

## 釋字第 778 號解釋協同意見書

許志雄大法官 提出

藥事法第 102 條規定：「(第 1 項) 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 2 項) 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。」其第 2 項（下稱系爭規定）涉及醫師職業自由之限制，本號解釋認與憲法第 15 條保障人民工作權之意旨尚無違背。而藥事法施行細則第 50 條及行政院衛生署食品藥物管理局（現已改制為衛生福利部食品藥物管理署）中華民國 100 年 4 月 12 日 FDA 藥字第 1000017608 號函，將藥事法第 102 條第 2 項所稱「醫療急迫情形」，一律限定於醫師於醫療機構為急迫醫療處置時，須「立即」、「當場」施與針劑或口服藥劑之情況。本號解釋認其過度限縮「醫療急迫情形」之意義，增加法律所無之限制，逾越母法之規定，與憲法第 23 條法律保留原則之意旨不符。對於上開結論，本席敬表贊同。惟關於職業自由之違憲審查基準方面，多數意見所採基準是否妥適，尚有商榷餘地，爰提出協同意見書。

### 一、職業自由之違憲審查基準

在現代分業社會中，職業自由所保障之「職業 (Beruf)」，不僅是維持生計所需之繼續性活動，為具有經濟意義之「工作 (Arbeit)」，同時作為個人實現生活任務之基礎，與個人之人格價值密不可分。亦即，個人藉由職業以分擔社會機能，

發揮本身之個性，為社會存續及發展而貢獻，從而形塑整體人格<sup>1</sup>。依雙重基準理論，職業自由相對於精神自由，違憲審查基準固然較寬鬆，但同係職業自由之規制，因規制型態之不同，其規制與人格價值之關聯性，以及對職業自由之限制程度，仍有輕重大小之分，違憲審查基準亦有差異。基本上，職業自由之規制可分為職業活動（執行）之規制、職業選擇之主觀要件規制及職業選擇之客觀要件規制三種，其對職業自由之限制程度依序由小至大，違憲審查基準亦依序由寬至嚴，是為德國通說之「三階段理論」（drei “Stufentheorie”）。而且，職業具有較強之社會關聯性與互動性，常須國家公權力介入，以維護公益。國家對職業自由所為之規制，究係基於何種公益目的，涉及國家之角色，以及政策形成空間之大小問題，亦會影響違憲審查基準之寬嚴。職業自由之立法規制，如係出於福利國家之積極目的，審查基準以寬鬆為宜；如係出於自由國家之消極目的，審查基準應較嚴格；是為「目的二分論」，於日本判例及學說上備受重視。本席認為，「三階段理論」與「目的二分論」各有優缺點，單從任一角度切入，皆有過於僵化之嫌。於違憲審查基準之設定上，無寧應一併考量，以收截長補短之效果，而能增加彈性，肆應各種不同狀況<sup>2</sup>。

我國自本院釋字第 584 號解釋起，經第 634 號、第 649 號、第 702 號、第 711 號至第 738 號解釋，在有關職業自由

---

<sup>1</sup> 無論著名之德國憲法法院 1958 年巴伐利亞藥事法違憲判決（7 BVerGE 377）或日本最高法院 1975 年藥事法違憲判決（最大判昭和 50・4・30 民集 29 卷 4 號 572 頁），皆採取相同觀點，將職業自由視為與個人人格價值直接結合之自由。參照小山剛著，經濟的自由の限界，收於小山剛、駒村圭吾編「論點探究 憲法」，弘文堂，2005 年，頁 192、193。

<sup>2</sup> 關於「三階段理論」與「目的二分論」之分析比較，詳參許志雄著，人權論—現代與近代的交會，元照，2016 年，頁 362-369、375-387。

規制之審理上，從規制之型態著眼，以「三階段理論」決定違憲審查基準，儼然已成大法官一貫之立場。本號解釋亦不例外，於解釋理由書稱：「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、內容等執行職業自由，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，即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。至人民選擇職業應具備之客觀條件，即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。此外，不論對人民執行職業自由之限制、選擇職業自由主觀條件之限制、選擇職業自由客觀條件之限制，所採之手段均須與比例原則無違（本院釋字第 649 號解釋參照）。」

惟三階段理論並非萬能，實際適用上存有不少問題，例如職業執行與職業選擇之規制未必可以截然劃分，主觀要件與客觀要件之區分亦有模糊不清之處，而劃分後之審查基準相差懸殊，影響至鉅，不盡合理，故應視情況彈性調整，避免機械式適用。本院解釋即曾指出，對從事工作地點之執行職業自由所為限制，若產生實質阻絕之結果而涉及職業選擇自由之限制，即應受較嚴格之審查(釋字第 738 號解釋參照)。在統治手法高度化之今日，即使事後之間接、附隨規制，亦可能造成實質限制職業選擇自由之危險，故須立足於人權論之基礎，依各種情形，就「事物之性質」為更精密之分析，

從而選定適當之審查基準<sup>3</sup>。況職業自由之規制目的有消極性與積極性之分，對審查基準之寬嚴亦會產生影響，於選擇審查基準時，宜列入考量，不能完全拘泥於規制型態。

## 二、「三階段理論」之運用

系爭規定對於醫師藥品調劑權之限制，涉及是否侵害醫師之職業自由問題。本號解釋理由書首先指出：「醫師以診治病人之目的，調劑藥品，交予服用，向來為其整體醫療行為之一部分，係醫師執行職業之方法與內容，受憲法第 15 條工作權之保障。」言下之意，承認藥品調劑屬醫師職業活動之固有範圍，故受工作權（職業自由）之保障。

其次，多數意見謂：「於全民健康保險實施滿 2 年後，醫師除於無藥事人員執業之偏遠地區或醫療急迫情形外，不得為藥品之調劑，乃對醫師從事診治病人所為執行職業自由之限制。此項限制，立法者如為追求一般公共利益，且該限制有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，而與其所欲維護公益之重要性亦合乎比例之關係時，即無違於比例原則（本院釋字第 738 號解釋參照）。」其依「三階段理論」，認系爭規定係對職業執行自由之限制，應採第一階段寬鬆之審查基準。

然後，多數意見指出系爭規定「係為推行醫藥分業制度而設，使診療與調劑分離，讓藥師得以其專業知識技能，核對及複查醫師開立之處方，以保障民眾之用藥安全」，其目的具正當性。末則以比例原則檢驗系爭規定，謂：「所採取限制

---

<sup>3</sup> 石川健治著，藥局開設の距離制限，收於高橋和之、長谷部恭男、石川健治編「憲法判例百選Ⅱ〔第 5 版〕」，有斐閣，2007 年，頁 207。

醫師藥品調劑權之手段，使藥師得以在調劑藥品過程中再次確認用藥之正確性，有助於目的之達成」、「已無其他相同有效並較溫和之手段可達成目的，尚難謂逾越必要之程度」、「固限制醫師之藥品調劑權，但尚非涉及醫師執行職業內容與方式之全部或核心（如：診斷病因、施行治療、開給方劑），是衡量醫師工作權因此所受之損害，相對於該規定所欲維護之公益，亦難認立法者採取手段所造成之損害與其所欲達成目的之利益顯失均衡」，肯認系爭規定符合「適合性」、「必要性」及「比例性」之要求，尚未抵觸比例原則，而與憲法第15條保障人民工作權之意旨無違。

然而，藥品調劑向來為醫師整體醫療行為之一部分，不能謂非醫師職業活動之重要內容。對醫師而言，藥品調劑與個人人格價值之關聯性相當密切，且為分擔社會機能之重要本事。就醫師藥品調劑之規制，固屬職業執行自由規制之一種，但其與醫師執業方法、時間及地點等職業執行自由之規制，實不宜等量齊觀。系爭規定幾近全面剝奪所有醫師之藥品調劑權，影響廣泛且重大，似應提高違憲審查基準，參照第二階段規制，採取中度審查基準。況如後所述，系爭規定具消極目的，適度提高違憲審查基準，亦屬允當。

### 三、目的二分論之搭配

職業自由之規制，依其目的有消極性與積極性之分。所謂消極目的規制，通常稱為警察規制，係從自由國家或消極國家之立場出發，為防止對國民之生命及健康造成危害，而對職業自由所作之規制。實施消極目的規制時，國家之介入通常較單純，其合理性與必要性適合於司法過程中判斷。亦

即，違憲審查機關在「目的—手段」架構下進行以立法事實為基礎之審查，能力上並無特別障礙。原則上，就職業自由採取消極性警察規制時，宜採中度之違憲審查基準，要求國家介入之目的須為追求重要公共利益，且規制與目的之間具實質合理關聯性。

所謂積極目的規制，則係從福利國家或積極國家之立場出發，為謀求經濟發展，實現社會政策，特別是保護經濟社會之弱勢者，而對職業自由所作之規制。當代國家需積極推動社會經濟政策，透過立法採取一定規制措施之領域顯著增加。而實施社會經濟政策之積極目的規制時，國家之介入相當複雜，牽涉因素又多，其合理性與必要性較不適合於司法過程中判斷，理應廣泛承認立法裁量或政策形成空間。換言之，積極目的規制往往帶有強烈之未來導向性格，立法目的重心並非為了除去或預防現實之弊害，而是創造更安定祥和之社會，背後多數存有保護弱勢者、實現社會經濟之穩定性或戰略性成長等政策目標。此際涉及複雜因素與高度政治考慮，立法目的與手段之選擇範圍較廣，目的與手段之適合關係亦必屬於推測性質，違憲審查機關要在「目的—手段」架構下詳查立法事實，實有能力及適格上之界限，不得不尊重立法部門之裁量。因此，原則上違憲審查基準應從寬，立法除非顯不合理，否則不致違憲。

誠然，「目的二分論」蘊含若干問題，難免受到質疑。僅就分類本身而言，消極目的規制與積極目的規制之區分，有時並不容易，而且法律規制亦可能同時兼含兩種目的。例如環境立法，一方面為保護生態環境，提高生活品質，另一方面為維護個人之健康，增進公共福祉，其規制就難以明確分

類。尤其積極目的之內容各式各樣，可能採取之規制手段亦不一而足，其違憲審查未必適合一律採取寬鬆之基準。本席認為，就一般論而言，積極目的規制之審查宜比消極目的規制寬鬆，但實際設定基準時，仍應考量目的之重要性、規制手段之強度，以及對受規制者之影響程度。這一方面，「目的二分論」若與「三階段理論」搭配，可收相輔相成之效果。

本件系爭規定之立法目的，如解釋理由書所稱，係為「推行醫藥分業制度」，使診療與調劑分離，讓藥師得以其專業知識技能，核對及複查醫師開立之處方，以「保障民眾之用藥安全」。關於「推行醫藥分業制度」部分，或有積極目的之性質，但系爭規定之終極立法目的，無寧在於「保障民眾之用藥安全」，故宜歸類為消極目的規制。根據「目的二分論」，似應採取中度之違憲審查基準。

綜上，系爭規定之合憲性審查，若以「三階段理論」為主，輔以「目的二分論」，自宜採取中度審查基準。因系爭規定之目的係為保障所有民眾之用藥安全，有重要公共利益存在，循解釋理由書所揭比例原則之審查方式，亦可獲致合憲之結論，與本號解釋並無二致。