

醫師專業言論理論之限制與司法審查 —以美國司法實務為借鏡

The Restrictions and Judicial Review on Medical Professional Speech: A Contextual Analysis of the U. S. Judicial Practices

許 炳 華*

Pin-Hua Hsu

摘 要

醫療實務之規範向來被認為屬於政府的權力，然而當政府規制到醫師之專業言論，即有侵害醫師言論自由之風險，在美國，已有若干司法實務承認新的言論自由理論即專業言論理論，使用以降低美國憲法增修條文第1條對於諸如醫師等專業人員之保護。當政府之規範限制專業人員對其顧客之溝通，或強迫其傳遞訊息，專業人員之言論自由即應受到重視，當專業人員提供建議，傳達專業知識予顧客，該等專業言論應該受到保護，以確保得提供正確的、可依靠的、綜合的建議，醫病間的言論在言論自由相關理論為動態的，不管是課予言論限制或被迫言論以影響醫病關係，均屬醫師與病人言論自由之核心，被迫言論可能使得主管

投稿日期：109.09.14 接受刊登日期：110.01.15 最後修訂日期：110.01.28

* 臺灣高雄地方檢察署檢察事務官兼組長、中信金融管理學院財經法律學系兼任助理教授，國立中正大學法學博士。

Prosecutor Investigator, Kaohsiung District Prosecutors Office; Adjunct Assistant Professor of Department of Business and Economic Law, CTBC Business School; Ph. D. in Law, National Chung-Cheng University.

機關得以對醫師之言論產生寒蟬效應，而貶損醫病間之信任關係，然而言論自由雖保障專業言論之內容免於政府之干預，然不應禁止政府規範專業人員。

關鍵詞：言論自由、專業言論、告知後同意、職業自由、專業證照制度、被迫言論

目 次

壹、前言

貳、專業言論理論

一、起源

二、定義

三、獨立類型論

四、限制之型態

五、規制專業言論之理論基礎

六、小結

參、司法審查之判準

一、利益衡量

二、審查標準

三、小結

肆、美國指標司法實務

一、Thomas v. Collins 案：初試啼聲

二、Lowe v. Securities and Exchange Commission 案：蟄伏再現

三、Rust v. Sullivan 案：潛滋暗長

四、Planned Parenthood v. Casey 案：正面肯定

五、National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra 案： 全面拒卻

六、小結

伍、給予我國之啟發

一、限制形態

- 二、被迫言論
- 三、小結
- 陸、結論

壹、前言

醫療實務之規範向來被認為屬於政府的權力，然而當政府規制到醫師之「專業言論」(Professional Speech)¹，由於專業言論亦為言論，即有侵害醫師言論自由之風險，該等言論是否受到憲法言論自由條款所保障，保障之程度又如何？實質上影響政府規制此類言論之界線。在美國，已有若干司法實務承認新的言論自由理論即專業言論理論，使用以降低美國憲法增修條文第 1 條²（下稱憲法增修條文第 1 條）對於諸如醫師等專業人員之保護，該理論認為迥異於街道上之一般民眾，專業人員之社會角色在提供尋求近用專業資訊之民眾特定專門知識及技術，顧客企求專業人員提供諮詢，並期待專業人員能堅守其社會角色，專業人員與顧客分享一預先界定好說者－聽者之關係，而有異於公開領域肥皂箱上之演講者與路人。本文探究國家對專業言論之限制，於違憲審查上，應否與一般人民之言論，予以區分，並分別從美國學說及司法實務論述專業言論原則，並以之與我國作對照，期能提供若干啟發，又依後述美國實務運作，所謂專業言論之主體自不僅限於醫師，尚包含律師等³，惟限於篇幅，本文探討之範圍原則上偏重於醫病關係間。

1 美國各州過往對於醫師言論之規範不勝枚舉，諸如：禁止醫師與病患討論墮胎之各種方案、強迫醫師告知病患特定之墮胎措施得以取消、禁止醫師表達大麻之使用在醫學上有益於某些病患之意見、禁止醫師詢問病患有關其臨終照顧的規劃、強迫醫師勸阻病患接受有關生命維持之資訊等。See Timothy Zick, *Professional Rights Speech*, 47 ARIZ. ST. L. J. 1289, 1321 (2015).

2 美國憲法增修條文第 1 條規定：「國會不得制定有關下列事項的法律：…剝奪言論自由出版自由。」原文為“Congress shall make no law ... abridging the freedom of speech, or of the press.”

3 *Gentile v. State Bar of Nevada*, 501 U. S. 1030 (1991); *Legal Services Corp. v. Velazquez*, 531 U. S. 533 (2001).

貳、專業言論理論

一、起源

「知識社群」(Knowledge Community)之連結受限於提供作為專業建議之溝通類型，並非所有職業均被視為專業，通常一般人直覺地認為醫學、法律在傳統上屬之⁴，「專業」之意涵可能多樣，然而與本文最為相關者應為知識導向之特質⁵，而知識社群可以理解為該知識社群網絡內之個人互相分享其經由訓練及執業所得之知識，致力於解決相同性質之問題，更重要者，在於分享特定之規範與價值⁶。而個人之專業與知識社群以多元之方式產生連結，乃知識社群與顧客間之管道，該等起源隱含兩個意義，其一，同溫層之知識社群有可能形成專業言論，如前所述之醫師，其二，知識社群與顧客間形成之職業忠誠及信任感⁷。

二、定義

對於「專業」的定義有可能非常廣泛，從一般人的角度將理解為「某種需要特殊教育、訓練、技能的工作」⁸，在美國，各州通常透過證照制度來達到專業之要求，這當中可能包含有超過五百種之職業，諸如醫師、律師、理髮師、不動產經紀人、電工，甚至是室內設計師⁹。最近

4 Maxwell J. Mehlman, *Professional Power and the Standard of Care in Medicine*, 44 ARIZ. ST. L. J. 1165, 1225 (2012).

5 Claudia E. Haupt, *Professional Speech*, 125 YALE L. J. 1238, 1249 (2016).

6 *Id.* at 1251.

7 *Id.* at 1254.

8 Erika Schutzman, *We Need Professional Help: Advocating for a Consistent Standard of Review When Regulations of Professional Speech Implicate the First Amendment*, 56 B. C. L. REV. 2019, 2032 (2015).

9 *Id.* at 2032-2033.

之司法實務則將「專業言論」定義為「專業人員與客戶間，在專業關係之背景下產生之言論」¹⁰，專業言論使得客戶包含病人得以接收依據相關知識社群之見識所提供正確的、綜合的、可倚賴之建議¹¹。依據上開說明，醫師與病人間溝通之專業交流，屬於專業言論。專業言論理論立足於州政府規制專業人員言論自由之關鍵點，被使用以支撐州政府規範專業言論之合憲性¹²。有認為專業言論理論是憲法增修條文第 1 條之法律理論中最晚被發展出來者¹³。由此觀之，專業言論自受憲法增修條文第 1 條之保護。此又可從下列之定位明其梗概。

當代之言論自由理論常深陷於定位言論之問題，例如 Spence 標準即在定位「表意之行為」(Expressive Conduct)¹⁴，憲法增修條文第 1 條之「言論」與該字詞口語之意義並不必然相同，欲定位是否為憲法增修條文第 1 條所涵射之「言論」往往必須由歷史及文本觀之¹⁵。

專業言論與私人言論間之界線在於專業人員與顧客間之關係，當其間不存在該等連結，亦無專業言論之問題，即便是專業人員大範圍地向公眾傳達建議，例如：理財專家出版書籍教導避稅事宜等，該等專業人員係以普通公民之身分參與「公共論壇」(Public Forum)，應受一般憲法增修條文第 1 條之保障¹⁶。

由於專業言論理論屬於言論自由理論較低度開發之領域，除了將其列為獨立類型外，必然也會嘗試將其歸納於現有之其他言論類型或作類

10 National Institute of Family and Life Advocates v. Harris, 839 F. 3d 823, 839 (9th Cir. 2016).

11 Claudia E. Haupt, *The Limits of Professional Speech*, 128 YALE L. J. FORUM 185, 190 (2018).

12 Schutzman, *supra* note 8, at 2034.

13 Nicole Brown Jones, *Did Fortune Tellers See This Coming? Spiritual Counseling, Professional Speech, And The First Amendment*, 83 MISS. L. J. 639, 649 (2014).

14 Spence v. Washington, 418 U. S. 405, 410-411 (1974).

15 Ashutosh Bhagwat, *When Speech Is Not "Speech"*, 78 OHIO ST. L. J. 839, 871 (2017).

16 Haupt, *supra* note 5, at 1255.

比，或甚至不認定為言論。畢竟，徵諸美國司法實務之發展，甚多類型之言論，諸如：「猥褻性言語」(Obscene Speech)、挑釁性言論(Fighting Words)、煽惑暴力等，均被認定不受憲法增修條文第 1 條保障¹⁷。

(一) 行爲

有認為證照制度之合憲性即來自於專門職業活動被認定僅屬「行爲」(Conduct)中涵蓋言論之要素，因此，證照制度對於言論之限制只有附隨性之影響¹⁸。

近年來高度爭議之性傾向治療，乃一種設計以將同性戀轉化為異性戀之輔導型態¹⁹，Pickup v. Brown 案(下稱 Pickup 案)之多數意見認為因為受規制者僅為行爲，而非言論²⁰，故課加以合理審查即為已足²¹，然而不同意見並不認同本案受規制者僅為行爲，而專業言論從未被認定不受憲法增修條文第 1 條之保護²²。

另 Wollschlaeger v. Governor of Florida 案(下稱 Wollschlaeger II 案)之多數意見同樣認為本案受規制者僅為行爲，因不受憲法增修條文第 1 條保護，且所促進者為病人隱私之利益而合憲²³，不同意見則批評本案受規制者為言論，必須適用「中度審查」(Intermediate Scrutiny)²⁴。

上開 Pickup 案及 Wollschlaeger II 案多數意見均將醫病關係間之溝通定位為行爲，然而不同意見則均主張僅適用合理審查，將有所損專業人員受憲法增修條文第 1 條保障之權利，若未提供足夠之保護，醫病關

17 Robert Kry, *The "Watchman for Truth": Professional Licensing and the First Amendment*, 23 SEATTLE U. L. REV. 885, 894 (2000).

18 *Id.* at 891.

19 Bhagwat, *supra* note 15, at 868.

20 Pickup v. Brown, 740 F. 3d 1208, 1229 (9th Cir. 2014).

21 *Id.* at 1231-1232.

22 *Id.* at 1218.

23 Wollschlaeger v. Governor of Florida, 760 F. 3d 1195, 1207 (11th Cir. 2014).

24 *Id.* at 1230-1231.

係間之溝通將被消音或出現「被迫言論」(Compelled Speech)²⁵。而如果將諸如醫師之問診、揭露資訊等均定位為行為，將意謂證照制度亦可把所有之專業建議均轉化為持續性的行為，而不受憲法增修條文第 1 條之保障，亦為判決先例所未見，因此，有必要在醫病關係之介面上對於言論及行為作出明確的區辨²⁶。

(二) 政府言論

「政府言論」(Government Speech) 原則提出政府本身之言論得以免於憲法增修條文第 1 條之審查²⁷，由於政府與公眾溝通之自由及能力對於民主社會具有關鍵重要性，因此授權政府得以自由及清楚地向公眾溝通其政策及決定有其必要，期待社會中每一份子均同意政府之運作則不切實際，因此，憲法增修條文第 1 條之法理承認當政府自己發言時，無須提供反對意見之平台，政府言論原則提供政府寬廣之自由來基於觀點為差別待遇²⁸，政府言論在言論自由法理亦屬相當新穎²⁹，有認為政府言論類型中之「政府選擇性資助」得以類比於專業言論³⁰，並援引美國聯邦最高法院 1990 年 *Rust v. Sullivan* 案（下稱 *Rust* 案）為據，*Rust* 案涉及政府公共衛生部門禁止聯邦資助之計畫從事將墮胎作為家庭計畫之諮詢、介紹及相關活動之爭議³¹，然該等論點受到批評，因為以證

25 Schutzman, *supra* note 8, at 2038.

26 Zick, *supra* note 1, at 1336.

27 ERWIN CHERMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES 1015 (2015).

28 Amy Riley Lucas, *Specialty License Plates: The First Amendment and the Intersection of Government Speech and Public Forum Doctrines*, 5 UCLA L. REV. 1791, 1796 (2008).

29 Mary Jean Dolan, *Why Monuments are Government Speech: The Hard Case of Pleasant Grove City v. Summun*, 58 CATH. U. L. REV. 7, 11 (2008).

30 Rodney A. Smolla, *Professional Speech and the First Amendment*, 119 W. VA. L. REV. 67, 102 (2016).

31 *Rust v. Sullivan*, 500 U. S. 173, 173 (1990).

照制度為例，政府僅核發證照，並不涉及任何政府資助之計畫³²，美國聯邦最高法院 2001 年之 *Legal Services Corp. v. Velazquez* 案，乃涉及政府限制所補助之非營利性法律服務機構（*Legal Services Corporation, LSC*）之律師，代理當事人對於相關福利法提起訴訟，法院認為該等律師對於當事人提供之諮詢並非政府言論³³，並進一步將律師之專業言論放到憲法之位階，而強調專業言論之價值，由於憲法增修條文第 1 條被型塑以確保政治及社會觀念之交流，限制律師之言論應視為有損於顧客之利益，並戕害整體法律體系³⁴。

（三）商業性言論

對於專業言論之定位，比較多的看法是將其類比為「商業性言論」（*Commercial Speech*），學術界透過商業性言論來觀察專業言論，並分成兩個路徑，其一，主張商業性言論與專業言論在理論上緊密結合，相較於私人言論及政治性言論，商業性言論與專業言論均屬受限制的言論類型，買賣關係與醫病關係應屬二分體，州政府得以界定該等言論之界線，然非內容本身³⁵。其二，則認為商業性言論與專業言論均著重其訊息傳達於公眾之價值，因此，政府介入之容許性在於公眾接收真實的、不受誤導之資訊，重點在於確保資訊之正確及「可近用性」（*Accessibility*）³⁶。於司法實務，聯邦第三巡迴上訴法院在 2014 年之 *King v. Governor of New Jersey* 案認為：「專業言論就如同商業性言論一樣應受到憲法增修條文第 1 條同一程度之保護，兩者亦均屬資訊溝通之

32 Smolla, *supra* note 30, at 102.

33 *Legal Services Corp. v. Velazquez*, 531 U. S. 533, 542 (2001).

34 Smolla, *supra* note 30, at 105.

35 Daniel Halberstam, *Commercial Speech, Professional Speech, and the Constitutional Status of Social Institutions*, 147 U. PA. L. REV. 771, 776-777 (1999).

36 Robert Post, *Informed Consent to Abortion: A First Amendment Analysis of Compelled Physician Speech*, 2007 U. ILL. L. REV. 939, 975 (2007).

重要管道，並促進商業訊息之流動」³⁷，在這個類比思維下，強調的是商業資訊自由的流動及僅有真實的訊息方受到保護³⁸。

然而將專業言論類比於商業性言論亦受到猛烈批判³⁹，針對上開第一個路徑，有認為將商業性言論與專業言論視為二分體，低估了專業人員與知識社群間連結之角色，醫療過失責任即為一例，由於與知識社群連結之關係，醫療過失責任較諸一般商品責任有其獨特性⁴⁰；針對上開第二個路徑之批評則為商業訊息傳達於公眾，與專業人員之訊息傳達於顧客，本質有異，如何類比⁴¹。另外，商業性言論理論有其紛擾之發展歷史，是否能完全適用於專業言論上，亦屬有疑⁴²。

（四）獨立類型

既然類比於現有之言論類型均有扞格，上開獨立類型論自被提出，「東北大學」（Northeastern University）法學教授 Claudia E. Haupt 提出專業言論與其他言論類型不同，應為獨立之言論類型⁴³，而為不同對待⁴⁴，然而該等論點為威得恩大學（Widener University）教授 Rodney A. Smolla 所反駁，其認為當代憲法增修條文第 1 條之法理，固有經由抽象之理論來面對不斷發生之特定言論自由的問題，然而承認新的言論類型亦有危及憲法增修條文第 1 條之保護⁴⁵，例如 *United States v. Stevens* 案，該案涉及州法處罰描寫虐待動物出版品之銷售，州政府主張該等出版品並無言論之價值，應列為獨立之類型，不受憲法增修條文第 1 條所

37 *King v. Governor of New Jersey*, 767 F. 3d 216, 235 (3d Cir. 2014).

38 Post, *supra* note 36, at 974.

39 Smolla, *supra* note 30, at 82.

40 Haupt, *supra* note 5, at 1267.

41 *Id.* at 1268.

42 Post, *supra* note 36, at 980.

43 Haupt, *supra* note 11, at 199.

44 Haupt, *supra* note 5, at 1269.

45 Smolla, *supra* note 30, at 82.

保護，然不為美國聯邦最高法院所支持⁴⁶，專業言論應亦無列為獨立言論類型之空間⁴⁷。

三、獨立類型論

如前所述，專業言論理論尚處於低度發展之階段，然在美國司法實務之下級審非屬罕見，不過，即連是否應歸類其為獨立之言論類型亦有爭議。此部分有再細緻論述之必要。

（一）否定論

持否定論者主張美國聯邦最高法院向來對於新的言論類型抱持懷疑的立場，且既存之言論類型，諸如：「商業性言論」(Commercial Speech)、「政府言論」(Government Speech)已足敷使用⁴⁸。否定論者進而指出專業人員提供給個別客戶之建議或諮詢，與專業人員整體性地對公眾所為之言論，其間之區辨屬於常識，該等區辨不但至為明顯且不證自明，因此，諸如醫病關係間之言論無獨立為特殊類型之必要⁴⁹。又本文後述關涉專業人員之美國聯邦最高法院 Thomas v. Collins (下稱 Thomas 案)、Lowe v. SEC (下稱 Lowe 案)、Planned Parenthood v. Casey (下稱 Casey 案)、National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra (下稱 Becerra 案)等案，均僅聚焦憲法增修條文第 1 條是否適用於專業人員與客戶間之關係，並未承認「專業言論」為獨立之言論類型⁵⁰。

46 United States v. Stevens, 559 U. S. 460, 464-465 (2010).

47 Smolla, *supra* note 30, at 82.

48 *Id.* at 74.

49 *Id.* at 74-75.

50 *Id.* at 81.

（二）肯定論

美國各聯邦巡迴上訴法院在若干案例業肯認專業言論之特殊類型，聯邦第十一巡迴上訴法院 *Wollschlaeger II* 案乃涉及佛羅里達州法令限制醫師對於擁有槍枝之病人應詢問及記錄之事項，多數意見清楚地指出專業言論理論在排除憲法增修條文第 1 條對於因規制專業行為而附隨影響專業表達之適用，因此該案適用「合理審查」(Rational Basic Review) 即已足⁵¹。而聯邦第九巡迴上訴法院之 *Pickup* 案則涉及加州法令禁止醫療診所對未成年人提供「性傾向治療」(Conversion Therapy)、 「性傾向修復」(Reparative Therapy)，判決主張對於專業言論之評價應有特殊之考量，當系爭言論係出現在專業關係之範圍內時，憲法增修條文第 1 條之保護必須縮減⁵²。至於聯邦第三巡迴上訴法院之 *King v. Governor of New Jersey* 案，案例事實與上開 *Pickup v. Brown* 案相似，法院接受專業言論為特殊之言論類型，而認為應該受到較低程度之保護，或甚至不予保護⁵³。

四、限制之類型

Haupt 教授提出為確保客戶及病人得以獲得正確的、綜合的、可倚賴之建議，憲法增修條文第 1 條之法理至少在面臨下列四個領域：證照制度、忠誠義務、醫療過失、告知後同意，應與一般之言論有不同之思維⁵⁴。該等領域之責任均對於專業建議課予可容許之限制⁵⁵，亦均為公共利益之必要。即便不接受專業言論為獨立之言論類型者，亦同意對其

51 *Wollschlaeger v. Governor of Florida*, 760 F. 3d at 1195.

52 *Pickup v. Brown*, 740 F. 3d, at 1227-1228.

53 *King v. Governor of New Jersey*, 767 F. 3d, at 233.

54 Haupt, *supra* note 11, at 190.

55 *Id.* at 192.

與其他言論為不同之對待⁵⁶。

（一）證照制度

「專業證照制度」(Professional Licensing)之建立乃進入一專業最低之門檻，以醫療領域為例，證照制度在確保病人之健康及安全，使得病人得以接受來自於專業人員之建議，一旦取得證照，該等專業人員即應服膺專業紀律⁵⁷。

1. 正當性基礎之論辯

美國聯邦最高法院在 1889 年之 *Dent v. West Virginia* 案謂：「無人有權利執行醫療業務而欠缺必要之學習及技能資格，系爭法令僅要求欲執業醫師者，必須經由證照制度來證明該人擁有相關之學習及技能」⁵⁸，專門知識與證照自此伴隨而生⁵⁹。不過對於證照制度之正當性論辯並未止歇。

（1）經濟利益

證照制度限制進入職業之管道，因此遭批評為在保護職業團體之經濟利益，亦成為控制職業團體內競爭活動之方法⁶⁰，以私人之醫師公會為例，即時常施壓各州立法機關立法規範醫師執業之資格，有認為職業證照制度弊多於利，由於形成進入職業之門檻，限制經濟機會，使得雇傭機會降低、商品價格及工資上揚⁶¹。

56 *Id.* at 190.

57 *Id.* at 190.

58 *Dent v. West Virginia*, 129 U. S. 114, 123 (1889).

59 Claudia E. Haupt, *Licensing Knowledge* 10 (2018), available at <https://ssrn.com/abstract=3151985> (last visited September 01, 2020).

60 *Id.* at 13.

61 *Id.* at 15.

(2) 職業適合度

根據研究，證照制度得以評價個人職業之適合度，在醫學領域，美國聯邦最高法院於 1898 年之 *Hawker v. New York* 案即謂：「人格特質為專業知識之一項資格，若立法得以適當地規範證照制度，即得以呈現職業適合度」⁶²，不過，此部分遭批評並無實證研究支持職業適合度得以確保顧客之利益，敬業精神還被認為更屬於職業的核心⁶³。

(3) 專業能力

證照制度最重要的功能應該是在確保專業能力，只有具備專業能力方能提供良好之建議，以避免不適格者提供諸如病人不良之建議，此正當性強而有力，傳統上鮮少受到批評⁶⁴。

2. 言論自由之挑戰

然若加上言論自由之挑戰，證照制度之正當性更受到質疑，在較早之 *National Association for the Advancement of Psychoanalysis v. California Board of Psychology* 案，法院認為心理師法之證照制度對於言論並非「事前限制」(Prior Restraint)，其理由為該法係設計以保護當地居民之心理健康，就此，州政府擁有裁量空間進行執業之限制，州政府就執業設定之門檻並無恣意，即無事前限制之問題⁶⁵。惟有認為證照制度對於言論構成事前限制，因為主管機關擁有裁量權以證照制度評價申請者之專業能力，對於欲進入該等職業以發聲者，業課予重大之負擔⁶⁶。

不過即使至最近之 *Kagan v. City of New Orleans* 案，法院亦認為要求導遊必須通過有關城市歷史、社會、文化發展等之證照考試，符合

62 *Hawker v. New York*, 170 U. S. 189, 194 (1898).

63 Haupt, *supra* note 59, at 19.

64 *Id.* at 22.

65 *National Association for the Advancement of Psychoanalysis v. California Board of Psychology*, 228 F. 3d 1043, 1056 (9th Cir. 2000).

66 Haupt, *supra* note 59, at 23.

州政府之重大利益，且非對於言論之內容有何規制⁶⁷。因此，有認為美國之制度明確承認諸如醫師執業等，應經過證照考試⁶⁸。

（二）忠誠義務

「忠誠義務」(Fiduciary Duties)來自於專業人員與諸如病人間之顧客專業知識間之不對等，由此產生忠實及關懷的義務，該等忠誠關係乃以醫師擁有診斷及處理疾病、受傷之知識、經驗為前提，由於資訊之不平衡狀態下，病人必須極度信賴醫師，醫師對於病人之醫療花費、接受診斷及治療、轉診等有極大之影響力，有鑑於病人之依賴及弱勢，醫師在醫病關係中之主導地位正當化忠誠義務⁶⁹。在醫病關係中，醫師負有義務於病人之決定過程中揭露相關資訊⁷⁰。司法實務長期以來在醫病關係中適用忠誠義務以評價醫師之行為，作為該等關係之專業人員，醫師必須接受該等忠誠義務以維護其職業尊嚴⁷¹。

忠誠義務使得病人在作出相關之健康醫療決定前，必須信任醫師提供之指引，而醫師必須基於其專業的知識，照護病人之最佳利益，迥異於該等忠誠義務所導出之專業言論，公共論述中之對話通常不存在忠誠義務⁷²。

（三）醫療過失

「醫療過失」(Malpractice Liability)間接影響專業人員向顧客溝通

67 Kagan v. City of New Orleans, 753 F. 3d 560, 561-562 (5th. Cir. 2014).

68 Nadia N. Sawicki, *Competence, and the Principles of Medical Discipline*, 13 J. HEALTH CARE L. & POL'Y 285, 296 (2010).

69 Gregory D. Jones, *Primum Non Nocere: The Expanding "Honest Services" Mail Fraud Statute and the Physician-Patient Fiduciary Relationship*, 51 VAND. L. REV. 139, 156-157 (1998).

70 *Id.* at 157.

71 Thomas H. Boyd, *Cost Containment and the Physician's Fiduciary Duty to the Patient*, 39 DEPAUL L. REV. 131, 154 (1989).

72 Haupt, *supra* note 11, at 191.

特定訊息之能力，或處罰未依照相關醫療標準而溝通信息所產生之失敗，醫療過失最終必須以醫病關係間溝通之內容來進行評價⁷³。醫療過失之前提在於只有通過相關知識社群設定之標準而提供之良好專業建議，方受到保護，憲法增修條文第 1 條對於瑕疵之專業建議並不提供保護，而須課以侵權責任，然而由於知識社群之意見並非必然整體一致，良好之建議自不會只有一個唯一的答案，也因此，侵權法案件之審酌須納入少數學派理論（Respectable Minority Doctrine），允許相關少數見解⁷⁴。

（四）告知後同意

「告知後同意」（Informed Consent）之理論乃指醫師負有職責對於病人可能面臨之風險及危害提供合理之解釋及揭露，其前提在於由病人選擇自己之處遇方式乃其特權，而醫師不得阻擋病人基於該等特權取得相關知識，一般的病人對於醫學了解甚少，僅有在其醫師提供之意見下，方能做出睿智之醫療決定⁷⁵。而事實上告知後同意法理之核心還在於州政府對於健康照護之法規範，與醫師、病人間溝通之憲法增修條文第 1 條利益，其間呈現之緊張關係⁷⁶，病人在接收資訊與不被迫接收所不欲之資訊的利益，並不亞於言論自由條款之目的：自治、自我實現、自我決定⁷⁷，而病人有權閱聽有關其醫療決定之資訊即屬病人之自治與自我決定，該等資訊對於關乎健康照護、人生規劃之受告知後選擇厥為重要，而得以影響個人命運⁷⁸，至於被迫之接收則因干預決策過程，而

73 Zick, *supra* note 1, at 1336-1337.

74 Haupt, *supra* note 11, at 191-192.

75 Post, *supra* note 36, at 969.

76 Sonia M. Suter, *The First Amendment and Physician Speech in Reproductive Decision Making*, 43 J. L. MED. & ETHICS 22, 25-26 (2015).

77 Caroline Mala Corbin, *The First Amendment Right Against Compelled Listening*, 89 B. U. L. REV. 939, 966 (2009).

78 *Id.* at 976.

不當影響最終決定之作成⁷⁹。

告知後同意亦在回應醫師與病人間知識之不對等，以確保病人自治之利益受到保護，為作成受告知後之選擇，病人必須充分獲知其可得之選項，由於病人缺乏其作成醫療決定之相關醫療專業，法律要求醫師必須在病人決策過程中揭露相關資訊⁸⁰，因此，告知後同意要求健康照護提供者在醫療過程中解釋醫療之風險、利益及相關選項⁸¹，要求告知後同意應屬政府規制的權力，但其內容則必須以「確保病人福祉」之目的而定，告知後同意亦屬醫療職業倫理規範的一部分，因此，告知後同意之設計應得以正確地溝通醫療專業知識，告知後同意之要求與專業言論之保護密切相關⁸²。在醫病關係間資訊不對等下，為求將正確之資訊流動至病人端，州政府應得以要求醫師揭露特定資訊⁸³。

五、規制專業言論之理論基礎

論者提出觀察專業言論可使用兩個路徑，其一，從美國聯邦最高法院法官 Oliver Wendell Holmes Jr. 「觀念市場」(Marketplace of Ideas) 理論得出之「價值中立」(Value-Neutral) 檢驗及從言論自由學者 Alexander Meiklejohn 「自治」(Self-Governance) 理論推導出之「價值導向」(Value-Based) 檢驗，觀念市場理論認為保障言論係基於其工具主義之價值以探詢真實，也因此，在探詢真實的過程中效益較低者，僅能受到較低度之保護，自治理論則著墨於民主政策決定作成之過程中，自由言

79 Suter, *supra* note 76, at 28.

80 David Orentlicher, *Abortion and Compelled Physician Speech*, 43 J. L. MED. & ETHICS 9, 9 (2015).

81 Aziza Ahmed, *Informed Decision Making and Abortion: Crisis Pregnancy Centers, Informed Consent, and the First Amendment*, 43:1 J. L. MED. & ETHICS 51, 52 (2015).

82 Haupt, *supra* note 11, at 191.

83 Sarah Kramer, *Not Your Mouthpiece: Abortion, Ideology, and Compelled Speech in Physician-Patient Relationships*, 21 U. PA. J. L. & SOC. CHANGE 1, 19 (2018).

論之價值，相較於其他言論型態，政治言論則為憲法增修條文第 1 條之核心⁸⁴，若以價值導向來檢驗，則諸如提供建議之非政治性專業言論缺乏政治性面向，自治理論聚焦於言論之價值及其與政治場域之關係，而不論及說者之意圖，相對而言，價值中立檢驗適用觀念市場理論，嘗試確認溝通關係中忠誠之本質⁸⁵，社會學家 Eliot Freidson 即採取價值中立檢驗，認為專業人員與顧客間之溝通較易導致不適當之信賴，該等信賴可能使得觀念市場失靈⁸⁶。

公眾在文化上向來容易服膺專業權威，而對於專業建議投以高度之信賴，政府在此時應發揮保護者之角色，規範專業言論以確保粗心之公眾不會受到誤導，另一方面，政府亦應為促進者，提供公眾得以接收專業建議之論壇⁸⁷。

六、小結

專業言論之緣起有其特殊之知識社群背景，對內為社群份子間之同溫層溝通，對外則為諸如醫病間之溝通所形成之信任。而對於專業言論之限制，實務上集中反應在證照制度、忠誠義務、醫療過失、告知後同意四個面向。本文並不排斥將專業言論視為獨立言論類型看待之論點，因為此不必然是意謂賦予該等言論更多或更少之保護，諸如證照制度、醫療過失責任、告知後同意機制亦均涉及言論市場受到限制的問題，然基於專業人員之屬性，而有時必須課予較多之限制。然而如面對醫師被迫言論之個案，牽涉互相衝突之利益折衝，一方面，政府不當地干預醫病間溝通將危及醫療實務，另一方面，由於病人欠缺專業知識，而必須倚賴政府之介入以確保醫療規範被遵守，因此，司法在審酌相關案件恐

84 Kry, *supra* note 17, at 957-958.

85 *Id.* at 959.

86 *Id.* at 961.

87 *Id.* at 962-963.

更形棘手。

參、司法審查之判準

一、審查標準

專業言論定位之議題後，即必須討論到適用何種審查標準的問題⁸⁸。如果採取「嚴格標準」，必須是追求「重大迫切利益」，而不只是「正當」或「合法」的利益，行政成本或效率通常不被認為是重大迫切利益，因此不構成合憲目的，手段與目的間必須具有「必要」或「嚴密剪裁」或「完美吻合」之關連性；相對地，如果是採取合理審查標準，只需有「正當利益」即可，多半尊重立法者的決定，而不會實際審查，行政成本或效率通常都可成為正當利益，手段與目的間只需具有「合理關連」⁸⁹。

（一）合理審查

如果將專業言論定位為「行為」或「專業行為」，則對於專業言論之規制所適用者應為「合理審查」(Rational Basis Review)，聯邦第九巡迴上訴法院之 *Pickup* 案及聯邦第十一巡迴上訴法院之 *Wollschlaeger II* 案均將醫師之言論當作行為，認為與言論無實質關連，*Pickup* 案適用合理審查，認為系爭州法之規範與保護未成年人之州政府利益有合理關連⁹⁰；*Wollschlaeger II* 案同樣適用合理審查而認定系爭規範合憲⁹¹。

88 適用嚴格標準：「推定違憲，所謂『理論上嚴格，實際上致命』」，適用中度標準：「不確定，一般而言會傾向違憲，但容許較大的個案衡量。」，適用合理審查標準：「表面上合理，實質上無審查」。參見黃昭元，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 33 卷，第 3 期，頁 86，2004 年 5 月。

89 黃昭元，同前註，頁 85-86。

90 *Pickup v. Brown*, 740 F. 3d, at 1257.

不過上開二案之不同意見均不認同適用合理審查業如前述，學術界對此更是猛烈批評，因為對於溝通訊息之活動加諸規制，所限制者為系爭言論之內容⁹²，若逕定位為行為⁹³，實危及憲法增修條文第 1 條所保護之利益⁹⁴。

（二）嚴格審查

另有認為專業言論應如同其他言論一樣受到同等之保護，少數司法實務上曾以系爭法令係規制醫師言論之內容，而非僅言論發表之時間及地點，而主張應適用嚴格標準⁹⁵。「奧克拉荷馬市大學」(Oklahoma City University) 法學教授 Marc Jonathan Blitzs 認為不管是尋求道德、精神或技能之諮詢，均應受到同等對待，而受到憲法增修條文第 1 條堅固之保護，即便如上所述定位為專業行為，只要政府係基於從「說者」(Speaker) 至「聽者」(Listener) 間傳遞之訊息進行規制，都必須適用嚴格審查⁹⁶。

然而上開主張受到批評，認為若適用嚴格審查，州政府必須是追求「重大迫切利益」(Further a Compelling Governmental Interest)，手段與目的間必須具有「必要」或「嚴密剪裁」或「完美吻合」之關連性 (Is Narrowly Tailored to Achieve that End)，對於專業言論之保護實屬過度，雖然傳統上由於公共論壇之崇高價值，司法實務適用嚴格審查在基於言

91 Wollschlaeger v. Governor of Florida, 760 F. 3d, at 1220.

92 Martha Swartz, *Are Physician-Patient Communications Protected by the First Amendment?*, 2015 CARDOZO L. REV. DE NOVO 92, 101 (2015).

93 傳統上對於「言論」與「行為」之區辨於近來亦面臨挑戰。See *Expressions Hair Design v. Schneiderman*, 137 S. Ct. 1144, 1147-1151 (2017).

94 John S. Ehrett, *Speak No Evil, Do No Harm: A New Legal Standard for Professional Speech Regulation*, 2018 U. ILL. L. REV. ONLINE 184, 189 (2018).

95 Swartz, *supra* note 92, at 95.

96 Marc Jonathan Blitzs, *Free Speech, Occupational Speech, and Psychotherapy*, 44 HOFSTRA L. REV. 681, 730-731 (2016).

論內容之限制（Content-Based Restrictions）上，然專業言論並非發生於公共論壇⁹⁷，而法院通常亦以過度保護而拒絕適用嚴格審查在專業言論的案件⁹⁸，對於專業人員之規範應保留予州政府，於此剝奪州政府之權力，實無必要，基於如前所述之證照制度，社會必然期待州政府對於專業人員有所規範，因此，有必要平衡州政府保護民眾之利益及憲法增修條文第 1 條保障專業人員之利益⁹⁹。

（三）中度審查

依據「羅格斯大學」（Rutgers University）法學教授 Martha Swartz 之歸納，美國聯邦巡迴上訴法院對於醫師言論之規制較多適用「中度審查」（Intermediate Scrutiny），且強弱度尚有差別，聯邦第五、第八巡迴上訴法院適用者為較弱之中度審查，Texas Medical Providers v. Lakey 案地方法院認為法令強迫醫師必須對於墮胎婦女進行胎兒超音波檢查違反憲法增修條文第 1 條¹⁰⁰，然聯邦第五巡迴上訴法院認為醫師被要求提供之訊息為真實的、非誤導性的，且為相關之揭露，屬於州政府對於醫療實務合理之規範¹⁰¹。至於聯邦第八巡迴上訴法院在 Planned Parenthood Minnesota v. Rounds 案則認為州政府得以使用其規制的權力來要求醫師就相關病人墮胎之決定提供真實的、非誤導性的資訊¹⁰²。

至於聯邦第三、第四巡迴上訴法院則認為對於專業言論之限制仍涉

97 Schutzman, *supra* note 8, at 2051.

98 Pickup v. Brown, 740 F. 3d, at 1231; King v. Governor of New Jersey, 767 F. 3d, at 236; Moore-King v. County of Chesterfield, 708 F. 3d. 560, 569 (4th Cir. 2013).

99 Schutzman, *supra* note 8, at 2052.

100 Swartz, *supra* note 92, at 96 (citing Texas Medical Providers v. Lakey, 806 F. Supp. 2d 570, 576 W. D. Tex. (2011)).

101 *Id.* (citing Texas Medical Providers v. Lakey, 806 F. Supp. 2d 570, 576 W. D. Tex. (2011)).

102 *Id.* at 97 (citing Planned Parenthood Minnesota v. Rounds, 530 F. 3d 724, 728 (8th Cir. 2012)).

及言論之內容，而適用較強之中度審查，聯邦第三巡迴上訴法院在 *King v. Governor of New Jersey* 案不採下級審將性傾向治療定位為行為之說法，主張言論就是言論，性傾向治療乃屬受保護之言論，然而進一步認為特定類型之言論僅能受到較低之保護，既然治療師乃專業關係範圍中領有政府核發證照之人員，專業言論僅能受到憲法增修條文第 1 條較低度之保護¹⁰³。聯邦第四巡迴上訴法院在 *Stuart v. Gamnitz* 案則主張，就州法要求醫師對於尋求墮胎之婦女必須呈現胎兒之超音波結果，適用較強度之中度審查是必要的，然由於該等被迫言論係真實的，且相關法令僅係將醫師轉化為政府之傳聲筒，其對於促進健康之醫病關係屬於必要¹⁰⁴。

一般認為由於專業言論之案件涉及如本文下述之利益間的衝突，中度審查在防止立法者及法院對於專業言論任意貼上標籤有其優點，州立法者仍保留使公眾免於有害及無效益之醫療的權力，法院亦得在醫病關係中保護相關之憲法增修條文第 1 條的權利¹⁰⁵。

二、利益衡量

欲評價專業言論，或求其在憲法增修條文第 1 條之正當性基礎，必須析論環繞其間之相關利益，專業人員之利益，及政府欲規制該等人員所追求之利益。

103 *Id.* at 98 (citing *King v. Governor of New Jersey*, 767 F. 3d, at 224).

104 *Id.* at 99 (citing *Stuart v. Gamnitz*, 774 F. 3d 238, 253 (4d Cir. 2014)).

105 Patrick Bannon, *Intermediate Scrutiny vs. The “Labeling Game” Approach: King v. Governor of New Jersey and the Benefits of Applying Heightened Scrutiny To Professional Speech*, 23 J. L. & POL’Y 649, 681 (2015).

（一）專業人員之利益

1. 自治

憲法增修條文第 1 條基本上在保護個人「自治」(Autonomy)及「自決」(Self-Determination)之權利¹⁰⁶，此乃對抗政府強迫為意識型態性言論之正當性基礎¹⁰⁷。個人言論自由受保障之價值不必然與社會整體有利害關係¹⁰⁸。而除了個人自治之利益外，由於醫師就其相關之專業醫療社群亦擁有自治之利益，醫療社群必須保有獨立性以持續發展、精進、傳播其專業資訊而發揮社會價值，專業知識乃專業言論之價值與正當性，將個別醫師轉換為州政府意識形態之傳聲筒將侵蝕整體醫療專業之獨立性及促進社會福祉之能力¹⁰⁹。

另一方面，州政府若透過醫師發言，亦影響病人之自主，美國聯邦最高法院早已宣示任何人有免於政府或其他私人灌輸其所不欲之意識型態的權利，「擄獲聽眾」(Captive Audience)理論，意指任何群體之民眾聚集一起時，無法避免聽聞或觀看說者所傳達之訊息，當聽眾不欲聽聞或觀看該等言論時，即成為「俘虜」(Captive)¹¹⁰，司法實務認為該理論之正當性基礎在於「我們經常就在家門外遭受擄獲，被迫接受令人不悅之言論，但這不代表我們到任何地方都必須成為俘虜」¹¹¹。

2. 專業獨立性

維護信任對於有效之醫病關係固然是必要的，醫療過失責任及告知

106 Haupt, *supra* note 5, at 1270.

107 Jennifer M. Keighley, *Physician Speech and Mandatory Ultrasound Laws: The First Amendment's Limit on Compelled Ideological Speech*, 34 CARDOZO L. REV. 2347, 2373 (2013).

108 Kramer, *supra* note 83, at 9.

109 Haupt, *supra* note 5, at 1273.

110 Robert D. Nauman, *The Captive Audience Doctrine And Floating Buffer Zones: An Analysis of Hill v. Colorado*, 30 CAP. U. L. REV. 769, 776 (2002).

111 Rowan v. Post Office Dept., 397 U. S. 728, 738 (1970).

後同意相關法制即在回應上開議題，然而捍衛專業之獨立性並未禁止政府處罰有害之醫療行為，事實上，病人之信任即來自於專業獨立之判斷¹¹²。

3. 言論市場

對於真理最佳之檢驗為在競爭之市場被接受¹¹³，每一項職業均有其內在之言論市場以構築專業知識，對於新知識之傳遞及臨床經驗之交互作用，干涉醫病關係必然影響醫療社群內新觀念之發展，防止州政府灌輸意識形態進入醫療場域中，方能維護醫師專業自治之利益及保持醫療社群追求獨立之真理¹¹⁴。

（二）州政府欲追求之利益

1. 公共衛生

「公共衛生」(Public Health)之保護實屬憲法價值，而該等價值亦與「言論自由條款」(Speech Clause)緊密連接，而上開所謂「自治」與公共衛生同樣密切相關，其一，欠缺某種程度之衛生條件，個人無法實現自治，故憲法欲獲致保障個人自治，自必須重視公共衛生，其二，衛生為公共福祉之一部分，且須倚賴集體之行為，例如傳染病之防治，而集體行為之本質及效益得以決定實現個人自治之能力¹¹⁵。因此，公共衛生相關法令即便牽涉言論，亦能在憲法增修條文第 1 條的框架下於自治上獲得支持，早於 1824 年之 *Gibbons v. Ogden* 案，大法官 John Marshall 即稱：「憲法將檢疫法及其他相關公共衛生法令均授權予州政府規定」¹¹⁶。較近期之 *King v. Governor of New Jersey* 案認為州政府規範相關心

112 Zick, *supra* note 1, at 1352.

113 *Abrams v. United States*, 250 U. S. 616 (1919) (Holmes, J., dissenting).

114 Haupt, *supra* note, at 1274-1275.

115 Wendy E. Parmet & Jason A. Smith, *Free Speech and Public Health: Unraveling the Commercial-Professional Speech Paradox*, 78 OHIO ST. L. J. 887, 903-904 (2017).

116 *Id.* at 905. (citing *Gibbons v. Ogden*: 22 U. S. 1, 203 (1824)).

理、生理健康之職業的權力格外重要¹¹⁷，如果將州政府規範專門職業之權力予以限制，將不當地束縛保護市民免於受到傷害之權限¹¹⁸。而在 *Wollschlaeger v. Governor of Florida* 案之全院庭審，亦視健康為重要之政府利益¹¹⁹。

相關於健康之商業性言論及專業言論受到保護，並不僅因為其為自治之表現及民主治理之促進，而係因為其提供一個個人及群體得以保護健康之手段，事實上，以相關公共健康之因素來規制言論，亦得視為人們實現自治及民主治理以保障健康之手段¹²⁰。

2. 未侵害言論自由

醫師之辦公室並非言論市場，假使醫師在醫療過程中散布謬誤之訊息應該受到處罰，醫師對於病人之言論並非公共論壇中不受限制之對話，該等論壇乃在探求真實，而醫病關係之對話僅為應該受到規範之醫療實務¹²¹。

三、小結

專業言論原則實有其淵源，若從光譜的左端，將專業言論僅定位為行為，則恐怕政府動輒能課加以任何經濟性規範，對醫病兩方言論溝通之內容，其保障自屬不足，故從結果論觀之，美國下級審對於規制醫師言論的案件多數適用中度審查，似乎隱隱有將專業言論視為獨立言論類型看待之態勢，而不將之與一般言論等同觀之，受到憲法增修條文第 1 條完全之保護，同時，若視為獨立類型，卻將該等規制適用嚴格審查，將恐怕如前所述長久以來之證照制度、醫療過失責任、告知後同意機

117 *Id.* at 909 (citing *King v. Governor of New Jersey*, 767 F. 3d at 216.).

118 *Id.* at 909.

119 *Id.* at 910 (citing *Wollschlaeger v. Governor of Florida*, 760 F. 3d, at 1314).

120 *Id.* at 910.

121 Keighley, *supra* note 107, at 2370-2371.

制，均將面臨嚴酷考驗，或許也是司法實務適用中度審查之折衷選項。

肆、美國指標司法實務

一、Thomas v. Collins 案：初試啼聲

（一）判決

本件之案例事實為德州法律要求募集工會會員必須獲得州政府核准，Thomas 在工人聚會之場合前發表演說，然在演說結束前，鼓勵聽眾加入工會，遭法院判刑¹²²，本案爭點之一為州法律要求募集工會會員必須獲得州政府核准，是否侵害受憲法增修條文第 1 條保護之言論自由¹²³？大法官 Robert H. Jackson 在協同意見書提出州政府得以禁止任何人在未通過證照考試前執業，然而不能遏阻任何未取得證照之人發表有關勞工權利或任何權利之言論，包括推薦聽眾組織以支持其觀點，同樣地，州政府亦得禁止無醫師執照之人執業，然不得公開或私下鼓勵人們接受或拒絕任何醫療觀念¹²⁴，州政府認為在保護公眾免於不值得信賴的、不合適的、不負責任的執業活動有其利益存在，通常運用之手段即為證照制度，然而，保護公眾免於錯誤之言論並非州政府之職責，亦非其權力，憲法增修條文第 1 條之核心目的即在於阻止公權力機關以保護公眾為名規制媒體、言論及宗教，任何人自己必須為其真理之守門員，制憲者並不信任政府得以替人民區辨真實與錯誤（The very purpose of the First Amendment is to foreclose public authority from assuming a guardianship of the public mind through regulating the press, speech, and religion. In this field every person must be his own watchman for truth,

122 Thomas v. Collins, 323 U. S. 516, 520 (1945).

123 *Id.* at 520-522.

124 *Id.* at 544.

because the forefathers did not trust any government to separate the true from the false for us.)¹²⁵。

（二）專業言論原則初現

一般認為專業言論原則之脈絡最早可追溯到上開 1945 年 Thomas 案，Jackson 大法官之協同意見¹²⁶，其接受州政府得對於執業進行規範¹²⁷，並區辨州政府規範證照制度之權力，及州政府規制專業人員對於一般大眾所為言論之權力，因此，可解讀為其承認州政府擁有合法的權力來規範執業事項，然不得基於抑制言論之目的¹²⁸。而事實上，本案州政府所規制者不只為專業行為，因執業實務必然同時包含表意及非表意之要素¹²⁹。

二、Lowe v. Securities and Exchange Commission 案：蟄伏再現

（一）判決

本件之案例事實為 Lowe 及其公司並非取得證照之投資顧問，主管機關聲請法院核發禁制令禁止 Lowe 等發表投資建議訊息¹³⁰。大法官 John Paul Stevens 主筆之多數意見認為在公開市場之出版與私人間之溝通不可相提並論，只要該等投資顧問之訊息非僅傳遞予特定個人，且雙方亦無忠誠關係，即屬於主管機關之裁量(As long as the communications between petitioners and their subscribers remain entirely impersonal and do

125 *Id.* at 545-546.

126 Smolla, *supra* note 30, at 75.

127 *Id.* at 76.

128 *Id.* at 77.

129 Kry, *supra* note 17, at 898, 900.

130 *Lowe v. Securities and Exchange Commission*, 472 U. S. 181, 181 (1985).

not develop into the kind of fiduciary, person-to-person relationships that were discussed at length in the legislative history of the Act and that are characteristic of investment adviser-client relationships, we believe the publications are, at least presumptively, within the exclusion and thus not subject to registration under the Act.)¹³¹。大法官 Byron R. White 在協同意見書指出本案之爭議包含政府規範證照制度之利益及受憲法增修條文第 1 條保護之言論、新聞自由間之衝突，毫無疑問，每位美國公民均有權利從事其所選擇之職業、事業，一般而言，對於進入該等職業進行規範，如涉及人民執業之資格或適任性，已屬憲法議題¹³²。然而當執業事項涉及言論，並不能說政府規範執業之權力即消失¹³³，國會仍有權限制進入執業相關事項以確保相關人員進入該等職業得以履行忠誠義務¹³⁴，專業人員之言論乃附隨於專業人員之行為而來，假使政府制定一般性之證照制度以限制進入該等行業執業，不能謂對於言論、新聞自由有何侵害，而須接受憲法增修條文第 1 條之審查¹³⁵。

（二）再訪專業言論原則

美國聯邦最高法院在 Thomas 案後 40 年從未再正面碰觸專業言論原則之議題，直到 1985 年之 Lowe 案¹³⁶。上開多數意見提出由於系爭言論非具有私人間忠誠之關係，立法並未將其作為專業言論而予以規範，該等言論既然在專業、忠誠關係之外，即應接受憲法增修條文第 1 條之審查¹³⁷。至於協同意見則充分地闡述專業言論，認為政府有權規制

131 *Id.* at 210.

132 *Id.* at 228 (citing *Schwartz v. Board of Bar Examiners*, 353 U. S. 232, 239 (1957)).

133 *Id.* (citing *Giboney v. Empire Storage & Ice Co.*, 336 U. S. 490, 502 (1949)).

134 *Id.* at 230.

135 *Id.* at 232.

136 Robert Kry, *supra* note 17, at 900.

137 Jessie Hill, *Casey Meets the Crisis Pregnancy Centers*, 43 J. L. MED. & ETHICS 59, 60-61 (2015).

言論之真實性及可信賴性，兩者均強調系爭言論之本質及相互關係¹³⁸。

協同意見認為憲法增修條文第 1 條並未使所有專業言論免於規範¹³⁹。且必須區分專業人員所提供者是否為立於顧客角度來進行判斷之私人建議，及是否為基於忠誠關係所給予之建議¹⁴⁰，本案之規範不但在防止無證照者執業，亦同時阻遏任何欲取得該等建議訊息者，業對於言論自由為直接之限制¹⁴¹。協同意見特殊之處在於主張只要聽者與說者間存在個人之連結，政府即得以規範專業言論，然而該等連結似乎為想像而來，該等脈絡可能係延續前揭 Thomas 案之協同意見¹⁴²。

三、Rust v. Sullivan 案：潛滋暗長

(一) 判決

本件之案例事實為美國衛生及公共服務部（United States Department of Health and Human Services, HHS）依法禁止接受其家庭計畫經費贊助之醫師，將該等經費使用於墮胎諮詢等業務¹⁴³。大法官 William H. Rehnquist 在多數意見謂：傳統醫病關係間之溝通，即使係接受政府之資助，亦受到憲法增修條文第 1 條之保護，然而本案之法令與醫病關係並無衝突，因並未要求醫師代表自己表示意見，且病人仍得以接收醫療建議，而禁止之結果雖然可能使得醫師對於墮胎事宜保持沉

138 *Id.* at 61.

139 Scott W. Gaylord, *Casey and the First Amendment: Revisiting an Old Case to Resolve a New Compelled Speech Controversy*, 66 S. C. L. REV. 951, 966 (2015).

140 Paul Sherman, *Occupational Speech and the First Amendment*, 128 HARV. L. REV. F. 183, 185 (2015).

141 David T. Moldenhauer, *Circular 230 Opinion Standards, Legal Ethics and First Amendment Limitations on the Regulation of Professional Speech by Lawyers*, 29 SEATTLE U. L. REV. 843, 884 (2006).

142 Sherman, *supra* note 140, at 186.

143 *Rust v. Sullivan*, 500 U. S., at 173.

默，然而病人並不會誤認其醫師為提供墮胎之選項，醫師在該等經費贊助之範圍外，仍得清楚地表達其對於墮胎之建議¹⁴⁴。

大法官 Harry Andrew Blackmun 等在不同意見則不認同上開見解，認為醫師有依據醫療實務協助病人在眾多治療選項作出抉擇之道德義務，政府介入醫病關係間對話之利益雖在於確保政府資助之經費，不會被使用於該等計畫目的外之事項，然卻抑制真實之資訊及專業醫療意見，難認有其正當性（The Government's articulated interest in distorting the doctor-patient dialogue - ensuring that federal funds are not spent for a purpose outside the scope of the program - falls far short of that necessary to justify the suppression of truthful information and professional medical opinion regarding constitutionally protected conduct.）¹⁴⁵。

（二）默許專業言論原則

Rust 案之多數意見並未正面承認墮胎諮詢為言論，或許已將之歸類為行為，使得系爭法令富具正當性，而無適用嚴格審查之空間¹⁴⁶。另外病人通常認知醫師將依據診斷及評估之結果，而給予完整之諮詢，惟多數意見雖支持接受政府資助之醫病間溝通，亦受到憲法增修條文第 1 條保護，卻話鋒一轉，認為因為本案之法令並未要求醫師代表自己表示意見，即得對於該等溝通設下限制，恐怕將使病人之期待受挫¹⁴⁷，故本案之重點應非在於醫師係代表何人發言，而在於該等家庭計畫對於希冀醫師提供諮詢等相關資訊之墮胎婦女，該等言論市場造成之扭曲所產生之

144 *Id.* at 200.

145 *Id.* at 214.

146 Christina E. Wells, *Abortion Counseling As Vice Activity: The Free Speech Implications of Rust v. Sullivan and Planned Parenthood v. Casey*, 95 COLUM. L. REV. 1724, 1734 (1995).

147 Randall P. Bezanson & William G. Buss, *The Many Faces of Government Speech*, 86 IOWA L. REV. 1377, 1395 (2001).

效應¹⁴⁸。

四、Planned Parenthood v. Casey 案：正面肯定

（一）判決

本件之案例事實為數家診所指摘州法規定所謂告知後同意及要求墮胎手術須至少等待 24 小時方能執行違憲¹⁴⁹。多數意見指出告知後同意在要求醫師必須告知婦女，州政府所印製有關可提供之醫療協助及墮胎其他選項之資訊¹⁵⁰，要求醫師提供墮胎婦女資訊有其憲法上之目的，實無異於其他種類之醫療實務，醫師依據憲法增修條文第 1 條雖有不發言之權利，然而上開告知後同意僅為醫療過程之一部分，仍應受到州政府之規範，尚難謂有何違憲之處（a requirement that a doctor give a woman certain information as part of obtaining her consent to an abortion is, for constitutional purposes, no different from a requirement that a doctor give certain specific information about any medical procedure.）¹⁵¹。

（二）肯認專業言論原則

Planned Parenthood v. Casey 案（下稱 Casey 案）之判決直接就駁回言論自由之主張，認為醫師之言論適用合理審查即為已足¹⁵²，然而系爭州法確實干預醫師不提供資訊之權利，判決亦僅以告知後同意僅為醫療過程之一部分，而無違憲之虞¹⁵³，此無異宣告州政府只要不阻絕病人近用醫療資源、不禁止病人向醫師諮詢或醫師在州政府允許下即得進行其

148 *Id.* at 1396.

149 *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U. S. 833, 833 (1992).

150 *Id.* at 881.

151 *Id.* at 884.

152 B. Jessie Hill, *Sex, Lies, and Ultrasound*, 89 U. COLO. L. REV. 421, 432 (2018).

153 Orentlicher, *supra* note 80, at 9.

醫療實務，就擁有廣泛之權力來規制醫師之醫療業務¹⁵⁴，Casey 案實漠視醫師說的權利及病人知的權利，對於該等州法之審查恐怕僅剩下不得要求醫師傳遞錯誤及引人誤解之訊息予病人，將使得州法得以取代醫師自由對外溝通之權利，Rust 案及 Casey 案均使得州政府得以犧牲病人及醫師之權利為代價而遂行其意識形態¹⁵⁵。

五、National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra 案：全面拒卻

（一）案例事實

本案系爭法律加州生殖自由暨綜合照護法（California Reproductive Freedom, Accountability, Comprehensive Care and Transparency Act, FACT）之立法目的在提供任何加州婦女均得近用生殖健康設施，另外亦在使婦女獲得正確生殖權利之資訊¹⁵⁶，因此該法規定領有執照之診所必須告知病人：「加州政府提供有低價之綜合照護、產前護理、墮胎醫療服務，可以接洽社會服務部門確認是否符合資格」，至於未領有執照之診所亦必須告知病人：「本診所未經加州州政府許可設立，亦無領有證照之人員得以提供醫療服務」¹⁵⁷，相關醫療診所以該等規定侵害其言論自由而提起訴訟¹⁵⁸。

154 Scott Gaylord, *A Matter of Context: Casey and the Constitutionality of Compelled Physician Speech*, 43 J. L. MED. & ETHICS 35, 44 (2015).

155 Janet L. Dolgin, *Physician Speech and State Control: Furthering Partisan Interests at the Expense of Good Health*, 48 NEW ENG. L. REV. 293, 300 (2014).

156 National Institute of Family and Life Advocates v. Harris, 839 F. 3d, at 829.

157 *Id.* at 830.

158 *Id.* at 830.

（二）聯邦第九巡迴上訴法院

系爭法律並非「基於觀點」(Based on Viewpoint) 而為「差別待遇」(Discrimination)，其非基於特定之意見、特定說者之意識形態而為差別待遇，該等規範適用於所有經許可、未經許可之診所¹⁵⁹，因此，本案適用「嚴格審查」(Strict Scrutiny) 並不適當¹⁶⁰。

對於專業言論之保護得以作如下理解，一端為專業人員投入公共論壇之權利，憲法增修條文第 1 條之保護應作最大之考量，該等專業人員相當於肥皂箱上之演說者或批判時事者，其等之言論應受到最充分之保障，然在另一端則為蘊含言論之專業行為—例如治療之型態，州政府應賦有權力來規制該等行為，即便對於言論會有附帶之影響，Pickup 案認為對於專業行為之限制應適用「合理審查標準」(Rational Basis Review)¹⁶¹。然而就專業言論應平衡來看，在專業人員與顧客間之關係應容許對於言論為實質之規範，因為該等關係之目的在於促進顧客之福祉，而非裨益公共論壇¹⁶²。

專業言論意指專業人員與顧客間在專業關係之背景下所發生之言論，換言之，該等言論應發生在專業實務運作之範圍內¹⁶³。該等專業人員與顧客間之言論有別於其他類型之言論，乃起源於專業人員相較於其顧客，得經由教育訓練而得以近用專業知識，而欠缺專業知識之顧客則將健康託付於專業人員之手，此意即州政府規制該等專業運作之正當性基礎¹⁶⁴。而本案顧客與醫療診所之言論為提供家庭計畫服務之醫療實務，毫無疑問地，顧客進入醫療診所乃因為所提供之專業服務，領有執

159 *Id.* at 835.

160 *Id.* at 838.

161 *Id.* at 839 (citing *Pickup v. Brown*, 740 F. 3d, at 1231).

162 *Id.* at 839.

163 *Id.* at 839 (citing *King v. Governor of New Jersey*, 767 F. 3d, at 232).

164 *Id.* at 839.

照之診所係在專業之背景下提供服務，故類如上開通知相關之言論應為專業言論¹⁶⁵。由於該等通知並非在進行公共論壇之對話，自不能與肥皂箱上之演說者或批判時事者相提並論，況且上開要求之通知並未規制醫療行為，受規範者為醫療處遇、諮詢、廣告之診所言論，該等言論不應受到憲法增修條文第 1 條最大幅度之保障，所加諸之規範僅須受到中度審查¹⁶⁶。

本案加州州政府就公民之健康，包括公民得以近用及取得諸如墮胎等受憲法保障適當醫療設施之資訊，擁有重要之利益，而透過醫療診所來告知婦女亦屬有效之手段，系爭規範其手段與目的間亦具有實質關連¹⁶⁷。

至於未經許可設立之診所部分，亦提供某些醫療服務，例如：超音波掃描，然此部分無須論及是否受規制者為專業言論，因為加州州政府擁有「重大迫切」(Compelling)之利益來使懷孕之婦女知悉所使用者非屬州政府許可設立之診所，即便適用嚴格審查，亦無違憲之虞¹⁶⁸。

(三) 美國聯邦最高法院

1. Clarence Thomas 大法官主筆多數意見

在領有執照之診所部分，針對言論內容(Content-Based)的規範為推定違憲，除非政府得以舉證係追求「重大迫切利益」，手段與目的間必須具有「必要」之關連性，該等嚴格標準在彰顯政府無權基於訊息、觀念或言論內容其表達而加諸限制之基本原則¹⁶⁹。而本案上開要求領有執照之診所告知的部分即係針對言論內容的規範，要求該等診所告知婦

165 *Id.* at 840.

166 *Id.* at 840.

167 *Id.* at 842.

168 *Id.* at 843.

169 *National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra*, 138 S. Ct. 2361, 2371 (2018) (citing *Reed v. Town of Gilbert*, 135 S. Ct. 2218, 2226 (2015)).

女如何取得州政府補助之墮胎服務，無異也同時要求該等診所勸阻婦女為特定選項，業改變了該等診所言論之內容¹⁷⁰。

上開美國聯邦第九巡迴上訴法院主張本案此部分即便係針對言論內容的規範，然由於受規制者為專業言論，故不須適用嚴格審查，並將「專業言論」定義為個人基於專業之知識與判斷而為之任何言論，然而司法實務從未承認專業言論為獨立之言論類型，言論不會僅因為專業人士所發即不受保護，判決先例對於專業性之言論提供較低度之保護，僅在兩種場景下：其一，在商業性言論之個案中，要求揭露真實的、無爭議性之資訊¹⁷¹；其二，州政府得對於專業行為進行規範，即使該等行為附帶性地包含言論（This Court's precedents do not recognize such a tradition for a category called "professional speech." This Court has afforded less protection for professional speech in two circumstances - neither of which turned on the fact that professionals were speaking. First, our precedents have applied more deferential review to some laws that require professionals to disclose factual, noncontroversial information in their "commercial speech."）¹⁷²。

然本案上開要求領有執照之診所告知的部分與診所提供之服務無關，乃在要求診所揭露州政府所提供包含墮胎之資訊¹⁷³，另外，憲法增修條文第 1 條亦未禁止直接對於商業或行為限制而課加言論附帶之限制¹⁷⁴，欲在言論與行為間劃下界線是困難的，以 *Casey* 案為例，即支持要求醫師在婦女執行墮胎前取得告知後同意¹⁷⁵，然而本案前開規定領有

170 *Id.* at 2226.

171 *Id.* at 2372 (citing *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel of Supreme Court of Ohio*, 471 U. S. 626, 651 (1985)).

172 *Id.* at 2372 (citing *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U. S., at 834).

173 *Id.* at 2372.

174 *Id.* at 2373 (citing *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 564 U. S. 567 (2011)).

175 *Id.* at 2373 (citing *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U. S., at 884).

執照診所之告知並非告知後同意之要求，亦非相關對於專業行為之規範，該等規範不涉及任何醫療措施，且適用於所有領有執照診所與病人間之互動，所規制者應屬言論¹⁷⁶。

而在專業言論之個案下，亦呈現出針對言論內容規範之危險，規制專業言論之內容，使得政府得以抑制不受歡迎之觀點、資訊，而非為求取正當之利益，爭諸歷史，政府藉由擴張州政府之權力及壓抑少數族群，得以操控醫病關係間之對話，甚者，當允許政府規制專業言論之內容，實無法維持呈現真實之言論市場（The dangers associated with content-based regulations of speech are also present in the context of professional speech. As with other kinds of speech, regulating the content of professionals' speech “pose[s] the inherent risk that the Government seeks not to advance a legitimate regulatory goal, but to suppress unpopular ideas or information.”）¹⁷⁷。

而專業言論亦無法精確定義，若依據美國聯邦第九巡迴上訴法院之定義，涵蓋之範圍將相當廣泛，包含醫師、護士、律師、卡車司機、酒保及其他，甚至曾有下級審判決將算命師也列入¹⁷⁸，上開職業均須州政府核發執照，如此一來將賦予州政府無限制之權利來削減特定群體憲法增修條文第 1 條保護之權利，使得政府得以對於不喜之群體恣意為差別待遇。美國聯邦第九巡迴上訴法院將專業言論視為獨立之分類，而使該等規範免於受到憲法增修條文第 1 條一般性之審查，並無正當性基礎，上開要求領有執照之診所告知之部分恐怕甚至無法通過中度審查¹⁷⁹。不過本院並不質疑長期以來受到允許之要求健康及安全警告之合法性，或

176 *Id.* at 2374.

177 *Id.* at 2374.

178 *Id.* at 2375 (citing *Moore-King v. County of Chesterfield*, 708 F. 3d 560, 568, 569 (4th Cir. 2013)).

179 *Id.* at 2375.

者是要求揭露商業產品純粹真實性及無爭議性之資訊¹⁸⁰。

至於未經許可設立之診所部分，州政府主張使懷孕之婦女知悉所使用者非屬州政府許可設立診所之利益，則與加州生殖自由暨綜合照護法之立法目的無關¹⁸¹。

2. Stephen Breyer 主筆不同意見

多數意見認為法令要求專業人員在其商業性言論中揭露真實的、無爭議性之資訊及法令規制專業行為，而對言論附帶性地課予負擔，亦均接受嚴格審查，該等路徑恐怕茲事體大，因為大多數人類之行為均透過言論發生，則實質上所有要求揭露之法令因規範個人發出特定訊息，均將被視為基於言論內容之限制，如此一來，所有之安全性及消費者保護法律，均有違憲之虞，這當中包含甚多醫療法律¹⁸²。

（四）拒斥專業言論原則

憲法增修條文第 1 條保障自由言論，然而該等防衛機制亦應基於言論之本質及政府欲達到之利益，而為適當之限制，上開美國聯邦第九巡迴上訴法院即適用中度審查而獲得合憲之結論¹⁸³。美國聯邦第九巡迴上訴法院將發生於專業人員與其顧客間背景下之專業關係所生之言論定義為專業言論，而將案例事實中領有執照診所之告知歸類為專業言論，而適用中度審查，然而對於未領有執照診所告知的部分，則未認定是否亦屬專業言論，而採取即便適用嚴格審查亦足以通過之立場¹⁸⁴。惟該等論點不為美國聯邦最高法院所採，多數意見認為司法實務並未承認專業

180 *Id.* at 2376.

181 *Id.* at 2377.

182 *Id.* at 2380.

183 Anna S. Roy, *Constitutional Law - Ninth Circuit Applies Intermediate Scrutiny to Mandated Abortion Clinic Notices*, 50 SUFFOLK U. L. REV. 771, 771 (2017).

184 Beth Holtzman, *Have Crisis Pregnancy Centers Finally Met Their Match: California's Reproductive ACT Act*, 12 NW. J. L. & SOC. POL'Y. 78, 101 (2017).

言論為獨立之言論類型，卻又意有所指地提出若干對於專業性言論之限制，得豁免於憲法增修條文第 1 條之審查，似乎又意味對於專業行為之規範，如果僅附帶性地規制到言論，即無須適用嚴格審查¹⁸⁵。

另外多數意見有其後續效應，過往從未有如同此次美國聯邦最高法院般明確拒斥專業言論原則，雖然承認憲法增修條文第 1 條亦保護專業建議並非宣告終結醫療過失責任，惟拒斥專業言論原則，恐怕將使政府禁止以經濟性規範之名義散布言論之權力受到限制，在當代科技持續發展下，將出現不利之影響¹⁸⁶。況且，自 *Casey* 案以來，對於醫療相關言論之限制，各下級審法院已出現莫衷一是的亂象，*Becerra* 案恐怕未有多大助益，政府要求專業人員諸如告知後同意等揭露訊息之權力，其範圍為何，恐仍處於混沌之狀態¹⁸⁷。

六、小結

Thomas 案、*Lowe* 案及 *Casey* 案似仍僅屬有限之先例，並未形成壓倒性之論點以支撐憲法增修條文第 1 條不適用於對專業人員言論之限制，*Thomas* 案、*Lowe* 案或只能解讀為專業人員在未具備證照下仍能發表言論，而 *Casey* 案亦僅潛在性地意謂告知後同意之機制得以通過憲法增修條文第 1 條之審查，然而可能即便採取嚴格審查，該等結論本來就無爭議。至於 *Becerra* 案則可說是針鋒相對的大戰，一方是不支持墮胎的醫療診所，一方則是擁護墮胎選擇權之團體，然而與其說此為墮胎議題正反兩造的戰場，倒不如說 *Becerra* 案將言論自由理論中尚未成熟的議題再度挑出，憲法增修條文第 1 條應提供專業人員之言論如何之保

185 Carl H. Coleman, *Regulating Physician Speech* 10-11 (2018), available at <https://ssrn.com/abstract=3234300> (last visited September 03, 2020).

186 Robert McNamara & Paul Sherman, *NIFLA v. Becerra: A Seismic Decision Protecting Occupational Speech*, 2018 CATO SUP. CT. REV. 197, 220-221 (2018).

187 *Id.* at 222-223.

障？政府是否得為求裨益消費者而強迫醫師言論？當經濟性或社會性規範侵害個人言論自由的權利時，司法得為如何之介入？美國聯邦最高法院之多數意見可謂帶來爆炸式的回應，亦被認為乃當代最重要言論自由判決之一。

伍、給予我國之啟發

言論自由備受各國憲法所重視，而以美國為最，美國對言論自由保障之周密，也確為其他國家所不能望其項背¹⁸⁸。而依美國及我國司法實務及學界通說，處理言論自由的案件時，均依類型化的方式處理¹⁸⁹。美國在理論及實務所發展出言論自由理論，不但多元，亦且豐沛，需有相當歷史背景之醞釀，故本文以醫病關係溝通之內涵而引發之專業言論理論，自無可能直接移植到我國，然而諸如發展較久之「商業性言論」（Commercial Speech），業為我國釋憲實務所採，上開美國專業言論原則在學說及實務之發展，堪作為未來我國之借鏡與啟發，本文在限制形態中擇取證照制度及告知後同意的部分來與國內作比較，另外就被迫言論的部分，則挑選大法官解釋作對照。

一、限制形態

（一）證照制度

我國醫師執業資格之取得規定在醫師法第 1 條及第 6 條¹⁹⁰，即必須通過醫師考試，而參加醫師考試之資格則規定在同法第 2 條¹⁹¹，學者吳

188 吳 庚，憲法的解釋與適用，頁 210，自版，2003 年 9 月。

189 法治斌，董保城，憲法新論，頁 276，元照出版有限公司，2020 年 3 月。

190 我國醫師法第 1 條規定：「中華民國人民經醫師考試及格並依本法領有醫師，得充醫師。」；同法第 6 條規定：「經醫師考試及格者，得請領醫師證書。」。

191 我國醫師法第 2 條規定：「具有下列資格之一者，得應醫師考試：一、公立或立案之私立大學、獨立學院或符合教育部採認規定之國外大學、獨立學院醫學

志正歸納醫療行為的特殊法律性質，當中之—為專業性：醫療行為攸關病人之生命身體安全，非具專門知識與資格者不得為之，是以國家以如醫師法，限制醫療提供者的專業資格、業務範圍¹⁹²，以專業性呼應證照制度之必要，我國關涉證照制度爭議之大法官解釋多半由限制職業自由之合憲性來處理，經搜尋包含有大法官釋字第 206 號（非醫師為醫療廣告處罰案）、釋字第 404 號（中醫師以西藥治病，非其業務範圍案）、釋字第 411 號（各科技師執業範圍對土木工程技師設限案）、釋字第 510 號（航空人員體格標準限制執業案）、釋字第 584 號（禁曾犯特定罪者駕計程車案）、釋字第 634 號（投顧業限制案）、釋字第 649 號（身心障礙者保護法按摩業專由視障者從事案）、釋字第 711 號（藥師執業處所案）、釋字第 750 號（外國學歷應牙醫師考試者，須在主管機關認可之醫療機構完成臨床實作訓練案），學界認為關於職業自由限制的違憲審查，國內率多援引德國聯邦憲法法院發展出之「階層理論」或「三階理論」¹⁹³，第一階層，對於執業執行自由的限制，基於公益的合理考量，具有合目的性者，即具有正當性，第二階層，對於職業選擇自由的主觀許可限制，須為保護特別重要的社會利益，始具有正當性，第三階層，對於職業選擇自由的客觀許可限制，僅為防止特別重要的社會利益受到

系、科畢業，並經實習期滿成績及格，領有畢業證書者。二、八十四學年度以前入學之私立獨立學院七年制中醫學系畢業，經修習醫學必要課程及實習期滿成績及格，得有證明文件，且經中醫師考試及格，領有中醫師證書者。三、中醫學系選醫學系雙主修畢業，並經實習期滿成績及格，領有畢業證書，且經中醫師考試及格，領有中醫師證書者。前項第三款中醫學系選醫學系雙主修，除九十一學年度以前入學者外，其人數連同醫學系人數，不得超過教育部核定該校醫學生得招收人數。」。

192 吳志正，解讀醫病關係 I—醫療契約篇，頁 192-193，元照出版有限公司，2006 年 9 月。

193 李建良，經濟管制的平等思維—兼評大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋，政大法學評論，第 102 期，頁 37，2008 年 4 月。

可資證明或極可能發生的嚴重危害，始得為之¹⁹⁴，並有學者提出三階說的理論模式，運用比例原則（適當性原則、必要性原則、過度禁止原則）的三個審查階段中，應可形成相對應的關係¹⁹⁵。

然而對照前揭美國專業言論原則之論述，我國司法實務在大多數相關案件中忽略納入言論自由的審酌，當中僅大法官釋字第 634 號曾謂：「按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。然依證交法第十八條第一項及管理規則第五條第一項第四款規定，舉辦有關證券投資講習屬證券投資顧問事業之營業範圍者，必須經主管機關核准取得證券投資顧問事業之資格，方得為之。是依上開規定之規範內涵，除限制欲舉辦有關證券投資講習者之職業自由外，亦對其言論自由有所限制。」¹⁹⁶，對於言論自由之理解尚屬偏狹¹⁹⁷。學者李建良認為應透過「考試把關」的專門職業，其重點不在於所謂的「專門知識或技能」，而是對公益或人民生命、身體或財產影響的重大程度，從憲法原理的高度關照，可拉出相關問題，其一，「專門職業及技術人員」之界定權誰屬¹⁹⁸？此與美國前開 *Becerra* 案多數意見點出之專業言論原則中「專業言論」如何精確定

194 李建良，同前註，頁 41-42。

195 李惠宗，職業自由主觀要件限制之違憲審查－司法院大法官釋字第五八四號解釋評析，憲政時代，第 30 卷，第 3 期，頁 273，2005 年 1 月。

196 司法院釋字第 634 號理由書。

197 司法院釋字第 702 號（教師因行為不檢有損師道而不得從事教職案）亦屬職業自由相關案件，大法官陳新民於部分不同意見書即謂：「在比例原則的檢驗上，多數意見的論理顯然側重在『師道維繫』的單方面重要性之上，而未對另一方受影響之的教師，除工作權以外之其他諸多權利，包括人格權、名譽權以及言論自由等，一併列入考量，似乎不符合公正的『法益權衡』的要求。」。

198 李建良，專門職業人員之依法考選與記帳士之執業資格／釋字第六五五號解釋，台灣法學雜誌，第 124 期，頁 193，2009 年 3 月。

義有著相仿之爭議點¹⁹⁹；其二，依法考選是要防止特定「執業活動」所可能產生的弊端？抑或只是為了證照制度的建立與發放²⁰⁰，若為前者，更能彰顯相關證照制度之案件，如我國歷來所採職業自由之合憲性審查外，亦有必要同時進行言論自由之審酌，準此以言，上開關涉證照制度爭議之大法官解釋若均亦進行言論自由違憲性之審查，或許將有不同之面貌。事實上，本號解釋之案例事實與前開美國聯邦最高法院 *Lowe* 案有著類似之情境，該案區分公開市場之出版與私人間溝通，而影響對於主管機關規範之密度。因此，本文認為就此部分進行言論自由違憲性之審查，可參酌上開美國多數之實務見解，適用中度審查為已足，我國亦稱「較為嚴格之審查」，事實上，此亦與我國針對涉及職業自由主觀要件之限制，所採取之審查標準相仿²⁰¹。

（二）告知後同意

我國醫師法於 90 年 12 月 21 日修正，增訂第 12 條之 1：「醫師診治病人時，應向病人或其家屬告知其病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應。」²⁰²，為醫師說明義務之實定法化²⁰³，相關實務判決諸如我國最高法院 94 年度台上字第 2676 號判決更引發熱議²⁰⁴，從刑法的角度來看，或認為告知後同意為醫療契約下阻卻違法事由

199 學者亦指出司法院釋字第 649 號理由書謂：「系爭規定對非視障者從事按摩業之禁止，其範圍尚非明確，導致執行標準不一，使得非視障者從事類似相關工作及行業觸法之可能性大增」，可以理解為大法官以按摩概念不易認定，邵惠玲，憲法對視障者社會基本權之保障－論釋字第六四九號解釋產生之憲法疑義與因應途徑，月旦法學雜誌，第 187 期，頁 240，2010 年 12 月。

200 李建良，同註 196，頁 193-194。

201 法治斌、董保城，同註 189，頁 236。

202 立法理由為：「為保障病人及其家屬知的權利，規定醫師有告知病情等事項之義務。」。

203 另醫療法第 63、64、65、79、81 條亦屬相關規定。

204 楊秀儀，告知後同意法則之司法實務發展－最高法院九四年台上字第 2676 號

²⁰⁵，或認為係阻卻構成要件該當性²⁰⁶，而從民法的層面觀之，則認為是從侵權行為法來建立告知後同意的請求權基礎²⁰⁷。至於從基本權利的層次來觀察，有從美國司法實務導引告知說明義務的上位概念為憲法所保護的「自我決定權」²⁰⁸，更有延伸建構告知後同意的基礎，一是本於資訊隱私概念乃意指控制與自身相關資訊之權利，一是來自於自由市場概念，在自由市場下，個資主體、個資控制者與個資使用者，自然會就資訊的使用與資訊隱私權保護間，找到最佳的平衡點²⁰⁹，上開論述均有其價值，然而若能體察告知後同意之機制確實亦屬於被迫言論，而納入醫師受保護之言論自由面向，從而進行利益衡量，或許有更完整之觀察。

二、被迫言論

就被迫言論的部分，得作對照參考的大法官解釋可能有四。

(一) 司法院釋字第 414 號

本號解釋乃涉及藥事法等法規就藥物廣告應先經核准等規定違憲之爭議，解釋文謂：「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，應受憲法第十五條及第十一條之保障。…其中非關公意形

號判決評釋，台灣本土法學雜誌，第 73 期，頁 212-214，2005 年 8 月。

205 吳志正，誰來說明？對誰說明？誰來同意？—兼評醫療相關法規，月旦法學雜誌，第 162 期，頁 66，2008 年 11 月。

206 林東茂，醫療上病患承諾的刑法問題，月旦法學雜誌，第 157 期，頁 49-51，2008 年 6 月。

207 楊秀儀，美國「告知後同意」法則之考察分析，月旦法學雜誌，第 121 期，頁 139，2005 年 6 月。

208 林萍章，知情同意法則之「見山不是山」—法院近來裁判評釋，月旦法學雜誌，第 162 期，頁 19，2008 年 11 月。

209 張陳弘，新興科技下的資訊隱私保護：「告知後同意原則」的侷限性與修正方法之提出，臺大法學論叢，第 47 卷，第 1 期，頁 215-216，2018 年 3 月。

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。」²¹⁰，隱含得以醫療健康保障為由，而對商業言論為事前限制，然而大法官釋字第 744 號涉及化粧品廣告事前審查案之爭議，卻謂：「…廣告之功能在誘引消費者購買化粧品，尚未對人民生命、身體、健康發生直接、立即之威脅，則就此等廣告，予以事前審查，難謂其目的係在防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復之危害。系爭規定既難認係為保護特別重要之公共利益目的，自亦無從認為該規定所採事前審查方式以限制化粧品廠商之言論自由及消費者取得充分資訊機會，與特別重要之公共利益之間，具備直接及絕對必要之關聯。」²¹¹，頗有不區分商業／非商業言論，而賦予同等保護之意味，實質上已變更（修正）了釋字第 414 號解釋之見解，使我國言論自由保障更向前邁進一步²¹²，或提出與本院釋字第 414 解釋不同之違憲審查標準²¹³。

（二）司法院釋字第 577 號

本號解釋乃涉及菸害防制法命業者標示尼古丁等含量是否違憲之爭議，解釋文謂：「憲法第十一條保障人民有積極表意之自由，及消極不表意之自由…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。…菸品業者就特定商品資訊不為表述之自由有所限制，係為提供消費者必要商品資訊與維護國民健康等重大公共利益，並未逾越必要之程度，與憲法第十一條保障人民言論自由及第二十三條比例原則之規定

210 司法院釋字第 414 號解釋文。

211 司法院釋字第 744 號解釋文。

212 同前註，參見湯德宗大法官協同意見書。

213 同前註，參見詹森林大法官協同意見書。

均無違背。」²¹⁴，當中對於不表意自由、維護國民健康等重大公共利益之審酌，與前開美國專業言論理論專業人員之利益、州政府欲追求之利益衡量，有著若合符節之處，然而往下觀察理由書謂：「商品標示為提供商品客觀資訊之方式，為商業言論之一種…」²¹⁵，則除非我國將前開具備忠誠關係之醫病關係間的言論定位為商業性言論，否則尚難遽以類比適用。

（三）司法院釋字第 656 號

本號解釋乃涉及民法第 195 條第 1 項後段由法院為回復名譽適當處分是否合憲之爭議，乍看之下，所涉及者為言論自由與名譽權保障之審酌，且所涉及者並無任何專業之特定身分，不過再進一步細繹不同意見書，大法官林子儀認：「…基於憲法保障言論自由之目的，以及言論自由與名譽權保障間之平衡，應視言論對象之身分與言論內容之性質，設定不同程度之注意義務…」²¹⁶，大法官陳新民認：「…沒有正確區分適用對象為一般人民行使的言論權，或是來自媒體新聞自由的濫用，而一體的看待之。將忽視了媒體自由，因為『行業特色』容易帶來高風險的侵權機會，以及為了滿足國家憲政民主體制所必須給予較高的保障，應當要有相對應的『減壓機制』」²¹⁷，是否隱然呼應專業人員所為之專業言論應有不同之看待。

（四）司法院釋字第 767 號

本號解釋則涉及常見且可預期之藥物不良反應不得申請藥害救濟之爭議，解釋理由書謂：「系爭規定所謂「常見且可預期之藥物不良反

214 司法院釋字第 577 號解釋文。

215 司法院釋字第 577 號理由書。

216 司法院釋字第 656 號林子儀大法官部分不同意見書。

217 司法院釋字第 656 號陳新民大法官部分協同、部分不同意見書。

應」，係屬不確定法律概念…一般受規範者（即病人及其家屬）依系爭規定縱無法完全確知其用藥行為是否符合請求藥害救濟之要件，惟應可合理期待其透過醫師之告知義務（即醫療機構、醫師於診治病人時，應向病人或其家屬等告知其病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及藥物可能之不良反應等，醫療法第 81 條、醫師法第 12 條之 1 參照）、藥袋上標示或藥物仿單上記載，就用藥之不良反應之可預期性、發生機會及請求藥害救濟之可能性等，可以有合理程度之預見。」²¹⁸，乃直接課予醫師告知言論之責任，然黃瑞明大法官在不同意見書質疑：「…醫師說明義務之標準何在，本即為極具爭議之問題，若仿單未記載藥害可能，但在醫學文獻存在藥害風險之記載，則醫師是否有義務知悉，從而有告知病人之義務」²¹⁹，則此告知義務之細緻化尚待努力，而大法官並未就醫師被迫言論（有告知的義務）其在憲法上之正當性基礎為何有何著墨，相較於前開美國司法實務，則有缺憾之處。

三、小結

類似美國專業言論理論之爭議，我國實務出現者，一為證照制度之司法案例，此部分大法官向以職業自由之面向來進行違憲審查，而欠缺言論自由層面之探討，另一為醫療實務之告知後同意，之前雖亦熱烈討論，亦已實定法化，然亦忽略醫師被迫言論之利益衡量，或許是因為我國尚未出現如上開 *Becerra* 案強迫醫師言論之疑難²²⁰，至於被迫言論之相關司法實務，雖不全然與美國專業言論理論之案例相仿，惟個別大法官之卓見亦容有足以對照之處。

218 司法院釋字第 767 號理由書。

219 同前註，黃瑞明大法官不同意見書。

220 至於新聞中時常出現醫師擔任代言人等之廣告案例，衡諸本文對於專業言論之論述，該等案例應屬商業性言論，而不涉及專業言論。

陸、結語

美國專業言論理論有其來自於知識社群的淵源，由於美國對言論自由保障之密度相對高，因此，是否得將專業言論列為獨立類型，或類比現有之言論類型即可，出現爭論，而實務上受到限制之類型可能有證照制度、忠誠義務、醫療過失、告知後同意，亦論證出其理論基礎，而在司法實務上，幾個代表性判決使得專業言論理論忽隱忽現，至 *Becerra* 案多數意見與不同意見則針鋒相對。由於諸如醫師之專業人員提供必要、甚至維繫生命之服務，專業人員乃各社群組織中重要的成員，然當政府之規範限制專業人員對其顧客之溝通，或強迫其傳遞訊息，專業人員之言論自由即應受到重視，當專業人員提供建議，傳達專業知識予顧客，該等專業言論應該受到保護，以確保得提供正確的、可依靠的、綜合的建議，醫病間之言論在言論自由相關理論為動態的，不管是課予言論限制或被迫言論以影響醫病關係，均屬醫師與病人言論自由之核心，被迫言論可能使得主管機關得以對醫師之言論恣意規範產生寒蟬效應，而貶損醫病間之信任關係，而言論自由雖保障專業言論免於政府之干預，應不禁止政府規範專業人員，此有區辨之必要，美國上開 *Becerra* 案之正反思辨容或只是專業言論原則之起點。

參考文獻

中文

一、專書

吳 庚，憲法的解釋與適用，自版，2003 年 9 月。

吳志正，解讀醫病關係 I—醫療契約篇，元照出版有限公司，2006 年 9 月。

法治斌、董保城，憲法新論，元照出版有限公司，2020 年 3 月。

二、期刊論文

吳志正，誰來說明？對誰說明？誰來同意？—兼評醫療相關法規，月旦法學雜誌，第 162 期，頁 63-85，2008 年 11 月。

李惠宗，職業自由主觀要件限制之違憲審查—司法院大法官釋字第五八四號解釋評析，憲政時代，第 30 卷，第 3 期，頁 255-293，2005 年 1 月。

李建良，經濟管制的平等思維—兼評大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋，政大法學評論，第 102 期，頁 71-157，2008 年 4 月。

李建良，專門職業人員之依法考選與記帳士之執業資格／釋字第六五五號解釋，台灣法學雜誌，第 124 期，頁 187-194，2009 年 3 月。

林東茂，醫療上病人承諾的刑法問題，月旦法學雜誌，第 157 期，頁 45-70，2008 年 6 月。

林萍章，知情同意法則之「見山不是山」—法院近來裁判評釋，月旦法學雜誌，第 162 期，頁 17-40，2008 年 11 月。

邵惠玲，憲法對視障者社會基本權之保障—論釋字第六四九號解釋產生

之憲法疑義與因應途徑，月旦法學雜誌，第 187 期，頁 238-250，2010 年 12 月。

張陳弘，新興科技下的資訊隱私保護：「告知後同意原則」的侷限性與修正方法之提出，臺大法學論叢，第 47 卷，第 1 期，頁 201-297，2018 年 3 月。

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 33 卷，第 3 期，頁 45-148，2004 年 5 月。

楊秀儀，美國「告知後同意」法則之考察分析，月旦法學雜誌，第 121 期，頁 138-152，2005 年 6 月。

楊秀儀，告知後同意法則之司法實務發展－最高法院九四年台上字第二六七六號判決評釋，台灣本土法學雜誌，第 73 期，頁 212-214，2005 年 8 月。

英文

一、專書

CHEMERINSKY, ERWIN, *CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES* (Wolters Kluwer, Philadelphia, 5th ed. 2015).

二、期刊論文

Ahmed, Aziza, *Informed Decision Making and Abortion: Crisis Pregnancy Centers, Informed Consent, and the First Amendment*, 43:1 J. L. MED. & ETHICS 51-58 (2015).

Bannon, Patrick, *Intermediate Scrutiny vs. The “Labeling Game” Approach: King v. Governor of New Jersey and the Benefits of Applying Heightened Scrutiny To Professional Speech*, 23 J. L. & POL’Y 649-688 (2015).

Bezanson, Randall P. & Buss, William G., *The Many Faces of Government Speech*, 86 IOWA L. REV. 1377-1511 (2001).

Bhagwat, Ashutosh, *When Speech Is Not “Speech”*, 78 OHIO ST. L. J. 839-885 (2017).

Blitz, Marc Jonathan, *Free Speech, Occupational Speech, and Psychotherapy*, 44 HOFSTRA L. REV. 689-779 (2016).

Boyd, Thomas H., *Cost Containment and the Physician’s Fiduciary Duty to the Patient*, 39 DEPAUL L. REV. 131-159 (1989).

Corbin, Caroline Mala, *The First Amendment Right Against Compelled Listening*, 89 B. U. L. REV. 939-1016 (2016).

Dolan, Mary Jean, *Why Monuments are Government Speech: The Hard Case of Pleasant Grove City v. Summun*, 58 CATH. U. L. REV. 7-53

(2008).

Dolgin, Janet L., *Physician Speech and State Control: Furthering Partisan Interests at the Expense of Good Health*, 48 NEW ENG. L. REV. 293-342 (2014).

Ehrett, John S., *Speak No Evil, Do No Harm: A New Legal Standard for Professional Speech Regulation*, 2018 U. ILL. L. REV. ONLINE 184-193 (2018).

Gaylord, Scott W., *Casey and the First Amendment: Revisiting an Old Case to Resolve a New Compelled Speech Controversy*, 66 S. C. L. REV. 951-986 (2015).

Gaylord Scott, *A Matter of Context: Casey and the Constitutionality of Compelled Physician Speech*, 43 J. L. MED. & ETHICS 351-347 (2015).

Halberstam, Daniel, *Commercial Speech, Professional Speech, and the Constitutional Status of Social Institutions*, 147 U. PA. L. REV. 771-874 (1999).

Haupt, Claudia E., *Professional Speech*, 125 YALE L. J. 1238-1303 (2016).

Haupt, Claudia E., *The Limits of Professional Speech*, 128 YALE L. J. FORUM 185-200 (2018).

Hill, Jessie, *Casey Meets the Crisis Pregnancy Centers*, 43 J. L. MED. & ETHICS 59-69 (2015).

Hill, B. Jessie, *Sex, Lies, and Ultrasound*, 89 U. COLO. L. REV. 421-452 (2018).

Holtzman, Beth, *Have Crisis Pregnancy Centers Finally Met Their Match: California's Reproductive FACT Act*, 12 NW. J. L. & SOC. POL'Y. 78-110 (2017).

- Jones, Gregory D., *Primum Non Nocere: The Expanding “Honest Services” Mail Fraud Statute and the Physician-Patient Fiduciary Relationship*, 51 VAND. L. REV. 139-182 (1998).
- Jones, Nicole Brown, *Did Fortune Tellers See This Coming? Spiritual Counseling, Professional Speech, And The First Amendment*, 83 MISS. L. J. 639-670 (2014).
- Keighley, Jennifer M., *Physician Speech and Mandatory Ultrasound Laws: The First Amendment’s Limit on Compelled Ideological Speech*, 34 CARDOZO L. REV. 2347-2395 (2013).
- Kramer, Sarah, *Not Your Mouthpiece: Abortion, Ideology, and Compelled Speech in Physician-Patient Relationships*, 21 U. PA. J. L. & SOC. CHANGE 1-26 (2018).
- Kry, Robert, *The “Watchman for Truth”: Professional Licensing and the First Amendment*, 23 SEATTLE U. L. REV. 885-976 (2000).
- Lucas, Amy Riley, *Specialty License Plates: The First Amendment and the Intersection of Government Speech and Public Forum Doctrines*, 5 UCLA L. REV. 1791-2022 (2008).
- McNamara, Robert & Sherman, Paul, *NIFLA v. Becerra: A Seismic Decision Protecting Occupational Speech*, 2018 CATO SUP. CT. REV. 197-223 (2018).
- Mehlman, Maxwell J., *Professional Power and the Standard of Care in Medicine*, 44 ARIZ. ST. L. J. 1165-1235 (2012).
- Moldenhauer, David T., *Circular 230 Opinion Standards, Legal Ethics and First Amendment Limitations on the Regulation of Professional Speech by Lawyers*, 29 SEATTLE U. L. REV. 843-915 (2006).

- Nauman, Robert D., *The Captive Audience Doctrine And Floating Buffer Zones: An Analysis of Hill v. Colorado*, 30 CAP. U. L. REV. 769-821 (2002).
- Parmet, Wendy E. & Smith, Jason A., *Free Speech and Public Health: Unraveling the Commercial-Professional Speech Paradox*, 78 OHIO ST. L. J. 887-915 (2017).
- Orentlicher, David, *Abortion and Compelled Physician Speech*, 43 J. L. MED. & ETHICS 9-22 (2015).
- Post, Robert, *Informed Consent to Abortion: A First Amendment Analysis of Compelled Physician Speech*, 2007 U. ILL. L. REV. 939-990 (2007).
- Roy, Anna S., *Constitutional Law - Ninth Circuit Applies Intermediate Scrutiny to Mandated Abortion Clinic Notices*, 50 SUFFOLK U. L. REV. 771-781 (2017).
- Sawicki, Nadia N., *Competence, and the Principles of Medical Discipline*, 13 J. HEALTH CARE L. & POL'Y 285-323 (2010).
- Schutzman, Erika, *We Need Professional Help: Advocating for a Consistent Standard of Review When Regulations of Professional Speech Implicate the First Amendment*, 56 B. C. L. REV. 2019-2056 (2015).
- Sherman, Paul, *Occupational Speech and the First Amendment*, 128 HARV. L. REV. F. 183-201 (2015).
- Smolla, Rodney A., *Professional Speech and the First Amendment*, 119 W. VA. L. REV. 67-112 (2016).
- Suter, Sonia M., *The First Amendment and Physician Speech in Reproductive Decision Making*, 43 J. L. MED. & ETHICS 22-31 (2015).
- Swartz, Martha, *Are Physician-Patient Communications Protected by the*

First Amendment?, 2015 CARDOZO L. REV. DE NOVO 92-104 (2015).

Wells, Christina E., *Abortion Counseling As Vice Activity: The Free Speech Implications of Rust v. Sullivan and Planned Parenthood v. Casey*, 95 COLUM. L. REV. 1724-1763 (1995).

Zick, Timothy, *Professional Rights Speech*, 47 ARIZ. ST. L. J. 1289-1360 (2015).

三、其他資料

Coleman, Carl H., *Regulating Physician Speech* 10-11 (2018), *available at* <https://ssrn.com/abstract=3234300> (last visited September 03, 2020).

Haupt, Claudia E., *Licensing Knowledge* 10 (2018), *available at* <https://ssrn.com/abstract=3151985> (last visited September 01, 2020).

Abstract

The Regulation of Medicine has long been recognized as within the state's police power. Yet when the state regulates physician's speech, it potentially raises First Amendment concerns. A growing number of U.S. courts are recognizing a new First Amendment doctrine governing regulation of a category of expression known as "professional speech". The professional speech doctrine is generally used by courts to reduce the level of First Amendment protection professionals receive for their expression. When regulations of professionals restrict what they may say to clients or compel them to convey a message to a client, however, the First Amendment rights of professionals are implicated. Professional speech ought to be protected against state interference so that professionals can give their clients and patients accurate, reliable, and comprehensive advice. The physician-patient speech doctrine is a dynamic area of First Amendment law. It is critical to approach speech restrictions and compulsions that affect the physician-patient relationship as striking at core First Amendment interests of doctors and patients. Speech compulsions that order physicians to disclose information that conflicts with the weight of medical authority have the potential to chill physician speech and thus fail to reflect the imperative need for confidence and trust between doctors and patients. The First Amendment protects the content of professional speech from state interference that contradicts professional insights, but it does not prohibit the state from regulating professionals.

Keywords: Freedom of Speech, Professional Speech, Informed Consent, Freedom of Vocation, Professional Licensing, Compelled Speech