

以言論自由為念的食藥安全控管憲法裁判— 簡評司法院釋字第 744 號解釋

賈文宇*

摘要

司法院釋字第 744 號解釋認定對化妝品（包括一般化妝品與含藥化妝品）廣告的「事前審查」逾越比例原則而過度侵害言論自由，進而宣告違憲。對化妝品廣告所採的事前審查機制，從言論自由的角度來看固為不宜，但並不代表「事前審查」機制在商業言論中斷不可採。而大法官們以言論自由為念對食藥安全控管機制所為的憲法裁判，恐怕剛好忽略了濫用、累積等健康風險，外貌對健康與人格的影響，以及健康在憲法上具有基本權之潛力。準此，本文認為，程序與實體標準都更精準的事前審查機制，誠可衡平言論自由保障與管制之需求。

關鍵字：釋字第 744 號解釋、言論自由、商業言論、事前審查、食藥風險管制、基本權衝突

* 臺灣科技大學人文社會學科 博士後研究員；臺灣科技大學、中原大學兼任助理教授。

目次

壹、釋字第 744 號解釋所涉問題	伍、管制機制之重塑
貳、審查「事前審查」：「明顯而立即危險」標準與比例原則之運用	一、事前審查並非必然不許
參、被忽略的文化影響與斷裂的論證理路	二、校準事前審查之目的正當性
肆、本案分析觀點之再思考	三、更精細的風險控管—事前審查之必要性
一、基本權衝突之可能	陸、結語
二、被排除的兩種「另類」健康風險	
三、風險預防機制之整體評估	

壹、釋字第 744 號解釋所涉問題

司法院釋字第 744 號解釋於 2017 年 1 月 6 日做成，認定對化妝品（包括一般化妝品與含藥化妝品）廣告的「事前審查」逾越比例原則而過度侵害言論自由，進而宣告違憲、系爭規定於解釋公佈之日立即失效。由於言論自由在當代民主國家被視為極重要的基本權、而「事前審查」往往被視為是言論自由之大敵；即使「廣告」通常被定義為「商業言論」、受保護的程度稍低，也不代表立法者能恣意使用。也因此，不少大法官將本案視為民主價值的體現，認為是台灣走出威權統治、通往轉型正義的重要實踐；如黃昭元大法官於其協同意見書第 41、42 段中所言：

[41]。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。¹

多位大法官個別的意見書也將重點放在言論自由、商業言論的審查密度，以及「事前審查」機制的憲法許可性進行討論。

總體而言，釋字第 744 號解釋似乎沒有受到什麼負評，違憲的結果看來是眾望所歸—至少就大法官內部而言，一共 11 份意見書中，唯一 1 份（部份）不同意見書也不是針對事前審查違憲的結果。然而，釋字第 744 號解釋的分析理路與標準，仍有許多值得商榷之處，值得細細探究。

貳、審查「事前審查」：「明顯而立即危險」標準與比例原則之運用

究竟應該從什麼角度看待化妝品廣告的事前審查機制，涉及大法官的審查標準，當先釐清。雖然包括數位大法官在內，一般直觀上比附援引的前例會是同樣針對廣告進行事前審查的釋字第 414 號解釋（藥物廣告）。在釋字第 744 號當中，各方意見也確實（或至少不反對）優先從「限制基本權（言論自由）」的角度出發，接著便是考量釋字第 414 號解釋中所採取對於言論內容進行價值排序，區分「高價值」、「低價值」言論的設定。不過，這樣的相似性恐怕並沒有在本案發揮規範論證或分析上扮演關鍵角色：不但解釋文與解釋理由書最終迴避了釋字第 414 號解釋對本案是否有「判決先例」之拘束力（*stare decisis*）問題，其實區分完高低價值後，也離「事前審查」機制之合憲性判斷還有段距離。

觀察解釋理由書，會讀到大法官明確地宣告「事前審查原則違憲」。而細查解釋理由書，則不難發現大法官在「事前審查原則違憲」之前，限縮了範圍於「化妝品廣告」；而在原則違憲的宣告之後，則附上了「立法資料須足以支持」之要求，並限於「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」，²手段「與目的之達成間具直接及絕對必要關聯」，在賦予受限制者「立即司法救濟」途徑之狀況下，則可能例外合憲。

¹ 司法院釋字第 744 號解釋，黃昭元大法官協同意見書。

² 多數意見同時否定了「消費大眾作出經濟上之合理抉擇」之經濟利益，以及「避免廣告登載或宣播猥褻、有傷風化」之善良風俗維繫等兩類目的為「特別重要公益目的」之主張。

上述規範概念的分類固然歸屬言論自由，但並不妨礙前開判準同時承載國家對化妝品安全管制之功能。事實上，多數意見再三強調化妝品—即便是「含藥」化妝品—既「非供口服或食用」，且「尚未對人民生命、身體、健康發生**直接、立即之威脅**」，而直接被認定不具備特別重要公益性。此處多數意見顯然是以**結果造成之實害為斷**，認為事前審查之限制只應用於特別嚴重之實害。這個「直接、立即之威脅」，難免讓人聯想到在我國言論自由法理中廣泛被介紹，也曾在釋字第 445 號解釋用於檢視「事前審查」機制合憲性的「明顯而立即危險(clear and present danger)」標準。³ 黃昭元大法官在協同意見書中也提及，釋字第 744 號解釋承襲釋字第 445 號解釋中對事前審查機制採取的「明顯而立即危險」標準，另外再加上「難以回復」之要件，更加限縮事前審查之合憲空間。

4

但前開承襲言論自由法理的標準也至少隱含了三個從食藥安全角度值得商榷的前提：(1)「非口服」必然對生命、身體、健康影響較低；(2)非直接、非立即、非不可回復之健康風險，必然屬於危害較小之風險；(3)值得被事前保護的法益/重大公益目的，似乎並不包括面貌、外觀。

同時，從制度面觀察，解釋理由書認為，現行法另有防免健康危害之其他機制，而無須倚賴對化妝品廣告內容之事前審查：(1)含藥化妝品須有**主管機關查驗、核准**後，始得輸入或製造；(2)含藥化妝品須記載「**成分、用途、用量等**」以及所含藥品之「**名稱、含量、許可證字號及使用時注意事項等**」；(3)訂有各種違反上開規範之**取締機制與罰則**；(4)對**不實廣告**之內容亦有事後處罰機制。這些機制的存在，使大法官得從比例原則的分析角度，明確做成結論認為「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。」則潛在的典型問題是，若這些機制一部或全部不復存在或缺實效，則對系爭規定的非難、違憲之結論，及整體食藥安全的風險評估，是否須重新認定？

參、被忽略的文化影響與斷裂的論證理路

³ 本案聲請書亦有引用（司法院釋字第 744 號解釋聲請書，第 38 頁）

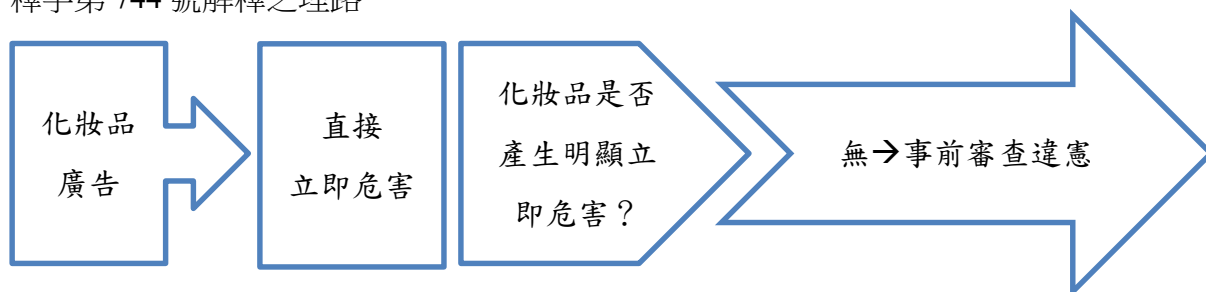
⁴ 司法院釋字第 744 號解釋，黃昭元大法官協同意見書（第 19 段）。同樣在意見書明確提到沿襲一般言論自由中「明顯立即危險」標準的，還有許宗力大法官。請見 司法院釋字第 744 號解釋，許宗力大法官協同意見書。

從上述對釋字第 744 號解釋理由書的拆解，不難看出其分析的焦點，十分集中在化妝品對身體健康的實質危害上。但系爭規範所管制的對象，其實並非化妝品本身的管制、而是促銷化妝品的廣告—從而，「化妝品廣告及事前審查廣告內容的機制」對購買、使用化妝品決策與行為之影響，也是對系爭問題完整分析不可或缺的一環。解釋理由書雖然明知「化妝品」與「廣告」間的差異，但對廣告的影響力分析僅僅點到為止，而完全被**使用化妝品**的末端健康風險所取代：

……，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

對比大法官在解釋理由書中所採的論證途徑與本文所主張完整的論證途徑，以下圖表示或許更為清楚：

釋字第 744 號解釋之理路



完整的分析理路

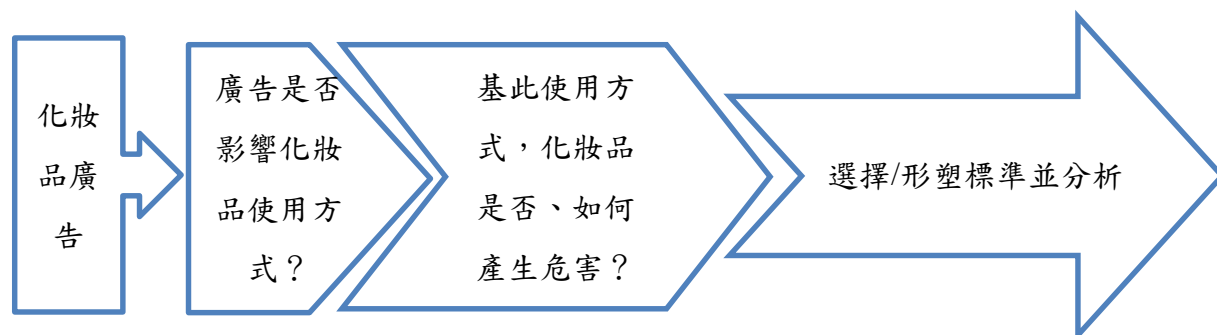


圖 1.兩種分析理路之比較

⁵司法院釋字第 744 號解釋理由書。

解釋理由書的遺漏，或許跟多數大法官自始不認為保護「消費大眾作出經濟上之合理抉擇」屬於特別重大公益目的之判斷，從而不進行目的手段關聯性審查有關。然而廣告之影響力，恐怕並不只存在「購買」或「交易」的經濟抉擇，而更包括對化妝品的期待及使用方式—申言之，其影響層面還深入了社會的消費文化、「美」的標準與身體意識的建立。⁶ 而 Theresa E. DiDonato 教授援引數篇心理學實證研究後為文指出，化妝在社交關係中確實會增加吸引力—這也影響了「如何化妝」的方向；⁷ 其他實證研究也指出，女性透過化妝改變外貌，也確實會影響社會評價、乃至於自我認同。⁸ 在對美與人際關係吸引力的期待下，因為「求速成」的心態造成不正常的化妝品濫用，即非罕見而不可想像之結果。⁹ 也因此，現實中每個個人使用化妝品的劑量、頻率、時間長短等等，所秉持的標準就未必是仿單上的使用說明，也可能是廣告所形塑的生活文化—如此一來，上述理由書所假設的、使用化妝品之健康風險，即可能部份失真。當然，生活文化並不是大法官想要影響的範圍；如本文開篇時引用黃昭元大法官所警示「善良家長」的態度，¹⁰ 政府立法在有意或無意間成為影響社會文化內容的規訓工具，似與當代民主社會的價值不合。但當這樣的文化會進一步影響健康安全、而大法官也確實在意健康安全時，只使用言論自由的分析觀點檢驗，即難免出現論述與理路的疏忽或斷裂。

肆、本案分析觀點之再思考

一、基本權衝突之可能

⁶ 張曉楨，自我印象、虛榮特性對訊息對化妝品購買意願影響之干擾效果，文大商管學報，第 2 卷 6 期，頁 77-79 (2011)。李明賢，台灣大專院校女學生化妝品消費行為研究，國立中山大學企業管理系碩士論文，頁 35 (2004)。

⁷ Theresa E. DiDonato, 5 *Research-Backed Reasons We Wear Makeup: Why We Really Use Lipstick, Mascara and Foundation*, PSYCHOLOGY TODAY (Feb. 6, 2015) <https://www.psychologytoday.com/blog/meet-catch-and-keep/201502/5-research-backed-reasons-we-wear-makeup>

⁸ Rebecca Nash *et al.*, *Cosmetics: They Influence More Than Caucasian Female Facial Attractiveness*, 36(2) J. APPLIED SOC. PSYCHOL. 493 (2006); Rodolphe Korichi *et al.*, *Why women use makeup: Implication of psychological traits in makeup functions*, 59(2) J. Soc'y Cosmetic Sci. 127 (2008); *see also*, Alex L. Jones, Richard Russel, and Robert Ward, *Cosmetics Alter Biologically-Based Factors of Beauty: Evidence from Facial Contrast*, 13(1) Evolutionary Psycho. 210 (2015).

⁹ 例如，「清潔保養過當更易乾癢 自行用藥有風險」，中央社，2016 年 9 月 27 日；「濫用鼻貼布 皮膚炎恐上身」，蘋果日報，2013 年 7 月 9 日；「每天要用 40 多瓶 中年婦濫用保養品 皮膚炎上身」，自由時報，2013 年 2 月 19 日。

¹⁰ 司法院釋字第 744 號解釋，黃昭元大法官協同意見書（第 42 段）。

如前所述，分析文化對社會生活與行為的影響，其目的並非以家長主義(paternalism) 規制形塑「良善」之社會文化，而是在理解、確認社會慣行下使用化妝品之現實情狀，是否與解釋理由書所設想的情境存在落差。解釋理由書所認定、對言論自由事前審查構成正當理由的健康風險，只有直接、立即、難以回復三者兼具時，始須進一步判斷目的手段關聯性：

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。

這樣的思考流程，是依循「比例原則」下慣用思考理路順序。¹¹本號解釋理由書中既然如此實質且罕見地¹²從目的正當性之階段即否定系爭機制之合憲性，則多數大法官在本案中如何設定目的正當之標準、該標準是否合理，至關重要。如前所述，大法官應是援用了言論自由一般的「明顯而立即危害」標準、再加上「不可回復」。但或許更根本的問題是，本案適合用比例原則審查嗎？

一個可能的思考是，系爭機制帶來的可能不只是追求公益的基本權限制，而毋寧是**基本權衝突**。釋字 472 號解釋中，大法官要求全民健保不得以欠繳保費而拒絕醫療給付；依吳庚、陳淳文兩位教授之見解，此乃基於生存權（作為社會權一環）照顧之積極實現方式。¹³若此說確屬的論，而釋字 472 號解釋既未將國家給付醫療的義務侷限於「直接、立即、難以回復」之健康風險，而國家「給付醫療」又顯非目的、而系維護國民健康的手段，則國家為維繫國民健康所採取之其他立法手段，應視為生存權—社會權照顧之不同積極實現方式，無須再加上「直接、立即、難以回復」之要件。準此，本案分析事前審查合憲性的標準，就不當然是以「公益」對抗「基本權」為架構前提的比例原則。學者黃舒芃亦將釋字第 472 號「健保不得拒絕醫療給付」視為社會權實現，且更進一步談到了社會權實現或給付未必是多多益善，因為其往往以自由權犧牲作為提供給

¹¹ 解釋理由書中明確引用比例原則作為審查標準：「綜上，系爭規定不符憲法第二十三條之**比例原則**……」。

¹² 黃舒芃，比例原則及其階層化操作——一個著眼於司法院釋憲實務發展趨勢的反思，中研院法學期刊，第 19 期，頁 25-26 (2016)。

¹³ 吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，頁 253-54(2013)。

付資源之代價，釋憲者負有**權衡**之義務、並不當然以尊重立法者形成空間為由無限制退讓。¹⁴ 但應如何權衡，該文亦未明確主張特別的公式或標準。

二、 被排除的兩種「另類」健康風險

解釋理由書中，大法官宣示事前審查原則違憲後，仍提出可例外論證不違憲之條件：

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，始符合憲法比例原則及保障言論自由之意旨。(粗體為作者所加)

如前所述，從限於防免直接、立即（且不可回復）危害到「與目的之達成間具直接及絕對必要關聯」，都是操作比例原則下嚴格審查的典型要求。即便多數大法官轉換切入點，改從基本權衝突或健康風險控管的角度出發，言論（即使屬較低價值之商業言論）之事前限制仍是必須謹慎以對的人權侵害，不論從目的正當性或目的手段關聯性分析，都必須論證系爭手段所欲保護者，確屬**值得保護**之健康風險類型。而多數大法官設下的門檻或許極高，但所承認論證方法/途徑（**approach**）—即對立法資料支持之重視—正代表多數大法官並不滿足於抽象語言概念之分析，而要求就實際成效的評估。¹⁵

化妝品是否存在不屬於直接、立即且不可回復之「另類」風險？累積性的健康風險應該屬於上述類型之外的「另類」風險。¹⁶2013 年全台之年度化妝品抽驗結果即顯示，有達 51 件、5.8%的不合格率；而不合格之原因，以「驗出甲醛、汞、苯等禁用成分」之 28 件最多；根據衛生福利部食品藥物管理署官員表示，這些不合格產品「長期使用

¹⁴ 黃舒芃，社會權在我國憲法中的保障，收錄於《民主國家的憲法及其守護者》，頁 128-32 (2009)。

¹⁵ 黃昭元大法官在此處更進一步區分，若採嚴格審查，則可參考之立法資料僅限於「立法時」之認知，採寬鬆審查則無此限制。司法院釋字第 744 號解釋，黃昭元大法官協同意見書（第 15、16 段）。

¹⁶ 更「另類」的風險，其實還應該包括化妝品使用的化學物質，透過污染排放進入環境中，形成對人體極低量但極長期的暴露。Julia R. Barret, *Chemical Exposures: The Ugly Side of Beauty Products*, 113 (1) ENT. HEALTH PERSP. A24 (2005). 當然，這部份已經跟化妝品廣告之關聯相去甚遠，重點是「累積」風險之危害是實害。

恐皮膚返黑、傷肝腎」。¹⁷ 2016 年食藥署公佈的類似檢驗報告，165 件中有 13 件不合格，其中五款面霜「長期使用恐導致皮膚變薄、發炎或灼傷、白斑症等」，而更有兩款睫毛膠驗出甲醛超出殘留限量標準、一款甚至超標兩倍，甲醛長期吸入則有致癌風險，為世界衛生組織公告的一級致癌物質。¹⁸ 2015 年台南市衛生局抽查夜市中 51 件化妝品，不合格率更高達 49%。¹⁹如前所述，透過化妝品廣告傳播，已經與生活及審美結為一部份的化妝文化，形成長期使用化妝品的習慣之際，可能也就連同化妝品的健康風險一併累積了。但因為短暫、少量的使用都不會造成立即之危害，也就不在大法官認定的特別重大公益目的中。

另一方面，對於外觀的負面傷害，未必是典型的、生理健康上的重大影響，卻對人的身體形象建立及自我認同息息相關。一個可類比的切入點，或可從女性因乳癌切除乳房後，乳房重建手術究竟是「美容」或「醫療」—及其涉及「醫療」保險是否給付之問題思考。美國「婦女健康與癌症權利法（Women's Health and Cancer Rights Act）²⁰」即要求醫療保險涵蓋乳房之修復/重建手術；實證上，

雖然女性在切除乳房後選擇再造的確切比例尚不可知，但一項研究發現，2011 年，在準備做乳房切除手術的女性當中，有 63% 的人選擇再造。如今，在美國的某些地區，這個數位接近 80%。因此我們可以說，無論是社會的共識，抑或女性本身對身體的自覺，乳房對女人來說是相當重要的。

21

但釋字 744 號解釋的立場，顯然將使用化妝品所帶來的外貌傷害理所當然地直接排除於「健康」之外，²²恐怕也成為我國衛生健康政策與法律標準長期缺乏性別意識²³

¹⁷ 「驚！化妝品抽驗 竟含甲醛、汞、苯」，蘋果日報，2014 年 5 月 8 日。

¹⁸ 「化妝品抽驗 13 件不合格」，聯合晚報，2016 年 5 月 4 日。

¹⁹ 「南市稽查夜市化妝品 不合格率四成九」，蘋果日報，2015 年 6 月 15 日。

²⁰ 主要規定請見 29 U.S. Code § 1185b。

²¹ 洪存正，平胸路線！走出乳癌，和信癌症中心醫院，2017 年 1 月 5 日，

<http://www.kfsyscc.org/about/interview-topics/ping-xiong-lu-xian--zou-chu-ru-ai>（最後瀏覽：2017 年 4 月 4 日）。

²² 又如化妝品濫用易導致之「青春痘」（痤瘡/面皰/粉刺），就同時是外貌及皮膚健康的傷害，處理不慎亦可能導致難以回復之情形。王修含，

青春痘(痤瘡/面皰/粉刺)：成因、治療方法，皮膚科王修含醫師，

<http://www.skin168.net/2013/09/acne.html>（最後瀏覽：2017 年 4 月 4 日）

²³ 張珪，婦女健康權益報告書，收錄於 臺灣婦女權益報告書，頁 96-98，2002 年。

的另一個不經意的表徵。反之，若承認外貌傷害與健康之間的連結，也就強化了本文前段主張本案應從「基本權衝突」角度分析之論點。

三、 風險預防機制之整體評估

宣告化妝品廣告事前審查機制違憲的另一個重要立論基礎，是解釋理由書認為，化妝品「查驗後輸入、製造」制度，已足以防免健康風險：

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）。²⁴

此一論點在抽象制度思考下固然有理，多數意見卻未引用資料支持其實證成效；反而是本文前段指出，歷年來常有一定比例之不合格化妝品得以流通市面之情狀，挑戰了多數意見的假設。

更進一步的問題是，若主管機關已經準備將部份事前查驗制度廢除，則大法官在為解釋時是否應予考量？或一旦廢除，是否即須重新進行風險評估？行政院院會已於（釋字第 744 號解釋前）2016 年 9 月通過「化粧品衛生管理條例」修正草案，相關制度修改為：²⁵

廢除化粧品色素查驗登記及化粧品備查制度，改由化粧品製造及輸入業者辦理產品登錄及建立產品資訊檔案；另保留用於染髮、燙髮等特定用途化粧品之查驗登記制度；特定用途化粧品查驗登記之規定，自本次修正條文施行之日起 5 年後停止適用，全面實施產品資訊檔案及登錄制度。（修正條文第 4 條及第 5 條）

²⁴ 司法院釋字第 744 號，解釋理由書。

²⁵ 行政院會通過「化粧品衛生管理條例」修正草案，衛生福利部（官方網頁），2016 年 9 月 8 日，<http://www.mohw.gov.tw/news/572356518>（最後瀏覽：2017 年 4 月 4 日）。

雖然更動層面不大，終究是解釋理由書中所認定「直接有效」的把關機制。司法者就已知的修法方向，或可等待立法院相關審議結果出爐後再行解釋；若先為解釋，則修法後之整體風險狀態將往不利於維持原判斷之方向改變。故本號解釋之做成時點，亦有可再斟酌之處。另外應予考量的，是不少大法官意見書中論及、對釋字第 414 號解釋「藥品廣告事前審查」的潛在影響。

伍、管制機制之重塑

在上述的各種質疑與挑戰後，本文嘗試提出對化妝品廣告事前審查機制之重塑建議與正當性論述。新標準下，此事前審查機制是否違憲，尚須真正的實證研究分析佐證，本文無以定論；但新標準可能更貼近健康風險管制之思維角度，也兼具基本權保障的規範性要求。

一、事前審查並非必然不許

除了本文前述反對理所當然運用比例原則審查本案、而應從基本權衝突著手外，影響我國言論自由理論至深的美國憲法學則進一步主張，對商業言論進行事前審查標準並不穩定，且未必適用在目的及手段均採取最嚴格的違憲審查標準（例如 *Virginia Pharmacy* 一案²⁶）。²⁷在與本文最直接相關的商業言論類型中，值得探討的理由有兩點：商業言論之內容多具備較高之「客觀真實性」，也較不容易形成寒蟬效應。²⁸前者所指，乃商業言論多不似政治言論評論之主觀性、或新聞自由進行「爆料」時捕風捉影的必要性一相反的，商業言論之內容較容易判斷是否存在欺騙及誤導(*deceptive or misleading*)；後者則是因為促進消費獲利之動機撐腰，並不直接因為事前審查機制就發生寒蟬效應——²⁹從化妝品大廠 L'Oréal 公司屢次因化妝品廣告涉嫌不實或誤導被美國聯邦貿易委員會 (Federal Trade Committee, FTC) 調查一事看來，或為明證。³⁰而更廣泛的比較法制上

²⁶ *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748 (1976).

²⁷ 陳仲嶙，商業性言論憲法解釋十年回顧與評析，中原財經法學，第 27 期，頁 119-24 (2011)。

²⁸ 同前註，頁 132。

²⁹ 同前註，頁 120、132。

³⁰ FTC Ignores Pleas to Make L'ORÉAL Pay, Truth in Advertising (Sept. 29, 2014)

<https://www.truthinadvertising.org/ftc-ignores-pleas-make-loreal-pay/> (最後瀏覽：2017 年 4 月 4 日)。

正如許宗力大法官的意見書中所載，成熟的法治國家乃至歐盟，允許事前審查商業言論者也所在多有。³¹

二、 校準事前審查之目的正當性

當然，接受事前審查並不代表可以漫無章法、為所欲為地進行管制；多數意見中對言論自由價值的強調、以及過往化妝品廣告公益目的不精確且正當性不足之問題，均屬的論。不論是採比例原則或基本權衝突的思考架構，釐清事前審查之目的為何，仍是違憲審查的首要之務—也才可能進行後段的必要性分析。如前述分析，事前審查化妝品廣告之用意，既非維護善良風俗，也不是在消費者的經濟利益維護，而應聚焦廣告對於「化妝品使用方式」的影響—亦即以避免造成化妝品不當使用為目的，始真正對食藥風險的控管與健康法益的實現。

三、 更精細的風險控管—事前審查之必要性

對於化妝品之不當使用造成的健康風險類型，如前所述，一種是急速的過量使用、另一種則是結合有害物質的累積風險。針對前者，事前審查的關注焦點應該在廣告之**誇大及煽惑程度**；而針對後者，事前審查的意義則是商品**市場動態與資訊的即時掌握**。申言之，刊登廣告、傳播效力強的化妝品，代表追求特定功效的需要、形成使用習慣的機會越高—此時相應之道**並非禁播**（否則管制的對象是文化及審美觀），而是透過**事前送審所得知的趨勢，相應而即時地規劃**對該產品、及訴求功能類似之產品甚至仿冒品加強成份抽查，確保民眾受廣告影響、形成使用習慣後產生的累積效果不致過高。

若上述的機制定位合理，衍伸而來的議題，就是把關者的組成方式。如釋憲聲請書中所主張，衛福部之組成以食藥安全的科學專業人員為主，並無力針對廣告的傳播與行為影響做審查。³² 然而，在走向法律科際整合治理的當代社會中，合理的回應當非形式地移除衛福部的監管權限，而是針對此一監管需求，結合傳播、心理等行為科學之專業人士，共同把關、並為後續監管提供建議方向。相對而言，做成禁播處分終究是對言論

³¹ 司法院釋字第 744 號解釋，許宗力大法官協同意見書。

³² 司法院釋字第 744 號解釋，聲請書，頁 19-22。

自由的侵害、不可不慎，處分前應依行政程序法第 54 條進行聽證，即時阻擋禁播處分。

33

陸、結語

基於種種原因對化妝品廣告所採的事前審查機制，從言論自由的角度來看固為不宜，但並不代表「事前審查」機制在商業言論中斷不可採。而大法官們以言論自由為念對食藥安全控管機制所為的憲法裁判，恐怕剛好忽略了濫用、累積等健康風險，外貌對健康與人格的影響，以及健康在憲法上具有基本權之潛力。準此，本文認為，程序與實體標準都更精準的事前審查機制，誠可衡平言論自由保障與管制之需求，並以此作為對釋字第 744 號解釋的簡評。

³³ 尤其考量商業活動對時機點的敏感，賦予如解釋理由書所謂之「立即司法救濟」之機會且勝訴，恐怕仍無實益。

