

第一節 言論自由-總論

爭點鳥瞰

言論自由

一、基本權內涵

爭點一、我國言論自由之目的

爭點二、言論自由之表現形式

爭點三、言論自由之前言

二、基本權之主體-爭點同總論

侵害來源-爭點同基本權總論

形式審查

違憲審查標準之採擇(重點)

爭點一、事前限制與事後追懲之標準區分

爭點二、雙軌理論於我國之操作

爭點三、雙階理論於我國之操作

實質審查

爭一、政治性言論

爭二、猥褻性言論

爭三、商業性言論

爭四、誹謗性言論

爭五、仇恨性言論

違憲審查操作 重製必究

壹、基本權內涵

- 1、每一個人可以無拘無束地把其內心中所想，以各種形式，不受任何拘束地表達於外給他人知曉的一種狀態。其可能只是單純地表達或傳遞其內心所想給他人，也可能是要進一步地與他人溝通或交換意見。
- 2、「言論自由」的誤解，應以表現自由詮釋為佳
每個人可自由地選擇各種形式，表達其內心所想，並不只限於用言語表達；故如以「言論自由」名之，恐會讓一般人誤會言論自由指示保障每一個人以言語表達其內心所思的自由。
是以，為避免混淆，而將這種自由名之為「表現自由」、「表達自由」、「表現意見之自由」或「意見自由」。從而在上開定義下，表現自由係指：「**保障每一個人可以自由地選擇其所喜歡的形式表達其內心所思**」，而與言論自由係保障每一個人以言語表達其內心所思之自由，來得廣義。

爭點一、保護言論自由之目的

一、追求真理說

該說主張吾人所以要保障言論自由，乃因言論自由可以幫助吾人發現真理，增長知識。簡言之，其說經由言論的自由開放，吾人將可從真理與謬論邪說的競爭中發現真理。亦有學者提出「言論思想之自由市場理論」相呼應，其說以為言論思想的自由競爭，不僅有助於吾人尋求真理，排除謬論邪說，同時亦能加強吾人對於真理之信念。

二、健全民主程序說

該說主張言論自由之目的即在其有助於吾人健全民主政治程序的運作。保障言論自由可提供社會大眾在依照民主政治程序參與政治決定時所需之資訊，資訊愈豐富，大眾所作的政治決定愈能比較明確，民主政治之運行因而可更健全然而這種學理上的嘗試。

三、表現自我說

(一)與前述二說之比較：

前述二說均強調言論自由的「價值」，可說是採取「結果論取向」。但表現自我說則不採取結果論取向討論言論自由的價值，而係自「表意」自身所具有如何之價值加以論述。

(二)理論內涵：

該理論主張憲法保障言論自由之目的，即在保證個人的自主存在之尊嚴及發展自我之機會。而言論自由之基本價值，乃在保障個人自主及自由得自我表現，藉之肯定個人自主存在之尊嚴，並進而獨立自主地發展自我、實現自我與完成自我。另外，亦有學者從「反功利主義」出發，尊重個人本身存在即為目的之原則，即反對將個人視為增進公共利益之工具。

版權所有，重製必究

四、多元價值論

(一)理論內涵

其認為言論自由主要有以下四種價值或功能

- 1、促成個人實現自我
- 2、增進知識及追求真理
- 3、決策的參與(健全民主程序)
- 4、維持一個比較能適應環境變化而又穩定的社會(維持社會安全)

(二)我國大法官似乎採取該說之認定

釋字第 509 號理由書

言論自由為人民之基本權利，憲法第十一條有明文保障，國家應給予最大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮。惟為兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，法律尚非不得對言論自由依其傳播方式為合理之限制。刑法第三百十條第一項及第二項誹謗罪即係保護個人法益而設，為防止妨礙他人之自由權利所必要，符合憲法第二十三條規定之意旨。至刑法同條第三項前段以對誹謗之事，能證明其為真實者不罰，係針對言論內容與事實相符者之保障，並藉以限定刑罰權之範圍，非謂指摘或傳述誹謗事項之行為人，必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務。就此而言，刑法第三百十條第三項與憲法保障言論自由之旨趣並無抵觸。

五、林子儀老師見解：贊同「表現自我說」見解

一、理由：

(一)個人之自主尊嚴才是最基本價值

真理和知識的累積毋寧只是中介角色，目的仍在追求自我存在之價值

(二)表現自我說關於言論自由之保障範圍兼及追求真理說與健全民主程序說

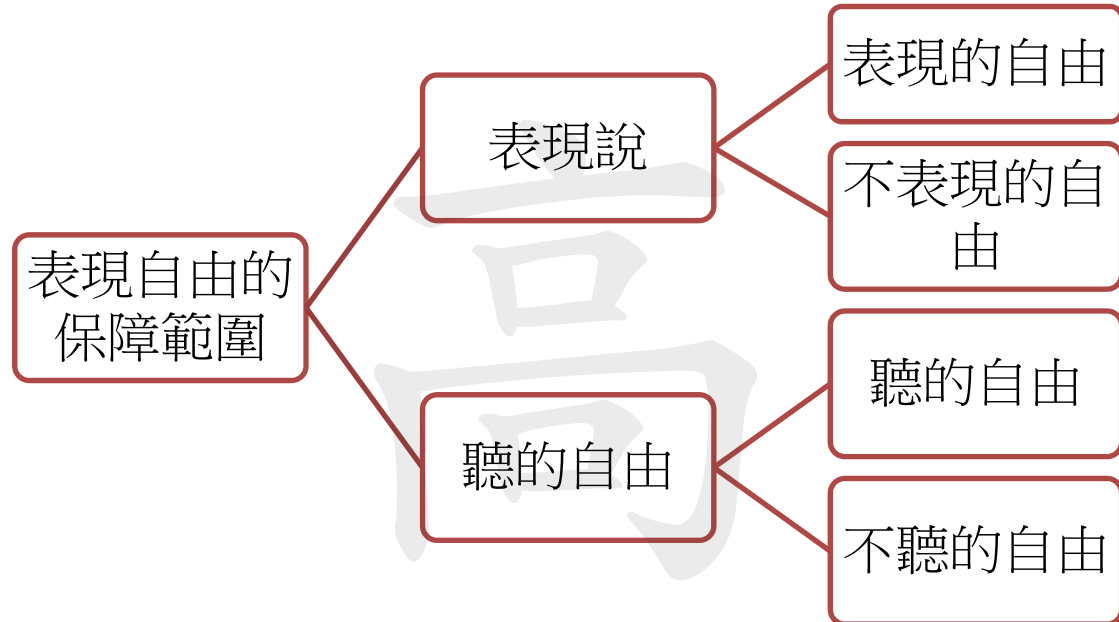
(三)對其他理論之批判

追求真理說與健全民主程序說表意人只是一般大眾追求某種目的之工具而已。表現自我說則是一種「反功利主義」的理論

(四)若採本說論者，因言論自由為表現自由之展現，不分高價值、低價值言論，皆須等量齊觀，一律採取嚴格審查。

爭點二、表現自由的表現形式

由於表現自由的定義照上開解釋，係指保障每一個人可以自由地選擇其所喜歡的形式表達其內心所思，因此我們可以從言論自由「表現的形式」，來了解：



一、包括「表意自由」

於言論自由保障的表現形式，若採廣義理解，除一般以口說言語表達，亦可藉由各種傳播媒介予以擴散，或短期地以集會、遊行方式表達訴求，或長期地以結社方式宣揚理念。換言之，憲法第 11、12、14 條，亦可視為言論自由的不同表現形式。又言論自由的表達方式，除了以說話的方式發表言論之外，人的肢體動作，亦可能屬於表意言論自由之一環。

爭點一、「象徵性言論」

(一)概念：

人的肢體動作也具有表意的功能，也屬一種言論表達形式，為表現自由所保障。美國的司法實務與學理將具有表意功能的行為稱為「象徵性言論」(symbolic speech)。

(二)要件

如何區分人的肢體動作僅為單純的行為動作或屬於表意的行為？必須具備二個要素

- 1、表意人必須主觀上想藉由這樣的肢體動作，表達內心的意念
- 2、就當時整體客觀環境，必須他人(觀眾)看到這樣的肢體動作，也知道表意人想表達某種意念。

(三)美國法實踐：焚燒徵兵卡案、焚燒國旗案

版權所有，重製必究

二、不表現自由

(一)意義

表現自由主要保障每個人可以各種形式將內心所想表現於外的各類表現的自由外，也保障每個人不表現的自由。故而原則上，政府不能以各種方法強制個人，要求其將內心所想表現出來。當然例外在符合目的與手段關聯性下，仍可強制人民表現，例如刑事訴訟上之證言。

(二)美國法制上實踐

美國早期曾經對於政府可否強制公立學校學生向國旗致敬產生爭議，即是有關不表現自由的著名案例。美國聯邦憲法法院在 1940 年的 *Minersville School District v. Gobitis* 案，認為強制學生必須向國旗致敬並不違憲，因為此種規定的目的在於教育、加強及維護國家的理念及精神，以及增進對於組成政府必要性的了解。但到了 1943 年美國聯邦最高法院在 *West Virginia State Board of Education v. Barnette* 案的判決中，則認為這樣的規定為違憲，在法院的判決中，其表示美國憲法中一項基本原則就是：「任何一位政府官員，不論其觀位大小，均不得規定甚麼有關政治、國家主義、宗教信仰或其他意見等事項之正統意見而要人民遵守，也不得強制人民用言語或行為表明其對這些事項的真正信念。」

(三)我國大法官解釋第 577 號

大法官釋字第 577 號理由書

憲法第十一條保障人民有積極表意之自由，及消極不表意之自由，其保障之內容包括主觀意見之表達及客觀事實之陳述。商品標示為提供商品客觀資訊之方式，為商業言論之一種，有助於消費大眾之合理經濟抉擇。是以商品標示如係為促進合法交易活動，其內容又非虛偽不實或不致產生誤導作用者，其所具有資訊提供、意見形成進而自我實現之功能，與其他事務領域之言論並無二致，應屬憲法第十一條言論自由保障之範圍，業經本院釋字第四一四號解釋所肯認。惟國家為保障消費者獲得真實而完整之資訊、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的，自得立法採取與目的達成有實質關聯之手段，明定業者應提供與商品有關聯性之重要商品資訊。

2

行政法規常分別規定行為要件與法律效果，必須合併觀察，以確定其規範對象、適用範圍與法律效果。菸害防制法第八條第一項乃行為要件之規定，其行為主體及違反效果則規定於同法第二十一條，二者合併觀之，足以確定規範對象為菸品製造者、輸入者及販賣者，其負有於菸品容器上以中文標示所含尼古丁及焦油含量之作為義務，如有違反，主管機關得依法裁量，對製造者、輸入者或販賣者擇一處新臺幣十萬元以上三十萬元以下罰鍰，並通知製造者、輸入者或販賣者限期收回改正；逾期不遵行者，停止其製造或輸入六個月至一年；違規之菸品並

版權所有，重製必究

沒入銷燬之。舉凡規範對象、所規範之行為及法律效果皆屬明確，並未違背法治國家法律明確性原則。

3

國家為增進國民健康，應普遍推行衛生保健事業，重視醫療保健等社會福利工作，憲法第一百五十七條及憲法增修條文第十條第八項規定足資參照。中華民國八十六年三月十九日公布、同年九月十九日施行之菸害防制法第八條第一項規定：「菸品所含之尼古丁及焦油含量，應以中文標示於菸品容器上。」第二十一條規定：「違反第七條第一項、第八條第一項或依第七條第二項所定方式者，處新臺幣十萬元以上三十萬元以下罰鍰，並通知製造、輸入或販賣者限期收回改正；逾期不遵行者，停止其製造或輸入六個月至一年；違規之菸品並沒入銷燬之。」乃國家課予菸品業者於其商品標示中提供重要客觀事實資訊之義務，係屬對菸品業者不標示特定商品資訊之不表意自由之限制。惟此項標示義務，有助於消費者對菸品正確了解。且告知菸品中特定成分含量之多寡，亦能使消費者意識並警覺吸菸行為可能造成之危害，促其審慎判斷，作為是否購買之參考，明顯有助於維護國民健康目的之達成；相較課予菸品業者標示義務，責由各機關學校辦理菸害防制教育，固屬較小侵害手段，但於目的之達成，尚非屬相同有效手段，故課予標示義務並未違反必要原則；又衡諸提供消費者必要商品資訊與維護國民健康之重大公共利益，課予菸品業者標示義務，並非強制菸品業者提供個人資料或表達支持特定思想之主張，亦非要求其提供營業秘密，而僅係要求其提供能輕易獲得之商品成分客觀資訊，尚非過當。另鑑於菸品成癮性對人體健康之危害程度，為督促菸品業者嚴格遵守此項標示義務，同法第二十一條乃規定，對違反者得不經限期改正而直接處以相當金額之罰鍰，如與直接採取停止製造或輸入之手段相較，尚屬督促菸品業者履行標示義務之有效與和緩手段。又在相關菸品業者中，明定由製造、輸入或販賣者，負擔菸品標示義務，就菸害防制目的之達成而言，亦屬合理必要之適當手段。故上開菸害防制法規定雖對菸品業者之不表意自由有所限制，然其目的係為維護國民健康及提供消費者必要商業資訊等重大之公共利益，其手段與目的間之實質關聯，符合法治國家比例原則之要求，並未逾越維護公共利益所必要之程度，與憲法第十一條及第二十三條之規定均無違背。

4

於菸品容器上應為前開一定之標示，縱屬對菸品業者財產權有所限制，但該項標示因攸關國民健康，並可提供商品內容之必要訊息，符合從事商業之誠實信用原則與透明性原則，乃菸品財產權所具有之社會義務，且所受限制尚屬輕微，未逾越社會義務所應忍受之範圍，與憲法保障人民財產權之規定，並無違背。

一、標的：

中華民國八十六年三月十九日公布、同年九月十九日施行之菸害防制法第八條第一項規定：「菸品所含之尼古丁及焦油含量，應以中文標示於菸品容器上。」第二十一條規定：「違反第七條第一項、第八條第一項或依第七條第二項所定方式者，處新臺幣十萬元以上三十萬元以下罰鍰，並通知製造、輸入或販賣者限期收回改正；逾期不遵行者，停止其製造或輸入六個月至一年；違規之菸品並沒入銷燬之。」

二、限制基本權

言論自由中不表意自由

三、審查標準：中度

四、目的：國家為增進國民健康，應普遍推行衛生保健事業，重視醫療保健等社會福利工作

五、適當性：

必要性：

狹義比例性：

大法官釋字第 656 號理由書

名譽權旨在維護個人主體性及人格之完整，為實現人性尊嚴所必要，受憲法第二十二條所保障（本院釋字第三九九號、第四八六號、第五八七號及第六〇三號解釋參照）。民法第一百九十五條第一項規定：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」其後段之規定（下稱系爭規定），即在使名譽被侵害者除金錢賠償外，尚得請求法院於裁判中權衡個案具體情形，藉適當處分以回復其名譽。至於回復名譽之方法，民事審判實務上不乏以判命登報道歉作為回復名譽之適當處分，且著有判決先例。

2

憲法第十一條保障人民之言論自由，依本院釋字第五七七號解釋意旨，除保障積極之表意自由外，尚保障消極之不表意自由。系爭規定既包含以判決命加害人登報道歉，即涉及憲法第十一條言論自由所保障之不表意自由。國家對不表意自由，雖非不得依法限制之，惟因不表意之理由多端，其涉及道德、倫理、正義、良心、信仰等內心之信念與價值者，攸關人民內在精神活動及自主決定權，乃個人主體性維護及人格自由完整發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切（本院釋字第六〇三號解釋參照）。故於侵害名譽事件，若為回復受害人之名譽，有限制加害人不表意自由之必要，自應就不法侵害人格法益情節之輕重與強制表意之內容等，審慎斟酌而為適當之決定，以符合憲法第二十三條所定之比例原則。

3

查系爭規定旨在維護被害人名譽，以保障被害人之人格權。鑒於名譽權遭侵害之個案情狀不一，金錢賠償未必能填補或回復，因而授權法院決定適當處分，目的洵屬正當。而法院在原告聲明之範圍內，權衡侵害名譽情節之輕重、當事人身分及加害人之經濟狀況等情形，認為諸如在合理範圍內由加害人負擔費用刊載澄清事實之聲明、登載被害人判決勝訴之啟事或將判決書全部或一部登報等手段，仍不足以回復被害人之名譽者，法院以判決命加害人公開道歉，作為回復名譽之適當處分，尚未逾越必要之程度。惟如要求加害人公開道歉，涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即屬逾越回復名譽之必要程度，而過度限制人民之不表意自由。依據上開解釋意旨，系爭規定即與憲法維護人性尊嚴與尊重人格自由發展之意旨無違。

講解

一、標的：

民法第一百九十五條第一項規定：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」

二、限制基本權

言論自由中不表意自由

三、審查標準：

四、目的：旨在維護被害人名譽，以保障被害人之人格權。鑒於名譽權遭侵害之個案情狀不一，金錢賠償未必能填補或回復，因而授權法院決定適當處分，目的洵屬正當

五、手段：是否有自我羞辱等損及人性尊嚴為判斷

未損及人性尊嚴

合理範圍內由加害人負擔費用刊載澄清事實之聲明、登載被害人判決勝訴之啟事或將判決書全部或一部登報等手段，仍不足以回復被害人之名譽者，法院以判決命加害人公開道歉，作為回復名譽之適當處分，尚未逾越必要之程度。

損及人性尊嚴

要求加害人公開道歉，涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即屬逾越回復名譽之必要程度，而過度限制人民之不表意自由

三、聽的自由(接受訊息的自由)

表現自由主要目的在保障每一個人可以自由地選擇其所喜歡的形式表達其內心所思，另一方面也傳遞給他人或與他人溝通、交換意見；因此，如果我

們只保護每個人各種表現的自由，而不保護他人聽的自由或接受訊息自由，則表現自由的保障失其意義。

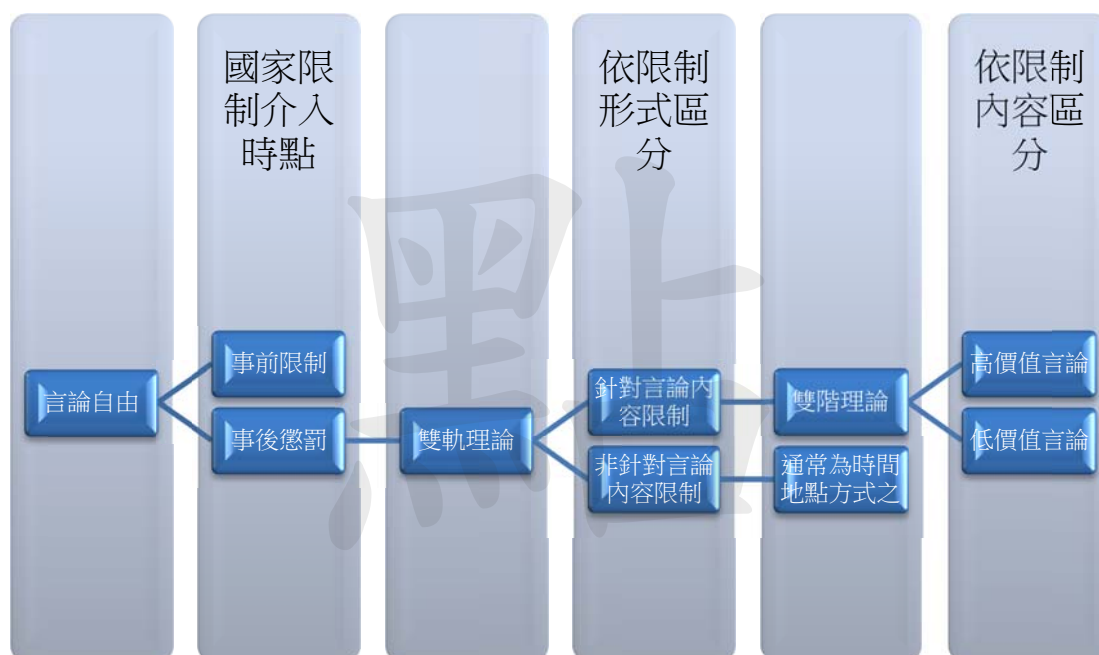
四、不聽的自由(不接收訊息的自由)

對於他人的言論，基於個人的好惡，個人當然有拒絕聽聞或接收的自由(免於干擾的自由)；然而此時表意人說的自由與聽眾或觀眾不聽的自由即發生衝突，此時應如何處理，即生疑義；對此，原則上，如果一個人可以輕易地避開其不想聽聞之言論，則應容忍表意人說的自由。但如果一個人向俘虜一般被迫接收其不想聽聞之言論時，則應保障不聽的自由，這即是「受俘之聽眾」理論。例如，競選期間，為了保障每個人居家的安寧，政府限制候選人的宣傳車進入住宅從事競選活動，或限制其擴音器的音量等，即是保障不聽的自由之。

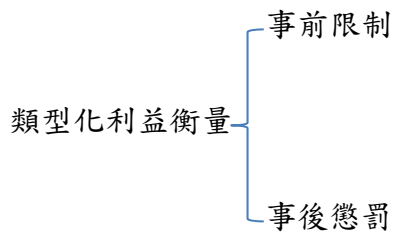
爭點三、前言

言論自由為人民之基本權利，憲法第十一條有明文保障，國家應給予最大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮(大法官釋字第 509 號參照)。

貳、表現自由之審查模型：類型化之利益衡量



第一步驟思考：事前限制與事後懲罰



一、事前限制

(1) 美國法上

① 原則：推定違憲

言論自由之保障目的，即在消除此種事前限制的法制

② 例外：合憲

(A) 負責限制事前限制之行政機關必須負舉證責任

(B) 證明程度

政府必須舉證如果不對系爭言論予以事前限制，將會成為國家或一般人民帶來「直接、立即及不可彌補的傷害」

(2) 我國釋憲實務=>應採嚴格審查標準-明顯而立即危險

釋字第 644 號林子儀大法官意見書

按會影響人民結社自由與言論自由行使之事前限制，並不必然即屬違憲。例如其限制並不涉及言論或結社之內容，而僅對言論表達之時間、地點或方式之合理限制者，即有可能屬合憲之限制。而如其限制涉及言論或結社之內容者，則因事前限制之結果，不僅限制人民表現自我、實現自我，所限制之言論亦無從進入言論思想之自由市場，而無法為思想、意見或資訊之傳遞與交流，不僅使得思想、言論匱乏，更危險的是將使執政者代替大眾選擇，而唯有其喜好或符合其利益之言論或思想方得以呈現或傳布，與憲法保障人民言論自由之意旨，根本背道而馳。是涉及言論內容之事前限制，其合憲性即有疑義，惟仍非即當然違憲。例如政府如能舉證證明如不對系爭言論予以事前限制，將會對國家或一般大眾帶來直接、立即且不可彌補之傷害時，則採取事前限制即有可能屬合憲之手段。惟事前限制是否必要，應依所涉言論內容之性質、言論可能產生負面效果之危險性，以嚴格之標準審查其合憲性。

大法官釋字第 445 號

集會遊行法第十一條第一款規定違反同法第四條規定者，為不予許可之要件，乃對「主張共產主義或分裂國土」之言論，使主管機關於許可集會、遊行以前，得就人民政治上之言論而為審查，與憲法保障表現自由之意旨有違；同條第二款規定：「有事實足認為有危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞者」，第三款規定：「有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞者」，有欠具體明確，對於在舉行集會、遊行以前，尚無明顯而立即危險之事實狀態，僅憑將來有發生之可能，即由主管機關以此作為集會、遊行准否之依據部分，與憲法保障集會自由之意旨不符，均應自本解釋公布之日起失其效力。

大法官釋字第 414 號理由書

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，乃為獲得財產而從事之經濟活動，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，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現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、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。藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範。

2

藥事法第六十六條規定：「藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請省（市）衛生主管機關核准，並向傳播業者送驗核准文件。傳播業者不得刊播未經省（市）衛生主管機關核准之藥物廣告。」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。又藥事法施行細則第四十七條第二款規定：藥物廣告之內容，利用容器包裝換獎或使用獎勵方法，有助長濫用藥物之虞者，主管機關應予刪除或不予核准，係依藥事法第一百零五條之授權，為執行同法第六十六條有關事項而為具體之規定，符合立法意旨，並未逾越母法之授權範圍，亦未對人民之自由權利增加法律所無之限制，與憲法亦無牴觸。惟廣告係在提供資訊，而社會對商業訊息之自由流通亦有重大利益，故關於藥物廣告須先經核准之事項、內容及範圍等，應由主管機關衡酌規範之必要性，依比例原則隨時檢討修正，併此指明。

司法院釋字第 414 號部分不同意見書：大法官吳庚蘇俊雄城仲模

…在出版品未刊出前即施予查驗，合乎官署所訂標準者，始可刊行，乃係對言論或出版自由之嚴厲限制，「事先審查之控制及核准過程之存在足以癱瘓精神生活」

(德國聯邦憲法法院判決 BVerfGE33 之用語)。戰後之西德及日本既無美國保障自由與人權之傳統，兩國憲法遂均直接明文禁止事先審查，以防舊日極權制度之復活，故德國即使影片之類出版品，主管機關實施事先審查，亦認為違背其基本法第五條第一項之規定（見前引之聯邦憲法法院判決）。日本尚存之教科書審定制，本質上屬於日本憲法第二十一條第二項所禁止之「事先檢閱」，其合憲性素有爭論，該國法院或以經教科書審定不合格者，原稿仍可以一般圖書而出版，並不受限制等理由，而認其尚未違憲（東京高等裁判所一九八六年三月十九日之判決）。由此可知。由於事先審查制度對言論及出版自由侵害之嚴重性，已為先進國家所不能容許。如前所述，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（dasg-elindesteMittel），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。抑制誇大不實之廣告，主要有賴事後之處罰，而非事先審查，若無較重之罰則規定，其不遵守審查結果，照原意刊播，主管機關能奈之何？藥品必須經檢驗合格，始能上市，尚且顧慮廣告誤人，試問各類食品或所謂健康食品多未經查驗，即可販賣，對人體健康之影響，恐不下於藥物，何以不事先審查食品之廣告，而僅採用事後追懲之手段（見食品衛生管理法第二十條、第三十三條第二款）？再者藥品既經事前檢驗合格，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，以致於須動用已為先進國家禁絕之事先審查乎？又廣告之方法原本多端，若藥物廣告採用街頭散發、設置看板、按戶郵寄或經由電腦網路等，則既非藥事法第六十六條所稱之刊載播放，主管機關如何能遂行刊播前之審查乎？環顧今日國中，藥物廣告之泛濫幾曾因主管機關有事先審查權限而稍見收斂乎？綜上所述，縱使僅對藥物廣告實施事先審查，亦難認其於憲法第十一條保障言論出版自由之意旨並無違背，有關立法及行政機關，儘可加重處罰（包括提昇至刑罰）、鼓勵相關業者之自制（包括藥商、廣告業及媒體），執行有處方始得購買藥品等制度，以代替效果不彰又「惡名在外」之事先審查。

講解

一、標的：

藥事法第六十六條規定：「藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請省（市）衛生主管機關核准，並向傳播業者送驗核准文件。傳播業者不得刊播未經省（市）衛生主管機關核准之藥物廣告。」

二、標準：

其中非關公意形成、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。藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大關

係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範。

三、目的與手段：

四、批判

大法官釋字第 744 號理由書

聲請人台灣蝶翠詩化粧品股份有限公司代表人吉田嘉明，未先向主管機關申請核准，即於購物中心網站刊登防曬乳之化粧品廣告，經臺北市政府衛生局以其違反化粧品衛生管理條例（下稱系爭條例）第二十四條第二項規定，依系爭條例第三十條第一項規定，處新臺幣三萬元罰鍰。聲請人不服，提起訴願遭駁回後提起行政訴訟，經臺北高等行政法院九十九年度簡字第八五〇號判決駁回。上訴後，經最高行政法院一〇〇年度裁字第二一九八號裁定，以其所陳上訴理由並無所涉及之法律見解具有原則性之情事，上訴不合法為由予以駁回，是本件聲請應以上開臺北高等行政法院判決為確定終局判決。聲請人認確定終局判決所適用之系爭條例第二十四條第一項、第二項、第三十條第一項關於違反同條例第二十四條第二項為處罰部分及系爭條例施行細則第二十條規定，有抵觸憲法之疑義，向本院聲請解釋憲法。有關聲請人主張系爭條例第二十四條第二項及第三十條第一項就違反同條例第二十四條第二項為處罰違憲部分，核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款所定要件相符，爰予受理，作成本解釋，理由如下：

2

言論自由在於保障資訊之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會。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。商業言論所提供之訊息，內容非虛偽不實或不致產生誤導作用，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，應受憲法第十一條言論自由之保障（本院釋字第五七七號、第六二三號解釋參照）。

3

系爭條例第二十四條第二項規定：「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。」同條例第三十條第一項規定：「違反第二十四條……第二項規定者，處新臺幣五萬元以下罰鍰；情節重大或再次違反者，並得由原發證照機關廢止其有關營業或設廠之許可證照。」（下併稱系爭規定）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

版權所有，重製必究

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。

4

查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。另依中央主管機關公告之化粧品範圍及種類表，所稱化粧品俱屬一般日常生活用品。系爭規定之立法目的應係為防免廣告登載或宣播猥褻、有傷風化或虛偽誇大（系爭條例第二十四條第一項參照），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，難謂其目的係在防免人民生命、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。

5

依現行法規定，化粧品可分為含藥及一般化粧品兩大類（系爭條例第七條第一項、第二項及第十六條第一項、第二項參照）。所謂含藥化粧品係指具防曬、染髮、燙髮、止汗制臭、美白、面皰預防、潤膚、抗菌、美白牙齒等用途之化粧品（化粧品含有醫療或毒劇藥品基準參照）。其對人民生命、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。況含藥化粧品，不論係自外國輸入或本國製造，均須先提出申請書、由主管機關查驗並經核准、發給許可證後，始得輸入或製造（系爭條例第七條第一項及第十六條第一項參照）。含藥化粧品，除其標籤、仿單或包裝與一般化粧品同，須記載中央衛生主管機關規定之事項包括成分、用途、用量等外，另須標示藥品名稱、含量、許可證字號及使用時注意事項等（系爭條例第六條規定參照）。就有害人體健康之預防而言，系爭條例第四章第二十三條以下訂有禁止輸入、製造、販賣、註銷許可證等暨抽檢及抽樣等抽查取締規定；第五章就相關違反情形，亦訂有罰則。又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。是系爭規定適用於含藥化粧品廣告，仍難認係為保護特別重要之公共利益目的，且與目的達成間具直接及絕對必要之關聯。

6

綜上，系爭規定不符憲法第二十三條之比例原則，與憲法第十一條保障人民言論自由之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。

另聲請人認系爭條例第二十四條第一項及系爭條例施行細則第二十條規定抵觸憲法第十一條、第十五條、第二十三條部分，核其所陳，尚難謂客觀上已具體指摘上開規定有何抵觸憲法之處。故此部分之聲請，不符司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，依同條第三項規定應不受理，併此敘明。

許宗力大法官意見書

本院前於釋字第四一四號解釋，針對藥物廣告應先獲主管機關核准始得刊播之限制，雖首度承認藥物廣告之商業言論性質，仍屬憲法第十一條保障言論自由之範圍，然「因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範」，而對言論自由之事前審查（prior restraints, prior censorship, Vor-/Präventivzensur）採取「較寬鬆」之審查基準，認定該事前審查「旨在確保藥物廣告之真實，維護國民健康，為增進公共利益所必要」，而與憲法保障言論自由之意旨「尚屬相符」。該號解釋理由書最後雖就「藥物廣告須先經核准之事項、內容及範圍等，應由主管機關衡酌規範之必要性，依比例原則隨時檢討修正」提出旁論，仍有大法官吳庚、蘇俊雄及城仲模三人聯名提出部分不同意見書加以駁斥，並引來我國歷來學者著述批評。

時隔二十年後，本院再次有機會針對商業言論的事前審查表示意見。本號解釋所涉商業言論是化粧品廣告，雖與藥物廣告同屬商業言論，但本號解釋對化粧品廣告的事前審查則採與釋字第四一四號解釋有別的立場，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「對言論自由之重大干預，原則上應為違憲」之推定，除非相關機關能舉證證明對化粧品廣告事前審查之目的，在於「防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復之危害」而為特別重要之公共利益，其事前審查之手段，與達成上開目的間具有「直接及絕對必要關聯」，並且須「賦予人民獲立即司法救濟之機會」，始符合憲法保障言論自由之意旨。

1. 本號解釋有無變更釋字第四一四號解釋¹？

本號解釋針對商業廣告的事前審查，雖採與釋字第四一四號解釋有別的嚴格審查基準，但是否變更了釋字第四一四號解釋？這是首先要釐清的問題。從本號解釋將用字嚴格限縮至「化粧品廣告」所涉之事前審查，可見是秉一次一案原則，

¹ 藥物廣告係為獲得財產而從事之經濟活動，涉及財產權之保障，並具商業上意見表達之性質，惟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。藥事法第六十六條第一項規定：藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請省（市）衛生主管機關核准，旨在確保藥物廣告之真實，維護國民健康，為增進公共利益所必要，與憲法第十一條及第十五條尚屬相符。又藥事法施行細則第四十七條第二款規定：藥物廣告之內容，利用容器包裝換獎或使用獎勵方法，有助長濫用藥物之虞者，主管機關應予刪除或不予核准，係依藥事法第一百零五條之授權，就同法第六十六條相關事宜為具體之規定，符合立法意旨，並未逾越母法之授權範圍，與憲法亦無抵觸。

極為小心地不使本號解釋效力溢散，乃以為本號解釋涉及的既然是化粧品而非藥物廣告的事前審查，應能避免造成變更釋字第四一四號解釋的印象與後果。然事實上究竟有無變更釋字第四一四號解釋？本席認為答案至少是有部分肯定的。首先，釋字第四一四號解釋理由書第一段先廣泛稱言論自由包括商業言論，接著稱商業言論「非關公意形成、真理發現或信仰表達……，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀」，可見是採美國雙階理論，將商業廣告視為較低階之言論，可以受較嚴格之規範。但本號解釋涉及同屬商業言論的化粧品廣告的事前審查，卻採嚴格審查標準，顯然不再以低階言論視之，足見本號解釋不認為商業言論盡屬低階言論，至少就化粧品廣告而言，國家倘對其作事前審查，將受到嚴格的審查。但本號解釋是否也影響釋字第四一四號解釋所涉針對藥物廣告事前審查尚屬合憲的結論？本席則認為未必。除了因為本號解釋採一次一案原則，將解釋標的嚴格限縮至化粧品廣告的事前審查；更重要一點是，藥物服用與國民健康有重大關係，化粧品施用，則不必然。即使是含藥化粧品，縱對人民生命、身體、健康造成之影響較一般化粧品為高，但一般而言，其影響仍難與藥物相提並論。因此，如果日後與國民健康有直接關係之其他商品廣告的事前審查規範，有機會進入本院的釋憲議程，本院是否也會秉持與本號解釋相同的立場，採嚴格審查，甚至進而宣告違憲，或許仍在未定之天。

2. 本號解釋的外溢效果

本號解釋固如前述，極小心地秉一次一案原則，試圖盡洪荒之力，不使本號解釋效力溢散，然事實上其產生的輻射效果，即使不是本院歷來解釋之最，亦不容小覷。因本號解釋對於商業性言論之事前審查既已採取嚴格審查基準，舉輕明重，尤其對於政治性言論之事前審查，除非政府部門能依照本號解釋之要件舉證證明事前審查之合憲性，否則未來將難以在憲法面前站得住腳。因此，可以想見，例如日後選務機關印製競選公報，參選人或參選政黨的政見即使涉及顛覆性政治言論或仇恨言論，如果採事前審查，即須符合本號解釋立下的審查標準，亦即留意目的是否在於「防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復之危害」而為特別重要之公共利益，其事前審查之手段，與達成上開目的間是否具有「直接及絕對必要關連」，並且須「賦予人民獲立即司法救濟之機會」。

羅昌發大法官意見書

參、本解釋所創「立即司法救濟」之要件，有待立法實現

一、多數意見前述「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」與「賦予人民獲立即司法救濟之機會」之兩類要件，性質與作用不同。前者係立法資料是否足以正當化法律規定對人民言論為事前審查之問題；後者與立法資料無關，而係人民因言論遭事前審查而受限制時，在制度上有無賦予其立即司法救濟之機會。前者為實體上之要求；後者為程序上之要求。兩項要求為並存之關係；亦即，縱使「立法資

料足以支持對之事前審查，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，且其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯」，然如對於言論受事前審查者，未賦予人民立即司法救濟之機會，仍不符合憲法對言論自由保護之意旨。

二、多數意見對於「賦予人民獲立即司法救濟之機會」要求之內涵，並無進一步闡述。由於解釋理由書第三段特別列舉此項要件，故其顯非現行之訴願或行政訴訟制度可以滿足；否則解釋理由無特別列舉此要件之必要。言論之表達有時較無時限性或急迫性（如多數之學術論述）；但亦常有甚高之時限性或急迫性，且經過一定極短之時間後，人民縱使獲得救濟，亦可能於事無補（如參選公職之文宣、選舉公報之政見內容）。不問言論表達之時限性或急迫性高低，在「立即司法救濟」之要求下，救濟必須屬「司法救濟」，且救濟速度上，應足以使合法言論得以即時表達或發表，避免於事無補之結果。此部分有待將來立法實現。立法者可制定一般性之立即司法救濟制度，以適用於言論事前審查之一切規定；亦可搭配言論事前審查之特定規定，制定僅適用於該特定規定之立即司法救濟制度。

講解²

問題一：事前限制 VS 司法院釋字第 414 號解釋

問題二：化妝品區分一般與含藥

一、商業性言論事前審查

原則-違憲

1、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益之目的。

例外-2、目的之達成間具直接及絕對必要關聯。

3、且賦予人民獲立即司法救濟之機會

二、違憲審查

一般化妝品

含藥化妝品

三、許宗力教授意見書

(一)是否變更 414 號解釋

肯定：對商業性言論之評價

保留：改變結論？

(二)外溢效應-政治性言論

²系爭條例第二十四條第二項規定：「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。」同條例第三十條第一項規定：「違反第二十四條……第二項規定者，處新臺幣五萬元以下罰鍰；情節重大或再次違反者，並得由原發證照機關廢止其有關營業或設廠之許可證照。」。

司法院釋字第 756 號解釋理由書

…又人民之表現自由涉及人性尊嚴、個人主體性及人格發展之完整，為憲法保障之重要自由權利。國家對一般人民言論之事前審查，原則上應為違憲(本院釋字第 744 號解釋參照)。為達成監獄行刑與管理之目的，監獄對受刑人言論之事前審查，雖非原則上違憲，然基於事前審查對言論自由之嚴重限制與干擾，其限制之目的仍須為重要公益，且手段與目的間應有實質關聯。系爭規定三之規定中，題意正確部分涉及觀點之管制，且其與監獄信譽部分，均尚難謂係重要公益，與憲法第 11 條保障表現自由之意旨不符。另監獄紀律部分，屬重要公益。監獄長官於閱讀受刑人投稿內容後，如認投稿內容對於監獄秩序及安全可能產生具體危險(如受刑人脫逃、監獄暴動等)，本得採取各項預防或管制措施。然應注意其措施對於受刑人表現自由所造成之損害，不得超過限制措施所欲追求目的之利益，並需注意是否另有限制較小之其他手段可資運用，且應留給受刑人另行投稿之足夠機會(例如保留原本俾其日後得再行投稿，或使其修正投稿內容後再行投稿等)，而不得僅以有礙監獄紀律為由，完全禁止受刑人投寄報章雜誌。系爭規定三有關「受刑人撰寫之文稿，如……無礙監獄紀律……者，得准許投寄報章雜誌」，就逾越上述意旨部分，亦與憲法第 11 條保障表現自由之意旨有違。

講解

- 一、標的：監獄行刑法施行細則第 81 條第 3 項規定：「受刑人撰寫之文稿，如題意正確且無礙監獄紀律及信譽者，得准許投寄報章雜誌。」
- 二、違憲審查標準：事前審查=> 中度

牛刀小試

(91 政大法研)

我國憲法是否承認得對出版品進行事前之檢查？某雜誌報導國家安全局之秘密專案，為檢察官以維護國家機密為由，搜索印刷廠，並扣押上萬冊尚未上市之本期雜誌。此一行為是否構成事前檢查？其合憲乎？請試抒己見。(25%)

(87 政大法研)

人民於室外舉行集會遊行時應先向主管機關申請許可。藥商於刊播藥物廣告時亦應於刊播前申請主管機關之核准。請問此種事前檢查之判度是否為憲法表意自由所容許？試申論之。(25%)