

# 淺談藥物廣告 與化粧品廣告 之法律管制路徑

Introduction on the Legal Regulation  
of the Advertisement for Medicine and for Cosmetic

魏伶娟 Ling-Chuan Wei \*



## 摘要

司法院大法官釋字第414號和第744號解釋，分別涉及了具商業言論性質之藥物廣告與化粧品廣告的事前審查。此外，司法院大法官釋字第577號和第623號解釋亦與商業言論有關。有鑑於商業言論事前審查之議題，可謂頗受各界關注，本文以藥物廣告與化粧品廣告為對象，由上揭司法院大法官相關解釋出發，透過全面且系統性的觀察言論自由之保障、商業言論之限制、事前審查制彼此間的互動狀況後，進一步在現行法規之框架下，析論藥物廣告與化粧品廣告所採取之法律管制路徑，並對其妥適性提出初步的反思。

While the point in J.Y. Interpretation No. 414 is the ex-ante review for advertisements for medicine with the

\*東海大學法律學院助理教授 (Assistant Professor, College of Law, Tunghai University)

關鍵詞：公共利益 (public interest)、化粧品廣告 (advertisement for cosmetic)、事前審查 (ex-ante review)、商業言論 (business speech)、藥物廣告 (advertisement for medicine)

DOI : 10.3966/241553062019110037012

# Angle

characteristic of business speech, the theme in No. 744 is the ex ante review for the advertisements for cosmetic with the same characteristic. In addition, both the No. 577 and No. 623 are about the business speech. Due to the issue about the ex-ante review for the business speech has more attention of the society, the advertisement for medicine and for cosmetic are the subjects in this article. Beginning from the J.Y. Interpretation above, the legal regulation of the advertisements would be analyzed and a rudimentary reflection on its adequacy under the present legal frame would be held in the end by observing totally and systematically on the interactions between the guarantee of free speech, the limit of business speech and the ex-ante review.

## 壹、前言

隨著高齡社會已然到來<sup>1</sup>，整體上對於藥物<sup>2</sup>的需求應可預見將越發強勁；另一方面，愛美乃人之天性，為追求心目中的美好外表，在經濟水平已有所提升的今日，有餘力且有意願購

1 根據內政部之統計資料，臺灣於2018年3月已正式進入高齡社會，65歲以上之長者人口占總人口14.1%，參內政部統計處，[行政公告] 107年第15週內政統計通報（我國老年人口比率以嘉義縣18.6%最高，連江縣、桃園市均少於11.0%較低），[https://www.moi.gov.tw/stat/news\\_detail.aspx?sn=13742](https://www.moi.gov.tw/stat/news_detail.aspx?sn=13742)（瀏覽日期：2019年5月8日）。

2 按現行藥事法第4條之規定，該法所稱藥物「係指藥品及醫療器材」。但應一併注意的是，行政院於2017年12月14日已通過由衛生福利部擬具之「醫療器材管理法」草案，欲單獨制定醫療器材專法，現則由立法院審議中。參衛生福利部，行政院會通過「醫療器材管理法」草案，<https://www.mohw.gov.tw/cp-16-38880-1.html>（瀏覽日期：2019年5月8日）。

# Angle

買化粧品<sup>3</sup>來打理自身者可謂相當普遍<sup>4</sup>，而上揭情境也反映在近年來穩健發展的藥物及化粧品市場規模上<sup>5</sup>。在此背景下，透過廣告曝光來吸引消費大眾的目光，乃一相當常見且重要的方式，而藥物或化粧品廣告確也在吾人日常生活中輕易可見。與此同時，考慮到藥物和化粧品對於一般消費大眾之生命、身體或健康，似非全無帶來影響之可能，從而有關誘引消費大眾購買商品之藥物廣告及化粧品廣告的法律管制路徑，亦為值得深入思考的議題。

司法院大法官於1996年作成釋字第414號解釋，肯認藥物廣告具有商業上意見表達之性質，而藥事法等法規就藥物廣告須經主管機關事前審查核准之規定，乃屬合憲。至於2017年作成之釋字第744號解釋，則認為化粧品廣告雖亦具有商業上意見表達之性質，但就其事前審查及處罰之規定，已逾越必要程度，並不符合憲法第23條之比例原則而宣告違憲<sup>6</sup>。又在此期

- 
- 3 值得注意的是，化粧品衛生安全管理法（原名稱：化粧品衛生管理條例）於2018年5月2日修正公布，除化粧品應標示事項相關規定於2021年7月1日施行外，以2019年7月1日作為化粧品管理新世代之起點。相關說明參衛生福利部，「化粧品衛生安全管理法」2019年7月1日正式上路 化粧品管理展新頁，<https://www.mohw.gov.tw/cp-16-48109-1.html>（瀏覽日期：2019年6月29日）。又，按化粧品衛生安全管理法第3條第1項第1款之規定可見，所謂化粧品「指施於人體外部、牙齒或口腔黏膜，用以潤澤髮膚、刺激嗅覺、改善體味、修飾容貌或清潔身體之製劑。但依其他法令認屬藥物者，不在此限」。
  - 4 隨著社會變遷，由某些刻板印象所建構起的隱形藩籬逐漸傾頹，例如男性使用化粧品的情形已非麟毛鳳角，參呂素麗，專攻男性美妝型男闖出名堂，中國時報，2017年11月16日報導，<https://www.chinatimes.com/newspapers/20171116000596-260107?chdtv>（瀏覽日期：2019年5月8日）。而使用化粧品之年齡層也有更加擴張之趨勢，參洪菱鞠，台灣化妝品千億市場規模 「美」力激出隱形冠軍，ETtoday新聞雲，2018年7月11日報導，<https://www.ettoday.net/news/20180711/1210688.htm>（瀏覽日期：2019年5月8日）。
  - 5 參經濟部統計處，產業經濟統計簡訊：藥品、醫療及化妝品零售業銷售穩健，[https://www.moea.gov.tw/Mns/dos/bulletin/Bulletin.aspx?kind=9&html=1&menu\\_id=18808&bull\\_id=5661](https://www.moea.gov.tw/Mns/dos/bulletin/Bulletin.aspx?kind=9&html=1&menu_id=18808&bull_id=5661)（瀏覽日期：2019年5月8日）。
  - 6 參司法院大法官釋字第744號解釋文。另，詹森林大法官於司法院釋

# Angle

間，包括如2004年之司法院釋字第577號解釋、2007年之釋字第623號解釋等，亦均觸及商業言論<sup>7</sup>管制與言論自由保障之議題。因本文特別聚焦之所在，乃藥物廣告和化粧品廣告之法律管制部分，故在內容架構之安排上，首先將全面且系統性的回顧司法院大法官就言論自由之保障、商業言論之限制與事前審查制的互動關係所著有之相關解釋；其次，則將關注焦點置於對藥物廣告、化粧品廣告採取事前審查或事後追懲管制手段之妥適性問題。

## 貳、從司法院大法官解釋看言論自由之保障、商業言論之限制與事前審查制的互動軌跡

### 一、司法院大法官相關解釋的系統性回顧

#### (一) 司法院釋字第414號解釋

本號解釋涉及藥物廣告事前管制的合憲性問題。首先，司法院釋字第414號解釋理由書第一段指出：「藥物廣告（粗體及底線為本文所加，下同）係利用傳播方法，宣傳醫療效

---

字第744號解釋提出之協同意見書中亦指出：「本院釋字第414號解釋與本解釋，在論證上存在相異之處。其一，本院釋字第414號解釋及本解釋雖均涉及商業言論之事前管制（商業廣告之事前審查），惟本院釋字第414號解釋係處理藥物廣告，與本解釋處理化粧品廣告有所不同。其二，本院釋字第414號解釋對於藥物廣告事前審查之規定，宣告為合憲，而本解釋對於化粧品廣告事前審查及其處罰之規定，則宣告為違憲。」

- 7 有關「商業言論」一詞的概念內涵彙整，詳參陳仲嶙，商業性言論憲法解釋十年回顧與評析，中原財經法學，27期，2011年12月，107頁。陳仲嶙教授於該頁中指出，吳庚、蘇俊雄、城仲模三位大法官於司法院釋字第414號解釋的部分不同意見書中，採用了「以銷售物品、勞務、創意等俾獲取利潤之商業言論」等文句，故據此似可推論出所謂的商業言論，係指「以銷售物品、勞務、創意等俾獲取利潤為目的之言論」。又，陳仲嶙教授認為，由林子儀教授所提出之定義：「凡是宣傳或推廣某種商品或服務的言論，而其目的在『直接』刺激該項物品或服務的交易，以獲取商業利益者，均是所謂的『商業性言論』」，乃另一值得參考的解釋方向。

# Angle

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。」按學者之看法，本號解釋乃首度處理有關商業言論者<sup>8</sup>，開啟了肯認藥物廣告屬商業言論之先河<sup>9</sup>。而從中亦可推知商業言論自由之保障基礎，係根植於受憲法第15條工作權及財產權所確保之營業自由，以及憲法第11條之言論自由<sup>10</sup>。

本號解釋隨後更進一步闡述道：「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。」據此，彼時之藥事法有關藥物廣告事前審查之規定「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。」

## （二）司法院釋字第577號解釋

有關於害防制法命菸品業者標示尼古丁等含量與消極不表意自由間的互動，司法院釋字第577號解釋理由書第一段指出：「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

8 參楊智傑，言論自由事前審查之審查標準——釋字第744號解釋與美國審查標準比較，憲政時代，43卷1期，2017年7月，92頁。

9 參劉靜怡，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，267期，2017年8月，197頁。

10 參劉宗德，商業言論管制與違憲審查，月旦法學雜誌，264期，2017年5月，144-145頁。