

臺灣桃園地方法院函

中華民國 102 年 6 月 3 日  
桃院晴文字第 1020000774 號

受文者：司法院大法官書記處

主 旨：檢陳併案釋憲聲請書 1 件及其附卷。敬請鑒核。  
說 明：

- 一、本件係行政訴訟庭錢法官建榮審理如說明二案件，認藥師法第 11 條有違憲之疑義，而依鈞院釋字第 371、572、590 號解釋及行政訴訟法第 178 條之 1 裁定停止訴訟程序。併案請求與 102 年 6 月 13 日言詞辯論案件合併審查。
- 二、經裁定停止訴訟程序之案件案號：臺灣桃園地方法院 101 年度簡字第 45 號，行政訴訟簡易訴訟事件。

院長 陳 晴 教

抄臺灣桃園地方法院行政訴訟庭錢建榮法官釋憲聲請書

壹、聲請解釋憲法之目的：

聲請人審理一〇一年度簡字第四五號蕭天佑違反藥師法案件，被告機關（桃園縣政府）認為原告（蕭天佑）並未於其原登記之執業處所執業，而於他處調劑藥品，因而認為原告違反藥師法第十一條規定：「藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限」，適用同法第二十三條規定處以罰鍰新臺幣三萬元。

本院認為本案應適用之藥師法第十一條規定係對於職業選擇自由之客觀限制，違反比例原則；又相對其他

同性質之專業人員之執業處所限制，顯有不合理的差別待遇，違反平等原則。因而侵害原告依據憲法第十五條保障之工作權。

因自報載始得知大法官預計於今年(民國一〇二年)六月十三日進行藥師法第十一條的違憲審查言詞辯論。爰併案聲請一併審查之。

## 貳、疑義之性質與經過及涉及之憲法條文

### 一、疑義之性質與經過：

本案被告即原處分機關桃園縣政府以一〇一年五月二十二日府衛食藥字第 1011703602 號行政裁處書，記載桃園縣政府衛生局於一〇一年五月三日查獲原告即受處分人執業登記處所於益眾藥局（地址：桃園縣〇〇市〇〇路七〇七號一樓），卻於桃園大樹藥局（地址：桃園縣〇〇市〇〇路三七三號）調劑藥品予民眾，經原告坦承違反藥師法第十一條規定「藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限」，爰依同法第二十三條規定處以罰鍰新臺幣三萬元，並限原告於文到後十五日內繳清銷案。原告認原處分顯屬違法，提起訴願，經行政院衛生署一〇一年八月六日衛署訴字第 1010013797 號訴願決定書駁回訴願。原告認原處分及訴願決定俱屬違法，爰於法定期間提起行政訴訟。

查原告對於本案客觀違法事實並不爭執，惟仍一再爭訟。且自提起訴願時起，原告即一再主張藥師法第十一條限制藥師執業處所以一處為限之法律規定，

侵害憲法第十五條保障之工作權，並認為違反憲法第七條平等原則、第八條人身自由及第十條遷徙自由、第十四條集會結社自由，甚且認為侵害藥師職業者之人性尊嚴，而有違反憲法第二十三條比例原則（參見訴願書及行政訴訟起訴狀）。

嗣經受理法院（即聲請人）召開第一次準備程序庭，原告仍表明上述法律違憲之情。經聲請人指出人民聲請釋憲與法官聲請釋憲之程序差異，以及本案情節與適用法律均與一九五八年德國聯邦憲法法院所謂「藥房判決」案例類似，並指示相關文獻。原告於第二次準備程序庭（一〇二年五月七日）表明希望由法官聲請釋憲。聲請人安排手邊的審判工作，原定最快也要一個月後始有餘力撰寫聲請書聲請釋憲。

豈料據報載及司法院網站首頁新聞稿，將於一〇二年六月十三日就本案所應適用之藥師法第十一條進行其他聲請違憲審查案之言詞辯論（註一）。爰將聲請時限提前，併案聲請之。

## 二、涉及之憲法條文：

藥師屬專門職業人員，須經考試及格始得充任。藥師法第十一條限制藥師的執業處所應以一處為限，顯係對於「職業自由」之限制。依據大法官歷來解釋，上述「限制」已非單純對於職業執行自由之限制，而係對於職業選擇自由之主觀限制，立法者必須提出極重大公益之理由，始符憲法第二十三條比例原則之要求。否則即有違憲侵害藥師受憲法第十五條保障之工

作權。

此外，同樣居於專門職業人員地位之其他專業證照人員，尤其與藥師同屬醫藥專業之醫師、護理人員等，法律均無限制於一處執業之限制，此等差別待遇難有正當合理之理由，有違反憲法第七條平等原則之情。

### 參、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

#### 一、工作權與職業自由之內涵大致相同

憲法第十五條規定人民之「工作權」應予保障。對於工作權之性質及其所具有之功能，究係自由權之性質而具有防禦（權）功能，或另具有社會權之性質而有受益（權）功能，學者間雖未有定見（註二）。惟大法官在一系列關於工作權保障之解釋，諸如釋字第四〇四號、第四一一號、第五一〇號解釋，乃至近來的釋字第五八四號解釋，均宣示「人民之工作與公共福祉有密切關係，為增進公共利益之必要，對於人民從事工作之方法及應具備之資格或其他要件，得以法律為適當之限制，為憲法第二十三條所明定」等語。釋字第五八四號解釋甚至直接闡明工作權內涵包括「人民選擇職業之自由」及「執行職業之自由」（註三），另再輔以吳庚前大法官於釋字第四〇四號解釋所提出之不同意見書，表明德國聯邦憲法法院針對職業自由所建立之三階段理論，並非可全盤適用於我國的立場。以足推論多數大法官對於工作權所描繪的圖像，顯然參考德國基本法上職業自由的概念。

大法官於是在後續的幾號解釋不再有爭議的將工作權與職業自由相提併論。以最近宣告非視覺障礙者不得從事按摩業違憲的釋字第六四九號解釋為例，理由書即謂：「憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，人民從事工作並有選擇職業之自由，業經本院釋字第四〇四號、第五一〇號、第五八四號、第六一二號、第六三四號與第六三七號解釋在案」。

## 二、職業自由與人格自由發展權息息相關

德國聯邦憲法法院就經常將職業自由與人格發展自由權結合在一起討論。甚至認為二者有普通法與特別法的關係，職業自由就人格發展自由而言，係特別法（註四）。

林子儀及許玉秀大法官，在釋字第五八四號解釋分別提出的不同意見書中，也不約而同指出職業選擇自由之內涵其實與人格自由發展權密切相關。林子儀大法官謂：「職業選擇自由對個人發展自我與實現自我，具有重要的意義。在現代民主社會中，職業不僅提供個人現實生活所需的經濟基礎條件，也是個人得藉以發展能力與實現理想生活型態的屏障與途徑，乃至於個人建構其存在意義與自我認識的要素之一。故而經由保障人民職業的選擇自由，人民方得以自由地發展自我、實現自我與完成自我。由於職業的選擇自由與個人人格的自由發展密不可分」（註五）。許玉秀大法官謂：「職業當然是從社會分工的需求而產生的，但在沒有社會分工的需求之前，每個人都有求生存、

開發生命價值的基本本能，每個人為了謀生存而反覆實施的活動，就是職業的前身，從生命的絕對價值觀而言，這種意義下的職業，甚至是基本的生命任務。換言之，應該可以說，職業的本質就是個人藉以安身立命的生命活動。那麼，安身立命又是什麼？不外乎能生存、能發展生命的價值。如果從個人安身立命的基礎審視職業自由，則職業自由的第一個密切關係應該發生在人格發展自由，而不是公共福祉」（註六）。足見不論職業自由或人格自由發展權，其實均屬於相同之人權內涵。

其後的大法官釋字第六五九號解釋，於解釋理由書開宗明義即闡明：「職業自由為人民充實生活內涵及自由發展人格所必要，不因職業之性質為公益或私益、營利或非營利而有異，均屬憲法第十五條工作權保障之範疇」。葉百修大法官繼而於釋字第六六六號解釋協同意見書中指出工作權之意義正是「從維持生計到人格發展」。葉大法官並謂：「社會生活態樣變化日增，工作及職業已不單作為人民維持生計之方式，同時並具有人民以之為充實生活內涵及自由發展人格之重要功能。是以，凡人民自由選擇維持生計或表現其人格所從事持續性或短暫性之經濟活動，均屬憲法保障工作權之意涵」（註七）。且認為工作及職業不以具有正當性為必要，應採從寬認定，主張「對成年人間自願性之非公開從事之性交易行為，應受憲法工作權予以保障」（註八）。

### 三、運用職業自由三階理論的審查標準

殊不論對於職業自由限制的審查應採較嚴格、較寬鬆或中度審查標準（註九）之爭議。聲請人以大法官習用之比例原則審查標準，參以德國實務之「三階理論」審查系爭條文。

如何檢驗立法者對於職業自由的限制是否合憲的標準，德國聯邦憲法法院於一九五八年，藉審查藥房設立數量限制的「藥房判決」（dasApothekenurteil）（註十）中，即運用比例原則建立具體的所謂「三階理論」（Stufentheorie），依據三階理論，對於人民職業自由的限制，可以區分為三種不同階層，即「職業執行自由之限制（職業執行規則）」、「職業選擇自由之主觀限制（主觀許可要件）」、「職業選擇自由之客觀限制（客觀許可要件）」（註十一）。

簡言之，因為上述三種不同類型之職業自由的限制，對於人民職業自由之侵害程度強弱有別，所以要求立法者的限制即有不同，合憲性要求之強度自有不同。首先，立法者對於職業自由之限制，應儘可能選擇侵害最小之手段以達成相同之目的，祇有當立法者能夠充分說明其預見之危害無法以前一階層之限制手段以有限防止時，始得採取對於下一階層之限制手段（註十二）。亦即必須遵守以職業執行自由之限制為先，如無法達成目的，始得以職業選擇自由之主觀許可要件為限制，最後才能以職業選擇自由之客觀許可

要件限制。另外，就立法者所持的「公益」理由，三階層亦有寬嚴不同之標準，第一階層的「職業執行規則」，因為對於人民的侵害最輕，立法者對此之限制，祇要符合「一般公共利益」，且合乎目的之要求即可；第二階層之「職業選擇主觀許可要件」，立法者必須認為有「重要社會法益」存在，始得限制；至於第三階層「職業選擇客觀許可要件」，立法者必須提出認有「特別重要（極重要）之社會法益」，始可限制之（註十三）。

此外，須說明者，在個案的判斷上，前述三種階層之界限並非迥然有別，其間的界限常不易區別而相互混淆，例如職業執行與職業選擇之間的區別界限往往是流動的，可能因為規範方式之不同，而使其限制之效力「滲透」至另一階層，並非絕對固定，尤其當立法者干涉「職業執行」限制之規則過於強烈時，即可能因質變而成為對於「職業選擇」限制之規定（註十四）。最後，就第三階層之職業選擇客觀限制而言，德國學者分析其聯邦憲法法院之判決，認為依立法者干涉基本權強度之不同，又可依序區分為「兼職禁止」、「需求審查」、「限額措施」、「職業禁止」幾種（註十五）。其中最為強烈者即為職業禁止類型，尚可分為「一般職業禁止」（勞動法上的職業禁止）及「個別職業禁止」二者，前者例如禁止婦女從事特別危險或極度消耗體力之職業（如礦工），後者特別是指德國「刑法上之職業禁止」，即經由法院之刑事判決禁止被告

繼續從事某種職業活動，例如德國刑法賦予法院得對於犯罪行為人濫用其職業或營業從事違法行為者，禁止其繼續從事該項職業或營業之權，此項禁止期間最長五年為限，例外尚可永久禁止之（註十六）。

據此聲請人曾經於二〇〇五年十二月間因確信當時道路交通管理處罰條例第六十七條第一項關於吊銷駕照終身不得考領的規定，侵害人民工作權，而裁定停止審理三件繫屬中交通聲明異議案件，聲請大法官解釋，並請大法官就釋字第五三一號解釋作成補充（或變更）解釋。就職業自由的限制而言，聲請人於聲請書中主張：終身不得考領駕照使得以駕駛為職業者的主觀能力許可要件受到「限制」，乍看之下，似屬第一階層之職業執行限制，或第二階層之職業選擇主觀許可要件之限制。惟此處不得考領駕照之期間係「終身」，亦即非屬「有期間之吊銷」，其法律效果實乃永久「剝奪」其職業選擇之機會，屬於「個別職業之禁止」，乃干涉最強烈之程度。聲請人以為，如此強烈之「限制」效果，實已達第三階層，對於職業選擇自由之客觀許可要件之限制。換言之，本來屬第一階層或第二階層之限制，惟因為限制手段過於強烈，已使限制之效力「滲透」至最後階層，質變為第三階層之職業選擇客觀限制，而且又屬其中最強烈之「職業禁止」類型（註十七）。

惟大法官於聲請一年後，仍以道路交通管理處罰條例已增訂公布第六十七條之一，使受終身吊銷駕照

者，於符合特定條件，仍得於一定期間及符合特定條件，重新申考駕照。認為無補充解釋之必要而不受理（註十八）。

大法官於二〇〇八年十月作成的釋字第六四九號解釋，宣告身心障礙者保護法第三十七條第一項前段，關於非視覺障礙者不得從事按摩業規定違憲。

在沒有不同意見書，亦即全體大法官無異議下，釋字第六四九號解釋以上述三階理論檢驗本條對於工作權之限制違憲。對此理由書的說理層次分明：「對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由，立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制。至人民選擇職業之自由，如屬應具備之主觀條件，乃指從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，且該等能力或資格可經由訓練培養而獲得者，例如知識、學位、體能等，立法者欲對此加以限制，須有重要公共利益存在。而人民選擇職業應具備之客觀條件，係指對從事特定職業之條件限制，非個人努力所可達成，例如行業獨占制度，則應以保護特別重要之公共利益始得為之。且不論何種情形之限制，所採之手段均須與比例原則無違」。

對於立法者逕以「第三階段」選擇職業之客觀條件限制，何以更嚴於就主觀條件之限制，須有「特別重要之公共利益」理由，參照上述德國聯邦憲法法院「藥房判決」的理由，係因客觀限制是取決於執業申

請人以外客觀條件之限制。換言之，對於客觀限制之條件是否能夠成就，執業申請人並無影響力。此等條件限制對於執業申請人之職業選擇自由干涉極大。並且根本的質疑在：到底一個在專業上及品德上均符合法律要求之執業申請人，其執行職業究竟對公眾能造成何種危害？足見職業選擇之客觀限制與其所追求目的間之關聯性，很難使人明瞭。因此，違反事物本質的動機侵入危險也就特別大（註十九）。

此外，立法者對於職業自由之限制，並未考慮應儘可能選擇同樣可達目的但侵害最小之手段，亦即立法者並未先考慮以前兩階之限制手段，而直接以最後一階的限制（或禁止）方式，是有違侵害最小原則的。

本件原因案件適用藥師法第十一條限制一處執業規定的結果，與上述一九五八年德國「藥房判決」的聲請案例結論如出一轍（註二十）：德國 Bayern 邦否決憲法訴願人的申請，在相同地點再開設一間新藥房。邦政府認為該項新設藥房之申請與保障藥品對當地居民需求供給之公共利益不符，蓋該地約居民六千人，為供給此一人數之藥品需求，現存之一家藥房已然足夠。此外，由於消費人口有限，新設藥房之經濟基礎將無法獲得保障，將連帶使得鄰近藥房正常經營之經濟基礎亦受影響。與「藥房法」第三條第一項（註二十一）規定有違，否決第二間藥房之申請。形同限制藥師僅能在一處處所執業。

以下即借用德國「藥房判決」經典的論證與說理，

與本件原因案件被告機關提出公共利益理由相互對照、印證，並反駁之。

「藥房判決」認為藥房法第三條第一項對於人民設立藥房申請之限制，是對職業選擇自由之客觀限制。此一限制為干涉人民職業自由最嚴重之階層，只有在為了防止對特別重要的公益之可證明的或有最高或然性的嚴重危害時，始合乎基本法第十二條第一項之要求。本條的立法理由顯然不足以說服聯邦憲法法院。首先，依據邦內政部的說法，本條目的係為防止藥房無限制增加，而導致藥品供應不正常，進而危害人民之健康。如解除此一限制，藥房之數量勢必快速增加，且由於新設藥房大多將聚集在大城市，尤其市中心區，如此更將使得該區藥房數量急遽上升，而產生激烈競爭。依據經驗顯示，各藥房激烈競爭之結果，將使許多經濟基礎較為脆弱之藥房為求增加其藥房銷售量，而將法律所賦予之義務（例如：一定貯存量之保持、須有醫師處方始能供應藥品、藥物品質之維持、遵守一定價格、聘用合格之從業人員等）棄之不顧。甚至會透過廣告，製造人民對藥品之需求，使服食不必要之藥物，影響身體健康。

此種說法與本件原因案件被告機關的說法相差無幾。殊不論原因案件訴願機關以目前藥師人力已充足，認定法律並無例外規定藥師支援報備制度尚屬合理，而認為限制一處執業之限制乃為「增進公共利益」，與憲法第二十三條尚無牴觸。惟對於何謂「公共

利益」卻始終未說清楚，因而聲請人於本案準備程序要求被告機關桃園縣政府提出特別重大之公共利益理由。被告機關指出：特約藥局及基層院所藥事人員合理調劑量（以每日實際調劑量計算）每人每日 100 件，山地離島地區每人每日 120 件，超過不予給付藥事服務費，特約藥局調劑件數不分處方來源一併計算。可知對於藥事人員業務中的藥品調劑，亦有規範每人每日合理調劑量，旨要避免超時工作之情形發生。惟藥局在整個醫療照護體系中是一個重要角色，不論是在醫院中的藥局或是融入民眾生活的社區藥局，都是民眾健康的一個重要守護關卡。一般西藥局已不再侷限定位在「傳統」的角色，只提供藥品銷售，各種以專業、便利為訴求的「連鎖藥局」相繼成立，逐漸取代傳統藥局。在藥局產業面臨醫藥分業和現代化商業競爭的雙重衝擊，經營形態也隨著受到影響，未來藥局發展會更以提升服務為競爭工具，連鎖藥局會更盛行，醫藥分業政策會影響藥局經營方式的改變。因此，未來若修改藥師法第十一條，讓藥事人員可支援報備後多處執業的結果，連鎖藥局聘用的藥事人員人力將減少，而傳統藥局執業的藥事人員，在經營上將飽受連鎖藥局之威脅下，未來藥事人員就業市場勢必得選擇連鎖藥局就業，是否會造成藥事人員就業機會的受限，值得思考等語。

此外，被告機關另提出所謂「專任」觀點（專屬「藥品調劑」工作臺？），主張藥師法第十一條立法目

的係為配合藥事法前身藥物藥商管理法之專任精神，並防止藥師出租執照（立法院公報第 68 卷第 37 期第 51 頁楊寶琳委員發言參照），立法意旨係「不得於兩處執行調劑及供應藥品之業務」（即兩處藥局之業務）（立法院公報第 68 卷第 42 期第 39 頁林明道處長發言參照）。即使一〇二年三月四日行政院衛生署食品藥物管理局與中華民國藥師公會全國聯合會「研議藥師法第十一條」的會議紀錄中，中華民國藥師公會全國聯合會仍認為一旦修改藥師法第十一條，後續將衍生許多問題，包括藥師到別處支援時，會有超時工作的疑慮，且租照違法情形也會增加。

被告機關提出數據指出：根據九十九年底藥事人員執業處所調查之數據顯示，臺灣共有 23,162 位藥師及 6,839 位藥劑生。人力合併計算後，其中 80.16% 人力服務於醫療體系（包含醫院、診所及藥局）、18.38% 於藥品販賣業以及 1.41% 於藥品製造業。另依藥事法第三十七條第三項規定：醫院中之藥品之調劑，應由藥師為之。但本法八十二年二月五日修正施行前已在醫院中服務之藥劑生，適用前項規定，並得繼續或轉院任職。可知目前臺灣的藥事人力分布上，超過八成的人力服務於醫療體系中。藥師工作內容中「藥品調劑」占大部分，這也是與其他醫事人員最大的差異性所在，舉凡對工作場所的熟悉度，相信各個醫事人員都希望儘量熟悉，但是藥師工作在調劑的部分與工作藥檯有非常密切的關係。若一位在某醫院工

作多年的資深藥師，到其他醫院或藥局支援，在用藥專業諮詢部分，相信沒有問題，但是調劑藥檯的藥品位置，無非會有一定的陌生感，反而提高調劑藥品錯誤的機率，藥物知識與專業諮詢不會因為工作所在地的不同而遞減，但是不論是醫院、診所甚至是藥局，藥師的業務以「調劑藥品」為主要，這與是否處在熟悉的工作環境需求，遠遠大於其他醫事人員，限制藥師於一處執業並非限制了藥師的工作權，相對的是保障了藥師「專任」於一個固定處所的執業環境，調劑過程中藉由熟悉的調劑藥檯，提高了給藥安全性，相對民眾的服藥安全性也獲得更高的保障。因為其他醫事人員並沒有調劑藥檯，這個幾百樣藥品的「工作夥伴」，而且每家醫院診所或藥局使用藥物不盡相同，在一個極短暫的領藥過程中，藥品熟悉度、藥品擺放位置都是藥師調劑藥品的極大考驗，所以藥師「專任」於一處執業，正是保障領藥民眾的安全性。故藥師法第十一條立法限制乃為增進公共利益，與憲法第二十三條之規定尚無牴觸，對於憲法所保障之工作權，尚不致構成重大之限制，核與工作權及平等權無違。

對此，聲請人參酌德國聯邦憲法法院見解：「國民健康」為特別重要的公益，固無疑問。正常藥物供給對國民健康之保護為不可或缺之要素，亦無爭論。然而廢除限制後是否就會造成正常藥物供給受到干擾並危害國民之健康，聯邦憲法法院是存疑的。聯邦憲法法院並引用言詞辯論程序中鑑定人之報告認為：在

藥品消費習慣與德國並無顯著差異之荷蘭與瑞士，並未對設立藥房之申請為如此嚴格之限制，而其國之國民健康亦未遭受嚴重危害。因此對於邦藥房法第三條第一項存在之必要性，深表懷疑。

德國目前已無此限制長達數十年之久，但很顯然的，德國國民的「國民健康」並無受到傷害。足見上述所謂有害公共利益的疑慮都是出於毫無根據的想像，可作為我國藥師法第十一條存廢般鑑。

此外，德國聯邦憲法法院亦不認同藥房法第三條第一項之客觀限制解除後，將導致藥房數量無限制增加之說法。聯邦憲法法院認為這只是「假設」，是建立在大量藥師會執著於「開設藥房之樂趣」(Grundungsfreudigkeit)，而不考慮各種經濟上之因素為前提。然而設立新藥房需要大量資金，依據鑑定人當時的估計，其數額約在五萬馬克以上，此項經濟因素將促使藥師在面對一個供需平衡，甚至供過於求的市場時，寧願受僱於他人而不願自行開業。

對照原因案件訴願機關行政院衛生署於訴願決定中提出的行政院衛生署九十八年十二月九日署授食字第 0980034610 號函所載：「……二、依據本署統計，全國藥事人員約 4 萬 4 千人，比較美國、英國、日本及我國藥事人員比例，分為 7 人、6 人、12 人及 11 人（每萬人口），顯示我國藥事人力已充足，故應積極促進這些藥事人員投入執業場所，而非建立藥師支援制度」等語。顯然主管機關也是犯了藥師應投入

執業場所的假設前提，不願藥師選擇「部分工時」的支援制度，甚且有歧視藥師選擇不經營藥局或投入職場的自由。

更遑論衛生署上述藥師人員的統計顯有誤會。根據被告機關桃園縣衛生局提出的統計資料，截至 99 年底藥事人員執業處所調查之數據顯示，臺灣共有 23,162 位藥師及 6,839 位藥劑生。人力合併計算後，其中 80.16% 人力服務於醫療體系（包含醫院、診所及藥局）、18.38% 於藥品販賣業以及 1.41% 於藥品製造業。與衛生署所言有四萬四千人，顯有不小之差距。

正如原告於起訴狀所指出的行政院衛生署所謂全國藥事人員約 4 萬 4 千人云云，應係指取得藥師、藥劑生執照者，非指實際執行藥師及藥劑生工作者。且取得藥事人員執照者，未必執行藥事人員之業務或甚至無意願執行藥師業務，另有部分取得藥事執照之藥師係受僱於藥商，非服務於需要用藥病患之醫療院、診所。凡此，均屬實際上未投入藥師市場者。類此實際上未投入藥師市場者，不能將之計入為藥師執業之人數，並以之作為計算每萬人口藥師人力比例之基礎。原告並提出行政院衛生署所公布之民國一〇〇年「醫療機構及其他醫事機構暨人員開（執）業場所執業醫事人員數—按縣市別分」，全國執業之藥師為 24,571 人，藥劑生為 6,729 人，總共為 31,300 人，與行政院衛生署所指全國藥事人員約 4 萬 4 千人相差達 1 萬 2,700 人左右。

對比被告機關所提出之數據，應足認行政院衛生署所謂全國藥事人員約 4 萬 4 千人云云，應非實際投入執行藥事人員業務之人數至明。尤有甚者，原告另提出九十九年全國西醫領照人數 42,619 人，登記執業人數為 39,000 人；一〇〇年十二月底全國護理人員領照人數為 231,559 人，實際執業人數為 137,026 人之統計數據。足以證明「領照人數」與「登記執業人數」之差異甚大，而「實際執業人數」又更有差距，此三者數據自不容混淆使用。行政院衛生署自不能以取得藥事人員執照之人員數及登記執業之人員數而謂我國藥事人力已充足，藥師法第十一條規定乃在增進公共利益云云。

取得執照者未必執行藥師業務或甚至無意願執行藥師業務，另有部分係受僱於藥商，非服務於需要用藥病患之醫療院、診所。此等均非實際投入藥師市場者，自不能計入執業人數，並以之作為計算藥師人力之基礎。聲請人認同原告主張：「每萬人口藥事人員之比例，應以全國總人數，除以醫療院所藥事人員數加藥局藥事人員數，始能算出我國藥事人力是否已充足，而非以全國總人數除以取得藥事人員執照之人員數，作為計算我國藥事人力是否已充足之依據」。行政院衛生署以上述錯誤的統計數據與換算方式，自難證明我國藥事人力已屬充足。

至於原告指出現行中央健康保險局限制每位藥師每天最多只能調劑 100 張醫師處方箋的規範，配合

藥師法第十一條的限制，所形成職業選擇自由客觀限制的現象亦不能不重視。現行規範規定如有超過調劑100張醫師處方箋者，健保局均不給與調劑費，但又不許移補到不足100張處方箋之其他日數。經驗顯示，除大醫院或大型綜合診所之受僱藥師每天或有可能調劑醫師處方箋100張外，一般傳統藥局之執業藥師每日調劑醫師處方箋之張數，可以想見難達此一數目（註二十二）。原告亦不否認加上開業藥局租金之成本，致藥師以專業服務僅能得到微薄收入，藥師因此投入其他行業者，比比皆是。因此，實際執行藥師業務之人數實際低於取得藥師執照人數或登記執業人數。更足證行政院衛生署僅以取得藥事人員執照人數與全國總人數計算的統計數據，難以作為判斷依據。

此外，依德國「藥房判決」的理由，德國所以對新設藥房之申請定有嚴格限制，乃是基於藥房與藥師傳統特殊地位之影響。判決指出，自十三世紀「Friedrich 二世」年代所制定的法律觀之，藥師已是基於其國家或城市之特權而享有獨占地位之職業。然而隨著社會日趨發展，藥房和藥師之獨占地位已逐漸式微。例如：藥品之供應不再僅限於藥房為之，一般藥品雜貨店或特定商店亦得販售無須醫師處方之藥品。至於「成藥」的大量生產更使得藥師必須「在醫師處方指示下配製藥劑」之傳統角色大為褪色。凡此種種，皆導致藥房和藥師之職業特殊性降低，與其他職業間的專業無甚差距。立法者是否仍有必要對藥

房設立之申請為異於其他職業之嚴格限制，即有疑問。總之，聯邦憲法法院直言，是否取消設立藥房之客觀限制，即將導致對於國民健康具有最高或然性的嚴重危害，殊值懷疑。

不容否認，觀之現今大量「成藥」與藥品標示規範日益明確且嚴格的社會，德國「藥房判決」在一九五八年的專業式微「預言」應屬成真。因而被告機關提出「專任」觀點，所衍生的所謂「專屬藥品調劑工作臺」理論，已不足取。

德國聯邦憲法法院早在一甲子前的一九五八年，就宣告與我國藥師法第十一條類似的 Bayern 邦藥房法第三條第一項適用案例，違反人民職業選擇自由的客觀限制，無法通過職業自由三階理論的審查，侵害人民職業自由。我國相同法律規範及相同案例，操作相同職業自由三階理論，立法者或主管機關既無法指出具體明確的特別重要的公共利益理由，其違反職業選擇自由的客觀限制，違憲之情明顯。

尤其毫無例外與不符社會常情或藥師業界需求的嚴苛限制，不准藥師有支援制度或事先報准不受登記執業處所執業限制之例外，反而衍生需要藥師支援人力之藥局，因成本考量，索性鋌而走險，以遠低於聘用藥師實際到場執業之代價，寧租用無意執業藥師之藥師執照，以未取得藥師執照之人員來執行本應由藥師始能執行之業務。反有害用藥安全，危害人民生命、身體安全。足證藥師法第十一條的限制規定，對

於公共利益之追求毫無幫助，更遑論特別重大之公共利益。

#### 四、平等原則的審查標準

平等原則為所有基本權的基礎；國家對人民行使公權力時，無論其為立法、行政或司法作用，均應平等對待，不得有不合理的差別待遇（註二十三）。平等原則要求的為實質平等，大法官在歷來的解釋中不斷闡釋其中意旨謂：平等原則並非保障絕對的、機械的形式平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等（參見釋字第二一一號、第三四一號、第四一二號解釋）；釋字第四八五號解釋更是開宗明義即宣示：「憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待」。至於應如何判斷此差別待遇是否「合理」，大法官亦不諱言，此乃違憲審查之難題所在（註二十四）。

正如前述，檢驗法律是否符合平等原則，判斷重點即在差別對待是否「合理」，換言之，是否具有正當性而為憲法所容許的差別對待，亦即「實質正義的不平等」（註二十五）。即俗稱「等者等之，不等者不等之」。至於具體之判斷方式，翁岳生前首席大法官說得清楚：關於平等原則之違反，恆以「一方地位較他方為有利」之「結果」存在為前提。不論立法者使一方受益係有意「積極排除他方受益」，或僅單純「未予規

範」，祇要在規範上出現差別待遇的結果，而無合理之理由予以支持時，即構成憲法平等原則之違反。因平等原則之旨趣在於禁止國家公權力在無正當理由的情況下，對於相同類別之規範對象作不同之處理，故平等原則之本質，原就具有雙面性與相對性（ambivalentundrelativ），嚴格而言並非各該「規範本身之違憲」，而是作為差別對待之兩組規範間的「關係」，或可稱為「規範關係之違憲」（verfassungswidrigeNormenrelation）（註二十六）。

學者黃昭元也指出，平等與否應該是一種「比較性」或「相對性」的概念或結果，必然涉及國家與兩組（群）人民關係間的相互比較，而不像自由權通常祇是國家與個別人民間的關係。亦即「兩組關係的比較思考」與「一組關係的對立思考」。進而不諱言的指出，在方法論上，大法官所宣示「實質平等」式的定義方式，對於釐清平等權的意義、內涵或具體案例的討論，似乎沒有大用（註二十七）。所以，如果真要對平等權下一個操作性定義，恐怕還是要採取「同者等之，不同者不等之」的基礎公式，然後在「差別待遇」、「分類標準」及「規範目的」（或「政府利益」）的分析架構上思考，並且以「類型化」的操作方式，才能發展出更細膩的審查標準（註二十八）。

與藥師同樣在性質上特重維護或促進「國民健康」公共利益要求的醫護專業人員執業規範，雖原則

上亦限制以一處處所執業，但法律上均有「報備支援」的例外規定。諸如原告所指出的醫師法第八條之二、護理人員法第十二條、物理治療師法第九條、職能治療師法第九條、醫事放射師法第九條、醫事檢驗師法第九條等，均有支援制度或事先報准不受限登記執業處所執業之例外規定（註二十九）。

此處僅舉與藥師「難分難捨」的醫師專業人員為例，依原告提出的行政院衛生署統計資料：「2000-2010 年臺灣地區專科別累計領證醫師人次公布情形」，民國九十九年領證醫師共 42,619 人。依中華民國醫師公會全國聯合會統計之「2000-2010 年臺灣地區西醫執業科別人數分布情形」，民國九十九年全國執業醫師共有 39,000 人。另依訴願決定所引據之行政院衛生署 98 年 12 月 9 日署授食字第 0980034610 號函，九十八年當時全國藥事人員比例約 4 萬 4 千人，依行政院衛生署所公布之民國一〇〇年「醫療機構及其他醫事機構暨人員開（執）業場所執業醫事人員數—按縣市別分」，全國執業之藥師為 24,571 人，藥劑生為 6,729 人，總共為 31,300 人。依醫師與藥師上開統計資料觀之，醫師與藥師之領證人數約略相當，而醫師登記執業之人數猶多於藥師甚多。

惟醫師不受執業處所限於一處之限制，且尚得依醫師法第八條之二但書規定得因急診、會診、支援、應邀出診及事先報准等不受於登記醫療機構執業之限制。相對於醫師專業，藥師的專業性不僅有漸趨式

微的局勢，且執業藥師的人數也低於醫師，結果藥師卻無例外得解除限制之規範？比較之下，藥師面臨顯不合理之差別待遇，藥師法第十一條限制違反平等原則的違憲之情，甚為明確。其他與藥師相同領有專業證照之護理人員、物理治療師、職能治療師、醫事放射師、醫事檢驗師相較，更有不合理之差別待遇，顯違憲法第七條之平等原則。

#### 五、系爭法律有重要關聯性且無合憲解釋之可能

合憲解釋原則係指法律之解釋，若有多種可能性，只要其中存在有一種合憲解釋結果之可能，即應以之為解釋之結論，避免選取其他可能導致違憲宣告之解釋方式，以免對法秩序產生不穩定之影響。

自有藥師法第十一條的限制以來，司法實務均理解為「全國僅有一處」，又毫無立法明文之「支援報備」例外。本案訴訟之成敗全然繫諸於本條規定之詮釋與操作，是本條不僅與原因案件有重要關聯性，且已無合憲解釋之空間，而有解釋之必要性。

#### 肆、結論

綜上所述，聲請人形成違憲之確信，認為立法者對於藥師法第十一條之限制規定，無法指出有須維護的特別重大公共利益存在，卻係對於職業選擇自由的客觀條件之限制，有違職業自由之三階理論，進而違反憲法第二十三條宣示之比例原則，違憲侵害人民依憲法第十五條受保障之工作權。又其他同性質之醫護專業人員，僅有藥師法第十一條設有如此嚴苛而全無例外的限制規

定，其所為差別待遇顯不合理，而有違反憲法第七條之平等原則之情。爰請宣告藥師法第十一條違憲且立即失效。

本案係併案聲請，大法官分案受理之審理程序因為資訊不透明，導致聲請人無法及時得知已有聲請案進入審查程序，甚且行言詞辯論。聲請人僅能倉促（但不表示理由草率）提出聲請。更因為大法官就違憲法律慣於作成定期失效之解釋，往往使得非原因案件無從「受惠」於法律失效之利益。聲請人唯有併案聲請，始能確保人民在違憲宣告下至少獲得實質保障之程序利益。否則依現制，未進入釋憲程序之當事人無從對定期失效的違憲結果「雨露均霑」。此即聲請人在獲知大法官欲召開言詞辯論庭之後，寧廢寢忘食，執意趕出聲請書，聲請大法官併案審理之最重要原因。

註一：參見司法院大法官書記處 102 年 5 月 9 日發布新聞稿全文：

「司法院大法官預定於本（102）年 6 月 13 日召開憲法法庭行言詞辯論。本院大法官審理楊岫涓等 5 位聲請人，分別因藥師法事件或國家賠償事件，認裁判所適用之藥師法第 11 條等規定，否准藥師支援他處調劑工作，又規範內容不明確且不公平，有違反憲法第 5 條、第 7 條及第 23 條之疑義，聲請解釋案（共 8 件），經先後受理並予併案審理後，訂於本（102）年 6 月 13 日（星期四）上午 9 時，於本院憲法法庭行言詞辯論」。另參見中國時報 2013 年 5 月 10 日報導「藥

師上憲法法庭爭辯工作權」。須說明者，司法院新聞稿中所指違反憲法「第 5 條」，似為「第 15 條」之誤繕。

（編按：新聞稿係引述聲請書之記載）

註二：學說上關於工作權定位及功能的討論，請參見錢建榮，〈終身不得考領駕駛執照合憲性之檢討—兼論釋字第五三一號解釋〉，《月旦法學》，第 128 期，2006 年 1 月，頁 73 以下之內文與註釋文獻。

註三：參見理由書：「人民之工作權為憲法第十五條規定所保障，其內涵包括人民選擇職業之自由」、「至人民選擇職業應具備之主觀條件，例如知識能力、年齡、體能、道德標準等，立法者若欲加以規範，則須有較諸執行職業自由之限制，更為重要之公共利益存在，且屬必要時，方得為適當之限制」。

註四：李惠宗，〈德國基本法所保障之職業自由—德國聯邦憲法法院有關職業自由保障判決之研究〉。收於司法院印行，《德國聯邦憲法法院裁判選輯（七）》，民國 86 年 7 月，頁 32。

註五：參見釋字第 584 號解釋林子儀大法官提出之不同意見書第一段內容。

註六：參見釋字第 584 號解釋許玉秀大法官提出之不同意見書第三段內容。

註七：參見釋字第 666 號解釋葉百修大法官提出之協同意見書。

註八：學者間有類似見解者，請參見蔡宗珍，〈性交易關係中意圖得利者之基本權地位的探討〉，《律師雜誌》，第

228 期，1998 年 9 月，頁 72 以下。

註九：依據釋字 584 號解釋許宗力大法官之協同意見書及林子儀大法官之不同意見書，可以窺見多數大法官似以「職業自由屬經濟基本權範圍」為由，而對工作權（職業自由）之審查，採寬鬆（中度）審查標準。聲請人認為職業自由應與人格自由發展權連結，至少就職業（客觀）選擇自由而言，而應採取（最）嚴格審查標準。葉百修大法官於釋字第 666 號解釋協同意見書中就限制工作權之違憲審查標準，主張區別「執行職業自由」以合理（低度）審查；選擇工作及職業之「主觀許可要件」則以較嚴格（中度）審查；選擇工作及職業之「客觀許可要件」須以嚴格（高度）審查。同聲請人見解。

註十：Vgl. BVerfGE7, 377ff. 本件判決有中文翻譯，請參見蕭文生譯，〈關於「職業自由（工作權）」之判決〉，收錄於司法院印行，《西德聯邦憲法法院裁判選輯（一）》，民國 81 年 5 月，頁 128 以下。

註十一：Vgl. BVerfGE7, 377ff. 關於德國三階理論之詳細介紹，可參見李惠宗，〈論營業許可基準之司法審查—兼論我國憲法上營業自由之限制〉，《經社法治論叢》，第 5 期，民國 79 年 1 月，頁 227（頁 254 以下）。劉建宏，〈論人民職業自由之保障—德國基本法第十二條第一項之研究〉，輔大法律研究所碩士論文，民國 80 年 6 月。盛子龍，〈比例原則作為違憲審查之基準〉，臺灣大學法律研究所碩士論文，民

國 78 年 6 月，頁 85 以下。

註十二：參見劉建宏，同上註，頁 86、87。

註十三：李惠宗，〈憲法工作權保障之系譜〉，收錄於氏著，《權力分立與基本權保障》，初版，1999 年 3 月，頁 368 以下。

註十四：參見劉建宏，(註十一) 論文，頁 132 以下。

註十五：Vgl. Rupert Scholz, in Maunz/Duerig/Herzog/Scholz, GG-Komm. Art 12, Rn. 12。劉建宏，(註十一) 論文，頁 126 以下。

註十六：德國刑法第 69 條第 1 項規定，與我國道路交通管理處罰條例第六十七條之規定相似。該條規定：「在駕駛機動車輛時發生違法行為，或違法行為與其有關，或違反機動車輛駕駛人員義務而被判處刑罰，或因能證明該人無責任能力或不能排除該人無責任能力而未被判處刑罰，其行為表明不適合駕駛機動車輛者，法院應吊銷駕駛執照」。第 69 條 a 第 1 項規定：「凡經法院吊銷駕駛執照者，應同時規定在六個月以上五年以下的期間不得授與新的駕駛執照(禁止)。如認為法定最高期限仍不足以防止由行為人所造成之危險，得命令永遠禁止授與駕駛執照。行為人原來未獲得駕駛執照者，僅要求禁止授與即可」。此外，同法第 70 條有對於濫用其他職業違法之禁止規定。均請參見蔡墩銘譯，《德日刑法典》，民國 82 年 12 月初版一刷，頁 36 以下。

註十七：大法官的不受理決議，慣例上不公布聲請書，因聲

請書近 3 萬字，為減免篇幅與大法官閱讀上的負擔，爰不附上聲請書。惟本件聲請書內容與理由大致與（註二）文章雷同。

註十八：參見不受理決議理由（二）前段：「道路交通管理處罰條例已於（民國）94 年 12 月 28 日增訂公布第 67 條之 1（95 年 7 月 1 日施行），規定受有吊銷駕駛執照終身不得考領之處分者，於符合特定條件，得於一定期間後，向公路主管機關申請考領駕駛執照；交通部亦據該條第 3 項規定之授權，於 95 年 6 月 12 日訂定發布「受終身不得考領駕駛執照處分重新申請考驗辦法」（同年 7 月 1 日施行）。是立法院及主管機關已依本院釋字第 531 號解釋意旨，就系爭規定進行檢討並增訂相關規定，本院釋字第 531 號解釋無補充解釋之必要」。詳細不受理理由請參見司法院 95 年 12 月 6 日大法官第 1294 次會議不受理案件，會台字第 7976 號聲請案。另關於本案聲請人當時撰寫聲請書的心路歷程與不受理之後的後續作為，可參見錢建榮，〈刑事罰緩刑，行政罰死刑？—終身吊銷駕照案的法理之爭〉，收錄於民間司法改革基金會出版，《大法官不給個說法》，2011 年 9 月，頁 87 以下。

註十九：劉建宏，〈德國法上之職業自由〉，《憲政時代》，第 18 卷第 2 期，頁 57 以下（頁 70）。

註二十：以下關於「藥房判決」的內容均參見同上註，頁 68 以下。及蕭文生譯，（註十）。

註二十一：藥房法第 3 條第 1 項：「官署對於人民設立藥房之申請，於符合下列條件之情形，得予許可：(第一款) 該藥房之設立，有助於保障藥品對當地居民需求供給之公共利益。(第二款) 可以預見，該藥房之經濟基礎穩固，且其設立不致影響鄰近藥房正常經營之經濟基礎」。

註二十二：原告甚且依其執業經驗指出，一般藥局執業藥師一天僅調劑醫師處方箋不到 20 張、10 張，甚至一天接不到一張醫師處方箋調劑之藥師，亦屬存在。

註二十三：我憲法第 5 條規定：「中華民國各民族一律平等」，第 7 條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」，明文揭示保障人民之平等權。又憲法增修條文第 10 條規定國家應促進兩性地位之實質平等，而憲法基本國策章中第 153 條、第 155 條與第 156 條，亦對保障婦女與其他弱勢族群之實質平等設有規定，足見憲法上對於平等原則之重視。

註二十四：翁岳生大法官於釋字第 455 號解釋提出之協同意見書中明言。

註二十五：吳庚，《憲法的解釋與適用》，2003 年 9 月修訂版，頁 182。

註二十六：參見翁岳生大法官於釋字第 455 號解釋提出之協同意見書。另參見李建良，〈論法規之司法審查與違憲宣告—德國聯邦憲法法院裁判之分析〉，收

錄於氏著，《憲法理論與實踐（一）》，1999年7月，頁433（頁461）。

註二十七：黃昭元，〈國軍老舊眷村改建條例的合憲性—司法院釋字第四八五號解釋評析〉，《臺灣本土法學雜誌》，第6期，2000年1月，頁25。

註二十八：黃昭元進一步說明此基礎公式較有較高的可操作性理由：從是否為「同者」可引出對「分類標準」與「正當理由」的討論，而是否「等之」則引出是否存在有任何「差別待遇」的分析。參見前註。聲請人以為，此種思維顯然係採取美國法上所謂「平等權之雙重審查標準」，以「分類標準」及「差別待遇」（涉及優惠性差別待遇之案例則另考慮「規範目的」標準）兩層次為審查標準。關於美國實務及學說之介紹，請參見法治斌，〈司法審查中之平等權：建構雙重基準之研究〉，收錄於：《法治國家與表意自由—憲法專論（三）》，2003年5月，211頁以下。

註二十九：連獸醫師都有例外規定，參見獸醫師法第7條：「獸醫師執業以申請執業執照之所在地為限，並應在經核准登記之獸醫診療機構、畜牧、獸醫機構或其他經主管機關認可必須聘請獸醫師之機構為之。但機構間之會診、支援、應邀出診、急救或事先報准者，不在此限」。

此 致

司 法 院

聲請人：臺灣桃園地方法院行政訴訟庭

法官：錢 建 榮

中 華 民 國 1 0 2 年 6 月 2 日

關係文件之名稱及件數

【附件一】停止訴訟程序之裁定書。

【附件二】原告行政訴訟理由狀(聲請法官聲請釋憲之理由)。

(本件聲請書附件略)