

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。