

商业言论自由的管制边界

龙 俊

内容提要:商业言论自由是市场经济领域的重要问题,合理划分其管制边界是保障经营者合法权益和维护市场竞争秩序的重要基础。从形式上看,公权机关对商业言论自由的管制主要表现为对积极自由的限制与消极自由的约束,前者包括对烟草广告、特殊药品广告等市场准入的限制,后者如对转基因食品强制标识制度的使用。然而,不论是禁止实施商业言论,还是强制实施商业言论,相关限制措施是否合理往往需借助一定方法予以检验。域外法院在对政府管制商业言论的合宪性审查中发展出了极具代表性的“四步分析法”,但该方法在我国法律实践中难以直接适用。通过对比比例原则与“四步分析法”的双向改造,可以形成符合我国客观实际的“新四步分析法”,借用此方法来检验公权机关对商业言论限制措施的正当性,可以在不断改进和优化相关限制措施的基础上,完成对经营者商业言论积极自由与消极自由管制边界的合理划分。

关键词:商业言论 广告法 市场准入 强制标识 管制边界

龙俊,福建师范大学法学院副教授。

在以市场为主导的经济体系中,商业言论自由不仅可以为经营者提供多元化的商业表达途径,激发市场竞争活力,而且还可以促进商业信息的自由流动,增加消费者选择的空间和机会。然而,商业言论自由在带来前述效益的同时,也面临来自公权力过度压制的风险。由此,如何正确理解公权机关管制商业言论自由的性质与方式,寻找检验管制措施合理与否的判断方法,构成了维护商业言论自由和市场经济秩序的关键命题。

一 讨论场景:信息准入环节中商业言论自由的管制

作为一项有关经济利益的表达,维护包含营利目的的广告性言论自由是经营者在市场经济中开展各项业务的基础。然而,该种自由在何种程度上可以为法律所允许却并非清晰可见。例如,我国 2015 年广告法修订,社会各界对烟草广告的“禁/限问题”展开激辩,但最终通过的“史上最严广告法”却并未明确禁止烟草赞助活动和店内广告,从而使

烟草广告的“存废之争”被搁置。同样,近年来有关转基因食品强制标识制度的正当性问题也引发了广泛关注,虽然欧版的强制标识制度与美版的自愿标识制度均在转基因食品信息披露方式上作出了有益探索,但由此产生的诸如“何种制度更适合我国实际”的争论却莫衷一是。从学术层面看,这些社会热点问题的背后都共同指向了一个更为本质的“元命题”,即商业言论自由的管制边界为何。

自美国法院在 1942 年的“双面广告案”中首次提出“商业言论自由原则”开始,^[1]理论和实务界便不断尝试对商业言论自由的边界进行探索。由于商业言论自由的本质是商业信息的准入和流通,故其边界的确立可同时在信息准入与信息流通环节展开。其中,信息准入环节关注的是信息资格问题,如经营者是否具有发布某项商业广告资格,以实现相关商业信息的自由进入;而信息流通环节关注的是信息真实问题,即法律在承认经营者具有发布商业广告资格的前提下,相关商业信息能否遵循法律规定而以客观真实的方式呈现,二者分别强调不同的法律面向。以药品广告为例,法律禁止厂商对处方药等特殊药品做大众广告,是在市场准入层面否认经营者享有此项商业言论自由的资格;但法律禁止虚假药品广告的逻辑则不同,虚假药品广告的治理本质上并不禁止药品厂商对普通医药用品进行正当商业宣传,而只要求其宣传内容不得为虚假或误导,以免损害消费者利益,破坏市场竞争秩序,因而属于信息流通环节的行为规范问题。

在我国以往的学术实践中,商业言论自由的管制边界确立主要集中于信息流通环节的虚假广告治理,^[2]而对信息准入环节中商业言论自由边界如何划分则关注较少。事实上,作为前置性要件,经营者是否有资格就某项商品做广告往往比具体如何就某项商品做广告更值得思考,也正因如此,前者一度成为域外学者研究的热点。^[3]从实践需求看,公权机关对烟草广告、药品广告等商业言论采取的禁限措施是否合理,不仅关乎经营者营业自由的实际范围与经营效益,而且还影响广告法及配套措施的设置方案。基于此,本文对商业言论自由边界的研究将集中于信息准入环节,即在类型化限制积极自由与消极自由表现形式的基础上,从方法论层面通过对比例原则与“四步分析法”的双向改造,形成“新四步分析法”的理论框架,并以此检验公权机关管制商业言论措施的合理性。

二 表现形式:商业言论自由管制的双重面向

言论自由包括积极自由与消极自由,即发表言论的自由与不发表言论的自由。同样,商业言论自由也包括积极自由与消极自由两个面向,从而形成了禁止实施商业言论与强制实施商业言论两种类型。前者代表的是对商业言论积极自由的限制,即对自由地“为一定商业言论”的限制,例如,禁止在大众传播媒体以及公共场所做烟草广告,禁止处方

[1] See *Valentine, Police Commissioner of the City of New York v. Chrestensen*, 316 U. S. 52 (1942).

[2] 参见应飞虎:《对虚假广告治理的法律分析》,《法学》2007 年第 3 期,第 81-90 页;宋亚辉著:《虚假广告的法律治理》,北京大学出版社 2019 年版;等等。

[3] See C. Edwin Baker, *Paternalism, Politics, and Citizen Freedom: The Commercial Speech Quandry in Nike*, 54 *Case Western Reserve Law Review* 1161, 1161-1187 (2004); R. Moon, *Lifestyle Advertising and Classical Freedom of Expression Doctrine*, 36 *McGill Law Journal* 76, 76-129 (1991); etc.

药广告在非医药学专业刊物上发布等;而后者代表的是对商业言论消极自由的限制,即对自由地“不为一定商业言论”的限制,例如,强制经营者在转基因食品外包装上标注“转基因”字样等。由此,作为两种不同限制措施的典型代表,禁限烟草广告、药品广告以及实施转基因食品强制标识制度,共同展现了商业言论自由管制的双重面向。

(一)对商业言论积极自由的约束:禁止实施商业言论

1. 烟草广告的法律限制

限制对烟草做广告,是国内外广告管制的整体趋势。在美国,1964年《联邦香烟标签和广告法案》(*Federal Cigarette Labeling and Advertising Act*)首次明确要求香烟必须在外包装上标识“吸烟可能有害健康”的警示文字。^[4]在欧洲,法国1976年《威尔法案》(*Loi Veil*)以及1991年《埃万法》(*Loi Evin*)先后明确禁止直接和间接烟草广告;^[5]英国2002年《烟草广告及促进法》(*Tobacco Advertising and Promotion Act*)以及2005年《烟草广告及促销(品牌延伸)规章》[*Tobacco Advertising and Promotion (Brandsharing) Regulations*]构成了限制烟草广告的主要法律依据。^[6]我国对烟草广告的限制也是在多方利益博弈下日益强化的。1995年《广告法》在五类大众媒体和四类公共场所禁止直接烟草广告;2015年修订的《广告法》第22条虽然采取了更为严格的限制措施,对间接烟草广告等诸多形式予以明确,但是却回避了是否允许烟草专卖点做店内广告以及烟草赞助活动等问题。由于2018年、2021年两度修订的《广告法》依然保持了前述做法,故使得烟草行业与控烟派之间有关烟草广告的“禁/限之争”始终处于悬而未决的状态。

法律实践中烟草广告的趋严控制遭到了反对声音。有论者提出,烟草广告作为一种商业言论,应当获得宪法保护。公权力机关限制烟草经营者进行广告宣传的行为可能侵犯其言论自由权。^[7]在市场中,烟草是一种合法产品,烟草公司发布商业广告是符合市场经济要求的,政府限制烟草广告违背了市场规律。^[8]从保障消费者知情权和信息获取权的角度来看,“烟草作为一种合法产品,法院应当基于此同时保护烟草公司及成年公民从信息交流中获得利益的权利”。^[9]否则,过度禁止烟草宣传将对公民造成损害:一方面,禁止烟草广告降低了烟草企业的经营成本(即广告宣传成本),使香烟售价也同步下降,从而导致香烟销量大幅上涨;另一方面,禁止烟草广告增加了烟民搜寻低焦油香烟的信息成本,反而损害了公民的健康福利。^[10]可见,在不少学者看来,全面禁止烟草广告可能过

[4] 参见[美]理查德·克鲁格著:《烟草的命运——美国烟草业百年争斗史》,徐再荣等译,海南出版社2000年版,第791页。

[5] 参见《法国向烟草宣战 公共场所将全面禁烟》,《光明日报》2006年10月13日第010版。

[6] See Tobacco Advertising and Promotion Act 2002; Tobacco Advertising and Promotion (Brandsharing) Regulations 2004 (SI 2004/1824).

[7] See Jeremy R. Singer, Taking on Tobacco: the Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act, 34 *Novo Law Review* 539, 554 (2010).

[8] See Mark J. Horvick, Examining the Underlying Purpose of Municipal and Statewide Smoking Bans, 80 *Indiana Law Journal* 923, 937-940 (2005).

[9] Duff Wilson, Tobacco Firm Sue to Block Marketing law, *New York Times*, 1 September 2009.

[10] See Lynne Schneider, Benjamin Klein & Kevin M. Murphy, Governmental Regulation of Cigarette Health Information, 24 *The Journal of Law and Economics* 575, 609-610 (1981).

度限制经营者的商业言论自由,剥夺烟草消费者的信息获取权,从而损害公共福祉。

2. 药品广告的法律限制

除烟草广告外,药品广告的管制问题也是个长期争论不休的话题。揆诸史料,国内外对药品广告的严管态度大致可概括为“立法上赞成、学理上反对、司法上徘徊”的状态。

从立法上看,国内外对药品广告都采取了较为严格的限制措施。例如,我国《广告法》第 15 条将药品广告的限制区分为绝对禁止与相对禁止两种情形,其中,绝对禁止是指绝对不允许对麻醉药品、精神药品等特殊药品做广告,而相对禁止则是指除绝对禁止药品广告之外的其他处方药广告只能在指定的医药学专业刊物上发布。同样,日本 1960 年制定、2009 年修订的《药事法》「薬事法です」也对医药广告作了一定限制。其第 67 条对特定疾病的医药品广告进行限制,第 68 条则禁止确认前的医药品等广告。而根据厚生劳动省医药安全局监督指导课长的通知,广告如果符合“明确引诱顾客;明显标示特定医药品等的商品名的;有一般人不能认知的状态的”这三个要件,即视为属于药事法限制的广告行为。^[11] 可见,在立法层面,药品广告一般受到较为严格的法律限制。

从学理上看,学者们就针对药品广告过于严苛的管制手段普遍表示担忧。原因在于,药品广告在加快先进药物进入市场的同时能有效阻碍低价格的仿制药进入,而过度限制广告则会降低药品创新的动力。^[12] 恰如论者所言,药品广告在激励创新、鼓励竞争、提升质量和降低价格等方面具有积极作用,而对药品广告这类商业言论的过度管制不利于这些积极作用的发挥。^[13] 这一观点获得了广泛支持:过度管制药品广告这类商业言论,可能会同时阻碍市场竞争和技术创新;^[14] 而允许处方药公众广告可以加强药企间的市场竞争,提升消费者在医药方面的信息能力,进而缓解专业性引发的信息不对称。^[15]

从司法上看,不同国家和地区的司法实践对医药广告的态度在保护与限制之间不断徘徊。在美国,处方药的价格广告被联邦最高法院认为属于商业言论自由的范畴。^[16] 而在我国台湾地区,药品广告不仅被视为一种言论自由获得保护,而且还具有财产权属性。如台湾地区司法部门释字第 414 号解释指出:药物广告系利用传播方法宣传医疗效能,以达招徕销售为目的,乃为获得财产而从事之经济活动,并具有商业上意见表达之性质,应受“宪法”第 15 条及第 11 条之保障。^[17] 与前述司法实践相比,日本法院在对待限制医药广告的态度上则比较强硬。例如,在 1961 年的“灸术广告案”中,^[18] 某灸师被指违反《按

[11] 参见杨琴著:《日本市场规制法研究》,贵州大学出版社 2013 年版,第 310 页。

[12] See Keith B. Leffler, Persuasion or Information? The Economics of Prescription Drug Advertising, 24 *The Journal of Law and Economics* 45, 73-74 (1981).

[13] See J. Howard Beales, III, Economic Analysis and the Regulation of Pharmaceutical Advertising, 24 *Seton Hall Law Review* 1370, 1397 (1994).

[14] See Lars Noah, Truth or Consequences?: Commercial Free Speech vs. Public Health Promotion (at the FDA), 21 *Health Matrix* 31, 33-35 (2011).

[15] See Tamar V. Terziant, Direct-to-Consumer Prescription Drug Advertising, 25 *American Journal of Law & Medicine* 149, 167 (1999).

[16] See *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U. S. 748 (1976).

[17] 参见我国台湾地区“司法院公报”第 38 卷第 12 期,第 5 页以下。

[18] 最大判昭和 36 年 2 月 15 日刑集第 15 卷 2 号 347 页参照。

摩师、针师、灸师及柔道整复师法》「按摩師、針灸師及び灸師に関する法律です」第7条的规定散布含有神经痛等灸的适应症的广告,被予以起诉。日本最高法院多数意见认为:将一定事项的广告予以禁止,从保护国民保健卫生的角度,是维持公共福祉的必要措施,并不违反日本《宪法》第21条之表达自由的规定。

(二)对商业言论消极自由的限制:强制实施商业言论

与禁止实施商业言论的禁限烟草广告、药品广告不同,强制实施商业言论主要表现为对经营者商业言论消极自由(不为一定商业言论)的限制。近年来有关转基因食品强制标识制度的争议即为典型示例。从标识方法来看,产品标识有基于法定义务的强制标识和基于意思自治的自愿标识之分,且两者在转基因食品领域均获得了一定实践。例如,欧洲通过1829/2003/EC、1830/2003/EC两项欧盟指令确立了转基因食品的强制标识制度;美国食品药品监督管理局则通过1992年《基因食品政策声明》确立了遵循长达二十余年的自愿标识原则。当然,从整体实践情况来看,多数国家更倾向于效仿欧洲模式,曾有研究显示,在已实施转基因食品标识制度的54个国家中,除美国、加拿大等极少数国家采自愿标识外,绝大多数都采用强制标识方法。^[19]而随着2016年美国《国家生物工程食品信息披露标准》(*National Bioengineered Food Disclosure Standard*)的通过,美国也逐渐从自愿标识向强制标识转变。同样,我国2015年修订的《食品安全法》第69条也首次从法律层面确立了转基因食品强制标识制度。可见,强制经营者在转基因食品上标注“转基因”字样已成为普遍趋势。

从理论层面看,转基因食品强制标识制度的法理基础主要有两个:一是风险预防理论,即转基因食品可能存在人类无法准确预估的风险,故需要通过标识制度进行监督;二是消费者知情权保护理论,即通过对转基因食品信息的充分披露,使消费者能自主选择转基因或非转基因食品。由于前者涉及技术判断的不确定性,因此理论和实务界主要围绕后者展开分析。有论者提出,为从欧洲疯牛病等食品安全事件中重新获得消费者的信任,^[20]欧盟采取了严苛的以过程为基础的强制标识制度,以从整个转基因食品的生产过程来确保消费者知情权的实现。“欧盟信奉消费者至上原则与其保守的文化价值观念密切相关”,^[21]而强制标识制度恰好“可以通过给消费者提供足够信息使其依照自己的文化观念行事,进而使其体察到自己的价值观受到了尊重”。^[22]相比之下,美国在对待标识制度所代表的消费者知情权的问题上,则是在与生产者商业言论自由权的平衡与较量中展开。例如,在1996年的“国际乳制品案”中,^[23]美国法院经过论证分析,最终做出了生产者商业性言论自由权较消费者知情权更优的判决。由此可见,不同标识制度背后所体

[19] See Guillaume P. Gruere & S. R. Rao, A Review of International Labeling Policies of Genetically Modified Food to Evaluate India's Proposed Rule, 10 *AgBioForum* 51, 52-53 (2007).

[20] See Bernd van der Meulen, The EU Regulatory Approach to GM Foods, 16 *Kansas Journal of Law & Public Policy* 286, 322 (2007).

[21] Neville Craddock, *Files in the Soup - European GM Labeling Legislation*, Nature Publishing Group, 2004, p. 383.

[22] Laylah Zurek, The European Communities Biotech Dispute: How the WTO Fails to Consider Cultural Factors in the Genetically Modified Food Debate, 42 *Texas International Law Journal* 345, 368 (2007).

[23] See *International Dairy Foods Association v. Amestoy*, 92 F.3d 67 (2nd Cir. 1996).

现的价值取向不尽相同,如何在保障消费者知情权、预防社会公共风险以及维护经营者商业言论自由之间取得动态平衡,是各国理论研究与法律实践不断追寻的目标。

从前述梳理可知,作为限制商业言论积极自由与消极自由的典型代表,是否禁限烟草广告、药品广告以及实施转基因食品强制标识制度,在国内外仍是备受争议的话题。事实上,不论是禁止实施商业言论,还是强制实施商业言论,相关限制措施是否合理均值得深思。如何检验这些限制措施的正当性,并在保障社会公共利益不受损害的前提下尽可能地降低这些限制措施对经营者造成的负面影响,是接下来要重点讨论的问题。

三 方法采撷:比例原则与“四步分析法”的双向改造

虽然公权机关可基于公共利益需要而限制经营者商业言论的积极自由与消极自由,但是,该种限制措施应当在比例原则的基础上完成。从方法论上看,美国法院在对政府限制商业言论措施进行合宪性审查的司法实践中发展出了包含比例原则思想的“四步分析法”,该方法不仅建立了美国法院处理商业言论相关法律问题的基本分析框架,而且在很大程度上为我国商业言论自由管制边界的确立提供了借鉴。但是,由于该方法基于美国独特的政治体制而产生,且其中不乏有缺憾的判断步骤,因此本文尝试结合域外相关经验以及本土实际情况,通过比例原则与“四步分析法”的双向改造,形成一种既能深化比例原则、又能符合中国实际的“新四步分析法”。

(一)改造的前提:比例原则思想与“四步分析法”

作为现代法治国家衡量公权力限制公民权利是否正当的基本方法,比例原则能够承担起检验商业言论限制措施是否合理的任务。从历史演进看,自 1958 年德国联邦宪法法院在“药房案”中提出适当性原则、必要性原则及均衡性原则的“三阶理论”后,^[24]比例原则的经典体系基本确立:适当性原则是指公权机关采取的措施必须能够实现或者至少有助于实现其所宣称的目的;必要性原则是指在诸多能达成目的的措施中应当选择造成损害最小的措施;均衡性原则是指采取限制措施所保护的利益不得小于该措施所损害的利益。在商业言论自由领域,比例原则的引入可以对商业言论限制措施予以有效检验,包括:哪些措施是合理的而应当予以保持,哪些措施是荒谬的而应当予以摒弃,还有哪些措施是偏颇的而应当予以修正。例如,在德国著名的“惊吓广告案”中,^[25]德国联邦宪法法院不仅提出“新闻自由应当延伸至商业性的意见表达,以及含有评价性与意见形成内涵的商业广告”,而且还认为德国联邦最高法院依据不正当竞争法对包含商业性信息的言论进行限制时,违背了“充分且必要”的原则,因而相关限制措施最终因违反《德国基本法》(*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*)第 5 条第 1 款而被德国联邦宪法法院撤销。在该案中,德国联邦宪法法院成功依据比例原则思想对德国联邦最高法院有关商业言论的限制措施是否合理作了详细论证,为其他商业言论案例的裁判提供了借鉴。

[24] Vgl. BVerfG 7, 377 - Apotheken-Urteil.

[25] Vgl. BVerfG 102, 347 - Benetton-Schockwerbung I.

德国的比例原则思想在美国商业言论自由管控合宪性审查的法律实践中获得了更为普遍的运用。在1980年的“哈德逊案”中,^[26]美国法院为判断政府规制商业言论自由的行为是否合宪确立了著名的“四步分析法”(Four-Part Analysis):第一步,商业信息是否为误导性的或涉及非法活动?如果是,那么它不受宪法的保护。第二步,政府是否声称可以通过限制该言论获得重大利益?第三步,限制是否直接增进了这种利益?第四步,限制是否没有超过增进政府利益所需要的必要程度?如果后面三个问题的答案是肯定的,那么法院将支持对该商业言论的限制。例如,在“公用事业不得用于电力使用的推广广告”这一规定并非误导性的或涉及非法活动,因此其合宪性问题取决于后续三步的判断。在第二步涉及对政府利益重要性的判断中,法院认为,节能和保持公平的电费构成应被视为实质性的政府利益,因为其有利于节约国家的电力资源。虽然该案成功通过了前两步的审查,但是在最后两步的判断中却受到了阻碍。在第三步中,法院认为虽然禁止促销广告会直接实现节能的目标,但是,推销广告与保持电费构成的公平之间的因果关系却显得十分牵强,因为目前至少没有明确且直接的证据表明用电需求的增加会改变公平的电费构成。而在第四步中,法院认为完全禁止广告已经超过了实现节能目标所必要的尺度:一方面,广告中往往包含有关如何高效使用电力的内容,一旦全面禁止广告,这些内容也无法得到展示;另一方面,在诸多限制措施之中,还存在比完全禁止所有广告更为温和且能有效促进能源节约的措施。

该“四步分析法”一经形成便受到美国法院的追捧,后续裁断的“波多黎哥赌场广告案”“纽约州立大学董事会案”等案件都以“四步分析法”作为裁判模板。^[27]虽然该方法在后世的运用中被不断修改,但是其基本框架和判断步骤没有发生实质变化,正如学者所言,“美国这些年有关商业言论的判决虽然结果有别,但相关阐述并无新意”。^[28]

(二)改造的必要性与可行性:如何正当、何以可能?

美国“四步分析法”的确立对保护商业言论自由意义重大,但是,该方法自身存在的问题及特点也决定了对其改造的必要性和可行性。

1. 改造的必要性

虽然“四步分析法”对商业言论自由管制边界的判断有所助益,但从我国本土化的视角来看,却仍然存在改造的必要。原因在于:其一,从适用条件上看,“四步分析法”作为美国法院最具代表性的审查商业言论限制措施是否合宪的方法,其主要基于美国独特的违宪审查制度而产生,由于我国并不存在由法院系统进行违宪审查的制度,因此,“四步分析法”在我国法律实践中难以直接适用。其二,从适用方法上看,“四步分析法”本身也存在一定弊端。最明显的表现即是,该方法中的第一步易被虚置,从而导致循环论证。“四步分析法”中的第一步是直接判断某一商业言论是否为误导的商业言论或涉及非法

[26] See *Central Hudson Gas & Electric Company v. Public Service Commission*, 447 U. S. 557 (1980).

[27] See *Posados de Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico*, 478 U. S. 328 (1986); *Board of Trustees of State University of New York v. Fox*, 492 U. S. 469 (1989).

[28] Martin H. Redish, *Commercial Speech, First Amendment Intuitionism and the Twilight Zone of Viewpoint Discrimination*, 41 *Loyola of Los Angeles Law Review* 67, 68 (2007).

活动的商业言论,如果该判断结果是肯定的,则直接排除在宪法第一修正案的保护范围外。但是问题在于,该种判断容易将误导的商业言论看成是不言自明的东西。事实上,某项商业言论是否是误导性的,这本身就是“四步分析法”需要判断的问题,将此未决问题作为“四步分析法”中第一步判断的确定答案,不仅容易导致逻辑层面的循环论证,而且也容易使第一步的判断完全虚置,从而难以发挥出筛选和过滤功能。而在美国司法实践中,绝大多数涉及商业言论纠纷的案件在第一步的判断中都能顺利通过法院审核。由此可见,对“四步分析法”本身的内容进行改进和优化是十分必要的。

2. 改造的可行性

从理论和现实两个层面看,“四步分析法”的优化和改造具有如下可行性:

一方面,美国“四步分析法”本身即包含了比例原则的思想,因此,将二者进一步融合具有理论层面的可行性。从内容上看,“四步分析法”中的第二步“政府是否声称可以通过限制该言论获得重大利益”以及第三步“限制是否直接增进了这种利益”与比例原则项下的“适当性原则”具有实质上的一致性,即“政府机关采取的手段可以达成其所宣称的目的”;而第四步“限制是否没有超过增进政府利益所需要的必要程度”则与比例原则中的“必要性原则”紧密相关,即“在有多种措施均能达成目的时,应当选择使用对相对人的利益限制或损害最少的手段”。事实上,虽然美国法院在对规制不同类型言论进行合宪性审查时,主要采取三种不同的检验标准——合理关联性审查标准、中度审查标准以及严格审查标准,^[29]但是,这三种标准都直接反映了比例原则的思想。^[30]而在对待规制商业言论的合宪性审查问题上,美国早期的“四步分析法”采取的即是严格审查基准。后来法院在“纽约州立大学董事会案”中对第四步进行了重新解释,认为第四步中的“必要”应当解释为“一种合理适度的方法”而非“限制最小的手段”,即实现政府利益的目标与规制商业言论的手段之间并不需要遵循“最小侵害原则”,而只需保持“适度合理”,由此,“四步分析法”开始走向合理关联性审查标准。但是,在历经多番演变后,时至今日,美国对规制商业言论的合宪性审查最终采取了一个折中方案,即中度审查标准。然而,无论采取何种标准,“四步分析法”中包含的比例原则思想,都有利于对其进一步优化和改造。

另一方面,美国“四步分析法”本身在商业言论管制领域即具有一定的实践基础,因此,以“四步分析法”为基本原型和框架进行改造,可以使改造后的方法具有适用上的现实可能性。例如,在前述“国际乳制品案”中,美国乳制品协会认为佛蒙特州要求对转基因牛奶制品进行标识的规定违反了第一修正案,上诉法院支持了原告的诉求。上诉法院认为,对于食品标识这类商业言论,政府如要对其加以限制,就必须对与该言论有关的信息拥有实质利益。实质利益的判断标准应当依据“四步分析法”进行:(1)行为必须是合法且不是误导的;(2)政府主张有实质利益;(3)限制必须直接施加于声称的实质利益上;(4)限制必须适用于最小范围内。在“四步分析法”中,法院认为州政府不能提出上述第

[29] 参见法治斌、董保城著:《宪法新论》,我国台湾地区元照出版有限公司 2006 年版,第 189-190 页。

[30] 参见李友根:《经济法规的合宪性审查标准——基于对美国联邦最高法院判例的考察》,《法学评论》2020 年第 1 期,第 148-159 页。

二、第三点要求的实质利益,而且消费者的忧虑和知情权本身尚不构成政府的重大利益。基于此,法院禁止了佛蒙特州的法令。

综上可知,“四步分析法”中包含的比例原则思想以及其在商业言论案件中的实际应用,分别为“四步分析法”的改造提供了理论层面和现实层面的可行性论证。前者为“四步分析法”与比例原则思想的深度融合提供了理论基础,后者则为新方法在转基因食品强制标识等相关领域的广泛应用提供了实践先例。

(三)改造后的方案:“新四步分析法”的形成

为实现比例原则与“四步分析法”的双向改造,有必要对两种方法的判断顺序进行简要分析。从适用比例原则的判断步骤来看,其先后顺序是:适当性原则→必要性原则→均衡性原则,即先判断公权机关采取的手段能否达成其主张的目的,然后在多种能达成目的的措施中选择对相对人的利益限制较小的措施,最后再判断该措施造成的损害是否与其带来的利益显失均衡。而“四步分析法”主要包括两个部分。第一部分假设政府能够自由地调整不合法的或者有误导性的商业性言论。第二部分则包括三个分支:其一,政府应当主张“真实的利益”以支持它的调整;其二,政府必须展示对商业性言论的限制“直接地并且显著地促进这种利益”;其三,该限制措施必须“与存在的利益成比例”。从内容上看,如前所述,“四步分析法”中的第一步很容易成为虚置和摆设,并且无法克服逻辑层面的问题,而第二步和第三步大致等同于比例原则中的适当性原则,第四步则大致等同于比例原则中的必要性原则。可见,在“四步分析法”中,比例原则中最重要的均衡性原则是缺失的,而均衡性原则又被称为“狭义比例原则”,其在判断限制措施是否正当中往往扮演着十分重要的角色,甚至居于核心地位。因此,均衡性原则在“四步分析法”中的缺失也是导致该方法不尽完善的重要原因之一。

有鉴于此,通过对“四步分析法”进行如下改造,可形成“结构更为合理、逻辑更为顺畅、内容更为完善”的“新四步分析法”:其一,由于“四步分析法”中的第一步并不具有实质评价的意义,故应直接摒弃;其二,由于“四步分析法”中不包含均衡性原则,因而有必要将该原则以利益衡量的方式予以增补;其三,在前述原则的基础上,根据日常判断的通常逻辑来适当调整“四步分析法”的判断顺序,以使逻辑结构更为清晰。具体而言,改造后的“新四步分析法”应以如下方式呈现:第一步,先判断某一商业言论是否损害第三人利益或公共利益,如无损害则不许限制;如有损害,则进行第二步的利益衡量判断。第二步,根据利益衡量判断的结果,如商业言论本身的利益更值得保护,则不允许限制;如第三人利益或公共利益更值得保护,则允许限制,从而进入到第三步的判断。第三步,即判断该项限制措施是否能实现公权机关所欲达成之目的,如不能,则不允许采用该限制措施;如可以,则进入第四步的判断。第四步,即判断采取的该项限制措施是否成比例,如不是,则不允许采用该限制措施;如是,则可以采用。可见,“新四步分析法”同时包含了比例原则项下的三项子原则,并且将比例原则中的第三项均衡性原则调整至“新四步分析法”中作为第二步进行判断,而适当性原则则成为“新四步分析法”中的第三步,必要性原则则成为“新四步分析法”中的第四步。

四 边界确立：“新四步分析法”对商业言论管制措施的检验

“新四步分析法”的形成,可以为检验过往有关限制商业言论自由的举措是否正当提供方法论层面的思考。因此,本文将“新四步分析法”逐一检验我国在烟草广告、药品广告以及转基因食品强制标识等领域的限制措施是否得当,并以此为基础为公权机关在前述领域确立经营者商业言论自由管制边界提供相关建议。

(一) 限制烟草广告措施的合理性检验

有关烟草广告的“禁/限之争”,曾多次成为社会关注的焦点问题,而是否允许烟草经营者进行香烟广告宣传,其间又涉及诸多利益的考量。鉴于此,本文将尝试以“新四步分析法”来判断我国广告法中限制烟草广告的措施是否合理:

第一步,涉及烟草广告的商业言论是否损害第三人利益或公共利益?烟草广告所促销的产品不同于一般产品:一方面,烟草区别于毒品等违禁品,是一种合法的可流通的商品;但另一方面,“吸烟有害健康”亦是人所共知的事实。从经济学上看,在烟草广告的影响下,每增加一份烟草的销量,就意味着对作为个体公民的身体健康造成危害,这种现实的负外部性毋庸置疑。正如有学者所言,对于烟草这类特殊商品,“无论生产者还是消费者都无法转移风险,除非不再销售、购买或使用该产品”。^[31]可见,不论烟草广告的实际劝诱效果如何,至少从后果上看,哪怕烟草广告只促成了些许烟草消费的增加,其对公共卫生安全而言都是有害无利的,其所宣扬的烟草产品本身不可避免会对公民的身体造成损害。因此,烟草广告会间接损害社会公共利益,即广大公民的身体健康权益。

第二步,该言论利益与第三人利益或公共利益何者优先?通常情况下,这里的言论利益是指烟草广告这类商业言论所能带来的利益,包括烟草经营者通过广告展示各类烟草品牌的特点而增加的收益,以及烟草消费者“从广告信息中自由选择烟草产品”的利益。^[32]对于言论利益与公共利益谁者优先的问题,答案显然是后者。烟草广告以香烟作为宣传对象,而香烟销量的增长又是以损害公民身体健康、耗费公共医疗卫生资源为代价,这些公共利益本身不论在“量”上还是“质”上,都更加具有优先性:从“量”上看,与烟草不相关的普通消费者数量远大于烟草经营者和消费者的数量;而从“质”上看,广大公民的生命健康等人身利益也远大于烟草经营者的经济利益以及烟草消费者的选择利益。因此,两相比较之下,烟草广告中的公共利益应当优于言论利益。

第三步,采取限制措施可否达成前述利益保护之目的?虽然限制烟草广告旨在保护广大公民的身体健康,但是限制烟草广告能否真正达成该目的却存有争议,其核心问题在于,烟草广告能否增加烟草消费。烟草广告的支持者认为,“烟草广告与鼓励吸烟是两回事”,^[33]

[31] [美] 安东尼·奥格斯著:《规制:法律形式与经济学理论》,骆梅英译,中国人民大学出版社 2008 年版,第 146 页。

[32] See Caroline Reid, Freedom of Expression, Commercial Expression and Tobacco in Canada, 39 *Victoria University of Wellington Law Review* 343, 362 (2008).

[33] 邢丕震著:《中国烟草广告研究》,中国经济出版社 2003 年版,第 7 页。

广告对吸烟决定的影响微乎其微,因为其主要理念是鼓励吸烟者转换品牌。^[34] 对此,有研究则反驳道:简单的计算表明,吸烟者转换品牌并不能为烟草公司巨额的广告促销支出提供理由。例如,假设花 10 亿美元来使 5500 万吸烟者(占总数的 1/10)转换品牌,那就等于在每个转换品牌者身上支出 345 美元以从他们每个人身上得到 347 美元的收入,其前提条件是所有换品牌者以前都是吸其他公司的烟,但这并不符合实情。既然单为这个目的不能为公司赢得新利润,那么公司在广告促销上的巨额支出就只能有两个经济上的动机:一是要拖住那些可能被竞争对手拐跑的顾客以及那些在危害健康的警告下打算戒烟的顾客,二是要吸引新的顾客。^[35]

尽管前述学者作出了截然相反的论述,但却并不影响我们对“限制烟草广告能否实现保护公民身体健康利益的目的”作出判断:首先,不论烟草广告在何种程度上增加了烟草消费,都会对公共利益造成负面影响。正如前文所言,由于香烟产品的特殊性,哪怕仅增加一份销量,其对公共健康造成的影响也是负外部性的,所以限制烟草广告当然属于保障公民身体健康利益的一部分。其次,广告本身的劝诱功能虽不宜被夸大,但也不容被否认。从广告作用的规律来看,市场中的任何广告都同时吸引着“存量客户”与“增量客户”,“存量客户”是在品牌之间转换的客户,而“增量客户”则是受广告吸引首次尝试购买产品的客户。同样,烟草广告也难以独立于此种规律之外。最后,包括烟草广告在内的所有广告,对未成年人的影响都毋庸置疑。由于未成年人在认知上尚未成熟,易对反复出现的广告产品保有新鲜感,因此一旦烟草广告产生的印象被不断强化,未成年人受其影响而尝试购买香烟的可能性将大大增加。而在吸烟这个问题上,未成年人并不具有自主决定吸烟与否的能力和自由,^[36] 因为其无法像成年人那样准确预见并评价自己的行为后果。^[37] 但事实情况却是,烟草广告使未成年人在不能辨别吸烟风险之前就沾染上了烟瘾。例如,有研究机构通过对美国加州 1600 多名年龄在 12-14 岁的未成年人进行调查发现,香烟广告使未成年人吸烟比例增加了 40%。^[38] 可见,即便限制烟草广告无法完全达致禁烟之目的,^[39] 其对于维护公共健康的作用也不容否认。

第四步,该限制措施是否成比例? 限制烟草广告的具体措施是否与实现维护公共利益的目标成比例,是判断该项具体措施是否正当的最后一步。我国《广告法》第 22 条虽然对大众传播媒体以及公共场所等情形下的各类直接和间接烟草广告作出了严格限制,

[34] 参见[美]阿兰·布兰特著:《香烟的世纪——香烟的沉浮史告诉你一个真美国》,苏琦译,东方出版社 2011 年版,第 219 页。

[35] 参见[美]理查德·克鲁格著:《烟草的命运——美国烟草业百年争斗史》,徐再荣等译,海南出版社 2000 年版,第 781 页。

[36] See Jennifer McCullough, *Lighting up the Battle Against the Tobacco Industry: New Regulations Prohibiting Cigarette Sales to Minors*, 28 *Rutgers Law Journal* 709, 727 (1996-1997).

[37] See Thaddeus Mason Pope, *Balancing Public Health Against Individual Liberty: The Ethics of Smoking Regulations*, 61 *University of Pittsburgh Law Review* 419, 465 (1999-2000).

[38] 参见月儿:《香烟广告与未成年人》,《国外社会科学》2002 年第 6 期,第 86 页。

[39] 参见[美]道格拉斯·C. 诺思、罗杰尔·L. 米勒著:《我们身边的经济学》,张军、夏业良译,学林出版社 1998 年版,第 68-80 页。

但却并未对“是否允许烟草赞助及促销活动”“是否允许在烟草专卖点店堂内发布烟草广告”等问题作出回应。而对前述限制措施正当与否的判断,同样应将其置于与实现维护公共利益的目标是否成比例的项下进行:

首先,禁止在大众传播媒体以及公共场所等情形下做直接或间接烟草广告是限制烟草广告措施中最为主体的部分,虽然该类措施直接限制了烟草经营者商业言论自由的主体性权利,但是其对于维护广大公民身体健康利益而言却是必须且适度的。大众传媒与公共场所是发布广告的主要媒介和场所,由此发布的广告对包括未成年人在内的广大消费者影响都十分直观、普遍且深刻。限制烟草广告在这些场所和媒介上传播,既可以从主体部分上消除未成年人接触烟草广告的可能,又能从一般意义上避免未接触过香烟的普通消费者受烟草广告影响而吸烟。因此,该项限制措施对于维护公民身体健康这一重大公共利益而言是符合比例的。

其次,禁止烟草赞助等活动,以及禁止在烟草专卖点做店内广告,则不仅对于维护公共利益的作用较为有限,而且可能过度压缩商业言论自由的空间,从而使得该两项措施不成比例。烟草赞助活动对烟草本身的宣传作用较为间接,通过赞助活动使相关品牌获得认知的方式,对成年人而言稍易理解,对未成年人则十分隐晦。而专卖点的店内广告更是受限于宣传的范围和方式,往往对前来购买香烟的烟民具有一定吸引力,对普通大众消费者的宣传作用则并不明显,故只需严格控制烟草专卖点的设置即可,如学校附近不允许销售香烟。^[40] 如此,定点店内烟草广告不仅可以降低对未成年人的影响,而且还能使不同品牌烟草的相关信息得以展示,进而保障前来购买香烟的消费者享有充分的知情权。故广告法中不应直接禁止烟草赞助活动以及烟草专卖点的店内广告。

最后,从宏观上看,就烟草广告“禁限之争”的问题,由于对烟草广告采取严格限制措施足以抑制其可能产生的负面影响,同时也更能兼顾烟草经营者和消费者的利益,故而无须对烟草广告予以全面禁止。一方面,如前所述,并非所有限制烟草广告的措施都能对维护公民健康利益产生显著影响,或与维护公共利益的目标成比例。事实上,我国广告法采取的严格限制措施已经足以消除烟草广告带来的负面影响,至于其他无法消除的部分公共风险,更多是由烟草本身造成的,应当通过禁烟、提高烟草税等配套措施来解决。亦即,“与其限制烟草广告,倒不如提高烟草税,事实证明,这对于控制和减少吸烟人数更有效”。^[41] 另一方面,在采取具体限制措施时,其他主体的利益也应当得到兼顾。一是在烟草仍作为合法产品的情况下,烟草经营者的商业言论自由应当得到最起码的尊重。“不管其内容如何,言论自由权都是比出售一种产品或行为更为神圣和有价值的民主权利。但这并非说政府限制言论自由——任何一种言论,比宣布某种引起反对的产品或行为违法要少一些暴虐压制的色彩。”^[42] 二是在烟草消费者仍然存在的情况下,特定区域和范围内的烟草广告可以使一部分在所难免的烟民选择更适合自己的香烟品牌,包括尼古丁、

[40] See *Lorillard Tobacco Company v. Reilly*, 533 U. S. 525 (2001).

[41] Jennifer Costello, *The FDA's Struggle to Regulate Tobacco*, 49 *Administrative Law Review* 671, 689 (1997).

[42] [美]理查德·克鲁格著:《烟草的命运——美国烟草业百年争斗史》,徐再荣等译,海南出版社 2000 年版,第 780 页。

焦油等有害物质含量更低的香烟产品。^[43] 因此,对烟草广告采取限制措施而非全面禁止,既可以在一定程度上维护经营者的商业言论自由,又可以使消费者的选择权获得最基本的保障。

综上所述,在“新四步分析法”的理论框架下可以得出如下结论:对于烟草广告的“禁/限之争”,应当采取严格限制而非全面禁止的态度;在具体的限制措施中,禁止在大众传播媒体以及公共场所等情形下做直接或间接烟草广告符合“新四步分析法”的要求,而对于烟草赞助等活动以及烟草专卖点的店内广告,则《广告法》第 22 条应当予以承认。

(二) 限制药品广告措施的合理性检验

《广告法》第 15 条对药品广告作了明确限制,一是绝对禁止发布任何有关麻醉药品、精神药品等广告;二是相对禁止处方药广告的发布,即处方药广告只能发布在指定的医药学专业刊物上,而不能向公众发布。这些措施直接限制了药品生产商和销售商在国内发布相关广告的商业言论自由,那么,这些限制措施又是否合理正当? 本文认为,这一问题同样可在“新四步分析法”的框架下予以思考:

第一步,特殊药品广告这类商业言论是否会损害第三人利益或公共利益? 从立法原意来看,特殊药品的使用应当十分谨慎,如果允许特殊药品进行广告宣传,则可能造成消费者的不当使用。例如,按照全国人大法工委的释义,“处方药只能由医师针对每个患者的特定病症决定使用;没有医药专业知识的患者自己使用处方药,可能引发不必要的毒副作用,甚至危及生命安全。因此,处方药的广告宣传只能以医师等医药学专业人士为对象,且只能在指定的医药学专业刊物上作介绍”。^[44] 可见,立法者之所以限制甚至禁绝特殊药品广告,主要担心相关药品在广告宣传作用下被滥用,进而危及公民的生命健康安全。因此,限制特殊药品广告是为了保护不特定多数公民的生命健康安全利益。

第二步,特殊药品广告这类商业言论所能带来的利益与公民的生命健康安全利益更重要? 药品广告除可为药品生产商、销售商带来经济利益外,还能在激励创新、鼓励竞争等方面发挥作用。例如,有研究表明,药品广告有利于加快先进新药物的入市,^[45] 同时消除市场竞争和技术创新的壁垒,^[46] 并培育更具医药专业知识的消费者群体。^[47] 虽然从长期来看,药品广告带来的经济利益、创新利益以及竞争利益等均可更好地服务于消费者,但是基于“人作为目的而非手段”的考虑,^[48] 当特殊药品广告可能危及公民的生命健康安全时,后者利益显然更为重要。

[43] See Caroline Reid, Freedom of Expression, Commercial Expression and Tobacco in Canada, 39 *Victoria University of Wellington Law Review* 343, 362 (2008).

[44] 郎胜主编:《中华人民共和国广告法释义》,法律出版社 2015 年版,第 30 页。

[45] See Keith B. Leffler, Persuasion or Information? The Economics of Prescription Drug Advertising, 24 *The Journal of Law and Economics* 45, 73-74 (1981).

[46] See Lars Noah, Truth or Consequences?: Commercial Free Speech vs. Public Health Promotion (at the FDA), 21 *Health Matrix* 31, 33-35 (2011).

[47] See Tamar V. Terziant, Direct-to-Consumer Prescription Drug Advertising, 25 *American Journal of Law & Medicine* 149, 167 (1999).

[48] [德]康德著:《道德形而上学原理》,苗力田译,上海人民出版社 2012 年版,第 37 页。

第三步,采取限制措施可否达成前述利益保护之目的?有学者认为,特殊药品使用不当所造成的严重后果似无法以完全禁绝广告的方式避免,关键是建立此类药品的特殊管控制度,故限制性广告法规与所欲达成的目的可能不符合适合性原则。^[49]对此,本文认为,虽然建立特殊药品管控制度是杜绝药品滥用最为直接且有效的方法,但是,禁限特殊药品广告也能在一定程度上防止消费者因受广告误导而滥用特殊药品。尤其在患者已经掌握特殊药品的情况下,夸大其词的广告宣传更容易击垮重症患者的心理防线,^[50]从而使其对特殊药品过度使用和依赖。

第四步,该限制措施是否成比例?从绝对禁止的措施来看,广告法旨在防止消费者遭受麻醉药等特殊药品的侵害,但事实上,即便不采取全面禁止广告的措施也能达成上述目的。例如,在日本法上,麻醉药等特殊药品均被允许在专业刊物上刊登广告,^[51]因为这并不会对专业人士造成损害。可见,我国广告法中的全面禁止措施值得反思。从相对禁止的措施来看,对方药广告的管控同样可以进一步放松。随着消费者认知能力的不断提高,尝试让消费者掌握更多信息并进行自主选择才是市场经济下消费者教育制度的应有之义。正如布莱克曼法官在“处方药广告案”中陈述的那样:^[52]市场经济中的消费者享有接受商业信息的权利,如果以让消费者处于浑然无知的状态为代价来保护药剂师的专业水平,这毫无疑问是一种家长式(paternalistic)的做法,这种做法并非最优选择。事实上,我们真正应该做的,是将完整的信息告诉消费者,让其自行判断和选择,而不是彻底关闭这些有价值的信息通道。可见,我国广告法有必要适当放开处方药广告发布的场所和方式,而不应仅限于医药学刊物。与此同时,通过配套制度来兼顾消费者的知情权、健康权以及药品厂商的商业言论自由,例如,在发布处方药广告时要求必须在广告中详细说明处方药的危害,并着重提示消费者注意等。

综上所述,在“新四步分析法”的判断下,我国《广告法》第 15 条关于特殊药品广告绝对禁止和相对禁止均应适当放开。其中,绝对禁止应当放宽至允许其在专业刊物上进行广告;而相对禁止则应逐渐放宽至允许处方药广告在大众场合刊登,并同时在广告中附带对方药危害的警示说明。

(三) 实施转基因食品强制标识制度的合理性检验

由于转基因食品强制标识制度是强制实施商业言论的典型,故在适用“新四步分析法”时,各步骤中的言论特指“不为一定言论”的情形。如前所述,在对待转基因食品是否标识及如何标识的问题上,不同国家在强制标识和自愿标识之间作出了不同选择,而我国《食品安全法》第 69 条采取的强制标识制度也存在争议,因此,有必要将这一制度在“新四步分析法”中进行衡量,以评判转基因食品强制标识制度是否合理。

第一步,转基因食品经营者的沉默言论是否损害了第三人利益或公共利益?经营者

[49] 参见应振芳著:《商业言论及其法律规制》,知识产权出版社 2016 年版,第 95-96 页。

[50] See Don R. Pember, *Mass Media Law*, 13th edition, The McGraw-Hill Companies, 2003, p. 532.

[51] 参见日本《麻醉药品及精神药品取缔法》「麻醉薬及び向精神薬取締法です」第 29 条之 2、第 50 条之 18。

[52] See *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U. S. 748 (1976).

不披露转基因信息损害的是消费者的知情权、选择权等利益以及整个社会对于潜在风险的防范利益。一方面,就消费者利益而言,消费者在不知情时食入转基因食品将损害其自主选择的利益。例如,在转基因西红柿中插入鱼的基因以延长西红柿的保质期,若对鱼过敏的消费者食用了该西红柿,那么他将很难发现致敏源。^[53] 因此,如果没有对转基因成分进行标识,将会很大程度地增加人们发现过敏源的难度,进而压缩消费者自主选择的空间。另一方面,就风险预防利益而言,由于对转基因食品安全性的风险评价尚存在科学不确定性,^[54] 故风险预防原则要求提前对风险不确定的转基因食品保持时刻关注,但是,经营者的沉默言论使得转基因食品的身份无法识别、来源无所追溯,一旦发生先前未预见的风险,则难以有效应对。因此,经营者的沉默言论会损害社会预防风险的利益。由此可见,转基因食品经营者的沉默言论会对以上两种利益造成损害。

第二步,沉默言论带来的利益与第三人利益或公共利益谁者优先? 根据有关实证数据分析显示,在强制标识政策下,消费者更加偏好非转基因食品,^[55] 故经营者不披露转基因信息所带来利益主要体现为经济利益。但是,这种经济利益与消费者知情权、选择权等利益以及社会风险预防利益相比,则应居于劣后次位。转基因食品作为基因技术发展下的产物,本质上应该更好地服务于人,而非造成不便。正如爱因斯坦所言:“关心人的本身,应当始终成为一切技术奋斗上的主要目标,关心怎样组织人的劳动和产品分配这样一些尚未解决的重大问题,用以保证我们的科学思想的成果会造福于人类,而不致成为祸害。”^[56] 因此,在转基因食品强制标识制度中,消费者知情权、选择权等利益以及社会风险预防利益优先于经营者沉默言论带来的经济利益。

第三步,采取强制标识的限制措施可否达成前述利益保护之目的? 有学者通过数学建模的方式,对转基因食品标识、信息政策对消费者福利的影响展开研究,其研究结论表明,在一个市场经济和法制尚不完善、厂商机会主义行为比较普遍的环境下,采取强制标识政策将更能保障消费者的利益。^[57] 在强制标识制度下,转基因食品外包装上均标注有“转基因”字样,这不仅有利于保障消费者的知情权和选择权,而且有利于社会大众时刻监督转基因食品的安全情况,以使具有潜在不确定性风险的食品便于识别和追溯。

第四步,采取强制标识的限制措施是否成比例? 从理论上讲,强制标识措施作为一种信息规制工具,在所有规制工具中(尤其相对于事前审批、标准等规制工具而言),是政府干预程度最轻、最柔和的一种规制工具。^[58] 从实践来看,转基因食品中的强制标识成本

[53] See Katharine Van Tassel, the Introduction of Biotech Foods to the Tort System: Creating a New Duty to Identify, 72 *University of Cincinnati Law Review* 1645, 1679 (2003-2004).

[54] 参见王明远、金峰:《科学不确定性背景下的环境正义——基于转基因生物安全问题的讨论》,《中国社会科学》2017年第1期,第125-142页。

[55] See Linlin Fan, Andrew W. Stevens & Betty Thomas, Consumer Purchasing Response to Mandatory Genetically Engineered Labeling, 110 *Food Policy* 1, 1-18 (2022).

[56] [美]爱因斯坦著:《爱因斯坦文集》(第三卷),许良英等编译,商务印书馆1979年版,第73页。

[57] 参见马琳著:《转基因食品标识与信息的政策效应研究——基于中国消费者的实验经济学实证分析》,中国社会科学出版社2014年版,第78页。

[58] 参见[美]安东尼·奥格斯著:《规制:法律形式与经济学理论》,骆梅英译,中国人民大学出版社2008年版,第152-153页。

尚在可控范围之内。例如,加拿大魁北克农业、渔业和食品部门的研究显示,转基因食品强制标识项目使魁北克的食物工业每年耗费在 2380 万美元左右;而之前的食品工业的研究表明,强制标识将导致 8 亿多美元的耗损,估算的数据明显被夸大了。^[59] 可见,不论在理论还是实践层面,采取强制标识的限制措施都是符合比例的。

综上所述,我国《食品安全法》第 69 条采用转基因食品强制标识制度符合“新四步分析法”的要求,该种限制经营者商业言论消极自由的措施具有正当性。

五 结 论

市场经济条件下的商业言论可以有效传递市场信息,但是这些信息却有可能因涉及社会公共利益而被管制。在实践中,公权机关经常基于公共利益需要而在市场准入环节即对可能造成负面影响的商业言论予以剔除,或者要求可能有利于市场主体的商业言论强制进入,由此形成禁止实施商业言论(如禁限烟草广告、药品广告)和强制实施商业言论(如确立转基因食品强制标识制度)两种类型,以分别限制商业言论的积极自由与消极自由。但是,不论禁止实施商业言论还是强制实施商业言论,相关限制措施是否合理均需借助一定方法予以检验。域外“四步分析法”对保护商业言论自由意义显著,但该方法存在一定缺陷,故需对其与比例原则进行双向改造方能适用于我国实践。

改造后的“新四步分析法”以如下方式呈现:第一步,先判断某一商业言论是否损害第三人利益或公共利益,如无损害则不许限制;如有损害,则进行第二步的利益衡量判断。第二步,根据利益衡量判断的结果,如商业言论本身的利益更值得保护,则不允许限制;如第三人利益或公共利益更值得保护,则允许限制,从而进入到第三步的判断。第三步,即判断该项限制措施是否能实现公权机关所欲达成之目的,如不能,则不允许采用该限制措施;如可以,则进入第四步的判断。第四步,即判断采取的该项限制措施是否成比例,如不是,则不允许采用该限制措施;如是,则可以采用。在“新四步分析法”的依次检验下,可以得出如下结论:第一,对于烟草广告的“禁/限之争”,应当采取严格限制而非全面禁止的态度;在具体的限制措施中,禁止在各类大众传播媒体以及公共场所等情形下做直接或间接烟草广告符合“新四步分析法”的要求,而对于烟草赞助等活动以及烟草专卖点的店内广告,则《广告法》第 22 条应当予以承认。第二,《广告法》第 15 条关于特殊药品广告的绝对禁止和相对禁止均应适当放开。其中,绝对禁止应当放宽至允许其在专业刊物上进行广告;而相对禁止则应逐渐放宽至允许处方药广告在大众场合刊登,并同时在广告中附带对处方药危害的警示说明。第三,《食品安全法》第 69 条采取的转基因食品强制标识制度符合“新四步分析法”的要求,该种限制经营者商业言论消极自由的措施具有正当性。

[本文为作者主持的 2022 年度国家社会科学基金后期资助项目“商业言论自由法律规制研究”(22FYB023)的研究成果。]

[59] See Report Shows Cost to Label Genetically Engineered Food is Overblown, The Montreal Gazette, 19 March 2007.

Regulatory Boundaries of the Freedom of Commercial Speech

[**Abstract**] The freedom of commercial speech is the ideological market freedom in the field of the market economy, and the reasonable division of its regulatory boundary is an important basis for protecting the legitimate rights and interests of operators and maintaining the order of market competition. From the point of view of the form, the regulation of the freedom of commercial speech by public authorities is mainly manifested in restrictions on positive freedom and restrictions on negative freedom. The former includes restrictions on market access of tobacco advertising and drug advertising, and the latter includes the use of a mandatory labeling system for genetically modified food. The reasonableness of such restrictive measures should be tested by certain methods. Foreign courts have developed a representative method of “four-part analysis” in the judicial review of government regulation of commercial speeches, but it is difficult to directly apply this method in Chinese legal practice. Through the bidirectional transformation between “four-part analysis” and the principle of proportionality, a “new method of four-part analysis” that conforms to the objective reality of China can be developed. The first step of the analysis is to judge whether a certain commercial speech damages the interests of a third party or the public. If the answer is no, no restriction may be imposed on such speech. If the answer is yes, the analysis enters the second step, namely interest measurement. If the interest of a commercial speech itself is more worthy of protection than the interest of a third party or that of the public, restriction on such a speech is not allowed; otherwise, the analysis enters the third step, namely the judgment of whether the restrictive measure can achieve the purpose that public authorities intend to achieve. If the answer is no, the restriction is not allowed. If the answer is yes, the analysis enters the fourth step, that is, the judgment of whether the restrictive measure taken is proportional: if not, the restrictive measure is not allowed; if yes, the restrictive measure can be taken. Through the test with this new method, the following conclusions can be drawn: (1) the attitude of strict restriction rather than total prohibition should be adopted toward tobacco advertising. Among the specific restrictive measures, the prohibition of tobacco advertising in all types of mass media and public places is reasonable, while tobacco sponsorship activities and in-store advertising of tobacco monopoly outlets should be allowed. (2) The absolute and relative restrictions on the advertising of special drugs should be appropriately relaxed. Among them, absolute restrictions should be relaxed to allow advertising in professional journals; relative restrictions should be gradually relaxed to allow the advertising of prescription drugs in public places, with warnings about the dangers of such drugs. (3) The mandatory labeling system of genetically modified food meets the requirements of the “new method of four-part analysis” and is a legitimate measure to restrict the negative freedom of commercial speech of operators.

(责任编辑:支振锋)