

解釋字號：司法院 102.07.31 釋字第 711 號

解釋日期：民國 102 年 07 月 31 日

解釋文：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。

理由書：本件係因一、楊岫涓等五人分別對附表所示之確定終局判決所適用之藥師法第十一條（下稱系爭規定）及所援用之改制前之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），認有違憲疑義，聲請解釋憲法；二、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事法事件時，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。經大法官議決應予受理及將上開各案合併審理，並依司法院大法官審理案件法第十三條第一項通知聲請人及關係機關改制前之行政院衛生署指派代表及訴訟代理人，於一〇二年六月十三日到場，在憲法法庭行言詞辯論，並邀請鑑定人到庭陳述意見。

聲請人楊岫涓等五人主張系爭規定違反比例原則與平等原則，及系爭函釋違反法律保留原則與平等原則，而侵害人民受憲法保障之工作權，其理由略謂：一、系爭規定侵害憲法保障之工作權：聲請人執業之藥局如休息不營業時，欲支援其他藥局工作，卻受限於系爭規定不得為之，已侵害其工作權。二、系爭規定未有例外規定，違反平等原則：其他各類醫事專業人員相關管理法規，與藥師法在性質上同為追求國民健康之公共利益，雖原則上亦限制執業處所以一處為限，但均設有報准制度，可因醫療機構間會診、應邀出診、急救等情形至他處支援之例外規定，系爭規定完全未設有例外規定，明顯違反平等原則。三、系爭規定立法時，目的在落實藥師專任，防止不肖藥師出租借牌外，更兼負管理藥商之行政目的。惟今日全民健康保險與醫藥分業制度業已建立，配合主管機關就醫事人員執業登

錄之管理，系爭規定已有重新檢討修正之必要。四、系爭規定限制藥師執業處所，將導致專任藥師超時工作，醫療機構租借牌照情形更加猖獗，偏遠地區民眾反無法接受專業藥師服務，其欲保障國民用藥安全之目的更難達成。五、藥師人力仍有不足：根據相關學術研究，目前門診藥師人力尚嫌不足，已導致專任藥師超時工作，危害國民健康。六、關於系爭函釋，規定兼具藥師及護士雙重醫事人員資格者，執業登記處所以同一處為限，乃抵觸法律保留原則及平等原則：（一）現行對多重醫事人員限制，既然無法律依據，本無從管制，況現行醫事人員擁有多項專業證照者，均可自由選擇工作（例如醫師兼有律師或會計師證照者），但具有多重醫事資格者卻受到管制，違反憲法保障之平等權。（二）執業處所不限於同一處，僅增加交通成本，對提供的專業服務品質不致造成影響。（三）將多重醫事人員資格之執業處所限於「同一處」，由於各醫事人員申請執業處所都有設備資格上的限制，故只有醫院診所才能同時具備多項醫事人員資格之登記條件，不無獨厚醫院診所之嫌等情。另聲請人錢建榮法官主張系爭規定違反比例原則與平等原則，而侵害人民受憲法保障之工作權，其理由略謂：一、系爭規定對人民職業選擇自由形成客觀限制，侵害憲法第十五條工作權：（一）職業自由為人民充實生活內涵及自我發展人格所必要，不因職業之性質而有差異，均應受憲法第十五條工作權所保障。其內涵包括選擇職業自由與執行職業自由。參照司法院釋字第五八四號解釋意旨，人民對於從事一定職業應具備之資格或其他要件，於符合憲法第二十三條規定之限度內，得以法律或法律明確授權之命令加以限制。（二）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。關於從事職業之方法、時間、地點、對象或內容等執行職業之自由，立法者為公共利益之必要，即非不得予以適當之限制。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，則應以保護特別重要之公共利益始得為之。惟不論何種情形之限制，所採之手段均須與比例原則無違。（三）系爭規定限制藥師執業處所以一處為限，已非單純對於執行職業自由之限制，而係對於職業選擇自由之客觀限制。則其立法目的須在追求特別重要之公共利益，方能符合憲法第二十三條比例原則之要求。（四）惟系爭規定禁止藥師支援他處，致使需要藥師人力支援之醫療機構，迫於成本考量，藉租用牌照方式來執行業務，反有害於國民健康，無助於公共利益之追求。二、主管機關對藥事人力之統計，是以「領照人數」為依據，惟「實際執業人數」與「領照人數」有高達一萬兩千七

百人之落差，能否遽稱我國藥事人力充足，不無可議之處。三、系爭規定違反平等原則：（一）平等原則為所有基本權之基礎，國家公權力之行使，必須保障人民在法律上地位之實質平等，要求本質上相同之事物應為相同之處理，不得恣意為無正當理由之差別待遇。（二）法規範是否符合平等原則之要求，參照司法院釋字第六九四號解釋意旨，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度之關聯性而定，因此差別待遇都必須具備憲法之正當性方可。（三）與藥師同樣在性質上特重維護或促進國民健康之公益要求的其他醫事專業人員，雖原則上限制於一處執業，但法律上均設有報備支援之例外規定，且以我國目前統計資料可知，醫師與藥師之領證人數約略相當，但醫師登記執業者猶多於藥師甚多，卻許可醫師於例外時可支援他處醫療機構執行業務，顯見對藥師產生更不合理之差別對待，有違平等原則等語。

關係機關改制前之行政院衛生署略稱：一、系爭規定雖侵害人民工作權，但未違反比例原則，仍屬合憲：（一）從立法理由可知，系爭規定係為配合並落實專任藥師駐店（廠）管理（監製）之制度及親自主持藥局業務而設，乃為保障用藥安全，建構整體公共衛生體系，並維護憲法第一百五十七條國民健康權，所採取不得不然之必要措施。（二）醫療業務執行係高密度、持續性、專業性及技術性之行為。是以在維護醫療品質考量下，我國現行醫事人員法規對登記執業處所概以限於一處為原則。（三）藥師業務除執行調劑相關業務外，也負擔管理藥品責任，包括產品管理、監製等，其執業場所也更具多樣性，因此必須專職一處以厚植專業。（四）系爭規定對藥師從事工作地點之職業自由有所限制，惟審酌其立法目的係出於落實藥師專任，達成國民健康權保障之重大公共利益；且限制手段與目的間具有合理關聯，並為保全公共利益之必要手段，對藥師之工作權尚無造成過度之限制，與比例原則無違。二、系爭規定未開放藥師如其他各類醫事人員一般，可支援他處，乃基於保障國民健康之考量：（一）依現行相關法規，醫事人員概以限於一處執業為原則，其目的在確保醫療資源被妥適運用，僅有在人力不足，緊急狀況下才例外准予支援，協助緊急狀況下之病患。（二）由藥師業務內容可知，在藥品儲備管理上，結合執業處所一併採行風險控管措施，有其必要性。（三）系爭規定未比照其他醫事人員法規，開放藥師支援他處執業，乃基於藥品管理安全上及民眾用藥安全之重大公益考量所採取之必要手段。三、開放藥師支援，將使其真正

執業處所無法確定，形成有登錄之名卻無在場之實之流弊，直接造成醫療資源分布不均、人力分布無法掌握之窘境，更增加健保費用核付勾稽等審理作業成本負擔，影響全體國民之健康。四、基於整體醫療資源分配及緊急醫療救護之考量，現行實務對系爭規定已採取合目的性之限縮解釋，彈性准許藥師於下述情形，得例外前往執行業務：（一）藥事人員以執業登錄處所之藥局、醫院或診所名義至護理之家、安養機構提供藥事諮詢服務。（二）基於推廣公共衛生業務及義診服務需求，參與醫療團體義診服務，執行藥品調劑工作。（三）巡迴醫療於山地、離島或於無藥事人員執業之偏遠地區執行藥品調劑工作等。五、藥師人力充足：（一）根據至一〇一年十二月為止統計，我國藥師人力將近四萬五千人，依據改制前之行政院衛生署委託財團法人國家衛生研究院進行之「藥事人力發展評估計畫」，至一〇九年我國藥師人力總需求在三萬五千九百八十六人至三萬六千三百二十一人之間，人力不虞匱乏。（二）禁止藥師支援他處醫療機構或藥局工作，並不影響國民健康或醫療權利，相對而言是透過系爭規定建立藥師專任責任制，更有助其專業服務質量之提升。六、系爭規定並不違反平等原則：憲法平等原則並非絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事務性質之差異而為合理之不同規定。故系爭規定未如其他各類醫事人員，明文許可支援或報備許可，無非期能以此健全完整藥品安全管理機制，使國民享有穩定而安全之藥事服務環境，具有合理性，而無違反平等原則。七、關於系爭函釋的合憲性：（一）基於專業可以多重、人格不可分之原則，又為維護國民健康及就醫安全、提升醫療專業品質等公益考量，限制兼具多重醫事人員資格者執業登記有其必要性。（二）依現行法制，不論藥師或護士，其法定登記執業處所本即以一處為限，是不論兼具藥師與護士資格者係本於何資格別登記執行業務，本均以一處為限而無例外。（三）藥師兼具其他醫事人員資格者，囿於藥師業務內容之特殊性，同時執業已非妥適，至於其執業處所，由其兼具雙重身分執行業務本應肩負多重權責義務，並適用全部各該身分別之法令規範以觀，法理上本即應適用較嚴格之藥師執業處所限制，以同一處所為限，故不違反法律保留原則等語。

本院斟酌全辯論意旨，作成本解釋，理由如下：

憲法第十五條規定，人民之工作權應予保障，其內涵包括人民之職業自由。法律若課予人民一定職業上應遵守之義務，即屬對該自由之限制。

法律對職業自由之限制，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、地點等執行職業自由，立法者為追求公共利益，且採行之限制手段確屬必要者，始符合憲法第二十三條比例原則之要求，迭經本院解釋在案（本院釋字第五八四號、第六四九號、第七〇二號解釋參照）。

系爭規定明定：「藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限。」限制藥師於登記領照執業後，僅得於一處所執業，核屬對藥師執行職業之方法、地點所為之限制。查系爭規定之立法目的，係為推行藥師專任之政策及防止租借牌照營業之不法情事（立法院公報第六十七卷第八十七期委員會紀錄第三十一頁參照）。且自八十二年二月五日修正公布之藥事法第一百零二條規定，推行醫藥分業制度後，藥師係以專門知識技能，核對醫師開立之處方以調配藥劑，並為病人提供正確藥物資訊、諮詢等服務。系爭規定限制藥師執業處所於一處，乃出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等公共利益之考量。立法者為此限制，其目的雖屬正當，惟仍不得逾越必要之程度，而對藥師之執行職業自由為過度限制，始符憲法第二十三條之比例原則。

系爭規定將藥師執業處所限於一處，固有助於前揭立法目的之達成。惟藥師依法本得執行各種不同之業務（藥師法第十五條參照），社會對執行不同業務藥師之期待因而有所不同，且因執業場所及其規模之差異而應有彈性有效運用藥師專業知識之可能。又於醫療義診，或於缺乏藥師之偏遠地區或災區，配合巡迴醫療工作及至安養機構提供藥事諮詢服務等活動，由執業之藥師前往支援，並不違反前揭立法目的，實無限制之必要。且參諸現行實務，主管機關於有上揭情形時皆對系爭規定為彈性解釋，有條件允許之。足見就藥師執業處所僅限於一處之規範，設置一定條件之例外確有其必要。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，一律禁止藥師於其他處所執行各種不同之藥事業務，未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，而與憲法第十五條保障工作權之意旨相牴觸。相關機關至遲應於本解釋公布之日起一年內，依本解釋意旨檢討修正，屆時未完成修法者，系爭規定失其效力。

按各類醫事人員如何提供醫療服務，具有高度專業及技術之差異性。立法者基於維護醫療品質與保障國民健康之考量，得針對各類專門醫事人員執業之方法、時間及地點而為不同限制。系爭規定與規範其他醫事人員

執業處所之規定雖有不同，惟係立法者衡量藥師與其他醫事人員職業性質之差異及其他相關因素所為之不同規定，尚不生牴觸憲法第七條平等原則之問題。

有關人民之自由權利，於符合憲法第二十三條規定之限度內，得以法律或法律明確授權之命令加以限制，迭經本院解釋在案（本院釋字第五八四號、第六五九號解釋參照）。醫事人員如具備多重醫事人員執業資格，關於醫事人員執業資格、方式或執業場所之限制等規範，涉及人民職業自由之限制及維護國民健康之公共利益等重要事項，應由立法機關以法律明定或明確授權行政機關發布命令為補充規定，始符合憲法第二十三條法律保留原則。系爭函釋謂：「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。」惟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。系爭函釋已對人民工作權增加法律所無之限制，與法律保留原則有違，應自本解釋公布之日起，不再援用。

聲請人之一主張臺灣高等法院臺南分院一〇〇年度上國易字第一二號確定終局判決所適用之藥師法第三十七條及醫療機構設置標準第九條之附表（六）關於中醫診所設置標準部分，違反平等原則及法律明確性原則；另一聲請人主張高雄高等行政法院一〇〇年度訴字第六〇六號確定終局判決所適用之護理人員法第八條規定，侵害其工作權等語。核其所陳，均未具體敘明上開規定究有何牴觸憲法之處。是此部分聲請核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定不合，依同條第三項規定，應不予受理，併此敘明。

大法官會議主席	大法官	賴浩敏
	大法官	蘇永欽
		林錫堯
		池啟明
		李震山
		蔡清遊
		黃茂榮
		陳 敏
		葉百修

陳春生
陳新民
陳碧玉
黃璽君
羅昌發
湯德宗

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（註一）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申之基本權利。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。由之引申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（註二）。

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記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 年度裁字第 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 年度訴字第 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。

註一：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.）。

註二：Horst Dreier, Recht und Willkur in: Recht und Willkur, hrsgg. von Christian Starck, Tübingen 2012, S. 22.

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

○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。

壹、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（註一）。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。

貳、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（註二）），抑或須廢除藥師僅得一處執業之規定？

參、多數意見對系爭規定之合憲性審查未盡確實

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。

肆、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？

伍、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辨之過程，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。

註一：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。

註二：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。

協同意見書

大法官 陳新民

工作使人生甜蜜

德國諺語

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」（註一）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。

壹、「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（釋字第六三四號、第六四九號、第六五九號及第七〇二號解釋參照），似乎認為「三階段論」成為顛撲不破的真理。

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，涉及到中醫師特考的考試標準，如採「三階段論」審查標準，該號解釋涉及到了擔任中醫師的主觀條件之限制（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師資格考試之問題），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（註二）。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）（註三），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號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（註四）。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，方得報考中醫師特考；至於過去通過中醫師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學系，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（註五）。

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（註六），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（註七）。

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，具有追求純粹公共利益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（註八）！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（註九）。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（註十）。

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（註十一）。

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，以突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，制定規範事所難免，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（註十二）。

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之條文，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（註十三）。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*）（註十四）。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（註十五）。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，有無妥善的替代與過渡措施等（註十六）。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（註十七）。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（註十八），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？釋字第六四九號解釋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（註十九）。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），可作一個比較（註二十）。

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，一九五九年制定的聯邦律師法，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）（註二十一）。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？

貳、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（註二十二）。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（註二十三）。

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（註二十四）。

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，也擔任審查醫師處方的角色，若許可醫師兼任藥師，則可能造成監督失調的後果（註二十五）。

除了角色性質不相容外，其他涉及職業形象的要求、醫療從業人力的調配……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（註二十六）。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」（註二十七）。

參、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（註二十八）。大致上釋字第三七四號解釋也遵循此一方向也。綜合論之，該號解釋值得參酌之處略有：

- （一）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，但只要有制定之法律基礎（有權制定），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。
- （二）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」。

- (三) 上述內部法規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，在代表主管機關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，作「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」(Begrundungspflicht)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 Verfassungsmaßigkeitskontrolle)。

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，再向嘉義縣衛生局申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申請登錄，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。

肆、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（註二十九）；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（註三十）。

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，隨著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！」

註一：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。」

註二：參見本席釋字第六八二號解釋不同意見書。

註三：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。

註四：Alfred. Katz, Staatsrecht, 17Aufl. 2007, Rdnr. 795.

註五：Peter Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 3Aufl. 2008, Rndr. 35.

註六：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。

註七：Peter Badura, Staatsrecht, 5Aufl. 2012, C80.

註八：在公共利益的比較上，這也是「三階段論」最矛盾的罩門所在。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（offentliches Interess），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」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)。

註九：至於憲法第十八條規定人民有應考試、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。

註十：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。

註十一：Volker Epping, Grundrechte, 3Aufl. 2007, Rdnr. 390.

註十二：Epping, aaO, Rdnr. 357.

註十三：Epping, aaO, Rdnr. 391.

註十四：P. Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, Rdnr. 34.
；A. Katz, aaO, Rdnr. 795. 亦有類似見解。

註十五：可參見本席在釋字第70二號解釋部分不同意見書，註十二處。

註十六：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, 3Aufl. 2003, Art. 12, Rdnr. 124.

註十七：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；主管機關亦得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度，促使醫師必須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，自行訂定嚴格之內規，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。

註十八：P. Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, Rdnr. 35.

註十九：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。

註二十：參見 BVerfG, 1 BvR 819-02 vom 31. 10. 2002, Absatz-Nr (1-25) .

註二十一：參見 BVerfG, 1 BvR 819-02 vom 31. 10. 2002, Absatz-Nr (4) .

註二十二：A. Katz, aaO. Rdnr. 791.

註二十三：V. Epping, aaO. Rdnr. 390.

註二十四：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。

註二十五：例如藥事法第一百零二條規定：「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。」

註二十六：A. Katz, aaO. , Rdnr. 795.

註二十七：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，並沒有產生抵觸的情形。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訂定之「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。

註二十八：BVerfGE 18, 1/4；D. C. Umbach/Th. Clemens (Hrsg.) , Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1992 § 90, 36.

註二十九：德國聯邦憲法法院早在「藥房案」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。

註三十：A. Katz, aa0., Rdnr. 787.

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，與憲法第十五條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，與憲法第十五條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（見本席就釋字第六九二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之檢視。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、第七〇九號解釋提出之意見書）。

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所以一處為限部分

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。（註一）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。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，雖經相關機關行政院衛生署提出，但並非均見諸立法資料之理由說明中。（註二）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。
- （二）就維護國民健康而言：健康權（註三）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；（註四）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。（註五）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，凡主管機關訂定之抽象性內容，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，本院始能澈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。然該函之主要部分（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度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一〇二〇〇〇八二七一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僱於藥房，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僱擔任護士，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僱於藥房，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）。（註六）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。

註一：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。

註二：參見《立法院公報》，第 68 卷第 20 期「院會紀錄」，頁 3-32。

註三：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。

註四：參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.”

註五：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.”

註六：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).

協同意見書

大法官 湯德宗

本件聲請人楊岫涓先以藥師身分登錄執業於嘉義縣祐安藥局，後兩度申請至臺中市幸福大藥局支援調劑工作（註一），俱為嘉義縣政府依據藥師法第十一條（「藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限」，下稱系爭規定）予以否准；聲請人不服，遞經訴願及行政訴訟確定在案（註二），爰以確定終局判決所適用之系爭規定有違憲之疑義，聲請（註三）本院解釋。

又，聲請人楊岫涓兼具藥師及護士資格，前以藥師身分登錄執業於嘉義縣祐安藥局，嗣申請以護士資格登錄於雲林縣玄祐診所執業，經雲林縣政府依前行政院衛生署（下稱衛生署）（註四）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說明四（「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，而該醫療機構有關人力計算只能擇一」，下稱系爭函）予以否准；聲請人不服，遞經訴願及行政訴訟確定在案（註五），爰以確定終局判決所適用之法令（註六）有違憲之疑義，聲請本院解釋憲法。

另，蔡美秀等四人以其所受確定終局判決所適用之「系爭規定」有違憲之疑義，各自依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款聲請本院解釋憲法在案；（註七）臺灣桃園地方法院行政訴訟庭法官錢建榮為審理臺灣桃園地方法院一〇一年度簡字第四五號藥師法事件，認該案裁判應行適用之「系爭規定」有違憲疑義，依本院釋字第三七一號、第五七二號及第五九〇號解釋之意旨（註八）及行政訴訟法第一百七十八條之一之規定，聲請本院解釋憲法。因上述五案所涉解釋標的相同（皆為「系爭規定」），爰決議併本案受理。

本席參與形成本件可決之多數，宣告系爭規定及系爭函違憲，並使定期失效。然

本席所持理由與多數意見不同，且多數意見對於關鍵問題避而不談，恐難令人信服，爰提出協同意見書補充如后。

一、本案癥結何在？

細繹卷附各項資料（含各件聲請書及機關答辯書），並斟酌全辯論意旨，可知：系爭規定（藥師限於一處執業）及系爭函（藥師兼具他項醫事人員資格者，限於同一處執業）之目的乃在確保藥師親自提供專業服務，以維護國民用藥安全，殆為各方所不爭。而維護國民用藥安全乃屬憲法第二十三條所定之「公共利益」，得據以限制人民之基本權利；且系爭規定（限於一處執業）與系爭函（限於同一處執業）確有助於達成前述公共利益（立法目的），亦為各方所不爭。

然，「一處執業」終不等於「親自提供專業服務」，（註九）至為顯然！是理智之人不免懷疑：「一處執業」（甚至「同一處執業」）之限制既然不能確保藥師「親自服務」，何不改以其他更為有效之方法代替？或者從受管制者的角度觀察，藥師在多處登錄執業，既然仍可符合「親自服務」的要求，則「一處執業」（含「同一處執業」）的規定，是否過度限制了藥師（含兼具其他醫事人員資格之藥師）的「工作權」（或更精確地說，其「執行職業之自由」）？（註十）又或從權利衝突調和的觀點看，世上難道沒有其他較能兼顧公益（維護國民用藥安全）及私權（藥師執行職業自由）的管理方法？總之，本案爭議看似法令解釋問題，實為藥師管理問題。

我國目前資訊及通訊科技（information and communication technology）發達（註十一），且全民健保體系普及（註十二），事實上僅需略微修改程式，將藥師之「服務」（含值勤時間、工作內容等）納入（輸入）現有全民健保體系之電子化申報系統，透過專屬之醫事人員（晶片）卡，即可輕易、精確地掌握藥師是否親自服務（例如調劑），甚至可協助藥師有效監控「管制藥品」之使用（例如查核某病人特定期間內服用某項管制藥品之劑量是否超限）。本席不解（註十三）主管機關何以猶抱持「前資訊時代」的舊思維，堅持「限於一處（登錄）執業」的方法，管理藥師的工作。

二、系爭規定何以違憲？

本席贊同多數意見宣告系爭規定違憲，並使定期失效，但違憲之理由尚需補強。析言之：

（一）本案應以哪一種基準審查？

系爭規定（及系爭函）乃對於人民「工作權」之限制。關於工作權限制之違憲審查，大法官於釋字第五八四號解釋（註十四）引進德國聯邦憲法法院一九五八年六月十一日「藥房判決」（Apothekenurteil）（註十五）所提出之

三階理論，將工作權之限制區分為三種層次，並適用不同之審查基準（註十六）。質言之：

- 1) 關於職業執行自由之限制（Ausübungsregulung），例如對於營業之方式、時間、地點所為之管制，須係為追求「公共利益」所必要者，始得為之；
- 2) 關於職業選擇自由之主觀限制，或設定「主觀許可要件」（subjektive Zulassungsvoraussetzungen），例如限制從事職業應具備一定之技能、訓練、體能等條件，須係為追求「重要之公共利益」所必要者，始得為之；
- 3) 關於職業選擇自由之客觀限制，或設定「客觀許可要件」（objektive Zulassungsvoraussetzungen），例如設定進入市場之數量限制，乃與申請執業之個人特質無關之條件，且該條件之成就與否非該個人所能左右者，則須係為追求「特別重要之公共利益」所必要者，始得為之。

準此，本案系爭規定應屬何種限制？多數意見在解釋理由書第五段固謂：系爭規定「核屬對藥師執行職業之方法、地點所為之限制」，並肯定其乃「出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等公共利益之考量」，而屬意（暗示）採取「低標」審查。惟聲請人之一（錢建榮法官）於聲請書及言詞辯論時皆明確主張系爭規定乃屬「職業選擇自由之客觀限制」，從而應採「高標」審查。多數意見對此未予反駁，亦未說明系爭規定何以應定性為「職業執行自由之限制」，而非「職業選擇自由之客觀限制」。

本席以為，本案系爭規定之所以應被定性為「職業執行自由之限制」，而非「職業選擇自由之客觀限制」的理由，與其說是（職業）「執行」（自由）與（職業）「選擇」（自由）兩者在本質上絕對不同（註十七），毋寧說是兩者僅在經驗（實證）上相對不同。或謂德國藥房案所涉者（以某地區現有市場已經飽和為由，禁止新設藥房）乃關於職業「選擇」（進入市場）之限制；至本案所涉者（限於一處，包含於同一處，執行業務、經營藥房），既未限制其「選擇」從事藥師職業（進入市場）之自由，故僅屬職業「執行」之限制。然，不准「進入市場」乃在禁止藥師新設（第一處）藥房，而「限於一處執業」（含限於同一處執業）實際亦在禁止新設（第二處）藥房，兩者同在限制市場競爭，其本質並無差別！（註十八）

所謂職業「選擇」之限制與職業「執行」之限制，其間之差別毋寧僅在其「立意」（機關宣稱之目的）——主要係為維持經濟規模，而管制職業市場之「進入」？抑或主要係為維持交易秩序，而管制職業之「執行」（含時間、地點及方式等）？及其「結果」——因此對工作權所造成之侵害程度是否已達全然「

剝奪」，抑或僅達部分「限制」之地步？德國藥房案以「市場飽和」為由，禁止申請人進入某地之市場（於該地新設第一處藥房），雖未必禁止其進入他地之市場，但其申請進入他地市場（於他地新設第一處藥房）時，仍可能以同一理由遭到否准。是該案所涉規定（註十九）全然未保障進入市場（新設第一處藥房）之自由。與之相較，本案系爭規定（限制藥師僅得於一處執業）確實保障藥師得選擇進入任何市場（新設第一處藥房）之自由，僅禁止其進入第二個市場（開設第二處藥房調劑或執行藥師其他業務）。是兩者雖同具限制市場競爭之本質，然其對於工作權之侵害程度迥異；德國藥房案之系爭規定幾近「剝奪」藥師之工作權，本案系爭規定則僅「限制」藥師之工作權。是故，基於社會生活之經驗，本席贊同多數意見之判斷——本案系爭規定核屬「職業執行自由之限制」，而非「職業選擇自由之客觀限制」，從而應以「低標」（而非「高標」）審查其是否合憲。

（二）系爭規定之「目的」何以合憲？

系爭規定之立法目的在於「維護國民用藥安全」乃各方所不爭，已如前述。「維護國民用藥安全」既屬合法、正當之目的，立法者即享有廣泛之裁量空間，得以之作為相關法律之立法目的，並將之界定為憲法第二十三條所稱（得據以限制人民基本權利）之「公共利益」。本件既採「低標」審查，「維護國民用藥安全」確已符合一般「公共利益」之要求，應認系爭規定之目的合憲，通過「目的合憲性」之檢驗。

（三）系爭規定之「手段與目的關聯性」何以違憲？

本案既未有需特別尊重立法判斷之事由（如國家安全之考量），故所謂「低標」當指相當於美國釋憲實務上所稱「具有殺傷力之合理審查」（rational review with bite）之基準。（註二十）亦即，原告（聲請人）釋明其基本權利（工作權）受有侵害之後，被告（關係機關）即應負責舉證（使大法官獲致確信）：系爭規定之目的（維護國民用藥安全）乃在為追求合法、正當之公共利益，且其所採取之手段（限於一處執業）與目的（維護國民用藥安全）之達成具有「合理之關聯」。倘一般理智之人可顯然察知尚有「限制較少之侵害手段」，亦可「同樣達成立法目的」時，手段與目的間即不具備「合理關聯」！如前所述，本案既可輕易想見尚有其他「較不侵害藥師執業自由」，而能同樣有效（甚或更有效地）「維護國民用藥安全」的管理方法存在，系爭手段（限於一處執業）與目的達成間即不具備合理關聯，而已逾越憲法第二十三條所定之「必要」程度。據上，系爭規定未能通過「手段與目的關聯性」之檢驗。

查本件多數意見宣告系爭規定違憲之理由僅：其「一律禁止藥師於其他處所執行各種不同之藥事業務，未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，而與憲法第十五條保障工作權之意旨相牴觸」，（註二十一）並非指摘「限於一處執業」之規定本身違憲。惟，依本席前述論理，系爭規定「限於一處執業」本身即違憲，遑論其一律禁止，未設有例外規定。

三、系爭函何以違憲？

（一）系爭函能否作為釋憲之標的？

本案系爭函能否作為憲法解釋之標的（客體），涉及兩個疑義。一、聲請人果已聲請解釋？二、系爭函是否為司法院大法官審理案件法（下稱案件法）第五條第一項第二款所稱之「命令」？

關於第一個疑義，多數意見認為應探求聲請人之真意定之，乃於「附表」備註欄中註明：「聲請人雖未指明系爭函釋字號，惟聲請內容係針對系爭函釋，應認已實質聲請解釋該函釋，自應一併納入解釋範圍」。如此處理雖略嫌草率，惟其結論正確，本席亦表贊同。至於第二個疑義，多數意見僅決議「以命令受理」，未有任何論理。

（二）建構「個案函覆」質變為「通案函釋」之理論

按本院前此不受理之決議（註二十二）中，屢見「系爭函核屬個案函覆，非屬通案函釋性質，尚非案件法第五條第一項第二款所稱之命令，應不予受理」等語，是本案系爭函之定性，關係其能否列入解釋之範圍，應有明確之論述。

按我國現行釋憲制度為抽象法規審查制，司法院大法官僅能抽象地審查確定終局判決所適用之「法律或命令」（下合稱「法令」）有無違憲，無權具體地審查法院個案裁判（認事用法）有無違憲。抽象釋憲雖有諸多缺失，然因其關係大法官釋憲權力行使之範圍（界線），基於權力分立、相互制衡之原則，在相關法律（如「案件法」）修正前，大法官釋憲之客體仍應侷限於經確定終局裁判所適用之一般、抽象性質之「法令」。在謹守解釋「法令」之前提下，前輩大法官為積極保障人民基本權利，避免抽象法規審查出現漏洞，輒從寬解釋何謂確定終局判決所「適用」之「法令」。從寬認定「適用」，乃有所謂「實質援用」理論；（註二十三）從寬認定「命令」乃將確定終局裁判所適用之法院「決議」（註二十四）、「判例」（註二十五）與公懲會選輯之「案例」（註二十六）等實質上具有法效力之規範，亦納入本院解釋（審查）之範圍。足見「確定終局判決所適用之法令」乃一目的導向之法律概念，其內涵具有與

時俱進之空間。

通說（註二十七）以為，行政機關為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實及行使裁量權，不待法律授權，本有訂定解釋性行政規則（一稱「釋示令函」或「函釋」），通令（註二十八）所屬遵行的權力。他方面，行政機關並有依下級機關或屬官之請示（函詢），答覆（指示）個案如何之處的權利（通稱「指令」）。關於何時訂定通案「函釋」，何時作成個案「函覆」，行政機關並有裁量權，法院原則上應予尊重。本案「系爭函」原係衛生署針對嘉義縣衛生局函詢之個案所為之函覆，此由其正本收受者為「嘉義縣衛生局」，而未如典型之函釋（解釋性行政規則）以「各直轄市及縣市衛生局」為正本收受者可知。然為免行政機關假「個案函覆」之名，行「通案函釋」之實，致令當事人無從據以聲請大法官解釋，而形成抽象法規審查之漏洞，本席以為應建構「個案函覆質變理論」，以為因應，並與前述本院不受理決議先例維持一致之見解。

質言之，當某「個案函覆」兼具以下兩項要件時，本院即得例外地認定系爭「個案函覆」業已質變為「通案函釋」，而成為本院得以審查之「命令」：

1. 函覆內容所涉法條之解釋僅有正反兩種選擇（例如應或不應限於同一處執業），別無其他可能；而無論行政機關所為之選擇（解釋）為何，基於「行政自我拘束」（Selbstbindung der Verwaltung）原則，嗣後遇有類似個案，該機關即應為相同內容之函覆，（註二十九）是以人民有理由期待行政機關將反覆適用該個案函覆之內容；（註三十）
2. 且該個案函覆業經確定終局裁判所援用，致實質上已發生法規範效力。

如上「個案函覆質變（為通案函釋）理論」可望避免抵觸本院不受理個案函覆的決議先例，並積極建構無漏洞的法規審查，以保障人民基本權利。

（三）系爭函因系爭規定違憲而違憲

多數意見固認為：「系爭函釋已對人民工作權增加法律所無之限制，與法律保留原則有違，應自本解釋公布之日起，不再援用」。（註三十一）惟「限於同一處執業」如何「增加法律所無之限制」，從而違反「法律保留原則」，則未見申論。反觀本案少數意見認為相關法律（註三十二）既皆明定「限於一處登錄執業」，系爭函對於具有多重醫事人員資格之藥師，「限於同一處登錄執業」，即難謂為有違穩妥之法律解釋方法，非無道理。

本席雖同意系爭函違憲，應定期失效之結論，但理由顯然不同。蓋依前述（二）之論理，系爭規定「限於一處執業」本身即屬違憲，則本此原則所衍生之系爭函（限於同一處執業）自屬違憲，乃無庸申論系爭函所為釋示是否逾越

一般法律解釋方法，而增加法律所無之限制。

本件解釋看似簡單，實際暗藏爭議。本席如上補充說明，盼能強化本解釋之論理與說服力。

註一：參見藥師法第 15 條第 1 項規定：「藥師業務如下：一、藥品販賣或管理。二、藥品調劑。三、藥品鑑定。四、藥品製造之監製。五、藥品儲備、供應及分裝之監督。六、含藥化粧品製造之監製。七、依法律應由藥師執行之業務。八、藥事照護相關業務」。

註二：參見行政院衛生署衛署訴字第 0990018264 號訴願決定書（99 年 9 月 2 日）、高雄高等行政法院 99 年度訴字第 487 號判決（99 年 11 月 30 日）及最高行政法院 100 年度裁字第 295 號裁定（100 年 1 月 27 日）（以上為楊岫涓第一次申請否准後之救濟）；行政院衛生署衛署訴字第 1000005201 號訴願決定書（100 年 4 月 28 日）、高雄高等行政法院 100 年度訴字第 243 號判決（100 年 7 月 29 日）及最高行政法院 100 年度裁字第 2562 號裁定（100 年 10 月 27 日）（以上為第二次申請否准後之救濟）。

註三：參見司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：……二、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」。

註四：原「行政院衛生署」已自 102 年 7 月 23 日起改制為「衛生福利部」。

註五：參見行政院衛生署衛署訴字第 1000018624 號訴願決定書（100 年 11 月 4 日）、高雄高等行政法院 100 年度訴字第 606 號判決（101 年 1 月 21 日）及最高行政法院 101 年度裁字第 854 號裁定（101 年 4 月 26 日）。

註六：釋憲聲請書雖未指明「系爭函」字號，惟綜觀其聲請意旨，足堪認定其真意乃在爭執「系爭函」之合憲性，多數意見爰決議將系爭函納入本件解釋之客體，併入本案審理。參見本解釋「附表」備註欄之說明。

註七：詳見本解釋之「附表」。

註八：參見本院釋字第 371 號解釋（「法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決」）；釋字第 572 號解釋（「法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，各級法院得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請大法官

解釋，業經本院釋字第三七一號解釋在案」)；釋字第 590 號解釋(「法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，各級法院得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋」)。

註九：例如藥房雖懸有藥師執照，但藥師實際並未「親自」調劑(或依法提供其他專業服務)。

註十：藥師在不同時間、不同地點仍可「親自」調劑(或依法提供其他專業服務)，例如上午在甲藥房，下午在乙醫院「親自」調劑。

註十一：我國自民國 92 年起即積極投入健康資訊科技(Health Information Technology, HIT)之發展，先後推動全國醫療資訊網計畫(Health Information Network, HIN)及全國醫療資訊網二代計畫(HIN2.0)，目前全臺灣所有醫療院所之醫療管理流程皆已電子化。參見，許明暉〈醫療資訊創新服務與展望〉，《研考雙月刊》，第 36 卷第 4 期，頁 98~101(101 年 8 月)；徐嫦娥，《衛生醫療資訊發展策略地圖之建構—以台灣衛生醫療資訊為例》，臺灣大學管理學院資訊管理組碩士論文，頁 14~23(94 年 7 月)。

註十二：目前我國全民健康保險之納保率已達 99% 以上。參見行政院之說明，網址：http://www.ey.gov.tw/state/News_Content3.aspx?n=DB4C52986CA11472&sms=9530920E31D22F76&s=F82C9B04EBAC1080(最後瀏覽日期：102/7/31)

註十三：本席於 102 年 6 月 13 日憲法法庭上曾詢問衛生署代表未來擬如何改進藥師管理，然未獲具體答覆。

註十四：參見本院釋字第 584 號解釋「理由書」第一段(「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。關於從事職業之方法、時間、地點、對象或內容等執行職業之自由，立法者為公共利益之必要，即非不得予以適當之限制。至人民選擇職業應具備之主觀條件，例如知識能力、年齡、體能、道德標準等，立法者若欲加以規範，則須有較諸執行職業自由之限制，更為重要之公共利益存在，且屬必要時，方得為適當之限制」)。

註十五：BVerfGE 7, 377. 該案中譯參見蕭文生，〈關於「執業自由(工作權)」之判決〉，載《西德聯邦憲法法院裁判選輯》(一)，頁 128~182(司法院，79 年 10 月)。

註十六：參見劉建宏，〈德國法上之職業自由〉，《憲政時代》，第 18 卷第 2 期，頁 84~100(81 年 10 月)；李惠宗，〈職業自由主觀要件限制之違憲

審查—司法院大法官釋字第五八四號解釋評析〉，《憲政時代》，第 30 卷第 3 期，頁 263～264（94 年 1 月）。

註十七：德國藥房案似是持此見解：「基本法之創設者……僅選擇了在營業法中盛行的對於營業『選擇』與『從事』加以區別的用語，其他規範則有意地留給法律來加以規範。……因此第十二條第一項乃是一項統一的基本人權（職業自由），其意義為第二句的規範保留含括了職業從事及職業選擇。但這不表示立法者對於每階段職業行為的權限範圍都可以是相同的。因為一直必須對於第十二條第一項文字上特別顯示出的憲法意念，及職業選擇是自由的，而職業之從事是可以加以規範的，加以注意。……職業之選擇應為一種自主權，一種自由意志決定的行為；它應儘量不要受到公權力的侵害。經由職業之從事個人直接加入了社會的生活；在此處個人可能會因他人及整體之利益而受到限制。總體而言可以得出：規範之權限包括了職業之從事及職業之選擇。」參見蕭文生，前揭（註十五）文，頁 147～149。

註十八：亦有學者認為：「法院於審查職業自由限制規定之合憲性時，除應區別該限制規定之性質究屬職業執行之限制抑或職業選擇之限制外，尚應審查該限制規定之實質效力是否已由職業執行階層逸入職業選擇階層……始能對限制人民職業自由之規定予以精確之定性，並正確地適用三階理論之標準」，參見劉建宏，前揭（註十六），頁 105。

註十九：德國藥房案所涉法規為 1955 年 12 月 10 日巴伐利亞邦藥房法第 3 條第 1 項（「對新設藥房之營業許可只有在下列情形下才能發給：當（a）新設之藥房為保障人民醫藥之供給且對公眾有益時；（b）可以假設，其經濟上之基礎可被保障，且其他鄰近藥房的經濟基礎不會因其而連一個依規定的藥房營業所必須之條件都無法保證」）。引自，蕭文生，前揭（註十五）文，頁 131。

註二十：本席嘗稱之為「高的低標」或「高低標」，詳見湯德宗，〈違憲審查基準體系建構初探—「階層式比例原則」構想〉，輯於廖福特（主編），《憲法解釋之理論與實務》（第六輯），頁 581 以下，頁 613（中央研究院法律學研究所，2009 年 7 月）。

註二十一：參見解釋理由書第六段。

註二十二：參見司法院大法官第 1406 次會議議決不受理案件（102/06/01）第 21 案、第 1402 次會議議決不受理案件（102/03/08）第 11 案及第 1400 次會議議決不受理案件（102/01/18）第 14 案等。

註二十三：參見本院釋字第 374 號解釋理由書（「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……判例經人民指摘違憲者，視同命令予以審查，已行之有年，最高法院之決議……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」）。

註二十四：參見本院釋字第 622 號解釋理由書（「最高行政法院決議如經法官於裁判上援用，應認其與命令相當，得為憲法解釋之對象」）；釋字第 620 號解釋理由書（「最高行政法院……之決議……如經法官於裁判上援用時，自亦應認與命令相當，許人民依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定，聲請本院解釋」）。

註二十五：參見本院釋字第 582 號解釋理由書（「確定終局裁判援用判例以為裁判之依據，而該判例經人民指摘為違憲者，應視同命令予以審查」）；類似見解並見釋字第 154 號、第 271 號、第 374 號、第 569 號等解釋。

註二十六：參見本院釋字第 395 號解釋理由書（「公務員懲戒委員會……所選輯之「案例」與最高法院或行政法院之判例或決議相當，既經公務員懲戒委員會援引其案號或其具體內容為審議之依據，依本院釋字第一五四號解釋之意旨，仍有首開（司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款）規定之適用」）。

註二十七：參見吳庚，《行政法之理論與實用》，頁 47～48（2010 年 10 月增訂十一版）。

註二十八：依中央法規標準法第 7 條（「各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令，應視其性質分別下達或發布，並即送立法院」）（93/05/19）之規定，函釋只需「下達」下級機關或屬官即可；嗣以函釋具有事實上間接拘束人民之效力，行政程序法第 160 條第 2 項乃特別規定「應由其首長簽署，並登載於政府公報發布之」，以使透明，以昭公信。參見湯德宗，〈論行政立法之監督——「法規命令及行政規則」章起草構想〉，輯於氏

著，《行政程序法論—論正當行政程序》，頁 211 以下（頁 266）（2003 年 10 月二版）。

註二十九：似此情形猶如「裁量空間縮小至零」一般，機關實際已無其他解釋之空間；若機關為相反之解釋，則將違反「行政自我拘束」原則，而有侵害平等權之疑義。

註三十：以本案原因事實為例，衛生署針對聲請人楊岫涓申請至嘉義縣登錄執行護士業務一案，先於 100 年 4 月 1 日作成本案之「系爭函」，指示嘉義縣衛生局否准；嗣針對同一聲請人楊岫涓申請至雲林縣登錄執行護士業務一案，於 100 年 5 月 11 日復作成與「系爭函」內容相同之函覆（衛署字第 100065378 號函）。吾人有理由相信，嗣後有其他已登錄執業之藥師申請至其他處所執行護士業務時，衛生署將作成內容相同之函覆，重申斯旨。

註三十一：參見解釋理由書第八段。

註三十二：參見藥師法第 11 條（「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 13 條（「護理人員執業，其登記執業之處所，以一處為限」）。並見牙體技術師法第 11 條、醫事放射師法第 9 條、職能治療師法第 9 條、營養師法第 10 條及醫事檢驗師法第 9 條等。

一部協同一部不同意見書

大法官 蘇永欽

本件解釋認定藥師法第十一條的規定未設必要合理的例外規定而違憲，應於一年內失效，就此一結論本席雖無不同意見，但理由書未能從藥師為受到憲法特別規範的專門職業切入，以完整釐清相關管制的憲法界限，從而對於何以原則合憲，又為何必須設定例外，也未能理路一貫的說清楚，因此提出協同意見。解釋又認定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限制兼具藥師及護理人員資格者的執業場所應以同一處所為限，有違法律保留原則，論述更為空洞，未檢驗其與藥師法第十一條目的的合致性，不符合本院向來審查解釋性規則的方法，本席無法同意，就此也略書不同意見。

壹、專門職業的憲法論述不宜省略

首先，我國憲法第八十六條把專門職業和公務員放在一起，其執業資格都要經考試院考選銓定，顯得相當特殊，未見於其他國家的憲法。特殊的不是專門職業的概念和內涵，因為它本來就是在我國現代化過程中整個從西方移植進來的社會制度，並幾乎見於所有的文明國家。特殊的是它在我國憲法上被一個高度獨立的憲法機關來執掌從業者的入場管制，與服公職的公務員無異。從而對於有關限

制工作權法令的憲法審查，所涉者如果為專門職業，在論述上完全無視於這樣一個特殊憲法地位，就會和審查公務員法規而把它當成一般工作一樣的不夠周延。我國憲法釋義學慣性的借鑑外國的釋義學，完全不在意憲法文本間的差異，是一個不能再容忍的毛病，這裡又是一個例子。

公務員的考選交由從政治部門獨立出來的考試院執掌，其目的在確保文官體系的政黨中立，而把專門職業也納入考試權的行使對象，則寓有使此一雖非公權力部門但同樣具有高度「公共」性格的職業，也可保有不隨政治而搖擺的超然地位的深意。本院在釋字第六八二號解釋中還曾提到專門職業的「倫理素養」為進入市場的必要條件：「專門職業人員執業能力及倫理素養概須藉由相當程度系統化之教育始能培養，難謂僅憑考試方式即得予以鑑別。」再看更早的釋字第三七八號解釋，已經提到專門職業的「自治」性格：「關於專門職業人員違背其職業上應遵守之義務，而須受懲戒者，基於職業團體自治原則及各種專門職業之特性，掌理懲戒事項之組織，多由法律授權主管機關以訂定組織規程方式，組成包括各該職業團體成員、行政主管人員及有關專家之委員會，如會計師及建築師等之懲戒組織是。」足見本院對於憲法上專門職業的理解，有意溯源於其歷史形成的特定內涵。本席在釋字第六八二號解釋的意見書中即已加以整理，指出專門職業就是國際勞工組織所稱的 professional service，至少有五個特徵可與一般的職業區隔：1、技術性：需要長期累積並系統化保存及傳承的特別技能；2、公益性：所提供服務有高度的外部效益；3、理想性：傳統上此類職業尚有實現特定社會理想的目的，抱著某種人文的關懷，營利反而非其主要目的；4、一身專屬的不可替代性，強調親力親為並對其服務親負其責；5、高度自律性，使其職業內容原則上不受國家干預。進一步分析這些特徵即知其間的環環相扣：高度技術性使其服務品質的優劣非一般消費者依生活經驗所能判斷，故有賴於國家以考試作進入市場的管制。此一「市場失靈」的理由也存在於第二個特徵（公益性），其外部效益的另一面即是不當服務的高度外部成本，同樣非一般交易所能內化。至於非營利性的強調，則使一般針對營利事業所設的管制規定，對其並非當然合用，比如競爭法、勞工法的管制。其一身專屬性又使得在組織上，必須要求僅得組成不得免除個人責任的合夥，而不得公司化。最後是其自律性，又可以合理化國家對其作「業必歸會」的高度強制，而不致違反結社自由（以入會為營業的「合法性」要件，而非如一般營業的業必歸會規定僅有訓示性質），唯有高度的公會自律，才可以合理化國家只對其職業內容作低度的管制（獨立）。民國一〇二年一月二十三日始修正的「專門職業及技術人員考試法」第二條新增的定義，大方向也若合符節。

從此一職業特徵的理解，可以找到憲法第八十六條對其作特別處理的正當理由，但前揭本院解釋顯然不以入場管制為足，繼續就專門職業開發出更多的憲法內涵。本席以為這些有關專門職業的憲法解釋之間，隱隱然已可看到一些重要的意義關聯，值得作進一步的延伸，最接近的就是本院自釋字第三八〇號解釋開始建立的制度性保障論述，涵蓋公法的制度（即德國所稱的 *institutionelle Garantien*），如釋字第三八〇號、第三八四號、第三九六號、第四五〇號、第四八三號、第四九八號、第五五〇號、第五五三號、第五六三號、第六〇五號等解釋，與私法的制度（即德國所稱的 *Institutsgarantien*），如釋字第三八六號、第五五四號等解釋。簡單的說，就是認為憲法為落實有關人民基本權的規定，除應使人民得為權利的主張外，並有某些既存而經憲法宣示的或依憲法意旨應形成的客觀制度，可為基本權的實現提供更大的保證，從而同樣對包括立法權在內的各種公權力有其拘束力。制度性保障可以說是本院從基本權規定直接導出的人民主觀權利以外，另外開發出來的客觀面向。到目前為止，此一基本權論述的植入可說豐碩而又粗糙，有相當清晰而富有實益的，如釋字第三八〇號、第五五〇號、第五五四號等解釋，也有完全無所本而難窺其堂奧的，如釋字第三八六號解釋。憲法第八十六條規定的專門職業，若能從基本權制度性保障的角度審慎的展開論述，應該有深刻的意義。

專門職業的公益性和公共性，是憲法第八十六條把它和公務員放在一起的原因。文官體系是民主憲政的基石之一；而歷史發展出來的專門職業，也就是各種「師」，則涉及不同的公益，而可個別理解為不同基本權的制度性保障。比如律師業便是人民訴訟權的制度性保障，就這一點，釋字第三七八號解釋有一段論述已意在言外：「律師依法負有保障人權、實現社會正義及促進民主法治之使命（見中華民國八十一年十一月十六日修正公布之律師法第一條），其執行業務與法院之審判事務相輔相成，關係密切，法律對其懲戒機構之設立，遂有不同於其他專門職業人員之規定。」至於本案涉及的藥師，應該和憲法增修條文第十條第五項所規定的全民健康保險制度一樣，為人民健康權（*right to health*）的制度性保障，這個源於世界人權宣言（*The Universal Declaration of Human Rights*; 1948, 1978）第二十五條第一項、經濟社會文化權利國際公約（*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 1976）第十二條第一項及身心障礙者權利公約（*The Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, 2008）第二十五條的人權，在我國應該也可以憲法第二十二條為基礎推導出來。換言之，所有醫療的專門職業都是人民健康權的制度性保障。

貳、制度性保障不意味制度不可變

果以藥師業的存在為人民健康權的制度性保障，則有關此一專門職業各項內在的要求，原則上也都一併成為違憲審查必要的考量，前述釋字第三七八號、第六八二號解釋對於律師業應高度自治和醫師應具倫理素養的立論，即可從此一角度去理解。本案涉及的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。」其實就是前述專門職業五大特徵中的「親力親為」，各專門職業在過去都有相當一致的實踐，表現於執業的在地化（Lokalisierungsgebot），不可在多處設事務所，乃至禁設分所（Zweigstellenverbot），以便服務對象「找得到本人」，或如律師業那樣因為「與法院之審判事務相輔相成，關係密切」，而必須在特定法院登錄（Singularzulassung），甚至代理案件僅以一法院為限。各國相關規定可能不盡相同，但精神大體一致。系爭規定在許多國家的醫藥業管制法規中都看得到，我國也無例外的見於十幾種醫療業專法，其立法意旨即在落實醫師、藥師等的親力親為專業要求。另外在組織上，我國各專門職業法雖無明文禁止組成有限責任公司的規定，以貫徹其對客戶的自己責任，但實務上確實如此操作，所得稅法也為專門職業設定特別門類（所得稅法第十四條第一項第二類）。

接下來的問題是，如果藥師業是人民健康權的制度性保障，連立法者也受其拘束，屬於藥師業重要內涵的親力親為要求，又足以支持執業限於一處的規定，則這樣的規定還有沒有可能構成對藥師工作權的侵害？換言之，專門職業歷史形成的特質如已內化為憲法的要求，對於從業者是否即已排除工作權受到限制的可能，正如同屬憲法位階的憲法第八十六條，不會對有意投入專門職業者的工作權構成限制一樣，是規範邏輯演繹的結果？德國的制度性保障理論從來沒有把任何建制（Einrichtung）的憲法效力推到如此極致，道理並不難懂，制度性保障既不可能意味該制度的全部內容都提升到憲法位階，以致任何內容的調整都當然構成相關基本權的侵害，但反過來也不容許立法者廢除整個制度，或者實質改變其基本樣貌而使這個制度名存實亡（Aushöhlung），故其意旨應僅在於為落實主觀基本權保障而對立法者要求建構或維護特定制度的存在和健全運作。細閱本院有關大學自治、地方自治、公務員銓敘，乃至家庭婚姻等制度的論述，也都明確保留了一定的調適空間，立法者當然可隨社會變遷或相關知識、經驗的累積而調整制度的內容。就立法者可以形成的範圍，如已對其他基本權構成限制，自然仍有違反比例原則或其他憲法原則的可能。制度性保障的宣示，也就是把憲法規定的制度和特定基本權作特別的連結，對立法者而言實質的意義可從消極和積極來看：一方面禁止其把制度往明顯不利於該基本權的方向形塑，而動搖了該制度存在

的憲法正當性；另一方面，當制度的調整有利於該基本權的保障時，即使可能對制度牽連的其他基本權構成限制，也應有較大的形成空間。

基於這樣的理解，本案審查的重點即應該放在藥師法有關執業限於一處的規定，固然為落實此一專門職業對其服務的提供必須親力親為的要求，以確保人民的健康權，但在現代社會的醫病、藥病關係都已有相當變遷的情形下，這種對藥師工作權的限制是否還是滿足親力親為要求，而為實現健康權的必要方式？如果因此解除此一限制，會不會顛覆藥師業存在的意義，使人民健康權的保障陷入不利的情境？

近年各國就專門職業的管理因應社會變遷而作一定調整的情形，其實相當普遍，我國亦復如此。以德國的律師業為例，原來嚴格限於在單一邦高等法院登錄的規定，考量律師服務業務的變遷，比如複雜案件所涉利益的跨邦、跨國，越來越普遍，而通訊工具的方便也使服務的距離限制可輕易跨越等，都使得單一登錄的規定顯得越來越不合理，即使單一登錄同時也與律師得參與法院工作的法曹一體性需求較為符合，但就此與律師的工作權相衡，登錄限制即顯得不合比例，故除最高法院的單一登錄仍予維持外，德國律師法已刪除單一登錄的規定。此外德國律師雖仍只能加入一個公會，並有義務在公會所在地設事務所，現在已開放設置分所，原本為照顧當事人利益要求隨傳隨到而有分所禁止，已予廢止。組織的鬆綁則見於律師有限公司的開放。但整體而言，親力服務仍然是律師業的本質，只是隨著社會變遷已有一定限度的調整。高度強調國民用藥應受適足照顧的德國藥局法，也有類似的走向，近年已打破單一藥局的限制，開放設置分局，但不得超過三個，且設置地點與主藥局的距離有一定限制，分局也須有藥師主持。奧地利的藥局法類此。藥局的組織同樣開始鬆綁，但仍只限於合夥和類似合夥的開放商業公司（OHG），使董事仍須自己負責。至於專門職業的其他特徵，也在社會變遷下起了若干變化，比如美國法院對於競爭法、勞工法的適用於律師業，態度上也越來越開放。

至此我們可以肯定的是，專門職業提供親力親為的服務仍是其制度性保障的一環，但專任一處的規定是否為滿足親力親為要求所必要，在經歷相當大的社會變遷後，已不能無疑。立法者如僅以此一考量而堅持所有傳統管制方式不作任何調整，仍可能構成對從業者工作權的過度限制。當然最終是否認定已屬過度，仍須與相關公共利益權衡，而其權衡也會受到本院過去建立的審查標準的影響，有待更仔細的評估。同樣需要考慮的是，在專任一處規定與親力親為要求的關聯性開始鬆動以後，有沒有其他的社會變遷因素，又可強化其合理性？

叁、社區醫療網政策始為關鍵因素

系爭規定對藥師工作權的限制是否符合比例，依本院實務應視所涉者為對「執行職業之自由」，或「選擇職業應具備之主觀條件」，或已非努力所能克服的「選擇職業應具備之客觀條件」，而有寬嚴不同的標準（釋字第五八四號解釋參照）。惟所謂執業內容限制和職業選擇限制，原非涇渭分明，有時只能以「越偏向職業選擇，審查標準越嚴」的彈性方式來進行審查。但專任一處的規定無論如何應該未如本案某位聲請人所說，「實質上」已達到職業選擇自由的限制。從本院曾認定構成職業選擇自由限制的先例，包括釋字第五八四號、第六二六號、第六四九號、第六八二號等解釋，都僅指所設限制為進入該職場唯一或主要門檻的情形，德國一九五八年的藥局案，認定相關規定構成職業選擇自由的限制，也是因為該法對藥局開業許可所定的「經濟基礎」判準（經濟上藥局足以無虞），可使藥師在當地人口比例上已超額時完全無法執業。相對於此，專任一處的規定，並未使藥師不能執業，不論開設藥局或受聘於醫院、藥商等，都未受任何限制，自不能認定已達到限制職業選擇自由的程度，其主要性質為執業內容的限制應可無疑。德國聯邦憲法法院第一庭在二〇〇二年十月三十一日某件有關最高法院民事案件辯護律師限單一登錄的規定尚不違反比例原則的決議，即明確以此種專任一處的規定為執業自由（Freiheit der Berufsausübung）的限制，可供參考。

儘管採較寬鬆的標準，對於工作權的限制仍然要基於一定的公共利益，兩者間也仍須有必要、合目的與合比例的關係。解釋理由書就這部分談到了幾點：第一，推行藥師專任的政策；第二，防止租借牌照營業的不法情事；第三，在實施醫藥分業制度後，藥師的功能除了核對處方、調配藥劑外，還要提供正確藥物資訊、諮詢等服務；此時為確保醫藥管理制度的完善並妥善運用分配整體醫療人力資源，也有必要限制藥師專任一處。其中第一、二點，仍重在藥師服務的親力親為，是否足以通過寬鬆的檢驗標準，可先置而不論。第三點已經拉高到公衛政策的高度，反而更值得注意。理由書只輕輕點到了此一不同於親力親為理念的考量，沒有就醫藥管理制度和醫療資源分配作任何闡明，實際上從主管機關衛生署在書面和言詞辯論庭上表示的意見看來，這一點可能反而是繼續限制所有醫療人員專任一處的主要理由。事實上，衛生署參考世衛組織 Alma-Ata 健康宣言及歐美先進國家所發展的整合性社區健康照護網路理念，依醫療法第八十八條規定，以全國為範圍所訂的醫療網計畫，目的在同時解決醫療資源寡而不均的問題，以落實人民的健康權。迄今已先後推動六期，甫完成的「新世紀領航計畫」即特別強調「整合社區健康照護」，其內容包括「由跨專業團隊提供標準化的照護服務輸送系統」，換言之，從單純醫病關係、藥病關係出發所定的專任一處規定，現在更多了一個理由，也就是可使公共醫療網更有效的運作。此外，自民國八十四年

開始實施全民健保後，健保財務的健全也成為公衛的重大政策目標，藥師如可多處執業，在總處方量不變的情況下，很難避免藥師出於爭取有限處方單的考量而多處執業，從而大量增加人事管理勾稽的成本，並影響用藥安全。

因此專任一處的原則在社會變遷下可否通過即使寬鬆的審查標準，縱然還有審酌餘地，但政府推動的社區醫療網政策和全民健保、醫藥分業制度的建立，都為這個規定注入了更堅強的理由，本件解釋就這部分的審查結論應屬正確。尤有進者，也只有當我們把公衛政策的理由加進去以後，才能合理化此一規定未設例外的違憲認定。從解釋理由書的這部分論述：「系爭規定將藥師執業處所限於一處，固有助於前揭立法目的之達成。惟藥師依法本得執行各種不同之業務（藥師法第十五條參照），社會對執行不同業務藥師之期待因而有所不同，且因執業場所及其規模之差異而應有彈性有效運用藥師專業知識之可能。又於醫療義診，或於缺乏藥師之偏遠地區或災區，配合巡迴醫療工作及至安養機構提供藥事諮詢服務等活動，由執業之藥師前往支援，並不違反前揭立法目的，實無限制之必要。且參諸現行實務，主管機關於有上揭情形時皆對系爭規定為彈性解釋，有條件允許之。足見就藥師執業處所僅限於一處之規範，設置一定條件之例外確有其必要。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，一律禁止藥師於其他處所執行各種不同之藥事業務，未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」，很清楚的顯示，這些彈性的必要，同樣是基於公衛政策的理由，也就是前面從制度性保障觀點推出來的規範要求，立法者對醫藥業的管制，應避免朝不利於健康權保障的方向調整，而如果是有利於健康權的保障，則縱使對於從業人員的工作權有一定程度的限制，也可有較大形成空間。本席基於這個理由，同意本件解釋得到的原則雖可合憲，但如不增訂例外反而會淪於全部違憲失效的結果。由於其他的醫療專門職業都有例外規定（只有藥師和牙體技術師的專法無例外規定），衛生署過去也多次通過對該條的所謂「合目的性限縮解釋」，就若干情形容許藥師離開任職處所提供出勤服務，還曾開會研議修法增列但書，要完成此一修法應無太大的難度，因此本席對於一年的寬限期也敬表贊同。

肆、符合目的的解釋無違法律保留

最後，衛生署的系爭函釋：「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。」所據者應即為藥師法第十一條與護理人員法第十三條，藥師與護士各依其規定都只能任職一處，一人如持有兩照，只要就各照都只任職一處，應該即不違反任何一法，因此函釋稱其任職應以「同一」處所為限，即把

文義上的兩種可能性限縮為一種，這樣相對於藥師法和護理人員法規定的限縮有沒有違反法律保留原則？

行政機關就所職司的法令為使下屬機關正確而統一的適用，自得為如何解釋的指示，並發布使一體遵行（行政程序法第一百五十九條第二項第二款）。法院審判時，對於行政機關或下級法院所援用的此類行政規則，認為非法令的正確解釋時，自可於釋明後不予援用，以落實法院依據法律獨立審判的權責。就此部分，其實只是合法性的審查，而非真正的合憲性審查。援用不正確的解釋性規則也只違反了「上位階規範優於下位階規範」的法律優位或法規命令優位原則，與真正的法律保留原則也還無涉（即憲法第一百七十二條規範的問題，而非憲法第十九條、第二十三條規範的問題）。這是一定要先釐清的一點。法院對於這類規範所為的合法性控制，到了終審法院原則上應該就是最後的法律審，本院作為最高的憲法解釋機關，依程序雖得受理而對解釋性規則作有無違憲的審查，但如其性質實為有無違法的審查，基於司法體系內部的合理分權，本院應儘可能尊重終審法院的最後釋法權，如終審法院未以其違法而予援用時，僅於其明顯違反穩妥的解釋方法時，可勉強為違反母法而無效的認定，就此本席曾多次表達立場，本院實務大體也朝此方向，比如釋字第六九二號、第七〇三號解釋，只是在認定違反法律解釋方法時，仍多以其違反法律保留，而未精準的定位為法律優位原則的違反而已。

只有當解釋性行政規則本身有違憲疑義，而非因違法而違憲（Kelsen 所說的間接違憲）時，才真正應由本院以釋憲機關地位作最後的憲法認定，本院過去也曾多次認定解釋性行政規則雖符合立法意旨（合法），但仍違反了憲法的平等原則（如釋字第六二四號、第六九六號解釋），即為適例。法律保留原則的違反，當然也是憲法而非法律的違反，宜由本院為最終的認定，但嚴格而言，其態樣無非法律應自己規定卻授權以命令定之（如釋字第六四三號解釋），或雖得授權，但其目的、範圍不夠明確，此時法律本身即違反了法律保留原則（如釋字第六八〇號解釋），或法規命令（或加上舊職權命令）規定了逾越法律授權的內容，或形式上雖未逾越，依憲法的分權制衡或人權保障的意旨應由法律自己規定的內容卻直接見於法規命令，此時則是法規命令違反了法律保留原則（如釋字第七一〇號解釋）。至於解釋性的行政規則，理論上應只有違法的問題，沒有違反法律保留原則的問題，換句話說，只要從母法解釋出來的東西，都不會有違反法律保留的問題，解釋不出來的東西，也只會違反法律優位的問題。但如前所述，本院實務上對於解釋性規則明顯違反一般法律解釋方法，或其解釋已經超過文義射程而屬法律的「補充」時，往往也會認定違反法律保留原則，就此釋字第五八六

號解釋理由書說得最明白：「法條使用之法律概念，有多種解釋之可能時，主管機關為執行法律，雖得基於職權，作出解釋性之行政規則，然其解釋內容仍不得逾越母法文義可能之範圍。」此際只在補充的內容屬於技術性、細節性時，依釋字第四四三號解釋理由書仍可容許。就這部分的實務，本席認為可權以最廣義的法律保留原則看待。

過去用法律保留原則審查解釋性規則的實務顯示，在解釋的對象為不確定概念時，本院多偏向尊重行政機關的具體化權責及終審法院所作的審查，很少認定違反法律保留原則，如釋字第四〇七號、第五四八號解釋。在母法規定相當具體而解釋性規則所定內容已無法從母法文字解釋出來時，則會認定該規則已經增加法律所無的限制，而違反法律保留原則，如釋字第五六二號、第五八六號、第六〇九號、第六四〇號、第六六一號解釋。但大多數情形，解釋性規則都仍落在母法文義範圍內，也就是對較抽象規定的具體化，這時即會從立法目的來觀察，如果符合母法的立法目的，其解釋可能性的減少正是具體化功能的落實，方法上也可說是一種限制解釋，而不能與逾越文義射程的「目的性限縮」混為一談。實務上此類因符合立法意旨而認定不違反法律保留原則的解釋俯拾皆是，比如釋字第五九七號、第六〇七號、第六〇八號、第六二八號、第六三五號、第六六〇號、第六八五號、第六九三號、第六九七號、第六九八號、第七〇六號等解釋，但本院所審認的立法意旨如果確實已與該規則不能相容，也會認定違反法律保留原則，如釋字第六四二號解釋。

基於以上所論，本院依法律保留原則來審查系爭函釋，首先無涉高度不確定的概念，其次解釋內容也不致與兩個母法的相關規定明顯不相容，而只是一種減少文義範圍內多種可能的限制性解釋，此時是否構成「增加法律所無的限制」，應端視母法的立法意旨而定。本件解釋在這裡犯的方法錯誤就在未檢視立法意旨，立刻跳到增加法律所無的限制的結論：「惟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。系爭函釋已對人民工作權增加法律所無之限制，與法律保留原則有違」，實際上若依前面有關專任一處規定意旨的分析，如果只是基於親力服務的職業倫理，也就是只從傳統藥病關係的觀點來看，凸顯的是病人可以在固定處所找到藥師調劑，因此只要有固定的事務所或機構，即可符合，則多照而各設事務所，只要事務所固定，仍屬專任一處，此時強解為「同一處所」，認為增加法律所無的限制，即無不洽。但從現代整合醫療網的觀點來看，則在親力服務之外還另強調藥師資源的合理分配，限制一處專任，確有提供「全職」服務的意旨，也可藉此發揮專業間互補制衡的功能，避免出現所謂「一人醫院」。則系爭函釋依循此一內涵於「一處」的意旨所作解釋（

該函釋特別指出「該醫療機構有關人力計算只能擇一」），即可認為只是切合目的的限制性解釋，也就是法律的具體化，而不能認為是增加法律所無的限制。本件解釋在認定藥師法第十一條的立法意旨時，明確的採取後一觀點：「系爭規定限制藥師執業處所於一處，乃出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等公共利益之考量」，為什麼等到處理系爭函釋時，又回到比較傳統的目的認知，前後的矛盾其實非常明顯。本席認為前面以醫療資源合理分配為理由認定專任一處的原則合憲後，後面對擁有多照者仍須任職「同一處」的解釋，已無否定的空間，提出不同意見，其故在此。

部分不同意見書

大法官 陳 敏 提出

大法官 林錫堯

池啟明

蔡清遊

黃璽君 加入

本院釋字第 711 號解釋之多數意見，以改制前行政院衛生署行文嘉義縣衛生局之中華民國 100 年 4 月 1 日衛署醫字第 1000007247 號函（下稱系爭函）為違憲審查客體而為解釋部分，本席不能認同，爰敘明不同意見如下：

壹、司法院大法官違憲審查之客體為法律或命令

司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條規定：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：一、中央或地方機關，於其行使職權，……適用法律與命令發生有牴觸憲法之疑義者。二、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。三、……。最高法院或行政法院就其受理之案件，對所適用之法律或命令，確信有牴觸憲法之疑義時，得以裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋。聲請解釋憲法不合前二項規定者，應不受理。」是大法官得對之為違憲審查者，為法律或命令。所謂之命令，大審法雖未有定義規定，但無論由大審法第 5 條第 1 項第 1 款「適用……命令發生有牴觸憲法之疑義」、同條項第 2 款「對於確定終局裁判所適用之……命令發生有牴觸憲法之疑義」或同條第 2 項「對所適用之……命令，確信有牴觸憲法之疑義」等規定觀之，命令自係適用於個案之普遍抽象之法規範，而不屬憲法或法律者。其類別應不以法律授權訂定之法規命令為限。

司法院在違憲審查實務上，為充分發揮功能，對命令向採廣義理解，故除就法規命令、職權命令為審查外，亦對判例、法院聯席會議決議、函釋（行政規則

）等為審查（註一）。惟皆以其相當於命令故也，亦即所審查之客體須具有普遍抽象之規範內涵、訂定者有發布該規範之意思及行為，在原屬內部規範之情形，並須確定終局裁判引用於個案。

釋字第 374 號解釋理由書第 1 段，對人民得據以聲請違憲審查之命令為較普遍及概括之說明：「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。」就所謂之函釋而言，早於釋字第 173 號解釋理由書中，即已表明：「財政部（六七）台財稅第三四八九六號函，係對於徐明夫六十七年五月二十三日請示之釋答，經該部分知所屬財稅機關，為行政院七十年度判字第二二五號確定終局判決所適用，具有命令性質，聲請人聲請解釋，核與司法院大法官會議法第四條第一項第二款規定相符，應予受理，合先說明。」（註二）釋字第 217 號解釋理由書第 1 段亦載明：「財政部中華民國七十二年二月二十四日（72）台財稅第三一二二九號函提示所屬財稅機關……。」皆屬以行政機關對下級機關所為而經確定終局判決援用之通案函釋為解釋客體，其後因此一原則於理甚明，司法院在各號釋字解釋中不再重複為具有命令性質之論述。反之，行政機關之個案函釋，無論係對下級機關、不相隸屬之機關或詢答之人民為之者，司法院大法官則說明其非屬大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定所稱之法律或命令，不得據以聲請解釋，不予受理。其遠者如大法官第 1334 次會議會台字第 8939 號聲請案不受理決定：「至關於系爭函部分，查係行政院農業委員會就個案事實對高雄縣政府所為之函覆，性質非屬對一般事項所

為之抽象規定，自非得為聲請解釋之客體。」其近者如大法官第 1406 次會議會台字第 11448 號聲請案不受理決定：「系爭函僅係臺北市勞工局就聲請人與其業務員間是否具僱傭關係而對勞工保險局所為之個案函復，其性質非屬對一般事項所為之抽象規定，聲請人自不得以之為聲請解釋之客體。」其他同意旨之大法官不受理決定為數甚多，難以一一摘引相關文字（註三）。

貳、系爭函非屬大審法第 5 條第 1 項第 2 款所稱之命令，不得以之為違憲審查之客體

系爭函係改制前行政院衛生署就嘉義縣衛生局函詢所為之函復，其說明一即明示：「復 貴局 100 年 3 月 5 日嘉衛保字第 1000007282 號函」。該函之受文者，正本為嘉義縣衛生局，副本為行政院衛生署食品藥物管理局。上開嘉義縣衛生局函，係該局因本號解釋聲請人之一祐安診所藥師可否再以護士資格登記於該診所之疑義，陳請改制前行政院衛生署釋示。故於客觀之形式上，系爭函為個案函釋而非通案函釋甚明。改制前行政院衛生署且於 102 年 7 月 15 日以電子郵件向本院陳明，「該函係屬所為個案效力之行政指導」。所稱「個案效力之行政指導」，其本意或係行政法學所稱之「指令」，但發文主管機關主觀上非在於發布普遍抽象之法規範，亦至為明顯。是系爭函為改制前行政院衛生署對嘉義縣衛生局所為之個案函釋。系爭函不僅於形式上為個案函釋，發文之改制前行政院衛生署亦非基於發布普遍抽象法規範之意思為之，於行文嘉義縣衛生局後，亦未將其公告或納入法令彙編，自亦不屬行政程序法第 159 條所稱之行政規則，其性質本非且亦不相當於大審法第 5 條第 1 項第 2 款所稱之命令，應不得以之為違憲審查之客體。

參、對個案函釋為違憲審查之不當

一、違反程序不合實體不論之程序要求

程序不合實體不論，為訴訟法之基本原則。司法院大法官就法規範所為之違憲審查，亦應恪守此一訴訟法基本原則。大審法第 5 條第 3 項即明文規定：「聲請解釋憲法不合前二項規定者，應不受理。」行政機關之個案函釋並非大審法第 5 條第 1 項第 2 款所稱之命令，應不得以之為違憲審查之客體。姑不論系爭函於實體上是否違憲，因其僅係個案函釋，而非普遍抽象之法規範，本號解釋多數意見仍據之為違憲審查，即有不當。

二、違反權力分立原則

基於權力分立之法治國家原則，行政法院於行政訴訟中可審查行政之違法行為，司法院大法官於法規違憲審查中，對普遍抽象之行政命令（法規命令、職權命令、行政規則、通案函釋等）可審查其是否牴觸憲法。至於上級機關於行政內

部所為之個案函釋，下級機關於個案中據以作成之行政行為，自亦受行政法院之審判，但該個案函釋不受司法院大法官之違憲審查。此不僅司法院大法官應以有限之司法資源善盡其憲法守護者之職能，亦在於對行政權之尊重。大審法第 5 條第 1 項第 2 款限就法律或命令始得違憲審查之規定意旨，亦在於此。對行政內部之個案函釋亦藉詞為違憲審查，即不符權力分立原則。

三、忽視司法權之內部分工

憲法第 78 條規定：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。」憲法第 171 條第 2 項規定：「法律與憲法有無牴觸發生疑義時，由司法院解釋之。」故法律有無牴觸憲法之抽象法規審查，專屬司法院大法官。至於命令是否牴觸憲法或法律，除司法院大法官得為抽象之違憲審查及統一解釋外，各級法院於審理案件中亦得附帶為具體之法規審查，經認定確有牴觸憲法或法律時，得在該個案中拒絕適用。另依大審法第 5 條第 2 項規定：「最高法院或行政法院就其受理之案件，對所適用之法律或命令，確信有牴觸憲法之疑義時，得以裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋。」行政訴訟法第 178 條之 1 第 1 項規定：「行政法院就其受理事件，對所適用之法律，確信有牴觸憲法之疑義時，得聲請司法院大法官解釋。」經由司法院大法官抽象之法規違憲審查而將該違憲之命令宣告無效或不再適用，以澈底去除之。惟高等法院、地方法院、地方法院行政訴訟庭、高等行政法院法官對命令有牴觸憲法之疑義時，並不得聲請大法官為違憲審查。足見對於法規之違憲審查，司法權內部亦有分工之機制。命令之違憲，原則上由各級法院自行審查。至於個案函釋，原非普遍抽象之法規範，自應由法院於審理之案件中一併審酌，法院及人民皆不得聲請大法官為違憲審查。

四、虛擬個案函釋為通案函釋而行違憲審查

主管機關所為之個案函釋或表示法律見解之文書不知凡幾，其中莫不表示抽象之法律見解，再據以對個別事件指示或建議應為如何之處置。在此一情形，該個案函釋不因之而成為普遍抽象之法規範。個案函釋雖經確定終局判決所引用，亦不足以使該個案函釋成為大審法第 5 條第 1 項第 2 款所稱之命令。

發布命令，係主管機關之法律行為，須主管機關有發布之意思及行為，所發布者並須具備普遍抽象之規制內涵，始足當之。主管機關就個案所為之函釋，原無發布命令之意思，亦未以公告或納入法令彙編等方式發布，縱經確定終局判決引用，亦無從補充原所未有之發布意思及行為，而可虛擬為普遍抽象之法規範。

主管機關對下級機關所為之個案函釋，雖亦有抽象之法律見解為依據。惟釋憲者不得因之即推論，主管機關必有重複引伸同一法律見解之意思，故該個案函釋之下達即相當於通案函釋之發布。若循此邏輯，則主管機關所有表示法律見解

之個案函釋及其他文書，亦皆基於發布命令之意思為之，而皆可為大法官違憲審查之客體。若非如此，則其中有可審查者，有不可審查者，可與不可之客觀界限何在，豈不存於釋憲者之一念，而淪為司法之恣意。

主管機關對下級機關之通案及個案函釋，僅對下級機關有拘束力，對法院及人民均無拘束力。法官在裁判中引用通案或個案函釋，係因該函釋之法律見解，經其審酌與法律無違，可以認同，乃引用該函釋文號及文字內容，以資具體明確，要非受其拘束。原未發布之個案函釋，如得因確定終局判決之引用，而成為普通抽象之法規範，則無異以引用函釋之法官為主管機關發布命令之工具，不知其可也。

要之，個案函釋不可設詞虛擬為通案函釋，使其幻化為大審法第 5 條第 1 項第 2 款所稱之命令，以遂對其為違憲審查之目的。

註一：所謂之函釋，並無立法定義，一般係指主管機關就法規之意義及如何適用所表示之法律見解。主管機關作成解釋函釋之對象，不外為下級機關、不相隸屬之機關及詢答之人民。依行政程序法第 159 條第 1 項規定：「本法所稱行政規則，係指上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規範效力之一般、抽象之規定。」因此，主管機關對下級機關所為通案性質之函釋，因係一般、抽象之規定，乃視之為行政程序法第 159 條第 2 項第 2 款規定所稱，「為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，而訂頒之解釋性規定」此一類別之行政規則。反之，主管機關對下級機關就個案所為之個案函釋，則係指令，而非行政規則。主管機關對不相隸屬之機關或人民所為函釋，既非對下級機關為之，自亦不屬行政程序法上開規定之行政規則。

註二：本件之聲請人為蘇明夫，聲請解釋之標的原為財政部對徐明夫之個案函覆，但「經該部分知所屬財稅機關」而成為通案函釋。

註三：例如大法官第 1326 次會議會台字第 8921 號聲請案不受理決定、第 1365 次會議會台字第 9946 號聲請案不受理決定、第 1371 次會議會台字第 10234 號聲請案不受理決定、第 1378 次會議會台字第 10225 號聲請案不受理決定、第 1382 次會議會台字第 9323 號聲請案不受理決定、第 1383 次會議會台字第 10664 號聲請案不受理決定、第 1395 次會議會台字第 11071 號聲請案不受理決定、第 1400 次會議會台字第 11072 號聲請案不受理決定、第 1402 次會議會台字第 11016 號聲請案不受理決定。

案號：高雄高等行政法院 99 年度訴字第 487 號判決及最高行政法院 100 年度裁字第 295 號裁定

聲請解釋憲法之目的——13 種醫事人員中，只有藥事人員，不得支援其他醫療院所調劑，是否違憲？

聲請人依照司法院規定，分述如下：

聲請人依照司法院規定，分述如下：

聲請解釋憲法的聲請書要如何書寫？

A：聲請解釋憲法應以書面載明下列事項（以 A4 紙張書寫，直式橫書，即如本 Q&A 書寫方式）：

（1）聲請解釋憲法之目的。

應說明確定終局裁判所適用的某條法律或何項命令，如何抵觸憲法。

（2）法律或命令見解發生歧異之經過及涉及之法律或命令條文。其內容應包含：

I. 憲法上所保障的權利遭受不法侵害的事實，及涉及的憲法條文。

II. 所經過的訴訟程序。

III. 確定終局裁判所適用的法律或命令的名稱及內容。

IV. 有關機關處理本案的主要文件及說明。

（3）聲請解釋憲法的理由，以及聲請人對本案所主張的立場及見解。內容應包含：

I. 確定終局裁判所適用的法律或命令，發生有抵觸憲法疑義的內容。

II. 聲請人對於疑義所主張的見解。

III. 解決疑義必須解釋憲法的理由。

IV. 關係文件之名稱及件數。

（參考法條：同法第八條第二項）

聲請人不服高雄高等行政法院 99 年度訴字第 487 號判決，及最高行政法院 100 年度裁字第 295 號裁定，依法釋憲。

應說明確定終局裁判所適用的某條法律或何項命令，如何抵觸憲法。

高雄高等行政法院 99 年度訴字第 487 號判決，及最高行政法院 100 年度裁字第 295 號裁定，適用藥師法第 11 條，不准聲請釋憲人即楊岫涓藥師，支援他處調劑工作，聲請釋憲人認違反憲法第 5、7 條平等權、第 15 條工作權及第 23 條。

法律或命令見解發生歧異之經過及涉及之法律或命令條文。其內容應包含所經過的

訴訟程序。

聲請釋憲人，以安字第 990608 號書函，申請支援臺中幸福藥局調劑工作，遭嘉義縣政府 99.06.21 藥食字第 0990096955 號函駁回，訴願亦駁回，不服提告，遭高雄高等行政法院 99 年度訴字第 487 號判決駁回，上訴亦遭最高行政法院 100 年度裁字第 295 號裁定駁回。

確定終局裁判所適用的法律或命令的名稱及內容。

藥師法第 11 條—藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限。（不可支援他處工作）

憲法上所保障的權利遭受不法侵害的事實，及涉及的憲法條文。

憲法保障工作權，本人工作之祐安藥局比照合作祐民診所，週 4 休息，又逢臺中幸福大藥局藥師有事情，因此申請支援該藥局工作，卻遭法院駁回，原因為藥師法第 11 條規定，不准藥師支援他處調劑工作，惟查憲法第 15 條保障工作權，憲法第 5、7 條保障平等權，且衛生署醫字第 0990008146 號函明指，只有藥事人員不可支援他處調劑工作，藥師明顯不平等於其他醫事人員，再見立法院第 7 屆第 3 會期，也認為必須修改藥師法第 11 條，以實現公平權及工作保障權，但遭利益團體阻礙，因為藥師公會意圖計畫抽頭，經由其同意，抽介紹費（公開秘密）。

藥師都不會車禍、意外嗎？都不可以生病嗎？藥師生病沒有其他藥師可以支援工作，合憲嗎？醫師、護士都可以彼此支援，他們才可以生病嗎？藥師工作權明顯遜於其他醫事人員，不可支援其他院所工作，假如原告體力可以，要支援醫院大夜班的藥師工作，並不可以，但醫師、護士都可以支援其他醫院大夜班的醫師、護士工作，該法明確妨礙工作權及平等權。

聲請解釋憲法的理由，以及聲請人對本案所主張的立場及見解。內容應包含：

確定終局裁判所適用的法律或命令，發生有牴觸憲法疑義的內容。

確定終局裁判適用藥師法第 11 條—藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限，聲請人認該法律有違工作權及平等權。

聲請人對於疑義所主張的見解。

大法官應該認為藥師法第 11 條，為違反工作權及平等權之違憲法律，命令相關單位修法，藥師法第 11 條調劑權淪為藥師、醫師及藥商金錢運作之皮球及利益要脅工具，大法官基於良知，應該糾正之。法官固尊重立法者，然立法委員自己因調劑事收賄被判刑，如何可以依賴？

衛生署公文食字第 0980038866A 號函一略以，藥師人力夠，另有藥局雙軌制為由不開放藥事人員支援申請（支援為一報備於衛生局，工作於執照登錄之其他處，非只於執登處工作）。

惟查一醫師、護士，人數比藥師多更多，卻仍開放支援。

再查一物理治療師、放射師，也是雙軌制（可診所內聘，也可自行開業物理治療所／檢驗所）仍開放二師支援，可見衛生署說謊，別有隱情。

明顯是藥師公會介入所致，認為藥師如開放支援，藥師薪水會大減，衛生署配合演出，不禁另人搖頭，分明違憲，要求釋憲。

衛生署明知藥師不可支援，自創藥師歇息計畫，投入數百萬元，藥師法第 11 條分明淪為衛生署提款機，堅不送修法，是否有不當利益？

立法委員及主管機關不可信賴，利益優先。

解決疑義必須解釋憲法的理由。關係文件之名稱及件數。

憲法必須給予人民工作權及平等權，此要求解釋憲法。我要多工作不可以憲法第 23 條以外之不正當原因限制我工作權，且不公平於醫師、護士。

附件一

1. 高雄高等行政法院 99 年度訴字第 487 號判決駁回。
2. 最高行政法院 99 年度裁字第 3368 號裁定駁回。
3. 衛生署醫字第 0990008146 號函明指，只有藥事人員不可支援他處調劑工作，分明不公。
4. 立法院第 7 屆第 3 會期，也認為必須修改藥師法第 11 條，以實現公平權及保障權。

5. 調劑權淪為藥師、醫師及藥商，金錢運作／立法委員自己因調劑事收賄被判刑。
6. 憲法第 5、7、16、23 條平等權、工作權。
7. 物理治療師、放射師，也是雙軌制（可診所內聘，也可自行開業物理治療所／檢驗所）仍開放二師支援，可見衛生署說謊，別有隱情。

聲請釋憲人：楊岫涓即祐安藥局

中 華 民 國 100 年 02 月 15 日

（本件聲請書附件略）

抄楊岫涓釋憲聲請書

案號：高雄高等行政法院 99 年度訴字第 487 號判決，及最高行政法院 100 年度裁字第 295 號裁定

聲請解釋憲法之目的 —13 種醫事人員中，只有藥事人員，不得支援其他醫療院

所調劑，是否違憲？

聲請人依照司法院規定，分述如下：

聲請解釋憲法的聲請書要如何書寫？

A：聲請解釋憲法應以書面載明下列事項（以 A4 紙張書寫，直式橫書，即如本 Q&A 書寫方式）：

（1）聲請解釋憲法之目的。

應說明確定終局裁判所適用的某條法律或何項命令，如何抵觸憲法。

（2）法律或命令見解發生歧異之經過及涉及之法律或命令條文。其內容應包含：

I. 憲法上所保障的權利遭受不法侵害的事實，及涉及的憲法條文。

II. 所經過的訴訟程序。

III. 確定終局裁判所適用的法律或命令的名稱及內容。

IV. 有關機關處理本案的主要文件及說明。

（3）聲請解釋憲法的理由，以及聲請人對本案所主張的立場及見解。內容應包含：

I. 確定終局裁判所適用的法律或命令，發生有抵觸憲法疑義的內容。

II. 聲請人對於疑義所主張的見解。

III. 解決疑義必須解釋憲法的理由。

IV. 關係文件之名稱及件數。

（參考法條：同法第八條第二項）

聲請人不服高雄高等行政法院 99 年度訴字第 487 號判決，及最高行政法院 100 年度裁字第 295 號裁定，依法釋憲。

應說明確定終局裁判所適用的某條法律或何項命令，如何牴觸憲法。

高雄高等行政法院 99 年度訴字第 487 號判決，及最高行政法院 100 年度裁字第 295 號裁定，適用藥師法第 11 條，不准聲請釋憲人即楊岫涓藥師，支援他處調劑工作，聲請釋憲人認違反憲法第 5、7 條平等權、第 15 條工作權及第 23 條。

法律或命令見解發生歧異之經過及涉及之法律或命令條文。其內容應包含所經過的

訴訟程序。

聲請釋憲人，以安字第 990608 號書函，申請支援臺中幸福藥局調劑工作，遭嘉義縣政府 99.06.21 藥食字第 0990096955 號函駁回，訴願亦駁回，不服提告，遭高雄高等行政法院 99 年度訴字第 487 號判決駁回，上訴亦遭最高行政法院 100 年度裁字第 295 號裁定駁回。

確定終局裁判所適用的法律或命令的名稱及內容。

藥師法第 11 條—藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限。（不可支援他處工作）

憲法上所保障的權利遭受不法侵害的事實，及涉及的憲法條文。

憲法保障工作權，本人工作之祐安藥局比照合作祐民診所，週 4 休息，又逢臺中幸福大藥局藥師有事情，因此申請支援該藥局工作，卻遭法院駁回，原因為藥師法第 11 條規定，不准藥師支援他處調劑工作，惟查憲法第 15 條保障工作權，憲法第 5、7 條保障平等權，且衛生署醫字第 0990008146 號函明指，只有藥事人員不可支援他處調劑工作，藥師明顯不平等於其他醫事人員，再見立法院第 7 屆第 3 會期，也認為必須修改藥師法第 11 條，以實現公平權及工作保障權，但遭利益團體阻礙。因為藥師公會意圖計畫抽頭。經由其同意，抽介紹費（公開秘密）。

藥師都不會車禍、意外嗎？都不可以生病嗎？藥師生病沒有其他藥師可以支援工作，合憲嗎？醫師、護士都可以彼此支援，他們才可以生病嗎？藥師工作權明顯遜於

其他醫事人員，不可支援其他院所工作，假如原告體力可以，要支援醫院大夜班的藥師工作，並不可以，但醫師、護士都可以支援其他醫院大夜班的醫師、護士工作，該法明確妨礙工作權及平等權。

聲請解釋憲法的理由，以及聲請人對本案所主張的立場及見解。內容應包含：

確定終局裁判所適用的法律或命令，發生有牴觸憲法疑義的內容。

確定終局裁判適用藥師法第 11 條—藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限，聲請人認該法律有違工作權及平等權。

聲請人對於疑義所主張的見解。

大法官應該認為藥師法第 11 條，為違反工作權及平等權之違憲法律，命令相關單位修法，藥師法第 11 條調劑權淪為藥師、醫師、藥商及金錢運作之皮球及利益要脅工具，大法官基於良知，應該糾正之。法官固尊重立法者，然立法委員自己因調劑事收賄被判刑，如何可以依賴？

衛生署公文食字第 0980038866A 號函一略以，藥師人力夠，另有藥局雙軌制為由不開放藥事人員支援申請（支援為一報備於衛生局，工作於執照登錄之其他處，非只於執登處工作）。

惟查—醫師、護士，人數比藥師多更多，卻仍開放支援。

再查—物理治療師、放射師，也是雙軌制，（可診所內聘，也可自行開業物理治療所／檢驗所）仍開放二師支援，可見衛生署說謊，別有隱情。

明顯是藥師公會介入所致，認為藥師如開放支援，藥師薪水會大減，衛生署配合演出，不禁令人搖頭，分明違憲，要求釋憲。

衛生署明知藥師不可支援，自創藥師歇息計畫，投入數百萬，藥師法第 11 條分明淪為衛生署提款機，堅不送修法，是否有不當利益？

立法委員及主管機關不可信賴，利益優先。

解決疑義必須解釋憲法的理由、關係文件之名稱及件數。

憲法必須給予人民工作權及平等權，因此要求解釋憲法，我要多工作，不可以以

憲法第 23 條以外之不正當原因限制我工作權，且不公平於醫師、護士。

附件一

1. 高雄高等行政法院 99 年度訴字第 487 號判決駁回。
2. 最高行政法院 99 年度裁字第 3368 號裁定駁回。
3. 衛生署醫字第 0990008146 號函明指，只有藥事人員不可支援他處調劑工作，分明不公。
4. 立法院第 7 屆第 3 會期，也認為必須修改藥師法第 11 條，以實現公平權及保障權。
5. 調劑權淪為藥師、醫師、藥商，金錢運作／立法委員自己因調劑事收賄被判刑。
6. 憲法第 5、7、16 條、第 23 條平等權、工作權。
7. 物理治療師、放射師，也是雙軌制，（可診所內聘，也可自行開業物理治療所／檢驗所）仍開放二師支援，可見衛生署說謊，別有隱情。
8. 檢附總統府華總公字第 10000035080 號函。
總統府應該也認為一只有藥師，不可支援執照登記處到他處工作為違反工作權，及平等權，及比例原則為違憲事。

聲請釋憲人：楊 岫 涓

中 華 民 國 100 年 03 月 12 日

（附件一）

高雄高等行政法院判決

99 年度訴字第 487 號

原 告 楊 岫 涓 即祐安藥局

送達代收人 劉 泓 志

被 告 嘉義縣政府

代 表 人 張 花 冠 縣長

訴訟代理人 林 俊 傑

李 艾 璧

吳 美 英

上列當事人間藥師法事件，原告不服行政院衛生署中華民國 99 年 9 月 2 日衛署訴字第 0990018264 號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、程序事項：

原告經合法通知，無正當理由，未於言詞辯論期日到場，核無行政訴訟法第 218 條準用民事訴訟法第 386 條各款所列情形，爰依被告之聲請，由其一造辯論而為判決。

二、事實概要：

緣原告執業登錄於嘉義縣布袋鎮上海東路 14 號「祐安藥局」，其於民國 99 年 6 月 8 日向被告所屬衛生局申請支援臺中市幸福大藥局，執行一般藥師業務，經被告認定與藥師法第 11 條規定不符，乃於 99 年 6 月 21 日以府衛藥食字第 0990096955 號函，以藥師法第 11 條規定藥師經登記領照執業者，其執業處應以 1 處為限，原告申請支援，礙難同意等語，否准原告之申請。原告不服，提起訴願，未獲變更，遂提起本件行政訴訟。

三、本件原告主張：

依藥師法第 11 條規定「藥師經登記領照執業者，其執業處所應以 1 處為限。」原告主張藥師法第 11 條違憲，依司法院釋字第 371、572、590 號解釋，要求紛爭一次解決性原則，請求法官就藥師法第 11 條規定聲請釋憲。因僅藥師不可支援，其他醫事人員卻可支援，違反工作權及平等權，明顯違憲。本件原告體力足以支援醫院大夜班之藥師工作，依現行法不允許，然醫師、護士卻可以，故請求鈞院依司法院釋字第 649 號解釋聲請釋憲。另行政院衛生署 99 年 3 月 12 日署授食字第 0980038866A 號函略以，藥師人力已充足，並以藥局雙軌制為由，不開放藥事人員支援申請。然醫師、護士人數較藥師更多，卻仍開放支援，而物理治療師、放射師亦為雙軌制，亦可支援，足認行政院衛生署函覆不實，明顯係藥師公會介入所致，實為藥師如開放支援，藥師薪水將大幅減低，行政院衛生署始採此意見，自屬違憲。再依行政院衛生署查詢系統，檢驗師僅 8,364 人，並屬雙軌制，卻開放支援，醫師有 38,000 人，護理師有 100,000 人，亦開放支援，因此上開行政院衛生署函分明量身訂作，而使藥師可刁難醫師等情。並聲明求為判決撤銷訴願決定及原處分；並請求被告應依原告 99 年 6 月 8 日申請作成准予支援他處所工作之行政處分。

四、被告則以：

按藥師法第 11 條規定：「藥師經登記領照執業者，其執業處所應以 1 處為限。」並無其他得支援或經報備後可至其他醫（藥）事管理機構執行藥師業務之明文，被告依法律規定予以否准原告所請，於法並無不合等語，資為抗辯。並聲明求為判決駁回原告之訴。

五、如事實概要欄所示之事實，有原告 99 年 6 月 8 日申請函、被告 99 年 6

月 21 日府衛藥食字第 0990096955 號函、本件訴願決定等附本院卷可憑，並經兩造陳明在卷，堪以認定。茲就兩造之爭執論述如下：

- (一) 按「藥師經登記領照執業者，其執業處所應以 1 處為限。」「違反第 5 條第 2 項、第 11 條或第 20 條之規定者，處新臺幣 3 萬元以上 15 萬元以下罰鍰。」分別為藥師法第 11 條及第 23 條所明定。揆諸首揭藥師法第 11 條規定，可知藥師經登記領照執業，其執業處所應以 1 處為限，而該條文並無得支援或經報備後可至其他醫（藥）事管理機構或場所執行藥師業務之例外規定，且藥師在 2 處以上執業處所執業，即屬違反藥師法第 11 條之規定，主管機關得依藥師法第 23 條規定，處以 3 萬元以上 15 萬元以下罰鍰。是藥師經登記領照執業，其執業處所應以 1 處為限，應無疑義。
- (二) 本件原告經登記領有藥事執照，執業登錄於嘉義縣布袋鎮上海東路 14 號「祐安藥局」，其於 99 年 6 月 8 日向被告所屬衛生局申請支援臺中市幸福大藥局，執行一般藥師工作調劑業務等情，並有原告 99 年 6 月 8 日申請函附於本院可稽。惟查，原告既執業登錄於嘉義縣布袋鎮上海東路 14 號「祐安藥局」，依藥師法第 11 條規定，藥師經登記領照執業，其執業處所應以 1 處為限，故原告應不得再至他處支援一般藥師業務，至為明確。從而，被告據以認定原告申請之內容核與藥師法第 11 條規定不符，以 99 年 6 月 21 日府衛藥食字第 0990096955 號函否准原告之申請，核無不合，原告並請求被告應作成准予原告支援他處所工作之行政處分，亦無理由。
- (三) 至原告主張只有藥師不可支援，其他醫事人員皆可支援，爭執藥師法第 11 條之規定違反工作權及平等權，請求依司法院釋字第 649 號解釋精神，聲請釋憲云云。按「憲法第 15 條規定人民之工作權應予保障，人民從事工作並有選擇職業之自由，如為增進公共利益，於符合憲法第 23 條規定之限度內，對於從事工作之方式及必備之資格或其他要件，得以法律或經法律授權之命令限制之。」司法院釋字第 612 號著有解釋。又查，立法院公報第 68 卷第 42 期委員會紀錄第 39-40 頁有關藥師法第 11 條修正條文討論過程記載：「第 11 條修正案所以規定『其執業處所應以 1 處為限』主要在配合『藥物藥商管理法』之規定……又所以規定以 1 處為限，其目的在配合『藥物藥商管理法』之專任精神」等語，有立法院公報第 68 卷第 42 期委員會紀錄附卷可佐。參以卷附行政院衛生署 99 年 3 月 12 日署授食字第 0980038866A 號函記載：「受文者：劉泓志醫師（即本件送達代收人）……二、經查本署 98 年 12 月 9 日衛署藥字第 0980034610 號函說明略以：……，依據本署統計，與其他國家每萬人口藥事人員比例之比較，顯示我國藥事人力已充足，故藥師

支援制度尚無必要性。」等語，並有行政院衛生署 99 年 3 月 12 日署授食字第 0980038866A 號函附卷可稽。足見藥師法第 11 條規定，限制藥師經登記領照執業，其執業處所應以 1 處為限，該條文雖無得支援或經報備後可至其他醫（藥）事管理機構或場所執行藥師業務之例外規定，以致造成藥師僅能於 1 處執業，然藥師法第 11 條之立法目的係為配合藥物藥商管理法（82 年 2 月 5 日改名為藥事法）之專任精神，且主管機關行政院衛生署因目前藥師人力已充足，而認定無藥師支援之必要性，故此立法限制乃為增進公共利益，與憲法第 23 條之規定尚無牴觸，對於憲法所保障之工作權，尚不致構成重大之限制，核與工作權及平等權無違。況上開藥師法第 11 條規定限制藥師執業處所應以 1 處為限是否妥適，乃屬立法機關自由形成之權限，核與憲法第 7 條、第 15 條、第 23 條規定並無牴觸，原告請求本院聲請大法官會議解釋，非有理由，不應准許，併此敘明。

六、綜上所述，原告前揭主張既不可採，則被告 99 年 6 月 21 日府衛藥食字第 0990096955 號函，否准原告申請至他處支援一般藥師業務，並無不合；訴願決定予以維持，亦無違誤；原告起訴意旨求為均予撤銷，並請求被告應作成准予原告申請至他處工作之行政處分，均無理由，應予駁回。又本件事證已臻明確，兩造其餘陳述及主張皆與本件裁判基礎無涉，爰無逐一論述之必要，附此敘明。

七、據上論結，本件原告之訴為無理由，依行政訴訟法第 98 條第 1 項前段、第 218 條、民事訴訟法第 385 條第 1 項前段，判決如主文。

中 華 民 國 99 年 11 月 30 日
（本件聲請書其餘附件略）

抄楊岫涓釋憲聲請書

案號：高雄高等行政法院 100 年度訴字第 243 號判決，及最高行政法院 100 年度裁字第 2562 號裁定

聲請解釋憲法之目的 —13 種醫事人員中，只有藥事人員，不得支援其他醫療院

所調劑工作，是否違憲？

聲請人依照司法院規定，分述如下：

聲請解釋憲法的聲請書要如何書寫？

A：聲請解釋憲法應以書面載明下列事項（以 A4 紙張書寫，直式橫書，即如本 Q&A 書寫方式）：

(1) 聲請解釋憲法之目的。

應說明確定終局裁判所適用的某條法律或何項命令，如何牴觸憲法。

(2) 法律或命令見解發生歧異之經過及涉及之法律或命令條文。其內容應包含：

I. 憲法上所保障的權利遭受不法侵害的事實，及涉及的憲法條文。

II. 所經過的訴訟程序。

III. 確定終局裁判所適用的法律或命令的名稱及內容。

IV. 有關機關處理本案的主要文件及說明。

(3) 聲請解釋憲法的理由，以及聲請人對本案所主張的立場及見解。內容應包含：

I. 確定終局裁判所適用的法律或命令，發生有牴觸憲法疑義的內容。

II. 聲請人對於疑義所主張的見解。

III. 解決疑義必須解釋憲法的理由。

IV. 關係文件之名稱及件數。

(參考法條：同法第八條第二項)

聲請人不服高雄高等行政法院 100 年度訴字第 243 號判決，及最高行政法院 100 年度裁字第 2562 號裁定，依法釋憲。

應說明確定終局裁判所適用的某條法律或何項命令，如何牴觸憲法。

高雄高等行政法院 100 年度訴字第 243 號判決，及最高行政法院 100 年度裁字第 2562 號裁定，適用藥師法第 11 條，不准聲請釋憲人即楊岫涓藥師，支援他處調劑工作，聲請釋憲人認違反憲法第 5、7 條平等權及第 15 條工作權。

法律或命令見解發生歧異之經過及涉及之法律或命令條文。其內容應包含所經過的

訴訟程序。

聲請釋憲人，以書函申請支援臺中幸福大藥局調劑工作，遭嘉義縣政府駁回，訴願亦駁回，不服提告，遭高雄高等行政法院 100 年度訴字第 243 號判決駁回，上訴亦遭最高行政法院 100 年度裁字第 2562 號裁定駁回。

確定終局裁判所適用的法律或命令的名稱及內容。

藥師法第 11 條—藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限。（不可支援他處工作）

| 憲法上所保障的權利遭受不法侵害的事實，及涉及的憲法條文。 |

憲法保障工作權，本人工作之祐安診所，週 4 休息，又逢臺中市幸福大藥局藥師有事情，因此申請支援該藥局工作，卻遭法院駁回，原因為藥師法第 11 條規定，不准藥師支援他處調劑工作，惟查憲法第 15 條保障工作權，憲法第 5、7 條保障平等權，只有藥事人員不可支援他處調劑工作，明顯藥師不平等於其他藥事人員，再見立法院第 7 屆第 3 會期，也認為必須修改藥師法第 11 條，以實現公平權及工作保障權。

藥師可能都不會車禍、意外嗎？都不可以生病嗎？藥師生病沒有其他藥師可以支援工作必須關門，合憲嗎？醫師、護士都可以彼此支援，他們才可以生病嗎？

藥師工作權明顯遜於其他醫事人員，不可支援其他院所工作，假如原告體力可以，要支援醫院大夜班的藥師工作，並不可以，但醫師、護士都可以支援其他醫院大夜班的醫師、護士工作，該法明確妨礙工作權及平等權，大法官應該認為藥師法第 11 條，為違反工作權及平等權之違憲法律，應命令相關單位修法，藥師法第 11 條調劑權淪為藥師、醫師、藥商，金錢運作之皮球及利益要脅工具，大法官基於良知，應該糾正之，法官固尊重立法者，然立法委員自己因調劑事收賄被判刑，如何可以依賴？

衛生署公文 99 年 3 月 12 日署授食字第 0980038866A 號函略以，藥師人力夠，另有藥局雙軌制為由，不開放藥事人員支援申請（支援為一報備於衛生局，工作於執照登錄之其他處，非只於執登處工作）。

惟查一醫師、護士，人數比藥師多更多，卻仍開放支援。

再查一物理治療師、放射師，也是雙軌制，（可診所內聘，也可自行開業物理治療所／檢驗所）仍開放二師支援他處工作，可見衛生署說謊，別有隱情。

明顯是藥師公會及藥商公會行賄介入所致，認為藥師如開放支援，藥師支援他處方便，藥師公會會抽不到錢，藥商會沒有調劑權，衛生署配合演出，衛生署枉法行政標的恰與行賄標的相同。不禁令人搖頭，分明違憲，要求釋憲。

衛生署明知藥師不可支援，自創藥師歇息計畫及居家照顧計畫，投入 3,600 萬元，枉法藥師可以外出到病人家居家照護，藥師法第 11 條分明淪為衛生署提款機，堅不送修法，是否有不當利益？經過抽頭就可以枉法外出，自己要支援他處就不可以，因為沒有被抽頭。

立法委員及主管機關不可信賴，利益優先，不可信立法院。

聲請解釋憲法的理由，以及聲請人對本案所主張的立場及見解。內容應包含：

確定終局裁判所適用的法律或命令，發生有牴觸憲法疑義的內容。

終局裁判適用藥師法第 11 條—藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限，聲請人認該法律有違工作權及平等權。

聲請人對於疑義所主張的見解。

大法官應該認為藥師法第 11 條，為違反工作權及平等權之違憲法律，命令相關單位修法。藥師法第 11 條調劑權淪為藥師、醫師、藥商，金錢運作之怪胎，大法官基於良知，應該糾正之。

解決疑義必須解釋憲法的理由、關係文件之名稱及件數。

必須給予人民工作權及平等權，因此要求解釋憲法。

附件一

1. 高雄高等行政法院 100 年度訴字第 243 號判決，上訴亦遭最高行政法院 100 年度裁字第 2562 號裁定駁回。
2. 總統府函 100.02.25 認為不公。
3. 總統府 100.04.22 函—透過衛生署就可以枉法外出居家藥事服務。
4. 不給藥師支援，因為藥商才能運作。
5. 只有藥師不可以支援他處。

聲請釋憲人：楊 岫 涓

中 華 民 國 100 年 11 月 08 日

（附件一）

高雄高等行政法院判決

100 年度訴字第 243 號

原 告 楊 岫 涓

送達代收人 劉 泓 志

被 告 嘉義縣政府

代 表 人 張 花 冠 縣長

訴訟代理人 李 艾 璧

上列當事人間藥師法事件，原告不服行政院衛生署中華民國 100 年 4 月 28 日衛署訴字第 1000005201 號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、程序事項：

本件原告經合法通知，無正當理由不到場，核無行政訴訟法第 218 條準用民事訴訟法第 386 條所列各款情形，爰依被告之聲請，由其一造辯論而為判決。

二、事實概要：

緣原告係藥師，執業登錄於嘉義縣布袋鎮上海東路 14 號「祐安藥局」，其於民國 100 年 1 月 31 日向被告所屬衛生局申請於 100 年 8 月 11 日上午 11 時至 12 時支援臺中市幸福大藥局執行一般藥師業務，經被告以 100 年 2 月 14 日府衛藥食字第 1000012316 號函以其不符藥師法第 11 條規定為由，否准原告之申請。原告不服，提起訴願，經遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

三、本件原告主張略以：（一）現行法制藥師法第 11 條規定：「藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限。」是否有違憲之虞，蓋藥師工作權明顯遜於他醫護人員，且醫師、護士都可支援，而獨藥師不行，可見現行藥師法第 11 條明顯違反工作權及平等權而違憲，法官應依紛爭一次解決性原則，依司法院釋字第 371 號、第 572 號、第 590 號及第 649 號解釋聲請釋憲。（二）藥師大多希望可以支援他處工作，有藥師週刊關於藥師自願義診及居家照護報導可參，但藥師公會則是希望支援必須透過公會，方可以抽成，只要被抽成，就可以枉法得到違法不罰，並被健保給付，且行政院衛生署（下稱衛生署）更枉法配合演出架空藥師法第 11 條，其堅持不修法使藥師可以外出支援，就是故意製造藥師不足以到中醫診所調劑之假象，只要藥師法第 11 條修正，中醫診所藥師就會足夠，只要藥師足夠去中醫診所，衛生署就沒辦法圖利中藥商等語。並聲明求為判決：一、撤銷訴願決定及原處分。二、被告應依原告 100 年 1 月 31 日之申請，作成准許原告於 100 年 8 月 11 日上午 11 時至 12 時支援臺中市幸福大藥局執行一般藥師業務之行政處分。

四、被告則以：按藥師法第 11 條規定：「藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限。」，並無其他得支援或經報備後可至其他醫（藥）事管理機構執行藥

師業務之明文，被告係依法律規定予以否准原告所請，於法並無不合。至原告其餘訴訟之理由概與本案作成處分之依據無關，爰不一一答辯等語，資為抗辯。並聲明求為判決駁回原告之訴。

五、本件如事實概要欄所載之事實，業經兩造分別陳述在卷，並有原告之執業登錄資料、原告 100 年 1 月 31 日申請函、被告 100 年 2 月 14 日府衛藥食字第 1000012316 號函等附於訴願卷及原處分卷可稽，洵堪認定。原告雖以前揭情詞資為爭執，惟查：

- (一) 按「藥師經登記領照執業者，其執業處所應以 1 處為限。」「違反第 5 條第 2 項、第 11 條或第 20 條之規定者，處新臺幣 3 萬元以上 15 萬元以下罰鍰。」分別為藥師法第 11 條、第 23 條所明定。揆諸首揭藥師法第 11 條規定，可知藥師經登記領照執業，其執業處所應以 1 處為限，而該條文並無得支援或經報備後可至其他醫（藥）事管理機構或場所執行藥師業務之例外規定，且藥師在 2 處以上執業處所執業，即屬違反藥師法第 11 條之規定，主管機關得依藥師法第 23 條規定，處以新臺幣 3 萬元以上 15 萬元以下罰鍰。故藥師經登記領照執業，其執業處所應以 1 處為限，應無疑義。
- (二) 本件原告經登記領有藥事執照，執業登錄於嘉義縣布袋鎮上海東路 14 號「祐安藥局」，其於 100 年 1 月 31 日向被告所屬衛生局申請於 100 年 8 月 11 日上午 11 時至 12 時支援臺中市幸福大藥局，執行一般藥師業務等情，有原告 100 年 1 月 31 日申請函附於原處分卷可稽。惟查，原告既執業登錄於嘉義縣布袋鎮上海東路 14 號「祐安藥局」，依藥師法第 11 條規定，藥師經登記領照執業，其執業處所應以 1 處為限，故原告應不得再至他處支援一般藥師業務，至為明確。從而，被告據以認定原告申請之內容核與藥師法第 11 條規定不符，乃以 100 年 2 月 14 日府衛藥食字第 1000012316 號函否准原告之申請，核無不合。原告雖主張現行法制只有藥師不可支援，其他醫事人員皆可支援，爭執藥師法第 11 條之規定違反工作權及平等權，請求本院依司法院釋字第 371 號、第 572 號、第 590 號及第 649 號解釋，聲請釋憲云云。惟按「憲法第 15 條規定人民之工作權應予保障，人民從事工作並有選擇職業之自由，如為增進公共利益，於符合憲法第 23 條規定之限度內，對於從事工作之方式及必備之資格或其他要件，得以法律或經法律授權之命令限制之。」司法院釋字第 612 號著有解釋。又查，立法院公報第 68 卷第 42 期委員會紀錄第 39-40 頁有關藥師法第 11 條修正條文討論過程記載：「第 11 條修正案所以規定『其執業處所應以 1 處為限』主要在配合『藥物藥商管理法』之規定……又所以規定以 1 處為限，其目的在配合『藥物藥商

管理法』之專任精神」等語，有立法院公報第 68 卷第 42 期委員會紀錄影本附卷可佐。參以卷附衛生署 98 年 12 月 9 日衛署藥字第 0980034610 號函記載：「受文者：劉泓志醫師（即本件原告送達代收人）主旨：有關台端要求核准藥師支援報備乙案……說明二、根據本署統計，全國藥事人員約為 4.4 萬人，比較美國、英國、日本及我國藥事人員比例，分別為 7 人、6 人、12 人及 11 人（每萬人口），顯示我國藥事人力充足，故應積極促進這些藥事人員投入執業場所，而非建立支援藥師制度。」等語。足見藥師法第 11 條規定，限制藥師經登記領照執業，其執業處所應以 1 處為限，該條文雖無得支援或經報備後可至其他醫（藥）事管理機構或場所執行藥師業務之例外規定，以致造成藥師僅能於 1 處執業，然藥師法第 11 條之立法目的係為配合藥物藥商管理法（82 年 2 月 5 日改名為藥事法）之專任精神，且主管機關衛生署因目前藥師人力已充足，而認定無建立藥師支援制度之必要性，故此立法限制乃為增進公共利益，與憲法第 23 條之規定尚無抵觸，對於憲法所保障之工作權，尚不致構成重大之限制，核與人民之工作權及平等權無違。況上開藥師法第 11 條規定限制藥師執業處所應以 1 處為限是否妥適，乃屬立法機關自由形成之權限，核與憲法第 7 條、第 15 條、第 23 條規定並無抵觸，是原告請求本院聲請司法院大法官解釋，非有理由，不應准許。

六、綜上所述，原告前揭主張既不可採，則被告以 100 年 2 月 14 日府衛藥食字第 1000012316 號函，否准原告申請至他處支援一般藥師業務，並無不合；訴願決定予以維持，亦無違誤。原告起訴意旨求為撤銷訴願決定及原處分，並請求被告應作成准許原告於 100 年 8 月 11 日上午 11 時至 12 時支援臺中市幸福大藥局執行一般藥師業務之行政處分，均無理由，應予駁回。又本件事證已臻明確，原告其餘陳述及主張皆與判決結果無何影響，爰無逐一論述之必要，附此敘明。

七、據上論結，本件原告之訴為無理由，依行政訴訟法第 98 條第 1 項前段、第 218 條、民事訴訟法第 385 條第 1 項前段，判決如主文。

中 華 民 國 100 年 7 月 29 日
（本件聲請書其餘附件略）

抄楊岫涓釋憲聲請書

案號：高雄高等行政法院 100 年度訴字第 606 號判決及最高行政法院 101 年度裁字第 854 號裁定

聲請解釋憲法之目的——是否擁有多張醫事執照之人，法律沒有明文禁止之規定下

，卻必須執照登記於同一地點，方可擁有工作權為違憲？

聲請人依照司法院規定，分述如下：

聲請解釋憲法的聲請書要如何書寫？

A：聲請解釋憲法應以書面載明下列事項（以 A4 紙張書寫，直式橫書，即如本 Q&A 書寫方式）：

（1）聲請解釋憲法之目的。

應說明確定終局裁判所適用的某條法律或何項命令，如何抵觸憲法。

（2）法律或命令見解發生歧異之經過及涉及之法律或命令條文。其內容應包含：

I. 憲法上所保障的權利遭受不法侵害的事實，及涉及的憲法條文。

II. 所經過的訴訟程序。

III. 確定終局裁判所適用的法律或命令的名稱及內容。

IV. 有關機關處理本案的主要文件及說明。

（3）聲請解釋憲法的理由，以及聲請人對本案所主張的立場及見解。內容應包含：

I. 確定終局裁判所適用的法律或命令，發生有抵觸憲法疑義的內容。

II. 聲請人對於疑義所主張的見解。

III. 解決疑義必須解釋憲法的理由。

IV. 關係文件之名稱及件數。

（參考法條：同法第八條第二項）

聲請釋憲人不服高雄高等行政法院 100 年度訴字第 606 號判決及最高行政法院 101 年度裁字第 854 號裁定，依法釋憲。

應說明確定終局裁判所適用的某條法律或何項命令，如何抵觸憲法。

高雄高等行政法院 100 年度訴字第 606 號判決及最高行政法院 101 年度裁字第 854 號裁定，不准聲請釋憲人即楊岫涓藥師（已使用藥師執照登記於嘉義縣祐安藥局），要再登記其護士執照於雲林縣玄祐診所，適用護理人員法第 8 條，在法律沒有明文禁止下，申請工作，執照登記，卻被否決，認聲請釋憲人被妨礙工作權。衛生署等與法院等違反憲法第 5、7 條平等權及第 15 條工作權及第 23 條。

法律或命令見解發生歧異之經過及涉及之法律或命令條文。其內容應包含所經過的

訴訟程序。

聲請釋憲人具有藥師及護士資格，擁有 2 執照，已以藥師資格執業登錄於嘉義縣「祐安藥局」。嗣於民國 100 年 3 月 23 日向雲林縣政府及雲林縣衛生局申請以護士資格執業登錄於該縣之曾仁德即玄祐診所（下稱玄祐診所），案經雲林縣政府以 100 年 4 月 1 日府衛醫字第 1003000372 號否決聲請釋憲人辦理情形，並將其護士證書正本、照片及執業異動申請書影本等資料檢還。聲請釋憲人不服，向行政院衛生署（下稱衛生署）提起訴願，經該署以 100 年 6 月 2 日衛署訴字第 1000010044 號訴願決定書決定：「原處分機關 100 年 4 月 11 日府衛醫字第 1003000418 號函撤銷，由原處分機關另為適法之處分。」

雲林縣政府遂依該署上開之訴願決定書意旨，再以 100 年 7 月 22 日府衛醫字第 1003000958 號函略以：楊岫涓已用藥師資格執業登錄於嘉義縣祐安藥局，不符雙重資格執業場所以同一處所為限之規定等語，而駁回聲請釋憲人之申請。

聲請釋憲人等人不服，再向衛生署提起訴願，嗣經該署以 100 年 11 月 4 日衛署訴字第 1000018624 號訴願決定書決定：「訴願駁回。」

聲請釋憲人遂向高雄高等行政法院提起行政訴訟，聲請釋憲人部分經高雄高等行政法院判決駁回，聲請釋憲人不服，遂提起上訴，仍遭駁回，因此提出釋憲。

聲請人不服高雄高等行政法院 100 年度訴字第 606 號判決及最高行政法院 101 年度裁字第 854 號裁定，依法釋憲。

確定終局裁判所適用的法律或命令的名稱及內容。

護理人員法

第八條（執業執照之發給）【相關罰則】§ 33

護理人員應向執業所在地直轄市、縣（市）主管機關申請執業登記，領有執業執照，始得執業。

護理人員執業，應每六年接受一定時數繼續教育，始得辦理執業執照更新。

第一項申請執業登記之資格、條件、應檢附文件、執業執照發給、換發、補發、更新與前項繼續教育之課程內容、積分、實施方式、完成繼續教育之認定及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之。

第九條（護理人員不得執業之條件）

有下列情形之一者，不得發給執業執照；已領者，撤銷或廢止之：

- 一、經廢止護理人員證書。
 - 二、經廢止護理人員執業執照未滿一年。
 - 三、罹患精神疾病或身心狀況違常，經主管機關認定不能執行業務。
- 前項第三款原因消失後，仍得依本法規定申請執業執照。
- 主管機關依第一項第三款規定為認定時，應委請相關專科醫師鑑定。

憲法上所保障的權利遭受不法侵害的事實，及涉及的憲法條文。

憲法第五條 中華民國各民族一律平等。

第七條 中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。

第十五條 人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。

第二十三條 以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人之必要者外，不得以法律限制之。

聲請人對於疑義所主張的見解。

護理人員法第 8、9 條並明文禁止如果有人有雙執照，其中之一執照已登記他處，就不可再以護士執照再登記於另處之明文限制，本案自增法律所無之限制之狀況，為妨礙聲請釋憲人工作權，釋字第 469 號解釋—不可自增法律所無之限制，法官沒有依法判決，本案妨礙聲請釋憲人工作權，雙執照本就可以並用，有監察院糾正衛生署不法限制中華民國國民只可使用一張執照之舊狀況可證，法律沒有規定—不可使用雙執照或必須登記同一處予衛生署法律授權禁止人民工作權之限制，法院違反護理人員法第 8 條妨礙聲請釋憲人工作權，聲請釋憲人藥師執照登記嘉義縣祐安藥局，聲請釋憲人要再登記護士執照於雲林縣玄祐診所，法律沒有規定不可以，就不可以妨礙憲法保障之工作權，有釋字第 469 號解釋及最高行政法院九十七年十二月份第三次庭長法官聯席會議決議可證。

解決疑義必須解釋憲法的理由、關係文件之名稱及件數。

1. 原判決。
2. 監察院多次糾正衛生署無法律禁止卻限制只可使用一張執照狀況。
3. 釋字第 469 號解釋。

4. 最高行政法院九十七年十二月份第三次庭長法官聯席會議決議。
5. 執照證書。
6. 衛生署違法之妨礙工作權函釋。
7. 平等比照釋憲前例。

聲請釋憲人：楊 岫 涓

中 華 民 國 100 年 06 月 22 日

(附件一)

高雄高等行政法院判決

100 年度訴字第 606 號

原 告 楊 岫 涓

被 告 雲林縣政府

代 表 人 蘇 治 芬 縣長

訴訟代理人 洪 肇 瑩

許 淑 雲

上列當事人間藥師法事件，原告不服行政院衛生署中華民國 100 年 11 月 4 日衛署訴字第 1000018624 號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、程序事項：

原告經合法通知，無正當理由而未於言詞辯論期日到場，核無行政訴訟法第 218 條準用民事訴訟法第 386 條所列各款情形，爰依被告之聲請，由其一造辯論而為判決。

二、事實概要：

緣原告具有藥師及護士資格，以藥師資格執業登錄於嘉義縣「祐安藥局」，嗣於民國 100 年 3 月 23 日向被告所屬衛生局申請以護士資格執業登錄於該縣之本件另一原告曾仁德即玄祐診所（下稱玄祐診所），案經被告以 100 年 4 月 1 日府衛醫字第 1003000372 號函復原告辦理情形，並將其護士證書正本、照片及執業異動申請書影本等資料檢還，俟後發現該函因有瑕疵，被告乃以 100 年 4 月 11 日府衛醫字第 1003000418 號函予以撤銷並更正。原告及本件另一名原告曾仁德即玄祐診所不服，向行政院衛生署（下稱衛生署）提起訴願，經該署以 100 年 6 月 2 日衛署訴字第 1000010044 號訴願決定書決定：「曾仁德即玄

祐診所之訴願及楊岫涓對於原處分機關 100 年 4 月 1 日府衛醫字第 1003000372 號函之訴願不受理。原處分機關 100 年 4 月 11 日府衛醫字第 1003000418 號函撤銷，由原處分機關另為適法之處分。」被告遂依該署上開之訴願決定書意旨，以 100 年 7 月 22 日府衛醫字第 1003000958 號函略以：楊岫涓已用藥師資格執業登錄於嘉義縣祐安藥局，不符雙重資格執業場所以同一處所為限之規定等語，而駁回原告之申請。原告及本件其餘原告曾仁德即玄祐診所、劉泓志等人猶未甘服，再向衛生署提起訴願，嗣經該署以 100 年 11 月 4 日衛署訴字第 1000018624 號訴願決定書決定：「玄祐診所即曾仁德、劉泓志之訴願不受理。其餘訴願駁回。」原告遂提起本件行政訴訟（關於另二位原告曾仁德即玄祐診所及劉泓志部分，由本院另以裁定駁回）。

三、本件原告未於準備程序及言詞辯論期日到庭，據其所提出之書狀主張略以：

（一）憲法保障工作權，原告依護理人員法第 8 條規定，申請執業登記遭否准，係妨礙原告之工作權，原告固然於嘉義縣為藥師之執業登記，但無礙憲法保護護士之工作權，衛生署 100 年 4 月 1 日衛署醫字第 1000007247 號函釋（下稱第 1000007247 號函釋），無法律依據，違反司法院釋字第 443 號、第 522 號、第 313 號、第 137 號、第 216 號、第 612 號、第 638 號、第 275 號、第 621 號、第 641 號解釋之精神，相關法律並無藥師及護士執照登記須於同一處之規定，而藥師法第 11 條所謂以一處為限，係指以藥師身分只可在執照登記處作藥師工作，未延伸為有藥師執照之人，使用護士執照工作仍必須登記於同一處，此有總統府公共事務室 100 年 2 月 25 日華總公三字第 10000035080 號函（137 頁）可參。是依行政罰法第 11 條、公務員服務法第 2 條、第 3 條及憲法第 172 條之規定，上揭衛生署函釋不得予以適用，被告卻依上揭函釋意旨，否准原告之申請，係不允許護士工作權，違反憲法第 15 條及第 23 條規定。

（二）嘉義縣祐安藥局，週 4 及週 5 早上休息，而玄祐診所恰好週 4 及週 5 早上開診，原告當然可以護士執照登記於該診所，並於該診所週 4 及週 5 早上工作，不受藥師法之拘束，至其餘時間原告係以藥師身分在祐安藥局工作，不受護理人員法之拘束，依衛生署 99 年 4 月 7 日衛署醫字第 0990008146 號函釋護士可支援他處工作之意旨，及護理人員法第 12 條規定，未限制護士另以藥師執照登記須以同處為限等情。並聲明求為判決：1. 撤銷原處分及訴願決定。2. 命被告作成准允原告於玄祐診所為護士執業登記之處分。

四、被告則以：

原告同時具有藥師及護士資格，其原已用藥師資格執業登錄於嘉義縣祐安藥局，

而其於 100 年 3 月 23 日向被告所屬衛生局申請再以護士資格執業登錄於轄內之玄祐診所，案經被告所屬衛生局於 100 年 3 月 30 日以雲衛醫字第 1000007157 號函向衛生署請示在案，經該署於 100 年 5 月 11 日以衛署醫字第 1000065378 號函檢送該署第 1000007247 號函釋示：「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……。」另考量恐影響原告使用護士證書正本之權益，遂於 100 年 4 月 1 日以府衛醫字第 1003000372 號函先行檢還相關證件及申請資料，並將辦理情形函復原告。俟後發現該函因有瑕疵，被告乃於 100 年 4 月 11 日以府衛醫字第 1003000418 號函予以撤銷並更正。原告及玄祐診所不服，向衛生署提起訴願，經該署於 100 年 6 月 2 日以衛署訴字第 1000010044 號訴願決定書決定：「曾仁德即玄祐診所之訴願及楊岫涓對於原處分機關 100 年 4 月 1 日府衛醫字第 1003000372 號函之訴願不受理。原處分機關 100 年 4 月 11 日府衛醫字第 1003000418 號函撤銷，由原處分機關另為適法之處分。」被告遂依該署上開之訴願決定書及第 1000007247 號函釋意旨，於 100 年 7 月 22 日以府衛醫字第 1003000958 號函另為處分，原告楊岫涓、玄祐診所及本件另一原告劉泓志等人不服，再向衛生署提起訴願，後經該署於 100 年 11 月 4 日以衛署訴字第 1000018624 號訴願決定書決定：「玄祐診所即曾仁德、劉泓志之訴願不受理。其餘訴願駁回。」原告不服，向鈞院提起行政訴訟。則被告均依法令及中央之規定辦理，並無不當等語，資為抗辯，並聲明求為判決駁回原告之訴。

五、本件如事實概要欄所示之事實，有原告申請書（86 頁）、被告 100 年 4 月 1 日府衛醫字第 1003000372 號函（98 頁）、100 年 4 月 11 日府衛醫字第 1003000418 號函（99 頁）、100 年 7 月 22 日府衛醫字第 1003000958 號函（85 頁）、衛生署 100 年 6 月 2 日衛署訴字第 1000010044 號（102 頁）及 100 年 11 月 4 日衛署訴字第 1000018624 號訴願決定書（16 頁）等附卷可憑，並經兩造陳明在卷，堪以認定。茲就兩造之爭執論述如下：

- （一）按「藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限。」「藥師應親自主持其所經營之藥局業務……。」「護理人員應向執業所在地直轄市、縣（市）主管機關申請執業登記，領有執業執照，始得執業。」「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。」「護理人員執業，其登記執業之處所，以一處為限。」分別為藥師法第 11 條、第 20 條前段、護理人員法第 8 條第 1 項、第 12 條及第 13 條所明定。又「…

…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，而該醫療機構有關人力計算只能擇一……。」亦經衛生署第 1000007247 號函釋在案。核醫事人員執業登記之處所或執業處所以一處為限之規定，係政府基於照顧國民健康、提升醫療服務品質、效率及均衡醫療資源分布所為之規定，又醫療業務執行，與一般消費關係性質之行為不同，醫事人員執行業務時，應善盡必要之注意及責任，並依其專長能力，提供妥適之醫療照護，是具有多重醫事人員資格身分者，其執業登記或執行業務之處所，亦應限於一處，始能達成上揭醫事人員執業登記之處所或執業處所以一處為限規定之立法目的。如允許具有多重醫事人員資格身分者，將其所有之醫事人員證書，分別登錄於不同場所，除該醫事人員於執業場所之間頻於奔波，而有違職業安全及衛生外，亦堪慮其服務品質及病人安全，且恐難防阻證書租借予未具醫事人員資格者執行醫療業務等情事，而造成衛生業務管理之困難。是衛生署本於職權所為之上揭函釋，未逾越藥師法及護理人員法之立法目的，有其公益上目的，為醫事人員執行業務所當然，而未增加人民之負擔，亦未違反憲法第 15 條、第 23 條規定及司法院釋字第 443 號、第 522 號、第 313 號、第 137 號、第 216 號、第 612 號、第 638 號、第 275 號、第 621 號、第 641 號解釋之精神，本院自得予以援用。

(二) 經查，原告具有藥師及護士資格，並以藥師資格執業登錄於嘉義縣「祐安藥局」，則其於 100 年 3 月 23 日向被告所屬衛生局申請以護士資格執業登錄於該縣之玄祐診所，顯已違反醫事人員具有雙重執業資格，其執業登記或執行業務之處所以同一處所之規定，則被告否准原告護士資格執業登錄之申請，並無違誤。次按總統府公共事務室 100 年 2 月 25 日華總公三字第 10000035080 號函（137 頁），僅係將原告就其係藥師，不服本院 99 年度訴字第 487 號判決、最高行政法院 100 年度裁字第 295 號裁定及衛生署釋示，關於藥師法第 11 條規定，致原告不能支援他處調劑工作乙事，致總統府之陳情書及附件檢送行政院秘書處卓處，此有該函附卷可參，則原告執該函爭執本件否准處分之違誤，顯屬誤解。

(三) 又按「……本署所核發之 14 種類別醫事人員中，除藥事人員（藥師、藥劑生）外，其餘 13 類醫事人員均得依其各該醫事人員專門職業法律規定，經向執業登錄所在地之衛生局事先申請支援報備，經核備程序完成，始可至他處執行醫療業務。」雖經衛生署 99 年 4 月 7 日衛署醫字第 0990008146 號函釋在案（138 頁）。核該函釋意旨僅係允許醫事人員於醫療人員缺乏之例外情形

，而得於他處支援醫療業務，非謂允許具有多重醫事人員資格身分者，其執業登記或執業處所不以一處為限。況上揭函釋亦將藥師排除於得支援醫療業務之外，則被告因原告已以藥師資格執業登錄於嘉義縣「祐安藥局」，而否准其以護士資格執業登錄於雲林縣之玄祐診所，自無違誤，亦未違反護理人員法第 12 條之規定。是原告主張：嘉義縣祐安藥局，週 4 及週 5 早上休息，而玄祐診所恰好週 4 及週 5 早上開診，原告當然可以護士執照登記於該診所，並於該診所週 4 及週 5 早上工作，不受藥師法之拘束，至其餘時間原告係以藥師身分在祐安藥局工作，不受護理人員法之拘束，依衛生署 99 年 4 月 7 日衛署醫字第 0990008146 號函釋護士可支援他處工作之意旨，及護理人員法第 12 條規定，未限制護士另以藥師執照登記須以同處為限云云，亦不足為採。

（四）綜上所述，原告前揭主張均不可採，原告起訴意旨求為撤銷原處分及訴願決定關於駁回其申請執業登錄部分，並請求被告作成准原告護士執照申請於玄祐診所工作執業登記之行政處分，均無理由，應予駁回。又本件事證已臻明確，兩造其餘陳述及主張皆與本件裁判基礎無涉，爰無逐一論述之必要，附此敘明。

六、又本件另一原告曾仁德即玄祐診所及劉泓志訴請撤銷原處分及訴願決定，並請求被告應作成准原告楊岫涓護士執照申請於玄祐診所工作執業登記之行政處分，因原告曾仁德即玄祐診所及劉泓志之訴不合法，由本院另以 100 年度訴字第 606 號裁定駁回之，附此敘明。

七、據上論結，本件原告之訴為無理由，依行政訴訟法第 98 條第 1 項前段、第 218 條、民事訴訟法第 385 條第 1 項前段，判決如主文。

中 華 民 國 101 年 1 月 31 日

（本件聲請書其餘附件略）

抄蔡美秀即泰元藥局釋憲聲請書

案號：高雄高等行政法院 100 年度訴字第 427 號判決及最高行政法院 100 年度裁字第 2897 號裁定

聲請解釋憲法之目的 —

13 種醫事人員中，只有藥事人員，不得支援其他醫療院所調劑，藥師法第 11 條是否違憲不公平？

藥師不可支援他處工作，是否妨礙憲法保障之人民工作權？

聲請人依照司法院規定，分述如下：

聲請解釋憲法的聲請書要如何書寫？

A：聲請解釋憲法應以書面載明下列事項（以 A4 紙張書寫，直式橫書，即如本 Q&A 書寫方式）：

（1）聲請解釋憲法之目的。

應說明確定終局裁判所適用的某條法律或何項命令，如何抵觸憲法。

（2）法律或命令見解發生歧異之經過及涉及之法律或命令條文。其內容應包含：

I. 憲法上所保障的權利遭受不法侵害的事實，及涉及的憲法條文。

II. 所經過的訴訟程序。

III. 確定終局裁判所適用的法律或命令的名稱及內容。

IV. 有關機關處理本案的主要文件及說明。

（3）聲請解釋憲法的理由，以及聲請人對本案所主張的立場及見解。內容應包含：

I. 確定終局裁判所適用的法律或命令，發生有抵觸憲法疑義的內容。

II. 聲請人對於疑義所主張的見解。

III. 解決疑義必須解釋憲法的理由。

IV. 關係文件之名稱及件數。

（參考法條：同法第八條第二項）

聲請人不服高雄高等行政法院 100 年度訴字第 427 號判決及最高行政法院 100 年度裁字第 2897 號裁定，依法釋憲。

應說明確定終局裁判所適用的某條法律或何項命令，如何抵觸憲法。

高雄高等行政法院 100 年度訴字第 427 號判決及最高行政法院 100 年度裁字第 2897 號裁定，適用藥師法第 11 條，不准聲請釋憲人，支援他處調劑工作，聲請釋憲人認藥師法第 11 條違反憲法第 5、7 條平等權（不公平於其他醫事人員）及第 15 條工作權及第 23 條被妨礙工作權（不可到支援醫院工作）。

法律或命令見解發生歧異之經過及涉及之法律或命令條文。其內容應包含所經過的

訴訟程序。

聲請釋憲人，申請支援他處調劑工作，遭臺南市政府駁回，訴願亦駁回，不服提

告，遭高雄高等行政法院 100 年度訴字第 427 號判決及最高行政法院 100 年度裁字第 2897 號裁定亦駁回。

確定終局裁判所適用的法律或命令的名稱及內容。

藥師法第 11 條—藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限（不可支援他處工作），聲請釋憲人認為此法律根本違憲。

憲法上所保障的權利遭受不法侵害的事實，及涉及的憲法條文。

憲法保障工作權，聲請釋憲人工作之藥局，恰好本藥局休息，欲支援他處工作，又逢被支援藥師有事情，因此申請支援到該藥局工作，卻遭市政府及法院駁回，原因為藥師法第 11 條規定，不准藥師支援他處調劑工作。

惟查憲法第 15 條保障工作權，憲法第 5、7 條保障平等權，且衛生署醫字第 0990008146 號函明指，只有藥事人員不可支援他處調劑工作，其他都可以，該法明顯藥師不平等於其他醫事人員，不公平於護士、放射師。

再見立法院第 7 屆第 3 會期，也認為必須修改藥師法第 11 條，以實現公平權及工作保障權，但遭利益團體阻礙，因為藥師公會意圖計畫，枉法使藥師可外出居家照護抽頭，但必須經由其同意，以抽介紹費、媒介費（公開秘密），只要透過被抽成就枉法外出工作，沒有被抽就不可以。

而藥商行賄立法委員被判刑，因為藥商行賄，阻止藥師可支援他處，藥商才可以爭取有調劑權，如果藥師有支援他處工作權，中藥師人力就夠，藥商就不會行賄，衛生署就沒有人去運作，因為藥師公會只運作西藥調劑不運作中藥調劑，所以衛生署只好計畫圖利中藥商。

藥師都不會車禍、意外嗎？都不可以生病嗎？藥師生病沒有其他藥師可以支援工作，必須關門，合憲嗎？醫師、護士都可以彼此支援，他們才可以生病嗎？藥師工作權明顯遜於其他醫事人員，不可支援其他院所工作，假如原告體力可以，要支援醫院大夜班的藥師工作，並不可以，但醫師、護士都可以支援其他醫院大夜班的醫師、護士工作—多賺錢，藥師法第 11 條根本明確妨礙藥師工作權及平等權。立法委員被判刑，可見立法委員公信力不可信，司法院大法官把關為義務，惡法亦法，要大法官糾正之。就連要去義診都要以架空法律方式違法去義診太不公平，衛生署認為醫師、護士可以去義診，但要依法報備，但藥師要去義診，直接以函示架空法律方式違法外出。

聲請解釋憲法的理由，以及聲請人對本案所主張的立場及見解。內容應包含：

確定終局裁判所適用的法律或命令，發生有牴觸憲法疑義的內容。

終局裁判—法院適用藥師法第 11 條—藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限，聲請人認該法律有違工作權及平等權，妨礙聲請釋憲人到他處之工作權，而其他人員都可以到他處工作。

聲請人對於疑義所主張的見解。

大法官應該認為藥師法第 11 條，為違反工作權及平等權之違憲法律，應命令相關單位修法。藥師法第 11 條調劑權淪為藥師、醫師、藥商，金錢運作之皮球及利益要脅工具，大法官基於良知，應該糾正之。法官固尊重立法者，然立法委員自己因調劑事收賄被判刑，如何可以依賴？衛生署公文 99 年 3 月 12 日署授食字第 0980038866A 號函略以，藥師人力夠，另有藥局雙軌制為由不開放藥事人員支援申請（支援為一報備於衛生局，工作於執照登錄之其他處，非只於執登處工作）。

惟查—醫師、護士，人數比藥師多更多，卻仍開放支援。

再查—物理治療師、放射師，也是雙軌制，（可診所內聘，也可自行開業物理治療所／檢驗所）仍開放二師支援他處工作，可見衛生署說謊，別有隱情。

聲請釋憲人認為明顯是藥師公會及藥商公會行賄介入所致，公會認為藥師如開放支援，藥師支援他處方便，藥師公會就抽不到錢，中藥師會因支援而人力充足，藥商將無法運作到有調劑權，就沒有人向衛生署行賄運作。且衛生署枉法行政的標的（枉法直接給藥商調劑權），恰與藥商行賄標的相同，不禁令人搖頭，衛生署為貪污，枉法分明違憲，要求釋憲。

衛生署明知藥師不可支援，卻自創藥師歇息計畫及居家照顧計畫，投入 3,600 萬元，枉法使藥師可以外出到病人家居家照護，藥師法第 11 條分明已淪為衛生署提款機及可索賄之工具，衛生署堅不送修法，因為就沒有得抽，也沒有人會行賄運作，衛生署是否有不當利益？一看就知，衛生署經過抽頭就可以枉法讓藥師外出，藥師自己要支援他處工作就不可以—因為沒有被抽頭。

立法委員及主管機關不可信賴，利益優先，不可信立法院已判刑。

| 解決疑義必須解釋憲法的理由、關係文件之名稱及件數。 |

憲法必須給予人民工作權及平等權，因此要求解釋憲法。聲請釋憲人要多一點工作機會，不可以以憲法第 23 條以外之不正當原因限制我工作權，且不公平於醫師、護士。

藥師要求工作權，請大法官釋憲。

附件一高雄高等行政法院 100 年度訴字第 427 號判決及最高行政法院 100 年度裁字第 2897 號裁定及相關物證。

聲請釋憲人：蔡美秀即泰元藥局

中 華 民 國 100 年 12 月 15 日

(附件一)

高雄高等行政法院判決

100 年度訴字第 427 號

原 告 蔡美秀即泰元藥局

被 告 臺南市政府衛生局

代 表 人 林聖哲 局長

訴訟代理人 曾文利

林春生

上列當事人間藥師法事件，原告不服臺南市政府中華民國 100 年 7 月 28 日府法濟字第 1000560513 號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、程序事項：

按「行政機關對於人民依法規之申請，除法規另有規定外，應按各事項類別，訂定處理期間公告之。未依前項規定訂定處理期間者，其處理期間為 2 個月。」

「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法定期間內應作為而不作為，認為損害其權利或利益者，亦得提起訴願。前項期間，法令未規定者，自機關受理申請之日起為 2 個月。」「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」行政程序法第 51 條第 1 項、第 2 項、訴願法第 2 條及行

政訴訟法第 5 條第 1 項分別定有明文。本件原告於民國 100 年 4 月 17 日向被告申請於同年 12 月 22 日上午 8 時起至 11 時止支援登錄於嘉義縣布袋鎮上海東路 18 號之「祐安藥局」（即本件另一原告楊岫涓之藥局），執行一般藥師業務，被告於 100 年 4 月 28 日以南市衛食藥字第 1000015981 號函向行政院衛生署請釋，經行政院衛生署以 100 年 5 月 24 日署授食字第 1000026983 號函覆後，被告以 100 年 6 月 2 日南市衛食藥字第 1000022044 號函轉上開行政院衛生署函，惟未對原告之申請作成處分。原告於 100 年 6 月 28 日（收文日期）提起訴願，主張被告未對原告之申請作成處分，依訴願法第 2 條規定提起訴願，查原告提起訴願時雖未滿行政程序法第 51 條第 2 項及訴願法第 2 條第 2 項規定機關受理申請之處理期限 2 個月之時間，惟嗣至 100 年 7 月 28 日作成訴願決定時，被告仍未就原告之申請作出行政處分，亦經被告訴訟代理人於本院言詞辯論時所是認，故其距離原告提出申請之時間即已逾 2 個月之時間，原告此部分訴願程序瑕疵即已治癒。又被告對原告之申請案件既未作成處分，則訴願決定以原告屬非依法申請及被告 100 年 4 月 28 日南市衛食藥字第 1000015981 號函非屬行政處分為由，為不受理之決定，自非適法。另按「高等行政法院如認定訴願決定從程序上不受理之案件，有違法之情形時，得否將訴願決定撤銷，發回原訴願機關重為決定？應視行政機關所為行政處分之性質而定，如行政機關之行政處分係屬羈束處分，僅生該處分是否適法之問題，高等行政法院依法可自行審查，自不須將訴願決定撤銷發回。若屬裁量處分，則因行政訴訟僅得審查行政處分是否違法，至其裁量是否適當，應由訴願機關負責審查，則除當事人明白表示不欲就裁量之適當與否為爭訟外，為保障當事人審級利益，自得將原訴願決定撤銷，由訴願機關重為決定。」（89 年第 2 次高等行政法院法律座談會第 6 號提案參照）。本件原告係申請被告作成同意原告於 100 年 12 月 22 日上午 8 時起至 11 時止支援祐安藥局執行一般藥師業務之行政處分，是被告應就原告之申請是否適法予以認定作成羈束處分，故本件訴願決定雖從程序上予以駁回，然本院仍應自行調查事實為實體審理，合先敘明。

二、事實概要：

緣原告執業登錄於臺南市中西區民權路 1 段 18 號「泰元藥局」，於 100 年 4 月 17 日向被告申請支援祐安藥局，執行一般藥師業務，經被告於 100 年 4 月 28 日以南市衛食藥字第 1000015981 號函向行政院衛生署請釋，經行政院衛生署以 100 年 5 月 24 日署授食字第 1000026983 號函覆後，被告以 100 年 6 月 2 日南市衛食藥字第 1000022044 號函轉上開行政院衛生署函。原告

不服，提起訴願，經訴願決定不受理，遂提起本件行政訴訟。

三、本件原告主張：

依藥師法第 11 條規定「藥師經登記領照執業者，其執業處所應以 1 處為限。」適用結果藥師不可支援他處，然其他醫事人員卻可支援，上開規定違反工作權及平等權，明顯違憲。本件原告體力足以支援醫院大夜班之藥師工作，依現行法不允許，而同樣隸屬於醫療體系之相關人員如醫師、護士等，卻無此限制，此對藥師而言顯非公平，是藥師法第 11 條規定違憲，並依司法院釋字第 371 號、第 572 號、第 590 號、第 649 號解釋，紛爭一次解決性原則，請求鈞院就藥師法第 11 條規定聲請釋憲等情。並聲明求為判決（1）撤銷訴願決定。（2）被告應依原告 100 年 4 月 17 日申請作成同意藥師支援祐安藥局之行政處分。

四、被告則以：

原告執業登錄於臺南市中西區民權路 1 段 18 號「泰元藥局」，依藥師法第 11 條規定，藥師經登記領照執業，其執業處所應以 1 處為限，該條文亦無得支援或經報備後可至其他醫（藥）事管理機構或場所執行藥師業務之例外規定，故原告應不得再至他處支援一般藥師業務，至為明確。原告請求被告應作成准予支援一般藥師業務之行政處分，依其 100 年 4 月 17 日申請書所載，僅泛言藥師法第 11 條之規定違反工作權及平等權等語，惟憲法有關工作權保障及平等權，非得作為所謂「依法申請」之法律依據。從而，原告請求被告應作成准予支援一般藥師業務之行政處分，並非屬於「依法申請之案件」。而被告先以 100 年 4 月 28 日南市衛食藥字第 1000015981 號函向行政院衛生署請釋，並副知原告，核該函僅係行政機關間之聯繫文書，副知原告亦僅為事實通知而已，尚未發生准許或駁回之法律效果，應非行政處分，原告對之提起本件訴願，程序上並不合法等語，資為抗辯。並聲明求為判決駁回原告之訴。

五、如事實概要欄所示之事實，有原告 100 年 4 月 17 日申請函、訴願狀、被告 100 年 4 月 28 日南市衛食藥字第 1000015981 號函、行政院衛生署 100 年 5 月 24 日署授食字第 1000026983 號函，被告 100 年 6 月 2 日南市衛食藥字第 1000022044 號函附於本院卷及原處分卷可憑，並經兩造陳明在卷，堪以認定。茲就兩造之爭執論述如下：

（一）按「藥師經登記領照執業者，其執業處所應以 1 處為限。」「違反第 5 條第 2 項、第 11 條或第 20 條之規定者，處新臺幣 3 萬元以上 15 萬元以下罰鍰。」分別為藥師法第 11 條及第 23 條所明定。揆諸首揭藥師法第 11 條規定，可知藥師經登記領照執業，其執業處所應以 1 處為限，而該條文並

無得支援或經報備後可至其他醫（藥）事管理機構或場所執行藥師業務之例外規定，且藥師在 2 處以上執業處所執業，即屬違反藥師法第 11 條之規定，主管機關得依藥師法第 23 條規定，處以 3 萬元以上 15 萬元以下罰鍰。是藥師經登記領照執業，其執業處所應以 1 處為限，應無疑義。

（二）本件原告經登記領有藥師執照，執業登錄於臺南市中西區民權路 1 段 18 號「泰元藥局」，其於 100 年 4 月 17 日向被告申請於同年 12 月 22 日上午 8 時起至 11 時止支援登錄於嘉義縣布袋鎮上海東路 18 號之「祐安藥局」，執行一般藥師業務等情，有原告 100 年 4 月 17 日申請函附本院卷第 13 頁可稽。惟查，原告既執業登錄於臺南市中西區民權路 1 段 18 號「泰元藥局」，依藥師法第 11 條規定，藥師經登記領照執業，其執業處所應以 1 處為限，依該規定原告應不得再至他處支援一般藥師業務，至為明確。從而，原告請求被告應依原告 100 年 4 月 17 日申請作成同意藥師支援祐安藥局之行政處分，依現行法規即屬無據。

（三）至原告主張只有藥師不可支援，其他醫事人員皆可支援，爭執藥師法第 11 條之規定違反工作權及平等權，請求依司法院釋字第 371 號、第 572 號、第 590 號、第 649 號解釋精神，聲請釋憲云云。然按「憲法第 15 條規定人民之工作權應予保障，人民從事工作並有選擇職業之自由，如為增進公共利益，於符合憲法第 23 條規定之限度內，對於從事工作之方式及必備之資格或其他要件，得以法律或經法律授權之命令限制之。」司法院釋字第 612 號著有解釋。又查，立法院公報第 68 卷第 42 期委員會紀錄第 39 頁有關藥師法第 11 條修正條文討論過程記載：「第 11 條修正案所以規定『其執業處所應以 1 處為限』主要在配合『藥物藥商管理法』之規定……又所以規定以 1 處為限，其目的在配合『藥物藥商管理法』之專任精神」等語，有立法院公報第 68 卷第 42 期委員會紀錄附卷可佐。參以行政院衛生署 98 年 12 月 9 日衛署藥字第 0980034610 號函記載：「受文者：劉泓志醫師（即本件送達代收人）……說明：……二、根據本署統計，全國藥事人員約 4.4 萬人，比較美國、英國、日本及我國藥事人員比例，分別為 7 人、6 人、12 人及 11 人（每萬人口），顯示我國藥事人力充足，故應積極促進這些藥事人員投入執業場所，而非建立支援藥師制度。」等語，並有行政院衛生署 98 年 12 月 9 日衛署藥字第 0980034610 號函附本院卷第 63 頁可稽。再者，藥事法於 95 年 5 月 30 日增訂第 19 條，明定藥局必須由藥師或藥劑生親自主持，依法執行藥品調劑、供應業務等語，促使醫師（尤其是基層診所之開業醫師）不得兼任藥師業務，更進一步落實藥師與藥局之緊密聯繫，依此，在藥事人力市場

不虞匱乏之情況下，如又容任藥師得不限於一處藥局或藥商處所執業，不僅容易發生藥師未親自執業而將證照租借他人使用之情狀（構成藥師法第 21 條移付懲戒之事由，且藥師實際上難以多處執業），他方面也將阻礙新進藥事人員進入此一人力市場（被既得利益者壟斷藥師市場）。故綜前觀察，足見藥師法第 11 條規定，限制藥師經登記領照執業，其執業處所應以 1 處為限，自有其立法背景及需求。該明文規定為經立法考量結果。雖原告主張因藥師法第 11 條之規定，使伊無法支援或經報備後可至其他醫（藥）事管理機構或場所執行藥師業務，質疑藥師仍有發生意外或生病情形，而需其他藥師支援其既有業務之情況存在云云。然查，原告前揭主張本質上存在 1 項誤解，蓋藥師法第 11 條固規定藥師之執業處所僅限於 1 處，但非謂藥局或藥商等藥師可以執業之處所僅限於聘任 1 位藥師，藥局如發生某位藥師需要請假事故，當可請其同一執業處所之藥師代理其業務，並不發生原告所稱之情狀，是原告前揭主張要無足取。綜此，藥師法第 11 條之立法目的係為配合藥物藥商管理法（82 年 2 月 5 日改名為藥事法）之專任精神，且主管機關行政院衛生署因目前藥師人力已充足，而認定無藥師支援之必要性，故此立法限制乃為增進公共利益，與憲法第 23 條之規定尚無抵觸，對於憲法所保障之工作權，尚不致構成重大之限制，核與工作權及平等權無違。抑且上開藥師法第 11 條規定限制藥師執業處所應以 1 處為限之規定是否妥適，乃屬立法機關自由形成之權限，核與憲法第 7 條、第 15 條、第 23 條規定並無抵觸，原告請求本院聲請大法官解釋，即無必要，併此敘明。

六、綜上所述，原告前揭主張既不可採，從而原告請求被告同意其於 100 年 12 月 22 日上午 8 時起至 11 時止支援祐安藥局執行一般藥師業務，即非有據；訴願決定為不受理決定，理由雖有未洽，惟本件屬羈束處分，依首揭說明，本院仍可自行審酌，無庸將訴願決定撤銷；原告起訴意旨求為撤銷，並請求被告應依原告 100 年 4 月 17 日申請作成同意藥師支援祐安藥局之行政處分，均無理由，應予駁回。又本件事證已臻明確，兩造其餘陳述及主張皆與本件裁判基礎無涉，爰無逐一論述之必要，附此敘明。

七、又本件另一原告楊岫涓即祐安藥局訴請撤銷訴願決定，並請求被告應依原告 100 年 4 月 17 日申請作成同意藥師支援祐安藥局之行政處分，因楊岫涓即祐安藥局之訴不合法，另以裁定駁回之。

八、據上論結，本件原告之訴為無理由，依行政訴訟法第 98 條第 1 項前段，判決如主文。

中 華 民 國 100 年 10 月 31 日

(本件聲請書其餘附件略)

抄陳玲如即幸福大藥局釋憲聲請書

案號：臺中高等行政法院 100 年度訴字第 225 號判決及最高行政法院 100 年度
裁字第 2861 號判決

聲請解釋憲法之目的——

13 種醫事人員中，只有藥事人員，不得支援其他醫療院所調劑，藥師法第 11 條是否違憲？藥師不可支援他處工作，是否妨礙憲法保障之工作權？

聲請人依照司法院規定，分述如下

聲請解釋憲法的聲請書要如何書寫？

A：聲請解釋憲法應以書面載明下列事項（以 A4 紙張書寫，直式橫書，即如本 Q&A 書寫方式）：

(1) 聲請解釋憲法之目的。

應說明確定終局裁判所適用的某條法律或何項命令，如何抵觸憲法。

(2) 法律或命令見解發生歧異之經過及涉及之法律或命令條文。其內容應包含：

I. 憲法上所保障的權利遭受不法侵害的事實，及涉及的憲法條文。

II. 所經過的訴訟程序。

III. 確定終局裁判所適用的法律或命令的名稱及內容。

IV. 有關機關處理本案的主要文件及說明。

(3) 聲請解釋憲法的理由，以及聲請人對本案所主張的立場及見解。內容應包含：

I. 確定終局裁判所適用的法律或命令，發生有抵觸憲法疑義的內容。

II. 聲請人對於疑義所主張的見解。

III. 解決疑義必須解釋憲法的理由。

IV. 關係文件之名稱及件數。

(參考法條：同法第八條第二項)

聲請人不服臺中高等行政法院 100 年度訴字第 225 號判決及最高行政法院 100 年度裁字第 2861 號裁定，依法釋憲。

應說明確定終局裁判所適用的某條法律或何項命令，如何抵觸憲法。

臺中高等行政法院 100 年度訴字第 225 號判決及最高行政法院 100 年度裁

字第 2861 號裁定，適用藥師法第 11 條，不准聲請釋憲人，支援他處調劑工作，聲請釋憲人認藥師法第 11 條違反憲法第 5、7 條平等權及第 15 條工作權及第 23 條被妨礙工作權。

法律或命令見解發生歧異之經過及涉及之法律或命令條文。其內容應包含所經過的

訴訟程序。

聲請釋憲人申請支援他處調劑工作，遭臺中市政府駁回，訴願亦駁回，不服提告，遭臺中高等行政法院 100 年度訴字第 225 號判決駁回及最高行政法院 100 年度裁字第 2861 號裁定亦駁回。

確定終局裁判所適用的法律或命令的名稱及內容。

藥師法第 11 條—藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限（不可支援他處工作），聲請釋憲人認為該法律根本違憲。

憲法上所保障的權利遭受不法侵害的事實，及涉及的憲法條文。

憲法保障工作權，聲請釋憲人工作之藥局，恰好本藥局休息，欲支援他處工作，又逢被支援藥師有事情，因此申請支援到該藥局工作，卻遭市政府及法院駁回，原因為藥師法第 11 條規定，不准藥師支援他處調劑工作。

惟查憲法第 15 條保障工作權，憲法第 5、7 條保障平等權，且衛生署醫字第 0990008146 號函明指，只有藥事人員不可支援他處調劑工作，明顯藥師不平等於其他醫事人員，不公平於護士、放射師。

再見立法院第 7 屆第 3 會期，也認為必須修改藥師法第 11 條，以實現公平權及工作保障權，但遭利益團體阻礙，因為藥師公會意圖計畫，枉法使藥師可外出居家照護抽頭，但必須經由其同意，以抽介紹費、媒介費（公開秘密）。只要透過被抽成就可以在枉法外出工作，沒有被抽就不可以。

而藥商行賄立法委員被判刑，因為藥商行賄。阻止藥師可支援他處，藥商才可以爭取有調劑權，如果藥師有支援他處工作權，中藥師人力就夠，藥商就不會行賄。

藥師都不會車禍、意外嗎？都不可以生病嗎？藥師生病沒有其他藥師可以支援工

作，必須關門，合憲嗎？醫師、護士都可以彼此支援，他們才可以生病嗎？藥師工作權明顯遜於其他醫事人員，不可支援其他院所工作，假如原告體力可以，要支援醫院大夜班的藥師工作，並不可以，但醫師、護士都可以支援其他醫院大夜班的醫師、護士工作—多賺錢，藥師法第 11 條根本明確妨礙藥師工作權及平等權。立法委員被判刑，可見立法委員公信力不可信，司法院大法官把關為義務，惡法亦法，要大法官糾正之。

聲請解釋憲法的理由，以及聲請人對本案所主張的立場及見解。內容應包含：

確定終局裁判所適用的法律或命令，發生有牴觸憲法疑義的內容。

終局裁判—法院適用藥師法第 11 條—藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限，聲請人認該法律，有違工作權及平等權。

聲請人對於疑義所主張的見解。

大法官應該認為藥師法第 11 條，為違反工作權及平等權之違憲法律，應命令相關單位修法。藥師法第 11 條調劑權淪為藥師、醫師、藥商，金錢運作之皮球及利益要脅工具，大法官基於良知，應該糾正之。法官固尊重立法者，然立法委員自己因調劑事收賄被判刑，如何可以依賴？衛生署公文食字第 0980038866A 號函略以，藥師人力夠，另有藥局雙軌制為由，不開放藥事人員支援申請（支援為一報備於衛生局，工作於執照登錄之其他處，非只於執登處工作）。

惟查—醫師、護士，人數比藥師多更多，卻仍開放支援。

再查—物理治療師、放射師，也是雙軌制，（可診所內聘，也可自行開業物理治療所／檢驗所）仍開放二師支援他處工作，可見衛生署說謊，別有隱情。

聲請釋憲人認為明顯是藥師公會及藥商公會行賄介入所致，公會認為藥師如開放支援，藥師支援他處方便，藥師公會就抽不到錢，中藥師會因支援而人力充足，藥商將無法運作到有調劑權，就沒有人向衛生署行賄運作，且衛生署枉法行政的標的（枉法直接給藥商調劑權），恰與藥商行賄標的相同，不禁令人搖頭，衛生署為貪污，枉法分明違憲，要求釋憲。

衛生署明知藥師不可支援，卻自創藥師歇息計畫及居家照顧計畫，投入 3,600 萬元，枉法使藥師可以外出到病人家居家照護，藥師法第 11 條分明已淪為衛生署提

款機及可索賄之工具，衛生署堅不送修法，因為就沒有得抽，也沒有人會行賄運作，衛生署是否有不當利益？一看就知，衛生署經過抽頭就可以枉法讓藥師外出，藥師自己要支援他處工作就不可以一因為沒有被抽頭。

立法委員及主管機關不可信賴，利益優先，不可信立法院已判刑。

解決疑義必須解釋憲法的理由、關係文件之名稱及件數。

憲法必須給予人民工作權及平等權，因此要求解釋憲法，聲請釋憲人要多一點工作機會，不可以以憲法第 23 條以外之不正當原因限制我工作權，且不公平於醫師、護士。

要求工作權。請大法官釋憲。

聲請釋憲人：陳玲如即幸福大藥局

中 華 民 國 100 年 12 月 15 日

抄林英志即麗新健保大藥局釋憲聲請書

案號：臺中高等行政法院 100 年度訴字第 225 號判決及最高行政法院 100 年度裁字第 2861 號裁定

聲請解釋憲法之目的

13 種醫事人員中，只有藥事人員，不得支援其他醫療院所調劑，藥師法第 11 條是否違憲？藥師不可支援他處工作，是否妨礙憲法保障之工作權？

聲請人依照司法院規定，分述如下：

聲請解釋憲法的聲請書要如何書寫？

A：聲請解釋憲法應以書面載明下列事項（以 A4 紙張書寫，直式橫書，即如本 Q&A 書寫方式）：

（1）聲請解釋憲法之目的。

應說明確定終局裁判所適用的某條法律或何項命令，如何抵觸憲法。

（2）法律或命令見解發生歧異之經過及涉及之法律或命令條文。其內容應包含：

I. 憲法上所保障的權利遭受不法侵害的事實，及涉及的憲法條文。

II. 所經過的訴訟程序。

III. 確定終局裁判所適用的法律或命令的名稱及內容。

IV. 有關機關處理本案的主要文件及說明。

(3) 聲請解釋憲法的理由，以及聲請人對本案所主張的立場及見解。內容應包含：

I. 確定終局裁判所適用的法律或命令，發生有牴觸憲法疑義的內容。

II. 聲請人對於疑義所主張的見解。

III. 解決疑義必須解釋憲法的理由。

IV. 關係文件之名稱及件數。

(參考法條：同法第八條第二項)

聲請人不服臺中高等行政法院 100 年度訴字第 225 號判決及最高行政法院 100 年度裁字第 2861 號裁定，依法釋憲。

應說明確定終局裁判所適用的某條法律或何項命令，如何牴觸憲法。

臺中高等行政法院 100 年度訴字第 225 號判決及最高行政法院 100 年度裁字第 2861 號裁定，適用藥師法第 11 條，不准聲請釋憲人，支援他處調劑工作，聲請釋憲人認藥師法第 11 條違反憲法第 5、7 條平等權及第 15 條工作權及第 23 條被妨礙工作權。

法律或命令見解發生歧異之經過及涉及之法律或命令條文。其內容應包含所經過的

訴訟程序。

聲請釋憲人申請支援他處調劑工作，遭臺中市政府駁回，訴願亦駁回，不服提告，遭臺中高等行政法院 100 年度訴字第 225 號判決駁回及最高行政法院 100 年度裁字第 2861 號裁定亦駁回。

確定終局裁判所適用的法律或命令的名稱及內容。

藥師法第 11 條—藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限（不可支援他處工作），聲請釋憲人認為該法律根本違憲。

憲法上所保障的權利遭受不法侵害的事實，及涉及的憲法條文。

憲法保障工作權，聲請釋憲人工作之藥局，恰好本藥局休息，欲支援他處工作，

又逢被支援藥師有事情，因此申請支援到該藥局工作，卻遭市政府及法院駁回，原因為藥師法第 11 條規定，不准藥師支援他處調劑工作。

惟查憲法第 15 條保障工作權，憲法第 5、7 條保障平等權，且衛生署醫字第 0990008146 號函明指，只有藥事人員不可支援他處調劑工作，明顯藥師不平等於其他醫事人員，不公平於護士、放射師。

再見立法院第 7 屆第 3 會期，也認為必須修改藥師法第 11 條，以實現公平權及工作保障權，但遭利益團體阻礙，因為藥師公會意圖計畫，枉法使藥師可外出居家照護抽頭，但必須經由其同意，以抽介紹費、媒介費（公開秘密），只要透過被抽成就可以在枉法外出工作，沒有被抽就不可以。

而藥商行賄立法委員被判刑，因為藥商行賄，阻止藥師可支援他處，藥商才可以爭取有調劑權，如果藥師有支援他處工作權，中藥師人力就夠，藥商就不會行賄。

藥師都不會車禍、意外嗎？都不可以生病嗎？藥師生病沒有其他藥師可以支援工作，必須關門，合憲嗎？醫師、護士，都可以彼此支援，他們才可以生病嗎？藥師工作權明顯遜於其他醫事人員，不可支援其他院所工作，假如原告體力可以，要支援醫院大夜班的藥師工作，並不可以，但醫師、護士都可以支援其他醫院大夜班的醫師、護士工作一多賺錢，藥師法第 11 條根本明確妨礙藥師工作權及平等權。立法委員被判刑，可見立法委員公信力不可信，司法院大法官把關為義務，惡法亦法，要大法官糾正之。

聲請解釋憲法的理由，以及聲請人對本案所主張的立場及見解。內容應包含：

確定終局裁判所適用的法律或命令，發生有牴觸憲法疑義的內容。

終局裁判—法院適用藥師法第 11 條—藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限，聲請人認該法律有違工作權及平等權。

聲請人對於疑義所主張的見解。

大法官應該認為藥師法第 11 條，為違反工作權及平等權之違憲法律，應命令相關單位修法。藥師法第 11 條調劑權淪為藥師、醫師、藥商，金錢運作之皮球及利益要脅工具，大法官基於良知，應該糾正之。法官固尊重立法者，然立法委員自己因調劑事收賄被判刑，如何可以依賴？衛生署公文食字第 0980038866A 號函略以，藥師

人力夠，另有藥局雙軌制為由，不開放藥事人員支援申請（支援為一報備於衛生局，工作於執照登錄之其他處，非只於執登處工作）。

惟查一醫師、護士，人數比藥師多更多，卻仍開放支援。

再查一物理治療師、放射師，也是雙軌制，（可診所內聘，也可自行開業物理治療所／檢驗所）仍開放二師支援他處工作，可見衛生署說謊，別有隱情。

聲請釋憲人認為明顯是藥師公會及藥商公會行賄介入所致，公會認為藥師如開放支援，藥師支援他處方便，藥師公會就抽不到錢，中藥師會因支援而人力充足，藥商將無法運作到有調劑權，就沒有人向衛生署行賄運作，且衛生署枉法行政的標的（枉法直接給藥商調劑權），恰與藥商行賄標的相同，不禁令人搖頭，衛生署為貪污，枉法分明違憲，要求釋憲。

衛生署明知藥師不可支援，卻自創藥師歇息計畫及居家照顧計畫，投入 3,600 萬元，枉法使藥師可以外出到病人家居家照護，藥師法第 11 條分明已淪為衛生署提款機及可索賄之工具，衛生署堅不送修法，因為就沒有得抽，也沒有人會行賄運作，衛生署是否有不當利益？一看就知，衛生署經過抽頭就可以枉法讓藥師外出，藥師自己要支援他處工作就不可以一因為沒有被抽頭。

立法委員及主管機關不可信賴，利益優先，不可信立法院已判刑。

解決疑義必須解釋憲法的理由、關係文件之名稱及件數。

憲法必須給予人民工作權及平等權，因此要求解釋憲法，聲請釋憲人要多一點工作機會，不可以以憲法第 23 條以外之不正當原因限制我工作權，且不公平於醫師、護士。

要求工作權，請大法官釋憲。

聲請釋憲人：林英志即麗新健保大藥局

中華民國 100 年 12 月 15 日

（附件）

臺中高等行政法院判決

100 年度訴字第 225 號

原告 楊岫涓

陳玲如即幸福大藥局

林英志即麗新健保大藥局

被告 臺中市政府

代表人 胡志強

訴訟代理人 劉碧蓮

王永慶

上列當事人間因執業登記事件，原告不服行政院衛生署中華民國 100 年 7 月 1 日衛署訴字第 1000011195、1000011196 號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、程序事項：本件原告經合法通知，未於言詞辯論期日到場，核無行政訴訟法第 218 條準用民事訴訟法第 386 條各款所列情形，爰併準用民事訴訟法第 385 條第 1 項前段規定，依被告之聲請，由其一造辯論而為判決。

二、事實概要：

（一）原告陳玲如即幸福大藥局以 100 年 2 月 8 日幸字第 10002085 號書函，向被告申請其藥師陳玲如於 100 年 12 月 18 日上午 8 時至 11 時支援「麗新健保大藥局（臺中市西區向上路 1 段 180 號 1 樓）」，執行一般藥師業務。另原告林英志即麗新健保大藥局以 100 年 2 月 10 日以麗字第 100020852 號書函，向被告申請其藥師林英志於 100 年 12 月 15 日上午 8 時至 11 時支援「祐安藥局（嘉義縣布袋鎮上海東路 18 號）」，執行一般藥師業務。案經被告受理後，依藥師法第 11 條規定，認定藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限，乃分別以 100 年 4 月 15 日府授衛食藥字第 1000067761 號函及同日府授衛食藥字第 1000067759 號函（以下合稱原處分），否准原告陳玲如即幸福大藥局、林英志即麗新健保大藥局請求支援之申請。原告陳玲如即幸福大藥局、林英志即麗新健保大藥局不服，主張藥師法第 11 條違憲，要求訴願機關依司法院大法官審理案件法，要求大法官解釋；只有藥師不可以支援，其他醫事人員都可以，是否明顯違憲，違反工作權及平等權；藥師工作權明顯遜於其他醫事人員，不可以支援其他院所工作，假如原告體力可以，要支援醫院大夜班的藥師工作，並不可以，但醫師、護士都可以，要求依司法院釋字第 649 號、第 371 號、第 572 號、第 590 號等解釋的精神，聲請工作權釋憲；原告無法於體力許可下，報備支援他處工作，不公平於其他醫事人員，分明妨礙本人的工作權和平等權云云，提起訴願，亦遭決定駁回。原告陳玲如即幸福大藥局、林英志即麗新健保大藥局遂提起本件行政訴訟。

- (二) 另原告楊岫涓為「祐安藥局（嘉義縣布袋鎮上海東路 18 號）」負責藥師，主張因無法獲得藥師林英志之支援，藥房必須關門，因此造成損失等語，未經訴願程序，逕與原告陳玲如即幸福大藥局、林英志即麗新健保大藥局一併提起本件訴訟。

三、本件原告主張：

- (一) 依藥師法第 11 條規定「藥師經登記領照執業者，其執業處所應以 1 處為限。」原告主張藥師法第 11 條違憲，依司法院釋字第 371 號、第 572 號、第 590 號解釋，要求紛爭一次解決性原則，請求法官就藥師法第 11 條規定聲請釋憲。因僅藥師不可支援，其他醫事人員卻可支援，違反工作權及平等權，明顯違憲。
- (二) 本件原告體力足以支援醫院大夜班之藥師工作，依現行法不允許，然醫師、護士卻可以，故請求鈞院依司法院釋字第 649 號解釋聲請釋憲。
- (三) 行政院衛生署 99 年 3 月 12 日署授食字第 0980038866A 號函略以，藥師人力已充足，並以藥局雙軌制為由，不開放藥事人員支援申請。然醫師、護士人數較藥師更多，卻仍開放支援，而物理治療師、放射師亦為雙軌制，亦可支援，足認行政院衛生署函覆不實，明顯係藥師公會介入所致，實為藥師如開放支援，藥師薪水將大幅減低，行政院衛生署始採此意見，自屬違憲。
- (四) 再依行政院衛生署查詢系統，檢驗師僅 8,364 位，並屬雙軌制，卻開放支援，醫師有 38,000 人，護理師有 100,000 人，亦開放支援，因此上開行政院衛生署函分明量身訂作，而使藥師可刁難醫師等情。
- (五) 原告楊岫涓得不到林英志的支援，因有事藥房必須關門，依司法院釋字第 469 號解釋保護規範理論意旨，有所損失，故有訴權。
- (六) 行政院衛生署 98 年 12 月 9 日衛署藥字第 0980034610 號函架空法律，違反憲法第 172 條規定。
- (七) 被告答稱病人可以去其他藥局拿藥，但那是病人角度而言，但就藥師而言，就是藥師一離開藥局，其他助手不能幫病人調劑，只能協助賣非處方藥，所以藥師不能離開藥局，就算藥師母親過世，藥師也不能奔喪，因為病人要到該藥師藥局調劑，一旦沒有藥師在，他就到別家藥局，以後就不來了，對藥師不公平。
- (八) 被告表示醫師開立處方箋，如果病人拿該箋到藥局，該局藥師不在，病人可以到其他藥局調劑，所以藥師不用支援云云。但醫檢師開檢驗所，醫師開檢驗處方箋，如果病人到檢驗所，檢驗所醫檢師不在，病人仍可到其他醫檢所檢驗，但依醫事檢驗師法第 9 條規定，醫檢師仍可以支援他處，可見不公平於藥師。

。

(九) 綜上所述，基於憲法第 15 條工作權保障及平等原則，被告原處分違法。為此，原告依據行政訴訟法第 5 條規定提起本件課予義務訴訟，並陳明求為判決：

1. 訴願決定及原處分均撤銷。
2. 被告應作成准許原告藥師支援申請處工作之行政處分。
3. 訴訟費用由被告負擔。

四、被告則以：

(一) 藥師之法定業務於藥師法第 15 條定有明文，因此藥師執行其業務，當依該法條之規定；至於藥師法第 11 條係藥師執業處所之登記規定，該二條文規範之內容雖均為規範藥師，但其規範者一者為業務範圍，一者則為職業處所之登記規定。

(二) 查藥師法第 11 條規定藥師登記領取執業執照者，其執業處所以一處為限。復查藥師法並無得報准支援之明文。

(三) 藥事服務既屬藥師法第 15 條所定藥師業務，則藥師於完成執業處所執業登記，執行該項藥師業務，當符藥師法之規定。

(四) 經查行政院衛生署 100 年 7 月 7 日署授食字第 1000041825 號函說明略以：「依中央法規標準法第 5 條第 2 款規定，關於人民之權利義務事項，應以法律定之，藥師法既屬經立法院三讀通過、總統公告之法律位階，業符法律保留原則；復查現今判例、習慣法或司法院大法官作成之釋憲解釋，並未針對類似於藥師法限制執業於一處所之規定，認有違法……依據本署統計，與其他國家每萬人口藥事人員比例之比較顯示我國藥事人力已充足，故藥師支援制度尚無必要性。」足見藥師法第 11 條規定，限制藥師經登記領照執業，其執業處所應以一處為限，該條文雖無得支援或經報備後可至其他醫（藥）事管理機構或場所執行藥師業務之例外規定，且行政院衛生署因目前藥師人力已充足，而認定無藥師支援之必要性，故此立法限制乃為增進公共利益，被告不同意支援案，對於憲法所保障之工作權，尚不致構成原告重大之限制，核與工作權及平等權無違。

(五) 查本件原告係藥師，執業登記於「祐安藥局（嘉義縣布袋鎮上海東路 18 號）」，於 100 年 12 月 15 日上午 8 時至 11 時時段有事，由臺中市「麗新健保大藥局（臺中市西區向上路 1 段 180 號 1 樓）」申請於該時段支援該藥局執行一般藥師業務。另查；原告陳玲如即幸福大藥局陳玲如藥師於臺中市西區向上路一段 194 號 1 樓開設「幸福大藥局」執業，於 100 年 2

月 8 日幸字第 10002085 號書函向被告申請 100 年 12 月 18 日上午 8 時至 11 時支援「麗新健保大藥局（臺中市西區向上路 1 段 180 號 1 樓）」，執行一般藥師業務，與藥師法第 11 條規定不符，所請歎難同意，揆諸前揭規定，並無不合。

（六）綜上所述，本件原告之訴為無理由，資為抗辯。並聲明求為判決駁回原告之訴。

五、上揭事實概要欄所載之事實，除後列之爭點事項外，其餘為兩造所不爭執，並有原處分函、麗新健保大藥局 100 年 2 月 10 日麗字第 100020852 號函、幸福大藥局 100 年 2 月 8 日幸字第 10002085 號函、立法院公報第 67 卷第 87 期委員會紀錄、行政院衛生署 100 年 7 月 1 日衛署訴字第 1000011195 號函、100 年 7 月 1 日衛署訴字第 1000011196 號函、99 年 4 月 7 日衛署醫字第 0990008146 號函、98 年 12 月 9 日衛署藥字第 0980034610 號函、100 年 7 月 1 日衛署醫字第 1000014524 號函、100 年 7 月 7 日署授食字第 1000041825 號函、100 年 6 月 13 日衛署醫字第 1000013049 號函、被告衛生局 100 年 2 月 17 日中市衛食藥字第 1000005869 號函及第 1000005870 號函、嘉義縣政府 100 年 7 月 11 日府衛字第 1000013256 號函、被告 100 年 9 月 19 日府授衛食藥字第 1000184679 號函、幸福大藥局及麗新健保大藥局營業（稅籍）登記資料、幸福大藥局、麗新健保大藥局及負責人執業登記資料等件附卷可稽，為可確認之事實。

六、本院依職權調查後並歸納兩造之上述主張，本件之爭點為：原告楊岫涓提起本件課予義務訴訟是否合法？另原告陳玲如即幸福大藥局、林英志即麗新健保大藥局申請其藥師支援其他藥局，是否於法有據？藥師法第 11 條是否違反憲法第 7 條平等權及第 15 條工作權規定？被告依藥師法第 11 條規定否准原告申請，有無違誤？茲分述如下：

（一）關於原告楊岫涓部分：

1. 按行政訴訟法第 107 條第 1 項規定：「原告之訴，有左列各款情形之一者，行政法院應以裁定駁回之。但其情形可以補正者，審判長應定期間先命補正……十、起訴不合程式或不備其他要件者。」同法第 5 條規定：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行

政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」是以提起課予義務訴訟，須以經過訴願為其前提，其未經過訴願程序，遽行提起行政訴訟，屬不備起訴之要件，應依行政訴訟法第 107 條第 1 項第 10 款後段規定駁回之。

2. 本件原告楊岫涓提起課予義務訴訟，並未經訴願程序，有其起訴狀所載聲明不服之行政院衛生署 100 年 7 月 1 日衛署訴字第 1000011195、1000011196 號訴願決定書及訴願卷等件在卷可稽，其未經過訴願程序，遽行提起行政訴訟，揆諸前開說明，自有起訴不備其他要件之違法，且依其情形無從補正，本應以裁定駁回之，然因本件尚有起訴無理由之情形（容後說明），故併以判決駁回之。

（二）關於原告陳玲如即幸福大藥局、林英志即麗新健保大藥局部分：

1. 按藥師法第 11 條規定：「藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限。」第 23 條規定「違反第五條第二項、第十一條或第二十條之規定者，處新臺幣三萬元以上十五萬元以下罰鍰。」揆諸首揭藥師法第 11 規定，可知藥師經登記領照執業，其執業處所應以 1 處為限，而該條文並無得支援或經報備後可至其他醫（藥）事管理機構或場所執行藥師業務之例外規定，且藥師在 2 處以上執業處所執業，即屬違反藥師法第 11 條之規定，主管機關得依藥師法第 23 條規定，處以 3 萬元以上 15 萬元以下罰鍰。是藥師經登記領照執業，其執業處所應以 1 處為限，應無疑義。
2. 本件原告陳玲如即幸福大藥局，其負責人陳玲如藥師執業登錄於臺中市西區向上路 1 段 194 號 1 樓「幸福大藥局」，於 100 年 2 月 8 日以幸字第 10002085 號書函，向被告申請其藥師陳玲如於 100 年 12 月 18 日上午 8 時至 11 時支援「麗新健保大藥局（臺中市西區向上路 1 段 180 號 1 樓）」，執行一般藥師業務；另原告林英志即麗新健保大藥局，其負責人林英志藥師執業登錄於臺中市西區向上路 1 段 180 號 1 樓「麗新健保大藥局」，於 100 年 2 月 10 日以麗字第 100020852 號書函向被告申請 100 年 12 月 15 日上午 8 時至 11 時支援「祐安藥局（嘉義縣布袋鎮上海東路 18 號）」，執行一般藥師業務，分別有麗新健保大藥局 100 年 2 月 10 日麗字第 100020852 號函、幸福大藥局 100 年 2 月 8 日幸字第 10002085 號函、幸福大藥局及麗新健保大藥局營業（稅籍）登記資料、幸福大藥局、麗新健保大藥局及負責人執業登記資料等件附卷可稽，為可確認之事實。惟查，陳玲如藥師既執業登錄於臺中市西區向上路 1 段 194 號 1 樓「幸福大藥局」，林英志藥師執業登錄於臺中市西區向上路 1 段 180 號 1 樓「麗新健保大藥局」，依藥師法第 11 條規定，

藥師經登記領照執業，其執業處所應以 1 處為限，故彼等應不得再至他處支援一般藥師業務，至為明確。從而，被告據以認定原告申請之內容核與藥師法第 11 條規定不符，以原處分否准原告之申請，核無不合，原告並請求被告應作成准予上開藥師支援他處所工作之行政處分，亦無理由。

3. 雖原告主張「只有藥師不可支援，其他醫事人員卻可支援，藥師法第 11 條之規定違反工作權及平等權，明顯違憲。」云云。然按「憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，人民從事工作並有選擇職業之自由，如為增進公共利益，於符合憲法第 23 條規定之限度內，對於從事工作之方式及必備之資格或其他要件，得以法律或經法律授權之命令限制之。」業經司法院釋字第 612 號解釋在案。另依立法院公報第 68 卷第 42 期委員會紀錄第 39 頁至第 40 頁有關藥師法第 11 條修正條文討論過程記載：「第 11 條修正案所以規定『其執業處所應以一處為限』主要在配合『藥物藥商管理法』之規定……又所以規定以一處為限，其目的在配合『藥物藥商管理法』之專任精神」等語，有立法院公報第 68 卷第 42 期委員會紀錄附卷可佐（參本院卷第 95 頁至第 96 頁）。復參行政院衛生署 98 年 12 月 9 日署授食字第 0980034610 號函記載：「受文者：劉泓志醫師……二、依據本署統計，全國藥事人員約 4 萬 4 千人比較美國、英國、日本及我國藥事人員比例，分為 7 人、6 人、12 人及 11 人（每萬人口），顯示我國藥事人力已充足，故應積極促進這些藥事人員投入執業場所，而非建立藥師支援制度。」等語（參本院卷第 24 頁）。足見藥師法第 11 條規定，限制藥師經登記領照執業，其執業處所應以 1 處為限，該條文雖無得支援或經報備後可至其他醫（藥）事管理機構或場所執行藥師業務之例外規定，以致造成藥師僅能於 1 處執業，然藥師法第 11 條之立法目的係為配合藥物藥商管理法（82 年 2 月 5 日改名為藥事法）之專任精神，且主管機關行政院衛生署因目前藥師人力已充足，而認定無藥師支援之必要性，故此立法限制乃為增進公共利益，與憲法第 23 條之規定尚無牴觸，對於憲法所保障之工作權，尚不致構成重大之限制，核與工作權及平等權無違。況上開藥師法第 11 條規定限制藥師執業處所應以 1 處為限是否妥適，及其他醫事人員能否支援其他醫療機構、能否經事先報准在其他執業處所執業等，皆屬立法機關自由形成之權限，核與憲法第 7 條、第 15 條、第 23 條規定並無牴觸，原告請求本院聲請大法官會議解釋，非有理由，不應准許，併此敘明。

八、綜上所述，本件被告以原處分否准原告申請至他處支援一般藥師業務，並無不合，訴願決定予以維持，亦無違誤；另原告請求被告應作成准予上開陳玲如及林英

志藥師支援他處所工作之行政處分，亦無所據，原告仍執前詞，訴請本院判決如訴之聲明所示，均為無理由，應予駁回。又本件原告起訴既有不合法及無理由之情形，爰併以判決駁回之。

九、本件事證已臻明確，兩造其餘主張及證據經本院審酌後，核與本判決得心證及結果不生影響，毋庸逐一論述，附此敘明。

據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第 98 條第 1 項前段、第 104 條、第 218 條，民事訴訟法第 85 條第 1 項前段、第 385 條第 1 項前段，判決如主文。

中 華 民 國 100 年 10 月 6 日

抄劉泓志釋憲聲請書

案號：臺灣高等法院臺南分院民事判決 100 年度上國易字第 12 號及臺灣嘉義地方法院第一審判決（100 年度國字第 8 號）

聲請解釋憲法之目的 — 藥事法第 37 條及衛生署訂定之命令（中醫診所設置標準

）特准中醫師於非屬醫療缺乏地區，卻可自行調劑，不需遵守藥事法第 102、103 條、藥師法第 15 條，中醫師可直接拿藥給病人，不須聘請藥師，是否違憲？

聲請人依照司法院規定，分述如下：

聲請解釋憲法的聲請書要如何書寫？

A：聲請解釋憲法應以書面載明下列事項（以 A4 紙張書寫，直式橫書，即如本 Q&A 書寫方式）：

（1）聲請解釋憲法之目的。

應說明確定終局裁判所適用的某條法律或何項命令，如何抵觸憲法。

（2）法律或命令見解發生歧異之經過及涉及之法律或命令條文。其內容應包含：

I. 憲法上所保障的權利遭受不法侵害的事實，及涉及的憲法條文。

II. 所經過的訴訟程序。

III. 確定終局裁判所適用的法律或命令的名稱及內容。

IV. 有關機關處理本案的主要文件及說明。

（3）聲請解釋憲法的理由，以及聲請人對本案所主張的立場及見解。內容應包含：

I. 確定終局裁判所適用的法律或命令，發生有抵觸憲法疑義的內容。

II. 聲請人對於疑義所主張的見解。

III. 解決疑義必須解釋憲法的理由。

IV. 關係文件之名稱及件數。

(參考法條：同法第八條第二項)

聲請人不服，臺灣高等法院臺南分院民事判決 100 年度上國易字第 12 號及臺灣嘉義地方法院第一審判決 (100 年度國字第 8 號) 違憲，依法釋憲。

應說明確定終局裁判所適用的某條法律或何項命令，如何抵觸憲法。

臺灣高等法院臺南分院民事判決 100 年度上國易字第 12 號及臺灣嘉義地方法院第一審判決 (100 年度國字第 8 號)，該判決適用藥事法第 37 條及衛生署訂定之命令 (中醫診所設置標準) 特准中醫師可以於都市不用聘請藥師，直接醫師自行調劑就可以給藥給病人，認違反憲法第 5、7 條平等權及憲法第 172 條及大法官釋字第 432 號、第 545 號、第 491 號、第 636 號解釋—憲法明確性原則。

法律或命令見解發生歧異之經過及涉及之法律或命令條文。其內容應包含所經過的訴訟程序。

臺灣高等法院臺南分院民事判決 100 年度上國易字第 12 號及臺灣嘉義地方法院第一審判決 (100 年度國字第 8 號)。

確定終局裁判所適用的法律或命令的名稱及內容。

藥師法第 15、24 條及藥事法第 37、102、103 條：

第 24 條 未取得藥師資格擅自執行第十五條第一項之藥師業務者，處新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰。

第 15 條 藥師業務如下：

- 一、藥品販賣或管理。
- 二、藥品調劑。
- 三、藥品鑑定。
- 四、藥品製造之監製。
- 五、藥品儲備、供應及分裝之監督。
- 六、含藥化粧品製造之監製。
- 七、依法律應由藥師執行之業務。
- 八、藥事照護相關業務。

中藥製劑之製造、供應及調劑，除依藥事法有關規定辦理外，亦得經由修習中藥課程達適當標準之藥師為之；其標準由中央主管機關會同中央教育主管機關定之。

藥師得販賣或管理一定等級之醫療器材。

前項所稱一定等級之醫療器材之範圍及種類，由中央主管機關定之。

第 37 條 藥品之調劑，非依一定作業程序，不得為之；其作業準則，由中央衛生主管機關定之。

前項調劑應由藥師為之。但不含麻醉藥品者，得由藥劑生為之。

醫院中之藥品之調劑，應由藥師為之。但本法八十二年二月五日條正施行前已在醫院中服務之藥劑生，適用前項規定，並得繼續或轉院任職。

中藥之調劑，除法律另有規定外，應由中醫師監督為之。

第 103 條 本法公布後，於六十三年五月三十一日前依規定換領中藥販賣業之藥商許可執照有案者，得繼續經營第十五條之中藥販賣業務。

八十二年二月五日前曾經中央衛生主管機關審核，予以列冊登記者，或領有經營中藥證明文件之中藥從業人員，並修習中藥課程達適當標準，得繼續經營中藥販賣業務。

前項中藥販賣業務範圍包括：中藥材及中藥製劑之輸入、輸出及批發；中藥材及非屬中醫師處方藥品之零售；不含毒劇中藥材或依固有成方調配而成之傳統丸、散、膏、丹、及煎藥。

上述人員、中醫師檢定考試及格或在未設中藥師之前曾聘任中醫師、藥師及藥劑生駐店管理之中藥商期滿三年以上之負責人，經修習中藥課程達適當標準，領有地方衛生主管機關證明文件；並經國家考試及格者，其業務範圍如左：一、中藥材及中藥製劑之輸入、輸出及批發。二、中藥材及非屬中醫師處方藥品之零售。三、不含毒劇中藥材或依固有成方調配而成之傳統丸、散、膏、丹、及煎藥。四、中醫師處方藥品之調劑。

前項考試，由考試院會同行政院定之。

第 102 條 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。

衛生署訂定之命令中醫診所設置標準—中藥調劑人員包括中醫師、修習中藥課程達適當標準之藥師及確具中藥基本知識及鑑別能力人員三類。

憲法上所保障的權利遭受不法侵害的事實，及涉及的憲法條文。

釋字第 432 號、第 545 號、第 491 號、第 636 號解釋—明確性原則。

憲法第五條 中華民國各民族一律平等。

第七條 中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。

第一百七十二條 命令與憲法或法律牴觸者無效。

有關機關處理本案的主要文件及說明。

聲請釋憲人提出臺灣高等法院臺南分院民事判決 100 年度上國易字第 12 號及臺灣嘉義地方法院第一審判決 100 年度國字第 8 號被法院駁回。

該判決根據衛生署之函釋及藥事法第 37 條及衛生署訂定之命令（中醫診所設置標準），中醫師可以因衛生署訂定之中醫診所設置標準及不明確之藥事法第 37 條，不顧藥事法第 102、103 條、藥師法第 15 條之規定，特准中醫師於非屬醫療缺乏地區，卻可自行調劑直接拿藥給病人，不須聘請藥師，比西醫師有特權？法律不明確？該法不公平？

聲請解釋憲法的理由，以及聲請人對本案所主張的立場及見解。內容應包含：

確定終局裁判所適用的法律或命令，發生有牴觸憲法疑義的內容。

臺灣高等法院臺南分院民事判決 100 年度上國易字第 12 號及臺灣嘉義地方法院第一審判決（100 年度國字第 8 號），該判決適用藥事法第 37 條及衛生署訂定之命令（中醫診所設置標準）特准中醫師可以於都市不用聘請藥師，直接醫師自行調劑就可以給藥給病人，認違反憲法第 5、7 條平等權（比西醫師有特權）及憲法第 172 條（命令不可逾越法律），及釋字第 432 號、第 545 號、第 491 號、第 636 號解釋—憲法明確性原則。

聲請人對於疑義所主張的見解。

1. 西醫師必須遵守藥事法第 102 條，醫療缺乏地區方可自行調劑（不爭執），中醫師卻可以於大都市仍可以自行調劑，不用聘請藥師，因為衛生署係根據藥事法第 37 條及衛生署訂定之命令（中醫診所設置標準）特准中醫師可以於都市不用聘請藥師，直接醫師自行調劑就可以給藥給病人，聲請釋憲人認藥事法第 37 條及衛生署訂定之命令（中醫診所設置標準）違反憲法第 5、7 條之平等權——中醫師比西醫師有特權，不用遵守藥事法第 102 條（中醫師／西醫師一樣遵守醫師法），不用聘請藥師，直接醫師自行調劑就可以給藥給病人。
2. 藥事法第 37 條違反釋字第 432 號、第 545 號、第 491 號、第 636 號解釋——明確性原則。中藥之調劑，除法律另有規定外，應由中醫師監督為之，到底是中醫師可以調劑中藥否——不明確，藥師公會認為不可以，衛生署因為藥商行賄要枉顧法律。
3. 中醫診所設置標準只是衛生署訂定之命令，卻違反憲法第 172 條，架空逾越藥事法第 102 條。中醫師可以於都市不用聘請藥師，直接醫師自行調劑就可以給藥給病人，違反憲法第 172 條。

解決疑義必須解釋憲法的理由。

關係文件之名稱及件數。

附件一

1. 臺灣高等法院臺南分院民事判決 100 年度上國易字第 12 號及臺灣嘉義地方法院第一審判決（100 年度國字第 8 號）。
2. 中醫診所設置標準。
3. 釋字第 432 號解釋——明確性原則。
4. 藥事法第 37 條立法精神。
5. 藥師公會認為藥事法 37 條——不明確。（含光碟）
6. 中藥商行賄衛生署，意圖不顧法律，讓中藥商有調劑權。

聲請釋憲人：劉泓志

中華民國 101 年 06 月 21 日

（附件一）

臺灣高等法院臺南分院民事判決

100 年度上國易字第 12 號

上訴人 劉泓志
被上訴人 行政院衛生署
法定代理人 邱文達
被上訴人 行政院衛生署中央健康保險局
法定代理人 戴桂英
訴訟代理人 林憶梅
被上訴人 行政院衛生署食品藥物管理局
法定代理人 康照洲
被上訴人 臺北市政府衛生局
法定代理人 林奇宏
被上訴人 基隆市衛生局
法定代理人 許明倫
訴訟代理人 林育恩
被上訴人 新北市政府衛生局
法定代理人 林雪蓉
訴訟代理人 廖慧琳
被上訴人 宜蘭縣政府衛生局
法定代理人 劉建廷
被上訴人 新竹市衛生局
法定代理人 姚克武
訴訟代理人 許慧君
被上訴人 新竹縣政府衛生局
法定代理人 殷東成
訴訟代理人 謝月媛
葉明浩
詹素芝
被上訴人 桃園縣政府衛生局
法定代理人 劉宜廉
訴訟代理人 陳傳慧
被上訴人 苗栗縣政府衛生局
法定代理人 羅財樟
被上訴人 臺中市政府衛生局
法定代理人 黃美娜

訴訟代理人 陳 淑 惠
被 上 訴 人 彰化縣衛生局
法定代理人 葉 彥 伯
訴訟代理人 柯 惠 玲
被 上 訴 人 南投縣政府衛生局
法定代理人 廖 龍 仁
訴訟代理人 林 育 愉
被 上 訴 人 嘉義市政府衛生局
法定代理人 孫 淑 蓉
訴訟代理人 何 宛 青
被 上 訴 人 雲林縣衛生局
法定代理人 吳 昭 軍
被 上 訴 人 臺南市政府衛生局
法定代理人 林 聖 哲
訴訟代理人 王 基 山
 曾 文 利
被 上 訴 人 高雄市政府衛生局
法定代理人 何 啟 功
訴訟代理人 李 廣 森
 李 資 慧
 巫 靜 宜
被 上 訴 人 屏東縣政府衛生局
法定代理人 李 建 廷
訴訟代理人 張 瓊 月
 蔡 怡 婷
被 上 訴 人 花蓮縣衛生局
法定代理人 林 南 岳
被 上 訴 人 臺東縣衛生局
法定代理人 陳 照 隆

上列當事人間請求國家賠償事件，上訴人對於中華民國 100 年 10 月 6 日臺灣嘉義地方法院第一審判決（100 年度國字第 8 號），提起上訴，本院於 101 年 5 月 8 日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

甲、程序部分：

一、按依國家賠償法請求損害賠償時，應先以書面向賠償義務機關請求之；又賠償義務機關拒絕賠償，或自提出請求之日起逾三十日不開始協議，或自開始協議之日起逾六十日協議不成立時，請求權人得提起損害賠償之訴；國家賠償法第十條第一項、第十一條第一項、第十二條前段分別定有明文。經查：

（一）就被上訴人行政院衛生署中央健康保險局（下稱中央健保局）、臺北市政府衛生局、新北市政府衛生局、新竹縣政府衛生局、彰化縣衛生局、南投縣政府衛生局、雲林縣衛生局、臺南市政府衛生局、屏東縣政府衛生局、臺東縣衛生局部分：渠等均以上訴人雖對渠等請求國家賠償，惟核與國家賠償法第二條第二項規定不符而拒絕賠償等情，有渠等之拒絕賠償理由書或相關覆函在卷可憑（見原審卷第 15 至 41 頁）；上訴人乃以上開機關為被告，向原審法院提起本件國家賠償訴訟；經核在程序上，於法並無不合。

（二）就被上訴人行政院衛生署、行政院衛生署食品藥物管理局（下稱食品藥物管理局）、基隆市衛生局、宜蘭縣政府衛生局、新竹市衛生局、桃園縣政府衛生局、苗栗縣政府衛生局、臺中市政府衛生局、嘉義市政府衛生局、高雄市政府衛生局、花蓮縣衛生局部分：上訴人亦曾以上揭十一家被上訴人機關所屬人員，於執行職務行使公權力時積極為枉法行政行為，或怠於告發上級機關枉法行政行為，致上訴人應獲得之健保費用變差，不法侵害上訴人之財產權為由，與上揭（一）所示之機關，一併分別向渠等機關聲請國家賠償，而上揭（一）所示之機關以上訴人之請求，核與國家賠償法第二條第二項規定不符等語，拒絕賠償，已如前述，而此部分之十一機關，迄未為拒絕賠償覆函，自上訴人在民國（下同）一百年六月八日以書面向賠償義務機關提出國賠協商書為請求，至上訴人於一百年七月十五日向原審法院提起本件之訴（見原審卷第 4 至 14 頁），已逾自提出請求之日起三十日不開始協議之情形；則上訴人以上開十一機關為被告，向原審法院提起本件國家賠償訴訟，經核在程序上，於法亦無不合。

二、次按當事人喪失訴訟能力或法定代理人死亡或其代理權消滅者，訴訟程序在有法定代理人或取得訴訟能力之本人，承受其訴訟以前當然停止；惟有訴訟代理人者不適用之；另承受訴訟人，於得為承受時，應即為承受之聲明；民事訴訟法第一百七十條、第一百七十三條、第一百七十五條第一項分別定有明文。本件被上訴

人屏東縣政府衛生局原法定代理人康啟杰，已變更為李建廷，且於一〇一年五月八日向本院聲明承受訴訟（見本院卷（三）第 67 至 68 頁），經核尚無不合，爰予准許，合先敘明。

三、被上訴人行政院衛生署、食品藥物管理局、臺北市政府衛生局、基隆市衛生局、新北市政府衛生局、宜蘭縣政府衛生局、新竹市衛生局、新竹縣政府衛生局、桃園縣政府衛生局、苗栗縣政府衛生局、臺中市政府衛生局、雲林縣衛生局、花蓮縣衛生局、臺東縣衛生局等，均未於言詞辯論期日到場，核無民事訴訟法第三百八十六條各款所列情形，准依上訴人聲請，由其一造辯論而為判決。

乙、實體部分：

壹、上訴人方面：

一、上訴人於原審起訴主張：按藥師法第十五、二十四條，藥事法第一百零二、一百零三條規定，中藥調劑必須藥師或取得國考資格之人員調劑，不含中醫師，中醫師調劑，仍受藥事法第一百零二條限制，除非偏遠地區方可行。行政院衛生署於九十九年三月五日製作署授藥字第 0990001666 號函，架空法律便宜行事允中醫師可以調劑，仍命中央健保局支付中醫師調劑費及藥費，衛生局不告發也是共犯。中央健保局及衛生局未依公務員服務法第二、三條及行政罰法第七、十一條表示意見反對違反上級行政，不告發還配合給付違法事，有連帶責任。又藥師法第十一條明定藥師不可支援他處工作，因此藥師連去義診都不可以，更遑論支援他處工作及到病人家居家照護工作。行政院衛生署各地衛生局堅持捍衛此違反藥師工作權及平等權之規定，卻於明知藥師法第十一、十五、二十三條，藥師法第十五條八款之居家照護仍舊受同法第十一條拘束，不可支援他處工作只可以在執照登記之藥局或診所內工作，以行政規則架空法律，枉法同意藥師可以去居家照護及義診，並仍命中央健保局編列新臺幣（以下同）3,600 萬元鼓勵藥師到他處工作居家照護之違法事。在總額一定預算下，中央健保局多支出此違法事，致健保費用點值當然變差，各地衛生局不罰還鼓勵違法事，為共犯。上訴人因被上訴人等枉法行政，造成財產權受損失，爰依國家賠償法規定，起訴請求賠償；並聲明：被上訴人等應共同給付上訴人五十一萬元，及自本件請求書送達翌日起即一百零六年六月十日起至清償日止，按年息百分之五計算利息之判決等語（原審為上訴人全部敗訴之判決，上訴人不服，提起上訴）。

二、上訴聲明，求為判決：（1）原判決廢棄。（2）被上訴人等應共同給付上訴人五十一萬元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按年息百分之五計算之利息。

（3）第一、二審訴訟費用由被上訴人等負擔。

貳、被上訴人等方面：於本院審理時之陳述除與原審判決記載相同者予以引用外，並

補以下列等語，資為抗辯：

一、被上訴人行政院衛生署、基隆市衛生局、宜蘭縣政府衛生局、新竹市衛生局、新竹縣政府衛生局、桃園縣政府衛生局、苗栗縣政府衛生局、臺中市衛生局、南投縣衛生局、屏東縣政府衛生局、花蓮縣衛生局、臺東縣衛生局等均未於本院審理時提出書狀作任何聲明及陳述。

二、被上訴人中央健保局、食品藥物管理局、臺北市政府衛生局、新北市政府衛生局、彰化縣衛生局、嘉義市政府衛生局、雲林縣衛生局、臺南市政府衛生局、屏東縣政府衛生局等部分：

（一）按公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家應負損害賠償責任，國家賠償法第二條第二項前段定有明文。是以，國家賠償請求權之成立要件，須以公務員之執行職務具有故意或過失之行為，及人民之自由或權利須受有損害，且該損害之發生與有責任原因之事實間具有相當因果關係為必要。國家機關依國家賠償法負賠償責任，係以其所屬公務員行使公權力之行為，具違法性為前提要件，是機關所屬公務員如係依據合法有效之法令為必要之執行，乃為公權力之正當行使，欠缺違法性，即無國家賠償責任可言。又上訴人依該條規定請求國家賠償，對於其確有損害之發生、公務員之執行職務具有故意或過失，及兩者間有相當因果關係等，自應先負舉證之責任。惟查本件上訴人請求國賠其所述事實及理由，並無事實上或法律上可供參採之意見，顯無構成國賠之要件。

（二）依據行政院衛生署九十九年三月五日署授藥字第 0990001666 號函釋，按藥事法第三十七條第一項、第二項，對藥品調劑作業與藥事人員調劑定有規範，同條第四項則規定：「中藥之調劑，除法律另有規定外，應由中醫師監督為之」。又查醫療法第十二條第三項授權訂定之醫療機構設置標準第九條「診所設置標準表」中，關於中醫診所設置標準「人員」項目之「其他」欄，係規定「視業務需要設置修習中藥課程達適當標準之藥師或確具中藥基本知識及鑑別能力人員」；同標準第七條所定之「中醫醫院設置標準表」「人員」項目之「中藥調劑人員」欄，係規定「中藥調劑人員包括中醫師、修習中藥課程達適當標準之藥師及確具中藥基本知識及鑑別能力人員三類」。因此，中醫醫療機構可以執行藥品調劑之業務者，係指「中醫師」、「修習中藥課程達適當標準之藥師」、「確具中藥基本知識及鑑別能力人員」三種，乃法所許可，並無違法可言。

（三）又據行政院衛生署食品藥物管理局一〇一年六月二十七日 FDA 藥字第 1000036325 號函，針對各衛生局協助藥事人員從事居家藥事照護相關業務，

是否違反藥師法第十一條規定乙事釋復如下：「藥師之法定業務於藥師法第十五條定有明文，因此藥師執行其藥師業務，當依該法條之規定；至於藥師法第十一條係藥師執業處所之登記規定，該二條文規範之內容雖均為規範藥師，但其規範者一者為業務範圍，一者則為執業處所之登記規定。……復查現今判例、習慣法或司法院大法官作成之釋憲解釋，並未針對類似於藥師法限制執業處所於一處之規定，認有違法違憲之虞，……另藥事服務既屬藥師法第十五條所定藥師業務，則藥師於完成執業處所執業登記，執行該項藥師業務，當符藥師法之規定。」

（四）部分被上訴人從未核定藥師支援，自未有支出如上訴人所稱多餘費用致健保費用點值變少情事，又部分被上訴人之醫療機構健保業務轄區，與上訴人診所所在地轄區不同，上訴人所執事項亦非其等執掌範疇。再者，其為地方衛生機關，非訟爭法令有權解釋之主管機關，就中央健康保險局之計畫亦無審核權限。況查健保醫療費用給付區分西醫、中醫、牙醫分別規範，上訴人為西醫反以中醫部分為論述理由，主張其權益受有侵害，二者顯不相干。

（五）查中醫師親自調劑中藥之給付，係由「中醫門診」總額預算支應，與「西醫基層」部門預算無關，西醫基層點值乃係西醫基層院所當年度申報點數結算每點點值之結果，故西醫基層點值並不受中醫師親自調劑之影響。依全民健康保險醫療費用協定委員會一百年一月四日費協字第 1005940001 號公告，一百年度全民健康保險醫療給付費用總額及其分配，目前分為「牙醫門診」、「中醫門診」、「西醫基層」、「醫院」及「其他」等部門預算總額，各部門預算採分別結算每點之點值。查「全民健康保險高診次保險對象藥事居家照護」試辦計畫之經費，另屬「其他」部門之專款專用預算，故藥師於執業處所外提供藥事照護給付，係由「其他」部門總額支應，亦與西醫基層總額無關。

三、被上訴人高雄市政府衛生局則辯以：中央衛生主管機關為執行藥師法之必要，本於其對法律之確信，作成解釋性函令，此乃其職權之行使。就藥師法第十一條為細節性或技術性之規定，並未逾越母法之限度及目的，自得予以援用，核屬合於法律規範目的之解釋，且與社會通念相當，自無牴觸母法之虞，此有臺北高等行政法院九十九年度簡字第一一二號判決可資參採。

四、依上，爰答辯聲明，均求為判決：上訴駁回。

叁、兩造爭執之事項：

（一）上訴人認為依藥事法第一百零三條及藥師法第十五條規定只有修習中藥學分之藥師及通過國考之人始有中藥調劑權，中醫師調劑仍受限於藥師法第一百零二條限制，只有偏遠地區可為之；藥師依藥師法第十一條規定只能於執照登記地

點調劑，如依同法第十五條為病人進行居家藥事照護業務係違法行為；是否有據？

- (二) 被上訴人機關所屬人員於執行職務行使公權力時，有無積極為枉法行政行為，或怠於告發上級機關枉法行政行為？從而有無導致上訴人應獲得之健保費用變差，不法侵害上訴人之財產權？若有，則其過失與上訴人所受之損害間有無相當因果關係，而應負國家賠償責任？

肆、本院之判斷：

一、按行政院衛生署組織法第一、二、四、六、十七條分別規定，「行政院衛生署（以下簡稱本署）掌理全國衛生行政事務。」「本署對於直轄市及縣（市）衛生機關執行本署主管事務有指示、監督之責。」「本署設下列各處、室：一、醫事處。」「醫事處掌理左列事項：一、關於醫事法令之研擬、解釋及督導執行事項。」「本署得設疾病管制局、食品藥物管理局、中央健康保險局、中醫藥委員會、衛生人員訓練所及國民健康局；其組織另以法律定之。」準此，行政院衛生署中央健康保險局組織法制定時，乃於該法第一條開宗明義規定：「行政院衛生署為辦理全民健康保險業務，特設中央健康保險局（以下簡稱本局）。」又依行政院衛生署食品藥物管理局（下稱食品藥物管理局）組織法第一條、第二條第一項第十二款規定可知，該法係依行政院衛生署組織法第十七條規定所制定；依該法規定，食品藥物管理局職掌包括：藥師業務之管理事項；亦因此食品藥物管理局乃於九十九年一月六日作成 FDA 企字第 0991200001 號函釋：「自九十九年一月一日起，由行政院衛生署食品藥物管理局負責掌理原屬行政院衛生署、行政院衛生署藥物食品檢驗局或行政院衛生署管制藥品管理局管轄之相關法令。」（參見原審卷第 331 頁）。依前開法條說明可知，行政院衛生署掌理全國衛生行政事務，對於各縣市衛生機關（衛生局）執行該署主管事務有指示、監督之（權）責，並負責掌理醫事法令之研擬、解釋及督導執行；中央健保局乃行政院衛生署為辦理全民健康保險業務而設置，亦為該署之下級機關；而食品藥物管理局則負責掌理包括藥師業務之管理等事項，自九十九年一月一日該局設立後，依該局組織法規定屬該局掌理事項之相關法律及法規命令條文，乃以該局為有權解釋機關。

二、行政院衛生署、食品藥物管理局分別為醫事法令、藥師業務管理相關法令之有權解釋機關，有如前述。是行政院衛生署既於九十九年三月五日以前授藥字第 0990001666 號函釋，就有關中醫診所執行中醫調劑業務之人員之資格，提出以下說明：「一、按藥事法第三十七條第一項、第二項，對藥品調劑作業與藥事人員調劑定有規範，同條第四項則規定：『中藥之調劑，除法律另有規定外，應由中醫師監督為之』，倘由中醫師親自調劑，尚無違反藥事法第三十七條第四項規

定。二、又查醫療法第十二條第三項授權訂定之醫療機構設置標準第九條『診所設置標準表』中，關於中醫診所設置標準『人員』項目之『其他』欄，係規定『視業務需要設置修習中藥課程達適當標準之藥師或確具中藥基本知識及鑑別能力人員』；同標準第七條所定之『中醫醫院設置標準表』『人員』項目之『中藥調劑人員』欄，係規定『中藥調劑人員包括中醫師、修習中藥課程達適當標準之藥師及確具中藥基本知識及鑑別能力人員三類』。因此，中醫醫療機構可以執行藥品調劑之業務者，係指『中醫師』、『修習中藥課程達適當標準之藥師』、『確具中藥基本知識及鑑別能力人員』三種。」（參見原審卷第 210、232、276、314 頁）；食品藥物管理局則於一百年六月二十七日以 FDA 藥字第 1000036325 號函，就各衛生局協助藥事人員從事居家藥事照護相關業務，是否違反藥師法第十一條規定釋復如下：「二、藥師之法定業務於藥師法第十五條定有明文，因此藥師執行其藥師業務，當依該法條之規定；至於藥師法第十一條係藥師執業處所之登記規定，該二條文規範之內容雖均為規範藥師，但其規範者一者為業務範圍，一者則為執業處所之登記規定。三……復查現今判例、習慣法或司法院大法官作成之釋憲解釋，並未針對類似於藥師法限制執業處所於一處之規定，認有違法、違憲之虞，故本署之作法應無祐民診所所指違法之處。四、基於推廣公共衛生業務及義診服務需求，行政院衛生署 92 年 7 月 15 日衛署藥字第 0920040468 號函及 95 年 9 月 20 日衛署藥字第 0950038114 號函釋藥事人員參與醫療團體義診服務，執行藥品調劑工作，或以醫院、社區藥局名義至護理之家、安養機構提供藥事諮詢服務，尚無違反藥師法第十一條規定，以有效解決偏遠地區及特殊情形藥事人力之需求。五、另藥事服務既屬藥師法第十五條所定藥師業務，則藥師於完成執業處所執業登記，執行該項藥師業務，當符藥師法之規定。」（參見原審卷第 233 頁）。據上，行政院衛生署、食品藥物管理局作成前開函釋之公務員，究之乃係基於職權就所屬下級機關於法律適用發生疑義時，本於其對於法律之確信，作成解釋性函令，此乃其職權之行使。另被上訴人中央健保局及包括臺北市政府衛生局等九家直轄市、各縣市衛生機關就其職掌事項執行職務、行使公權力時，依公務員服務法第二條規定，對於上開函釋之行政規則本有服從之義務，縱渠等參照前開函釋意旨作成行政處分，亦屬依法令之行為，尚難認其有何不法。

三、依上，上訴人認為依藥事法第一百零三條及藥師法第十五條規定只有修習中藥學分之藥師及通過國考之人始有中藥調劑權，中醫師調劑仍受限於藥師法第一百零二條限制，只有偏遠地區可為之；藥師依藥師法第十一條規定只能於執照登記地點調劑，如依同法第十五條為病人進行居家藥事照護業務係違法行為等語，即非

有據。從而被上訴人等機關所屬人員於執行職務行使公權力時，難認有積極為枉法行政行為，或怠於告發上級機關枉法行政行為，而致上訴人應獲得之健保費用變差，不法侵害上訴人之財產權；且其間亦無相當因果關係存在，故上訴人請求被上訴人等應負國家賠償責任等語，尚非可採。

四、綜上所述，上訴人以被上訴人中央健保局，依前開行政院衛生署、食品藥物管理局所為函釋，違法支付中醫師調劑費及藥費；編列 3,600 萬元鼓勵藥師到執照登記之藥局或診所以外之他處工作從事居家照護；被上訴人臺北市政府衛生局等地方衛生機關竟對行政院衛生署之違法指示消極不為告發，導致上訴人因而受有西醫基層點值變差，領得之醫療給付降低等損害為由，依國家賠償法提起本件之訴，請求被上訴人等賠償，為無理由。其中上訴人就對被上訴人中央健康保險局、臺北市政府衛生局、新北市政府衛生局、新竹縣政府衛生局、彰化縣衛生局、南投縣政府衛生局、雲林縣衛生局、臺南市政府衛生局、屏東縣政府衛生局、臺東縣衛生局等請求部分，原法院依民事訴訟法第二百四十九條第二項規定，以顯無理由予以駁回；經核此部分之判決，於法並無不合。又上訴人就對被上訴人行政院衛生署、食品藥物管理局、基隆市衛生局、宜蘭縣政府衛生局、新竹市衛生局、桃園縣政府衛生局、苗栗縣政府衛生局、臺中市政府衛生局、嘉義市政府衛生局、高雄市政府衛生局、花蓮縣衛生局等請求部分，原法院雖以上訴人未經先向各該被上訴人提出國賠協商而逕提起本件之訴，認起訴不合法，而逕予駁回；查上訴人已在九十年六月八日以書面向上開十一賠償義務機關提出國賠協商書為請求，至上訴人於九十年七月十五日向原審法院提起本件之訴（見原審卷第 4 至 14 頁），已逾自提出請求之日起三十日不開始協議之情形；則上訴人以上開十一機關為被告，向原審法院提起本件國家賠償訴訟，經核在程序上，於法亦無不合，已敘明如前，則原判決就此部分，以起訴不合法，而逕予駁回，即非妥適；惟上訴人依國家賠償法提起本件之訴，為無理由，亦如前述，其就此部分提起上訴，亦無理由，是原判決就此部分所為之理由雖有不同，但本件上訴人之上訴為無理由，應予駁回，則結論並無二致，依民事訴訟法第四百四十九條第二項規定，仍應予維持。上訴人上訴意旨仍執陳詞，指摘原判決為不當，求為廢棄改判如其上訴聲明所示，為無理由，應予駁回。

五、本案事證已臻明確，兩造其餘主張陳述及攻擊防禦方法，經核與本件判決結果不生影響，爰不一一論述，附此敘明。

伍、據上論結，本件上訴為無理由，依國家賠償法第十二條、民事訴訟法第四百四十九條第一項、第二項、第四百六十三條、第三百八十五條第一項前段、第七十八條，判決如主文。

中 華 民 國 101 年 5 月 22 日

（本件聲請書其餘附件略）

臺灣桃園地方法院 函

中華民國 102 年 6 月 3 日

桃院晴文字第 1020000774 號

受文者：司法院大法官書記處

主 旨：檢陳併案釋憲聲請書 1 件及其附卷。敬請 鑒核。

說 明：一、本件係行政訴訟庭錢法官建榮審理如說明二案件，認藥師法第 11 條有違憲之疑義，而依 鈞院釋字第 371、572、590 號解釋及行政訴訟法第 178 條之 1 裁定停止訴訟程序。併案請求與 102 年 6 月 13 日言詞辯論案件合併審查。

二、經裁定停止訴訟程序之案件案號：臺灣桃園地方法院 101 年度簡字第 45 號，行政訴訟簡易訴訟事件。

院長 陳 晴 教

抄臺灣桃園地方法院行政訴訟庭錢建榮法官釋憲聲請書

壹、聲請解釋憲法之目的：

聲請人審理一〇一年度簡字第四五號蕭天佑違反藥師法案件，被告機關（桃園縣政府）認為原告（蕭天佑）並未於其原登記之執業處所執業，而於他處調劑藥品，因而認為原告違反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」，適用同法第二十三條規定處以罰鍰新臺幣三萬元。

本院認為本案應適用之藥師法第十一條規定係對於職業選擇自由之客觀限制，違反比例原則；又相對其他同性質之專業人員之執業處所限制，顯有不合理的差別待遇，違反平等原則。因而侵害原告依據憲法第十五條保障之工作權。

因自報載始得知大法官預計於今年（民國一〇二年）六月十三日進行藥師法第十一條的違憲審查言詞辯論。爰併案聲請一併審查之。

貳、疑義之性質與經過及涉及之憲法條文

一、疑義之性質與經過：

本案被告即原處分機關桃園縣政府以一〇一年五月二十二日府衛食藥字第 1011703602 號行政裁處書，記載桃園縣政府衛生局於一〇一年五月三日查獲原告即受處分人執業登記處所於益眾藥局（地址：桃園縣桃園市中山路七〇七號一樓），卻於桃園大樹藥局（地址：桃園縣桃園市中正路三七三號）調劑藥品予民

眾，經原告坦承違反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」，爰依同法第二十三條規定處以罰鍰新臺幣三萬元，並限原告於文到後十五日內繳清銷案。原告認原處分顯屬違法，提起訴願，經行政院衛生署一〇一年八月六日衛署訴字第 1010013797 號訴願決定書駁回訴願。原告認原處分及訴願決定俱屬違法，爰於法定期間提起行政訴訟。

查原告對於本案客觀違法事實並不爭執，惟仍一再爭訟。且自提起訴願時起，原告即一再主張藥師法第十一條限制藥師執業處所以一處為限之法律規定，侵害憲法第十五條保障之工作權，並認為違反憲法第七條平等原則、第八條人身自由及第十條遷徙自由、第十四條集會結社自由，甚且認為侵害藥師職業者之人性尊嚴，而有違反憲法第二十三條比例原則（參見訴願書及行政訴訟起訴狀）。

嗣經受理法院（即聲請人）召開第一次準備程序庭，原告仍表明上述法律違憲之情。經聲請人指出人民聲請釋憲與法官聲請釋憲之程序差異，以及本案情節與適用法律均與一九五八年德國聯邦憲法法院所謂「藥房判決」案例類似，並指示相關文獻。原告於第二次準備程序庭（一〇二年五月七日）表明希望由法官聲請釋憲。聲請人安排手邊的審判工作，原定最快也要一個月後始有餘力撰寫聲請書聲請釋憲。

豈料據報載及司法院網站首頁新聞稿，將於一〇二年六月十三日就本案所應適用之藥師法第十一條進行其他聲請違憲審查案之言詞辯論（註一）。爰將聲請時限提前，併案聲請之。

二、涉及之憲法條文：

藥師屬專門職業人員，須經考試及格始得充任。藥師法第十一條限制藥師的執業處所應以一處為限，顯係對於「職業自由」之限制。依據大法官歷來解釋，上述「限制」已非單純對於職業執行自由之限制，而係對於職業選擇自由之主觀限制，立法者必須提出極重大公益之理由，始符憲法第二十三條比例原則之要求。否則即有違憲侵害藥師受憲法第十五條保障之工作權。

此外，同樣居於專門職業人員地位之其他專業證照人員，尤其與藥師同屬醫藥專業之醫師、護理人員等，法律均無限制於一處執業之限制，此等差別待遇難有正當合理之理由，有違反憲法第七條平等原則之情。

叁、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

一、工作權與職業自由之內涵大致相同

憲法第十五條規定人民之「工作權」應予保障。對於工作權之性質及其所具有之功能，究係自由權之性質而具有防禦（權）功能，或另具有社會權之性質而有受益（權）功能，學者間雖未有定見（註二）。惟大法官在一系列關於工作權

保障之解釋，諸如釋字第四〇四號、第四一一號、第五一〇號解釋，乃至近來的釋字第五八四號解釋，均宣示「人民之工作與公共福祉有密切關係，為增進公共利益之必要，對於人民從事工作之方法及應具備之資格或其他要件，得以法律為適當之限制，為憲法第二十三條所明定」等語。釋字第五八四號解釋甚至直接闡明工作權內涵包括「人民選擇職業之自由」及「執行職業之自由」（註三），另再輔以吳庚前大法官於釋字第四〇四號解釋所提出之不同意見書，表明德國聯邦憲法法院針對職業自由所建立之三階段理論，並非可全盤適用於我國的立場。以足推論多數大法官對於工作權所描繪的圖像，顯然參考德國基本法上職業自由的概念。

大法官於是在後續的幾號解釋不再有爭議的將工作權與職業自由相提併論。以最近宣告非視覺障礙者不得從事按摩業違憲的釋字第六四九號解釋為例，理由書即謂：「憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，人民從事工作並有選擇職業之自由，業經本院釋字第四〇四號、第五一〇號、第五八四號、第六一二號、第六三四號與第六三七號解釋在案」。

二、職業自由與人格自由發展權息息相關

德國聯邦憲法法院就經常將職業自由與人格發展自由權結合在一起討論。甚至認為二者有普通法與特別法的關係，職業自由就人格發展自由而言，係特別法（註四）。

林子儀及許玉秀大法官，在釋字第五八四號解釋分別提出的不同意見書中，也不約而同指出職業選擇自由之內涵其實與人格自由發展權密切相關。林子儀大法官謂：「職業選擇自由對個人發展自我與實現自我，具有重要的意義。在現代民主社會中，職業不僅提供個人現實生活所需的經濟基礎條件，也是個人得藉以發展能力與實現理想生活型態的屏障與途徑，乃至於個人建構其存在意義與自我認識的要素之一。故而經由保障人民職業的選擇自由，人民方得以自由地發展自我、實現自我與完成自我。由於職業的選擇自由與個人人格的自由發展密不可分」（註五）。許玉秀大法官謂：「職業當然是從社會分工的需求而產生的，但在沒有社會分工的需求之前，每個人都有求生存、開發生命價值的基本本能，每個人為了謀生存而反覆實施的活動，就是職業的前身，從生命的絕對價值觀而言，這種意義下的職業，甚至是基本的生命任務。換言之，應該可以說，職業的本質就是個人藉以安身立命的生命活動。那麼，安身立命又是什麼？不外乎能生存、能發展生命的價值。如果從個人安身立命的基礎審視職業自由，則職業自由的第一個密切關係應該發生在人格發展自由，而不是公共福祉」（註六）。足見不論職業自由或人格自由發展權，其實均屬於相同之人權內涵。

其後的大法官釋字第六五九號解釋，於解釋理由書開宗明義即闡明：「職業自由為人民充實生活內涵及自由發展人格所必要，不因職業之性質為公益或私益、營利或非營利而有異，均屬憲法第十五條工作權保障之範疇」。葉百修大法官繼而於釋字第六六六號解釋協同意見書中指出工作權之意義正是「從維持生計到人格發展」。葉大法官並謂：「社會生活態樣變化日增，工作及職業已不單作為人民維持生計之方式，同時並具有人民以之為充實生活內涵及自由發展人格之重要功能。是以，凡人民自由選擇維持生計或表現其人格所從事持續性或短暫性之經濟活動，均屬憲法保障工作權之意涵」（註七）。且認為工作及職業不以具有正當性為必要，應採從寬認定，主張「對成年人間自願性之非公開從事之性交易行為，應受憲法工作權予以保障」（註八）。

三、運用職業自由三階理論的審查標準

殊不論對於職業自由限制的審查應採較嚴格、較寬鬆或中度審查標準（註九）之爭議。聲請人以大法官習用之比例原則審查標準，參以德國實務之「三階理論」審查系爭條文。

如何檢驗立法者對於職業自由的限制是否合憲的標準，德國聯邦憲法法院於一九五八年，藉審查藥房設立數量限制的「藥房判決」（das Apothekenurteil）（註十）中，即運用比例原則建立具體的所謂「三階理論」（Stufentheorie），依據三階理論，對於人民職業自由的限制，可以區分為三種不同階層，即「職業執行自由之限制（職業執行規則）」、「職業選擇自由之主觀限制（主觀許可要件）」、「職業選擇自由之客觀限制（客觀許可要件）」（註十一）。

簡言之，因為上述三種不同類型之職業自由的限制，對於人民職業自由之侵害程度強弱有別，所以要求立法者的限制即有不同，合憲性要求之強度自有不同。首先，立法者對於職業自由之限制，應儘可能選擇侵害最小之手段以達成相同之目的，祇有當立法者能夠充分說明其預見之危害無法以前一階層之限制手段以有限防止時，始得採取對於下一階層之限制手段（註十二）。亦即必須遵守以職業執行自由之限制為先，如無法達成目的，始得以職業選擇自由之主觀許可要件為限制，最後才能以職業選擇自由之客觀許可要件限制。另外，就立法者所持的「公益」理由，三階層亦有寬嚴不同之標準，第一階層的「職業執行規則」，因為對於人民的侵害最輕，立法者對此之限制，祇要符合「一般公共利益」，且合乎目的之要求即可；第二階層之「職業選擇主觀許可要件」，立法者必須認為有「重要社會法益」存在，始得限制；至於第三階層「職業選擇客觀許可要件」，立法者必須提出認有「特別重要（極重要）之社會法益」，始可限制之（註十三）。

此外，須說明者，在個案的判斷上，前述三種階層之界限並非迥然有別，其間的界限常不易區別而相互混淆，例如職業執行與職業選擇之間的區別界限往往是流動的，可能因為規範方式之不同，而使其限制之效力「滲透」至另一階層，並非絕對固定，尤其當立法者干涉「職業執行」限制之規則過於強烈時，即可能因質變而成為對於「職業選擇」限制之規定（註十四）。最後，就第三階層之職業選擇客觀限制而言，德國學者分析其聯邦憲法法院之判決，認為依立法者干涉基本權強度之不同，又可依序區分為「兼職禁止」、「需求審查」、「限額措施」、「職業禁止」幾種（註十五）。其中最為強烈者即為職業禁止類型，尚可分為「一般職業禁止」（勞動法上的職業禁止）及「個別職業禁止」二者，前者例如禁止婦女從事特別危險或極度消耗體力之職業（如礦工），後者特別是指德國「刑法上之職業禁止」，即經由法院之刑事判決禁止被告繼續從事某種職業活動，例如德國刑法賦予法院得對於犯罪行為人濫用其職業或營業從事違法行為者，禁止其繼續從事該項職業或營業之權，此項禁止期間最長五年為限，例外尚可永久禁止之（註十六）。

據此聲請人曾經於二〇〇五年十二月間因確信當時道路交通管理處罰條例第六十七條第一項關於吊銷駕照終身不得考領的規定，侵害人民工作權，而裁定停止審理三件繫屬中交通聲明異議案件，聲請大法官解釋，並請大法官就釋字第五三一號解釋作成補充（或變更）解釋。就職業自由的限制而言，聲請人於聲請書中主張：終身不得考領駕照使得以駕駛為職業者的主觀能力許可要件受到「限制」，乍看之下，似屬第一階層之職業執行限制，或第二階層之職業選擇主觀許可要件之限制。惟此處不得考領駕照之期間係「終身」，亦即非屬「有期間之吊銷」，其法律效果實乃永久「剝奪」其職業選擇之機會，屬於「個別職業之禁止」，乃干涉最強烈之程度。聲請人以為，如此強烈之「限制」效果，實已達第三階層，對於職業選擇自由之客觀許可要件之限制。換言之，本來屬第一階層或第二階層之限制，惟因為限制手段過於強烈，已使限制之效力「滲透」至最後階層，質變為第三階層之職業選擇客觀限制，而且又屬其中最強烈之「職業禁止」類型（註十七）。

惟大法官於聲請一年後，仍以道路交通管理處罰條例已增訂公布第六十七條之一，使受終身吊銷駕照者，於符合特定條件，仍得於一定期間及符合特定條件，重新申考駕照。認為無補充解釋之必要而不受理（註十八）。

大法官於二〇〇八年十月作成的釋字第六四九號解釋，宣告身心障礙者保護法第三十七條第一項前段，關於非視覺障礙者不得從事按摩業規定違憲。

在沒有不同意見書，亦即全體大法官無異議下，釋字第六四九號解釋以上述

三階理論檢驗本條對於工作權之限制違憲。對此理由書的說理層次分明：「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」。

對於立法者逕以「第三階段」選擇職業之客觀條件限制，何以更嚴於就主觀條件之限制，須有「特別重要之公共利益」理由，參照上述德國聯邦憲法法院「藥房判決」的理由，係因客觀限制是取決於執業申請人以外客觀條件之限制。換言之，對於客觀限制之條件是否能夠成就，執業申請人並無影響力。此等條件限制對於執業申請人之職業選擇自由干涉極大。並且根本的質疑在：到底一個在專業上及品德上均符合法律要求之執業申請人，其執行職業究竟對公眾能造成何種危害？足見職業選擇之客觀限制與其所追求目的間之關聯性，很難使人明瞭。因此，違反事物本質的動機侵入危險也就特別大（註十九）。

此外，立法者對於職業自由之限制，並未考慮應儘可能選擇同樣可達目的但侵害最小之手段，亦即立法者並未先考慮以前兩階之限制手段，而直接以最後一階的限制（或禁止）方式，是有違侵害最小原則的。

本件原因案件適用藥師法第十一條限制一處執業規定的結果，與上述一九五八年德國「藥房判決」的聲請案例結論如出一轍（註二十）：德國 Bayern 邦否決憲法訴願人的申請，在相同地點再開設一間新藥房。邦政府認為該項新設藥房之申請與保障藥品對當地居民需求供給之公共利益不符，蓋該地約居民六千人，為供給此一人數之藥品需求，現存之一家藥房已然足夠。此外，由於消費人口有限，新設藥房之經濟基礎將無法獲得保障，將連帶使得鄰近藥房正常經營之經濟基礎亦受影響。與「藥房法」第三條第一項（註二十一）規定有違，否決第二間藥房之申請。形同限制藥師僅能在一處處所執業。

以下即借用德國「藥房判決」經典的論證與說理，與本件原因案件被告機關提出公共利益理由相互對照、印證，並反駁之。

「藥房判決」認為藥房法第三條第一項對於人民設立藥房申請之限制，是對職業選擇自由之客觀限制。此一限制為干涉人民職業自由最嚴重之階層，只有在為了防止對特別重要的公益之可證明的或有最高或然性的嚴重危害時，始合乎基

本法第十二條第一項之要求。本條的立法理由顯然不足以說服聯邦憲法法院。首先，依據邦內政部的說法，本條目的係為防止藥房無限制增加，而導致藥品供應不正常，進而危害人民之健康。如解除此一限制，藥房之數量勢必快速增加，且由於新設藥房大多將聚集在大城市，尤其市中心區，如此更將使得該區藥房數量急遽上升，而產生激烈競爭。依據經驗顯示，各藥房激烈競爭之結果，將使許多經濟基礎較為脆弱之藥房為求增加其藥房銷售量，而將法律所賦予之義務（例如：一定貯存量之保持、須有醫師處方始能供應藥品、藥物品質之維持、遵守一定價格、聘用合格之從業人員等）棄之不顧。甚至會透過廣告，製造人民對藥品之需求，使服食不必要之藥物，影響身體健康。

此種說法與本件原因案件被告機關的說法相差無幾。殊不論原因案件訴願機關以目前藥師人力已充足，認定法律並無例外規定藥師支援報備制度尚屬合理，而認為限制一處執業之限制乃為「增進公共利益」，與憲法第二十三條尚無牴觸。惟對於何謂「公共利益」卻始終未說清楚，因而聲請人於本案準備程序要求被告機關桃園縣政府提出特別重大之公共利益理由。被告機關指出：特約藥局及基層院所藥事人員合理調劑量（以每日實際調劑量計算）每人每日 100 件，山地離島地區每人每日 120 件，超過不予給付藥事服務費，特約藥局調劑件數不分處方來源一併計算。可知對於藥事人員業務中的藥品調劑，亦有規範每人每日合理調劑量，旨要避免超時工作之情形發生。惟藥局在整個醫療照護體系中是一個重要角色，不論是在醫院中的藥局或是融入民眾生活的社區藥局，都是民眾健康的一個重要守護關卡。一般西藥局已不再侷限定位在「傳統」的角色，只提供藥品銷售，各種以專業、便利為訴求的「連鎖藥局」相繼成立，逐漸取代傳統藥局。在藥局產業面臨醫藥分業和現代化商業競爭的雙重衝擊，經營形態也隨著受到影響，未來藥局發展會更以提升服務為競爭工具，連鎖藥局會更盛行，醫藥分業政策會影響藥局經營方式的改變。因此，未來若修改藥師法第十一條，讓藥事人員可支援報備後多處執業的結果，連鎖藥局聘用的藥事人員人力將減少，而傳統藥局執業的藥事人員，在經營上將飽受連鎖藥局之威脅下，未來藥事人員就業市場勢必得選擇連鎖藥局就業，是否會造成藥事人員就業機會的受限，值得思考等語。

此外，被告機關另提出所謂「專任」觀點（專屬「藥品調劑」工作臺？），主張藥師法第十一條立法目的係為配合藥事法前身藥物藥商管理法之專任精神，並防止藥師出租執照（立法院公報第 68 卷第 37 期第 51 頁楊寶琳委員發言參照），立法意旨係「不得於兩處執行調劑及供應藥品之業務」（即兩處藥局之業務）（立法院公報第 68 卷第 42 期第 39 頁林明道處長發言參照）。即使一〇

二年三月四日行政院衛生署食品藥物管理局與中華民國藥師公會全國聯合會「研議藥師法第十一條」的會議紀錄中，中華民國藥師公會全國聯合會仍認為一旦修改藥師法第十一條，後續將衍生許多問題，包括藥師到別處支援時，會有超時工作的疑慮，且租照違法情形也會增加。

被告機關提出數據指出：根據九十九年底藥事人員執業處所調查之數據顯示，臺灣共有 23,162 位藥師及 6,839 位藥劑生。人力合併計算後，其中 80.16% 人力服務於醫療體系（包含醫院、診所及藥局）、18.38%於藥品販賣業以及 1.41% 於藥品製造業。另依藥事法第三十七條第三項規定：醫院中之藥品之調劑，應由藥師為之。但本法八十二年二月五日修正施行前已在醫院中服務之藥劑生，適用前項規定，並得繼續或轉院任職。可知目前臺灣的藥事人力分布上，超過八成的人力服務於醫療體系中。藥師工作內容中「藥品調劑」占大部分，這也是與其他醫事人員最大的差異性所在，舉凡對工作場所的熟悉度，相信各個醫事人員都希望儘量熟悉，但是藥師工作在調劑的部分與工作藥檯有非常密切的關係。若一位在某醫院工作多年的資深藥師，到其他醫院或藥局支援，在用藥專業諮詢部分，相信沒有問題，但是調劑藥檯的藥品位置，無非會有一定的陌生感，反而提高調劑藥品錯誤的機率，藥物知識與專業諮詢不會因為工作所在地的不同而遞減，但是不論是醫院、診所甚至是藥局，藥師的業務以「調劑藥品」為主要，這與是否處在熟悉的工作環境需求，遠遠大於其他醫事人員，限制藥師於一處執業並非限制了藥師的工作權，相對的是保障了藥師「專任」於一個固定處所的執業環境，調劑過程中藉由熟悉的調劑藥檯，提高了給藥安全性，相對民眾的服藥安全性也獲得更高的保障。因為其他醫事人員並沒有調劑藥檯，這個幾百樣藥品的「工作夥伴」，而且每家醫院診所或藥局使用藥物不盡相同，在一個極短暫的領藥過程中，藥品熟悉度、藥品擺放位置都是藥師調劑藥品的極大考驗，所以藥師「專任」於一處執業，正是保障領藥民眾的安全性。故藥師法第十一條立法限制乃為增進公共利益，與憲法第二十三條之規定尚無抵觸，對於憲法所保障之工作權，尚不致構成重大之限制，核與工作權及平等權無違。

對此，聲請人參酌德國聯邦憲法法院見解：「國民健康」為特別重要的公益，固無疑問。正常藥物供給對國民健康之保護為不可或缺之要素，亦無爭論。然而廢除限制後是否就會造成正常藥物供給受到干擾並危害國民之健康，聯邦憲法法院是存疑的。聯邦憲法法院並引用言詞辯論程序中鑑定人之報告認為：在藥品消費習慣與德國並無顯著差異之荷蘭與瑞士，並未對設立藥房之申請為如此嚴格之限制，而其國之國民健康亦未遭受嚴重危害。因此對於邦藥房法第三條第一項存在之必要性，深表懷疑。

德國目前已無此限制長達數十年之久，但很顯然的，德國國民的「國民健康」並無受到傷害。足見上述所謂有害公共利益的疑慮都是出於毫無根據的想像，可作為我國藥師法第十一條存廢殷鑑。

此外，德國聯邦憲法法院亦不認同藥房法第三條第一項之客觀限制解除後，將導致藥房數量無限制增加之說法。聯邦憲法法院認為這只是「假設」，是建立在大量藥師會執著於「開設藥房之樂趣」（Gruandungsfreudigkeit），而不考慮各種經濟上之因素為前提。然而設立新藥房需要大量資金，依據鑑定人當時的估計，其數額約在五萬馬克以上，此項經濟因素將促使藥師在面對一個供需平衡，甚至供過於求的市場時，寧願受僱於他人而不願自行開業。

對照原因案件訴願機關行政院衛生署於訴願決定中提出的行政院衛生署九十八年十二月九日署授食字第 0980034610 號函所載：「……二、依據本署統計，全國藥事人員約 4 萬 4 千人，比較美國、英國、日本及我國藥事人員比例，分為 7 人、6 人、12 人及 11 人（每萬人口），顯示我國藥事人力已充足，故應積極促進這些藥事人員投入執業場所，而非建立藥師支援制度」等語。顯然主管機關也是犯了藥師應投入執業場所的假設前提，不願藥師選擇「部分工時」的支援制度，甚且有歧視藥師選擇不經營藥局或投入職場的自由。

更遑論衛生署上述藥師人員的統計顯有誤會。根據被告機關桃園縣衛生局提出的統計資料，截至 99 年底藥事人員執業處所調查之數據顯示，臺灣共有 23,162 位藥師及 6,839 位藥劑生。人力合併計算後，其中 80.16% 人力服務於醫療體系（包含醫院、診所及藥局）、18.38%於藥品販賣業以及 1.41%於藥品製造業。與衛生署所言有四萬四千人，顯有不小之差距。

正如原告於起訴狀所指出的行政院衛生署所謂全國藥事人員約 4 萬 4 千人云云，應係指取得藥師、藥劑生執照者，非指實際執行藥師及藥劑生工作者。且取得藥事人員執照者，未必執行藥事人員之業務或甚至無意願執行藥師業務，另有部分取得藥事執照之藥師係受僱於藥商，非服務於需要用藥病患之醫療院、診所。凡此，均屬實際上未投入藥師市場者。類此實際上未投入藥師市場者，不能將之計入為藥師執業之人數，並以之作為計算每萬人口藥師人力比例之基礎。原告並提出行政院衛生署所公布之民國一〇〇年「醫療機構及其他醫事機構暨人員開（執）業場所執業醫事人員數一按縣市別分」，全國執業之藥師為 24,571 人，藥劑生為 6,729 人，總共為 31,300 人，與行政院衛生署所指全國藥事人員約 4 萬 4 千人相差達 1 萬 2,700 人左右。

對比被告機關所提出之數據，應足認行政院衛生署所謂全國藥事人員約 4 萬 4 千人云云，應非實際投入執行藥事人員業務之人數至明。尤有甚者，原告

另提出九十九年全國西醫領照人數 42,619 人，登記執業人數為 39,000 人；一〇〇年十二月底全國護理人員領照人數為 231,559 人，實際執業人數為 137,026 人之統計數據。足以證明「領照人數」與「登記執業人數」之差異甚大，而「實際執業人數」又更有差距，此三者數據自不容混淆使用。行政院衛生署自不能以取得藥事人員執照之人員數及登記執業之人員數而謂我國藥事人力已充足，藥師法第十一條規定乃在增進公共利益云云。

取得執照者未必執行藥師業務或甚至無意願執行藥師業務，另有部分係受僱於藥商，非服務於需要用藥病患之醫療院、診所。此等均非實際投入藥師市場者，自不能計入執業人數，並以之作為計算藥師人力之基礎。聲請人認同原告主張：「每萬人口藥事人員之比例，應以全國總人數，除以醫療院所藥事人員數加藥局藥事人員數，始能算出我國藥事人力是否已充足，而非以全國總人數除以取得藥事人員執照之人員數，作為計算我國藥事人力是否已充足之依據」。行政院衛生署以上述錯誤的統計數據與換算方式，自難證明我國藥事人力已屬充足。

至於原告指出現行中央健康保險局限制每位藥師每天最多只能調劑 100 張醫師處方箋的規範，配合藥師法第十一條的限制，所形成職業選擇自由客觀限制的現象亦不能不重視。現行規範規定如有超過調劑 100 張醫師處方箋者，健保局均不給與調劑費，但又不許移補到不足 100 張處方箋之其他日數。經驗顯示，除大醫院或大型綜合診所之受僱藥師每天或有可能調劑醫師處方箋 100 張外，一般傳統藥局之執業藥師每日調劑醫師處方箋之張數，可以想見難達此一數目（註二十二）。原告亦不否認加上開業藥局租金之成本，致藥師以專業服務僅能得到微薄收入，藥師因此投入其他行業者，比比皆是。因此，實際執行藥師業務之人數實際低於取得藥師執照人數或登記執業人數。更足證行政院衛生署僅以取得藥事人員執照人數與全國總人數計算的統計數據，難以作為判斷依據。

此外，依德國「藥房判決」的理由，德國所以對新設藥房之申請定有嚴格限制，乃是基於藥房與藥師傳統特殊地位之影響。判決指出，自十三世紀「Friedrich 二世」年代所制定的法律觀之，藥師已是基於其國家或城市之特權而享有獨占地位之職業。然而隨著社會日趨發展，藥房和藥師之獨占地位已逐漸式微。例如：藥品之供應不再僅限於藥房為之，一般藥品雜貨店或特定商店亦得販售無須醫師處方之藥品。至於「成藥」的大量生產更使得藥師必須「在醫師處方指示下配製藥劑」之傳統角色大為褪色。凡此種種，皆導致藥房和藥師之職業特殊性降低，與其他職業間的專業無甚差距。立法者是否仍有必要對藥房設立之申請為異於其他職業之嚴格限制，即有疑問。總之，聯邦憲法法院直言，是否取消設立藥房之客觀限制，即將導致對於國民健康具有最高或然性的嚴重危害，殊值

懷疑。

不容否認，觀之現今大量「成藥」與藥品標示規範日益明確且嚴格的社會，德國「藥房判決」在一九五八年的專業式微「預言」應屬成真。因而被告機關提出「專任」觀點，所衍生的所謂「專屬藥品調劑工作臺」理論，已不足取。

德國聯邦憲法法院早在一甲子前的一九五八年，就宣告與我國藥師法第十一條類似的 Bayern 邦藥房法第三條第一項適用案例，違反人民職業選擇自由的客觀限制，無法通過職業自由三階理論的審查，侵害人民職業自由。我國相同法律規範及相同案例，操作相同職業自由三階理論，立法者或主管機關既無法指出具體明確的特別重要的公共利益理由，其違反職業選擇自由的客觀限制，違憲之情明顯。

尤其毫無例外與不符社會常情或藥師業界需求的嚴苛限制，不准藥師有支援制度或事先報准不受登記執業處所執業限制之例外，反而衍生需要藥師支援人力之藥局，因成本考量，索性鋌而走險，以遠低於聘用藥師實際到場執業之代價，寧租用無意執業藥師之藥師執照，以未取得藥師執照之人員來執行本應由藥師始能執行之業務。反有害用藥安全，危害人民生命、身體安全。足證藥師法第十一條的限制規定，對於公共利益之追求毫無幫助，更遑論特別重大之公共利益。

四、平等原則的審查標準

平等原則為所有基本權的基礎；國家對人民行使公權力時，無論其為立法、行政或司法作用，均應平等對待，不得有不合理的差別待遇（註二十三）。平等原則要求的為實質平等，大法官在歷來的解釋中不斷闡釋其中意旨謂：平等原則並非保障絕對的、機械的形式平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等（參見釋字第二一一號、第三四一號、第四一二號解釋）；釋字第四八五號解釋更是開宗明義即宣示：「憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待」。至於應如何判斷此差別待遇是否「合理」，大法官亦不諱言，此乃違憲審查之難題所在（註二十四）。

正如前述，檢驗法律是否符合平等原則，判斷重點即在差別對待是否「合理」，換言之，是否具有正當性而為憲法所容許的差別對待，亦即「實質正義的不平等」（註二十五）。即俗稱「等者等之，不等者不等之」。至於具體之判斷方式，翁岳生前首席大法官說得清楚：關於平等原則之違反，恆以「一方地位較他方為有利」之「結果」存在為前提。不論立法者使一方受益係有意「積極排除他方受益」，或僅單純「未予規範」，祇要在規範上出現差別待遇的結果，而無合理之理由予以支持時，即構成憲法平等原則之違反。因平等原則之旨趣在於禁止

國家公權力在無正當理由的情況下，對於相同類別之規範對象作不同之處理，故平等原則之本質，原就具有雙面性與相對性（ambivalent und relativ），嚴格而言並非各該「規範本身之違憲」，而是作為差別對待之兩組規範間的「關係」，或可稱為「規範關係之違憲」（verfassungswidrige Normenrelation）（註二十六）。

學者黃昭元也指出，平等與否應該是一種「比較性」或「相對性」的概念或結果，必然涉及國家與兩組（群）人民關係間的相互比較，而不像自由權通常祇是國家與個別人民間的關係。亦即「兩組關係的比較思考」與「一組關係的對立思考」。進而不諱言的指出，在方法論上，大法官所宣示「實質平等」式的定義方式，對於釐清平等權的意義、內涵或具體案例的討論，似乎沒有大用（註二十七）。所以，如果真要對平等權下一個操作性定義，恐怕還是要採取「同者等之，不同者不等之」的基礎公式，然後在「差別待遇」、「分類標準」及「規範目的」（或「政府利益」）的分析架構上思考，並且以「類型化」的操作方式，才能發展出更細膩的審查標準（註二十八）。

與藥師同樣在性質上特重維護或促進「國民健康」公共利益要求的醫護專業人員執業規範，雖原則上亦限制以一處處所執業，但法律上均有「報備支援」的例外規定。諸如原告所指出的醫師法第八條之二、護理人員法第十二條、物理治療師法第九條、職能治療師法第九條、醫事放射師法第九條、醫事檢驗師法第九條等，均有支援制度或事先報准不受限登記執業處所執業之例外規定（註二十九）。

此處僅舉與藥師「難分難捨」的醫師專業人員為例，依原告提出的行政院衛生署統計資料：「2000-2010 年臺灣地區專科別累計領證醫師人次公布情形」，民國九十九年領證醫師共 42,619 人。依中華民國醫師公會全國聯合會統計之「2000-2010 年臺灣地區西醫執業科別人數分布情形」，民國九十九年全國執業醫師共有 39,000 人。另依訴願決定所引據之行政院衛生署 98 年 12 月 9 日署授食字第 0980034610 號函，九十八年當時全國藥事人員比例約 4 萬 4 千人，依行政院衛生署所公布之民國一〇〇年「醫療機構及其他醫事機構暨人員開（執）業場所執業醫事人員數一按縣市別分」，全國執業之藥師為 24,571 人，藥劑生為 6,729 人，總共為 31,300 人。依醫師與藥師上開統計資料觀之，醫師與藥師之領證人數約略相當，而醫師登記執業之人數猶多於藥師甚多。

惟醫師不受執業處所限於一處之限制，且尚得依醫師法第八條之二但書規定得因急診、會診、支援、應邀出診及事先報准等不受於登記醫療機構執業之限制。相對於醫師專業，藥師的專業性不僅有漸趨式微的局勢，且執業藥師的人數也

低於醫師，結果藥師卻無例外得解除限制之規範？比較之下，藥師面臨顯不合理之差別待遇，藥師法第十一條限制違反平等原則的違憲之情，甚為明確。其他與藥師相同領有專業證照之護理人員、物理治療師、職能治療師、醫事放射師、醫事檢驗師相較，更有不合理之差別待遇，顯違憲法第七條之平等原則。

五、系爭法律有重要關聯性且無合憲解釋之可能

合憲解釋原則係指法律之解釋，若有多種可能性，只要其中存在有一種合憲解釋結果之可能，即應以之為解釋之結論，避免選取其他可能導致違憲宣告之解釋方式，以免對法秩序產生不穩定之影響。

自有藥師法第十一條的限制以來，司法實務均理解為「全國僅有一處」，又毫無立法明文之「支援報備」例外。本案訴訟之成敗全然繫諸於本條規定之詮釋與操作，是本條不僅與原因案件有重要關聯性，且已無合憲解釋之空間，而有解釋之必要性。

肆、結論

綜上所述，聲請人形成違憲之確信，認為立法者對於藥師法第十一條之限制規定，無法指出有須維護的特別重大公共利益存在，卻係對於職業選擇自由的客觀條件之限制，有違職業自由之三階理論，進而違反憲法第二十三條宣示之比例原則，違憲侵害人民依憲法第十五條受保障之工作權。又其他同性質之醫護專業人員，僅有藥師法第十一條設有如此嚴苛而全無例外的限制規定，其所為差別待遇顯不合理，而有違反憲法第七條之平等原則之情。爰請宣告藥師法第十一條違憲且立即失效。

本案係併案聲請，大法官分案受理之審理程序因為資訊不透明，導致聲請人無法及時得知已有聲請案進入審查程序，甚且行言詞辯論。聲請人僅能倉促（但不表示理由草率）提出聲請。更因為大法官就違憲法律慣於作成定期失效之解釋，往往使得非原因案件無從「受惠」於法律失效之利益。聲請人唯有併案聲請，始能確保人民在違憲宣告下至少獲得實質保障之程序利益。否則依現制，未進入釋憲程序之當事人無從對定期失效的違憲結果「雨露均霑」。此即聲請人在獲知大法官欲召開言詞辯論庭之後，寧廢寢忘食，執意趕出聲請書，聲請大法官併案審理之最重要原因。

註一：參見司法院大法官書記處 102 年 5 月 9 日發布新聞稿全文：

「司法院大法官預定於本（102）年 6 月 13 日召開憲法法庭行言詞辯論。本院大法官審理楊岫涓等 5 位聲請人，分別因藥師法事件或國家賠償事件，認裁判所適用之藥師法第 11 條等規定，否准藥師支援他處調劑工作，又規範內容不明確且不公平，有違反憲法第 5 條、第 7 條及第 23 條之疑義，聲

請解釋案（共 8 件），經先後受理並予併案審理後，訂於本（102）年 6 月 13 日（星期四）上午 9 時，於本院憲法法庭行言詞辯論」。另參見中國時報 2013 年 5 月 10 日報導「藥師上憲法法庭 爭辯工作權」。須說明者，司法院新聞稿中所指違反憲法「第 5 條」，似為「第 15 條」之誤繕。（編按：新聞稿係引述聲請書之記載）

註二：學說上關於工作權定位及功能的討論，請參見錢建榮，〈終身不得考領駕駛執照合憲性之檢討—兼論釋字第五三一號解釋〉，《月旦法學》，第 128 期，2006 年 1 月，頁 73 以下之內文與註釋文獻。

註三：參見理由書：「人民之工作權為憲法第十五條規定所保障，其內涵包括人民選擇職業之自由」、「至人民選擇職業應具備之主觀條件，例如知識能力、年齡、體能、道德標準等，立法者若欲加以規範，則須有較諸執行職業自由之限制，更為重要之公共利益存在，且屬必要時，方得為適當之限制」。

註四：李惠宗，〈德國基本法所保障之職業自由—德國聯邦憲法法院有關職業自由保障判決之研究〉。收於司法院印行，《德國聯邦憲法法院裁判選輯（七）》，民國 86 年 7 月，頁 32。

註五：參見釋字第 584 號解釋林子儀大法官提出之不同意見書第一段內容。

註六：參見釋字第 584 號解釋許玉秀大法官提出之不同意見書第三段內容。

註七：參見釋字第 666 號解釋葉百修大法官提出之協同意見書。

註八：學者間有類似見解者，請參見蔡宗珍，〈性交易關係中意圖得利者之基本權地位的探討〉，《律師雜誌》，第 228 期，1998 年 9 月，頁 72 以下。

註九：依據釋字 584 號解釋許宗力大法官之協同意見書及林子儀大法官之不同意見書，可以窺見多數大法官似以「職業自由屬經濟基本權範圍」為由，而對工作權（職業自由）之審查，採寬鬆（中度）審查標準。聲請人認為職業自由應與人格自由發展權連結，至少就職業（客觀）選擇自由而言，而應採取（最）嚴格審查標準。葉百修大法官於釋字第 666 號解釋協同意見書中就限制工作權之違憲審查標準，主張區別「執行職業自由」以合理（低度）審查；選擇工作及職業之「主觀許可要件」則以較嚴格（中度）審查；選擇工作及職業之「客觀許可要件」須以嚴格（高度）審查。同聲請人見解。

註十：Vgl. BVerfGE 7, 377ff. 本件判決有中文翻譯，請參見蕭文生譯，〈關於「職業自由（工作權）」之判決〉，收錄於司法院印行，《西德聯邦憲法法院裁判選輯（一）》，民國 81 年 5 月，頁 128 以下。

註十一：Vgl. BVerfGE 7, 377ff. 關於德國三階理論之詳細介紹，可參見李惠宗，〈論營業許可基準之司法審查—兼論我國憲法上營業自由之限制〉，《經社法

治論叢》，第 5 期，民國 79 年 1 月，頁 227（頁 254 以下）。劉建宏，〈論人民職業自由之保障－德國基本法第十二條第一項之研究〉，輔大法律研究所碩士論文，民國 80 年 6 月。盛子龍，〈比例原則作為違憲審查之基準〉，臺灣大學法律研究所碩士論文，民國 78 年 6 月，頁 85 以下。

註十二：參見劉建宏，同上註，頁 86、87。

註十三：李惠宗，〈憲法工作權保障之系譜〉，收錄於氏著，《權力分立與基本權保障》，初版，1999 年 3 月，頁 368 以下。

註十四：參見劉建宏，（註十一）論文，頁 132 以下。

註十五：Vgl. Rupert Scholz, in Maunz/Duerig/Herzog/ Scholz, GG-Komm. Art12, Rn .12。劉建宏，（註十一）論文，頁 126 以下。

註十六：德國刑法第 69 條第 1 項規定，與我國道路交通管理處罰條例第六十七條之規定相似。該條規定：「在駕駛機動車輛時發生違法行為，或違法行為與其有關，或違反機動車輛駕駛人員義務而被判處刑罰，或因能證明該人無責任能力或不能排除該人無責任能力而未被判處刑罰，其行為表明不適合駕駛機動車輛者，法院應吊銷駕駛執照」。第 69 條 a 第 1 項規定：「凡經法院吊銷駕駛執照者，應同時規定在六個月以上五年以下的期間不得授與新的駕駛執照（禁止）。如認為法定最高期限仍不足以防止由行為人所造成之危險，得命令永遠禁止授與駕駛執照。行為人原來未獲得駕駛執照者，僅要求禁止授與即可」。此外，同法第 70 條有對於濫用其他職業違法之禁止規定。均請參見蔡墩銘譯，《德日刑法典》，民國 82 年 12 月初版一刷，頁 36 以下。

註十七：大法官的不受理決議，慣例上不公布聲請書，因聲請書近 3 萬字，為減免篇幅與大法官閱讀上的負擔，爰不附上聲請書。惟本件聲請書內容與理由大致與（註二）文章雷同。

註十八：參見不受理決議理由（二）前段：「道路交通管理處罰條例已於（民國）94 年 12 月 28 日增訂公布第 67 條之 1（95 年 7 月 1 日施行），規定受有吊銷駕駛執照終身不得考領之處分者，於符合特定條件，得於一定期間後，向公路主管機關申請考領駕駛執照；交通部亦據該條第 3 項規定之授權，於 95 年 6 月 12 日訂定發布「受終身不得考領駕駛執照處分重新申請考驗辦法」（同年 7 月 1 日施行）。是立法院及主管機關已依本院釋字第 531 號解釋意旨，就系爭規定進行檢討並增訂相關規定，本院釋字第 531 號解釋無補充解釋之必要」。詳細不受理理由請參見司法院 95 年 12

月 6 日大法官第 1294 次會議不受理案件，會台字第 7976 號聲請案。另關於本案聲請人當時撰寫聲請書的心路歷程與不受理之後的後續作為，可參見錢建榮，〈刑事罰緩刑，行政罰死刑？—終身吊銷駕照案的法理之爭〉，收錄於民間司法改革基金會出版，《大法官不給個說法》，2011 年 9 月，頁 87 以下。

註十九：劉建宏，〈德國法上之職業自由〉，《憲政時代》，第 18 卷第 2 期，頁 57 以下（頁 70）。

註二十：以下關於「藥房判決」的內容均參見同上註，頁 68 以下。及蕭文生譯，（註十）。

註二十一：藥房法第 3 條第 1 項：「官署對於人民設立藥房之申請，於符合下列條件之情形，得予許可：（第一款）該藥房之設立，有助於保障藥品對當地居民需求供給之公共利益。（第二款）可以預見，該藥房之經濟基礎穩固，且其設立不致影響鄰近藥房正常經營之經濟基礎」。

註二十二：原告甚且依其執業經驗指出，一般藥局執業藥師一天僅調劑醫師處方箋不到 20 張、10 張，甚至一天接不到一張醫師處方箋調劑之藥師，亦屬存在。

註二十三：我憲法第 5 條規定：「中華民國各民族一律平等」，第 7 條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」，明文揭示保障人民之平等權。又憲法增修條文第 10 條規定國家應促進兩性地位之實質平等，而憲法基本國策章中第 153 條、第 155 條與第 156 條，亦對保障婦女與其他弱勢族群之實質平等設有規定，足見憲法上對於平等原則之重視。

註二十四：翁岳生大法官於釋字第 455 號解釋提出之協同意見書中明言。

註二十五：吳庚，《憲法的解釋與適用》，2003 年 9 月修訂版，頁 182。

註二十六：參見翁岳生大法官於釋字第 455 號解釋提出之協同意見書。另參見李建良，〈論法規之司法審查與違憲宣告—德國聯邦憲法法院裁判之分析〉，收錄於氏著，《憲法理論與實踐（一）》，1999 年 7 月，頁 433（頁 461）。

註二十七：黃昭元，〈國軍老舊眷村改建條例的合憲性—司法院釋字第四八五號解釋評析〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 6 期，2000 年 1 月，頁 25。

註二十八：黃昭元進一步說明此基礎公式較有較高的可操作性理由：從是否為「同者」可引出對「分類標準」與「正當理由」的討論，而是否「等之」則引出是否存在有任何「差別待遇」的分析。參見前註。聲請人以為，此種思維

顯然係採取美國法上所謂「平等權之雙重審查標準」，以「分類標準」及「差別待遇」（涉及優惠性差別待遇之案例則另考慮「規範目的」標準）兩層次為審查標準。關於美國實務及學說之介紹，請參見法治斌，〈司法審查中之平等權：建構雙重基準之研究〉，收錄於：《法治國家與表意自由—憲法專論（三）》，2003 年 5 月，211 頁以下。

註二十九：連獸醫師都有例外規定，參見獸醫師法第 7 條：「獸醫師執業以申請執業執照之所在地為限，並應在經核准登記之獸醫診療機構、畜牧、獸醫機構或其他經主管機關認可必須聘請獸醫師之機構為之。但機構間之會診、支援、應邀出診、急救或事先報准者，不在此限」。

此 致

司 法 院

聲請人：臺灣桃園地方法院行政訴訟庭

法 官：錢 建 榮

中 華 民 國 102 年 6 月 2 日

關係文件之名稱及件數

【附件一】停止訴訟程序之裁定書。

【附件二】原告行政訴訟理由狀（聲請法官聲請釋憲之理由）。

（本件聲請書附件略）

資料來源：司法院司法周刊第 1655 期 1 版司法院公報第 55 卷 10 期 1-123 頁司法院大法官解釋（三十一）（103 年 7 月版）第 1-188 頁法令月刊第 64 卷 9 期 131-136 頁