

第參章 節目廣告化相關規範違憲審查標準之建制—從商業言論自由為出發點

第一節 美國商業性言論自由的發展沿革與概念

第一款 美國法上商業廣告與言論自由關係之發展與合憲審查基準

保障商業言論自由的概念源自美國，第一個判決於1942年方出現，美國最高法院初始將商業性言論排除於憲法保障之外，或許當時在其想法中，認為憲法保障言論自由的目的是文化上的及政治上的，因為自由的言論可能有助於吾人增進知識、追尋真理，或有助於吾人作合理的政治判斷，進而有助於整體民主社會的健全，但此時期的保障概念卻忽略了經濟生活與文化、政治是不能分離的。到了1970年代，美國最高法院的態度開始轉變，把言論自由的保護擴及於商業性言論，可能就是體認到經濟與政治、文化的不可分性，當然最可能是受到60年代民權運動以及70年代消費者運動的影響，為了滿足個人、為了尊重消費者，當然會給予更多的訊息，由其去自由選擇⁵⁰。

美國法院經過數十年的發展，已發現言論自由具有許多不同的功能，並且注意到這些功能的重要性，從僅將商業言論自由視為一項附屬有影響力、有效率的民主制度的權利，而今則被視為一項獨立且具有正面價值的權利，不僅選民有權聽到候選人的言論，消費者亦有權利聽到關於產品和服務的資訊。此外，美國法院已不再僅將言論自由視為一項能說話的權利，還包含有資訊接受的權利，例如消費者獲得關於藥品價格和電價資訊的權利，亦包括了法律案件中受害人聽取律師意見的權利，也有越來越多的法官認為，在爭議性較大的言論自由案件中，不

⁵⁰ 林子儀，〈商業性言論與言論自由〉，美國月刊，第2卷第8期，頁23-33，1987年12月。

限制意見市場中的資訊，而採取擴大言論自由權的判決，會是一種較佳的判決方式⁵¹。

在美國，對於侵害人民基本權利的合憲性審查，若是一般案件，法院首先會選擇「三重審查基準」作為合憲性審查標準，基本權利案件的一般審查標準但若涉及言論自由時，則會使用「雙軌理論」(the two-track theory)與「雙階理論」(the two-level theory)，至於商業性言論的案件，從不受增修條文第一條保護到給予相當保障，爭議不斷，最後在*Central Hudson*一案中建立起四段檢驗的中度審查基準，才對此種言論的審查基準有了基本的共識。

一、不受憲法保障期

美國聯邦最高法院對於商業性言論是否受到憲法言論自由的保護，其態度非始終如一，在1976年以前，最高法院認為多數的商業性言論完全不在增修條文第一條的保護範圍之內，即使到了1976年商業性言論受到保護，仍屬非受完全保障的言論，因此被歸類於「低價值」言論(low-level speech)，無法獲得如「核心」(core)言論的保護程度。

在1942年*Valentine v. Chrestensen*一案中，最先言明商業性言論的法理，並否認其為言論自由保障的對象，在排他類型化(exclusionary categorization)的代表性案例、也是孕育雙階理論出現的*Chaplinsky*案⁵²之後，本案成了商業言論相關議題裡具有舉足輕重地位的重要案例。本案乃是關於紐約市警察局長禁止來自*Valentine*的商人，在紐約街頭發散吸引市民參加付費的潛水艇之旅的廣告傳單，該傳單正面印刷廣告訊息，背面則印有對市政府不准他使用地方政府碼頭的抗議文字，法院視這項禁令乃是針對商業活動的管制，而非針對受言論自由保護的政治性言論，認為該項政治性的抗議言論單純只是為了規避政府禁止在街頭發散廣告的規定。該案法院還認為，增修條文第一條並未約束政府要其尊重純粹的商業

⁵¹ DARIEN A. MCWHIRTER, FREEDOM OF SPEECH, PRESS, AND ASSEMBLY (1994)。轉引自謝國廉，〈規範於酒廣告之法令與言論自由權保障之衝突——橫跨健康傳播與人權理論之分析〉，《新聞學研究》，第61期，頁223-245，1999年10月。

⁵² 315 U.S. 568 (1942).

廣告，因此商業性言論並不受到憲法言論自由的保障，政府可對商業性言論作實質上的管制⁵³。該判決將商業性言論歸屬於低價值言論之類別，進而否定此等言論應受到美國憲法增修條文第一條的保障⁵⁴。此判決所引用的低價值言論概念，乃源於聯邦法院同年大法官Murphy在*Chaplinsky*案中所宣示之言論自由的「雙階理論」⁵⁵。

此理論乃指依言論內容將之區分為「高價值言論」與「低價值言論」，並以不同的審查標準來審查其合憲性。所謂高價值言論如政治性言論、社會批判言論等，採取嚴格的審查標準，於是政府此類規制僅其目的在於追求相當急迫及非常重要的利益，而其所使用的手段，亦為達到該目的之必要且侵害性最小手段者，才屬合憲。

所謂低價值言論則如猥褻性言論、毀謗性言論、煽動性違法行為之言論等，並認為後者不屬於言論自由保障範疇，司法機關有關此類言論的規制之違憲審查，亦僅停留於最低限度的審查標準而已。因此，被政府規制的言論若被認定屬於低價值的言論者，法院將以「類型化的利益衡量」(categorical balancing)的方式，對這項政府規制進行合憲性的審查，也就是說，法院會依照低價值言論的不同類型，衡量所涉的不同利益，而界定在什麼情況下，須對特定的低價值言論加以限制，例如，針對商業性言論類型，在其不受增修條文第一條保護時代時，其審查標準是，如果該言論會引起特別的商業性傷害，如虛偽不實或引人錯誤的廣告，或是以非法交易為目的之廣告，政府得對之予以限制；至於內容真實、無引人錯誤之虞且為合法交易的廣告，政府若要對之加以限制，只有在該限制能直接增進具有實質的利益，且其選擇的手段，也未逾越為達成增進該利益所必要的程度時，該限制方屬合憲⁵⁶。

⁵³ 316 U.S. 52, 54 (1942).

⁵⁴ 美國憲法增修第一條條文謂：「國會不得制定關於下列事項的法律：確立宗教或禁止信教自由；剝奪人民言論或出版自由；剝奪人民和平集會及向政府請願救濟的權利。」

⁵⁵ 315 U.S. 568 (1942).

⁵⁶ 林子儀，同註50，頁155以下。

然而，有一派的法官質疑這種用「類型化」取向來定義此種言論性質的正當性，於是主張商業性言論應受到如其他言論的保護，只要該言論不會引起特別的商業性傷害，如引起欺騙或誇大的危險，此種觀點主張以「對等」取代「分類」來看待商業性言論自由，不過此意見並未在大法官中成為多數意。因此，商業性言論成了雙階理論中唯一正規的例外，不像煽動性、挑釁性、誹謗性、猥褻性或兒童色情等言論，商業性言論雖能享有美國憲法增修條文第一條的保護，但受到保護的程度卻不如其他受增修條文第一條所保護的言論來得完整。

法院對*Valentine*案所做出的判決，並無意味只因為發言者帶有商業動機，就不受增修條文第一條的保護；然而，其後有關商業性言論的各個事案中，聯邦最高法院採用「首要目的」(primary purpose)審查基準，以決定特定言論是否屬於商業性言論，亦即，在該當言論之首要動機或目的係為追求個人私利時，視為商業性言論，就不受增修條文第一條的保障⁵⁷。但批評者謂，不少政治性言論及其他傳統上受到增修條文第一條保障的言論，於不少情況下亦是為個人利益的追求而實施，若此，則根本以動機或目的來區別商業性言論與非商業性言論之舉，亦屬不當。

聯邦最高法院漸漸意識到此以首要目的為審查基準可能有的問題，於是在1964年*New York Times Co. v. Sullivan*一案判決中，法院否定了增修條文第一條不適用於「付費的『商業性』廣告」的論點，「關於(紐約)時報收費刊登廣告，就如販售報紙和書籍一樣，是不關緊要的。」電影和書籍的發行即使是為了營利，也長期享有增修條文第一條的保護⁵⁸；因此，在*Sullivan*案，法院將其判決基準改為重視廣告內容的「內容基準」，廣告縱令以付費方式刊登，且係以尋求金錢上的援助為目的，但只要其中含有關於公共利益的資訊，將會受到增修條文第一條的保護。於是在此論理下，商業或營利的動機就不再是判斷一項言論是否應受增修條文第一條保障的基準，內容基準從此於是確立，但只要被斷定為商業性言論，勢將無法受到增修條文第一條的保障，商業性言論此時依舊處於低價值言論之列。

⁵⁷ JOHN E. NOWAK AND RONALD D. ROTUNDA, CONSTITUTIONAL LAW 1012-13 (7th ed. 2004).

⁵⁸ 376 U.S. 254 (1964).

自 *Valentine* 案後，商業與非商業之間的區別乃是相關案子的主要爭點，到了1970年初期，法院比過往都要重視 *Valentine* 案所建立的商業性言論原則，例如，在1973年的 *Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Human Relations Comm'n*，最高法院以五比四之比維持賓州法院的決定，禁止報紙在以性別為討論主題的版面裡，刊載以性別作為雇用條件的求才廣告，除非該雇主或廣告主不以性別作為雇用考量者，才可在此刊載求才廣告；此禁令並無違反言論自由的規定，和報紙應受增修條文第一條和第十四條的保護，法官鮑爾(Powell)在其多數意見書中道，這些廣告類似 *Valentine* 案的廣告，而非 *New York Times* 案裡的廣告，沒有一則是表明該職位必須由某一種性別者才有資格應徵，也無對性別歧視法令有所批評，該每則廣告不過是個可能雇用機會的提出，因此，這些廣告乃是不受增修條文第一條保護的典型的商業言論例子⁵⁹。在 *Valentine* 案宣示出的象徵性意義不久，法院的態度即遭轉向。

二、受憲法保障期之開始

商業言論可受憲法保障的新趨勢，則開展於1975年的 *Bigelow v. Virginia* 案，法院進入此時期起至今，儘管商業廣告並非全然被排除增修條文第一條的保護之外，但商業廣告卻也始終未享有如同其他言論在憲法上所受到的保護，因此相較於其他類型言論，廣告或是「商業言論」在增修條文第一條保護傘下能避免政府干擾的程度則相對較低，例如，聯邦貿易委員會(FTC)就可規範「不實」的商業言論。

此一時期代表案例有四：*Bigelow*⁶⁰判決、*Virginia Pharmacy*⁶¹判決、*Central Hudson*判決⁶²與 *Liquorment, Inc.*⁶³判決。

⁵⁹ 413 U.S. 376 (1973).

⁶⁰ 421 U.S. 818 (1975).

⁶¹ 425 U.S. 748 (1976)。

⁶² JOHN E. NOWAK AND RONALD D. ROTUNDA, 前揭註57, 頁566。

⁶³ 517 U.S. 484 (1996).

(一) *Bigelow* 判決

Bigelow v. Virginia 案乃是1971年時，維州某週報刊登紐約某診所墮胎手術的廣告因而被科罪。墮胎在紐約是合法行為，但在維州藉由銷售或是任何刊物宣傳或鼓勵墮胎卻是不合法的，受審法院判決駁回原告該法律違憲的主張，到了維州最高法院也肯認這樣的判決，主張該廣告具商業性質，原告本身不具有增修條文第一條的合法利益，可茲保護，且其活動就是單純的商業活動，因此州警察在其權力範圍之內，可合法的加以禁止，原告無由指控該法令禁止範圍過於廣泛。

原告該報主編Bigelow上訴至聯邦最高法院，主張相關法律因其禁止範圍過於廣泛，實有違增修條文第一條之立法精神，原告獲勝。有關增修條文第一條的問題，聯邦最高法院認為，應用在本案原告身上的法律規定侵害了增修條文第一條下憲法所保障的言論，因而認定維州法院假定係爭廣告與該原告之所以不得享有增修條文第一條保護的利益，均因其言論以付費的商業廣告型式呈現，因此就不具有合法的增修條文第一條的利益，可茲保護等等，乃是錯誤見解；然事實上，該廣告具有商業性質或反映廣告主商業利益，並不會使得增修條文第一條所承諾的保護無效⁶⁴。

從此解釋觀之，商業廣告成為增修條文第一條的保障對象之推論則呼之欲出，但最高法院又以如下諸語淡化其受保障的可能性：「綜觀本案，該廣告傳達潛在利益和價值給各式閱聽人，這些閱聽人中，不僅有那些可能需要該服務提供的人，而且還包括那些關心該主要內容或是他州法律的讀者，還有尋求改革維州法律者，因此原告的增修條文第一條的利益實與憲法上的公共利益相符⁶⁵。」從此觀之，若只是純粹的商業廣告，是否仍能受到增修條文第一條的保障，實屬疑問，似乎必須經過「公共利益」的檢驗，通過者才得以受到保護。

⁶⁴ 421 U.S. 818-821 (1975).

⁶⁵ *Id.* at 821-822 (1975).

(二) *Virginia Pharmacy* 判決

在 *Bigelow v. Virginia* 案一年後，1976 年的 *Virginia State Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council* 案更進一步確認商業言論應受憲法保障的立論，一如本案的法官所言：「商業言論不受保護的概念已在 *Bigelow* 一案中消逝了⁶⁶。」本案起因於維吉尼亞州法律禁止藥師對藥物價格做宣傳廣告，該州消費者團體因不滿於此一藥物價格管制，乃以該州藥師公會為被告起訴，後上訴至聯邦最高法院。在判決理由中，最高法院首先言明，與 *Bigelow* 判決中的廣告係含有公共利益要素不同，本件廣告純屬商業性言論，政府並不能以維繫開業藥技師之專業性的州政府利益，做為針對處方藥價格廣告禁令的合理理由，該判決認定，商業廣告中的廣告主利益是純經濟性質的，而此利益不該是讓廣告主不受增修條文第一條和第四條保護的理由；此外，該判決亦認定商業資訊自由流通對於個別消費者和社會而言，通常都是一種重大利益⁶⁷，其理由實係著眼於現代經濟社會中資訊自由流通的重要性，而言論自由中，表意人與受意人(閱聽眾)間的溝通過程亦當受到重視；因此，該法院肯認增修條文第一條的權利包括接受資訊和觀念的權利，哪裡有表意者，增修條文第一條就保護其傳播權利、言論來源和其受意人，於是言論自由必須也要保護接受的權利，所以受意人所擁有的「資訊接收權」(right to receive)應受到保護；如果有廣告的權利，當然就有相應的權利，即接收廣告的權利⁶⁸。

該判決指出，該案被禁止的處方藥廣告，並未遭到不實、誤導或非法交易之要約等指控，因此，政府不該禁止這全然合法活動的完全真實資訊之傳播，並擔心這資訊對其傳播者和接受者的影響⁶⁹。關於商業言論能否像其他種類言論受到憲法的保障，該判決認為增修條文第一條絕不會禁止政府為了確保商業資訊無障礙、自由的流通所做的努力，但亦不主張商業言論是絕不可用如該案的規定來規範，某些型式針對商業言論的規範是容許的，例如，對於處方藥價格的廣告的禁止，只是時間、地點和方式的限制，而此類的限制經常是能合法通過的，但必須

⁶⁶ 425 U.S. 760 (1976).

⁶⁷ *Id.* at 762-765.

⁶⁸ *Id.* at 757-58.

⁶⁹ *Id.* at 771-773.

通過如下條件的檢驗：如該規制需不涉及受規範的言論之內容，又如該規制需服膺在重大政府利益之下等等。如此一來，便可給予資訊傳播廣大的空間⁷⁰。

從該判決觀察，商業性言論之所以受到增修條文第一條的保障，重點不再於其對表意人(廣告者)所具有的意義，而在於透過自由的表達和其後的自由流通過程，使得受意人(消費大眾)對於自己的經濟事務得以做出更明智、理性的決定，進而促進市場經濟制度的發展。

然而，聯邦最高法院雖承認商業性言論為言論自由之一類型，卻未給予和其他非商業性言論同樣程度的保障，在爾後頗受矚目該判決的註解24中，聯邦法院如是說：「在做出商業言論享有增修條文第一條保護的結論之同時，我們並不主張商業言論並非和其他種類的言論全然無異。『單單僅是商業交易的要約(引誘)』之言論與其他言論間，實存在著常識性的差異。此等差異縱然不致於導引出商業性言論毫無價值、故而應受州政府全面性的管制之結論，但為了確保真實且合法的商業資訊之流通不受到妨礙，則有必要給予不同程度的保障。比起新聞報導或是政治評論，商業言論的真實性或可比較容易的從傳播者處取得證實，因為一般來說，廣告主尋求的是特定商品或服務訊息的傳播，對於訊息，廣告主應比其他人都要來得了解，商業言論在時間上又多比其他言論且來得持久；此外，又因為廣告是商業求取利潤的必要條件之一，因此極不可能會被適當的規範退卻而全部放棄⁷¹。」

據此，對商業性言論僅能給予較低保障程度的理由，在於保護消費者免受虛偽不實的商業廣告之欺瞞，因而有必要賦予州政府較諸其他非商業性言論更大的管制權限；此外，聯邦最高法院亦強調，其並非主張政府不得對商業廣告加以限制，而是政府得對商業廣告作時間、地點、方法之規制，而此種規制如欲合憲，則其尚應符合規制不得涉及廣告之內容、所追求之政府利益必須重大，尚有其他諸多資訊傳播的手段存在等要件⁷²。

⁷⁰ *Id.* at 770-771.

⁷¹ *Id.* at 771 n.24.

⁷² *Id.* at 771.

從本案觀之，商業資訊的自由流通也是社會一項重要利益，即使是一則單一廣告，儘管性質全屬「商業性」，或許亦具有一般的公眾利益，雖顯然並非所有的商業訊息都含有相同或某一重大的公眾利益元素，但儘管廣告有時可能品味低俗，或手法誇大，但都是一種資訊的傳播，其內容不外乎是在傳遞製造者、產品利益點、販售者和產品價格等等資訊，只要我們要維持自由企業的經濟體制，那麼我們絕大部分的資源配置，均將透過無數的私人經濟決定來達成，而這些決定必須要在資訊充沛的情況下，才有可能的是明智的決定，而在資訊充沛的情況下作出明智的決定，這可就關乎公眾利益一事；因此，商業資訊自由流通則是達成此一目的不可或缺的條件之一。此外，關於傳播管道的問題，只要該商業訊息本身是無害於消費者的，那麼消費者只要能在相關資訊充分的情況下，就能察覺出其最佳利益為何，而為達此一目的之最好方法，就是大開傳播管道，而非限制，若能真正的完全開放，那本案中，就無其他障礙可阻撓專業藥師行銷其自稱較為優良的產品了。

(三) *Central Hudson* 判決

1. *Central Hudson* 案

比起其他言論，廣告或是「商業言論」受到憲法增修條文第一條的保護較少，聯邦法院在*Central Hudson*案中，作出具有指標性意義的判決：一州必須要證明其規範行動能直接促進一項重大的州利益，才可對真實、無引人錯誤之虞的商業言論加以限制，而且其規範不可超過達成該利益之必要行為，此即所謂的「*Central Hudson*檢驗」(*Central Hudson Test*)。

本案乃是1973年12月，紐約州工務委員會為因應石油危機，下令各電力公司停止促進電力消費的廣告，此命令並於1977年2月決定繼續延長實施，原告電力公司因反對該項命令的延長，於是以上述委員會為被告，並以該項明令違反增修條文第一條為由提出告訴，到聯邦最高法院後勝訴⁷³。

⁷³ 447 U.S. 561-572 (1980).

本判決中，法院指出，商業言論是一種單純關乎表意人和其受意人經濟性利益的表達，在此最高法院首先陳述，儘管比起其他憲法所保障的言論，憲法雖對商業言論給予較低程度的保障，但增修條文第一條仍保護商業言論免於不合理的政府法規規範，政府部門不能不當的限制該項言論的表達，因此商業言論要能受到增修條文第一條的保護，該言論至少必須是涉及合法活動，且無引人錯誤之虞；再者，還必須確定規範該商業言論的法令，其所宣稱欲達成之政府目的須為重大。如果此二項條件均符合，則須再進一步考量該規範是否直接促進所宣稱政府利益的達成，且其是否超過其所服膺的利益的必要作為，亦即手段與目的間是否相當⁷⁴。

在本案，節約能源是州政府一項明確而重要的利益，其制定出的規範也能直接促進該項利益；此外，被告還主張原告利用不同時段不同價格的價差策略，成功的促銷非尖峰時刻的使用，然而此種價格結構其實會讓整體費率提高，額外增加的成本最後還是轉嫁到消費者身上，因此該州防止原告差價策略的政府利益也是重要的；但是，第二項利益並不是憲法上可以限制受保護言論的合法原因，因為其中廣告禁令和原告的費率結構間的關聯薄弱⁷⁵。

姑且不論炒作該項服務對整體能源使用的影響，被告所制定的規範，其效力遠及所有的促銷廣告，實遠超過州政府為節約能源此項利益所應有的作為，即使節約能源很重要，但也不能以此作為抑制針對用電策略或服務的資訊傳播之合理原因，更何況該項用電策略或服務並不會讓整體能源使用有所增加；再者，也無證據顯示，對管制促銷廣告內容的規範有多點限制，就不足以滿足州政府之利益。

綜上，依此判決，商業性言論如欲成為增修條文第一條的保障對象，可將商業性言論規制的違憲審查基準分為四個階段：

1. 其內容是否合法且無虛偽不實、引人錯誤之虞者；
2. 因廣告規制所生的政府利益是否重大；

⁷⁴ *Id.* at.561-566.

⁷⁵ *Id.* at 568-569.

在以上二項前提皆為肯定的情況下，再進入如下第三、第四階段分析：

3. 該當廣告規制可以直接促成政府利益的達成；
4. 廣告規制未逾越為增進政府利益所必要之規範程度⁷⁶。

至此可確定的是，關於商業性言論聯邦最高法院所關心者，已從廣告者的權利轉換至廣告本身的資訊傳播功能，再進而轉換至對廣告接收者權利的重視，為了確保此等資訊傳播功能的正常運作及接收者的權利，聯邦最高法院雖仍堅持商業性言論僅得享有較低程度的保障，但對有關針對此種言論規制的違憲審查，卻引進了相當嚴格的四階段審查基準，而使得此一時期的商業性言論比起從前享有更高程度的保障。

2. 美國商業言論的審查標準：「*Central Hudson*四階段審查基準」

此*Central Hudson*四階段審查基準可說是美國聯邦最高法院累積二十多年來針對於商業性言論自由原理原則所作論述的結晶，其旨在提供商業廣告一種保護，使其在增修條文第一條下，免於受到不成熟或不完備的相關法令侵害，但這種保障卻很明顯地僅為一種有限的保障，不如其他類型的言論所享有的保障，因此對於商業言論則採取中度審查標準，此審查標準乃是用來審查內容中立的規範，或是對言論的時間、地點以及方式的審查。

提及審查內容中立的規範，就須先了解美國聯邦最高法院在處理言論自由的案件時，所採用的「雙軌理論」審查基準，在此理論下，對言論自由會造成限制效果的立法或政府措施，以其規範是否直接針對言論表達的內容或可能造成的影響為標準，將這些立法或其他政府措施分成兩大類，並分別施以不同的審查標準來審查其合憲性，此二類規制分別為針對言論內容的規制與非針對言論內容的規制。

針對言論內容的規制，如直接針對某訊息或某觀點加以管制，或政府規制的目的與「訊息傳播的影響」有關者，即可斷定為此類規制，例如政府限制菸酒廣

⁷⁶ *Id.* at 566.

告的表現形式，須加註警示語；另一類則是非針對言論內容的規制，此類規制非針對言論所表達的思想或資訊本身，也非針對該思想或資訊所可能產生的影響者，例如政府禁止在住宅區使用高分貝擴音器播放等等。美國法院發展出雙軌理論的目的，就是要決定在審理具體個案時，對於涉及的政府立法或其他設施，要以何種的審查標準來審查其合憲性，根據此理論，對於針對言論內容規制的審查標準，應比非針對言論內容的審查標準要來得嚴格。

在討論雙軌理論中，要如何區分政府限制性的立法或其他措施，究屬於「針對」或「非針對」言論內容的限制，實屬不易，其中一個常遇到的棘手問題，就是如果政府的限制性立法或其他措施，是針對言論或意見表達的某種方式加以限制者，對其審查，是要採用針對言論內容的規制的嚴格審查標準，還是採用非針對言論內容的規制之比較寬鬆的審查標準？美國聯邦法院亦認為，此種規制仍有可能會對個人將其意見傳達給他人的能力造成限制，對言論及意見的自由表達造成嚴重的阻礙，但是這類規制並非基於言論表達的觀點，也非基於特定的言論議題，因此聯邦最高法院並未視之為針對言論內容的規制，而將之歸於非針對言論內容的規制，並以較寬鬆的審查標準審查其合憲性，但如此處理，對言論自由的保障是否足夠，引起論者多所批評⁷⁷。

然而，針對非言論內容規制的審查，法院不只是用合理關聯性的審查標準來審查，有時也會用中度的審查標準，甚而嚴格的審查標準，來審查非針對言論內容的政府立法或其他措施是否合憲，例如，有些非針對言論內容的規制只要其規制的目的是為了追求具體實質的政府利益，且並未不合理的限制其他表達意見的管道，即會被認為合憲，法院對言論表達的「時間、地點及方式」的規制之審查，即採此種標準，亦即該限制要合憲必須符合下列三要件：(1)不涉及言論表達的內容；(2)可以增進實質的政府利益；(3)尚留有甚多其他的管道功該言論表達使用⁷⁸。

⁷⁷ 林子儀，〈言論自由的限制與雙軌理論〉，《言論自由與新聞自由》，頁188-191，2002年11月，2刷。

⁷⁸ 林子儀，同前註，頁161以下。

此外，在此四段檢驗基準中，延用了法院在處理涉及憲法所保障的基本權利案件時的「三重審查基準」中之中度審查標準(the intermediate scrutiny test)。在法院審查憲法所保障的基本權利時，如無先例所立下的具體案件原則可遵循時，就會在合理關聯性審查標準(the rational relationship test)、中度審查標準(the intermediate scrutiny test)與嚴格審查標準(the strict scrutiny)等三種審查標準中擇一，作為審查基準，若要選擇何種標準，則視所涉及的基本權利類型為何而定⁷⁹。美國聯邦最高法院在具體審查涉及政府有關基本權利的立法或其他措施是否合憲時，會先從其「目的」加以審查，目的審查合憲後，進而審查為達該目的之「手段」是否合憲，因此，三重審查基準的差異即在於「目的」與「手段」的審查密度寬嚴不一。

關於合理關聯性審查標準，此乃三重基準中最寬鬆者，只要政府規制措施的目的為合法利益即可通過，例如為了公共福祉或維持社會秩序等，至於手段方面的審查，無必要性與最小侵害性的要求，只要手段與目的間具有「合理關聯性」即可，此二項條件均輕易就可滿足，因此，若法院決定採行此種標準審查時，即等於是對政府立法或行政部門決定的完全順從或完全放任，通常在處理有關社會或經濟性立法或其他措施，亦即涉及經濟性基本權利時，不論是屬於法的正當程序案件或平等保障案件，均已此種標準作為審查標準。

*Central Hudson*四階段審查基準採取中度審查標準，當法院採此種審查標準時，首先會先審查政府所追求的目的是否具有「實質重要」的政府利益，其次則審查其所採用的手段是否與達成該目的具有「實質關聯性」，若有，即為憲法所允許。美國法院在處理平等保障原則中有關性別及非婚生子女等類型平等保障案件時，均使用此種中度審查標準，與言論自由有關的案件，若涉及非針對言論內容的規制之審查，多採用此種審查標準。

⁷⁹ 此基準最早是根據Harlan F. Stone大法官在1938年的*United States v. Carolene Products Co.*案所發展出來的「雙重基準」(the double standard)，之後又將之由「法的正當程序」(the process of law)領域適用到「平等保障」(equal protection of law)領域，逐漸演進成目前的三重基準審查標準。詳細內容請參見林子儀，前揭註77，頁142以下，2002年11月，2刷。

嚴格審查標準，法院採此種審查標準審查時，會先審查該措施的目的所追求的政府利益是否「急迫且重要」，其次則審查達成該目的所使用的手段是否是達該目的之必要且侵害最小的手段。美國法院在審查涉及有關基本權利的立法或其他措施時，如隱私權、選舉及被選舉權、遷徙自由、結社自由等等，不論在法的正當程序領域或是平等保證領域，均採嚴格的審查標準，在有關管制言論內容的法規案件中，法院亦採取此審查標準。要符合此標準的要求，幾不可能，因此，只要法院是使用嚴格審查標準，所有被審查的政府立法或其他措施，幾乎都難逃被宣告違憲的命運。

根據*Central Hudson*一案的判決，政府的規制只有在可直接促成重大政府利益的達成，且該廣告規制未逾越為增進政府利益所必要之規範程度，就可對合法且無虛偽不實、引人錯誤之虞之廣告進行規範，亦即聯邦最高法院認為，若要對真實無引人錯誤的商業性言論（廣告）進行限制，只要符合公益及比例原則，即採取限制最小的方法（the least restrictive means），即屬合憲。

本案中，法官Blackmun在協同意見書中道，他並不認為這樣的審查可給予真實無誤導的商業言論充分保障，他同意中度審查標準只宜用來審查保護消費者免於誤導或不實言論的規範，或是審查針對商業言論的時間、地點或方式所制定的規範，但他不同意此四階段檢驗標準適用於政府為了操控私經濟決策而抑制產品資訊流通的規範。

(四) *Liquormart Inc. v. Rhode Island* 判決

到了1980年代末期，商業性言論的保障又再度受到打壓，因為獲得反對保障商業性言論自由冷漠大眾的允許，甚至是強烈支持，立法者與執法者前所未有地、狂熱地對廣告進行限制，且若是以如此的方式限制其他形式的意見自由，則會被認為是明顯違憲的。同時，由於最高法院已採取逐案審查的方法（case-by-case approach），來審查商業性言論的訴訟，最高法院對於相關有違憲爭議的法律會如何解決，似乎越來越難預測，這是因為最高法院允許商業性言論的相關原理原

則發展了半個世紀，但卻未有一個論理充分且被持續運用的理論，且此情況又因難以妥適定義商業性言論而更行惡化⁸⁰。

但是，美國Mary B. Nutt教授則指出，增修條文第一條的重點，在於保證資訊的自由流通以促進民意的形成；由於商業性言論可提供人民有關商品和服務的資訊，因此其有助於人們作出經濟上的理性選擇；其次，Nutt教授還指出，促進不同意見於市場上自由交換的這種價值觀是極為重要的，因此我們應當秉持此項價值觀，而不應向侵害商業性言論自由的法律妥協，因為此種法律以阻礙人民接收資訊的方式，降低了人民對合法商品及服務的需要，所以法院應堅持在*Central Hudson*一案中所立下的「中度審查標準」，若有針對非欺騙性廣告活動這項合法行為的內容加以限制的法令（a content-based ban），法院在決定此法令之合憲性時，應以嚴格的標準審查此一法令，以確保此一法令除了必要地增進政府的實質利益外，並未對商業性言論自由有過度的限制⁸¹。

在*Liquormart Inc. v. Rhode Island*一案前，1993年的*Edenfield v. Fane*⁸²一案中，最高法院針對商業言論受保護的基礎提出了一般性的原則：「商業市場，一如我們社會和文化生活中的其他領域，也是一個孕育觀念和資訊的論壇，有些觀念和資訊是重要的，有些則價值低微，但是一般通則是，是由表意者和受意者來評估其中所呈現的資訊之價值，而非政府；因此，即使一項溝通僅在提出商業交易的要約，也是有權受增修條文第一條的保護。」

到了1996年，聯邦最高法院對*Liquormart Inc. v. Rhode Island*作出判決，本案被告羅德島(Rhode Island)州禁止在非酒類販售地點刊登零售酒類價格廣告，原告酒商Liquormart Inc指控該法令違反增修條文第一條所保護的言論自由權利，地方法院判該禁令違憲，並特別指出該禁令並未服膺於羅德島州政府所宣導的禁酒之利益下，上訴法院推翻地方法院的判決，主張開放酒類價格競爭是有害的，會提高市場競爭；然而，到了聯邦最高法院則維持地方法院的見解，認為該禁令違憲，

⁸⁰ 謝國廉，前揭註51，頁223-245。

⁸¹ Mary B. Nutt, *Trends in First Amendment Protection of Commercial Speech*, 41 VAND. L. REW. 205, 173-205 (1988).

⁸² 507 U.S. 761 (1993).

因其並未直接促進州政府在倡導禁酒上所主張的利益，且其規範遠超過其所服膺的利益之必要作為甚多。

法官在判決書中指出，因為被告無法證明其針對價格廣告的完全禁令為合理之舉，所以該禁令無效，而遭被告禁止提供公眾正確的酒類零售價格資訊的廣告，乃是對言論自由的刪節，因而違憲⁸³。本案判決書中，法官引用*Virginia Pharmacy*與*Central Hudson Gas*案的見解，指出儘管增修條文第一條為了確保消費者接收正確的資訊，因而要保護有關合法產品和服務的真實、未誤導之商業訊息的傳播⁸⁴，但因商業言論的特殊本質，其中諸如其有「較高的客觀性」(greater objectivity)與「較高的權威性」(greater hardiness)，所以比起其他受憲法保護的言論，這樣的特殊本質授與政府有較自由的規範空間，來規範具有潛在欺瞞或誇大不實可能性的廣告⁸⁵，也因此，針對這些規範的審查，要比嚴格審查來得寬鬆⁸⁶；然而，若是全然壓抑商業言論以確保與保護消費者無關的法規，則必須接受「特別關注」的審查，除非言論本身在某方面有其自身的瑕疵，或因其欺瞞或涉及非法活動，否則如此全面性的禁令就不該獲准⁸⁷。

受審本案的法官中，有三位法官針對本案檢視過往的判例，其中顯示出針對商業言論所制定的規範，並非單只因其所約束的是一群類型相似的表意，因而全要受類似的憲法審查的約束；當一州政府約束商業訊息以保護消費者免於誤導、欺騙或強勢傾銷手法的侵犯，或要求需揭露有利消費者的資訊，該規範的目的與憲法保護商業言論的理由相符，因此，此時採行低於嚴格審查的審查標準是合理的；然而，當一州只是為了與公平交易過程無關的原因，而完全禁止真實、未誤導的商業訊息傳播時，那麼此時若不採行增修條文第一條通常要求的嚴格審查，

⁸³ 517 U.S.495-514 (1996).

⁸⁴ 425 U.S. 748, 765 (1976).

⁸⁵ *Id.* at 771-772, n. 24.

⁸⁶ 447 U.S. 557, 566, n. 9 (1980).

⁸⁷ 517 U.S. 495-500 (1996).

則實屬無由；因此，此種伴隨完全性禁令而來的特別危險，尤其是在幾乎排除所有其他可能傳播管道的情況下，成了需要更審慎審查的正當理由⁸⁸。

本案中的禁令無法通過嚴格審查，因為其連低於*Central Hudson*案中所採行偏嚴格的審查標準，都未能通過。首先，該廣告禁令並未直接促進州政府在倡導禁酒上所主張的潛在利益，因為針對商業言論所制定的規範，如果只能幫政府所欲達成之目的提供無效率或極微支援時，那這規範就無法獲得支持，此時，州政府就要負起舉證責任，證明其規範會促進政府所欲達之利益，且須促進達「重要程度」⁸⁹。因此，在本案，州政府必須要能證明出該禁令將會對酒的消費量產生劇減的效果，然而並無證據顯示消費量有劇減；第二，該禁令的效果遠超過達成其所服膺之利益所必要的作為甚多，因為其他不會涉及任何言論限制的規範型式，例如可藉由直接管制或提高稅率來維持高價格、限制每人購買量或執行酗酒問題的教育等等，都可能促成禁酒的目的；據此觀之，被告未能在其規範和目的間建立起必備的「合理的相當性」⁹⁰。

本案中，法官意見分歧，有法官強調，任何會杜絕消費者與真實無誤導的廣告接觸的政府利益，都是不合法的，被告針對酒類價格廣告的法定禁令侵犯了原告酒商在增修條文第一條保護下的言論自由權利，在回應被告主張該禁令乃是要保護消費者免於「商業傷害」時，法官則主張，政府對真實正確的商業資訊所設下的阻礙很少能保護消費者，反之，法院在考慮採行如此的「保護」措施時，要特別小心，因為此舉常會阻礙公眾的選擇，妨礙公共政策議題必要的辯論；再者，被告亦未能證明該禁令能降低市場大量的酒類消費；最後，該法官指出，儘管增修條文第二十一條賦予被告有權規範酒類的銷售，但如此的規範權力並不是用來傷害憲法上要其保護且須恪守的增修條文第一條保證言論自由的義務。

本文中，雖有數位法官在本文中質疑*Central Hudson*的四階段檢驗，因而倡行至少要對某些商業言論的規範採行嚴格審查，但這樣的意見並未在聯邦法院中

⁸⁸ *Id.* at 501-504.

⁸⁹ 447 U. S., 564,-566, 566, n. 9 (1980).

⁹⁰ 517 U.S.504-508 (1996).

形成半數以上的多數，多數法官拒絕這樣的建議，因此即使在*Liquormart Inc. v. Rhode Island*案後，*Central Hudson*的檢驗標準仍是審查商業言論規範的指導原則，只是此套審查標準究要朝向寬鬆還是朝向嚴格，比起文字面上的規定，執行面對此則來得更具決定性。本案後的第一個有關商業言論的案子*Glickman v. Wileman Bros.*，其中有法官採行比較嚴格的*Central Hudson*四階段檢驗，於是發現從目的和手段二者來看，政府所提出的理由皆不具適切性⁹¹。

第二款 商業言論受保障之基礎

美國法上對於商業廣告與言論自由的關係，乃是在所謂的「商業性言論」概念下進行探討，在此要討論的言論乃是所謂的商業廣告，或是指單純擔負有銷售責任的言論；因此，商業廣告乃是美國憲法中「商業言論」類別之核心，雖說如此，然而，有時廣告會被視為一種公共論述，而非商業言論⁹²，有時，通常不會被視為廣告的表述又會被歸類為商業言論⁹³，可見該類別之分界線相當模糊，並未具有固定成形的意涵，因各具體事案而有不同內涵，例如聯邦最高法院在*City of Cincinnati v. Discovery Network, Inc.*⁹⁴一案判決中，檢視歷年來有關商業性言論，發現該詞有以下各種定義：「不過僅是商業交易要約的言論；商業交易要約之言論；單純關乎表意人和其受意人之經濟性利益的表意；商業交易的要約。」

因此，若想要清楚定義出「商業言論」的內涵，其中究竟包含何種性質的傳播行為，那肯定會令人相當的沮喪，因為商業言論的表意者並無共同特點存在，所以無法如其他類言論以其表意者的共同特點來定義。儘管商業性的表意者通常都是付了費用才得以表述其言論，而其傳播的目的也以營利為主，此乃不爭之事實，但也有很多受增修條文第一條完全保護的言論表述，其表意者也是因其言論而獲有報償，而有些言論的刊載，也是為了營利；儘管商業性的表意者是為了銷

⁹¹ 521 U.S. 457 (1997).

⁹² 376 U.S. 254, 265-66 (1964).

⁹³ 463 U.S.60 (1983).

⁹⁴ 507 U.S. 410 (1993)。原文如下：「speech that does no more than propose a commercial transaction; speech proposing a commercial transaction; expression related solely to the economic interests of the speaker and its audience; the proposal of a commercial transaction.」

售貨品而表述，但也是有很多在修正案完全保護下的其他類別言論，亦是為了銷售而表述⁹⁵。

如果換以其內容來定義商業言論，而非以表意者的特質，仍無法避免遇到以下矛盾困境：任何特定的傳播分類有時必須完全依其表意者的身分來認定。例如，雖然一藥師針對其藥價作廣告，也可稱其為商業言論，但若由如消費者報導(Consumer Report)此類刊物刊載同樣這些藥品價格，卻可能享有增修條文第一條完整的保護⁹⁶；又若內容為有關性病和保險套的傳單，如果是保險套製造商所製作的，法院就視該傳單為商業言論，若是由愛滋病防治團體所印製的，就可獲得增修條文第一條的完整保護。

具體明言指出商業言論的特質，似乎是件不可能的任務，1976年在*Virginia Pharmacy*案中，將商業言論定義為「不過僅是商業交易的要約」，並清楚表示不是所有能產生利潤的言論都包含在內，但法官Stevens在協同意見書中表示反對，因為此一定義無疑過於廣泛；此外，法官Harry Blackmun則在本案中主張，商業言論因其類型的模糊性，而使其未能受到增修條文第一條的完整保護⁹⁷，此一困境乃源自於假定商業言論的理想定義須從該言論類別裡的言論行為特點出發，但有學者建議可從不同的角度思考，試著如界定公共論述定義一般，從該種言論所服膺的憲法價值來定義，用此法來定義增修條文第一條所保護的言論，乃屬常見，若採此法來定義商業言論，則須先釐清該類別言論所服膺的憲法價值為何⁹⁸。

若從憲法保護的價值觀點來看商業言論，法官Blackmun在*Virginia Pharmacy*案中提出此商業言論必須服膺於兩種不同的憲法價值之下，他說：「廣告...不外乎是在傳遞製造者、產品利益點、販售者和產品價格等等資訊，只要我們要維持自由企業的經濟體制，那麼我們絕大部分的資源配置，均將透過無數的私人經濟

⁹⁵ 444 U.S.620, 630-32 (1980).

⁹⁶ Daniel A. Farber, *Commercial Speech and First Amendment Theory*, 74 NW. U.L. REV. 372, 381-83 (1979).

⁹⁷ 425 U.S. 761-62.

⁹⁸ Robert Post, *The Constitutional Status of Commercial Speech*, 48 UCLAL. REV. 6, 1-57 (2000).

性決定來完成，且必須要在資訊充沛的情況下，這些決定才有可能有是明智的決定，而在資訊充沛情況下作出明智決定，此可就關乎公眾利益一事；因此，商業資訊自由流通，則是達成此一目的不可或缺的條件之一...然若在自由企業體制裡，商業資訊自由流通對資源的適當配置是一不可或缺的條件，那麼關於該如何規範或調整此經濟體制，商業資訊的自由流通亦當是一不可或缺的條件；因此，即若增修條文第一條被認為是在民主體制下啟發公共決策的基本工具，我們亦無法說，資訊自由流通未為該目的之達成助上一臂之力⁹⁹。」

法官Blackmun此一席話，其中意涵著為了確保「自由企業體制裡資源的適當配置」，所以商業言論必須受憲法保護。從消費者可能對藥價資訊需求的殷切，Blackmun在*Virginia Pharmacy*案裡做出結論，認為「在商業資訊自由流通下，社會也會大受其利」¹⁰⁰，事實上，「資源能否有效配置，端賴於手中握有充分資訊的消費者的選擇」¹⁰¹，而此項選擇則需要有商業資訊自由流通的推波助瀾，此一論理受到日後許多案子的肯認與沿用¹⁰²。

然而，亦有學者針對此一論理提出質疑，雖然經濟的效率無疑是政府政策的重要考量之一，但卻很難具體看出為何這考量會成為增修條文第一條關心之事，如Steven Shirffrin直言所問：「為何資源配置是增修條文第一條所要關心的¹⁰³？」增修條文第一條不會要法院針對政府直接干預市場效率的行為，例如設定價格或禁止某些產品，來進行審查，那麼，增修條文第一條又為何應該要對對市場效率產生間接影響的廣告規範加以審查？

因此，有學者提出商業言論的意義應該從Blackmun在*Virginia Pharmacy*案中提出的第二項憲法原則，即在於民主社會裡公共決策制定(public decision making)的啟迪¹⁰⁴，Blackmun聲稱商業言論加速「商業資訊的自由流通」，而此可為「一

⁹⁹ 425 U.S. 765 (1976).

¹⁰⁰ 425 U.S. 763-64 (1976).

¹⁰¹ 440 U.S. 1, 9 (1979).

¹⁰² 514 U.S. 476, 481-82(1995)。

¹⁰³ STEVEN H. SHIFFRIN, DISSSENT, INJUSTICE, AND THE MEANING OF AMERICA 40 (1999).

¹⁰⁴ 425 U.S. 748, 765 (1976).

般的公眾利益」¹⁰⁵。據此觀點，為了捍衛「資訊自由流通在民主社會裡所扮演的重要角色」，所以商業言論應該受到憲法的保護¹⁰⁶。

在*Virginia Pharmacy*案判決後一年，Blackmun又針對商業言論的意義重申此二項不同的憲法價值，但所強調的重點則稍有不同：「聽者的利益也是重要的：比起對急迫性的政治對話的關切，消費者對商業言論的自由流通的關切要來得更為熱切，而且此種言論可滿足重要的社會性利益，儘管全都是商業性質的廣告，但卻常含有平日生活重要議題的重要資訊，且商業言論可告知公眾有關商品和服務的價格、特點和通路，因此，在自由企業體制裡資源配置方面，其扮演著不可或缺的角色¹⁰⁷。」

此觀點隱含著公民從商業言論中所獲取的資訊，與民主公意的形成密切相關，而民主公意則是政府決策制定的最終來源，例如，如果公民從商業廣告中得知藥價太貴，他們或許就會採取政治行動，採取公共論述的方法，為國家保險制度催生。從此觀之，商業言論能影響公共論述，商業言論對形成公意的影響或可視為銷售行為的副產品，二十世紀初美國法律學家及教育家Alexander Meiklejohn針對增修條文第一條著名的論述之一是，增修條文第一條的「最終目的」乃在確保意見的傳遞和「明智的投票決定」所必要的資訊流通，其認為憲法保護應該著重在公民接受資訊的權利，而非表意者表達自我的權利，因此他說：「重要的不是每個人應該說什麼，而是所有值得說出來的，都該被表達出來¹⁰⁸。」

聯邦最高法院在釐清商業言論的意涵時，也曾依尋著Meiklejohn的分析軌跡發展，同樣認為商業言論應該受到憲法的保護，以確保資訊的流通，所以也聚焦在接收資訊的需求，而非放在表意者的權利之上，例如法院在*Virginia Pharmacy*案兩年後，宣稱：「商業廣告受憲法保護的意旨，其中增進商業資訊自由流通所

¹⁰⁵ 425 U.S. 748, 764 (1976).

¹⁰⁶ 517 U.S. 484, 512 (1996).

¹⁰⁷ 433 U.S. 350, 364 (1977).

¹⁰⁸ ALEXANDER MEIKLEJOHN, *POLITICAL FREEDOM: THE CONSTITUTIONAL POWERS OF THE PEOPLE* 26 (1960).

帶來的社會利益，遠比照顧銷售者生意來得重要¹⁰⁹。」在*Central Hudson Gas*案中，法院指出商業言論乃是「一種單純關乎表意人和其受意人之經濟性利益的表意」，並直言指出「增修條文第一條對商業言論的關注乃植基於廣告的資訊功能上」¹¹⁰。

若從此一把保護重點放在資訊流通的觀點來看，商業言論的保護意涵則是相當閱聽人導向的，與保護表意者導向的公共論述，是不同的，因此政府對商業言論的審查則不會危及民主的合法程序，只是會危及「明智的投票決定」所需的資訊流通；若從此角度來看商業言論的定義，商業言論乃是關乎商品的商業行為，並傳播與民主決策過程相關的資訊，但非屬公共論述¹¹¹。

第二節 我國對商業性言論的規制與概念—司法院大法官解釋之探討

第一款 我國商業性言論的發展及其審查標準

關於商業言論自由的概念與保障方式，國內鮮有相關專著出版，憲法教科書亦少論及，於是只能從大法官的解釋來推敲其審查標準何在，而釋字第414號解釋則為我國大法官首次針對商業廣告與言論自由間的關係所做出之憲法解釋，具有里程碑的意義。在該號解釋的解釋理由書中，首先將「利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的」之行為，認定為商業廣告，並指出由於商業廣告「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」，故「應受憲法第15條及第11條之保障」。該解釋指出商業性言論應受憲法第11條保障的見解，為我國首次肯定商業廣告係受憲法言論自由保障條款保障的行為，值得給予高度的肯定；然而，該解釋隨即指出：

¹⁰⁹ 425 U.S. 748, 764 (1976).

¹¹⁰ 447 U.S.557, 563 (1980).

¹¹¹ Robert Post, 前揭註98。

「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、宗教及商業性言論等，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性言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。」

大法官們雖在此號解釋文中，肯定商業廣告係受憲法言論保障條款所保障的行為，但在此段解釋中，他們則以「...商業性言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀」見解，指出商業性言論未如政治、學術、宗教言論一般，享有完全的言論自由權，此見解類似前述美國1975年*Bigelow*與*Virginia*案後實務界和學界通說的見解。此外，在該號解釋在部份不同意見書中，仍看出濃厚的傳統排斥商業性言論受言論自由保障的思惟，孫森焱大法官道：「惟依藥事法第24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。」為何追求真理中，只有使國民獲得決定政治之必要資訊才能獲得保障，而與民生開門七件事息息相關的商業性言論就與此無關？並未見其有所論述。

大法官在同號解釋中言：「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。」該號解釋理由書中又言：「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。」大法官在此號解釋中首次針對商業言論的規制提出一模糊的審查標準，只言若商業言論影響重大公共利益的維護時，則須受較嚴格的規範，並須受比例原則的檢視，亦即要檢驗手段與目的之間的必要性，但並未明確指出應依何種審查標準進行較嚴格的審查

針對本號解釋，黃銘傑教授指出，惟在解釋文及解釋理由中，對於商業廣告為何、如何、以何種程度受到憲法第11條的保障，則多有「語焉不詳或有意省略」處，而留下不少問題點有待澄清。黃教授在藉由美國的判例與學說檢討釋字第414號解釋後，對該解釋提出下列四項問題點：1.將言論作價值高低之區分；2.判定廣告僅能受到較低程度的言論自由保障；3.利益衡量觀點付諸闕如；4.含有濃厚

的父權思想。黃教授並於該文結論，提出了商業性言論的價值並不次於政治性言論的見解，他指出：「無論是美國判例或是釋字第414號解釋，皆認為商業廣告或商業性言論之價值不若其他言論，從而僅賦予較低程度之保障。惟本文認為，就言論自由保障之終極目標係為促進個人的自我實現之觀點而言，商業性言論的價值並不次於政治性言論等；甚者，鑑於今日一般人民對於政治事務所抱持的冷漠與不信任之態度，在個人自我實現之目標上，商業性言論的價值或有凌駕於政治性言論等之趨勢。在此情勢下，吾人實應捨去商業性言論僅具有低度價值的偏見，並著眼於商業性言論與個人自律、自主的選擇間之密切關係，而賦予商業性言論更多的保障。此一視點，於高度資訊化的現代社會中尤為重要¹¹²。」

第577號解釋書中言：「憲法第11條保障人民有積極表意之自由，及消極不表意之自由，其保障之內容包括主觀意見之表達及客觀事實之陳述。商品標示為提供商品客觀資訊之方式，應受言論自由之保障，惟為重大公益目的所必要，仍得立法採取合理而適當之限制。」大法官重申重大利益在此合憲審查中的角色，若該政府規制或措施的目的乃在於保障重大公益，該商業言論則須受合理適當的限制，此與美國相仿，商業言論並未受到如同受增修條文第一條所保護的其他類型言論同等保障。

該號理由書中又言：「惟國家為保障消費者獲得真實而完整之資訊、避免商品標示內容造成誤導作用、或為增進其他重大公益目的，自得立法採取與目的達成有實質關聯之手段，明定業者應提供與商品有關聯性之重要商品資訊。」又：「乃國家課予菸品業者於其商品標示中提供重要客觀事實資訊之義務，係屬對於菸品業者不標示特定商品資訊之不表意自由之限制。惟此項標示義務...明顯有助於維護國民健康目的之達成；相較課予菸品業者標示義務，責由各機關學校辦理菸害防制教育，固屬較小侵害手段，但於目的之達成，尚非屬相同有效手段，故課予標示義務並未違反必要原則；又衡諸提供消費者必要商品資訊與維護國民健康之重大公共利益...負擔菸品標示義務，就菸害防制目的之達成而言，亦屬合理必要之適當手段。故上開菸害防制法規定雖對菸品業者之不表意自由有所限制，然

¹¹² 黃銘傑，〈美國法上的言論自由與商業廣告—兼論司法院大法官釋自第四一四號解釋〉，《國立台灣大學法學論叢》，第27卷第2期，頁351，1998年。

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。」

又：「於菸品容器上應為前開一定之標示，縱屬對菸品業者財產權有所限制，但該項標示因攸關國民健康，並可提供商品內容之必要訊息，符合從事商業之誠實信用原則與透明性原則，乃菸品財產權所具有之社會義務，且所受限制尚屬輕微，未逾越社會義務所應忍受之範圍，與憲法保障人民財產權之規定，並無違背。」與第414號解釋相比，本號理由書中所提出的審查標準又更為詳細，頗有美國 *Central Hudson* 案四階段分析的影子，不難看出我國針對商業性言論規制的違憲審查基準以美國該案所建立的審查標準為藍本，但我國大法官所提出的論述並未如美國所提出的標準來得具體明確，因此只能從其論述找出相關標準，其比較如下表：

我國司法院大法官釋字第577號	美國 <i>Central Hudson</i> 案四階段分析
保障消費者獲得真實而完整之資訊、避免商品標示內容造成誤導作用	其內容是否合法且無虛偽不實、引入錯誤之虞者
增進其他重大公益目的	因廣告規制所生的政府利益是否重大
得立法採取與目的達成有實質關聯之手段	該當廣告規制可以直接促成政府利益的達成
屬較小侵害手段，但於目的之達成，尚非屬相同有效手段...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。	廣告規制未逾越為增進政府利益所必要之規範程度。

即使到了第617號與第623號解釋，都未脫離前二號解釋的論述思維，第617號解釋文中言：「惟憲法對言論及出版自由之保障並非絕對，應依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則，國家於符合憲法第23條規定意旨之範圍內，得以法律明確規定對之予以適當之限制。」第623號解釋文中言：「促使人為性交易之訊息，因為商業言論之一種，惟係促使非法交易活動，因此立法者基於維護公益之必要，自可對之為合理之限制...上開規定乃為達成防制、消弭以兒童少年為性

交易對象事件之國家重大公益目的，所採取之合理與必要手段，與憲法第23條規定之比例原則，尚無牴觸。惟電子訊號、電腦網路與廣告物、出版品、廣播、電視等其他媒體之資訊取得方式尚有不同，如衡酌科技之發展可嚴格區分其閱聽對象，應由主管機關建立分級管理制度，以符比例原則之要求，併此指明。」此二號解釋針對限制商業言論的規制或其他措施的合憲審查，都未超出第414與577號解釋所建立的審查標準，只是在第617號解釋中，特別強調出該商業言論必須是合法交易活動，才會受到保障；據此，若要審查我國商業言論相關規制的合憲性，當可據美國*Central Hudson*案四階段分析為準繩，據以審查。

到了釋字634號更可以看到濃厚的*Central Hudson*案四階段分析的影子，其解釋理由書中言：「憲法第十一條保障人民之言論自由，乃在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，經濟性言論所提供之訊息，內容非虛偽不實，或無誤導作用，而有助於消費大眾為經濟上之合理抉擇者，應受憲法言論自由之保障。惟國家為重要公益目的所必要，仍得於符合憲法第二十三條規定之限度內，以法律或法律明確授權之命令，採取與目的達成有實質關聯之手段予以限制。」從此號解釋看來，大法官對於商業性言論採取更寬鬆的規範態度，不再以「類型化」的觀念來規範此種言論，亦即凡歸類於此種言論就該受某種程度的限制，而回歸商業性言論本身內容，凡所提供之訊息，只要內容非虛偽不實，或無誤導作用，而有助於消費大眾為經濟上之合理抉擇者，應受憲法言論自由之保障，此階段同如美國*Central Hudson*四階段審查基準中的第一、二階段的審查，但此種保護仍屬有限度的保護，還須受目的與手段間實質聯性的檢驗，此則將美國*Central Hudson*四階段審查基準中度審查標準的精神納入其中，此號解釋讓我國針對商業性言論的憲法審查基準更形完備。

第二款 我國法上商業言論受保障之理由

我國亦無針對商業言論又明確的定義，亦只能從司法院大法官的解釋字號中推敲其義，我國司法院大法官釋字第414號解釋來看商業言論的內涵，該號解釋理由書中，首先將商業廣告定義為「利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的」，接著又說商業廣告「乃為獲得財產而從事之經濟活動，並據商業上意見表達之性質，應受憲法第15條及第11條之保障」，又「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」，從此號解釋可以看出商業言論具有經濟性利益(招攬銷售、獲得財產)的經濟活動，亦具有提供資訊功能，對商業資訊之流通又重大貢獻，此與美國聯邦最高法院法官Blackmun在*Virginia Pharmacy*案中提出的概念有類似的意涵，均指出商業資訊自由流通的重要性。

繼而大法官又在第577號解釋書中說：「商品標示為提供客觀資訊之方式，應受言論自由之保障。」又該號理由書中說：「商品標示為提供商品客觀資訊之方式，為商業言論之一種，有助於消費大眾之合理經濟抉擇...其所具有資訊提供、意見形成進而自我實現之功能。」此號解釋進一步豐富了商業言論的內涵，除了繼續點出美國聯邦最高法院法官Blackmun在*Virginia Pharmacy*案中所提出的另一項概念，商業言論具有形成公意的功能，還增加了自我實現的功效。

到了第623號解釋，大法官重申商業言論對作出明智的經濟決策之重要性，言：「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。惟憲法之保障並非絕對，立法者於符合憲法第23條規定意旨之範圍內，得以法律明確規定對之予以適當之限制，業經本院釋字第414號、第577號及第617號解釋在案。」

從此觀之，商業言論的內涵不外乎是具有經濟性利益的傳播活動，但我國大法官則已提出了「依其(言論的)性質而有不同之保護範疇及限制之準則」和商業言論「非關公意形成、真理發現或信仰表達」等觀點，作為主張商業言論未享有完全言論自由權的理由；不過，如此的觀點大有受質疑的餘地，國內傳播學者則有持不同的觀點，認為商業言論大多透過大眾傳播媒體傳達給大眾，而大傳媒又為社會學家所謂人類社會化四大媒介(agents of socialization)之一；因此，經由媒體廣泛傳播出具有營利目的的商業言論，雖然未必對於政治上的公意有直接的影響，但其所傳達出的功利價值觀，不僅與大眾經濟觀點的形成有關，且往往有密切的關連性¹¹³，就如同Blackmun大法官於*Virginia Pharmacy*案判決中說的，在自由企業的經濟體制下，絕大部分的資源配置，均將透過無數的私人經濟性決定來完成，而這些決定必須要在資訊充沛的情況下，才有可能的是明智的決

¹¹³謝國廉，前揭註51，頁223-245。

定，於是在資訊充沛情況下作出明智決定，就屬公眾利益，據此，商業資訊自由流通，則是達成此一目的不可或缺的條件之一。綜上所述，可以窺知我國對商業言論內涵的論述多沿用美國聯邦最高法院所發展出的概念。

第三節 節目廣告化規範之違憲審查標準

美國法上對於商業廣告與言論自由的關係，就是在所謂的「商業性言論」概念下進行探討，在此要討論的言論乃是所謂的商業廣告，或是指單純擔負有銷售責任的言論；因此，商業廣告乃是美國憲法中「商業言論」類別的核心，該類別的分界線相當模糊，並未具有固定成形的意涵，因各具體事案而有不同的內涵，聯邦最高法院曾檢視歷年來有關商業性言論，發現該詞有以下各種定義：「不過僅是商業交易要約的言論；商業交易要約之言論；單純關乎表意人和其受意人之經濟性利益的表意；商業交易的要約。」然而，商業言論的表意者並無共同特點存在，所以無法如其他類言論以其表意者的共同特點來定義，所以若想要清楚定義出「商業言論」的內涵，其中究竟包含何種性質的傳播行為，具體明言指出商業言論的特質，似乎是件不可能的任務。

縱使在自由經濟體制中，商業資訊的無礙流通是資源合理分配的基石之一，但從言論自由保護的歷史來看，其所獲得的保護始終都有一定的限制，不同於其他類型的言論在憲法上所獲得的保護來得那樣完整，其主要原因多半是因為商業性的表意者通常都是付費才得以表述其言論，而其傳播的目的也以營利為主，但亦有批評者謂，很多受增修條文第一條完全保護的言論表述，其表意者也是因其言論而獲有報償，而有些言論的刊載，也是為了營利；儘管商業性的表意者是為了銷售貨品而表述，但也有很多在修正案完全保護下的其他類別言論，亦是為了銷售而表述，從此觀看，營利與銷售不該是商業言論不受增修條文第一條完全保護的充分理由。美國最高法院的法官亦有認為，商業言論乃因其類型的模糊性，所以使其未能受到增修條文第一條的完整保護；另外，僅能給予商業言論較低的保障程度的另一個理由，在於保護消費者免受虛偽不實的商業廣告之欺瞞，因而有必要賦予州政府較諸其他非商業性言論更大的管制權限。

若把保護重點放在資訊流通的觀點來看，商業言論的保護意涵則是相當閱聽人導向的，因為聽者的利益也是重要的，比起對急迫性的政治對話，消費者對商業言論能否自由流通的關切，肯定要來得更為熱切，而且此種言論可滿足重要的社會性利益，儘管全都是商業性質的廣告，但卻常含有平日生活重要議題的重要資訊，且商業言論可告知公眾有關商品和服務的價格、特點和通路，因此，在自由企業體制裡資源配置方面，其扮演著不可或缺的角色，於是為了捍衛「資訊自由流通在民主社會裡所扮演的重要角色」，所以商業言論應該受到憲法的保護。

因此，在美國法中，對商業性言論的保護，從不受憲法保護到受到有限度的憲法保護後，聯邦最高法院的態度又朝更嚴格審查的方向發展，而觀察美國聯邦最高法院針對商業性言論所做違憲審查判例，商業言論如欲成為增修條文第一條的保障對象，即使至今，也多半沿用*Central Hudson*案中所建立的「中度審查標準」，亦即「*Central Hudson*四階段檢驗」，唯最高法院已採取了逐案審查的方法來審查商業性言論的訴訟，其差別在於朝寬鬆或嚴格方向執行該檢驗準則之與否。

觀此四項檢驗準則，若政府只是為了與公平交易過程無關的原因，而完全禁止真實、未誤導的商業訊息傳播時，那麼此時若不採行嚴格違憲審查，則實屬無由；因此，此種伴隨完全性禁令而來的特別危險，尤其是在幾乎排除所有其他可能傳播管道的情況下，成了需要更審慎審查的正當理由；又針對商業言論所制定的規範，如果只能幫政府所欲達成之目的提供無效率或極微支援時，那這規範就無法獲得支持，此時，政府就要負起舉證責任，證明其規範會促進政府所欲達之利益，且須促進達「重要程度」；另外，若政府規範未能在其規範和目的間建立起必備的「合理的相當性」，任何會杜絕消費者與真實無誤導的廣告接觸的政府利益，都是不合法的，如在*Liquormart Inc. v. Rhode Island*一案中，若政府禁令乃是要保護消費者免於「商業傷害」時，法官則主張，政府對真實正確的商業資訊所設下的阻礙很少能保護消費者，反之，法院在考慮採行如此的「保護」措施時，要特別小心，因為此舉常會阻礙公眾的選擇。

關於我國針對商業言論自由的概念與保障方式，國內鮮有相關專著出版，憲法教科書亦少論及，於是只能從大法官的解釋來推敲其審查標準何在，然從關於商業言論的各號大法官解釋書中觀察，其審查標準頗有美國*Central Hudson*案四

階段分析的影子，不難看出我國針對商業性言論規制的違憲審查基準以美國該案所建立的審查標準為藍本。

據上綜合本章之論述來看本論文所研究的對象-所謂的「節目廣告化」或是廣告化節目，其本身實質上就是一種商業訊息的傳播方式，因此如何針對節目廣告化相關規範進行違憲審查，首先便可採用*Central Hudson*案所建立的「*Central Hudson*四階段檢驗」作為基本審查原則，後再藉美國聯邦最高法院在處理言論自由的案件時，所採用的「雙軌理論」來決定該四階段原則究應朝向嚴格或寬鬆方向來執行，因而可將該相關規範分成兩類，一是針對保護節目完整性的規範，如衛星廣播電視法第19條第1項「節目應維持完整性，並與廣告區分」的規定，不管從節目製作的角度或廣告設計的角度來看，誰規定節目一定要製作得像節目，又廣告一定要像廣告？只要真實無誤導之虞，就應讓創意在節目與廣告間遊走，從此看來，此規定應限制了編輯的權能，亦是對傳播內容的一種限制，於是可將此規範可歸類成「針對言論內容」的規制；另一種則是針對廣告秒數的規範，如同法第23條對廣告時間有不得超過每一節目播送總時間六分之一的規定，而此廣告秒數的規範在其形式上則可歸類成「針對非言論內容」的規制，而對於針對言論內容規制的審查標準應比非針對言論內容的審查標準要來得嚴格，因此，針對非言論內容的規制則可採較為寬鬆的「*Central Hudson*四階段檢驗」，而針對言論內容的規制則採較為嚴格的「*Central Hudson*四階段檢驗」。

因此，針對「節目應維持完整性，並與廣告區分」此對內容限制的規範，本論文建議採用較嚴格的「*Central Hudson*四階段檢驗」，又此乃屬商業言論，在針對「言論內容規制」的違憲審查中，根據雙階理論，乃屬「低價值言論」，美國聯邦最高法院針對此的審查標準是，如果該言論會引起特別的商業性傷害，如虛偽不實或引人錯誤的廣告，或是以非法交易為目的之廣告，政府得對之予以限制；至於內容真實、無引人錯誤之虞且為合法交易的廣告，政府若要對之加以限制，只有在該限制能直接增進具有實質的利益，且其選擇的手段，也未逾越為達成增進該利益所必要的程度時，該限制方屬合憲。

至於針對廣告秒數此非針對內容的規範，則建議採用較寬鬆的「*Central Hudson*四階段檢驗」，可採取中度審查標準，美國法院在處理與言論自由有關的案件時，若涉及非針對言論內容的規制之審查，或是對言論的時間、地點以及

方式的審查，多採用此種審查標準；法院在採此種審查標準時，首先會先審查政府所追求的目的是否具有「實質重要」的政府利益，其次則審查其所採用的手段是否與達成該目的具有「實質關聯性」，若有，即為憲法所允許。

本論文將在第四章另從節目廣告化的立法法益，亦即閱聽權益與消費權益的保護，為出發點，討論其規範必要性後，再於第五章結論章節中，以上述所建立的違憲審查標準來觀察節目廣告化相關規範的合憲性。

