

# 憲法法庭 112 年憲判字第 17 號判決

## 協同意見書

詹森林大法官提出

112 年 11 月 3 日

本判決（下稱 112 憲判 17）宣告醫療法第 84 條規定：「非醫療機構，不得為醫療廣告」（下稱系爭規定）其中關於禁止醫師為醫療廣告之部分，與憲法第 11 條保障言論自由之意旨有違，於此範圍內，應自本判決公告之日起，失其效力。

本席贊同 112 憲判 17 之主文，惟對於形成主文之理由，及系爭規定所涉及之基本權利部分，認有補充之必要，爰提出協同意見。

### 壹、系爭規定所指之醫療廣告，僅限於真實、客觀之「資訊性醫療廣告」

系爭規定，依其文義，顯然係就「醫療廣告主體」而為規範，且明定醫療法僅准許該法第 2 條所指醫療機構得為醫療廣告；非該條所定之醫療機構，即不得為醫療廣告<sup>1</sup>。

換言之，「醫療廣告內容」並非 112 憲判 17 關注之焦點，更非本判決審查之客體。

按醫療法第 85 條第 1 項規定：「醫療廣告，其內容以下列事項為限：一、醫療機構之名稱、開業執照字號、地址、電話及交通路線。二、醫師之姓名、性別、學歷、經歷及其

---

<sup>1</sup> 系爭規定所指之「醫療機構」，經醫療法第 2 條定義為「供醫師執行醫療業務之機構。」包含同法第 3 條、第 4 條所稱之公立、私立醫療機構，及第 6 條所定醫療財團法人及醫療社團法人附設之醫療機構、第 7 條之教學醫院。

醫師、專科醫師證書字號。三、全民健康保險及其他非商業性保險之特約醫院、診所字樣。四、診療科別及診療時間。五、開業、歇業、停業、復業、遷移及其年、月、日。六、其他經中央主管機關公告容許登載或播放事項」。

上開條項所准許之醫療廣告內容，明顯採正面表列方式，且主要包含廣告主體（特定醫療機構）本身之相關資訊（名稱、地址、電話、健保之特約醫院或診所等）、在該醫療機構執行醫療業務之醫師之個人資訊（姓名、性別、學經歷、醫師證書等），及其他經中央主管機關公告容許登載或播放事項<sup>2</sup>。在此意義下，醫療法第 85 條第 1 項所稱之醫療廣告，可以稱之為「資訊性醫療廣告」。

亦即，醫療法所容許之廣告內容，限縮於客觀上一望即知之特定醫療機構及該醫療機構所屬醫師之基本資訊，以宣傳該醫療機構之醫療業務，達到招徠患者前去醫療之目的（醫療法第 9 條參照）。醫療廣告內容違反醫療法第 85 條第 1 項，甚至有虛偽、誇張、歪曲事實、有傷風化，或非法宣傳墮胎之情形者，均在禁止之列（醫療法第 103 條第 2 項第 1、2 款參照）。

本於此項脈絡，112 憲判 17 宣告，系爭規定關於禁止醫師為醫療廣告部分，抵觸憲法第 11 條保障之言論自由而無效，且此部分應自本判決公告之日起，立即失效。

---

<sup>2</sup> 請參見衛生福利部依醫療法第 85 條第 1 項第 6 款訂定之「醫療法第 85 條第 1 項第 6 款所定容許登載或播放之醫療廣告事項」。該事項第 1 項規定：「醫療廣告之內容，在符合醫學倫理，傳遞正確醫療資訊，提供就醫指引，維護病人安全為原則下，得予容許登載或播放之項目如下：（一）疾病名稱。（二）診療項目、檢查及檢驗項目。（三）醫療儀器及經完成人體檢驗之醫療技術。（四）醫療費用。」

## 貳、立法者訂定系爭規定時，有意排除醫師為任何醫療廣告

112 憲判 17 於理由第 21 段至第 24 段，對於系爭規定之立法沿革，有詳盡之說明。易言之，醫師法於 32 年制定之初，就醫療廣告，於該法第 17 條規定：「醫師關於其業務不得登載或散布虛偽誇張之廣告。」亦即，僅禁止醫師為虛偽誇張之廣告，並未禁止醫師從事任何醫療廣告。該法迭經數次修法，至 75 年醫療法制定施行前，均允許醫師從事醫療廣告（判決理由第 21 段參照）。

直至 75 年醫療法制定時，立法者鑑於醫師法有關醫療廣告部分，係以醫師為管理對象，致實務上常有醫師以其開設或執業之醫院、診所名義為醫療廣告，形成管理上困難，且醫師原則上應於衛生主管機關核准之醫療機構執業，遂制定系爭規定（即 75 年之醫療法第 59 條規定），明定醫療廣告應以醫療機構名義為之，並於立法理由說明：「本條規定為醫療廣告者以醫療機構為限。又為防杜醫療機構屆時以醫師名義為醫療廣告，復造成管理上適用之困難，同時於醫師法規定醫師不得為醫療廣告。」（本判決理由第 22 段參照）。嗣後為統一法制規定，於 90 年修正醫師法時，刪除該法第 18 條：「醫師對於其業務不得為醫療廣告」之規定（本判決理由第 23 段參照）。

由系爭規定上述立法歷程可知，立法者於 75 年制定醫療法前，允許醫師為廣告，且其內容得包含醫術及療效等，但其廣告之醫術或療效不得有虛偽或誇張之情事。

惟 75 年制定醫療法時，立法者鑑於：(1) 醫療廣告若涉及醫術及療效，即有誘導欠缺醫學專業知識之一般民眾及病患之危險，輕者傷財（花錢但尚不傷身之醫療，例如：除斑、

瘦身、醫美等)，重者「病急亂投醫」，而有害國民健康及財產（2）管理醫療機構比管理個別醫師，成本節省許多，遂就醫療廣告，以系爭規定明定其主體限於醫療機構，並佐以第85條第1項明定廣告內容僅得及於醫療機構及其所屬醫師之資訊揭露，再以第86條禁止「利用出售或贈與醫療刊物」、「藉採訪或報導」等脫法或其他不當之廣告方式，最後又以第87條第1項重申：「廣告內容暗示或影射醫療業務者，視為醫療廣告。」

簡言之，立法者藉由75年制定系爭規定，及90年修正醫師法，統整從前之條文並揭示，在此之後，醫師不得為任何醫療廣告。

### **參、系爭規定過度限制醫師之人格權、言論自由、工作權，並與憲法第7條保障平等權之意旨有違**

如前所述，系爭規定完全禁止醫師為任何醫療廣告。因此，推論至極端，從事醫療業務之醫師，若於其名片上記載自己之學歷、經歷、醫師及專科醫師證書之字號，或專長之科別，即可能違反系爭規定，而應受醫療法第104條所定之罰鍰處罰。然而，此種禁止及處罰之規定，即使從其維護國民健康之立法目的而言，亦屬違反憲法第23條之比例原則，而牴觸憲法第22條保障之人格權。

次應指出者，112憲判17認系爭規定禁止醫師從事醫療廣告，涉及限制醫師表現自我，提供適當醫療訊息予大眾之商業性言論自由，遂參考司法院大法官釋字第414號、第577號及第794號解釋，就此種商業性言論，採取中度審查標準，以審查系爭規定之合憲性（參見判決理由第16段至第18

段)。

本席以為，系爭規定所涉之醫療廣告，乃商業性言論，並非雙階理論 (two-level theory) 下之宗教性、政治性、學術性等高價值言論，故是否應一律採取中度審查標準，尚有討論空間。惟系爭規定，不僅限制醫師之言論自由，且限制醫師執行職業之自由。蓋醫療法第 85 條第 1 條就廣告內容所設規定，涉及醫師工作時間、地點及專長等資訊，乃醫師提供病患看診之重要依據，且有助於增加病患對醫師之信賴，屬醫師執行職業方式，為憲法第 15 條工作權所保障。從而，在言論自由及工作權兩種不同基本權相互疊加下，112 憲判 17 最終對系爭規定選擇採取中度審查標準，尚堪支持。

據此，在比例原則之手段與目的審查上，如從系爭規定所追求便宜行政管理之目的而言，因其屬一般公共利益，自難通過中度審查標準。況，醫師法第 1 條、第 7 條分別規定，我國人民須經醫師考試及格並依該法領有醫師證書，始得為醫師；請領醫師證書，應具申請書及資格證明文件，送請中央主管機關核發之。因此，縱使准許醫師從事醫療廣告，在電子化行政作業之現代，主管機關只須透過電腦查核醫師證書/證號，即可達成對醫師所為醫療廣告之管理與稽查。此與主管機關對醫療機構所為醫療廣告之行政管理，在作業上，難認有何重大區別，致須禁止醫師為醫療廣告。

惟如從系爭規定所追求維護國民健康之目的而言，則何以醫師提供醫療法第 85 條第 1 項所定真實且客觀之「資訊性醫療廣告」，無助甚至危害國民健康？是在手段與目的間適當性之審查上，系爭規定已啟人疑竇，更遑論系爭規定採取全面禁止醫師從事資訊性醫療廣告之手段，以達到維護國

民健康之目的，亦難認無殺雞用牛刀之違反狹義比例原則情事。

末查，112 憲判 17 雖未提及，但本席認為亦應審究者為：系爭規定有無違反平等權？蓋，醫師係於醫療機構執行醫療行為之主體（醫療法第 2 條、第 4 條、第 18 條等規定參照）。在私人診所之情形，不論其為個人診所（醫療法第 12 條第 1 項前段），或聯合診所（醫療法第 13 條），醫師不僅與該診所（醫療機構）合為一體，甚至乃該醫療機構得以進行醫療活動之靈魂。惟系爭規定卻僅允許醫療機構得為醫療廣告，而將真正執行醫療業務之醫師排除在得從事醫療廣告主體之外。立法者對兩者間之差別待遇，實難認具有正當化之理由，自難逃脫違反平等權之質疑。

#### **肆、結論**

綜上，系爭規定所以有 112 憲判 17 所指違憲而無效情事，不僅因該規定有本判決所稱不符憲法第 11 條保障言論自由之意旨，亦因其抵觸憲法第 7 條保障之平等權及第 15 條保障之工作權，甚至抵觸憲法第 22 條保障之人格權。