

# 商業性言論憲法解釋十年回顧與評析

陳仲嶙\*

## 目次

壹、前言
貳、我國商業性言論相關大法官解釋十年回顧
一、相關大法官解釋簡述
二、大法官解釋見解之整體觀察
(一) 商業性言論範疇之擴張
(二) 使用中度審查標準之定調
(三) 對以違法交易為目的或內容虛偽不實或有誤導性之商業性言論之態度
三、審查架構之形成：代小結
參、美國商業性言論案件的違憲審查
一、商業性言論概念之界定
二、商業性言論所受之差別對待
三、Central Hudson 標準之解構
肆、我國商業性言論違憲審查評析
一、對美國實務見解之承襲與改動
二、商業性言論審查架構之反思
(一) 商業性言論概念之界定
(二) 審查標準之分殊化與商業性言論的類型化

投稿日期：九十九年十二月三日；接受刊登日期：一〇〇年六月十三日。

\* 國立清華大學科技法律研究所副教授；美國威斯康辛大學法學博士。

作者感謝二位匿名審查先進的寶貴意見，並感謝清大科法所研究生林育如、何琳潔在資料蒐集與校對上的協助。本文初稿曾發表於「清華科法十年」研討會，新竹，2010年11月13日，承蒙林超駿教授於研討會中惠予評論指教，一併致謝。

1. 審查標準之初步定調
  2. 對內容虛偽不實或有誤導性商業性言論之態度
  3. 對以違法交易為目的之商業性言論之態度
- 三、對大法官解釋的重新詮釋與調整建議
- 伍、結論

關鍵字：商業性言論、商業言論、經濟性言論、言論自由、違憲審查、  
審查標準、釋字第 577 號解釋、釋字第 623 號解釋、釋字第 634  
號解釋

# 中原財經法學

## 壹、前言

涉及商業性言論的大法官解釋，包括有釋字第四一四、五七七、六二三、六三四等號。相較之下，商業性言論相關解釋比於其他言論類型之解釋為多<sup>1</sup>，也等於提供了較多研究上的素材。觀察這幾號解釋內容的發展趨勢，在審查標準不明的一九九六年釋字第四一四號解釋之後，大法官似乎更加受到美國實務與理論之影響，開始在審查標準上定調，使近十年間的發展，包括二〇〇四年的釋字第五七七號解釋以及二〇〇七年的釋字第六二三、六三四號解釋，邁入了另一階段。本文之目的，即在關注近十年這幾號解釋所呈現的發展趨勢，並對未來違憲審查操作之架構提出初步建議。

本文發現，大法官對商業性言論之範疇作出重大擴張，在審查標準之選擇上則已形成穩定之架構。參酌美國相關之釋憲實務見解後，本文認為我國在概念範疇上的擴張並不妥適，在審查標準之選擇上亦有可以略加調整之處。

以下將分三部分呈現本文之分析與主張。第貳章回顧商業性言論相關大法官解釋，呈現近十年來所發生之概念範疇擴張、審查標準定調，與對於某些類型商業性言論之特殊態度。第參章則介紹美國聯邦最高法院在商業性言論案件之判決，對於商業性言論之界定與所進行之違憲審查操作，以提供後續論述之參考。第肆章回頭評析我國大法官解釋之見解，除觀察我國與美國見解之異同外，更重要的是提出本

---

<sup>1</sup> 例如誹謗性言論相關大法官解釋包括司法院釋字 509、656 號解釋；猥褻性言論相關大法官解釋包括司法院釋字 407、617 號解釋。

文認為較為妥適的商業性言論概念界定與審查標準適用架構，盼對往後涉及商業性言論之憲法解釋有所助益。

## 貳、我國商業性言論相關大法官解釋十年回顧

### 一、相關大法官解釋簡述<sup>2</sup>

首先，在進入釋字第五七七、六二三、六三四等號解釋之前，仍有需要對早期的釋字第四一四號解釋稍作描述，以呈現後續發展之開創性以及與早期解釋間的延續性。釋字第四一四號解釋涉及，藥事法中要求「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」此一事前審查機制之合憲性，以及藥事法施行細則規定，「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」，是否逾越藥事法授權之問題。為鋪陳其憲法分析，大法官從理論層次提到，「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。」在此一「商業言論不能與其他言論自由之保障等量齊觀」的認知基礎上，大法官最終判定藥事法的事前審查要求，係「**為增進公共利益所必要**」，與憲法保障言論自由之意旨尚屬相符；另也認為藥事法施行細則禁止使用獎勵方法之規定合於母法意旨。

<sup>2</sup> 本節引述司法院釋字之引號內所出現之粗體，為本文所加。

釋字第五七七號解釋則係面對，菸害防制法中要求「菸品所含之尼古丁及焦油含量，應以中文標示於菸品容器上」之規定是否合憲之問題。在言論自由方面之分析，首先值得注意的是，大法官提到「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。是以**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」。並緊接著表示，「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。」以此為基礎，大法官析論了菸害防制法加諸該標示義務的目的、手段與目的間之適合性、必要性、合比例性，最終下結論謂「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，與憲法第十一條及第二十三條之規定均無違背。」

釋字第六二三號解釋則係面對兒童及少年性交易防制條例下述規定之合憲性問題：「以廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金」。類似於釋字第五七七號解釋，本號解釋提到，「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**。」而本案所面對之商業性言論，恰巧不是以合法交易為目的，因此大法官於後續表示，「促使人為性交易之訊息，固為商業言論之一

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**。」在對兒童及少年性交易防制條例之系爭條文進行合憲性解釋，限縮於「限制人民傳布任何以兒童少年性交易或促使其為性交易為內容之訊息，或向兒童少年或不特定年齡之多數人，傳布足以促使一般人為性交易之訊息」的範圍之後，大法官認為，「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，與憲法第二十三條規定之比例原則，尚無抵觸。」

釋字第六三四號解釋之背景，涉及八十九年十月九日修正發布之證券投資顧問事業管理規則（已停止適用），將舉辦有關證券投資之講習，列舉為應經主管機關核准之證券投資顧問事業之一種；因此人民若不是經核准之證券投資顧問事業而舉辦有關證券投資之講習，主管機關可依證券交易法予以處罰，因此升起是否侵害職業自由與言論自由之議題。在言論自由方面，大法官首先提到，「**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。」針對本案，其指出「人民舉辦有關證券投資之講習，係在提供證券投資相關資訊，其**內容與經濟活動有關**，為個人對證券投資之意見表達或資訊提供，其內容非虛偽不實，或無誤導作用，而使參與講習者有獲得證券投資相關資訊之機會，自應受憲法第十一條言論自由之保障。」不過，雖然該等言論受憲法保障，大法官認為系爭法規規定所欲追求之目的「**屬實質重要之公共利益**」，而且所採取之限制手段，「**衡諸我國證券交易市場投資人結構特性，及證券投資顧問專業制度之情況，尚屬實質有助於實現上開目的之手段**」，因此符合比例原則，與憲法保障人民言論自由之意旨尚無抵觸。

## 二、大法官解釋見解之整體觀察

### (一) 商業性言論範疇之擴張

自釋字第四一四號解釋以降，直至釋字第五七七、六二三號解釋，均使用「商業言論」一詞，但對此一概念並未給予明確的界定。勉強可作為參考座標者，或許是吳庚、蘇俊雄、城仲模三位大法官於釋字第四一四號解釋的部分不同意見書中，所提到的「以銷售物品、勞務、創意等俾獲取利潤之商業言論」之文句<sup>3</sup>。依此，商業言論似即指以銷售物品、勞務、創意等俾獲取利潤為目的之言論，而與學說上對商業性言論之定義相近。在大法官解釋本身未直接提供概念說明的情況下，學者所為較詳細、清楚的定義，或亦可作為理解基礎。例如林子儀教授所提出之定義：「凡是宣傳或推廣某種商品或服務的言論，而其目的在『直接』刺激該項物品或服務的交易，以獲取商業利益者，均是所謂的『商業性言論』<sup>4</sup>。」值得參酌<sup>5</sup>。

<sup>3</sup> 另外，孫森焱大法官於其同號解釋之部分不同意見書中，也提到商業性言論之定義：「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。」但其目的僅在引述，並未表示贊同此一定義。事實上，孫大法官對於商業性言論能否明確界定、能否與其他言論區隔，有所質疑。

<sup>4</sup> 林子儀，商業性言論與言論自由，美國月刊，第二卷第八期，頁 25 (1987)。See also JOHN E. NOWAK & RONALD D. ROTUNDA, CONSTITUTIONAL LAW, §16.26 (2000) (defining commercial speech as “speech of any form that advertises a product or service for profit or for business purpose”).

<sup>5</sup> 林子儀教授該文似為國內最早探討商業性言論之著作。關於國內相關文獻回顧，參照賴祥蔚，商業言論與憲法的言論自由保障，台灣政治學刊，第十四卷第一期，頁 188-190 (2010)。林教授之定義亦為其他學者所引用，例如張心悌，證券投資顧問事業之定義—兼論大法官會議釋字第六三四號解釋，

但到了釋字第六三四號解釋，大法官所採取的切入路徑丕變。首先在名詞上，釋字第六三四號解釋所使用的已非「商業言論」，而是「經濟性言論」。更重要的是在實質上，新出現的經濟性言論之概念範疇，似已較過去的商業言論概念有所擴大。本號解釋之系爭言論，也就是證券投資講習中之表意，被認定屬於經濟性言論，而適用中度審查標準<sup>6</sup>。但如以前段所描述之定義為準，系爭言論應不落入商業性言論的概念範疇中。因為，證券投資講習中所傳達的言論，不論是「一般性之證券投資資訊」或是「直接或間接從事個別有價證券價值分析或推介建議」，均係講習舉辦者所提供的服務本身，如解釋理由書中所稱，是「個人對證券投資之意見表達或資訊提供」，而不是為了刺激更多人參與講習而使講習舉辦者獲取收益的促銷言論。或有謂，證券投資講習之內容，可能涉及特定有價證券之購買建議，與傳統的商業性言論仍有共通之處，即同樣涉及財物交易之內容。但是，在傳統商業性言論情形，廣告主對於特定產品或服務之銷售具有經濟動機；相對地，證券投資講習舉辦者如果真的只是傳達其個人意見或提供資訊，而對於特定有價證券之銷售多寡沒有個人利益，則即與傳統商業性言論有本質上的差異。就好像英語補習班教師上課告訴學生多聽 ICRT、多看英文報紙有助英語學習的言論一樣，即使涉及特定商品或服務，也不會被認為是一種商業廣告。故由系爭事實為例已可看出，釋字第六三四號解釋似已偏離一般對於商業性言論之界定方式。

那麼，該號解釋所提出的經濟性言論概念，究竟涵蓋範圍如何？觀諸解釋中所用文句，似乎是以「內容與經濟活動有關」作為認定經

---

月旦民商法，第十九期，頁 173（2008）。

<sup>6</sup> 關於審查標準，詳見下節討論。

濟性言論之實質概念要素。明顯地，此一路徑與一般所認知的商業性言論已然大異其趣。以促銷商品或服務以獲取商業利益為目的之活動，可以說是一種經濟活動，因此一般所認知的商業性言論，將會被包含在該號解釋的經濟性言論之範圍內。但促銷活動只不過是經濟活動概念中很小的一部分，經濟活動廣泛多樣，內容與經濟活動有關之言論也就包羅極廣。故從結果上觀之，該號解釋所採之新的路徑，已經在商業性言論概念範疇上造成重大的改變，大幅擴張原本的射程。此一發展變化值得重視。

## （二）使用中度審查標準之定調

在早期的釋字第四一四號解釋中，大法官「商業言論不能與其他言論自由之保障等量齊觀」之論點，已經為對商業性言論採取不同的審查標準埋下了種子。因為如果商業性言論之憲法保障不能和其他言論類型等量齊觀，也就意味著對商業性言論之限制，僅須通過較不嚴格的審查即可。因此在釋字第四一四號解釋之後，學者即已表示其隱含「不同程度的違憲審查基準發展之可能性<sup>7</sup>」。不過，該號解釋對於藥事法事前審查之要求，僅稱「為增進公共利益所必要」即作成合憲之結論。其所使用之審查標準為何，或甚至是否存有寬嚴不等審查標準之理解，均隱晦不明。如單以結果而論，其將一般而言受嚴重違憲推定的事前審查<sup>8</sup>認定為合憲，其所為之審查，應該確實與對待一般

<sup>7</sup> 黃銘傑，美國法上的言論自由與商業廣告—兼論司法院大法院會議釋字第四一四號解釋，臺大法學論叢，第二十七卷第二期，頁 380（1998）。

<sup>8</sup> 對言論之事前審查，在各國受憲法之禁止或受違憲之推定之情形，參照司法院釋字第 414 號解釋，吳庚、蘇俊雄、城仲模大法官部分不同意見書；司法院釋字第 644 號解釋，林子儀大法官協同意見書；林子儀，言論自由導論，

言論者有所區隔。但因為未明白揭示審查標準，即無法提供往後案件判斷上之準據。

到了釋字第五七七號解釋以後，本文以為，大法官已將對商業性言論限制所適用之審查標準，定調為中度審查標準。三重審查標準共通地皆由「目的」與「手段」二部分所組成。中度審查標準在目的方面，要求係在追求「實質重要」（或譯為「實質」、「重要」或「重大」）（substantial or important）之政府利益；在手段方面，則要求係與目的之追求具有「實質」關聯性之手段。而不論是釋字第五七七號解釋所使用的「重大公益目的」與「與目的達成有實質關聯之手段」，或釋字第六三四號解釋所使用的「實質重要之公共利益」與「實質有助於實現上開目的之手段」，都與中度審查標準之用語一致。尤其是，在余雪明大法官於釋字第五七七號解釋之協同意見書中，即已指明該號解釋所使用者為中度審查標準<sup>9</sup>，更可得印證。而由於已有相隔數年之二號解釋均使用相同密度之審查標準，顯示並非單一個案的偶然之舉，而是有意識地遵循相同的規則。

之所以採用中度審查標準，而非一般適用於針對言論內容限制的嚴格審查標準，可能係出於對商業性言論屬低價值言論之認定。從釋字第五七七、六三四號解釋本身，並無從看出其對審查標準選擇之理由。但如回到釋字第四一四號解釋所表示的「商業言論不能與其他言

---

收錄於台灣憲法之縱剖橫切，頁 148-149，元照出版公司（2002）；陳仲嶙，從研究自由之觀點論基因研究的社群參與，臺北大學法學論叢，第七十二期，頁 14-15（2009）。

<sup>9</sup> 余大法官之協同意見主要在主張對於系爭菸害防制法之規定，僅適用低度審查標準即可，中度審查標準過於嚴格。

論自由之保障等量齊觀」之觀點，即可與美國雙軌理論相呼應，而合理說明為何對商業性言論之限制僅觸發較不嚴格之中度審查標準。有問題的是，釋字第四一四號解釋的低價值言論觀點，在後續解釋中已不再強調；相反地，釋字第五七七號解釋表示，商品標示「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」。則是否後續解釋已揚棄商業性言論不能與其他言論等量齊觀之觀點，即產生疑問<sup>10</sup>。本文以為，從該號解釋在認定商品標示為商業言論後，僅採取中度審查標準此一事實而言，我國釋憲實務仍維持差別看待商業性言論之價值的觀點。至於釋字第五七七號解釋前開文字，則可能只是在說明，商業言論在促進言論自由的一部分功能上，與其他言論無異，因此並非不受憲法保障。

### （三）對以違法交易為目的或內容虛偽不實或有誤導性之 商業性言論之態度

雖然大法官將商業性言論與中度審查標準連結，但必須注意的是，此一標準之選取並非適用在所有情況。釋字第五七七號解釋提到，「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……應屬憲法第十一條言論自由保障之範圍」。釋字第六二三號解釋亦提到，「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

<sup>10</sup> 參照司法院釋字第 623 號解釋，許玉秀大法官部分不同意見書（批評司法院釋字第 414 號解釋認為商業言論與其他言論有所差距之見解，並認為此一盲點在司法院釋字第 577 號解釋有所修正）。另參照賴祥蔚，前揭註 5，頁 186（指出依照司法院釋字第 577 號解釋前引文句，商業言論的價值未必低於其他言論。）

擇者，應受憲法言論自由之保障。」類似的文句在釋字第634號解釋也同樣出現。從這些文句反面推論，可知如屬以違法交易為目的，或內容虛偽不實或有誤導性之商業性言論，即不受憲法言論自由之保障；因此當然也不適用一般商業性言論所連結的中度審查標準。

既然大法官認為這二類商業性言論（（1）以違法交易為目的之商業性言論；（2）內容虛偽不實或有誤導性之商業性言論）不受憲法保障，是否意味著法律可任意加以限制，也完全無庸面對違憲之挑戰？恐怕並非如此。因為從理論上言之，即使是以不受憲法保障之言論為管制標的，管制措施往往也附帶地會對受憲法保障之言論產生衝擊。舉例來說，美國 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 判決中曾提到<sup>11</sup>，「不實陳述沒有憲法價值。不論是有意的欺騙或輕忽下的錯誤，都不實質促進社會於『無限制、強而有力而完全開放』的公共議題辯論中之利益<sup>12</sup>。」但法院並不因為認定不實陳述無憲法價值，即放任政府隨意的限制，因為「雖然錯誤的事實陳述不值得憲法保護，它在自由辯論中卻是無法避免的」，「對於錯誤的懲罰將產生一項風險：憲法所保障的言論自由與新聞自由之行使將變得謹慎而自我設限<sup>13</sup>。」結果在該判決中，針對傳布傷害私人之侵害名譽不實言論的媒體，所應負的民事侵權責任，法院認為不可以採取無過失責任，但除此之外各州可自行決定責任標準<sup>14</sup>。因此，當我國憲法解釋認定前開二類商業性言論不受憲法保障時，吾人仍應進一步追問，對該等言論之限制應觸發何等之違憲審查標準？

---

<sup>11</sup> 418 U.S. 323 (1974).

<sup>12</sup> *Id.* at 340 (emphasis added).

<sup>13</sup> *Id.* at 340.

<sup>14</sup> *Id.* at 347.

從釋字第六二三號解釋觀之，大法官似乎選擇了低度的合理審查標準。釋字第六二三號解釋所面對的事實背景，正巧牽涉以違法交易為目的之商業性言論，落入解釋文中所稱不受憲法保障之範疇。而大法官並非不經審查即認定合憲，而係表示「立法者基於維護公益之必要，自可對之為合理之限制」。觀其所使用之文字，首先在目的方面為「公益」，該詞彙之前並未加上「極重要」或「重要」等描述程度之形容詞，而合理審查標準在目的方面僅要求「正當」(legitimate)政府利益即可，非如中度或嚴格審查標準在利益上不僅要求正當，也要求一定之強度；二相對比之下，本號解釋所使用之用語最可能被解為合理審查標準之要求。其次，在手段方面要求「合理」之限制，更與合理審查標準若合符節。如以本號解釋為準來理解大法官的態度，或可推測未來如遇到前述二類不受憲法保障之商業性言論之限制時，大法官可能適用合理審查標準進行審查。

### 三、審查架構之形成：代小結

綜合上述觀察，經由釋字第五七七、六二三、六三四這幾號近十年的大法官解釋，對於我國釋憲實務對商業性言論案件之審查，可整理出如下之審查步驟架構：第一步驟，判斷內容是否與經濟活動有關，而屬經濟性言論；第二步驟，若屬經濟性言論，判斷是否以違法交易為目的，或內容為虛偽不實或有誤導性；第三步驟，若前一問題之答案為否定，適用中度審查標準，若答案為肯定，適用低度審查標準。此一架構顯然受到美國發展頗深的影響，但仔細觀察，卻又略有差異。因此在提出本文主張之前，值得先對美國商業性言論案件中違憲審查的概況稍作瀏覽。

## 參、美國商業性言論案件的違憲審查

### 一、商業性言論概念之界定

一般而言，法院將商業性言論定義為，「僅僅關於商業交易之提議的言論」(speech doing no more than proposing a commercial transaction)<sup>15</sup>。此種界定方式，在一九七三年的 *Pittsburgh Press Co. v. Human Relations Comm'n* 一案中已可看出<sup>16</sup>，到了一九七六年 *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.* 一案，更形確立<sup>17</sup>。

值得注意的是，在一九八〇年 *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission* 一案中，法院將商業性言論定義為，「僅與表意人及其聽眾之經濟利益有關之表達」(expression related solely to the economic interests of the speaker and its audience)<sup>18</sup>，擴張了商業性言論的概念範疇。Stevens 大法官在其於該案的協同意見書中即批評此項定義過廣，無疑涵蓋到應給予完全憲法保護的言論；例如工會領導者建議發動罷工的言論，以及經濟學家關於貨幣供給的論文，不應該只因為跟聽眾的經濟利益有關，就只受到較低的保障，同樣地，即使是莎士比亞，其從事創作也可能有金錢報酬的動機在其中，不應

---

<sup>15</sup> DANIEL A. FARBER, *THE FIRST AMENDMENT*, 156 (2003); EUGENE VOLOKH, *THE FIRST AMENDMENT AND RELATED STATUTES*, 190 (2008).

<sup>16</sup> 413 U.S. 376, 385 (1973).

<sup>17</sup> 425 U.S. 748, 762 (1976) (citing *Pittsburgh Press Co. v. Human Relations Comm'n*, 413 U.S. 376, 385 (1973) and defining commercial speech as speech which does no more than propose a commercial transaction).

<sup>18</sup> 447 U.S. 557, 561 (1980).

僅因表意人的經濟利益就排除其憲法保護<sup>19</sup>。而從之後的判決來看，法院所採取的商業性言論概念，應該又回到 *Virginia Pharmacy* 所建立的較狹義的定義<sup>20</sup>。事實上，於下面將介紹的一九八三年 *Bolger v. Youngs Drug Products Corp.* 一案中，法院就又援用了「僅僅關於商業交易之提議的言論」之文句<sup>21</sup>。而在一九八九年的 *Board of Trustees of State University of New York v. Fox* 一案中<sup>22</sup>，法院更直接指出收費的工作諮詢、家教、法律服務與醫療諮詢，這類例子包含營利性質之言論，但並不包含「提議」商業交易之言論，而後者才是商業性言論；有些我們最珍視的受完全保護的言論，是爲了營利而表達出來的<sup>23</sup>。由此可見，*Central Hudson* 案僅著重經濟利益之定義已明確被揚棄。

雖然在許多場合，前開提議商業交易之定義已足堪應付，但有疑問的案例確實發生。特別是，系爭言論若提及產品但並不包含直接的買賣提議，或同時也討論重要公共議題時，即似乎不符合前開定義，則是否該等言論就應該排除在商業性言論範疇之外，產生疑問。在 *Bolger* 案中，法院即面對此一問題。在該案中，法院採取了一個綜合考量的路徑。法院指出，系爭郵寄小冊清楚被承認爲廣告一事，並不必然使它成爲商業性言論（例如 *New York Times v. Sullivan* 一案中系爭批評阿拉巴馬州警察的廣告）<sup>24</sup>；類似地，提及特定商品也並不就

<sup>19</sup> 447 U.S. 557, 579, 580 (Stevens, J., concurring). But see ERIC BARENDT, FREEDOM OF SPEECH, 396 (2005).

<sup>20</sup> KATHLEEN M. SULLIVAN & GERALD GUNTHER, CONSTITUTIONAL LAW, 1168 (2004).

<sup>21</sup> 463 U.S. 60, 66 (1983).

<sup>22</sup> 492 U.S. 469 (1989).

<sup>23</sup> *Id.* at 482.

<sup>24</sup> 376 U.S. 254, 265, 266 (1964).

使它成爲商業性言論；最後，該廠商對於寄發系爭小冊具有經濟動機此一事實，本身也不足以讓它變成商業性言論<sup>25</sup>。但是，這所有因素綜合起來，就對認定其爲商業性言論之結論，提供了強有力的支持<sup>26</sup>。另外，關於系爭郵件包含性病與家庭計畫等重要公共議題之討論這部分，法院指出，把產品廣告連結到公共議題，並不就使它獲得非商業性言論的憲法保護；一家公司可以在它直接評論公共議題時得到完全的保障，所以沒有理由認爲一定要對它在進行商業交易的脈絡下所爲的表述也提供相同的憲法保護<sup>27</sup>。

綜合起來，雖然商業性言論精確的界線仍非完全明晰<sup>28</sup>，但上述發展已提供重要之基礎，理解商業性言論的概念內涵。向來定義所指涉的「僅僅關於商業交易之提議的言論」，無疑爲商業性言論的中心部分；不過在範圍上略爲狹隘，尤其是當「商業交易之提議」被嚴格解釋的時候。*Bolger* 案判決做了一些微調。雖然該案並未提出明確的定義，而係使用綜合考量的路徑，但本文認爲，關鍵的概念要素已然浮現。首先，關於是否被稱爲「廣告」一事，僅涉及形式上的觀察，並非實質概念要素，頂多是作爲認定後二項因素的輔助工具。相對地，後二項因素—商品指涉與經濟動機—應認爲居於關鍵性之地位。將該二項因素合併起來對照先前所採行的「商業交易之提議」之描述，可知商業性言論的重點即在「經濟動機之驅策下宣傳或推銷產品或服務」，只不過先前有些簡略的「商業交易之提議」之文句存有二

---

<sup>25</sup> 463 U.S. 60, 66, 67.

<sup>26</sup> *Id.* at 67.

<sup>27</sup> *Id.* at 68.

<sup>28</sup> Farber, *supra* note 15, at 157; Volokh, *supra* note 15, at 190; JEROME A. BARRON & C. THOMAS DIENES, *FIRST AMENDMENT LAW*, 171 (2008).

項缺點，*Bolger* 案判決相當程度予以消除。第一，「商業交易之提議」之文句在「經濟動機」要素這部分雖已隱含，但不如直接描述出來較為明確。第二，「商業交易之提議」之文句若嚴格解釋，將造成範圍過於狹隘。例如 *Bolger* 案的案例事實，郵寄小冊中雖然沒有明確表述「請購買我的產品」，但無疑仍係出於推銷其產品之目的所為的言論，可以說是以隱晦、潛在的方式遂行促銷，與明確表述並沒有本質上的差別。因此，*Bolger* 案判決將標準降到「提及特定產品」就有可能構成商業性言論，應係有意緩和「商業交易之提議」文義上過於侷限之問題。至於不把「提及特定商品」定位為定義概念要素，而只稱之為判斷因素，具有特殊的實益：此一作法保留了「公司形象廣告」是否屬於商業性言論的討論空間<sup>29</sup>。公司形象廣告並不提及特定商品，但仍係出於增進其整體銷售之目的。在 *Bolger* 案之下公司形象廣告不必然落入商業性言論的範疇，但既然 *Bolger* 案判決僅將「提及特定商品」視為判斷因素而未把話說死，則不排除在未來真的面對此類案例時有認定為商業性言論的可能。

簡言之，在 *Bolger* 案之後，直接進行商業交易之提議的言論，以及基於經濟動機而提及特定商品的廣告，都肯定屬於商業性言論<sup>30</sup>。雖然 *Bolger* 案判決未提出明確定義，但抽離出前述型態言論的概念要素，本文認為，將商業性言論理解為基於經濟動機進行產品或服務之宣傳或推銷的言論<sup>31</sup>，應與美國聯邦最高法院心中的商業性言論概念一致。

<sup>29</sup> Farber, *supra* note 15, at 157.

<sup>30</sup> Farber, *supra* note 15, at 157.

<sup>31</sup> 本文認為此一界定方式與前揭註 4 所引林子儀教授之定義一致。事實上，林子儀教授之定義更加清楚，此處只是基於美國判決僅使用較簡略之文字的緣故，以較簡化的方式提出定義。

## 二、商業性言論所受之差別對待

將商業性言論從一般言論中區隔出來之後，接下來的重點是，法院再看待商業性言論時，與看待一般言論有何不同？整理分析聯邦最高法院判決見解，可以看出商業性言論在違憲審查上所受之差別待遇，可以分爲以下幾個面向。

第一，也是最居核心地位者，當屬 *Central Hudson Gas & Elec. v. Public Serv. Comm'n* 一案所提出之專門適用於商業性言論案件的審查標準<sup>32</sup>。其揭示了四步驟之審查，要求：(1) 表意須受憲法第一增補條款所保護，即須關於合法活動且無誤導；(2) 政府利益須爲實質重要 (substantial)；(3) 所爲管制須直接促進該政府利益之達成；(4) 所爲管制對於該政府利益之達成須不逾越必要範圍<sup>33</sup>。此一標準雖然在內容詮釋上有所爭執、變化<sup>34</sup>，但長久以來一直受到遵循，穩居商業性言論案件所適用審查標準之地位。此一標準偏離了一般針對言論內容限制所適用的嚴格審查標準，成爲反映商業性言論受較低度保障之觀點的主要指標。在美國三重審查標準的基本架構下，論者多將 *Central Hudson* 標準定位爲中度審查標準，不僅在我國如此<sup>35</sup>，在美國亦然<sup>36</sup>。雖然如本文下節將指出的，該標準不完全等同於三重審查標準中的中

---

<sup>32</sup> 447 U.S. 557 (1980).

<sup>33</sup> *Id.* at 566.

<sup>34</sup> 詳見下節討論。

<sup>35</sup> 司法院釋字第 577 號解釋，余雪明大法官協同意見書；黃銘傑，前揭註 7，頁 22。

<sup>36</sup> *e.g.*, P. Cameron DeVore & Steven G. Brody, *Advertising and Commercial Speech*, in JAMES C. GOODALE eds., *COMMUNICATIONS LAW* 2001, 199, 297 (2001); Barron & Dienes, *supra* note 28, at 181,182; Sullivan & Gunther, *supra* note 20, at 1173; KEITH WERHAN, *FREEDOM OF SPEECH*, 123 (2004).

度審查標準，但也的確並非適用於一般言論的嚴格審查標準。

第二，提議違法交易之商業性言論可以被限制或甚至完全禁止<sup>37</sup>。一般對於倡議使用暴力或非法行為之言論（advocacy of the use of force or of law violation），根據 *Brandenburg v. Ohio* 案之修正的明顯而立即危險原則<sup>38</sup>，只有在符合下述情形時，限制方為合憲：該言論企圖煽動或產生立即的非法行為，且確有可能產生該等非法行為<sup>39</sup>。而提議違法交易之商業性言論的限制，不需經過該標準之檢驗<sup>40</sup>，與一般言論顯有區隔。

第三，事前限制禁止原則（prohibition against prior restraints）於商業性言論可能不適用。根據 *New York Times Co. v. United States*（*Pentagon Papers Case*）之判決見解<sup>41</sup>，任何對言論的事前限制都帶著沉重的違憲推定，政府對於顯示此種限制的正當性背負沉重的負擔<sup>42</sup>。而在商業性言論情形，聯邦最高法院於 *Virginia Pharmacy* 一案提到，

<sup>37</sup> *Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Commission on Human Relations*, 413 U.S. 376, 388 (1973) (“We have no doubt that a newspaper constitutionally could be forbidden to publish a want ad proposing a sale of narcotics or soliciting prostitutes.”); *Hoffman Estates v. Flipside*, 455 U.S. 489, 496 (1982) (“it is speech proposing an illegal transaction, which a government may regulate or ban entirely.”)

<sup>38</sup> 395 U.S. 444 (1969).

<sup>39</sup> *Id.* at 447 (“where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action”). 關於此一原則的中文介紹與討論，參照林子儀，言論自由與內亂罪—「明顯而立即危險原則」之闡釋，收錄於言論自由與新聞自由，頁 197 以下，元照出版公司（1999）。

<sup>40</sup> See *Volokh*, *supra* note 15, at 188.

<sup>41</sup> 403 U.S. 713 (1971).

<sup>42</sup> *Id.* at 714.

由於商業性言論的較大客觀性與硬度（greater objectivity and hardness），該事前限制禁止原則有可能不適用<sup>43</sup>。

第四，誤導性的商業廣告可被處罰<sup>44</sup>。在其他言論脈絡下，不實言論確實被認為無憲法價值<sup>45</sup>，但誤導性的言論卻從未被明白排除於憲法保障範圍之外。相對地在商業性言論情形，*Virginia Pharmacy* 判決於表示不實言論不受保護之後，緊接著謂，「許多商業性言論並非可證明錯誤不實或全然錯誤不實，而只是欺騙或誤導的（deceptive or misleading），我們不認為有任何障礙阻止國家有效處理此一問題<sup>46</sup>。」似乎法院已將誤導性的言論與不實的言論劃歸成同類。確實，於 *Central Hudson* 案，其審查四步驟的第一項，即表明誤導性的商業性言論不受憲法保障<sup>47</sup>。

第五，涵蓋過廣法則（overbreadth doctrine）於商業性言論可能不適用。所謂涵蓋過廣法則，係指當一項法律並非明確針對政府被允許進行控管之領域的罪惡，而是同時也掃過其他構成受保護之表意之行使的領域時，此一法律即構成表面違憲無效（void on its face）<sup>48</sup>。而在 *Bates v. State Bar of Arizona* 一案中法院提到<sup>49</sup>，「適用涵蓋過廣法

---

<sup>43</sup> *Virginia State Bd. Of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748, 771 (in fn.24) (1976)。該案判決所提到的「較大客觀性與硬度」，詳請參照後揭註 78-81 所附隨之本文。

<sup>44</sup> *Volokh*, *supra* note 15, at 188.

<sup>45</sup> 418 U.S. 323, 340 (1974).

<sup>46</sup> 425 U.S. 748, 771 (1971).

<sup>47</sup> 447 U.S. 557, 566 (1980).

<sup>48</sup> LAURENCE H. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW*, §12.27 (1988) (citing *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88, 97 (1940)).

<sup>49</sup> 433 U.S. 350 (1977).

則之正當性，即使能用在一般的商業脈絡下，也很薄弱<sup>50</sup>。」法院認為，商業性言論不太可能屬於特別易受涵蓋過廣之管制摧毀之影響；而且，因為廣告主係傳播自己所提供之產品或服務的資訊，其於判斷保護範圍上之不確定性的問題也較為削減。而既然涵蓋過廣法則係被謹慎使用且僅作為最後手段的「烈性藥品」，法院拒絕適用在系爭的專業廣告<sup>51</sup>。不過，倘若對商業性言論之管制會影響到非商業性言論，涵蓋過廣法則仍有其適用<sup>52</sup>。

### 三、Central Hudson 標準之解構

*Central Hudson* 標準作為商業性言論案件中核心的審查標準，值得進一步予以解析。尤其是，該標準是否真的完全等同中度審查標準？有待探究。事實上，稱之為中度審查標準的討論，有許多可能只是在表達該標準係一項低於嚴格審查標準的違憲審查標準而已，未必認為該標準和其他脈絡下的中度審查標準完全相同。甚至亦有學者明確指出，三重審查標準只是一般性的審查標準，針對某些類型的言論，法院可能發展出特殊的審查準則，而在商業性言論上 *Central Hudson* 案所形成的審查標準，即為適例<sup>53</sup>。

本文認為，*Central Hudson* 標準並不等於三重審查標準架構下的中度審查標準，其間差異值得釐清。在目的方面，*Central Hudson* 標

---

<sup>50</sup> *Id.* at 380.

<sup>51</sup> *Id.* at 381.

<sup>52</sup> 492 U.S. 469, 481 (1989).該判決亦解釋了「涵蓋過廣」法則與手段上「緊密切合」要求（*narrow-tailoring rule*）之差異：前者係法規表面上違憲之主張，後者則為適用上違憲之主張。*Id.* at 482,483。

<sup>53</sup> 林子儀，前揭註 8，頁 170。

準所要求的「實質重要」，確實與中度審查標準一致。但是在手段方面，*Central Hudson* 標準的要求其實已達嚴格審查標準的層次。*Central Hudson* 標準的第四步驟表示，所採手段須不逾越必要範圍<sup>54</sup>。而該步驟所謂不逾越必要範圍，雖然有寬嚴不同程度解釋的可能，但值得注意的是，判決中其他地方描述該步驟的文句，已經給予該步驟更清楚的面貌。判決中其他地方在提及或闡釋該步驟之要求時，表明「若該政府利益之促成可以一較小侵害手段達成，則系爭過度之限制不能通過審查<sup>55</sup>」，以及「限制必須是『緊密描繪的』(narrowly drawn)<sup>56</sup>」。這些用語，是嚴格審查標準手段要求上的語彙。由此可見，*Central Hudson* 標準其實是一個在目的要求上中度，在手段要求上嚴格的混合型審查標準。

此一標準之適用迭經變遷，尤其受到矚目的是其第四步驟，曾一度在強度上降級。如前所述，*Central Hudson* 標準第四步驟不論從所用文句或在該案中的適用來看，相當於嚴格審查標準的手段要求。但到了一九八九年的 *Board of Trustees of State University of New York v. Fox* 一案<sup>57</sup>，法院明白降低了該要求。法院提到，如果 *Central Hudson* 標準第四步驟中的「必要」一詞被嚴格解釋，該步驟可成為「最小侵害方法」之要求（“least-restrictive-means” test），而無疑過去有些案件是採取這樣的觀點，甚至 *Central Hudson* 案本身的陳述也與此一致<sup>58</sup>。但是，法院舉例表示，也有其他一些商業性言論案件對 *Central Hudson*

---

<sup>54</sup> 447 U.S. 557, 566 (1980).

<sup>55</sup> *Id.* at 564.

<sup>56</sup> *Id.* at 565.

<sup>57</sup> 492 U.S. 469 (1989).

<sup>58</sup> 492 U.S. 469(1989).

標準採取了較為彈性的理解<sup>59</sup>。如何解決此一衝突？法院明確下結論道：我們所採標準是低於最小侵害要求的<sup>60</sup>。「我們的判決所要求的是立法目的與被選擇促成該目的之方法間的『契合』（fit），一個不必然完美但合理的（reasonable）契合<sup>61</sup>。」法院接著並澄清，這跟合理審查標準（“rational basis” test）大不相同<sup>62</sup>。而既然其低於嚴格又高於低度，依本文看法，本案所揭櫫的「合理契合」標準，應係將 *Central Hudson* 標準第四步驟降為與中度審查標準在手段方面之要求相當。

但此一強度上的降級並未長久持續。自從 1993 年 *Cincinnati v. Discovery Network, Inc.* 一案<sup>63</sup>，前開棄守最小侵害要求之觀點似已鬆動。在該案中法院提到，雖然管制行為不需要是絕對的最小侵害手段，但如果存在許多明顯的侵害較小手段，這當然會成為決定目的與手段之契合是否「合理」的考量因素<sup>64</sup>。到了 2002 年的 *Thompson v. Western States Medical Center* 案<sup>65</sup>，更讓最小侵害之要求明確地回歸到明確劃分標準（bright-line rule）的地位，而不只是考量因素而已<sup>66</sup>。在該案中法院表示，「在以往面對 *Central Hudson* 標準最後一項步驟時，我們已經清楚呈現，如果政府可以用不限制言論或限制較少言論

---

<sup>59</sup> *Id.* 477.

<sup>60</sup> *Id.* at 477.

<sup>61</sup> *Id.* at 480.

<sup>62</sup> *Id.* at 480.

<sup>63</sup> 507 U.S. 410 (1993).

<sup>64</sup> *Id.* at 416 (in n.13).

<sup>65</sup> 535 U.S. 357 (2002).

<sup>66</sup> Steven G. Brody & Jeanette M. Viggiano, *Summary of Major 2002 Commercial Speech Developments*, in: JAMES C. GOODALE EDS., COMMUNICATIONS LAW 2002, 379, 382 (2002).

的方法達成其利益，它必須採取此種方法<sup>67</sup>。」而且，法院在本案認定無法通過第四步驟，是基於有好幾種非言論相關的方法在此「有可能」可用（*might be possible here*），而政府未能提供任何理由說明為何這些可能方法不足以達成目的<sup>68</sup>。這意謂著未來原告僅需提出「有可能」的替代方案，而後政府就背負說明為何不採取這些方案之責<sup>69</sup>。在最小侵害原則又再次成為 *Central Hudson* 標準第四步驟之要求的情況下，可說手段面向之審查已從中度回升嚴格。因此，本文將 *Central Hudson* 標準解為在目的要求上中度，在手段要求上嚴格的混合型審查標準之看法，雖然一度與實務發生齟齬，晚近卻又成為事實。

## 肆、我國商業性言論違憲審查評析

### 一、對美國實務見解之承襲與改動

從前揭對我國大法官解釋與美國聯邦最高法院判決見解之對比可以看出，我國之相關發展深受美國影響。但另一方面，我國也並非完全移植美國之見解，中間仍存有不小差異。以下將說明雙方的同、異何在。

我國大法官解釋對美國實務見解之承襲，至少表現在二點上。第一，將商業性言論從一般言論中區分出來，給予較低程度的保護。雖然我國使用的中度審查標準與美國的 *Central Hudson* 標準未必等同，但採取同樣的對商業性言論差別待遇之立場，並無疑問。第二，將對

---

<sup>67</sup> 535 U.S. 357, 371(2002).

<sup>68</sup> *Id.* at 372,373.

<sup>69</sup> Brody & Viggiano, *supra* note 66, at 383.

於商業性言論的憲法保障，限於內容為真實、無誤導性，且以合法交易為目的者。我國大法官解釋在此點上的說法，與 *Central Hudson* 案判決如出一轍，見解顯然源自該案。

在承襲的同時，我國大法官解釋也發展出一些與美國不同的見解。第一，在概念範疇上，最晚近的釋字第634號解釋，以「內容與經濟活動有關」來界定新提出之經濟性言論概念，而實質上移動了商業性言論與非商業性言論間的界線。此一概念擴張，有一點類似在美國曾曇花一現的於 *Central Hudson* 案所提出之定義，而且相比之下，範圍甚至遠為更加廣泛。不論如何，該號解釋在概念範疇上的發展，與美國主流的商業性言論理解，有顯著差異。第二，在審查標準上，我國大法官解釋所採取的是三重審查標準架構下的中度審查標準，與 *Central Hudson* 標準並不完全相同。雖然 *Central Hudson* 標準常被稱為中度，如前所述，它在手段方面之要求其實是相當於嚴格審查標準的。我國大法官解釋使用手段上僅要求實質關聯的中度審查標準，係出於對 *Central Hudson* 標準的誤解，或謹慎考量後的有意為之，不得而知，但不論如何，我國與美國在審查標準上確實有所不同。

當然，不論是仿效或區隔，本身都不是問題，問題是理由賦予上的不足，使見解的正當性連帶升起疑問。例如，釋字第634號解釋一反過去解釋與美國主流見解之路徑，大幅擴張了商業性言論的概念範疇，理由何在？並無隻字片語討論。又如，將對於商業性言論的憲法保障，限於內容為真實、無誤導性，且以合法交易為目的者，此一觀點在各號解釋中均僅一語帶過，理由同樣不甚清楚。又如，對於商業性言論案件一律使用中度審查標準，是否係基於對此類言論較低價值之認定？因為此種說法自釋字第五七七號解釋即已不再強調，不免

令人感到疑惑<sup>70</sup>；如果審查標準之選擇是受到美國的影響，接下來的問題就是，美國的 *Central Hudson* 標準其實並不同於中度，則並不完全承襲美國審查標準之理由何在？仍然有待說明。

以下本文將從這些疑問出發，針對概念界定與審查標準此二議題，開展本文對商業性言論案件違憲審查架構的反思。

## 二、商業性言論審查架構之反思

### （一）商業性言論概念之界定

釋字第六三四號解釋的經濟性言論概念界定是否適當，是首先必須探討的議題。對於商業性言論的定義，本文基本上贊同前引學者之看法：「凡是宣傳或推廣某種商品或服務的言論，而其目的在『直接』刺激該項物品或服務的交易，以獲取商業利益者，均是所謂的『商業性言論』。」如前所述，此與美國釋憲實務所採定義大體上是一致的。伴隨而來，本文也就對釋字第六三四號解釋所採顯然不同的界定模式有所質疑。

解構本文所採定義（也是本文認為美國釋憲實務所遵循的概念理解），當中關鍵性的要素有二：一是涉及產品或服務的交易，二是表意人的經濟動機。這二者分開來看，都不足以正當化與其他言論的區隔，但二者的合併促成了性質上重要的變化。此種界定模式適當地限制了商業性言論的範圍，使對商業性言論之限制所產生的效應，主要僅影響產品或服務的銷售；也就是說，雖然落入商業性言論的範疇後，政府之限制較可能合憲，但因為在此界定下的商業性言論即使受

---

<sup>70</sup> 參照前文貳、二、（二）。

到壓抑，主要也僅減少產品或服務的銷售，與民主程序之健全性關係較遠。如採此一界定模式，即與美國司法介入正當性的主流論述可以相互契合。在說明限制選舉權、言論自由、政治結社、和平集會等權利之法律，為何觸發司法嚴格審查之問題上，學者 Ely 的「代議強化理論」(representation-reinforcing approach) 應該是最主要的觀點<sup>71</sup>。此一理論著重於政治程序失靈的觀察，當政治程序發生失靈時，法院的加強審查即產生正當性，其目的係在監控以確保民主程序發揮正常機能<sup>72</sup>。基此，倘若商業性言論在界定上被謹慎設計地與政治事務遠離，則政府扭曲商業性言論之動機既少，且商業性言論減少流通也不嚴重衝擊政治程序健全，升高違憲審查之必要性即隨之降低<sup>73</sup>。而本

<sup>71</sup> 黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，臺大法學論叢，第三十三卷第三期，頁 107 (2004)；湯德宗，立法裁量之司法審查的憲法依據—違憲審查正當性理論初探，收錄於權力分立新論卷二，頁 14，元照出版公司，增訂三版 (2005)。

<sup>72</sup> See JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 73-104 (1980)。中文介紹可參照前揭註，黃昭元，頁 107；林子儀等，憲法—權力分立，頁 129，學林出版社，二版。

<sup>73</sup> 此處從司法介入正當性進行論述之角度，和一般從商業性言論無助公共思考與辯論，因此在健全民主程序說之下為低價值言論的觀點，嚴格來說並非完全相同，只是在均著重政治程序健全性此點上有共通之處。關於應否對商業性言論差別待遇及其理由，受到高度爭辯。See generally, GEOFFREY R. STONE et al., THE FIRST AMENDMENT 168-170 (2008); Nowak & Rotunda, *supra* note 4, at §16.30 (2000); Volokh, *supra* note 15, at 190; Nat Stern, *In Defense of the Imprecise Definition of Commercial Speech*, 58 MD. L. REV. 55, 73-79 (1999)。許多論者甚至根本反對將商業性言論區別待遇，以國內來說，例如黃銘傑，前揭註 7；司法院釋字第 678 號解釋許玉秀大法官一部協同一部不同意見書之註釋一；李念祖，菸品標示管制與言論自由之限制—釋字第五七七號解釋之研究，東吳法律學報，第十七卷第一期，頁 26 (2005)。本文尚

文所採定義，正是受到適當限縮之設計。

相對地，不論是僅著重在涉及產品或服務此一要素，或僅著重在經濟動機此一要素，都使商業性言論的概念不合理地涵蓋到原本未預期的範圍，也使其與政治性言論必然發生重疊，難以完全區隔。如果只以涉及產品或服務為要素，則 **Ralph Nader** 揭露通用公司汽車安全上的問題、「消費者報導」等雜誌的內容，也都變成商業性言論；而產品安全性無疑是具有公共性的事務，甚至，產品有關資訊可能關聯到政治議題，例如美國車價過高的看法，將影響外國車進口限制、本國車價格上漲、環境管制效應等議題上的觀點<sup>74</sup>。另一方面，如果只以經濟動機為要素，則報紙、領取報酬參與談話性節目的「名嘴」或學者專家、以取得公職受薪為部分理由而參加競選的候選人、專職的作家等的言論，也都變成商業性言論；而這些言論許多是政治性言論的核心，甚至，具有經濟動機的表意者通常最可能提出重要的議題<sup>75</sup>。因此無怪乎，曾一度出現在聯邦最高法院判決中的「僅與表意人及其聽眾之經濟利益有關之表達」定義後來即消聲匿跡，因為此一定義不當地僅著重在經濟利益之要素，如同 **Stevens** 大法官所批評的，顯然涵蓋過廣。

基於相同的理由，釋字第六三四號解釋的界定模式同樣，或甚至更令人質疑。該號解釋對於是否屬於經濟性言論，似乎僅以「內容與

---

難在此完全處理此一爭議。此處的立場只是，對於我國與美國共同採取的對商業性言論差別待遇之觀點，暫表接受，並在此觀點下試圖找出本文認為最具說服力的理由。

<sup>74</sup> Farber, *supra* note 15, at 155.

<sup>75</sup> See Farber, *supra* note 15, at 156.

經濟活動有關」為判斷標準。如此一來，表意人的經濟動機已不是重點；而且在內容上，由於產品或服務的交易只是與經濟活動有關之內容的一種而已，因此該號解釋的經濟性言論概念，將比前述所謂只以涉及產品或服務為要素所建構的定義，範圍更加廣泛。其結果，不僅消費者團體或媒體對特定產品的價格、品質所為之報導或評論會成為商業性言論，描寫人們經濟活動的文學與藝術作品、針對政府在經濟或產業上之政策或決定的公共辯論，也都是如此。例如圍繞 ECFA、中科三期、國光石化等高度爭議性公共議題或事件的討論，都不能說不是跟經濟活動有關。而且不光是營利性質的媒體，非營利性質的公民記者或網站在經濟事務上的報導或評論，也都成為被區別對待的商業性言論。如此廣泛的打擊範圍，是否確實是大法官在作成解釋時已經意識到的？

因此，本文建議放棄釋字第六三四號解釋的界定模式與經濟性言論用語，未來在面對有關案件時，能明確採用本文前引之定義模式，以維持商業性言論的適當疆界<sup>76</sup>。

---

<sup>76</sup> 舉例來說，菸害防制法第 22 條規定：「電視節目、戲劇表演、視聽歌唱及職業運動表演等不得特別強調吸菸之形象。」台視曾一度基於此一條文，於熱門卡通「航海王」播出時，將其中人物香吉士的吸菸畫面打上馬賽克，而引發眾多觀眾抗議。Dust，香吉士吸菸事件後續發展，blogpost，[http://1987dust.blogspot.com/2010/01/blog-post\\_8224.html](http://1987dust.blogspot.com/2010/01/blog-post_8224.html)（2011/3/15，造訪）。在本文所採定義之下，不論從該條之設計或航海王此一案例而言，所限制的標的均係針對一般言論而非商業性言論，在違憲審查上即不應降級適用商業性言論的審查標準（不過值得注意的是，本條其實沒有罰則，只是不排除有可能透過廣播電視法第 21、43、44 條節目禁止有「傷害兒童身心健康」之內容的規定處罰）。

## (二) 審查標準之分殊化與商業性言論的類型化

### 1. 審查標準之初步定調

審查標準之選擇與設計應如何為當，或許沒有標準答案，也頗難一概而論，但基於我國與美國在適用審查標準上的相仿卻又略有差異，從尋找我國與美國選擇審查標準之理由出發進行思考，可能是適當的切入角度。

首先在我國，大法官並未對中度審查標準之採取提供任何明白的理由說明，吾人只能從釋字第 414 號解釋「商業言論尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀」之文句，推測係接受美國視商業性言論為低價值言論之結果。本來，既然我國受到美國多元審查標準架構之影響，在商業性言論案件上承襲美國之審查標準，也是合乎情理的路徑。但問題是，在將商業性言論視為低價值的基礎下，美國所採審查標準，如前已釐清的，其實是在目的要求上中度而在手段要求上嚴格的混合型審查標準。則我國直接適用中度審查標準，是否是因為誤以為一般論者將 *Central Hudson* 標準定位為中度審查標準，就表示完全等同於三重審查標準架構下的中度審查標準<sup>77</sup>，即不免令人生疑。而倘若是有意區隔，則為何作此區隔？本文亦尚未想到合理的理由。

當然，比較公平的討論方式應該也要去問，為什麼美國採取該等

---

<sup>77</sup> 余雪明大法官於司法院釋字第 577 號解釋的協同意見書中介紹了 *Central Hudson* 標準，並提及其後 *Fox* 案對於該標準的解釋，使該標準第四步驟不再那麼嚴格。但余大法官並未觀察到本文所指出的，該標準第四步驟又因為後續案件（特別是 *Thompson* 案）之詮釋而回升為嚴格。合理推斷，余大法官可能確實認為 *Central Hudson* 標準相當於中度審查標準。

混合型的審查標準，而非三重審查標準其中之一？不幸的是，*Central Hudson* 判決似乎也沒有提供清楚的說法。本文嘗試為此一審查標準設計提出合理的解釋如下：在肯認商業性言論與一般言論有所差異而將商業性言論視為僅具較低價值的前提下，目的要求方面的降級，是自然的結果。這是因為，應具備之政府利益的強度，與限制所損害的價值高低成正比。對於高價值言論之限制，需要較強的政府利益才能正當化，相對地，商業性言論的憲法價值既然較低，天平的另一端，也就是對其限制所需求之政府利益，也就可以隨之下降。至於手段方面的要求，與所限制之言論的價值高低之間，就未必存在必然的連結。換句話說，如果沒有其他因素參與其中，手段與目的之切合性要求似乎並不理所當然應隨言論之價值較低而放鬆。尤其是，浮濫之限制手段可能導致雖目的在管制商業性言論，實際上卻限制到非商業性言論的結果，這是在決定是否放寬手段面向要求之強度時，必須納入考慮的。

基於上述賦予之理由，本文認為 *Central Hudson* 標準的混合設計可以得到合理支持。本文傾向贊同，對於商業性言論之限制原則上以此目的中度、手段嚴格之標準進行審查。

## 2. 對內容虛偽不實或有誤導性商業性言論之態度

在肯認原則上適用 *Central Hudson* 標準的同時，依本文淺見，言論的不實或誤導，可以構成調整審查標準之判斷因素。

此一觀點可從商業性言論的較大客觀性與硬度（*greater objectivity and hardness*）這二項特徵談起。在 *Virginia Pharmacy* 一案中法院提到，商業性言論的較大客觀性與硬度，使其與其他言論有所

區隔<sup>78</sup>。首先，相對於新聞報導或政治評論，在商業性言論情形，言論散布者可能較容易確證言論的真實性，因為廣告主係企圖散布關於其所提供之產品或服務之資訊，而理論上他對於對該產品或服務較其他人更為了解<sup>79</sup>。其次，商業性言論可能較其他言論更具管制上的耐受能力；因為既然商業利益是商業性言論的必要要素，商業性言論甚少可能會被適當的管制所威嚇（being chilled）而完全消失<sup>80</sup>。而商業性言論這兩項特徵，最彰顯其效應之場合，即係在管制是以促進真實無誤導之資訊的流通為目的時。*Virginia Pharmacy* 判決本身就提到，商業性言論的較大客觀性與硬度，可能使為害怕令表意人噤聲因而容忍不實陳述，變得較不必要；也可能使要求商業性訊息以避免欺騙所必要之形式呈現，或要求加入額外的資訊、警告、免責聲明，成為適當之管制<sup>81</sup>。類似分析亦出現於之後的 *Bates* 案判決，促使其推導出「不實或誤導之表意在其他脈絡下已被容許的餘裕，在商業場域中力量薄弱」之見解<sup>82</sup>。簡言之，基於商業性言論的較大客觀性與硬度二項特徵，如果是為了防止資訊不實或誤導，或為了提供更多真實的資訊，在管制措施之選擇上可以給予較在一般言論之脈絡下更大的迴旋空間<sup>83</sup>。而所謂可給予較大的迴旋空間，在違憲審查上的意義即為：

---

<sup>78</sup> 425 U.S. 748, 771 (in.24) (1971).

<sup>79</sup> *Id.* at 771.

<sup>80</sup> *Id.* at 771.

<sup>81</sup> *Id.* at 771, See also *Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557, 578(1980) (Blackmun, J., concurring).

<sup>82</sup> 433 U.S. 350, 383 (1977).

<sup>83</sup> David G. Yosifon, *Resisting Deep Capture: The Commercial Speech Doctrine and Junk-Food Advertising to Children*, 39 LOY. L.A. L. REV. 507, 544-545 (2006)。從不同觀點論述但類似地認為不應給予不實或誤導之商業性言論完全的憲法保護者，see Rebecca Tushnet, *It Depends on What the Meaning of*

在手段層次之審查，可採取較低的要求。不過，手段與目的契合程度要求之高低，畢竟會關係到其他言論是否受到限制或受到多少衝擊；以消弭不實或誤導性資訊為目的之管制，愈是容許在手段選擇上擁有廣大的裁量空間，愈可能危及真實資訊（也就是非管制目的鎖定之言論）的產出與流通。因此，即使在管制目的是在促進真實無誤導之資訊的流通時，手段上要求的降級仍不應降到低度審查標準的程度<sup>84</sup>。綜合上述觀點，本文認為，在對商業性言論原則上採取目的中度、手段嚴格的混合型標準的同時，當管制目的是在促進真實無誤導之資訊的流通時，審查標準可降為目的中度、手段中度，也就是三重審查標準架構下之中度審查標準<sup>85</sup>。*Central Hudson* 標準的第一步驟雖然將具誤導性之商業性言論區分出來，但並未明言對此類言論之限制應適用如何之審查標準。本文上述主張明確填補了此一空缺。

值得注意的是，本文的描述方式與我國大法官解釋或美國 *Central*

---

“Falsity” Is: Falsity and Misleadingness in Commercial Speech Doctrine, 41 LOY. L.A. L. REV., 227 (2007).

<sup>84</sup> See Richard M. Schmidt, Jr. & Robert Clifton Burns, *Proof or Consequences: False Advertising and the Doctrine of Commercial Speech*, 56 U. CIN. L. REV., 1273, 1273-1274 (1988) (arguing that “uncertainties in the federal regulation of advertising chill legitimate commercial speech and that even some false and misleading speech should be protected to provide breathing room for legitimate commercial speech.”)

<sup>85</sup> 類似地主張對於為保護消費者免於欺騙或誤導而限制或強制揭露商業性言論之法律，適用中度審查標準者，see Nicole B. Cásarez, *Don't Tell Me What to Say: Compelled Commercial Speech and the First Amendment*, 63 MO. L. REV. 929, 969-972 (1998)。不過 Cásarez 認為在其他情形，商業性言論應與其他言論受同樣保護，與本文之建議不同。Id. at 947。

*Hudson* 標準並不完全相同。我國大法官解釋或美國 *Central Hudson* 標準之表述方式為：無誤導性的商業性言論才受保護。基此，倘若案件系爭言論為不實或誤導性的言論時，可適用嚴格程度較低的審查標準。但是，探問系爭言論是否不實或誤導之分析路徑不僅遭遇判斷上的困難<sup>86</sup>，在我國以抽象規範審查為主的憲法解釋構造下<sup>87</sup>，還產生了二項問題。第一，許多管制規範往往在限制不實或誤導性之資訊的同時，也限制到真實無誤導的資訊；因此從聚焦於審查規範合憲性之角度觀之，案件系爭言論是否不實或誤導並非關鍵，比較恰當的思維路徑應該是，以政府所主張的管制規範目的是否係在促進真實無誤導之資訊的流通，作為是否改變審查標準之判斷因素。至於該管制手段是否過度限制到真實無誤導之商業性言論，則是在手段與目的契合要求之層次，應予審查之議題。更重要的是，第二，此種表述方式在面對要求採取積極標示之管制規範時，將無用武之地；因為要求標示商品成分或危險警告等，並不限制、消弭不實或誤導性的資訊。但是，此類管制在要求積極提供更多真實資訊，與消弭不實或誤導性資訊之管制，在本質上同樣都在促進真實無誤導之資訊的流通<sup>88</sup>，從言論自由鼓勵各種言論的廣泛、自由流動以促成追求真理或健全民主程序等社會價值之觀點來看，同樣並非與言論自由完全處於緊張關係，甚至

---

<sup>86</sup> 主張錯誤不實、誤導常是可爭論的，Tushnet, *supra* note 83, at 228-248。在 *Bates* 案中，多數意見認定系爭廣告並非誤導性的 *Bates v. State Bar Arizona*, 433 U.S. 350, 381, 382 (1977)，但 Powell 大法官對此提出不同意見，at 389-95 (Powell, J., dissenting))，其間之爭辯亦顯見誤導認定的可爭論性。

<sup>87</sup> 所謂抽象的規範審查，係指以法規有無牴觸上位規範為裁判目的之審查態樣。參照吳庚，憲法的解釋與適用，頁 332-333，自刊，三版。

<sup>88</sup> See 425 U.S. 748, 771 (fn.24).

可以說是言論自由之價值所肯認的<sup>89</sup>。因此，比較恰當的思維路徑再一次應該是，以管制目的是否係在促進真實無誤導之資訊的流通，作為是否改變審查標準之決定因素，藉此讓要求提供更多真實資訊之管制可以取得較大的迴旋空間。據此本文建議，在適用 *Central Hudson* 標準時，應將其第一步驟重新形塑，變更為探問系爭管制是否以促進真實無誤導之資訊的流通為目的。

延伸而來，或許有人會主張，目的為何之問題，應是在適用審查標準時才進行探究，而本文的主張將導致，在選擇審查標準時與在操作審查標準時，都將探問「目的為何」此一完全一樣的問題。但事實上，在本文之主張下，二個層次的分析並不完全相同。在選擇審查標準之層次，本文建議的，只是將是否以促進真實無誤導之資訊的流通為目的，作為是否調整審查標準之考量因素。而在操作審查標準之層次所進行的目的分析，則超越此一範圍；所探問的不僅包括是否以促進真實無誤導之資訊的流通為目的，還包括促進真實無誤導之資訊的流通之後所保護或增進的利益為何。舉例來說，禁止不實或誤導的藥品廣告，與禁止不實或誤導的文具廣告，在目的分析上就可能產生不同的結果，因為前者涉及消費者身體健康利益，較後者主要僅涉及財

---

<sup>89</sup> 關於言論自由於追求真理或健全民主程序上之功能，以及「更多言論」之基本原則，參照林子儀，前揭註 8，頁 121-126, 175-177；關於資訊之價值以真實為前提，參照陳仲嶙，傳播媒體的真實原則—以通訊傳播管理法草案相關規定為中心，通訊法制研討會—科技、法理與管制研討會，頁 3，台灣法學雜誌主辦（2009）。主張商業性言論之保護主要建基於資訊接收者的第一增補條文利益，因此政府可以要求提供額外資訊、警告或免責聲明以增進這些利益，see William S. Dodge, *Weighing the Listener's Interests: Justice Blackmun's Commercial Speech and Public Forum Opinions*, 26 HASTINGS CONST. L.Q. 165, 216 (1998) (citing Justice Blackmun's opinions).

產利益，顯然更為重大。由此可見，同樣是避免不實或誤導之管制，所追求的政府利益未必相同。在選擇審查標準時考量促進真實無誤導之目的，與後續審查標準操作時的目的分析，並不重疊。

### 3. 對以違法交易為目的之商業性言論之態度

至於以違法交易為目的之商業性言論，不論在我國或美國都同樣被列為不受保護的態樣，而本文對此立場有所質疑。大法官解釋仿照 *Central Hudson* 標準之表述方式，強調只有以合法交易為目的者才受憲法保障；且從釋字第六二三號解釋可以看出，對以違法交易為目的之商業性言論的限制，係採取低度的合理審查標準進行檢驗。但是，此類商業性言論為何與其他商業性言論相較應該特別不受保護？並未看到任何明白的理由說明，恐怕只是出於想當然耳的直觀。

問題首先在於，交易的違法性建立在立法者的裁量上，是一個具變動性，而且本身還須接受違憲審查考驗的標的，以此作為言論是否受憲法保護的界定要素，恐有邏輯上的問題。舉例來說，我國對於賭博的禁止，在公益彩券以及離島設置觀光賭場等情形，已因特別立法而排除<sup>90</sup>，顯見交易是否違法的變動性與脈絡性。又如，大麻交易、性交易等在我國為違法，但在部分國家為合法，亦顯示交易的合法與否並非本質上的必然；而我國之禁止是否合憲，本身也都還要接受違憲審查的考驗。或有謂，可以要求釋憲機關在決定是否涉及以違法交易為目的之言論前，先檢視禁止交易之規定是否合憲<sup>91</sup>。但即便如此，

<sup>90</sup> 參照公益彩券發行條例及離島建設條例第 10-2 條。

<sup>91</sup> 實際上在司法院釋字第 623 號解釋中，大法官並未先檢討禁止性交易之規定的合憲性，就直接將促使人為性交易之訊息稱之為促使非法交易活動之商業性言論。

仍無解於將言論是否受憲法保護置於立法者手中的質疑；因為即使禁止某種交易不違反憲法，也並非一定要禁止不可；是否禁止該交易仍委諸立法者的決定。而若只要是以違法交易為目的之言論就自動不受憲法保護，無疑將某言論受不受憲法保護建基在立法者的決定上。本來，受憲法保護與否，應由釋憲機關經由憲法價值之論理加以判斷（舉例來說，釋憲機關得以錯誤不實之言論有害言論自由背後所追求之價值為理由，認定不實言論非在憲法保障範圍內），而非由立法者的某一決定來左右。若將某言論受不受憲法保護建基在立法者的決定上，即有違由司法制衡立法之違憲審查的本質。

如與涉及違法活動的**非商業性言論**相比較，更讓人對為何允許降低審查感到懷疑。在一般言論的脈絡下，倡議使用暴力或非法活動的言論，只有在符合 *Brandenburg* 標準的情況下，才可以限制<sup>92</sup>；而 *Brandenburg* 標準，也就是修正的明顯而立即危險原則，是一項非常嚴格的標準，係對言論自由高度保障之象徵<sup>93</sup>。由此可知，此類言論所受保護，並不因其涉及非法活動而有稍減。*Brandeis* 大法官在其於 *Whitney v. California* 一案的協同意見中曾提到<sup>94</sup>，即使是違法行為的倡議，不論在道德上多麼應該指責，本身也不成為拒絕言論自由的正當理由<sup>95</sup>。他強調危害須具有迫切性、可能性，「如果我們還有時間經

<sup>92</sup> 參照前揭註 38-39 及相應本文。

<sup>93</sup> *Gunther* 教授在其 1975 年文章中將 *Brandenburg* 標準稱之為「最高法院至今所發展出最保障言論自由之標準」，其嚴格程度可見一斑。*Gerald Gunther, Learned Hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine: Some Fragments of History*, 27 *STAN. L. REV.* 719, 755 (1975)。

<sup>94</sup> 274 U.S. 357 (1927).

<sup>95</sup> *Id.* at 376 (*Brandeis, J., concurring*).

由討論而將虛偽及錯誤予以揭露、經由教育的過程而避開邪惡，則對於言論可能帶來弊害的最好救濟方法，將是更多的言論，而非強迫沉默<sup>96</sup>。」這些經典論述，也在 Stevens 大法官於 *Central Hudson* 一案的協同意見中被引用<sup>97</sup>。因此，本文不認為涉及違法交易之商業性言論，理所當然就應該只受較低的保護。或許有人會強調，這裡探討的是商業性言論而非一般言論。但是，我們已經基於商業性言論此一因素，將審查標準降低為在目的層次僅要求中度，則似乎沒有理由再對此一審查標準做其他進一步調整。

綜上所述，本文對商業性言論案件的審查標準選擇架構建議如下：原則上適用 *Central Hudson* 標準，也就是目的中度、手段嚴格之要求；若管制目的在促進真實無誤導之資訊的流通，則適用目的中度、手段中度的中度審查標準。當然，本文並不排除存在其他影響審查標準之選擇的因素<sup>98</sup>，但這仍有待未來學說之發展。至於管制以違法交易為目的之商業性言論者，在欠缺具說服力之理由的情況下，本文對降低審查標準持保留態度。

### 三、對大法官解釋的重新詮釋與調整建議

基於以本文所提出之見解，下面將再訪近十年與商業性言論相關

---

<sup>96</sup> *Id.* at 376-377 (Brandeis, J., concurring)。引號內之中譯引自林子儀，前揭註 8，頁 175-176。

<sup>97</sup> 447 U.S. 557, 582 (1980) (Stevens, J., concurring)。

<sup>98</sup> 舉例來說，學者有強調藉由廣告等方式促進消費主義的「深層擄獲」(deep capture) 產生重大問題，並主張與之對抗的管制並不與憲法價值相衝突。Yosifon, *supra* note 83, at 591-601。是否以對抗深層擄獲為目的之管制可成為降低審查標準之因素？或許有待未來之進一步探究。

的釋字第五七七、六二三、六三四號解釋。

### （一）釋字第五七七號解釋

本號解釋所檢視者，係要求標示菸品所含尼古丁及焦油含量的法律規定。此一管制規範明顯是以促進更多真實資訊之流通為目的，如果適用本文所建議之審查架構，會落入適用中度審查標準之類型。在本案中，大法官也確實是適用中度審查標準，得出合憲的結論。

在審查標準之選取上，本號解釋的論理過程與本文略有不同。本號解釋是直接基於商業性言論之因素即選擇中度審查標準，而本文則是在原則上主張適用 *Central Hudson* 標準的情況下，將對系爭法律所適用之審查標準進一步降低到中度。系爭法律在要求提供真實之資訊，而非限制不實或誤導之商業性言論，因此在大法官僅著重於不實或誤導之商業性言論可較嚴格限制之觀點下，自然不會對系爭規範特別降低審查，而僅適用其對於商業性言論限制之一般性審查標準。但如本文前所主張的，要求積極提供更多真實資訊，與消弭不實或誤導性資訊之管制，同樣都在促進真實無誤導之資訊的流通，從言論自由之目的觀之具有同質性，在違憲審查上亦應一體視之。不過由於本文對於原則性標準與適用於促進真實無誤導資訊之流通情狀下的例外標準，均與大法官解釋不同，才恰巧促成論理有異結論相同之結果。不論如何，從結果上言，本文對於本號解釋之審查標準適用敬表贊同。

### （二）釋字第六二三號解釋

本號解釋所檢視者，為兒童及少年性交易防制條例第二十九條之規定：「以廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性

交易之訊息者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」基於性交易係非法交易活動的理由，大法官僅對之為寬鬆之審查，而最終得出合憲的結論。但在本文之審查架構下，涉及非法交易並不足以作為不受保護或降低審查之事由，而仍應依 *Central Hudson* 標準進行檢驗。

首先在目的上，解釋文將立法目的界定為「防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件」，並稱之為「國家重大公益目的」。確實，該等利益堪稱實質重要，甚至可能構成極重要之政府利益。因此系爭規範可通過目的層次之審查，應無疑問。但問題是，在手段上，系爭規定實難認定為「緊密切合」之手段。系爭規定的打擊範圍，明顯超越基於其立法目的應鎖定的「促使兒童少年為性交易之言論」的範疇，廣及各種涉及性交易之言論。雖然本號解釋企圖藉由合憲性解釋方法，限縮本條之適用範圍，但如同林子儀大法官之不同意見書所批判的，即使在限縮解釋之後，其對言論自由之限制仍然過廣、條文不明確之問題仍未解決、於法定刑上之體系正義仍有未合<sup>99</sup>。轉換為本文之分析語彙，也就是手段之採取與目的之追求間並未緊密切合、絕非最小侵害，甚至連 *Fox* 案之中度的「合理契合」可能都稱不上。只有像本號解釋所採取的大幅服從立法者的合理審查標準，才有導出合憲結論的可能性。基於本文建議採取之審查標準的差異，結論也因此全然不同。

### （三）釋字第六三四號解釋

本號解釋所涉及者，為修正前之證券交易法與證券投資顧問事業

---

<sup>99</sup> 另並參照司法院同號解釋許玉秀大法官之不同意見書；林志潔，無菌空間的想像與堅持？—評釋字六二三號解釋及兒少性交易防制條例第二九條，台灣本土法學雜誌，第九十二期，頁 231-236（2007）。

管理規則等法規，對從事證券投資講習之限制。大法官使用中度審查標準，認定與憲法並無抵觸。但其審查標準選擇之前提，在將系爭言論歸類為經濟性言論，與一般言論相區隔；對此本文有不同看法。

如前已論及的，本號解釋以「內容與經濟活動有關」為要素所創設的經濟性言論概念，涵蓋範圍顯然過廣，在往後不宜再採取。即使依照本案之事實背景，也就是「有價證券價值推介建議」，而將商業性言論定義進一步侷限在「內容與商業交易有關」之言論，但因為不以經濟動機為要素，前文亦已指出，此種界定仍然是不合理地涵蓋到未預期之範疇，也使其與政治性言論必然發生重疊，難以完全區隔。事實上，即使是像有價證券購買之建議此種乍看完全與公共議題無關的言論，也仍然可能發生在具公共性之場域。例如環保團體發起購買在環保問題上惡名昭彰之特定廠商的股票，藉以進入股東會挑戰該企業之政策與管理的「綠色小股東」運動<sup>100</sup>，該言論即具有高度公共性。總之，商業性言論之概念理解，應回歸到「宣傳或推廣某種商品或服務的言論，而其目的在『直接』刺激該項物品或服務的交易，以獲取商業利益者」。要求兼具「涉及產品或服務的交易」及「表意人具經濟動機」這二項要素。在此定義下，本案系爭言論並非商業性言論，而應以一般言論對待之<sup>101</sup>。

<sup>100</sup> 環境資訊中心，環保小股東 揭露台塑高污染投資風險，環境資訊電子報，<http://e-info.org.tw/2010/06/100628.htm>，(2010/3/15，造訪)。

<sup>101</sup> 不過，這不代表本文認為適用嚴格審查標準是必然的結果，而是認為言論自由法學必須對於此類言論另行發展論述與審查標準之適用，而非未經審慎考慮地放進商業性言論的類型下。

## 伍、結論

到此本文已呈現近十年與商業性言論有關之大法官解釋的回顧與評析。首先在對大法官解釋之觀察方面，本文發現商業性言論之範疇在釋字第六三四號解釋發生重大擴張。其採用以「內容與經濟活動有關」為要素的經濟性言論概念，與一般言論相區隔；此一路徑與一般對商業性言論/非商業性言論區分之理解迥然有異。另外在審查標準之適用上，則基本上已定調於中度審查標準。例外情形是對於以違法交易為目的或內容虛偽不實或有誤導性之商業性言論，被排除於言論自由保障範圍外，由釋字第六二三號解釋觀之，對其之限制可能僅觸發合理審查標準。

在觀察我國發展之同時，本文亦對美國相關之釋憲實務見解進行概覽。相較於國內學界對美國相關判決的既有介紹，本文在商業性言論概念界定以及審查標準內涵上，有進一步之觀察。美國法院對於商業性言論之定義雖仍不完全明晰，但分析起來，大體上應係將商業性言論理解為基於經濟動機進行產品或服務之宣傳或推銷的言論。在審查標準方面，具支配地位的 *Central Hudson* 標準雖然一般被稱為中度審查標準，但其實不論從該判決所用文句或晚近判決之詮釋來看，該標準應係在目的方面要求中度、手段方面要求嚴格的混合型標準。

對照之下可以發現，我國釋憲實務見解受美國影響頗深，但卻又略有差異。從二者之比較出發本文認為，第一，釋字第六三四號解釋在為商業性言論劃界之路徑上的改變，產生失控性的涵蓋過廣，並非妥適。第二，在審查標準之選擇上，基於可以獲得合理之支持理由，本文傾向贊同採用 *Central Hudson* 的混合型標準。第三，在原則上接受 *Central Hudson* 標準的情況下，若系爭規範之管制目的係在促進真

實無誤導之資訊的流通，則可以進一步將手段方面之要求降低，適用真正的中度審查標準。但是，第四，以違法交易為目的之商業性言論，似不應遭到差別對待，在欠缺充分理由的情況下，涉及違法交易一事，不足以作為降低審查標準的因素，而應仍以適用 *Central Hudson* 標準為宜。

# 中原財經法學

## 參考文獻

### 書籍

林子儀等，憲法—權力分立，學林出版社，二版（2008）。

吳庚，憲法的解釋與適用，自刊，三版（2004）。

BARENDT, ERIC, FREEDOM OF SPEECH (Oxford University Press, UK, 2005).

BARRON, JEROME A. & C. THOMAS DIENES, FIRST AMENDMENT LAW  
(Thomson West Press, St. Paul, MN, 2008)

ELY, JOHN HART, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL  
REVIEW (Harvard University Press, Cambridge MA, 1980).

FARBER, DANIEL A., THE FIRST AMENDMENT (Foundation Press, New York,  
2003).

NOWAK, JOHN E. & RONALD D. ROTUNDA, CONSTITUTIONAL LAW (Thomson  
West Press, St Paul, MN, 2000).

STONE, GEOFFREY R., et al., THE FIRST AMENDMENT (Aspen Press, New York,  
2008).

SULLIVAN, KATHLEEN M. & GERALD GUNTHER, CONSTITUTIONAL LAW  
(Foundation Press, New York, 2004)

TRIBE, LAURENCE H., AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW (Foundation Press,  
New York, 1988).

VOLOKH, EUGENE, THE FIRST AMENDMENT AND RELATED STATUTES  
(Foundation Press, New York, 2008).

WERHAN, KEITH, FREEDOM OF SPEECH (Praeger Press, Westport Connecticut,

2004).

### 期刊論文

李念祖，菸品標示管制與言論自由之限制—釋字第五七七號解釋之研究，東吳法律學報，第十七卷第一期，頁 1-30 (2005)。

林子儀，商業性言論與言論自由，美國月刊，第二卷第八期，頁 23-33 (1987)。

林志潔，無菌空間的想像與堅持？—評釋字六二三號解釋及兒少性交易防制條例第二九條，台灣本土法學雜誌，第九十二期，頁 227-239 (2007)。

張心悌，證券投資顧問事業之定義—兼論大法官會議釋字第六三四號解釋，月旦民商法，第十九期，頁 168-178 (2008)。

陳仲嶙，從研究自由之觀點論基因研究的社群參與，臺北大學法學論叢，第七十二期，頁 1-40 (2009)。

黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，臺大法學論叢，第三十三卷第三期，頁 45-148 (2004)。

黃銘傑，美國法上的言論自由與商業廣告—兼論司法院大法院會議釋字第四一四號解釋，臺大法學論叢，第二十七卷第二期，頁 347-393 (1998)。

賴祥蔚，商業言論與憲法的言論自由保障，台灣政治學刊，第十四卷第一期，頁 159-199 (2010)。

Cásarez, Nicole B., *Don't Tell Me What to Say: Compelled Commercial Speech and the First Amendment*, 63 MO. L. REV., 929-977 (1998).

Dodge, William S., *Weighing the Listener's Interests: Justice Blackmun's Commercial Speech and Public Forum Opinions*, 26 HASTINGS CONST. L.Q., 165-217 (1998).

Gunther, Gerald, *Learned Hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine: Some Fragments of History*, 27 STAN. L. REV., 719-773 (1975).

Schmidt, Richard M., Jr. & Robert Clifton Burns, *Proof or Consequences: False Advertising and the Doctrine of Commercial Speech*, 56 U. CIN. L. REV., 1273-1294 (1988).

Stern, Nat, *In Defense of the Imprecise Definition of Commercial Speech*, 58 MD. L. REV., 55-149 (1999).

Tushnet, Rebecca, *It Depends on What the Meaning of "Falsity" Is: Falsity and Misleadingness in Commercial Speech Doctrine*, 41 LOY. L.A. L. REV., 227-257 (2007).

Yosifon, David G., *Resisting Deep Capture: The Commercial Speech Doctrine and Junk-Food Advertising to Children*, 39 LOY. L.A. L. REV. 507-601(2006).

#### 專書論文

林子儀，言論自由導論，收錄於台灣憲法之縱剖橫切，頁 103-179，元照出版公司（2002）。

林子儀，言論自由與內亂罪—「明顯而立即危險原則」之闡釋，收錄於言論自由與新聞自由，頁 197-228，元照出版公司（1999）。

湯德宗，立法裁量之司法審查的憲法依據—違憲審查正當性理論初探，收錄於權力分立新論卷二，頁 1-74，元照出版公司，增訂三版（2005）。

Brody, Steven G. & Jeanette M. Viggiano, *Summary of Major 2002 Commercial Speech Developments*, in: JAMES C. GOODALE EDS., COMMUNICATIONS LAW 2002, 379-411 (Practising Law Institute,

U.S.A, 2002).

DeVore, P. Cameron & Steven G. Brody, *Advertising and Commercial Speech*, in: JAMES C. GOODALE EDS., *COMMUNICATIONS LAW 2001*, 199-659 (Practising Law Institute, U.S.A, 2011).

# 中原財經法學

## 摘要

在審查標準不明的一九九六年釋字第四一四號解釋之後，我國近十年有關商業性言論之釋憲實務發展（包括釋字第五七七、六二三、六三四號解釋）邁入了另一階段。主要之發展包括在審查標準上的定調、將特定類型之商業性言論排除於言論自由保障範圍外，以及擴張商業性言論之範疇等。

在參酌對照美國釋憲實務見解後本文主張，第一，釋字第六三四號解釋在為商業性言論劃界之路徑上的改變，產生失控性的涵蓋過廣，並非妥適。第二，在審查標準之選擇上，本文傾向採用 *Central Hudson* 的混合型標準。第三，若系爭規範之管制目的係在促進真實無誤導之資訊的流通，則可以進一步將手段方面之要求降低。但第四，在欠缺充分理由的情況下，涉及違法交易一事應不足以作為降低審查標準的因素。

## Ten Years of Commercial Speech in the Constitutional Court

Chung-Lin Chen

### Abstract

The three Judicial Yuan interpretations regarding commercial speech in recent ten years, J. Y. Interpretation Nos. 577, 623 and 634, have move the development of judicial review of commercial speech cases to a next level. The major development includes the determination of standard of review, the exclusion of certain types of commercial speech from constitutional protection, and the expansion of the concept of commercial speech.

After comparing with U.S. Supreme Court opinions, this article makes following arguments. First, it is inadequate that J. Y. Interpretation No. 634 changed the approach to defining commercial speech. Second, the Constitutional Court should adopt a mixed standard similar to *Central Hudson* test. Third, if the purpose of the statute in question is to promote the flow of true information, the requirement in the mean prong can be lowered. Fourth, because of lack of sufficient justification, the factor that the speech involves unlawful activities alone is not enough to lower standard of review.

Keywords: commercial speech, economic speech, freedom of speech, judicial

review, standard of review, J. Y. Interpretation No. 577, J. Y.

Interpretation No. 623, J. Y. Interpretation No. 634

# 中原財經法學