

# 司法院釋字第七一一號解釋

## 協同意見書

大法官 葉百修

本件解釋涉及：(1)藥師法第十一條「藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限」之規定（下稱系爭規定），有無侵害藥師受憲法第十五條工作權之保障，以及(2)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所稱「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」之函釋（下稱系爭函），有無牴觸憲法第二十三條法律保留原則之意旨。因事涉重大法律問題，本院乃召開言詞辯論，於斟酌全辯論意旨後，作成本件解釋。因之本件解釋本應具有憲法解釋上之重要性；殊不知多數意見非但未能依循本院歷來解釋所建立對工作權限制或剝奪所為之審查基準，就系爭規定與系爭函予以解釋，反而以系爭規定未設「例外規定」而逾越憲法第二十三條之比例原則，進而宣告定期失效。多數意見對系爭規定有無侵害工作權之審查基準前後不一，且本件解釋尚有法官停止訴訟程序，聲請解釋憲法，於本院作成解釋後應如何適用解釋續行訴訟程序，亦將因為本件解釋多數意見未能明確界定違憲之審查標的與審查基準，導致衍生諸多疑義，本席未能贊同，爰提出協同意見如后。

### 一、多數意見未就本件解釋對工作權保障之意涵及其審查

## 基準予以明確闡釋並為適用

本件解釋所涉系爭規定之合憲性判斷，在於所為「執業處所應以一處為限」之規定，究竟構成工作權如何之限制？按本院歷來解釋對於憲法第十五條所保障之工作權，其審查基準已建立所謂「三階段理論」：即關於從事工作及職業之方法、時間、地點、對象或內容等「執行職業」之自由，採取合理審查；如從事特定工作及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，所謂「選擇工作及職業之主觀許可要件」，則採取較嚴格審查；至於對從事特定職業之條件限制，非個人努力所可達成者，所謂「選擇工作及職業之客觀許可要件」，則須採取嚴格審查<sup>1</sup>。此三階段之審查基準，概已成本院依循之解釋原則。

### （一）多數意見認定系爭規定為「執行職業自由」之限制

然而本件解釋多數意見一方面對於系爭規定對於人民工作權之侵害，定性為「對藥師執行職業之方法、地點所為之限制」，則依據上開三階段理論之審查基準，即採取合理審查，就系爭規定若以具正當目的、手段與兩者間具有合理關聯性者，則應認定與憲法第十五條保障工作權之意旨無違；另一方面卻於系爭規定認定屬執行職業自由之限制，並以其目的在於「確保醫藥管理制度之完善、妥善運用分配整體醫療人力資源並維護人民用藥安全」之重大公共利益，對於系爭規定為達成上開公共利益，以限制「一處執業」之手段，卻嚴格審查其必要性，又非就該手段本身之必要性予以

---

<sup>1</sup> 具體說明可參見釋字第六六六號解釋，本席提出之協同意見書。

審查，反而是以系爭規定「未設必要合理之例外規定」，認定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之比例原則云云，本席實不解多數意見之審查基準究竟為何。

## **（二）本席意見：系爭規定應已構成「選擇工作及職業之客觀許可要件」之限制**

系爭規定就藥師「執業處所應以一處為限」之設，表面上確實如多數意見所認定，屬執行職業之「地點」的限制；實際上，系爭規定對於藥師執業處所之「地點」並無限制，藥師蓋可自由選擇其執業處所，並且可隨時更換，例如今天設於臺北、明日改設臺中等等，僅藥師於決定執業處所後，僅得以該處所一處執業，不得另設第二處處所執行其業務，則系爭規定之限制，已非單純限制藥師執行職業之地點，而係透過法律強制規定僅得「同時」於一處執業；又藥師之業務畢竟與藥商不同，藥商依據藥事法第二十七條之規定，凡經申請直轄市或縣（市）衛生主管機關核准登記，繳納執照費，領得許可執照後，即可從事藥品或醫療器材之販賣、製造（藥事法第十四條至第十八條規定參照）。相對於藥師依據藥師法第一條規定，則須經考試及格者始得為之。

藥師既已通過考試及格而執行其業務，客觀上即非一般人民均可任意執行該藥師之業務，該業務之執行接近由具有考試及格之藥師所「獨占」。是系爭規定所為「一處執業」之限制，非藥師個人努力所可達成或可改變之要件，而應已構成對於藥師「選擇工作及職業之客觀許可要件」之限制，應採取嚴格審查，即須為達成極重要之公共利益，手段須以

唯一可達成該公共利益者，並與達成該公共利益具有緊密關聯性始足該當。

## 二、多數意見對本件解釋之審查標的闡釋不清

承上所述，本件解釋之審查標的，乃系爭規定就藥師「執業處所應以一處為限」之規定，是否構成人民工作權之不合理之限制。多數意見雖就系爭規定定性為「執行職業自由」之限制，卻未採取相對應之合理審查基準，以認定系爭規定所為「一處」限制本身是否具有正當目的、合理手段與兩者間之合理關聯性，僅解釋該規定之限制，係為達成重大公共利益，卻未針對系爭規定採取「限制一處執業」之手段，是否為達成該公共利益之合理手段，及兩者間是否具有合理關聯性予以審查，而係於論斷系爭規定之目的後，轉而以系爭規定「未設必要合理之例外規定」為由，認定與憲法第十五條保障工作權與第二十三條比例原則之意旨不符而違憲。多數意見之認定，究係以系爭規定限制「一處執業」違憲，抑或是限制「一處執業」合憲，但「未設例外」違憲？換言之，本件解釋多數意見要求相關機關修法，究竟是增加例外規定即屬合憲（例如醫師法第八條之二規定<sup>2</sup>），抑或須廢除藥師僅得一處執業之規定？

## 三、多數意見對系爭規定之合憲性審查未盡確實

---

<sup>2</sup> 醫師法第 8 條之 2 規定：「醫師執業，應在所在地主管機關核准登記之醫療機構為之。但急救、醫療機構間之會診、支援、應邀出診或經事先報准者，不在此限。」此規定前段是否即可認定，醫師執業如同系爭規定般，明確以「一處」為限？仍有商榷之餘地。對照護理人員法第 12 條規定：「護理人員執業，應在所在地主管機關核准登記之醫療機構、護理機構或其他經中央主管機關認可之機構為之。但急救、執業機構間之支援或經事先報准者，不在此限。」及第 13 條規定：「護理人員執業，其登記執業之處所，以一處為限。」即可知上開醫師法第 8 條之 2 之規定，並未以一處為限。

本件解釋既經本院召開憲法法庭舉行言詞辯論，則對於所有聲請人之聲請意旨與辯論要旨，本件解釋亦稱「斟酌全辯論意旨」，然聲請人所述之聲請與辯論意旨各不相同，究竟係爭執系爭規定「一處執業」之限制違憲，抑或是「未設例外規定」違憲，以及關係機關之答辯意旨，多數意見僅含糊一併泛稱帶過，未能就聲請人與關係機關兩者間之意見歧異分別予以闡釋說明，又如何謂「斟酌全辯論意旨」？本件解釋多數意見顯與本院歷來經言詞辯論所作解釋之論理方式大相逕庭，實無助於本院解釋將來走向裁判化之提升，徒令人有「雷聲大、雨點小」之譏。

再者，多數意見既然稱系爭規定為執行職業之方法、地點所為之限制，則依據本院歷來解釋所建立之審查基準，僅屬執業選擇之自由，即採取合理審查基準，若系爭規定係為達成正當之公共利益，所採取達成該目的而限制人民工作權之手段為合理，且與達成目的間具有合理關聯，則系爭規定應屬合憲。如前所述，本件解釋多數意見就系爭規定定性後，本應逐項審查，惟於認定系爭規定具有「重大公共利益」，則應續就限制藥師於一處執業之手段是否為合理之限制，該限制手段與目的達成間是否具有合理關聯等要件加以審查認定，殊料「半路殺出程咬金」，逕以「比例原則」一語帶過，脫離系爭規定「一處執業」限制之審查，而以「未設必要合理之例外規定」，認定系爭規定對藥師執行職業自由形成不必要之限制，與憲法第十五條及第二十三條之意旨不符，徒使系爭規定「一處執業」限制之審查半途而廢，誠令人不解。

本席與多數意見就系爭規定之定性不同，係以「一處

執業」之限制，已構成對於藥師「選擇工作及職業之客觀許可要件」之限制，應採取嚴格審查，即須為達成極重要之公共利益，手段須以唯一可達成該公共利益者，並與達成該公共利益具有緊密關聯性始足該當，則以多數意見所稱之重大公共利益，仍不足以滿足嚴格審查基準下，對於系爭規定所欲達成的目的審查，遑論此項限制並非達成該目的之唯一手段，換言之，依關係機關之答辯，系爭規定限制藥師以一處執業，是否為落實專任藥師駐店（廠）管理（監製）制度、要求藥師親自主持藥局業務、維護醫療品質、厚植藥師專業以達成保障國民健康權之唯一手段？系爭規定之限制手段與達成目的間亦具有緊密關聯性？本席認為從關係機關之答辯內容，尚不足以支持於嚴格審查基準下之要件該當，未能通過嚴格審查而應屬違憲。況關係機關亦稱，於現行實務所採取之目的性限縮解釋，已彈性准許藥師得於一處執業下，例外前往他處執行業務，亦足以證明系爭規定之限制手段，並非達成所稱重大公共利益之唯一手段。

縱退一步言，以本件解釋多數意見所稱，系爭規定僅屬執行職業自由之限制，則限制藥師於一處執業，對於落實專任藥師駐店（廠）管理（監製）制度、要求藥師親自主持藥局業務、維護醫療品質、厚植藥師專業以達成保障國民健康權之目的間，亦不具合理之關聯性。按藥師於不同處所執行其業務，即便有時間、地點之不同，實際上並不影響其親自主持藥局業務之可能性；藥師於不同時段與處所執行其業務，仍可維持專任駐店、維護醫療品質，並不足以影響人民用藥安全，況限制一處執業，豈能因此便可厚植藥師專業？因此，系爭規定所為之限制手段，與達成所稱公共利益間，

本席不認為有其合理關聯性，因而並無法滿足合理審查基準之要件，即與憲法第十五條保障工作權之意旨相牴觸。

#### **四、本件解釋勢必造成聲請解釋之法官於個案適用上之困擾**

本件解釋之聲請人之一，係臺灣桃園地方法院行政訴訟庭法官錢建榮，於審理該院一〇一年度簡字第四五號藥師法事件時，對於應適用之系爭規定，依其合理之確信，認有牴觸憲法之疑義，依本院釋字第三七一號、第五七二號、第五九〇號解釋意旨及行政訴訟法第一百七十八條之一規定，聲請解釋。本院既已受理其聲請，即已認為其對系爭規定應屬違憲之確信，提出具體之理由，則依據錢建榮法官之聲請意旨，係以系爭規定「一處執業」之限制違憲，而非系爭規定「未設例外」而違憲。是本件解釋多數意見之論證，將對法官聲請案件之續行訴訟產生以下問題：

##### **（一）審查標的不明所造成之合憲性認定有疑義**

如前所述，由於本件解釋多數意見對於審查標的之認定，究係系爭規定本身「一處執業」之限制，抑或系爭規定未設例外規定，未有明確之認定，除導致立法機關依據本解釋意旨修法時產生疑義，對於聲請解釋之法官而言，其聲請解釋之違憲確信，在於系爭規定「一處執業」限制，然而本件解釋多數意見僅闡釋「未設例外規定」違憲，則一旦聲請本院解釋憲法之法官續行聲請案件之審理，究應依循本院解釋何項意旨？系爭規定未設例外規定違憲，導致系爭規定本身違憲？原聲請案件所涉及之系爭規定，於立法機關尚未修法之前，審理法官又應如何適用系爭規定而於個案中加以審

理、判斷？

## （二）個案判斷有無例外於權力分立原則適用上之疑義

再者，本件解釋多數意見之違憲宣告，對於所謂「系爭規定於藥師不違反前揭立法目的之情形下，或於有重大公益或緊急情況之需要時」，應有一處執業限制之例外規定，於立法機關未修法加以規範前，審理相關案件之法官，得否逕依本院解釋意旨，認定於個案審理中，因不具例外規定而拒絕適用系爭規定？法官得否直接認定此「例外規定」之內容與範圍？即便於立法機關修法後，明確規範此項例外規定之內容，例如參照醫師法或護理人員法相關規定，以但書規定「急救 執業機構間之支援或經事先報准者，不在此限」，則法官得否依據個案認定其必要合理之其他例外情形？有無牴觸憲法權力分立原則之疑義？

## 五、結論：邁向裁判化的憲法解釋

本件解釋經本院大張旗鼓召開憲法法庭行言詞辯論，本應具有重要之憲法意義，無論是憲法爭議或者是本院作成解釋，均應彰顯言詞辯論之程序真義，在於透過該程序之踐行與公開思辯之過程，使本院解釋更具合理性與正當性，此亦未來我國司法解釋制度變革之重要方向。惟本件解釋多數意見非但未能彰顯此項程序之意義，反而避重就輕，削弱本院作成解釋之合理性與正當性，甚至因此滋生解釋本身適用之疑義，恐非來者之可鑑。本意見書之寥寥數語，願為本件解釋之適用，提供若干釋疑之說明，並資來策。