

## 釋字第七一一號解釋協同意見書

工作使人生甜蜜

德國諺語

大法官陳新民

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）。現行對於藥師登記執業處所以一處為限的立法政策，是否違反了憲法保障人民工作權之考量，從而應許可藥師可以自由在數個地方執業？多數意見肯認立法者出於公共利益之考量—落實藥師專任及防止租借牌照營業—惟未能考量在緊急狀況或是其他地區需要藥師人力支援等情形時，亦有許可藥師前往他處執行業務之必要，彰顯系爭規定一律禁止藥師赴他處執業可能性已逾越了憲法比例原則之要求。本席敬表支持。

至於限制藥師執業登記於一處的公共利益考量為何，足以作為限制的立論？多數意見僅將之認定為「執行職業之方法、地點所為之限制」，而未比照本院過去援引之「三階段理論」來予詳盡申論，是否有更深一層的考量？本席認為「三階段論」是否完美無瑕？過去本院似乎從未質疑之。本號解釋多數意見雖未檢討其理論之妥善性，但未仿效過去若干解釋，照單全收加以援用，並明白界分系爭規定屬於何種階段之限制，只擷取部分可用之理論，輕描淡寫一番，算是踏出了勇敢的第一步。

次而，本席亦贊成多數意見認定改制前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（下稱系爭函釋）之內容，限制兼具藥師及護理人員資格者，其執業場所應以同一處所為限，違反法律保留原

則而違憲。究竟一人具備兩種以上醫事人員之資格，能否同時執行兩種職業？本號解釋多數意見認為，事涉醫事人員執業資格、方式或場所之限制，乃涉及人民職業自由與維護國民健康之公共利益之重要事項，應交由立法者決定。此見解本席亦贊同之。惟立法者於判斷此問題時，應採何標準？本號解釋亦未特別明言之，亦有補充說明之必要。

上述兩大問題涉及我國憲法對人民職業自由保障與限制甚鉅，不可人云亦云、不求甚解。本席秉持「若無新變不為雄」<sup>1</sup>之見，任何外來憲法理論必須審其本源之真意，特別是本案涉及國內學界與本院釋憲實務視為理所當然的「三階段論」，乃純粹德國理論，移植到臺灣會否有「囫圇吞棗」之嫌，而生水土不服之症？本席對此問題思索一番，已獲若干淺見，不敢藏拙，爰提出協同意見書，盼拋磚引玉，引起有識者一共探究之。

## 一、「藥師執業處所限於一處」規定之性質

### （一）我國全盤繼受之「三階段論」

本院在討論立法限制人民職業與工作自由權有無逾越比例原則時，早在釋字第五八四解釋起，便正式援用了德國聯邦憲法法院在一九五八年「藥房案」中所提出的「三階段論」，將人民職業自由的限制區分為：第一類之執行職業自由之限制（第一階段），及第二類之職業選擇自由之限制（分別是第二階段之客觀條件與第三階段主觀條件之限制），審查密度也逐漸由寬鬆提升為中度與嚴格，以符合比例原則之要求。本院日後陸續在多號解釋中一再援引（釋字第六三四

---

<sup>1</sup> 取自我國書畫大家歐豪年教授的「雄獅」詩：「若無新變不為雄、往哲微言晨暮鐘；此日藝壇沈寂甚、待聆清嘯振頑聾。」

號、六四九號、六五九號及七〇二號解釋參照），似乎認為「三階段論」成為顛仆不破的真理。

誠然本院在採納「三階段論」的過程中，亦有不適用之例外情形。特別是在牽涉到違反平等原則時，論理方向便會轉向，不再討論職業自由與比例原則間之關聯性，「三階段論」即無用武之餘地。例如在釋字第六一八號解釋，即對於大陸地區入籍之國民必須滿十年方得擔任公職之規定，認為並不違反憲法第十八條人民服公職之權利（此亦可以列入憲法職業自由與工作權之範疇）、平等權及比例原則。此案實為對選擇職業選擇自由的客觀限制（以限制來自大陸之入籍者為對象），其審查標準應為嚴格，但該號解釋似乎規避此種審查方式，而採最寬鬆之審查標準。其次在釋字第六八二號解釋，涉及到中醫特考的考試標準，如採「三階段論」審查標準，該號解釋涉及到了擔任中醫的主觀條件之限制（特考科目的不同評分標準及非大學中醫系畢業者不得報考中醫資格考試之問題），但該號解釋仍不採「三階段論」之中度審查標準，只以違反平等原則與否為斷<sup>2</sup>。當然，以現今公法學理論，對於平等原則的檢驗，除了差別待遇有無出於「恣意」（合理關聯）外，亦應符合比例原則之要求（特別是以人為對象之差別待遇）<sup>3</sup>，上述兩號解釋藉審查平等原則之便，捨比例原則，從而亦棄職業自由於不顧，亦非妥適矣！

就本號解釋而言，多數意見雖然未如釋字第六四九或第七〇二號解釋將「三階段論」的模式完全明白套入，並將之定性。惟仍部分採取「三階段論」的理念，將「藥師執業處

<sup>2</sup> 參見本席釋字第六八二號解釋不同意見書。

<sup>3</sup> 關於平等原則的檢驗標準，可參見陳新民，憲法學釋論，修正七版，民國一〇〇年七月，第一二六頁以下；及本席釋字第六八二號解釋不同意見書。

所限於一處」之系爭規定，認定為「執行職業之限制」，從而立法者只要基於一定公共利益之考量，即可有廣泛的政策形成之空間。這種認定—諸如執行職業必須進行一定的登記、繳費、程序並遵守營業時間、場地安全與衛生規定……等，雖對人民能否合法執行職業有實質上的影響力，但終究不涉及「是否擁有執行該職業之資格」問題，故實質上已經將之視為第一階段之限制。

## （二）「三階段論」的突破—「職業形象規範」的出現

惟對於職業執行的限制，若涉及職業資格的喪失與否，此時則會由第一階段的限制，提升到第二階段的限制。亦即屬於：執行職業自由最後一個行為準則，同時屬於選擇職業自由的第一道準則<sup>4</sup>。這些規範的外表雖歸類在職業執行自由的限制，實質上已將橫跨到職業選擇自由之主觀限制（第二階段），例如本院釋字第七〇二號解釋認為教師不得有「行為不檢有損師道，經主管機關查證屬實」之行為（違反者會遭到解聘處分，屬於執行職業自由之限制），該行為規範已邁入到進入職業之門檻主觀條件（第二階段之選擇職業自由之主觀限制）。同樣的，如何區分「三階段論」中第二階段職業選擇自由之主觀限制與第三階段職業選擇自由之客觀條件限制？經常會造成疑惑。例如在釋字第六八二號解釋，到底立法僅許可大學中醫學系畢業生，方得報考中醫特考；至於過去通過中醫檢定考試之非大學中醫學系畢業生，即不得報考，已排除了經檢定考試及格者擔任中醫師的機會，是屬於選擇職業自由的主觀條件或客觀條件之限制（排除檢定考試及格出身者）？如以個人能掌握的能力而論（操之在

<sup>4</sup> Alfred.Katz,Staatsrecht,17Auf1.2007,Rdnr.795.

我），似屬於職業選擇自由的主觀條件限制（固然考生仍可就讀大學中醫系，是否為不切實際之期待？）惟基於信賴保護或比例原則，對經檢定考試及格者考生的權利亦應重視，必須訂定妥善過渡條款（落日條款）。此要件儘管可劃歸在第二階段限制，在比例原則的要求上，已和第三階段限制無異矣。

現代國家因為社會分工的細密以及國家任務的多元化，對於具有特別技術的職業人員，例如教師、醫事專業人員、會計師、律師等，往往會要求具備一定專業智識（主觀條件），形成出某些行為的「獨占化」—某種行為僅能由某種職業所能獨占，最明顯的例子莫如，訴訟行為僅能由律師代理之；同樣地未具醫師資格者，不得為他人治病<sup>5</sup>。

在強調這些專技人員都應該具備一定的專業智識同時，也使這些職業人員，具備一定的「職業品質」—即要求必須遵守一定的行為準則，作為其他國民信賴的基礎—某些行為視為從事某種職業所絕對不可行；反之某種行為，才是該職業從業人員應行之標準。這是立法者依據各種社會價值，可以經由自行立法、委託立法或委由職業團體立法，即德國所謂之「工會自治法」（Standesrecht），來予以形塑之<sup>6</sup>，這些行為準則可稱之為「職業形象」（Berufsbild）。

現代國家這種對專門技術人員的職業管制，已經將其「職業形象」類型化。立法者擁有廣泛的社會、經濟及行業政策形成權，對於人民工作權與職業自由的實踐，自行或經授權立下各種規範，以追求各種不同的公共利益，例如國民

---

<sup>5</sup> Peter Badura, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, 3 Aufl. 2008, Rndr 35.

<sup>6</sup> 關於職業團體本於自治規章所得限制會員執行職業自由的界限，可參見，李建良譯，關於「專科醫師執業限制」之裁定，刊載於：德國聯邦憲法法院裁判選輯（七）—職業選擇自由與工作權，司法院印行，民國八十六年六月。第一五九頁以下。

健康保障、消費者保護、人民租稅義務確實履行、司法訴訟權利確保等，在德國學界被稱之為「職業形象典範」（Berufsbildfixierung）。這些規範多半都可列入職業執行的規範範圍，卻都涉及到人民能否執行該種職業的實質規定也<sup>7</sup>。

這些「職業形象典範」很明顯橫跨在職業選擇與執行職業自由之間遊走。例如在本號解釋中，對於一人若擁有兩項以上醫事人員專業資格，是否可以分別執業？本號解釋多數意見認為屬於「關於醫事人員執業資格、方式、或執業場所之限制」，即為執行職業自由之限制，屬於第一階段限制。若立法者明定只能「擇一執業時」，猶如限制人民只得選擇一種職業，而放棄執行他種職業，是否進入到對選擇職業自由的限制範疇內？

此外，在福利國家任務的多元性上，國家著手經營了不少過去由私人所經營的事業，這些國營事業頗多具有獨占性質，稱為「行政獨占」（Verwaltungsmonopol）。獨占行業具有排他性，使私人無法從事該行業。行政獨占所追求公共利益，更有多種目的，具有追求純粹公共性質者例如國民健康之醫療、滿足現代生活之水電企業等均有之。為了追求國庫利益為主（例如我國過去菸酒公賣制度）、或是配合經濟政策之公營企業，都使得國民選擇某些職業之自由受到了嚴格限制。然而這些職業選擇自由都涉及到「三階段論」中第三階段的限制（職業選擇自由客觀限制），必須採行最嚴格的審查標準，亦即其追求之公共利益必須最重要與最急迫者，方得許可之。然考諸上述公營事業的公共利益之分

---

<sup>7</sup> Peter Badura, Staatsrecht, 5. Aufl. 2012, C80.

量，不合乎此「最高度之公益」（例如徵收所追求之公共利益）之標準甚多矣<sup>8</sup>！可見得「三階段論」在此無法發揮作用。

另外人民亦有選擇服公職，擔任公務員之權利，同樣受到憲法工作權的保障範圍所及<sup>9</sup>。惟關於選拔公務員的資格限制，固為主觀條件之限制，但關於國家招考公務員的種類與人數，則恆為客觀條件之限制。為了維持工商業秩序、保護消費者權利或是避免產業惡性競爭，國家必須採行管制措施——例如對某些職業持有執照與從業人數所為「總量管制」。按「三階段論」此種管制措施的合憲性，必須基於追求最急迫與最高度公益，屬於選擇職業自由的客觀條件之限制，應受到釋憲機關最嚴格的審查。試問上述這兩類的立法措施能否通過最嚴格標準公共利益分量與比例原則之檢驗？恐不無疑問也<sup>10</sup>。

因此，不論是許多職業的形象典範、追求公共利益與配合公共政策的公營企業、公務員考取制度與工商業之管制措

---

<sup>8</sup> 在公共利益的比較上，這也是「三階段論」最矛盾的單門所在。按人民的基本權利都可為公共利益之目的而限制，此時應遵守比例原則，是為常理。而這些公共利益又有程度之分，以德國憲法公共利益理論，唯有公益徵收所追求的公共利益，才是列為最重要的一種，因此德國基本法第十四條明白規定，此種徵收所追求的公共利益乃是「公共福祉」（*Gemeinwohl*），而非一般公共利益（*öffentliches Interesse*），表明了這兩種公共利益有其程度上的嚴重差異，同時也排除了其他較低層次的公共利益，例如國庫利益。可參見：陳新民，公益徵收的目的，刊載：憲法基本權利之基本理論（上冊），元照出版社，二〇〇二年七月五版，第三五五頁以下。

然而德國學界及聯邦憲法法院在論及「三階段論」時都對限制職業自由，無論是選擇職業之自由或是執行職業之自由，都引用「公共福祉」為限制該權利之目的。最明顯的例子可舉下文將提及之聯邦憲法法院在二〇〇二年十月三十一日作出的「聯邦法院單一登錄案」，聯邦憲法法院在此判決中引用該院的主流見解，均使用了「公共福祉」之一詞。如此一來，便將「三階段論」各階段所限制職業自由的公益全部列在此最高等級的公益，試問又要如何區分各階段公益分量之高下乎？參見 BVerfG, 1 BvR 819-02 vom 31.10.2002, Absatz-Nr(13).

<sup>9</sup> 至於憲法第十八條規定人民有應考、服公職之權，也可認為強化憲法第十五條人民工作權保障以及平等權的實踐。

<sup>10</sup> 公務人員新進名額的決定，恐怕多半依據國庫負擔能力的考量。是否能列為最高的公益頗有疑問。例如關於徵收補償的額度，即不可以國庫的負擔為考量之依據。可見得國庫利益不得與徵收所追求之公共利益相提並論。

施，都事涉人民的職業選擇自由與執行職業自由之限制，都已經打亂了「三階段論」的區分標準矣<sup>11</sup>。

誠然「三階段論」對於限制人民職業自由之法令規範，有無逾越比例原則，頗有助益。質言之，該理論要求每個限制性的立法措施，必須基於確實分量的公共利益。由於三個階段之立法措施，都代表三種合憲標準的立法侵犯，也各為追求三種不同分量的公共利益。三階段論的付諸實踐，也就是嚴格的判斷公共利益的大、中、小，從而對人民工作權侵犯程度的重、中、輕，手段必要性都在此三個階段中予以審查。

然而，這種理想化的「樣版」卻失於形式化之試想，若每個階段均運用比例原則（包括目的性、必要性及均衡性）來審查，那與其他種類的基本人權（如人身自由或言論自由）之限制與審查，又有何不同？任何人權的限制，不也都是公共利益與手段間均衡乎？職業自由的限制雖採三階段審查標準，人身自由為何不運用三階段審查標準？若云人身自由之重要遠超過職業自由，那麼人身自由豈非應有「四階段」審查標準不可，以凸顯運用最嚴格審查標準，來確保所有人權中最重要之人身自由權？

### （三）「三階段論」產生的根源—為因應德國基本法對職業自由保障「二分法」產生之糾葛困境，所產生的折衷理論

細考上述疑惑之產生，係與德國學界及釋憲實務，將德國職業自由的限制採取「職業選擇自由之限制」與「執行職業之限制」兩大類所引起。相對於我國憲法第十五條，對於人民職業自由或工作權之保障，都是一體看待，不去區分職

---

<sup>11</sup> Volker Epping, Grundrechte, 3 Aufl. 2007, Rdnr. 390.



業選擇或是執行職業之自由，都受到憲法的保障。同時也可以基於公共利益，由法律來予以限制之。

然而德國基本法在第十二條第一項卻別出心裁的將人民職業自由區分為二：「先保障人民擁有職業選擇、工作及教育地點之自由；次而規定人民執行職業之自由，得由法律或法律授權之命令加以限制。」

德國基本法這種將人民職業自由二分法的不同規範，在解釋上，自然會造成分歧。質言之對於職業選擇之自由，憲法並沒有規定可由法律或法律授權之命令來予以限制之；反之可以透過立法限制者，僅是執行職業自由而已。如此一來，是否人民擁有選擇職業自由的「絕對保障」，屬於德國基本法第十九條第二項所謂的「基本人權之核心」，從而不得為任何法律所侵犯？

答案自然是否定的。德國基本法制憲者，著眼於國家對各種職業管理之需要，制訂規範事所難免，不僅可由立法者限制，且可授權由行政機關予以限制之。故特重於執行職業的「可限制性」。為了破除此僵硬的條文文義解釋，聯邦憲法法院及德國學界即採「職業自由統一保障範圍論」(einheitliche Schutzbereich der Berufsfreiheit)，將職業自由視為一個「權利整體」(Rechtskomplex)，不區分選擇職業與執行職業，均受到基本法一個「職業自由」的保障效力所及，從而立法者亦可依公益要求而予以適當之限制<sup>12</sup>。

由上述基本法第十二條第一項的「二分法」立法例，才會導引出德國公法學界對職業選擇自由是否為不可限制的人權之爭議，進而為了消除此疑慮，才會導致德國聯邦憲法

---

<sup>12</sup> Epping,aaO,Rdnr.357.

法院一九五八年「藥房案」中提出「三階段論」，將選擇職業之自由與執行職業之自由兩個範疇，雖均可透過立法限制之，惟將選擇職業自由的審查密度先高於執行職業自由，再將選擇職業自由區分為嚴格與中度之標準，以確保最高度公共利益之實踐。德國基本法第十二條中第一項的咬文嚼字，自討苦吃，是否徒然「吹皺一池春水」乎？

#### (四)我國當否全盤移植「三階段論」？

綜上所述，德國「三階段論」，乃標準的「德國產物」，附麗於不甚完美與論理不嚴縝的基本法第十二條第一項條文，從而衍生之折衷產物。德國聯邦憲法法院近年來已不再時興援引「三階段論」之名稱，德國學者例如艾平教授(Volker Epping)，甚至認為所謂的「三階段論」縱然不能被認為已經式微，但不妨作為考試作業的名詞，繼續援用罷了<sup>13</sup>。持類似這種看法的學者甚多，例如名學者巴杜拉教授(Peter Badura)便認為三階段論不可流於機械性的形式主義(mechanischer Konstruktivismus)<sup>14</sup>。可見得「三階段論」雖仍為學界之主流思想，但逐漸失去重要性。

基於「三階段論」為純粹的德國產物，本席認為我國一味引入並無必要，任何基本人權的限制一定以斟酌立法目的所追求之公益分量為著眼，再輔以比例原則的檢驗。原則上雖有寬嚴二分法為主，但真正的實踐上，恆以各種不同事務的差異，容有多樣性的檢驗標準，沒有一定僵硬的嚴謹寬鬆度可言<sup>15</sup>。重點應放在立法者如何真正判斷出立法目的的公益分量、正反兩面的利益衡量。特別在比例原則的操作上，

<sup>13</sup> Epping,aaO,Rdnr.391.

<sup>14</sup> P.Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung,Rdnr34. ; A.Katz,aaO.Rdnr.795.亦有類似見解。

<sup>15</sup> 可參見本席在釋字七〇二號解釋部分不同意見書，註12處。

有無妥善的替代與過渡措施等<sup>16</sup>。不可以先入為主，套上「三階段論」資料庫中的分類後，挑出一種審查標準，便交差了事矣！

本席可試舉一例。依據「職業形象」的要求，立法者可以依據時代科技的進步，要求從業人員必須隨者科技發展，隨時進修，獲得新的技術，否則不得再執行某種特定業務，甚至定期有「換照」義務。此在日新月異的醫療技術相關行業內，更是常見<sup>17</sup>。憲法保障職業自由的範圍，也及於「現狀保障」(Bestandsschutz)，上述立法者對更新與維繫優質「職業形象」的權限固不違憲，惟應定下合理的過渡條款，例如許可現職者有進修、補照的機會<sup>18</sup>，此時立法者應將專注之重心移向後者矣。

另外本院釋字第六四九號解釋亦突顯出「三階段論」易陷入的思考困境：該號解釋涉及到行之有年的保障視障者獨占按摩業的合憲性問題。此時，當由立法者全盤衡量公共利益及有無違反比例原則的問題。質言之，主張「視障者獨占按摩業」一方援引憲法條文的支持，強調立法之正確性；同時視障者未如其他殘障者，除按摩業外並無從事其他職業的多樣性選擇，故解除獨占，將會給視障者的生計造成立即且

---

<sup>16</sup> 德國學界著名學者，例如 Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, S. 79. 亦持此見解；M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 12, Rdnr. 124.

<sup>17</sup> 醫師法第八條第二項：「醫師執業，應接受繼續教育，並每六年提出完成繼續教育證明文件，辦理執業執照更新。」我國現行醫療體系尚有「專科醫師」制度，醫師法第七條之一規定，對於醫師經完成專科醫師訓練，並經中央主管機關甄審合格者，得請領專科醫師證書；主管機關亦委託各相關專科醫學會辦理初審工作，透過專科醫師的認證制定，促使醫師必需因應醫療科技與嶄新醫療領域的發展，充實在專業醫療領域的智識，惟醫師法第八條規定，非領有專科醫師證書者，不得使用專科醫師名稱，並未禁止不具專科醫師資格者，執行該領域之業務。若容許非專科醫師亦得執行該領域之醫療業務，恐將會危害病人健康與醫療權益。甚至，若各該專科醫師所屬學會或公會，自行制訂嚴格之內規，例如未具備該領域專科醫師執照者，不得執行該領域業務。亦恐有逾越母法之嫌，導致有違憲之虞。故追本溯源之解決方法，立法者應當明文在醫師法中，禁止未具專科醫師執照者，不得執行該領域之業務。

<sup>18</sup> P. Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, Rndr 35.

嚴重影響，必須尋找其他有效替代手段；另一方面則是開放按摩業，提供更多就業機會，並促進按摩產業發展帶來的公共利益。

這兩方面利益的衡量，乃全面性判斷，包含社會層面、民眾情感、經濟效果……等問題，都應交由擔負責任政治的民意與行政機關來做妥適的判斷，而非釋憲者承擔之。特別是以釋字第六四九號解釋為例，儘管作出了開放按摩業的決定，如何具體地安排過渡之善後措施，本來從事按摩業之視障者，今後如何謀生？是否應給與年金或強制大型醫療機構安插工作機會？釋字第六四九號雖也有指明有關機關應訓練輔導視障者，從事適當之職業與多元化就業之可能，且訂下三年之失效期。惟今日視障者果真獲得與以往相同收入相符之「多元就業機會」乎？全國國民心中自有答案也<sup>19</sup>。這也不能不歸因於該號解釋似乎囿於「三階段論」（第三階段）之模式，從而為其判斷標準所「綁架」也。

本席認為：各種涉及職業自由之限制，都應當有出自不同的立法目的與有其特性，從而公益斟酌與限制手段的採納都必須靈活與彈性。「三階段論」最大的疑慮，乃會造成先入為主的印象，而將比例原則的審查標準過度簡化，容易讓立法者或釋憲者忽視了這些問題判斷的複雜度也。

#### **（五）「藥師執業限於一處」的「職業形象」**

本號解釋涉及到藥師執業於一處限制。系爭規定若補足可赴他處支援之例外規定後，是否仍為合憲？是否仍屬於德國公法學界所謂的「專技人員職業形象典範」？若以立法者

---

<sup>19</sup> 就在本院作出釋字第六四九號解釋的前一天（民國九十七年年十月三十日），韓國憲法法院也針對此源於日本殖民統治時代已實施視障者獨占按摩業的制度，是否合憲？作出判決，結果和本院釋字第六四九號解釋結論完全相反，韓國憲法法院認定，此種保障特殊殘障國民就業機會之法律，符合憲法重大公共利益之意旨，並不違憲，可供參考。

針對系爭規定的立法理由而言：貫徹藥師專任之政策及防止租借牌照營業之不法情事，顯然乃重視藥師的專業服務的特徵。德國聯邦憲法法院在二〇〇二年所作出的一件關於律師登錄聯邦法院的「單一登錄案」(單一許可 Singularzulassung)，可做一個比較<sup>20</sup>。

為使職司法律審的聯邦法院民事庭能夠更有效率與妥善審理案件，德國聯邦律師法 (Bundesanwaltschaftsordnung) 規定，欲在聯邦法院民事庭執行業務之律師，必須經過該院審查及僅在該院登錄為限。一位律師已在某邦之高等法院登錄，又欲在聯邦法院登錄執業申請被拒後，以其職業自由受到侵害為由，向聯邦憲法法院提起訴願。

聲請人主張，一九五九年制訂的聯邦律師法，在維繫一個過時的「職業形象」，讓少數律師可專門代理上訴至聯邦法院之案件。殊不知現代科技發達，任何律師都能透過通訊設備，與當事人聯繫，不必一定需在地化，要求律師與當事人「面對面」的服務 (四眼原則 Das Vier-Augen-Prinzip)<sup>21</sup>。同時立法當時，律師尚未專業與分工化。故即使在邦高等法院登錄之律師，其民事法的專業亦可在聯邦法院內，執行業務而勝任有餘，聯邦律師法之限制已逾越比例原則等語。

聯邦憲法法院駁回此訴願。在裁定理由書中，法院表明聯邦律師法之規定確實具有重大公共利益。立法者考量聯邦法院民事庭每年案件之多，因此必須對代理上訴之律師，在資格上加以審核，汰除年資太短與經驗不足者；同時避免律師在他處登錄執業會造成「備多力分」而減弱專業素養，採行「單一登錄制」有重大公益理由，包括：當事人委託有經

<sup>20</sup> 參見 BVerfG, 1 BvR 819-02 vom 31.10.2002, Absatz-Nr(1-25).

<sup>21</sup> 參見 BVerfG, 1 BvR 819-02 vom 31.10.2002, Absatz-Nr(4).

驗的專業律師，更能保障其訴訟權利；若上訴無勝訴希望時，律師亦可勸其放棄上訴，避免其無益之花費，同時節省法院訴訟資源之浪費。故儘管其他聯邦法院，例如聯邦行政法院或聯邦社會法院未採行相同制度，並不影響其合憲性。

值得重視之處，乃聯邦憲法法院在此判決中雖仍提到選擇職業與執行職業自由之兩分法，這是憲法條文所明定，不可避免。惟聯邦憲法法院明白將「單一登錄」歸類在「執行職業自由」之限制，因為：該申請登錄之邦律師，只不過是其「執業地區不能擴張到聯邦法院民事庭」而已。故不涉及選擇職業自由之範疇也。除此之外，聯邦憲法法院未提及三階段的論點，也當印證了本席先前提及之德國學界所言：「三階段論」已不再受聯邦憲法法院青睞矣。

回到本案，系爭規定要求藥師專任的立法目的，是否也同於德國聯邦律師法之「律師在地化」(Lokalikation)所追求「四眼原則」的實踐乎？

## 二、兼任數職的合憲性問題-「性質不相容原則」的判斷基準

按憲法保障人民擁有工作權與職業自由，是一個廣泛的基本權利，其保障的範圍甚廣，不論是主要職業或兼職(Haupt-auch Nebenberuf)，第一個或第二個職業(Erst-und Zweitberuf)、公職或私人企業……都列入到其保障的範圍之內<sup>22</sup>。故國民如果願意從事一個以上的職業，都受到憲法之保障。

在此涉及到國民執行兩種職業是否會造成互斥的結果，亦即有無「性質不相容性」(Inkompatibilität)的問題存在<sup>23</sup>。

---

<sup>22</sup> A.Katz,aaO.Rdnr.791.

<sup>23</sup> V.Epping,aaO.Rdnr390.

德國討論此性質不相容的問題，最主要的是在公職人員是否許可兼職之上，例如聯邦總統或法官能否兼任內閣閣員或政府官員；邦政府成員能否兼任聯邦眾議員等。按基於憲法權力分立的制度，任何職務皆有一定法定職權，相互間亦有權力制衡之功能，故不予合理限制，一人兼任數職將會喪失憲法權力分立的精神。本院早在釋字第十五號針對監察委員不得兼任國民大會代表的爭議上，已經提及此原則（另見釋字第三十號、第七十四號及第二〇七號解釋），惟最清楚之例，莫過於針對副總統兼任行政院長的合憲性，所作出的釋字第四一九號解釋，有相當深入的分析<sup>24</sup>。

同樣在人民職業選擇與執行職業上，也可能面臨類似的問題。在人民得同時擁有兩個以上職業，雖可納入憲法工作權與職業自由保障範圍之下，惟有同時執行兩個職業產生「性質不相容」時，即得限制之。例如公務員兼職之限制、監察委員不得兼營事業、法官不得兼任律師等，都是適例。

因此在職業自由的限制上，必須在同時執行兩種職業上有無造成「角色衝突」之情形來審查？質言之，是從負面的效果，來研判利益衝突的可能性。最明顯的例子，莫如醫師兼任藥師的情形。按我國實施「醫藥分業」制度後，藥師除擔任提供病人藥物諮詢、提供藥物外，也擔任審查醫生處方的角色，若許可醫師兼任藥師，則可能造成監督失調的後果<sup>25</sup>。

除了角色性質不相容外，其他涉及職業形象的要求、醫

---

<sup>24</sup> 關於性質不相容原則，可參見陳新民著，副總統兼任行政院院長之憲法問題，刊載於：律師通訊，第二〇四期，民國八十六年九月號，第四十七頁以下。

<sup>25</sup> 例如藥事法第一〇二條規定：「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。全民健康保險實施二年後，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。」

療從業人力的調配……等都可能形成重要公共利益之考量，構成職業自由遭到限制的理由。惟這些要件都是屬於限制人民權利重要事項，有無產生「性質不相容」，應當立法者於法律中加以判斷<sup>26</sup>。故立法者必須針對同時兼具數項醫事人員資格者能否同時執行之，予以明確規定，以符合「重要性原則」<sup>27</sup>。

### 三、系爭函釋的個案或通案效力？

本號解釋在程序上亦有產生疑慮之處，即系爭函釋是否個案效力從而不應作為本號解釋之客體，應不予受理？對此本席尚難贊成，其理由如下：

#### （一）作為確定終局裁判依據的函釋與「法源溯及審查」的「一條鞭」關係

本院對於函釋的認定多半持較為寬鬆的立場，只要被確定終局裁判援用，不管是形式或是實質援用，都列為大法官審查的對象，這種見解對保障人權功效，其功莫大焉。最明顯的案例莫如釋字第三七四號解釋：

「司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，人民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牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法。其中所稱命令，並不以形式意義之命令或使用法定名稱（如中央法規標準法第

<sup>26</sup> A.Katz,aaO.,Rdnr.795

<sup>27</sup> 例如醫師法第四條之二規定：「具有醫師、中醫師、牙醫師等多重醫事人員資格者，其執業辦法由中央主管機關定之。」至於其他兼具多重醫事人員資格者，則未有類似之規定。顯見醫師法本身已遵守法律保留之原則。同時，該項規定恐亦表明立法者判斷出這三種醫生之職業本質，並沒有產生牴觸的情形。因此除非立法者明白規定只能執行其一資格，否則主管機關不能自行規定該種人員只能選擇一種職業執行。惟主管機關依據授權制訂之「具有多重醫事人員資格者執業管理辦法」第2條中規定：「具有醫師、中醫師、牙醫師等多重醫事人員資格者（以下稱多重醫事資格者）執業，應擇一資格辦理執業登記。」不無逾越母法之嫌。質言之，立法者應當對於「性質不相容」作出明確決定，方可由行政機關執行之。



三條之規定)者為限，凡中央或地方機關依其職權所發布之規章或對法規適用所表示之見解(如主管機關就法規所為之函釋)，雖對於獨立審判之法官並無法律上之拘束力，若經法官於確定終局裁判所引用者，即屬前開法條所指之命令，得為違憲審查之對象，迭經本院著有解釋在案(釋字第二一六號、第二三八號、第三三六號等號解釋)。至於司法機關在具體個案之外，表示其適用法律之見解者，依現行制度有判例及決議二種。判例經人民指摘違憲者，視同命令予以審查，已行之有年(參照釋字第一五四號、第一七七號、第一八五號、第二四三號、第二七一號、第三六八號及第三七二號等解釋)，最高法院之決議原僅供院內法官辦案之參考，並無必然之拘束力，與判例雖不能等量齊觀，惟決議之製作既有法令依據(法院組織法第七十八條及最高法院處務規程第三十二條)，又為代表最高法院之法律見解，如經法官於裁判上援用時，自亦應認與命令相當，許人民依首開法律之規定，聲請本院解釋，合先說明。」(解釋理由書第一段)

本席贊成此保障人權之見解。誠然違憲審查的標的不應漫無標準的無限延伸。行政機關或司法機關的內部法規，若僅具內部效力者，並無拘束行政機關作為行政處分之依據或法院作為判決之依據時，自不具有法源之資格，從而不成為違憲審查之對象。故主管機關純粹就法規的解釋，而未被公權力援引作為行政處分或法院判決之依據時，則不得作為釋憲的標的。反之，則應視為已經產生規範的效果，而成為法源。此亦為德國聯邦憲法法院之一貫見解<sup>28</sup>。大致上釋字第三七四號解釋也遵循此一方向也。綜合論之，該號解釋值得

---

<sup>28</sup> BVerfGE18,1/4；D.C.Umbach/Th.Clemens(Hrsg.),Bundesverfassungsgerichtsgesetz,1992§90,36.

參酌之處略有：

1. 儘管是行政機關或法院內部參考之法規範，亦即無外部效力，但只要有訂定之法律基礎（有權訂定），無論是明白授權或是依職權而訂定，都可以作為法院援引為判決之法規範。

2. 若上述內部法規範，一經法官於確定終局裁判中援用，即可認定相當於「命令」，從而得作為聲請釋憲之客體。至於是否合乎行政程序法中「法規命令」或是「行政規則」（包括是否屬於裁量基準之行政規則）之認定標準，及發布程序，則在所不論，故採「事實援用論」。

3. 上述內部法規範必須是代表主管機關——不論是司法機關或是行政機關——的法律見解，而非個案事實認定。故釋字第三七四號解釋中最高法院之決議，乃代表司法機關之法律見解。同樣的本號解釋中之系爭函釋，則為主管機關的法律見解，在代表主管最終與最權威的法律見解之屬性上，並無二致。

按人民就確定終局裁判提起之「判決之憲法訴願」（Urteilsverfassungsbeschwerde），乃訴請釋憲機關就確定終局裁判所援用之法規範，審查有無牴觸憲法的救濟程序。此針對確定終局裁判的法律適用合憲性問題，做「一條鞭」式的審查——亦即就裁判援引的法規範，一路向上延伸到相關憲法條文過程中，有無順暢或扞格之情形。裁判之所以要附理由，尤其是確定終局裁判，必須在法理的周延上，善盡「說理之義務」（Begründungspflicht）便是提供裁判合憲性的理論依據。故違憲審查的過程，便是一個判決合憲性的「法源溯及性的合憲性審查」（Rechtsquellenorientierende

Verfassungsmäßigkeitskontrolle。)

本案系爭函釋既已被確定終局裁判援引為判決之依據，且法官於判決中業已確認其合憲性（並無違反法律保留原則之疑慮），顯見該函釋已被引為判決之法源基礎，並構成判決合憲性的一環。此時能否稱該函釋並無法源的資格，而不能成為聲請釋憲的客體？如此一來，是否使上述違憲審查中「法源溯及一條鞭」之審查過程，出現了山崩與斷崖之隔閡？確定終局裁判的合憲性基礎也從而出現了斷痕，此見解豈非「拿石頭砸自己腳跟」乎？

## （二）系爭函釋實質上已成為主管機關法律解釋的通案規範

另一個支持系爭函釋並非主管機關針對個案所為之函覆，而係具有通案性質規範之依據，可由確定終局判決中之敘述得以見之。依本案確定終局判決之一高雄高等行政法院一〇〇年度訴字第六〇六號判決，關於被告機關答辯中已經提到：聲請人兼具藥師及護理人員資格，其藥師資格執業登記後，再向嘉義縣衛生局聲請護理人員資格登記，嘉義縣衛生局函詢衛生署後，衛生署以系爭函釋答覆之，並告知聲請人；嗣後聲請人又向雲林縣衛生局聲請登錄，雲林縣衛生局亦函詢衛生署，衛生署則以中華民國一〇〇年五月十一日衛署醫字第一〇〇〇〇六五三七八號函檢送系爭函釋以為答覆。可知系爭函釋已經被主管機關兩度作為解釋藥師兼具護理人員資格者之執業登錄疑義之處理依據。

雖然此兩地衛生局函詢主管機關的原因案件聲請人為同一人，所函詢的疑義，也為同類事件。惟函詢之機關不同，時間亦非同時，代表係兩個不同之法律關係，從而主管機關

之函釋，也非針對同一事件所為之函覆，此由主管機關第二次函覆（對象為雲林縣衛生局）並未提及乃「一事不再理」，而是檢陳一個函釋（系爭函釋）作解決爭議的依據。可見得系爭函釋已由原始的個案函釋，形成為主管機關解決同類法律爭議的依據。系爭函釋已具有通案的效力，已不容置疑。

若再依主管機關於本院審理中，就系爭函釋的性質曾表明為：「個案效力之行政指導」。既云行政指導，即表明對個案，惟毫無拘束力可言，故確定終局裁判援用系爭函釋，似乎是法官之「個人確信」，而與主管機關無關乎？顯然此「不具法拘束力」的「行政指導說」根本上站不住腳。如此一來，是否今後所有行政機關就法律爭議函詢主管機關表示意見，主管機關之函覆就必須註明：何者為具有拘束力的函釋（行政規則）或純粹提供參考之用的行政指導乎？

相對於主管機關稍早前對於系爭函釋的法律性質，認定為（不具拘束力）行政指導，旋即更改為僅有個案效力，而無通案效力。此種會再犯一次的誤解，實不難理解也。

#### 四、結論——人為工作而生，不為逸樂而活

憲法保障人民工作權與職業自由，乃是期待人民能夠依憑自己的意願、自由選擇與從事職業，以獲得生活之資並開展人生，實踐人格發展。故從事職業之目的主要是獲得物質上之報酬為主，維持生活並作為發展人格的物質上基礎也。公法學理上恆將以獲得經濟與物質利益之工作權，且有持續性質者，視為職業自由<sup>29</sup>；反之，追求物質以外之利益（如公益目的或精神價值），雖然亦有可能列入憲法職業自由保

<sup>29</sup> 德國聯邦憲法法院早在「藥房案」的判決時，便已將職業自由與人格發展結合在一起，而強調職業自由主要是針對「有經濟上意義的工作權」，為其特色。可參見蕭文生譯，關於「職業自由（工作權）」之判決，刊載於：西德聯邦憲法法院裁判選輯（一），司法院印行，民國七十九年十月，第一四四頁以下。

障之領域（本院釋字第六五九號解釋），但宜歸入憲法第二十二條保障之一般行為自由之範疇<sup>30</sup>。

法治國家保障人民的職業自由，便是期盼人民以自己的努力，謀得生存的經濟與物質基礎，也是自我負責的顯現。國家應當給予最大限度的保障，這也可減輕國家日後對無法自謀生計之國民承擔生存照顧之責任也。

在最大範圍保障人民職業自由的過程中，隨者國家規範專門技術職業所必須的管制行為，其種類與公益考量均有日益增加之趨勢，加重立法者判斷之負擔。由德國特殊憲法規定因應產生的「三階段論」，其妥善性之疑慮及在德國釋憲實務亦有日漸消退之趨勢，本席已詳述之，以避免產生將複雜的公益與比例原則判斷過度簡單化與僵硬化。切盼日後我國論究職業自由之限制時，宜擺脫「三階段論」的束縛，勇敢與全面性深入探究相關規範的公益分量，尤其在比例原則的論究上應更精細與謹慎不可。

本席往昔在德國求學時，經常聽到一句諺語：「工作使人生甜蜜」（Arbeit macht das Leben süß!）。的確，德國人是一個勤奮的民族，此句諺語表明：人生為工作而活，不為逸樂而生。勤奮的民族一定會帶來國家欣欣向榮的前景與民生樂利的社會，也更易建設出一個高質量的法治國家！

勤奮工作，做好本分的職業也是我國傳統民族美德，若國家能夠保障人人努力工作，快樂的擁有選擇與執行職業自由，當是法治國家原則的實踐。在此，本席不由得想起了德國大文學家歌德在其曠世巨作「浮士德」中，最感人的一幕，莫過於眼盲、已到垂暮之年的浮士德，聽到宮廷外有國民努

---

<sup>30</sup> A.Katz,aaO.,Rdnr.787.

力工作的聲音時，不禁說出下列的名句：

「我願意看到這一大群熙熙攘攘的人群，都是自由的國民在自由的國土上，努力工作。這偉大的剎那，時間啊！你真美！請你停止前進！」