

## 釋字第七一一號解釋協同意見書

大法官 黃茂榮

本號解釋認為：「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。』未就藥師於不違反該條立法目的之情形下，或於有重大公益或緊急情況之需要時，設必要合理之例外規定，已對藥師執行職業自由形成不必要之限制，有違憲法第二十三條比例原則，與憲法第十五條保障工作權之意旨相牴觸，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時失其效力。改制前之行政院衛生署（現已改制為衛生福利部）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，違反憲法第二十三條法律保留原則，應自本解釋公布之日起不再援用。」對上開解釋，本席雖基本上敬表贊同，但因關於基本權利之限制在規範上的出發點及其限制之相關論述，本席認為尚有補充說明的必要，爰提出協同意見書如下，謹供參酌：

### 壹、基本權利之來源

在現代民主憲政國家之發展，人民應受憲法保障之基本權利究竟是與生俱來即已享有，先於憲法而存在；或因憲法之規定或承認，而方始存在？基於不同之信念，而在政治思想上各有不同的看法。不論所持看法為何，皆屬於憲政體制上之哲學性的前置設定，在理論上，難以驗證其價值上之真

偽；在實務上，取決於當時掌握政治權力者的政治倫理或價值立場。所以，其實踐之福禍及演進，寄望於庶民百姓之力爭<sup>1</sup>及一時主宰乾坤者之反省。花無百日好，好不過三代，任何家族最後皆將淪為庶民百姓。確保每一個人，能夠有尊嚴的生存及自由發展有關之基本權利，符合眾生長遠之共同的根本利益。

現代民主憲政體制肯認，尊嚴的生存及自由發展（人性尊嚴）之基本權利，先於國家或憲法而存在，而非基於國家或憲法之授與，人民始有人性尊嚴及由之引伸之基本權利。基於該憲政哲學的倫理價值，關於人性尊嚴，國家不得予取予求，應予尊重。由之引伸之基本權利首先是自由自在。只有在為處理不同人間之基本權利的衝突，才由國家之立法機關，為協調基本權利間之衝突之目的，而在必要的限度，透過法律，加以限制。關於限制之目的是否正當，限制之範圍是否超過必要之限度，應由國家分別具體論證其正當理由，而非應由人民論證其基本權利應不受限制的正當理由<sup>2</sup>。

不過，從主持國家大政者，有時會背離人民之福祉的經驗立論，在憲政制度之設計上，應確立國家應為人民之福祉而存在的原則，並經由努力，使國家之存在確實是為人民謀幸福，成為國民之共同經驗，而不只是競選時的口號。如此，才能在根本上避免人民對於國家之疏離，才能在普遍之疏離感發生前，及時有效防止或矯正國家權力之濫用。因此，為

---

<sup>1</sup> 在現代民主憲政國家，人民之基本權利所受來自國家之威脅雖沒有以前嚴峻，但不表示已皆可安然無憂。不但財產可能因公用徵收或都市更新而不保，政治及經濟之競爭的環境可能還不盡然公平，而且生活衛生的安全都有待提升。是故，誠如 *Rudolf von Jhering* 在 1872. 03.11.之演講中的呼籲，基本權利的保障，終究還是應該在奮鬥中尋求( *Rudolf von Jhering, Der Kampf um's Recht*, Wien 1913:Motto: Im Kampf sollst du dein Recht finden. )

<sup>2</sup> *Horst Dreier, Recht und Willkür in: Recht und Willkür*, hrsgg. von *Christian Starck*, Tübingen 2012, S.22.

人民之基本權利的保障，應從人民本來是一個自由自在之自由人的設定出發，而後代表行使國家權力之機關，在該設定的基礎上，經提出具體之正當理由的前提下，始得以憲法肯認的方式，遵守比例原則，制定法律加以限制。是故，其限制規定之規範設計不應當是：原則限制，例外許可；而應當是：原則自由，在具體情形，例外加以限制。

本號解釋認為：藥師法第十一條不因其規定：「藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限。」而當然違憲。而是因為其未附以必要合理之例外規定，使藥師得在其他處所執業，才對藥師執行職業自由，形成不必要之限制，而違憲。關於基本權利，該條採原則得限制，例外才許可的規定模式。該模式不符合人生而自由之基本權利的設定。符合之規定模式為：藥師固應親自執行業務。但得自由擇定一處或多處為其執業處所。由於一個人不可能同時在不同之處所出現，所以為防止藥師不在登記領照執業之處所，親自執業，而由他人執業，可以規定藥師在一個處所執行業務時，應以電腦連線通報其正在執行業務之處所，並在其電腦檔案內依時序紀錄事後可供稽核之服務內容。如有進一步加以限制之必要，應具體規定其例外加以限制之項目。在這種情形，如果擔心購買方之個人隱私資料外洩，應在其稽核方法尋求解決方案。例如由機器人負責依規定比對，是否有在不同處所同時出現之異常。

## 貳、兼有多重醫事人員資格之執業處所

改制前之行政院衛生署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，對兼具藥師及護理人員之資格者，限制其執業場所應以同一處所為限。該函釋是否為行政規則，從而在其經終局確定判決適用時，得為違憲審查之客體。有不同看法！

現代民主憲政體制，含我國憲法，係建立在權力區分制度上。基於權力區分之制衡機制的需要，行政機關所為具有事實上拘束力之命令，對於人民即有規範作用，有侵害人民之基本權利的可能性。因此，其是否合憲，即應受司法審查。否則，在此限度，行政權之行使將不受制衡。是否接受該見解，是民主憲政體制之基本價值立場的問題。至於是否經法院引用，其意義為：該命令實際上是否具有事實上拘束力之論證。

按判斷一個行政命令的屬性究竟是否為行政規則，在其不具備 (1)一般、抽象之規定（行政程序法第一百五十九條第一項），(2)由其首長簽署，並登載於政府公報發布之（同法第一百六十條第二項）之形式外觀時，仍應按其實質之內涵判定之。這裡所謂按其實質之內涵，指其上級機關是否有要求，其下級機關在具有相同之法律事實特徵的案件，皆依該行政命令之意旨辦理。至於所謂是否僅為針對個案表示之法律見解的區分，除非該法律見解係表示在針對個案之行政處分中。否則，同樣仍應以其上級機關，實際上是否有要求其下級機關，在具有相同法律事實之特徵的案件，皆依該意旨辦理，論斷。

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。」護理人員法第十三條規定：「護理人員執業，其登記執業之處所，以一處為限。」依該二條規定能否得出，一個人具有二個以上之醫事人員資格時，只得在同一處所，從事其依不同資格得執行之業務？衛生署 100 年 4 月 1 日衛署醫字第 1000007247 號函釋認為，具雙重資格者之執業場所應以一處為限。最高行政法院 101 裁字第 854 號裁定，認為該函之釋示，無違法律保留原則。既無違於法律保留原則，則該號函釋已發生超乎個案，具有「規範機關內部秩序及運作，非直接對外發生法規範效力之一般、抽象之規定」的特徵，亦即具有對於通案之效力。由衛生署就相同之法律事實，以同一函釋之內容，函覆不同之下級機關，亦已顯示衛生署（上級機關）有意以該函釋中之法律意見，拘束二個以上之下級機關（嘉義縣衛生局、雲林縣衛生局）（參見高雄高等行政法院 100 年訴字第 606 號判決）。該函所示法律意見既具有上述行政規則之效力特徵，自當將之歸類於行政規則。如不將此種行政命令歸類於行政規則，可能使其規避司法院關於行政命令是否違憲之司法審查，顯然不妥。

當從醫事人員本來即可自由決定在一處或多處執業的原則出發，改制前之行政院衛生署一〇〇年四月一日衛署醫字第一〇〇〇〇〇七二四七號，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之函釋，除違反憲法第二十三條法律保留原則外，衡諸前開關於藥師之執業處所應以一處為限違反比例原則之意旨，自也違反比例原則。

具有多重醫事人員資格者執業管理辦法第三條規定：  
「多重醫事資格者依前條規定辦理執業登記，除法律另有規

定外，得在同一執業處所執行其他醫事資格之業務（第一項）。前項人員執行其他醫事資格之業務，以該執業處所符合各該醫事資格執業處所之設置標準，並經直轄市、縣（市）主管機關審查合格，註記於執業執照者為限（第二項）。」另中央健康保險局 98.04.27.衛署照字第 0982860012 號令：「說明：二、按護理機構之設置或擴充，應先經申請主管機關許可，並向所在地直轄市或縣（市）主管機關申請核准登記，發給開業執照，始得為之，於護理人員法第 16 條、第 17 條定有明文。又護理機構建築物之設計、構造與設備並應符合護理機構設置標準。即並應符合建築法及其有關規定。三、復按護理機構與其他機構同址設立，應各有獨立門戶及動線，且使用空間應明確區隔，並應以不影響其照護作業及其住民使用之安全性與便利性為原則。四、至護理機構與老人長期照顧機構（養護型）於建物相同樓層，其相鄰部分以常閉式防火鐵捲門區隔一節，查護理人員法及相關法規，尚無明定。」具有藥師資格者，為何再考護理師？生計上有此需要！為取得足夠收入，必須兼業！

然具有多重醫事人員資格者，如係兼有藥師及護理人員之資格，其有分別在不同處所執行藥師及護理業務的需要，益為明顯，經常需要在不同處所執行業務。例如兼有護理人員資格之藥師，如要對於需要長期照護之病人，提供每次或每日幾小時之定時或不定時的居家護理照護，勢須至病人家中，亦即在其執行藥師業務以外之處所服務。這時如要其在藥局提供照護，馬上又會有上引函釋關於長期照護機構之設置標準的遵守問題。由此可見，現行關於執業處所之限制規定，因拘泥於專任及在場之公式性的既定理解，顯然與事實

之需要脫節，而與兼具藥師及護理人員資格者之執業環境的實際需要格格不入。如有擔心，不將醫事人員限制在一處執業，可能引起像出借執照之不在場而執業的弊端，應該另尋適當有效的方法，加以管制，而不適合削足適履或甚至因噎廢食，以不切合實際之規定，對於藥師之執業自由給予違反比例原則之限制。