

## 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，應使病患具有相當程度自主權。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。