<sup>29</sup>。

<sup>28</sup> 在該號解釋大法官吳庚、蘇俊雄、城仲模之部分不同意見書中，有主張事前審查應較事後追懲用更嚴格之審查標準，而難認合於最小侵害手段：「憲法第二十三條所揭櫫之比例原則，素為本院大法官審查法規違憲之基準。就本件而言，所謂比例云者，維護國民健康與個人表現自由營業利益之均衡，固屬應予考慮之因素，惟若遇有多種限制手段可供制定法律之選擇時，應採用對憲法原則及個人權利侵害最輕微之手段 (das gelindeste Mittel)，且性質相同之事件法律所採取之限制手段不應有明顯之差異，否則均與比例原則有悖。」

<sup>29</sup> 釋字第 718 號解釋仍維持前開釋字第 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」來證立集會遊行法事前許可制的合憲性。

### C.釋字第 744 號解釋

該號解釋就化粧品衛生管理條例第 24 條第 2 項：「化粧品之廠商登載或宣播廣告時，應於事前申請中央或直轄市衛生主管機關核准。」及同條例第 30 條之罰鍰規定屬對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，不符憲法第 23 條之比例原則而違憲。該號解釋理由書即明白指出：「系爭規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。按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。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，係為避免人民生命、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，始符合憲法比例原則及保障言論自由之意旨。……系爭規定之立法目的應係為避免廣告登載或宣播猥褻、有傷風化或虛偽誇大（系爭條例第 24 條第 1 項參照），以維護善良風俗、消費者健康及其他相關權益，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，難謂其目的係在避免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復之危害。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。」

許宗力大法官於該號解釋之協同意見書中，除明白指出該號解釋「採與釋字第 414 號解釋有別的立場，改以『嚴格審查基準』，認為針對化粧品廣告的事前審查，限制化粧品廠商言論自由及人民取得充分資訊機會，乃屬對言論自

1 由之重大干預，原則上應為違憲之推定，除非相關機關能舉  
2 證證明對化粧品廣告事前審查之目的，在於『防免人民生  
3 命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復之危害』而為特  
4 別重要之公共利益，其事前審查之手段，與達成上開目的間  
5 具有『直接及絕對必要關聯』，並且須賦予人民獲立即司法  
6 救濟之機會，始符合憲法保障言論自由之意旨。」並特別就  
7 「保障消費者健康」等政府利益與「言論事前審查」對言論  
8 自由侵害間之利弊權衡時指出：「對於廣告之言論，特別是  
9 各種藥物、化粧品、保健食品（例如瘦身食品）等商業性廣  
10 告，仍然大量地充斥在我國社會之中，此種商業性廣告對於  
11 人民之吸引力，仍然不可小覷，復以我國人民對於醫療保健  
12 之熱衷，完全禁止國家介入管制，或許存有疑慮。然而如同  
13 本號解釋多數意見所言，對於商業性廣告所引發之後遺症，  
14 仍有其他事後管制之方式予以妥善處置，例如輔以鉅額懲  
15 罰性賠償制度等事後追懲之手段，而非以事前審查由行政  
16 部門一己評斷。」

17 黃昭元大法官於該號解釋之協同意見書中則強調：「在  
18 審查『化粧品廣告事前審查機制』的合憲性時，無須適用  
19 『雙軌理論』（即不區別其是否直接審查廣告內容或只審查  
20 廣告之時間、地點及方式，都一律適用嚴格審查標準）。這  
21 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，  
22 也和釋字第 445 及 718 號解釋有別。」換言之，對於商業  
23 廣告之事前審查，無論是審查廣告之內容，或僅審查其時  
24 間、地點及方式等形式要件，均應採取嚴格之審查標準，其  
25 立法目的係為保護特別重要之公共利益目的，且手段需具  
26 備直接且絕對必要之關聯。

#### 27 D. 釋字第 756 號解釋

28 該號解釋就監獄行刑法施行細則第 81 條第 3 項：「受  
29 刑人撰寫之文稿，如題意正確且無礙監獄紀律及信譽者，得

1 准許投寄報章雜誌。」認為就「題意正確」及「監獄信譽」  
2 部分，均難謂係重要公益；就「無礙監獄紀律」部分，未慮  
3 及是否有限制較小之其他手段可資運用，均與憲法第 11 條  
4 保障表現自由之意旨不符而違憲。

5 該號解釋理由書中，再一次強調「國家對一般人民言論  
6 之事前審查，原則上應為違憲。」至於為達成監獄行刑與管  
7 理之目的，監獄對受刑人言論之事前審查，雖非原則上違  
8 憲，然基於事前審查對言論自由之嚴重限制與干擾，其限制  
9 之目的仍須為重要公益，且手段與目的間應有實質關聯。黃  
10 昭元大法官即在該號解釋之部分協同部分不同意見書中，  
11 指出：「本號解釋考量監獄之日常管理及運作，具有高度封  
12 閉和專業性，比起一般自由開放社會，也更重視內部秩序及  
13 安全。因此基於對監獄行政的尊重，調降對其事前審查機制  
14 的審查標準為『中度審查標準』」。

#### 15 (4) 小結：

16 從上述幾則美國聯邦最高法院及我國司法院大法官解釋針對  
17 事前審查管制手段的所為之重要判決及解釋，可總結事前審  
18 查禁止原則的重要內涵：第一，「事前審查」的管制手段原則上  
19 應當違憲，除非有極端例外的事由，如涉及國家安全、猥褻或  
20 煽動暴力等；第二，事前審查的規範應當明確；同時，在該管  
21 制目的下，事前審查已是最小侵害之有效管制手段，且對其管  
22 制之正當性，行政機關應負舉證責任；最後，如果要賦予行政  
23 機關採取事前審查言論的權力，應賦予人民充分之程序保障，  
24 即如 *Freedman v. Maryland* 案所建立之標準，應由行政機關  
25 對該事前審查之合憲性負舉證責任，並給予人民及時的司法  
26 救濟機會。

### 27 (三) 對商業廣告事前審查之違憲審查標準

1 承上所述，對言論事前審查之管制手段，是在言論進入言論市  
2 場前即對其為限制，所造成之侵害效果比事後追懲更甚，且可能造  
3 成言論發表人自我審查之寒蟬效應，政府享有事前審查之權力後  
4 亦容易造成審查範圍過度擴張之不當效果。因此，如德國、日本或  
5 義大利等國，對於言論事前審查均採取全面禁止之立場，縱非全面  
6 禁止，對其合憲性審查也均採取「嚴格」之審查標準。然此種「違  
7 憲推定」之審查標準，是否會因為言論類型屬「商業廣告」而予以  
8 放寬？以下分析之。

### 9 1. 商業廣告事前管制之種類：

10 首先應釐清者為：何謂事前管制？如果以「在言論發表前即予以  
11 管制」之定義，則除了發表前對商業廣告所為之事前審查外，尚  
12 包含完全禁止制及特許制兩種<sup>30</sup>。以下簡述此兩種管制手段在我  
13 國商業廣告規範上之體現：

- 14 (1) 完全禁止制：即完全禁止業者為商業廣告者，所禁止之商業行  
15 為多有急迫重大之公益目的，如人體器官移植條例第 18 條第  
16 1 項第 2 款：「有下列情形之一者，處新臺幣九萬元以上四十  
17 五萬元以下罰鍰：……二、於廣告物、出版品、廣播、電視、  
18 電子訊號、電腦網路或其他媒體，散布、播送或刊登器官買賣、  
19 其他交易或仲介訊息。」菸害防制法第 12 條第 1 款：「菸品、  
20 指定菸品必要之組合元件，其促銷或廣告，不得以下列方式為  
21 之：一、以廣播、電視、電影片、錄影物、電子訊號、電腦網  
22 路、報紙、雜誌、看板、海報、單張、通知、通告、說明書、  
23 樣品、招貼、展示或其他文字、圖畫、物品或電磁紀錄物宣傳。」  
24 入出國移民法第 58 條第 3 項：「任何人不得於廣告物、出版

<sup>30</sup> 黃昭元大法官於釋字第 744 號解釋協同意見書中認為下列兩種手段，並非該號解釋所稱之事前審查：「(完全禁止或特許制)雖然看似事前限制，但如其效果是事後處罰，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，可參林子儀(2002)，言論自由導論，台灣憲法之縱剖橫切，元照，頁 103、148-149。

1 品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或以其他使公眾得知之  
2 方法，散布、播送或刊登跨國（境）婚姻媒合廣告。」

3 (2) 特許制：或稱資格限制制，即立法者僅許可具特定資格者始得  
4 刊登廣告。如醫療法第 84 條：「非醫療機構，不得為醫療廣  
5 告。」<sup>31</sup>又入出國移民法雖未直接明訂移民廣告之刊登資格，  
6 但主管機關向來以「廣告刊登之目的即在招攬業務」而認為刊  
7 登移民廣告即屬於營業行為，僅限於經許可經營移民業務之  
8 業者始得為之，倘不是經許可之移民業者自行刊登廣告者，主  
9 管機關會以其違反該法第 55 條第 1 項，依第 75 條處以 20 萬  
10 至 100 萬之罰鍰，該見解亦普遍為行政院所接受<sup>32</sup>。

## 11 2. 美國對商業廣告事前審查之違憲審查標準

12 比較法上，如德國、日本或義大利等國，均係在憲法中明訂  
13 禁止對任何言論類型為事前審查，當然也禁止對商業廣告為事  
14 前審查。至於美國憲法雖然並無明文禁止對言論之事前審查，然  
15 而從前段之實務發展可以看出，美國法院仍認為言論事前審查  
16 原則上為憲法所不許。至於對商業廣告事前審查是否違憲，以下  
17 簡要整理三則美國實務見解：

### 18 (1) Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Consumer 19 Council, Inc

20 在該案中，聯邦最高法院認為維吉尼亞州政府禁止藥劑師為  
21 處方簽藥品價格廣告之法令，違反憲法第一修正案而違憲。該  
22 判決肯認商業言論與其他形式的言論一樣，應受到憲法第一  
23 修正案的保護。撰寫多數意見之 Blackmun 大法官特別提到：  
24 商業廣告之訊息使消費者能以較低的價格購得他們的處方簽

---

<sup>31</sup> 憲法法庭業已於112年11月3日以112年憲判字第17號判決宣告該條關於「禁止醫師為醫療廣告」之部分，與憲法第11條保障言論自由之意旨有違，於此範圍內，應自本判決公告之日起，失其效力。

<sup>32</sup> 如臺北高等行政法院100年度簡字第182號判決：「刊登廣告即屬於營業行為，蓋以廣告刊登之目的即在招攬業務，且原告若無營業之準備，自不可能刊登廣告招攬生意，且廣告之效益即在於隨時有相對人可能與原告簽約辦理移民業務。……原告既以廣告刊登之方式在招攬移民業務，其主觀上已有經營移民業務之認知。」相同見解尚有：臺灣臺北地方法院102年度簡字第53號、105年度簡字第308號、110年度簡字第203號、110年度簡字第173號、111年度簡字第88號、111年度簡字第110號、111年度簡字第143號等判決。

1 藥物，這樣的信息不僅更為便利，亦為人民提供了做出經濟決  
2 策所需的基本信息，而具有在自由市場經濟中之重要性。然該  
3 判決理由中亦表示：雖然在公共領域中之言論，對言論之事前  
4 審查是高度推定違憲的，但前開推定可能不適用於商業性言  
5 論案件<sup>33</sup>。

6 **(2) Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Serv. Com**  
7 **m'n**

8 該案判決認為紐約州公共服務委員禁止州內所有電力公司刊  
9 登促銷廣告之命令違憲。判決中除重申廣告是受憲法第一修  
10 正案保護的商業性言論外，並建立前開「兩步驟、三準則」之  
11 合憲性審查標準<sup>34</sup>。

12 **(3) New York Magazine v. Metropolitan Trans. Auth**

13 該案判決認為紐約大都會交通局（Metropolitan Transit Autho  
14 rity, MTA）對於其巴士廣告之事前審查違憲，多數意見仍依  
15 據上開 Central Hudson 案之標準，認為紐約雜誌之廣告內容  
16 即便違反了紐約州法律，但被告仍無必要使用到事前審查如  
17 此箝制言論自由手段，此舉並不符合 Central Hudson 案「不  
18 逾越其所欲達成目的之必要範圍」的標準；與此同時，即使廣  
19 告刊登也不會造成無法回復的損害，因而認定該事前審查之  
20 規定違憲。且判決理由中特別指出：無論本案是否涉及到商業  
21 性言論，對於事前審查的程序保障都應該要踐行<sup>35</sup>。可知即便  
22 係對商業廣告所為之事前審查，仍應給予人民及時之司法救  
23 濟等程序保障。

24 綜上，或許是在雙階理論影響下，早期美國實務如 Virginia  
25 Pharmacy 案雖肯定商業性言論仍屬言論自由保障之範圍，然認  
26 為事前審查高度推定違憲之審查標準，不必然適用於商業性言

---

<sup>33</sup> Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Consumer Council, Inc. 425 U.S. 748 (1976)

<sup>34</sup> Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Serv. Comm'n, 447 U.S. 557 (1980)

<sup>35</sup> New York Magazine v. Metropolitan Transportation, Authority, 136 F.3d 123 (2d Cir. 1998)

1 論案件，並發展出就商業性言論事前審查之標準，即 Central H  
2 udson 案的「兩步驟、三準則」審查基準；然晚近如在 New Yo  
3 rk Magazine v. Metropolitan 案中，聯邦巡迴法院見解似乎有所  
4 鬆動，認為言論事前審查之嚴格審查標準，在商業性言論案件中  
5 同樣有適用。

### 6 3. 我國對商業廣告事前審查之違憲審查標準：

7 從釋字第 744 號解釋理由書揭示：「化粧品廣告之事前審查乃對  
8 言論自由之重大干預，『原則上應為違憲』。系爭規定之立法資料  
9 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  
10 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  
11 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  
12 立即司法救濟之機會，始符合憲法比例原則及保障言論自由之  
13 意旨。」，似乎捨棄過去釋字第 414 號解釋所採取之「雙階理論」，  
14 而與一般言論相同，對於事前審查均採推定違憲之立場（heavy  
15 presumption against prior restraint），且與 New York Magazin  
16 e 案相同，要求須賦予人民即時的司法救濟程序保障。

### 17 4. 小結：

18 本院肯認釋字第 744 號解釋之立場，對於商業廣告事前審查之  
19 違憲審查標準應與其他言論相同，採取推定違憲之嚴格審查標  
20 準，蓋我國雖未如德、日等國以憲法明文禁止對任何言論為事前  
21 審查，然我國與德、日、義等國一樣，過去有政府為高壓統治並  
22 嚴格管制言論自由之歷史背景，對於言論自由之事前管制本應  
23 特別謹慎為之。再者，商業廣告提供人民做出理性經濟決策所需  
24 的基本信息，而具有在自由市場經濟中之重要性，其表意自由價  
25 值不必然低於所謂的高價值言論（如政治性言論），且事前審查對  
26 於言論的抑制效果極為嚴重，不僅影響發言者之表達自由，同時  
27 也遏阻閱聽人資訊接收的權利，故而應僅允許在「防免遭受直  
28 接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的，且該手段

1 與目的之達成間具直接及絕對必要關聯」之極端情形下，方得採  
2 取事前審查。

#### 3 (四) 結論

4 入出國及移民法第56條第4項前段、第79條第1項第4款之規定，  
5 係政府委託移民團體以對移民廣告所為之事前審查，且其目的並  
6 非「防免人民遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利  
7 益」，且手段上也非「與目的之達成間具直接及絕對必要關聯」，更  
8 無賦予人民獲立即司法救濟之機會，違反憲法比例原則及保障言  
9 論自由之意旨，應屬違憲。分述如下：

10 1. 該條係「政府」對商業性言論所為之事前審查，依前開說明，應  
11 採嚴格審查標準：

12 從入出國及移民法第56條第4項前段規定：移民廣告之內容應經  
13 移民署指定之移民團體審閱確認，並賦予審閱確認字號，始得散  
14 布、播送或刊登。又依主管機關內政部所頒佈之《移民業務機構  
15 及其從業人員輔導管理辦法》第26條至第32條規定，移民署對於  
16 移民團體審閱確認移民廣告之審閱標準、程序、期間、收費基準  
17 等事項，均一一詳細規定，對該廣告審閱事項當是基於指導及監  
18 督地位。從而，入出國及移民法第56條第4項前段所稱之移民團  
19 體，應屬受移民署之委託行使審閱確認移民廣告內容等公權力  
20 之組織，而屬行政程序法第2條第3項所稱之「受託行使公權力之  
21 團體」，就其審閱確認移民廣告內容之受託範圍內，應視為行政  
22 機關，該審查自屬「政府」對商業性言論所為之事前審查，依前  
23 開說明，應採嚴格審查標準<sup>36</sup>。

---

<sup>36</sup> 而就受託行使公權力之團體所為之言論事前審查，韓國憲法法院在2008年及2015年之違憲審查判決中，即就政府委託私人團體對商業廣告進行事前審查之規範，以違反事先審查禁止原則宣告違憲。參閱：2005Hun-Ma506，20-1(B) KCCR 397, 2005Hun-Ma506, June 26, 2008；2015Hun-Ba75，27-2(B) KCCR 627, 2015Hun-Ba75, December 23, 2015。在2005Hun-Ma506憲法判決中，憲法法院即裁定《廣播法》規定電視廣告需要由韓國廣告審查委員會事先審查是違憲的，認為這樣的審查違反了憲法禁止的審查形式。法院認為，即使該審查委員會是一個私部門組織，它是在行政法下被委託行使公權力的私人團體，政府介入其組成，並對被委託事項進行指導和監督。此外，韓國廣播委員會有權制定和修改《廣告審查規則》的法規，該規則作為電視廣告檢查的標準。”The Court reasoned that, even if the Review Board is a

1           **2. 系爭規定之目的難認屬「防免人民遭受直接、立即及難以回復危**  
2           **害之特別重要之公共利益」：**

3           入出國及移民法係於88年5月21日制訂，其中就第47條第4項（即  
4           現行法第56條第4項）記載之立法理由為：「為避免移民業務機構  
5           虛偽不實之移民廣告，欺騙移民消費者，爰規定其廣告內容需先  
6           經審閱確認」（附件3），嗣於96年12月26日增訂第5項，增加對傳  
7           播業者散布、播送或刊登未經事前審認廣告行為之處罰，其理由  
8           略以：「為保障辦理移民之消費者權益，強化移民業務機構之管  
9           理，增訂廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或  
10          其他媒體業者不得散布、播送或刊登未賦予審閱確認字號或核  
11          定字號之移民廣告。」（附件4）準此可知，該法規範之立法目的，  
12          應係為便於管理移民機構，並保障辦理移民之消費者權益，避免  
13          其因誇大、虛偽不實之廣告而蒙受時間、勞費等損失，是其規範  
14          目的固涉及公益之維護，然尚未對人民生命、身體、健康發生直  
15          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  
16          防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復之危害。

17          **3. 系爭規定對商業性言論採取事前審查，並非最小侵害手段，與目**  
18          **的之達成間難認具直接及絕對必要關聯：**

19           **(1) 雙重事前管制：**

20           正如前述，入出國及移民法雖未明文限制移民廣告刊登  
21           者之資格，但司法實務上向來肯認刊登移民廣告即屬經營移  
22           民業務，故僅有經主管機關許可經營移民業務之業者，始得刊  
23           登移民廣告，否則即違反該法第55條第1項之未經許可經營移

---

private sector organization, it is a private entity entrusted with administrative functions under administrative law, and the government intervenes in its formation and exercises direction and supervision on the entrusted matters. Furthermore, the Korea Broadcasting Commission has the authority to enact and amend the Regulations for Broadcast Advertisement Review that serve as a standard against which television commercials are inspected.”。資料來源：<https://english.ccourt.go.kr/site/eng/main.do>

1 民業務。換言之，現行移民廣告之言論在發表前，即有「發表  
2 人資格限制」及「言論內容事前審查」兩道管制手段。

3 然而，移民廣告既然僅限於經主管機關許可之移民業者  
4 始得刊登，政府已對該類型言論之發表人設立資格限制，且依  
5 入出國及移民法第87條第1項已針對移民業者代辦移民業務  
6 有繳交不實照片、詐騙當事人等行為者，另有廢止許可等事後  
7 追懲規定，應已足達成管理移民機構及保障消費者權益之目  
8 的，如政府認為該廣告發表前，有必要對該廣告內容再為事前  
9 審查，應由政府對該事前審查手段之合憲性負舉證之責。

## 10 (2) 打擊過廣 (overbreadth)：

11 再者，系爭規定所稱之「廣告」不僅包含電子媒體（如電  
12 視、廣播等），尚包含平面媒體（如報紙、雜誌等）、網站網頁  
13 及社群媒體廣告，一律均需事前審查，此可從《內政部移民署  
14 指定移民團體辦理移民廣告審閱確認業務收費基準》（如附件  
15 5）中，媒體類型欄包含「電子媒體」、「平面媒體」及「網站  
16 網頁」可資為證。

17 惟對照與人民生命、身體、健康有直接關連之「醫療廣告」，  
18 依醫療法第85條第2項規定，亦僅限於利用「電子媒體」者，  
19 始需經主管機關事前核准，如係刊載醫療機構之一般資料及  
20 人員、設施、服務內容、預約服務、查詢或聯絡方式、醫療或  
21 健康知識等資訊之網頁廣告內容，僅需報請備查，無庸事前取  
22 得許可<sup>37</sup>。反觀系爭規定，要求移民業者不分媒體渠道，無差  
23 別的要求事前送閱審核，且即便是內容沒有問題的廣告（如本  
24 案原告係在其官方網站上刊載移居我國之相關規定、其公司  
25 核准字號及服務內容），如果沒有事先審查通過即刊登在網站

<sup>37</sup> 醫療法第85條第3項及《醫療機構網際網路資訊管理辦法》第2條第2項、第3條第1項。

1 上，依法仍屬可罰。就此而言，系爭規定的管制範圍確實打擊  
2 過廣，而已逾必要範圍。

### 3 (3) 非最小侵害手段：

4 許宗力大法官於釋字第744號解釋協同意見書中即指出：  
5 美國早期學者亦曾詳細比較「事前審查」與「事後追懲」兩種  
6 管制手段的差異，從管制手段影響的廣泛程度、管制的時間點  
7 與延誤可能性、相反決定之傾向、管制手段的程序、公眾參與  
8 與批評的機會、事前限制的互動可能性、管制手段的確定性與  
9 風險、管制手段的效率等面向，進一步推論言論事前審查之危  
10 害性<sup>38</sup>。本院認為在言論發表前即予以事前審查，完全阻絕言  
11 論進入言論市場之可能，使該言論失去公眾參與、批評之機  
12 會，對言論自由所造成之侵害，相較於事後追懲，確實是更為  
13 強烈的手段。

14 經查，我國法令中，有許多針對誇大、虛偽不實廣告採取  
15 事後追懲作為管制手段，如營養師法第24條及第33條第1項、  
16 長期照顧服務法第51條第1項、健康食品管理法第14條第1項  
17 及第24條第1項第1款、糧食管理法第14條之1第1款及第18條  
18 之1第2項、食品安全衛生管理法第28條第1項及第45條第1項、  
19 化粧品衛生安全管理法第10條第1項及第20條第1項、動物保  
20 護法第22條之5第2項及第29條、公平交易法第21條第1項及第  
21 42條、就業服務法第5條第2項第1款及第65條第1項、補習及進  
22 修教育法第9條第3項及第13項、職業訓練法第39條之1第1項  
23 及第2項，上開規定各自有預防人體健康、保障市場公平及消  
24 費者權益等公益目的，然上開規定均僅採取較輕微之事後追  
25 懲作為管制手段，本院認為系爭規定針對移民廣告，其所欲保  
26 障公益目的之重要性難認有顯著超過上開規定，且其採取事

<sup>38</sup> 。 See Thomas I. Emerson, The Doctrine of Prior Restraint, 20 LAW & CONTEMP. PROBS. 648, 656-660 (1955). .  
轉引自：許宗力大法官同號解釋協同意見書。

1 前審查之管制手段，亦難認屬侵害最小的最後手段，而與目的  
2 達成間不具直接及絕對必要之關聯<sup>39</sup>。

3 (4) 未賦予人民充分的程序保障：

4 釋字第744號解釋理由書第3段強調事前審查機制應「賦  
5 予人民獲立即司法救濟之機會」其手段始得合憲。所謂立即司  
6 法救濟之機會，應係參考美國 Freedman v. Maryland 案以來  
7 所建立之標準，即「行政機關應對該言論事前審查之合憲性負  
8 舉證責任，且應立即做出准否決定，並給予人民及時之司法救  
9 濟機會」。大法官黃昭元在釋字第744號解釋理由書中更進一步  
10 闡釋：「如果要賦予行政機關事前審查言論的權力，最重要的  
11 配套設計應該是要提供當事人充分的程序保障，包括：(1) 行  
12 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  
13 定；(2) 在行政機關決定前，要讓當事人有陳述意見的機會；  
14 (3) 及時的事後司法救濟。所謂『及時』，指的是司法機關也  
15 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  
16 因為行政機關的不許可，而錯過預定的發言時機。...『司法救  
17 濟』的機會，指的是法院所提供的行政訴訟等救濟；至於向行  
18 政機關提出訴願或其相當程序(如復查、申訴等)，仍然不夠。」

19 經查，就移民廣告事前審查後如遭否准，賦予人民之程序  
20 保障上，入出國及移民法並無特別規定，僅在《移民業務機構  
21 及其從業人員輔導管理辦法》第30條定有：「審閱團體.....對  
22 於不予審閱確認案件，應逐案副知入出國及移民署。」然依此  
23 規定，僅要求審閱團體副知移民署，應屬主管機關對審閱團體  
24 之監督管理手段，人民如有不服，僅得依行政訴訟法第5條提  
25 起課予義務訴訟，要求機關作成許可處分，然並無賦予人民針  
26 對該事前審查之否准處分在該預定言論發表日前，及時由法

<sup>39</sup> 此部分亦可能有違反平等原則之疑慮。

1 院做成裁判之救濟機會，依前開說明，難認本案系爭規範有賦  
2 予人民獲立即司法救濟之程序保障。

#### 3 4. 結論

4 美國憲法學者比克爾曾說：「若刑事處罰之事後追懲將對言論自  
5 由造成寒蟬效應，則事前限制無異對言論自由予以凍結。」<sup>40</sup>  
6 我國在經歷長期的白色恐怖、政府以出版法等手段對言論進行  
7 大量的事前審查，在解嚴後之民國88年廢止該惡法，重新讓人民  
8 就政治、學術等言論，自由地發表交換意見，而「心中的小警總」  
9 也在此社會演進下，逐漸淡出臺灣人民心裡。然在釋字414號解  
10 釋採「雙階理論」的背景下，過往法規範就商業性言論等「低價  
11 值言論」仍有部分採事前審查而未予修法，直至106年大法官首  
12 度在釋字第744號解釋對化粧品廣告事前審查制度改採嚴格審  
13 查標準並宣告其違憲後，始露曙光；然有論者對於該號解釋是否  
14 代表我國從此對商業性言論之事前審查均採嚴格審查標準，仍  
15 有懷疑<sup>41</sup>，或指出該號解釋理由書中對所謂「立即司法救濟機會」  
16 之內涵為何未加闡述等質疑<sup>42</sup>。是本院希冀 鈞庭透過系爭規範  
17 審查之機會，再一次向社會宣示 鈞庭自釋字第744號、第756號  
18 解釋以來，就政府對言論以「事前審查」之管制手段，不應再區  
19 分高價值或低價值言論，應一律採嚴格審查並推定違憲之立場  
20 及其內涵，以建立一貫的言論自由審查標準。

21 陸、綜上，依聲請人合理之確信，認系爭法規範係就移民廣告所為之事前審  
22 查，限制移民業者之言論自由，已逾越必要程度，不符憲法第23條之比  
23 例原則，與憲法第11條保障人民言論自由之意旨有違，並裁定停止訴訟，  
24 並聲請 鈞庭為宣告上開法規範違憲之判決。

<sup>40</sup> ALEXANDER M. BICKEL, THE MORALITY OF CONSENT 61 (1975).翻譯引用：許宗力大法官釋字第744號解釋協同意見書。

<sup>41</sup> 陳宗億(2017)，言論自由違憲審查模式的變遷——釋字第744號解釋之微言大義，月旦裁判時報，第63期，頁46-56

<sup>42</sup> 劉靜怡(2018)，事前審查所為何事？—司法院釋字第七四四號解釋簡評，月旦法學雜誌，第267期，頁194-201

1 此 致

2 憲法法庭 公鑒

3 附件1：內政部110年10月20日內授移字第1100026850號處分書。

4 附件2：行政院110年12月22日院臺訴字第1100196174號訴願決定書。

5 附件3：立法院公報第88卷第19期院會紀錄（88年5月21日入出國及移民法  
6 第47條〔即現行法第56條〕之立法理由）。

7 附件4：立法院公報第96卷第83期院會紀錄（96年12月26日入出國及移民  
8 法第56條之修法理由）

9 附件5：內政部移民署指定移民團體辦理移民廣告審閱確認業務收費基  
10 準。

11 中 華 民 國 1 1 2 年 1 2 月 1 日

12

13 聲請人 臺北高等行政法院地方行政訴訟庭

14 德股法官 林敬超

林敬超