

## 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？