

# 菸品包裝管制與言論自由、 財產權限制之違憲審查 ——美國、加拿大、澳大利亞與臺灣比較

楊 智 傑\*

## 要 目

壹、前 言	一、加拿大
貳、美國言論自由原則與菸品包裝管制案例	(一)圖文警示面積提高
一、商業言論	(二)加拿大權利自由憲章
二、強制揭露資訊	(三)加拿大最高法院判決
三、美國菸品包裝警示圖文之審查	二、澳大利亞
(一)Discount Tobacco City & Lottery Inc. v. United States案	(一)無裝飾包裝
(二)R.J. Reynolds Tobacco Co. v. FDA案	(二)澳大利亞憲法與智慧財產權
(三)小 結	(三)澳大利亞高級法院判決
參、加拿大和澳大利亞之菸品管制案例	(四)改至WTO爭議對商標權使用之限制
	三、小 結
	肆、臺灣之相關審查標準與模擬思考
	一、言論自由審查標準

DOI : 10.3966/102398202020090162004

\* 雲林科技大學科技法律所教授，臺灣大學法學博士。

投稿日期：一〇九年七月二十日；接受刊登日期：一〇九年九月七日

責任校對：蘇淑君

- |               |                        |
|---------------|------------------------|
| (一)商業性言論審查標準  | (三)商業言論類型化審查           |
| (二)不表意自由之概念   | 三、財產權之限制               |
| (三)強制揭露資訊     | (一)商標權、外觀設計權、所有權、營業自由？ |
| 二、提高警示面積之違憲審查 | (二)財產權之限制尚屬輕微？         |
| (一)重大公益目的     | 伍、結 論                  |
| (二)一般比例原則審查   |                        |



元照出版提供 請勿公開散布

## 摘 要

菸商對於世界各國提高菸品容器管制，尤其針對提高警示圖文面積，甚至所謂的無裝飾包裝等，已經在世界各國提出訴訟，並主張違反各國憲法保障之言論自由或財產權規定。美國二〇一二年華盛頓特區巡迴上訴法院對於警示圖文面積50%之規定違憲，並採商業言論之審查標準。相對地，加拿大最高法院於二〇〇七年判決，認為警示圖文面積提高為50%之規定合憲，未違反言論自由。澳大利亞於二〇一一年通過無裝飾包裝法，二〇一二年該國高級法院判決該法並不構成財產權之徵用。

這些在世界主要國家已經出現過的憲法爭議問題，以及該等國家的判決意見與討論分析方式，值得我國在後續面臨相關訴訟時，加以借鏡參考。最後回到本國脈絡，討論可能的違憲審查論述。

關鍵詞：警示圖文面積、菸品包裝管制、無裝飾包裝法、商業言論、強迫言論、財產權徵用、商標權、比例原則、言論自由

## 壹、前言

現行臺灣菸害防制法第6條第2項、第3項規定：「菸品容器最大外表正反面積明顯位置處，應以中文標示吸菸有害健康之警示圖文與戒菸相關資訊；其標示面積不得小於該面積百分之三十五。前項標示之內容、面積及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之。」並在菸品尼古丁焦油含量檢測及容器標示辦法第2條規定：「菸品容器應標示之吸菸有害健康之警示圖文與戒菸相關資訊（以下稱健康警示），組別及樣式如附圖。」

行政院於二〇一七年十二月二十一日通過的「菸害防制法修正草案」送入立法院，其中草案第6條，希望將現行警示圖文面積35%，調高到85%。立法理由提到：「二、世界衛生組織菸草控制框架公約第十一條規定，菸盒健康警示圖文比率宜大，始能達到警示消費者之功效。目前含我國在內，已有一百零九個國家要求菸品容器應標示健康警示圖文，其中泰國、澳洲、印度、斯里蘭卡之健康警示圖文面積已超過百分之八十……」<sup>1</sup>但該草案因非優先法案，最後因立委改選而停止。

二〇二〇年五月底，衛生福利部國民健康署對菸害防制法提出「預告修正」，並附上修正草案，徵求各方意見。綜觀全盤條文，乃站在二〇一七年提出之草案上，再進行調整。其中，草案第7條第2項，一樣希望將現行的35%面積調高到85%。修正理由略有調整，原本強調面積大於80%的國家有四國，此次改為「其中警示圖文面積大於或等於百分之五十者有一百十九個國家（約百分之六十八）」<sup>2</sup>。

<sup>1</sup> 立法院第9屆第4會期第15次會議議案關係文書，院總第1462號，政府提案第16200號，頁30，2017年12月27日。

<sup>2</sup> 衛生福利部國民健康署，預告修正「菸害防制法」草案，菸害防制法修正草

對於提高圖文警示面積，是否真能降低吸菸者與青少年吸菸比例，二〇一七年和二〇二〇年的修正理由均指出：「吸菸有害健康之資訊藉由圖片之展現更可直接傳達菸品對健康之危害，不僅增加對吸菸者之警示，亦可讓身心發展尚未健全之兒童及少年清楚瞭解菸品對健康之危害，降低兒童及少年吸菸之可能性。世界衛生組織指出，印製大幅之菸品容器健康警示圖文為具經濟性、高曝光率，又能直接接觸吸菸者之宣導方式，且研究顯示較大之健康警示圖文會使吸菸者更有拒絕吸菸之動機……<sup>3</sup>」。

對於上述提高菸品包裝上警示圖文面積，參考前開修法理由提到，此一方面為世界衛生組織之建議，另一方面有研究顯示，警示圖文面積越大越能達到效果，故提出此草案。但是，菸商必定會認為，菸品屬於菸商之產品，在產品外觀上的設計空間，會因為強制圖文警示面積提高，而壓縮設計空間，限制了菸商對商品包括的設計權利；另一方面，由於強制印於包裝上的警示圖文為政府所決定，故屬於政府強制私人廠商替政府刊登訊息，而侵害了私人廠商「不表意之自由」。

關於菸品包裝上之訊息管制，二〇〇四年的大法官釋字第577號解釋，已經處理當時菸害防制法第8條（現為第7條）第1項之：「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。」之強制揭露規定。當時大法官以商品資訊之不表述自由，以及菸品容器上財產權限制等角度，認為系爭限制為合憲。可以想見，既然菸商對於強制於容器上標示尼古丁及焦油資訊，均會捍衛自己權益，提出言論自由與財產權限制之憲法挑戰，那麼，倘若菸害防制

---

案總說明，頁10，2020年6月。

<sup>3</sup> 2017年修正草案，第6條修正理由第3點，同註1，頁30-31；2020年預告修正菸害防制法修正草案，第7條修正理由第4點，同前註，頁11。

法真的將警示圖文面積提高到85%，菸商勢必會在臺灣提出新一波訴訟挑戰該規定之合憲性。

菸商對於世界各國提高菸品容器管制，尤其針對提高警示圖文面積，甚至所謂的無裝飾包裝等，已經在世界各國提出訴訟，並主張違反各國憲法保障之言論自由或財產權規定。而這些在世界主要國家已經出現過的憲法爭議問題，以及該等國家的判決意見與討論分析方式，值得我國在後續面臨相關訴訟時，加以借鏡參考。

論者指出，對於菸品包裝之管制方式，可區分為1.強制菸品包裝上標示尼古丁、焦油含量，對廠商限制與負擔最小。2.強制菸盒上標示警示圖文，強制至少涵蓋包裝上35%面積，侵害強度中等。3.強制菸品包裝上採取無裝飾包裝（plain packaging），完全剝奪廠商菸品設計，侵害度最強<sup>4</sup>。就上述第二種類型，在菸品容器上的圖文警示面積，又可因為面積比例的不同，侵害程度也進一步有高低之分。世界各國的菸品包裝訴訟中，有若干主要爭議，就是政府將菸品包裝上圖文警示面積修法提高，故引發菸商提起訴訟，認為提高警示圖文面積加強了言論自由與財產權之侵害。

筆者礙於能力限制，僅能蒐集英語系國家所引發的菸品包裝的違憲訴訟爭議，本文主要比較對象包括美國、加拿大與澳大利亞。挑選這三個比較對象有二層意義。第一層意義在於，除我國憲法論述習於比較之美國外，加拿大是全世界第一個採取菸品包裝警示圖文規定的國家，因而也是最早對警示圖文要求產生憲法訴訟的國家；而澳大利亞則是世界上第一個採取無裝飾包裝的國家。因而比較這幾個國家引發的憲法訴訟判決，具有代表性。

首先，我國憲法學界熟知的美國法院非常重視言論自由保護，

---

<sup>4</sup> 黃怡碧、黃嵩立，菸品無裝飾包裝之合憲性探討，法學新論，32期，頁146-147，2011年10月。

其言論自由的類型與標準也對我國產生許多影響。美國在二〇〇九年通過「家庭吸菸防制與菸草控制法」(Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act)，內容包括強制菸盒上標示警示圖文。該法要求在菸品包裝的前後，從過去只要求警語標示且沒有明訂具體面積，提高到50%的圖文警示面積，且從過去只要求文句警示，改要求圖文併示。因而立刻引來菸商訴訟。二〇一二年第六巡迴上訴法院的Discount Tobacco City & Lottery Inc. v. United States案，法院判決菸草公司敗訴，認為系爭規定合憲；但二〇一二年華盛頓特區巡迴上訴法院的R.J. Reynolds Tobacco Co. v. FDA案，卻判決菸草公司勝訴。此案結果實質上導致，美國至二〇二〇年為止，仍然維持既有的警語標示要求，新法規定至今沒有上路。

另外，加拿大和澳大利亞也因為其對菸品管制的法律修正，提高菸品包裝上的要求，而屢次引發爭訟，但被兩國法院宣告合憲。其中，二〇〇〇年，加拿大在其「菸草法」(Tobacco Act)通過菸草產品資訊管制(Tobacco Products Information Regulations)，要求在菸草產品包裝上標示警告圖片，並納入健康資訊，將舊的警示面積從33%提高到50%<sup>5</sup>。加拿大最高法院於二〇〇七年六月做出JTI-Macdonald Corp.案判決，認為系爭法規屬合憲。此後，於二〇一一年，加拿大繼續修改相關法律，增加菸草產品圖文標示的面積，要求達到包裝面積的75%<sup>6</sup>。

在澳大利亞，二〇一一年澳大利亞國會通過「2011年菸草無裝飾包裝法」(Tobacco Plain Packaging Act 2011)，要求菸草產品製造商，採取無裝飾包裝，乃全球第一個要求採取無裝飾包裝的國

<sup>5</sup> Michelle M. Chester, *The Answer Is in the Evidence: Plain Packaging, Graphic Health Warnings, and the Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act*, 41 SYRACUSE J. INT'L L. & COM. 413, 426 (2014).

<sup>6</sup> *Id.*

家。所謂無裝飾包裝，仍然有高達75%以上的圖文警示面積，但剩下的25%，禁止菸商做任何包裝設計，只能放上沒有設計的商標文字。菸商一樣提起訴訟，一路上訴到澳大利亞最高法院（該國高級法院）。該案最特別之處在於，由於該國憲法僅保障自然人之言論自由，故該案菸商只能就財產權之徵用、商標權與外觀設計權的限制提出違憲主張，法院也只能就此方面進行論述。最後結果為合憲。

前述三個國家都因為通過新的菸草產品包裝上的要求，而引起相關訴訟。其中，美國因為傳統重視言論自由的關係，甚至在訴訟中判決相關規定違憲。本文想要研究這三個國家的菸品包裝相關規定，以及所引發的訴訟爭議。以下第貳部分，由於我國憲法論述較熟悉美國，故先介紹美國部分。該節先介紹美國言論自由中的二種特殊類型，包括商業言論之審查標準，以及強制揭露資訊之審查標準。進而套用於菸品圖文標示案例中，說明美國法院對菸品圖文標示是否限制言論自由之審查。

第參部分，則依序介紹加拿大和澳大利亞之案例。加拿大在提高圖文警示面積後，也陸續引起重要訴訟，由加拿大最高法院做出判決，其關注的問題，一樣涉及言論自由審查，但其審查標準乃適用該國自己發展出來的比例原則，並最後認定系爭規定合憲。其次，澳大利亞是全世界第一個採取無裝飾包裝模式的國家，也引起了相關訴訟。而特別的是，其訴訟並不圍繞言論自由議題，反而著重於財產權之「徵用」。

從上述三個國家法院對菸品包裝爭議是否合憲，在憲法論述上，吾人可以發現，各國最高法院的憲法論述，各有其發展背景脈絡，對同一個問題，展開不同的論述方式。光從這一點來看，本研究所整理的三國法院不同論述方式，就頗具啟發意義。

於此需先說明，本文無欲去討論美國標準、加拿大法院、澳大

利亞法院所展開之論述是否正確，畢竟其為各國最高法院自己發展出來的標準，吾人作為外國學者，檢討批評並沒有意義。本文目的在於，透過此一菸品包裝管制爭議，可以看到不同國家最高法院對類似問題展開不同的憲法論述。

我國大法官違憲審查標準操作上，主要受到德國、美國憲法論述影響，在言論自由方面論述，受到美國影響較大。因此，倘若未來菸害防制法草案中關於85%圖文警示面積條文通過，菸商勢必在臺灣發起新一波訴訟，並上訴到憲法訴訟。此時吾人必須思考，未來面對這樣的問題，大法官要採取何種論述方式，來論證系爭問題的合憲性？是否仍然視其主要為言論自由的爭議，而參考美國的論述方式以討論此問題？或是，亦可在大法官既有的相關類型所建立的標準上，思考若將該議題套用在既有標準，是否可通過合憲檢驗？或者，亦可兼而借鏡加拿大或澳大利亞法院之論述，看到一些不同的論述方向。

因此，本文第肆部分，將回頭比較臺灣大法官相關言論自由之審查標準。該部分分析偏重言論自由審查標準的說明，以及針對未來若想提高圖文標示面積與無裝飾包裝，可能面臨的言論自由審查問題。另外，參考澳大利亞法院從財產權徵收角度進行討論，本文也會就財產權徵收或限制之審查，略作分析，但在有限篇幅無法如處理言論自由論述一般，對財產權徵收與限制做完整的回顧性分析。

## 貳、美國言論自由原則與菸品包裝管制案例

本節欲討論，美國就菸品包裝管制而引發言論自由的重要案例，尤其是二〇〇九年，美國則通過家庭吸菸防制與菸草控制法（Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act）中，因為強

制菸盒上標示警示圖文，而引發的違憲訴訟案件。為了更清楚的瞭解相關案例的討論，必須先介紹相關案例中，所採用的言論自由審查標準。在美國，言論自由的審查，乃採取類型化方式，發展成不同類型，依照法院發展出來的標準進行審查<sup>7</sup>。而在菸品包裝涉及的言論自由案件中，大致上法院會從兩種言論自由限制類型進行討論，一種是商業言論之限制；一種是避免欺騙消費者而強迫揭露產品資訊。限於篇幅，本文無法將美國商業言論與強迫揭露資訊兩方面的討論，做非常詳細的討論，而僅針對在菸品包裝案件中主要援引的重要案例，進行基本介紹。

### 一、商業言論

商業言論（commercial speech）<sup>8</sup>的重要性，並非在於其對完整參與公民自治有關。其價值在於，其散布傳達的資訊與一般大眾都有關係，這些大眾包括現在、潛在或未來的消費者<sup>9</sup>。

美國最高法院直到一九七〇年代才開始保護商業言論<sup>10</sup>。之所以要給予保護，一方面是保護表意人的經濟利益，另一方面也保護消費者與整體社會對商業資訊自由流通的利益。不過，商業言論所受到保護強度與其他言論有所不同，因為其乃是要確保真實且正當的

<sup>7</sup> 林子儀，言論自由導論，載：台灣憲法之縱剖橫切，頁143、154-156，2002年12月。

<sup>8</sup> 林子儀，商業性言論與言論自由，美國月刊，2卷8期，頁32，1987年12月；賴祥蔚，商業言論與憲法的言論自由保障，台灣政治學刊，14卷1期，頁159-199，2010年6月。

<sup>9</sup> Lucien J. Dhooge, *The First Amendment and Disclosure Regulations: Compelled Speech or Corporate Opportunism?*, 51 AM. BUS. L.J. 559, 605 (2012).

<sup>10</sup> See *Va. State Bd. of Pharmacy v. Va. Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748, 762 (1976); *Bigelow v. Virginia*, 421 U.S. 809, 809 (1975); *Cent. Hudson Gas & Elec. Corp. v. Pub. Serv. Comm'n*, 447 U.S. 557, 561-62 (1980).

商業資訊的流通，不會受到損害。因此，對商業言論可以加諸一些限制，這些限制包括表達形式的要求，或者要求強制揭露附加必要之資訊、警告、聲明，以避免欺騙問題產生<sup>11</sup>。

目前美國對商業言論管制採取的標準，主要乃是一九八〇年的 *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission* 案（下稱「*Central Hudson*案」）<sup>12</sup>，所建立的一種特殊的中度審查標準。該案中，紐約法令禁止公用事業在每個月的帳單中出現促銷廣告<sup>13</sup>。最高法院判決認為，此一限制侵害了憲法言論自由，並提出一個四步驟的中度審查標準，以判斷此種限制之合憲性<sup>14</sup>。(一)法院必須判斷，該言論是否有資格受到言論自由保護。只要該言論涉及合法商業活動，且並非誤導資訊，就有資格受到保護<sup>15</sup>。(二)法院必須判斷，政府所主張的利益，是否為實質利益<sup>16</sup>。(三)如果前二個步驟的答案都是肯定，那麼法院必須判斷，系爭法規是否直接促進了所宣稱的政府利益<sup>17</sup>。這一步驟要求政府提出事實證據，證明該法規直接且實質地促進了其所宣稱的利益，並可有效解決所指出的問題。且必須提供可信賴的統計調查，而非個案證據，才能滿足此一要求<sup>18</sup>。(四)則是要求，政府必須證明，該法規對於達成該政府利

<sup>11</sup> Dhooge, *supra* note 9, at 606.

<sup>12</sup> *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557 (1980). 關於該案詳細的分析，中文可參考陳仲嶙，商業性言論憲法解釋十年回顧與評析，*中原財經法學*，27期，頁118-124，2011年12月。

<sup>13</sup> *Id.* at 558-60.

<sup>14</sup> *Id.* at 566.

<sup>15</sup> *Id.* at 566.

<sup>16</sup> *Id.* at 566.

<sup>17</sup> *Id.* at 566.

<sup>18</sup> Dhooge, *supra* note 9, at 617-18.

益，並沒有過度超出（more extensive）必要範圍<sup>19</sup>。在Board of Trustees, State Univ. of New York v. Fox案<sup>20</sup>中，則澄清所謂不過度超出，並不同最小侵害手段，手段與目的之契合性（fit）不必完美，但須合理<sup>21</sup>。

在美國違憲審查的標準中，一般可大致分為三重審查基準<sup>22</sup>，而Central Hudson案之審查標準，似乎比中度審查基準稍微嚴格，湯德宗大法官稱此標準為「高中標」<sup>23</sup>。

Central Hudson案雖然持續被引用，但其卻受到許多批評。其問題在於，該標準難以適用，並導致不同的結果<sup>24</sup>。最近的一個例子是，二〇一一年美國最高法院判決了Sorrell v. IMS Health, Inc.案<sup>25</sup>。該案乃佛蒙特州州法，禁止藥房為了行銷目的而販賣、揭露處方箋資訊，並禁止藥廠為行銷目的使用處方箋資訊。最高法院似乎要用嚴格審查標準，但最後採用了Central Hudson案所提出的「特殊的商業言論標準」，而該案中的法規，也未能通過此一標準<sup>26</sup>。而論者因而批評，該案最高法院似乎將核心言論與商業言論

<sup>19</sup> Central Hudson Gas & Electric Corp., 447 U.S. at 566.

<sup>20</sup> Board of Trustees, State Univ. of New York v. Fox, 492 U.S. 469 (1989).

<sup>21</sup> 釋字第577號解釋余雪明大法官協同意見書，頁326。

<sup>22</sup> 關於美國三重審查基準之介紹，可參考林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，載：言論自由與新聞自由，頁148-154，2002年11月，2版；湯德宗，違憲審查基準體系建構初探——「階層式比例原則」構想，載：憲法解釋之理論與實務（第六輯），頁608-619，2009年6月。

<sup>23</sup> 湯德宗，對話憲法、憲法對話，頁285，2012年1月，修訂2版。

<sup>24</sup> Dhooge, *supra* note 9, at 618.

<sup>25</sup> Sorrell v. IMS Health, Inc., 131 S. Ct. 2653 (2011). 相關討論，可參見Nat Sternal & Mark Joseph Sternaa, *Advancing an Adaptive Standard of Strict Scrutiny for Content-Based Commercial Speech Regulation*, 47 U. RICH. L. REV. 1171, 1171 (2013).

<sup>26</sup> *Id.* at 2667.

的標準加以混合，而產生了令人困混、失序的見解<sup>27</sup>。

綜上所述，美國對於商業言論，採取中度偏強的審查，體現了美國對言論自由保護的重視。Robert Post教授在理論上分析，商業言論之所以受憲法保護，其是因為在憲法價值（constitutional value）上，主要是對商業事項進行傳播，傳遞相關的資訊，這些資訊對於形成民主公共意見（democratic public opinion）高度相關，對於做成公共決策（public decision making）是必要的資訊<sup>28</sup>。但商業言論比起其他政治言論受到的保護仍然較低。其主要原因在於，由於廠商會有動機推廣商業言論，所以其比起政治言論還要堅強，其次，商業言論由於涉及商業資訊，比較容易驗證<sup>29</sup>。

## 二、強制揭露資訊

在美國，另有一種言論自由的限制類型，稱為強迫言論（compelled speech）<sup>30</sup>，類似我國所謂的不表意自由。傳統強迫言論的案例，主要集中於對政治訊息、意識形態訊息和對爭議議題意見表達的案例<sup>31</sup>。包括一九四三年West Virginia State Board of Education v. Barnette案涉及的強制宣示效忠及向國旗致敬<sup>32</sup>、一九七七年Wooley v. Maynard案涉及的州政府強制汽車車牌上顯示

<sup>27</sup> Dhooge, *supra* note 9, at 620.

<sup>28</sup> Robert Post, *The Constitutional Status of Commercial Speech*, 48 UCLA L. REV. 1, 10-12 (2000).

<sup>29</sup> Caroline Mala Corbin, *Compelled Disclosures*, 65 ALA. L. REV. 1277, 1284 (2014).

<sup>30</sup> 相關討論，可參見Dhooge, *supra* note 9, at 604-05.

<sup>31</sup> W. Va. State Bd. of Educ. v. Barnette, 319 U.S. 624, 634, 642 (1943); Wooley v. Maynard, 430 U.S. 705, 714 (1977); Speiser v. Randall, 357 U.S. 513, 518-19 (1958).

<sup>32</sup> West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943).

「Live Free or Die」之銘言<sup>33</sup>、一九六〇年Talley v. California案涉及的強制傳單應簽署真名<sup>34</sup>、一九九五年McIntyre v. Ohio Elections Commission案涉及的禁止在競選時散布不具名傳單<sup>35</sup>等<sup>36</sup>。

但後來在其他案件中，涉及商業資訊的強迫揭露，因而對於所謂強迫言論，最高法院大致發展出三種類型，適用不同審查標準。首先，(一)若涉及的是非商業性的強迫言論，如上述案例，採嚴格審查。(二)若涉及商業性的強迫資訊，則採取前述商業言論管制的Central Hudson案標準。(三)雖強迫揭露資訊屬商業言論，但屬於事實且無爭議資訊，則採取寬鬆審查<sup>37</sup>。

對於上述第三種子類型，在一九八五年的Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel案（下稱「Zauderer案」）<sup>38</sup>，最高法院指出，若屬於經濟性管制的法規，包括要求表意人揭露無爭議的事實資訊（noncontroversial factual information），則採取合理關聯性審查（reasonable relationship test）。亦即，只要該管制與政府的合法利益合理相關，且並未造成不正當或不適當的負擔（unjustified or unduly burdensome），即為合憲<sup>39</sup>。

Zauderer案涉及俄亥俄州的州法，要求法律服務業之廣告，若採取勝訴酬金制（contingent fee），必須揭露給律師的分成，是否

<sup>33</sup> Wooley v. Maynard, 430 U.S. 705 (1977).

<sup>34</sup> Talley v. California, 362 U.S. 60 (1960).

<sup>35</sup> McIntyre v. Ohio Elections Commission, 485 U.S. 334 (1978).

<sup>36</sup> 參考余雪明大法官之整理，釋字第577號解釋余雪明大法官協同意見書，頁325。

<sup>37</sup> Corbin, *supra* note 29, at 1283.

<sup>38</sup> Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel, 471 U.S. 626 (1985).

<sup>39</sup> See, e.g., Zauderer, *id.* at 651; Nat'l Elec. Mfrs. Ass'n v. Sorrell, 272 F3d 104, 114-15 (2d Cir. 2001).

扣除訴訟成本<sup>40</sup>。Zauderer案未遵守此規定，而被俄亥俄州懲戒委員會懲戒<sup>41</sup>。本案上訴到聯邦最高法院。最高法院認為，成本揭露的要求，並不像之前在政治與宗教領域中的強迫言論，來得嚴重<sup>42</sup>。該州只是想要規範在商業廣告的正常方式，且要求揭露的是被告所提供服務的條件，乃是純粹的事實性、不具爭議性的資訊（purely factual and uncontroversial information）<sup>43</sup>。這種事實性的揭露，並沒有限制言論、或強迫公眾討論，而違反憲法保障之言論自由<sup>44</sup>。反之，其有助於言論自由保障之利益，對閱聽者提供額外資訊<sup>45</sup>。閱聽者的利益，以及系爭資訊的純粹事實性質，使表意人不揭露的利益最小化<sup>46</sup>。這種狀況，允許政府要求表意人提供更多的資訊<sup>47</sup>。

法院總結認為，由於此言論的重要性較低、資訊的事實性質、以及閱聽者的利益，可採取較低的審查標準<sup>48</sup>。最高法院採取了五步驟的檢測法，以審查政府要求強制揭露的合憲性。1. 被強迫的揭露必須是純粹事實性的<sup>49</sup>。2. 被強迫揭露的事實性資訊必須是「無爭議性」（uncontroversial）<sup>50</sup>。3. 政府對強迫揭露存在正當之利

---

40 *Id.* at 633.

41 *Id.* at 633-34.

42 *Id.* at 651.

43 *Id.*

44 *Id.* at 650-51.

45 *Id.* at 651.

46 *Id.* at 651.

47 *Id.* at 650.

48 *Id.* at 651.

49 *Id.* at 651.

50 *Id.* at 651.

益<sup>51</sup>。4. 該揭露必須與該項政府利益有合理關聯<sup>52</sup>。5. 該項揭露必須未造成不具正當性、不適當的負擔（unjustified or unduly burdensome）<sup>53</sup>。

最高法院將上述標準套用在本案中。本案中被強迫揭露的是客戶對於法律費用之外，在敗訴時是否還需負擔成本的資訊，是事實性且不具爭議<sup>54</sup>。俄亥俄州對於避免勝訴酬金制的詐欺或潛在的詐欺，具有正當利益<sup>55</sup>。在此情況下，要求揭露，與州避免詐欺的利益，具有合理關聯，並非不具正當性<sup>56</sup>。

前述Zauderer案採取的合理關聯性審查，到底適用於哪些案例，是否僅適用於避免欺騙消費者的強制揭露議題？部分法院在判決中明確地表達，只有在消費詐欺的強制揭露規定，才適用合理關聯性審查。若非此種類型，則適用中度審查標準<sup>57</sup>。由於最高法院在Zauderer案中，明確地指出，系爭的揭露規定，乃與政府避免消費詐欺的利益有合理關聯性<sup>58</sup>，故論者認為，其標準應僅適用於為避免消費詐欺的強制揭露規定<sup>59</sup>。是否有消費詐欺，政府只要說明，若無該強制揭露規定，該廣告「不證自明」（self-evident）或有潛在的真實風險（at least potentially real danger），可能有誤導消費者之虞<sup>60</sup>。其要求揭露的資訊，必須限於事實性且無爭議性之

---

51 *Id.* at 651.

52 *Id.*

53 *Id.*

54 *Id.* at 652.

55 *Id.*

56 *Id.* at 652-53.

57 Dhooge, *supra* note 9, at 641-42.

58 Zauderer 471 U.S. at 651.

59 Dhooge, *supra* note 9, at 642-43.

60 *Id.* at 643.

資訊，方適用合理關聯性審查<sup>61</sup>。

### 三、美國菸品包裝警示圖文之審查

美國聯邦對於菸盒標示警語的法律，一開始起源於一九六五年的聯邦菸草標示與廣告法<sup>62</sup>，後來在一九八四年的全面吸菸教育法中對警語內容進行修正<sup>63</sup>。雖然有要求菸商在包裝上要標註警語，但沒有明確要求標示的面積與字體字形等，導致菸商一般而言會在菸盒的側面標註警語，且顏色與整體設計融合，文字並不凸顯。

二〇〇九年，美國國會通過家庭吸菸防制與菸草控制法，內容包括強制菸盒上標示警示圖文。該法要求在菸品的包裝的前後，最高需有50%的圖文警示<sup>64</sup>；對於無菸菸品（smokeless-tobacco-

<sup>61</sup> *Id.* at 648.

<sup>62</sup> Federal Cigarette Labeling and Advertising Act of 1965, Pub. L. No. 89-92, 72 Stat. 282 (codified as amended at 15 U.S.C. §§ 1331-1341).

<sup>63</sup> Comprehensive Smoking Education Act of 1984, Pub. L. No. 98-474, 98 Stat. 2200 (codified as amended at 15 U.S.C. § 1341).

<sup>64</sup> 現規定於 15 U.S.C. § 1333(a) (“Label requirements. (1) In general. It shall be unlawful for any person to manufacture, package, sell, offer to sell, distribute, or import for sale or distribution within the United States any cigarettes the package of which fails to bear, in accordance with the requirements of this section, one of the following labels:

WARNING: Cigarettes are addictive.

WARNING: Tobacco smoke can harm your children.

WARNING: Cigarettes cause fatal lung disease.

WARNING: Cigarettes cause cancer.

WARNING: Cigarettes cause strokes and heart disease.

WARNING: Smoking during pregnancy can harm your baby.

WARNING: Smoking can kill you.

WARNING: Tobacco smoke causes fatal lung disease in nonsmokers.

WARNING: Quitting smoking now greatly reduces serious risks to your health.

products) , 則在前後包裝上要有30%的圖文警示<sup>65</sup> , 在香菸和無菸菸品廣告上 , 要有20%的圖文警示<sup>66</sup> 。

---

(2) Placement; typography; etc. Each label statement required by paragraph (1) shall be located in the upper portion of the front and rear panels of the package, directly on the package underneath the cellophane or other clear wrapping. Each label statement shall comprise the top 50 percent of the front and rear panels of the package. The word ‘WARNING’ shall appear in capital letters and all text shall be in conspicuous and legible 17-point type, unless the text of the label statement would occupy more than 70 percent of such area, in which case the text may be in a smaller conspicuous and legible type size, provided that at least 60 percent of such area is occupied by required text. The text shall be black on a white background, or white on a black background, in a manner that contrasts, by typography, layout, or color, with all other printed material on the package, in an alternating fashion under the plan submitted under subsection (c).”)

<sup>65</sup> 現規定於15 U.S.C. § 4402(a)“(a) General rule (1) It shall be unlawful for any person to manufacture, package, sell, offer to sell, distribute, or import for sale or distribution within the United States any smokeless tobacco product unless the product package bears, in accordance with the requirements of this chapter, one of the following labels:

WARNING: This product can cause mouth cancer.

WARNING: This product can cause gum disease and tooth loss.

WARNING: This product is not a safe alternative to cigarettes.

WARNING: Smokeless tobacco is addictive.

(2) Each label statement required by paragraph (1) shall be—(A) located on the 2 principal display panels of the package, and each label statement shall comprise at least 30 percent of each such display panel; and...”)

<sup>66</sup> 現規定於15 U.S.C. § 1333(b)“(b) Advertising requirements. (1) In general. It shall be unlawful for any tobacco product manufacturer, importer, distributor, or retailer of cigarettes to advertise or cause to be advertised within the United States any cigarette unless its advertising bears, in accordance with the requirements of this section, one of the labels specified in subsection (a).

(2) Typography, etc. Each label statement required by subsection (a) in cigarette advertising shall comply with the standards set forth in this paragraph. For press

二〇〇九年該法通過後，美國菸草公司立即提出一連串訴訟，質疑系爭包裝與廣告管制規定，過度限制了菸草公司的言論自由。在一系列訴訟中，同時涉及系爭管制規定，究竟是否屬於適用 *Zauderer* 案的強制揭露資訊，而適用合理關聯性審查標準？還是屬於對商業言論之限制，而應適用 *Central Hudson* 案之四步驟審查。一開始在二〇一二年第六巡迴上訴法院的 *Discount Tobacco City & Lottery Inc. v. United States* 案，法院判決菸草公司敗訴，認為系爭規定合憲；但二〇一二年華盛頓特區巡迴上訴法院的 *R.J. Reynolds Tobacco Co. v. FDA* 案，卻判決菸草公司勝訴，認為系爭的九種圖文警示，侵害了菸草公司之商業性言論。為何有此種不同見解，以下詳細介紹這兩個案子。

#### (一) *Discount Tobacco City & Lottery Inc. v. United States* 案

該法一通過後，數家菸草公司立刻提起訴訟，主張該法部分條文違憲。該案上訴到第六巡迴上訴法院，法院於二〇一二年三月十九日做出 *Discount Tobacco City & Lottery Inc. v. United States* 案判決<sup>67</sup>。

該判決中，Eric L. Clay 法官認為，強制菸盒上標示警示圖文，乃違反言論自由。但另外二位法官 Jane B. Stranch 和 Michael R. Barrett 則認為該條規定合憲。

判決書首先指出，由於本案訴訟時，美國食品藥物管理局

---

and poster advertisements, each such statement and (where applicable) any required statement relating to tar, nicotine, or other constituent (including a smoke constituent) yield shall comprise at least 20 percent of the area of the advertisement and shall appear in a conspicuous and prominent format and location at the top of each advertisement within the trim area...”).

<sup>67</sup> 674 F.3d 509 (6th Cir. 2012).

(FDA) 乃於二〇一一年六月才公布菸盒上的九種具體圖案，但當時已經上訴到二審，故只就條文表面進行審查，而不就具體圖案內容進行審查<sup>68</sup>。法官提出四種理由，說明為何只就條文表面進行審查。1. 因為FDA是在本案言詞辯論前一個月才公布九種具體圖案，而菸草公司也是到言詞辯論完後才會確定選用哪個圖案<sup>69</sup>。2. 本案在一審時，並沒有針對具體圖案進行審查，所以上訴審也無從對具體圖案進行審查<sup>70</sup>。3. 菸草公司在訴訟策略上，已經針對最終公布的具體圖案，另外提起訴訟，名為R.J. Reynolds v. FDA案<sup>71</sup>。4. 因為菸草公司所提出要求，並非僅為原告自己請求，而是要求對所有菸草製造商和銷售商，均不可強制標示警示圖文，因而法院必須對抽象法條進行審查<sup>72</sup>。

判決書接著討論本案所需適用的審查標準。法院先提出，對於商業言論的強制揭露要求 (commercial-speech disclosure requirement)，只要是符合Zauderer案所講的為了避免詐欺，而要求公布事實性資訊的條件，就採取Zauderer案的合理審查標準<sup>73</sup>。但如果不符合上述條件，則應該採取其他不表意自由 (強迫言論) 的審查，採取Wooley v. Maynard案的嚴格審查<sup>74</sup>。

其次，上訴法院指出，在最高法院的二〇一〇年的Milavetz, Gallop & Milavetz P.A. v. United States案，和第二巡迴上訴法院在二〇〇一年的National Electrical Manufacturers Association v. Sorrell

---

68 *Id.* at 552.

69 *Id.* at 552-53.

70 *Id.* at 553.

71 *Id.* at 553.

72 *Id.* at 554.

73 *Id.* at 554.

74 *Id.* at 554.

案，都還是承認Zauderer案對強制揭露資訊所採取的合理審查標準<sup>75</sup>。

上訴法院認為，這兩個案子都強調三個重要的考量因素。

1. 其顯示，政府並不需要去證明，強制揭露真的能夠在所有或大部分情況下有效達到所追求之目的<sup>76</sup>。政府只需要證明，在一般常識下，該強制揭露將會促進政府所欲之利益，且不論達成該目的之效果多微小<sup>77</sup>。當目的是為了避免消費詐欺時，強制揭露只要能提供某些消費者在決定是否購買產品或服務時所需的相關資訊，就已經足夠<sup>78</sup>。

2. 上訴法院認為，所有事實資訊之強制揭露，均會落入Zauderer案的分析架構<sup>79</sup>。其認為，決定是否適用Zauderer案的合理關聯性審查標準的最關鍵因素，就是所強制揭露的究竟是事實性資訊還是意見（opinion）<sup>80</sup>。Zauderer案中提到「純粹事實性、無爭議」（purely factual and uncontroversial）的資訊，就是採用合理關聯性審查的條件。但法院不強調「無爭議」這點，而有意的只強調「事實性資訊」，只要所揭露資訊是事實性資訊，基本上就可採用Zauderer案的寬鬆審查標準<sup>81</sup>。

3. 上訴法院認為，只要法院認定強制揭露落入Zauderer案的適用範圍，則只需要進行合理關聯性審查<sup>82</sup>。只要強制揭露與政府的目標有合理關聯，該強制揭露對表意人造成的負擔，對於該揭露的

---

75 *Id.* at 556-57.

76 *Id.* at 557-58.

77 *Id.* at 557.

78 *Id.* at 556.

79 *Id.* at 555.

80 *Id.* at 556.

81 *Id.* at 559.

82 *Id.* at 567.

合憲性，均無影響<sup>83</sup>。因此，上訴法院認為不需要去討論該警示圖文的大小及包裝上的比例是否對菸品公司自己的商業言論造成過度的負擔<sup>84</sup>。

在說明了上述標準後，上訴法院就要討論以下二階段問題：(1) 法院需判斷，圖文警示是否屬於事實性的揭露？(2) 如果是，法院就會對該圖文警示規定採取合理審查<sup>85</sup>。

首先，上訴法院將該條文中要求的文字警示，以及圖片警示區分。關於文字警示部分，法院認為，其毫無疑問，屬於事實性資訊。因此該文字警示應適用Zauderer案分析<sup>86</sup>。

至於圖片警示部分，由於法院不針對FDA最終選擇的九張圖片的任何一張，而是抽象審查，因此，法院只問，該圖片是否可以傳達事實性資訊，亦即，該圖片是否可以根據事實地傳達，吸菸所造成的健康損害結果<sup>87</sup>。而作為原告的菸草公司，在合理關聯性審查下，必須說服法院，那些照片在類型上無法傳達事實性資訊。法院自己則列了一個清單，認為某類圖片，應該均可在事實上傳達吸菸的健康損害結果<sup>88</sup>。

上訴法院指出，雖然這些照片只是個案代表，但並不會因此就被認為不是事實性的資訊<sup>89</sup>。其次，最高法院在Zauderer案本身，就已經指出，個案介紹仍然可以傳達正確的事實資訊<sup>90</sup>。

---

83 *Id.* at 555-56.

84 *Id.* at 567.

85 *Id.* at 558-61.

86 *Id.* at 558.

87 *Id.* at 558-60.

88 *Id.* at 559.

89 *Id.* at 559.

90 *Id.* at 560.

上訴法院認定文字和圖片內容屬於事實性資訊，而應採用 *Zauderer* 案之分析後，法院進一步就是要問，該圖文警示之使用，是否與政府目標具有合理關聯（*reasonably related to government's goal*）<sup>91</sup>。本案中，政府的利益，在於透過使用該警示，讓民眾更瞭解吸菸的真正健康風險，以避免消費者對吸菸的健康結果受到欺騙<sup>92</sup>。上訴法院似乎認為現行菸品公司的包裝廣告就是在詐欺，因而指出，菸品製造商和相關業者，都是知情且主動地聯合起來，長達數十年欺騙公眾關於抽菸的健康風險與成癮性<sup>93</sup>。因此，上訴法院認為，必須要去證明，現行菸品產品包裝和行銷有詐欺，法院反而是仰賴過去一些證明菸草公司在銷售、廣告時有系統性、全產業的詐欺的相關判決，就可以證明此點<sup>94</sup>。

上訴法院認為，原本採取的黑白文字警示，對於過去這種歷史性的詐欺，是不足夠的，因為這種黑白警示，不足以引起消費者的注意，且當時的文字用語對某些語文程度不好的人來說太艱澀<sup>95</sup>。

因此，上訴法院認為，新要求的圖文警示，可以彌補上述缺陷，因為其標示更大，且增加圖片。法院認為，新的圖文警示比之前的文字警示更有效的可能性，就足以讓新的圖文警示通過合理關聯性審查<sup>96</sup>。而且，法院認為有豐富的證據可以證明，更大的警示，以及包含圖片，可以讓人民更加瞭解吸菸相關健康風險，且實質地影響消費者使用菸品的決定<sup>97</sup>。法院也引用一些研究指出，加

---

91 *Id.* at 561.

92 *Id.* at 561.

93 *Id.* at 562.

94 *Id.* at 562-63.

95 *Id.* at 563-64.

96 *Id.* at 564-65.

97 *Id.* at 565.

拿大、澳大利亞、泰國採用類似圖文警示之後的成效<sup>98</sup>。因此，法院認為，該圖文警示確實與國會所希望達成的目的（亦即避免欺騙消費者）具有合理關聯性，因而合憲<sup>99</sup>。

本案最後第六巡迴上訴法院判決系爭規定合憲。主要原因在於，其對於強迫的商業資訊揭露，採取Zauderer案的寬鬆標準。其採取的寬鬆標準，有下列諸多特色。1. 其認為，Zauderer案的分析，不需要去問該強制揭露對於表意人造成的負擔有多少。2. 其認為適用Zauderer案分析的前提，只需要該揭露資訊為事實資訊，而不需要問是否為「無爭議的資訊」。3. 其認為，不需要去檢討，原本的菸品包裝或廣告，究竟哪裡有所誤導（misleading）。其認為(1)過去曾經有詐欺行為，且(2)過去的詐欺行為導致消費者不關心，就已經足夠。4. 這是第一個判決，在適用Zauderer案標準下，認為只要系爭強制揭露比起過去的揭露方式更能有效促進政府目標，就可以合憲。5. 法院多數意見認為，即便新的圖文警示並沒有真的改變消費者行為，或成功地對抗消費者欺騙，也能夠通過Zauderer案的合理關聯性審查，只要系爭圖文警示所揭露的資訊，對某些消費者是否要購買菸品時有關即可<sup>100</sup>。

### (二)R.J. Reynolds Tobacco Co. v. FDA案

有別於上述第六巡迴上訴法院認定合憲之判決，二〇一二年華盛頓特區巡迴上訴法院的R.J. Reynolds Tobacco Co. v. FDA案，卻採用商業言論審查標準，判決菸草公司勝訴，認為系爭的九種圖文

<sup>98</sup> *Id.* at 565-66.

<sup>99</sup> *Id.* at 566.

<sup>100</sup> 上述分析，see Timothy J. Straub, *Fair Warning?: The First Amendment, Compelled Commercial Disclosures, and Cigarette Warning Labels*, 40 *FORDHAM URB. L.J.* 1201, 1237 (2013).

警示，侵害了菸草公司之商業性言論。

#### 1. 案件事實

R.J. Reynolds Tobacco Co. v. FDA案<sup>101</sup>中，哥倫比亞特區巡迴上訴法院，要判斷食品藥物管理局（FDA）根據二〇〇九年的家庭菸害防制與菸草管制法（Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act of 2009 (FSPTCA)），所要求的警示圖文，是否合憲。最後法院認定其未能通過Central Hudson案之標準。

前述Discount Tobacco City & Lottery Inc. v. United States案進行中，美國FDA才正式公布九種警示圖文，因此，美國菸草公司決定另外提起訴訟，具體地針對這些警示圖文，主張強制在包裝或廣告上使用這些警示圖文，乃是一種強迫揭露，而違憲<sup>102</sup>。所提起的另一個訴訟案，就是R.J. Reynolds Tobacco Co. v. FDA案（下稱「R.J. Reynolds案」）。

菸草公司在該案中主張，FDA最終公布的九種圖文警示，並非是純粹事實性且無爭議（purely factual and uncontroversial）的資訊。因此，其認為不應適用Zauderer案的合理關聯性審查，而應該採取較嚴格的審查<sup>103</sup>。其提出五個理由，(1)新的圖文警示，並非資訊性的，而是說服性的（persuasive）。(2)作為案例採用的照片，並非事實性或無爭議的傳達資訊，因為這些照片有會引起情緒的內容。(3)在圖文警示中的反菸熱線（anti-smoking hotline）「1-800-QUIT-NOW」，並不是一種揭露產品資訊，而是指引不吸菸的資訊。(4)在香菸包裝前後要求50%的圖文警示，對表意人造成過度

<sup>101</sup> R.J. Reynolds Tobacco Co. v. FDA, 696 F.3d 1205, 1221-22 (D.C. Cir. 2012).

<sup>102</sup> *Id.* at 1240.

<sup>103</sup> See Plaintiff's Motion for Summary Judgment and Permanent Injunction at 24-36, R.J. Reynolds v. FDA, No. 11-01482 (RJL) (D.D.C. Aug. 19, 2011), ECF No. 10.

負擔（unduly burdensome）。(5)系爭圖文警示對於傳達資訊來說並不有效<sup>104</sup>。

二〇一一年十一月七日，哥倫比亞特區地區法院核發初步禁制令，禁止系爭圖文警示生效，二〇一二年二月二十九日，地區法院則做出即決判決，判決菸草公司勝訴<sup>105</sup>。地區法院認為，本案不適用Zauderer案的標準，而應適用嚴格審查。FDA因而上訴到華盛頓特區聯邦巡迴上訴法院。其於二〇一四年八月二十四日做出判決<sup>106</sup>，三位審理法官以2票比1票，維持地區法院判決，認定系爭規定違憲。

Janice Rogers Brown和A. Raymond Randolph法官，認為應採用Central Hudson案的四步驟分析，以判斷系爭的圖文警示是否侵害了商業言論之自由。

R.J. Reynolds案的多數意見，除了肯認本案中有商業言論的議題外，也要強制補助（forced subsidization）的議題<sup>107</sup>。由於涉及這二類議題，都推定應採取嚴格審查。法院首先討論此種強制揭露是否適用Zauderer案之合理關聯性審查，進而討論，此管制是否能通過及Central Hudson案對商業性限制的審查<sup>108</sup>。

## 2. 不適用Zauderer案合理關聯性審查

首先，多數意見認為，Zauderer案的合理關聯性審查，僅適用於避免消費者欺騙的議題。而且，法院認為，(1)要適用Zauderer案，政府必須先證明，該廣告不證自明屬於詐欺（self-evidently

---

<sup>104</sup> *Id.* at 31-36.

<sup>105</sup> R.J. Reynolds v. FDA, 845 F. Supp. 2d 266 (D.D.C. 2012).

<sup>106</sup> R.J. Reynolds Tobacco Co., 696 F.3d at 1205.

<sup>107</sup> *Id.* at 1211.

<sup>108</sup> *Id.* at 1212-17.

deceptive)，或者其對消費詐欺有某些「潛在真正的」危險<sup>109</sup>。(2)法院認為，要適用Zauderer案，必須先問，該強制揭露的是否為純粹的事實性和無爭議資訊<sup>110</sup>。(3)法院認為，Zauderer案的分析，應該也必須探討，該強制揭露是否造成過度負擔<sup>111</sup>。

上訴法院多數意見認為，本案基於下述二個理由，不適用Zauderer案的合理關聯性標準。

(1)法院認為，FDA沒有證明，該警示圖文的目的，是要避免消費詐欺<sup>112</sup>。法院認為，其並沒有發現，菸品包裝有任何消費詐欺的危險，過去菸品公司廣告上行為，都已經被妥當的處理。例如，過去菸品公司使用的「低焦油」、「清淡」等誤導字眼，菸品控制法都已經禁止使用<sup>113</sup>。另外，政府沒有證明現在的菸品包裝本身有誤導性<sup>114</sup>。

(2)法院認為，系爭警示圖文，並不屬於「純粹的事實性、無爭議」資訊<sup>115</sup>。其認為，系爭圖片的象徵性、非文字性的本質，就讓其不再是事實性資訊<sup>116</sup>。而且，因為系爭圖片是象徵性的，消費者可能會錯誤解讀<sup>117</sup>。法院指出，FDA挑選這些照片，主要是想引起情緒上的反應，因此該照片就不純粹是事實性的資訊<sup>118</sup>。最後，法院認為圖文警示的部分面向，不只是傳達事實性資訊，而

---

<sup>109</sup> *Id.* at 1213-14.

<sup>110</sup> *Id.* at 1216.

<sup>111</sup> *Id.* at 1212.

<sup>112</sup> *Id.* at 1214-16.

<sup>113</sup> *Id.* at 1215-16.

<sup>114</sup> *Id.* at 1215.

<sup>115</sup> *Id.* at 1216-17.

<sup>116</sup> *Id.* at 1216.

<sup>117</sup> *Id.* at 1216.

<sup>118</sup> *Id.* at 1216.

是想要引起情緒、消費者難堪，以及恫嚇消費者戒菸<sup>119</sup>。這些非事實資訊的面向，包括反菸熱線等，以及特定的影像，包括哭泣的女人、小孩和穿著「我戒菸」衣服的男子<sup>120</sup>。

### 3. 無法通過商業言論審查

法院認為，既然不適用Zauderer案的標準，而系爭規定乃是對商業言論的一種限制，所以應該適用Central Hudson案之標準<sup>121</sup>。法院主要關心的是該標準的第二步及第三步，亦即政府強迫要求使用圖片警告的利益是否為實質利益，以及使用該圖片警告是否能直接促進政府所宣稱的利益<sup>122</sup>。

就Central Hudson案第二步來說，法院指出，食品藥物管理局要求採用警示圖文所宣稱的利益，主要是要勸告目前的抽菸者戒菸，並且勸告未來的消費者不要再購買和使用菸草產品<sup>123</sup>。法院雖然對這些利益的正當性表達懷疑，但假定這些都是Central Hudson案標準下實質的利益<sup>124</sup>。

但是，在Central Hudson案第三步判斷上，法院認為，政府未能滿足其舉證責任，提出實質證據，證明該圖片警告可以「實質程度」（a material degree）直接促進該利益<sup>125</sup>。無效（ineffective）或遙遠關聯（remote support）以及單純的猜測、推測（mere speculation or conjecture），尚不足以滿足其舉證責任<sup>126</sup>。

---

<sup>119</sup> *Id.* at 1216-17.

<sup>120</sup> *Id.* at 1216-17.

<sup>121</sup> *Id.* at 1217.

<sup>122</sup> *Id.* at 1217-21.

<sup>123</sup> *Id.* at 1218.

<sup>124</sup> *Id.* at 1218.

<sup>125</sup> *Id.* at 1218.

<sup>126</sup> *Id.* at 1218-19.

法院採用此一標準後，認定食品藥物管理局未能提出一些證據，證明圖片警告真能直接促進減少美國抽菸人口的利益<sup>127</sup>。食品藥物管理局仰賴的是「圖片警告可直接促成吸菸率實質降低之有效性」的「國際共識」，法院認為頂多是「有問題的社會科學」<sup>128</sup>。雖然這樣的警告可讓抽菸者再度思考其行為，但認為這種再度思考就會改變行為，則屬於一種推測<sup>129</sup>。此外，食品藥物管理局並沒有證明，在採用警示圖文的國家（例如加拿大和澳大利亞）的抽菸率降低，乃直接歸諸於這種警告標示，而非歸諸於其他抽菸控制手段<sup>130</sup>。食品藥物管理局自己的管制影響分析（Regulatory Impact Analysis）亦承認，欠缺直接證據，可證明警示圖文與抽菸率實質降低有直接關聯。食品藥物管理局只提出，新的圖文警示，可以降低抽菸率大約0.88%<sup>131</sup>。食品藥物管理局所仰賴的其他研究，都未能證明，警示圖文可以以「實質程度」「直接促進」抽菸率的降低<sup>132</sup>。事實上，在許多要求警示圖文的國家，欠缺資料反映抽菸率的降低<sup>133</sup>。既然欠缺資料，即可暗示，這種警示圖文在促進戒菸與勸告不要開始抽菸上，並非非常有效<sup>134</sup>。

因此，法院判決認為，FDA所公布的圖文警示，是對商業言論的過度限制，違反了憲法保障之言論自由，並將該案發回FDA，要求其設計新的警示內容<sup>135</sup>。

---

<sup>127</sup> *Id.* at 1219.

<sup>128</sup> *Id.*

<sup>129</sup> *Id.*

<sup>130</sup> *Id.*

<sup>131</sup> *Id.* at 1219-20.

<sup>132</sup> *Id.*

<sup>133</sup> *Id.* at 1220.

<sup>134</sup> *Id.*

<sup>135</sup> *Id.* at 1222.

#### 4. 後續發展

由於被哥倫比亞特區巡迴上訴法院宣告相關圖文警示的新規定違憲後，美國政府包括FDA決定不上訴到最高法院<sup>136</sup>，此後暫時沒有進一步動作，也沒有修改被宣告違憲的新規定。因而，導致二〇〇九年的圖文警示要求，至今都沒有上路。

這導致健康促進團體的不滿，在二〇一八年，多個健康團體聯合提起訴訟，要求法院宣告FDA乃違法不作為，或者不合理地拖延，不制訂新的執行規定<sup>137</sup>。終於，在法院判決要求下，FDA提出新的圖文警示規則草案（修改21 CFR part 1141），並展開公開徵求意見，並已於二〇二〇年三月公布新的最終規則<sup>138</sup>，也公布了新的十一種圖文<sup>139</sup>，預告將於二〇二一年十月十六日正式生效。

#### （三）小結

之所以同一個菸品控制法的條文，一個上訴法院認定其合憲，一個認定其違憲，最主要的差異，就在於適用的審查標準。第六巡迴上訴法院適用Zauderer案的強制揭露資訊的合理關聯性審查，標準寬鬆，所以合憲。而哥倫比亞特區巡迴上訴法院則認為不適用Zauderer案的合理關聯性審查，而應適用在商業言論管制上的Central Hudson案標準，採取中間偏嚴格的審查，因而導致審查結

<sup>136</sup> Corbin, *supra* note 29, at 1311.

<sup>137</sup> Am. Acad. of Pediatrics v. FDA, 330 F. Supp. 3d 657 (D. Mass. 2018).

<sup>138</sup> Required Warnings for Cigarette Packages and Advertisements, 8 Fed. Reg. 15,638 (March 18, 2020).

<sup>139</sup> FDA, Cigarette Labeling and Health Warning Requirements, *available at* <https://www.fda.gov/tobacco-products/labeling-and-warning-statements-tobacco-products/cigarette-labeling-and-health-warning-requirements> (last visited: 2020.06.26).

果不同<sup>140</sup>。

Timothy J. Straub認為，最主要的關鍵，就在於美國最高法院針對強制揭露資訊案件的Zauderer案，到底適用的範圍有多廣？其認為綜合上述二案例，可以看出部分法院對之採取自由派（liberal）的解釋，部分法院採取保守派（conservative）解釋<sup>141</sup>。Zauderer案的適用，有三個解釋上的問題，1. 其強制揭露是否要限於避免消費詐欺？2. 其是否要嚴格限於「純粹事實性且無爭議資訊」？3. 其是否要探討強制揭露資訊是否對表意人造成過度負擔？<sup>142</sup>由於第六巡迴上訴法院對此採取自由派解釋，因而認為系爭規定合憲；而哥倫比亞特區巡迴上訴法院採取保守解釋，因而認定其違憲。

另外補充說明，哥倫比亞特區巡迴上訴法院之所以不採用Zauderer案審查標準，是認為系爭警告圖示並非「純事實且無爭議」的資訊，尤其認為該圖片屬於「有爭議」。或有人會認為此標準於該案適用上過於嚴苛。但二〇一八年美國最高法院在National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra案<sup>143</sup>中，州政府要求墮胎診所張貼政府其他協助方案資訊，縱使屬於事實，但仍屬於

---

<sup>140</sup> 本文並不欲討論到底美國法院的哪一個判決正確，或哪一個標準正確，而只是透過比較不同國家的不同論述，提供我國借鏡。對美國法院商業言論標準與判決結果的討論，可參考Richard J. Bonnie, *The Impending Collision Between First Amendment Protection for Commercial Speech and the Public Health: The Case of Tobacco Control*, 29 J.L. & POL. 599, 599 (2014); Bryan M. Haynes, Anne Hampton Andrews, C. Reade Jacob, Jr., *Compelled Commercial Speech: The Food and Drug Administration's Effort to Smoke Out the Tobacco Industry Through Graphic Warning Labels*, 68 FOOD & DRUG L.J. 329, 329 (2013).

<sup>141</sup> Straub, *supra* note 100, at 1227.

<sup>142</sup> Straub, *supra* note 100, at 1225-26.

<sup>143</sup> National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra, 138 S. Ct. 2361 (2018).

有爭議的主題，故最高法院認為不適用Zauderer案審查標準<sup>144</sup>，而判決系爭規定違憲<sup>145</sup>。由此可見，最高法院在後續案件中，仍堅持Zauderer案標準僅適用於「純粹的事實性和無爭議資訊」，且對於所謂事實且無爭議之資訊，認定更為嚴格。

### 參、加拿大和澳大利亞之菸品管制案例

上一節介紹討論了我國較為熟悉的美國憲法言論自由之論述。在其他重要國家中，加拿大和澳大利亞也一樣為了菸品包裝要求的圖文警示，甚至無裝飾包裝，而引發憲法訴訟。加拿大乃是將圖文警示面積，經過歷次修法不斷提高，最高提高到要求75%的圖文警示面積。澳大利亞也是透過修法要求包裝面積75%的圖文警示，但剩下25%卻要求無裝飾包裝。這兩個國家由於各自的憲法規定，以及其最高法院發展出來的審查論述方式不同，而菸品包裝相關爭議判決中，有著與美國很不同的憲法論述，亦值得我國借鏡。以下先介紹加拿大，其次再介紹澳大利亞。

#### 一、加拿大

##### (一)圖文警示面積提高

加拿大在菸品的防制上，做了許多努力。在一九八〇年代，加拿大的吸菸率是全世界最高，15歲到19歲的年輕人有40%都吸菸。為了降低菸品使用，加拿大政府使用了各種工具。除了對菸品銷售課稅外，一九八八年的菸品控制法幾乎禁止所有的菸品的廣告與行

---

<sup>144</sup> *Id.* at 2372.

<sup>145</sup> 此判決引發的評論，可參見Seana Valentine Shiffrin, *Compelled Speech and the Irrelevance of Controversy*, 47 PEPP. L. REV. 731, 731 (2020).

銷<sup>146</sup>。其也規定零售展示的數量要減少，並制訂法律要求採取健康警示，且要求在每一個菸品包裝上出現額外的健康資訊。在採取這麼多手段後，在二〇〇六年，加拿大的15歲到19歲的吸菸率，終於下降到百分之10幾。不過，雖然在菸品控制上有所成效，但近年來吸菸率並沒有明顯下降<sup>147</sup>。

一九九五年，加拿大最高法院宣告其菸品管制法中對菸品廣告的限制規定違憲。被法院判決違憲後，國會修法，於一九九七年菸草法中，仍然保持對菸品廣告的大幅限制，但創造了一例外，允許「資訊廣告或品牌偏好廣告」，只要該廣告對象乃針對成年人<sup>148</sup>。另外，國會也再次制訂，對菸品包裝的健康警示規定，並明確要求將該警示內容，歸屬於加拿大健康部所提出<sup>149</sup>。

加拿大卻持續修法，並是全世界第一個在菸品包裝上要求圖片警示的國家。二〇〇〇年時，加拿大在菸草法（Tobacco Act）下制訂了菸品資訊管制（Tobacco Products Information Regulations, TPIR），其要求在菸品包裝上採取「圖片健康警示」，並要求在菸品包裝上放入健康資訊<sup>150</sup>。將過去的33%的面積，提高到50%。對於菸品廣告，允許在特定媒體或場所進行資訊性或品牌偏好之廣告，但完全禁止與生活形態連結之廣告促銷、針對年輕人之廣告以

<sup>146</sup> 黃怡碧、黃嵩立，同註4，頁150。

<sup>147</sup> Chester, *supra* note 5, at 425-26.

<sup>148</sup> Tobacco Act, S.C. 1997, c. 13, § 22(2). 只允許該廣告直接寄送給成人，或者85%之閱讀者屬於成年人的刊物，或者在未成年人禁止出入之場所。See Micah L. Berman, *Commercial Speech Law and Tobacco Marketing: A Comparative Discussion of the United States and Canada*, 39 AM. J.L. & MED. 218, 229 and n.94 (2013).

<sup>149</sup> *Id.* at 229.

<sup>150</sup> <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/SOR-2000-272/> (last visited: 2020.09.20).

及錯誤或誤導之廣告促銷<sup>151</sup>。

二〇一一年，TPIR被菸品標示管制（香菸和小雪茄菸）（Tobacco Products Labelling Regulations (Cigarettes and Little Cigars), TPLR-CLC）所取代。TPLR-CLC與之前的TPIR有四個最主要的不同：1. 要求在香菸和小雪茄菸的包裝前後75%標示圖片健康警示。2. 改採新的圖片健康警示訊息和新的健康資訊訊息。3. 要求顯示全加拿大的戒菸專線和網址。4. 展示易於瞭解的毒物排放標準。此外，健康警示和健康資訊都改用彩色<sup>152</sup>。

該法通過後，雖然沒有採用無裝飾包裝，但菸草公司仍然提起訴訟，挑戰新的TPLR-CLC所提高的要求。

## （二）加拿大權利自由憲章

為能理解加拿大最高法院判決，以下先介紹加拿大權利自由憲章相關規定，及其發展出來的比例原則審查，以及商業言論的保障。

### 1. 比例原則

加拿大於一九八二年，制訂其權利自由憲章（Canadian Charter of Rights and Freedoms）。根據權利自由憲章第1條規定，其所保護之權利自由，只可以法律規定的合理限制加以限制，且必須在自由民主社會中被證立為正當者（*demonstrably justified*）為限<sup>153</sup>。加拿大各法院在解釋權利自由憲章第1條時，納入了比例原則分析

<sup>151</sup> 黃怡碧、黃嵩立，同註4，頁150。

<sup>152</sup> Chester, *supra* note 5, at 426.

<sup>153</sup> Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 (“The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.”). 中文翻譯，參考湯德宗，同註22，頁605。

(proportionality)，去判斷政府限制表達自由的利益，是否可以得到支持<sup>154</sup>。最高法院在一九八六年的R. v. Oakes案（下稱「Oakes案」）<sup>155</sup>中，提出了比例原則的論述：「一，所採取的手段，目的精心設計，以達到系爭之目的。其不可以是武斷、不公平或基於不理性之考量。簡言之，手段與目的之間必須有合理關聯（rationally connected）。二，該手段即便與目的有合理連結，仍應該對系爭的權利或自由盡可能採取最小的侵害。……三，對限制憲章權利或自由的手段的效果，以及被認定具有『足夠重要』（sufficient importance）的目的之間，必須符合比例性。<sup>156</sup>」

因此，如果政府想要限制表達自由，其必須被「明確證立為正當」。在Oakes案所提出的「明確證立為正當」，可整理為下述四步驟的檢測，稱為Oakes檢測<sup>157</sup>。

(1)政府所持之利益或追求之目的必須「足夠重要」，至少，政府之目的必須是「重要且實質」（pressing and substantial）考量（第一要件）<sup>158</sup>。(2)所採取之手段必須合理，且能夠被明確證立。其又分為下述三個要件：①手段與目的間必須有合理關聯（rationally connected）（第二要件）。②手段必須是最小侵害手段（minimal impairment）（第三要件）。③限制效果必須與所追求目的間符合比例性（proportionality）（第四要件）<sup>159</sup>。如果政府的立法不滿

<sup>154</sup> 關於加拿大比例原則操作的詳細清楚的分析，詳見湯德宗，同註22，頁605-608。

<sup>155</sup> R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103, 139 (Can.).

<sup>156</sup> *Id.*

<sup>157</sup> Berman, *supra* note 148, at 226.

<sup>158</sup> 湯德宗教授則翻譯為「急迫而重要」。參見同註22，頁605。

<sup>159</sup> 湯德宗，同註22，頁607；Chester, *supra* note 5, at 428-29; Berman, *supra* note 148, at 226.

足這四個要件，其對權利自由憲章第2條(b)之限制就無法獲得支持。

根據湯德宗分析，(1)雖然上述Oakes檢測有第一步之目的審查，要求目的為「重要且實質」，但加拿大最高法院對於目的審查均採寬鬆標準，亦即採「合理檢驗」(a reasonableness test)，導致目的審查並沒有發揮過濾效果<sup>160</sup>。(2)在手段限制上，加拿大要求採「最小侵害手段」，而非如一般熟知的德國比例原則，要求是「有無其他限制較少而同樣有效達到其目的」的手段。且加拿大最高法院另課予政府(立法者)較重的舉證責任，需提出令人信服之證據，顯示立法時還有哪些可達成預設目的之替代手段存在。因此，加拿大最高法院在審查時，可能會認為存在另一個侵害較小手段，縱使效果較差，仍認為系爭手段並非最小侵害手段<sup>161</sup>。不過，在下述的JTI-Macdonald Corp.案中，最高法院卻認為法院不一定要接受效果較差的較小侵害手段。

## 2. 商業言論

加拿大權利自由憲章第2條(b)：「任何人有下述基本自由：……(b)思想、信念、意見和表達之自由，包括媒體和其他傳播形式之自由。<sup>162</sup>」由於權利自由憲章於一九八二年方制訂，故對第2條之言論自由保障的討論，歷史相對較短<sup>163</sup>。

雖然權利自由憲章第2條明文規定保護表達自由，但是否保護商業言論？加拿大最高法院在一九八八年的Ford v. Quebec案(下

<sup>160</sup> 湯德宗，同註22，頁607。

<sup>161</sup> 湯德宗，同註22，頁607。

<sup>162</sup> Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) (“Everyone has the following fundamental freedoms:…(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other means of communication.”).

<sup>163</sup> Berman, *supra* note 148, at 225.

稱「Ford案」)<sup>164</sup>，正式確認商業言論也受到憲法保障<sup>165</sup>。最高法院在該案指出：「本院之前說過，憲章中保障之權利自由的效果，應採取大而自由之解釋，因此，並無好的理由可將商業言論排除於第2條(b)的保護範圍外。……商業表達一方面有表達的內在價值，可同時保護接受者與表意人，對於個人在做出知情的經濟決策上扮演重要角色，而做這種決策是個人自我滿足及個人自主的重要面向。本案不同意商業表達在自由民主社會中沒有任何個人或社會價值的觀點，而認為其應受憲法保障。<sup>166</sup>」

在Ford案後，加拿大最高法院就開始持續處理商業言論的議題。其與美國不同的是，其並不像美國針對商業言論發展出不同的審查標準，而是對所有的表達自由均採取相同標準<sup>167</sup>。雖然採取相同標準，但是針對不同的言論類型，可能會針對不同的具體脈絡，而給予不同的保護。亦即在相同比例原則的操作下，不同的言論的保護價值會有所不同<sup>168</sup>。

另外，加拿大最高法院曾在Irwin Toy Ltd. v. Quebec案中，將表達自由推及於公司的商業言論<sup>169</sup>。因此，條文中所稱之「任何

<sup>164</sup> Ford v. Quebec (Att’y Gen.), [1988] 2 S.C.R. 712, 758 (Can.).

<sup>165</sup> 關於該案與加拿大商業言論發展的中文介紹，可參考林杰，管控菸品廣告的憲法界限——以加拿大聯邦最高法院相關判決為借鏡，中華國際法與超國界法評論，9卷2期，頁333-337，2013年12月。

<sup>166</sup> Ford v. Quebec (Att’y Gen.), at 766-67.

<sup>167</sup> Berman, *supra* note 148, at 227-28. 林杰指出，加拿大最高法院似乎認為，美國的Central Hudson案標準，降低了商業言論的保護，故認為應與其他言論類型獲得一樣的保護。林杰，同註165，頁335。此似乎認為，加拿大的比例原則Oakes案審查標準，比起Central Hudson案標準給予更多的保護。但看本文所討論的提高圖文警示面積此一爭議，美國宣告違憲，加拿大宣告合憲，就可知道未必如此。

<sup>168</sup> *Id.* at 228.

<sup>169</sup> Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Att’y Gen.), [1989] 1 S.C.R. 927 (Can. Que.).

人」(every one)，亦包含了公司。最高法院認為，之所以要擴及於公司，是為了讓消費者在選購產品之決策時，可以取得必要資訊<sup>170</sup>。

### (三)加拿大最高法院判決

#### 1. 一九九五年RJR-MacDonald, Inc. v. Canada案

一九九五年，加拿大最高法院做出RJR-MacDonald, Inc. v. Canada案<sup>171</sup>判決，處理當時的菸品管制法(Tobacco Products Control Act)之修正。當時的修正，包含全面性的禁止菸品廣告和促銷(僅有少數例外)，並要求菸品包裝上包含健康警示<sup>172</sup>。

該案所有大法官均同意，菸品廣告受到權利自由憲章第2條(b)之保護範圍，但最後以5票比4票，判決系爭管制無法通過權利自由憲章第1條之審查<sup>173</sup>。最高法院認為，對於廣告之禁止，與政府降低菸品使用率的利益，具有合理關聯<sup>174</sup>。但是，最高法院認為，該廣告禁止規定，屬於過度廣泛(overbroad)<sup>175</sup>。最高法院強調廣告對於消費者在做決策前取得資訊的利益，而系爭廣告禁令剝奪了選擇抽菸者得知不同品牌間之價值、品質或健康風險之資訊<sup>176</sup>。

另外，該案中法院也認為要求在菸品包裝上標示健康警示的規定違憲，因為該健康警示會讓人以為歸屬於菸草商所提出，而非政

---

<sup>170</sup> See *Ford v. Quebec (Att'y Gen.)*, [1988] 2 S.C.R. 712, 766-67 (Can. Que.).

<sup>171</sup> *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Att'y Gen.)*, [1995] 3 S.C.R. 199 (Can.). 該案由被質疑違憲的標的有三個，較完整的中文介紹，可參考林杰，同註165，頁340-344。

<sup>172</sup> *Id.* at 200.

<sup>173</sup> *Id.* at 204.

<sup>174</sup> *Id.* at 206.

<sup>175</sup> *Id.* at 207.

<sup>176</sup> *Id.* at 347.

府所提出；政府並沒有證明，若要求該警示明確歸屬於政府會有較低之效果<sup>177</sup>。

前已述及，被法院判決違憲後，國會修法，於一九九七年菸草法中，仍然保持對菸品廣告的大幅限制，但創造了一例外，允許「資訊廣告或品牌偏好廣告」，只要該廣告對象乃針對成年人。另外，國會也再次制訂，對菸品包裝的健康警示規定，並明確要求將該警示內容，歸屬於加拿大健康部所提出。

## 2. 二〇〇七年JTI-Macdonald Corp.案

對於前述二〇〇〇年的菸品資訊管制（TPIR），將包裝上警示面積，從過去的33%提高到50%，菸草商立即提出訴訟，該案一路上訴到加拿大最高法院，於二〇〇七年六月做出JTI-Macdonald Corp.案判決<sup>178</sup>。最高法院最後認為，將圖文健康警示面積從33%提高到50%，屬合憲。

最高法院認為，圖文健康警示之要求，確實屬於對表達自由的一種侵害<sup>179</sup>，但是該限制並沒有違反權利自由憲章第1條，因為其目的屬於重要且實質<sup>180</sup>，且「在自由民主社會中可以被明確證立為正當」。

最高法院提出三個理由，說明為何系爭管制可以被證立為正當。

(1)最高法院指出，圖文健康警示，對告知公眾關於抽菸之健康

---

<sup>177</sup> *Id.* at 349.

<sup>178</sup> *Canada (Att’y Gen.) v. JTI-Macdonald Corp.*, [2007] 2 S.C.R. 610 (Can.). 該案由被質疑違憲的標的部分有六項，其中五項為除了菸品包裝以外的廣告爭議，較完整的中文介紹，可參考林杰，同註165，頁344-350。

<sup>179</sup> *JTI-Macdonald Corp.*, [2007] 2 S.C.R. at P 132.

<sup>180</sup> *Id.* at P 134.

風險，是有效的方法，且有「大量證據」可支持這個結論<sup>181</sup>。此一理由，符合了Oakes檢測的第二要件，亦即手段與目的間具有合理關聯。最高法院並指出，菸草公司拒絕將圖文健康警示面積提高，也可間接證明，該警示確實對消費者有所影響，所以威脅到菸草公司<sup>182</sup>。

(2)第二個證立，是證據顯示，更大的警示可能對消費者會產生更大的效果，所以沒有其他較小侵害手段<sup>183</sup>；且有其他國家已經要求更大的警示面積，因而可支持此項要求<sup>184</sup>。或許根據此一理由，可以認為，其也滿足了Oakes檢測的第三要件「最小侵害」，因為可以支持系爭管制並非逾越了必要範圍，至少其沒有比其他國家類似管制要求得更高<sup>185</sup>。

最後，最高法院認為，更大的警示面積，所帶來的效益是很明顯的，而其對製造商在創意包裝上表達利益的損害則很小，因而符合比例性<sup>186</sup>。此一證立滿足了Oakes檢測的最後一個要件，其比較公共健康之利益以及菸草商之利益，而認為公共健康有更大之重要性，比起菸草商之利益可獲得更多保護，而符合比例性<sup>187</sup>。

### 3. 二〇一一年新法訴訟沒有進入最高法院

在二〇一一年，新的菸品標示管制（香菸和小雪茄菸）TPLR-CLC，將圖文警示面積從50%提高到75%，菸草公司立刻提起訴訟，其中較具代表性的案子，為上訴到安大略上級法院的Imperial

---

<sup>181</sup> *Id.* at P 135.

<sup>182</sup> *Id.* at P 136.

<sup>183</sup> *Id.* at P 137.

<sup>184</sup> *Id.* at P 138.

<sup>185</sup> Chester, *supra* note 5, at 430.

<sup>186</sup> JTI-Macdonald Corp., [2007] 2 S.C.R. at P 139.

<sup>187</sup> Chester, *supra* note 5, at 430.

Tobacco Ltd.案和JTI-Macdonald Corp.案。Michelle M. Chester認為，雖然新的案子還沒進入加拿大最高法院，但參考前述二〇〇七年的JTI-Macdonald Corp.案，最高法院已經認為管制的目的是足夠重要，且應該也可被「明確證立為正當」<sup>188</sup>。而筆者至撰稿為止，查詢加拿大最高法院網站，並無查得挑戰二〇一一年新法之案件。

## 二、澳大利亞

### (一)無裝飾包裝

二〇一一年十一月，澳大利亞通過「2011年菸品無裝飾包裝法」(Tobacco Plain Packaging Act 2011，下稱「無裝飾包裝法」)，其比任何國家都先進，不只是要求包裝上採圖文警示，而是進一步要求菸品包裝採取無裝飾包裝。該法要求，在二〇一二年十二月一日以前，所有的菸品銷售都要從舊包裝改為新的無裝飾包裝。該法嚴格限制在菸品包裝上的菸品產業圖示、品牌形象、顏色和促銷文字。而包裝上的品牌或公司名稱，必須使用標準顏色、位置、大小和字型<sup>189</sup>，除此之外，不得放置任何商標或其他標章<sup>190</sup>。

<sup>188</sup> Chester, *supra* note 5, at 430.

<sup>189</sup> Tobacco Plain Packaging Act 2011 (Cth) s 19 (Austl.); Tobacco Plain Packaging Regulations 2011 (Cth) reg 2.2.1 (Austl.).

<sup>190</sup> Tobacco Plain Packaging Act 2011 (Cth) s 20 (Austl.) (“Prohibition on trade marks and marks generally appearing on retail packaging.

(1) No trade mark may appear anywhere on the retail packaging of tobacco products, other than as permitted by subsection (3).

(2) No mark may appear anywhere on the retail packaging of tobacco products, other than as permitted by subsection (3).

(3) The following may appear on the retail packaging of tobacco products:

(a) the brand, business or company name for the tobacco products, and any

此外，其在二〇一一年競爭與消費者（菸草）資訊標準（Competition and Consumer (Tobacco) Information Standard 2011）中，要求菸品包裝的正面75%為圖文警示，背面90%為圖文警示<sup>191</sup>。二〇〇六年的舊法原本只要求一條菸（cigarette cartons）包裝的正面30%、背面90%為圖文警示，但現在進一步要求每包（a packet of cigarettes）菸上的圖文警示。新法要求的警示文字，例如「別讓你的孩子吸你的二手菸」、「抽菸會失明」。而所要求的圖片，則包括肺的照片、抽菸者眼睛的疾病照片、以及口腔癌的照片等<sup>192</sup>。澳大利亞國會立法的目的有二：1. 促進公共健康，及2. 為了減少包裝的吸引力、並增加包裝的宣導成效、增進對使用菸品之健康結果的瞭解<sup>193</sup>。

#### （二）澳大利亞憲法與智慧財產權

澳大利亞通過前述法律後，澳大利亞的菸草商也提出訴訟，質疑該法違反澳大利亞憲法規定。但其並非主張系爭規定違反言論自由，而是主張其規定違反國會之權限<sup>194</sup>。

之所以與其他國家不同（其他國家的訴訟都圍繞言論自由），

---

variant name for the tobacco products;

(b) the relevant legislative requirements;

(c) any other trade mark or mark permitted by the regulations.

(4) This section does not apply to a plastic or other wrapper that covers:

(a) the retail packaging of tobacco products; or

(b) a tobacco product that is for retail sale.”)

<sup>191</sup> See Parliamentary Secretary to the Treasury, Competition and Consumer (Tobacco) Information Standard 2011, 22 December 2011.

<sup>192</sup> Chester, *supra* note 5, at 422.

<sup>193</sup> *Id.* at 422.

<sup>194</sup> *Id.* at 422-23.

是因為澳大利亞憲法中並沒有明文保障表達自由或言論自由，更無從討論商業言論的保護。唯一的例外，是加拿大高等法院曾在部分案例中，認為可推論出政治傳播（對政府或政治議題傳播）之自由的隱含權利（*implied right to freedom of political communication*），因為這是維持澳大利亞代議政府運作的必要面向<sup>195</sup>。維多利亞省和首都特區，自己有制訂相關法律，保護言論自由<sup>196</sup>，但是其均明文指出其屬於個人或自然人之權利<sup>197</sup>，因此菸草公司也無法援引主張<sup>198</sup>。

因此，菸草公司在澳大利亞能主張的條文，主要是澳大利亞憲法所規定的財產權保障。澳大利亞憲法第51條乃規定國會之權限，其中第31款規定其擁有「根據國會有權制訂之法律，以公正條件徵用任何州或人民之財產」（*the acquisition of property on just terms from any State or person for any purpose in respect of which the Parliament has power to make laws*）<sup>199</sup>。

此處所指的財產（*property*），採取廣義解釋，及於所有法律

<sup>195</sup> *Coleman v Power* (2004) 220 CLR 1 ¶¶ 208-209 (Austl.); *Lange v Austl. Broad. Corp.* (1997) 18 CLR 520, 572 (Austl.). 參見 Jonathan Liberman, *Plainly Constitutional: The Upholding of Plain Tobacco Packaging by the High Court of Australia*, 39 AM. J.L. & MED. 361, 368 (2013).

<sup>196</sup> Charter of Human Rights and Responsibilities (2006) (Vic) s 15 (Austl.); Human Rights Act 2004 (ACT) s 16 (Austl.).

<sup>197</sup> Charter of Human Rights and Responsibilities (2006) (Vic) s 6 (Austl.); Human Rights Act 2004 (ACT) s 6 (Austl.).

<sup>198</sup> Liberman, *supra* note 195, at 368.

<sup>199</sup> Australian Constitution S 51 (“51. Legislative powers of the Parliament  
The Parliament shall, subject to this Constitution, have power<sup>12</sup> to make laws for the peace, order, and good government of the Commonwealth with respect to...(xxxi)the acquisition of property on just terms from any State or person for any purpose in respect of which the Parliament has power to make laws;...”).

所創造出的財產權。此外，澳大利亞高級法院在 *Bank of NSW v. The Commonwealth* 案中，將所謂的財產，擴及於無體、特別之利益（*inanimate and anomalous interests*），包含對排他性持有和控制權的推定和永久持續（*assumption and indefinite continuance of exclusive possession and control*）<sup>200</sup>。

國會在制訂無裝飾包裝法已經預期到，可能會引起菸草商質疑相關規定違憲，因而直接在該法第15條規定，如果相關規定之適用，會導致違反憲法之未經公正條件而徵用私人財產，則該法運作不及於違憲之情況<sup>201</sup>。其更具體指出，如果該法因為阻止人民在菸品零售包裝上使用商標或其他標誌，而導致被認定為財產之徵用，則該商標或標誌仍然可以根據本條所授權制訂之規定使用於菸品包裝上<sup>202</sup>。這條設計的特色在於，其已經預期，若真的被澳大利亞高級法院宣告系爭規定違憲，則不用再次修法，只要依據此條制訂的相關規定，允許其使用商標或標示即可<sup>203</sup>。

<sup>200</sup> Chester, *supra* note 5, at 423. *Bank of NSW v. Commonwealth* (1948) 76 CLR 1, 349 (Austl.).

<sup>201</sup> Liberman, *supra* note 195, at 366-67.

<sup>202</sup> Tobacco Plain Packaging Act 2011 (Cth) s 15 (Austl.) (“15 Acquisition of property (1) This Act does not apply to the extent (if any) that its operation would result in an acquisition of property from a person otherwise than on just terms. (2) In particular, if, apart from this section, this Act would result in such an acquisition of property because it would prevent the use of a trade mark or other sign on or in relation to the retail packaging of tobacco products, or on tobacco products, then despite any other provision of this Act, the trade mark or sign may be used on or in relation to the retail packaging of tobacco products, or on tobacco products, subject to any requirements that may be prescribed in the regulations for the purposes of this subsection.”).

<sup>203</sup> Liberman, *supra* note 195, at 367.

### (三) 澳大利亞高級法院判決

二〇〇一年新法通過後，有四家大菸草商立刻向澳大利亞的最高法院「澳大利亞高級法院」(High Court of Australia)，主張無裝飾包裝法部分或全部條文違憲。其所主張者，最主要就是系爭規定違反憲法第51條第31款，認為無裝飾包裝法的全部或部分條文屬於未經正當條件所為的違法徵用<sup>204</sup>。

菸草公司主張，系爭規定限制了他們許多智慧財產權的行使，包括商標、商品外觀(get-up)、著作權、設計、專利、包裝權、商譽等，而卻被限制使用，屬於未經正當條件所為之財產徵用<sup>205</sup>。

二〇一二年八月十五日，澳大利亞高級法院做出判決<sup>206</sup>，以6票比1票，維持無裝飾包裝法之合憲。

#### 1. 是否為財產徵用？

該案中，菸草公司主張，法院應該對第51條第31款之「徵用」採取自由派解釋。然而，法院指出，自由派解釋，並不是菸草公司所主張的，將任何利益或優勢(benefit or advantage)，都當作是憲法所定義的財產。高級法院認為，透過無裝飾包裝以消除廣告，並不算是對財產之徵用<sup>207</sup>。Hayne大法官和Bell大法官進一步指出，要求在產品上的警示圖文，即便是無裝飾包裝法所要求的如此廣泛，都不算是對財產之徵用<sup>208</sup>。

根據高等法院之看法，第31款的意思，若法律只是負面地影響或終止一財產所有者既存的權利，並不算是徵用，必須由聯邦政府

<sup>204</sup> Liberman, *supra* note 195, at 367.

<sup>205</sup> JT Int'l SA v Commonwealth (Tobacco Plain Packaging Case) [2012] HCA 43, ¶ 25 (Austl.).

<sup>206</sup> *Id.* at ¶ 27.

<sup>207</sup> Chester, *supra* note 5, at 424.

<sup>208</sup> Chester, *supra* note 5, at 424.

或其他機構徵用財產利益，不論多輕微或多不重要<sup>209</sup>。然而，在第31款的授權下，對財產的徵用，必須基於聯邦的利益，而不能只是「剝奪」（taking）私人財產<sup>210</sup>。因此，單純徵用與剝奪的差異，就極為重要。要徵用財產，就必須取得財產上的財產權（proprietary rights）<sup>211</sup>。該財產必須能奉獻於或使用於聯邦取得之目的<sup>212</sup>。此外，所謂的徵用，必須政府至少對財產之所有權或使用，取得某些可識別的利益或好處<sup>213</sup>。

## 2. 是否算是徵用空間做政府廣告？

菸草商認為，政府乃是使用強制手段，利用包裝作為政府廣告。如果政府要使用私人包裝作為政府廣告，至少要有公正條件補償<sup>214</sup>。但是，法院認為，系爭規定只是銷售菸品的條件，但是聯邦政府並沒有使用菸品的包裝，使用菸品包裝的人還是菸草商自己<sup>215</sup>。Hayne大法官和Bell大法官指出：「只有製造和銷售該產品的菸草商，可以使用和控制包裝。是菸草商使用包裝來販售菸品，他們擁有該包裝，他們可決定包裝的樣子，當然他們對外觀的選擇要受到法律的約束。但是，只有菸草商才是決定銷售，並根據法律來銷售的人。<sup>216</sup>」

Hayne大法官和Bell大法官的意見中指出，系爭規定，與其他立法所要求之標示並無不同，諸如要求「對某產品之使用或不當使

209 JT Int'l SA [2012] HCA P 118.

210 *Id.*

211 *Id.* P 144.

212 *Id.*

213 *Id.* P 198.

214 Liberman, *supra* note 195, at 374-75.

215 *Id.* at 375.

216 JT Int'l SA [2012] HCA P 182.

用給予警告」，或者「告訴讀者若該產品之使用出現危險該打電話給誰或如何處置」<sup>217</sup>。這個包裝將會傳達給看到的人，警告他們使用或繼續使用該產品的相關訊息。這與聯邦使用包裝作為廣告空間不同<sup>218</sup>。聯邦並沒有以公開宣布的方式促銷或廣告任何事情<sup>219</sup>。Kiefel大法官指出，許多產品都會受到管制，以避免或減少其傷害的可能性，並且要保護或促進健康，包括在藥物上、有毒物質和某些食品上，都有標示要求<sup>220</sup>。

### 3. 是否限制商標權或外觀設計權？

菸草公司除了主張系爭規定違反澳大利亞憲法第51條外，另外也主張系爭規定限制了商標權之行使，因為該法要求菸草公司用特定的方式在菸品包裝上展示他們的公司名稱<sup>221</sup>。不過，法院指出，澳大利亞的智慧財產權法與商標法，其目的不僅是保護權利人之私人權利，亦需同時促進公共政策考量<sup>222</sup>。因此，商標法本來就必須衡量，私人權利和公共利益何者優先<sup>223</sup>。首席大法官French指出，無裝飾包裝法體現出國會的嚴肅判斷，認為系爭規定所促進的公共目的以及公共利益，高於智慧財產權和普通法上給原告權利所追求之公共目的和公益<sup>224</sup>。Gummow大法官也指出，商標註冊的規定，通常並沒有賦予商標使用者可以免於其他法律限制的自由<sup>225</sup>。

---

<sup>217</sup> *Id.* P 181.

<sup>218</sup> *Id.* P 188.

<sup>219</sup> *Id.* P 188.

<sup>220</sup> *Id.* P 316.

<sup>221</sup> Chester, *supra* note 5, at 423.

<sup>222</sup> JT Int'l SA [2012] HCA P 30.

<sup>223</sup> *Id.* P 35.

<sup>224</sup> *Id.* P 43.

<sup>225</sup> *Id.* P 78.

法院指出，本中原告所主張的權利，在性質上都是消極性權利（**negative in character**），亦即，其只是可以排除他人行使，而非對自己的行使有積極權利<sup>226</sup>。例如，**Crennan**大法官和**Kiefel**大法官指出，商標法賦予商標權人排他權，只是可以排除他人行使的消極性權利<sup>227</sup>。**Gummow**大法官指出，註冊商標權人的權利，包括轉讓商標、授權他人行使、對侵權人提起訴訟，或者形成良好商譽，也許有很大的商業價值<sup>228</sup>。而系爭管制規定，乃實質而非形式地，降低這些註冊商標權利的價值以及效益<sup>229</sup>。但是，這些商業價值，並不受憲法保護。**Gummow**大法官引用**British Medical Association v Commonwealth**案中**Dixon**大法官的見解，認為第51條第31款，並沒有對交易人所擁有的一般商業或經濟地位給予保障<sup>230</sup>。

#### 4. 是否能達成其目的？

有趣的是，**Kiefel**大法官指出，無裝飾包裝法的目的，是要促進公共健康，勸阻人民不要使用菸品，但是這個目的是否真能透過這些方式達成，現在不知道，也不可能知道<sup>231</sup>。其進一步指出，菸草公司並沒有主張，為何這些措施不適合達成立法目的，或在達成目的上違反比例原則，或者主張該立法之目的並非公共健康<sup>232</sup>。高級法院指出，這是一種罕見的管制方式，因為其要求菸

<sup>226</sup> Liberman, *supra* note 195, at 372.

<sup>227</sup> JT Int'l SA [2012] HCA P 248, 348.

<sup>228</sup> *Id.* P 81.

<sup>229</sup> *Id.* P 138.

<sup>230</sup> *Id.* P 47.

<sup>231</sup> *Id.* P 371.

<sup>232</sup> *Id.* P 372.

品公司在廣告中，告訴人民不該使用該產品<sup>233</sup>。

#### 四改至WTO爭議對商標權使用之限制

前述澳大利亞高級法院判決，無裝飾包裝法並沒有構成憲法上之財產權徵用；但菸商仍認為，無裝飾包裝法對菸品包裝外觀設計的限制，導致其無法完全使用自己想設計的商標圖案，而只能夠用特定的字體顏色呈現商標文字，是對商標權使用的嚴重限制。

菸商轉而採取另一條管道，透過各菸草產地國家政府，向世界貿易組織（WTO）爭端解決小組提出爭議，主張澳大利亞法規違反WTO下與貿易有關之智慧財產權協定（TRIPs）對商標保護的最低要求。他們認為，澳大利亞系爭法規，實質上限制了商標權的正常使用<sup>234</sup>，而違反TRIPs第20條之規定：「商標於交易過程之使用，不應受特別要件的不合理妨礙；例如須與其他商標共同使用、須以特別的形式使用、或須以足對區別一企業與他企業之商品或服務之功能產生減損之方式使用，均是。<sup>235</sup>」

但澳大利亞政府則主張，TRIPs第8條第1項可為了公共健康之

---

<sup>233</sup> *Id.* P 372.

<sup>234</sup> 本文對於此一WTO爭議內容並不欲完整介紹，而僅著重於違憲審查部分。但就TRIPs之相關討論，可參考Kristen Lease, *Smoke 'Em If You Got' Em: Intellectual Property Rights in the Tobacco Industry Going Up in Smoke*, 48 CASE W. RES. J. INT'L L. 371, 371 (2016); Sunil S. Gu, *Plain Tobacco Packaging's Impact on International Trade and the Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act in the U.S. and Drafting Suggestions*, 16 WASH. U. GLOBAL STUD. L. REV. 197, 197 (2017).

<sup>235</sup> TRIPs, Article 20 (“The use of a trademark in the course of trade shall not be unjustifiably encumbered by special requirements, such as use with another trademark, use in a special form or use in a manner detrimental to its capability to distinguish the goods or services of one undertaking from those of other undertakings”).

需求，而限縮該協定所保護之智慧財產權：「1.會員於訂定或修改其國內法律及規則時，為保護公共衛生及營養，並促進對社會經濟及技術發展特別重要產業之公共利益，得採行符合本協定規定之必要措施。<sup>236</sup>」

該案於二〇一八年六月二十八日，爭端解決小組報告<sup>237</sup>認為，澳大利亞並沒有違反TRIPs相關規定。1.小組報告認為，無裝飾包裝法確實是為了公共健康之需要。2.針對第20條的問題，小組報告認為其確實屬於特別要件之妨礙（encumbered by special requirements），且是在交易過程使用的妨礙。3.最重要的問題是，其妨礙是否屬於「不合理地」（unjustifiably）的妨礙？

小組報告認為，在判斷該特殊條件之妨礙是否為不合理時，要考量下述因素：1.因該特殊要件導致的妨礙的性質與程度；2.採用該特殊要件的理由，包括任何的想要防衛的社會利益；3.這些理由是否對造成的妨礙提供足夠的支持（sufficient support）<sup>238</sup>。由於澳大利亞的法規，允許菸品商標權人使用純文字商標，而不得使用其他與圖案結合之商標或圖形商標，但對商標使用之妨礙，仍屬於程度很大的妨礙<sup>239</sup>。而其之所以要採用的理由，主要就是為了降

---

<sup>236</sup> TRIPs, Article 8(1) (“1. Members may, in formulating or amending their national laws and regulations, adopt measures necessary to protect public health and nutrition, and to promote the public interest in sectors of vital importance to their socio-economic and technological development, provided that such measures are consistent with the provisions of this Agreement.”).

<sup>237</sup> Panel Report, Australia-Certain Measure Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging, WTO Doc. WT/DS435/R, WT/DS441/R, WT/DS458/R, WT/DS467/R (28 June, 2018).

<sup>238</sup> *Id.* para 7.2430.

<sup>239</sup> *Id.* para 7.2569.

低菸品包裝的吸引力，而提高人民對其上圖文的注意，其最終目的就是追求公共健康，減少人民使用或接觸菸品，而其也屬於澳大利亞政府管制菸品使用之整體管制措施中的一環<sup>240</sup>。在是否足以支持該措施方面，該措施確實有助於達成上述公共健康目的，故屬於「足以支持」。小組報告認為，在思考「足以支持」時，可以考量是否有其他同樣有效的替代措施，而不會對商標使用造成妨礙，例如各國共提了四種替代措施，包括 1. 對菸品加稅；2. 提高購買菸品的最低年齡；3. 對反對吸菸提高社會宣傳；4. 對菸品包裝採取事前審查。前三種都不會涉及對商標使用之限制<sup>241</sup>。小組報告認為，前三種替代方案，都沒辦法達到與無裝飾包裝一樣的客觀效果；而對於第四種個案審查，小組報告認為在評估該措施時，並不需要對每一商標個別考量，所以也不要求採取個案事前審查制度。因而，小組報告認為，系爭的無裝飾包裝法並非不合理地限制商標使用<sup>242</sup>。

宏都拉斯和多名尼加不服，向爭端上訴機構提起上訴。二〇二〇年六月九日，上訴機構正式做出決定<sup>243</sup>，支持爭端解決小組報告。因而，無裝飾包裝法不論在澳大利亞國內受到的憲法挑戰在二〇一二年結束，在WTO的挑戰也在二〇二〇年正式結束。

上述WTO爭端解決小組和上訴機構，所討論的是澳大利亞的無裝飾包裝法，是否違反TRIPs第20條不合理地妨礙商標使用，其

---

<sup>240</sup> *Id.* para 7.2586.

<sup>241</sup> *Id.* para 7.2599.

<sup>242</sup> *Id.* paras 7.2600-7.2605.

<sup>243</sup> Appellate Body Report, Australia-Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging, WTO Doc. WT/DS435/27, WT/DS441/28 (9 June 2020).

判斷方式雖然也類似比例原則，會思考對商標權限制的侵害程度，所追求的公益目的，以及「該措施是否可以足以支持該公益目的」。且小組報告中確實也討論了其他替代措施，但認為並無法達到與系爭措施相同效果。但與比例原則不同的是，其只是討論比例原則中的適當性、必要性原則，但並沒有真正討論最後的「衡量性」原則，亦即沒有衡量對商標權使用的限制，以及所追求的公益目的之間，進行利益衡量。

### 三、小 結

從第貳部分所介紹之美國、第參、一部分介紹之加拿大，與參、二部分介紹之澳大利亞，吾人可以看出，三個國家對於類似問題，卻採取不同的憲法論述。為何各國憲法法院對類似問題的論述方式有所不同？這與各國的憲法規定，以及各國憲法法院自己的憲法解釋歷史有關。

首先，就美國部分，美國並沒有如德國、加拿大，發展出一般性的比較原則操作。法院在遵循判決先例的傳統上，發展出各種不同的問題類型與審查方式。在言論自由上，也針對不同的言論限制問題，法院長期以來就發展出類型化的、不同的審查判准。其次，美國法院之所以會就菸品包裝警示圖文限制做出違憲結論，這跟其對商業言論審查標準較為嚴格有關。而之所以對商業言論審查之標準較為嚴格，一方面因美國非常重視言論自由保障，二方面因為美國新政時期（New Deal）一開始最高法院曾以Lochner v. New York案之財產權保障、實質正當法律程序阻礙新政改革，後來在一九三七年及時轉向後最高法院此後不再強調財產權保障，但某程度卻將財產權議題轉化為商業言論問題，因而在美國脈絡下，法院對於商

業言論的重視高於其他國家<sup>244</sup>。

就加拿大，由於其加拿大權利自由憲章第1條，對所有權利自由之限制作了一般性規定，因而加拿大最高法院也就自然發展出適用於所有權利自由限制的比例原則操作。而在加拿大Oakes案所發展出來的一般性比例原則操作，比較美國的類型化標準，有較多的彈性，例如，(一)就「最小侵害手段」，在JTI-Macdonald Corp.案法院認為不需要採取效果較差的限制較小手段，只要在可拿到相同目的上，沒有其他合理的限制較小的選擇即可；以及(二)就「限制效果必須與所追求目的間符合比例性（proportionality）」，究竟目的與限制之間是否符合比例，法官有比較彈性的論述空間。這可能是最後加拿大在二〇〇七年JTI-Macdonald Corp.案合憲的原因。

最後就澳大利亞，則是因為澳大利亞憲法中並沒有明文保障表達自由或言論自由，就算欲主張言論自由，法院過去判決也認為屬於個人或自然人之權利，因此菸草公司也無法援引主張，只能挑戰財產權徵用之限制。而在財產權徵用的論述框架下，必須先認定哪一種財產權被徵用，在被論述框架的限制下，也導致其解釋的結論。

## 肆、臺灣之相關審查標準與模擬思考

### 一、言論自由審查標準

臺灣大法官所做解釋中，與商業言論有關之案例，有釋字第414號藥品廣告案、釋字第577號菸品標示資訊案、釋字第623號兒童性交易廣告案、釋字第634號證券投資講習案、釋字第744號化妝

---

<sup>244</sup> BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: FOUNDATION 124-25 (1991).

品廣告事前審查案、釋字第794號限制菸品業者顯名贊助活動案等。與不表意自由有關的案例，主要為釋字第577號菸品標示資訊案、釋字第656號判決公開道歉案。

### (一)商業性言論審查標準

本文主要欲探討的商業言論之不表意自由，最有關係者，為釋字第577號解釋。釋字第577號一方面涉及商業言論，一方面涉及不表意自由。在釋字第577號解釋中，對於菸品包裝強制標示尼古丁與焦油成分，解釋主文提及：「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。<sup>245</sup>」

余雪明大法官指出，多數意見採取的是美國中度審查標準<sup>246</sup>，其認為大法官解釋中所提到的「重大公共利益」、「實質關聯之手段」，乃實際操作中度審查之比例原則<sup>247</sup>。但李念祖則認為，由於使用的字眼為「重大公益」，接近美國的嚴格基準<sup>248</sup>。也有人稱此標準為中度接近嚴格<sup>249</sup>。

後來是釋字第623號解釋，涉及性交易活動的廣告資訊。解釋主文提及：「上開規定乃為達成防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件之國家重大公益目的，所採取之合理與必要手段，與憲法第

<sup>245</sup> 釋字第577號解釋理由書，第1段。

<sup>246</sup> 釋字第577號余雪明大法官協同意見書，頁325。亦有學者認為釋字第577號解釋採取的是中度審查標準，見陳仲麟，同註12，頁110-111。

<sup>247</sup> 釋字第577號余雪明大法官協同意見書，頁327。

<sup>248</sup> 李念祖，菸品標示管制與言論自由之限制——釋字第577號解釋之研究，東吳法律學報，17期1卷，頁25-26，2005年8月。

<sup>249</sup> 賴祥蔚，同註8，頁187。

23條規定之比例原則，尚無抵觸。」採取如釋字第577號解釋一樣的「國家重大公益目的」、「採取之合理與必要手段」，似乎同屬中度偏嚴格審查標準。

釋字第577號解釋和釋字第623號解釋所涉及資訊，乃商品或服務的交易資訊，當時使用「國家重大公益目的」、「實質關聯之手段」、「合理及必要手段」，似乎屬於中度偏嚴格審查標準。

簡單比較釋字第577號、第623號解釋與美國Central Hudson案標準。釋字第577號、第623號解釋，在目的要求上要求「國家重大公益目的」，屬於嚴格要求，但手段上為「實質關聯之手段」、「合理及必要手段」，似乎屬於中度標準。反之，美國Central Hudson案標準，在目的上只要「實質利益」，屬於中度標準，但手段上卻要求直接促進、不能超過必要範圍，屬於嚴格標準<sup>250</sup>。因此，兩者雖然都可稱為中度偏嚴格，但兩者在中度、嚴格的面向有所不同。

後來又有釋字第634號解釋，涉及證券投資講習之限制，大法官稱為「經濟性言論」。在解釋理由書提及：「經濟性言論所提供之訊息，內容非虛偽不實，或無誤導作用，而有助於消費大眾為經濟上之合理抉擇者，應受憲法言論自由之保障。惟國家為重要公益目的所必要，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權之命令，採取與目的達成有實質關聯之手段予以限制。」其用語將釋字第577號解釋的「重大公共利益」，調整為「重要公益目的」，釋字第623號的「合理與必要手段」又明確寫回為「與目的達成有實質關連之手段」。基本上，此用語幾乎可說是直接採用美國中度審查標準之用語。

釋字第634號解釋所謂的經濟性言論，似乎指的是「該產品本

---

<sup>250</sup> 陳仲嶸，同註12，頁121-124。

身為講習」，而屬於經濟事務，與典型的商業言論有所差距，應不屬於美國典型的商業言論<sup>251</sup>。

釋字第744號涉及化妝品廣告之事前審查，雖然也涉及商業言論，但大法官偏重「事前審查」這個問題，認為屬於對言論自由之重大限制，原則上應屬違憲，除非有「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，才有機會合憲。因此，其對事前審查採取的是最嚴格審查。但因與一般的商業性言論限制，較多採取事後懲罰機制，較少採取事前審查，因而與本文所討論的菸品包裝管制的關聯性較遠。

最後，在本文完成之際大法官做出釋字第794號解釋，涉及菸商顯名贊助活動問題。大法官說明，顯名贊助某程度就是要直接或間接推銷或促進菸品使用，或者宣揚其正面形象，故也是一種商業性言論。而此次大法官採取的標準為「國家為保障消費者獲得真實而完整之資訊，避免商品廣告或標示內容造成誤導作用，或為增進其他重要公共利益目的（如保護國民健康），自得立法採取與上述目的之達成間具有實質關聯之手段，限制商品廣告……」<sup>252</sup>。這一最新解釋，將釋字第577號、第623號解釋的「重大公益目的」，調整為「重要公益目的」，而手段為「實質關聯之手段」，與第634號解釋一致，均屬於中度標準。吾人或可肯定的說，在釋字第794號下，我國對於商業性言論之審查標準，明確採取中度審查標準。

---

<sup>251</sup> 陳仲嶙，同註12，頁107-109。

<sup>252</sup> 釋字第794號解釋理由書，第11段。

## (二)不表意自由之概念

大法官所做解釋涉及不表意自由者，主要為釋字第577號解釋的菸品資訊標示，以及釋字第656號的判決道歉案。不表意自由這個詞的提出，是否本身會有特殊的審查標準？是否會讓人覺得，好像是一種特殊的類型而需要特別質疑重視？

李震山大法官與陳新民大法官於釋字第656號解釋協同意見中指出，我國憲法因沒有明文規定思想自由與良心自由，所以發展出不表意自由這個概念<sup>253</sup>。李震山大法官進而指出，不表意自由的保護強度與密度，需視國家強制表意之言論性質，以及所可能涉及之基本權利衝突而異<sup>254</sup>。陳新民大法官也指出，「不言論的自由」如同「言論自由」一樣，都可受到法律的約束<sup>255</sup>。因此，隱約可看出，不表意自由這個詞本身並不會產生特殊的審查標準，而仍須視涉及的言論類型而有所不同。

釋字第656號解釋理由書提及：「……系爭規定既包含以判決命加害人登報道歉，即涉及憲法第11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603號解釋參照）。……」此號解釋理由書所謂的「攸關人民內在精神活動及自主決定權」，似乎強調此種道歉對言論自由侵害

<sup>253</sup> 釋字第656號解釋李震山大法官協同意見書，頁12；陳新民大法官部分協同、部分不同意見書，頁34。

<sup>254</sup> 釋字第656號解釋李震山大法官協同意見書，頁12。

<sup>255</sup> 釋字第656號解釋陳新民大法官部分協同、部分不同意見書，頁34。

重大，但卻沒有明確表達其採取的審查標準<sup>256</sup>。若參考許宗力大法官、李震山大法官發表個人意見書均反對強制道歉，認為強制道歉並非最小侵害手段<sup>257</sup>，可以推論，該號解釋得出合憲結果，至少不是採取嚴格審查標準，可能是採取中度審查標準。

### (三)強制揭露資訊

釋字第577號解釋，一方面涉及商業言論，一方面涉及不表意自由，為本文主要關心的類型。該案多數意見，似乎採取中度審查標準。但余雪明大法官認為，該案例所涉及的，似乎只是「僅屬避免誤導之單純營業行為規範」<sup>258</sup>。其認為，「在諸多商業管理規定中，客觀真實資訊提供之要求，如未涉及強迫表態或形同附和他人意見之情形」<sup>259</sup>，僅須採取低度之合理關聯性審查<sup>260</sup>。

余雪明大法官之見解，乃參考美國言論自由討論中，「強制揭露資訊」這種案件類型之標準。亦即，若僅是為避免消費詐欺，強迫表達事實性、不具爭議性之資訊，且對表意人未造成過度負擔，應僅採用合理關聯性審查即可。

## 二、提高警示面積之違憲審查

對於菸品包裝之管制方式，可區分為1.強制菸品包裝上標示尼古丁、焦油含量，對廠商限制與負擔最小。2.強制菸盒上標示警示

<sup>256</sup> 李建良，強迫公開道歉與人性尊嚴之憲法保障：民事侵權事件中不表意自由與名譽權之法益權衡，台灣法學雜誌，127期，頁226-227，2009年5月。

<sup>257</sup> 釋字第656號解釋許宗力大法官協同意見書，頁6-7；李震山大法官協同意見書，頁15-16。

<sup>258</sup> 釋字第577號解釋余雪明大法官協同意見書，頁324。

<sup>259</sup> 同前註，頁324-25。

<sup>260</sup> 同前註，頁327。

圖文，強制至少涵蓋包裝上35%面積，侵害強度中等。3. 強制菸品包裝上採取無裝飾包裝，完全剝奪廠商菸品設計，侵害度最強<sup>261</sup>。

釋字第577號解釋針對第一種類型認為合憲，而我國現今已經採取第二種警示圖文方式，而第二種方式在美國R.J. Reynolds Tobacco Co. v. FDA案採取中度審查標準確認強制警示圖文違憲。但縱使同樣是第二種圖文警示，要求35%的面積、50%的面積、85%的面積，侵害強度仍然有所不同。以本文前文所提，行政院所提出菸害防制法修法草案中，希望將圖文警示面積從35%提高到85%，此種案例較接近前述美國案件與加拿大案件爭議的類型。在美國和加拿大的案件中，爭執的關鍵在於，較大的圖文警示面積，是否就真的能夠提高其想達到的勸阻目的？

我國大法官在違憲審查操作上，主要受到德國學說影響，很明確的使用類似比例原則的各子原則的用語，並且在後來，將德國更細緻的比例原則的操作，慢慢運用於大法官解釋中<sup>262</sup>。但是，在言論自由議題審查上，卻很明顯地看出受到美國法院對言論自由審查的用語之影響。而大法官在不同案件中，往往嘗試將德國比例原則與美國三重審查基準，做了特有的融合與調整<sup>263</sup>。

以下筆者嘗試分別從一般比例原則操作、我國大法官所建立的先例（釋字第577號、第794號解釋之標準），針對提高圖文警示面積，進行模擬分析。首先需說明，雖然我國大法官目前實際操作

<sup>261</sup> 黃怡碧、黃嵩立，同註4，頁146-147。

<sup>262</sup> 據黃昭元分析，大法官於1996年釋字第414號開始引入德國的比例原則。黃昭元，大法官解釋審查標準之發展（1996-2011）：比例原則的繼受與在地化，國立臺灣大學法學論叢，42卷2期，頁218-225，2013年6月；另外，黃舒芃也有類似分析，參見黃舒芃，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，19期，頁5-11，2016年9月。

<sup>263</sup> 黃昭元，同前註，頁229-241。

上，已經採取比例原則連結三種審查標準、類型化的審理<sup>264</sup>，但由於吾人不確定未來大法官對於菸品包裝管制究竟會採取哪一種標準，因而認為可分二個角度進行二階段之分析。

其次，也因為本文所比較加拿大偏重一般性的比例原則，所比較的美國則偏重類型化審查，因而，本文分別採取一般性比例原則思考與類型化思考，並同時比較加拿大和美國，可讓違憲審查過程中可能會碰到的問題被凸顯出來。

但須說明，此部分的分析，是針對菸品包裝強迫圖文警示侵害其表意自由，所為的違憲審查分析。至於財產權之限制的分析，則留待「肆、三」另行闡述。

#### (一)重大公益目的

首先，不管在哪一種操作下，都要先問政府採取系爭管制之目的。吾人應可同意，菸品包裝警示圖文之管制，是為了追求公益目的。

釋字第577號解釋認為需有「重大公益目的所必要」，釋字第794號解釋則認為需有「重要公共利益目的」，但何謂公益目的？釋字第577號解釋主文指出：「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。……係為提供消費者必要商品資訊與維護國民健康等重大公共利益」，可見「提供消費者必要商品資訊」與「維護國民健康」為重大公共利益。

若以此二點來看，大幅提高圖文警示面積，是否屬於「提供消費者必要商品資訊？」也許圖文警示是想要更清楚地提醒消費者，吸菸的不良後果，但是在既有的35%面積下，仍然已經提供了同樣的資訊。

---

<sup>264</sup> 黃昭元，同註262，頁242-246；黃舒芃，同註262，頁18-25。

大部分人均可接受，提高圖文警示面積，是希望更有效地勸阻購買者（尤其是青少年）不要吸菸，因此其目的並非要提供商品資訊，而是想要「維護國民健康」。吾人應該也可以支持，維護國民健康應屬於重大公益目的。

### (二)一般比例原則審查

加拿大在審查該國法令提高圖文警示面積時，使用該國特有的比例原則操作，且該國比例原則並不若美國般發展出三重審查基準。而我國繼受比例原則主要的來源國德國，除了在職業自由領域外，尚未廣泛區分三種審查密度<sup>265</sup>。雖然加拿大之比例原則與德國之比例原則不完全相同，但基本的思考步驟仍差不多。因此，此段筆者模擬操作比例原則，且先不區分審查基準，將德國的比例原則與加拿大比例原則，進行模擬操作，思考提高警示圖文管制在進行比例原則審查，在哪些環節可能會有爭議。

首先，就目的正當性，前述菸品包裝圖文警示面積提高，具有重大或重要政府利益，應沒有問題。

其次，就手段適合性（系爭手段是否能夠達成目的？）在此方面，吾人也假設，提高圖文警示面積，確實能夠能達到勸阻效果，故應能夠達到其目的。

再其次，在手段必要性上，德國要求的是：「是否有其他同樣有效而侵害較小手段，能夠達成其相同目的？」這一點，筆者認為，所謂的較小侵害手段，並非只是「較小的圖文警示面積」，而可能包括在菸品包裝以外的教育宣導等其他手段。亦即，是否存在於菸品包裝以外的其他教育宣導手段，可以達到一樣的勸阻效果？老實說這必須仰賴實際的調查研究，吾人無法在此斷言。

---

<sup>265</sup> 黃昭元，同註262，頁233-234。

但若對照到加拿大的「最小侵害手段」，在二〇〇七年 *JTI-Macdonald Corp.* 案，加拿大最高法院認為，更大的警示可能對消費者會產生更大的效果，且有其他國家已經要求更大的警示面積，因而可支持此項要求；故基於此理由認為滿足了 *Oakes* 檢測的第三要件「最小侵害」。

加拿大最高法院應是認為，較高圖文警示可以達到較高程度的勸阻目的，較小圖文警示只能達到較小勸阻目的，因而，不能說較小圖文警示的侵害較小，而一定能推論出，較高圖文警示就不是最小侵害手段。

但如同前一段指出，所謂的較小侵害手段，應該不限於只在圖文警示面積中互相比較，應該還是可以比較在菸品包裝以外是否存在其他手段？因此，筆者個人認為，這一點其實存在爭論空間。

類似討論，其實釋字第577號解釋理由書已經提出：「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」。倘若延續釋字第577號解釋當時的思考，認為其他的宣導教育，是侵害較小手段，但未必能達到「菸品成分標示」之相同目的，而認為符合必要性原則。嚴格來說，不同菸品的成分本來就有所不同，教育宣導無法對每一種不同品牌菸品成分進行教育宣導，因而只能在各產品上為不同的標示。但是，不管是哪一種菸品，只要含有尼古丁與焦油，都可能對吸菸者帶來相同的健康傷害。故教育宣導確實無法取代尼古丁與焦油標示。但是，對吸菸造成之健康危害做教育宣導，是否真無法達到和圖文警示一樣的效果？此時或許要問，多少時數的教育宣導才能達到和菸品包裝圖文警示同樣的勸阻效果？這一點，在沒有任何數據支持下，筆者不敢妄加斷言。

最後，就衡量性原則（限制妥當性），或加拿大 *Oakes* 檢測最

後一步「比例性判斷」。李建良曾經認為，1/5的圖文警示，應可以通過合憲性審查，而不違反比例原則<sup>266</sup>。不過其似乎認為，之所以不會違反比例原則，是因為所要求只有1/5面積，所以尚屬合理範圍<sup>267</sup>。倘若提高圖文警示面積到達85%，是否仍可通過比例原則？

加拿大最高法院只有簡單提到：「圖文警示帶來的公共健康效益很重要，而對菸商的包裝限制較輕微，故可通過比例性審查」。筆者認為，加拿大最高法院這一點論述，已經先入為主認為，菸品包裝的限制對菸商的利益損害很小。

由於衡量性判斷，往往涉及高度價值權衡，筆者認為此處需要再斟酌，系爭手段帶來的效果到底有多大？某程度，吾人可以推論，圖文警示面積的提高，雖然可以帶來較大的勸阻效果，但會有邊際遞減效果，而非形成等比例的效果。亦即，假若35%的圖文警示面積，可帶來35%的勸阻效果，但85%的圖文警示面積，並非等比例地可帶來85%的勸阻效果。在邊際效用遞減下，可能只帶來50%的勸阻效果。此時，系爭手段（85%）帶來的目的，也許只有提高部分效果（也許只有原來的1.5倍勸阻效果），但是系爭手段對菸商帶來的利益損害，卻提高了2.5倍（面積提高2.5倍）。

因此，在衡量性判斷下，是否真的就如同加拿大最高法院所說，可達到的目的很重大，而侵害很小，就馬上通過比例性檢驗？答案或許取決於每個人的主觀認知。

### (三)商業言論類型化審查

其次，若採取類型化的審查或思考方式，參考過去大法官處理

<sup>266</sup> 李建良，菸品標示「吸菸有害健康」的憲法問題，台灣本土法學雜誌，9期，頁101，2000年4月。

<sup>267</sup> 同前註，頁101。

過的廣告或包裝限制的審查標準，進行模擬審查。

前文對大法官釋字所採標準已經分析，釋字第577號、第623號解釋因為在用語上要求「國家重大公益目的」、「實質關聯之手段」、「合理及必要手段」，屬於中度偏嚴格審查標準，在目的上要求嚴格，手段上屬於中度標準。而釋字第634號、第794號解釋，則明確採取中度審查標準。

假設大法官採取中度審查標準，只要追求目的為重要政府目的，手段與目的有「實質關聯」。那麼，由於勸阻人民吸菸屬於重要政府目的，且提高圖文警示面積確實與勸阻效果提高（雖然未必是等比例的提高），有實質關聯。因此，若採取釋字第794號解釋之中度審查標準，系爭圖文警示管制，應可通過合憲性檢驗。

就算大法官採用釋字第577號解釋的中度偏嚴格標準，就目的審查上，需要通過「國家重大公益目的」，屬嚴格要求。但前已述及，就圖文警示要達到的勸阻吸菸、維護國民健康來說，確實屬於國家重大公益目的，應可通過目的性審查。

至於釋字第577號、第794號解釋均提到的「實質關聯之手段」，屬於中度標準，亦即要求手段與所追求目的具有實質相關。然而，此一手段審查上，在我國仍然要對連結到比例原則之必要性與衡量性，只是在必要性與衡量性操作上會放寬審查。筆者推論，在必要性上，只要沒有同樣有效的其他侵害較小手段，就可通過審查。而在衡量性上，應該也會認為所追求重要公共利益大於所受限制之損害。

此外，釋字第577號、第794號解釋，並沒有完全採取美國Central Hudson案之標準，故吾人無庸在此議題上套用美國特有的Central Hudson案標準。倘若套用Central Hudson案標準，目的審查並不要求嚴格，但在手段審查上，第三步判斷上，系爭手段必須直接促進政府所宣稱的利益，且政府必須提出實質證據，證明該圖片

警告可以「實質程度」(a material degree)直接促進該利益。美國法院認為美國FDA並沒有提出足夠的科學證據支持，提高圖文警示面積的效果到底有多少。關於此點，筆者認為，提高圖文警示面積確實會有一定程度的提高勸阻效果，但是效果可能未必與提高面積比例成正比。在此標準下到底會如何操作，筆者也無法預測。

### 三、財產權之限制

在澳大利亞無裝飾包裝所引起的訴訟中，因為該國非自然人無法主張言論自由，故改而主張財產權受到「徵用」(acquisition)。尤其無裝飾包裝與圖文警示的差異在於，圖文警示還能讓菸草商於剩餘包裝面積上做商標、品牌設計，但無裝飾包裝已經完全剝奪了商標、設計之空間<sup>268</sup>。故澳大利亞才會討論是否屬於對商標權或其他商品外觀既有權益的徵用？因此，吾人也可思考，倘若在臺灣菸商主張，菸品包裝管制侵害其財產權，則是否會有不同結論？

#### (一)商標權、外觀設計權、所有權、營業自由？

首先，行政院菸害防制法修正草案中，打算提高圖文警示面積為85%，並沒有打算學習澳大利亞的無裝飾包裝，因此並沒有限制菸商使用其商標權。但是，要求圖文警示面積提高到85%，菸商雖然仍然能夠完整地標示其註冊商標，但是在剩餘空間中對產品容器的外觀設計(trade dress)所能發揮的功能，就受到極端壓縮。

因此，雖然菸害防制法修正草案預計提高圖文警示面積達85%，不會侵害商標權，但會限縮菸商的產品外觀設計空間，且菸商包裝盒的外觀確實被政府強制刊登其想要刊登的訊息。因而，仍然可能構成財產權之侵害或限制。

---

<sup>268</sup> 黃怡碧、黃嵩立，同註4，頁151-152。

參考澳大利亞高級法院之論述。該國法院並不認為對菸品包裝之限制，就等於憲法上的財產權之徵用。其先具體說明，真正受到限制的，可能是註冊之商標、外觀之設計等法律所賦予之權利。但對於菸品包裝之限制，是否就等於財產權之徵用？其認為商標權和外觀設計權只是一種消極性的排除權，並非積極的使用權，而限制菸品包裝使用其商標，並非財產權（商標權）之徵用。

筆者雖然同意澳大利亞法院所言，商標權和外觀設計權，就權利行使方面，屬於排他權，並不保證自己有積極的使用權。但正常而言，就算沒有商標權或外觀設計權的保護，產品製造人均可以在適當位置放置自己的商標，或者在產品外觀上作自己的設計（只要不侵害他人的外觀設計）<sup>269</sup>。因此，筆者認為，產品製造人就算沒有商標權、產品外觀設計權等智慧財產權之保護，仍然就自己的產品外觀上，具有某種財產利益，可自己決定要為如何之呈現。因而，強制85%圖文警示面積，確實限制了廠商對自己商品表面的設計空間。這一點，就算沒有商標權或產品外觀權的保護，一樣限制了廠商就產品外觀的財產利益的行使。

<sup>269</sup> 不過，我國行政院另外認為，菸品包裝除了要滿足菸害防制法第6條的圖文警示面積與不得標示字樣外，「若印有非屬菸品包裝必要之廣告文字（即除品牌、價格及其他依法應記載之事項外之其他文字），使購買者帶離銷售菸品場所者，將隨其四處擴散，而達到宣傳之效果」，也會另外違反菸害防制法第9條第1款禁止菸品廣告之規定。故實質上透過菸害防制法第9條，幾乎已經剝奪了菸品包裝除了「品牌、價格及其他應法應記載之事項外」的其他設計空間。最高行政法院101年度判字第443號判決。支持行政法院此一見解者，參見蔡嘉恩，菸品容器設計構成菸品廣告？——最高行政法院101年度判字第443號判決評析，治未指錄：健康政策與法律論叢，1期，頁109-143，2013年1月；謝閔華，菸品素面包裝必要性之探討，治未指錄：健康政策與法律論叢，5期，頁1-35，2017年1月。反對行政法院此一見解者，參見劉宗德，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，252期，頁108-110，2016年5月。

澳大利亞高級法院之所以可以較容易排除財產權侵害，主要是從「財產權徵用」的定義下手。而且，其刻意強調，此處所處理的財產權，乃商標權或外觀設計權此等具體權利。在這樣的前提下，法院認為澳大利亞政府並沒有對商標權或外觀設計權進行徵用。

倘若將所謂的財產權，認定為「菸品」或「菸品容器」的所有權，因為所有權人可以對自己的動產為自由使用處分收益，當然包括要在自己的菸品包裝上做何種設計<sup>270</sup>。

當初釋字第577號解釋涉及菸品成分標示時，並非僅討論言論自由的限制，也對財產權之限制有所論述：「……又於菸品容器上應為上述之一定標示，縱屬對菸品業者財產權有所限制……」，就認為對菸品容器上的標示義務，屬於對財產權之限制。從這點來看，澳大利亞高級法院雖然刻意強調所涉及的財產權為商標權與外觀設計權，而非菸品之所有權，但我國大法官過去則似乎認為，菸商對於其所擁有菸品或菸品容器上，本可自由利用，故菸品包裝管制可能屬財產權之限制。

此外，在菸品尚未被製造出來之前，若限制其製造甚至禁止其製造，或許不能算是一種財產權之限制，而可認為屬於營業自由的限制。例如，李建良認為，藥物廣告的限制，不能算是一種既得權利的限制，只是會影響到期待的銷售量。故認為不會有限制財產權的問題，只會有涉及工作權或營業自由之問題<sup>271</sup>。劉宗德也引述

<sup>270</sup> 李建良進一步分析，製造商對於所製造之商品（菸盒），具有表意自由與財產價值，但對於輸入菸品之代理商，則不涉及此二權利，主要涉及的是營業自由。李建良，經濟管制的平等思維——兼評大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋，政大法學評論，102期，頁133，2008年4月。

<sup>271</sup> 李建良，藥物廣告的限制及其合憲性，台灣本土法學雜誌，28期，頁77，2001年11月。另外，李建良也在其他文章中，提到釋字第577號解釋只提財產權、不提營業自由的現象。李建良，同前註，頁129。

釋字第514號解釋提到：「……基於對憲法財產權之保障，人民並有營業活動之自由，例如對其商品之生產、交易或處分均得自由為之。……」而認為，政府對菸品包裝之管制，亦屬於對營業自由之限制<sup>272</sup>。

因此，到底對菸品包裝進行管制，是屬於財產權之限制？還是營業自由之限制？還是兼而有之？關於營業自由在憲法上的依據，是否為職業自由或是財產權？非本文能夠處理。但釋字第788號解釋所處理的容器瓶身以外附件的使用加徵回收清除處理費，大法官同時並用財產權與營業自由：「對責任業者之財產權與營業自由內容（如附件材質之選擇）有一定之干預……<sup>273</sup>」與本文所討論的菸品包裝非常接近。因為菸害防制法的管制，一樣也會影響到菸品的設計製造。

不過筆者認為，談財產權和營業自由在論述上的差別在於，若認為屬營業自由，由於營業自由會被認知為較大的概念（允許廠商製造某項商品），因而若只是對製造行為上有所限制，會認為該限制相對上較小。但若認為屬財產權之限制，且將包裝容器當成一個財產權，則包裝容器上的設計限制超過50%，就很難去論述，這樣對該包裝之財產權限制不算大？

最後需補充一點，倘若我國採取澳大利亞的無裝飾包裝管制，限制商標權的使用，只能使用無特殊設計的單純文字，此時筆者認為，確實已經構成商標權使用的限制。這一點，雖然澳大利亞高級法院不認為構成商標權的徵用，但是WTO爭端解決小組與上訴機構，均認為澳大利亞法規確實限制了商標權之使用。

<sup>272</sup> 劉宗德，同註269，頁106-107。

<sup>273</sup> 大法官釋字第588號解釋，解釋理由書，第22段。

### (二)財產權之限制尚屬輕微？

由於澳大利亞高級法院爭執的財產權為「商標權」或「外觀設計權」，而用商標權只是排他性權利而積極使用權，就排除了財產權徵用之討論。但如上所述，當所謂的財產權，認定為「菸品」或「菸品容器」的所有權時，則因為所有權人可自由使用處分收益其所有物，則對於菸品容器設計上的限制，在我國仍須討論是否為財產權之限制。

在大法官論述中，當財產之限制過度時，可能會構成實質上之徵收。例如，釋字第400號解釋：「主管機關對於既成道路或都市計畫道路用地，在依法徵收或價購以前埋設地下設施物妨礙土地權利人對其權利之行使，致生損失，形成其個人特別之犧牲，自應享有受相當補償之權利。」釋字第747號解釋認為：「穿越私有土地之上空或地下，致逾越所有權人社會責任所應忍受範圍，形成個人之特別犧牲，而不依徵收規定向主管機關申請徵收地上權者，土地所有權人得請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權。」這兩個例子顯示，當政府對財產權使用之限制過高，已經實質上剝奪其他有價值之利用時，就已經構成實質徵收，政府應予補償，或人民可請求政府徵收補償。

因而，假若肯定對菸品包裝管制為財產權之限制，那麼，該限制是否過多或輕微？釋字第577號解釋指出：「……但該項標示因攸關國民健康，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……」因此，問題就進一步演變為，政府所為限制，是否不屬輕微，而逾越了社會義務所應忍受之範圍？

當初釋字第577號解釋認為強制標示尼古丁、焦油成分，限制輕微，並沒有明確指出限制的對象為何？但筆者假設其所指的，是

相對於包裝全部，限制輕微。倘若如此，未來若將圖文警示面積提高85%，某程度就很難說相對於包裝全部，還算是輕微。例如，李建良就曾指出：「對菸品容器的利用價值，不宜做過度的限制」，並同樣認為1/5面積的圖文警示尚屬合理範圍<sup>274</sup>。這樣是否可能導致，若菸草商提出過度侵害財產權保障之質疑，而無法通過財產權之審查。

到底該限制屬輕微還是嚴重，勢必連結到上面(一)所討論之前提，就是侵害的財產權標的為何？是將「菸品」當成一個財產權？還是將「菸品容器」當成一個財產權，還是將菸商的營業自由<sup>275</sup>當成財產權？

倘若將「菸品包裝容器」當成一個財產權，85%的圖文警示要求或無裝飾包裝，幾乎剝奪了菸商對包裝容器自由設計的空間，可能就會認為限制過多，逾越了社會義務。但倘若認為「菸品」才是此處所為之財產權，而菸品包裝設計只是其中一個表面上的限制。那麼，或許會認為，不管菸品包裝容器上的限制是35%還是85%，都只是對於菸品表面上的限制，對於「菸品」作為貨品整體財產權的限制，仍然是很小的一部分，因而限制可認為尚屬輕微。

若認為被限制財產權是菸商整體的營業自由，此時，對菸商在營業、製造行為時要求在產品外觀上為標示義務，對整體的營業自由限制而言，侵害可認為尚屬輕微，而未逾越社會義務。

其實，從釋字第577號解釋談及財產權限制的第一句話：「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……」就可以看出，當初大法官也有意識到，是否要將菸品容器包裝管制，當成一個財產權限制的議題，本來就有討論空間。

---

<sup>274</sup> 李建良，同註266，頁102。

<sup>275</sup> 李建良，同註270，頁102。

從憲法人權分類的角度來看，筆者個人傾向認為，對菸品包裝的管制，並沒有限制菸品的銷售，主要限制的是菸品包裝設計空間，故宜認為屬於表意自由之限制較為適當，而無庸再以財產權或營業自由的角度另外論述。某程度來說，既然我國大法官已經發展出商業性言論這種類型，承認商業性言論可作為表意自由的特殊類型；那麼，吾人應該可以意識到，所謂商業性言論必然涉及表意人的商業利益或營業自由。也就是說，當吾人承認了商業性言論可作為一種獨特的類型時，在思考這種類型的各種利益權衡時已經涵蓋了商業利益於其中，因而就不需要另外將所涉及的財產利益或營業利益獨立論述之<sup>276</sup>。倘若一定要將商業言論管制的財產利益獨立論述，就會出現此段所顯示的，必須先決定財產權的大小，才能判斷系爭管制是輕微還是嚴重，而產生的困擾。但此建議僅為筆者個人粗淺建議，容有爭論空間。

## 伍、結 論

本文詳細介紹了澳大利亞、加拿大、美國採取大面積圖文標示與無裝飾包裝，所引發的具體憲法訴訟，並詳細介紹代表性判決。

比較美國的50%圖文面積所引起的二則訴訟。第六巡迴上訴法院認為系爭規定合憲，但哥倫比亞特區巡迴上訴法院認為系爭規定違憲。最主要的差異，主要在於該國特別重視言論自由保障，對商業性言論也採取中度偏嚴格的審查標準。而R.J. Reynolds Tobacco Co. v. FDA案採取Central Hudson案之審查標準後，認為美國政府沒

<sup>276</sup> 但有反對見解，例如李建良似乎認為，若干言論自由爭議，也會限制了被處罰對象的工作生計，例如釋字第617號解釋的散布猥褻刊物處罰問題，既然給予處罰就會影響書店的營運，大法官卻沒有討論營業自由。參見李建良，同註270，頁128。

有提出圖文警示真的能夠「實質程度直接促進」吸菸率降低之證據。

在加拿大採取大面積的圖文警示，從過去的33%，提高到50%，又提高到75%。菸草商雖然提出侵害表達自由之主張，但加拿大最高法院採用一般之比例原則，最後認為系爭手段乃達成追求目的之最小侵害，且也通過利益衡量。其最關鍵之處在於，為何提高面積仍屬於最小侵害，因為較小面積只能達到較小效果，較大面積能達到較大效果，因此就追求較大效果而言，並無其他能達成相同效果之較小侵害手段。

澳大利亞對菸品採取最嚴格的無裝飾包裝，但因為一方面該國非自然人無法主張言論自由，而澳大利亞高級法院法官又不承認對商標權、產品外觀之設計為一種財產權之徵用，最後認定無裝飾包裝規定合憲。

比較前述三國不同判決後，最後回來看我國可能的審查態度。釋字第577號解釋當初或許受到美國影響，採取中間偏嚴格審查標準，但後來大法官在釋字第634號、第794號解釋，調整為中度審查標準。本文認為，在目的審查上，不論是「追求政府重大公共利益」或「重要公共利益」，應可順利通過；而在手段審查上，「與目的之達成間具有實質關聯之手段」，在我國仍然要對連結到比例原則之必要性與衡量性，只是在必要性與衡量性操作上會放寬審查。至於是否能通過必要性審查，取決於是否有其他相同有效的替代手段，筆者認為所謂其他替代手段並非只有面積較小的圖文警示，還包括其他教育宣導，故是否有其他侵害較小手段，須仰賴實際的調查研究。最後在衡量性上，對菸商的限制與其達成之目的，是否符合比例，答案或許取決於大法官的主觀認知。

最後，釋字第577號解釋很輕易地就認為菸品容器屬於財產權，雖然財產權有社會義務，只要「限制尚屬輕微，未逾越社會義

務所應忍受之範圍」，就不會侵害財產權。筆者也提出分析，倘若將「菸品容器」當成財產權之標的，則由於提高圖文標示面積或採無裝飾包裝，都對整個菸品容器外觀設計空間嚴重壓縮，很難克服所謂「限制尚屬輕微未逾越社會義務」。但倘若將「菸品」之製造或整個菸商的營業自由當成財產權標的，那麼對於菸品容器的限制，相對於整個財產權標的或營業範圍，限制相對上就很輕微。

整體而言，吾人可以看到，不同國家因為不同憲法規定，或者最高憲法解釋機關發展出來的不同解釋脈絡，對於同一個菸品包裝圖文警示甚至無裝飾包裝的管制，可能會有不同的論述方向。而這些同中有異的論述，均可作為我國大法官在未來面對類似問題時的參考。



元照出版提供 請勿公開散布

## 參考文獻

### 一、中 文

1. 李念祖，菸品標示管制與言論自由之限制——釋字第577號解釋之研究，東吳法律學報，17期1卷，頁1-30，2005年8月。(Nigel N. T. Li, *Regulations on Cigarette Labeling as Restrictions on Commercial Speech—A Study on Grand Justices Interpretation Shih No. 577*, 17(1) SOOCHOW LAW REVIEW, 1-30 (2005).)
2. 李建良，菸品標示「吸菸有害健康」的憲法問題，台灣本土法學雜誌，9期，頁97-102，2000年4月。(Chien-Liang Lee, *The Constitutional Issue of Tobacco Labeling “Smoking is Harmful to Health”*, 9 TAIWAN LAW JOURNAL, 97-102 (2000).)
3. 李建良，藥物廣告的限制及其合憲性，台灣本土法學雜誌，28期，頁75-89，2001年11月。(Chien-Liang Lee, *Restrictions on Drug Advertising and Its Constitutionality*, 28 TAIWAN LAW JOURNAL, 75-89 (2001).)
4. 李建良，經濟管制的平等思維——兼評大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋，政大法學評論，102期，頁71-157，2008年4月。(Chien-Liang Lee, *Equal Protection in Economic Regulation—An Analysis of the Interpretations of the Grand Justices Related to the Freedom of Occupation and Enterprise*, 102 CHENGCHI LAW REVIEW, 71-157 (2008).)
5. 李建良，強迫公開道歉與人性尊嚴之憲法保障：民事侵權事件中不表意自由與名譽權之法益權衡，台灣法學雜誌，127期，頁221-232，2009年5月。(Chien-Liang Lee, *Compulsory Public Apology and the Constitutional Guarantee of Human Dignity: The Legal Balance of Freedom of Not-expression and the Right of Reputation in Civil Lawsuits*, 127 TAIWAN LAW JOURNAL, 221-232 (2009).)
6. 林子儀，商業性言論與言論自由，美國月刊，2卷8期，頁23-33，1987年12月。(Tzu-Yi Lin, *Commercial Speech and Freedom of Speech*, 2(8) AMERICAN MONTHLY, 23-33 (1987).)
7. 林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，載：言論自由與新聞自由，頁133-196，2版，2002年11月。(Tzu-Yi Lin, *Restriction on Freedom of Speech and*

- Dual-Track Theory*, in: FREEDOM OF SPEECH AND FREEDOM OF THE PRESS, 2d ed. 133-196 (2002).)
8. 林子儀，言論自由導論，載：台灣憲法之縱剖橫切，頁103-179，2002年12月。(Tzu-Yi Lin, *Introduction to the Freedom of Speech*, in: EXAMINING TAIWAN'S CONSTITUTION, 103-179 (2002).)
  9. 林杰，管控菸品廣告的憲法界限——以加拿大聯邦最高法院相關判決為借鏡，中華國際法與超國界法評論，9卷2期，頁317-360，2013年12月。(Chieh Lin, *Constitutional Limits to the Control of Tobacco Advertising: Using Relevant Canadian Supreme Court Decisions of the Main Reference*, 9(2) CHINESE (TAIWAN) REVIEW OF INTERNATIONAL AND TRANSNATIONAL LAW, 317-360 (2013).)
  10. 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，頁101-150，2011年12月。(Chung-Lin Chen, *Ten Years of Commercial Speech in the Constitutional Court*, 27 CHUNG YUAN FINANCIAL & ECONOMIC LAW REVIEW, 101-150 (2011).)
  11. 湯德宗，違憲審查基準體系建構初探——「階層式比例原則」構想，載：憲法解釋理論與實務（第六輯），頁581-660，2009年6月。(Dennis Te-Chung Tang, *Constructing Coherent Standards of Constitutional Review—On the Idea of “Hierarchical Proportionality Principle”*, in: CONSTITUTIONAL INTERPRETATION: THEORY AND PRACTICE, Vol. 6, 581-660 (2009).)
  12. 湯德宗，對話憲法、憲法對話，修訂2版，2012年1月。(Dennis Te-Chung Tang, *Dialogic Constitution, Constitutional Dialogue*, 2d ed. (2012).)
  13. 黃怡碧、黃嵩立，菸品無裝飾包裝之合憲性探討，法學新論，32期，頁141-166，2011年10月。(Yi-Bi Huang & Song-Li Huang, *The Proposal of Cigarette Plain Packaging and Its Constitutionality*, 32 JOURNAL OF NEW PERSPECTIVES ON LAW, 141-166 (2011).)
  14. 黃昭元，大法官解釋審查標準之發展（1996-2011）：比例原則的繼受與在地化，國立臺灣大學法學論叢，42卷2期，頁215-258，2013年6月。(Jau-Yuan Hwang, *Development of Standards of Review by the Constitutional Court from 1996 to 2011: Reception and Localization of the Proportionality Principle*,

42(2) NATIONAL TAIWAN UNIVERSITY LAW JOURNAL, 215-258 (2013).)

15. 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，19期，頁1-52，2016年9月。(Shu-Peng Hwang, *The Principle of Proportionality in the Trend of “Hierarchicalization”—Critical Remarks on the Current Developments in Constitutional Review*, 19 ACADEMIA SINICA LAW JOURNAL, 1-52 (2016).)
16. 劉宗德，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，252期，頁95-115，2016年5月。(Tzong-Der Liou, *On the Constitutionality and Legality of the Regulation on Tobacco Packaging Under the Tobacco Hazards Prevention Act in Taiwan*, 252 THE TAIWAN LAW REVIEW, 95-115 (2016).)
17. 蔡嘉恩，菸品容器設計構成菸品廣告？——最高行政法院101年度判字第443號判決評析，治未指錄：健康政策與法律論叢，1期，頁109-143，2013年1月。(Chia-En Tsai, *The Package of Tobacco Product Container or the Promotion or Advertising of Tobacco Products?—Appraising the Supreme Administrative Court Judgement No. 101 (443)*, 1 HEALTH LAW AND POLICY JOURNAL, 109-143 (2013).)
18. 賴祥蔚，商業言論與憲法的言論自由保障，台灣政治學刊，14卷1期，頁159-199，2010年6月。(Weber H. W. Lai, *Commercial Speech and Constitutional Protection of Freedom of Speech*, 14(1) TAIWAN POLITICAL SCIENCE REVIEW, 159-199 (2010).)
19. 謝閔華，菸品素面包裝必要性之探討，治未指錄：健康政策與法律論叢，5期，頁1-35，2017年1月。(Min-Hua Hsieh, *The Necessity of Tobacco Plain Packaging*, 5 HEALTH LAW AND POLICY JOURNAL, 1-35 (2017).)

## 二、外 文

1. Ackerman, Bruce (1991), WE THE PEOPLE: FOUNDATION, MA: Harvard University Press.
2. Berman, Micah L., *Commercial Speech Law and Tobacco Marketing: A Comparative Discussion of the United States and Canada*, 39 AM. J.L. & MED.

- 218 (2013).
3. Bonnie, Richard J., *The Impending Collision Between First Amendment Protection for Commercial Speech and the Public Health: The Case of Tobacco Control*, 29 J.L. & POL. 599 (2014).
  4. Chester, Michelle M., *The Answer Is in the Evidence: Plain Packaging, Graphic Health Warnings, and the Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act*, 41 SYRACUSE J. INT'L L. & COM. 413 (2014).
  5. Corbin, Caroline Mala, *Compelled Disclosures*, 65 ALA. L. REV. 1277 (2014).
  6. Dhooze, Lucien J., *The First Amendment and Disclosure Regulations: Compelled Speech or Corporate Opportunism?*, 51 AM. BUS. L.J. 559 (2012).
  7. Gu, Sunil S., *Plain Tobacco Packaging's Impact on International Trade and the Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act in the U.S. and Drafting Suggestions*, 16 WASH. U. GLOBAL STUD. L. REV. 197 (2017).
  8. Haynes, Bryan M., Andrews, Anne Hampton & Jacob, C. Reade, Jr., *Compelled Commercial Speech: The Food and Drug Administration's Effort to Smoke Out the Tobacco Industry Through Graphic Warning Labels*, 68 FOOD & DRUG L.J. 329 (2013).
  9. Lease, Kristen, *Smoke 'Em If You Got' Em: Intellectual Property Rights in the Tobacco Industry Going Up in Smoke*, 48 CASE W. RES. J. INT'L L. 371 (2016).
  10. Liberman, Jonathan, *Plainly Constitutional: The Upholding of Plain Tobacco Packaging by the High Court of Australia*, 39 AM. J.L. & MED. 361 (2013).
  11. Post, Robert, *The Constitutional Status of Commercial Speech*, 48 UCLA L. REV. 1 (2000).
  12. Shiffrina, Seana Valentine, *Compelled Speech and the Irrelevance of Controversy*, 47 PEPP. L. REV. 731 (2020).
  13. Sternal, Nat & Sternaa, Mark Joseph, *Advancing an Adaptive Standard of Strict Scrutiny for Content-Based Commercial Speech Regulation*, 47 U. RICH. L. REV. 1171 (2013).
  14. Straub, Timothy J., *Fair Warning?: The First Amendment, Compelled Commercial Disclosures, and Cigarette Warning Labels*, 40 FORDHAM URB. L.J. 1201 (2013).

# Unconstitutional Review of Freedom of Expression and Property Rights on Tobacco Packaging Control: United States, Canada, Australia and Taiwan Compared

Chih-Chieh Yang\*

## Abstract

Article 6 of the “Draft Amendment to the Tobacco Hazards Prevention Act” adopted by the Executive Yuan at the end of 2017 hopes to increase the current warning graphic area from 35% to 85%. At the end of May 2020, the National Health Administration of the Ministry of Health and Welfare proposed an “announcement amendment” to the Tobacco Hazards Prevention Act and attached a draft amendment. They also hope to increase the current 35% area to 85%.

Tobacco merchants have filed lawsuits in various countries around the world, against the control of cigarette containers, especially the increasing area of warning graphics, even the so-called plain packaging,

---

\* Professor, Institute of Technology Law, National Yunlin University of Science & Technology; Ph.D. in Law, National Taiwan University.

Received: July 20, 2020; accepted: September 7, 2020

and claim to violate the freedom of speech or property rights guaranteed by the constitutions. In 2012, the United States Circuit Court of Appeals in Washington, D.C., ruled that the warning graphic area be raised to 50% unconstitutional, and based on the review standard of commercial speech. In contrast, the Supreme Court of Canada ruled in 2007 that the provision to increase the area of warning graphics to 50% was constitutional and did not violate freedom of speech. Australia passed the plain packaging law in 2011, and the country's High Court ruled in the following year that the law does not constitute the acquisition of property.

The aforementioned constitutional controversies that have occurred in major countries of the world, as well as the judgment opinions and discussion and analysis methods of these courts, are worthy of reference as Taiwan may face the relevant litigation in the future. Finally, This research concludes by returning to similar issue in Taiwan and discuss its possible constitutional review.

**Keywords:** Warning Graphic Area, Tobacco Packaging Control, Plain Packaging Law, Commercial Speech, Compelled Speech, Acquisition of Property, Trademark, Proportionality, Free Speech