

關於「自助式藥物販售」之裁定

BVerfGE 75, 166-183 【自助式藥物販售案】

聯邦憲法法院第一庭 1987.4.14 裁定

— BvL 25/84 —

張 嫻 安 譯

裁判要目

裁判要旨

裁判主文

理由

A 爭點

I 系爭規定之立法史

II 事件背景

1 原審程序

2 爭點：得自由販售之藥物，
禁止其自助式販售之規定，
是否與基本法相符

a 聲請審查之標的

b 呈請審查法院認為系爭規
定違反平等原則

3 各方之意見

a 聯邦少年、家庭及健康部

b 德國藥師公會

c 原審原告

d 原審被告

B 本件呈請審查合法

I 應予審查之規範

II 應審查之規範對判決具有間接
重要性

C 系爭規定違反平等原則

I 一般性禁止藥物自助販售不違
反職業自由

II 系爭規定違反平等原則

1 保護人民健康非合理化事由

2 藥劑師之職業形象尚不足以
合理化差別對待

3 自助販藥非藥劑師商業化的
表現

III 解決違憲之模式

裁判要旨

針對自由販售之藥物在藥房或其他零售店採用自助式販售之可容許性所為之不同規定。與基本法第三條第一項不符。

聯邦憲法法院第一庭於 1987.4.14 就下列憲法上之問題：得自由販售之藥物於藥房內及藥房外禁止自助販售之規定（藥房管理規則第十條第二項第一句與藥物法第五十二條第一項第二句、第三句併同適用）是否與基本法相符所進行訴訟之裁定。本案係依據 Karlsruhe 邦高等法院於 1984.9.30 以及 1985.1.25(U 78/83) 所為停止訴訟程序裁定及呈審裁定 (Aussetzungs- und Vorlagebeschlüsse) 為之。

裁判主文

「不得以自助方式銷售非藥房販售義務之藥物」(1968.8.7 BGBl I S .939 藥房管理規則 (Apothekenbetriebsordnung) 第十條第二項第一句) 但容許有專家以備諮詢者之其他零售商店販售」之規定，違反基本法第三條第一項。1976.8.24 BGBl I s 24455 藥物法第五十二條第一項第二句)。

理由

A 爭點

具體規範審查程序之標的乃攸關下列之問題：是否對於自由販售之藥物在藥房／其他零售店為自助式販售時，可為不同之規定。

I 系爭規定之立法史

藥物行銷之相關法規有藥房法及藥物法，亦即一方面乃是 1960.8.20 制定之藥房法 (Das Gesetz über das Apothekenwesen) 於 1980.10.15 公佈之修正條文與 1968.8.7 之藥房管理規則--最新修正條文係根據 1980.8.11 之第三次修正命令 (BGBl I.S.1267)；另一方面乃係藥物交易法 (Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln) 於 1961.5.16 制定，1976.8.24 修正 (BGBl I. S.2445)。

在零售階段中，藥物通常僅得於藥房內進行交易（藥物法第四十三條第一項、第四十六條）。一些特定之藥品--例如：礦泉水、治療用泥以及膏藥---則無須於藥房中出售，得自由販賣之 (freiverkäuflich)，倘若有一具專業知識之人提供諮詢，因而亦可於其他零售店內銷售。另一方面在藥房中除了販售「有藥房販售義務」（亦即不得自由販售）之藥物及「得自由販售」之藥物以外，尚且出售一些所謂之「藥房通常貨品」(apothekenübliche Waren)，諸如：化粧品、節食用

品、果汁、包紮繃帶，此類物品於藥房管理規則第十二條有列舉規定。

針對藥房以及其他零售業者之自助行銷，法律規定卻有所不同。倘使貨品全然於藥房，或者全然於其他零售業行銷，固無問題。有藥房販售義務之藥品，完全排除其自助銷售之可能，但於其他零售業者，採取自助販售方式銷售既非藥品亦非「藥房通常貨品」之物品，乃屬當然。在藥房以及其他零售業者皆可銷售之貨品方面，有關「藥房通常貨品」之規定同樣地無所爭議：無論於藥房或者於其他零售業者皆不禁止自助行銷。原審訴訟程序之緣由乃係因針對「得自由出售藥物中的其餘貨品類型」的規定而生：就此類物品，藥房不得採取自助販售方式，正如同「有藥房販售義務」之藥物一般。但是此類物品在其他零售店，只要有一人具必要的專業知識提供諮詢，即可採取自助販售方式。

上面所述就其他零售業者所為之規定，乃是根據藥物法第五十二條第一項第二句而來。至於藥房亦係依據命令之規定，即藥房管理規則第十條第二項而來。依照呈審法院之見解，此一命令應作為整體法規的部份而加以判斷，尤其是立法者在重新修正作為藥房準據法的藥物法時，將之作為前提。準據法規的條文有如次列：

藥物法第五十二條：自助式銷售之禁止

(1)本法第二條第一項、第二項第一款所稱之藥物不

可以自動販賣機進行交易。如以其他之自助販賣方式為交易者，則應有一依本法第五十條規定所具備之專業知識備供諮詢者為限。

(2)……

(3)第一項第二句之規定不適用於藥房中的藥物交易。

藥房法第二十一條：

(1)經聯邦參議會的同意，聯邦少年、家庭及健康部長有權以命令頒佈藥房管理規則…

(2)前項所稱之命令得包含下列之規定，

1 儲存、銷售、交付藥物……

2 — — — 7

8 藥房通常貨品…以及於藥房內外交付藥物者

9 — — — 1 3

(3)…

藥房管理規則第十條：

(1)……

(2)藥物於藥房內、外皆不可以自助方式販售。避孕藥物及非藥房販售義務之藥物，不在此限。

(3) — — — (8)……

1987.2.9 新修正，而於 1987.7.1 開始施行之藥房管理規則中，上述之規定經由與之內容相一致之第十七條第三項而補充之。

II 事件背景

1 原民事審判程序兩造當事人爲彼此立於競爭關係之藥劑師。被告於其藥房中亦銷售法蘭茲白蘭地、維他命 C、Kenipp 植物汁。此種自由出售之藥物，顧客得自行取之，並至櫃台付帳。

原審程序之原告訴請其競爭對手，不得於其藥房中以自助方式販售那些非屬避孕用藥物及無藥房販售義務之特殊藥物。邦法院判決原告勝訴，被告之行爲違反競爭義務，因其未遵守營業管理規則第十條第二項之禁止自助銷售的規定，而創造一違法的優越競爭地位。

2 被告針對此判決提起上訴。邦高等法院停止第二審訴訟程序並且將下列問題呈請聯邦憲法法院裁判：

對於得自由販售之藥物，禁止其在藥房以內、藥房以外爲自助販售之規定（藥房管理規則第十條第二項第一句與藥房法第一條第一項、第七條第一句合併適用，藥物法第五十二條第一項第二句及第三項）是否與基本法相符。

a) 邦高等法院主張提請審查之規定，對於裁判確有重大意義。假如被指摘之規範係屬無效，合法的二審上訴即爲有理由。反之，假如關於禁止自助銷售之規定，特別是營業管理規則第十條第二項合憲，則其上訴應予駁回。被告乃違反此項規定，以自助方式銷售得自由出售之藥物。

原審法院所爲之呈審 (Vorlage) 係合法，雖然藥房管理規則第十條第二項涉及命令法 (Verordnungsrecht)。命令法之違憲與否，原審法院本有權自行確認。然而該法院所爲之違憲確認並不能排除違憲狀態。一方面，於藥房中禁止藥物自助銷售之規定源自於法律規定——藥房法第一條第一項及第七條第一句。另一方面藥房法之規定就其自身而言，尚非違憲，僅在其與藥物法第五十條第一項第二句發生關聯時，始有違憲之可言。具決定性者乃是就上述規範的整體而觀，產生了一個違憲的不平等處遇情況。更且，立法者將「命令法」之藥物管理規則第十條第二項第一句經由其後頒佈之藥物法第五十二條第三項納入其立法意願中。如命令規定係違憲，則基於相同的理由，直接適用之藥物法第五十二條第三項之規定應被視爲違憲。在此情形下，僅聯邦憲法法院具有違憲審查權。

b) 在本案中，呈請法院 (vorlegendes Gericht) 以爲，藥房管理規則第十條第二項第一句並不違反“反競業防止限制法”之規定，蓋因營業管理規則之是項規定有一充份之授權基礎，符合基本法第八十條第一項之要求，而且在憲法上無瑕疵地規範藥劑師之職業行使自由。然而一方面經由營業管理規則第十條第二項第一句，另一方面經由藥物法第五十二條第一項第二句之規定，即存在了一個違憲的狀態，蓋因此等規定，有悖於

基本法第三條第一項，將重要之相同事項予以不同的處理。

固然，全然禁止藥物之自助販售有其道理存在。針對得以自由販售之藥物於藥房中或於一般零售店中得否採自助販售方式而為不同之規定，乃屬滋意。立法者或則早應實現在藥房外為全面性的禁止自助銷售規定——一如在藥物法修正草案中所規定者，或則應同意本法案於聯邦參議會審議時所建議者，對於藥房採取較寬鬆之解決方式。然而立法者於不能作成上述之決議之後，即產生了一個矛盾狀況，如任令其繼續存在，實乏充份之理由。

3 針對原審法院呈請聯邦憲法法院審判之決議，聯邦少年、家庭及健康部長以聯邦政府之名義、德國藥公會、原審程序訴訟當事人有如下之意見：

a) 聯邦健康部長持如是之看法，以為藥房於提供民衆藥物時，扮演主要的角色。為了防制人民在健康上發生危險，對於藥物為特別謹慎的處理，不可或缺。自助銷售的禁止乃藥房法的基本原則，意在防止毫無監控的給藥。藥師之提供諮詢服務自始即係藥房的表徵。如果為了自助銷售而壓制了藥師的諮詢服務，則給藥之可信賴度必將為之減低。對於在藥房／其他零售業者於自助販售得自由販售之藥物所為之不同處遇，其在立法程序中所為之決議，尚不違反基本法第三條。司法實務界就

此亦未有所質疑。實務上以為，藥房制度之設計必須將藥物交易的特殊情形納入考量。藥房的特殊地位亦表現於法律條文中。特定的貿易業別必須保障之，用以確保藥房的生存空間（藥物法第七十八條）。此外，法院所為對於禁止自助銷售的法律上判斷，支持聯邦政府在藥房制度及藥物安全於保健政策上的想法。其他法律上考慮可以置而不論。

b) 德國藥師公會以為禁止藥房自助販售藥物，不僅係出之於藥房管理規則第十條，且亦立足於藥物法第五十二條第三項。對於在藥房或其他零售業之藥物交易所採之不同規範，亦為立法者所確認。該規定反應了藥房之特性乃是一種特殊種類的貨品，自助銷售作為給藥的方式並不表現出一個與之相當的出售方式。禁止藥物之自助販售，其理由更是出之於藥房的任務在於保障基於公共利益所要求的合乎規律的藥品供應。一般性的禁止更支持了基於健康政策的理由，藥房的作用乃是一個藥師足以與其顧客在直接的關係中履行其諮詢義務之所在。

其他零售業者對於一般得出售之藥物可以採取自助販售方式，使得對於藥物於藥房中一般地禁止採取自助販售方式的健康政策上的理由並未因之而喪失。不同規定之事理上理由乃藥房功能所使然。在藥房中，自助販賣方式的擴充，隱藏著於藥房業者在整體藥物供應上發

生不可預期影響的危險性。在擴張自助銷售的情形下，顧客可能即不能再期待有藥師的諮詢服務。此外，消極方面可能影響到，於藥房中受容許與不受容許的自助銷售不再能被確切的區隔。

c) 原審訴訟的原告以為藥物法第五十二條乃決定性的法律機基礎，使得針對藥房及其他零售業者之自助銷售為不同規範合法化。立法者所為有意的歧異性規定，乃建立於事理上的理由，亦即藥師的諮詢功能以及藥師納入了治療性職業並且因之而發生人民對藥房的信賴關係，凡此乃與以營利為目的的零售業者有根本上之不同。

d) 原審被告主張呈請聯邦憲法法院審判並不合法，蓋因在原審程序中僅僅是藥房管理規則對裁判有影響。無論如何原法院的憲法上質疑有理由。不同的處遇規定，特別是無法在保障人民健康方面獲得正當化的理由。基於對健康具危險性的理由，如認為藥物的自助銷售並不合適。則此種藥物可列入藥房販售義務表列中。當前的規定殊難理解，得自由販售之藥物與所謂之藥房通常物品幾難予以區分。

B 呈請係合法

I 應予審查之規範

對於本案應否受理之存疑，僅在於原審程序中命令法規——亦即藥房管理規則第十條第二項——直接對判決有彩響，而命令法規並不在聯邦憲法法院的獨占管轄權之下。且此一命令法規又缺乏上位之法律規範。

呈請決議之主文所列名之藥房法第一條第一項及第七條第一句，並未規定藥房中之自助銷售情事。該法第一條對於藥房任務之一般描述，以及同法第七條藥師之個人領導義務，僅彰顯了藥房的重要性以及藥師的角色。固然可以將之援引作為給藥形式必須加以限制之理由，而此種限制亦影響及於自助銷售受容許的範圍。此般規定亦不曾構成限制自助銷售規定的授權基礎。毋寧說所謂之授權基礎應見之於藥房法第二十一條，此法條本身固然授權命令制定者為藥房管理規則第十條第二項意義下之規定權限，但並未迫使其必須為之，而是賦予其以自己責任而為合憲規定的空間(BVerfGE 48.40.46)。

在藥物法中亦未見及有任何法規確認命令制定者關於藥房中自助銷售的特定規範。首先藥物法第五十二條第一項第一句就藥物藉諸自動販賣機販售者為一般性的禁止。此一禁止規定對藥房及其他零售業者同等適用，就原審程序而言並不重要。至於第一項第二句，一如第一句係關於自動販賣機出售藥物的規定，乃包含了原則上禁止以自助販售方式銷售的規定；於此原則下僅容許一個例外，倘使有一具專業知識之人備供諮詢。本規定

由於藥物法第五十二條第三項之故，僅適用於其他零售業者，姑不論其一般性的用語，據此而僅包含了在此所提及的得自由出售的藥物。由此可無誤地導出，藥物法第五十二條第一項第二句對於原審程序並不具有直接的重要性，蓋因於此程序中涉及二藥房間的競爭關係以及藥房中的自助銷售問題。

有關藥房中藥物的銷售僅僅係由藥物法第五十二條第三項規範。本項亦僅規定，先前所說明之規定並不適用於藥房，亦即在第一項第二句所包含自助銷售的原則性禁止以及例外規定皆不適用。第三項並未包含更進一步的內容；究竟藥房應適用何者，仍懸而未決。然此卻由藥房管理規則所規定，但該規則並非基於藥物法，而是建立於藥房法之授權上。以下尚加說明之立法史更證明了。藥物法第五十二條第三項不包含有藥房中自助銷售的特有法律規定，而僅僅確定先前早已存在之藥房管理規則仍繼續有效。然而正確者，——一如高等院所認為——證諸立法史立法者對於當時適用之命令法已經同意，並且願意維護其繼續存在之狀態。凡此乃在對裁判具有間接重要性的觀點下有其重要性。

II 應審查之規範對判決具有間接重要性

所謂對裁判具有間接重要性，實務上所認定者為：一個規範（本案之藥物法第五十二條）固然其本身並非

原審程序裁判的直接法律基礎，但是其所為憲法上的評價同時卻判斷了直接作為基準法律基礎的合憲性（本案中之藥房管理規則第十條），；在具直接重要性的命令法乃基於必須加以審查的法律授權基礎：BVerfGE 30, 227; 32,260；直接具有對裁判重要性之命令法僅是重覆被審查之法律規範的重要內容者；其他特殊案例，請參閱：BVerfGE 2, 341; 20,312。

首先贊成此種間接重要性之理論在本案中已經成立者，謂於命令法中所包含之禁止藥房自助銷售之規定，依呈審法院的見解其本身尚非違憲，之所以因違背平等原則而遭致非議，乃係因藥房法准許於藥物法第五十二條第一項第二句，個別零售商採取自助銷售方式販售無藥房販售義務之藥物。單僅此種情形固然未足以成為肯認呈請憲法法院裁判係屬合法的理由。但是尚有一些特殊情形乃使肯認具裁判間接重要性之看法得以正當化。一如藥物法第五十二條之立法史證實，立法者就此一規定已經嵌入了在此之前即已存在之藥房管理規則第十條第二項仍然繼續適用。而於藥物法新修正之立法諮商過程中，欲全面禁止藥物之自助販售，既無法得以實現，此一方案於1975年之政府草案已有所規定(BT Drucks, 7/3060, s.25 u.57)；而聯邦國會主管委員會建議並由聯邦國會決議之廣泛開放自助販售方案(BT Drucks, 7/5025 s.48; 7/5091 s.18)亦未貫徹。倒是聯邦要求召開

協調委員會，將五十二條加入第三項之規定，依此，則開放自助銷售並不適用於在藥房中藥物的交易進行。其理由在於：設非如此，則先前已適用之藥房管理規則第十條第二項將被上位規範所排斥，而空洞化；如同聯邦國會決議之內容許在藥房中採取自助方式，將與聯邦藥劑師法、藥房法、藥房管理規則之基本規定相矛盾，依照此般規定給藥之監督乃是藥劑師之最初始任務，基於藥物安全的理由，不容放棄之。

據此，藥物法第五十二條的法律規定僅在下列的前提下始得理解之，作為藥房規範之命令法仍然存在；立法者確已將之納入立法意旨中。從命令法與「法律」二規範之特殊內在關聯最後可導出，藥房管理規則第十條第二項具有對裁判重要性之規定之所以仍然有效。乃是因藥物法第五十二條第三項排除了第五十二條第一項第二句對藥房適用的緣故。蓋因無此種排除，則藥物法第五十二條第一項第二句之一般性自助銷售之規定亦適用於藥房，而且作為一較新且較上位之法，乃壓制了作為「命令法」的藥房管理規則第十條第二項。處於此種事態，倘使吾人否認了法律規定對裁判的間接重要性，則聯邦憲法法院之規範審查制度的「滿足功能」，將部分地無法達成(BVerfGE 62/54/364)。

C 系爭規定違反平等原則

針對藥房以及其他零售業者採取自助方式銷售得自由出售藥物，所為的不同規定，與基本法第三條第一項不符合。

I 一般性禁止藥物自助販售不違反職業自由

於憲法層次上之審查時，吾人可支持原呈審法院的觀點，在藥房裏禁止所有的藥物自助銷售，就其自身而言尚未損及藥劑師的基本權。凡此無論在主管部長或是聯邦藥師公會的意見中以及在呈審決議中均已確切地指陳。據此，在藥房管理規則中所包含之禁止自助銷售係建立於一個有效的法律授權之上，藉此授權立法者乃使用了基本法第十二條第一項第二句的規定保留權限。基於此一授權命令的制定者自己透過藥房管理規則第十條第二項，以合法的方式限制了藥劑師的行使職業自由。

就此一限制的正當化根據，原審法院指明了藥房作為保健制度的特殊地位以及藥劑師的諮詢功能。早於1960年藥房法的最原始條文即表達出，藥房之職責依藥房法第一條第一項之規定，係在於符合公共利益以保障對人民藥物供應的規律化，以及依同法第七條之規定，「藥劑師有義務」以自己的責任本人親自執行領導藥房之業務。其中立法者的意願足以令人辨識出，藥房所涉及者並非是尋常意義下的營利性、經濟事業，而藥房與個別顧客間的直接關係作為其本質上的表徵更應予維

持。此一直接關係存在於個別的處理處方及顧周需求和在建立及維護一個彼此倆相對待的信賴關係下交付所開立的處方藥物。配合了法律規定所塑造之「藥師在藥房中」的指導形象，應使顧客確實感受到在藥房中享有藥學專業人士之服務，即便是在個別情形下，顧客所願獲得的僅是一無須於藥房中出售的藥物。

此般健康政策上的考量，為聯邦少年、家庭、健康部長以及聯邦藥劑師公會同樣主張，足以成為為使藥物供應制度化，因而禁止自助販售的正當化根據。倘使為確保給藥安全而擴張及於所有藥物均禁止自助販售，藥師之職業行使並不因之而受不相當的限制。

II 系爭規定違反平等原則

然而針對得自由販售藥物在藥房內禁止採取自助販售的方式（藥房管理規則第十條第二項）。反之在其他零售業者卻被允許（藥物法第五十二條第一項第二句），此乃與基本法第三條第一項不符。

依照聯邦憲法法院之確定見解，平等原則尤其受到侵害，倘使規範相對人之某一集體與他一集體倆相比較，受到不同處遇，雖然在此二個集體間並無那種種類及程度之差異性存在，足以使其為不同處理的正當化理由（BVerfGE 70,230 [239]）。此類前提要件，本案已具備。

在各方意見中已陳述了現行規定正當化的理由，其固然可支持——如前面已經解說過——對於所有的藥物於藥房中均禁止自助販售。然此亦未能使對藥房與其他零售業者為不同處遇正當化。二者之間所存在的明顯差異，並未達到那種程度，允許其他零售業者自助銷售那些無藥房販售義務的藥物，在不違反基本法第三條第一項的情形下，禁止藥房出售。在此方面，原審法院之論述可予贊同。

1 對於藥房之差異性處遇特別是不能基於保護人民健康的理由

藥物原則上僅可以在藥房中給付之規定，主要是基於公共福利的目的。之所以成為爭議交點，乃因其涉及原本得自由販售藥物之自助販售，亦即那些規範制定者已見及並無使其基於國民健康之利益，因之受制於藥房販售義務而不得自由出售之理由存在。在得自由銷售藥物之範圍內，毫不受監的給藥再也不能以禁止自助銷售之方式加以阻止。蓋其在其他零售業者早已是買賣的常見情形。吾人無法認識到的自由出售之藥物在藥房中自助販售。其有害於國民健康之危險度將高於在其他零售業者之銷售情況。反之，呈審法院即很中肯地指出，下列情形實為一矛盾：此種得自由出售之藥物在一般之藥品雜貨業 (Drogerie) 中，倘有一專業人士通常只是一藥師助手的資格，且不須到場，備供諮詢，即可採取自助

販售方式，而更具夕業知識的藥劑師反而絕對不可。

採取不同之處遇亦未容以下列的觀點而正當化，即原負有藥房販售義務之藥物，可能因疏忽而被誤置於專門發售自助販售藥物的貨架上。此種因疏忽而造成之危險程度不會高於目前已存在之可能性，即那些負藥房販售義務之藥物混入所謂之「藥房通常物品」中。是類物品本品准許其採自助方式販售。此外，呈審法院亦切合地指明，如此之疏忽最遲於顧客取貨後付帳時，即被發現。尤不是那些「藥房販售義務」之藥物，多半同時須持處方，否則不得出售。

2 於實務界及學界就不同處遇之問題已表示意見之範圍內，——如呈審法院所陳述者——多係就藥劑師的形象，而少基於國民健康之觀點立論。諸如藥劑師的基本任務乃是在給藥時，即使是得自由買賣的藥物，提供病人專業諮詢的服務，並且因由藥劑師個人監督給藥，而防杜藥物之濫服，在個別情形甚至可拒絕給藥 (Pfeil/Pieck/Steinbach, Apothekenbetriebsordnung, 4.Aufl., 1980-, Anm. 2 zu § 10)。在藥房中僅因此之個人給藥乃保障個別顧客之最大安全 (Cyran/Luckenbach/Hgel, Apothekenbetriebsordnung, 3.Aufl., 1985, Anm. 2 zu § 10)。藥房營業所維護之公共利益構成對立法者之立法基礎，使藥房與其他之工商業行業相較之下，應置於特別法之下。因之，在藥房行業及其他行業間亦不存在

有憲法意義上的等同性；由公共利益的原因所建立之重要區別特徵，乃賦予法律上差別規定的根據 (Schieder-mair/Pieck, Apothekengesetz, 3.Aufl., 1981, Rdnr, 44 zu § 1) 。

如前所述，這些著眼於職業形象的考量固然可說明、藥劑師之職業行使自由可經由藥物的禁止自助銷售而受限。但此尚不足以作為相異處理的根據。在此範圍內，呈審法院決議中之指陳係屬正確：藥劑師之職業形象本身並非唯一目的，而是為了保護人民健康，被發展且維持而成。藥房首先乃公共健康制度，其次，始為營利事業。由此乃塑造出其形象。賦予藥房「特別法」之法律基礎的公共利益，乃以有規律的保護人民的藥物供給為目標，即亦以保護人民健康為目的，但此——一如前已述及——對藥劑師不利的差別處理，並不能構成穩固有效的基礎。

3 最後，呈審法院決議理由書所陳尚有殊值吾人贊同者為：差別處遇並不能以下列之考量而得以獲得正當化之根據，非藥房販售義務的藥物開放其自助銷售可能對藥劑師構成利誘，使其事業愈來愈基於商人觀點而經營，而且對其他基於公共利益所承擔之任務產生不利，而特別專注於此種非本業之部門。於此，吾人與呈審法院一致以為，規範制定者為保健功能之有效實現，以防杜藥劑師之商業化增強趨勢，並且對抗藥房成為純商業

的藥舖 (Drugstore) 業務型態 (BVerfGE 53/96) 。但是，自助銷售方式就其本身而言，尚不能被視－「加重形之商人業務行爲」。毋寧說乃爲一商品展示形式，其與藥房之傳統形象仍屬相當。此外，藥劑師本得以自助銷售方式銷售所謂之藥房通常物品。於此情形下，藥劑師可能不再意識到其主要任務乃係藥物供給者疑慮，或者不存在或者可不予重視。尤其是「得自由販售之藥物」與所謂之「藥房通常物品」本無重大區別可資辨認，是以對前者殊無爲他種判斷的必要。

Ⅲ 解決違憲之模式

由於違憲性是建立於一個差別處遇之上，並且由於規範制定者在消弭此種差別處遇有多種可能性，聯邦憲法法院必須以與憲法不符合確認而滿足。由此當然產生以下的後果，因爲缺乏一個有效的禁止法規，原審程序的被告不能違背程序規定再被禁止自助銷售「無藥房販售義務」之藥物。如果未來此種藥物禁止自助銷售，則立法者必須採取行動，而禁止必須針對所有零售業爲之。反之，命令制定者僅得將在藥房管理規則中所包含之對藥房所爲之禁止規定廢棄之。但爲了防禦可能對健康造成之危險，命令制定勢尚有第三個可能性，原審程序被告已經指明：依照藥物法第四十四條以下之規定，主管部長有權以法規命令限定得自由銷售之藥物，以及

將個別在法律中規定得自由銷售之藥物亦轉納入「藥房販售義務」中。

簽名