

臺灣臺北地方法院行政訴訟庭晴股法官吳佳樺釋憲聲請書

壹、聲請解釋憲法之目的

一、按憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋。司法院大法官審理案件法第 5 條第 2 項、第 3 項之規定，與上開意旨不符部分，應停止適用。關於各級法院法官聲請本院解釋法律違憲事項以本解釋為準，其聲請程式準用同法第 8 條第 1 項之規定；又其中所謂「先決問題」，係指審理原因案件之法院，確信系爭法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響者而言；所謂「提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由」，係指聲請法院應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之，司法院釋字第 371 號解釋、解釋理由書、釋字第 572 號解釋闡釋甚明。

二、聲請人審理本院 105 年度簡字第 274 號醫療法事件，因確信該事件應適用之醫療法第 84 條（下稱系爭規定）規定：「非醫療機構，不得為醫療廣告」，侵害「醫師」憲法第 11 條所保障之言論自由，逾越必要之程度，應屬違憲，爰依鈞院釋字第 371 號、572 號解釋，裁定停止本件訴訟程序，並準用司法院大法官審理案件法第 8 條第 1 項規定之聲請程式，聲請鈞院解釋憲法。

貳、疑義或爭議之性質與經過，及涉及之憲法條文

一、疑義之性質與經過

本件原告係醫師，為名醫醫美診所負責人，其分別於 104 年 10 月 5 日、同年 10 月 8 日，在「臺灣名醫黃仲立醫師／院長」臉書粉絲專頁（網址 <https://www.facebook.com/huangchungli/?fref=ts>），刊登含有「院長黃仲立醫師：『利用血小板的生長因子來啟動毛囊細胞，傳統的健髮療程是作用在毛囊根部...』」、「Dr.Redaeli et al.曾經對 23 位自願者做了連續三個月的 PRP 微針治療。...PRP 的治療後，法令紋，魚尾紋及其他臉部細紋都有顯著的淡化。...95%的客人覺得療程式有效的，有 80%以上的醫師對療效感到滿意。...在我們名醫，使用 PRP 修復皮膚老化與凹陷，早已是家常便飯。許多禿頭，掉髮的問題我們也利用 PRP 迎刃而解。...今年我們更是引進最新的水光槍多合一療法。...」等內容之文章（下稱系爭文章），經被告於 105 年 2 月 18 日以北市衛醫護字第 10530334900 號裁處書（下稱原處分），認定原告刊登之系爭文章為醫療廣告，違反系爭規定，依醫療法第 104 條、臺北市政府衛生局處理違反醫療法事件統一裁罰基準第 3 點規定，對原告裁處罰鍰新臺幣（下同）5 萬元，並於同年 2 月 22 日對原告送達原處分。原告不服原處分，提起訴願，經臺北市政府於 105 年 7 月 14 日以府訴一字第 10509101900 號訴願決定書駁回，並於同年 7 月 19 日對原告送達該訴願決定。原告不服，於同年 9 月 19 日向本院提起行政訴訟（見原處分可閱卷第 124 頁、訴願卷末頁、本院卷第 6、22 至 26 頁）。

二、涉及之憲法條文

系爭規定載明：「非醫療機構，不得為醫療廣告」，而所謂「醫療機構」，依醫療法第 2 條規定，係指「供醫師執行醫療業務之機構」，包含醫療法第 3 條之公立醫療機構（即由政府機關、公營事業機構或公立學校所設立之醫療機構）及第 4 條之私立醫療機構（即由醫師設立之醫療機構）；「醫療廣告」依同法第 9 條規定，則指「利用傳播媒體或其他方法，宣傳醫療業務，以達招徠患者醫療為目的之行為」。

原告為醫師，其於臉書上張貼系爭文章，遭被告認定系爭文章為醫療廣告，違反系爭規定，依醫療法第 104 條規定對原告裁罰，並作成原處分，因系爭規定完全禁止醫師為醫療性質之廣告，係對醫師「言論內容所為之規制」，自涉及是否違憲侵害醫師依憲法第 11 條所保障之言論自由問題。又系爭規定限制特定機構始能為醫療廣告，係就廣告者資格而為限制，侵害醫師憲法第 15 條保障之職業自由，復因系爭規定限制僅「醫療機構」得為醫療廣告，醫療機構內之醫師不得為醫療廣告，無疑係對醫師進行分類而為差別待遇，故亦生有無牴觸憲法第 7 條平等權的問題。

參、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

一、程序部分

本件原告於個人臉書粉絲團張貼系爭文章，經被告認定系爭文章為醫療廣告，原告違反系爭規定，而以原處分對原告裁罰，原告不服，

認為系爭文章並非醫療廣告，且醫師應非系爭規定禁止之主體，向本院提起行政訴訟，則本件之主要爭點為系爭文章是否為醫療廣告、醫師是否為系爭規定所禁止為醫療廣告之主體。因聲請人審理本件訴訟，確信系爭規定牴觸憲法第 11 條規定，應屬違憲，而系爭規定如經鈞院大法官宣告違憲，將直接影響本件訴訟所涉及之「醫師是否為系爭規定禁止之主體」爭點，進而影響被告以原告違反系爭規定，依醫療法第 104 條規定裁罰之合法性，足見系爭規定是否違憲，顯然於本件訴訟之裁判結果有影響，聲請人聲請鈞院大法官解釋，自符合鈞院釋字第 371 號、572 號解釋，請鈞院大法官予以受理。

二、實體部分

(一) 系爭規定明示僅「醫療機構」得為醫療廣告，醫師不得為醫療廣告：

參諸醫師法之修法過程，醫師法於 32 年 9 月 22 日制定公布時，第 17 條原規定：「醫師關於其業務不得登載或散布虛偽誇張之廣告」。¹嗣該條於 56 年 6 月 2 日修正公布，將該條文移列為第 18 條，並修正條文內容為：「醫師對於其業務，不得以自己他人或醫院診所等名義，登載或散布虛偽、誇張妨害風化或其他不正當之廣告，其管理辦法由中央衛生主管機關訂定之」。²由此可見，立法者原准許醫師刊登醫療廣告，僅就醫療廣告之內容予以限制，禁止醫師刊登虛偽、誇張、妨害風化或其他不正當之廣告。

¹ 參醫師法法規沿革、32 年 9 月 22 日公布之醫師法（見本院卷第 177 至 179 頁）。

² 參院總第 214 號政府提案第 679 號第一屆立法院議案關係文書、院總第 214 號政府提案第 679 號之 4 第一屆立法院議案關係文書、第一屆立法院第 39 會期第 20 次會議紀錄、第一屆立法院第 39 會期第 21 次會議紀錄（見本院卷第 183、186 頁反面、195 至 198 頁、202、204 頁反面、205 至 208 頁）。

之後醫療法於 75 年 11 月 24 日制定公布，增訂系爭規定（當時列於醫療法第 59 條），於 93 年 4 月 28 日修正公布醫療法全文時，亦僅將系爭規定移列至醫療法第 84 條，並未更動條文內容。³而系爭規定於 75 年 11 月 24 日制定公布前，行政院所提草案說明明載：「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」，之後經立法院內政、司法委員會審查無異議通過，並經二讀、三讀通過，⁴顯見立法者已明示僅「醫療機構」得為醫療廣告，且該醫療機構不包含在機構內執行醫療業務之醫師在內甚明。

又醫師法為配合醫療法前開修正，於 75 年 12 月 26 日修正公布第 18 條為：「醫師對於其業務不得為醫療廣告」，明示禁止醫師為醫療廣告，修正說明則記載：「一、醫療廣告以醫師為管理對象，致醫師常以其所開設或執業之醫院、診所名義為醫療廣告，形成管理上之困難。且醫師應於衛生主管機關核准登記之醫療機構執業為原則，故有關其業務廣告，自宜以醫療機構名義為之。因此醫療廣告管理，應以醫療機構為對象，經於醫療法草案第 54 條予以明定。為防杜醫療機構屆時以醫師名義為醫療廣告，爰將本條同時配合醫療法草案，修正規定醫師不得為醫療廣告，以臻周全。二、本法修正公布後，醫師業務廣告管理辦法，亦將予以配合廢止。」，並經立法院內政、司

³ 參立法院議案院總第 1353 號政府提案第 2912 號之 1 關係文書、立法院議案院總第 1353 號政府、委員提案第 8521 號之 1、9070 號之 1、3973 號之 1、4035 號之 1、4170 號之 1、4417 號之 1、4716 號之 1、4743 號之 1、4931 號之 1、5233 號之 1 關係文書（見本院卷第 88、94 至 96、103 至 106 頁）。

⁴ 參醫療法草案審查修正、行政院草案條文對照表；立法院公報第 75 卷第 100 期，委員會紀錄，頁 106；立法院公報第 75 卷第 84 期，院會紀錄，頁 23；立法院公報第 75 卷第 91 期，院會紀錄，頁 5（見本院卷第 93、95 至 96、98 至 100、102 頁）。

法、僑政、法制委員會審查通過，經立法院院會二讀、三讀通過。⁵是依照修正後醫療法之系爭規定及醫師法第 18 條規定，醫療廣告即改以「醫療機構」為管制對象，醫師不得以個人名義為醫療廣告。

嗣醫師法第 18 條於 91 年 1 月 16 日經立法院修正公布刪除，依當時行政院提案之醫師法條文，原保留該條規定，並未刪除，係在立法院衛生環境及社會福利、司法委員會審查醫師法草案時，經立法委員黃明和詢問何為「不得為醫療廣告」，是否能加上「不實」醫療廣告等語，經當時行政院衛生署鄭聰明秘書指出該條係從醫療法規定而來，將來不能以醫師個人名義為廣告，立法委員沈富雄則陳明審查本條時，應注意尚未修正之醫療法第 59 條、第 60 條，該法有專章處理，本條若通過，會與上開條文發生衝突，為避免矛盾建議刪除本條等語，陳其邁委員亦以可能產生矛盾，主張本條應予刪除，嗣主席詢問委員會各委員刪除該條文有無異議，因無人異議而通過刪除，並經立法院院會二讀、三讀通過。⁶由上開立法過程可知，立法者刪除醫師法第 18 條之目的係為避免法律紊亂，而將關於醫療廣告資格之限制回歸醫療法處理，並非使醫師因此得為醫療廣告或不受系爭規定之限制。

⁵ 參立法院院總第 214 號政府提案第 2898 號議案關係文書、立法院院總第 214 號政府提案第 2898 號之 2 議案關係文書、立法院公報第 75 卷第 100 期院會紀錄第 25 頁、立法院公報第 75 卷第 101 期院會紀錄（見本院卷第 210 至 211 頁反面、215 頁反面至 216 頁、221 至 227、230 至 235 頁反面）。

⁶ 參醫師法修正草案審查會通過、行政院提案、現行條文條文對照表；立法院公報第 90 卷第 4 期，委員會紀錄，頁 492 至 493；立法院公報第 90 卷第 58 期，院會紀錄，頁 409 至 412、426、454；立法院公報第 90 卷第 62 期院會紀錄，頁 300、304（見本院卷第 109 至 114、116、118、121 至 122 頁）。

再參諸醫療法第2條、第9條分別就「醫療機構」、「醫療廣告」為定義性規定，「醫療機構」係指「供醫師執行醫療業務之機構」，「醫療廣告」係指「利用傳播媒體或其他方法，宣傳醫療業務，以達招徠患者醫療為目的之行為」，則依上開條文之體系解釋，足見系爭規定所載「非醫療機構，不得為醫療廣告」，已明確將醫師排除於醫療機構之外。是以，系爭規定無論依歷史解釋、體系解釋，均可見其係對醫療廣告者資格之限制，僅限定「醫療機構」始得為醫療廣告，醫師不得為醫療廣告，至為明確。

(二) 系爭規定侵害醫師何種基本權利

系爭規定限制僅醫療機構始得為醫療廣告，醫師或其他非醫療機構均不得為醫療廣告，係對醫師為差別待遇，涉及侵害醫師憲法第7條平等權的問題。又因醫療廣告係利用傳播媒體或其他方法宣傳醫療業務，以達招徠患者醫療為目的之行為，具商業上意見表達之性質，屬「商業性言論 (commercial speech)」，故系爭規定禁止醫師為醫療廣告，亦限制其依憲法第11條所保障之言論自由。另系爭規定限制從事醫療廣告者必須係醫療機構，類似行業獨占制度，並非個人努力所可達成，依司法院釋字第584、649、702、711、749號解釋所建立之職業自由三階理論，屬「職業自由之客觀條件限制」(參釋字第649號解釋理由書)。是以，系爭規定同時侵害醫師依憲法第7條所保障之平等權、憲法第11條所保障之言論自由及憲法第15條所保障之職業自由。

(三) 平等權與自由權競合之審查

關於平等權與自由權競合案件之審查，黃昭元大法官認為應區分係對「部分人」或對「全部人」之限制，前者為平等權問題，僅須依據平等權審查，後者則以自由權審查；黃昭元大法官並以釋字第 649 號解釋為例，質疑該號解釋就系爭法規分別從平等權及工作權進行平行審查，並採取不同之審查標準，有重覆審查及審查標準不一致之問題。⁷

系爭規定全面禁止醫師刊登醫療廣告，如將醫療廣告視為醫療業務之經營範圍，系爭規定限定僅「醫療機構」得為醫療廣告，係對從事醫療廣告行業之資格限制，為對醫師所為「職業自由客觀條件之限制」，且此係基於「分類」所生之限制，本質上為平等權的問題。⁸但如以醫療廣告僅係宣傳醫療業務之一種方式，則限制醫師為醫療廣告，即屬「執行職業自由之限制」。⁹參以我國自釋字第 584 號解釋以來所建立之「職業自由三階理論」，其內涵包括「職業自由客觀條件限制」、「職業自由主觀條件限制」及「執行職業自由之限制」，並因此異其審查標準，一旦對職業自由之限制採取該三階理論，即當然決定其所適用之審查標準寬嚴，使違憲審查就個案調整審查標準之空間

⁷ 參黃昭元，平等權與自由權競合案件之審查—從釋字第 649 號解釋談起，法學新論，第 7 期，頁 19-23 (2009.2)。

⁸ 黃昭元大法官認為，職業自由限制中之主觀條件及客觀條件限制，往往係對人之資格限制，即某種「分類」所生之限制，類此對於部分人之分類及差別待遇所生之憲法爭議，本質上其實是平等權的問題。參黃昭元，同前註，頁 21-22。

⁹ 李建良教授即認為，刊登藥物廣告係經營藥局之一種方式，屬於執行職業自由之範疇，藥事法第 65 條「非藥商不得為藥物廣告」之規定，限制開設藥局之藥師「執行執業的自由」。但有趣的是，李教授認為該條規定以「藥商」與「非藥商」為差別待遇之標準，屬客觀之行業類別，除非藥師放棄開設藥局，改行從事藥商工作，否則在現有條件下無法改變現狀，似認為該分類標準屬「職業自由客觀條件之限制」。參李建良，藥物廣告的限制及其合憲性，臺灣本土法學雜誌，第 28 期，頁 77-78, 85 (2001.11)。

失之殆盡而過於僵化。¹⁰ 況在個人努力無法達成的「職業自由客觀條件限制」，其實就是平等權案件決定審查標準時所考量之「不可改變的特徵 (immutable characteristic)」因素，¹¹ 如僅以職業自由審查，而未將之置於平等權下審查，無疑係僅以「分類標準」決定審查標準，放棄考量法規範所涉及之「事務領域」及「權利類型」，此時所採取之審查標準自然可能與平等權審查時所採取之審查標準不同，進而發生疑義。是以，於「平等權」與「職業自由」競合審查時，因平等權即可涵蓋職業自由之審查，故逕以平等權審查並無疑慮。

然而，當法規範同時涉及「平等權」與「言論自由」之侵害時，此時針對此平等權與自由權競合之審查，是否仍宜僅以平等權審查，不無疑問。以言論自由的違憲審查架構而論，我國歷來釋憲實務係參考美國聯邦最高法院所建立之「雙軌理論 (two-track theory)」(參釋字第 445 號、第 718 號解釋)，將言論區分為「針對言論內容之規制 (content-based regulation)」及「非針對言論內容之規制／言論內容中立之規制 (content-neutral regulation)」，前者並採所謂「雙階理論 (two-level theory)」(參釋字第 414 號解釋)，因所涉及之言論類型區分為高價值及低價值言論，並因此異其審查標準。¹² 上開關於言論自

¹⁰ 陳新民大法官即質疑，德國基本法第 12 條第 1 項明定職業自由包括「職業選擇自由」及「執行職業自由」，德國聯邦憲法法院為解釋「職業選擇自由」是否受憲法絕對保障，始在藥房案中提出「三階段理論」，我國憲法既無上開規定，該理論自無引進我國之必要，且恐使審查標準過度簡化。參釋字第 711 號解釋陳新民大法官協同意見書。

¹¹ 例如釋字第 626 號審查中央警察大學禁止色盲就讀之招生簡章、釋字第 649 號解釋審查非視障者不得從事按摩業之規定，是否侵害色盲、非視障者之平等權時，即陳明該招生簡章及規定係以「色盲」、「視障」之「非屬人力所得控制之生理缺陷或狀態」作為分類標準。

¹² 關於雙軌理論的詳細介紹，CALVIN MASSEY, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW: POWERS AND LIBERTIES 791-2, 3rd ed., AUSTIN: WOLTERS KLUWER LAW & BUSINESS; NEW YORK, NY: ASPEN PUBLISHERS (2009); JESSE H. CHOPER, RICHARD H. FALLON, JR., YALE KAMISAR & STEVEN H. SHIFFRIN, CONSTITUTIONAL LAW: CASES, COMMENTS, QUESTIONS 737-8, 10th ed., ST. PAUL, MN: THOMSON/WEST (2006); ERWIN CHEMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW, NY: WOLTERS KLUWER LAW & BUSINESS, 1206 (2013)。「雙階理論」中關於低價值言論及不受保障言論之介紹，*See generally*, CHEMERINSKY, at 1304-1544. 中文文獻請參林子儀 (2002)，《言論自由與新聞自由》，頁 154-169，

由案件之違憲審查，與平等權案件以「事務領域」及「權利類型」決定審查標準迥異，¹³自無重覆審查的疑慮。衡以言論自由與平等權競合審查的情形，言論自由受限制者關注的重點在於其某種言論受到限制，而非法律對其與他人進行分類而為差別待遇，故應以言論自由的侵害為首要審查的重點。以本件而言，系爭規定限制僅醫療機構得刊登醫療廣告，固然係對「部分人（即醫師、非醫療機構）」所為之限制，使醫師不得刊登醫療廣告、表達特定商業性言論，但對醫師而言，重點不在系爭規定將其與醫療機構分類，而是系爭規定限制其為某種特定類型的言論，是以下僅審查系爭規定有無違憲侵害醫師之言論自由，不再討論職業自由、平等權侵害之問題。

（四）關於言論自由之審查

1. 商業性言論之保障範疇

釋字第 577 號¹⁴、623 號¹⁵、744 號¹⁶解釋以商業性言論所提供之訊息，「內容非虛偽不實或不致產生誤導作用」，且以「合法交易」為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，始認為受憲法第

189-190，台北：元照。

¹³ 關於平等權案件審查標準之考量因素，請參黃昭元，從釋字第 618 號解釋探討原國籍分類的司法審查標準，收錄於：現代憲法的理論與現實—李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集，頁 489-491，臺北：元照（2007）；黃昭元，平等權審查標準的選擇問題：兼論比例原則在平等權審查上的適用可能，臺大法學論叢，第 37 卷第 4 期，頁 272-278（2008.12）；黃昭元，平等權案件之司法審查標準—從釋字第 626 號解釋談起，收錄於：廖福特主編，憲法解釋之理論與實務第六輯，頁 560-578，臺北：中研院法律研究所籌備處（2008）。

¹⁴ 參釋字第 577 號解釋理由書：「商品標示如係為促進合法交易活動，其內容又非虛偽不實或不致產生誤導作用者，其所具有資訊提供、意見形成進而自我實現之功能，與其他事務領域之言論並無二致，應屬憲法第十一條言論自由保障之範圍...」

¹⁵ 參釋字第 623 號解釋：「商業言論所提供之訊息，內容為真實，無誤導性，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，應受憲法言論自由之保障。」

¹⁶ 參釋字第 744 號解釋理由書：「商業言論所提供之訊息，內容非虛偽不實或不致產生誤導作用，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，應受憲法第十一條言論自由之保障。」

11 條言論自由之保障，與釋字第 414 號解釋未將內容不實或產生誤導作用、不合法之商業性言論自始排除於言論自由之保障範疇迥異。¹⁷惟釋字第 623 號解釋雖認上開不實、具誤導性及不合法之商業性言論，自始不受憲法言論自由之保障，但在理由書又肯認促使人為性交易之訊息，屬於商業言論，國家得立法限制促使人為非法活動之訊息。¹⁸由此可見，釋字第 623 號解釋亦肯認促使人為性交易之訊息，亦受憲法言論自由保障，僅係國家得立法予以限制，與其前述不合法活動之商業性言論自始不受憲法保障，顯然前後矛盾。

而前開釋字第 577、623、744 號解釋之見解，應係參考美國聯邦最高法院在 *Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Service Commission of N.Y.* 案就商業性言論案件所建立之「四部分分析 (four-part analysis or four-step analysis)」，即首先必須判斷言論是否受到憲法增修條文第 1 條之保障，以商業性言論而言，至少必須是合法活動 (lawful activity) 且不致令人誤導 (misleading)。¹⁹美國聯邦最高法院早期在 *Valentine v. Christensen* 案，並未肯認商業性言論受憲法增修條文第 1 條言論自由之保障，²⁰之後在 *Bigelow v. Virginia* 案²¹、*Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.* 案²²，始承認商業性言論並非自始不受到憲法增修條文第 1 條之保障。²³

¹⁷ 參釋字第 414 號解釋：「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，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 15 條及第 11 條之保障。」

¹⁸ 釋字第 623 號解釋理由書第 2 段：「促使人為性交易之訊息，乃促使人為有對價之性交或猥褻行為之訊息（兒童及少年性交易防制條例第 2 條、第 29 條參照），為商業言論之一種。...由於與兒童或少年為性交易，或 18 歲以上之人相互間為性交易，均構成違法行為（兒童及少年性交易防制條例第 22 條、第 23 條、第 24 條、刑法第 227 條、社會秩序維護法第 80 條參照），因此促使人為性交易之訊息，係促使其為非法交易活動，立法者基於維護公益之必要，自可對之為合理之限制。」

¹⁹ 447 U.S. 557, 566 (1980).

²⁰ 316 U.S. 52, 54 (1942).

²¹ 421 U.S. 809 (1975).

²² 425 U.S. 748 (1976).

²³ *Supra* note 21, at 818; *supra* note 22, at 761.

學者並依前開聯邦最高法院判決，將受憲法言論自由保障的商業性言論限縮為從事合法活動、非錯誤或詐欺言論、本質上無詐欺風險之言論。²⁴

本文以為，美國區分「不受保障言論」及「低價值言論」之言論類型，係反應美國聯邦最高法院對於規範該等言論之正當性大於該等言論所欲實現價值之價值判斷，但該判斷亦受到美國學界質疑。²⁵我國既從未否定商業性言論應受憲法之保障，我國憲法亦未如同美國制憲者強調人民自治（self-government）的重要性，將保障人民批判政府官員作為言論自由的基本價值，²⁶則關於美國商業性言論以健全民主程序說²⁷出發，排除無法健全民主程序的非合法、錯誤及詐欺之商業性言論，在我國即無全盤引用之必要。且何謂不法、錯誤或令人誤導之商業性言論，概念上要屬不明，²⁸如認為行為人所為之商業性言論有上開情事，立法機關亦得立法規範處罰，故重點應置於目的合憲性及手段與目的間關連性之審查，殊無在一開始即限縮商業性言論受到憲法保障之範疇。況將該等商業性言論自始排除於言論自由之保障範疇，毋寧係對商業性言論進行事前審查，依釋字 744 號解釋應採取最嚴格之審查標準，原則上為違憲，故亦無將商業性言論之保障範疇限縮之必要。是以，只要係提供涉及經濟利益的訊息，無論該內容是

²⁴ See generally, CHEMERINSKY, *supra* note 12, at 1440-1441.

²⁵ *Id.*, at 1304-5.

²⁶ 關於美國制憲者是否有意區分商業性言論及非商業性言論，並因此異其保障程度，學者間容有爭論。See Alex Kozinski & Stuart Banner, *Who's Afraid of Commercial Speech?*, 76 VA L. REV. 627, 632-4 (1990).

²⁷ 關於言論自由的理論，包括追求真理說、健全民主程序說及表現自我說，可參林子儀，言論自由之理論基礎，臺大法學論叢，第 18 卷第 1 期，頁 239-265（1988.12）。

²⁸ Burger 大法官在 *Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.* 案協同意見書，亦質疑大法官有判斷何種醫療及法律服務是令人誤導的能力。See 425 U.S. 748, 775 (Burger, concurring, 1976).

否為真、可能產生誤導或涉及違法活動，均屬商業性言論保障之範疇，而應受憲法言論自由之保障。

2. 美國聯邦最高法院相關見解

(1) Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc. 案²⁹

本件是處方藥消費者以維吉尼亞州法律規定職業藥師就處方藥價格為廣告構成非專業行為 (unprofessional conduct)，³⁰違反憲法增修條文第 1 條及第 14 條，對維吉尼亞州藥事委員會 (Virginia State Board of Pharmacy) 及其個人成員提起訴訟。³¹Blackmun 大法官執筆的多數意見指出，言論自由是在保障表意者及接收資訊者間的對話 (communication)，如果藥商有權利為廣告，則消費者亦得主張有接收該廣告的權利。³²

而關於藥商所為「以 Y 價格出售 X 處方藥」的言論，是否受到憲法增修條文第 1 條之保障，多數意見認為，言論並不會因為付費發表 (例如付費廣告) 就不受憲法增修條文第 1 條保障，如有某種商業性言論自始不受憲法增修條文第 1 條保障，則必定係依其內容判斷，但不得僅因係針對商業性主題所為的言論即認為該言論內容不受保障。³³另特定消費者及社會大眾對於商業資訊之自由流通亦可能具有

²⁹ 425 U.S. 748 (1976).

³⁰ 藥師經維吉尼亞州藥事委員會認定構成非專業行為，將被科以民事罰款或吊銷、吊扣執照。
See *Id.*, at 752.

³¹ *Id.*, at 748, 749.

³² *Id.*, at 756-7.

³³ *Id.*, at 761.

重大利益，且無論廣告有時多麼令人厭惡，廣告仍係在散布何人因何原因、以何價格製造、販賣何產品之資訊，只要我們是在維護自由市場經濟，就會透過無數個私經濟決定作成大規模的資源分配，而該等決定被充分理解及告知則事關公共利益，就此目的而言，商業資訊之自由流通毋寧係不可或缺，而不可否認得達到憲法增修條文第 1 條在民主社會啟發公眾作成決定之主要目的。³⁴

最後，法院認為，本件既無人主張禁止處方藥價格廣告僅係單純時間、地點及方式之限制，亦無人主張該處方藥價格廣告因錯誤、令人誤導或違法而被禁止，故州政府不得因畏懼資訊對接收者之影響而完全抑制真實且涉及合法活動之資訊。³⁵

(2) *Bates v. State Bar of Arizona*³⁶

二名亞利桑納州律師公會會員的職業律師為吸引客戶，在亞利桑納共和國 (Arizona Republic) 日報刊登「以非常合理的價格提供法律服務」的廣告，該廣告並列出某些服務之價格，遭亞利桑納州律師公會申訴渠等違反亞利桑納州最高法院懲戒規則第 2-101 條 (B) 及第 29 條 (a) 禁止律師為廣告之規定，經特別地方行政委員會 (Special Local Administrative Committee) 建議停業 6 個月以上，復經亞利桑納州律師公會董事會 (the State Bar of Arizona Board of Governors) 審

³⁴ *Id.*, at 763-5.

³⁵ *Id.*, at 771-3.

³⁶ 433 U.S. 350 (1977).

查後，建議停職 1 週，該二名律師遂起訴主張前開懲戒規則侵害渠等憲法增修條文第 1 條之權利。³⁷

多數意見由 Blackmun 大法官主筆，指出亞利桑納州律師公會所提正當化前開懲戒規則之理由，均無法支持禁止律師為廣告。多數意見並提及，涵蓋過廣的法規範可能產生寒蟬效應，然因廣告係連結商業性福祉，該等言論較不易被涵蓋過廣的法規範所壓抑，故專業廣告並無涵蓋過廣法則（overbreadth doctrine）之適用。³⁸最後，多數意見指出，雖然其認為不得全面性禁止律師為廣告，並認定系爭廣告受憲法保障，但並非律師所為的廣告都不能以任何方式限制，如果是錯誤、欺騙、令人誤導或涉及違法交易之廣告，仍可受到限制。關於上開限制，多數意見進一步說明，因個人與公眾自商業性言論獲益係來自於信賴該言論的正確性及可靠性，故在商業性領域較不容許非真實或誤導性言論；另外，針對有待解決之詐欺與非詐欺廣告之界限，多數意見亦期許律師公會在確保律師自由且乾淨地刊登廣告上扮演特殊的角色。³⁹

(3) Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Service Commission of N.Y.⁴⁰

紐約州公共服務委員會因紐約州互連系統無法持續提供所有客戶冬季所需之充足燃料，於 1973 年 12 月發布命令，要求紐約州的電

³⁷ *Id.*, at 353-6. 又該二名律師於該案尚爭執懲戒規則試圖限制競爭而牴觸 Sherman Act ss1 及 2 條，但因此非本處關注之重點，故予以省略。

³⁸ *Id.*, at 368-81.

³⁹ *Id.*, at 383-4.

⁴⁰ 447 U.S. 557 (1980).

力公司停止刊登所有促銷電力使用之廣告，委員會並於 1977 年延長該禁令。Central Hudson 油電公司以該命令限制其商業性言論，違反憲法增修條文第 1 條及第 14 條規定，向法院起訴，經州地方法院、高等法院及紐約州上訴法院維持該命令之合憲性，電力公司不服，復向聯邦最高法院提起上訴。⁴¹

聯邦最高法院由 Powell 大法官主筆的多數意見指出，委員會的命令僅限制單純涉及表意者及其聽眾經濟利益之商業性言論，而商業性言論較其他憲法保障之言論受到較低程度的保障，憲法增修條文第 1 條對商業性言論的保障，係建立在廣告的資訊功能，故壓制未正確告知公眾合法活動的商業性訊息為合憲，政府得禁止較可能欺騙公眾的對話或涉及非法活動的商業性言論。⁴²

多數意見並建立商業性言論案件的「四部分分析（four-part analysis）」：一、判斷言論是否受到憲法增修條文第 1 條保障，即該商業性言論至少必須涉及合法活動且不具誤導性。二、判斷政府利益是否重要。三、判斷該規定是否得以直接促進政府利益。四、未限制過度而超越達成該目的之必要限度。⁴³接著，以該四部分分析審查促銷廣告之合憲性，首先，多數意見認為，委員會並未主張該商業性言論不正確或涉及非法活動，而紐約州上訴法院雖以 Central Hudson 油電公司獨占其服務區域之電力銷售，質疑其所刊登之廣告是否為受保障的商業性言論，但即使在獨占市場，消費者仍須獲得資訊以協助其決定是否使用該獨占服務或其應購買若干服務，故該商業性言論仍受到

⁴¹ 447 U.S. 557, 558-9, 560-1 (1980).

⁴² *Id.*, at 561-4.

⁴³ *Id.*, at 566.

憲法增修條文第 1 條保障。另委員會主張禁令之目的係為節能及訂定公平且有效率的費率，均屬重要政府利益，但促銷廣告僅能達成節能的政府目的，難以達成訂定公平且有效率的費率。又委員會未能證明對言論為較小規制無法達成節能目的，故該禁令完全禁止 Central Hudson 油電公司刊登廣告逾越必要限度，違反憲法增修條文第 1 條及第 14 條規定，故撤銷紐約州上訴法院判決。⁴⁴

(4) 小結

由前開美國聯邦最高法院判決可知，言論自由係在保障「對話」(communication)，不單僅保障表意者說的自由，同時也在保障接收資訊者「接收資訊的權利」，故為使消費者及大眾得接收正確商業資訊以作成決定，即應保障表意者所為商業性言論之自由流通。是以，商業性言論受保障之前提即為合法、真實、非誤導性之言論。另值得注意者，上開判決均適用在「針對言論內容規制 (content-based regulation)」之情形，而非單純針對時間、地點及方式所為之「言論內容中立性規範 (content-neutral regulation)」。

又最高法院在 Central Hudson Gas 案所提出之四部分分析，之後最高法院在後續判決⁴⁵亦繼續引用。由該四部分分析可知，合法、不具誤導性之商業性言論，始受憲法增修條文第 1 條保障；另法院在審查法規範是否違憲侵害表意者的商業性言論時，要求必須具有「重要」的政府利益，且政府所制定之法規範與政府利益間具有直接關連，未逾

⁴⁴ *Id.*, at 566-72.

⁴⁵ *Thompson v. Western States Medical Center*, 535 U.S. 357, 367 (2002).

越必要限度，該手段與目的間關連性之審查並未如同合理審查標準僅要求手段與目的具有合理關連，亦未達到嚴格審查標準要求嚴密剪裁的程度，堪認法院係採取「中度審查標準(intermediate scrutiny test)」。

3. 審查標準之採擇

關於商業性言論所適用之審查標準，大法官在釋字第 414 號解釋理由書中已明確闡明各種言論依其性質而有不同之保護範疇及限制準則，且非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，不能與其他言論自由之保障等量齊觀，⁴⁶顯然係採取美國所謂之「雙階理論(two-level theory)」。⁴⁷至商業性言論所採取之審查標準，由釋字第 577 號解釋理由書使用「重大公共利益」目的、「實質關連」手段等文字，⁴⁸應認係採取美國之「中度審查標準」。⁴⁹雖然釋字第 577 號解釋涉及不表意自由中「強迫針對言論內容之法規範」、「強迫為客觀事實陳述」及「商業性言論」之問題，⁴⁹但該號解釋並未區分「表意及不表意自由」、「客觀事實陳述及主觀意見表達」而給予不同的審查標準，故可認該號解釋係單純以法規範涉及「商業性言論」為由，採取中度審查標準。另參考前述美國聯邦最高法院針對商業性言論採取之審查標準，關於侵害商業性言論之法規範審查，亦應適用中度審查標準。

⁴⁶ 釋字第 414 號解釋理由書第 1 段：「...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。」

⁴⁷ 釋字第 577 號解釋理由書第 3 段：「...故上開菸害防制法規定雖對於菸品業者之不表意自由有所限制，然其目的係為維護國民健康及提供消費者必要商業資訊等重大之公共利益，其手段與目的間之實質關聯，符合法治國家比例原則之要求，並未逾越維護公共利益所必要之程度，與憲法第 11 條及第 23 條之規定均無違背。」

⁴⁸ 釋字第 414 號解釋因涉及事前限制的問題，故尚難作為一般商業性言論審查標準的依據。

⁴⁹ 關於此部分的介紹，請參吳佳樺，民、刑事法上強制道歉合憲性之研究，國立臺灣大學法律學院法律學系研究所碩士論文，102-104, 112-115 (2010)。

4. 中度審查標準之適用

系爭規定明定「非醫療機構，不得為醫療廣告」，係禁止醫師為商業性言論，依上開說明，即應適用中度審查標準，審查系爭規定是否具有「重要的政府利益」，該政府利益與手段間是否具有「實質關連」。而參諸行政院提案修正醫療法系爭規定⁵⁰，以及醫師法於75年12月26日修正禁止醫師為醫療廣告之立法說明⁵¹（見前述二、實體部分（一）），可知系爭規定之所以全面禁止醫師為醫療廣告，其目的僅係為衛生主管機關管理便利。佐以75年11月24日制定醫療法前，同年12月26日修正前之醫師法原規定醫師得為醫療廣告，僅限制醫師不得為虛偽、誇張或其他不正當廣告，且醫師法之規定早於32年9月22日即已制定公布，足見主管機關曾長達43年之時間係以醫師所為之醫療廣告為管理對象，當無管理不便之問題，則醫療法以主管機關管理便利之目的為由，全面禁止醫師為醫療廣告，自非重要之政府目的，應屬違憲。如主管機關認為為維護國民身體健康，有必要對醫療廣告進行管理，即應以此為立法目的，立法處罰醫師所為非真實、詐欺或具有誤導性之醫療廣告，而非完全遏制醫師刊登醫療廣告。

縱認便利主管機關管理之目的為重要之政府利益，因醫師法第1條規定，經醫師考試及格並依醫師法領有醫師證書者，始得擔任醫師，則主管機關對於醫師刊登之醫療廣告，得以該醫師之醫師證書進行查核，並無不便管理之情形。再者，醫療廣告之內容僅限於「醫療

⁵⁰ 參醫療法草案審查修正、行政院草案條文對照表（見本院卷第96頁）。

⁵¹ 參立法院院總第214號政府提案第2898號之2議案關係文書（見本院卷第226頁反面至227頁）。

機構之名稱、開業執照字號、地址、電話及交通路線」、「醫師之姓名、性別、學歷、經歷及其醫師、專科醫師證書字號」及「其他經中央主管機關公告容許登載或播放事項」等事項（參醫療法第 85 條第 1 項第 1、2、6 款），益見主管機關管理醫師所為之醫療廣告，無窒礙難行之處。況私立醫療機構係由醫師設立，⁵²醫療機構向主管機關申請核准登記，並取得開業執照後，始得開業，⁵³足見主管機關對私立醫療機構之管理，僅係由醫師變為醫療機構或醫療法人，全面禁止醫師刊登醫療廣告，未使主管機關較便利管理，故系爭規定與主管機關便利管理之目的間並無實質關連，亦屬違憲。

三、結論

綜上所述，聲請人審理本院 105 年度簡字第 274 號醫療法事件，已確信本事件所適用之系爭規定限制醫師憲法第 11 條所保障之言論自由，逾越必要限度，應屬違憲，且系爭規定違憲於本事件之裁判結果顯有影響，爰依鈞院釋字第 371 號、第 572 號解釋，裁定停止訴訟程序，向鈞院大法官聲請解釋。

此致

司法院大法官

聲請人：臺灣臺北地方法院

行政訴訟庭（晴股）法官

吳佳樺 107.6.9

⁵² 參醫療法第 4 條：「本法所稱私立醫療機構，係指由醫師設立之醫療機構。」

⁵³ 參醫療法第 15 條第 1 項前段：「醫療機構之開業，應向所在地直轄市、縣（市）主管機關申請核准登記，經發給開業執照，始得為之；...。」