

關於「雜誌報導中醫藥廣告禁止」之判決

——聯邦憲法法院判決集第八十五卷第二百四十八頁以下

譯者：蕭文生

〈判決要旨〉

就醫師對雜誌中有關其職業行為之報導加以協助、參與以促成報導，法院認為除非先經其審查及許可否則即毫無例外解釋該報導違反醫師醫療行為禁止廣告，此種法院見解不當地(unverhältnismäßig)限制了基於基本法第十二條第一項第一句及第五條第一項第一句之基本權利。

判決主文

一九九〇年十一月十五日 Karlsruhe 高等法院之判決——4453/89——侵害上訴人依基本法第十二條第一項第一句及第五條第一項第一句之基本權利。該判決予以廢棄。

該案發回原高等法院。

Baden-Württemberg須支付上訴人訴訟之必要之費用。

判決理由

A、本件系爭之二審判決責成上訴人放棄讓書刊以帶有不適當廣告性質之報導來報導其醫療行為。

I、

1. 各邦之職業法規大抵基本上規定醫生不得從事任何廣告行為。在巴伐利亞邦有關醫療行為之廣告規定於醫師法(BO)第二十一條，該法乃基於一九五七年七月十五日公布(BayGVBl. S. 162)。一九七七年十一月二十四日修正之醫師、牙醫師、獸醫及藥師職業代理及專門職業法院法第十五及十九條(BayGVBl. S. 657)所公布且經巴伐利亞邦之許可於一九七八年一月一日生效。

該條文如下：

第二十一條（廣告及頌揚）

(1) 醫師不得為任何廣告及頌揚之行為特別不符合職業身份者，

a) 促使或允許公開的陳述謝意或頌揚

b)

(2) 和 (3)

(4) 醫生不得容許製作具廣告性質涉及其醫療行為之報導或攝影報導及其姓名或住址加以公開發表。

(5)
⋮

此外亦適用一九六五年七月十一日(BGBL. I. S. 604)公布，一九七八年十月十八日修正之醫療領域廣告法(BGBL. I. S. 1677)規定(HWG)。

第十一條

除在專業領域外，醫療用品、程序、治療方法，對象或其他方式，不得使用下列方式為廣告

1. 及 2.
3. 重描述病歷及指出該描述之處
4. 透過圖像顯示出穿著專業服裝之人或從事醫療行為、從事醫療事業或藥物經營者從事其職業行為。
5. 至 10.
11. 透過第三人之言論，特別是謝意、讚美或建議之信函或指出該類言論之指示。
12. 至 14.
2. 上訴人因其有關醫療行為錯誤、批評學校醫學教育治療癌症方法之著作及積極推動死亡幫助之努力在社會公眾中享有盛名。另一方面上訴人之醫院使用“Suprefact”該項藥物來治療罹患癌症之病人亦是公眾討論批評之對象。

在一九八八年十二月十四日及二十一日所出版的“Bild der Frau”雜誌第五十一期及五十二期中有二篇有關上訴人及其醫院之報導，標題為：癌症——所有醫生皆放棄了：：

婦女們陳述·Hackethal救了我們。及

Hackethal的祕密：病人乃是我最好的朋友。

Stern雜誌於一九八七年十一月五日第四十六期中有關上訴人之一篇報導中，第一部份對上訴人強烈的批評乃導致本件訴訟序標的，即前述兩項報導之產生。

Stern的報導附有「Chiemeese狂熱之人的標題及如下的附標題：

1. 責難·Hackethal使用危險且不负責任之癌症治療法。
2. 責難·Hackethal將癌症患者視為實驗用的兔子。
3. 責難·若Hackethal宣稱其在幾個月內治癒八十個病人，則其乃是說謊。

上訴人所自稱的療效在該文章中依據許多案例被視為有瑕疵之治療。該雜誌以「偉大妄想之記錄」——Julius Hackethal Eubios醫院日記——為標題，預告其續集。在一九八七年十一月十二日出版的第四十七期中出現了上訴人昔日女助手有關於其在醫院所為之觀察及經驗日記式之記錄。許多事故在該記錄中皆被描繪成駭人聽聞。根據許多例子她指出上訴人相當負面的人格形象。上訴人之治療方法，特別是在癌症治療時使用「Suprefact」，被視為不可靠及可疑的。

相反地在「Bild der Frau」雜誌一九八七年十二月十四日之文章除簡短的報導引言外，包含了特別是毫無限制地稱讚上訴人及其治療方法之病患直接陳述之意見。每一病人之照片皆登在雜誌上。此外上訴人亦有四張照片刊登在雜誌上，有些顯示上訴人身著職業服裝且與病人交談。一九八七年十二月二十

一口的第二篇文章描述「使用 Supretact 治療癌症患者及上訴人醫院設備及氣氛之情形。本篇文章亦對上訴人相當有利。此外另有四位病人——皆附照片——表示讚揚使用 Supretact 之治療效果。」

“Bild der Frau 雜誌兩篇文章之作者在先行的程序中曾以證人身份證明該文章乃是基於報章對於上訴人批評性之報導而生，Stern 的報導亦在內。編輯會議則託付作者作調查研究。在上訴人同意下，作者曾於上訴人之醫院內居住多日並且和其病患交談。上訴人並未要求其出示原稿亦未表示保留其許可權。上述兩件行爲亦非慣常且作者亦不會加以接受。先行程序之原告——防止不正競爭之團體——向上訴人提出不作爲請求權，因“Bild der Frau 雜誌上之兩篇文章乃是涉及違反專門職業法規範之廣告性報導。”

3. 邦法院駁回告訴，其認爲該兩篇文章並非編輯所製作之廣告而是編輯報導。

邦高等法院更改第一審之判決並判決被告：

不得對於透過以其身著專業服裝且／或正在行使其醫生職業之照片，讚揚其所主持醫院之服務或設備且／或病人講述其病歷且感謝或稱頌其在醫院之治療及醫療效果，如下列所描述之情形……，於報章中就其本身且／或在其所主持醫院之醫療停留期間作廣告行爲者加以容忍。

其理由基本上如下：

被告認爲該容忍不作爲之請求缺乏確定性而不足採信。所謂容忍係指有意識地不介入一項事件，容忍之人——若其願意——則能對是否不介入加以影響。因此其必爲法律意義下之行爲。若其不作爲被請

求，則就此所爲之聲請應充分地確定。該項聲請並不因爲其不就此明白表示上訴人所允許者爲何即缺乏確定性。不作爲請求權之標的係僅指何者上訴人不得爲之。告訴侵害者何者爲其所該爲，並非受侵害人之事。

即使社會大眾需要大量資訊是顯而易見的，但兩篇文章的評斷業已超過資訊之必要內容而顯示出對於上訴人有利之不適當之廣告性質。該文章應含有指出何者爲上訴人醫院及其設備之優點及醫療效果之有利基本觀點。除此之外，其進一步使人透過提供給讀者許多有利之描述將上訴人之批評者塑造爲撒謊者。它促成了使人擁有在病患及時至上訴人處就醫，上訴人皆有能力將每一位癌症患者治癒的印象。總而言之，上訴人顯得幾乎是所謂的神奇治療者。

此項廣告效果亦歸屬於上訴人。參與競爭者在給予報章資訊時必須負責基於該資訊所爲之新聞報導應無競爭法上值得非難之廣告效果產生。在上訴人允許上述證人進入其醫院並允許其採訪病患後，上訴人基本上即有義務在該項新聞報導公開前加以審查。依證人之證詞上訴人並未作此要求。

對上訴人醫院及醫療效果之介紹及病患之採訪違反了第二十一條第一項第a款及第四項B0，此外因該兩篇文章具有病患病歷之資料及用圖像表示上訴人身著醫師之專業服裝、從事醫療之行爲及病人就上訴人之醫療行爲所發表之稱讚言論，上訴人亦違反了第十一條第三款、第四款及第十一款HWG之規定。

即使一方面就上訴人之言論自由權及社會大眾需要資訊之利益和另一方面上訴人所應注意之廣告限

制間加以考量，上訴人之行為仍顯示出是違反競爭法的。雖然上訴人得對許多非難加以防衛是必須加以認可的，但其卻不應具有獲得在不受批評方式下，以被其他醫生放棄病患之救助者及行善者而被讚頌值得保護之利益。

II、

上訴人以其基於基本法第三條第一項和法治國家之要求、第五條第一項第一句、第十二條第一項及第二條第一項之基本權利受到侵害為理由提起憲法訴訟。

其對於該受非難之兩項新聞報導之內容及意向並未施以任何影響。在 *Stern* 的報導出現後，上訴人曾要求該雜誌之編輯部門派遣記者實際到場來了解正確之事實。但該項請求卻被拒絕。當 *Bild der Zeit* 雜誌之記者請求在其醫院四處參觀時，上訴人並未拒絕該項請求，因為若不如此，上訴人則恐有其必須隱瞞某些事實或 *Stern* 之斷言大概是正確的印象產生。

該項判決上訴人不得容忍他人依一定方式為有關上訴人之報導之判決違反了基本法第三條第一項及第二十條第三項之規定。依該判決主文之字面意義，則其所指稱的乃是一項不可能的給付，因上訴人不可能在事先即能判斷是否報章將刊印一篇具廣告性質之文章。若該報章已出版，則上訴人無法再對其採取任何行動。事實上對高等法院而言，在此乃涉及一項禁止文字及圖像記者得毫無阻礙地接觸上訴人，若可預見，該記者將對其作正面有利之報導。因高等法院所為之要求是無法實現的，在此基本上乃是一項將明顯無理由之請求透過掩飾真正所要的而使之顯得有理由的嚐試。此乃是一項違反平等及法治國家

原則之恣意措施。該項被責難之判決亦違反了基本法第十二條第一項及第二條第一項意義下之職業行使及一般行為自由。禁止醫生為廣告行為只有在其乃針對違反該職業身份地位之廣告時，憲法上才能得到承認。若是涉及醫師不得容忍特定具廣告性質出版品之第二十二條第四項BO規定時，聯邦憲法法院就此限制只在其針對報紙廣告及廣告單時才認為不符合比例原則。相對地醫師書籍出版品基本上已不在醫療廣告禁止之列。若是涉及雜誌編輯部門之評論性報導，則更無法使醫師就此負責任。此項情形至少在該報導並非由醫師促使而是基於編輯部門自主決定時應該適用。

就此點而言邦高等法院之判決亦違反了基本法第五條第一項第一句。該判決僅因該醫師之談話對象為尋找資料的新聞記者，限制了醫師應有之言論自由。特別是在醫師陷入公眾激烈評論之砲火時及雜誌之讀者想知道該醫師對此類批評之看法時，其言論自由更不能加以限制。至少在此種情況下醫師不能被剝奪給予記者資訊及給予記者參觀醫院和與已表示願意接受記者採訪病患之商談機會。

III、

Baden-Württemberg邦之法務部認為該受責難之判決是有憲法上之疑義。高等法院乃是以大眾對於上訴人及其醫療行為方式有強烈資訊需要為出發點。因此高等法院確認上訴人乃是基於報導之目的而允許新聞記者在醫院停留，故先行程序之標的並非商業廣告而是編輯報導，而此乃是屬於基本法第五條第一項第二句所保護之新聞自由。在這種情況下，基於作為客觀原則新聞自由之考量，是否得賦予上訴人就報紙之報導在其公開發行前，審查該報導是否在競爭法上有值得非難之廣告效果的義務，在憲法上

是值得懷疑的。先行程序之上訴人認為憲法訴訟是無理由的。

B、

憲法訴訟有理由。該受非難之判決侵害了上訴人基於基本法第十二條第一項第一句及第五條第一項第一句之基本權利。

I、

1. 審查該被責難判決之憲法依據首要的是基本法第十二條第一項。高等法院並非因上訴人本身之言論，而是因兩篇受上訴人協助所寫成有關其醫療行為之報導，對上訴人判決。該判決以創設醫師職業義務之法律條文為依據。因此首先乃依職業自由之基本權利加以判斷。

基本法第十二條第一項第一句保障職業從事之自由。非只有職業實務本身，所有與職業行使有關及有助於職業行使之行為皆在保護之內。基本權利主體對外職業行使之體現及宣傳接受其服務之廣告亦屬於有關職業行為之範圍。對此加以限制之國家措施乃是對職業從事自由之侵害(BVerfGE60, 215[229]=EuGRZ1982, 406[407]; 71, 162 [173])。

高等法院之判決即是此類侵害。該判決賦予上訴人不得允許任何透過其個人為醫療行為時之照片或身著醫療服裝或以稱讚方式來介紹其醫院及病人讚美及感謝言論之方式，以畫刊報導為自己本身或醫院醫療方法做廣告之義務。

2. 侵害職業從事自由依基本法第十二條第一項第二句需要一項法律基礎，而該法律本身亦須符合限

制基本權利之法律憲法上之要求。

高等法院認為該項侵害乃本於第二十一條第一項款BO，第十一條第三、四及十一款HWG及不正競爭防止法第一條之規定。這些條文皆是憲法上無可疑慮規範職業從事之規定。此早已由聯邦憲法法院加以確定（§ 1UWG: BVerfGE32, 311[317]; § 2II及 IV BO, BVerfGE71, 162[173]ff.; § 1IHWG BVerfGE9, 213[214]）。第二十一條第一項BON廣告禁止只在並非禁止所有而僅禁止違反職業形象之廣告下才被視為合憲(BVerfGE 71, 162[174])。第二十一條第四項BON容忍禁止在涉及基於醫師之利益而為商業性廣告而醫師在可預期方式下得阻止該報導之案例至少是被認為合憲的(BVerfGE, a.O., S. 175)。

相反地聯邦憲法法院對醫師於第三人發表對其有廣告上效應，但基本上屬於報導有關大眾關心之醫學問題及對此意見之報導究應何種義務並未加以回答。上述之案例所涉及的即是本項問題。該案例乃有關上訴人允許作者參觀醫院、同意其拍攝照片及與病患交談及該對上訴人有利報導而具廣告效力之編輯文章。在此所涉及的並非對此類型未明示規定條文本身是否合憲之問題而是該條文解釋及適用是否合憲的問題。

3. 法律之解釋及適用為專門法院之任務，聯邦法院——除違反恣意禁止情形外——只能審查其是否因對基本法有關意義有基本上不正確之看法，特別是基本權利保護領域之範圍，而導致解釋錯誤之情形。若專門法院對該法規範之解釋並沒有充分考慮基本權利之適用範圍或其解釋之結果導致不合乎比例原

則地限制基本權利之自由時，則屬上述之情形(BVerfGE 18, 85[92f, 96]; 33, 125[168])。

a) 高等法院將該具爭議性之報導視為對上訴人有利之不當廣告。就此所涉及的乃是依專門職業及競爭法規所為有關事實構成要件之判斷，此項判斷乃專屬專門法院之權限且聯邦憲法法院不加以審查(BVerfGE 18, 85[92])。憲法上只考慮是否上訴人所負阻止此類報導之義務侵害其職業從事之自由。高等法院自法律條文中得出此項義務。其判決上訴人不得容忍。而此項容忍乃是針對第三人之行為。被判決不得容忍時，其結果必須對第三人採取某種行動。容忍禁止創設了行為義務。此項義務可自第二十一條BO中得出，依此項條文醫師不得允許或容忍致謝或讚揚之出版品，製作公開具廣告性質有關其醫療行為而具有其姓名或住址之文字及圖片報導。而第十一條HWG卻僅禁止醫生本身為廣告。其僅創設了不作為義務而非作為義務。雖然如此高等法院仍認為此止項條文為容忍禁止且就此引用了聯邦最高法院之判決。

基於阻止透過媒體之介入所導致規避廣告禁止之意圖，聯邦最高法院自相關之條文及不正競爭防止法第一條得出一項標準，任何參與競爭之人，若其提供媒體資訊時必須就基於該項資訊所為之報導負責其不得有受禁止之廣告效果出現。基於此項理由，若依該項資訊之種類及內容或基於接受人方面之因素考量，無法完全排除該項報導具有廣告性質之可能性時，基本上提供資訊者有責任在此類報導發表前加以審查(BGH, GRUR 1964, S. 392ff; GRUR 1967, S. 362ff; GRUR 1987, S. 241ff)。

以該等判決為依據高等法院認為基於第二十一條BO及第十一條HWG和不正競爭防止法第一條醫師

有義務就因其給予停留、採訪及攝影許可而製作之媒體報導保留其允許公開之權。若此項義務存在時，則就當然可以導出當媒體不同意此項允許保留時，其須必棄在報導過程中之任何參與行為。高等法院之判決並未對此項職業義務之限制，基於期待可能性之觀點留下其他空間。

b) 職業從事自由之限制只有在其有助於合理之公共利益且對受限制人而言不過度或仍在可期待範圍內，始符合基本法第十二條第一項之規定(BVerfGE 7, 377[405f.]; 71, 183[196f.]; 77, 308[332])。

aa) 法律上之容忍禁止乃基於公共利益之合理考量。醫師不得容忍透過第三人出版具廣告性質刊物之義務，目的乃在保障醫師之廣告禁止(BVerfGE 71, 162[175])。該項禁止不得因醫師透過第三者如病患或新聞記者來為對醫師本身而言屬於廣告禁止之行為而加以規避。容忍禁止所針對之廣告禁止及所賦予廣告禁止之意義其應是避免醫師之職業形象遭受歪曲。若醫師使用一般商業平常慣用的廣告方法時，該項歪曲則可能出現(BVerfGE 33, 126[170])。除該項目的外另外考慮的是全民健康之利益(BVerfGE, 71, 162[174])。醫師職業之從事不應依經濟成效之標準而是應依醫學上之必要性為依歸。廣告禁止乃在預防健康政策中不希望出現的醫生職業商業化。此項目的合法化該項廣告禁止——因其乃是預防規避——亦合理化所謂的容忍禁止。

bb) 高等法院自容忍禁止所得出只有在保留公開允許權下才許可其報導之義務，就達成此項保障目的而言是適當的。若報章之報導事先必須經過醫師審查及同意手稿後才得發行作為醫師得參與該項報導之前提時，則不當廣告之文章發生之機會自始即可顯著地減少。

cc) 在無許可保留下禁止醫師參與媒體報導仍得被認為保障廣告禁止所必要。對醫師職業從事自由較少限制且能相同達成法律目的之方法並不明顯地存在。雖然廣告禁止及由其所導出之容忍禁止所欲預防醫師職業形象之歪曲及醫師職業商業化之危險，自始在編輯文章中就比在商業廣告中為小。但是不容否認的是，編輯式的表達方法僅在於掩飾該文章的廣告性質。若參與該項出版物之醫師僅因該文章以編輯文章方式出現即可免除負擔任何責任時，則無法以相同的程度來阻止廣告禁止之規避。特別是當醫師只須提醒媒體廣告禁止之事時，則缺乏相同有效的保護，至少媒體在違反此項禁止時並無受到制裁之虞。

dd) 但對上訴人而言，此種職業從事自由之限制是無法期待的。限制基本權利措施之期待可能性得自對該限制之程度及合法化理由間考量之結果(BVerfGE 77, 308[332])。高等法院對該項考量之必要性，雖無認識上之錯誤，但卻不適當地給予保障廣告禁止較職業從事自由基本權利優先之順序。

容忍禁止所維護之人民健康乃是高層次的公共利益，其自得合法化明顯對職業自由之侵害(BVerfGE 17, 269[276])。由高等法院所適用的條文並非直接欲防止特定的健康危害，而僅在欲防止病患之不安全感，阻止長期而言對人民醫療供養有否定影響的醫師職業形象。在此情況下由廣告禁止所得出之容忍禁止才與健康之維護有所牽連。透過此種形式，容忍禁止已遠離該項法益，且至少無法主張原則上該項法益皆必須優先職業從事自由考量。

雖然上訴人並非在其職業從事之中心領域，即醫療行為本身受到限制，而是屬醫師行為週邊範圍的

公共形象受到影響。但在這個範圍內該項限制對醫師而言是相當重大的。依高等法院之判決，上訴人只得在一定條件下始得與新聞界接觸，惟此條件對新聞業基本上是無法接受的。上訴人因此不只是喪失一般地給與新聞業知悉其職業行爲之機會。此外即使其欲就先前的報紙文章加以反駁時，亦無法參與報導之過程。

在高等法院之判決中並未對導致上訴人應參與該項具爭議性報導之具體情況作充分的考量。在判斷是否參與該報導時，依廣告禁止之觀點必須取決於該報導乃基於醫師之主動且爲其利益或是新聞業請求且基於其讀者之利益；另外可在是否允許該項參與扮演角色的乃是，該醫師是否因此首度成爲報導之目標或是其基於先前、大部分對其個人及醫療方法採批判性言論而決定參與報導之完成。至少在上述最後一種情況下，避免廣告效果若被視爲高於防衛對其醫療行爲之侵害時，則是對於醫師職業從事自由加以無可期待之限制。

這就是本案例之情形。上訴人因其醫療方式成爲報章上強烈攻擊之目標。因此其要求對他特別嚴詞批評的雜誌編輯部門親自現場來製作其醫療行爲之報導。但此項請求卻無任何結果。之後其基於另外一家雜誌社工作人員之詢問，答應提供這項機會。若只有在該雜誌社同意其得審查及許可原稿下，上訴人始得提供此項機會，則鑑於通常新聞業將會拒絕其編輯報導須再受外來之允許始得發表之情形，上訴人將完全失去改正大眾眼中有關其職業行爲形象之機會。該項損失較在有關於醫學問題廣泛討論下，對上訴人有利之報導將造成危害人民健康之危險更爲嚴重。

該受責難之判決亦侵害到上訴人基於基本法第五條第一項第一句之言論自由基本權利。

雖然上訴人並不被禁止發表言論。相反地其只被賦予阻止該被責難報導之任務。侵害其基本權利之理由在於，上訴人只能在拒絕參與任何雜誌報導或將其參與取決於原稿事先的出示及許可與否下始能履行其義務。在此情況下上訴人則無法自主地決定面對新聞業時是否發表言論。若該項在發表前必須徵求其許可而須出示原稿之條件被新聞業拒絕時，則其面對新聞業時不得發表任何言論，甚至不考慮其他更詳細之因素。即使上訴人先前受到公開的抨擊而該項言論有助於防衛自己時，該項禁止仍有適用。

當然言論自由只在一般法律界限內加以保障，而第二十一條 BO、第十一條 I MWG 及不正競爭防止法第一條亦屬於一般法律 (BVerfGE 71, 162 [175])。但自一般法律所得出言論自由之界限則需在該項基本權利意義下加以解釋 (BVerfGE 71, 198 [208])。高等法院就須在容忍禁止所保護之法益及上訴人言論自由間做衡量並無不正確之看法。但該項考量過程在憲法上卻並非毫無瑕疵。高等法院將雜誌之言論歸屬於上訴人本身之言論。在上訴人有關其醫療行為之言論與報紙編輯就相同標之物之報導間卻存在不同之處。新聞業於其報導領域內得刊載對上訴人之看法，而該項看法基於廣告禁止之理由不得由上訴人自行發表。若醫師明顯地將新聞業作為其職業上自我展現之工具時，則就是另外的情形。但本案卻無跡像顯示為該項情形。因此在上訴人這方面並非在新聞業有關其之言論而是在賦予其言論自由限制及就新聞審查及許可義務所促進的人民健康間加以衡量。此項衡量並不導致與在基本法第十二條範圍內所為考量不同之

之結果。

參與本判決之法官：院長 Herzog, Henschel, Seidl, Grimm, Sölnner, Dieterich, Kühling, Seibert。

上訴人之代理人：RAe Prof. Dr. Karl Egbert Wenzel, Klaus Sedelmeier, Joachim von Strobl-Albeg, Dr. Waldemar Ganner, Imelda Thaler-Nölle, Eya Löhrner, KönigStr.1 A, 7000 Stuttgart 10