

司法院釋字第 778 號解釋抄本



司法院公布令.....	1
解釋文及解釋理由書.....	1
羅大法官昌發提出之協同意見書.....	8
許大法官志雄提出之協同意見書.....	14
詹大法官森林提出之協同意見書.....	21
黃大法官虹霞提出之部分不同部分協同意見書.....	29
黃大法官璽君提出，吳大法官陳鏗加入一至三部分，林大法官俊益加入之部分不同意見書.....	35
蔡大法官明誠提出之部分不同意見書.....	44
黃大法官昭元提出之部分不同意見書.....	55

釋
解

司法院 令

發文日期：中華民國108年6月14日

發文字號：院台大二字第1080016395號

公布本院大法官議決釋字第 778 號解釋

附釋字第 778 號解釋

院長 許 宗 力

司法院釋字第 778 號解釋

解釋文

藥事法第 102 條第 2 項規定：「全民健康保險實施 2 年後，前項規定以在中央或直轄市衛生主管機關公告無藥事人員執業之偏遠地區或醫療急迫情形為限。」限制醫師藥品調劑權，尚未牴觸憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障人民工作權之意旨，尚無違背。

藥事法施行細則第 50 條及行政院衛生署食品藥物管理局（現已改制為衛生福利部食品藥物管理署）中華民國 100 年 4 月 12 日 FDA 藥字第 1000017608 號函說明三對於藥事法第 102 條第 2 項醫療急迫情形之解釋部分，均為增加法律所無之限制，逾越母法之規定，與憲法第 23 條法律保留原則之意旨不符。上開施行細則規定應自本解釋公布之日起，失其效力；上開函應自本解釋公布之日起，不再援用。

解釋理由書

聲請人毛○芬為臺北市某婦產科診所負責醫師，臺北市政府衛生局認其對原因案件之病人調劑給藥不符合藥事法第 102 條第 2 項規定：「全民健康保險實施 2 年後，前項規定（按：即醫師得依自開處方，親自為藥品之調劑之規定）以在中央或直轄市衛生主管機關公告無藥事人員執業之偏遠地區或醫療急迫情形為限」（下稱系爭規定一）所稱「無藥事人員執業之偏遠地區」或「醫療急迫情形」之例外情況，以其違反同法第 37 條第 2 項前段有關「調劑藥品應由藥師為之」規定為由，依同法第 92 條第 1 項規定，對聲請人裁處新臺幣 3 萬元罰鍰。聲請人不服，提出異議，申請復核，經臺北市政府衛生局核定維持原裁罰處分後，續行提起訴願及行政訴訟，均遭駁回，終經臺北高等行政法院 103 年度簡上字第 105 號判決（下稱確定終局判決）以上訴無理由駁回確定。

聲請人認確定終局判決所適用之系爭規定一有牴觸憲法第 15 條及第 23 條規定之疑義，並認確定終局判決所適用之藥事法施行細則第 50 條：「本法第 102 條第 2 項所稱醫療急迫情形，係指醫師於醫療機構為急迫醫療處置，須立即使用藥品之情況」（下稱系爭規定二），及行政院衛生署食品藥物管理局（下稱食藥局，現已改制為衛生福利部食品藥物管理署）100 年 4 月 12 日 FDA 藥字第 1000017608 號函：「……說明三、另依據藥事法施行細則第 50 條，所謂醫療急迫情形，係指醫師於醫療機構為急迫醫療處置，須立即使用藥品之情況。而所稱『立即使用藥品』，係指醫師於急迫醫療處置時，當場施與針劑或口服藥劑」（下稱系爭函），均

有違反法律保留原則之疑義，向本院聲請解釋憲法，經核與司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款人民聲請解釋憲法之要件相符，應予受理，爰作成本解釋，理由如下：

一、系爭規定一尚未牴觸憲法保障人民工作權之意旨

憲法第 15 條規定人民之工作權應予保障，人民有從事工作及選擇職業之自由（本院釋字第 404 號、第 510 號、第 612 號及第 637 號解釋參照）。按對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事工作之方法、時間、地點、內容等執行職業自由，立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制。至人民選擇職業之自由，如屬應具備之主觀條件，即從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，且該等能力或資格可經由訓練培養而獲得者，例如知識、學位、體能等，立法者欲對此加以限制，須有重要公共利益存在。至人民選擇職業應具備之客觀條件，即對從事特定職業之條件限制，非個人努力所可達成，例如行業獨占制度，則應以保護特別重要之公共利益始得為之。此外，不論對人民執行職業自由之限制、選擇職業自由主觀條件之限制、選擇職業自由客觀條件之限制，所採之手段均須與比例原則無違（本院釋字第 649 號解釋參照）。

醫師診治病人，於全民健康保險實施滿 2 年之前，除診察、盡告知義務、施行治療（諸如直接用藥）、開立處方箋之外，尚有以診治為目的而為調劑，並交付藥劑之完整權責（醫師法第 11 條、第 12 條、第 12 條之 1、第 13 條、第 14 條及藥事法第 102 條參照）。是醫師以診治病人之目的，調

劑藥品，交予服用，向來為其整體醫療行為之一部分，係醫師執行職業之方法與內容，受憲法第 15 條工作權之保障。

系爭規定一明定：「全民健康保險實施 2 年後，前項規定以在中央或直轄市衛生主管機關公告無藥事人員執業之偏遠地區或醫療急迫情形為限。」故於全民健康保險實施滿 2 年後，醫師除於無藥事人員執業之偏遠地區或醫療急迫情形外，不得為藥品之調劑，乃對醫師從事診治病人所為執行職業自由之限制。此項限制，立法者如為追求一般公共利益，且該限制有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，而與其所欲維護公益之重要性亦合乎比例之關係時，即無違於比例原則（本院釋字第 738 號解釋參照）。

查系爭規定一於 75 年行政院函請立法院審議之「藥物藥商管理法修正草案」中原無相關規定，嗣立法院內政、司法兩委員會於 78 年 12 月 20 日第 84 會期第 6 次聯席審查「藥物藥商管理法修正草案」會議中，決議將「藥物藥商管理法」之名稱修正為「藥事法」，又於 81 年 7 月 8 日第 89 會期第 13 次聯席審查會議中，決議增列第 102 條第 2 項：「全民健康保險實施 2 年後，前項規定以在省（市）衛生主管機關公告無藥事人員執業之偏遠地區或醫療急迫情形為限」（立法院公報第 79 卷第 62 期，第 19 頁；第 81 卷第 57 期，第 396 頁參照）。嗣於 89 年 4 月 11 日立法院為配合臺灣省政府功能業務與組織之調整，決議將上開規定修正為系爭規定一（立法院公報第 89 卷第 16 期，第 36 頁、第 39 頁參照）。綜觀立法過程之討論，系爭規定一係為推行醫藥分業制度而設，使診療與調劑分離，讓藥師得以其專業知識技

能，核對及複查醫師開立之處方，以保障民眾之用藥安全（立法院公報第 81 卷第 57 期，第 380 頁、第 381 頁、第 383 頁、第 385 頁、第 386 頁及第 388 頁；藥師法第 16 條及第 18 條規定參照）。核其目的洵屬正當。

系爭規定一所採取限制醫師藥品調劑權之手段，使藥師得以在調劑藥品過程中再次確認用藥之正確性，有助於目的之達成，且已無其他相同有效並較溫和之手段可達成目的，尚難謂逾越必要之程度。又系爭規定一固限制醫師之藥品調劑權，但尚非涉及醫師執行職業內容與方式之全部或核心（如：診斷病因、施行治療、開給方劑），是衡量醫師工作權因此所受之損害，相對於該規定所欲維護之公益，亦難認立法者採取手段所造成之損害與其所欲達成目的之利益顯失均衡。

綜上，系爭規定一尚未抵觸憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障人民工作權之意旨，尚無違背。

二、系爭規定二及系爭函均違反法律保留原則

對人民自由權利之限制，應以法律或法律明確授權之命令為之（本院釋字第 394 號、第 443 號、第 559 號、第 710 號及第 711 號解釋參照）。主管機關依法律授權訂定之施行細則，或依職權頒布之解釋函令，如涉及對人民權利之限制，須依一般法律解釋方法，並符合相關憲法原則及母法意旨，始與法律保留原則無違（本院釋字第 566 號、第 611 號及第 751 號解釋參照）。

主管機關依藥事法第 105 條規定訂定施行細則，於系爭

規定二明定：「本法第 102 條第 2 項所稱醫療急迫情形，係指醫師於醫療機構為急迫醫療處置，須立即使用藥品之情況」，並以系爭函闡釋系爭規定二所稱「立即使用藥品」，係指「醫師於急迫醫療處置時，當場施與針劑或口服藥劑」。是透過系爭規定二及系爭函之闡釋，系爭規定一所稱之醫療急迫情形，一律僅限於醫師於醫療機構為急迫醫療處置時，須「立即」、「當場」施與針劑或口服藥劑之情況。

惟系爭規定一所稱「醫療急迫情形」之發生，情況多端，病人急需使用藥品之情況，未必僅限於「立即」、「當場」。即令主管機關亦自認，病人有醫療急迫情形時，除須「立即」、「當場」使用藥品外，如於其可取得藥師調劑藥品服務前，仍須接續服用藥品始能避免危害其生命身體健康者，醫師得另外給予備用藥品（衛生福利部 108 年 2 月 12 日衛授食字第 1079039725 號復中華民國醫師公會全國聯合會函參照）。足見系爭規定二及系爭函，一律將醫療急迫情形限於醫師為急迫醫療處置，須立即使用藥品、當場施與針劑或口服藥劑之情況，過度限縮系爭規定一所稱「醫療急迫情形」之意義，均為增加法律所無之限制，抵觸母法為因應緊急醫療需要及保障病人整體權益之意旨，逾越母法之規定，與憲法第 23 條法律保留原則之意旨不符。系爭規定二應自本解釋公布之日起失其效力，系爭函應自本解釋公布之日起不再援用。

三、併此指明部分

系爭規定一旨在實施醫藥分業政策。此項政策乃立法選擇，釋憲機關原則上應予尊重，在未變更此項政策之前，有關機關應本於系爭規定一之立法意旨，儘速貫徹社區藥局之可近性與方便性，以保障民眾得及時取得藥師調劑藥品服務

之權益。於上開制度未臻完備前，有關機關亦應配合醫藥分業實際發展程度，衡酌系爭規定一醫師得例外調劑藥品之範圍是否足敷病人醫療權益維護之最高利益，適時檢討並為合理之調整。併此指明。

四、不受理部分

聲請人另主張食藥局 102 年 6 月 5 日 FDA 藥字第 1020022537 號函，因違反法律保留原則而有違憲疑義部分，查上開函係該局就臺北市政府衛生局對本件原因個案之詢問所為答復，其性質非屬對一般事項所為之抽象規定，並非大審法第 5 條第 1 項第 2 款所稱之法令，自不得為聲請解釋之客體。是此部分聲請，核與大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定不符，依同條第 3 項規定，應不受理。

大法官會議主席 大法官 許宗力

大法官 蔡焜燉 陳碧玉 黃璽君 羅昌發

湯德宗 黃虹霞 吳陳銀 蔡明誠

林俊益 許志雄 張瓊文 黃瑞明

詹森林 黃昭元

釋字第 778 號解釋協同意見書

羅昌發大法官提出

本件涉及「醫藥分業」(即由醫師實施看診、進行醫療處置及開立處方；調劑處方部分，則由藥師負責，原則上醫師不得參與)的立法政策在憲法上應如何評價的問題。由於本件所涉及之相關規定，已經實質上影響醫師之工作權，本院自得對之予以審查；不因其為醫藥分業之「政策」，而使本院無置喙餘地。

藥事法第 102 條第 1 項規定：「醫師以診療為目的，並具有本法規定之調劑設備者，得依自開處方，親自為藥品之調劑。」同條第 2 項則限制醫師在第 1 項所規定的調劑權：「全民健康保險實施 2 年後，前項規定以在中央或直轄市衛生主管機關公告無藥事人員執業之偏遠地區或醫療急迫情形為限。」(下稱系爭規定)其所設的例外情形，包括「無藥事人員執業之偏遠地區」以及「醫療急迫情形」兩種。而針對「醫療急迫情形」之例外情形，藥事法施行細則第 50 條進一步界定：「本法第 102 條第 2 項所稱醫療急迫情形，係指醫師於醫療機構為急迫醫療處置，須立即使用藥品之情況。」(下稱系爭規定二)行政院衛生署食品藥物管理局 100 年 4 月 12 日 FDA 藥字第 1000017608 號函說明三針對系爭規定二所規定之「醫療急迫情形」及「立即使用藥品」，解釋謂：「另依據藥事法施行細則第 50 條，所謂醫療急迫情形，係指醫師於醫療機構為急迫醫療處置，須立即使用藥品之情況。而所稱『立即使用藥品』，係指醫師於急迫醫療處置時，當場施與針劑或口服藥劑。」(下稱系爭函)

多數意見基於本院原則上應尊重立法者對於「醫藥分業」之立法政策決定，故認系爭規定一並無違憲；但認系爭規定二及系爭函，過度限縮系爭規定一所定之例外情形，逾越母法之規定違憲。本席對其結論勉可同意。

本件所牽涉者有醫師、藥師及病患三方面之憲法權利（醫師之工作權、藥師之工作權及病患之健康權）如何衡量之問題。系爭規定一是否已經均衡的照顧到三者之權利，似有斟酌之餘地。故認有進一步闡述之必要，爰提出本意見書，說明如次：

一、本件所涉及「醫師之工作權」、「藥師之工作權」及「病患之健康權」三種憲法上權益

（一）醫師工作權：在傳統上，醫師的工作內涵包括診察、盡告知義務、施行治療（諸如直接用藥）、開立處方箋、以診治為目的而為調劑及交付藥劑（本號解釋理由書第5段參照）。亦即，調劑權本係在系爭規定一制定且開始實施醫藥分業（即全民健康保險實施滿2年）之前，醫師的工作權範圍。系爭規定一將調劑權部分作大幅限制，顯然是對醫師工作權的限制。換言之，系爭規定一係將「醫師本來就有的部分工作權（調劑權）」予以限制或剝奪，而不是將「本來就不是醫師工作權範圍的調劑權」排除在醫師執業範圍之外。

（二）藥師工作權：藥師工作權的內涵，包括：藥品販賣或管理；藥品調劑；藥品鑑定；藥品製造之監製；藥品儲備、供應及分裝之監督；含藥化粧品製造之監製；依法律應由藥師執行之業務；以及藥事照護相關業務（藥師法第15條參照）。系爭規定一制定並開始實施

醫藥分業前，藥師的調劑權，係與醫師平等分享；系爭規定一制定並開始實施醫藥分業之後，除該條所列的兩種例外情形外，藥品之調劑，改為由藥師所獨享。

- (三) 病患健康權：本席於本院釋字第 701 號解釋所提之意見書中曾說明，人民有權享有由憲法第 22 條所衍生保護的健康權。參照聯合國經濟、社會、文化權利國際公約第 12 條第(d)款之規定，國家為實現健康權，應創造保證人民在患病時能得到醫療照顧的條件，並參照聯合國經濟、社會、文化權利委員會於 2000 年通過有關健康權的「一般意見」(General Comment) 所闡述健康權包括可獲得性(或便利性，即 availability)、可接近性(即 accessibility; 包括不歧視)、可接受性(即 acceptability; 包括遵守醫學倫理、尊重個人隱私及其文化等)、品質(即 quality) 等 4 項要素，可知確保病患受到便利及符合適當品質的醫療照護，為國家應負的責任。不問調劑服務係由醫師或由藥師提供，均應以滿足人民健康權為首要目標。而滿足人民健康權的重要因素在於：此種調劑服務必須使病患受到便利及符合品質的照護。

二、系爭規定一對「醫師工作權」、「藥師工作權」及「病患健康權」等三種權益，是否已經做最適當的均衡，或有斟酌餘地

- (一) 由「調劑權」對醫師的相對重要性而言：多數意見認為，醫師的調劑，僅是其工作權內涵的一小部分，因而認為限制的手段未失均衡(見本號解釋理由書第 8 段所稱：「系爭規定一固限制醫師之藥品調劑權，但尚

非涉及醫師執行職業內容與方式之全部或核心（如：診斷病因、施行治療、開給方劑），是衡量醫師工作權因此所受之損害，相對於該規定所欲維護之公益，亦難認立法者採取手段所造成之損害與其所欲達成目的之利益顯失均衡」），固非無見。然保護工作權之主要目的之一，為使受保護者得以謀生或獲取經濟利益。由「經濟利益」而言，如許醫師調劑並進而銷售藥品，則其將可透過執行業務獲取較大的經濟利益。系爭規定將其調劑權做大幅度限制（甚至近乎剝奪）的結果，顯然相當程度影響其執行業務所可期待的收益。就此而言，系爭規定限制醫師調劑權，對醫師工作權所造成之實質影響，不可謂不嚴重，而不是如多數意見所輕描淡寫的「非涉及醫師執行職業內容與方式之全部或核心」。

- （二）由「調劑權」對藥師的相對重要性而言：上開藥師法第 15 條雖將「藥品調劑」列為藥師諸多業務之一，然藥品調劑，確實是藥師在其專業上的重要工作內涵；並且藥師調劑權也常衍生銷售藥品的重大經濟利益。藥師之專業在處理藥劑，而醫師之專業則包括診斷、治療、開處方、調劑及用藥等較廣的範圍；兩者相較，調劑毋寧是藥師最為核心的工作，而調劑則僅為醫師核心工作項目之一。由此而言，立法者在「調劑權分配的天秤上」，較向藥師傾斜，亦非無正當性。其問題在於「傾斜幅度是否過大」。
- （三）由病患健康權之維護而言：立法者採行醫藥分業，由藥師大幅度獨享調劑權，主要目的在於使「藥師得以

其專業知識技能，核對及複查醫師開立之處方，以保障民眾之用藥安全」(見本號解釋理由書第7段)；多數意見肯定此項立法目的之正當性；並認此種限制手段，「使藥師得以在調劑藥品過程中再次確認用藥之正確性，有助於目的之達成，且已無其他相同有效並較溫和之手段可達成目的」(見本號解釋理由書第7段及第8段)。本席認為：

1. 就確保前述健康權所應有之「品質」內涵而言：醫藥分業之下，由藥師進行調劑，雖然有「把關」的重要作用，以確保用藥安全；然因醫師亦受有相當的藥理訓練，使其有專業能力決定使用何種藥物，以便適當的治療疾病；其既然有專業能力可以開藥方，自然亦有充分之專業能力可以抓藥、調劑；並且，如許醫師自己進行調劑，制度上亦非不能要求其設有再度確認藥劑正確性之確實把關機制或程序，以確保病患的用藥安全，並確實維護病患健康權所應具備醫療服務品質之條件。
2. 就前述健康權所應有之「可獲得性」及「可接近性」內涵而言：在藥局一般營業時間外，而無法使病患及時由藥局獲得調劑服務之情形，如仍禁止醫師為其病患提供調劑服務，則與確保病患對醫療服務的「可獲得性」及「可接近性」之意旨，以及維護病患健康權應有之內涵，有不盡一致之處。
3. 就前述健康權所應有之「可接受性」內涵而言：在確保醫療品質之前提下，應使病患有相當程度自主權。例如：在設有再度確認藥劑正確性之確實把關機制

以維護病患用藥安全之前提下，病患基於諸如病患行動較為不便、無家屬陪伴就醫等方便性之理由，而主動要求由醫師為其調劑時，許醫師執行調劑業務，亦應屬健康權「可接受性」之內涵所期許。

- (四) 基於上開各項因素之考量，本席認為，立法者在「調劑權分配的天秤上」，雖可以相當程度的傾向藥師，使藥師享有完整的調劑權（即「原則上由藥師調劑」）；但因調劑權對醫師執行業務之權利，確實也造成實質上重大的影響；並且，若干情形下，賦予醫師執行調劑業務，反而較能完整保障病患之健康權。亦即，適度擴大系爭規定一所設的例外規定，「在設有再度確認藥劑正確性之確實把關機制或程序以維護病患用藥安全」之前提下，許醫師「在藥局一般營業時間外而無法使病患及時由藥局獲得調劑服務之情形」，以及「病患基於方便性（諸如病患行動較為不便、無家屬陪伴就醫）而主動要求由醫師為其調劑之情形」，可以為其病患調劑，應較能適當平衡醫師之工作權、藥師之工作權以及病患之健康權。本席建議立法者將來在修法時，將此等因素納入考量，俾更符合憲法保障人民工作權及健康權之意旨。

釋字第 778 號解釋協同意見書

許志雄大法官 提出

藥事法第 102 條規定：「(第 1 項)醫師以診療為目的，並具有本法規定之調劑設備者，得依自開處方，親自為藥品之調劑。(第 2 項)全民健康保險實施 2 年後，前項規定以在中央或直轄市衛生主管機關公告無藥事人員執業之偏遠地區或醫療急迫情形為限。」其第 2 項(下稱系爭規定)涉及醫師職業自由之限制，本號解釋認與憲法第 15 條保障人民工作權之意旨尚無違背。而藥事法施行細則第 50 條及行政院衛生署食品藥物管理局(現已改制為衛生福利部食品藥物管理署)中華民國 100 年 4 月 12 日 FDA 藥字第 1000017608 號函，將藥事法第 102 條第 2 項所稱「醫療急迫情形」，一律限定於醫師於醫療機構為急迫醫療處置時，須「立即」、「當場」施與針劑或口服藥劑之情況。本號解釋認其過度限縮「醫療急迫情形」之意義，增加法律所無之限制，逾越母法之規定，與憲法第 23 條法律保留原則之意旨不符。對於上開結論，本席敬表贊同。惟關於職業自由之違憲審查基準方面，多數意見所採基準是否妥適，尚有商榷餘地，爰提出協同意見書。

一、職業自由之違憲審查基準

在現代分業社會中，職業自由所保障之「職業(Beruf)」，不僅是維持生計所需之繼續性活動，為具有經濟意義之「工作(Arbeit)」，同時作為個人實現生活任務之基礎，與個人之人格價值密不可分。亦即，個人藉由職業以分擔社會機能，

發揮本身之個性，為社會存續及發展而貢獻，從而形塑整體人格¹。依雙重基準理論，職業自由相對於精神自由，違憲審查基準固然較寬鬆，但同係職業自由之規制，因規制型態之不同，其規制與人格價值之關聯性，以及對職業自由之限制程度，仍有輕重大小之分，違憲審查基準亦有差異。基本上，職業自由之規制可分為職業活動（執行）之規制、職業選擇之主觀要件規制及職業選擇之客觀要件規制三種，其對職業自由之限制程度依序由小至大，違憲審查基準亦依序由寬至嚴，是為德國通說之「三階段理論」（drei “Stufentheorie”）。而且，職業具有較強之社會關聯性與互動性，常須國家公權力介入，以維護公益。國家對職業自由所為之規制，究係基於何種公益目的，涉及國家之角色，以及政策形成空間之大小問題，亦會影響違憲審查基準之寬嚴。職業自由之立法規制，如係出於福利國家之積極目的，審查基準以寬鬆為宜；如係出於自由國家之消極目的，審查基準應較嚴格；是為「目的二分論」，於日本判例及學說上備受重視。本席認為，「三階段理論」與「目的二分論」各有優缺點，單從任一角度切入，皆有過於僵化之嫌。於違憲審查基準之設定上，無寧應一併考量，以收截長補短之效果，而能增加彈性，肆應各種不同狀況²。

我國自本院釋字第 584 號解釋起，經第 634 號、第 649 號、第 702 號、第 711 號至第 738 號解釋，在有關職業自由

¹ 無論著名之德國憲法法院 1958 年巴伐利亞藥事法違憲判決（7 BVerGE 377）或日本最高法院 1975 年藥事法違憲判決（最大判昭和 50・4・30 民集 29 卷 4 號 572 頁），皆採取相同觀點，將職業自由視為與個人人格價值直接結合之自由。參照小山剛著，經濟的自由の限界，收於小山剛、駒村圭吾編「論點探究 憲法」，弘文堂，2005 年，頁 192、193。

² 關於「三階段理論」與「目的二分論」之分析比較，詳參許志雄著，人權論—現代與近代的交會，元照，2016 年，頁 362-369、375-387。

規制之審理上，從規制之型態著眼，以「三階段理論」決定違憲審查基準，儼然已成大法官一貫之立場。本號解釋亦不例外，於解釋理由書稱：「對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事工作之方法、時間、地點、內容等執行職業自由，立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制。至人民選擇職業之自由，如屬應具備之主觀條件，即從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，且該等能力或資格可經由訓練培養而獲得者，例如知識、學位、體能等，立法者欲對此加以限制，須有重要公共利益存在。至人民選擇職業應具備之客觀條件，即對從事特定職業之條件限制，非個人努力所可達成，例如行業獨占制度，則應以保護特別重要之公共利益始得為之。此外，不論對人民執行職業自由之限制、選擇職業自由主觀條件之限制、選擇職業自由客觀條件之限制，所採之手段均須與比例原則無違（本院釋字第 649 號解釋參照）。」

惟三階段理論並非萬能，實際適用上存有不少問題，例如職業執行與職業選擇之規制未必可以截然劃分，主觀要件與客觀要件之區分亦有模糊不清之處，而劃分後之審查基準相差懸殊，影響至鉅，不盡合理，故應視情況彈性調整，避免機械式適用。本院解釋即曾指出，對從事工作地點之執行職業自由所為限制，若產生實質阻絕之結果而涉及職業選擇自由之限制，即應受較嚴格之審查(釋字第 738 號解釋參照)。在統治手法高度化之今日，即使事後之間接、附隨規制，亦可能造成實質限制職業選擇自由之危險，故須立足於人權論之基礎，依各種情形，就「事物之性質」為更精密之分析，

從而選定適當之審查基準³。況職業自由之規制目的有消極性與積極性之分，對審查基準之寬嚴亦會產生影響，於選擇審查基準時，宜列入考量，不能完全拘泥於規制型態。

二、「三階段理論」之運用

系爭規定對於醫師藥品調劑權之限制，涉及是否侵害醫師之職業自由問題。本號解釋理由書首先指出：「醫師以診治病人之目的，調劑藥品，交予服用，向來為其整體醫療行為之一部分，係醫師執行職業之方法與內容，受憲法第 15 條工作權之保障。」言下之意，承認藥品調劑屬醫師職業活動之固有範圍，故受工作權（職業自由）之保障。

其次，多數意見謂：「於全民健康保險實施滿 2 年後，醫師除於無藥事人員執業之偏遠地區或醫療急迫情形外，不得為藥品之調劑，乃對醫師從事診治病人所為執行職業自由之限制。此項限制，立法者如為追求一般公共利益，且該限制有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，而與其所欲維護公益之重要性亦合乎比例之關係時，即無違於比例原則（本院釋字第 738 號解釋參照）。」其依「三階段理論」，認系爭規定係對職業執行自由之限制，應採第一階段寬鬆之審查基準。

然後，多數意見指出系爭規定「係為推行醫藥分業制度而設，使診療與調劑分離，讓藥師得以其專業知識技能，核對及複查醫師開立之處方，以保障民眾之用藥安全」，其目的具正當性。末則以比例原則檢驗系爭規定，謂：「所採取限制

³ 石川健治著，藥局開設の距離制限，收於高橋和之、長谷部恭男、石川健治編「憲法判例百選Ⅱ〔第 5 版〕」，有斐閣，2007 年，頁 207。

醫師藥品調劑權之手段，使藥師得以在調劑藥品過程中再次確認用藥之正確性，有助於目的之達成」、「已無其他相同有效並較溫和之手段可達成目的，尚難謂逾越必要之程度」、「固限制醫師之藥品調劑權，但尚非涉及醫師執行職業內容與方式之全部或核心（如：診斷病因、施行治療、開給方劑），是衡量醫師工作權因此所受之損害，相對於該規定所欲維護之公益，亦難認立法者採取手段所造成之損害與其所欲達成目的之利益顯失均衡」，肯認系爭規定符合「適合性」、「必要性」及「比例性」之要求，尚未抵觸比例原則，而與憲法第15條保障人民工作權之意旨無違。

然而，藥品調劑向來為醫師整體醫療行為之一部分，不能謂非醫師職業活動之重要內容。對醫師而言，藥品調劑與個人人格價值之關聯性相當密切，且為分擔社會機能之重要本事。就醫師藥品調劑之規制，固屬職業執行自由規制之一種，但其與醫師執業方法、時間及地點等職業執行自由之規制，實不宜等量齊觀。系爭規定幾近全面剝奪所有醫師之藥品調劑權，影響廣泛且重大，似應提高違憲審查基準，參照第二階段規制，採取中度審查基準。況如後所述，系爭規定具消極目的，適度提高違憲審查基準，亦屬允當。

三、目的二分論之搭配

職業自由之規制，依其目的有消極性與積極性之分。所謂消極目的規制，通常稱為警察規制，係從自由國家或消極國家之立場出發，為防止對國民之生命及健康造成危害，而對職業自由所作之規制。實施消極目的規制時，國家之介入通常較單純，其合理性與必要性適合於司法過程中判斷。亦

即，違憲審查機關在「目的—手段」架構下進行以立法事實為基礎之審查，能力上並無特別障礙。原則上，就職業自由採取消極性警察規制時，宜採中度之違憲審查基準，要求國家介入之目的須為追求重要公共利益，且規制與目的之間具實質合理關聯性。

所謂積極目的規制，則係從福利國家或積極國家之立場出發，為謀求經濟發展，實現社會政策，特別是保護經濟社會之弱勢者，而對職業自由所作之規制。當代國家需積極推動社會經濟政策，透過立法採取一定規制措施之領域顯著增加。而實施社會經濟政策之積極目的規制時，國家之介入相當複雜，牽涉因素又多，其合理性與必要性較不適合於司法過程中判斷，理應廣泛承認立法裁量或政策形成空間。換言之，積極目的規制往往帶有強烈之未來導向性格，立法目的重心並非為了除去或預防現實之弊害，而是創造更安定祥和之社會，背後多數存有保護弱勢者、實現社會經濟之穩定性或戰略性成長等政策目標。此際涉及複雜因素與高度政治考慮，立法目的與手段之選擇範圍較廣，目的與手段之適合關係亦必屬於推測性質，違憲審查機關要在「目的—手段」架構下詳查立法事實，實有能力及適格上之界限，不得不尊重立法部門之裁量。因此，原則上違憲審查基準應從寬，立法除非顯不合理，否則不致違憲。

誠然，「目的二分論」蘊含若干問題，難免受到質疑。僅就分類本身而言，消極目的規制與積極目的規制之區分，有時並不容易，而且法律規制亦可能同時兼含兩種目的。例如環境立法，一方面為保護生態環境，提高生活品質，另一方面為維護個人之健康，增進公共福祉，其規制就難以明確分

類。尤其積極目的之內容各式各樣，可能採取之規制手段亦不一而足，其違憲審查未必適合一律採取寬鬆之基準。本席認為，就一般論而言，積極目的規制之審查宜比消極目的規制寬鬆，但實際設定基準時，仍應考量目的之重要性、規制手段之強度，以及對受規制者之影響程度。這一方面，「目的二分論」若與「三階段理論」搭配，可收相輔相成之效果。

本件系爭規定之立法目的，如解釋理由書所稱，係為「推行醫藥分業制度」，使診療與調劑分離，讓藥師得以其專業知識技能，核對及複查醫師開立之處方，以「保障民眾之用藥安全」。關於「推行醫藥分業制度」部分，或有積極目的之性質，但系爭規定之終極立法目的，無寧在於「保障民眾之用藥安全」，故宜歸類為消極目的規制。根據「目的二分論」，似應採取中度之違憲審查基準。

綜上，系爭規定之合憲性審查，若以「三階段理論」為主，輔以「目的二分論」，自宜採取中度審查基準。因系爭規定之目的係為保障所有民眾之用藥安全，有重要公共利益存在，循解釋理由書所揭比例原則之審查方式，亦可獲致合憲之結論，與本號解釋並無二致。

釋字第 778 號解釋協同意見書

詹森林大法官提出

壹、本件解釋之緣由

本件解釋，肇因於醫藥分業政策實施後，聲請人（臺北市某婦產科診所負責醫師）之診所無藥師執業登記，卻以要求病患簽署「緊急調劑請求書」方式，自行調劑藥品交予病患施用，而受主管機關裁罰。聲請人不服，經窮盡救濟途徑後，認確定終局判決（臺北高等行政法院 103 年度簡上字第 105 號判決）所適用之藥事法第 102 條第 2 項（下稱系爭規定一）、藥事法施行細則第 50 條（下稱系爭規定二）及行政院衛生署食品藥物管理局（下稱食藥局，現已改制為衛生福利部食品藥物管理署）100 年 4 月 12 日 FDA 藥字第 1000017608 號函（下稱系爭函），有牴觸憲法之疑義，向本院聲請解釋。

多數意見認為本件聲請應予受理，且作成解釋，宣告：（一）系爭規定一尚未牴觸憲法第 23 條比例原則，亦無違背憲法第 15 條保障人民工作權之意旨（二）系爭規定二及系爭函，對於藥事法第 102 條第 2 項醫療急迫情形之解釋部分，均為增加法律所無之限制，逾越母法規定，不符憲法第 23 條法律保留原則之意旨；該規定應立即失效，該函應立即不再援用。

本席贊成多數意見，並對系爭規定一審查標準選擇之論理過程，認仍有補充必要，爰提出協同意見書如下。

貳、有關職業自由限制審查標準之檢視

一、德國三階理論之引進與適用

涉及人民職業自由之限制，究應採取何種審查標準，依德國聯邦憲法法院於 1958 年之藥房判決中所形成之三階理論，應視其內容之差異，分為「職業執行之自由」、「職業選擇之主觀條件」及「職業選擇之客觀條件」三種不同階段之限制，並分別適用不同之審查標準¹。

本院自釋字第 584 號解釋起，即嘗試將德國前開三階理論引進國內²。其後，本院釋字第 634 號³、第 637 號⁴、第 649

¹ BVerfGE 7, 377 -Apotheken-Urteil. 有關三階理論之介紹，可參閱李惠宗，德國基本法所保障之職業自由—德國聯邦憲法法院有關職業自由保障判決之研究，收錄於：德國聯邦憲法法院裁判選輯(七)，1997 年 6 月，18-29 頁；李惠宗，憲法要義，2015 年 9 月 7 版，邊碼 14126；吳信華，憲法釋論，2015 年 9 月修訂 2 版，邊碼 747-750。

² 吳庚／陳淳文，憲法理論與政府體制，2017 年 9 月增訂 5 版，292 頁。

³ 本號解釋理由書第 4 段中提及，依中華民國 77 年 1 月 29 日修正公布之證券交易法第 18 條第 1 項及 89 年 10 月 9 日修正發布之證券投資顧問事業管理規則（已停止適用）第 5 條第 1 項第 4 款之規定，人民欲舉辦有關證券投資講習者，須為經主管機關核准之證券投資顧問事業，並要求從事上開業務者須具備一定之專業資格及組織規模（管理規則第 4 條、第 23 條參照），係屬對欲從事有關證券投資講習者之**職業選擇自由為主觀條件之限制**，並於理由書同段與第 6 段認立法者於此所為之限制，乃為追求建立證券投資顧問之專業性、保障委任人獲得忠實及專業服務之品質、與避免發生擾亂證券市場秩序情事之**重要公共利益**，限制手段與目的達成**具有實質關聯**，符合比例原則，與憲法保障人民職業自由之意旨尚無抵觸。

⁴ 本號解釋理由書第 3 段認：「上開規定（按：即公務員服務法第 14 條之 1：「公務員於其離職後 3 年內，不得擔任與其離職前 5 年內之職務直接相關之營利事業董事、監察人、經理、執行業務之股東或顧問」）限制離職公務員於一定期間內不得從事特定職務，有助於避免利益衝突或利益輸送之情形，且依上開規定對離職公務員職業自由之限制，僅及於特定職務之型態，尚非全面禁止其於與職務直接相關之營利事業中任職，亦未禁止其自由選擇與職務不直接相關之職業，而公務員對此限制並非無法預見而不能預作準備，據此對其所受憲法保障之**選擇職業自由所為主觀條件之限制尚非過當**，與目的達成間具**實質關聯性**，乃為**保護重要公益**所必要，並未抵觸憲法第 23 條之規定，與憲法保障人民工作權之意旨尚無違背。」

號⁵、第 659 號⁶、第 702 號⁷、第 711 號⁸、第 738 號⁹及第 749 號¹⁰等解釋，針對不同案例與法規範之審查，皆反覆套用前述三階理論，就涉及人民職業自由限制之案例，區分規範所構成之限制應適用何種標準予以審查，已蔚為本院解釋慣例。申言之，關於從事工作之方法、時間、地點、內容等職業執

⁵ 本號解釋涉及身心障礙者保護法（96 年 7 月 11 日修正名稱為「身心障礙者權益保障法」）第 37 條第 1 項前段「非本法所稱視覺障礙者，不得從事按摩業。」規定之合憲性審查。就審查上開規定是否符合憲法保障工作權意旨部分，本號解釋於理由書第 5 段指出，禁止非視障者從事按摩業，係屬**對非視障者選擇職業自由之客觀條件限制**，雖然上開規定旨在保障視障者之就業機會，徵諸憲法第 155 條後段及增修條文第 10 條第 7 項之意旨，屬**特別重要之公共利益**。但因其限制手段所造成之損害與所欲保障視障者工作權而生之就業利益相較，顯不相當，未能通過比例原則之審查，是宣告上開規定違憲。

⁶ 本號解釋涉及舊私立學校法第 32 條第 1 項規定：「董事會因發生糾紛，致無法召開會議或有違反教育法令情事者，主管教育行政機關得限期命其整頓改善；逾期不為整頓改善或整頓改善無效果時，得解除全體董事之職務。但其情節重大且情勢急迫時，主管教育行政機關得經私立學校諮詢委員會決議解除全體董事之職務或停止其職務 2 個月至 6 個月，必要時得延長之」之合憲性審查。本號解釋理由書第 3 段明確提及：「其中關於解除全體董事之職務，係對於**選擇職業自由所為之主觀條件限制**（本院釋字第 637 號、第 649 號解釋參照），國家欲加以限制，必須基於**追求重要公益目的**，且所採手段與目的之達成須有**實質關聯**。」

⁷ 本號解釋審查教師法中關於「行為不檢有損師道者，不得聘任為教師；已聘任者，應解聘、停聘或不續聘」規定，是否合憲。該號解釋於理由書第 3 段亦使用三階理論而認：「不論無法保留教職或無法再任教職，均屬對**人民職業選擇自由所為主觀條件之限制**，是否符合比例原則，首應審查其所欲實現之**公共利益是否重要**。……」

⁸ 本號解釋涉及藥師執業處所應以一處為限之規定，是否合憲之審查。該解釋理由書第 6 段亦使用三階理論而認：「限制藥師於登記領照執業後，僅得於一處所執業，核屬對**藥師執行職業之方法、地點所為之限制**。」惟因考量其他原因，本號解釋仍宣告系爭限制違憲（參見本意見書第 5 頁）。

⁹ 本號解釋理由書第 6 段謂：臺北市、臺北縣及桃園縣有關電子遊戲場業營業場所距離限制之自治條例，「究其性質，實為對**從事工作地點之執行職業自由所為限制**，……，立法者如為追求**一般公共利益**，且該限制有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，而與其所欲維護公益之重要性及所限制行為對公益危害之程度亦合乎比例之關係時，即無違於比例原則。」

¹⁰ 本號解釋理由書第 5 段運用三階段理論而謂：「道交條例第 37 條第 3 項，……有關吊扣執業登記證及廢止執業登記部分，限制計程車駕駛人**選擇職業之自由**」，並於理由書中第 6 段指出：「……關於人民**選擇職業應具備之主觀條件**，例如知識能力、體能、**犯罪紀錄**等，立法者若欲加以規範，其目的須為追求**重要之公共利益**，且其手段與目的之達成具有**實質關聯**，始符比例原則之要求。」

行自由之限制，釋憲機關應採取寬鬆之審查標準，立法者僅須為追求一般公共利益，且所採取之手段與目的間具有合理關聯性，即無違比例原則。關於人民從事特定職業時，如應具備專業能力或資格，而該等能力或資格可經由訓練培養獲得（例如知識、學位、體能等）者，即為人民選擇職業自由之主觀條件限制；就該限制，釋憲機關應採取較嚴格之審查標準，須立法者為追求重要公共利益，且手段與目的間具實質關聯性，始屬符合比例原則之要求。至於人民選擇職業，如有客觀條件限制，因該限制並非經個人努力所可達成（例如行業獨占制度等），故釋憲機關應採取嚴格之審查標準，立法者除應以保護特別重要之公共利益為目的外，相關立法措施所採取之手段尚需本諸必要且嚴格的限縮，始能通過比例原則之檢驗。

二、審查標準之異動—三階理論之例外與變形

上述對於職業自由限制套用三階理論而衍生之審查標準，並非一成不變，而係在每一個案例中，仍可能視法規範對職業自由限制之寬鬆程度，或基於其他特殊考量，於有正當理由時，對已經落入某特定階層之限制，調整審查標準，甚而作出與該階層所適用審查標準有異之審查結論。

此如本院釋字第 738 號解釋。該號解釋涉及臺北市、臺北縣及桃園縣所頒布電子遊戲場業營業場所應距離特定場所（如學校、醫院及圖書館等）一定距離規定之合憲性審查。依本號解釋，雖然該規定性質實為對從事工作地點之執行職業自由所為限制，故立法者如為追求一般公共利益，且該限制之手段與目的間符合適當性、必要性與狹義比例原則時，

即能通過憲法第 23 條比例原則之檢驗；惟本號解釋特別指出，各地方自治團體有關距離限制之規範，如超出法定最低限制較多，而可能產生「實質阻絕之效果」時，將使得該規範，由對執行職業自由所為限制，升級為對職業選擇自由之限制，致須受較嚴格之比例原則之審查（本號解釋理由書第 6 段參照）。換言之，如法規範之嚴格程度，將造成質變之結果時，則其審查模式，即應從原來之寬鬆審查，轉換為較嚴格之審查¹¹。

又如本院釋字第 711 號解釋。該號解釋涉及藥師法第 11 條「藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限」規定之合憲性審查。本號解釋雖先謂藥師法第 11 條規定核屬對藥師執行職業之方法、地點所為之限制（解釋理由書第 6 段參照）；在此情形下，該規定似原應適用寬鬆標準並從而通過合憲性審查。然而，本號解釋卻基於上開規定未就藥師於不違反該條立法目的之情形下，或於有重大公益或緊急情況之需要時，設必要合理之例外規定，遂認該規定已對藥師執行職業自由形成不必要之限制，而宣告為違反比例原則，牴觸憲法第 15 條保障工作權之意旨（解釋理由書第 7 段參照）。

參、系爭規定一審查標準之選定

一、三階理論之套用結果

醫師為診治病人而自行調劑藥品，在 82 年藥事法第 102

¹¹ 值得進一步提出者，法規範所定之距離，若對於電子遊戲場業營業場所之經營者，已達實質阻絕之效果時，則等同於全面禁止設立電子遊戲場，且該禁止並非屬人民從事特定職業所應具備之專業能力或資格要求，而毋寧為非經個人努力所可達成之客觀條件限制。從而，此類規範似應受「嚴格審查標準之檢驗」，而非如本號解釋所稱，僅應受「較嚴格之比例原則審查」。

條第 2 項(該規定於 89 年修正為系爭規定一)制定施行前，向來為其工作之一部分。此由民國 32 年間頒布之藥劑師法第 33 條規定：「醫師得自行調配藥品以為診療之用，無須請領藥劑師證書，但本法所定關於義務及懲處之規定仍適用之」¹²、59 年間制定之藥物藥商管理法第 54 條規定：「藥品調劑，應由藥劑師為之。但不含麻醉藥品者，得由藥劑生代之。非藥劑師(生)，不得為藥品之調劑。但醫師以診療為目的，並具有第 57 條第 2 項所定調劑設備，依自開處方親自調劑者，不在此限……」，及 56 年間修正之醫師法第 11 條前段規定：「醫師非親自診察，不得施行治療、開給方劑或交付診斷書」及第 14 條規定：「醫師對於診治之病人交付藥劑時，應於容器或紙包上將處方號碼、年、月、日、用法、病人姓名及自己姓名或診療所逐一註明」，可資佐證。

直至 82 年間，藥物藥商管理法修正為藥事法時，始將原藥物藥商管理法第 54 條第 1 項「藥品調劑，應由藥師為之。但不含麻醉藥品者，得由藥劑生代之。」，移列至藥事法第 37 條第 1 項及第 2 項，且文字調整為：「藥品之調劑，應具有調劑之處所及設備。前項調劑，應由藥師為之。但不含麻醉藥品者，得由藥劑生為之。」，並增訂藥事法第 102 條：「(一) 醫師以診療為目的，並具有本法規定之調劑設備者，得依自開處方，親自為藥品之調劑。(二) 全民健康保險實施 2 年後，前項規定以在省(市)衛生主管機關公告無藥事人員執業之偏遠地區或醫療急迫情形為限」。嗣於 89 年間為配合臺灣省政府功能業務與組織之調整，將上開第 102 條之規定修正為系爭規定一。換言之，自 82 年增訂藥事法第 102 條第 2

¹² 此規定於 68 年間藥劑師法修正更名為藥師法時，因藥物藥商管理法第 54 條已有相關規定，遂刪除之。

項起，醫師藥品調劑權之行使，即受有一定之限制。

關於系爭規定一，首應指出者，因其並非對個人從事醫師職業、進入醫師職業市場時，非經個人努力所可達成條件之限制，故應無涉三階理論中「職業選擇之客觀許可條件」。

其次，系爭規定一，就醫師之藥品調劑權，雖設有地點與時機之限制，然該規定與醫師法第 11 條及第 14 條，依舊肯認人民於取得醫師資格後，即具備有調劑藥品之資格與能力；亦即醫師欲行使其藥品調劑權時，並不以另外取得藥師之資格為必要條件，此由經衛生福利部公告無藥事人員執業之偏遠地區之診所、衛生所或醫務室醫師，縱未具備藥師資格，仍得依自開處方，親自為藥品調劑之情況，即可明瞭。因此，系爭規定一，亦非屬對於醫師行使藥品調劑權，須額外具備其他專業能力或資格之「職業選擇主觀條件之限制」。

最後，衡諸醫師法第 11 條、第 12 條、第 12 條之 1、第 13 條、第 14 條及系爭規定一，亦可得知，醫師於診治病人時，親自診察、施行治療、開給方劑、調配藥品與交付服用，乃為其從事醫療行為之內容與方法，故就其中之藥品調劑所為之限制，係三階理論中對「執行職業自由所為之限制」。

二、有無得調整審查標準之理由？

系爭規定一應被歸類為三階理論中對執行職業自由所為之限制，既如前述，則對該規定，應適用寬鬆審查標準，且原則上應能通過合憲之審查。惟進一步探討者，乃對此限制有無得提高審查標準之理由？

或可討論者為：系爭規定一對醫師藥品調劑權之限制，是否已對醫師從事其職業產生實質阻絕之效果？

首先，系爭規定一對醫師從事藥品之調劑，並非全面、毫無例外地限制，而係就無藥事人員執業之偏遠地區與醫療急迫之情況，仍允許醫師得依自開處方，親自調劑藥品。就此而言，該規定對於醫師職業上有關調劑藥品部分，應非已達全然實質阻絕之效果。

再者，縱認系爭規定一對醫師之藥品調劑權，因已限縮至非常例外之情況（偏遠地區及醫療急迫），致已實質阻絕醫師為藥品調劑；然仍須考慮者，此項限制，是否已實質阻絕醫師從事其職業？

依據上述醫師法第 11 條等關於醫師職務項目之規定，及一般人民對於醫師職業範圍之理解，診察病因、施行治療及開給方劑，始為醫師專業所在及核心業務；相較之下，藥品調劑權，則為藥師之專業及其職業之本質（藥師法第 16 條至第 19 條規定參照）。據此，仍難謂系爭規定一對醫師所為調劑藥品之限制，已構成實質阻絕醫師從事其職業之效果。

另查，綜合系爭規定一及藥事法第 102 條第 1 項，顯見立法者在採取醫藥分業政策時，已兼顧偏遠地區及醫療急迫病人之生命、身體及健康，遂就醫師自行調劑藥品權制定合理必要之例外規範。對此規範，尚無類似釋字第 711 號解釋所指，應基於更重要之公益目的，而為其他特殊考量之情事。

因此，對系爭規定一，仍應維持適用寬鬆之審查標準。

肆、結論

綜上所述，系爭規定一，屬三階理論中執行職業自由之限制，且核無應提高審查標準之正當理由。本號解釋因而對系爭規定一予以寬鬆審查，並為合憲之宣告，應可贊同。

釋字第 778 號解釋部分不同部分協同意見書

黃虹霞大法官提出

本件爭議直接涉及醫師與藥師工作權之劃分，一般以醫藥分業政策名之。系爭藥事法第 102 條第 2 項規定（下稱系爭規定）係醫界與藥師界爭執焦點，該規定非行政主管機關之原始提案，而係 81 年時立法院審查會決議增列（解釋理由書第 7 段參照），或許因此而自斯時起醫界與藥師界迄仍爭論不休。查行政機關具相當行政裁量權，政策良窳，見仁見智，故若認本件相關規定均屬合憲，則有無作成解釋直接肯定此一見仁見智（醫藥分業）政策之必要，值得斟酌。

本件幾經討論，最後之多數意見為部分合憲、部分違憲，本席對合憲部分持保留看法，對違憲部分勉予支持，對併此指明部分之大部分內容謹表贊同。本席之主要考量為病人之藥品取得之便利性及其選擇權（自由）未受重視，甚至是以此之名改革推動政策，但病人之自由選擇權反被侵害。爰提出部分不同、部分協同意見書，謹將本席之觀點，論述如下：

壹、本席關切兩大點：

一、醫藥分業政策之目的為何？是醫師、藥師工作權的劃分，只為因此而生的藥品銷售利益分配？還是真是為保障病人之用藥安全，而且確有此問題存在並有必要？病人的其他利益尤其藥品取得選擇權等如何取捨、應否兼顧？

二、專門職業人員之工作權如何劃分？沒有重疊空間嗎？如果兩種專門職業人員均具備相關專業能力，則得由政府以所謂公共安全為由，以政策自由裁量選擇給其中之一嗎？由另一種專業人員辦理，就有不足保障公共安全的問題嗎？而且進而必須以罰鍰論處違反但有相關專業能力之專門職業人員，此種情形沒有過度侵害其工作權而違反比例原則嗎？

以上兩大點應是本件爭議重心，本席一而再、再而三提

出，但未獲多數意見納入考量，誠屬遺憾，並難理解及接受。

貳、多數意見認為什麼是醫藥分業？醫藥得怎麼分業？

一、多數意見是植基於醫藥分業是政府政策，並認係指藥品調劑權屬藥師專業，應由藥師為藥品之調劑，醫師不得（至少原則上）為之。

至於醫師是否具藥品調劑專業（能力），由本件解釋理由書第 5 段載稱：「醫師以診治病人之目的，調劑藥品，交予服用，向來為其整體醫療行為之一部分，係醫師執行職業之方法與內容，受憲法第 15 條工作權之保障。」應係肯定醫師就診治病人言，具藥品調劑專業能力，而且醫師一向被肯定有此能力。此外，查無反面否定醫師之上開藥品調劑專業能力之理由（解釋理由書參照）。

二、多數意見並肯認醫藥分業政策，就是政府得選擇將藥品調劑權歸給藥師，除非沒有藥師之偏遠地區或醫療急迫情形，否則醫師不能將其處方藥品交付其診治之病人攜回服用。

參、多數意見認為本件只是對醫師從事工作（本件爭議者僅為醫師對診治病人之藥品調劑工作）之方法、時間、地點、內容等執行職業自由之限制，即尚未達剝奪或實質剝奪之程度，更不是醫師執行業務內容與方式之全部或核心，而且所追求之目的係為保障民眾之用藥安全，符合一般公共利益要件，故僅採低度審查，並因此認系爭規定合憲（解釋理由書第 4 段前段、第 6 至 9 段）。然查：

（一）何謂調劑？醫師法第 11 條至第 14 條之開給方劑、用藥及交付藥劑等規定暨藥事法第 102 條第 1 項規定，與藥事法第 102 條第 2 項規定之關聯如何？

1、何謂調劑？

藥事法及藥師法均無明文規定何謂調劑。調劑之定義目前僅見於依藥事法第 37 條第 1 項規定訂定之「藥品優良調劑作業準則」第 3 條，指藥事人員自受理處方箋至病患取得藥品間，所為之處方確認、處方登錄、用藥適當性評估、藥

品調配或調製、再次核對、確認取藥者交付藥品、用藥指導等相關之行為。依同準則第 24 條規定，醫師依藥事法第 102 條之規定得親自為藥品調劑者，準用該準則規定。

2、藥事法第 102 條第 1 項肯定確認醫師在醫師法第 11 條至第 14 條規定下，就診治病人之藥品調劑權。但醫師此一權利在系爭藥規定下，已被剝奪，至少實質剝奪。

(二) 上述對調劑權之剝奪構成對醫師工作權之限制，且係對具備藥品調劑能力之醫師，否定其得從事對診治病人之藥品調劑行為。此一限制之嚴重程度，更甚於對人民選擇職業應具備之主觀條件中之知識能力之限制，則舉輕以明重，參酌本院釋字第 584 號、第 649 號解釋，必須有重要之公共利益存在，且屬必要時，方得為適當之限制。即其審查基準應非為多數意見所認為之低標（一般公共利益及手段有助於目的之達成）而已。

(三) 至醫師對診治病人之藥品調劑固非醫師醫療行為之全部，但無疑就醫病雙方均係重要部分，因為沒有用藥在很多情形下，難以完成全部醫療診治工作，乃公知之實。尤其醫藥分業政策，既屬政府行為，依行政程序法第 6 條應遵守不得為無正當理由差別待遇原則，即在藥師法第 15 條藥品調劑僅是藥師八項業務之一之規定下（而且本件爭議未及於全部藥品調劑爭議，而僅限於對診治病人所必要之交付所處方之藥品供該病人帶回服用而已），自不應以所謂藥品調劑非醫師之全部或核心業務（依多數意見之見解，如將調劑權歸給醫師，也未影響藥師之全部或核心業務；而且有何理由必然應全歸於藥師，而非由醫師與藥師共同承擔提供藥品予病人之任務），作為本件審查密度得較低之理由，因為醫師、藥師之利益分配不應當是醫藥分業政策之目的。

(四) 衛生福利部復本院 108 年 3 月 29 日函說明二(二)稱：實施醫藥分業係藉由醫師執行醫療行為、載明處方，藥事人員進行處方確認、用藥適當性評估或用藥指導等，就整體社會之公益性而言，保障民眾「知藥」及「自由選擇調劑」之權益，更可維護用藥安全、提升醫療品質。

由上開藥事法中央主管機關之回復可知：實施醫藥分業政策之直接目的是保障民眾（病人）之「知藥」及「自由選擇調劑」之權益，多數意見所憑之用藥安全是否確係醫藥分業政策直接主要目的？已有疑問。另醫藥分業政策之推行似與全民健康保險制度之實施有關，惟此部分未為本件解釋所論究，故不列入本意見書深入討論範圍。

準此目的以論，本件應論究的應該是：民眾「知藥」及「自由選擇調劑」是重要之公共利益嗎？而且醫藥分業是達成此目的之適當且必要手段嗎？

1、醫師公會全聯會 108 年 4 月 10 日復本院函末段肯認：醫藥最核心的價值及公共利益是「病人的權益」；醫師法第 12 條之 1 至第 14 條亦已明定醫師之用藥告知病人義務，即肯定病人之「知藥」權。又藥品取得屬病人之消費行為，病人究由醫師或藥師處取得醫師處分箋上所示藥品，涉及病人之財產權及選擇交易對象自由，並兼有避免不當、不合理處方用藥之機會，故病人之「知藥」加上「自由選擇調劑」應可認為係重要公共利益。

2、但在醫師法第 12 條之 1 等規定下，尤其已明定醫師處方箋均應記載：1、處方者為醫師，表示醫師具處方權及處方能力；2、處方內容包括特定藥品名及劑量、使用方法暨相關用藥注意事項（醫師口頭告知、藥袋說明、藥品教育單等）。則由上開資料已顯示：醫師是民眾「知藥」之主要訊息來源，且處方箋之開立具維護用藥安全作用。

此外，醫藥分業政策下之系爭規定要求病人不能在其診治醫師處拿藥，只能在藥師（局）拿藥，反係規定病人拿藥之處所應限於藥師處（藥局），對病人不便；且就病人言，病人因而失去選擇由醫師給藥之可能，此一醫藥分業下系爭規定適用結果，適得其反，已然生限制病人之自由選擇調劑之結果！

綜上，醫藥分業政策下之系爭規定與其所欲達成之上述目的間不具實質必要關聯，與比例原則應有違背。

如貫徹病人自由選擇調劑權，則正確之道應為推動處方

箋釋出（賦予病人處方箋權）即可，即任由病人自主決定由就診之醫師給藥，或持處方箋至藥師處（藥局）取藥。

（五）關於所謂病人用藥安全部分：

醫師對診治之病人並非沒有藥品調劑能力，則由醫師交付藥品予其病人，原則上應認為沒有病人用藥不安全之問題；如果偶有差誤，是「人非聖賢孰能無過」之正常結果，不能因此推論得到：由醫師對診治之病人給藥，不足以保障病人用藥安全之結果，故而必須剝奪醫師對診治病人之藥品調劑權。又醫者仁心，醫師在我國係受尊重之職業，若認醫師給藥不安全，此一論調是否能得到一般社會大眾之多數支持，恐非無疑。

另由藥師給藥就沒有用藥安全問題嗎？當然不是，因為藥師也可能犯錯。因此，由藥師給藥，充其量是多一個把關者，更安全一些而已。安全與更安全之間或有程度上之差異，但不能因多一個把關者更安全，即反推論原有之措施不安全。

肆、又專門職業制度係為公益而存在，執行業務之收入毋寧為一種反射利益，不是該制度設置之目的。醫藥分業政策實際上若係為使社區藥局有業務，則政府介入藥品買賣利益分配，禁止民眾在醫師處拿藥，也有違反公平交易法所禁止的劃分地盤禁止規定之意旨之嫌，更應非合宜。另就醫時在醫師處拿醫師之處方藥，對病人最方便。系爭規定及函釋等如此嚴格限制醫師對診治病人藥品調劑權，所欲保護之利益到底是什麼？目的何在？沒有背離保障病人之原意嗎？病人團體的聲音呢？醫師全聯會曾函要求言詞辯論及聽取病人聲音，非顯無必要，多數意見未予採取，以致失去更深入探究之機會，真是可惜啊！

伍、如果政府為推動醫藥分業政策，可以剝奪醫師對診治病人之藥品調劑權，同一道理，政府是否也可以以一般公共利益之名，剝奪其他專門職業人員原有且仍具備執業能力者之工作權？這是本席所不安的。

陸、醫師有處方權及處方能力，醫師當然具備對診治病

人之藥品調劑能力，如果為了讓社區藥局有生意做，而非貫徹醫藥分業不可，可以因此而在限制（剝奪）醫師調劑權之外，就醫師給來診病人所需藥品的行為更處以行政罰罰鍰，這樣適當嗎？沒有違反比例原則嗎？此外，依本件解釋意旨，既然認為系爭規定等只是對醫師執業之時間、地點、內容之自由之小限制而已，沒有剝奪醫師之調劑權，則違反系爭規定之醫師，充其量是違反執業時間、地點、內容之限制規定，並非沒有藥品調劑能力者違反藥事法而為藥品調劑行為。此一行為該當於違反藥事法第 37 條第 2 項規定，從而應依同法第 92 條規定科處罰鍰嗎？顯然也有疑問，值得再思考。

柒、醫藥分業制度實施已超過 20 年，其間醫界、藥師界紛紛擾擾，未曾稍歇，其中必有仍待合理解決之事項，並顯然涉及利益之糾葛。不論雙方為何爭議，本席認為僅病人權益之維護具正當性，期主管機關及立法者把握病人權益維護原則，就此一制度為檢討，並作必要之改革！本件解釋認系爭規定合憲，不等於肯定系爭規定完善；本件解釋也已以併此指明方式，要求適時檢討醫藥分業政策制度並合理調整之。企盼！

捌、關於不受理食藥局 102 年 6 月 5 日函部分

該函固係針對本件原因事實個案所為，但確已經確定終局裁判引用為裁判基礎，自亦應具法令性質，故亦應得為聲請解釋之客體。多數意見認該函內容與納入為解釋客體之 100 年函內容相同，確屬事實。惟若無 100 年函，則上開 102 年函即應予納為解釋客體，不是嗎？

釋字第778號解釋部分不同意見書

黃璽君大法官 提出

吳陳鐸大法官 加入一至三部分

林俊益大法官 加入

本號解釋多數意見認藥事法第102條¹第2項規定（下稱系爭規定一）限制醫師藥品調劑權，尚未牴觸比例原則。藥事法施行細則第50條²（下稱系爭規定二）及行政院衛生署食品藥物管理局（下稱食藥局，現已改制為衛生福利部食品藥物管理署）中華民國100年4月12日 FDA 藥字第1000017608號函說明三³（下稱系爭函）對於系爭規定一「醫療急迫情形」之解釋部分，均增加法律所無之限制，逾越母法之規定，與憲法第23條法律保留原則之意旨不符；系爭規定二應自本解釋公布之日起失其效力，系爭函應自本解釋公布之日起不再援用。關於系爭規定一部分本席敬表贊同，系爭規定二及系爭函部分，則尚難支持，爰提出部分不同意見書如下：

一、醫師依系爭規定一，於醫療急迫情形調劑藥品時，參照藥事法第102條第1項規定，應指於醫療機構內診療病人時之醫療急迫情形；醫師於醫療機構外有醫療急

¹ 藥事法第102條規定：「醫師以診療為目的，並具有本法規定之調劑設備者，得依自開處方，親自為藥品之調劑。（第1項）全民健康保險實施2年後，前項規定以在中央或直轄市衛生主管機關公告無藥事人員執業之偏遠地區或醫療急迫情形為限。（第2項）」

² 藥事法施行細則第50條規定：「本法第102條第2項所稱醫療急迫情形，係指醫師於醫療機構為急迫醫療處置，須立即使用藥品之情況。」

³ 100年4月12日 FDA 藥字第1000017608號函：「.....說明：.....三、另依據藥事法施行細則第50條，所謂醫療急迫情形，係指醫師於醫療機構為急迫醫療處置，須立即使用藥品之情況。而所稱『立即使用藥品』，係指醫師於急迫醫療處置時，當場施與針劑或口服藥劑。」

迫情形須調劑藥品，其依據為緊急醫療救護法第14條之2第2項

主管機關依法律授權訂定施行細則時，為適用法律規定而作補充性之解釋，或本於職權所為解釋性函釋，如無違於一般法律解釋方法，於符合相關憲法原則及法律意旨之限度內，即與法律保留原則無所抵觸，迭經本院解釋在案。

系爭規定一係於82年2月5日修正公布施行。修正前之藥物藥商管理法有關調劑事項，規定於第54條：「藥品之調劑，應由藥師為之。但不含麻醉藥品者，得由藥劑生為之。(第1項)非藥師、藥劑生，不得為藥品之調劑。但醫師以診療為目的。並具有第57條第2項所定調劑設備，依自開處方調劑者，不在此限。(第2項)中藥之調劑，應由中醫師監督為之。(第3項)」及第57條：「藥品販賣業者無調劑設備，不得兼營調劑業務；有調劑設備者，不得在非調劑處所調劑處方。(第1項)前項調劑處方及設備標準，由中央衛生主管機關定之。(第2項)」82年修正時，除法律名稱修正為藥事法外，將上開規定分別規定於第37條：「藥品之調劑，應具有調劑之處所及設備。(第1項)前項調劑，應由藥師為之。但不含麻醉藥品者，得由藥劑生為之。(第2項)醫院中之藥品之調劑，應由藥師為之。但本法通過前已在醫院中服務之藥劑生，適用第2項規定，並得繼續或轉院任職。(第3項)中藥之調劑，除法律另有規定外，應由中醫師監督為之。(第4項)」及第102條：「醫師以診療為目的，並具有本法規定之調劑設備者，得依自開處方，親自為藥品之調劑。(第1項)」並增訂系爭規定一（列為第102條第2

項)：「全民健康保險實施2年後，前項規定以在中央或直轄市衛生主管機關公告無藥事人員執業之偏遠地區或醫療急迫情形為限。」(其立法過程，詳見本號解釋理由書第7段)

由前開規定可知，在全民健康保險實施2年之前，醫師以診療為目的，並具有本法規定之調劑設備者，得依自開處方，親自為藥品之調劑，並非全無限制。此項藥品調劑權，於全民健康保險實施2年後，僅限於偏遠地區或醫療急迫情形。

系爭規定一係就藥事法第102條第1項所定之醫師藥品調劑權，規定其所得行使之情形。是系爭規定一所稱醫療急迫情形，應指藥事法第102條第1項規定中之醫療急迫情形而言。

藥事法第102條第1項所謂「具有本法規定之調劑設備」，依藥事法第37條第1項⁴授權訂定之藥品優良調劑作業準則規定，應包括有從事處方調劑、存放處方藥品、調劑器具、設備及其他物品之調劑處所(藥品優良調劑作業準則第5條及第10條參照)⁵、置有溫度計之藥品專用冷藏冰箱及特殊藥品之貯存櫃(藥品優良調劑作業準則第11條及第12條參照)⁶等等，並依同作業準則第24條規定，醫師依藥

⁴ 藥事法第37條規定：「藥品之調劑，非依一定作業程序，不得為之；其作業準則，由中央衛生主管機關定之。(第1項)前項調劑應由藥師為之。但不含麻醉藥品者，得由藥劑生為之。(第2項)醫院中之藥品之調劑，應由藥師為之。但本法82年2月5日修正施行前已在醫院中服務之藥劑生，適用前項規定，並得繼續或轉院任職。中藥之調劑，除法律另有規定外，應由中醫師監督為之。(第3項)」

⁵ 藥品優良調劑作業準則第5條規定：「本準則所稱調劑處所，係指從事處方調劑、存放處方藥品、調劑器具、設備及其他必要物品之場所。」第10條規定：「調劑處所應有6平方公尺以上之作業面積，並應與其他作業處所明顯區隔。(第1項)前項6平方公尺作業面積，91年10月21日前設立之藥事作業處所，不適用之。(第2項)」

⁶ 藥品優良調劑作業準則第11條規定：「調劑處所應依需要設置藥品專用冷藏冰箱，其內應置溫度計並保持整潔。」第12條規定：「藥品應依貯存條件存放，避免受到光線直接照射。(第1項)疫苗、血液製劑等特殊藥品須分層分櫃，依規定標示及保存。(第2項)」

事法第102條親自為藥品調劑者，準用之。而依醫師法第8條之2及第11條第1項⁷規定，醫師除急救、醫療機構間之會診、支援、應邀出診或經事先報准者外，必須於主管機關核准登記之醫療機構親自診療。是醫師原則上須於醫療機構親自診療，其調劑設備自當設於醫療機構內，故藥事法第102條第1項規定主要係規範醫師於醫療機構內診療病人時之藥品調劑。

系爭規定一限制醫師上開藥品調劑權，係為推行醫藥分業制度而設，使診療與調劑分離，讓藥師得以其專業知識技能，核對及複查醫師開立之處方，以保障民眾之用藥安全(本號解釋理由書第7段參照)。惟於特殊情形，難以等待藥師為藥品調劑，為病人生命安全及身體健康考量，故設但書規定，於偏遠地區或醫療急迫情形，醫師仍有藥品調劑權。醫師於醫療機構診療病人時，適用系爭規定一調劑藥品固無疑問，然醫師依醫師法第8條之2但書規定，於醫療機構外診療病人之情形，是否仍有系爭規定一之適用？依緊急醫療救護法第4條及第14條之2第2項規定⁸，醫師於醫療機構外，如遇有為免除他人生命之急迫危險情形，

⁷ 醫師法第8條之2規定：「醫師執業，應在所在地主管機關核准登記之醫療機構為之。但急救、醫療機構間之會診、支援、應邀出診或經事先報准者，不在此限。」第11條第1項規定：「醫師非親自診察，不得施行治療、開給方劑或交付診斷書。但於山地、離島、偏僻地區或有特殊、急迫情形，為應醫療需要，得由直轄市、縣(市)主管機關指定之醫師，以通訊方式詢問病情，為之診察，開給方劑，並囑由衛生醫療機構護理人員、助產人員執行治療。」

⁸ 緊急醫療救護法第4條規定：「本法所稱緊急醫療救護人員(以下簡稱救護人員)，指醫師、護理人員、救護技術員。」第14條之2規定：「救護人員以外之人，為免除他人生命之急迫危險，使用緊急救護設備或施予急救措施者，適用民法、刑法緊急避難免責之規定。(第1項)救護人員於非值勤期間，前項規定亦適用之。(第2項)」

按緊急醫療救護法第14條之2雖係於102年1月16日增訂，惟觀其立法理由，係為避免一般人民「對於民事、刑事責任不必要之誤解或顧慮而影響民眾伸出援手施救之意願」以及「為避免救護人員在執行業務與善行義舉間有所爭議，並提升救護人員伸出援手施救之意願」可知，使用緊急救護設備或施予急救措施免除他人生命之急迫危險，本係包含醫師在內之救護人員乃至一般民眾基於人道關懷所得為之事，原無待102年1月16日緊急醫療救護法第14條之2增訂後始得為之。

得施予急救措施，給予病人用藥。至於診療病人之地點如係無藥事人員執業之偏遠地區，醫師自得依系爭規定一調劑藥品。診療地點如非於偏遠地區且亦無緊急狀況時，醫師自不得自行調劑藥品，而係依衛生福利部107年5月24日衛部醫字1071663333號函⁹，得由地區藥局藥師送藥到宅交付藥品。

綜上，藥事法第102條第1項規定主要係規範醫師於醫療機構內診療病人時之藥品調劑。系爭規定一限制醫師上開藥品調劑權，是系爭規定一之醫療急迫情形，係指醫師於醫療機構內診療病人時，有醫療急迫情形須調劑藥品情形。醫療機構外有醫療急迫情形須調劑藥品，其依據為緊急醫療救護法第14條之2第2項規定。

二、系爭規定一及系爭函就醫師於醫療急迫情形調劑藥品所為之闡釋，無違於一般法律解釋方法，未對醫師之藥品調劑權增加法律所無之限制，亦未逾越母法規定，難謂違反法律保留原則

系爭規定一所謂「醫療急迫情形」，依系爭規定二之解釋，係指醫師於醫療機構為急迫醫療處置，須立即使用藥品之情況；系爭函並進一步解釋「立即使用藥品」，係指醫師於急迫醫療處置時，當場施與針劑或口服藥劑。

按所謂「醫療行為」，係指凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為診察、診斷及治療；或基於診察、診斷結果，以治療為目的，所為處方、用藥、施

⁹ 衛生福利部107年5月24日衛部醫字1071663333號函說明三：「……爰藥事人員執業登記處所（藥局或醫療機構）之調劑服務延伸至執行登記所載之行政區域內之病人家（送藥到宅交付藥品），可不認定為『於執業登記處所外執行業務』。……」

術或處置等行為全部或一部之總稱；¹⁰所謂「調劑」，係指藥事人員自受理處方箋至病人取得藥品間，所為之處方確認、處方登錄、用藥適當性評估、藥品調配或調製、再次核對、確認取藥者交付藥品、用藥指導等相關之行為。¹¹於醫藥分業原則下，若病人有危害生命身體安全之急迫情況，仍須經由藥事人員調劑藥品始得用藥，雖能達成保障民眾用藥安全之立法目的，卻有棄病人生命身體安全之虞，無疑捨本逐末，應允許醫師於病人生命身體之狀況無法等待藥事人員調劑藥品用藥之急迫情形時，自行處方調劑並施予藥品。且如前所述，系爭規定一之「醫療急迫情形」，係指醫師於醫療機構內診療病人時之醫療急迫情形。是其所稱「醫療急迫情形」，自係指病人於醫療機構內接受診療時，有危害生命身體安全之情況，須立即處方用藥，當場施以藥品之情形。如無須於醫療機構內立即處方用藥，當場施與藥品，自可等待藥師調劑後用藥，即非系爭規定一之「醫療急迫情形」。由系爭規定一之文義、立法目的及相關法律體系整體觀之，系爭規定二及系爭函，將「醫療急迫情況」闡釋為醫生於醫療機構為急迫醫療處置，須立即、當場施與藥品之情況，無違於一般法律解釋方法，符合相關法律意旨，未對醫師之藥品調劑權增加法

¹⁰ 91年09月23日衛署醫字第0910062996號函說明二：「按醫師法第28條所稱醫療業務之行為，係指以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為的診察、診斷及治療；或基於診察、診斷結果，以治療為目的，所為的處方、用藥、施術或處置等行為的全部或一部，均屬之。」85年08月07日衛署醫字第85042155號函說明二：「……醫療行為，係指凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為的診察、診斷及治療；或基於診察、診斷結果，以治療為目的，所為的處方、用藥、施術或處置等行為全部或一部的總稱。……」

¹¹ 藥品優良調劑作業準則第3條規定：「本準則所稱調劑，係指藥事人員自受理處方箋至病患取得藥品間，所為之處方確認、處方登錄、用藥適當性評估、藥品調配或調製、再次核對、確認取藥者交付藥品、用藥指導等相關之行為。」第6條規定：「本準則所稱調劑，係指調劑作業過程中，依處方箋內容選取正確藥品、計數正確數量、書寫藥袋或貼標籤、包裝等過程之行為。」

律所無之限制，亦未逾越母法規定，難謂違反法律保留原則。

至衛生福利部108年2月12日衛授食字第1079039725號函（下稱108年函）說明四：「醫師為醫療急迫處置之目的，就病人持處方箋赴藥局調劑領藥之過程，倘依其專業就個案情形判斷，個案有疾病發作之可能，且未立即服用緊急用藥恐有危害安全之虞，醫師得另調劑緊急用藥，供個案至藥局調劑領藥期間備用，……」，進一步擴張解釋系爭規定一「醫療急迫情形」。所指醫師得調劑緊急備用藥品之情形，係預防病人由診療地點至藥局調劑領藥期間疾病發作，發生未立即服用緊急用藥恐有危害安全之狀況。醫師調劑藥品時，並無須立即服用藥品之急迫情形。惟就系爭規定一設但書規定，係為避免過度堅持醫藥分業，反而導致危害民眾生命身體之捨本逐末目的而論，108年函在系爭規定一所謂「醫療急迫情形」之文義外延，將醫師之藥品調劑權目的性擴張解釋至調劑緊急備用藥品，此僅限於「備用」範圍，仍應由藥師進行調劑，未排除系爭規定二及系爭函之適用。是尚不得以108年函擴張解釋為由，認系爭規定二及系爭函違反法律保留原則。

三、本號解釋宣告系爭規定二應自本解釋公布之日起失其效力，以及系爭函應自本解釋公布之日起不再援用，於現狀並無任何改變，應無必要

按多數意見以系爭規定一所稱「醫療急迫情形」之發生，未必僅限於「立即」、「當場」。並舉108年函緊急備用藥品為例，認系爭規定二及系爭函，過度限縮系爭規定一

所稱「醫療急迫情形」之意義，均為增加法律所無之限制，與憲法第23條法律保留原則之意旨不符，而諭知系爭規定二應自本解釋公布之日起失其效力，以及系爭函應自本解釋公布之日起不再援用。¹²是多數意見亦不否認須「立即」、「當場」用藥情形屬系爭規定一之「醫療急迫情形」。

目前現行實務，系爭規定一之「醫療急迫情形」包括系爭規定二、系爭函及108年函所示情形，此外即難以想像尚有何種不能等待藥師調劑之急迫情形。宣告系爭規定二及系爭函違憲，不再適用或援用之結果，須就個案逕依系爭規定一為認定，惟符合所謂「醫療急迫情形」，仍僅有系爭規定二、系爭函及108年函所示情形，與現況相同，宣告其不再適用或援用並無實益；且因無系爭規定二及系爭函可資之適用或援用，無一致之標準，徒增「醫療急迫情形」如何解釋之爭議，實無宣告其不再適用或援用之必要。

四、建議

立法者既選擇實施醫藥分業政策，自應盡量貫徹，除本號解釋理由書第15段所示者外，調劑依藥品優良調劑作業準則第3條規定，係指藥事人員自受理處方箋至病人取得藥品間，所為之處方確認、處方登錄、用藥適當性評估、藥品調配或調製、再次核對、確認取藥者交付藥品、用藥指導等相關之行為。藥師之調劑工作既至病人取得藥品始完成，不宜將藥品交由其他人如護理人員轉交病人，以免增

¹² 本解釋之解釋理由書第13段參照。

加用藥錯誤之機率(將甲病人之藥品交予乙病人使用等)，
而減損醫藥分業之益處。

釋字第 778 號解釋部分不同意見書

蔡大法官明誠 提出

本號解釋認綜觀立法過程之討論，藥事法第 102 條第 2 項規定係為推行醫藥分業制度而設，上開限制醫師藥品調劑權之規定，尚未牴觸憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障人民工作權之意旨尚無違背，間接肯認醫藥分業制度。惟因醫藥分業之醫療與藥事專業政策，係屬多年來爭議不斷之問題，僅因本件個案就透過本號解釋逕予全面承認醫藥分業相關法律之原則及例外規定，均屬合憲。如此情形，則難免捲入醫藥界長期剪不斷理還亂之紛爭中。¹又因本號解釋後仍留下值得探討之議題，爰提出部分不同意見書如下：

一、醫藥分業之政策選擇不宜作為違憲審查標的

醫藥是否分業，係屬一國之政策選擇問題。如將藥品調劑權歸屬於藥師，而原則上限制醫師調劑權，是否干預醫師之工作權，是在醫師與藥師間長期以來，經常被討論之議題，近年來於醫師界引發對該制度妥當性與否之討論及批評。²。醫藥分業(Trennung der Berufe Arzt und Apotheker)³制

¹ 參照李志宏、施肇榮，藥事法第 102 條（上）---動輒得咎，臺灣醫界，61 卷 9 期（2018 年），頁 480 以下。

² 有關德國醫師對於藥師與醫師配藥權之評論，參照 Der Apotheker und das Dispensierrecht für Ärzte, DAZ.WOCHENSCHAU, STUTTGART - 09.04.2016, 08:00 UHR, <https://www.deutsche-apotheker-zeitung.de/news/artikel/2016/04/09/der-apotheker-und-das-dispensierrecht-fur-arzte-br>（最後瀏覽日期：2019 年 6 月 12 日）。

³ 醫藥分業之詞，有認為係由古希臘時代醫學之父 Hippocrates（西元前 460-370），為了保護國王的身體健康而創造。參照鄭歆頻，台灣醫藥分業法制之研究—以德國為借鏡，中國文化大學法學院法律學系碩士論文，2018 年 6 月，頁 1。

度，在歐洲國家究竟從何時何地發展出此傳統，或有不同見解，惟從歷史發展觀察，在神聖羅馬帝國時代，腓特烈二世（Stauferkaiser Friedrich II, 1194-1250）所頒布之薩勒諾詔書（Edikt von Salerno），雖有不認為是醫藥分業之起源依據，但不否認其係此後醫師與藥師專業分離立法的典範，對現代醫藥分業制度奠定基礎及提供法源依據。⁴由上可見，醫藥分業制度在國外，早已引起注意及討論。有關醫師藥品調劑（Physicians dispensing）權（Dispensierrecht），因其規範管制之強度不同，可能有下列規範模式。其一，採立法強制分業者，例如德國⁵、法國、比利時、荷蘭、丹麥、芬蘭、西班牙及瑞典等⁶。其二，雖無立法強制，但實際上實施醫藥分業者，例如瑞士、波蘭、捷克、美國⁷、菲律賓、澳洲及紐西蘭等。其

⁴ 參照 https://de.wikipedia.org/wiki/Edikt_von_Salerno（最後瀏覽日期：2019年6月9日）。有認為1241年5月23日德國特里爾雄獅藥局（Löwen-Apotheke-Trier）第一家藥局（Apotheke; apoteca）誕生。（參照 Vor 775 Jahren Die erste Apotheke in Deutschland, BERLIN - 23.05.2016, 10:15 UHR, <https://www.deutsche-apotheker-zeitung.de/news/artikel/2016/05/23/die-erste-apotheke-in-deutschland>（最後瀏覽日期：2019年6月12日）。

⁵ 依德國社會法第5篇第129條第1項第1款規定，醫師開立處方箋，藥師調劑交付醫師處方箋所指定或替代類型之國內或國外藥物中，較低價位藥物。參照鄭歆頻，同註3文，頁34-35。

⁶ 醫藥分業的思考，如果由醫師診斷、開藥、配藥一條龍，怕有利益上的考量，例如醫師有可能多開立比較有利潤的藥品，所以歐洲是不讓醫師販賣藥品給病人，但可以免費提供藥品。參照王宏育，2018醫藥分業20年國際研討會—日本醫師配藥的現況，臺灣醫界，62卷2期（2019年），頁87-88。

⁷ 美國在各州對於實施醫藥分業之強制性要求，實際上有不同類型存在。在過去文獻上有提及，因醫師處方箋錯誤，導致消費者之利益受損或產生危險之情形，在醫師與藥師相互制衡下，藥師平均每日發現2份處方箋錯誤，全國而言，藥師每日發現20萬件錯誤，每年

三，雖實施醫藥分業，但設有例外規定者，例如日本⁸、韓國等，在無藥局或醫療急迫情況，醫師始得調劑藥品，醫師以診療為專業，調劑藥品之職責原則上歸屬於藥師。⁹

臺灣於制定藥事法之前，因受日本時代影響，有類似日本之尊醫輕藥觀念。¹⁰由藥種商販賣西藥及中藥（當時稱為

有 7 千 3 百萬件錯誤。參照 Kerry A. Trytek, Physician Dispensing of Drugs: Usuring the Pharmacist's Role, 9 J. Legal Med. 651, 660(1988). 以上情形，係屬於早期之統計數據，可作為警戒之用。時至今日，是否仍有類似情況存在，固待進一步探究。但為避免錯誤處方箋之發生，如有良善監控與制衡之機制，對於消費者用藥安全性而言，有其意義。

⁸ 日本於 1970 年代開始，鑑於有些醫療機構為了營利目的而大量開藥，打算藉由醫藥分業來遏阻，目的是為減少醫療支出。採取鼓勵措施，在診所配藥給付比較少，處方箋釋出（不須配藥）給付相對多。截至 2016 年，大約有 70% 的處方箋釋出，處方藥局超過 6 萬家，但是沒有達到抑制醫療費用的目的，反而因為配藥費用增加，而大幅增加總醫療費用。參照王宏育，同註 6 文，頁 88。

⁹ 參照中華民國藥師公會全國聯合會 104 年 12 月 15 日（104）國藥師平字第 1043038 號函（復司法院秘書長 104 年 7 月 27 日秘台大二字第 1040020312 號函詢）之陳述意見書，頁 6-7。

¹⁰ 1895 年以後台灣在日本時代，1896 年 6 月，台灣總督府訂頒「台灣藥劑師、藥種商、製藥者取締規則」，1900 年 9 月，飭由各地方廳制定「台灣藥劑師、藥種商、製藥者取締規則」施行細則，分別自行管理。1925 年 4 月，訂頒「藥劑師法」，1928 年敕令施行藥劑師法，1929 年 3 月，台灣總督府公布「台灣藥劑師法」施行細則。又於 1943 年 11 月公布「藥事法」，然一般開業醫師皆得兼設藥局，自行調劑給藥。根據 1920 年底統計，當時台灣地區藥種商多達 3511 家，其中由台灣籍所經營者計有 3303 家，大部分為中藥商，後因漢方醫逐年減少，且日本政府對於漢藥商亦採取逐漸淘汰政策，不再發給新許可，因而中藥商逐年遞減，而西藥商反而有漸增現象，至 1942 年執業藥種商人數為 2104 人。參照

<http://angodsound.pixnet.net/blog/post/8486381-%E5%8F%B0%E7%81%A3%E8%97%A5%E5%AD%B8%E5%8F%B2%E7%AC%E9%9B%B6%E7%AB%A0%E5%8F%8A%E7%AC%AC%E4%B8%80>

漢藥），漢方醫採醫、藥分業制，西醫則以附設調劑室為病人配藥。民國（下同）36年8月2日公布臺灣省管理藥商辦法，規定西藥商應聘藥劑師負責管理，兼營配方者，應由藥劑師負責配置。59年制定藥物藥商管理辦法時延續此傳統，該法第54條雖明定藥品調劑應由藥師為之，惟同條第2項但書規定，醫師以診療為目的，並具有法定之調劑設備，亦得依自開處方，親自為藥品之調劑。因此，雖有醫藥分業之觀念，但由前開但書規定觀之，且社會條件仍有所不足，當時未採嚴格之醫藥分業制度。行政院衛生署（現改制為衛生福利部）於79年規劃實施醫藥分家政策，¹¹並於82年制定藥事法時，配合84年3月1日全民健康保險制度之實施，於該法第102條規定：「醫師以診療為目的，並具有本法規定之調劑設備者，得依自開處方，親自為藥品之調劑。（第1項）全民健康保險實施二年後，前項規定以在中央或直轄市衛生主管機關公告無藥事人員執業之偏遠地區或醫療急迫情形為限。（第2項）」自86年3月1日起，採醫藥分業制度，¹²

[%E7%AB%A0](#)（最後瀏覽日期：2019年6月11日）

¹¹ 改制前行政院衛生署於79年規劃實施醫藥分業政策，係以解決下列醫療社會問題而制訂：(1)傳統醫療執業型態不健全，醫學專業未予尊重，藥品成為獲利來源，民眾於疾病治療過程中並無法享有「知所服藥物」與「選擇調劑處所」的權利。(2)藥事專業人員掛牌管理情形嚴重，藥商林立競爭激烈，藥品流通無產銷秩序，處方藥濫售，造成藥物濫用與誤用情事，嚴重危害民眾健康。(3)醫藥分工體系不健全，診所非藥事人員調劑情形嚴重，民眾醫療服務之用藥品質低落，保險門診藥品使用不合理，造成過度浪費。參照衛生福利部104年12月11日部授食字第1041411539號函（復司法院秘書長104年7月27日秘台大二字第1040020312號函詢）之陳述意見書，頁6-7。

¹² 醫藥分業的實施必定會牽動全國醫藥版圖的變動，醫藥雙方針對調劑權歸屬，一直展開了強力的爭戰與對峙。政府乃選擇實施分區與

即除非在中央或直轄市衛生主管機關公告無藥事人員執業之偏遠地區或醫療急迫例外情形，原則上藥師依醫師開立之處方內容調劑藥品，交付病人。

在實務上，有認為我國現階段之醫藥分業，將歐美的醫藥分業制度（所謂的單軌制），已變成雙軌制，亦即目前僅有少部分之藥師能真正獨立自主地發揮專業判斷而做到醫藥之間相互制衡(check and balance)，僅少部分病人得以享有自由選擇調劑處所之權利，實際上眾多醫院藥師、診所藥師與門前藥局藥師，其管理與經營體系仍在醫師掌控之下，此等藥師基本上很難貫徹其嚴正之覆核、監督與制衡功能，是我國之藥品調劑有兩條軌道可以走，醫藥分業實際上是雙軌制。¹³另有認為從立法討論過程來看，雖然反覆論及醫藥分業，但立法委員對醫藥分業之目的、可行性及醫藥分業是否等同限縮醫師調劑等問題，皆有不同意見；藥局專業功能與藥師專業地位，無法透過限縮醫師調劑權來提高、限縮醫師

分階段雙軌制醫療分業。推行醫藥分業之歷程，參照林麗真、李蜀平，我國實施醫藥分業為何變雙軌制？藥學雜誌，30卷2期（2014年1月30日），頁2-4。

¹³ 一條軌道是處方箋經由獨立的社區藥局藥師所調劑，另一條軌道是處方箋由在醫師掌控下無法獨立自主地發揮專業性判斷功能的藥師所調劑，例如：診所聘僱的藥師或由門前藥局藥師（由醫師出資開設的藥局聘僱的藥師）所調劑的。（參照林麗真、李蜀平，同註12文，頁2。）雙軌制係指醫師得選擇是否釋出處方箋，一種是釋出後由病患自由擇定健保特約藥局調劑，亦即實行單軌制之結果，另一種是釋出後由醫療院所所聘僱藥師調劑，或者符合藥事法第102條但書情形，醫師於無藥事人員職業之偏遠地區或醫療急迫情形得自行調劑。實施20幾年醫藥分業，依然為雙軌制，以臺大醫院藥劑部為例，仍有持門診處方箋而調劑藥物之情形。（鄭歆頻，同註3文，頁8。）

調劑權並無促進醫療資源合理分布。¹⁴

有關醫藥分業制度之選擇，屬於醫藥專業之政策選擇，亦為本號解釋所肯認，但是否宜明確肯認系爭規定一對醫師藥品調劑權之限制，並不牴觸憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條工作權保障無違，實有商榷之處。從前述發展史及比較制度觀察，各國制度採納醫藥分業之強度，不盡相同，且臺灣醫藥分業亦係逐漸演化而成，屬於政策與制度之選擇。質言之，有關醫藥分業之立法，宜認為立法者有其自由形成或立法裁量之空間，由藥政及立法相關機關進行充分討論並形成共識，特別是對於醫藥分業政策選擇之妥當與否，採取醫藥分業原則所制定例外適用範圍之寬狹規定，及醫藥分業是否落實單軌制，如何在全民健保制度下，給予藥師合理調劑量，分散醫療藥事服務工作之負擔等，凡此有屬於政策選擇或實務運作之問題，並不應作為憲法審查之對象。是本件就此部分，實以不受理為妥。

二、例外規定之立法定義與處罰法定原則之問題

藥事法第 102 條第 2 項規定：「全民健康保險實施 2 年後，前項規定以在中央或直轄市衛生主管機關公告無藥事人員執業之偏遠地區或醫療急迫情形為限。」（下稱系爭規定一）以無藥事人員執業之偏遠地區或醫療急迫情形，為例外情形。藥事法施行細則第 50 條規定：「本法第 102 條第 2 項所稱醫療急迫情形，係指醫師於醫療機構為急迫醫療處置，須立即使用藥品之情況」（下稱系爭規定二），及行政院衛

¹⁴ 參照中華民國醫師公會全國聯合會 104 年 10 月 27 日全醫聯字第 1040001845 號函（復司法院秘書長 104 年 7 月 27 日秘台大二字第 1040020312 號函詢）之法律意見書，頁 5、9-10。

生署食品藥物管理局中華民國 100 年 4 月 12 日 FDA 藥字第 1000017608 號函：「……說明三、另依據藥事法施行細則第 50 條，所謂醫療急迫情形，係指醫師於醫療機構為急迫醫療處置，須立即使用藥品之情況。而所稱『立即使用藥品』，係指醫師於急迫醫療處置時，當場施與針劑或口服藥劑。」（下稱系爭函）認所謂醫療急迫情形，係指醫師於醫療機構為急迫醫療處置，須立即使用藥品之情況。而所稱立即使用藥品，係指醫師於急迫醫療處置時，當場施與針劑或口服藥劑。文義解釋上，系爭規定二及系爭函是更為限縮醫師得調劑之例外情形，相對而言，即是擴張醫師不得為調劑範圍。因此，本號解釋認其均為增加法律所無之限制，逾越母法之規定。

如因本件聲請案有關何謂系爭規定一所稱之「醫療急迫情形」，在實務上引發不少爭議。¹⁵故認就此部分應予受理。惟系爭規定二及系爭函之解釋，是否違反憲法第 23 條法律保留原則，仍有進一步推敲之必要。實務上，主管機關基於權責，將例外之醫療急迫情形，予以定義，亦屬常見，且從法律一般解釋觀點，因屬例外規定，故應從嚴解釋。且因其涉及處罰規定，基於處罰法定原則，亦應符合法律明確性原則。職是，如前開有關醫療急迫情形之用語，經由非屬法律位階之系爭規定二及系爭函解釋而增加母法所無之限制，逾越母法之規定，從而亦可能有違反處罰法定原則之疑慮。

¹⁵ 有關藥事法第 102 條規定及相關醫療急迫情形等之評論，參照李志宏、施肇榮，藥事法第 102 條（上）---動輒得咎，臺灣醫界，61 卷 9 期（2018 年），頁 485、486；李志宏、施肇榮，藥事法第 102 條（下）---醫療急迫是人，臺灣醫界，61 卷 11 期（2018 年），頁 562-567。

另從文義解釋，所謂立即使用藥品之情況，係醫師於急迫醫療處置時，須當場施與針劑或口服藥劑，如離開當場，是否符合上開解釋所涵蓋之範圍，亦值得探究。

三、指明檢討事項應更具體且明確

有關醫藥分業問題，如前所述，甚為複雜。有些屬於目前引起爭論之問題，如從藥師方面之看法，認醫藥分業是否應落實單軌制，即醫師僅負責看診，診病後把處方箋交由民眾自由選擇到社區藥局調劑，但實際上卻變成前述醫藥分業雙軌制，即在診所內自聘藥師調劑藥品，甚至有門前藥局之情形，即醫師當老闆請藥師開藥局。另從醫師方面，對醫藥分業之推動，亦有不同之聲音。如有認為鄰近我國之日本¹⁶，雖學習西方歷史制度下推行醫藥分業，但相較於我國立法，其醫師調劑之例外情形甚多，多係考量病人醫療需要，在什麼醫療情形下容許醫師不交付處方箋，親自調劑。或認法律強行規定推展醫藥分業並不可行，根本之道仍應從整體

¹⁶日本醫師法第 22 條有關處方箋交付規定，醫師在治療患者時，認定有調劑藥劑之必要者，應交付處方箋給患者或看護者。但患者或看護者表示不必提供處方箋，且符合下列情形之一者，不在此限：(1) 期待有暗示效果時交付處方箋者、(2) 交付處方箋將導致患者之不安，或對疾病治療之困難者、(3) 為因應病狀之短時間變化而立即給與藥劑者、(4) 尚未決定診斷或治療方法者、(5) 作為治療上必要應急處置而給與藥劑者、(6) 現場只有患者能交付處方箋，但患者極需靜養者、(7) 給與興奮劑者、(8) 在船舶上無藥劑師，給與藥劑者。（參照王宏育，同註 6 文，頁 88。）對違反第 22 條規定者，設有罰則，即處 50 萬以下罰金（第 32 條之 1 第 1 款規定參照）。惟對於明定上述多項免除醫師處方箋交付義務之例外規定，因實務上產生運用之過廣結果，故不免受到該等規定將長期持續崩解醫藥分業制度之批判，參照米村滋人，医事法講義「第 23 回」その他の諸問題「3」医薬品・医療機器の規制，法學セミナー，no.722(2015/03)，頁 100 及 101 註 4。

醫、藥費用支付面進行調整，因勢利導，使得以最小侵害的手段，達到醫藥分業目的。以上現象或爭論，是亟需解決之現實問題。換言之，是否採行醫藥分業制度，各國立法上容有不同考量，尤其是對於例外規定之範圍，其周密程度往往亦有所差異，因此，就前開議題或爭論，實際上不宜作為憲法審查之對象。

惟本號解釋認綜觀立法過程之討論，系爭規定一旨在推行醫藥分業制度。此項政策乃立法選擇，釋憲機關原則上應予尊重，……於上開制度未臻完備前，有關機關亦應配合醫藥分業實際發展程度，衡酌上開規定醫師得例外調劑藥品之範圍是否足敷病人醫療權益維護之最高利益，適時檢討並為合理之調整。既然本號解釋已間接肯認醫藥分業制度之合憲性，其就相關機關對於醫藥分業制度重新檢討之呼籲，恐有不甚具體明確之虞，是將發生多大作用，實不無疑義。

此外，所謂緊急，通常情形，係按社會通念，客觀上就個案事實判斷之。其不應以填寫緊急調劑請求書，即認為免除判斷醫療緊急與否之情事。以本原因案件為例，¹⁷聲請人

¹⁷ 參照臺北高等行政法院 103 年度簡上字第 105 號判決所載，上訴人（即本號解釋聲請人）係址設臺北市之「金郁婦產科診所」負責醫師，被上訴人（即臺北市政府衛生局）接獲民眾檢舉指稱該診所無藥師執業登記，由未具藥事人員資格之上訴人調劑藥品，並要求病患簽署「緊急調劑請求書」等情，被上訴人乃於民國（下同）102 年 5 月 1 日派員至該診所查核並調閱病歷，發現上訴人未具藥事人員身分，卻擅自調劑 Cleocin、Tinten 500mg、Comazole 等多種藥品，給予病患 1 至 3 日份不等之藥量，且其調劑給藥並不符合「無藥事人員執業之偏遠地區」或「醫療急迫情形立即使用藥品」等情況，乃認上訴人違反藥事法第 102 條、第 37 條第 2 項規定，依同法第 92 條第 1 項規定，以 102 年 6 月 17 日北市衛食藥字第 10252985800 號裁處書，裁罰上訴人新臺幣（下同）3 萬元罰鍰。

之診所位於首善之區臺北市，醫療資源供給及資訊流通，相對於其他偏遠地區更具優勢，其在診療期間，由病人填寫有關緊急調劑請求書。嚴格言之，醫師要求病患簽署緊急調劑請求書之情形，不免有規避醫藥分業規範或脫法之嫌。如本號解釋原因案件聲請人對其受診病人要求填寫緊急調劑請求書，是否僅屬個別醫師之行為，或係醫療實務上常見之行為，值得探究。相關機關亦應就現行緊急調劑例外規定，一併檢討其在實務上適用之妥當性。

至有關醫療急迫定義是否妥當，應斟酌醫藥分業制度之意旨，加以界定。因此，相關機關未來檢討修正法律時，應注意醫藥分業之例外規定之特殊性，不宜將涉及免除處罰之例外規定，於解釋時，其超越可能文義之範圍，或甚至以類推適用而為法之補充或法續造。否則，可能導致例外規定變成一般原則規定而為適用，從而削弱設計醫藥分業制度之立法本意。

四、展望

任何制度之形成，總有其歷史發展成因及其需要面對之困境。整體而言，優劣利弊往往相依，甚難論斷。醫藥分業制度之良窳，亦復如是。

經查上開 Cleocin 之臨床用途為抗細菌（抗生素）（參照 <http://www7.vghtpe.gov.tw/drugsh/asp/ShowData.asp?i=100>，最後瀏覽日期：2019年6月12日），Tinten 500mg 之作用為其他止痛劑及解熱劑，適應症為退燒、止痛（參照 <https://www.tsgh.ndmctsg.edu.tw/unit/30000/19715>，最後瀏覽日期：2019年6月12日）等藥品，如有當場施藥之必要，固較無疑義。惟如前述，其屬於非當場之施藥情形，如給予病患1至3日份不等之藥量攜帶回家，亦值得留意。

本號解釋之後，相關機關宜以病人利益為出發點¹⁸，並就我國現有醫療資源情況，均衡醫師與藥師雙方之利益，例如因該制度與全民健康保險制度實施時間相近，故宜在全民健保制度實施多年後，正面討論背後隱藏之醫藥界利益糾葛問題，醫師與藥師就醫療與藥品相關利益如何分配，經常性檢討並尋求公平合理之醫藥分業及較具均衡性之雙贏且和諧關係。如認醫藥分藥之原則仍具繼續存在之價值，則宜針對現行社會之現況，就如何落實醫藥分業、如何發揮醫藥分工相互覆核與制衡之功能，並參酌外國經驗及立法例，再度深入檢討有關醫療急迫情形及邊遠地區等例外規定之定義及其適用範圍，是否符合國民健康之需求及期待，並在全民健保制度與全國醫療資源城鄉差距之均衡上，繼續提升我國整體醫療水準，並同時落實醫藥分業制度之本旨。

¹⁸ 立法委員於修法過程中之意見，有認醫藥分工應從國民健康、病人醫療權益角度思考，而非職業別的權利。同註 14，頁 3。

釋字第 778 號解釋部分不同意見書

黃昭元大法官提出

[1] 本號解釋之審查標的有三，涉及兩個爭點：(1) 藥事法第 102 條第 2 項（下稱系爭法律，本號解釋稱為系爭規定一）有關限制醫師藥品調劑權之規定，是否違反憲法保障醫師工作權之意旨？(2) 藥事法施行細則第 50 條（下稱系爭細則，本號解釋稱為系爭規定二）及行政院衛生署食品藥物管理局中華民國 100 年 4 月 12 日 FDA 藥字第 1000017608 號函（下稱 100 年函，本號解釋稱為系爭函）就藥事法第 102 條第 2 項「醫療急迫情形」之解釋，是否違反法律保留原則？多數意見就 (1) 認為不違憲，就 (2) 則認系爭細則與 100 年函均違反法律保留原則而違憲。本席支持多數意見有關 (1) 之合憲結論，但就 (2) 之違憲結論及理由，則有不同立場。以下僅就 (2) 之部分，提出部分不同意見書。

[2] 查系爭細則規定：「本法第 102 條第 2 項所稱醫療急迫情形，係指醫師於**醫療機構**為急迫醫療處置，須**立即**使用藥品之情況。」（**黑體**為本文所加）100 年函之說明三則進一步闡釋系爭細則「所謂醫療急迫情形，係指醫師於**醫療機構**為急迫醫療處置，須立即使用藥品之情形。而所稱『立即使用藥品』，係指醫師於急迫醫療處置時，**當場**施與**針劑**或**口服藥劑**。」（**黑體**為本文所加）可見系爭細則和 100 年函就系爭法律所稱之醫療急迫情形，訂出了幾個認定標準：地點限於醫療機構內，時間限於當場、立即，藥品限於針劑或口服藥劑。

[3] 就上述限制，本號解釋則引用衛生福利部 108 年 2 月 12 日衛授食字第 1079039725 號復中華民國醫師公會全國聯合會函（下稱 108 年函）¹，認病人於可取得藥師調劑藥品服務

¹ 108 年函說明『...三：於醫藥分業原則不變之前提下，依據藥事法施行細則第 50 條，「醫療急迫情形」係指醫師於醫療機構為急迫醫療處置，須立即使用藥品之情況。所稱「立即使用藥品」，係指病人有危害生命身體之安全，醫師於急迫醫療處置時，得當場施予之各種藥品，**包含外用藥品**。本部食品藥物管理署 102 年 6 月 5 日 FDA 藥字第 1020022537 號函釋，係就個案進行解釋，併予敘明。

前（即病人離開醫院或診所，至藥局取藥前的在途期間；下或稱在途期間），如須接續服用藥品始能避免生命身體健康之危害者，亦屬醫療急迫情形，醫師得另外給予備用藥品。因此認為系爭細則和 100 年函過度限縮系爭法律所稱「醫療急迫情形」之意義，「均為增加法律所無之限制，牴觸母法為因應緊急醫療需要及保障病人整體權益之意旨，逾越母法之規定，與憲法第 23 條法律保留原則之意旨不符。」並宣告系爭細則及 100 年函均立即失效，不再援用。（參理由書第 13 段）

[4] 多數意見認為系爭細則及 100 年函過度限縮系爭法律之適用範圍，增加法律所無之限制，因此違反法律保留原則。這固然是向來本院解釋先例就法律保留原則之適用，所常見的理由與結論。然縱認系爭細則與 100 年函確係過度限縮，惟這仍在系爭法律所稱「醫療急迫情形」之文義範圍內，並未逾越其文義範圍之外延。如對照 108 年函之微調擴張，本席認為：即使認為系爭細則與 100 年函因過度限縮而違憲，其真正問題所在，應該是內容違憲（過度限制），而非違反法律保留原則之形式違憲而已。

[5] 又多數意見宣告系爭細則與 100 年函違憲且立即失效，固亦屬常見之宣告模式。但系爭細則及 100 年函所稱之情形，應該確屬醫療急迫情形之核心範圍。本號解釋宣告其違憲且立即失效，恐怕會增加實務上的困擾：系爭細則及 100 年函所稱之情形，是否還是醫療急迫情形，而得不必由藥師調劑？又 108 年函還能不能用？如可繼續用，要如何用？因為 108 年函的內容其實是先引用並沿用 100 年函，然後再微調擴張其範圍。如果 100 年函立即失效，則 108 年函所引用並沿用的 100 年函部分，是否也同時失效？如果也同時失效，則 108 年函所微調擴張的情形，要如何適用？就此而言，108 年函

四、醫師為醫療急迫處置之目的，就病人持處方箋赴藥局調劑領藥之過程，倘依其專業就個案情形判斷，個案有疾病發作之可能，且未立即服用緊急用藥恐有危害安全之虞，醫師得另調劑緊急用藥，供個案至藥局調劑領藥期間備用，然個案病情倘尚未穩定，仍應優先考量是否須留院觀察或予以轉診。...」（黑體為本文所加）

與 100 年函間在客觀上實具有重要關連，應一併審查。本席認為：如將 108 年函納入而與 100 年函並聯審查，則應該還不致發生必然違憲的瑕疵。

[6] 縱使依多數意見之立場，其所認定的過度限縮應該不會使系爭細則及 100 年函之限制本身就違憲且立即失效。因為本案應該比較類似「漏未規定」之涵蓋不足 (underinclusive) 情形，如果要宣告違憲，應該是宣告系爭細則及 100 年函所容許的例外情形太窄、太少，就應包括而未包括的不足之範圍而言，才是違憲，同時應有某種日出條款，定期要求或督促主管機關填補不足之範圍。

[7] 如對照本院釋字第 477 號及第 748 號解釋就漏未規定或未為規定之違憲情形所為之宣告方式，本席認為：本案更妥當的宣告方式，應該是要正面承認系爭細則 100 年函所稱之例外情形確屬醫療急迫情形，應繼續適用；同時就其不足之處，諭知主管機關應擴大醫療急迫情形之涵蓋範圍，如 108 年函所示「病人至藥局取藥前的在途期間內」之情形，醫師亦得給予備用藥品 (包括外用藥品)。然因為主管機關已經透過 108 年函而擴張醫療急迫情形之適用範圍，本號解釋所認定的漏未規定之違憲瑕疵，也已經治癒，而無另外修正 100 年函之需要。

[8] 不過，由於本號解釋是將系爭細則及 100 年函一起宣告違憲，其立論前提應該是認為系爭細則所容許的醫療急迫情形和 100 年函相同，因此具有相同之違憲瑕疵。依照本號解釋違憲宣告之意旨，將來主管機關還是需要修正系爭細則的規定，至少應使其所承認的醫療急迫情形之範圍，至少可再包括 108 年函所擴張之情形。

[9] 在 108 年函得繼續適用的前提下，本號解釋之宣告系爭細則及 100 年函違憲且立即失效，其唯一實益可能是：如果聲請人之原因案件落在 100 年函所示情形之外，且在 108 年函所示情形之內，則聲請人即得依據本號解釋聲請再審。惟依本案原因案件確定終局判決所認定之違法事實而言，聲請

人之調劑行為明顯不屬 108 年函所微調擴張的情形，應仍不符合系爭法律所稱之醫療急迫情形（此部分應由行政法院為最終之事實認定）。故就本案而言，本號解釋之宣告系爭細則及 100 年函違憲且立即失效，並不致對原因案件發生個案救濟效果。

[10] 如果本院是在 100 年與 108 年間審理本案，且聲請人之原因案件屬於 108 年函所稱之在途期間內備用藥品情形，則本席會支持本號解釋宣告系爭細則及 100 年函違憲的結論，雖然在理由方面會比較偏向內容審查後的違憲，而不只是違反法律保留原則的形式審查。但因為審理本案時，已經有了 108 年函，加上聲請人原因案件又無個案救濟之可能，以致宣告違憲的結論僅屬宣示作用，而無太大實益。如果本件是未來憲法訴訟法所容許的裁判憲法審查案件，就裁判是否違憲部分，就原因案件之個案裁判而言，亦應以無理由駁回（即維持原確定終局裁判）；就個案裁判所適用之法令是否違憲部分，則屬已無實益（moot）之訴訟。

[11] 依現行規定，醫師雖仍有調劑權，但限於在主管機關公告之偏遠地區或醫療急迫情形的兩項例外，始得行使。本號解釋對於現行規定有關醫藥分業、限制醫師調劑權的基本架構，也認為合憲。既然認為合憲，則就上述例外情形之範圍，基本上宜尊重主管機關之決定。何況醫師原則上就要在醫療機構內才能提供醫療，在醫療機構外的醫療行為本即屬例外（參緊急醫療救護法等），系爭細則及 100 年函之地點限制（於醫療機構內）並無不妥。至於「當場、立即」之時間限制，應只是認定此種情形必屬醫療急迫情形，在解釋上似仍可認為系爭細則及 100 年函未必具有當然排除其他情形（如在途期間內之必要用藥）之效果。依寬鬆審查標準，仍可容許其文義看似不夠精確之瑕疵。就此而言，本號解釋就系爭法律之限制本身是否違憲，係以寬鬆標準予以審查。然就系爭細則及 100 年函之違憲，似乎反而採取相對更嚴格的審查標準，兩者間似亦有不一致。

[12] 在現行制度及實踐上，我國之醫藥分業並沒有採取單

軌制（只有由藥師開設之獨立藥局，一方面限制有權開立處方者不得自設藥局，另一方面確保藥局相對於醫師之獨立性），而是容許雙軌制（一是由藥師經營之獨立藥局，一是醫院或診所開設之藥局），使醫師仍有可能享有調劑的實際利益。而主管機關為鼓勵醫師釋出處方箋，又曾對醫師提供處方箋釋出費 25 元²的診察費差額誘因，至今則仍提高藥局藥事服務費（調劑費）與日劑藥費³，以鼓勵診所交付處方。但因為許多診所醫師開設門前藥局⁴並自聘藥事人員經營，以致醫師釋出的處方有很大比例，仍然實質回到醫師開設的藥局手中，且上述診所交付處方的藥事服務費及日劑藥費之差額，均仍為醫師享有。在目前的雙軌制實踐下，系爭法律所稱醫療急迫情形之例外，對醫師看似嚴苛，但對藥師而言，則已是雙軌制下的最後防線。如果過度擴張醫療急迫情形之範圍，恐怕會讓整個醫藥分業制度的天平更傾向醫師一方。再者，醫藥分業的主要目的應該是為維護病人權益，讓藥師對於醫師所開處方之藥效、藥品間之可能衝突、對病人之可能副作用等，能有多一層的專業監督。因此醫療急迫情形的範圍，確實不應過寬，以免實質淘空醫藥分業制度的目的。

² 參自由時報，〈診所處方箋 今起主動給病患〉（2006 年 7 月 1 日）（在 2006 年 6 月 30 日前，如診所醫師自聘藥師，每張處方給付新台幣 21 元調劑費用；但如將處方箋交付門前藥局，調劑費則為 45 元，加上處方箋釋出費 25 元，設立門前藥局的醫師，每張處方箋可多領 49 元。當時全台約有 1061 家門前藥局計算，健保局估計，這些幕後醫師每年多拿健保費用至少 16 億），電子檔引自 <https://news.ltn.com.tw/news/life/paper/79384>（最後瀏覽日 2019/06/03）；財團法人台灣醫療改革基金會，〈950518A 健保醫藥大戰 拉民眾用藥安全陪葬〉（在 2006 年 7 月前，醫療院所每釋出一張就可多領獎勵金 25 元，而調劑的特約藥局藥師也可多賺藥事服務費 24 元，設有門前藥局之醫師實際共可多拿 49 元），電子檔引自 http://issue.thrf.org.tw/Page_Show.asp?Page_ID=416（最後瀏覽日 2019/06/03）。

³ 參衛生福利部中央健康保險署，〈醫療服務給付項目(2019 年 5 月 30 日更新)〉，電子檔連結參衛生福利部中央健康保險署官網 https://www.nhi.gov.tw/Content_List.aspx?n=58ED9C8D8417D00B&topn=D39E2B72B0BDFA15（最後瀏覽日 2019/06/03）。

⁴ 依法務部於 2006 年 5 月之調查統計，當時每 3 家健保藥局中，即有 1 家是「門前藥局」，全國合計約有 1061 家門前藥局。參法務部，〈法務部積極清查「門前藥局」弊端〉（2006 年 6 月 7 日發布新聞），電子檔連結參法務部官網 <https://www.moj.gov.tw/cp-21-49195-02f5d-001.html>（最後瀏覽日 2019/06/03）。目前的數量及比例，有待進一步查證。