釋字第 767 號解釋協同意見書

黃虹霞大法官提出

本件解釋認系爭藥害救濟法第 13 條第 9 款規定未違憲之結論，固可贊同，但其論理過程，尤其以生存權及健康權為基本權利依據部分，則應有可議，無法同意。爰為本協同意見書，略述本席之意見及顧慮如下：

一、本件應沒有法律明確性爭議，充其量只是個案認事用法當否之爭議。

聲請意旨主要係認系爭規定牴觸法律明確性原則。惟查：系爭規定固將「常見且可預期之藥物不良反應」所致之藥害，排除在受藥害救濟法救濟之列，但就當事人所爭執之關鍵「常見且可預期」部分言（至於「藥物」及「不良反應」部分，其意義已可由藥害救濟法第 3 條規定明確得知，此部分自與法律明確性原則無涉），雖屬不確定法律概念，並其意義可能因人而有判斷上之差異，但法律使用不確定法律概念用語，事例甚多，系爭用語尚非僅有之異常特例。

此等用語雖不免生因人而可能有判斷上差異之憾，惟此乃諸用語之不確定法律概念本質使然；又系爭用語依社會通念以之用於有醫師、藥師可資諮詢或有藥物標示、仿單可資參考之情形（藥害救濟法之適用係以合法藥物之正當使用為前提，即係依醫藥專業人員之指示或藥物標示而為藥物之使用，藥害救濟法第 1 條及第 3 條規定參照），客觀上應仍不失為病人有合理理解其意涵可能之一般性用語（「常見且可預期」會比「誠實信用」更難以理解嗎？）。此外，因適用藥害救濟法之藥物種類眾多，並其個別常見且可預期不良反應之內涵可能隨時間有所變動，故亦難想像立法技術上，有較系爭用語更具體、更合宜之其他替代字樣。

從而，本件並無聲請人所指系爭規定之用語客觀上不符

法律明確性原則之問題，充其量只是個案就是否屬「常見且可預期之藥物不良反應」範圍之判斷爭議，即屬個案認事用法當否之爭議而已。準此，本件應否受理，尚非無疑。

又系爭規定僅排除常見且可預期之情形，至不可預期者或非常見者，均不在系爭規定排除之列。準此，另由風險分擔角度言，使病人就其自主決定用藥之可預期風險承擔之，亦非不合理。

二、以生存權及健康權作為基本權利依據，結論為合憲，與推進生存權及健康權保障之善意間有無齟齬之處？

（一）大法官們保障生存權及健康權之初心及善意，值得肯定，本席也應不落人後。

（二）惟受憲法保障之生存權、健康權之具體意涵仍在發展中。本席在本院釋字第 766 號解釋所提協同意見書中，就生存權之意涵部分已略有論述；關於健康權部分，本院解釋固已肯認其屬憲法保障範疇，但關於健康權之具體內涵則無具體闡述。

又生存（生命）、健康何其沈重，以生存權、健康權為基本權利依據，所為合憲之結論，表示為解釋所審查之客體規定未違憲法對生存權、健康權保障之意旨，此與擬保障生存權、健康權之意象間有反差。其操作稍有不慎，極可能背離欲推進生存權、健康權保障之初心，反不利生存權、健康權保障之進一步推展，斯應注意。

（三）我國藥害救濟法應屬先進之福利性立法，適合以生存權及健康權為基本權利依據，檢視其有無牴觸法律明確性原則嗎？

1、藥害救濟法不是針對國家核准藥物上市、許可使用之行為有違失，故應由國家負賠償或補償責任之立法，該法也不是規範藥商與藥物使用人間權利義務尤其損害賠償責

任關係之立法；而且對藥害之「救濟」(藥害救濟法第 1 條參照)，與「賠償」、「補償」有間，故藥害救濟法應僅係福利性立法。

2、依主管機關所提供之意見及本院所知：針對合法藥物之正當使用行為採取藥害救濟制度之國家很少（據稱較相近者僅為日本法)，我國藥害救濟法應屬世界先進之福利性立法，於此階段，恐尚難認此部分之立法保護有所不足。

3、本件解釋理由書就系爭規定如何無違法律明確性原則部分，並無與生存權、健康權間如何有關聯之論述。而就福利性立法言，無此福利，能謂侵害基本權而違憲嗎？具體針對系爭規定所屬之藥害救濟法而言，如無此藥害救濟立法，有侵害人民之生存權及健康權嗎？本席認為沒有侵害，何來違憲？另舉重以明輕，系爭規定怎麼可能會有因以侵害生存權及健康權為前提，而違反法律明確性原則之問題呢？

4、文字之運用及解讀，看似簡單，其實不容易！以違反法律明確性原則作為釋憲聲請主張者眾，但法律明確性原則在憲法解釋上之運用應謹慎，不宜浮濫。因為明確與否，本身即屬判斷問題，而宣告立法違憲，其後果重大。

本席不認為所有立法均適宜以違反法律明確性原則為由，宣告違憲；尤其因立法性質之差異，其認定標準並應有不同。比如在罪刑法定主義下，科處刑罰之規定，其法律明確性之要求應極高，然則仍不免有是否構成猥褻、是否有教化可能等等判斷上之差異；相對地，就福利性措施，則各項憲法原則之要求含法律明確性要求應可較低。就系爭排除藥害救濟之規定言，其本質上應屬立法裁量權範圍，故除了仍應符合憲法第 7 條平等權（平等原則）之要求外，原則上不生違憲問題；而且如宣告系爭規定違憲，其所可能衍生之結果，尚難掌握（主管機關預估會增加百倍金額)，有鑑於此，本席只能放下不忍之心，認暫不宜即予贊同少數意見之違憲

主張。

三、國家資源積極分配權責非屬大法官，且涉及國家資源分配之福利性措施立法應屬立法機關權責，此等措施原則上宜讓諸立法裁量。因此，福利性措施立法應不生牴觸比例原則之問題，自更難謂侵害基本權（藥害救濟法規定與生存權、健康權之保障間應未直接相關）並與比例原則有違（此有本院釋字第 485 號及第 571 號解釋僅由平等權、平等原則入手，可資參酌），本件解釋理由書第 6 段、第 7 段間之論述似有前後不相一致之處。

四、但本於憲法對福利性立法推動之要求（憲法增修條文第 10 條第 8 項），以國家資源有效合理分配為前提，本席支持繼續推進生存權、健康權之保障。又本席亦認藥害救濟制度設計（比如：不採日本立法例將部分疾病用藥如抗癌藥、免疫抑制劑、抗病毒制劑等排除得申請藥害救濟之外，而以系爭規定代之）及其基金運用（行政管理所占支出比例近半或過半）均仍有相當改進空間，惟無礙系爭規定未違憲之結論。