

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=D39E2B72B0BDFEA15（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。