**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。