

解釋字號	釋字第414號
解釋公布院令	中華民國 85年11月08日
解釋爭點	藥事法等法規就藥物廣告應先經核准等規定違憲？
解釋文	<p>藥物廣告係為獲得財產而從事之經濟活動，涉及財產權之保障，<sup>1</sup>並具商業上意見表達之性質，惟因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，應受較嚴格之規範。藥事法第六十六條第一項規定：藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請省（市）衛生主管機關核准，旨在確保藥物廣告之真實，維護國民健康，為增進公共利益所必要，與憲法第十一條及第十五條尚屬相符。又藥事法施行細則第四十七條第二款規定：藥物廣告之內容，利用容器包裝換獎或使用獎勵方法，有助長濫用藥物之虞者，主管機關應予刪除或不予核准，係依藥事法第一百零五條之授權，就同法第六十六條相關事宜為具體之規定，符合立法意旨，並未逾越母法之授權範圍，與憲法亦無牴觸。</p>
理由書	<p>藥物廣告係利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的，<sup>1</sup>乃為獲得財產而從事之經濟活動，並具商業上意見表達之性質，應受憲法第十五條及第十一條之保障。言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範。</p> <p>藥事法第六十六條規定：「藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請省（市）衛生主管機關核准，並向傳播業者送驗核准文件。傳播業者不得刊播未經省（市）衛生主管機關核准之藥物廣告。」旨在確保藥物廣告之真實，維護國民健康，其規定藥商刊播藥物廣告前應申請衛生主管機關核准，係為專一事權，使其就藥物之功能、廣告之內容、及對市場之影響等情事，依一定程序為專業客觀之審查，為增進公共利益所必要，與憲法第十一條保障人民言論自由及第十五條保障人民生存權、工作權及財產權之意旨尚屬相符。又藥事法施行細則第四十<sup>2</sup></p>

七條第二款規定：藥物廣告之內容，利用容器包裝換獎或使用獎勵方法，有助長濫用藥物之虞者，主管機關應予刪除或不予核准，係依藥事法第一百零五條之授權，為執行同法第六十六條有關事項而為具體之規定，符合立法意旨，並未逾越母法之授權範圍，亦未對人民之自由權利增加法律所無之限制，與憲法亦無牴觸。惟廣告係在提供資訊，而社會對商業訊息之自由流通亦有重大利益，故關於藥物廣告須先經核准之事項、內容及範圍等，應由主管機關衡酌規範之必要性，依比例原則隨時檢討修正，併此指明。

大法官會議主席 院長 施啟揚

大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄  
林永謀 林國賢 施文森 城仲模  
孫森焱 陳計男 曾華松 董翔飛  
楊慧英 戴東雄 蘇俊雄

意見書、抄本  
等文件

部分不同意見書： 大法官 吳庚 蘇俊雄 城仲模

本件作為違憲審查主要對象之藥事法第六十六條第一項規定：「藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請省（市）衛生主管機關核准，並向傳播業者送驗核准文件。」此項規定所涉及之憲法問題有二：一係憲法第十一條所保障之言論自由，是否包括以銷售物品、勞務、創意等俾獲取利潤之商業言論（commercial speech）在內，一係刊播前應得主管機關許可之所謂事前審查制（prior censorship, Voroder Präventivzensur）是否為憲法之所許。上述問題，多數意見或語焉不詳或有意省略，有進一步闡述之必要。

憲法關於人民基本權利之規定通常僅為原則（Prinzip）之宣示，而欠缺具體之規制（Regel），此種情形以我國憲法最為顯著，現行憲法第二章第十條以次，均祇宣稱人民有何種權利，至於各該權利之範圍為何？其涵蓋之構成事項究何所指？概付闕如。對於如何確定各個基本權之保障範圍，在基本權理論上素有廣義說及狹義說之分（註一）。廣義說主張就憲法基本權條款所宣示之原則，依概念分析之結果，其所涵蓋之構成事項，皆屬於各該基本權之保障範圍，至於發生具體之基本權事件是否與受保障之構成事實相當，換言之，法律對此等基本權事件所為之限制合憲與否，應從相關法益均衡保障之觀點，予以判斷，亦即運用比例原則審查其合憲性。狹義說則謂憲法基本權條款之保障範圍，應先將憲法上與之相對立之原則或依照一般法律原則所保障之客體排除後，所留存之構成事項，始屬各該基本權實際之保障範圍。舉例言之，維護公共利益與保障個人言論自由乃憲法上相對立之原則，而國防機密之保護為公共利益之一環，若依狹義說，洩漏國防機密即不在言論自由之保障範圍。上述學說對闡釋本件聲請釋憲案與檢討比較法上相關問題有概念上釐清之作用，故先作說

明。

美國法制對言論自由保障之周全，舉世國家殆無出其右者，但並非一切言論皆屬其憲法增修條文第一條所保障之對象。譬如猥褻性、瀆神性、挑釁性言論即排除於該條保障之外（註二），是故在概念詮釋及歸類上，美國之制與前述狹義說有相似之處。至於商業言論，尤其屬於純粹商業廣告，聯邦最高法院昔日並未認為應受增修條文第一條所保障（Valentine V. Chrestensen [316 U.S. 52(1942)]一案足為表徵），其後基於商業資訊之自由流通、保護消費者利益，乃企業自由制度下不可或缺之考量，將言論自由保障擴及商業廣告，並對限制藥物作價格宣傳之州立法，宣告違憲（Virginia State Bd. of Pharmacy V. Virginia Citizens Consumer Council Inc. [425 U.S. 748(1976)]一案具有指標作用），商業言論亦有增修條文第一條之適用，在一九七〇年代中期以還遂成定則。然商業言論其受保障之程度究無法與本質上為意識形態或教育性之言論等量齊觀。蓋商業言論通常以追求經營者之利潤為主要目的，難免有內容不實或對公眾誤導之作用，而其他種類之言論則無須顧慮上述情形。質言之，限制商業言論，僅須證明實質的政府利益（substantial government interest），而限制他種言論則必要具有迫切的正當理由（compelling justification），始能獲得法院之支持（註三）。雖然如此，美國法院之此一立場，亦遭受各方之批評，而聯邦最高法院近年已有對限制商業言論之措施從嚴審查，俾此類言論亦能受較多保障之見解（註四）。

關於基本權之保障範圍，德國優勢之學說係採廣義說（註五），實務上亦未將商業廣告排除於基本法第五條意見自由保障範圍之外（參照聯邦憲法法院之案例 BVerfGE 30, 336, 352）。蓋推銷產品或勞務之廣告固屬追求經濟上利潤為目的，但並不因此而謂廣告非意見之一種，保障經濟事務領域意見之表達及形成，與其他事務之領域並無軒輊，尤其將經濟上之意見與意識形態嚴加以區別，為事實所難能，故不應存在差別之待遇。設若將商業廣告視為性質特殊而加以限制，則對於反駁或呼籲杯葛某一廣告之意見，是否亦應限制乎？果真如此，則循環不已，尚有何意見自由可言！（註六）。

我國憲法對人民權利之保障，無所謂「清單上權利」與「清單外權利」之分，憲法第七條以次之規定或類似他國憲法之權利清單，但憲法第二十二條稱：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障」，將第七條至第十八條所列舉以外之一切權利，使用概括規定加以保障。至於對各種權利之限制，則採憲法直接限制及間接限制二種方式（註七），前者如憲法第十七條之參政權，依第一百三十條則限制年滿二十歲始有選舉之權，年滿二十三歲有被選舉權；後者則為憲法委由法律限制之謂，憲法第二十三條即屬典型之憲法間接限制。基於憲法直接限制，不生是否違憲問題，有違憲疑義而須由本院大法官審查者，皆屬間接限制之法律有無牴觸憲法第二十三條或其他條文之案件。本院受理此類案件，一向以限制人民權利之法規是否

違背憲法保障人民權利之意旨，尤其是否符合憲法第二十三條之法律保留原則及比例原則為衡量標準，並未以聲請案件所述之事項不在憲法第二章某一條規定之列，將其摒除於相關權利保障範圍之外，從而認為法規自得任意予以限制，此種釋憲方法，顯屬前述之廣義說。新近公布之釋字第四〇七號解釋，亦僅認定主管機關對出版品記載如何始構成猥褻之釋示尚未達違憲程度，而非謂猥褻之出版品不屬憲法第十一條之保障範圍，便是相當於廣義說之一種運用。本件多數通過之解釋遵循本院一貫之立場，不採所謂商業廣告或藥物廣告非屬言論自由保障範圍之主張，自應予以支持。蓋此種詮釋方法不僅符合我國憲法之理論體系，抑且解除戒嚴為時未久，人民基本權利之保障猶待加強，若採狹義說以除外方式，將若干行為排除在該當權利的保障範圍之外，此例一開，後果不堪設想。

其次，關於言論之事先審查問題，任何出版品須取得官署之執照始能公開發行，可謂事先審查制度之濫觴，英國首先於十七世紀末完成此一制度之建立。從此事先審查遂成為各國專制君主箝制言論思想之有效工具，惡名昭彰，亦為反對專制主義者必去之而後快的目的。是以奧國立憲伊始，於一八六七年十二月二十一日制定之國家基本法（*Staatsgrundgesetz*）第十三條第二項規定：「出版不得為檢查，亦不得採許可制度加以限制。國內刷品之流通不得適用行政上之郵政禁止手段。」此項法律，至今仍為奧國憲法上之有效條款，依該國憲法法院之裁判，戲劇、電影、廣播均不得事先檢查，甚至基於保護青少年而實施亦為憲法所不許（*Vfslg 6615/197 1, Vfslg 8461/1978*）（註八）。今日美國所謂之事先審查，固然包括出版品須經官署許可方得發行，但亦兼指撤銷執照禁止出版而言。與大陸法系國家將事先審查單純界定為出版物或其他精神作品在發行或散布之前，其內容應經官署審查及准許，有所不同。美國憲法增修條文第一條雖未明文禁止事先審查，但一般認為基於憲法該條保障言論及出版自由之精神，事先審查基本上應予禁止，祇有猥褻性言論等極少數情形允許存在。一九三一年之一項案件針對授權行政官員就曾經刊載淫穢或惡意誹謗言論之刊物，雖得申請法院發給禁制狀（*injunction*），但禁止其出版之州立法，聯邦最高法院仍為構成違憲（*Near v. Minnesota ex rel. Olson* [283 U. S. 697 (1931)]）。實際上美國此種限制方式依然與大陸法系國家不可同日而語，因為本質上並非內容之事先審查，而係根據已出版之內容，禁止其將來發行，相當於撤銷執照，此其一；禁止必須由行政官員向法院請得令狀為之，與大陸法系國家之由行政機關以單方行政行為逕行查禁之情形有別，此其二。直至一九七〇年代美國通過一系列法律擴大聯邦貿易委員會（*Federal Trade Commission*）職權，為保護消費者，該委員會得發布管制商業廣告之規章，並有權頒發類似禁制狀之禁止令（*cease and desist order*），以代替向法院聲請令狀（註九）。惟應注意者，上述委員會原本具有準立法及準司法機關之性質，制定規章或頒發禁令又須踐行聽證等相關程序，自有其防止濫用權限之機制。在出版品未刊出前即施予查驗，合乎官署所訂標準者，始可刊行，乃係對言論或出版自由之嚴厲限制，「事先審查之控制及核准過



程之存在足以癱瘓精神生活」(德國聯邦憲法法院判決 BVerf GE 33 之用語)。戰後之西德及日本既無美國保障自由與人權之傳統，兩國憲法遂均直接明文禁止事先審查，以防舊日極權制度之復活，故德國即使影片之類出版品，主管機關實施事先審查，亦認為違背其基本法第五條第一項之規定(見前引之聯邦憲法法院判決)。日本尚存之教科書審定制，本質上屬於日本憲法第二十一條第二項所禁止之「事先檢閱」，其合憲性素有爭論，該國法院或以經教科書審定不合格者，原稿仍可以一般圖書而出版，並不受限制等理由，而認其尚未違憲(東京高等裁判所一九八六年三月十九日之判決)。由此可知，由於事先審查制度對言論及出版自由侵害之嚴重性，已為先進國家所不能容許。

如前所述，憲法第二十三條所揭櫫之比例原則，素為本院大法官審查法規違憲之基準。就本件而言，所謂比例云者，維護國民健康與個人表現自由營業利益之均衡，固屬應予考慮之因素，惟若遇有多種限制手段可供制定法律之選擇時，應採用對憲法原則及個人權利侵害最輕微之手段(das geringste Mittel)，且性質相同之事件法律所採取之限制手段不應有明顯之差異，否則均與比例原則有悖。抑制誇大不實之廣告，主要有賴事後之處罰，而非事先審查，若無較重之罰則規定，其不遵守審查結果，照原意刊播，主管機關能奈之何？藥品必須經檢驗合格，始能上市，尚且顧慮廣告誤人，試問各類食品或所謂健康食品多未經查驗，即可販賣，對人體健康之影響，恐不下於藥物，何以不事先審查食品之廣告，而僅採用事後追懲之手段(見食品衛生管理法第二十條、第三十三條第二款)？再者藥品既經事前檢驗合格，廣告縱有誇大其辭，購買者除花費金錢之外，照其仿單使用，有何「明顯而立即之危險」可言，以致於須動用已為先進國家禁絕之事先審查乎？又廣告之方法原本多端，若藥物廣告採用街頭散發、設置看板、按戶郵寄或經由電腦網路等，則既非藥事法第六十六條所稱之刊載播放，主管機關如何能遂行刊播前之審查乎？環顧今日國中，藥物廣告之泛濫幾曾因主管機關有事先審查權限而稍見收斂乎？綜上所述，縱使僅對藥物廣告實施事先審查，亦難認其於憲法第十一條保障言論出版自由之意旨並無違背，有關立法及行政機關，儘可加重處罰(包括提昇至刑罰)、鼓勵相關業者之自制(包括藥商、廣告業及媒體)，執行有處方始得購買藥品等制度，以代替效果不彰又「惡名在外」之事先審查。

附註：

註一：Vg1. Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., 1994, S.278ff.

註二：參閱釋字第407號解釋大法官吳庚所提之協同意見書。

註三：cf. John D. Zelezny, Communication Law, 1993, p.379.

註四：Id., p.380.

註五：Alexy, aaO.

註六：C. Starck, Das Bonner Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1,3.Aufl., 1985, S.501

註七：此處之直接限制與間接限制不同於坊間憲法教科書習用之直接保主義與間接保障主義，蓋所謂現行憲法係採直接保障主

義，而五五憲草採間接保障主義，乃毫無意義之言，業經薩孟武氏嚴加駁斥，不假辭色，見其所著，中華民國憲法概要，台北市：臺灣聯合書局，民國四十九年，八十一頁以下。

註八：Vg1. L.K. Adamovich/B.-C Funk. Oesterreichisches Verfassungsrecht, 3. Aufl.,1985,S.409.

註九：Zelezny, op.cit., pp.387-400.

部分不同意見書：

大法官 孫森焱

#### 一、保障言論自由之理論與藥物廣告

憲法第十一條規定人民有言論之自由，其意義如何？保障之法益具何性質？此與認定商業廣告是否為言論自由所保障，所關頗切。依美國憲法增補條款第一條規定國會不得制定法律剝奪人民言論之自由；日本憲法第二十一條則規定言論自由應予保障，並不得為事前檢查。此蓋意見自由為最基本的人權，應優先受保障。惟依艾默生教授主張，意見自由所以應受保障乃因（一）意見自由為發展自我、實現自我所不可或缺者，（二）經由意見自由而相互自由討論乃追求真理，探究事實的社會過程，（三）基於主權在民之原理，國民必須確保其決定政治之必要資料，（四）保障意見自由，社會秩序之安定性方能維持（註一）。美國學者對於憲法何以保護言論自由，其追求言論自由之價值何在？因為主要觀點不同，約有三說：（一）言論自由市場說：其說謂所以保障言論自由乃因經由言論自由可以發見真理，增長知識。亦即由於言論的自由開放，真理與謬論邪說於並存競爭中，有似自由市場之機能，發生擷菁去蕪的作用，真理終將獲勝而顯現，故亦謂追求真理說。（二）健全民主程序說：其說謂保障言論自由可提供社會大眾依循民主政治程序參與政治決定時所需的資訊，民主政治因此可臻於健全發展。（三）表現自我說：其說謂言論自由之基本價值在保障個人，發展自我，實現自我，完成自我。其基本立場為個人的存在非為他人完成某種目的之工具，乃以尊重個人獨立存在的尊嚴及自由活動之自主權為目的。個人為獨立自主之人格，有權自由決其自身之一切事宜，包括自由表達自己意見而不受政府之干涉。因此，言論是否值得保護，無關對他人是否有用。對於他人不具意義的言論，亦在保護之列（註二）。以上所引艾默生教授之意見，認為言論自由之所以應受保障，無非以追求真理、使國民獲得決定政治之必要資訊為目的。惟依藥事法第二十四條規定，藥物廣告係指利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的之行為。此與自由發表言論，追求真理，使國民獲得決定政治之必要資訊無涉。藥物廣告亦與自由發表言論，經由自由市場機能，使真理與謬論並存競爭，發生擷菁去蕪的作用，毫無關連。更非為提供社會大眾決定政治事項之資訊為目的。

#### 二、商業性言論是否應受言論自由之保障，向有爭議

藥物廣告在美國雖屬商業性言論之一種，惟是否為言論自由所保

障，向為美國憲法上具爭議性之問題。聯邦最高法院判決雖曾肯定商業性言論為憲法言論自由所保障，其理由謂商業廣告雖以追求經濟利益為目的，仍屬廣告人的言論自由範圍，一方面使消費者獲得合理的經濟抉擇的資訊，達到社會資源的合理分配。一方面提供消費者充分而正確的資訊，由其決定追求經濟上或政治上最大利益的途徑云云。此項見解係著重在消費者之利益，以利消費者為正確而有益之經濟上或政治上判斷為目的。與上開表現自我說，以言論自由為保障個人發展自我、實現自我、完成自我為目的者已有偏離。聯邦最高法院在一九八六年對於波多黎各之法律禁止賭場對波多黎各居民為廣告，宣告為合憲，有學者批評其論斷已準備推翻「商業性言論為憲法言論自由權所保障」的原則。有利禁止香菸廣告之運動。綜上所述，藥物廣告與言論自由所欲保障之法益，無一相符，即使在美國亦有相當多數之憲法學者反對商業性言論為言論自由權保障的範圍（註三）。

### 三、商業性言論之性質

商業性言論所以應受保障，實係商人為促銷商品之目的，提供消費者正確而充分的資訊，使其能獲得最大利益；之所以應加限制，則係保護消費者大眾，使其不致受誇大、虛偽廣告之蠱惑。藥物廣告與國民健康之維護關係更加密切，此與言論自由係以保障個人自由表達意見而不受政府干涉為目的，實屬南轅北轍，不能相提並論。

### 四、商業性言論之意義尚欠明確

按所謂商業性言論之意義如何，學說上尚欠明瞭。學者有謂商業性言論乃指企業經營者，基於商業目的或利潤所為，廣告其商品或服務之言語或文字（註四）。本件解釋理由謂：非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障，等量齊觀云云，然則提倡「愛用國貨」為宣傳，意在鼓吹公意之形成；宗教上朝聖旅遊之廣告，與宗教信仰之表達密不可分；精鹽洗菜有無消毒功能之爭論，最近亦因廣告而引起，事涉真理之發現，亦屬不爭之事實，凡此種種，究其實，仍屬商品或服務業藉廣告方法招徠顧客，以達銷售或擴大服務之目的，為商業上促銷之手段，基本質與通常之商業性廣告又何以異？如將其歸類於言論自由範圍，則商業性言論究與其他言論自由如何劃分，已欠明瞭；將商業性言論再分為有關公意之形成、信仰之表達或真理之發現者與否二者，然後據以訂定寬嚴不一之規範，則其衡理之基準何在，尤屬費解。

### 五、藥物廣告為促銷活動之一環

實則探究商業性言論之類型，原有多種，為特定商品之販賣，以營利為目的者，最為習見；其他介紹商品知識之廣告，例如以「工商服務」名義於報刊登載當地美食、婚紗業之現況、國內外旅遊地點之特色，介紹何處舉辦商品特賣會等文章，雖不具廣告之形式，仍不失為商業性言論。至於分析商品之學術性論文，是否具商業目的，則甚有爭論餘地。本案受理者為藥物廣告之規範問題，於藥事法第二十四條就此廣告規定其意義，乃指利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的之行為。同法第七十

條更規定：採訪、報導或宣傳，其內容暗示或影響醫療效能者，視為藥物廣告。因此藥物廣告非僅為表現自我而已，主要乃在提供社會大眾獲得藥物之充分資訊，以廣招徠，銷售藥物，獲得利益。是為自由經濟體制下藥物促銷活動之一環。由於藥物之效能必須適當使用之，方能顯現，有益於健康；否則易於戕害身心。藥物廣告既以促銷為目的，動輒流於誇大虛偽之言詞，誘致消費者信以為真，若罹病者未經醫師詳細診斷，即自行購買服用，或將延誤適時接受正當治療之良機；倘有濫用情事，甚至傷及身體器官，悔之莫及。因此，自藥物廣告之本質言，與其重視廣告人之自我表現，毋寧著重於其促銷藥物，以營利為目的之特性，以保護消費者權益為中心意旨，殊難與言論自由等同視之。

#### 六、對於藥物廣告之限制為對於營業自由之限制

藥物廣告性質上屬於商業行為範圍，為私經濟行為之一環，不外獲得營業利益之手段，是從事職業之工作權之一種。藥事法第六十六條規定對之加以限制，應為憲法第二十三條規定之所許。本解釋雖得同一結論，惟以言論自由為出發點推論，則難苟同。

#### 七、外國法制於我國並非當然有其適用

按美國憲法增補條款第一條規定國家不得制定法律剝奪人民言論之自由。自一九七〇年代以後，美國聯邦最高法院始承認商業廣告應受言論自由保護之原則，惟仍應受適當之限制，政府就此制定之規範應具體而明確，即（一）商業言論不得有誤導及虛偽之內容。（二）規範目的所欲保障之公共利益為具體實質之利益。（三）規範所用之手段能直接增進該具體利益。（四）規範所用之手段限制之利益並未逾越所欲增進之具體利益。此即限制商業性言論之四要件（註五）。惟美國聯邦最高法院於受理具體案件時，因為衡量規範之寬嚴不同，其標準游移不定，學者有批評已偏離「商業性言論為憲法言論自由權所保障」之原則者，已如前述。解釋我國憲法，如亦解為凡屬商業性言論概屬言論自由範圍，將難免重蹈覆轍，豈可不慎哉！抑有進者，如將商業性言論（包括商業廣告）亦認為言論自由保護之範圍，則依憲法第二十三條規定，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。此項法律保留之原則，於限制憲法所保障之自由權利固可，若限制至極端，即與剝奪無異。按醫師法第十八條規定醫師對於其業務不得為醫療廣告，即係根本禁止醫師為「醫療言論」之表示。如是規定，已不顧及保障醫師個人表現自我、實現自我、完成自我之意願；亦未考慮提供病患充分而正確資訊之機會，其保障言論自由最低限度之核心內容已盪然無存。從而以保障言論自由之立場，殊難說明其立法意旨。實則之所以禁止醫師為醫療廣告，無非本於職業倫理而來（註六），醫師之聲譽，應係因其醫術及醫德為大眾所信賴，非依宣傳而浪得虛名，醫師執業負有社會責任，與國民健康有重大關係，因是自工作權限制其以醫療廣告擴張業務。關於醫藥廣告之限制，亦應如是觀。

#### 八、對於藥物廣告之限制，係以保護消費大眾為目的

各國憲法對於保障言論自由規定之體制容有不同。在美國尚有爭



議之理論，如逕予引進而奉為主臬，則禁止菸酒或賭博之廣告，在外國引起爭議之問題，豈亦將一併引進？藥事法第五十條雖規定須由醫師處方之藥品，非經醫師處方，不得調劑供應。惟同條但書尚有例外規定，醫療廣告宣傳之對象非僅為同業藥商、醫院、診所及其他醫療機構，尚有廣大之社會大眾。鑑於報刊、雜誌、電台、電視等傳播媒體每日介紹之藥物廣告，堪稱已至泛濫程度（註七），對於廣告之限制，與其由言論自由之立場觀察，依我國現狀，應係基於保護消費大眾之利益為重點，限制藥物廠商之營業自由，以保護國民健康為鵠的，方符適合國情之解釋。爰提出不同意見書如上。

（註一）：資料來源看李鴻禧著：言論出版自由之民主憲政意義。收錄於氏著，憲法與人權。

（註二）：資料來源看林子儀著：論自由之理論基礎。收錄於氏著言論自由與新聞自由。

（註三）：資料看林子儀著：商業性言論與言論自由。刊登於美國月刊二卷八期。

（註四）：林世宗著：商業性言論之規範。刊登於「美國憲法言論自由之理論與闡釋」（八十五年二月出版）。

（註五）：看（註三）、（註四）並石村善治著：營利的廣告自由之制限。刊登於「別冊○○○○」。

（註六）：日本大審院大正十四年三月十一日刑事判決謂：「此項廣告為吸引病患，動輒附帶誇大虛偽之詞，致有發生蠱惑世人弊端之虞，抑且有似以如此事實為廣告而招攬病患，實非所以維持醫師之品位及體面所當為，自有取締之必要。」此項見解為嗣後之日本判例及學說所接受。看野田寬著醫師法上冊一八二頁（日本平成四年十一月二十日初版第三刷）。

（註七）：黃丁全著醫師法（月旦出版社股份有限公司八十四年十一月出版）二〇三頁引用一九八八至一九八九年中廣廣告年鑑之記載謂：「以七十七年度為例，醫療保健類廣告在三家電視媒體廣告費用，一年約十五億六千二百四十萬七千元，約佔全部廣告百分之十三點六七」，以上僅止「三家電視媒體」之廣告費用而言。如合計「第四台」、報刊、雜誌及廣播媒體之廣告，其金額當甚可觀。

補充說明：民八十五年十月二十六日國內報紙刊載：衛生署表示「賜寶壯」、「猛精多」、「生機久」、「生精寶」、「補士壯」五種壯陽廣告標榜含有野公牛睪丸素、種豬睪丸、蛇鞭、牡蠣、海豹精、鹿茸、肝精等成分，均屬誇大療效的不實宣傳。衛生署並未核准任何「春藥」云云。按：消費者對此廣告之產品實難辨別究為營養補充劑、抑或對身體機能有特殊療效之藥品。消費者健康的維護，應防範其被侵害於未然，殊非於其受侵害之後再圖謀如何追究責任。如何補償之方法。



[藥事法第66條第1項、第105條 \( 82.02.05 \)](#)



[藥事法施行細則第47條第2款\(83.09.21\)](#)

## 相關文件

抄百○康股份有限公司代表人王○○聲請書

受文者：司法院

主 旨：為行政法院八十四年度判字第二五五八號判決、台北市政府衛生局八十三年九月三十日八十三北市衛四字第五五六四一號處分書適用藥事法第六十六條，藥事法第六十六條違反憲法專業分權原則，由不應具處分權限之機關處分罰鍰，侵及聲請人財產權，違反憲法第十五條「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」藥事法第六十六條應屬無效。藥事法施行細則第四十七條第二項牴觸母法，應屬無效。爰依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款「人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。」之規定，聲請解釋憲法事。

說 明：

一、聲請解釋憲法之目的：

( 1 ) 台北市政府衛生局八十三年九月三十日八十三北市衛四字第五五六四一號處分引用藥事法第六十六條，藥事法第六十六條未清楚界定衛生主管機關之權責，違反憲法。該處分依據違反憲法之法律而為處分，應屬無效。

( 2 ) 行政法院八十四年度判字第二五五八號判決援引前揭無效之法律，並為駁回原告之訴，其不當處業至明確，違反憲法保障人民財產權之旨，應予釋示糾正。

二、本件事實之性質與經過及涉及之憲法條文：

( 1 ) 聲請人於八十三年八月，於長春雜誌刊登如附件一所示之廣告。爭議部分以外之廣告內容均於事前送審，僅「慶祝周年慶，父親節，八月一日至八月三十一日，凡於此期間購買本公司富士低週波治療器則送台北至韓國濟州島來回機票抵用券三千元」部分，聲請人認為該部分非屬衛生主管機關之權責，未予送審。

( 2 ) 台北市政府於八十三年九月三十日以八三北市衛四字第五五六四一號處分書認受處分人於長春月刊刊登「慶祝周年慶，父

親節，八月一日至八月三十一日，凡於此期間購買本公司富士低週波治療器則送台北至韓國濟州島來回機票抵用券三千元」，違反藥事法第六十六條第一項之規定，處罰鍰新台幣參萬元整（附件二）。

（3）經聲請人申請復核，台北市政府衛生局於八十三年十月十九日以八三北市衛四字第五九七三一號函示認為聲請人之申請無理由，應維持原處分（附件三）。

（4）經聲請人提出訴願，台北市政府於八十三年十二月二十一日以八三府訴字第八三〇七九二二二號訴願決定書決定訴願駁回，維持原處分（附件四）。

（5）經聲請人提出再訴願，行政院衛生署以衛署訴字第八四〇〇九二八三號再訴願決定書決定再訴願駁回，維持原處分（附件五）

（6）經聲請人向行政法院提起行政訴訟，經行政法院以八十四年度判字第二五五八號判決原告之訴駁回，原處分及判決因此確定（附件六）。

（7）經聲請人提出行政訴訟再審，行政法院以八十五年度判字第五八號判決再審之訴及停止執行之聲請均駁回（附件七）。

### 三、對本案所持之立場與見解：

（1）現行藥事法第六十六條第一項規定「藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請省（市）衛生主管機關核准，並向傳播業者送驗核准文件」，藥事法第四條規定「本法所稱藥物，係指藥品及醫療器材」。聲請人之「富士低週波治療器」係屬醫療器材，先予敘明。

按立法機關於立法時，將所有涉及醫療器材之廣告之相關事宜，均授權由省（市）衛生主管機關判斷。惟查，醫療器材之廣告，其所涉及之相關事宜約有如下數種：

醫療器材之廣告文字、圖畫或詞是否與該醫療器材之實質功能符合？

醫療器材之廣告文字、圖畫或言詞是否虛偽不實？

醫療器材之廣告文字、圖畫或言詞有否危害安全？

醫療器材之廣告文字、圖畫或言詞是否以不適當之方法促銷醫療器材？

醫療器材之廣告文字、圖畫或言詞是否涉及不正當競爭？亦即，有關醫療器材之廣告，所涉及之判斷，實質上十分廣泛。

(2) 立法機關於立法當時，並未慮及所有事項之專業性，而將所有醫療器材之廣告審查權均由衛生主管機關為之。然細究之，確屬不當。蓋有關醫療器材之廣告文字、圖畫或言詞是否與該醫療器材之實質功能符合，是否虛偽標示，是否有危害安全部分，應由醫療器材檢驗機關加以實質檢驗，以其所得之檢驗結果與廣告上之文字、圖畫或言詞加以比對，始可得知其實質功能與廣告所述是否相符；關於醫療器材之廣告文字、圖畫或言詞是否以不適當之方法促銷醫療器材，應由市場學家評估該廣告刊播人所使用之刊播方式、刊播次數、影響層面之廣窄等事項，綜合加以研判其有否涉及以不適當之方法促銷醫療器材；關於醫療器材之廣告文字、圖畫或言詞是否涉及不正當競爭部分，應有經濟主管機關或公平交易主管機關透過調查，審慎評估其對市場所生之影響。

(3) 既然，關於醫療器材之廣告文字、圖畫或言詞是否以不適當之方法促銷，應由市場學家評估該廣告刊播人所使用之刊播方式、刊播次數、影響層面之廣窄等事項，該等事項，自非屬衛生主管機關得加以判斷。試算，若有某一醫療器材之廠商欲促銷其醫療器材，依現行法將其廣告之文字、圖畫或言詞送交省（市）衛生主管機關審查，衛生主管機關認無虛偽，予以核准後，該醫療器材之廠商將該文字、圖畫或言詞作地毯式之刊播，不論電視、收音頻道、報紙、雜誌、宣傳單、網際網路、寄送廣告等大量刊播，所有消費者無一遺漏，其所產生之影響，必然大於某一廠商僅於一種媒體上作廣告但加贈贈品。依現行法，前者並不涉及以不適當之方法促銷醫療器材，後者卻屬以不適當之方法促銷醫療器材。由此可見，如此之立法顯然粗糙不當，且已造成實質正當性之違反。又衛生主管機關所具備者，僅衛生之專業，其如何判斷廣告刊播人所使用之刊播方式、刊播次數及影響層面？是立法機關將「所有」之權力均集中於衛生主管機關一身，顯然不適，應予糾正。

(4) 藥事法施行細則第四十七條第二款規定「利用容器包裝換獎或使用獎勵方法，有助長濫用藥物之虞者，藥物廣告之內容應予刪除或不予核准」。綜觀整部藥事法，均未予以行政機關增加此限制之權力。鈞院釋字第三百六十七號述及「法律概括授權行政機關訂定施行細則者（概括授權），該管行政機關於符合立法意旨且未逾越母法規定之限度內，自亦得就執行法律有關之細節性、技術性之事項以施行細則定之，推其內容不能牴觸母法或對



人民之自由權利增加法律所無之限制。」對於牴觸母法之限制有詳細之闡釋。藥事法施行細則第四十七條第二款之命令，使人民之行為受到法律所未規定之限制，該條款已非執行藥事法之細節性、技術性之規定，而已實質地限制人民之自由，增加法律所無之限制，違悖藥事法給予衛生主管機關之權限，應屬無效。

(5) 原告所認之可罰及應罰乃在「其以不適當之方法促銷藥品，誘導及使消費者濫用，影響健康」，衛生主管機關之權責應在於裁量廣告內容之圖文與實際藥品不符虛偽不實，藥品功效如何，藥品或醫療器材有否危害安全之虞等事項。蓋因此等事項，涉及醫藥之專業知識，理應由具有醫藥專業知識之衛生主管機關加以審查。然促銷之方法是否適當？是否有誘導濫用？衛生主管機關對市場機能並不具專業能力，行銷之方法是不是適當，衛生主管機關無權加以判斷，亦不應由衛生主管機關加以判斷，若由衛生主管機關加以判斷，顯然與法治國家分權分治專業分工之精神有悖。按法治國家之行政機關之權責，應加以細緻劃分，使各司其責，專業精緻，不宜籠統模糊，含糊地將各種權力均集結於衛生主管機關一身。立法院於制定藥事法第六十六條時，制定為「藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請省（市）衛生主管機關核准，並向傳播業者送驗核准文件。」顯然含糊籠統地將廣告內容之審查完全由衛生主管機關加以裁量。依此法律，可能形成由不懂廣告之人審查廣告、不懂市場經濟機能之人審查不正當行銷之局面。於分權分治之憲政體制而言，如此之法律有礙專業分權分治之憲政體制之達成，不言可諭。自憲法制度前瞻性之眼光而言，應釋示該法律違反憲法，以促使制定更為精緻，更為專業之分工審查制度，以保障人民健康，健全市場機能。

(6) 我國法治，已由學步階段逐步向成熟，然有某些法律，依然停留於粗糙階段。諸如本案涉及之藥事法，若干規定即與現實社會生活相距迢遠。各機關之權責已走向細分之時代，藥事法仍將所有權責都集結於衛生機關；法律授權行政機關為行政審查，其所授權之範圍、內容等，均應明確細緻，藥事法卻十分含糊。聲請人受違憲之法律影響，致財產權受到侵害，依法提起訴願再訴願行政訴訟，輾轉經年，實覺該法令之存在，影響人民財產權鉅大，亦影響政府體制之功能。為此，爰依司法院大法官審理案件法，提出若干意見，謹請鈞院審掬，釋示不合時宜之法律加以修正，並將權責予以劃清，以維法治。

謹呈

司法院 公鑒

所附關係文件之名稱及件數

附件一、八十三年八月，長春雜誌之廣告。

附件二、台北市政府八三北市衛四字第五五六四一號處分書。

附件三、台北市政府衛生局八三北市衛四字第五九七三一號函。

附件四、台北市政府八三府訴字第八三〇七九二二二號訴願決定書。

附件五、行政院衛生署衛署訴字第八四〇〇九二八三號再訴願決定書。

附件六、行政法院八十四年度判字第二五五八號判決。

附件七、行政法院八十五年度判字第五八號判決。

聲 請 人：百〇康股份有限公司

法定代理人：王〇〇

附件 六：行 政 法 院 判 決 八十四年度判字第二五五八號

原 告 百〇康股份有限公司

代 表 人 王〇〇

被 告 臺北市政府衛生局

右當事人間因藥事法事件，原告不服行政院衛生署中華民國八十四年四月十日衛署訴字第八四〇〇九二八三號再訴願決定，提起行政訴訟。本院判決如左：

主 文

原告之訴駁回。

事 實

緣原告於民國八十三年八月一日常春月刊第一三七期刊登經被告器廣字第八三〇五三四八號核定之「『富士』低週波治療器」廣告，其中載有一....慶祝週年慶．父親節八月一日-八月三十一

日，凡於此期間購買本公司『富士低週波治療器』則送台北←→韓國濟州島來回機票旅遊抵用券三、〇〇〇元....」等語，被告認係加刊核准外之藥物廣告，乃以八三、九、三十北市衛四字第〇五五六四一號處分書處新台幣三萬元之罰鍰。原告不服，申請復核，未獲變更，提起訴願、再訴願，遞遭決定駁回，遂提起行政訴訟，茲摘敘兩造訴辯意旨於次：

原告起訴意旨略謂：一、查藥事法第六十六條第一項「藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請省（市）衛生主管機關核准，並向傳播業者送驗核准文件。」之規定目的，係為健全藥品使用廣告之合理性，並促進一般民眾對於藥品正確認識。惟廣告內容係屬憲法保障言論自由中之「表見自由」，並間接涉及人民「財產權」保障範圍，依據憲法第二十三條之規定，須在符合「比例原則」的情形下方得對人民權利加以限制，故本條「...將『所有』文字、圖畫或言詞...」中之『所有』一詞即應做「限縮解釋」。換言之，本條係指「所有」足以影響藥品廣告健全發展及造成民眾對藥品錯誤認識之文字、圖畫或言詞，方須申請省（市）衛生主管機關核准；其餘對藥品廣告健全及民眾藥品認識無涉之廣告內容，即非屬本條限制範圍。原告於刊登藥品廣告前，已依法將廣告內容申請被告機關核准，並經被告以北市衛器廣字第八三〇五三四八號核定在案。嗣後，因適逢原告公司週年慶紀念及父親節前夕，乃於廣告內加刊「...慶祝週年慶·父親節八月一日-八月三十一日，凡於此期間購買本公司『富士』低週波治療器則送台北來往韓國濟州島來回機票旅遊券三〇〇〇元....」等詞（下稱「加刊廣告」），既無影響藥品廣告健全發展之虞，亦無造成一般民眾對藥品錯誤認識之事實，自非屬藥事法第六十六條規定限制範圍。被告機關僅執法條文字表示「所有」文字、圖畫或言詞，即片面斷章取義處分原告違反藥事法第六十六條並科處新台幣參萬元罰鍰，顯已違反「禁止不當連結」之一般公法上原理原則，且未探究法規範之實質意涵，為一違法行政處分，並造成原告財產權及名譽權之損害。二、同法施行細則第四十七條：「藥物廣告之內容，具有左列情形之一者，應予刪除或不予核准....。二、利用容器包裝換獎或使用獎勵方法，有助長濫用藥物之虞者。....三、表示使用該藥物而治癒某種疾病或改進某方面體質及健康或捏造虛偽情事藉以宣揚藥物者。」之規定，其目的一方面作為主管機關核准藥品廣告與否之判斷標準；一方面係為揭示廣告內容應避免造成濫用藥物之情

形。換言之，該施行細則之規範重點，在於限制廣告內容不得有宣揚藥品造成濫用藥物之虞者而言。原告於長春月刊刊載之「加刊廣告」內容，並無牴觸藥事法施行細則第四十七條之規範目的。蓋同細則第四十七條第二款規定，須「使用獎勵方法有助長濫用藥物之虞」方足該當。原告係基於回饋社會大眾，且適逢父親節暨周年慶期間而贈送韓國來往台北來回機票三〇〇〇元抵用券，與市面上「買一送一」等獎勵方式不同，且消費者購買原告進口之醫療器材與原告之「加刊廣告」內容亦無因果關係，難認原告之「加刊廣告」係屬獎勵方法，更難謂因此有造成一般民眾濫用藥物之虞。再者，同細則第三款規定，須以宣揚藥物為目的而表示使用該藥物可治癒或改善疾病為前提。原告之藥品廣告內容，除「加刊廣告」部分外，其餘廣告內容部分已經被告機關核准在案，自無該限制條款之適用；至於「加刊廣告」部分，純為回饋消費者之目的，並無表示使用該藥物可改善或治療疾病之意涵，更無本款之情形，訴願決定引用此一規定，顯然適用法規不當。三、綜右所陳，原告受憲法保障之「財產權」及「名譽權」本應受維護，立法者非有憲法第二十三條之規定，不得制定拘束人民基本權利之法規；行政機關非有確實事證不得對人民課予負擔處分。本件原告刊登之「加刊廣告」內容既未牴觸藥事法第六十六條第一項規定，亦未違反該法施行細則第四十七條內容，被告機關逕自爰引上該規定科處原告新台幣參萬元罰鍰，顯已違反「法治國原則」。敬請將原處分及一再訴願決定一併撤銷，並請行言詞辯論，以維權益等語。

被告答辯意旨略謂：一、本件原告於長春月刊第一三七期刊登廣告，其內容略以「富士低週波治療器慶祝週年慶，父親節八月一日-八月三十一日，凡於此期間購買本公司『富士』低週波治療器則送台北←→韓國濟州島來回機票旅遊抵用券三、〇〇〇元....」等詞句係被告前核定「『富士』低週波治療器」北市衛器廣字第八三〇五三四八號廣告內容之外擅自加刊者，核其所為顯屬違反藥事法第六十六條及同法施行細則第四十七條第二款第三款之規定，被告依同法第九十二條第一項規定予以處罰，並無違誤。二、原告所謂被告所為違反比例原則，違反禁止不當連結原則與夫所謂藥事法第六十六條規定「所有」一詞，亦作限縮解釋均係卸責之詞，不足採信，原處分及一再訴願決定均無違誤，敬請維持以維法制等語。

理 由



按藥商刊登藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請省（市）衛生主管機關核准，並向傳播業者送驗核准文件，違之者處新台幣三萬元以上十五萬元以下罰鍰，為藥事法第六十六條第一項、第九十二條第一項所規定，本件被告北市衛署廣字第八三〇五三四八號藥物廣告內容原為：「『富士』低週波治療器」詎原告於常春月刊第一三七期刊登廣告時竟刊登為：「慶祝週年慶·父親節 8 月 1 日-8 月 3 1 日凡於此期間購買本公司『富士低週波治療器』則送台北←→韓國濟州島來回機票旅遊抵用券三〇〇〇元」等字句，被告因認原告未經申請核准擅自加刊，違反藥事法規定，科處罰鍰新台幣三萬元，原告不服，循序提起行政訴訟，主張：藥事法第六十六條第一項規規定之目的在於健全藥品使用廣告之合理性進一般民眾對藥品之正確認識，該條所謂「應於刊播前將『所有』文字....申請省（市）衛生主管機關核准....」應作限縮解釋，倘對健全藥品廣告及藥品認識無涉，即不在禁止之列，原告加刊廣告非屬該條項及藥事法施行細則第四十七條禁止之範圍，原處分及一再訴願決定斷章取義，竟予處罰自屬違誤云云，惟查藥事法之所以嚴格規定藥商刊播藥物廣告應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞送請衛生主管機關核准，其主要目的在於避免藥商以不適當之方法促銷藥品，誤導及使消費者濫用，影響健康，此由同法施行細則曾有禁使用獎勵方式價銷，不准誇張藥物效能以及刊播方式影響民眾身心健康者可以撤銷核准等規定觀之甚明，本件原告既於核准刊登之廣告外擅自加刊週年慶·父親節，購買者可得旅遊抵用券等文字即難謂非以獎勵方式促銷未超出核准廣告之內容，復有以不當方法誤導消費者濫用之虞，原告所訴委無足採，是原處分依首揭藥事法規定科處罰鍰，一再訴願決定遞予維持均無違誤，原告起訴論旨，核無理由，應予駁回。

據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段，判決如主文。

中華民國八十四年十月十九日

（本聲請書其餘附件略）