

## 憲法法庭 112 年憲判字第 17 號判決協同意見書

許志雄大法官 提出

謝銘洋大法官 加入

楊惠欽大法官 加入

醫療法第 84 條規定：「非醫療機構，不得為醫療廣告。」（下稱系爭規定）禁止醫療機構以外之任何個人及團體為醫療廣告。由於原因案件之原告為醫師，且聲請人臺北高等行政法院地方行政訴訟庭德股法官僅就系爭規定適用於醫師部分，認侵害醫師受憲法第 11 條言論自由、第 15 條職業自由及第 7 條平等保障之基本權，聲請解釋憲法，故本號判決將審查範圍限定於系爭規定有關禁止醫師為醫療廣告之部分，從而宣告其「與憲法第 11 條保障言論自由之意旨不符，於此範圍內，應自本判決公告之日起，失其效力。」對此，本席敬表贊同，惟認為在據以審查之憲法上權利、審查基準之擇定理由，以及審查基準之運作等方面，尚有值得探討之處，爰提出協同意見書。

### 一、據以審查之憲法上權利

系爭規定涉及言論自由（表現自由）、職業自由及平等權之侵害問題，本號判決完全針對言論自由加以審查，至職業自由及平等權則未予置喙。基於下述理由，本席認為此一作法尚屬允當。

在人權體系中，言論自由具有「優越地位」（preferred position），受高度保障，其規制立法之合憲性應從嚴審查，不待贅述。關於職業自由之規制立法，我國憲法審查實務基本上採取「三階段理論」（司法院釋字第 649 號解釋參照）。若

係職業活動之規制，亦即關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由之限制，則立法者具有廣泛之裁量權，僅受寬鬆之審查。而關於平等權，差別待遇如非以「可疑類型」或「準可疑類型」為區別指標，原則上應採寬鬆審查之合理性基準，亦即該差別待遇之目的如係為追求公益，且所採手段與目的之達成間具合理關聯，即與平等權之保障意旨無違。

系爭規定禁止醫師為醫療廣告，固與醫師職業自由之規制有關，但其屬職業活動之規制，甚至係周邊而非核心部分（醫療行為）之規制，依據前揭「三階段理論」，應採寬鬆審查基準。關於平等權方面，系爭規定就醫療機構與醫師乃至其他個人或團體所為差別待遇，非以「可疑類型」或「準可疑類型」為區別指標，參照前述，同樣應寬鬆審查，以採取合理性基準為宜。反之，言論自由部分，多數意見參照司法院釋字第414號、第577號及第794號等有關商業言論之解釋，認應採取實質關聯性基準，亦即為中度審查（理由第17段及第18段參照）。與職業自由及平等權部分相比，言論自由部分既然應採取較嚴格之審查基準，則以之為審查焦點，順理成章。況言論自由部分之審查，已獲致系爭規定違憲之結論，自無庸續為職業自由及平等權部分之審查。

## 二、審查基準之擇定

醫療廣告屬商業言論範疇，本號判決以中度基準審查系爭規定對醫師為醫療廣告之規制，就基準之擇定結果而言，堪稱妥適。惟何以採取此等基準，多數意見所述理由及論證恐未盡周延，有待補充。

誠然，對於商業言論內容規制之違憲審查，如司法院釋字第 414 號、第 577 號及第 794 號解釋所示，過去大法官迭採實質關聯性基準。多數意見謂：「系爭規定係限制醫療廣告之主體，與前開大法官解釋，係針對立法者對於言論內容之限制所為闡釋，二者雖有不同，然系爭規定所禁止者，仍與言論自由之限制有關，故前開大法官所闡釋之審查標準，亦可援用於本件。」(理由第 18 段參照)。惟同係(商業)言論自由之規制，亦可能因規制事項、型態及面向之不同，而異其審查基準。例如，關於言論時間、場所及方法之規制，其審查基準通常較言論內容之規制寬鬆。而商業言論之事前審查，司法院釋字第 744 號解釋稱：「化粧品廣告之事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲。系爭規定之立法資料須足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的，其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯，且賦予人民獲立即司法救濟之機會，始符合憲法比例原則及保障言論自由之意旨。」則採嚴格審查基準，可資參照。

本席認為，醫療具有高度專業性，醫療廣告是否屬實，有無虛偽誇張等情事，常非一般人所能判斷。國家為確保民眾權益，就醫療廣告施以較其他商業言論嚴格之規制(醫師、律師、會計師及建築師等專門職業人員採資格制，其職業選擇自由嚴格受規制，應係出於相同考量)，尚屬必要。基此，醫療廣告似可適用較其他商業言論寬鬆之審查基準。然系爭規定全面禁止醫師為醫療廣告，其規制手段嚴厲，著眼於此，無寧應採比一般商業言論內容規制嚴格之審查基準。兩相權衡，採取中度之實質關聯性基準，可謂穩健之作法。

### 三、審查基準之運作

比例原則源於德國，無論在審查項目、重點或密度要求方面，均與美國違憲審查基準論有別。二者於我國憲法審查實務上並存，且近年來出現混用或融合之現象，值得關注。

申言之，比例原則之內容包含適合性（規制手段應有助於目的之達成）、必要性（有多種同樣能達成目的之手段時，應選擇對人民權益損害最少者）及比例性（規制手段所造成之損害不得大於達成目所獲致之利益，或稱相稱性）三項審查。適用比例原則時，須同時決定審查密度，亦即究竟採取較寬鬆或較嚴格之審查。因此，比例原則至少須與審查密度搭配，始能成為完整之審查基準。依美國違憲審查基準論，基本上分為嚴格審查基準、中間審查基準（實質關聯性基準）及合理性基準三種。嚴格審查基準要求立法目的係為追求必要不可或缺之公益，且所採手段限於必要最小限度範圍。中間審查基準要求立法目的具重要性，且規制手段與目的間存有實質關聯性。至合理性基準，僅要求立法目的正當，手段與目的有合理關聯，亦即無恣意或顯不合理情形。

近年司法院解釋及憲法法庭判決於適用比例原則，為高密度審查時，除要求立法目的係為追求特別重要公共利益外，亦就適合性、必要性及比例性逐一詳加審查（憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決參照）。然為中密度審查時，則要求目的須為追求重要公益，所採手段與目的之達成間須具有實質關聯，而未就適合性、必要性及比例性逐一審查（司法院釋字第 766 號解釋及憲法法庭 111 年憲判字第 9 號判決參照），實際上與實質關聯性基準無異。為低密度審查時，類皆

表明目的如屬正當（追求公共利益），且其所採取之手段與目的之達成間具合理關聯，即與憲法第 23 條比例原則無違，同樣未就比例原則之三項內容審查（司法院釋字第 750 號、第 768 號、第 788 號與第 809 號解釋及憲法法庭 111 年憲判字第 19 號、112 年憲判字第 7 號與 112 年憲判字第 16 號判決參照），運作模式與合理性基準如出一轍。要之，以比例原則為高密度審查時，尚維持比例原則之正規操作；而為中密度或低密度審查時，業已變調，可謂假比例原則之名，行美式中間審查基準（實質關聯性基準）或合理性基準之實。

本號判決一方面承認系爭規定之立法目的合憲，理由在於：「系爭規定若僅為醫療廣告行政管理方便之目的，准許醫療機構為醫療廣告而禁止醫師為之，固難認係為追求重要公共利益。惟系爭規定尚有維護國民健康之目的，從而仍可認為係為追求重要公共利益，與憲法尚無牴觸」（理由第 20 段及第 26 段參照）。另一方面表示：「系爭規定為達到維護國民健康之目的，與所採禁止醫師為醫療廣告之手段間，難認有何實質關聯」，從而認定違反憲法第 23 條比例原則（理由第 26 段參照）。其以實質關聯性基準審查，獲致違反比例原則之結論，運作方式顯然順應前述趨勢。