

名師啟試錄 ①

淺談商業性言論之憲法保障

編目：憲法

主筆人：熊台大

壹、前言

司法院作成司法院釋字第 744 號解釋（下稱本號解釋），該號解釋文認為，過去化妝品之廣告必須事前經由主管機關核准，屬於事前審查，限制了廠商之言論自由而逾越了必要程度，不符合憲法第 23 條之比例原則之要求，與憲法第 11 條之言論自由有違而違憲。大法官於理由書更指出，對於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，相關之立法資料必須要能夠證明該限制是為了防止人民生命、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，且該事前審查之手段與防止目的之達成間，必須具直接及絕對必要關聯，更重要地是，要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。

本號解釋雖使言論自由之保障又往前邁了一大步，但仍有諸多疑義仍未解決。例如：本號解釋有別於司法院釋字第 414 號解釋，對於商業性言論採取了更嚴格之審查標準，卻疑與過去對於商業性言論之低審查密度有所不合，究竟二者有何差異，是否變更了司法前例，仍有討論空間；另外，本號解釋強調了事前審查模式之高度違憲性，有別於司法院釋字第 414 號解釋，採取了更嚴格之審查標準，究竟二者有何差異，是否變更了司法前例亦有疑義^{註1}，因此本文旨在再次整理商業性言論之憲法基礎與審查基準，進而反省前述之問題。

貳、商業性言論是否受言論自由保障

商業性言論^{註2}是否受憲法言論自由之保障，在言論自由保障之發展脈絡中

^{註1}吳信華（2017），〈「商業性言論」因「事前審查」而不採「寬鬆標準」？—釋字第 744 號解釋評析〉，《月旦裁判時報》，第 59 期，頁 28。

^{註2}有學者認為，究竟本案涉及何種基本權也有探討之必要，即本號解釋涉及之基本權究竟屬於營業自由或言論自由，應該多加闡述。學者雖雖然結論認同大法官最後之決定，但仍指出，大法官應對於可能涉及之基本權利不採取之理由加以說明，不得受文獻多數見解之影響，直接將商業廣告連結至言論自由。同前註，頁 29-30。

屢生爭議。商業廣告多以營利為目的，在於追求商業利潤，其行為在於傳遞引誘買家購買特定商品訊息，因此仍屬於一種表現行為，理應受言論自由之保障，然而商業性言論是否屬於言論自由之保護範圍，於外國憲政發展的過程中存有激烈之論辯，以下就肯定說與否定說加以介紹：

一、否定說

(一)人民自治論

持此論者認為，言論自由之保護目的並非在「言論表達之自由」，而是對於人民在自治時不可或缺之思想與溝通活動自由之保障，因此該權利並非關私權利而攸關公權利，商業性言論因與人民自治關聯性不足而應被排除於言論自由之保護範圍之外，但仍受憲法之正當法律程序之保障。^{註3}

(二)司法抑制論

此論者認為司法機關並非毫無制約之權力機構，應該受某些原理所控制，而社會中多元利益之衝突與價值之判斷，應由立法機關來解決與實施，司法機關僅能依據立法機關原意解釋、適用憲法，秉持中立原則而不受法官個人因素所左右，進而主張依據當時立法資料，難以認定彼時立法者有如此自由之思想，而欲將所有類型之言論均含納進言論自由之保障範圍；且就言論自由保障帶來之益處而言，該論者認為「個人才能之發展」與「言論自由取得之幸福感」均能從其他活動獲得而無法將言論自由與其他活動加以區別，因此法院無法因此給予言論自由更多之保障，否則有違中立原則；再者，「提供社會安全之價值觀」之益處應為立法或行政機關之任務而非法院之權限；相對於商業性言論，政治性言論能普及政治真理，且其無關個人利益而屬於中立性事項，故屬於言論自由之保障範圍。因此相反地對於商業性言論管制，司法機關應給予立法部門最大之尊重。^{註4}

(三)自我實現論

該論者認為言論自由保障之言論是有關於個人之自由與選擇之事項，而有助於個人追求自我實現者而言。他認為從歷史的考察中，商業性言論欠缺個人自由或自我實現之要素，故非言論自由之保護對象。詳言之，該論者認為，在企業追求利潤最大化的同

^{註3}黃銘傑（1998），〈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368-369。

^{註4}同前註，頁370-372。

時，該等商業性言論已完全無關於個人之自由、選擇或自我實現了，只是一種追求利潤之合理手段而已，故非言論自由之保障對象。^{註5}

二、肯定說

(一)自我實現論

此說認為僅僅只有實施與政治性事項相關之決定或計畫，對於自我實現之目標仍有不足，必須也要一併對於與本身有密切關聯之經濟性事務決定或計畫才足夠，亦即人們可以對於不同之商品或服務選擇時，藉由收集不同之資訊來對照自我滿足之目標下比較分析，藉此提升培養推理與思考能力，並因此對於個人合理之自我實現目標有所助益。雖然經濟性決定對於個人實現之貢獻程度無法完全與政治性言論相提並論，但有總比沒有好，且也有可能對於政治性或社會性事務之關心態度不同，而成為日常生活中提升自我實現能力之合理手段。^{註6}

(二)知識份子之偏見論

有學者認為，商業性言論應受到言論自由之保護，國家介入自由之思想交換市場會產生不良影響，只有使市場機制自主充分運作，對於介入管制有嚴格規範，則會更加保障言論自由，也就是將市場之競爭機制也適用於思想之交換市場中；^{註7}其並指出法學家主張商業性言論與政治性言論應有不同程度之保護，其並未有有說服力之正當理由與說理基礎，更反映出法學者對於言論市場有信心，卻對於經濟層面之自由市場信心不足之矛盾，因此該規範取向僅是特定價值與偏見下之產物^{註8}，亦即思想交換市場是知識份子的活動之市場，言論自由就是為了知識份子自身之自由，執行管制者也多為知識份子，因此政府管制將會增加對於知識份子服務之需求，因此對於以廣告形式表達言論時，對於政府管制會出現較為寬容的態度，而顯現了其偏見之存在。^{註9}

^{註5}同註3，頁372-374。

^{註6}同註3，頁374-378。

^{註7}同註3，頁375。

^{註8}劉靜怡，〈賭場廣告的言論自由保護〉，《台灣法學雜誌》，第237期，頁142。

^{註9}同註3，頁376。

三、我國實務見解之態度

我國之實務見解，於司法院釋字第414號解釋得以知悉。大法官於司法院釋字第414號解釋認為：「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15條及第11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。」因此承認商業性言論屬於我國憲法11條言論自由之保障範圍。而於本號解釋中，大法官再次確認了商業性言論之保護必要性，認為「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11條言論自由之保障。」

參、商業性言論之保障程度

一、現今之審查基準

然而縱使在保障該言論自由之前提下，通說仍容許國家對此進行較高程度之管制，例如：美國聯邦法院即認為商業性言論仍為民主社會提供人民做成決策過程中「不可或缺」之資訊，進而對此採取the Central Hudson test之「四部分判斷」(four-part analysis)^{註10}，學者認為此乃改良之中度審查基準，其要件為：第一，系爭商業性言論須非涉及誤導性質或與非法活動有關，若為誤導性質或與非法活動則不受言論自由之保障；第二，系爭管制措施所追求之管制目的必須是追求實質政府管制利益，所謂實質政府利益所要求者只要非過於瑣碎或抽象之管制目的即可，僅有失之虛幻或事後找理由正當化者始有違憲之疑慮；第三，系爭管制措施必須直接有助於上述管制目的；最後，必須要已經沒有其他管制手段可以達成前述管制目的。第三與第四要件即為我國比例原則之管制手段審查，必須要能達成

^{註10}李仁淼，〈商業廣告與表現自由(一)〉，《月旦法學教室》，第178期，頁8。

管制目的或手段與目的間具備因果關係，管制手段不能超出管制目的之必要手段之外者，始能通過違憲審查。^{註11}而我國大法官於司法院釋字第414號解釋中，也認為「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。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。」可以得知商業性言論因為與國民健康有重大關係，應該要受到「較為嚴格」之檢驗，即偏向採取中度審查基準。

二、較為嚴格管制之理由

容許商業性言論受到較為嚴格管制之理由，學者認為原因可分為數點：首先，商業性言論是行銷、公關之手段，並以營利之促進為主要目的，與公意形成、真理發現或信仰表達無關，不能與其他類型之言論等量齊觀^{註12}，其保障之理由在於提供消費者資訊之價值。其次，法律遵循之成本會成為經營成本之一部分，而適當將管制增加之營業成本反映於售價中，消費者雖然需要負更高之價格購買，但該代價與取得正確資訊之好處能相互抵銷甚至超越，故符合憲法第23條之比例原則；再者，對於商業性言論之管制比較沒有寒蟬效應之顧慮，商業性言論之表意人自我推銷動機強，風險規避程度較低；最後，商業性言論之管制均只針對一類型特定、範圍有限，且邊界相對清楚之管制對象為之。綜合上述，學者肯定應對於商業性言論給予較嚴格之管制標準。^{註13}

三、審查基準轉變之爭議

我國過去對於商業性言論之審查基準偏向採取較為寬鬆，甚至中度審查基準已如前述，然於本號解釋之多數理由中，大法官認為對於化妝品管制採取事前審查之管制模式，構成了言論自由之重大干預，應該先預設為違憲，並在立法資料中探尋是否足以支持事前審查制度存在，必須要為了避免生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復之危害結果，即必須具備特別重要之公共利益目的之引導，且事前管制手段與特別重要之公益目的兩者間必須有直接且絕對必要之關聯，更要賦予人民立即司法救濟之機會，才符合憲法比

^{註11}同註8，頁144-145。

^{註12}司法院釋字第414號解釋理由書。

^{註13}王明禮，〈網路時代之薦證廣告與其管制〉，《東吳法律學報》，28卷4期，頁144-145。

例原則與言論自由保障之意旨^{註14}，亦即審查基準已經偏向嚴格之審查基準。也因此學者，甚至做成本號解釋之大法官間，對於是否本號解釋與司法院釋字第414號解釋間有無推翻前例，是否仍採用過去美國「雙階理論」架構，有所爭論。

學者有認為，從大法官之論理過程，可以得知雙階理論之架構已經有所改變，商業性言論不再被認為必然屬於價值價低之低階言論，並指出事前審查必須要適用嚴格之審查基準。^{註15}許宗力大法官則認為「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，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414號解釋的印象與後果。然事實上究竟有無變更釋字第414號解釋？本席認為答案至少是有部分肯定的。」並指出應該要注意對於政治性言論之事前審查也將面臨重大之違憲質疑。黃昭元大法官則指出本號解釋已經實質挑戰了釋字第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，但基於司法自制與一次一案原則，未正式推翻（overrule）釋字第414號解釋審查標準，隱然間接肯定本號解釋之變更。湯德宗大法官則積極地、明確地指出「乃我國實務上首次採取之「嚴格審查基準」（高標），實質上已變更（修正）了本院釋字第414號解釋之見解」，認為本號解釋已經推翻了釋字第414號解釋，也點出「因本件所涉為「化粧品」廣告，而非『藥物』廣告，多數意見卒未處理（敘明）本院釋字第414號解釋是否變更的問題」。

另有學者認為，本號解釋不同於司法院。釋字第414號解釋過去對於「事前抑制」置之不管，也非對於商業性言論之審查基準加以分析，誠然已經意識到事前抑制或事前審查之嚴重性，而納入違憲審查之重要考量因素。但沒有對於事前抑制之理論進行詳細論理，殊為可惜，更指出若對於廣告全面性禁止，則應該以嚴格審查基準審查。^{註16}許志雄大法官也於其協同意見書中，認為「對於事前審查制問題之嚴重性，一無所覺或毫不在意。據此，謂其關於商業言論受言論自

^{註14}劉靜怡，〈事前審查所為何事？—司法院釋字第744號解釋簡評〉，《月旦法學雜誌》，第267期，頁195-196。

^{註15}同前註，頁197。

^{註16}同註10，頁7、9。

高點法律專班

版權所有，重製必究！

由保障之說詞徒託空言，並非出於對表現自由真諦之深刻體認，亦不為過。」認為多數意見並未正確認知事前審查之嚴重性。

然而蔡明誠大法官與黃瑞明大法官則持相反態度。蔡明誠大法官認為本號解釋與司法院釋字第414號解釋之立論基礎及結論俱不相同，嚴格言之，尚未變更前述司法院釋字第414號有關藥物廣告之商業言論非屬憲法絕對保障之自由權，得依法受到事前審查之見解。黃瑞明大法官則認為本號解釋對廣告之定位與釋字第414號解釋有所不同，亦即認為不實廣告誘引消費者購買，僅傷害其金錢利益，而沒有「明顯而立即之危險」，本號解釋就此立場實與釋字第414號解釋不同意見書之見解接近，但似又未變更判決先例。

最後，有學者點破一個根本性的問題，而這也往往是學習法律之人了然於心，卻又往往可能陷入之謬誤，即何以商業性言論所對應者即係必須必然為「寬鬆審查」或可能之「中度審查」？吾人不能僅以「因為商業性言論屬於低價值言論，因此就應該如此為審查」之理由論證，除了不具備理性之說服力外，更重要地是對於言論價值之高低如何評價難以一概而論，且對於價值之判斷也需要詳盡之理由說明，過度簡略之命題無法給予詳細之說理或思辨，因此不能機械式地僅以商業性言論屬於低價值言論，本應以寬鬆審查卻有所轉變，而作出「審查標準」之轉變之結論；也不能僅以外國之法理直接推論套用而見獵心喜。^{註17}亦即保持理性且詳盡之論理，才能挖掘我國憲法實務對於商業性言論之真正看法與發展趨勢。

肆、結論

從前述之整理可以知悉，商業性言論之憲法保障已無太大爭議，而對於其管制之密度可以相較於一般言論更為提高，亦為通說與我國實務所採。進而本文認為，重點仍在於事前審查對於言論自由之侵害，而此侵害之可能將提升法院之審查密度。誠如許宗力大法官指出本號解釋可能具有之外溢效果，我國對於言論之事前審查之合憲性將產生重大衝擊，並可能徹底檢討過去司法院釋字第414號解釋沒有處理之部分，此為本號解釋之貢獻，卻也額外帶來更多的挑戰。

^{註17}同註1，頁31-32。