

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-apotheke-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。