

釋字第七一一號解釋協同意見書

大法官 羅昌發

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。」（下稱系爭規定）多數意見認其未設必要合理之例外規定而屬違憲。本席認其違憲之處非僅止於未設例外規定；其限制一處執業之規定本身，即構成人民工作權之侵害，且逾越憲法第二十三條之必要程度。改制為衛生福利部前之行政院衛生署（以下仍稱行政院衛生署）中華民國一〇〇年四月一日衛署醫字第一〇〇〇〇〇七二四七號函謂：「四、至於藥師兼具護士雙重醫事人員資格，雖得依各該醫事人員專門職業法律之規定，分別申請執業執照，惟其雙重資格執業場所以同一處所為限。」（下稱系爭函或系爭函釋）多數意見認其違反法律保留原則。本席認其不僅違反法律保留原則，其限制人民工作權之情形亦逾越憲法第二十三條之必要程度。另本件經召開憲法法庭行言詞辯論，然本解釋對聲請人及關係機關於言詞辯論時提出之諸多論點並未加以論述；對本院所邀請提出鑑定意見書及出庭陳述意見之鑑定人所提相關意見亦完全未予記載及論述。程序上及論理上均有商榷餘地。爰提出本協同意見書。

壹、涉及言詞辯論之相關程序與憲法論述方法等問題

一、聲請人之一錢建榮法官於言詞辯論時主張本件構成職業選擇自由之客觀限制，而非單純執業方法之限制。此涉及憲法工作權內涵之問題；多數意見直接以系爭規定屬對藥師執行職業方法與地點之限制，然未說明其理由。聲請人及關係機關行政院衛生署於言詞辯論時均就藥師服務品質、藥師人力是否充分及分布是否均衡、藥局

租借牌照是否得藉限制藥師之執業處所於一處而獲得遏止等涉及憲法第二十三條相關要件之問題，提出主張；然多數意見並未回應或說明此等爭點在憲法第二十三條規定下之意涵，及系爭規定是否確為達成避免借牌、增進品質、改善人力資源或分布等公共利益之方法。本院既決定召開憲法法庭行言詞辯論，自係認為有藉辯論釐清憲法爭點之必要。多數意見對聲請人與關係機關於言詞辯論所提與憲法適用密切相關之論點略而不論，大幅降低行言詞辯論之意義。

- 二、本院為就本件聲請行言詞辯論，邀請具藥學背景之陽明大學黃文鴻教授及具護理專業之中華民國護理師護士公會全國聯合會盧美秀理事長提出鑑定報告，並出庭就相關爭點陳述意見。多數意見對於鑑定人所為陳述，毫無記載，亦有程序上缺漏。
- 三、本件另有未經本院邀請提供意見之中華民國藥師公會全國聯合會理監事及各縣市藥師公會理監事針對本解釋案主動向本院提出意見。其所提文件之性質，類似若干國家司法程序及國際爭端解決程序中的「法庭之友」（amicus curiae 或 friend of the court）所提的意見（amicus brief）。本院對於此種性質之文件是否得予斟酌，屬於制度性問題。現行法對此雖尚無明文，然多數意見未能趁此機會對於未經邀請而主動提供之意見之法律性質，作成前瞻及制度性決定，殊為可惜。
- 四、憲法解釋方法問題：本件有關侵害人民權利與憲法第二十三條之關係，係以系爭規定「有違憲法第二十三條比例原則，與憲法第十五保障工作權意旨相牴觸」為論述

方式。此論述方式或與某些國家憲法規定或其學者論述方式相符；然其明顯與我國憲法結構不合。憲法第二章「人民之權利義務」係於第七條起列舉人民各項自由權利，並於第二十三條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」故在我國憲法體系下，第二十三條係屬例外規定。在適用憲法規定時，自應先確認有無憲法上所保障的權利存在，以及此種權利是否遭受限制；並在確認有憲法上權利遭限制之情形，始進一步認定其限制是否符合憲法第二十三條所規定之例外情形，以決定其限制是否具有正當性。而非先分析有無憲法第二十三條之情形，再決定有無憲法特定條文之基本權利受侵害。多數意見「有違憲法第二十三條比例原則，與憲法第十五保障工作權意旨相牴觸」之論述，實際上等於先認定有無例外情形（即侵害人民之基本權是否正當），再論及是否有侵害人民基本權之情形。此種論述方式在我國憲法架構及邏輯上，有斟酌餘地。

五、本院以往針對憲法第二十三條之適用，有時係以相關法令或制度應符合「比例原則」加以解釋，或直接將比例原則概括的替代憲法第二十三條內容。本席在以往所提出之意見書中曾闡述，採用任何分析方式，必須以我國憲法為最後依歸，而不宜超脫我國憲法體系與規範。而在決定某一規定違反憲法之基本權，究竟有無正當理由時，應以憲法第二十三條作為檢視標準（見本席就釋字第六九六號解釋所提出之協同意見書），而非直接援引比例原則作為論述依據。按比例原則係指所採行之手段

方法應確係為達成該規範之目標，而非武斷、不公平或基於不合理的考量；且所採行之手段方法，應儘可能降低對憲法上自由或權利的減損；而所採限制自由或權利規範的目的必須有其重要性，且其限制的效果與目的之達成，比例必須相當。上述概念與憲法第二十三條之下所適用之「必要」要件雖有相似之處，然第二十三條既明文以「必要」作為要件，憲法之解釋自應以何種情形始能滿足「必要」之條件，作為依據（見本席就釋字第 692 號解釋所提協同意見書）。

六、本席曾多次於所提意見書中闡述，適用憲法第二十三條例外規定之前提為人民有憲法上自由權利遭限制；而引用該條作為國家限制人民自由權利之正當性基礎時，應符合該條規定之各項要件。該條首要要件為其對人民基本權利之限制，須以法律為之（某些情況下，亦得以法律明確授權之命令為之）。如非以法律為之，無論其理由如何正當，均無法通過憲法第二十三條之檢視。在確定有法律或法律授權作為基礎之前提下，尚須進一步確認有無「為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益」之情形。如其情形非為此等目的之一，則顯然無法通過憲法第二十三條的檢視。在通過此項檢視之後，則應再進一步依該條所規定「必要」之要件，予以審查。而「必要」與否的認定，係一種衡量與平衡各種相關因素的過程（a process of weighing and balancing a series of factors），包括某種規範「所欲防止妨礙的他人自由」、「所欲避免的緊急危難」、「所欲維持的社會秩序」或「所欲增進的公共利益」的相對重要性，該規範對於所擬達成的目的可以提供的貢獻或功

能，以及該規範對憲法上權利所造成限制或影響的程度。在權衡與平衡此等因素之後，憲法解釋者應進一步考量客觀上是否存有「較不侵害憲法權利」的措施存在。此種分析方法不但較符合我國憲法體制，且容許釋憲者依據客觀因素進行實質的價值判斷與利益衡量，而有其客觀性（見本席於釋字第六九二號、第六九三號、第六九六號、第六九七號、第六九九號、第七〇二號、第七〇九解釋提出之意見書）。

七、依此憲法規範結構而為分析，本件系爭規定確構成對人民工作權之限制；其限制雖以法律為之，然其限制之目的是否確屬「增進公共利益」之情形，仍有疑義；且其目的縱屬「增進公共利益」，其限制對於所擬達成的目的可以提供的貢獻或功能亦甚有可疑；且本件在客觀上應存有「較不侵害憲法權利」的措施存在。另系爭函釋亦構成對人民工作權之限制，且其不但不符憲法第二十三條「以法律限制」之要件，其限制之目的是否確屬「增進公共利益」之情形，亦有疑義；其限制對於所擬達成的目的可以提供的貢獻或功能亦甚有可疑；並且客觀上應存有「較不侵害憲法權利」的措施存在。分述如後。

貳、關於系爭規定限制藥師執業處以一處為限部分

一、系爭規定所侵害人民憲法上之工作權之性質及程度

（一）按相關規範侵害人民基本權利之嚴重性（亦即對人民在憲法上權利所造成限制或影響的程度），不但為憲法分析之前提，且在認定是否符合憲法第二十三條必要要件時，亦屬關鍵因素。本院以往解釋曾就憲法第十五條所規定應予保障之工作權之限制，區分為對選

擇執業方法之限制、對選擇職業自由主觀要件之限制、對選擇職業自由客觀要件之限制。例如本院釋字第六四九號解釋即對工作權之限制分為三種不同階層，分別設定不同的審查標準：「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。」本席認為，此種分類方式對理解憲法第十五條工作權之內涵及分析憲法第二十三條必要要件，有甚大助益。然本席亦必須指出，此等分類並非周延（蓋對於工作權之侵害，並不限於執業方法之限制或以主觀與客觀條件加以限制，而包括未設任何條件卻直接對工作權予以剝奪），且容易流於形式上判斷（蓋對執業方法之限制，依照嚴重程度，可能轉變成為對工作權之剝奪；然釋字第六四九號解釋之分類，並未考量此種情形）。本席認為較適宜的分類應為：

1. 「程序性質之限制」：即「對從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由之非實質限制」；
2. 「主觀及實質之限制」：即「對於選擇職業自由所

為之主觀條件限制」及「對從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由之實質限制」；

3. 「客觀限制或剝奪」：即「對於選擇職業自由所為之剝奪」、「對於選擇職業自由所為之客觀條件限制」及「以限制工作方法、時間、地點等之方式而程度上已達對選擇職業自由之剝奪者」。

「對從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由之實質限制」，其嚴重情形已相當於對於選擇職業自由所為之主觀限制，其限制之正當性要求應較「執行職業自由之非實質限制者」為高。而「以限制工作方法、時間、地點等執行職業自由之方式而已達對選擇職業自由之剝奪程度者」，其嚴重情形已相當於對於選擇職業自由所為之客觀限制，其限制之正當性要求自應最高。

- (二) 系爭規定以「藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限」。多數意見認為屬於對藥師執行職業之方法、地點所為之限制（見本號解釋理由書第五段）。聲請人之一錢建榮法官認為系爭規定限制藥師執業處所以一處為限，已非單純對執行職業自由之限制，而係對職業選擇自由之客觀限制。本席認為，依照前段說明，且由實質上理解系爭規定限制之內涵，可知藥師執業處所以一處為限之規定，與單純對執業場所地點之要求不同。¹ 規定藥師執業處所以一處為限，顯將對藥師執行業務之自由，形成諸多實質上限制。

¹有關藥師執業場地之限制，例如有些國家限制藥局間之距離與密度，勉強可歸類為單純對執業場所之限制。然嚴格言之，由於藥師未必自行開設藥局，故限制藥局間的距離與限制藥師執業處所未必能直接劃上等號。我國限制藥師執業處所以一處為限之立法例，在國際上應屬極端之例。

舉例言之，某藥師平時於藥廠上班，週末擬在居家附近之藥房兼職貼補家用；該藥師將因系爭規定而無法於週末在藥房執業。或例如某藥師每週三日選擇在待遇較高之甲城市藥局工作以增加收入，另四日擬選擇在離家較近之乙城市藥局工作以照顧家庭；該藥師將因系爭規定而無法在部分工作日於乙城市執業。又例如某藥師白天在醫院內藥局工作，夜間擬在社區藥局接替藥局之主持藥師照顧藥局；該藥師亦將因系爭規定而無法於夜間執業。適用系爭規定之結果，藥師在上述例子中之工作權顯然受到實質的限制（即前開三例中，藥師無法於週末工作、無法於另四日在乙城市工作、無法在夜間工作）。系爭規定顯非僅屬單純之執業場所限制。此種限制的嚴重程度，已不亞於對選擇職業自由所為之主觀限制。

二、有關係爭規定是否確可「增進公共利益」之問題

（一）關係機關行政院衛生署以系爭規定乃為維護國民健康權所不得不採行之必要措施，其目的在落實專任藥師駐廠或親自主持藥局業務（避免藥師借牌予他人）、維護醫療品質、用藥安全、厚植專業、確保資源妥適利用、人力分布掌握及健保費用核付勾稽等。惟此等目的，雖經相關機關行政衛生署提出，但並非均見諸立法資料之理由說明中。² 並且，縱使此等目的均屬憲法第二十三條所稱之「公共利益」，然其以限制藥師於一處執業之方式侵害工作權，亦非達成該等目的之方式，理由如下。

² 參見《立法院公報》，第 68 卷第 20 期「院會紀錄」，頁 3-32。

(二) 就維護國民健康而言：健康權³之含意包括國家有義務保護人民 (obligations to protect)，確保醫事人員符合適當之教育、技術及倫理標準；⁴ 且包括國家應確保醫事人員係提供符合科學上及醫學上適當且良好品質之醫療服務。⁵ 此為國家無法迴避之義務。職司用藥品質之藥師為醫事人員之一環，國家自有義務使藥師本身及其所提供之服務，符合相當之品質，且使其執業符合倫理標準。國家此等義務之履行，絕非以單純限制藥師於一處執業之方式即得以達成。限制藥師於一處執業，使藥師執業地點選擇受更大限制，反而使部分地區更難獲得藥師服務，更遑論確保此等地區藥師之服務品質。且主管機關意欲以限制藥師於一處執業之方式確保人民之健康權，反易懈怠其尋求以更合適之方式確保藥師親自提供良好品質醫藥服務之職責。

(三) 就落實專任藥師駐廠或親自主持藥局業務 (即避免借牌) 而言：藥局向藥師違法借牌，主要係因主管機關對藥師親自執業之管理缺漏。本席無法理解，為何限制一處執業，即可避免借牌情形發生。本席完全未被說服限制一處執業與所稱，欲達成避免藥師借牌予他人之「增進公共利益」目的之達成，究竟有何關聯。

(四) 就維護醫療品質、用藥安全及厚植專業而言：藥師是

³ 有關健康權之內涵及性質，見本席於本院釋字第七〇一號解釋所提協同意見書之說明。

⁴ 參見聯合國針對經濟社會文化權利公約第十二條健康權於2000年所通過之第14號一般意見第35段：“Obligations to protect include, *inter alia*, ... to ensure that medical practitioners and other health professionals meet appropriate standards of education, skill and ethical codes of conduct.”

⁵ 見前揭註所引第14號一般意見第12段(d)：“...health facilities, goods and services must also be scientifically and medically appropriate and of good quality.”

否得以維護醫療品質及用藥安全以及藥師是否有厚實之專業，完全以藥師之訓練過程、繼續教育、藥師倫理規範之遵守等為依歸。本席無法理解，為何限制一處執業，即可維護醫療品質、用藥安全及厚植專業。本席亦完全未被說服限制一處執業與所稱欲達成維護醫療品質及厚植專業之「增進公共利益」目的之達成，究竟有何關聯。

- (五) 就確保資源妥適利用、人力分布掌握及健保勾稽而言：關係機關行政院衛生署強調藥師人力已經充足(藥師人力有四萬五千人，至一〇九年之需求藥師人數僅約三萬六千人)，故無需開放藥師於一處以上執業。本席無法理解，於人力充足之情形下，藥師借牌問題仍然無其他方式解決，而須以限制藥師於一處執業之方式處理。本席亦無法理解，為何限制藥師於一處執業，即可解決人力分布掌握之問題。更何況，一般情形，藥師如不欲於某處執業，並無誘因於該處登錄；如藥師於某處登錄，則其在該處實際執業之情形較屬常態。藥師如可登錄於二處以上，反而使偏遠地區較易獲得藥師之專業服務。並且健保費用之勾稽已經全電腦化，藥師於何處執業與健保費用勾稽即非明顯相關。本席完全未被說服限制一處執業與所稱資源運用、人力分布掌握及健保勾稽目的之達成，究竟有何關聯。

三、有關客觀上是否存有「較不侵害憲法權利」措施之問題

- (一) 如前所述，限制藥師於一處執業，對藥師工作權之影響甚為明顯與嚴重。縱使前述落實專任藥師駐廠或親

自主持藥局業務（避免借牌）、維護醫療品質、用藥安全、厚植專業、確保資源妥適利用、人力分布掌握及健保費用核付勾稽等均為系爭規定所欲達成之公共利益，然究竟有無「完全不侵害工作權」或「對工作權影響較小」，卻仍能達成維護公共利益目的之其他方式，多數意見並無論斷。

（二）本席認為，強化藥師繼續教育、確實強化藥師親自執行業務之稽查、利用健保體系之電腦勾稽藥師是否同時於不同處所執行業務（以認定是否借牌）等，均為得以合理推論足以避免借牌，又可確保人力資源掌握，且又屬不至於侵害工作權之方式。甚至全面改進藥師在醫療照護體制下的角色，使藥師提供更積極之藥物照護服務（詳後述），亦應為提升病患健康權保障之重要方法。

四、關係機關行政院衛生署並未研擬可行且可減低侵害憲法權利之替代方案；且系爭規定是否足以達成所擬增進之「公共利益」顯有疑義；而系爭規定限制人民工作權，又達於實質之程度，故本席無法認同系爭規定本身符合憲法第二十三條之必要要件。

叁、關於系爭函限制藥師兼具護理人員資格者之執業場所以同一處為限部分

一、系爭函釋作為本院解釋對象之適格問題

（一）司法院大法官審理案件法（以下簡稱大審法）第五條第一項第二款規定，人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴

觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法。該條所稱之命令，顯不限於行政程序法所規定之法規命令或行政規則。本席認為，凡主管機關制定之抽象性內容，實際上發生一般適用及規範之效力者，均應包括在內。唯有如此認定，本院始能徹底發揮以憲法解釋導正違憲規範之功能。

- (二) 系爭函釋係行政院衛生署對嘉義縣衛生局之發函，以回覆該局針對特定藥師兼具護理人員資格執業登錄疑義之詢問。然該函之主要部份（即說明第二點至第四點）係為抽象性之論述（由立法目的、國民健康、醫療品質等理由，而認藥師兼具護士之雙重資格醫事人員，執業場所應以同一處所為限）；該函最末（說明第五點）始請嘉義縣衛生局「依前揭原則」視個案事實認定辦理。由該函主要部分之內容可知，其顯係在宣示抽象之規範，且其內容涉及人民工作權之限制，而非單純作為機關內部作業之規範。又系爭函釋除發給嘉義縣衛生局之外，該署另於一〇〇年五月十一日以衛署醫字第一〇〇〇〇六五三七八號函，將系爭函釋以檢附抄本方式回覆雲林縣衛生局。雖兩縣衛生局所處理者實際上為相同當事人在不同縣政府所為之執業登記申請，然行政院衛生署將系爭函釋以附件方式發給不同縣之衛生局，足以顯示其已視系爭函釋為抽象之一般性規範，具有普遍性的效力而得反覆引用作為處理具體個案之依據。本件原因事件之最高行政法院一〇一年裁字第八五四號裁定亦直接以系爭函為「函釋」（見該裁定理由欄第三點）。另行政院衛生署於一〇二年五月六日衛署醫字第一〇二〇〇

0八二七一號致嘉義縣衛生局函主旨提及「……所詢藥師兼具護士資格之醫事人員執業執照必須登記同一處……等函之法律性質疑義」；說明二則載謂：「關於旨揭函釋，係本署基於醫政業務管理所需，並依照相關醫事法規立法之意旨及精神，在職權及所掌事務範圍內，為實現醫療行政目的所為，供直轄市、縣（市）主管機關執法之參據。」由其說明可知，行政院衛生署其後亦已將系爭函定位為具有抽象規範性質之「函釋」。且該署以「旨揭函釋」（包括系爭函）係「供直轄市、縣（市）主管機關執法之參據」，亦即可於其他縣市之其他個案中加以援用，而非將其定位為單純針對個案之回覆。凡此均足見系爭函釋中之抽象性內容已成為實際上發生一般適用效力之規範。而法官審判時，固不受行政機關依其職掌所為之釋示所拘束，然經法官於裁判上引用者，當事人即得依大審法規定對該函釋聲請解釋，亦經本院釋字第二一六號、第三七四號解釋在案。多數意見以系爭函釋屬大審法第五條第一項第二款所規定之命令而加以解釋，本席敬表同意。惟多數意見未提供相關理由，爰予補充。

二、系爭函釋侵害人民憲法上之工作權之程度更甚於系爭規定

- (一) 系爭函釋載謂：「……藥師兼具護士雙重醫事人員資格，雖得依各該醫事人員專門職業法律之規定，分別申請執業執照，惟其雙重資格執業場所以同一處所為限。」其對工作權之限制甚至剝奪，顯更甚於系爭規定所產生之限制效果。其限制，在許多情形下，已經實質上轉變成對執行業務之禁止性（prohibitive）規

範，而屬剝奪工作權之規定。在分類上，應屬於前述第三類「以限制工作方法、時間、地點等之方式而程度上已達對選擇職業自由之剝奪者」之情形；且系爭函釋亦常造成差別待遇（違反平等權）的結果。

- (二) 舉例言之，某一任職於大型醫院之藥師兼具護士資格者，於日間在醫院擔任藥師，夜間於同一醫院擔任護士，在系爭函釋下並無問題（蓋其執業場所屬同一處所）。又舉例而言，有同樣雙重資格之藥師，於日間在某一家醫院擔任藥師，其在夜間即不得在另外一家醫院擔任護士。相較於第一種情形下之具雙重資格者，系爭函釋對第二種情形下之具雙重資格者，明顯產生差別待遇的結果，而有平等權之侵害問題。並且在第二種情形下之具雙重資格者，由於其無法於其他醫院擔任護士，其護士資格形同遭到剝奪。又例如某一兼具雙重資格者受雇於藥房，由於該藥房無護士職務可供其執業，而該藥師又因系爭函釋而無法於他處執行護士職業，故該藥師之護士資格等於毫無作用；不啻以系爭函釋剝奪其護士資格。反面之例，具雙重資格者如已受雇擔任護士，則其亦無法於他處執行藥師業務，亦形同以系爭函釋剝奪其藥師資格。前述第二例至第四例之情形，系爭函釋實際上等於剝奪具雙重資格者執行護士或藥師業務。其程度已經相當於構成職業自由之客觀條件限制，而屬對人民工作權之嚴重侵害。多數意見對如此嚴重侵害人民工作權之系爭函釋，僅以其不符法律保留原則處理，將使立法者誤以為僅需以立法補足系爭函釋的法源依據即可，而無須實質上改變其內容。其結果將造成本解釋反而可能被

誤引為支持違憲規範內容之論據，本席對此甚有疑慮。

三、系爭函釋不符憲法第二十三條「以法律限制」要件（法律保留原則）之理由

- (一) 多數意見對於系爭函釋不符法律保留原則，僅以一句「藥師法並未規定人民同時領有藥師及護理人員證書，其執業場所僅得以同一處所為限」作為違反法律保留原則之理由。而未針對系爭規定之性質，及其與護理人員法第十三條所規定「護理人員執業，其登記執業之處所，以一處為限」併同解釋之結果，是否當然足以獲得具有兩種資格者其執業應以「同一處所為限」之結論，加以論述。本席認有補充之必要。
- (二) 在憲法第二十三條「法律保留原則」下，對限制人民自由權利之事項雖應以法律定之，但所涉及者如屬執行法律之「細節性」、「技術性」次要事項，亦非不得以行政命令定之（本院釋字第五六八號、第六五〇號、第六五七號、第六五八號解釋參照）。故本件首應確認者為以「同一處所為限」之規定，是否屬於細節性或技術性之次要事項。依本席前舉數例之說明，系爭函釋對工作權之限制甚至可能達到剝奪的程度，其所規定之事項，顯然並非單純執業登記之程序事項而已。故系爭函釋所限制者，絕非細節性或技術性之次要事項。
- (三) 又法條解釋之基本原則，應優先以法律條文之表面文義（plain meaning）出發，並以其通常含意（ordinary meaning）為基礎。系爭規定及護理人員法第十三條所規定「以一處為限」之規定，表面文義及通常含意

顯與「同一處所為限」之意義有極大差異。且以結果而言，系爭規定與護理人員法各「以一處為限」之規定，理論上得使兼具兩種資格者於不同處所分別執行藥師與護士職業，而仍符合上開二法所明定「以一處為限」之條件；然若解釋為「以同一處為限」之結果，則將使兼具此二項資格者，在多數情形下，僅能選擇以其中一項資格執業，而被迫放棄另外一項資格以執行業務之機會。兩種解釋結果大相逕庭。系爭規定及護理人員法第十三條之規定，不論「分別」及「加總」適用，顯然均無法作為系爭函釋立法授權之依據。

四、有關係爭函釋是否確可「增進公共利益」之問題

- (一) 行政院衛生署係以系爭函釋基於人格不可分、維護國民健康、提升醫療專業品質等公益考量，作為系爭函釋具正當性之論據。
- (二) 本席無法理解為何兼具護士及藥師資格者，於日間在醫院擔任藥師，夜間於同一醫院擔任護士，即無醫療專業品質問題；而同樣具有雙重資格之人，若日間在某一家醫院擔任藥師，夜間在另外一家醫院擔任護士，即有醫療專業品質之問題。本席亦無法理解兼具護士資格之藥師受雇於藥房，於部分上班日在醫院擔任護士，亦會發生醫療專業品質之問題。系爭函釋限制藥師兼具護士資格者於同一處執業，顯與增進公共利益之目的間欠缺關聯性。
- (三) 本席亦無法理解人格是否可分之問題與憲法第二十三條公共利益有何關聯；且無法理解兼具雙重資格者日間在某一家醫院擔任藥師，夜間在另外一家醫院擔任

護士，即有違反所謂「人格不可分」之原則；或兼具
雙重資格者於部分上班日在藥房執行業務，並在部分
上班日於醫院擔任護士，即有違反所謂「人格不可分」
之原則。

五、有關客觀上有無「較不侵害憲法權利」的措施存在：如
前所述，為確保藥師醫藥服務之品質，主管機關強化其
繼續教育、加強藥師親自執行業務之稽查等，均為合理
得以推論足以增進醫療專業品質，而又屬不至於侵害工
作權之方式。如後所述，全面改進藥師在醫療照護體制
下的角色，使藥師提供更積極之藥物照護服務，亦應為
提升病患健康權保障之重要方法。系爭函釋所採之措
施，嚴重侵害人民工作權，但卻無論理上之效益；主管
機關所宣稱之實際效益，亦並無強而有力之佐證。系爭
函釋嚴重侵害憲法第十五條所保障人民之工作權，且不
合憲法第二十三條之各項要件，應甚為明確。

肆、藥師功能與對藥師之管理

一、本院職司憲法解釋；藥師應如何管理，本與本院職權無
關。然因立法者在憲法第二十三條之下，應尋求「較不
侵害憲法權利」而得以達成保障人民健康權之方式，對
藥師加以管理；故本席謹就藥師管理，進數言供立法參
酌。

二、在現代社會下，藥師角色與以往應有不同。以往眾所熟
悉的藥師角色係在銷售藥物及調劑。現代藥師之角色則
著重於病患之照護（包含提供專業諮詢、監視及管理藥
物治療等）。其職責不僅包括確保病患之藥物治療（drug
therapy）被適當指示（appropriately indicated），且包括

確保某藥物治療對病患而言係屬最有效、最快速、最方便者 (the most effective available, the safest possible, and convenient for the patient)；並且藥師不論提供或使用何種藥物，均有義務選擇符合相當品質之藥物，以確保病患健康。現代醫學領域所賦予藥師工作性質之名稱為「藥物照護」(pharmaceutical care) 或「藥物治療管理者」(drug therapy manager)。⁶ 在此等現代角色定位下，立法者及主管機關應著重確保藥師對其專業角色轉換之了解；並使其具備為病患進行藥物治療管理及藥物照護之能力；更使具備此等專業能力者得於不同地區（特別是資源相對缺乏的偏遠地區）為更多數病患提供此等照護，且使現代藥師角色得以廣為接受與實施。以限制一處或同一處所執業方式管理藥師，僅會使藥師更定型於其傳統銷售藥物及調劑之角色，對藥物照護及藥物治療管理機制之建立反有負面影響；對國民健康權之提升，亦造成負面作用。

⁶ Karin Wiedenmayer, Rob S. Summers, Clare A. Mackie, Andries G. S. Gous, and Marthe Everard, *Developing Pharmacy Practice: A Focus on Patient Care* (Handbook – 2006 Edition).