

# 關於「禁止醫師刊登業務廣告案」 之判決

BVerfGE 71, 162-171【禁止醫師廣告案】

聯邦憲法法院第一庭 1985.11.19 判決

— 1 BvR 934/82 —

張 懿 云 譯

## 裁判要目

裁判要旨

判決主文

判決理由

A 爭點

I 相關法條

II 兩造對於本訴願案之立場與看法

1. 訴願人之行爲

a 訴願人之本案中之身份

b 訴願人在本案中之行爲

2. 訴願人之理由

3. 巴伐利亞邦司法部與聯邦醫師公會之立場

a 巴伐利亞邦司法部之見解

b 聯邦醫師公會

B 本訴願案合法且部分有理由

I 執業辦法關於一般性禁止廣告之規定並未違憲

1. 醫師之執業規則屬各邦之文化權限

2. 禁止醫師爲一般性廣告，並無違憲疑慮

a 各邦立法者可提供職業團

體制定執業規則

b 巴伐利亞數醫師執業辦法

禁止醫師爲一般性廣告不違憲

3. 執業準則禁止一般性廣告並未侵犯任何基本權

a 系爭之執業規則係屬「一般法律」，未侵害職業自由與意見表達自由

b 禁止一般性廣告未侵害學術自由

c 系爭規定亦未違反平等原則

II 就公開發出新聞稿與發行活細胞療法雜誌部份，兩醫事職業法庭之判決並無不妥

1. 聯邦憲法法院之審查範圍

2. 訴願人之指摘不成立

III 就出版書籍部份，兩醫事職業法庭之判決確有不週之處

1. 意見自由之內涵

2. 系爭兩件判決侵害訴願人之意見自由權

- a 比例原則的適用
- b 引用廣告禁止之規定審視該案係  
侵犯意見自由權

## 裁判要旨

1. 在醫師執業辦法中，有關醫師不得違法刊登業務廣告的規定，係屬於職業從事之限制，尚無違憲法之精神。

2. 但是在某些個案中，此項禁止規定對醫師個人不僅是一項不合理的約束，甚至會損及當事人意見表達自由方面的基本人權〔本案例是將此項禁止規定應用在涉及個人自傳內容的書籍出版〕。

## 案由

本訴訟案係由 Dr. B... 先生一訴訟代理人：Dr. Hermann Kroitzsch 律師，（地址：Kaiserstr.66a, Karlsruhe 1 —針對 a）巴伐利亞邦最高法院的醫事職業法庭於 1982 年 7 月 19 日所作出之 LBG-A-1/82 號判決與 b）慕尼黑高等法院醫事職業法庭於 1981 年 11 月 4 日所作出之 BG-A-5/78 號暨 BG-A-6/80 號判決所提出之憲法訴願案。

## 裁判主文

慕尼黑高等法院的醫事職業法庭於 1981 年 11 月 4 日所作 BG-A-5/78 與 BG-A-6/80 號判決以及巴伐利亞邦最高法院的醫事職業法庭於 1982 年 7 月 19 日所作

LBG-A-1/82 號判決〔前述判決均判定本案訴願人所出版之“戰勝老化”(Sieg über das Altern)一書違反其職業義務〕，因損及本案訴願人應受“基本法”第5條第1項保障之基本權利，故應予撤銷。本案並應發回慕尼黑高等法院醫事職業法庭更審。

至於本訴願案的其餘部份予以駁回。

巴伐利亞邦應負擔本案必要費用之半數。

## 判決理由

### A (爭點)

本件係訴願人針對以上兩醫事職業法庭將訴願人的一件書籍出版與訴願人爲其所主持的之療養院刊登兩則廣告的行爲，判定係違反職業身份義務之行爲(standeswidrig)，所提起的憲法訴願案。

### I (相關法條)

原則上，德國各邦均在其所制訂之醫師執業辦法中禁止醫師的任何醫療廣告行爲。而這些醫師執業辦法是由邦醫師公會(Landesärzte kammern)在法律授權的基礎下公佈實施的。巴伐利亞邦在其於1957年7月15日制訂[GVB. S.162]，並於1978年1月1日[GVB. 1978, S.67]新修訂的有關醫師、牙醫、獸醫與

藥劑師的職業行為與管轄範圍的辦法（以下簡稱 Kammergesetz）中，有如下之規定：

第 17 條 醫師有秉持良心從事工作與不作出危害其職業聲望行為之義務。

第 19 條 本辦法得在第 17 條的範圍內，對醫師之職業義務作進一步之規定，尤其是有關：

1. — 2. …，
3. 執業告示與執業設備，
4. — 6. …，
7. 廣告，
8. — II. …。

第 20 條 本醫師執業辦法須經內政部核准後，始得由醫師公會公佈實施。

巴伐利亞邦醫師執業辦法業經醫師公會修訂，並經該邦內政部核可（ Bay. Arzteblatt Sondernummer 1977 ），於 1978 年 1 月 1 日正式公佈實施（簡稱 BO 1978 ）。其主要內容與聯邦醫師公會（Bundesärztekammer）所建議的條文範本一致。執業辦法的規定如下：

## § 21

### 廣告與自我吹噓

(1) 醫師不得作任何廣告或是自我吹噓，尤其是與職業身份不符者，

(a) 策動他人刊登公開銘謝廣告或是公開自我吹噓，或

(b) 藉由文字、圖片或聲音的方式，公開介紹藥品、藥劑或是診斷以及治療的過程，以達到為自己診所廣告目的者。

(2)...

(3) 醫師亦不得利用醫院、療養院、研究機構或是其他企業名義的方式，間接為其藥品、藥劑、治療方法或是治療效果作廣告。

(4) 醫師不得同意他人在具有廣告性質的文字或圖片報導中，公開刊載其姓名、地址與職業專長項目。

(5)...

## § 22

### · 醫生與社會

(1) 凡是在公開的專業期刊上，以真實姓名發表學術性著作或是由其他醫師介紹或討論關於被報導醫師的特別診斷或治療方法及其實施之可能性時，不在禁止之列。

(2) 凡是在報紙、廣播電臺、電視臺有關醫學內容的專欄中由醫師協助宣導說明的行為，只要其內容是侷限在提供客觀資訊，且沒有為自己廣告之嫌者，亦不在禁止之列。

關於是否違反職業義務案件的審判程序均採兩級制（ Art. 55ff. des Kammergesetzes ）。若無其他規定，其審理程序悉依刑事訴訟法與法院組織法辦理（ Art.87 des Kammergesetzes ）。職業法庭的處分方式計有：警告、2 萬馬克以下之罰鍰、撤銷職業團體代表資格或參選代表的被選舉權（ Art.56 des Kammergesetzes ）。

## II（兩造對於本訴願案之立場與看法）

1. 本案訴願人係巴伐利亞邦一家專門從事活細胞療法 (Frischenzellentherapie) 的私立療養院所有人。之前即曾因違規廣告而受職業法庭處分之記錄。在文號：1 BvR 38/78 的另一個與本案同日公佈的訴願程序中，本案訴願人也被指控在廣告中，除了刊登自己姓名、醫師職銜之外，還同時刊登一項以上的指示療法，有為自己的療養院作廣告的嫌疑。

a) 醫事法庭在審視訴願人以下的三項違規行為，並同時參酌訴願人從前的被處分記錄之後，作出罰鍰 10,000 馬克的裁決：

首先是，訴願人曾在 1978 年以自傳形式出版“戰勝老化”一書，副標為“今日的活細胞療法”。在這一零售價約為三十馬克書籍的外包裝上，對訴願人這一位醫生兼醫學研究專家的人生歷程有所描述，包括從少年時代歷經大學求學時期，而後成為戰地前線醫官與成

為美軍戰俘的經歷，乃至為人夫、為人父的私人生活，均有介紹。職業法庭認為，訴願人在書中多次提到他個人的醫學成就、並宣揚由他所應用的活細胞療法，此外並附上許多成功接受手術的知病患的肯定意見，故判決此乃屬違反其職業身分義務之行爲。

其次是，訴願人以經營企業的方式來管理療養院，這其中亦包括廣告的運用。爲此，訴願人特別聘請一位工作人員，專門負責檢視廣告內容是否符合”專門職業法 (Standesrecht) 之規定，而他個人在廣告刊出之前則均不檢查內容。這一位工作人員曾委託廣告代理公司製作了兩份新聞稿，各印 300 份發送給相關新聞記者。其中一份新聞稿提之規定到，訴願人這一位國際知名的活細胞治療專家不僅以其首創的醫學成就成爲討論的焦點，而且最近更是以一位成功的作家的身分出現在大眾面前。此一文稿在 1979 年 5 月已經被職業法庭認爲內容不妥而予以處分。

此外，先前提到的這一位由訴願人所聘請的工作人員又設計了一份家庭雜誌形態的“活細胞療法報導”，並計劃每半年出版一次。1980 年初首次出刊時，共印製了 12,000 份，主要是發送給曾接受訴願人診療過的病人，一部份則是當做商品說明書，分寄給有興趣的人。在刊名“活細胞療法報導”標題下即介紹訴願人是“B 療養院的著名藝術家”，並同時刊登知名病患個人

或是與訴願人合照之照片。在雜誌內也有影印自來賓簽名簿上的病患親筆簽名、感言與“來自世界各國的感謝”的大標題。這些一部份帶著激情感謝詞一均在表達對訴願人及其他工作人員的感激之意。訴願人是在報導發送出去之後才首次看到報導的內容，並對編排及內容加以責備。但是在之前的一次有關報導內容的一般性編輯會議中，訴願人則同意刊出知名病患的照片；而且對於刊出來賓簽名簿中的病患親筆簽名的做法，訴願人也沒有表示反對的意思。

b) 訴願人的上訴被駁回。巴伐利亞邦最高法院的醫事職業法庭與一審的慕尼黑高等法院的醫事職業法庭均採一致的見解，認為訴願人的上述三項行為已經觸犯1978年修訂通過的醫師執業辦法第21條以下，有關醫師不得刊登與職業身分不相當之廣告的規定。所謂廣告是指，任何以有計劃的影響手段來促使不特定團體中的個人，使用廣告者所提供之商品或勞務服務的行為。毫無疑問地，在訴願人所出版的書籍中，多處出現了具有廣告與自我誇獎意涵的字句；從大量特意突顯訴願人個人的描述以及大部份是醫學門外漢所表達的感謝辭均足以證明，此乃有前科記錄的訴願人故意之行為。同樣地，新聞稿與活細胞療法報導。也是在為訴願人個人作度告。又不論訴願人是否可以預知上述文稿與報導會出現違法廣告的情況，其仍然因為沒有盡到足夠的注意義

務而違反了 1978 年修訂通過之醫師執業法第 21 條第 4 項之規定之注意義務。就此點而言，訴願人也不認為有違憲之虞。

2. 訴願人提出憲法訴訟案的主要理由是，他認為該兩醫事職業法庭的判決限制了他的文學創作。他所追求的並不是金錢，而是他個人在醫學方面的理想與研究成果對社會的影響。訴願人認為，如果他被禁止具名對公眾發表他的醫學知識、工作方法、臨床經驗與對人類有幫助的醫療效果，這便會侵犯了他應受“基本法”第 1 條第 1 項以及第 2 條、第 3 條與第 5 條所保障的基本人權。醫師亦無須事事隱名埋姓，他應該可以具名寫回憶錄、具名散播他的學術理論並提及其職業上的成果。再者，醫師執業辦法並非基本法第 5 條第 2 項所指稱的一般法律 (allgemeines Gesetz)，因此並無權規範此類事項；特別是它的相關規定也不是很明確的時候。而對於從事科學工作的醫師的文學創作進行約束，這本身更不見容於無限制保障學術自由的憲法精神〔基本法第 5 條第 3 項〕。作為自由業的醫師反倒不如教授或具公務員身份的醫事人員來得自由，因為這兩類人員在發表學術專業時，均無任何限制。當一位醫生在報導與主張應用自己所使用的醫療方法時，總是免不了要對其醫療效果作一些廣告式的說明。至於舉證其醫療效果的方式與格調一例如：是否利用轉登病患感謝辭的方式一則應該完

全由醫師個人在其意見表達自由與學術研究自由的範圍內去自行決定。況且一本在市面上銷售且由讀者付費買回的書，在本質上亦已經不算是廣告了。

該兩醫事職業法庭判決新聞稿與活細胞報導雜誌內容違法，顯然違反了意見表達自由、新聞自由與“基本法”第 5 條第 3 項的規定。訴願人身為醫師，實有將有關活細胞療法的資訊告知社會大眾的義務。因此，該兩醫事職業法庭對訴願人的處分確是一項錯誤的判決。除此之外，還有其他家療養也被允許以刊登知名病患照片與在來賓簽名簿的簽名的方式來作廣告。如此一來，訴願人在實質上就被剝奪了以企業經營方式來減輕在療養院管理方面負擔的權利，這也有違基本法第 12 條第 1 項的規定。

3. 巴伐利亞邦司法部與聯邦醫師公會均曾提出他們對此一憲法訴訟案的立場與見解。而德國統一營業競爭保護協會、著作權協會以及反不正競爭中心亦曾在另一個與本案同時審理，文號為 1 BvR 38/78 的訴願案中，就一般性禁止廣告是否違憲的問題提出看法。

a) 巴伐利亞邦司法部 (das Bayerische Staatsministerium der Justiz) 認為本憲法訴願案理由不夠充份。該部認為醫師執業辦法中有關禁止不符身分廣告的規定是一項具法律基礎，且有助於發揮社會醫療照顧的執業規範。它同時也符合憲法要求一般法律在訂定罰則時，

必須清楚、明確的原則。而此項禁止規定也沒有觸犯意見表達自由的基本人權；此一醫師執業辦法是屬於基本法第 5 條第 2 項所稱的一般法律，其目的地是要保護社會大眾免於受到不適當的醫療服務。辦法中有關禁止廣告的規定也並未觸犯學術自由的基本權，因為有關學術自由的基本權保障範圍並不包涵科學知識的經濟使用價值的部份。因此，憲法法院若要檢視此項禁止規定有無違背對學術自由的保障，亦只能限制在此特定的範圍內，始得為之。在本案中並看不出有任何特別的違憲問題。

b) 同樣的，聯邦醫師公會亦認為本憲法訴願案理由不夠充份。

德國統一營業競爭保護協會、著作權協會與反不正競爭協會亦持與聯邦醫師公會一致的看法。他們認為此項禁止廣告的規定符合醫師們的權益。醫師的職業形象不可以因為廣告的手法而受到扭曲，關於這一點，在一般的商業領域是非常常見的。這一類的廣告手法將會動搖社會大眾對醫師的信賴。而最重要的是，此禁止醫師不當廣告的規定能夠保護社會大眾免於受到公開不當、誇大的醫療廣告的迷惑及其所可能帶來的傷害，例如：不安迷惑的病患可能不找真正具有專業能力的醫師，而去相信特別強調其醫療成果與手法的廣告。與以上的不利益比較，醫師本身因為此項禁止規定所造成的損失與不便就屬於微不足道。再說此項禁止規定也被認為是傳

統醫師職業身份權中一項重要的內容。不僅如此，在其他數項自由業的執業辦法中，也都可以找到類似的規定。另外再從法的層面來看，此項禁止規定是經由充份的法律授權，而對醫師執業規則 (Berufsausübung) 的一項合法限制，它不僅沒有侵犯到意見表達自由與新聞自由的基本人權，同時也沒有傷害到平等原則。更談不上去觸犯到涉及人性尊嚴的基本要件。

只要這本引起爭論的著作是屬於一種意見的表達，那就沒有涉及違反基本法第 5 條第 1 項的情形，因為此項禁止規定是依據該條第 2 項的精神來約束此一基本權的行使方式。訴願人所發出的新聞稿與活細胞報導雜誌應不在意見表達自由的保護之列。蓋此兩項刊物稱不上是真正嚴肅而有計劃地在從事實實的傳播，因此從一開始，此項禁止規定根本就沒有侵犯學術自由的疑慮；又根據該兩醫事職業法庭的認定，該本著作具有明顯的廣告性質。換言之，只要訴願人出版學術性的知識並放棄打廣告的方式，則縱使使用較通俗的表達手法亦無妨，當不致於受到該執業辦法的限制。

## B (本訴願案合法且部份有理由)

就“戰勝老化”一書的出版被判決為係違反職業義務的行為這部份而言，本憲法訴願案合法且有理由。

## I（在執業辦法中，關於一般性禁止廣告之規定並未違憲）

在引起爭議的判決中所引用的執業辦法中，就間接為療養院廣告所做規範僅有部份不妥之處（請參閱同日公佈，文號為 1 BvR 38/78 的聯邦憲法法院就 § 19 Abs.2 BO 1970, 新法為 § 21 Abs. 3 BO 1978 的裁判）。至於在本案所引用執業辦法中的一般性禁止廣告的規定，依前述有限制的闡釋則尚未侵犯訴願人的基本人權。

1. 依訴願人所提出的問題，尚不需進一步去討論由各邦立法授權制訂的醫師執業辦法與聯邦於 1965 年 7 月 11 日所制訂的藥品廣告法 (Heilmittelwerbe-gesetz, BGBl. I. S. 604; 1978 年 10 月 18 日新修正公佈, 見 BGBl. I S. 1677)) 兩者之間的關係。此外，訴願人認為 1978 年所制訂的醫師執業辦法中的第 21 條第 1 項與第 4 項所作的一般廣告的禁止侵犯了聯邦立法權限的看法亦不成立。的確，依基本法的規定，聯邦在經濟領或〔基本法第 74 條第 11 項〕及醫師和其他醫療職業之許可，並對醫療藥品、麻醉藥品的流通使用方面〔基本法第 74 條第 19 項〕，固然有競合立法的權限，並且也曾在此權限的基礎上，制訂過藥品廣告法來禁止特定的藥品廣告、醫療過程與方法的廣告。至於聯邦權限的範圍如何，這裡並無進一步討論之必要。但是在此必須指出

的是，依據基本法在立法權限方面的規定，醫師在取得執業許可之後的執業規則與有關醫師職業形象的禁止廣告，則完全是屬於各邦而非聯邦的立法權限。

2. 在 1978 年所制訂的醫師執業辦法第 21 條第 1 項與第 4 項中所規定的一般性禁止廣告，是一種毫無違憲疑慮的職業執行規則。

a) 聯邦憲法法院已經多次檢視過，在符合基本法第 12 條第 1 項精神的情況下，是否以及在如何的範圍內得允許一些自發的職業團體在其組織章程中設定這些職業的執業規則，並且在法律的授權之下，應設那些標準（請參閱 BVerfGE 33, 125 [155ff.]; 33, 171 [183ff.]; 36, 212 [216f.]; 38,, 373 [381] ）。從此一基本立場出發，立法者應可以授權職業團體去設定其執業義務之範圍，而這些義務規範既不具塑造職業形象的性質，並且只涉及該職業團體會員在執行業務時的自由而已。在個案方面，該執業規則的界限應視基對基本法所保障職業自由的侵犯有多大，在此必須參考聯邦憲法法院針對基本法第 12 條第 1 項所發展之“階層理論” (Stufentheorie)，使立法者的授權符合明確性的要求。愈是對職業從事者的自由執行業務行為限制愈多的或是限制的種類與方式對大眾利益影響愈重大的，立法本身在授權允許合法干預時，就必須做出更清楚的規範。

對醫師而言，這種一般性的禁止廣告規定只涉及限

制其執業的種類與方式而已；這只是在選擇醫師職業時的一項單純選擇結果。這種規定並不會改變其職業性質。雖然在廣告方面的限制也會影響到醫師的社會形象，但這是一種透過職業團體所呈現的一種傳統而有效率率的自我約束。假如我們同時考量醫師亦可公告一些特定具有廣告性質的事項〔請參考 1 2. b〕以及禁止廣告的限制亦只可有限度地應用在書籍出版方面〔詳請見同日公佈文號為 1 BvR 38/78 的憲法法院裁判〕，那麼其實禁止醫師廣告的規定只能算是基本法第 12 條第 1 項意義下最輕微程度的侵犯而已。因此，即便是由立法者授權各邦醫師協會去制訂執業辦法，亦不需要有太多的顧慮。

又 1978 年 1 月 1 日公佈實施的增修版巴伐利亞邦公會法 (das bayerische Kammergesetz) 中，有關授權的規定亦符合憲法的要求。另外，在重新修訂的條文中，除了重新改寫醫師各項基本職業義務之外，又特別明確規定該執業辦法得再增訂，尤其是有關廣告方面。但若該規定涉及一般社會大眾利益或是其他不相干第三者的權益時，則必須另外取得邦內政部的核可。

b) 此外，從實體法的角度來看，巴伐利亞邦醫師執業辦法第 21 條第 1 項與第 4 項中所作的一般性禁止廣告的規定仍未超出基本法第 12 條第 1 項的範圍。

若是有足夠增進公共利益的理由並且在合乎比例原

則的情形下，立法者當然可以對自由業者的廣告行為加以限制，此乃屬於執業從事規則之限制 (Vgl. BVerfGE 57, 121[130ff.]; 60, 215 [229])。而在本案中，這兩個前提要件都已具備。

在從前的判決中之所以允許對自由業做禁止廣告的限制，通常是為了防止如同常在商界看到的，利用廣告來扭曲各種自由業的職業形象 ( BVerfGE 33, 125 [170]; 60, 215 [232])。在面前的陳述中也曾提到，一般而言，病患比較容易受到他人意見的左右而且也比較容易疑惑不安；因此，禁止醫師廣告目的即在保護社會大眾，讓病患安心醫師並非以營利的出發點來做特定的診斷、治療措施或開具處方的。由於上述的理由已經十分充分，所以姑且不論為了保障醫師職業身份的利益的理由是否足夠，都足以禁止醫師廣告。

沒有跡象顯示，這一類的禁止廣告規定會對醫師們造成不合比例的負擔。唯一較可能發生的疑慮的是執業辦法條文中有關禁止“各種廣告”(jegliche Werbung)的用辭是否妥適的問題。例如：在“會計法”(§ 57 Abs.1)只是要求，不得作“與職業身分不相稱之廣告”(berufswidrige Werbung)。在前文中亦曾提到，醫師除了可藉由本身的醫術及聲望達到廣告的目的之外，亦可合法使用若干具有廣告性質的做法來達到宣傳的目的，例如：醫師可以對外使用合法取得之專業醫師的稱謂與

頭銜、醫師亦得在其診所招牌上寫上其專長的醫事項目、並可在特定的書刊、通訊錄或是公家出版之目錄刊載其專長領域(§§ 26ff. BO 1978)；另外，醫師當然亦可在專業雜誌上具名發表文章或是針對闡述醫學內容的議題，在新聞媒體上參與討論或是對外演講、教學(vgl. § 22 BO 1978)。這一些例子足以說明，儘管醫師執業辦法第 21 條第 1 項的條文涵義很廣，但是在適用解釋上，也僅在於禁止與職業身分不相稱的廣告而已(vgl. Brangsch, NJW 1980, S. 1817[1819]; Jarass, NJW 1982, S. 1833[1836]; Kornblum, BB 1985, S. 65[66])。從其適用解釋的角度來看，這個一般性禁止廣告的條文是合憲的。但是，雖然此一條文是合憲，但仍可能在個案的運用中，對醫師造成不合理的負擔。

另外，醫師執業辦法第 21 條第 4 項的規定與同條第 1 項一般性禁止醫師廣告的條文一樣，亦無違憲之虞。依該條規定，醫師不得同意他人在具有廣告性質的文字或圖片報導中，刊載他的姓名、地址及醫事專長項目。此項規定一方面是為了確保達到禁止廣告之目的，另一方面，雖然禁止醫師進行公開的商業廣告行為，但在考慮醫師職業形象的利益下，也並非是一種不合比例的負擔。至於在本案中，並無必要做進一步分析研究，到底醫師本人必須對於這些被公開的第三者應負什麼樣的責任，因為這種情形固然會達到一定的廣告效果，不

過它也另外帶有對於一定公共意義議題的資訊傳播與意見表達的作用。

3. 這種屬於職業執行準則性質的一般性禁止廣告規定並未侵犯任何基本人權。

a) 欲針對此一問題做進一步檢視的前提是，通常必須廣告所涉及的是一件公開告知且是具有有助於社會意見的內容或相關資訊的事項時，才會再進一步地檢討，此一干預是否侵犯到意見表達自由的基本人權，即便是屬於商業廣告亦然 (enger BVerfGE 40, 371 [382])。之後，若要排除一般性禁止廣告規定有侵犯意見表達人權的疑慮，則必須見確認該規範要於基本法第 5 條第 2 項所定義的一般法律，並且其所作的限制仍未超出比例原則的範圍。在本案中，這些前提件均屬肯定。

在 1978 年所制訂醫師執業辦法第 21 條第 1 項與第 4 項中的禁止廣告規定是屬於基本法第 5 條第 2 項所指稱的「一般法律」，因為此項規定並非特別針對某一特定思想而來，而是為了根本保障一種需要受到保護的法益所制訂的 (vgl. BVerfGE 7, 198 [209f.]; 59, 231 [263f.]; 62, 230 [243f.])；因為惟有如此，病患才能避免受到誇張、不實廣告的傷害。而且與本文前面所提到的情況一樣，此類禁止規定不僅對醫師職業自由 (Berufsfreiheit) 的妨礙有限，它對醫師意見表達自由 (Meinungsfreiheit) 所造成的限制也並未溢出比例原則

的界限。即便是以基本法第 5 條第 1 項的標準來看，此項禁止規定除了有可能因為個案適用的結果造成不合比例的限制之外，其規定本身並未違憲（詳請見以下 III）。

b) 一般性禁止廣告的規定未侵犯到“基本法”第 5 條第 3 項所要保障的學術自由。它既未妨礙醫師的學術研究工作，也未防礙其對外公開傳播研究成果（§ 22 BO 1978）。唯一受到禁止的只是具有廣告性質的宣傳而已。因為具有廣告性質的宣傳在本質上根本就不能被視為是嚴肅、有計劃的一種發掘事實的科學行爲（Vgl. BVerfGE 35, 79 [113]）。最多也只能說，學術研究成果的經濟使用行爲有可能成爲一種廣告的行爲。此類的使用行爲是典型其他基本權所欲保護的對象（v gl. BVerfGE 31, 229 [239]）。至於對於那些同時帶有學術內容與廣告性質的出版品，是否根本應予禁止或是在到達何種程度時，才以違反禁止廣告之規定論處，則必須依照各案的情形來衡量。

c) 至於本案訴願人指責禁止醫師廣告係違反基本法第 3 條第 1 項的部份，訴願人疏忽了在其他項目的自由業亦有類似的規定。而促成如此立法的理由均是基於自由業的特殊性，因此立法者認為對其有必要另外處理。而此項禁止醫師廣告的規定之所以只涉及自由執業的醫師而不限制公立醫師的理由，則是單純因為公立醫院的醫師無需以廣告招攬病患。

## II（就公開發出新聞稿與發行活細胞療法雜誌的部份，兩醫事職業法庭之判決並無不妥）

1. 以上兩醫事職業法庭依據執業規則認定訴願人公開發出新聞稿與活細胞報導雜誌的作法有違職業義務的判決，並無不妥之處。

依長久以來的慣例，就個案事實的認定、判斷以及在合憲範圍內對問題的闡明和一般法條的引用均是承審專業法庭的職責；憲法法院只能在很嚴格的條件下，對承審專業法庭的判決進行覆核。只有在，該專業法庭所做的判決係出於對基本法含義的誤解，特別是涉及憲法所欲保障的範圍以及在實質意義上會對具體個案產生若干影響者，聯邦憲法法院始得介入 (vgl. BVerfGE 18, 85 [93]; 42, 143 [149])。

若兩醫事職業法庭是依據：在新聞稿中指稱訴願人是“國際知名活細胞療法專家”並強調這是“首創的醫療技術”，以及其在活細胞報導中刊載的知名病患照片與貴賓簽名簿上感謝辭的事實，以達到突顯其訴願人本人的目的，因而判定此等做法是不符其職業身份之廣告行爲，違反了1978年所制訂醫師執業辦法第21條第1項之規定，就此，邦憲法法院對此規定引用的基礎實無置喙之處。而且因爲訴願人也未確實舉證在別家療養院的某位醫師也同樣發生與其相同廣告行爲卻未受罰，因此其所謂此項判決獨獨不利其與其他同業競爭的說法亦

實在不足採信。另外，從憲法的角度來說，該兩法庭依據 1978 年所制訂醫師執業辦法第 21 條第 4 項的規定，將第三人（受雇的工作人員）的事實行為科由訴願人負責的做法也未違憲。在慎重斟酌本案的實際狀況，對訴願人科以應有的注意責任將，並未達到足以造成違憲的過份要求。訴願人在執業時，並未限制其不得將特定職責委交他人來減輕行政上的負擔。但假使訴願人執意要以廣告的方式來加強對其療養院的經營，那麼期待訴願人應以有效的事前防範手段以免逾越法規的要求應屬合理，更何況他應該早已經從以前自己在職業法庭的訴訟經驗中認識到違反禁止廣告規定的危險何在才是。

2. 只要該兩醫事職業法庭對訴願人所作之判決完全是依據訴願人公開發出的新聞稿與活細胞報導雜誌的事實行為，則訴願人對該兩法庭所作判決的其他指控均不成立。訴願人的陳述並不足以構成充份的理由去改變前述既成的判決。更何況該兩法庭是基本法第 101 條第 2 項所定義的專門承辦特別專業領域的法庭，而非未經許可之特別法庭 (kein unzulässige Ausnahmegerichte) (vgl. BVerfGE 18, 241 [257]; 22, 42[47]; 26, 186[193]; 27, 355[361f.])。本憲法法庭亦看不出承審巴伐利亞邦最高法院醫事職業法庭依規定所做出的審判人員的組成有何不妥之處。此外，訴願人指稱，在他已結束因前案所被判處的處分之後，又受到加重的處罰，這有違基本

法第 103 條 3 項之規定。本法庭認為加重罰則是合乎規定的，而且該兩醫事職業法庭亦已對此點提出論據，因此此項指控亦不成立。最後，有關訴願人指稱，本案尚在醫事職業法庭審理期間，他以爲了增進平和相互溝通的理由要求延期理，但爲法庭駁回，訴願人認爲此項裁決侵害到他的基本人權的此項指控亦不成立。

### Ⅲ（就出版書籍的部份，兩醫事職業法庭之判決確有不週之處）

該兩醫事職業法庭將訴願人出版的“戰勝老化”一書視爲違反禁止廣告規定的判決，侵犯了訴願人應受基本法第 5 條第 1 項所保障的基本人權。該兩醫事法庭根本沒有檢查，此項判決是否會侵犯到訴願人意見表達自由的基本人權，又此項對基本人權的侵犯是否在基本法第 5 條第 2 項中所允許的範圍之內。就此角度而言，該兩醫事職業法庭之判決確有不週之處。

1. 毫無疑問地，“戰勝老化”一書應屬於基本法第 5 條第 1 項所稱的意見表達的範圍，因此該書的出版自屬於基本權的保護範圍。從此項條文的積極面來說，此一基本權所欲保障的“意見表達”主要是指一種對事物的立場與見解，或是一種在精神辯證領域內的認知。至於這一些表達出來的“意見”是否有價值、是否正確或是是否理性，則與此地所欲討論的主題無關。此外，縱

使只是事實的傳播也受到基本法的保護，因為它是最終形成意見的先決條件(BVerfTE 61, 1 [8]; 65, 1 [41])。原則上，基本法第 5 條第 1 項第 1 句所謂「意見」(Meinung) 的意義很廣：舉凡立場、見解或是認知的表達，均屬於基本法的保護範圍之內(BverfGE 61, 1 [9])。

訴願人將他的書視為是一項「歷經數十年終於變成了事實的醫學理想所作的終結辯論」，此項醫學理想就是活細胞療法。他希望透過本書的出版，包括他到目前為止所採取的療法，能夠得到社會的正、反意見。他希望對批評者的論點作更深入的討論與辯駁。他公開的目的是要向社會大眾證實他的理論。為達成此目的，訴願人便藉由出書的方式來表達他的立場。訴願人在其書中詳述自己的成長過程、求學時期的老師、療養院的興建、對他所提療法的辯論及其效——甚至也引述了第三者的看法——，其目的均是為了向他的讀者證明他的醫療方法是正確的。也因為這樣子的關係，其醫療方法的真正內容反倒沒有如這一些評價表達得清楚。

從性質上而言，這是一本書參雜著客觀事實與主觀價值判斷的自傳。在判斷自傳式文體是否屬於一種意見表達方式時，有一點必須注意的是，那一些有別於通說的意見也正屬於基本法第 5 條第 1 項所欲保護的範圍(BVerfGE 33, 1 [15])。一位正在使用一種未經學院派醫界認可療法的醫師，在爭取社會肯定此項療法的同

時，不可避免地，也正是在爭取社會對他個人的肯定。因此，在本案中轉載病患感謝辭的做法亦即訴願人在爭取社會對他的療法及對他個人的肯定。同樣地，書中所翻印的照片，其中一部份是有關活細胞的製作與應用，另一部份是訴願人與其家人或是知名病患的合照，這也是訴願人在其終結辯論中所運用的一種表達方式。他的終結辯論亦是希望將此書當作是一種整體的表現。訴願人亦希望藉由與家人合照的照片來清楚地證明，在他為活細胞療法奮鬥的過程中，他的家人一直給予他堅定的支持。這一種形式的表現手法在現今的社會中已經不再是只適用於政治領域的一種爭取肯定個人的可行手段。凡是為了表現一種價值判斷本種意見或是一種特定觀點所展示的圖片，亦屬於意見表達保護的範疇。

2. 如果我們認定這一本引起爭論的書是一種意見的表達，那麼該兩醫事職業法庭的判決就是已經侵犯到訴願人應受基本法第 5 條第 1 項有關意見表達自由的基本人權。雖然，1978 年所制訂醫師執業辦法第 21 條第 1 項有關禁止醫師廣告的規定毫無疑問地是屬於“一般法律 (Allgemeines Gesetz)”，並且對此基本權利行使上的限制明白加以規定，但這仍然無法合理化其對此基本人權的侵犯。

a) 根據歷來的判例，一般法律依法在對有關意見表達自由的基本人權作限制時，依然必須受到“基本權”

的約制。換言之，一般法律在對基本權利作限制時，仍然必須自我設限，它必須認識到意見表達自由的基本人權具有一種直接表現人格的特殊內涵，而且此一特殊的涵義也正題組成自由民主國家的基礎 (vgl. BVerfGE 7,198 [208ff.]; 61, 1 [10f.])。因此我們必須對“基本法”第 5 條第 1 項所欲保護的意見表達自由與 1978 年所制訂醫師執業辦法第 21 條第 1 項所欲保護的法益間，訂出一個符合憲法精神的先後順序：因禁止醫師廣告而對意見表達自由所產生的限制必須是適當且必要的，以便能夠真正達到此項禁制規定所欲保護的法益的效果。同時，在所要達到的效果與因該項禁制規定而對意見表達自由所帶來的侵犯這兩者間，也必須存在一種適當的比例關係 (Vgl. BVerfGE 59, 231 [265])。

b) 如果在解釋醫師執業辦法時，確實已經兼顧到意見表達自由的憲法精神，則在個案的審理時，必然會在應用此禁制規定上有所區別，而不會完全不作法益方面的斟酌，並任意犧牲對意見表達自由的保護，將所有帶有廣告效果的出版品一律禁絕。在本案中，值得進一步斟酌的是，這一本引起爭論的書的出版，在本質上是否應完全只被視為是該項禁制規定所定義的廣告行為而已。畢竟這一類的書倒不完全像是典型的商業廣告媒體，因為一方面讀者必須付費購買，另一方面，書裡的一些廣告詞——這些沒有從文章中拆離而被放入廣告專

頁中的文句一一，也必須融入既易理解又能引起讀者興趣的文章方式出現。至於被兩醫事職業法庭所垢病的有關該書中會造成廣告效果的文句，事實上其廣告效果已經因為該書外包裝上的自傳文句而減低了，甚至也出現了一些反宣傳的資訊，例如：他自己透過療養院的經營而獲致的大筆財富。但最重要的是，本書內容最主要的目標並不是要鼓動病患去訴願人的療養院接受治療。訴願人更希望向社會大眾介紹一項受學院派醫學界忽略或者也是排斥的活製細胞療法，同時也為此療法在其他醫學療法旁邊，或至少在一些醫學門外漢的意識裏，爭取一席之地。因此，在此介紹過程中，訴願人便必須將爭取社會肯定此項尙未經自然科學方法證實其療效的最新療法的奮鬥與爭取社會肯定他個人的奮鬥結合爲一。

即使同意兩醫事職業法庭所持的看法，認爲該書在其所指稱的部份確實有爲訴願人及其療養院作廣告的效果，但這仍不足以合理化該兩醫事執業法庭在本案中對禁止廣告條文的引用。引用禁止廣告的條文來審理本案的這一類書冊，是對意見表達自由的嚴重侵犯；此項侵犯妨礙了醫師依其喜好的表達方式，一種自傳形式來表現其生命中的重要創作。再從另外一個角度來說，即使是爲了達到禁止醫師廣告規定所欲達成的目的，也未必非使用此項禁止廣告的條文不可，雖然說，此項禁止醫師運用商業廣告手段的規定有助於維護醫師的職業形

象，而且若完全不處分此類的出版品，可能會嚴重損害醫師的職業形象，但是若將此項禁止廣告的規定擴大應用到類似本案這種無可避免會在文章中帶有廣告的規定擴大應用到類似本案這種無可避免會在文章中帶有廣告內容，但廣告內容的重要性卻又排在精神層次的意見討論之後的出版物上，那麼適用禁止廣告條文所造成的結果與此項禁止廣告規定對意見表達自由所造成的侵犯這兩者間便會呈現出一種不恰當的比例關係。因為在這種情況下，對這類出版品制裁的結果，對意見表達自由所造成的損害將要比因為此類書籍自由出版而對禁止醫師廣告規定所欲保護的法益所造成的損害要來得大。

基於以上的闡釋，由於該兩醫事職業法庭的判決已經違反了基本法第 5 條第 1 項的規定，因此該兩醫事職業法庭認為訴願人的意見表達方式有違其執業規定的判決是否成立，以及該兩醫事職業法庭認為訴願人的作為有違職業義務的判決與此項判決對職業自由的侵犯是否符合比例原則的問題，即無需再做進一步的檢視。

參與判決作成法官：

Dr. Herzog	Dr. Simon	Dr. Hesse
Dr. Katzenstein	Dr. Niemeyer	Dr. Heussner