

國立臺灣大學社會科學院政治學系

碩士論文

論視障者之工作保障

—釋字第 649 解釋及與政府促進就業義務



指導教授：黃錦堂 博士

中華民國 102 年 7 月

目 錄

第一章 緒論	1
第一節 研究動機、目的與研究範圍	1
壹、研究動機	1
貳、研究目的	4
參、研究範圍	4
第二節 文獻回顧與探討	6
壹、文獻回顧	6
貳、理論探討	9
參、理論應用	10
第二章 釋字第 649 號違憲審查	11
第一節 違憲審查程序	11
壹、基本權概念	11
貳、違憲審查程序	14
第二節 工作權之違憲審查	16
壹、工作權的概念	16
貳、工作權之範圍	25
參、職業自由的限制	27
肆、限制職業自由原因類型化—三階段說	29
第三節 平等權之違憲審查	32

壹、平等權之違憲審查	32
貳、德國平等權法制	38
參、美國平等權法制	44
第四節 比例原則	55
壹、比例原則概念	55
貳、國內學說	55
參、平等原則有無比例原則之適用	61
肆、我國本土實踐	65
第五節 釋字 649 號解釋評析	71
壹、釋字第 649 號解釋內容	71
貳、釋字第 649 號解釋要旨	73
參、對大法官釋字第 649 號解釋評析	76
第三章 按摩及相關行業之管理－現況與釋字第 649 號之要求	86
第一節 視障按摩及按摩相關行業管理現況	86
壹、醫師法修正影響	86
貳、視障按摩現況	77
參、按摩相關行業現況	95
第二節 證照制度及管制模式	99
壹、管制概念	99
貳、證照制度	102
第三節 後釋字第649號時代之管制.....	106

壹、釋字第 649 號後之抗爭	106
貳、大法官解釋政府修法回應	107
參、監察院提出糾正案	108
肆、衛生署對監察院糾正後之回應	110
伍、理療按摩制度之檢討	113
陸、相關管制建議	115
第四章 後釋字第 649 號時代—就業促進義務（一）	120
第一節 一般身障者就業促進	120
壹、消極禁止歧視	120
貳、定額進用	121
參、職業訓練	126
肆、個案管理與評量	128
伍、身障就業模式	130
陸、創業輔導	134
柒、其他服務	137
一、職務再設計	137
二、職災勞工協助	138
捌、小結—「微笑阿姨」的天空	140
第二節 對視障之就業促進措施	142
壹、一般視障就業促進措施	142
貳、釋憲後政府回應作為	145

參、勞委會提短期計畫及措施	146
肆、其他中央重要措施	147
伍、專業能力提升	148
陸、其他積極作為	150
柒、公務人員考試	151
第三節 外國法制參考之必要	153
壹、外國視障按摩相關法制	153
一、德國法制	153
二、英國法制	154
三、日本法制	156
四、中國大陸法制	157
貳、視障者工作職類外國法制	159
一、美國	159
二、日本	159
三、俄羅斯	161
參、國內視障者就業職類	161
肆、小結	162
第四節 我國視障按摩職業促進措施檢討	163
壹、重新建構訓練養成體系	163
貳、就業輔導	165
參、小結－「全球視障菁英就業輔導研討會」	169

第五章 後釋字第 649 號時代就業促進義務（二）－ICF 制	171
第一節 社會福利	171
壹、社會福利概念	171
貳、我國社會福利實踐	175
第二節 身心障礙者人權國際化	179
第三節 世界衛生組織新版的身心障礙定義與分類系統（ICF）	194
壹、ICF 定義	194
貳、ICF 分類系統	194
參、身權法實踐	196
第六章 結論	205
第一節 研究結論	205
壹、憲法面向	205
貳、政策面向	207
第二節 研究限制與未來研究建議	211
參考書目	212

表 目 錄

表 2-1	美國法「三重審查標準」表	40
表 2-2	階層式違憲審查基準表	44
表 5-1	ICF 審查表	195
表 5-2	身心障礙類別新舊制對照表	198



第一章 緒論

第一節 研究動機、目的與研究範圍

壹、研究動機

一、弱勢保護之質疑

有關視障按摩業保留是否違憲案，大法官以民國 97 年 10 月 31 日釋字 649 號解釋表示意見：「中華民國 90 年 11 月 21 日修正公布之身心障礙者保護法第 37 條第 1 項前段規定：『非本法所稱視覺障礙者，不得從事按摩業。』……與憲法第 7 條平等權、第 15 條工作權及第 23 條比例原則之規定不符，應自本解釋公布之日起至遲於屆滿 3 年時失其效力。」，宣告其違憲。此號解釋引起視障團體很大的反彈，被批評違反憲法弱勢扶助意旨。¹

本號解釋的聲請人之一為經營理髮店之業者，其僱用兩非視障者於營業場所內從事按摩服務，為警查獲，並將相關資料函送臺北市政府社會局處理。案經該局認係違反行為時之身心障礙者保護法第 37 條第 1 項前段規定：「非本法所稱視覺障礙者，不得從事按摩業。」並依同法第 65 條第 1 項與第 2 項規定：「違反第 37 條第 1 項規定者，處新台幣 1 萬元以上 3 萬元以罰鍰，並限期改善。前項違法事件如於營業場所內發生並依前項標準加倍處罰場所之負責人或所有權人。」處以新台幣 4 萬元、1 萬元及 2 萬元罰鍰。聲請人不，分別提起行政爭訟，而個案在確定後，聲請人等認系爭規定有侵害人民平等權及工作權之疑義，聲請解釋憲法。

又針對視障按摩業保留的同一議題，韓國憲法法院（2008 年 10 月 30 日，即我國大法官釋字第 649 解釋前一天）推翻兩年前保障視障按摩違憲之判決，認為該法令可以為韓國盲人提供工作機會，讓他們有獨立謀生的能力。²

¹ 參自由電子報（2008/11/22），視障按摩者上街頭爭取工作權（最後瀏覽日：2013/04/30）。
<http://www.libertytimes.com.tw/index.htm>

² 參邵惠玲，2009，《憲法對視障者社會基本權之保障－論釋字第 649 號解釋產生之憲法疑義與因應途徑》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出

可見此問題之高度爭議性。

二、分配正義與勞動環境

在權力分立原則下，有民意基礎之立法機關制定出限制非視障者不得從事按摩業之法律時，大法官應如何審查其是否符合憲法基本價值決定，即如何落實憲法是「人民權利的保障書」之意旨，保障人民權益及公平、正義之核心價值。其判斷標準為何？此為違憲審查之問題。大法官釋字第 649 號解後之廣義按摩業之管制討論及政府對如何促進視障者就業議題亦為本文關心之重點。另針對身心障礙者權益保障法與國際接軌，採用新的身心障礙認定機制加以介紹，以說明政府提升對身障者個別服務之政策目標。

依內政部民國 102 年第 24 週內政統計通報，民國 101 年底領有身心障礙證明(手冊)者計有 111 萬 7,521 人，較民國 100 年底增加 1.55%；其中以 65 歲以上者增加 39.3% 最多，18-未滿 65 歲者增加 33.9% 次多、12-未滿 18 歲者增加 30.3% 居第三；身心障礙者占總人口比率為 4.8%。³民國 100 年底視

版公司，頁 264。邱大昕，2009，《被乎略的歷史事實：從視障者工作演變看大法官釋字第 649 號解釋》，社會政策與社會工作學刊，第 13 卷第 2 期，頁 58。社會權相關參考文章：許育典，2009，《非視障者不得按摩，違憲？》，月旦法學教室，第 76 期，頁 6-7。肯定本號解見解釋之見解者，參李建良，2008，《經濟管制的平等思維—兼評大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋》，政大法學評論，第 102 期，頁 71-157。李惠宗，《我眼明，我也要按摩工作》，月旦法學教室，第 17 期。蔡明砮，2004，《保護乎？障礙乎？「非視障者不得從事按摩業」法律規定之研究》，社區發展季刊，335 頁以下。

³ 依內政部 102 年第 24 週內政統計通報，按縣市別分：101 年底身心障礙者人數以新北市 15 萬 1,115 人占 13.52% 最多，高雄市 13 萬 1,759 人占 11.79% 次之，臺北市 11 萬 7,902 人占 10.55% 居第三；身心障礙者占該縣市人口比率則以花蓮縣 8.02% 最高，臺東縣 7.61% 次之，嘉義縣 7.27% 居第三。101 年底身心障礙福利服務機構計有 271 所，核定可安置 2 萬 4 千人，實際安置 1 萬 9 千人，平均使用率逾 8 成；使用率按縣市別分，以宜蘭縣 92.0% 最高，臺北市 89.5% 次高，新北市 87.9% 居第三。101 年身心障礙者各項補助累計總金額達 270.3 億元，較 100 年增加 16.6%，主要係因 101 年起調高身心障礙者生活補助金(每人每月提高 500-1200 元)；各類補助以生活補助 201.6 億元占 74.6% 最多，托育養護補助 61.3 億元占 22.7% 次之，輔助器具補助 7.3 億元占 2.7% 居第三；按縣市別分以新北市 37.0 億元占 13.7% 最高，高雄市 35.2 億元占 13.0% 次之，臺中市 29.1 億元占 10.8% 居第三。依據身心障礙者權益保障法規定，自 101 年 7 月 11 日起推行身心障礙鑑定及需求評估新制，身心障礙的分類將由原 16 類改為依據 WHO 所頒布的「國際健康功能與身心障礙分類系統(簡稱 ICF)」之 8 大分類，新制的精神是以醫事、社工、特殊教育與職業輔導評量等專業人員組成專業團隊進行鑑定及評估，對於合於規定者核發「身心障礙證明」；另增加需求評估制度，部分福利服務項目會依需求評估結果提供服務。自 101 年 7 月 11 日起

障者有 5 萬 6,373 人，約占身障人口數 5.12%。根據勞委會統計民國 97 年 12 月底止領有丙級按摩技術士證為 3,217 人，乙級按摩技術士證為 418 人，若具有職業許可證與工作證之實際從事按摩工作視障者，初估約 3,000 人。⁴

如何落實「憲法為人民權利保障書」，對憲法第二章第 15 條規定工作權、第十三章基本國策又規定第 155 條後段規定：「人民之老弱殘廢，無力生活，及受非常災患者，國家應予以適當之扶助與救濟。」及增修條文第 10 條第 7 項規定：「國家對於身心障礙者之保險與就醫、無障礙環境之建構、教育訓

至 108 年 7 月 10 日全面換證前，原「身心障礙手冊」及新制「身心障礙證明」將同時並行。101 年底領有新制計有 8 萬 7,027 人占 7.79%，領有舊制計有 103 萬 494 人占 92.21%。

⁴ 參鍾羅仁，《大法官 649 號解釋對視障者就業之因應與展望》，勞委會職訓局 就業好伙伴電子報就業安全半年刊。依內政部 97 年 6 月統計，視覺功能障礙者 54,888 人，占全部身心障礙者 5.3%，視障人口中 15-65 歲 24,675 人，占全部視障人口 45%，復依內政部 95 年身心障礙者生活需求調查結果，就業之視覺功能障礙者 7,177 人。而依各縣市政府統計，**按摩執業許可證有效張數 2,903 人，其中自行開業 2,214 人、特約 301 人（執業者約占就業之視障者 35%）。**

另依勞委會 96 年身心障礙者勞動狀況調查結果推估，已就業之視覺功能障礙者 6,649 人，從事的職類以從事服務工作人員及售貨員（如按摩、餐飲服務人員、商店售貨員等）38.9%最多，其次為從事非技術工及體力工（如小販、清潔工、生產體力工）21.4%，再其次為技術工、機械設備操作工及組裝工 11.0%及事務工作人員（如：行政人員、會計、財務、出納及櫃台事務員等）8.4%。失業之視障者調查結果，最想從事之職類，反而以非技術工及體力工 31.3%最高，其次為服務工作人員及售貨員 17.3%，事務工作人員 14.4%；失業的視障者中有 68.9%希望接受職業訓練，訓練職類前三順位分別為電腦軟體應用 16.3%，盲用電腦 9.3%，清潔服務 8.6%，上述資料係在 96 年 8 月調查結果，未來開放明眼人按摩後之職業訓練及就業職類，應會朝更多元之發展改變。按各縣市政府 97 年 9 月全國按摩師工作據點及人數統計，按摩執業許可證有效張數為 2,903 張，其中自行開業 2,288 人、特約 327 人，工作地點及人數分別為私立按摩院所 1,240 家（2,348 人）、示範按摩中心 15 家（68 人）、設置公立單位之按摩小棧 29 家（224 人）、醫院附設按摩小棧 51 家（304 人）、車站附設按摩小棧 9 家（49 人）、高速公路休息站按摩小棧 5 家（25 人）及賣場企業或夜市按摩小棧 13 家（32 人），各地點之人數統計因並未限定按摩師於單一場所工作，可能有部分重複計算，不過仍可估算最多於私人按摩院所之按摩師，人數約佔總按摩師 7 成。

職業訓練服務人數自 95 年至 97 年分別為 70 人、85 人及 125 人，其中按摩職類所仍佔 7 成以上比例，三合一有效求職推介就業人數自 95 年至 97 年分別為 333 人、347 人及 398 人，社區化就業服務總人數自 95 年至 97 年分別為 553 人、644 人及 792 人，顯見接受職業訓練及就業服務之視障者有逐年增加之趨勢。

練與就業輔導及生活維護與救助，應予保障，並扶助其自立與發展。」等法益間衝突如何利益衡量？工作權是自由權（職業自由）？或亦兼具社會權性質？等問題為本文憲法面處理之問題。但如何落實視障者工作權之保障更是本文關心之重點。

貳、研究目的

黑格爾說：「勞動是人類的自我實現。」工作至於每個人至為重要，不僅涉自由權、財產權，亦涉高度人格權色彩。視障者工作保障是國家是否進步指標之一，如何在尊重、包容及公平的原則下，有效落實視障者工作權的保障，並且與非視障者工作權間取得平衡，為本研究之主要研究目的。本文除針對憲法面違憲審查層面加以研究外，另針對政策面應如何對按摩業及相關行業加以管理及身心障礙者權益保障法新制應如何適用加以探討，期待能對關心視障者就業促進者，進一步提供一些近一步的參考意見。

參、研究範圍

本文擬研究範圍如下：

- 一、針對大法官釋字第 649 號解釋違憲審查探討本案所侵犯之基本權利種類、內涵、競合及基本權間衝突之應如何處理之問題。尤其是對身障者之差別待遇審查標準為何？及優惠性差別待遇之審違查標準應否放寬等問題。
- 二、對於視障按摩與整復推拿及腳底按摩之管制方式不同，於釋字第 649 號解釋開放明眼人也可以從事按摩業後，相關管制應為如何調整及主管機關如何回應等問題。
- 三、對於大法官責成立法及行政機關「有效促進視障者及其他身心障礙者之就業機會，踐履憲法扶助弱勢自立發展之意旨、促進實質平等之原則與精神」我國政府機關如何回應，外國視障按摩及其他視障之工作職類等進步法制有何值得我國參考之處，也加以探究。
- 四、對於身心障礙者權益保障法及相對應的法源－聯合國「身心障礙者權利

公約」加以介紹，我國非聯合國會員，但身障人權國際化之問題，是我國不能乎視之問題。另外新制之鑑定程序，因為身障者定義及範圍的改變，是否將影響身障者權益部分，也一併加以探討。



第二節 文獻回顧與探討

壹、文獻回顧

一、背景說明

民國 69 年殘障福利法制定之初，當時國家經濟尚未起飛，民國 80 年社會經濟起飛，按摩相關民俗療法行業興起⁵。當初為保護視障者就業之視障者按摩保留，有其正當性。惟時代已改變，如此保障則有過度侵害其他非視障者工作機會之疑（依釋憲時律師主張執行視障按摩業之視障者為 5,000 人左右，廣義按摩業市場為 30 萬人），而有本號聲請之提出。

另本案釋憲時正值民國 97 年（2008 年）金融海嘯時期，在全球化及一般人失業率高的現代，如何維持國家競爭力及提高一般人就業的思考下，如何妥適處理視障者及非視障者之權利衝突，是大法官釋憲時不得不面對之問題。

二、文獻評論

憲法為人民權利的保障書，但每個人的權利不是沒有限制，否則就會侵犯到他人。國家對於這些權利的限制有無界限？如果沒有界限則人民權利如何保障？所以對於國家對人民權利之限制（管制或稱調控）是否符合憲法規範之價值？及其合憲性部分，是憲法解釋與適用的重要課題之一。

對於工作權一般認為其為職業自由（許宗力，2000；李建良，2008；黃昭元，2003；蔡明砮，2004），屬防禦權，其受侵害之合憲審查，一般以平等原則及比例原則加以判斷。惟有學者認為，工作權不僅為自由權，也兼具

⁵ 根據愛盲文教基金會委託蓋洛普市場調查公司，針對台北市民於 91 年 5 月至 92 年 4 月間之按摩習慣進行調查和研究報告，在有效問卷 1,127 份中，有 23.62% 接受過按摩服務。惟知道有視障按摩服務的受訪中，只有 18.36% 接受過視障按摩服務。該調查推估台北市一年接受按摩者達 364 萬多人次，據估算按摩有關的市場高達 50 億到 250 億元，可見按摩市場的龐大商機，創造寬廣的工作機會。其實際執法情形，依內政部提供的資料，各地方政府 2003 年（至 9 月底）取締明眼人違法按摩稽查告發件數 1,166 件，已開立處分書者僅 912 件。參蔡明砮，2004，《保護乎？障礙乎？「非視障者不得從事按摩業」法律規定之研究》，社區發展季刊，頁 337-338。

社會權之性質（黃越欽，2000；李惠宗，2003、2005；廖元豪，2004；許育典，2009；雷文玫/黃舒芃，2006；黃舒芃，2010；邵惠玲，2009）。學者提出分享權的方式主張社會參與可能是一個較可行的方式（李惠宗，2006；邵惠玲，2009）。

留德學者主張之違憲審查操作與留美學者主張人權案之審查寬嚴基準的不同，其明顯的區別為留德學者主張所有個案件都要依比例原則所派生之三項子原則（妥當性原則、必要性原則及狹義比例原則）逐一審查（許宗力，2000、2004；黃錦堂，2000、2007；李建良，1998、2000、2008；李惠宗，2003、2009；楊仁壽大法官 571 號解釋不同意見書）。留學美系之學者則對憲法第 23 條比例原則的「日爾曼化」提出強烈質疑，認為這只是德系學者的一廂情願，在美國只有適用最嚴格審查基準時，才會適用到類似必要原則的概念，且適用必要原則審查的結果，系爭法律通常會得到違憲的後果⁶。（湯德宗，2009；黃昭元，2008；林子儀大法官 571 號解釋協同意見書）。

留德學者主張，比例原則之審查為對於自由權之違憲審查操作方式，即對為自由權之目的所採之手段是否符合比例原則，而平等權則為二個有差別對待之對象之比較其差別對待是否合理，與前者自由權之情形不同，故有學者主張比例原則應不適用於平等權（黃昭元，2008）。但也有學者認為透過轉換，某些比例原則之理念也可以適用在平等原則案件（許宗力，2000、2004；湯德宗，2009；林子儀大法官 571 號解釋協同意見書同意可以採比例原則但仍要嚴格審查基準時才可以適用）。

憲法第 7 條不僅為平等原則，且兼具平等權之性質為我國學者及實務之通說。但有學者認為平等權之內涵為平等原則，不像自由權（如言論自由等）有其他要保護之內涵，故否認平等權之存在。但為了讓沒有其他基本權競合時之平等權可以獨立提起釋憲聲請，多肯認平等權為獨立之權利。（李建良 2008）侵害數個基本權時，即基本權競合時，大法官應如何進行審查？採平行審查或併行審查方式，則有不同見解。德國之通說採「平行審查」，必須

⁶ 參黃昭元，2000，《立法裁量與司法審查—以審查標準為中心》，憲政時代，26 卷 2 期，頁 162 以下。

通過所有涉及各基本權之審查，方認為合憲。而採「合併審查」時，則會使各基本權利產生「價值聚積」之現象，合併發生作用，會更嚴格一點（許宗力，2000、2004）。我國因各權利沒有保護強弱之不同，採併行審查方式亦可（黃昭元，2009）。如與工作權競合時稱工作平等權（李惠宗，2006）。

平等權的違憲審查模式，美國及德國有不同的審查模式。（許宗力，2000；陳愛娥，2008；黃錦堂，2008；湯德宗，2009；法治斌，2004；黃昭元，2009）。美國法系針對立法目的之審查較為完整，重在審查基準的分類，而有嫌疑分類（如種族、基礎性權利）、準嫌疑分類（如性別、重要性權利，如參政權）及一般分類（如財產、身障、外國人等）之分。

平等權在我國可分為形式平等與實質平等，即「等則等之，不等則不等之」。有學者認為我國大法官所常稱之「實質平等」，其意為外國所稱之「形式平等」（林子儀大法官釋字第 571 協同意見；黃昭元，2009）。對於消弭社會階層壓迫與對立，對於弱勢保護立場之平等概念，才是「實質平等」之亦涵（廖元豪，2004）⁷。

對於視障及相關行業之管理問題。管制分為一般管制及特別管制（孫迺翊、張桐銳，2010；張桐銳，2009）民俗療法改為民俗調理去醫療化後，與視障按摩應採相同之管制或不同之管制加以分析。

就業部分，除一般就業安全包括就業服務、職業訓練及失業保險（張基煜，2006；程延園，2011；林炫秋，2011）外，針對身障或視障亦有特殊政策（蔡明砮，2004；孫迺翊、張桐銳，2010；孫迺翊，2009）。我國以後應如何在教育、就業與職訓之協助，以有效促進就業，是未來努力的方向。如何經由持續性的個別化支持服務，讓視障者可以投入或重返職場，以充分自我實現，是政府如何透過公私協力及視障應共同努力的目標。

身權法新制 ICF 應如何理解及適用，及與國際化接軌程度之本土化實踐問題（廖福特，2012），均一併討論。

⁷ 大法官釋字第 485 號解釋文即可得到此見解：「憲法第 7 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，自得斟酌事物性質之差異而為合理之區別對待。」

貳、理論探討

公共行政學界常歸納治理的模式區分為傳統公共行政模式、新公共管理模式、以及約 1995 年所逐漸發展出來之新治理模式與新公共服務模式。⁸

一、傳統的公共行政模式

傳統公共行政模式到 19 世紀，甚至到 20 世紀中期，強調理性主義、科學主義、專業主義、團體主義、強調紀律、階層化、分工並形成整體的功能，也強調法律與命令的控管，並強調專業判斷的精確性與必要性的時代，任何問題都有一個經由科學的判斷的精確且獨一的答案的可能。一般稱為「科層式體制」或「傳統公共行政」模式或「傳統治理」模式加以稱呼。

二、新公共管理模式

新公共管理模式強調企業型政府強調「成本--效能」的服務方式，主張小政府，民間可以做的政府不要做。新公共管理對於公共行政之政治本質面缺乏深思，企業家可能只是自私自利的技術官僚，市場取向的公共行政論述無益於社會公正的實現，過度執著於成果導向可能傷害社會長遠的利益，將公民轉換為顧客將導致公民理想性格之喪失。

三、新公共服務

新一代的治理應在於保障並啟發公民的參與，要求透過廣泛的對話與公民的參與，來尋求共享的價值與共同的利益；當代民主體制係具有多重的面向與複雜的層次，在垂直與水平層次、在議會與政府、政治與行政以及政府社會部門間有不同的業務分派與課責要求，公務員的角色，在於掌握構造特色，鼓動並帶領民眾為各種的參與，並以這種意義與方式服務民眾。

四、新治理

新公共服務強調公民與社區參與治理的重要性，並認為治理的價值不應

⁸ 參黃錦堂，2002，《政府再造的憲法原則》，發表於神州法學雜誌，第 7 期。

限於效率效能，而應擴及憲政民主或其他更進一步價值。新治理理論的基本設定為：在多元化、後現代化、網絡視訊傳播高度複雜動態連結下的民眾與社會團體的現今構造下，政府難以維持單一、高權的決行地位，而是在於建立相關的網絡而為治理。

這些發展將衝擊政經結構，而促使行政組織朝向更徹底而且屬於一種對向來結構敏感的民主化方向發展，反對或驚懼注視官僚與專家之宰制，強調分權化到各部門，強調多元/基層/向來被忽略的階層的參與。官僚組織之結構與流程，必須被大幅改良，但不是單純之簡化與效率考量而已。

參、理論應用

我國對於視障者之就業推動部分，也應採新治理之理念，強調公民與社區參與治理的重要性，尊重視障者之人權主體性，政府對視障者之服務不應僅限於效率效能，而應擴及憲政人權保障。在多元化及網絡視訊傳播高度複雜動態連結下，將民間的力量引進來共同創造溫暖而富有人性的社會，在高度的對話下，共同努力及提升人民自我實現之機會。不管在政策行銷上利用網路多加以宣導，也要利用網路對視障者培力及推銷庇護工場的所有產品。發揮公私協力的力量，為視障者尋求更燦爛的陽光！

第二章 釋字第 649 號違憲審查

第一節 違憲審查程序

壹、基本權概念

一、人權保障

近百年前，人民只是國家統治行為的客體。之後認為人類具有自由平等之本質，因而人具有尊嚴、生存與自由權。現代國家憲法對於個人權利義務事項，多規定於憲法中，有稱為人權，例如法國「人權宣言」，也有稱為基本權利與義務者，例如德國「基本法」。我國憲法第二章則稱為人民的權利與義務。⁹

依照 19 世紀後期德國公法學家 Georg Jellinek 關於人民對國家之基本地位經典分類，傳統的基本權可劃分為：（一）自由權：用以確保國民關於其個人事務，其社會生活免受國家干預的消極防衛地位。（二）請求權：用以確保國家請對國家請求創設、維持其自由生存之重要機制的積極地位，如程序性權利。（三）參政權：據以維護國民參與國家事務的主動地位。¹⁰

二、自由權

從基本權歷史可以看出，基本權保障最原始及主要目的根本就在確保人民的自由與財產免於遭受國家干預。隨著政治經濟社會條件的變化，防禦權功能的唯我獨尊難免遭受到嚴重質疑。其實早在上世紀的歐洲，就已經有人批評說對一般市民而言，重要的不是對自由的防禦，反而是要求國家經濟與物質給付的提供。例如，Anatole France 就挖苦說，防禦權只是保障人民「在巴黎的橋下睡覺」的自由罷了，它基本上只對一小撮無須求助於國家，憑一己財力就能生存的富人有意義而已。這番來自社會主義陣營的批評，對有自

⁹ 參法治斌/董保城，2010，《憲法新論》，元照出版，頁 49。

¹⁰ 參李建良，1999，《基本權利理論體系之構成及其思考層次》，憲法理論與實踐（一），頁 61-62。

由，卻沒有社會公義的國家，確是當頭棒喝，受其直接間接影響，1919 年的德國威瑪憲法及 1947 年我國憲法等，紛紛於傳統的自由權外，另明文保障帶有濃厚社會主義色彩的受益權。¹¹

三、受益權－社會權

若以傳統自由權為消極防禦性質基本權利，其是否足以產生請求國家提供具體給付的效力，學界多採否定的態度。理由在於社會福利原則雖對於國家機關有拘束力，但基於國家財政資源有限之考量，人民須透過法律進一步具體規定，才能對國家為給付之請求。惟德國聯邦行政法院曾經認為，社會福利原則中，可以例外直接導出對於「符合人性尊嚴之最低生活水準」，稱之為社會權。大法官釋字第 422 號解釋也認為最低生活需求仍有一定普遍性，政府機關訂定固定標準，仍需注意每個個人之間存在的差異性，對於個人個別需求，仍需予以滿足。¹²

大法官對受益權功能著墨不多，並顯得保守。這是可以理解的，因國家的給付，涉及高度政治考量之有限國家資源的分配利用，是倘承認基本權具有受益權功能，即意謂著負責監護該基本權受益權功能最終之實現的法院，得僭越立法者地位從事政治決策。這種後果在權力分立原則面前，當然是很難站得住腳的。所以一般對基本權受益權功能的承認，都持審慎保守態度，不僅只願承認極少數特定基本權具有受益權功能，即給付的範圍，亦只願就低標的給付承認，都持審慎保守態度，也就是只願就合乎人性尊嚴最低生存標準所需條件之給付，承認國家責無旁貸，而人民也有相對應之請求權。此外更進一步的高標給付，是否承認，就全然委諸立法者斟酌各項因素政策考量了。¹³

受益權功能又稱給付請求權功能，基本權倘具有此功能，基本權主體的

¹¹ 參許宗力，2000，《基本權的功能》，月旦法學教室，2 期，頁 73。

¹² 除古典人權以外，本世紀才產生具有社會主義色彩及追求社會正義標的之「新興人權」，如社會權（包括生存權、教育權、工作權等）、環境權等。參陳新民，2008，《憲法釋論》，新學林出版公司，頁 51。

¹³ 參許宗力，2000，《基本權的功能》，月旦法學教室，2 期，頁 74。

人民即得直接根據基本權規定，請求國家提供物質、金錢或勞務之給付。相對的，國家負有提供給付的義務。事實上，像生存權、工作權與受教育權等傳統、典型的「受益權」，仍非無具有防禦權功能（參釋字第 191、206、263 號解釋）。所以學者許宗力認為，以自由權與受益權來分類現有基本權清單內的基本權，並不妥適。¹⁴

四、基本權的功能

至於基本權的擁有者－人民，直接根據憲法基本權的規定，究竟能向國家主張什麼，獲得什麼樣的好處，或者從權利的相對面－義務的角度說，基本權受規範對象－國家，究竟因憲法基本權的規定，而被課予何種作為或不作為義務的問題。經大法官直接或間接承認或形塑出來的基本權功能，除了消極要求國家不作為、不干預的防衛功能、積極要求國家提供給付或服務的受益權功能外，還有課予國家積極採取措施之國家保護義務、程序保障義務及制度保障義務等 5 種，以幫助基本權的實現。¹⁵

貳、違憲審查程序

一、基本權的限制

（一）憲法是「人民權利的保障書」

憲法是「人民權利的保障書」，保障人民權益及公平、正義之核心價值。憲法固然保障人民基本權，但因個別之基本權主體並非遺世孤立，而是生活在社會的共同體，負有相互尊重之義務，因此為確保整體社會共同體中之每個人，都能有相同機會與條件行使其個自基本權，基本權的行使就必須顧及社會共同利益之需要，並同時尊重其他個人所相同擁有基本權之需要。倘基本權的行使沒有界限，國家反將無法完成其平等保障每一人民基本權之任務，因沒有限制之基本權行使，實無異於基本權的相互干擾與阻礙，最後造

¹⁴ 參許宗力，2000，《基本權的功能》，月旦法學教室，2期，頁74。

¹⁵ 參許宗力，2000，《基本權的功能》，月旦法學教室，2期，頁72。

成強凌弱、眾暴寡，唯有強者始擁有基本權的危險後果。¹⁶是以，個人行使基本權而與他人發生衝突或潛在衝突時，國家為了調和群體生活與個人自由，對個人基本權即得為一般性的介入而作適當之限制，不過須注意的是，當個人作為對他人或公益的影響越大時，國家介入的權限與範圍也越大。¹⁷

（二）比例原則之操作

國家對人民基本權施加限制，除形式上必須有法律依據外（即法律保留原則），實質內容上，無論是所追求目的或所採取手段，都必須符合一定要求。否則憲法第171條第1項憲法優位原則及「人民權利的保障書」便流於空談。我國憲法第23條對目的與手段之要求，國內已逐漸凝聚出共識，稱之為比例原則，但共識也僅止於此而已，具體內涵為何，如何操作，都是極具爭議的問題。¹⁸

原則上留學德系學者主張；目的合憲性之審查及3子原則之審查（手段適合性之審查、手段必要性之審查及手段合乎比例性之審查）。¹⁹留學美系之學者則對憲法第23條比例原則的「日爾曼化」提出強烈質疑，認為這只是德系學者的一廂情願，在美國只有適用最嚴格審查基準時，才會適用到類似必要原則的概念，且適用必要原則審查的結果，系爭法律通常會得到違憲的後果²⁰。

二、違憲審查程序

承上述，國家得適度干預個人之基本權，個別基本權主體僅得享有一定限制範圍之基本權保障，但國家是否可以恣意地、無限制地干預個人之基本權？在法治國原則下，國家行使限制個人基本權之權力，其正當性基礎應來自於憲法，才能干預人民之基本權，其實就是國家權力行使必須具有合憲性，

¹⁶ 參許宗力，2003，《基本權的保障與限制（上）》，月旦法學教室，11期，頁64。

¹⁷ 參李惠宗，2009，《憲法要義》，元照出版股份有限公司，頁105。

¹⁸ 參許宗力，2007，《比例原則之操作試論》，《法與國家權力（二）》，元照出版，頁121。

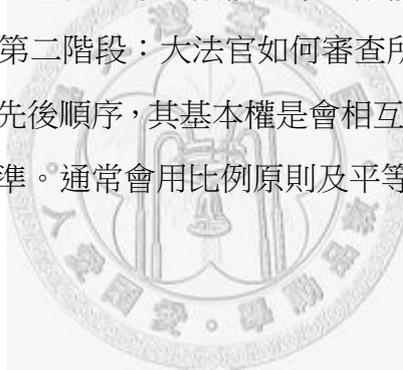
¹⁹ 參許宗力，2007，《比例原則之操作試論》，《法與國家權力（二）》，元照出版，頁122-137。

²⁰ 參黃昭元，2000，《立法裁量與司法審查—以審查標準為中心》，憲政時代，26卷2期，頁162以下。

簡言之，即「違憲法規的審查」。至於如何審查法規是否違憲？學者許宗力之見解如下，應區分為自由權其平等權之違憲審查程序²¹。有關自由權違憲審查模式依序區分為：「基本權的保護領域」、「基本權的限制」與「基本權限制的合憲要件」三階段的論證方式。²²

每一基本權利均涉及一定的生活領域，保護一定的法益，該被基本權保護的生活領域或法益，就是基本權的保護領域。在探討是否可以通過違憲審查時，必須先確定該條法律限制了「什麼樣的」憲法上權利，同樣也必須確認是「什麼人的」憲法上權利。²³在權力分立原則下，有民意基礎之立法機關制定出限制人民權利之法案，大法官應否尊重，應認其違反憲法基本價值決定而宣告其違憲？牽涉到違憲審查之問題。

適用審查標準前，存在審查模式之問題，即大法官於適用審查標準前，其處理案件之方式為何，包括以下三階段：第一階段：大法官如何決定系爭案件涉及何項基本權。第二階段：大法官如何審查所涉及之基本權，就此涉及基本權是否有審查之先後順序，其基本權是會相互影響之問題。第三階段：大法官如何適用審查標準。通常會用比例原則及平等原則加以審查。



²¹ 參因平等權與自由權存有結構上之歧異，以下討論僅就「自由權」適用。

²² 參許宗力，2003，《基本權的保障與限制（上）》，月旦法學教室，第11期，頁64。

²³ 參俞浩偉，《從憲法平等權探討我國身心障礙者就業保障之問題》，國立台灣大學法律研究所碩士論文，2009年，頁108。

第二節 工作權之違憲審查

壹、工作權的概念

我國憲法當中並沒有職業自由之明文規定，僅將工作權規定在憲法第 15 條，即「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」

一、工作權概念

「職業從事」係屬工作的核心。由於工作對自然人而言，具有「自主體現自我存在」的「人格發展」的意義，故職業自由首先具有「人格發展自由」之意義²⁴，其次才是具有維持生活的意義。黑格爾（Hegel）曾說：「人無工作，將一如無物」。此說或許過度誇張工作的神聖性，但在通常情況下，其作為自然人人格發展的重要因素，則屬不可否認。²⁵

故工作權係人格發展的基礎，相較於「財產權」具有保障現在生活的意義，工作權乃具有「未來取向」之性質。不僅是謀生活的手段，同時也是人們體現自有存在的方式。透過工作成果，人們可以發揮其能力，呈現其自信，也能從不同的角度對社會有所貢獻，因此唯有透過工作，人才可彰顯自我存在的意義，並與社會產生互動的關係。²⁶

工作包括 2 層概念，主觀上，行為人將之作為生活關聯之活動，在此一意義上，就自然人而言，有「人格發展」與「生存權」之意義；就法人而言，僅有「營業自由」之經濟意義。客觀上，工作係指在一定期間內反覆為之之行為。此一概念下「勞動權」及其他為實現工作權的機制，除了具體的職場上保障規定，例如男女工作平等權及勞動三權（勞工團結權、團體協商權及罷工權）外，亦包括勞工的企業參決權制度、公務員服公職、大學教師升等制度等都可在憲法工作權的範圍加以檢證。²⁷

²⁴ 參李惠宗，2005，《職業自由主觀要件限撥之違憲審查－司法院大法官釋字 584 號解釋評析－》，憲政時代，第 30 卷第 3 期，頁 258-259。但不可以反推認為，沒有職業之人，就一定沒有人格發展自由。

²⁵ 參李惠宗，2005，《職業自由主觀要件限撥之違憲審查－司法院大法官釋字 584 號解釋評析－》，憲政時代，第 30 卷第 3 期，頁 259。

²⁶ 參李惠宗，2005，《職業自由主觀要件限撥之違憲審查－司法院大法官釋字 584 號解釋評析－》，憲政時代，第 30 卷第 3 期，頁 259-263。

²⁷ 參李惠宗，2003，《憲法工作權保障系普之再探－以司法院大法官解釋為中心》，憲政時

二、工作權係經濟自由權或社會權？

憲法上所稱之「工作權」具有何種性質？係一種經濟基本權的「職業自由」，或僅狹義地指「勞動權」（社會基本權之受益權），或兼具自由權與受益權之性質，學理上不無爭議²⁸。

持經濟基本權論者，認為工作權與德國基本法第 12 條所稱之「職業自由」相若，與職業自由實現有關的各種法律地位，皆可納入工作權所保障的範疇²⁹。

另一說認為工作權應屬社會權，憲法第 15 條之制憲理由指出「本條草案係關於人民財產權之規定，經討論時咸以為人民之財產權，固應保障；然對於無產階級之生存權及工作權亦應加以保障，否則僅保障有財產者之財產，

代，第 29 卷第 1 期，頁 127。

²⁸ 關於工作權之相關文章，參許宗力，2000，《從大法官解釋看平等原則與違憲審查》，收於：李建良、簡資修編，憲法解釋之理論與實務，第二輯，中央研究院中山人文社會科學研究所；後另收於許宗力，2007，《法與國家權力（二）》，元照出版，頁 141-190（引用時以後者為準）。黃昭元，2003，《司法違憲審查的正當性爭議—理論基礎與方法論的初步檢討》，臺大法學論叢，32 卷 6 期，頁 103-151。黃昭元，2009，《平等權與自權競合案件之審查—從釋字第 649 號談起》，法學新論，7 期，頁 17-39。黃昭元，《立法裁量與司法審查—以審查標準為中心》，憲政時代，26 卷 2 期，頁 156-185。黃錦堂，2010，《公務人員特種考試應考年齡、體能設限與考試無障礙之研究—兼論釋字第 626 號解釋》，法令月刊，第 61 卷第 2 期，頁 21-41。李建良，2008，《經濟管制的平等思維—兼評大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋》，政大法學評論，第 102 期，頁 71-157。蔡明砮，2004，《保護乎？障礙乎？「非視障者不得從事按摩業」法律規定之研究》，社區發展季刊，335 頁以下。蔡忠珍，《營業自由之保障及其限制—最高行政法院 2005 年 11 月 22 日庭長法官聯席會議決議評議》，國立臺灣大學法學論叢，第 35 卷 3 期，頁 277-316。許志雄，2010，《職業規制與保留的違憲審查（上）（下）—司法院釋字第 649 號評析》，法學新論，第 123 期，頁 187-193。黃越欽，2000 年，《憲法中工作權之意義暨演進》，法令月刊，51 卷 10 期，頁 830-851。李惠宗，2003 年，《憲法工作權保障系譜之再探：以司法院大法官解釋為中心》，憲政時代，第 29 卷第 1 期，頁 125-158。李惠宗，2005 年，《職業自由主觀要件限制之違憲審查—584 號解釋評析—》，憲政時代，第 30 卷第 3 期，頁 255-294。李惠宗，《我眼明，我也要按摩工作》，月旦法學教室，第 17 期。錢建榮，2006 年，《終身不得考領駕駛執照合憲性之探討：兼論釋字第 531 號解釋》，月旦法學雜誌，第 128 期，頁 74 以下。廖元豪，2009，《非視覺障礙者比視覺障礙者更值得保護？—精細、嚴謹，但欠缺權力敏感度的釋字第 649 號解釋》，臺灣法學雜誌，第 90 期，頁 28-36。廖元豪，2004，《「優惠」弱勢族群不公平競爭？實質平等？》，月旦法學教室，25 期。廖元豪，《美國「種族優惠性差別待遇」(Racial Affirmative Action)合憲性之研究—兼論平等原則之真義》，東吳法律學報第 9 卷 2 期。黃舒芃，2006，《社會權在我國憲法中的保障》，中原財經法學，第 16 期。黃舒芃，2010，《違憲審查中之立法形成空間》，月旦法學雜誌，第 185 期，頁 39-51。黃舒芃，2010，《立法者對社會福利政策的形成自由及其界限—以釋字第 649 號解釋為例》，憲法解釋之理論與實務：第七輯（上冊），黃舒芃主編，中央研究院法律學研究所籌備處，頁 137-191。邵惠玲，2009，《憲法對視障者社會基本權之保障—論釋字第 649 號解釋產生之憲法疑義與因應途徑》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁 263-284。許育典，2009，《非視障者不得按摩，違憲？》，月旦法學教室，第 76 期，頁 6-7。劉士豪，2005 年，《勞動基本權在我國憲法基本權體係中之定位（上）》，政大法學評論，87 期，頁 67-130。《勞動基本權在我國憲法基本權體係中之定位（下）》，政大法學評論，88 期，頁 1-62。

²⁹ 法治斌、董保城，2010，《憲法新論》，元照出版公司，頁 195。

實屬有違民生主義之精神，及成為偏重保護資產階級之流弊.....」基本上認為工作權係「具體之受益權」，「乃個人積極要求國家給予工作機會之權利，而非消極的防範國家侵犯個人自由之權利」³⁰，如果國家未能提供適當機會，則人民可要求政府支付相當金額之生活費的權利³¹。

從學理上發展來看，工作權的概念，發源於工業革命，資本主義漸次形成，開始有受薪的勞動階級之後³²。德國威瑪憲法是第一部將「工作權」入憲的憲法³³，但威瑪憲法規定之工作權，只是方針條款的規定。³⁴事實上，國家立法及行政權限根本無法保障每個國民充分就業及勞動機會。故二次大戰後的西德基本權，便捨棄工作權的規定，而代以職業自由的規定。³⁵

以大法官歷來有關工作權解釋出發，採取下列觀點：工作權係屬職業自由的上位概念，包括個人職業自由與營業自由³⁶，亦可能與財產權與其他權利

³⁰ 參林紀東，1986，《中華民國憲法逐條釋義》（第一冊），三民書局，頁 245。

³¹ 參黃越欽，2000，《憲法中工作權之意義暨其演進》，法令月刊，51 卷 10 期，頁 34-35。李惠宗，2005，《職業自由主觀要件限撥之違憲審查—司法院大法官釋字 584 號解釋評析—》，憲政時代，第 30 卷第 3 期，頁 258。邵惠玲，《憲法對視障者社會基本權之保障—論釋字第 649 號解釋產生之憲法疑義與因應途徑》，月旦法學雜誌，第 187 期，頁 238-250。黃舒芃，2006，《社會權在我國憲法中的保障》，中原財經法學，第 16 期。許育典，2009，《非視障者不得按摩，違憲？》，月旦法學教室，第 76 期，頁 6-7。

³² 參黃仁宇，1991，《資本主義與二十一世紀》，聯經出版社，頁 187 以下。

³³ 德國威瑪憲法（1919 年）第 111 條第 2 項規定：「人人有.....從事各種營業之權，非依法律不得限制之。」第 151 條規定：「經濟生活之秩序，以使個人得到人類應得之生活為目的，並須適合正義之原則。各人之經濟自由，在此限度內，予以保障。法律上之強制，限於防止侵害權利或公共福利上重大必要時，始得為之。通商及營業自由，應依聯邦法律保障之。」第 163 條規定：「所有德意志人民在不妨礙其身體自由之條件下，均負有以其精神及身體力量從事勞動，以適應公共福利所需之道義上義務。所有德意志人民均有從事經濟勞動，取得生活資料之機會。凡未能予以適當之勞動機會者，對其生活應為必要之照料。其細則由聯邦特別法律定之。」

³⁴ 德國威瑪憲法（1919）第 111 條第 2 項規定：「人人有.....從事各種營業之權，非依法律不得限制之。」第 151 條規定：「經濟生活之秩序，以使各人得到人類應得之生活為目的，並須適合正義之原則。各人之經濟自由，在此限度內，予以保障。法律上之強制，限於防止侵害權利或公共福利上重大之必要時，始得為之。通商及營業自由，應依聯邦法律保護之。」第 163 條規定：「所有德意志人民在不妨礙其身體自由之條件下，均負有以其精神及身體力量從事勞動，以適應公共福利所需之道義上義務。所有德意志人民均有從事經濟勞動，取得生活資料之機會。凡未能予以適當之勞動機會者，對其生活應為必要之照料。其細則由聯邦特別法律定之。」

³⁵ 參吳庚，2004，《憲法之解釋與適用》，三民出版公司，頁 275。德國基本法第 12 條規定：「德國人皆享有職業選擇自由。」

³⁶ 李惠宗，1998，《憲法工作權保障之系普》，收於：劉孔中、李建良編，憲法解釋之理論與實務，第一輯，中央研究院中山人文社會科學研究所，頁 347-392。李惠宗，2003，《憲法工作權保障系普之再探—以司法院大法官解釋為中心》，憲政時代，第 29 卷第 1 期，頁 121-158。

競合。釋字第 584 號解釋開宗明義即稱：「人民之工作權為憲法第 15 條規定所保障，其內涵包括人民選擇職業之自由」，即屬此意。工作權有更廣大的意涵，工作雖未必為一種職業，但職業必屬工作。³⁷

（一）工作權為職業自由

我國憲法在制定之時，社會權方面的規定，雖取範於威瑪憲法³⁸，但其取範部分已經規定在基本國策中，現行憲法具有「社會主義義務」的性質之部分，係表現在「基本國策」章上，而不是規定在「人民之權利義務」章上。從制憲史觀察無法證明工作權即為「勞動權」之意³⁹，現行憲法已規定「工作權」，未規定「職業自由」或「營業自由」。此一現象正可反映出來，工作權具有「職業自由」或「營業自由」之意義。制憲會議雖亦有國民大會代表提案，將「工作權」一詞給為「勞動權」⁴⁰，但不為制憲會議所接受。故從歷史方法上來看，不應導出工作權不包括「職業自由」或「營業自由」，而僅指「勞動權」之結論。⁴¹

目前大法官多數意見在引用憲法第 15 條工作權作成解釋時，都是在職業自由的意義下適用工作權，例如釋字 584、514 與 649 號解釋等，都是審查職業自由是否違憲。

（二）工作權為勞動權

學者李惠宗認為，因時代演進，工作權的保障規定，是否應賦予社會權之意義，而稱為「勞動權」，而認其屬「受益權」之性質，則屬憲法解釋的問題。憲法解釋旨在確保「憲法優位性」，故憲法解釋應以功能法上觀點作

³⁷ 參李惠宗，2005，《職業自由主觀要件限撥之違憲審查－司法院大法官釋字 584 號解釋評析－》，憲政時代，第 30 卷第 3 期，頁 258。

³⁸ 參陳新民，1992，《論「社會基本權利」》，收於氏著《憲法基本權利之基本理論》，上冊，3 版，頁 95-101。

³⁹ 參黃越欽，2000，《憲法中工作權之意義暨其演進》，法令月刊，51 卷 10 期，頁 35-47。

⁴⁰ 參李惠宗，2003，《憲法工作權保障系普之再探－以司法院大法官解釋為中心》，憲政時代，第 29 卷第 1 期，頁 126 註 17。

⁴¹ 參李惠宗，2003，《憲法工作權保障系普之再探－以司法院大法官解釋為中心》，憲政時代，第 29 卷第 1 期，頁 125-126。

為憲法解釋的取向⁴²，亦即，憲法解釋應將憲法所具有的規範功能「闡釋出來」，從而，憲法解釋應予「當代化」，應採取符合憲法發展現狀的解釋。故從「憲法解釋當代化」的角度來看，社會國為取向作為基本權利解釋的方向，而將工作權與生存權賦予「社會權」的性質，加重國家保護義務，並非不可。⁴³至於具有社會權性質的工作權應具有何等「權利內容」及「權利強度」，人民基於此種「受益權」可以要求國家「給付」至何種程度，則容有討論之餘地。⁴⁴但作為經濟基本權之「職業自由」或「營業自由」係源自憲法第 22 條規定，而不能自「工作權」規定導出，似有商榷餘地。⁴⁵

即我國憲法對工作權的保障，原則上指職業自由，因時代進步，基於憲法解釋當代化之要求，認其兼具有社會權性質之工作權，應屬符合憲的精神。作為自由權的工作權，基本上係屬防禦權，司法審查的角度，係以比例原則及平等原則作為審查之基準。相對的，作為社會權的工作權，可稱為「勞動權」，此一勞動權得要求國家積極保護。⁴⁶

黃越欽大法官曾在釋字第 514 號解釋不同意見書，區分工作權、職業選擇自由與營業自由不同，並且不憚其煩地將德國學及實務指出，工作權屬於社會基本權利，在消極面向，可以責成政府對國民提供就業訓練、就業服務與失業救濟，使國民不因失業而失去社會保險；在積極面向則包括團結權、團體協商權與團體爭議權等權利，賦予勞工與資方較平等的地位協商勞動條件，以提升勞動的安全與保障。⁴⁷

學者許宗力認為，工作權的受益權內涵，則應僅止於要求國家提供職業訓練等勞務給付，不可能是提供一個具體的工作機會。這涉及基本權之事實

⁴² 參李建良譯，Christian Starck 原著，1997，《憲法解釋》，台大法學論叢，26 卷 4 期，頁 233-259。

⁴³ 參李惠宗，2003，《憲法工作權保障系譜之再探—以司法院大法官解釋為中心》，憲政時代，第 29 卷第 1 期，頁 126。

⁴⁴ 參李惠宗，2003，《憲法工作權保障系譜之再探—以司法院大法官解釋為中心》，憲政時代，第 29 卷第 1 期，頁 126。

⁴⁵ 參黃越欽大法官釋字第 514 號不同意見書；黃越欽，2000，《憲法中工作權之意義暨其演進》，法令月刊，51 卷 10 期，頁 34-55。

⁴⁶ 參黃越欽，2000 年，《憲法中工作權之意義暨演進》，法令月刊，51 卷 10 期，頁 831。李惠宗，2003 年，《憲法工作權保障系譜之再探：以司法院大法官解釋為中心》，憲政時代，第 29 卷第 1 期，頁 122-124。

⁴⁷ 參大法官釋字第 514 號黃越欽大法官不同意見書。

上界限的問題，因世界上沒有一個國家能夠保證充分就業。⁴⁸

黃舒芃認為，鑑於國家不可能保障零失業率的事實，並且也不應過度介入市場經濟對就業機會的分配，憲法對於社會權意義之工作權保障，實應界定為憲法第 152 條「要求國家至少提供就業輔導機會」的憲法委託。⁴⁹

工作權為勞動權之體現，在立法方面，勞工的要求立法者應積極為保護勞動權的立法，但如何立法，立法仍有形成空間；同理，勞工亦有法規命令訂定請求權。另在保護勞動權的立法上，依體系正義之要求，應保持前後立法一貫。在司法權的義務方面，法院在審理有關勞動權個案爭議時，應跳脫「私法自治」與「契約自由」的思維，對個案進行合法性的審查並置重「分配正義」的實現。如果勞動契約對勞工形成過度之壓抑，例如單身條款、競業禁止條款，法院有「義務」依據基本權第三人效力理論之「間接適用說」，對各該私法上約款以違反公序良俗為由，宣告其無效，並得以衡平法作為裁判之準據。在行政權方面，行政機關在形成抽象法規命令或行政規則時，不應對工作權保障有負面影響，不能只是為了行政方便，而犧牲勞動者工作權。此外，行政機關之合義務性裁量之「義務」，即包括對工作權的保護義務。⁵⁰

學者李惠宗認為，工作權作為一種社會權，旨在要求國家應透過法律所建構的制度及形成政策，對於從事勞動職業的勞工，給予適當的保護，不致使勞動者的勞動力只是企業經營者獲得利潤的一種工具。國家機關應在考慮企業經營合理的利潤下，使勞動者能自主性地付出勞力，在工資及其他工作條件上有適當的保護（釋 578 參照）。在勞工遭逢事故下，使依賴該勞工之人，亦能獲得附隨的保護。此種具有社會性質的工作權可稱之為「勞動權」，係落實社會安全政策的一環。就此，勞動基準法有關最低勞動條件的保護，應屬正確的方向但國家也不必過度保護勞工，以致於過度扭曲企業經營的市場經濟效應。有關勞工保險制度的建構，係屬勞動權保護的核心，亦即，「勞工保險乃立法機關本於憲法保護勞工，實施社會保險之基本國策所建立之社

⁴⁸ 參許宗力，2000，《基本權的功能》，月旦法學教室，2期，頁74。

⁴⁹ 參黃舒芃，2006，《社會權在我國憲法中的保障》，中原財經法學，第16期，頁20。

⁵⁰ 參李惠宗，2003，《憲法工作權保障系普之再探—以司法院大法官解釋為中心》，憲政時代，第29卷第1期，頁122。

會福利制度，旨在保障勞工生活安定、促進社會安全。」（釋 506），勞保制度應包括勞工「就職中」及「失業後」的保險制度的建立。有關勞工就職中保險制度，有勞工保險條例作為依據，勞工基於勞工保險條例所產生請求權，應受保護。⁵¹

三、工作權與生存權並列

學者李惠宗肯定將工作權與生存權並列，認為工作權為勞動權角度有要求國家有積極保護之義務，但也僅要求國家「禁止保護不足」。生存權應包括經營合乎人性尊嚴之生活，釋字第 485 號解釋稱：「國家應提供各種給付，以保障人民得維持合乎人性尊嚴之基本生活需求，扶助並照顧經濟上弱勢人民，推行社會安全享以人性尊嚴之基本生活需求，扶助並照顧經濟上弱勢人民，推行社會安全等民生福利措施。」釋字第 550 號解釋亦稱：「社會福利之事項，乃國家實現人民享有人性尊嚴之生活所應盡之照顧義務。」此二號解釋已將「人性尊嚴的維護」列為「國家義務」。⁵²但人性尊嚴之維護，不是單純依靠國家的直接給付，毋寧主要還是人民應能自主決定其事務，而人民之此種自主決定的機制，又以合理保障工作權最能發揮其功能。故以規範的角度來看，憲法第 15 條「生存權、工作權」並列，將之解為其同時具有社會權之意義，應合乎憲法之意旨。所以，從憲法發展之趨勢，國家保障人民工作權是國家之目的也是義務。國家非僅保障人民有自由選擇工作之機會即為已足，也須負起工作條件之保障。⁵³

四、基本權衝突的利益衡量

社會權的國家保護義務，不是有無的問題，而是以何種方式介入，以及

⁵¹ 參李惠宗，2006，《憲法要義》，元照出版公司，頁 249。

⁵² 參李震山，2003，《人性尊嚴》，法學講座，17 期，頁 1-5。

⁵³ 參黃越欽，2000 年，《憲法中工作權之意義暨演進》，法令月刊，51 卷 10 期，頁 50。陳新民，2001，《中華民國憲法釋論》，新學林出版公司，頁 343。王惠玲，1992，《社會基本權與憲法工作權之保障》，律師通訊，153 期，頁 40-43。劉梅君，1993，《從社會權談起—淺論高齡工作者的工作權與限齡退休制度》，銓敘與公保月刊，3 卷 5 期，頁 28-30。李惠宗，2009，《憲法要義》，臺北：元照出版有限公司，頁 248-251。

要介入多深的問題而已。社會權的保障常是基本權的衝突的利益衡量問題。即當勞工的工作權越社會權化時。相對的作為雇主的營業自由就會受到壓縮，其結果，當雇主之獲利能力低於市場成本時，所造成的結果，諸如企業虧損、倒閉、關廠等問題，未必對勞工的工作權有保障。是以，對社會權的保障常有兩難，如何取其適當的問題。⁵⁴

學者許宗力認為，受益權功能又稱給付請求權功能，基本權尚具有此項功能，基本權主體的人民即得直接根據基本權規定，請求國家提供物質、金錢或勞務之給付；人民既有請求國家提供給付的權利，相對的，國家負有提供給付的義務。理論上，生存權、教育權及工作權⁵⁵等在制憲理由中被制憲者明白表示係為保障「無產階級」而設的基本權利，應具有受益權的功能。除傳統防禦權及受益權功能外，大法官近連來亦積極「開發」出若干新的基本權功能。其中一個基本權新的功能就是保護義務功能。基於國家契約理論⁵⁶，係指基本權課予國家採取一定措施的義務，以保護人民之基本權利，使免於遭受來自第三人對其基本權的侵犯，大法官釋字第 400 號解釋，此免於受侵害俾實現個人自由、發展人格及尊嚴。釋字第 445 號解釋，為保護集會遊行安全，國家當然就要採取措施，使集會遊行不受第三人干擾。所採保護措施應達到何程度，德國的學者表示，國家負有「不足禁止」及「過度之禁止」之義務。國家應如何為適當的保護，吳庚大法官在釋字第 368 號解釋協同意見書曾表示：憲法所保障的各種基本權利，無論是消極防止公權力侵害之防衛權（指自由權）或積極要求國家提供服務或給付之受益權（指社會權），「國家均負有使之實現之任務。為達此項任務，國家自應就各個權利之性質，依照社會生活之現實及國家整體發展之狀況，提供適當之制度保障。」⁵⁷

⁵⁴ 參李惠宗，2004，《憲法要義》，頁 242。

⁵⁵ 憲法第 15 條的生存權及工作權，是制憲審查委員會在審查時加入。理由是「本……對於無產階級之生存權及工作權亦應加以保障……」，參許宗力，《基本權的功能》，月旦法學教室，2 期，頁 73。

⁵⁶ 憲法第 15 條的生存權及工作權，是制憲審查委員會在審查時加入。理由是「本……對於無產階級之生存權及工作權亦應加以保障……」，參許宗力，《基本權的功能》，月旦法學教室，2 期，頁 76。

⁵⁷ 參許宗力，《基本權的功能》，月旦法學教室，2 期，頁 78、79。

今日國家任務已經擴張至經濟、社會乃至整個生存照顧領域，即所採取統治手段亦因任務領域的變遷以及科技的進步，而亦趨多樣化與複雜化，所有這些變化，終促使基本權限的認定重心從國家行為的「形式」與「目的」，轉移到單純的「後果」上面⁵⁸。

有些基本權利其保護內容，並非直接、單純經由對人類出自自然天性之狀態或行行（如居住信仰等），尚需有賴國家秩序後天的規定與形成，才能具體勾畫出輪廓，立法者負有具體化基本權的任務，如稱集會遊行法是集會自由基本權的具體化，亦無不可⁵⁹。而國會的組成具直接與多元的民主正當性基礎，議事程序又保有直接、透明、繁瑣、言辭辯論與多數決的特性，是由其擔當國家重要事項，包括嚴重影響基本權之保障的干預決定的做成，最符合國家機關最適切配置原則⁶⁰。

學者雷文玟認為，有鑑於第二次世界大戰期間軸心國對於人權的各種暴行，加上各聯合國國家人民已在《聯合國憲章》中重申他們對基本人權、人格尊嚴和價值以及男女平等權利的信念，聯合國大會於 1948 年通過世界人權宣言（Universal Declaration of Human Rights），作為所有人民和所有國家努力實現的共同標準，希望透過國家的和國際的漸進措施，使這些權利和自由逐漸獲得普遍的保障。其後，為了進一步落實世界人權宣言的有關經濟、社會與文化的權利，聯合國大會於 1966 年又通過了世界經濟、社會與文化權利公約（International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights；ICESCR），更加強了國際社會對於社會權的重視。⁶¹國家越來越被期待發揮積極照顧人民生活之功能，藉以促進社會安全與社會正義，我國憲法在許多規定已明顯傳達「社會權保障」的意向，例如憲法第 15 條規定，人民的生存權與工作權應予保障；憲法增修條文第 10 條所列舉的諸多基本國策條款，也被認為是我國憲法保障社會權的明證。問題是，這些「社會權取向」的保障

⁵⁸ 參許宗力，2003，《基本權利的保障與限制（上）》，月旦法學教室，11 期，頁 70。

⁵⁹ 參許宗力，2003，《基本權利的保障與限制（上）》，月旦法學教室，11 期，頁 71。

⁶⁰ 參許宗力，2003，《基本權利的保障與限制（上）》，月旦法學教室，11 期，頁 72。

⁶¹ 參雷文玟/黃舒芃，2006，《社會權入憲的分析以及基本國策中有關社會福利政策的檢討》，行政院研究發展考核委員會委託，頁 6。

條款，如果同意社會安全與社會正義的實現仍然應該是我國憲法所追求的目標，那麼憲法對於種種社會權的保障就不該流於空洞的宣言，在分析的主軸上摒除「透過傳統自由權的功能開展而來的社會權面向」⁶²的討論，而毋寧必須追求較為進步之社會權解釋方式，讓其有具體落實的可能性。社會權的推動涉高度專業問題及行政資源的分配，考驗行政者之決心，而大法官也應謹慎的表示適度的決心，共同推動社會權的實現。⁶³

貳、工作權之範圍

職業自由保障之範圍，係職業自由之權利主體，得依己意選擇反覆從事特定行為之自由，參酌德國基本法之規定學者提出職業自由保障之範圍如下：⁶⁴

一、職業能力養成教育請求權

此一基本權乃指職業訓練地點自由，為工作權之前階段權利。此一前階段權利並包括擬取得該地位之各種考試的機會，例如參加高中、職業學校及大學入學考試、研究所考試的「機會」，屬工作權範圍，而非考試權保障的範圍。⁶⁵

二、職業能力資格取得權

職業固不以一定能力為要素，但自由經濟的職業市場，若未具備一定職業能力，常因此不能獲得期望中的肯定，此對人格之健全發展，將有妨害。故特定職業能力之資格取得機會，亦屬工作權之範圍，就此，工作權乃與憲法第 19 條之考試服公職之權利競合。釋字第 352 號解釋、釋字第 360 號解釋、

⁶² 傳統見解參陳愛娥，2007，《對憲法平等權規定的檢討》，收於：湯德宗、廖福特編，憲法解釋之理論與實務，第五輯，中央研究院法律學研究所籌備處，頁 258。僅屬「國家目標規定」而非基本權的規範方式，不得由此推導出對國家的給付請求權。

⁶³ 參雷文玟/黃舒芃，2006，《社會權入憲的分析以及基本國策中有關社會福利政策的檢討》，行政院研究發展考核委員會委託，頁 1、53-57。

⁶⁴ 參李惠宗，2005，《職業自由主觀要件限撥之違憲審查－司法院大法官釋字 584 號解釋評析－》，憲政時代，第 30 卷第 3 期，頁 260-261。

⁶⁵ 參李惠宗，2005，《職業自由主觀要件限撥之違憲審查－司法院大法官釋字 584 號解釋評析－》，憲政時代，第 30 卷第 3 期，頁 260。

釋字第 412 號解釋及釋字第 453 號解釋即本此意而作。

同一職業體系內的晉級，亦涉及工作權之職業能力資格取得權（與財產權），釋字第 462 號解釋即認為「大學教師升等資格之審查，關係大學教師素質與大學教學、研究水準，並涉及人民工作權與職業資格之取得，除應有法律規定之依據外，主管機關所訂定之實施程序，尚須保證能對升等申請人專業學術能力及成就作成客觀可信、公平正確之評量，始符合憲法第 23 條之比例原則。」故如教師申請升等未能經由客觀公正的評審程序而遭駁回，即屬對申請人工作權的侵害，應容許其提起訴訟。⁶⁶

三、職業選擇自由

職業選擇自由乃人民選擇一特定行業從事之謂，基本上係指職業種類（職業內容）選擇，例如選擇計程車司機、教師等。各種職業不以行政機關所規定者為限，例如以「幫人催收債務」之「資產管理公司」。⁶⁷

四、職位選擇自由

職位選擇自由係指「具體的職業工作關係」之選擇與維持的自由。相對於上開職業選擇自由而言，職位選擇自由係指特定工作關係之形成自由，職位選擇自由是職業選擇自由的一部分，職位選擇自由與職業選擇自由有包含關係。

「轉業自由」即屬職位選擇自由的型態，國家如果限制人民（公務員）轉業自由，即可從職業自由限制的角度加以審查（例如公務人員服務法第 14 條之 1 旋轉門條款）。至於私人限制轉業自由（競業禁止）⁶⁸，乃屬基本權第三人效力的問題。⁶⁹

⁶⁶ 參李惠宗，2005，《職業自由主觀要件限撥之違憲審查－司法院大法官釋字 584 號解釋評析－》，憲政時代，第 30 卷第 3 期，頁 260-261。

⁶⁷ 參李惠宗，2005，《職業自由主觀要件限撥之違憲審查－司法院大法官釋字 584 號解釋評析－》，憲政時代，第 30 卷第 3 期，頁 261。

⁶⁸ 參李惠宗，2002，《禁止跳槽的程式設計師》，台灣本土法學雜誌，第 33 期，頁 123-133。

⁶⁹ 參陳新民，《憲法基本權利及「對三者效力」之理論》，收於氏著《憲法基本權利之基本理論（下冊）》，頁 57 以下。

五、職業經營自由

職業經營自由的範圍包涵甚廣，包括營業時間自由、營業地點自由、營業方式及策略自由、廣告自由、營業內容自由、價格決定自由、營業對象自由、進用員工自由、投資自由等。⁷⁰

六、廢業自由

此為消極工作權，如退休。任何人非有法定原因，不得被強迫工作工作亦屬此之廢業自由。故公務員申請退休，除非有法定原因（如因案涉訟或未於相當期間內提出申請），應不得予以拒絕。⁷¹

參、職業自由的限制

職業自由為工作權的核心，對職業自由之限制往往涉及社會共同體的其他成員的利益，國家為建立經濟交易秩序，有義務予以適當的規制。

一、國家限制職業自由的形式合法性—法律保留原則

國家既然有規制營業或各種有關職業選擇之權，但國家規制工作（職業自由）之方法須符合「法律保留原則」。此在憲法第 23 條、第 144 條及第 145 條皆明定「以法律」限制，可以得知。

然則由於所欲規範之事項重要性程度每有不同，法律保留亦有層級的分別（法律保留原密度），是為層級化法律保留，此經由釋字第 443 號解釋所建構，並已為學界及時務界所接受。層級化法律保留有：憲法保留、絕對法律保留（國會保留）、相對法律保留（廣義法律保留）、非法律保留事項 4 個層級。有關職業自由的限制，應採取何種層級的法律保留，有探求的餘地。

⁷⁰ 參李惠宗，2005，《職業自由主觀要件限撥之違憲審查—司法院大法官釋字 584 號解釋評析—》，憲政時代，第 30 卷第 3 期，頁 262。

⁷¹ 參李惠宗，2005，《職業自由主觀要件限撥之違憲審查—司法院大法官釋字 584 號解釋評析—》，憲政時代，第 30 卷第 3 期，頁 262。

二、國家限制職業自由的實質正當性國家干預之深度

國家權力措施，須同時具有「形式合法性」與「實質正當性」。形式上，只要有法律依據，國家機關即可限制人民自由權利，但此僅屬國家權力的形式合法性而已，只是解決了權力機制「憑什麼」的問題；至於「為什麼」要限制，以及應限制到何種程度，尚需經過是否合乎「公共利益」之實質正當性的審查，才能合乎法治國家的要求。⁷²

國家干預人民工作自由權的實質正當性應求諸於國家任務。國家有維護正常交易環境的公共利益之任務，各種私交易，除非有以侵害他人權利、違反禁止規定或潛在對他人權益的威脅為主要內容，例如販賣盜版光碟等，否則國家機關應不予干涉，而求諸於「私法自治原則」。人民與工作權有關各種行為，愈容易與他人產生法律關係，國家機關可干預的權限也就愈深，例如醫療行為與國民之健康關係密切，故國家有義務作較嚴格的管制⁷³；有害事業廢棄物的管制，環保機關標求也應愈嚴謹。釋字第 404 號解釋稱：「人民之工作（權）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，此觀憲法第 23 條規定自明。」此一解釋可以作為國家對職業工作干預正當性的註腳。⁷⁴

何謂公共利益的實質正當性，應可透過事實的涵攝，予以確認，例如為促進國民健康，對醫師資格加以限制（釋 547）；為維持專業醫療水準，限制中醫不得使用西藥（釋 404）等。

屬於規範「實質正當性」的審查基準，乃比例原則及平等原則等問題，亦即依據法律或法律授權的法規命令所為有關職業自由內容之限制，是否確實能夠達到公共利益，以及縱使能夠達到，是否係屬較少侵害及是否平等的

⁷² 參李惠宗，2005，《職業自由主觀要件限撥之違憲審查－司法院大法官釋字 584 號解釋評析－》，憲政時代，第 30 卷第 3 期，頁 267-268。

⁷³ 釋字第 469 號解釋：「行政機關並得因職能擴大，為因應伴隨高度工業化或過度開發而產生對環境或衛生等之危害，以及科技設施所引發之危險，而採取危險防止或危險管理之措施，以增進國民生活之安全保障。」參李惠宗，2005，《職業自由主觀要件限撥之違憲審查－司法院大法官釋字 584 號解釋評析－》，憲政時代，第 30 卷第 3 期，頁 268。

⁷⁴ 參李惠宗，2005，《職業自由主觀要件限撥之違憲審查－司法院大法官釋字 584 號解釋評析－》，憲政時代，第 30 卷第 3 期，頁 268。

問題。

從而言之，行政機關各種干預職權的行使，除符合形式合法性外，也應禁得起實質正當性的檢證。

肆、限制職業自由原因類型化—三階段說

一如其他自由基本權，國家基於公共利益，可以加以限制，我國憲法第 23 條有明文規定。但國家對職業自由所保障範圍為何種限制，應視基於何種原因而定。就此德國聯邦憲法法院於 1958 年之「藥房判決」所建構的「三階段說」，值得參考。⁷⁵

三階段說所謂之三個階段是指：「職業執行自由之限制」、「職業選擇主觀許可要件」及「職業選擇客觀許可要件」三個階段。屬於「職業執行自由」要件的規定，國家有最廣泛的權限；關於「職業選擇主觀許可要件」的限制，國家權限應略為限縮；關於「職業選擇客觀許可要件」的限制，除有極為堅強的理由外，國家不應進行干預。⁷⁶茲分述如下：

一、職業執行自由之限制

對職業自由的限制，若只涉及職業執行的規則，不涉及職業入口管制之選擇自由時，立法者是最自由的，此屬相對的法律保留事項，立法者得授權由行政機關以法規命令定之，此在德國基本法第 12 條第 1 項第 2 句有明文規定。屬於「執業執行」之活動包括，營業方式、商品銷售方式、營業時間、個人執行業務之方式，例如廣告。

在計程車業中，此種職業執行的要求，例如計程車須漆成黃色、有明顯標誌、車上必須放置營業登記卡、記明姓名並貼有照片、收費需符合一定費率標準、加裝衛星定位系統等事項。⁷⁷

⁷⁵ 參李惠宗，2005，《職業自由主觀要件限撥之違憲審查—司法院大法官釋字 584 號解釋評析—》，憲政時代，第 30 卷第 3 期，頁 263。

⁷⁶ 參李惠宗，2005，《職業自由主觀要件限撥之違憲審查—司法院大法官釋字 584 號解釋評析—》，憲政時代，第 30 卷第 3 期，頁 263。

⁷⁷ 參李惠宗，2005，《職業自由主觀要件限撥之違憲審查—司法院大法官釋字 584 號解釋評析—》，憲政時代，第 30 卷第 3 期，頁 263。

二、職業選擇主觀許可要件

職業選擇主觀許可要件係指進入職業市場應具備之要件，係職業個人屬人要件，此種主觀的許可要件只有為保護「重要的社會共同利益」始可合理化。此所謂職業之「主觀許可要件」，包括個人一身專屬的個人特性、能力或是否完成相當之訓練、年齡、體能上之要件、資力、國籍身分及如無一定犯罪之前科紀錄之道德要件。⁷⁸

但犯罪前科紀錄是否可作為職業自由主觀要件的限制，依德國營業法第 35 條規定，僅限於與職業行為有關的犯罪，例如德國刑法第 70 條之職業犯罪。若與職業犯罪無關之前科，不屬禁止營業的範圍。⁷⁹

三、職業選擇客觀許可要件

職業選擇客觀許可要件係「個人對該要件之成就完全沒有影響力」之要件。以此種要件作為限制進入職業市場之條件，可能會嚴重地違反基本人權之意義，故德國聯邦憲法法院在藥房判決中表示：「一般而言，只有為防禦對於重大公眾法益構成可證明的及顯然非常嚴重的危險時，才能合法化對職業選擇自由之侵害」，以職業之「客觀許可要件」為進入職業市場之條件，常易違反「不當連結禁止原則」，而「與事實無關之動機加入的危險也特別大」。屬於職業之「客觀許可要件」之事項，例如以防止市場獨占的要件限定進入市場的數量。

學者陳怡如認為，以大法官釋字第 584 號解釋觀之，某些主觀的職業許可限制可能比某些客觀的職業許可限制對職業自由的限制程度更大，故以主客觀許可限制要件作為判斷限制程度的大小，其實是否盲點之處。不妨擷取其類似「滑動尺度理論」的理論精精髓，取其職業選擇自由與職業執行自由

⁷⁸ 參李惠宗，2005，《職業自由主觀要件限撥之違憲審查－司法院大法官釋字 584 號解釋評析－》，憲政時代，第 30 卷第 3 期，頁 264。

⁷⁹ 德國刑法第 70 條規定：意圖透過反覆實施之犯行以獲取持續性收入者，為職業上犯罪。參李惠宗，2005，《職業自由主觀要件限撥之違憲審查－司法院大法官釋字 584 號解釋評析－》，憲政時代，第 30 卷第 3 期，頁 264。

原則性的區分，亦即直接針對「侵害程度的結果面向」究屬與基本權地位得喪攸關之職業選擇自由階層，抑或是與基本權地位得喪無關之職業執行自由階層，予以比例原則之調控，而毋寧再拘泥於主客觀要件的框限中，亦與我釋憲實務相容。⁸⁰



⁸⁰ 參陳怡如，《司法院大法官比例原則違憲審查標準之研究：兼評釋字 584 號解釋（下）》，台灣法律網。

第三節 平等權之違憲審查

壹、平等權之違憲審查

一、平等權概念

在探討人民憲法上平等權是否受到侵害時，我們必須先釐清一個先決問題，即在我國平等權究竟是不是一個立的權利，是否有其獨立之規範內涵？其次，就是我國平等權的法源依據在那裡？在我國憲法有關平等權之規定，除了第 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。」係我國憲法關於平等要求之一般規定外，另外憲法第 129 條規定「本憲法所規定之各種選舉，除本憲法別有規定外，以普通、平等、直接及無記名投票之方式行之」，此特別揭櫫選舉平等原則。而憲法增修條文第 10 條第 6 項規定：「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位實質平等。」則是有關「特別的」平等要求及歧視禁止的規範。⁸¹

(一) 平等權是否為一獨立權利

惟平等究竟是作為權利之一種或只是保障各種人權的原則，始終是在平等權理論探討過程中會遇到的爭論點，而我國大法官解釋文⁸²中亦未曾對此加以詳細之說明。

主張平等權是一種原則而非主觀公權利的學說認為，平等應是一種客觀處理各種與人權相關問題時的原則，如此平等才能廣泛適用於各個層面⁸³。主張平等是一種權利的學者認為，平等應該與其他權利一樣，具有獨自的權利本質，是可以主觀認定的權利，如果只是一種原則，就無法主張實體的權利

⁸¹ 參李建良，2006，《經濟管制的平等思維—從平等權觀點檢視大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋》，司法院大法官 95 年度學術研討會—憲法解釋與平等權之發展；修改後登載於政大法學評論，第 102 期，頁 81。

⁸² 如司法院大法官釋字第 575、580、605、649、694、701。

⁸³ 參黃昭元，2009，《平等權與自權競合案件之審查—從釋字 649 號談起》，法學新論，7 期，頁 21-22。

保障。⁸⁴如前所述依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定：「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。」因此平等若非獨立之基本權，人民將無法提起釋憲，尋求司法救濟。所以通說認為平等不僅為平等原則且為一獨立權利⁸⁵，但其權利「內涵」仍是平等原則。⁸⁶

學者李惠宗認為，「平等權」係主觀公權利。因平等權係一基礎性之基本權，其本身並無意義，而必須與其他基本權競合，而成為複數基本權，例如考試權與平等權競合而成「考試平等權」；工作權與平等權競合而成「工作平等權」。行政機關因違反平等原則而侵害平等權時，必然侵害到另一項與平等權競合之基本權⁸⁷。

學者廖元豪認為，「實質平等」概念將平等權視為獨立之武器，可以據以主張協助弱勢，促進地位實質平等⁸⁸。

（二）平等權依據及效力

憲法第 7 條有關平等權之規定，有認為其係例示規定，憲法此規定乃這種因素較易產生不平等之狀態。⁸⁹有將憲法第 7 條視為特別平等⁹⁰，特別平等要求國家沒有極為特別原因，不得以此原因為差別待遇；一般平等僅要求國家僅需合理之原因即可為差別待遇。

⁸⁴ 參許慶雄，《現在人權體系中平等原則之研究（上）》，中正法學，6 期，2002，頁 121-122。

⁸⁵ 參林子儀大法官在 571 號解釋的協同意見書第二段。

⁸⁶ 參李建良，2006，《經濟管制的平等思維—從平等權觀點檢視大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋》，司法院大法官 95 年度學術研討會—憲法解釋與平等權之發展；修改後登載於政大法學評論，第 102 期，頁 82-83。

⁸⁷ 參李惠宗，2006，《憲法要義》，元照出版公司，頁 125。

⁸⁸ 參廖元豪，2004，《「優惠」弱勢族群不公平競爭？實質平等？》，月旦法學教室，25 期，頁 10-11。廖元豪，2005，《實質平等》，月旦法學教室，27 期，頁 38-41。廖元豪，2009，《平等權：第五講 另一種嚴格審查—基礎權利》，月旦法學教室，第 85 期，頁 34 以下。廖元豪，2010，《平等權：第六講—平等權的檢討與展望》，月旦法學教室，第 90 期，頁 28-36。

⁸⁹ 參吳庚，2004，《憲法之解釋與適用》，三民書局，頁 182。

⁹⁰ 參李惠宗，2004，《憲法要義》，元照出版，頁 116 以下。

惟平等權之規定，除憲法第 7 條規範於基本權利外，基本國策中也有相關規定。然而，基本權利以及基本國策之效力有所不同，也因此同時影響平等權之規範。對於基本國策部分，一般而言，基本國策之效力，為方針條款或立法裁量之界限。即人民不得據以向國家主張排除干預，但其均得作為大法官解釋憲法或法令之依據，以做成最終之解釋。但有認為針對時代的演進應有符合當代化需求之憲法解釋。

（三）「實質平等」？

平等是憲法上重要價值，其定義本身就是一個哲學上及法律上的難題。在憲法上影響憲法保護範圍及司法審查方法等實際問題。⁹¹我國自民國 75 年釋字第 211 號解釋將「合理不同的處置」視為「實質平等」後，強調得依「立法目的」及「事實上差異」為差別待遇。於釋字第 485 號解釋，進一步將形式平等與實質平等對照比較，認為依「憲法上價值體系」、「立法目的」及「事物性質上差異」得為「合理區別對待」，並將「促進民生福祉」視為憲法基本原則，正當化「國軍老舊眷舍改建條例」之理由。即「實質平等」為國家堅持採「合理差別待遇」之途徑，以確保「法律上地位」之平等。⁹²

林子儀大法官於釋字第 571 號協同意見書註六表示：「本院解釋襲用已久之「形式平等」（formal equality）與「實質平等」（substantive equality）用語，係以「是否允許差別待遇存在」而為區分。其中本院所稱之「絕對、機械形式平等」，意指「不容許任何差別待遇」，亦即要求絕對的相同待遇；至於本院所稱之「法律地位之實質平等」則指「容許差別待遇」，亦即「容許法律基於人民之年齡、職業、經濟狀況及彼此間之特別關係等情事，而為合理之不同規定」（釋字第 179 號解釋理由書參照）。換言之，本院習稱之「實質平等」，其與「等者等之，不等者不等之」……平等公式思考如出一轍。此亦為美國、德國、日本等國法院在實際解釋適用憲法所保障的平等權時所運用的公式……換言之，「等者等之」公式本身不包涵任何實

⁹¹ 參廖元豪，2005，《實質平等》，月旦法學教室，27 期，頁 38。

⁹² 參廖元豪，2005，《實質平等》，月旦法學教室，27 期，頁 38。

質價值在內，故也無法幫助我們進行上述諸種實質價值判斷，其毋寧僅是一形式、空洞且同義反覆的說法，因此與所謂「實質平等」之用語並不相稱。就其概念、內涵缺乏實質價值而言，毋寧亦屬於一種「形式平等」。相關批評請參見例如黃昭元，（「國軍老舊眷村改建條例」的合憲性），《台灣本土法學雜誌》，第六期，頁 24-25（2000/1）。實質平等一語所指涉者應為一種特定之平等價值，或分配正義之理念，然而其具體內容學說理論爭議已久，尚難有共識。……」

學者廖元豪推崇林子儀大法官之 571 號解釋之協同意見書註 6 之意見⁹³。其亦主張所謂「實質平等」其實為外國「形式平等」之內涵。外國之「形式平等」（formal equality）為理性平等（rational equality），在乎的為「法律上地位」的平等，重視手段與目的之間關聯（means-ends rationality），不挑戰目的本身，而是關切「手段是否達成目的」。形同維護優勢族群利益，傾向於維護當代社會的價值。⁹⁴而外國之「實質平等」（substantive equality），則是探討深層的價值觀，在乎社會正義與群體壓迫，以平等權為武器，挑戰社會主流群體對其他群體之壓迫、貶抑及宰制⁹⁵。也就是「實質平等」並不是在乎國家「法律上」合理差別待遇而已，更進一步要求要「社會地位」在「事實上」的平等⁹⁶。

二、平等權之違憲審查基準

（一）平等權的違憲審查程序

⁹³ 大法官第 571 號解釋，林子儀大法官協同意見書註 6 表示：「本院解釋襲用已久之『形式平等』（formal equality）與『實質平等』（substantive equality）用語，係以『是否允許差別待遇存在』而為區分。其中本院所稱之『絕對、機械形式平等』，意指『不容許任何差別待遇』，亦即要求絕對的相同待遇；至於本院所稱之『法律地位之實質平等』則指『容許差別待遇』，亦即『容許法律基於人民之年齡、職業、經濟狀況及彼此間之特別關係等情事，而為合理之不同規定』（釋字第 179 號解釋理由書參照）。換言之，本院習稱之『實質平等』，其與『等者等之，不等者不等之』……平等公式思考如出一轍。……換言之，『等者等之』公式本身不包涵任何實質價值在內，故也無法幫助我們進行上述諸種實質價值判斷，其毋寧僅是一形式、空洞且同義反覆的說法，因此與所謂『實質平等』之用語並不相稱。就其概念、內涵缺乏實質價值而言，毋寧亦屬於一種『形式平等』。……」

⁹⁴ 參廖元豪，2005，《實質平等》，月旦法學教室，27 期，頁 39、41。

⁹⁵ 參廖元豪，2005，《實質平等》，月旦法學教室，27 期，頁 40-41。

⁹⁶ 廖元豪，2005，《實質平等》，月旦法學教室，27 期，頁 40。

平等權案件審查標準的決定因而言，在我國學說部分，留美學者（法治斌教授）多主張應發展多重而非單一的審查標準。留德的學者（陳愛娥、林佳和及李建良教授）則引介德國聯邦憲法法院有關平等案件審查的兩種審查標準：寬鬆的傳統公式與較嚴格的新公式（比例原則）。不論繼受美國或德國理論，上述學說似乎都主張以「分類標準」和「權利類型」為平等案件審查標準決定因素。⁹⁷寬嚴要求度之標準可分為：強烈內容審查、可支持性審查及明顯性審查。一般來講，若差別待遇之標準愈接近憲法明定為不得差別待遇之事項，則審查標準愈嚴格；若差別待遇之當事人對差別待遇之標準愈不能予以影響者，則審查標準愈嚴格；若差別待遇之愈結果對自由權影響愈大者，則審查標準愈嚴格。

學者許宗力所建構之平等審查模式為⁹⁸：1.平等審查的第一步是先判斷系爭法規究竟有沒有存在差別待遇的問題。差別待遇是對具有「可相提並論性」的人或社會生活事實在法規範上作不相同處理，而「可相提並論性」則指法規範上受到不同處理的人或社會生活事實共同具有一個他人或其他生活事實所未具有的特徵。2.第二步是確定差別待遇之目的，判斷其究係追求、實現「不等者不等之」的實質平等目的，或是無涉實質平等的政策目的。3.追求實質平等目的的差別待遇（適合目的性審查模型）：（1）倘確定系爭差別待遇屬追求實質平等之目的，則審查該差別待遇是否涉及敏感的差別待遇之禁止項目。（2）確定差別待遇的目的沒有問題後，繼而審查差別待遇與目的間是否有合理關聯，這裡是平等審查的重點所在，也是困難所在。「合目的性」審查具有高度不確定性，所以應綜合各種參數，決定採何種從寬或從嚴之審查基準。「合目的性」審查必要時佐以「事物本質」與「體系正義」的觀察。體系違反時，應進一步審查是否基於重大公益之考量。（3）經「合目的性」審查，確定合憲，固無問題；倘認定違憲，根據合憲解釋原則的要

⁹⁷ 參黃昭元，2009，《平等權案件之司法審查標準－從釋字 626 號解釋談起》，廖福特主編，憲法解釋之理論與實務：第六輯（下冊），中央研究院法律學研究所籌備處，頁 562。

⁹⁸ 參許宗力，2000，《從大法官解釋看平等原則與違憲審查》，收於：李建良、簡資修編，憲法解釋之理論與實務，第二輯，中央研究院中山人文社會科學研究所；後另收於許宗力，2007，《法與國家權力（二）》，元照出版，頁 190-192。

求，視系爭差別待遇有無可能尚追求其他目的，繼續作第二或第三重的平等審查。如該其他目的屬政策目的，適用下述比例原則審查模型。4. 追求無關實質平等政策目的（適合比例原則審查模型）：（1）倘確定系爭差別待遇屬追求無關實質平等的政策目的者，應適用比例原則審查模式作平等審查。在此之前，依然先要作目的合憲性審查，審查所追求政策目的是否符合憲法第 23 條的 4 項要件之一。參考各相關因素，確定應從嚴審查時，須進一步判斷所追求的公益是否重大或極重大。（2）確定目的合憲後，開始進入比例原則的審查核心階段（三子原則）。由於比例原則審查與合目的審查同樣具高度不確定性，所以也應綜合各相關參數，決定採何種從寬或從嚴審查基準。（3）確定合憲，固無問題；確定違憲，視有無可能追求其他政策目的，再作第二或第三重的平等審查。

（二）平等權之實質內涵

如前所述實際關於平等權之案例中，通常平等權會伴隨著另一自由權同時出面，也因如何處理平等權與自由權之競合，便顯得相當重要。所謂「基本權的競合」，指同一基本權主體的某特定行為同時落入數個基本權的保障領域，而發生競合問題。行政機關因違反平等原則而侵害平等權時，必然侵害到另一項與平等權競合之基本權⁹⁹，此複數基本權，工作權與平等權競合而成「工作平等權」。

基本權發生競合時，我國憲法基本上對每一基本權皆一視同仁平等對待，並不承認有較強或較弱基本權的區分，觀諸憲法第 23 條的基本權限制要件規定，對各基本權皆有相同適用即自明，因保護強度既同，無論根據其中任一基本權或平行根據數個基本權審查，結論基本上應皆無二致，在我國採行「合併審查」，不失為可行之道。¹⁰⁰而「合併審查」根據其中任一基本權之取捨，宜採其中最直接者加以討論，以便利寫作、討論之精簡。「合併審查」

⁹⁹ 參李惠宗，2006，《憲法要義》，元照出版公司，頁 125。

¹⁰⁰ 參許宗力，2003，《基本權利的保障與限制（上）》，月旦法學教室，11 期，頁 65。

也常產生「價值聚積」的效果，而使審查標準提高¹⁰¹。

（三）優惠性差別待遇措施

對於優惠性差別待遇之「優惠」措施，可否用「明示種族」（race-conscious）的方式，來消弭種族歧視？是否會構成族群的「反向歧視」？建立在個人主義、形式主義的平等權理論，認為平等乃是一種個人權利，與族群間的強弱關係無涉。且僅有「法律上差別對待」方屬平等原則關切之範圍，「社會地位平等」則在所不論。從而對此種優惠弱勢族群之措施，會採取較高之敵意。相反地，另一種平等理論，則強調平等權亦應關注不同族群社會地位之差異與位階，著重消弭社會上的族群壓迫，對優惠性差別待遇措施，會採取同情之態度。¹⁰²

大法官釋字第 666 號解釋，將社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款所謂「罰娼不罰嫖」之規定，宣告違反第 7 條平等權，應於 2 年內宣告失效。本件大法官罕見的著墨於當事人（從事性工作之女性）之經濟社會弱勢，並將這個社會現實納入平等權之考量。本案更細膩地追究「表面中立」法條背後的「歧視動機」或執行上的「差別效果」。且在結果上，也是大法官少見以平等權保障特定弱勢群體的作品。¹⁰³

貳、德國平等權法制

一、一般平等權

（一）恣意禁止原則

德國基本法第 3 條第 1 項規定：「法律之前人人平等。」早期聯邦憲法法院之審查標準採恣意禁止原則（類似美國所稱的「合理審查標準」）。對於法律上之差別待遇，無法找到一個理性事物本質所引導出來或是本質上具

¹⁰¹ 參許宗力，2003，《基本權利的保障與限制（上）》，月旦法學教室，11 期，頁 67-68。

¹⁰² 參廖元豪，2004，《「優惠」弱勢族群不公平競爭？實質平等？》，月旦法學教室，25 期，頁 11。

¹⁰³ 參廖元豪，2010，《平等權：第六講－平等權的檢討與展望》，月旦法學教室，第 90 期，頁 28-30。

說明力之理由時，必須被稱為恣意時，才算是違反平等原則。

立法者具有民主的正當性，其對於平等原則內容之填補具有優先性。因此，聯邦憲法法院不得審查立法者是否就某事項選擇最適當解決方案，其只審查立法者於決定事項時，是否謹守恣意禁止之界限，即立法者是否採取明顯不合事理或是不合乎正義之差別對待。

（二）逐漸發展為精緻之新公式

於 1980 年，聯邦憲法法院補充了恣意禁止公式，其認為「當受規範人群，與其他人相較受到不同的對待，而各該人群中並沒有種類或其他較重要性之不同，而能正當化此種不公平之對待時，亦屬違反平等原則。」聯邦憲法法院判斷平等原則之標準，已經不再使用明顯性之標準，而是使用更精細之標準。新公式之產生，同時也表示形成平等內涵之權力已由立法者移轉至聯邦憲法法院。蓋相較於以往恣意禁止之時代，平等之內涵係由立法者所形成，聯邦憲法法院大多予以尊重，然而於新公式產生後，聯邦憲法法院之態度由以往較為尊重立法者轉變為積極的修正以及限制立法者之立法裁量。

德國基本法第 3 條第 1 項審查標準之嚴否，從單純的恣意禁止到嚴格的比例原則審查，判斷審查標準原則，可由三方面去理解：案件涉平等原則，可再區分為：1. 與人有關或與物有關，與人有關之特性，若涉基本法第 3 條第 2 項或第 3 條第 3 項，應受到特別嚴格之審查。與物有關之事項，審查標準會放寬，恣意禁止原則於此時有適用之可能性。2. 當案件除平等權外，亦同時涉及自由權時，此時審查標準會受到其餘基本權保護領域之影響，審查標準會趨於嚴格。3. 給付行政之審查標準通常較為寬鬆。

二、特別平等權

德國基本法第 3 條第 2 項規定：「男女有平等之權利，國家應促進男女平等之實際貫徹，並致力消除現存之歧視。」同條第 3 項規定：「任何人不得因性別、出身、種族、語言、籍貫、血統、信仰、宗教或政治見解而受歧視或享特權，任何人不得因其殘障而受歧視。」德國基本法第 3 條第 2 項及第 3 項即為特別平等權之規定。德國聯邦憲法法院對於特別平等權之審查態

度趨於嚴格。

在性別案件，傳統見解認為性別不作為差別待遇之因素，例外情形是：基於客觀上生物學及功能上不同，而依據該法律關係的性質所能正當化之理由。新的看法認為因性別所為之差別待遇，僅於為了解決本質上只有男性或女性會發生之問題而有極迫切之必要者，方得以允許。假若缺乏所謂「極迫切之必要者」，此時應透過基本權衝突之衡量方法方得以合理化此一事由。對於特別平等權會提高違憲審查之標準。

但區分德國基本法第 3 條第 2 項及第 3 項規定，可以明顯看出：對於男女平等部分，國家應「致力消除現存之歧視。」但對於屬第 3 條第 3 項之身障者部分，德國基本法只規定不得歧視，並無要求政府，如性別部分有積極促進義務¹⁰⁴。身障者之違憲審查標準，在德國應採較為嚴格之審查基準。

參、美國平等權法制

一、三重審查標準

美國法院經由實務推演，形成了美國法違憲審查的「三重審查標準」，包括「合理審查標準」、「中度審查標準」與「嚴格審查標準」3 種，學者黃昭元整理其內涵如表 2-1。

表 2-1 美國法「三重審查標準」表

	嚴格審查標準 (Strict Scrutiny Test)	中度審查標準 (Intermediate Scrutiny Test)	合理審查標準 (Rationality Review Test)
目的	必須是追求「重大迫切利益」，而不只是「正當」或「合法」的利益。	必須具備「重要利益」，程度上高於「正當」或「合法」，但低於「重大迫切」之要求。	只需有「正當利益」即可。

¹⁰⁴ 德國政府如果有為任何身障者之積極消弭地位不平等之促進措施，非係基於基本法之要求。

	這既是程度也是種類的要求。例如行政成本或效率，通常不被認為是重大迫切利益，因此不構成合憲目的。	僅追求行政成本與效率之立法目的，原則上也難以成為合憲的重要利益。	多半尊重立法者的決定，而不會實際審查行政成本或效率，通常都可成為正當利益。
	如果目的在立法當時已經違憲，不能以事後出現的政府利益來正當化自始違憲之目的。	限於立法者於立法當時就已經實際考量的政府利益。如果目的在立法當時已經違憲，原則上不能以事後出現的利益來正當化自始違憲的目的。	包括立法者於立法當時的「實際目的」或法院事後發現的「可想像之目的」，都可算是正當目的。
手段 關 連 性	手段與目的間必須具有「必要」、「嚴密剪裁」或「完美吻合」之關連性。	手段與目的間必須具有「實質關連」或「緊密契合」之關連。	手段與目的間只需具有「合理關連」。
	類似比例原則第2個次原則「手段必要性」之要求。但強調「別無較小侵害的替代手段」不當然等於最小侵害手段。在平等權案件，原則上不容許涵蓋過廣或過窄的限制。	容許有例外，不要求手段百分之百契合目的之達成。契合程度的要求比嚴格審查標準略微放寬。	相當寬鬆的要求，類似比例原則第1個次原則「手段適合性」之要求。在平等權案件，容許涵蓋過廣或過窄(一次走一步)，不要求精確的分類；在自由權案件，也容許過多限制，只要不構成恣意即可。
適 用 結	推定違憲，所謂「理論上嚴格，實際上致命」。例外時仍可能合憲。例如歧	不確定，一般而言會傾向違憲，但容許較大的個案衡量。在性別平等	推定合憲，所謂「表面上合理，實際上無審查」。例外時仍會違

果	視少數種族之平等案件通常會違憲，但種族分類之優惠性待遇案件則可能合憲。	案件，有從適用而接近嚴格審查標準的趨勢。	憲，所謂「會咬人」或「長牙齒」的合理審查。
舉證責任	由政府證明合憲，無合憲性推定原則之適用。	由政府證明合憲，無合憲性推定原則之適用。	適用合憲性推定原則，由人民證明違憲。
主要適用對象	涉及「嫌疑分類」(例如種族、膚色、原族裔)或「基礎性權利」(投票權、言論自由、宗教自由、旅行權、結社自由)的平等權案件。	「準嫌疑分類」(例如性別、非婚生子女等)或「重要性權利」(例如教育、擔任政府公職的權利)的平等權案件。	一般分類(財產地位或貧富、犯罪前科、外國人、身心障礙、性傾向)的平等權案件。
	言論自由的事前限制、高價值言論內容的管制。	象徵性言論、非針對言論內容的管制、商業性言論的內容管制。	低價值言論的內容管制。
	直接管制宗教信仰自由(尤其是核心領域)的限制。基礎性權利(如婚姻與生育自由、墮胎權等隱私權)的限制。		非直接管制宗教信仰自目的限制。 非基礎性權利的社會與經濟性權利自由、財產權之限制或徵收。

資料來源：引自黃昭元(2004)¹⁰⁵

美國法上的三重審查基準乃三個獨立不同的審查基準，並非不同的審查密度，若要提高或減輕審查的強度，則必須改用不同的審查基準，同時說明理由。三個審查基準各個自成一體系且有其適用之案件類型，與我國現制或

¹⁰⁵ 參黃昭元，2004，《憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析》，臺大法學論叢，33卷3期，頁83-85。

德國聯邦憲法法院的情況相當不同。美國的三重審查基準與個案所涉之權利性質密切相關，蓋英美法上有判決先例傳統，受先例拘束的前提必須是基礎事實與判決先例相同，方有引用的可能。因此在美國法上，對於相同類型事件，因判決先例原則上將使用相同的審查基準。要之，在不同的個案中，美國曾使用不同的審查基準，其背景原因係該審查基準正是從這種性質個案中發展出來的，因此論理上美國法應會不斷推出新的審查基準，以因應日益變化的案件。

二、「階層式比例原則」¹⁰⁶

美國採分權式具體違憲審查制度，所有聯邦法院於個案裁判中皆得附帶解釋（審查）裁判所需適用之法規是否牴觸聯邦憲法，從而決定是否拒絕適用。美國遵循著案例法的傳統，法院在各類案件的個案裁判中，逐漸累積發展出類型化的「司法審查標準」。最高法院逐漸發展出兩種寬嚴不同的審查基準，通稱「雙重審查基準」，1970年以還，聯邦最高法院更發展出另一種（寬嚴程度）介於兩者間的審查基準「中度審查」，從此，違憲審查標準乃呈三分局面。惟對於其他較「精微」之判準，似尚乏系統之論述。R. Kelso 教授嘗在前揭兩項熟知的顯著判準外，再加入兩項精微的判準—「限制較少之替代手段檢驗」及「舉證責任」分配，詳細分析美國聯邦最高法院在各個權利領域等裁判中所使用的審查標準，歸納得出3種「合理審查」基準、2種「中度審查」基準、及1種「嚴格審查」基準。氏並倡議以此「三階六層」違憲審查基準構建一套如光譜般的體系，名為「統一架構或途徑」，供法官於個案裁判參採。學者湯德宗認為，Kelso氏之說在美國猶未蔚為通說，然對於會通理解美國違憲審查基準而言，甚有助益；對於亟思融合法系，開拓本土法學之路的台灣而言，尤具啟發。學者湯德宗整理其內涵如表2-2。

¹⁰⁶ 參湯德宗，2009，〈違憲審查基準體系建構初探—階層式比例原則的構想〉，《憲法解釋之理論與實務（六）》，臺北：中央研究院法律學研究所籌備處，頁 31-35。

表 2-2 階層式違憲審查基準表

合理審查標準	最低合理性(低 低標)	對立法者的判斷給予高度尊重，不問是否有較少限制之替代手段。
	基本合理性(中 低標)	若原告能舉出顯然存在其他較少限制之替代手段，則推定法律合憲。
	有殺傷力的合理 審查(高低標)	此時舉證責任轉換，由政府來舉證並無其他顯然限制較少手段，故法律並不違憲。
中度審查標準	基本的中度審查 (低中標)	政府必須舉證法律手段與目的之間係出於實質相關聯。
	有殺傷力的中度 審查(高中標)	政府必須舉證法律手段與目的間有直接的關聯。
嚴格審查標準	高標	政府必須證明法律手段是為保護極重要的政府利益，且手段與目的之間直接相關。甚至手段是為該目的量身訂作，且已為最小的侵害手段。

資料來源：湯德宗（2009）¹⁰⁷

三、美國身心障礙者審查標準¹⁰⁸

在美國身心障礙之審查標準為何？該分類究竟是否為（準）嫌疑分類或僅為一般分類，曾於 City of Cleburne v. Cleburne Living Center 一案中有加以討論。在本案中，Cleburne 市政府要求專門為智能障礙者尋找出租房屋供其居住的機構 Cleburne Living Center（簡稱 CLC）必須申請特別使用核准方能為智能障礙者提供住所，因為在該區的都市計畫法規中，市政府將這類群居的房屋

¹⁰⁷ 參湯德宗，2009《違憲審查基準體系建構初探－「階層式比例原則」構想》，廖福特主編，憲法解釋之理論與實務：第六輯（下冊），中央研究院法律學研究所籌備處，頁 17 以下。

¹⁰⁸ 參俞浩偉，《從憲法平等權探討我國身心障礙者就業保障之問題》，國立台灣大學法律研究所碩士論文，2009 年，頁 120-122。

視為智能障礙者的醫院（hospital for the feebleminded）。因此，CLC 依法規申請核准特別使用，但市政府在聽證會後以 3 比 1 之票數駁回其申請，CLC 即提起訴訟主張該都市計畫法在表面上及適用上侵害了 CLC 及其可能居民的平等權。

（一）地方法院—一般審查標準（合理審查標準）

地方法院判斷這樣的法律規定不論是在表面上或是適用上均為合憲，並指出智能障礙者並非嫌疑分類或準嫌疑分類，因此該法院採取最小程度的審查標準（the minimum level of judicial scrutiny），認為該都市計畫法規之規定不僅有合法之利益，該手段也是有關聯性的。

（二）第 5 巡迴上訴法院—中度審查標準

不過在第 5 巡迴上訴法院推翻了此見解，該法院主張智能障礙是一個準嫌疑分類，應用中度審查標準（intermediate scrutiny），法院認為智能障礙者在歷史上常受到不公平之待遇及虐待，對他們的歧視，反映出的是根深蒂固的偏見。再則，他們欠缺政治上的實質影響力量，並且他們的智能障礙狀況是不可能改變的。根據上述理由，第 5 巡迴上訴法院判定這樣法律規定在表面上無效，也因欠缺實質重要的政府目的，適用上亦無效。

（三）聯邦最高法院—（會咬人）合理審查標準

本案上訴至聯邦最高法院，由 White 大法官主筆多數意見，其認為不同於種族於性別，以身心障礙作為分類通常不會出現偏見和厭惡，嫌疑分類或準嫌疑分類最大的差別在於，嫌疑分類（如種族）通常都與他們表現能力和對社會的貢獻無關，因此嫌疑分類需要較嚴格的審查標準。

而第 5 巡迴上訴法院將智能障礙視為準嫌疑分類，而適用較嚴格的審查標準是錯誤的，最高法院認為有幾個理由審查標準不應該提高：

1. 因為智能障礙的不可回復性和多樣性，立法者對智能障礙的特殊對待明顯地是一個合法的政府利益。而又因為要照料如此龐大且多樣的一個族群，這樣的法律通常同時具備困難性與技術性，制定這樣的法律是一群專家

所指導的立法而非司法者，若提高審查標準，司法將不可避免地對立法決定加以實質審判，然而這樣的司法決定是令人懷疑的。

2.特殊的立法不僅僅是回應智能障礙者所面臨的困境，而也顯示出隱藏在立法和司法者對於智能障礙者持續歧視和偏見的態度。因此聯邦政府除了明文禁止就業歧視智能障礙者外，也更賦予智能障礙者接受合理治療、服務和復健的權利。這樣的特殊立法是必要的，此反應智能障礙者與一般人間真實且無可否認的差異，而提高審查標準將對一些有利於智能障礙者之立法造成阻礙，政府需要司法給予其更多的彈性和自由。

3.智能障礙者非政治上弱勢，蓋許多支持智能障礙者之立法若欠缺社會大眾之支持，該立法是不可能通過的，故此證明了其並非無法吸引立法者之注意。任何弱勢團體均可以說是欠缺對於立法的掌控，但如果因為這樣原因就必須要提高審查標準，那許多經濟性和社會性的立法將都會被當成是嫌疑分類。

4.若根據第 5 巡迴上訴法院所提出的原因，計將智能障礙這個龐大且無組織性的類型認定為準嫌疑分類，則難以找到一個原則性的方法去區別其他類似的團體。

然法院認為即便不將身心障礙者當作是嫌疑分類，但也不是將他們就置之不理，因為任何基於武斷及不合理的分類均非憲法所允許的，故合理審查標準即足以保障智能障礙者免於受到不公平的對待。最後，本案在適用合理審查標準下，該特許申請之規定仍被認為對智能障礙者存在不合理的偏見而為無效。

(四) 主張應為(準)嫌疑分類者理由

1.Marshall 大法官一部不同意見書

然而 Marshall 大法官在其一部不同意見書中則認為多數意見認定該規定無效，是在合理審查外表下，實質上默默地採用了較為嚴格的審查標準。因為多數意見在本案使用合理審查標準時與以前案件的適用上有所不同，且在合理審查標準下改革應該是採用一次一步的方式，該法案涉及社會經濟事項，如果採用合理審查標準應為合憲。也因 Marshall 大法官認為基於對智能

障礙者長久以來的歧視以及繼續持續下去的可能性，即便這樣的規定係屬於社會經濟立法之領域，司法仍應明確的採取較為嚴格的審查標準。其並以種族為例，認為不會因為有比較多的立法與公共支持就使得以種族為標準之分類變得非嫌疑化。最後，對智能障礙者而言在社區中建立自己家園是重要基本權利，該等權利很可能被不理性的恐懼與公然的敵視所否認，較嚴格的審查標準是必須的。此見解受到 Brennan、Blackmun 大法官的支持。

2. 學者－「會咬人的合理審查標準」

也因為本案多數意見採合理審查標準，惟在結果上卻判決該規定無效，故即有學者認為，聯邦最高法院是採取了所謂「會咬人的合理審查標準」（rational basis with bite），而實質上會咬人的合理審查標準也只是中度審查標準的別名罷了。

另學者 Laurence H. Tribe 認為對身心障礙者之歧視應被視為準嫌疑分類，蓋儘管來自身心障礙者之壓力，已經讓州或聯邦政府進行一些移除關於其工作或享受居住權利障礙之行為，但仍存在已經發生或可能持續發生的歧視而未被辨識出來。其認為對身心障礙者之偏見之所以難以辨識，係因其通常隱藏在一些表面中立的法律中。直到最近，立法者與法院才開始瞭解身心障礙者是被有系統地排除，並被否認其有接近使用那些看似公平的政府福利的資格。不可否認地，有些歧視是不經意地發生，是立法者盲目的結果而非事前的偏見，但從另外一方面來說，表面中立的法律仍可能因為令人不快的歧視態度而出現對身心障礙者的歧視效果，這樣的歧視態度就像對少數族群的歧視一樣。身體或心理上的損傷是持續性社會烙印與孤立的基礎，甚至在不遠的過去，這些連他門家人都不願意瞭解與接受的身心障礙者毫無限制地隔離著。就算在身體上沒有被社會孤立，但身心障礙者在文化上仍然經歷了痛苦的放逐，這種過度重視外表或表現的規範，並不是每個人都可以達成的。無論歧視的來源是來自有意的歧視或刻板印象；亦或是漠不關心地在法律上排除身心障礙者，將身障者視為準嫌疑分類的理由可被接受的。因此，不論是歷史上身心障礙者被持續且普遍地剝奪權利與排除，或是立法對身心障礙

者的盲目與偏見，都能作為採用較嚴格審查標準之正當化原因。¹⁰⁹

（五）小結

觀察 City of Cleburne v. Cleburne Living Center 一案，美國聯邦法院在多數意見書中，雖然拒絕承認智能障礙者為準嫌疑分類而適用合理審查標準，但實際上有論者認為多數意見實已採取較嚴格之審查標準（heightened-scrutiny equal protection test），或可稱其為「會咬人的合理審查標準」（rational basis with bite），若對照三重審查標準之內容，應接近中度審查標準。學者 Tribe 且針對隱藏在表面中立法規下的歧視態度加以批評，認為歷史與社會的角度皆應將身心障礙者認定為準嫌疑分類，使身障者免於受到偏見與歧視之迫害。¹¹⁰

四、美國優惠性差別待遇之審查標準¹¹¹

關於身心障礙者優惠性差別待遇措施之審查標準為何，在美國司法實務上尚未出現此類之案件，聯邦最高法院大法官們也未曾對此表示意見過，因而我們並無從直接得知此類案件之審查標準是否與原本之審查標準有異。¹¹²故我們僅能從優惠性差別待遇措施之緣由來探討該制度之意義，再從聯邦最高法院涉及種族性優惠性差別待遇措施之案例中加以分析後，作為身心障礙者優惠性差別待遇措施審查標準選擇的參考。

（一）優惠性差別待遇制度緣由

優惠性差別待遇（affirmative action） 此一名詞，最初主要是美國在針對嚴重的種族歧視問題所作的矯正補償措施，此後該名詞之概念漸漸擴張，泛

¹⁰⁹ 參俞浩偉，《從憲法平等權探討我國身心障礙者就業保障之問題》，國立台灣大學法律研究所碩士論文，2009年，頁120。

¹¹⁰ 參俞浩偉，《從憲法平等權探討我國身心障礙者就業保障之問題》，國立台灣大學法律研究所碩士論文，2009年，頁120。

¹¹¹ 參俞浩偉，《從憲法平等權探討我國身心障礙者就業保障之問題》，國立台灣大學法律研究所碩士論文，2009年，頁123-129。

¹¹² 參俞浩偉，《從憲法平等權探討我國身心障礙者就業保障之問題》，國立台灣大學法律研究所碩士論文，2009年，頁122-123。

指官方或私人機構為彌補少數族裔（minority）或弱勢族群（disadvantaged groups）或女性長期遭受到歧視和取得資源機會過低的情況下，以提昇被歧視者的地位，而給予該團體成員特殊待遇的措施¹¹³，與傳統課予少數族群或弱勢團體不利益或負擔的惡意歧視或惡意差別待遇不同。也因此優惠性差別待遇是現存之不平等前提下，以補償或矯正過去或現在歧視所發展出來的制度。¹¹⁴

（二）美國相關法令

1.1961 年甘迺迪總統所頒發之第 10925 號行政命令

在長期的種族歧視背景下，優惠性差別待遇最初係出自於 1961 年美國甘迺迪總統（John F. Kennedy）所頒發之第 10925 號行政命令（Executive Order No.10925），該號行政命令不僅規定承包聯邦工程而領取聯邦經費的雇主對於其僱用之員工，不得因種族、信仰、膚色及國籍而有差別待遇，並鼓勵對於少數族群成員的新的僱用採取積極、正面措施，這是 affirmative action 這個名詞第一次出現在有關民權（civil rights）的正式官方文件中¹¹⁵，而這是一種以種族為分類的優惠性差別待遇之措施。

2. 詹森總統第 11246 號行政命令

隨後詹森總統（Lyndon Johnson）又發布第 11246 號行政命令，更積極落實種族優惠措施，強制規定所有政府都必須採取種族的優惠性差別待遇措施。優惠性差別待遇起先係源自於對「種族」歧視的矯正。

3.1967 年詹森總統發布第 11375 號行政命令

¹¹³ 參王玉葉，《美國最高法院處理優惠性差別待遇案件之新趨勢：Adarand Constructors, Inc. v. Peña 案之評析》，焦興鎧主編，《美國最高法院重要判決之研究：1993~1995》，中央研究院歐美研究所，頁 173。

¹¹⁴ 參俞浩偉，《從憲法平等權探討我國身心障礙者就業保障之問題》，國立台灣大學法律研究所碩士論文，2009 年，頁 123。

¹¹⁵ 參王玉葉，《美國最高法院處理優惠性差別待遇案件之新趨勢：Adarand Constructors, Inc. v. Peña 案之評析》焦興鎧主編，《美國最高法院重要判決之研究：1993~1995》，中央研究院歐美研究所，頁 176。

但很快地也擴張到其他領域，1967 年詹森總統發布第 11375 號行政命令，將優惠性差別待遇措施之對象擴及至以性別為標準。

4.1973 年的復健法

而在身心障礙者方面，1973 年的復健法（Rehabilitation Act of 1973），不僅為此類措施提供法律之認可外，也將適用之標準推展至身心障礙者。該法要求聯邦部門、承包商及受領聯邦資金者，在就業上必須採取優惠性差別待遇，僱用符合資格的身心障礙人士。

5.1977 年美國民權委員會

而根據 1977 年美國民權委員會（United States Civil Rights Commission）之宣言，優惠性差別待遇係指：「包括利用各種不同的方式，為了積極矯正過去或現存的歧視，或者是為了避免過去歧視再次死灰復燃所採取的一連串措施，而不僅僅是單純地停止歧視行為。」¹¹⁶也就是國家不能單以消極的禁止歧視來打破過去或現存的歧視，因為過去所受到的歧視之弱勢團體仍舊無法脫離遭受到社會、經濟、政治結構上歧視的窠臼，所以國家應該要被容許或要求以更積極手段來回復平等之地位。

（三）「反向歧視」應否放寬審查標準？

由於這種措施主要以種族、膚色、性別等天生的特徵（immutable characteristic）作為分類的標準，而在此措施下，人民無法藉由自身之努力或成就來取得優惠或去除負擔，對於因此而受不利益者，在某種程度下其係受到歧視而其利益亦遭致犧牲，此時即會造成所謂的反向歧視（reverse discrimination），而這類優惠性差別待遇是否因其目的乃是善意的（benign）即可免於遭受到平等原則之指摘實有探討之必要。¹¹⁷

¹¹⁶ 參廖維達，《美國種族優惠性差別待遇-兼論我國原住民升學優惠制度》，台北大學法律研究所碩士論文，頁 8。

¹¹⁷ 參俞浩偉，《從憲法平等權探討我國身心障礙者就業保障之問題》，國立台灣大學法律研究所碩士論文，2009 年，頁 124。

優惠性差別待遇在司法審查上碰到最大的難題在於，其與傳統的歧視態樣上同樣仍然皆用某種特徵做為分類標準，如種族、性別等，但是在動機和手段就有差異。優惠性差別待遇雖然係政府善意的針對過去少數或弱勢族群所作出的補償或矯正措施，惟對於因優惠性差別待遇而遭受不利益的「無辜」人民而言，該措施實也犧牲了其本來可得之權益，因此優惠性差別待遇仍有違反平等權之可能。然在選擇審查標準時，法院是否要相信特並分類標準（種族）就一定含有惡意的動機或不良效果，從而用最嚴格之審查標準？或者，法院是否會因為政府之目的係出於「善意」而影響審查標準之寬嚴標準，因美國聯邦法院尚未對於身心障礙者之優惠性差別待遇是否會影響審查標準表示意見。本文以下暫以對於種族之優惠性差別待遇措施是否影響審查標準之討論作為參考，最後再對身心障礙者之優惠性差別待遇是否會影響審查標準表示意見。

1.採嚴格審查標準—不放寬

美國聯邦最高法院自 1944 年的 *Korematsu* 一案中建立了第一個以嚴格審查標準來審查種族分類案件之案例，該案 *Black* 法官認為特別限制一種族的基本權利，即屬可疑（*immediately suspect*），法院應予嚴格審查。故如果政府以種族為分類的案件中，因歧視造成不平等的結果，在沒有正當理由的情況下自然無法通過法院審查，然優惠性差別待遇的種族分類是善意的，其賦予少數族群特別利益與機會，以弭補過往所歧視造成的傷害，俾達到種族間真正的平等，實有正當之理由，是否在審查時也必須採取相同的嚴格審查標準即成為美國聯邦法院大法官間爭執的重點。¹¹⁸

第一個對於種族優惠性差別待遇表示意見的案件是 *Regent of the University v. Bakke*，本案並未達到多數決，因此以至於隨後的案件究竟採何種審查標準仍有擺盪的空間，而本案主筆大法官 *Powell* 則認為在面對種族優惠性差別待遇時，應該採取嚴格審查標準，其理由如下：1.要如何清楚地分

¹¹⁸ 參王玉葉，《美國最高法院處理優惠性差別待遇案件之新趨勢：*Adarand Constructors, Inc. v. Peña* 案之評析》焦興鎧主編，《美國最高法院重要判決之研究：1993~1995》，中央研究院歐美研究所，頁 184。

辨「多數」和「少數」的人群？所謂的白人多數事實是由許多少數團體所組成的，因此要依據何種標準分辨哪些人該受到優惠待遇，是難以做到的。2. 如何認定何種措施乃「優惠」、「善意」？所謂的優惠在事實上是否良善的並不是永遠那麼清楚的。況且憲法並不支持個人該承受不應有的負擔，卻只是為了增進種族之社會地位。3. 優惠措施只會加強「某些族群在沒有特殊保護即不可能成功」的刻板印象。4. 這樣的優惠措施會迫使無辜的人承擔不是他們自己所造成的痛苦。¹¹⁹

到了 1980 年 *Fulliove v. Klutznick* 案件中，有 6 位大法官支持本案應該採取比較寬鬆之審查標準，即中度審查標準，多數意見書指出國會基於憲法修正條款第 14 條第 5 項得特別授權，有立法執行平等保護條款之權力，故司法機關應予尊重。

而關鍵之案件為 1989 年的 *City of Richmond v. J.A. Croson Co.* 一案，本案是美國聯邦最高法院第一次以多數意見表示種族差別待遇應該採嚴格審查標準，主筆的大法官 O'Connor 認為該案是地方政府故意種族歧視，所以須嚴格審查，Scalia 大法官雖然未加入多數意見，惟其在協同意見中亦強烈表示嚴格審查標準才是適當的。而在 *Adarand Constructors, Inc. v. Peña* 法院再次明確的確認，嚴格審查標準是唯一適當的審查標準。而主筆的 O'Connor 大法官認為透過 *Croson* 一案已確定的三項前提：1. 懷疑論（skepticism），政府行為以種族分類標準即屬可疑，必須接受最嚴格的審查標準，以檢驗出不合法的種族分類。2. 一致性（consistency），關於平等保護之審查標準應該只有一套，不論是對何種族，是給予負擔或利益（burdened or benefited）都一樣。3. 共同性（congruence），憲法修正條款第 5 條對聯邦政府平等保護所要求的義務應與憲法修正第 14 條對州與地方政府所課的義務相同，從而法院對於所有的種族分類，不論制定者為聯邦、州、或地方政府，都必須採取嚴格審查標準，而這也推翻了 *Fulliove* 一案之判決。¹²⁰

¹¹⁹ 參俞浩偉，《從憲法平等權探討我國身心障礙者就業保障之問題》，國立台灣大學法律研究所碩士論文，2009 年，頁 126。

¹²⁰ 參俞浩偉，《從憲法平等權探討我國身心障礙者就業保障之問題》，國立台灣大學法律研究所碩士論文，2009 年，頁 126-127。

另外對於種族優惠性差別待遇應該採取嚴格審查標準之理由尚有：1.給予某一種族特別之優惠待遇，反而會使受益人有著「烙印」的效應，使之自覺低劣不如人，優惠性差別待遇不但不能扶持少數族群，反而增強印象，對受益人造成心理上的傷害。2.此種優惠性措施必然一方面「包含過廣」(over-inclusive)，另一方面卻又「包含不足」(under-inclusive)。詳言之，此類措施經常授益予一些非真正受害的少數族群，卻又令無辜的人遭受不利益。3.此種措施會有著不良的教育效果，因為係昭告公眾種族性差別待遇是可以容忍的，如此將會加重種族間的衝突與仇恨等。¹²¹

依上所述，美國聯邦最高法院對於種族優惠性差別待遇之措施並未因該措施是出自於善意或意圖弭補過往所歧視造成的傷害即放寬審查標準，因而我們或許可以說即便該措施對於審查標準的選擇有些許的影響，但決定審查標準的關鍵因素仍然在於分類的標準，而非該措施是否係給予負擔或利益。¹²²

2. 審查標準應該放寬之論點

雖然在美國司法實務上官於種族優惠性差別待遇措施的審查標準係採嚴格審查標準，且在 *Adarand Constrictors, Inc. v. Pena* 一案以後似乎已成定論，然而對上述論點反對者亦非少數，反對之學者均認為關於種族優惠性差別待遇措施的審查標準應該放寬，如在 *Regent of the University v. Bakke* 一案中由 Brennan、White、Marshall、Blackmun 所提出的協同意見書中指出，善意的優惠性差別待遇措施案件不必適用嚴格審查標準，只需要參照審查性別歧視的中度審查標準即可，因對白人不利益的種族分類不可與對黑人不利益者相提並論，而這不會造成烙印、種族次等、種族仇視或分離主義的惡果，所以種族的優惠性措施跟本未使用嫌疑分類。此外，在 *Adarand Constrictors, Inc. v. Pena* 一案中，Stevens 大法官就指出多數意見的謬誤，其認為優惠性差別待遇善意的動機、目的足以使審查標準降低，而多數種族壓迫少數種族，以永保其優越控制地位，與多數施惠少數，欲拉平種族間不平等距離是完全不同的兩件

¹²¹ 參廖元豪，《美國「種族優惠性差別待遇」合憲性之研究：兼論平等原則之真義》，東吳大學法律學報，9卷2期，1996年，頁29-30。

¹²² 參俞浩偉，《從憲法平等權探討我國身心障礙者就業保障之問題》，國立台灣大學法律研究所碩士論文，2009年，頁127。

事。多數意見為求一致性，其不分壓迫與幫助在道德上或憲法上是否等同，在理論上是站不住腳的，他們無視事件之差異性，將不同的視為相同，並不符合平等原則。依今日法律，以種族為分類基礎者，適用嚴格審查標準，以性別為分類基礎者，適用中度審查標準，對同樣是優惠性差別待遇，用以矯正種族歧視之優惠性差別待遇措施反而比對性別優惠性差別待遇措施更難通過審查，審查標準依種族歧視或性別歧視寬嚴不一，是否也與一致性不相符合？¹²³

其他認為應該放鬆審查標準的理由尚有：（1）從 Ely 教授的代表性強化論來看，當政治失靈致使其不能反映弱者的聲音時，法院必須給予較充分的保護，換言之，採取嚴格審查標準乃係針對政治上弱者家以特別保護的措施。在依種族為分類之政府行為，如係針對弱勢族群課予負擔時，因該族群缺乏藉由正常之政治管道捍衛自身權利，因此法院就必須嚴格把關。惟優惠性差別待遇是給予利益而非課予負擔，多數之決策者並非為了私利或偏見而為該決策，受不利益者非弱勢之族群，在政治程序並無受到壓迫，因此此時法院應放寬審查標準。¹²⁴（2）會造成烙印的效應並非完全都是優惠性差別待遇的錯，而是將此問題完全歸咎於優惠性差別待遇的錯，而是長久以來的社會偏見。



¹²³ 參俞浩偉，《從憲法平等權探討我國身心障礙者就業保障之問題》，國立台灣大學法律研究所碩士論文，2009年，頁128。

¹²⁴ 參俞浩偉，《從憲法平等權探討我國身心障礙者就業保障之問題》，國立台灣大學法律研究所碩士論文，2009年，頁128。

第四節 比例原則

壹、比例原則概念

國家對人民權利之限制，我國憲法之第 23 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。」換言之，國家為「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」，得在「必要」範圍內，以法律限制人民之基本權利。該條明顯地分別從「目的」與「手段」兩個層面來約束國家限制人民基本權利的行為，換言之，當國家決定限制人民權利時，要求其所追求目的必須符合「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」之要件，所採手段並只能在「必要」限度內，始能為之。有關憲法第 23 條對目的手段之要求，國內已逐漸凝聚出共識，稱之為比例原則。只是共識也似乎僅止於此而已，其具體內容為何，仍是極具爭議的問題。幾乎已成為德國、美國學說理論的競技場，大法官除受這些學說的影響外，似乎也有另闢蹊徑，進行本土化的嘗試¹²⁵。

貳、國內學說

一、德國模型

大陸法系訓練背景的我國學者，如陳新民¹²⁶、李惠宗¹²⁷、許宗力¹²⁸及李建良¹²⁹等，均將「必要」一詞理解為德國法之「比例原則」，並主張細分為適當性、必要性以及狹義比例性三個派生原則。如一般所熟悉，適合原則要求限制人權之手段必須適合於公亦目的之達成；其次，必要原則要求在所有符合原則之限制人權手段中，只能選擇其中對人權限制最小的手段，故又稱為最

¹²⁵ 參許宗力，2007，《法與國家權力（二）》，元照出版，頁 77。

¹²⁶ 參陳新民，2002，《中華民國憲法釋論四版》，三民書局，頁 170 以下。

¹²⁷ 參李惠宗，2009，《憲法要義》，元照出版有限公司，頁 112 以下。

¹²⁸ 參許宗力，2007，《基本權利國庫行為之限制》，法與國家權力（二），元照出版，頁 70 以下。

¹²⁹ 參李建良，2000，《基本權利之構成及思考層次》，憲法之理論與實踐（二），學林書局，頁 93 以下。

小侵害；最後狹義比例原則要求不能用犧牲過大人民私亦之手段，追求一個較小的公益。通俗語來講，指不能用大砲打小鳥¹³⁰。

德國法院在操作比例原則時所搭配發展出來明白性審查、可支持性審查及強烈內容審查等寬嚴不同的審查密度理論。明白性審查標準最寬鬆，只要立法者對事實的判斷或預測，在一般理智、謹慎的市民眼中不認為具有公然、明顯的錯誤，法院即予以肯認，故對立法者最為有利。可支持性審查標準較前者為嚴，其非僅要求立法者判斷不得公然、明顯的錯誤而已，尚且進一步要求其判斷須言之成理，可以以支持，說得過去。最嚴格是強烈內容審查標準，在此審查標準下，法院必須對立法者的判斷作具體而詳盡的深入分析，倘法院無法確信立法者判斷是正確的，舉證的不利就應由立法者負擔。則立法者倘欲免除違憲的指摘，就必須竭其所能說服法院，向法院證明其所為判斷百分之百正確無誤。故此一標準對立法者最為不利。大致上德國聯邦法院在經濟管制領域，倘營業自由基本權只於「外圍」被觸及者，適用明白性審查標準；在經濟基本權領域，倘預測可能性較有把握，適用可支持性審查標準；若涉及生命與人身自由等重大基本權之限制，或其他基本權的重大限制者，採用最嚴的強烈內容審查標準。這些案件類型的累積，讓結果越來越有可預測性。

比例原則下之三個派生原則，其說明如下：

1. 適當性原則

在立法目的確定後，進一步地認定系爭手段是否適合於目的之達成？就消極面而言，若國家行為對目的之達成加深困難或根本毫無效果或甚至有害，則該手段自屬不適合。反之，就積極面而言，若該手段對目的之達成甚有助益或能提升效果，則該手段自屬適合。惟手段與目的間惟究應達到何種適合程度？始得肯認其適當性原則之要求，則不無疑問。對此，即涉及到事實認定與對未來事物之預測決定。¹³¹立法者必須基於其所認定之事實與預測，

¹³⁰ 參許宗力，2007，《比例原則與法規違憲審查》，法與國家權力（二），元照出版，頁78。

¹³¹ 參張志偉，2008，《比例原則與立法形成餘地—由法律原則理論出發》，中正大學法學集刊，第24期，頁9。

對其加以評價後，設定其所欲追求之目的，而採取適當、必要且合比例之手段以達目的。是故，倘若法院無法審查立法者所為事實認定與預測之正確性，就無從判斷系爭法律所採手段是否符合適當性之要求，因此，審查立法者對於過去、當下事實之認定與對未來事實發展之預測是否正確，在適當性原則之審查中扮演著重要的地位。¹³²

依德國聯邦憲法法院之實務見解，衡量手段與目的間之適合程度，即使只有部分助於目的之達成，即不違反適當性原則。¹³³質言之，只要手段不是完全或全然不適合，即不違反適當性原則。而此種寬鬆的審查標準，學理上提出數個理由支持，其一是基於尊重立法者帶有政策意味的手段選擇自由；另一考慮因素則是，要求系爭手段的適合性，其立意原本即在於避免立法者對於基本權之過度侵害，並非在使法院積極地介入立法者的手段形成自由，甚至取代立法者對手段選擇之決定。倘若考量對於公益目的之達成，最有效的手段往往是對基本權侵害最強烈的手段，如改採要求手段必須高度或完全有助於目的之達成，反而會造成要求國家為達目的而採取一個對基本權限制更強烈的手段的效果。

2. 必要性原則

所謂手段必要性之審查，係指要求立法者應在所有同樣適合達成目的之限制基本權的手段中，選擇對私人基本權限制最小者為之。因此，學理上亦稱為「最小限制原則」，德國聯邦憲法法院於此之定義係：「如果別無其他相同有效而且對基本權未予限制或限制較小之手段可供選擇時，則立法者所選擇之手段即屬必要的」，由此定義可知，必要性原則實以「相同有效性」與「最小侵害性」兩者共同構成其內涵。¹³⁴

就「相同有效性」要素在必要性原則的審查上，係指其他手段可以相同

¹³² 參許宗力，2007，《違憲審查程序之事實調查》，《法與國家權力（二）》，元照出版公司，頁 43 以下。

¹³³ 參盛子龍，1989，《比例原則作為規範違憲審查之準則—西德聯邦憲法法院判決及學說之研究》，台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 22。

¹³⁴ 參張志偉，2008，《比例原則與立法形成餘地—由法律原則理論出發》，中正大學法學集刊，第 24 期，頁 15。

的適合性程度來實現目的時，方得以列入比較是否為最小侵害手段。於此，相同有效性實具有合理界分國家機關權限之功能上意義，在具體化憲法規範之前提上，特別是當憲法並未直接規範立法者應如何選擇限制基本權的手段時，立法者基於其事實認定與對未來事物之預測決定之評價與判斷，法院不應直接取代立法者所為之手段選擇。因此倘若抽離「相同有效性」作為最小侵害要求之前置條件，則必要性原則將成為單純的最小侵害之要求。從而，一個具有高度有效性之立法手段，也會因為一個無法充分達成目的(尚非完全無效)的較溫和手段之存在，而成為一個不必要的手段。倘此，將使得國家積極追求公益實現的功能無法達成，同時也可能使得國家無法採取充分有效的手段去實踐其維持公益及私益免受危害的消極任務。¹³⁵

就上述手段之相同有效性之審查上，由於法規違憲審查事涉公益，並非一般涉及私益而適用當事人進行主義之民事訴訟可得比擬，是以釋憲機關應調查是否有哪些其他相同有效的可能手段存在，而無待聲請人的主張。惟由於法院能力有其先天上之侷限性，同時也為避免過度侵犯立法者的手段形成自由，德國聯邦憲法法院所比較的對象，因此多僅以當事人所主張、專業領域，或在公共討論中曾被建議的可能替代手段為限。¹³⁶就此亦涉及到事實之確定與預測，同樣亦有「明顯性審查」、「可支持性審查」與「強烈內容審查」等3種寬嚴有別之審查密度的選擇問題。

就「最小侵害性」要素之審查，系爭手段與其他具相同有效之可能的替代手段而論，何者對人民之基本權限制較少。此一要求基本上可分別從「所涉及之基本權相關狀態」、「手段對基本權侵犯的強度」及「受侵犯之相對人數量」等因素綜合觀察，以求得最小侵害之手段。依學者許宗力分析，就所涉及的基本權之相關狀態而論，首先係判斷系爭手段所觸及的是基本權保護領域的「核心」或「外圍」。基本上，限制手段所觸及的倘越接近基本權保護領域之核心，表示限制越大、越多或越強；反之倘越趨外圍，即意謂限

¹³⁵ 參許宗力，2007，〈違憲審查程序之事實調查〉，《法與國家權力（二）》，元照出版公司，頁43以下。

¹³⁶ 參許宗力，2007，〈違憲審查程序之事實調查〉，《法與國家權力（二）》，元照出版公司，頁43以下。

制越小、越少或越弱。

在德國聯邦憲法法院與學界業已逐步發展出具有說服力的基本權保護領域的階層理論，大抵降低適用上的困難。例如在職業自由，憲法法院在前述之藥房案中，即發展出單純執業規定、主觀許可條件以及客觀許可條件等 3 個階層¹³⁷，只有當前一階層手段有高度可能性證實不能有效地防止立法者所擔憂之危險時，立法者才可以採取下一階層的措施。倘系爭手段乃主觀至客觀許可條件階層，而具相同有效性的其他手段卻屬單純執業規定階層，系爭手段即屬違反了必要原則。

3. 狹義比例性原則

倘系爭手段已通過適當性及必要性原則之審查後，最後尚須審查是否合於狹義比例原則之要求，於此，必須審查「手段是否與所追求之目的不成比例」。換言之，在此須審查限制基本權的手段所追求或增進之公益是否大於對私人所造成之損害或不利益。

在必要性原則中最小侵害的審查，固然可以相當程度上阻絕了過度侵犯基本權之手段，但仍有遺漏可能，此時狹義比例原則就扮演著最後把關的角色。蓋必要性原則之審查一方面要求最小侵害，但仍需符合達成目的之相同有效的手段，因此，通常對基本權侵害愈嚴重，對目的之達成愈有效，以致於我們確實難以找到一個對基本權限制較輕微，但對目的之達成卻仍同樣「特別有效」的可能比較手段。此時，狹義比例性使用來要求排除對基本權嚴重侵犯的手段。¹³⁸在此階段，法院仍須對具體個案中所涉及的對立性法益間的相互關係進行的衡量的工作。

然法院應依據何種標準來進行各式各樣的法益、價值間的衡量？是故，

¹³⁷ 在單純執業規定階層，立法者只是就職業活動的種類、方式、內容與範圍等作規定(例如限制廣告等)，只觸及職業自由的外圍，未及核心，限制因而最弱；在主觀許可限制階層，立法者進一步要求必須具備某些與人相關的特質、能力、技能有關的條件，才能從事某種職業(如要求擔任律師等)，則較趨職業自由的核心，限制已較前者為強。再者為，在客觀許可限制階層中立法者對進入某一職業設定非個人能力所能影響或努力所能達到的條件(如因國家採限額措施等)，則碰及職業自由的最核心，屬最強的限制。

¹³⁸ 參蘇彥圖，1998，〈立法者的形成餘地與違憲審查－審查密度理論的解析與檢討〉，台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 134。

此一階段的重點既在於衡量達成目的所獲致利益(公益)有無大於對私人基本權造成的危害，則事理上即應分別確定系爭手段對基本權的侵犯強度，以及所獲致的利益大小與份量。前者在於必要性審查階段時，即透過所涉及基本權之狀態、所採侵犯手段本身的特性等加以判斷，已如上述。至於所獲致的利益的大小、份量，德國聯邦憲法法院則認為公益的「重要性」與「迫切性」兩者因素會影響到對所獲致公益的大小與份量的判斷。就公益之「重要性」而論，德國憲法法院在藥房案中同樣在公益面向的討論上，發展出類似前述基本權保護領域的階層理論，俾使其搭配操作，例如在職業自由中發展出「一般公益」、「重要公益」以及「極端重要公益」；另就公益「迫切性」而論，係指倘立法者不進行干預，採取防護措施，公益可能面臨的危險程度。而決定危險程度大小的因素有二，即「危險的嚴重程度」及「危險發生的可能性大小」。然而危險究竟有多嚴重，危險發生的可能性究有多大，同樣只能斟酌具體個案的相關事實、情況與認知加以判斷，必須扣緊個案，而不可抽象論斷。¹³⁹而在個案中判斷危險是否存在或其可能性，尚必須根據一定之基礎事實始得進行，因此當法院於審查立法者所認定之事實與所作之預測時，同樣也會面臨到寬嚴不同的審查密度的選擇，以及危險預測基準點的問題。

在分別確定系爭手段對基本權的侵犯強度，以及所獲致利益的大小及份量後，在衡量的步驟上即必須去確定該公益目的是否足以正當化基本權侵害的不利益，亦即必須要求侵害人民基本權越嚴重，則立法目的所欲追求之利益便必須更迫切重要，如是方符合衡量之合比例性。

二、美國模式

學美學者對憲法第 23 條比例原則的「日爾曼化」提出強烈質疑，認為這只是德系學者的一廂情願，其認為基本權類型多元，相關個案事實也多歧異，如何能一體適用一個審查標準？何況必要是相當嚴格的審查基準，倘在美國，只有適用最嚴格審查基準時，才會適用到類似必要原則的概念，且適用

¹³⁹ 參蘇彥圖，1998，〈立法者的形成餘地與違憲審查－審查密度理論的解析與檢討〉，台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 135。

到必要原則的審查結果，系爭法律通常都得到違憲的後果。美國模型，公利益衡量標準有三種基準，分別為：合理審查基準、中度審查基準及嚴格審查基準¹⁴⁰，其審查基準之分類詳前平等權部分。

三、小結

如果採德國模式，則任何涉及基本權之法律的合憲性審查，都一律要經過適合性、必要性與比例性等三個涉及公利益衡量之審查基準之檢驗，且在每一不同審查基準的操作上，對立法事實的認定部分都可能分別適用寬嚴不同的認定標準。至若對美國模型，則似乎只強調涉及公利益衡量之審查基準，只有在最嚴格審查時才適用必要原則的審查基準¹⁴¹。

參、平等權有無比例原則之適用

一、憲法解釋爭議

(一) 憲法解釋爭議

以「恣意之禁止」、「合理的差別待遇」等，不足以作為平等案件的審查標準，那我國釋憲實務和憲法學說上常見的比例原則是否可以用來審查平等案件？

憲法第 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。」制憲者將平等列為憲法第二章「人民之權利義務」的第一條規定，除了顯示制憲者對於平等的重視外，平等之具有憲法權利的規範性質，應無可疑。又憲法第 23 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。」

近年來，我國大法官已逐漸將比例原則解釋為憲法第 23 條所內含的審查標準，並用以審查系爭法規之內容（目的、手段）是否合憲。由於憲法第 23

¹⁴⁰ 參許宗力，2007，《比例原則與法規違憲審查》，法與國家權力（二），元照出版，頁 80-81。

¹⁴¹ 參許宗力，2007，《比例原則與法規違憲審查》，法與國家權力（二），元照出版，頁 82。

條規定係以憲法第二章「以上各條所列舉之自由權利」為適用對象，文義上顯然涵蓋憲法第 7 條至 22 條權利部分（不包括 19 條納稅與第 20 條服兵役義務），就形式上推論而言，憲法第 7 條的平等權應有憲法第 23 條之適用。

但在釋憲實務上，大法官對於平等權案件是否有憲法第 23 條之適用？是否也應適用比例原則予以審查？始終有所爭議。

學者黃昭元認為：這個爭議其實是因為大法官解釋先將憲法第 23 條的「必要」解釋成比例原則，因此就發生第 7 條平等權是否也應（或如何）適用（或借用、或轉換、或怎麼用）比例原則的問題。如果對於憲法第 23 條所內涵的審查標準自始就跳脫比例原則的框框，而認有多元審查標準的可能，應該就不至於發生這個適用與否的形式爭議。¹⁴²

（二）大法官內部不同意見

大法官在平等權之案件中，通常不會直接適用比例原則。如在釋字第 649 號解釋中，大法官對於系爭規定之侵害工作權（職業自由），明確適用比例原則審查其手段；但對於侵害平等權部分，則完全未提比例原則，也是一例。

¹⁴³

但大法官釋字第 571 號解釋（九二一震災之緊急慰助金只補助房屋全倒或半倒，不補助房屋毀壞）則明顯在平等權案件適用比例原則。大法官釋字第 571 號解釋楊仁壽前大法官於不同意見書主張：憲法第 7 條應有第 23 條之適用。但林子儀大法官之協同意見書則主張：平等權之限制或侵害雖於憲法第 23 條也有適用。但他對於憲法第 23 條的審查標準採類型化操作，並不認為只有比例原則的單一審查標準。「……惟真正之難題實為如何審查、判定個案系爭之法律所為之差別待遇係屬合理，因而為憲法所容許之差別待

¹⁴² 這個爭議其實也是解釋上作繭自縛的結果：因為大法官解釋先將憲法第 23 條的「必要」解釋成比例原則，因此就發生第 7 條平等權是否也應（或如何）適用（或借用、或轉換、或怎麼用）比例原則的問題。如果對於憲法第 23 條所內涵的審查標準自始就跳脫比例原則的框框，而認有多元審查標準的可能，應該就不至於發生這個適用與否的形式爭議。參黃昭元，2008，《平等審查標準原則的選擇問題：兼論比例原則在平等權審查上的適用可能》，台大法學論叢，第 37 卷第 4 期，頁 262，註 24。

¹⁴³ 參黃昭元，2008，《平等權審查標準的選擇問題：兼論比例原則在平等權審查上的適用可能問題》，台大法學論叢，37 卷 4 期，頁 263。

遇。該問題即涉及系爭立法所採取之差別待遇是否符合憲法第 23 條之規定；亦即該系爭立法之目的是否合憲，以及以差別待遇作為手段與目的之達成是否具備一定程度之關連性.....由於平等權並非絕對，政府措施所為之差別待遇是否合理，仍為憲法所容許。而如何判斷系爭之差別待遇是否為合理之差別待遇，即要視該差別待遇是否符合憲法第 23 條規定而定.....以憲法第 23 條審查系爭之差別待遇是否合憲，首先必須決定應採取何種審查標準以決定審查的密度。」應係細美國法系見解，嚴格審查基準時，才有利益衡量見解之適用；對於救災應給政府比較寬的政策決定空間。可見大法官內部的不同意見。

二、留德學者近年主張

在近年學說方面，許宗力教授曾認為大法官解釋已曾適用比例原則來審查平等權案件（如釋字第 485 號解釋），但他認為比例原則需要轉化，才能適用於（部分類型）平等權案件之審查。¹⁴⁴

吳庚大法官有如下之主張：比例原則與平等、正義本質是相通的，認定有無重要的實質原因（得以正當化差別待遇），不外三項標準：（一）是否在於追求正當目的，（二）是否為達成此一目的所必要，（三）與目的之價值成適當比例，以上標準正是比例原則的內涵¹⁴⁵。

學者許宗力主張：以「規範目的」來決定平等案件的審查模型。他主張：如果系爭規定是在追求「等者等之、不等者不等之」的實質平等之目的，則應採取「合目的性」之審查模型；如果系爭規定之目的涉及與實質平等無關之政策目的，則應採取「比例原則」之審查模型但在實際操作這兩個審查模型時，又應參酌各種參數（例如：差別待遇之區分項目是否為憲法明白禁止差別待遇所涉及基本權的種類等因素），才能決定究竟是否從寬或從嚴審查。

¹⁴⁴ 參許宗力，2000，《從大法官解釋看平等原則與違憲審查》，收於：李建良、簡資修編，憲法解釋之理論與實務，第二輯，中央研究院中山人文社會科學研究所；後另收於許宗力，2007，《法與國家權力（二）》，元照出版，頁 169-170。在大法官釋字第 596 號解釋中，許宗力與許玉秀兩位大法官共同發表不同意見書則主張以「體系正義」來審查系爭差別待遇是否違反平等，並有「從嚴」或「從寬」兩種審查標準。與上引述文章論述接近。

¹⁴⁵ 參吳庚，2003，《憲法的解釋與適用》，頁 189。

又學者陳愛娥¹⁴⁷、林佳和¹⁴⁸、李建良¹⁴⁹等則引介德國聯邦憲法法院有關平等案件審查的兩種審查標準：寬鬆的傳統公式（恣意禁止）與較為嚴格的新公式（比例原則），主張應以差別待遇的「區分標準」（「與人」或「與事實」相關的區分）和「區分的影響範圍」這兩項因素，來決定究竟應適用上述新或舊公式。¹⁵⁰依此主張，比例原則或轉化後的比例原則仍有適用於平等權案件的可能，只是適用的範圍縮小。¹⁵¹上述留德學者，另引進或借用比例原則，而與原有的「恣意禁止」組成新舊公式而分別適用於不同情形。

三、留美學者主張

林子儀大法官於釋字第 571 號解釋協同意見書中指出，司法審查標準寬嚴之決定，係司法釋憲者基於權力分立之制衡理論及實際上需求、民主制度之反省、自身專業能力與特定議題之社會共識等考量，而在審查不同類型案件時，對於政治部門決定要介入多少程度之判斷。¹⁵²

學者黃昭元認為，大法官應揚棄或修正單一標準、個案衡量的比例原則模式，而改採類型化的方法，針對各種憲法權利的內涵，去發展具有實質價值的多元審查標準。或是以德國模式的審查密度理論為基礎，接軌到美國模

¹⁴⁶ 參許宗力，2000，《從大法官解釋看平等原則與違憲審查》，收於：李建良、簡資修編，憲法解釋之理論與實務，第二輯，中央研究院中山人文社會科學研究所；後另收於許宗力，2007，《法與國家權力（二）》，元照出版，頁 184-192。以「合目的性」和「比例原則」為兩個審查模型。

¹⁴⁷ 參陳愛娥，2006，《平等原則作為立法型塑社會給付體系的界限：兼評司法院大法官相關解釋》，收於：《司法院大法官 95 年度學術研討會：憲法解釋與平等權之發展（上）》，司法院主辦，頁 8-17。

¹⁴⁸ 參林佳和，2006，《公務員、勞工與平等原則：從釋字第 596 號解釋談起》，收於：《司法院大法官 95 年度學術研討會：憲法解釋與平等權之發展（上）》，司法院主辦，頁 32-39。

¹⁴⁹ 參李建良，2006，《經濟管制的平等思維：從平等權觀點檢視大法官有關職業暨營業自由之解釋》，收於：《司法院大法官 95 年度學術研討會：憲法解釋與平等權之發展（上）》，司法院主辦，頁 107-110。

¹⁵⁰ 李建良則主張即使在新公式下，也只是「借用」比例原則，而不是直接適用。參李建良，2006，《經濟管制的平等思維：從平等權觀點檢視大法官有關職業暨營業自由之解釋》，收於：《司法院大法官 95 年度學術研討會：憲法解釋與平等權之發展（上）》，司法院主辦，頁 110。但應如何借用，似未清楚說明。

¹⁵¹ 參黃昭元，2008，《平等審查標準原則的選擇問題：兼論比例原則在平等權審查上的適用可能》，台大法學論叢，第 37 卷第 4 期，頁 266。

¹⁵² 參釋字第 571 號解釋林子儀大法官協同意見書。

式的類型化多元標準，如此才能深化並活化原本抽象、空洞的比例原則。¹⁵³

肆、我國本土經驗

一、大法官相關解釋

(一) 三個派生原則之孤立、分散的適用

在我國大法官會議早期之解釋通常也以「必要」作為違憲審查判準，但並不稱其為「比例原則」¹⁵⁴，亦未明白承認「適當性」、「必要性」以及「狹義比例性」三個派生原則。¹⁵⁵大法官雖從釋字第 436 號解釋起，就已正式使用比例原則這個用語。¹⁵⁶

(二) 有意與德國模型保持距離

比較近似德國模型之比例原則，首見於釋字第 471 號解釋，大法官才首次在解釋理由書以「最小侵害手段」，以及目的、手段間應具「合理適當之關係」概念，來說明比例原則內涵。

稍後釋字第 476 號解釋是大法官首次完整描繪出比例原則圖像，認為「目的正當性」、「手段必要性」與「限制妥當性」三個概念為比例原則之內容。¹⁵⁷迄至釋字第 476 號解釋對「比例原則」的詮釋始明白提到「目的正當性」、「手段必要性」與「限制妥當性」三個概念，大法官解釋對「必要」一詞之內涵已趨近於德國法之「比例原則」。¹⁵⁸但大法官仍未完全清楚的適用德國法的比例原則。是否有意建立起具有台灣本土特色比例原則的概念。

¹⁵³ 參黃昭元，2004，《憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析》，台大法學論叢，33 卷 3 期，頁 91。

¹⁵⁴ 歷來大法官在平等的相關解釋，可以發現大法官似乎不曾直接使用過比例原則來審查平等權案件，反而經常使用：「恣意之禁止」（如 593 號解釋）、「合理」（如 618 號解釋）、「必要」（如 560 號解釋）或並用「合理」與「必要」兩者（如 571 號解釋）等審查標準來審查系爭差別待遇之目的與手段是否違反平等權。整體而言，歷年大法官在審理有關平等權案件時，基本上是以差別待遇是否「合理」，作為平等權的審查標準。參黃昭元，2008，《平等審查標準原則的選擇問題：兼論比例原則在平等權審查上的適用可能》，台大法學論叢，第 37 卷第 4 期，頁 256-257。

¹⁵⁵ 參許宗力，2001，《從大法官解釋論比例原則與違憲審查》，國科會補助研究計畫，頁 2。

¹⁵⁶ 參許宗力，2007，《比例原則與法規違憲審查》，法與國家權力（二），元照出版，頁 84。

¹⁵⁷ 參許宗力，2007，《法與國家權力（二）》，元照出版，頁 84、121-122。

¹⁵⁸ 參許宗力，2001，《從大法官解釋論比例原則與違憲審查》，國科會補助研究計畫，頁 3。

(三) 向美國法靠攏？

如果大法官確實有與德國法保持距離的意圖，是否也可據此推論大法官有意向美國法靠攏？釋字第 445 號解釋，對集會遊行之意見，便有濃厚的美國雙軌理論的痕跡。且立刻危險原則，也是不折不扣美國法「明白而立刻危險原則」影響下的產物¹⁵⁹。

美國法的目的審查較為發達，採嚴格審查基準時，要求法律所追求目的必須是「急迫且非常重要之政府利益」，採中度審查基準時，則要求所追求目的是「實質或重要政府利益」，值得借鏡。所以，學者主張應在傳統的三個次原則之上，再增加對目的之審查共包括 4 個次原則。¹⁶⁰即「比例原則」之審查要求 2 階段的審查，第 1 階段是審查系爭手段所欲追求目的之合憲性，亦即首要之務在於確立該立法目的何在，其後才能進行比例原則之審查；而第 2 階段則係由比例原則下之 3 個派生原則予以檢視其手段與目的之合比例關係。¹⁶¹

從德國憲法法院在藥房判決中所發展出所謂「三階理論」，該判決將國家限制職業自由所追求之公益目的，區分為「一般公益」、「重要公益」、與「極端重要公益」，並要求立法者對職業自由設定主觀許可要件之限制時，須追求「重要公益」始得為之，設定客觀許可要件之限制，則須追求「極端重要公益」，至於一般職業執行行為之規制，則係為一般公益即可。¹⁶²另國內留美學者也參酌美國法上之三重審查基準，對於目的審查上區分為「重大迫切利益」、「重要利益」或「正當利益」等 3 種層次之目的要求，認為對於立法目的之審查應該要求一種「成比例地衡量」¹⁶³。

¹⁵⁹ 參許宗力，2007，《法與國家權力（二）》，元照出版，頁 86-87。

¹⁶⁰ 參李建良，1999，《基本權利體系之構成及其思考層次》，憲法理論與實踐（一），學林出版社。

¹⁶¹ 參李惠宗，2003，《憲法工作權保障系譜之再探一以司法院大法官解釋為中心》，憲政時代，第 29 卷第 1 期，頁 137；許宗力，2007，《權力分立與機關忠誠—以德國聯邦憲法法院裁判為中心》，法與國家權力（二）；黃昭元，2004，《憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析》，台大法學論叢，第 33 卷第 3 期，頁 90 以下。

¹⁶² 參蕭文生譯，1991，《關於「職業自由(工作權)」之判決》，西德聯邦憲法法院裁判選輯(一)，司法院編印，頁 151 以下，對於三階理論之闡述。

¹⁶³

憲法之立法目的審查，由於憲法之框架與開放性，以及立法者本身之直接民主正當性（國會的組成具直接與多元的民主正當性基礎，議事程序又保有直接、透明、繁瑣、言辭辯論與多數決的特性，是由其擔當國家重要事項，包括嚴重影響基本權之保障的干預決定的做成，最符合國家機關最適切配置原則¹⁶⁴。），立法者在面臨複雜社會問題時，往往有多種不同之解決可能性，立法權的行使，並非只是單純將憲法規定予以具體化，其毋寧帶有自主形成的色彩，因此，立法者就立法目的、手段之選擇上，自應享有一定程序之立法形成自由，亦即立法者得優先自主擇定根據何種理由來限制基本權，或以限制基本權為代價來實現其所欲達到之目的，及要以何種程度來實現其所欲達成之目的。¹⁶⁵惟肯認立法者就立法目的享有一定程度之形成自由，並不代表釋憲機關在此放棄審查，毋寧說係採取寬鬆之審查態度，此在我國與德國之釋憲實務中皆係如此。¹⁶⁶

是以，立法目的審查並非完全失其意義，在憲法第 23 條之限制下，倘立法者明白引用非屬憲法第 23 條之公益目的作為限制基本權之目的，或立法者完全未指出其係基於何種理由來限制基本權的情形下，立法者之目的設定仍會被認為逾越界限。典型的例子即為釋字第 603 號解釋中，大法官指出國家蒐集錄存人民指紋，應以法律明定其蒐集之目的，以戶籍法未明文規定按捺及錄存指紋之目的，且防範犯罪亦明顯不在戶籍法立法目的之涵蓋範圍內，認定戶籍法第 8 條第 2 項及第 3 項違憲理由之一。

二、類型化標準

學者黃昭元認為：發展類型化標準的好處之一是：法院比較可以從機關功能的角度的角度，斟酌權利與案件類型之差異，仔細拿捏法院與政治部門間憲法責任之分擔。從寬審查並非意味不受憲法保障，只是主要戰場可能在政治部

¹⁶⁴ 參許宗力，2003，《基本權利的保障與限制（上）》，月旦法學教室，11 期，頁 72。

¹⁶⁵ 參李建良，2000，《論立法裁量之憲法基礎理論》，憲政時代，第 26 卷第 2 期，頁 76 以下。

¹⁶⁶ 參許宗力，2007，《比例原則之操作試論》，《法與國家權力（二）》，元照出版公司，頁 123。張志偉，2008，《比例原則與立法形成餘地—由法律原則理論出發》，中正大學法學集刊，第 24 期，頁 12。

門，而非法院。此外，類型化操作也比較能誘導法院自抽象的概念階梯下降，從審查對象的案件特徵出發，經由歸納與比較而找出規範（憲法權利）與案件（審查對象）間的連結樞紐，並且作為法官價值論證的焦點所在，從而提高法院裁判或大法官解釋的可預測性與可檢驗度。抽象的原則常常無法解決個案爭議，審查標準也應該要盡可能具體，才有應用價值。比例原則之所以有三或四個次原則，或是需要配合不同的審查密度才能實際操作，也是在往具體化、類型化的方向發展，蓋如此才有操作的可能。¹⁶⁷大法官應揚棄或修正單一標準、個案衡量的比例原則模式，改採類型化的方法，能本於我國歷史與社會經驗，再考量「憲法之價值體系」¹⁶⁸，針對針對各種憲法權利的內涵，去發展具有實質價值的多元審查標準。或是以德國模式的審查密度理論為基礎，接軌到美國模式的類型化多元標準，如此才能深化並活化原本抽象、空洞的比例原則。¹⁶⁹

三、我國違憲審查本土實踐

大法官雖未發展出細緻而可預測的審查標準，但近來部分解釋，大法官確已開始說明其決定審查標準時所考量的因素，主要就是「分類標準」及系爭差別待遇所涉及的「事務領域」或「權利類型」。如大法官在釋字第 618 號解釋中，即以系爭規定涉及兩案關係與憲法增修條文第 11 條之特別授權為由，因而從寬審查¹⁷⁰，似乎有以事務領域作為選擇寬鬆之合理審查標準的理由。又如釋字第 647 及 648 兩號解釋，大法官更明白以系爭差別待遇涉及「國

¹⁶⁷ 參黃昭元，2008，《平等審查標準原則的選擇問題：兼論比例原則在平等權審查上的適用可能》，台大法學論叢，第 37 卷第 4 期，頁 271。

¹⁶⁸ 如釋字第 649 號解釋中，以憲法第 155 條及增修條文第 10 條第 7 項為依據，認為身心障礙者保護法有關保障視障者之優惠性差別待遇「確實具有重要公共利益」，就是在適用審查標準時，訴諸憲法具體規範及其價值體系而肯定系爭規定目的之合憲性。參黃昭元，2008，《平等審查標準原則的選擇問題：兼論比例原則在平等權審查上的適用可能》，台大法學論叢，第 37 卷第 4 期，頁 274。

¹⁶⁹ 參黃昭元，2004，《憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析》，台大法學論叢，33 卷 3 期，頁 91。參黃昭元，2008，《平等審查標準原則的選擇問題：兼論比例原則在平等權審查上的適用可能》，台大法學論叢，第 37 卷第 4 期，頁 274。

¹⁷⁰ 參黃昭元，2007，《從釋字第 618 號解釋探討原國籍分類的司法審查標準》，許志雄、蔡茂寅、周志宏編，《現代憲法的理論與現實：李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集》，元照出版，頁 474-498 以下。

家財政資源之分配」、「財稅經濟領域」為由，而採取「正當目的、合理關聯手段」之寬鬆審查標準，至少可以預見其在「財政事務」（經濟事務）與「兩岸關係」，會採取寬鬆之審查標準。這也是以「事務領域」或「權利類型」為考量因素，而決定平等權審查標準的解釋。¹⁷¹

此外，大法官在釋字第 365、666 號解釋之後，針對性別分類，至少在表面上大都採取從嚴審查（最嚴格？）標準。而釋字第 626、649 號解釋也同時考量系爭規定的分類標準（色盲、視障）與差別待遇所涉及權利類型（受大學教育權、工作權），而選擇「較嚴」審查標準，顯然大法官已經開始採用「實體權利」這個途徑（類似美國的「基礎權利」論）。我國在參政權部分，尚未從嚴解釋。上述解釋似乎顯示大法官有在「合理差別待遇」或「必要的差別待遇」之抽象概念下，進一步發展類型化審查標準的趨勢。¹⁷²

學者陳怡如認為，如以德系與美系之違憲審查基準結合觀察，除了人性尊嚴、人身自由與生命權乃行使憲法上所保障其他自由權利之前提，故逕依違憲審查標準採嚴審查標準外，其他基本權領域基於滑動尺度理論之考量，針對不同之限制程度而有從寬審查及從嚴審查之不同密度，例如在集會自由方面，倘若涉及集會、遊行之目的或內容等實質訴求，即有從嚴審查之必要性；在工作權方面，倘涉及職業選擇自由之限制，即有從嚴審查之必要性。倘若涉及基本權核心領域或涉及人身自由，乃至生命剝奪，則可採行德系之強烈內容審查標準或美系之嚴格審查標準，違憲推定原則在此有很大的適用。在從寬審查領域，舉凡涉及專業導向的政策決定、經濟與社會政策立法、緊急命令及非涉及基本權核心領域者，均可採行德系之可支持性審查或美系之合理審查標準，合憲推定原則在此有很大的適用。¹⁷³

美國很多憲法學者，都逐漸主張「司法違憲審查」應該擔任一個「催化劑」的功能：挑出最離譜、最惡質、最侵害弱勢，且顯然不合憲法基本精神

¹⁷¹ 參黃昭元，2008，《平等審查標準原則的選擇問題：兼論比例原則在平等權審查上的適用可能》，台大法學論叢，第 37 卷第 4 期，頁 259。

¹⁷² 參黃昭元，2008，《平等審查標準原則的選擇問題：兼論比例原則在平等權審查上的適用可能》，台大法學論叢，第 37 卷第 4 期，頁 259-260。

¹⁷³ 參陳怡如，2005，《析論比例原則違憲審查標準之本土化》，白沙人文社會學報，第 4 期，頁 71。

的國家行為加以譴責。但踢出一腳後，細節該怎樣規劃，如何落實執行，原則上還是交給政治部門循民主程序來達成。而平等權正是發揮此等功能的重要憲法規定。

學者黃錦堂認為，對於新的或重大影響國家社會發展的案件，應由釋憲者兼顧理想與現實，有堅持亦有彈性，作「睿智」的解釋決定。¹⁷⁴

在受益權方面，學者許宗力認為，肯定基於國家契約理論¹⁷⁵，係指基本權課予國家採取一定措施的義務，以保護人民之基本權利，使免於遭受來自第三人對其基本權的侵犯，大法官釋字第 400 號解釋，此免於受侵害俾實現個人自由、發展人格及尊嚴。今日國家任務已經擴張至經濟、社會乃至整個生存照顧領域，即所採取統治手段亦因任務領域的變遷以及科技的進步，而亦趨多樣化與複雜化。

學者雷文玟認為，有鑑於第二次世界大戰以來對基本人權、人格尊嚴和價值以及男女平等權利的信念，聯合國大會於 1948 年通過世界人權宣言（Universal Declaration of Human Rights），作為所有人民和所有國家努力實現的共同標準，希望透過國家的和國際的漸進措施，使這些權利和自由逐漸獲得普遍的保障。國家越來越被期待發揮積極照顧人民生活之功能，藉以促進社會安全與社會正義，我國憲法在許多規定已明顯傳達「社會權保障」的意向，例如憲法第 15 條規定，人民的生存權與工作權應予保障；憲法增修條文第 10 條所列舉的諸多基本國策條款，也被認為是我國憲法保障社會權的明證。問題是，這些「社會權取向」的保障條款，如果同意社會安全與社會正義的實現仍然應該是我國憲法所追求的目標，那麼憲法對於種種社會權的保障就不該流於空洞的宣言，毋寧必須追求較為進步之社會權解釋方式，讓其有具體落實的可能性。社會權的推動涉高度專業問題及行政資源的分配，不僅考驗行政者之決心，大法官也應謹慎的表示適度的決心，共同推動社會權的實現。¹⁷⁶

¹⁷⁴ 參黃錦堂，2007，《論當前的行憲政策與憲法解釋》，收於：湯德宗、廖福特編，憲法解釋之理論與實務，第五輯，中央研究院法律學研究所籌備處，頁 33。

¹⁷⁵ 憲法第 15 條的生存權及工作權，是制憲審查委員會在審查時加入。理由是「本……對於無產階級之生存權及工作權亦應加以保障……」，參許宗力，《基本權的功能》，月旦法學教室，2 期，頁 76。

¹⁷⁶ 參雷文玟/黃舒芃，2006，《社會權入憲的分析以及基本國策中有關社會福利政策的檢討》，

第五節 釋字 649 號解釋評析

壹、釋字第 649 號解釋內容

一、本案案情

本號解釋的聲請人之一為經營理髮店之業者，其僱用兩非視障者於營業場所內從事按摩服務，為警查獲，並將相關資料函送主管機關處理。案經該主管機關認係違反行為時之身心障礙者保護法第三者 37 條第 1 項前段規定：「非本法所稱視覺障礙者，不得從事按摩業。」並依同法第 65 條第 1 項與第 2 項規定：「違反第 37 條第 1 項規定者，處新臺幣 1 萬元以上 3 萬元以罰鍰，並限期改善。前項違法事件如於營業場所內發生並依前項標準加倍處罰場所之負責人或所有權人。」處以新臺幣 4 萬元、1 萬元及 2 萬元罰鍰。聲請人不，分別提起行政爭訟，而個案在確定後，聲請人等認系爭規定有侵害人民平等權及工作權之疑義，聲請解釋憲法。

二、本案解釋內容

釋字第 649 號解釋認為：民國 90 年 11 月 21 日修正公布之身心障礙者保護法第 37 條第 1 項前段規定：「非本法所稱視覺障礙者，不得從事按摩業。」（後修正為身心障礙者權益保障法為第 46 條第 1 項前段）係以保障視覺障礙者工作權為目的所採職業保留之優惠性差別待遇。

雖視障者在成長、行動、學習、受教育等方面之諸多障礙，可供選擇之工作及職業種類較少，其弱勢之結構性地位不易改變，此優惠性差別待遇之立法本應予以尊重。以符合憲法 155 條後段及增修條文第 10 條第 7 項扶助弱勢之規定。職是，「國家保障視障者工作權確實具備重要公共利益」，其優惠性差別待遇之目的合乎憲法相關規定之意旨。

惟仍應對非視障者之權利並未造成過度限制，且有助於視障者工作權之維護，而與「目的間有實質關聯者，方符合平等權之保障」。立法當時視障者得選擇之職業種類較少，禁止非視障者從事按摩業之規定，對有意選擇按

摩為業之視障者確有助益，事實上視障就業者亦以相當高之比率選擇以按摩為業。惟隨著社會發展，按摩業就業與消費市場擴大，系爭規定對欲從事按摩業之非視障者造成過度限制。且同屬身心障礙之非視障者亦在禁止之列，並未如視障者享有職業保留之優惠。非視障者工作權中之選擇職業自由所為之職業禁止，自應合於憲法第 7 平等權、第 15 條工作權及第 23 條比例原則之規定

在視障者知識能力日漸提升，得選擇之職業種類日益增加下，系爭規定易使主管機關忽略視障者所具稟賦非僅侷限於從事按摩業，以致「系爭規定施行近 30 年而職業選擇多元之今日，仍未能大幅改善視障者之經社地位，目的與手段間難謂具備實質關聯性」，從而有違憲法第 7 條保障平等權之意旨。

「視障非屬人力所得控制之生理狀態」，以視障與否為分類標準，使多數非視障者均不得從事按摩業，影響甚鉅。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，業經多次解釋在案。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。

按摩業並非僅得由視障者從事，有意從事按摩業者受相當之訓練並經檢定合格應即有就業之資格，將按摩業僅允准視障者從事，使有意投身專業按摩工作之非視障者須轉行或失業，未能形成多元競爭環境裨益消費者選擇，與「所欲保障視障者工作權而生之就業利益相較」，顯不相當。故系爭規定對於非視障者職業選擇自由之限制，實與憲法「第 23 條比例原則不符，而牴觸憲法第 15 條工作權之保障」。

保障視障者之工作權，為特別重要之公共利益，應由主管機關就適合視障者從事之職業予以訓練輔導、保留適當之就業機會等促進就業之多元手段採行具體措施，並應對按摩業及相關事務為妥善之管理，兼顧視障與非視障者、消費與供給者之權益，且注意弱勢保障與市場機制之均衡，以有效促進視障者及其他身心障礙者之就業機會，踐履憲法扶助弱勢自立發展之意旨、促進實質平等之原則與精神。此等措施均須縝密之規劃與執行，故系爭規定應自本解釋公布之日起至遲於屆滿 3 年時失其效力。

貳、釋字第 649 號解釋要旨

一、審查密度（審查基準、審查標準）部分

而在本號解釋尚未公布前，大法官曾在第 626 號解釋首次對以身體功能異常者做為分類標準表示過意見¹⁷⁷，該案之爭點為中央警察大學 91 學年度研究所碩士班入學考試招生簡章第 7 點第 2 款及第 8 點第 2 款規定，該校以有無色盲做為決定能否取得入學資格之標準，聲請人以該規定違反平等原則、受教育權、學習自由權等提起大法官解釋，而第 626 號解釋結論為該招生簡章之規定並無牴觸憲法之平等權及受教育權。其中值得一提的是，該號解釋大法官對於該案應採何種審查標準曾表示意見，在解釋理由書中謂：「……至於系爭招生簡章規定以色盲差別待遇之分類標準，使色盲之考生無從取得入學資格，是否侵害人民接受教育之公平機會，而違反平等權保障之問題，鑑於色盲非人力所得控制之生理缺陷，且此一差別對待涉及平等接受教育之機會，為憲法明文保障之事項，而教育對於個人日後工作之選擇、生涯之規劃及人格健全發展影響深遠，甚至與社會地位及國家資源之分配息息相關，系爭規定自應受較為嚴格之審查。故系爭招生簡章之規定是否違反平等權之保障，應視其所欲達成之目的是否屬重要公共利益，且所採取分類標準及差別待遇之手段與目的之達成是否具有實質關聯而定。」由上述大法官解釋理由我們可以得知，大法官認為因色盲並非人力所得控制之生理缺陷，外加受教育為極重要之權利，故應採取較嚴格之審查標準，而其用語為「應視其所

¹⁷⁷ 色盲可稱為係廣義身心障礙者。

欲達成之目的是否屬重要公共利益，且所採取分類標準及差別待遇之手段與目的之達成是否具有實質關聯而定。」因此我們可以得知大法官在此係用了中度審查標準來當作本案審查標準。

我國大法官於釋字第 649 號對於視障者之優惠性差別待遇未明白表示其為嚴格審查標準或中度審查標準。但依大法官表示：「追求之目的為重要公共利益，所採禁止……手段須未造成過度限制……與目的間有實質關聯者」，針對平等權部分似將其列為（準）嫌疑分類，採中度審查標準¹⁷⁸。惟依大法官表示：「查系爭規定禁止非視障者從事按摩業，係屬對非視障者選擇職業自由之客觀條件限制。」，針對職業自由部分，依德國職業自由三段論似採嚴格審查標準。故本案應係採中度以上之較嚴格之審查標準。

但身心障礙者權益保障法第 46 條第 1 項前段「非視障者不得從事按摩業」條款，係出自追求身心障礙者實質平等權之一種「優惠性差別待遇」，這是種出於善意而想彌補過去無論是受到國家或社會所歧視人群之規範，與傳統出於厭惡的歧視分類有所不同。關於優惠性差別待遇是否放寬審查標準，本號解釋是我國司法院大法官第一次正式提及「優惠性差別待遇措施」的案件，解釋理由書中有謂：「職是，國家保障視障者工作權確實具備重要公共利益，其優惠性差別待遇之目的合乎憲法相關規定之意旨。」司法者應鼓勵立法者此種實質平等之追求。其審查標準可能有所放寬，即便為準嫌疑分類，其審查標準亦可能受到影響。¹⁷⁹然而，大法官並沒有針對優惠性差別待遇措施而放寬審查標準，大法官仍用較為嚴格之審查標準來進行實質審查。¹⁸⁰

一般來講，平等權與自由權競合時，會產生「價值聚積」效果，會提高平等權之審查標準。對於一般對於身障者之違憲審查案件採較為嚴格之審查標準，應較可以保護身障者。但對於對身障之優惠性差別待遇，如前所述如係為追求「實質平等」對身障者之保護措施，傾向放寬審查基準，應以合理

¹⁷⁸ 參黃昭元，《平等權與自權競合案件之審查－從釋字 649 號談起》，法學新論，7 期，2009 年，頁 37。

¹⁷⁹ 參俞浩偉，《從憲法平等權探討我國身心障礙者就業保障之問題》，國立台灣大學法律研究所碩士論文，2009 年，頁 131。

¹⁸⁰ 參俞浩偉，《從憲法平等權探討我國身心障礙者就業保障之問題》，國立台灣大學法律研究所碩士論文，2009 年，頁 137。

審查標準即可。¹⁸¹

二、工作權部分

有關身心障礙者權益保障法第 46 條視障按摩保留之規定，對除醫護人員以外的所有非視障者（包含其他類別身障者），選擇以按摩為業之職業選擇自由限制過大，另外也影響到消費者及經營按摩業之權益。

以視障為職業自由之限制為職業自由之客觀許可限制，大官認為其立法目的是為了要保護視障者就業為「特別重要之公共利益」，但此手段與非視障者所受之不利益相比，侵害程度過大。且本職業保留已實施近 30 年而，仍未能見到視障者之社經地位可以大幅改善，故其目的與手段間難謂具備實質關聯性，即其妥當性遭受大法官質疑。且職業自由之限制應先選擇限制較小之方法（執行方法、時間、地點等限制或知識、學位、體能等職業選擇主觀許可限制），逕以視障為全面職業保留之方式限制，侵犯程度過大，故違反工作權及比例原則之規定。

三、平等權部分

按摩業保留給視障者，侵犯到非視障者選擇職業之自由（即憲法第 15 條工作權¹⁸²），違反第 7 條平等權之規定，因此係屬於「一規定同時侵害數個權利」之案件類型中的自由權與平等權競合之情形，¹⁸³即侵犯到工作平等權，大法官可以針對工作權及工作平等權分別選定審查標準後，於每個權利都通過違憲審查程序時，並經比例原則之考量後，全案才是通過違憲審查。¹⁸⁴

¹⁸¹ 參黃昭元，《平等權與自權競合案件之審查－從釋字 649 號談起》，法學新論，7 期，2009 年，頁 2-26。

¹⁸² 林子儀大法官在司法院大法官解釋第 584 號不同意見書註 6 表示：「平等權與自由權兩種審查模式在思考上有一定的重疊性，但在重點上並不完全相同，尤其是在系爭政府行為所採取之手段是否合憲的審查方面。在自由權，審查的重點是其以限制該自由權為手段之侵害強度與實效性與必要性；在平等權，所重視者則是系爭政府行為據以為差別待遇的「分類」是否精準，與目的之達成是否具有一定程度的關連性。」

¹⁸³ 參黃昭元，2009 年，《平等權與自權競合案件之審查－從釋字 649 號談起》，法學新論，7 期，頁 19。

¹⁸⁴ 於真正基本權利競合之審查，德國之通說採「平行審查」，必須通過所有涉及各基本權之審查，方認為合憲。而採「合併審查」時，則會使各基本權利產生「價值聚積」之現象，合併發生作用，會更嚴格一點。參許宗力，2003，《基本權利的保障與限制（上）》，月

但我國基本權利效力沒有強弱之分，所以用合併審查也可以，但平等權與自由權合併為工作平等權後，可能產生價值聚積的效果，而提高審查標準。大法官於釋字第 649 號對於視障者之優惠性差別待遇未明白表示其為採何審查標準。

四、應加強按摩及相關行業管理及促進就業

大法官對於按摩與民俗療法界限模糊，「系爭規定對非視障者從事按摩業之禁止，其範圍尚非明確，導致執行標準不一，使得非視障者從事類似相關工作及行業觸法之可能性大增」行政執行效率問題，所以在大法官釋憲後應如何加以有效管理，也是主管機關應努力之方向。

理由書末指出「保障視障者之工作權，為特別重要之公共利益，應由主管機關就適合視障者從事之職業予以訓練輔導、保留適當之就業機會等促進就業之多元手段採行具體措施，並應對按摩業及相關事務為妥善之管理」，責成主管機關應努力積極促進視障者就業。不論是在提升能力部分，加強訓練輔導，也要保留適當之就業機會，注意弱勢保障與市場機制之均衡。

參、對大法官釋字第 649 號解釋評析

本號解釋的聲請人之一為經營理髮店之業者，其僱用兩非視障者於營業場所內從事按摩服務，為警查獲，並將相關資料函送主管機關處理。案經認係違反行為時之身心障礙者保護法第 37 條第 1 項前段規定：「非本法所稱視覺障礙者，不得從事按摩業。」並依同法第 65 條第 1 項與第 2 項規定：「違反第 37 條第 1 項規定者，處新臺幣 1 萬元以上 3 萬元以罰鍰，並限期改善。前項違法事件如於營業場所內發生並依前項標準加倍處罰場所之負責人或所有權人。」處以新臺幣 4 萬元、1 萬元及 2 萬元罰鍰。聲請人不，分別提起行政爭訟，而個案在確定後，聲請人等認系爭規定有侵害人民平等權及工作權之疑義，聲請解釋憲法。

有關工作權之大法官及一般學者見解相當於職業自由，屬自由權，具防

禦權功能。本案為涉平等之工作權爭議，本文採工作平等權之複數權利見解，為論述清楚分別以工作權及平等權加以說明，本文認比例原則也可以轉化適用於平等權，並以下比例原則（合目的性、必要性及狹義比例原則；其中合目的性部分以德國藥房判決之三階層理論為審查之標準）加以檢視。平等權部分加強實質平等及優惠性差別待遇之論述。

一、工作權部分

禁止非視障者從事按摩業，其目的在於保護視障者的工作機會，維護視障者的工作權益。若以比例原則的三項子原則，權衡「維護視障者工作權益」（目的）與「非視障者不得從事按摩業」（手段）之間之關係，可依次作以下三項審查：1. 禁止非視障者從事按摩業能否達成維護視障者工作權益之目的？2. 除禁止非視障者從事按摩業外，是否尚有其他同樣能維護視障者工作權益之方法？3. 禁止非視障者從事按摩業所造成之損害，與維護視障者工作權益之利益，是否顯失均衡？若衡之以較為細緻的階層理論（德國藥房判決理論），則可先論斷此種限制究屬何一階層，並予以審視其目的之正當性¹⁸⁵。

按非視障者不得從事按摩業之規定，非關按摩的執業方式、時間、營業場所等事項，而係絕對非視障者從事按摩，顯非職業執行的限制，而是對非視障者「選擇」職業自由的一種限制。次就「非視覺障礙」的規範特徵而言，其雖涉及個人的「官能」，看似屬「主觀」的許可要件。實則，一個人是否視障，主要決乎「客觀」因素，失明原因多端，例如出生、病變及意外等，凡此皆非欲從事按摩業者所能影響，尤其無法經由一定的訓練符合該（消極）要求，故應屬一種「客觀」的許可要件¹⁸⁶。

學者李建良認為：依照三階層理論的第三階層要求，立法者若要禁止非視障者從事按摩業，必須為保護特別重要的社會利益。「維護視障者工作權

¹⁸⁵ 參李建良，2006，《經劑管濟的平等思維—從平等權觀點檢視大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋》，司法院大法官 95 年度學術研討會—憲法解釋與平等權之發展；修改後登載於政大法學評論，第 102 期，頁 119。

¹⁸⁶ 參李建良，2006，《經劑管濟的平等思維—從平等權觀點檢視大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋》，司法院大法官 95 年度學術研討會—憲法解釋與平等權之發展；修改後登載於政大法學評論，第 102 期，頁 119。

益」之目的，單獨觀察，固為重要之社會利益，且具正當性¹⁸⁷。然若仔細思考，此種禁止規範的目的，旨在防止明眼人從事按摩業，影響視障者的工作機會，故究實而論，系爭規定無非在保護視障者免於受到明眼人的競爭，也就是一種「競業保護」之措施。若按照德國聯邦法院的見解，此一立法動機絕無法使職業自由的干預正當化¹⁸⁸。

學者李建良並認為：不僅如此，對於職業自由的限制，儘管理由各殊，程度有別，但其旨一也，即：人民職業自由之所以應受限制，乃因該職業本身具有一定的危險性。反觀按摩業的執行，其本身不具為險性，尤其對視障者並不生直接之危害。是以，單就「目的審查」一端，系爭規定即可能因目的不正當而違憲¹⁸⁹。

次就適合性原則的角度以論，禁止非視障者從事按摩業，單從規範而言，無異使視障者享有從事按摩業的「專屬權」，理應可達到維護視障者工作權益之目的。惟因「按摩」定義上的模糊，及界定困難，實際上甚難達成讓視障者從事按摩業之目的。撇開「民俗療法」不說，坊間理髮、美容或溫泉業者，推出各式「按摩」服務，如指壓、油壓、SPA 芳香療法等，甚至結

¹⁸⁷ 民國 69 年殘障福利法制定施行之時，視障者得選擇之職業種類較少，禁止非視障者從事按摩業之規定，對有意選擇按摩為業之視障者確有助益，且需要按摩之消費者也較少。民國 70 年時代國家經濟還未起飛，民國 80 年代社會經濟起飛，按摩相關民俗療法行業興起。根據愛盲文教基金會委託蓋洛普市場調查公司，針對臺北市民於民國 91 年 5 月至 92 年 4 月間之按摩習慣進行調查和研究報告，在有效問卷 1,127 份中，有 23.62% 接受過按摩服務。惟知道有視障按摩服務的受訪中，只有 18.36% 接受過視障按摩服務。該調查推估台北市一年接受按摩者達 364 萬多人次，據估算按摩有關的市場高達新台幣 50 億到 250 億元，可見按摩市場的龐大商機，創造寬廣的工作機會。參蔡明砮，2004，《保護乎？障礙乎？「非視障者不得從事按摩業」法律規定之研究》，社區發展季刊，頁 337-338。

釋字第 649 號大法官解釋時為民國 97 年，正值 2008 年全球金融海嘯期間，對於如何提升全球競爭力、降低一般人失業問題，應該都會是大法官綜合考量的價值之一。且依當時提出聲請之律師表示，按摩有拿到證照的人口約 3,000 人，全部的市場需求量為 30 萬人，故如此限制實在難以符合市場之需求，對於非視障者及國家觀光之提升實是過大權益之侵犯，不符比例原則。

¹⁸⁸ 參李建良，2006，《經劑管濟的平等思維—從平等權觀點檢視大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋》，司法院大法官 95 年度學術研討會—憲法解釋與平等權之發展；修改後登載於政大法學評論，第 102 期，頁 119-120。

¹⁸⁹ 參李建良，2006，《經劑管濟的平等思維—從平等權觀點檢視大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋》，司法院大法官 95 年度學術研討會—憲法解釋與平等權之發展；修改後登載於政大法學評論，第 102 期，頁 120。

合健身、美容塑身與美食等設計，其中內含「按摩」，所在多有。尤有甚者，實務上取締明眼人按摩者，率多是針對假借「按摩」而從事色情服務之情形，對於其他不涉色情的一般按摩消費群，似乎未見取締處罰。保障視障者工作權益的規定，在實際運用上，已變相成為「掃黃」的工具。表面看來，色情按摩也者似乎是視障按摩業者的「競爭者」。實則，尋求色情按摩服務的顧客群，意在色情，而非按摩，故縱使禁止色情理容業者從事按摩業，該顧客群並不會轉向視障者，系爭規定無法達成所欲目的甚明¹⁹⁰。且大法官亦認為系爭規定實施 30 年，視障者經社地位亦未見提升。

再者，衡之以必要性的意旨，立法者應先採取第一階層的手段（執業執行規制），第一階層無法達成目的時，始動用第二階層的手段（主觀許可要件），若皆無法達成目的，才能動用第三階層（客觀許可要件）。對於非視障者從事按摩業乙節，於茲可考慮者，乃從「禁止從事」按摩業改為「限制從事」按摩業，例如限制營業地點，或管制從業人員的數量，或改採「特許制」等。此等限制較之完全不得從事按摩業，自是侵害較小手段。惟若衡之於所欲達成之目的—維護視障者工作權益，尤其是藉視障者「獨占」按摩業的方式維護其工作權益，難謂是「相同有效」的手段，從而不致構成必要性原則的違反¹⁹¹。

末者，以狹義比例原則（利益衡量）權衡立法者職業規制之所生損害與其欲追求目的之所獲利益。由於非視障者不得從事按摩業之規定，乃一種職業選擇自由的「客觀」許可限制，依照「三階理論」的意旨，僅為防止特別中要的社會利益受到可資證明或極可能發生的嚴重危害，始得為之。此所謂之「嚴重危害」，乃指立法者所欲規制之職業對社會大眾所可能產生的弊害。然如前述，明眼人從事按摩業本身，並不會對社會大眾產生危害，立法者所慮者，僅其可能影享視障者從事按摩業的顧客群。單就此點而言，系爭規定

¹⁹⁰ 參李建良，2006，《經劑管濟的平等思維—從平等權觀點檢視大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋》，司法院大法官 95 年度學術研討會—憲法解釋與平等權之發展；修改後登載於政大法學評論，第 102 期，頁 120-121。

¹⁹¹ 參李建良，2006，《經劑管濟的平等思維—從平等權觀點檢視大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋》，司法院大法官 95 年度學術研討會—憲法解釋與平等權之發展；修改後登載於政大法學評論，第 102 期，頁 121。

所欲防止者，要非「特別重要的社會利益受到可資證明或極可能發生的嚴重危害」，與非視障者（除醫護人員外）「絕對」不得從事按摩業所生之損害相比，亦顯不相稱，有失均衡（因小失大）¹⁹²。

二、平等權部分

平等權的觀點檢視系爭規定的合憲性，必須先確認是否存有差別對待。對「視障而從事按摩之人」與「非視障者而從事按摩業之人」此二組群以觀，若以「身心障礙」為比較點，二者顯屬不同事物。然若對照系爭條文之規範意旨，以「具有按摩能力」作為比較點，則視障者與非視障者，應屬相同事物，二者具有可資比較性，其差別點是「視覺障礙之有無」。系爭規定僅允許視障者從事按摩業，對非視障者而有按摩能力之人構成差別對待，殆無疑問。

關於系爭差別對待是否具有憲法上正當性乙節，首應審究差別對待所追求之目的是否具有正當性？依前所述，系爭規定旨在維護視障者的工作權益，此一目的，抽象以觀，自無不正當之理。然而，差別對待是否出於「恣意」，恆須對照立法者所挑選的分類方式，始能論之有物。平等原則乃是一種比較同異的思辨方法，立法者所憑以作區別對待的「分類」本身是否合理，應先加以審視。觀諸系爭條文之規範內涵，「視覺障礙之有無」為其分類標準，此一類別不是憲法第 7 條禁止差別對待之類目（性別、宗教、種族、階級、黨派），非屬必然應受嚴格審查的差別對待¹⁹³。

不過本案依前所述，系爭規定涉及職業管制，仍不宜一律從寬審查，推定其為合理而合憲。尤其被差別對待的非視障者，其對「視覺障礙之有無」，原則上並無影響的可能性，系爭差別待遇的強度不可謂不大¹⁹⁴。

¹⁹² 參李建良，2006，《經劑管濟的平等思維—從平等權觀點檢視大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋》，司法院大法官 95 年度學術研討會—憲法解釋與平等權之發展；修改後登載於政大法學評論，第 102 期，頁 122。

¹⁹³ 參李建良，2006，《經劑管濟的平等思維—從平等權觀點檢視大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋》，司法院大法官 95 年度學術研討會—憲法解釋與平等權之發展；修改後登載於政大法學評論，第 102 期，頁 123。

¹⁹⁴ 參李建良，2006，《經劑管濟的平等思維—從平等權觀點檢視大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋》，司法院大法官 95 年度學術研討會—憲法解釋與平等權之發展；修改後登載於政大法學評論，第 102 期，頁 122。

單從維護視障者工作權益來看，很難論斷此種分類不合理。惟若從分類的效應以觀，則不無打擊面過廣，涵蓋面過大之弊，進而有構成違憲之疑。概視障人數僅佔極小的比例，相對於視障者而具備按摩能力者之人數，二者之間顯然不成比例。就此而言，立法者所採取的分類方式，不無欠缺正當性之嫌。

系爭規定無法達成立法目的已如前述。而此「優惠性」的差別待遇雖係出乎善意，但極可能同時又構成對另一團體或族群的歧視，產生「反歧視」（reverse discrimination）的效應，其是否應受較為寬鬆的審查標準，不無爭議。按優惠性差別待遇的採取，核其真正的旨趣，實乃為了匡正事實上的不平等，彌補以往的社會歧視，故此種規範是否逾越憲法容許的範圍，頗值探究，其中存有「法律上平等」與「事實上平等」的衝突及緊張關係，如何調和，著實棘手，但至少可以掌握兩個原則，其一，此種措施是否有助於矯正「事實上不平等」？其二，此種措施是否對優惠者反造成另一種事實上的不平等¹⁹⁵？

優惠性措施是否有助於矯正事實上不平等？其前提性的問題，乃是否存在事實上的不平等。視障者因視覺上的障礙，在成長、行動、學習、受教育等方面，均異於常人，可供選擇的工作較少，就業機會也相對較低。是以，視障者與非視障者在就業上確實處於事實上的不平等。問題在於，此一事實上的不平等是否透過系爭規定的優待處置而「扶正」？除了前述「規範效力事實不能」的境外，系爭規定預設了視障者只能或僅適合從事按摩業的前提，無形中限縮了視障者自我發展的空間，窄化視障者自我實現的可能性。且對視障「優惠性待遇」，其意雖善，卻可能形成另一種「標籤作用」，甚至加深「刻板印象」，讓人誤以為視障者只能從事按摩工作，反而增加視障者就業的困難度，拉大視障者與一般人在就業機會上的差距，造就出另一種事實上的不平等。猶有甚者，系爭規定的存在難免會營構出政府已善盡保護視障

載於政大法學評論，第 102 期，頁 123。

¹⁹⁵ 參李建良，2006，《經劑管濟的平等思維—從平等權觀點檢視大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋》，司法院大法官 95 年度學術研討會—憲法解釋與平等權之發展；修改後登載於政大法學評論，第 102 期，頁 124。

者權益的假象外觀，致使主管機關有意或無意地忽略其他福利措施或適當保護策略，例如對視障者的工作教育訓練或其他技能的培訓等，難謂足以（或有助於）達到保護視障者目的之差別對待¹⁹⁶。

視障者長期受到社會及法制上的歧視，不論是教育或升學管道都較困難，故身心障礙者應可為（準）嫌疑分類，其案件應採取較嚴格之審查標準。但以身心障礙做為分類標準的優惠性差別待遇措施，自上述的實質平等理論來看，基於身心障礙者在歷史和社會上所受到的歧視和不平等對待，為了破除長久以來不利的經社地位，使身心障礙者能夠正常的融入社會的主流生活中，採實質平等見解者，認為身心障礙者優惠性差別待遇審查標準應該要放寬。惟在美國，因自 City of Cleburne v. Cleburne Living Center 一案中，該案多數意見既然已經表示法院對於身心障礙者之分類應該採取的是合理審查標準，縱使認為對身心障礙者優惠性差別待遇措施之審查標準應該放寬，所採取的審查標準應該仍為合理審查標準為是。¹⁹⁷

因種族議題在美國有其特殊歷史背景，所以與其相較，不論是以性別、婚生子女、犯罪前科、身心障礙做為分類標準之規範或優惠性差別待遇措施，皆不像以種族為分類標準一般的敏感，凡以種族為分類的案件均採用嚴格審查標準。因此身心障礙者似乎無法完全援用上述之理論。惟身心障礙者在某些層面仍與種族有類似點，即兩者皆具有與生俱來、無法以己力改變、穩定之既成事實；該族群皆在歷史上受到長期的歧視；兩者皆為政治上的弱勢等等共通點。¹⁹⁸

惟如上分析對非視障者侵害過大部分，本文認為本案即放寬審查標準採合理審查標準，也很難以通過利益衡量的檢驗，會產生美國所稱之「會咬人之合理審查基準」之違憲結果。

¹⁹⁶ 參李建良，2006，《經劑管濟的平等思維—從平等權觀點檢視大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋》，司法院大法官 95 年度學術研討會—憲法解釋與平等權之發展；修改後登載於政大法學評論，第 102 期，頁 125。

¹⁹⁷ 參俞浩偉，《從憲法平等權探討我國身心障礙者就業保障之問題》，國立台灣大學法律研究所碩士論文，2009 年，頁 131。

¹⁹⁸ 參俞浩偉，《從憲法平等權探討我國身心障礙者就業保障之問題》，國立台灣大學法律研究所碩士論文，2009 年，頁 130-131。

有認為本優惠性差別待遇不僅為工作權，更兼具社會權性質。學者邵惠玲認為：視障按摩業保留之憲法基礎應，以「實質平等」之觀點，國家應對視障者為積極的優惠性差別待遇，以現實視障者之平等權。其權利基礎應為憲法第 7 條。¹⁹⁹也有學者認為其權利基礎為憲法第 15 條生存權，屬社會權之性質，²⁰⁰韓國 2008 年憲法法院也採此見解。韓國 2008 年憲法法院雖然意識到視障按摩師制度強度干預非視障者的基本權利，但在考量按摩師保留目前仍是韓國社會維護視障者生存權益不可或缺的保障方式，基於國家對視障者生存權益的保護義務，做出合憲的判決，其僅於判決中警告性提示立法者：應積極檢討以其他保障方式，同時維護視障者生存權與非視障者職業自由兩相衝突的權利。²⁰¹

通說認為，雖社會權為基於社會國理念，為使任何人皆可獲得合乎人性尊嚴之生存，而予以保障之所有權利之總稱。產生人民對國家有一定請求權。但基於預算的有限性，社會國理念也需要在法治國基礎下發展，必須有賴社會立法制定與實現，個別權利始獲保障。²⁰²尚難以社會權要求立法機關要求對視障者一定要保留視障按摩制度。

學者雷文玫認為，隨著國家越來越被期待發揮積極照顧人民生活之功能，加以「體系正義」觀之我國憲法在許多規定已明顯傳達「社會權保障」的意向，例如憲法第 15 條規定，人民的生存權與工作權應予保障；憲法第 155 條及增修條文第 10 條所列舉的諸多基本國策條款，也被認為是我國憲法保障社會權的明證。如果同意社會安全與社會正義的實現仍然應該是我國憲法所追求的目標，那麼憲法對於種種社會權的保障就不該流於空洞的宣言，

¹⁹⁹ 參黃昭元，《平等權與自權競合案件之審查－從釋字 649 號談起》，法學新論，7 期，2009 年，頁 24-27。

²⁰⁰ 參邵惠玲，2009，《憲法對視障者社會基本權之保障－論釋字第 649 號解釋產生之憲法疑義與因應途徑》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁 266。黃舒芃，2009，《立法者對社會福利的形成自由與其界限：以釋字第 649 號解釋為例》，第 7 屆「憲法解釋理論與實務研討會」，中央研究院法律學研就所籌備處，頁 19。

²⁰¹ 參邵惠玲，2009，《憲法對視障者社會基本權之保障－論釋字第 649 號解釋產生之憲法疑義與因應途徑》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁 278。

²⁰² 參吳秀明、楊坤樵，《憲法與我國經濟部門之基本秩序》，收於：部門憲法，蘇永欽主編，頁 228。

在分析的主軸上應摒除「透過傳統自由權的功能開展而來的社會權面向」的討論（德國基本法所採取的主要模式），而毋寧必須有其具體落實的可能性。²⁰³除了傳統防禦權的功能之外，也具備要求國家積極作為的面向，如組織及程序保障功能等等，藉以保障個人充分發揮其自由的條件，幫助個人實現真正的自由。²⁰⁴

德國學者嘗試將個人權利內涵與社會客觀條件取得連結。在普遍否認社會基本權具有具體給付請求權效力的前提下，肯認分享權。保障基本權利人參與或分享現存社會福利資源機會存在的可能性。²⁰⁵基於分享權的概念，視障者得要求各權利可以有一定程度的參與。如後來的身心障礙者權益保障法第 46 條第 5 款保留 5 個地點給視障者繼續有視障按摩保障，即此理念之落實。如果大專按摩及物理治療等相關科系，得外加 5% 的名額給視障生²⁰⁶，應與分享權理念相符。

大法官第 649 號解釋，盲人近 30 年來獨占按摩業的情形將被打破。大法官宣告身心障礙者權益保障法第 46 條第 1 項前段規定違憲，自解釋公布起最遲 3 年後失效，這也是歷來解釋所定的最長時間；可以讓主管機關為視障者做好縝密的規畫執行，促進視障者的多元就業，並將按摩業的管理導入正軌。大法官雖宣告有關規定違憲，但強調應保障視障者的工作權，主管機關應致力提升其社經地位，加強工作能力，促成視障者和非視障者的雙贏。

三、促進視障多元就業部分

大法官表示「保障視障者之工作權，為特別重要之公共利益，應由主管機關就適合視障者從事之職業予以訓練輔導、保留適當之就業機會等促進就

²⁰³ 參雷文玟/黃舒芃，2006，《社會權入憲的分析以及基本國策中有關社會福利政策的檢討》，行政院研究發展考核委員會委託，頁 1。

²⁰⁴ 參雷文玟/黃舒芃，2006，《社會權入憲的分析以及基本國策中有關社會福利政策的檢討》，行政院研究發展考核委員會委託，頁 3-4。

²⁰⁵ 邵惠玲，2009，《憲法對視障者社會基本權之保障－論釋字第 649 號解釋產生之憲法疑義與因應途徑》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁 274。

²⁰⁶ 依美國法院見解，對身障者內含的保留名額之優惠性待遇，對正常學生為侵犯平等權。參許元又，《平等權違憲審查模式之研究－以平等權與自由權競合為中心》，國立中正大學法律研究所論文，2009 年，頁 62。

業之多元手段採行具體措施」，大法官這種以追求「關閉視障者按摩就業之小門，開啟視障者多元就業之大門」之積極就業促進態度是值得肯定的。²⁰⁷

除了大法官解釋後，身心障礙者權益保護法第 46 條第 5 項增加「醫療機構、車站、民用航空站、公園營運者及政府機關（構）」之規定，保留 5 個地點有視障按摩保障，且要求其提供場地供視覺功能障礙者從事按摩或理療按摩工作者應予優惠。另外於第 46 條之 1 增加「政府機關（構）及公營事業自行或委託辦理諮詢性電話服務工作，電話值機人數在十人以上者……應進用視覺功能障礙者達電話值機人數十分之一以上」政府機關值機人員比率職業保留新職類之規定。其他政府積極就業促進部分，專章另予說明。



²⁰⁷ 參邵惠玲，2009，《憲法對視障者社會基本權之保障－論釋字第 649 號解釋產生之憲法疑義與因應途徑》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁 283。

第三章 按摩及相關行業之管理

一 現況與釋字第 649 號之要求

司法院大法官於民國 97 年 10 月 31 日作成釋字第 649 號解釋，宣告身心障礙者權益保障法第 46 條第 1 項前段：「非本法所稱視覺功能障礙者，不得從事按摩業。」與憲法第 7 條平等權、第 15 條工作權及第 23 條比例原則之規定不符，應自本解釋公布之日起至遲於屆滿 3 年時失其效力。故本規定自民國 100 年 10 月 31 日失其效力。後釋字第 649 號時代如何針對按摩及相關行業後續如何管制及如何對視障如何積極就業促進，則為本文關注之重點。

第一節 按摩及按摩相關行業管理現況

台灣視障者從事按摩業，乃是日據時期遺留之傳統，當時可以施行針灸、電療及按摩，並發理療證照。²⁰⁸民國 56 年醫師法修改影響，以前密醫行為不會被究責，修改後會被處刑事責任，又衛生署認為按摩為非醫療行為，而針灸屬醫療行為，故民國 56 年醫師法修正後，按摩業者不得為針灸等醫療行為。

²⁰⁹ 而按摩相關行業是否為醫療行為，則由衛生署個案函釋。

壹、醫師法修正影響

一、民國 56 年醫師法修正影響

(一) 密醫行為刑事責任化

醫師法於民國 32 年制定，民國 37 年小幅修正，其僅於第 26 條規定：「醫師為領有醫師證明書或未加醫師公會而擅自開業」之行為，對非醫師之行醫行為（即密醫行為）反而沒有處罰規定。於民國 56 年首次全面修正時，第 28

²⁰⁸ 參王育瑜，1995，《臺灣視障者職業困境—以按摩業為例》，國立政治大學社會學研究所碩士論文，頁 31-32。邱大昕，2009，《「被乎略的歷史事實：從視障者工作演變看大法官釋字第 649 號解釋」》，社會政策與社會工作學刊，第 13 卷第 2 期，頁 60-62。

²⁰⁹ 衛生署 85 年 11 月 22 日 85062110 號函。

條規定：「未取得合法醫師資格擅自執行醫療業務者，處1年以上3年以下有期徒刑，得併科2千元以上5千元以下罰金，其所使用之藥械沒收之。」對密醫行為採刑事責任處罰之嚴格管制態度。

在醫師法對於非醫師從事醫療行為採取重罰的前提下，不具醫師或中醫師或物理治療師資格者僅得從事非醫療行為，而按摩、針灸、電療、接骨、推拿等行為是否為醫療行為，則由衛生署以行政函釋作通案認定。經衛生署認定為「非」醫療行為者，衛生主管機關即不以醫師法相繩，其意味著在法律上不具醫師資格之業者得憑藉相關技術營生，但形式上不得對外宣稱具有任何療效。

因針灸等理療按摩，經衛生署認定為醫療行為。而視障者非醫師，故無法執行日治時期所得施行之針灸與電療行為²¹⁰，故自民國56年醫師法修正施行後，按摩「去醫療化」的結果²¹¹，視障者只能從事非醫療性之按摩，不得從事針灸、電療等行為，學校也停止此部分之教學。²¹²

（二）醫師養成制式流程

所謂醫師，依醫師法第2條至第4條規定，指（西）醫師、中醫師與牙醫師，醫師之執業要件有三：經醫師考試及格領得醫師證書、向地方政府登錄並加入公會（第1、6、8、9條）。而醫師、中醫師與牙醫師之應考資格為大學相關醫學系畢業領有畢業證書者²¹³，換言之，「教、考、用」制式流程，透過教育體系、國家考試與執業要件三個環節之配合，奠定了我國醫療行為管制之基本架構。

²¹⁰ 衛生署 1996 年 11 月 22 日衛署醫字第 85062110 號函謂：「……二、本案所稱『電療』，係指將電療儀電源輸出夾，夾於針灸針上輸入電源，以加強針療效果之醫療行為，應由中醫師親自為之。三、按目前並無中醫師助理之專業人員制度，未具中醫師資格人員，從事電療及針灸拔針之行為，應依違反醫師法第 28 條規定論處」。

²¹¹ 參王育瑜，台灣視障者的職業困境－以按摩業為例的分析，國立政治大學社會學研究所碩士論文，1995 年，頁 33-36。

²¹² 參孫迺翊、張桐銳共同主持，2010，《按摩業開放後之法制建構規劃》，勞委會職訓局委託，頁 5。

²¹³ 參考試院依「專執業及技術人員考試法」第 5 條授權所訂定之「專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師考試分試考試規則」及「專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師考試分試考試應考資格表」。

屬於醫療行為範疇之行業，法律給予高度規範設定進入醫療相關行業之門檻，包括從業人員必須通過國家考試，而參加國家考試者有一定之學歷要求，其意味著教育體系設有相關系所提供養成教育；國家考試及格後必須向主管機關登錄、加入公會始得執業；教育、考試、執業形成一相互連貫銜接之體系。

（三）物理治療入醫療體系

我國於民國40年代因小兒麻痺流行，歐美物理治療師來台訓練物理治療人員，醫學院並陸續設立物理治療科系²¹⁴。物理治療為衛生署認定之醫療行為²¹⁵，應由具有醫學專業訓練及受過復健訓練之物理治療人員為之，民國84年制定之「物理治療師法」，與醫師同樣成為一項專門職業與技術人員。參照醫師法、物理治療師法以及衛生署對於醫療行為所作之行政函釋，有醫療效果之按摩僅得由物理治療人員為之，視障者僅能提供不具療效之一般性按摩。

物理治療屬於物理治療師法所保障之醫療行為，民國69年剛制定殘障福利法時即已明文：「非本法所稱之視覺殘障者，不得從事按摩業。但醫護人員以按摩為病患治療者，不在此限」，此項但書規定將按摩工作開放給有醫療證照的物理治療人員。物理治療師所從事之按摩行為，不生抵觸身權法之問題；反之，視障者卻不得從事醫療性之按摩，亦不得宣稱其按摩有任何療效。

貳、視障按摩現況

一、視障按摩業保留

（一）優惠性差別待遇

民國 56 年醫師法修正施行之同時，於民國 56 年訂定「台灣省按摩業管

²¹⁴ 參邱大昕，被忽略的歷史事實：從視障按摩工作演變看大法官釋字第六四九號解釋，社會政策與社會工作學刊，第 13 卷第 2 期，2009 年 1 月，頁 63。

²¹⁵ 同前衛生署民國 82 年 1 月 28 日衛署醫字第 8201203 號函。

理規則」(第 2 條)，開始將按摩業設定為視障者的保留性職業，特別保護視障者之工作機會。

民國 69 年「殘障福利法」制定時，將視障按摩保留規定於第 18 條規定：「非本法所稱視覺殘障者，不得從事按摩業。但醫護人員以按摩為病患治療者，不在此限。」，賦予視障按摩保留制度之法律基礎。且已於但書中開放給有醫療證照之物理治療人員。以後陸續修並更名之「身心障礙者保護法」(第 37 條)及「身心障礙者權益保障法」(第 46 條)均延續此項規定。

非視障者從事按摩業者，依身心障礙者權益保障法第 98 條之規定(即身心障礙者保護法第 65 條)，處以新台幣 1 萬元以上 5 萬元以下之罰鍰，於營業場所內發生者，另處負責人或所有人新台幣 2 萬元以上 10 萬元以下罰鍰，並限期令其改善，屆其未改善者，按次處罰。

(二) 按摩定義

民國 69 年「殘障福利法」制定時，該法授權訂定之「按摩業管理規則」，該規則將按摩定義為：「輕擦、揉捏、指壓、扣打、震顫、區手、運動、壓迫及其他特殊手技」，已將按摩的理論脈絡抽離，只剩一套手技。視障按摩相關法令雖經修正，但條文內容及按摩之定義一直沿用迄今。²¹⁶

依現行「視覺功能障礙者從事按摩或理療按摩資格認定及管理辦法」第 4 條第 1 款規定，「按摩」(狹義按摩定義)指運用輕擦、揉捏、指壓、扣打、震顫、曲手、運動及其他特殊手技，為他人「緩解疲勞」之行為。

二、主管機關

按摩業管理主管機關，原為中央為內政部，在地方為直轄市與縣(市)政府。民國 97 年訂定「視覺功能障礙者從事按摩或理療按摩資格認定及管理辦法」後²¹⁷，將原先勞委會職訓局主管技術檢定、內政部主管執業管理之作

²¹⁶ 參孫迺翊、張桐銳共同主持，2010，《按摩業開放後之法制建構規劃》，勞委會職訓局委託，頁 8。

²¹⁷ 原「視覺障礙者從事按摩資格認定及管理辦法」及「視覺障礙者從事理療按摩資格認定及管理辦法」，民國 97 年合併為「視覺功能障礙者從事按摩或理療按摩資格認定及管理辦

法，一律改由勞委會為中央主管機關，此項改定似有意變更向來作法，除去視障按摩業之「福利」性質，而將其直接定性成一項職業。

但該辦法之母法為身心障礙者權益保障法第46條第3項，係授權中央勞工主管機關會同中央主管機關及「中央衛生主管機關」會同訂定上述資格認定及管理辦法，立法者將中央衛生主管機關納入，除因視障按摩師本身必須具備一定之健康條件外，可能也考量到理療按摩師得於醫療機構服務，具有類醫療行為之性質，而未來理療按摩體系能否完整建構，事實上亦將取決於教育部與衛生署之政策方向。

三、執業許可要件

(一) 按摩技術士證為執業許可要件

身心障礙者保護法第37條授權訂定之「視覺障礙者從事按摩資格認定及管理辦法」，與「視覺障礙者從事按摩業資格認定及管理辦法」於民國97年3月5日同時廢止，並於同日合併訂定為「視覺障礙者從事按摩或理療按摩資格認定及管理辦法」。

依新訂定之辦法第4條第1款規定：「本辦法用詞，定義如下：一、按摩：指運用輕擦、揉捏、指壓、扣打、震顫、曲手、運動及其他特殊手技，為他人緩解疲勞之行為。」第6條規定：「從事按摩工作之視覺功能障礙者，應檢具下列文件，向當地主管機關申請核發按摩執業許可證後，始得執業：一、國民身分證及依本法核發之身心障礙證明正反面影本。二、中央主管機關核發之按摩技術士證。……」明訂視障者欲從事按摩業，必須持有身心障礙手冊，並取得「按摩技術士」之資格，再由當地主管機關核發按摩職業許可證，始得執業。

(二) 按摩技術士證功能

1. 提高能力之證明

證照為技術能力之證明，雖然對其設為執業許可限制，可能侵犯到人民

法」。

職業選擇自由，但在考照當中，確實能讓進入該行業者有一定的準備，有助於專業能力之提升。國家即使未將某證照列為執業許可要件，不論透過民間發證等公私協力方式辦理，也應對於執業者之能力有一定之管理，確保某職業者之專業能力，使產業提升，提高國家的競爭力。如省水標章之發給，提代表其有一定的公信力，對於消費者知的權利也會有所助益。

2. 視障按摩修法後執業許可性質

依民國 102 年度全國技術士技能檢定實施計畫按摩僅有視障者得考之乙級及丙級證照。國中畢業即可考丙級，並無教育養成之資格限制。如果取得丙級按摩技術士證，並申請執業許可，此丙級按摩技術士證同時具執業許可證功能及能力證明功能；如再取得乙級按摩技術證，因已有執業登記許可證，故此時乙級按摩技術證僅具能力證明功能。此時取的向主管機關申請執業登記，因為此時非執業許可要件（因原為執業許可要件之身權法第 46 條第 3 項已刪除，惟其辦理之子法仍有執業許可證照之規定），此時執業許可證僅為能力證明及相關津貼補助之依據而已，非屬執業選擇之主觀許可要件，應不具嚴格意義「執業許可」以意義。

（三）與專門職業及技術人員須強制加入公會異

目前視障按摩工作者無論受雇、合夥或自行執業，目前多依工會法第 6 條之規定，於直轄市及各縣市以職業工會方式組織，並成立有按摩工會全國聯合會，同時另有非工會性質協會等團體²¹⁸。與專門職業及技術人員依法均須強制加入公會不同，法律通常賦予後者較多之權能，如辦理職業訓練或繼續教育課程，甚至賦予律師公會、會計師公會懲戒權限，這是一般職業工會體質與法律權能上所不及之處。

四、專業能力養長

²¹⁸ 相關協會如：中華視障經穴按摩推廣協會、中華視障聯盟、愛盲基金會、中華民國視障重建專業發展協會、台北市盲人福利協進會等團體。

專業知識與技術能力之「取得」乃透過學習與練習，涉及從業人員之養成問題。關於從業人員之養成，所要考慮的是，從業人員需要專業知識與技術能力、專業知識與技術能力之取得來源、以及養成期間的長短。

目前既存的視障按摩職業養成機構有台北市立啟明學校、臺中國立啟明學校、財團法人台灣盲人重建以及財團法人宜蘭縣私立盲人重建中心。大致而言，先天（18 歲之前）失明者，可就讀啟明學校之復健按摩科而獲得按摩之職業訓練。至於後天（18 歲以後）失明者，於 80 年代以前，均以 2 年制方式，以住宿型方式，在盲人重建院內進行視障按摩職業訓練養成課程。台灣盲人重建院等機構接受職訓局委託，辦理按摩職業重建課程，提供後天失明者約 1800 小時訓練課程，此外職訓局尚有 800 至 900 小時為期較短之委託訓練課程（主要以技術士考照題庫為主）。²¹⁹

視障按摩雖非醫療行為，亦非專門職業與技術人員，其證照僅為技術士層級，但國家在「職業」這一端採取較為嚴格的管制，相對地，在「教育」端上卻缺乏完整的養成教育，形成一種不平衡關係。

五、理療按摩

（一）理療按摩為乙級之進階

本法於民國 86 年全文修正並更名為「身心障礙者保護法」時，於第 37 條第 2 項增列「視覺障礙者經專業訓練並取得資格者，得在固定場所從事理療按摩工作」理療按摩之規定。第 37 條第 3 項規定：「視覺障礙者從事按摩或理療按摩，應向執業所在地主管機關申請按摩或理療按摩執業許可證。」依該法第 37 條第 4 項規定：「前項執業之資格與許可證之核發、換發、補發、廢止及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關會同中央衛生主管機關定之。」授權訂定「視覺障礙者從事理療按摩資格認定及管理辦法」。

²¹⁹ 參孫迺翊、張桐銳共同主持，2010，《按摩業開放後之法制建構規劃》，勞委會職訓局委託，頁 8、23。

上開「視覺障礙者從事理療按摩資格認定及管理辦法」及「視覺障礙者從事按摩業資格認定及管理辦法」於民國 97 年 3 月 5 日同時廢止，並於同日合併訂定為「視覺障礙者從事按摩或理療按摩資格認定及管理辦法」。

依新訂定之辦法第 1 條規定：「本辦法依身心障礙者權益保障法（以下簡稱本法）第 46 條第 1 項規定訂定。」第 4 條第 2 款規定：「本辦法用詞，定義如下：二、理療按摩：指運用按摩手技或其輔助工具，為患者舒緩病痛或維護健康之按摩行為。」第 5 條第 3 項規定：「理療按摩工作者，得在醫療機構從事理療按摩工作。」第 7 條規定：「從事理療按摩工作之視覺功能障礙者，應檢具下列文件向當地主管機關申請核發理療按摩執業許可證後，始得執業：……二、中央主管機關核發之乙級按摩技術士證。三、公立或立案之私立學校修習理療按摩相關專業技術領得之證書，或參加政府機關自行或委託辦理之理療按摩專業訓練領得之證書。……」第 12 條規定：「各公私立醫療機構得轉介領有理療按摩執業許可證之視覺功能障礙者為其患者提供理療按摩服務，或依本法第 38 條規定進用領有理療按摩執業許可證之視覺功能障礙者從事理療按摩工作。」第 13 條規定：「主管機關應協調教育主管機關加強視覺功能障礙者從事理療按摩工作之養成教育或推廣教育，並得以開設理療按摩學分班次之方式辦理。」

（二）理療按摩許可證為能力證明

而為使視障者具備從事理療按摩之能力與機會，上開辦法明文規定教育主管機關應加強視障者從事理療按摩之養成教育，並得以開設理療按摩班次之方式辦理（第 7 條、第 13 條），各公私立醫療機構得轉介領有理療按摩許可證明之視障者為其患者提供理療按摩服務，或優先進用之（第 12 條）。

理療按摩之創設，似為視障者開啟漸進納入醫療體系的大門，而實際上僅中山醫大曾短暫開辦過視障理療按摩學分班²²⁰。在專業訓練未能真正落實的情形下，政府又放寬理療按摩證明之認定，得以報考乙級技術士前之訓練

²²⁰ 教育部訂有「教育部鼓勵大專校院開辦視障理療按摩學分班教學相關設備補助原則」（民國 92 年 9 月 22 日發布），補助經費上限為每班新台幣 250 萬元，以招標方式辦理。

課程時數抵充之，導致於理療層次無法與原有之乙級、丙級技術士明顯區分，醫院對於視障者能否從事理療亦採取不信任態度²²¹。總體而言，法規上雖以目的區分一般按摩與理療按摩，前者指運用按摩手技為他人緩解疲勞之行為，後者指運用按摩手技或其輔助工具，為患者舒緩病痛或維護健康之按摩行為，但實際上並未真正建立理療按摩制度，乙級與丙級技術士之「市場價值」亦無明顯區分。

養成教育這端缺乏大專以上科系配合，無論就視障者個人而言，或就視障按摩業整體產業而言，實質上阻礙了專業提升的空間。有意精進技術與知識的視障按摩師，除非能通過大學入學考試進入大學醫學院物理治療系就讀，或赴日攻讀理療學位，否則在我國現行教育體系、技術士考試與執業規範下，難有突破乙級按摩技術士之進修管道。²²²

五、衛生署對視障按摩業態度

將按摩定性為非屬醫療行為，乃衛生署一貫之立場。民國79年8月間，中華民國全國總工會按摩業勞工委員會建議，准由經乙級按摩技術士技能檢定合格人員，在醫療機構為病患從事復健理療工作²²³，及民國82年1月間，台灣省盲人福利協進會台中分會陳情放寬盲胞得從事物理治療，對此，衛生署都簡單以按摩業者不得為醫療行為之旨答覆。²²⁴衛生署以93年11月衛署醫字第0930043158號函表示：「身心障礙者保護法所稱『按摩』，則係針對健康人以體外之刺激而產生舒適感，以緩解疲勞為目的」。

民國86年修定身心障礙者保護法，雖於第37條第2項引進「理療按摩」，但「理療按摩」之引進，對於衛生署認定視障按摩不屬醫療行為，並無影響。

六、視障按摩處罰對象

²²¹ 中國國物理治療學會，物理治療視障教育總報告，92年；參《按摩業開放後之法制建構規劃》，2010年，孫迺翊、張桐銳共同主持，勞委會職訓局委託，98年12月25日視障按摩業工會全國聯合會訪談林萬成先生之發言紀錄。邱大昕，頁64-67。

²²² 孫迺翊主持，2010，《按摩業開放後之法制建構規劃》，勞委會職訓局委託，頁8。

²²³ 衛生署，衛署醫字第890314號。

²²⁴ 衛生署，衛署醫字第8201203號。

實際上依視障按摩規定處罰情形對象，主要為理容業、三溫暖、護膚中心等場所僱用明眼人提供純按摩或色情按摩有關，本次釋憲之聲請人即為理髮業者。惟取締成效並不彰，反而讓按摩業貼上色情行業標籤，使得視障者被隔離在一個污名化的職業裡²²⁵。將此保障視障者工作權益之規定，變相成為「掃黃」工具。²²⁶

參、按摩相關行業現況

一、民國 56 年醫師法修正影響

按摩手技「輕擦、揉捏、指壓、扣打、震顫、區手、運動、壓迫及其他特殊手技」除了視障按摩業外，推拿整腹、足部反射療法（與前者合稱為民俗療法）、美容美髮業者及物理治療師，都會多多少少運用到相關手技。

除物理治療師已進入醫療體系，朝向專業化及醫療化發展外，民國 56 年醫師法修正施行後，不僅影響視障按摩業（狹義按摩業），同時也影響按摩相關行業（廣義按摩業），尤其是民俗療法。

二、傳統整復推拿

（一）對整復推拿之折衷方案

傳統整復推拿，其重要源頭乃是國術館之拳頭師傅，而台灣國術主要源自中國大陸。²²⁷拳頭師傅往往兼習傷療技術、膏藥、藥洗等等，而早期醫療資源不足，拳頭師傅也會對一般民眾提供諸如推拿、正骨整復之服務。惟民國 56 年醫師法修正施行後，衛生署於民國 64 年訂頒「國術損傷接骨技術員管理辦法」，接受國術損傷接骨技術員登記，並頒發國術損傷接骨技術員登記證，允許已登記之國術損傷接骨技術員，依中醫師指示從事國術損傷接骨整

²²⁵ 參王育瑜，台灣視障者的職業困境－以按摩業為例的分析，國立政治大學社會學研究所碩士論文，1995 年，頁 40-45。

²²⁶ 參李建良，2008，《經濟管制的平等思維－兼評大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋》，政大法學評論，第 102 期，頁 51。

²²⁷ 參喻淑蘭，醫療專業的變遷與互動－以中醫傷科醫師、國術館拳頭師傅與推拿技術員為例，國立台灣大學衛生政策與管理研究所碩士論文，1998 年，頁 23。

復，²²⁸讓既存已登記之國術損傷接骨技術員保留在醫療體系內，惟後來已停發此證明。

國術館拳頭師傅的知識與技術的傳承，強調醫療技術實際操作的過程而累積經驗，師徒制之個人式學習²²⁹。其主要業務為肌肉骨骼損傷之處理，國術館拳頭師傅之自我定位乃是中醫傷科。²³⁰已登記之國術損傷接骨技術員死亡者，其最近親屬應於10日內向所在地衛生主管機關報告，並繳銷從業執照與登記證。換言之，傳承其技術者並不能傳承其從業執照與登記證，在執業上即產生困難。

按醫師法第28條所稱醫療業務之行為，係指以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為的診察、診斷及治療；或基於診察、診斷結果，以治療為目的，所為的處方、用藥、施術或處置等行為的全部或一部，均屬之。衛生署將民俗療法界定為對運動跌打損傷及人體疾病所為之處置行為，依此一界定來看，顯然民俗療法應屬醫師法第28條所稱醫療業務之行為。

衛生署以民國82年11月19日衛署醫字第82075656號函，將接骨以外之民俗療法公告為「不列入醫療管理之行為」，即是因應相關業者之抗爭所作之折衷，亦即並不給予像國術損傷接骨技術員這樣能從事醫療行為之正式法律地位，但事實上允許其執業，而不當作密醫行為以醫師法加以處罰。只是因為「兼顧社會情況」而將之不列入醫療管理，²³¹而不當作密醫行為以醫師法加以處罰。

故自民國82年起非視障者從事按摩相關行業，只要不用「按摩」兩個字，社政主管機關認其為非按摩業，其管轄機關應為衛生單位；而衛生單位則認其為民俗療法，不列入醫療管理。

衛生署並以民國93年11月23日衛署醫字第0930043158號函將按摩與推拿

²²⁸ 參《按摩業開放後之法制建構規劃》，2010年，孫迺翊主持，勞委會職訓局委託，第二次焦點問題討論會議記錄—整復推拿(民國99年1月15日)，許豐成補充報告記錄。

²²⁹ 參喻淑蘭，醫療專業的變遷與互動－以中醫傷科醫師、國術館拳頭師傅與推拿技術員為例，國立台灣大學衛生政策與管理研究所碩士論文，1998年，頁44。

²³⁰ 參喻淑蘭，醫療專業的變遷與互動－以中醫傷科醫師、國術館拳頭師傅與推拿技術員為例，國立台灣大學衛生政策與管理研究所碩士論文，1998年，頁51。

²³¹ 衛生署，衛署醫字第0910062996號。

加以區分：「按本署公告不列入醫療管理之『傳統推拿手法』、『指壓』及『腳底按摩』等，係對運動跌打損傷及人體疾病所為之處置行為；身心障礙者保護法所稱『按摩』，則係針對健康人以體外之刺激而產生舒適感，以緩解疲勞為目的，爰此，『腳底按摩』及『推拿』等行為與身心障礙者保護法第37條第3項規定並無牴觸。」

（三）衛生署相關推拿業態度

衛生署除以民國82年11月19日衛署醫字第82075656號函將「未涉及接骨或交付內藥品，而以傳統之推拿方法……對運動跌打損傷所為之處置行為」以及「未使用儀器，未交付藥品，或未有侵入性，而以傳統習用方式，對人體疾病所為之處置行為。如藉按摩、指壓、刮痧、腳底按摩……等方式，對人體疾病所為之處置行為」定性為「不列入醫療管理之行為」外，以民國82年12月30日衛署醫字第82082498號函表示其「可由業者自行執行，並無其他資格之限制，亦不須加入任何團體，業者均可自行執行」，顯示出衛生署對於傳統整復推拿放任而「不予管制」之態度。

民俗療法業者只要未宣稱療效，即放任不作任何管理，且因欠缺法律明確規範，主管機關不明，勞委會亦未辦理任何技術士檢定。足部反射療法（即俗稱之腳底按摩）同樣不列入醫療管理行為，不具醫師資格之業者從事腳底按摩業不生抵觸醫師法之問題。

有關證照制度之推動，反而是由傳統整復業者及足部反射療法業者主動發起，希望由政府依該行業工作內涵，建立完整技術評量標準，將從業資格、審核、登記及回訓機制一併納入管理²³²。惟對此政府機關之態度相當消極，僅以相關民俗療法尚無中央目的事業主管機關納入管理法規，業者可自行執業，無須衛生署核發任何證明文件，亦無須任何團體核發證明文件回覆²³³。

²³² 參《按摩業開放後之法制建構規劃》，2010年，孫迺翊、張桐銳共同主持，勞委會職訓局委託，99年1月14日推拿整復師職業工會全國聯合總會訪談紀錄，99年1月28日足部反射療法從業人員訪談記錄。

²³³ 衛生署87年3月13日衛署醫字第87012079號函，勞委會中部辦公室97年8月21日覆中華民國足部反射療法從業人員執業工會聯合會書函。

如何區分按摩相關行業區別，衛生署建議以「目的」及「服務對象」作為區隔，例如傳統推拿手法、指壓、腳底按摩等，係對運動跌倒損傷及人體疾病所為之處置行為，身心障礙者保護法所稱之按摩，係針對健康人以體外之刺激而產舒適感，以緩解疲勞為目的；美容瘦身業之執業範圍受衛生署「瘦身美容業管理規範」，該規範所稱之瘦身容藉手藝、機器、用具、用才、化妝品、食品等方式，為保持、改善身體、感觀之健美，所實施之綜合指導、措施之非醫療行為，瘦身美容之手藝乃將化妝品經手塗抹於外在肌膚，故與視障按摩業之手技並不相同，稽查時如發現未使用瘦身美容器材，卻有運用手技為消費者服務之事實者，即應以身權法第 98 條規定處罰之²³⁴。



²³⁴ 行政院勞委會曾於 97 年 2 月 19 日邀集內政部、衛生署、地方政府及視障團體召開「研商按摩業與其他業別之定義範疇與區隔」會議，上述認定即摘自議程上勞委會就內政部、衛生署歷來所作之函釋之重點整理。

第二節 證照制度及管制模式

壹、管制概念

一、管制概念

(一) 管制概念

國家對人民的管制多出於秩序維護或行為危險性而加以管制。除了國家直接以法律或金錢等手段，對於受管制者直接命令、禁止或引導其行為外，因為受管制系統運作常有獨立性與封閉性，直接指引受管制者之行為，未必能適切地達成管制目的。除了直接之行為管制，也可能以改變或調整系統運作的周邊條件，以影響受管制者行為取向，從而影響系統運作的方向；或者利用系統之自我規制而達到管制目的，稱為「受管制之社會自我規制」。²³⁵

公益的實現上，並非由國家壟斷，也可能經由「社會」之自我規制而達成。如何公私協力達成施政目標，也是國家重要施政重點之一。

(二) 「一般性管制」與「特殊管制」

所謂衛生署民國82年11月19日衛署醫字第82075656號函對傳統整復推拿採放任而「不予管制」，並不表示對於整復推拿業務之實施，法律上之規範完全空白。如果整復推拿之實施不當，使顧客受到傷害，仍有承擔民、刑事責任之問題。所以，所謂「不予管制」並不表示法律上之行為規制完全不存在，而是指國家對於一定之管制對象，並未對於其行為採取一般性行為管制體系以外之特殊管制措施，稱為「一般性之管制」。²³⁶

醫療領域乃是受高度管制之領域，未取得合法醫師資格者，不得擅自執行醫療業務，且不得對外擅稱療效。且限制傳統推拿方法所為之處置行為，

²³⁵ 參張桐銳，合作國家，當代公法新論（中）—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，2002，頁573以下。參張桐銳，2009，《按摩業開放後之管制問題—論大法官釋字第649號解釋談起》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁288。

²³⁶ 參張桐銳，2009，《按摩業開放後之管制問題—論大法官釋字第649號解釋談起》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁293。

必須為「未涉及接骨或交付內藥品」或者「未使用儀器，未交付藥品，或未有侵入性」²³⁷，而且其不得為醫療廣告²³⁸。就此而言，傳統整復推拿等一般管制仍可能受到國家對於其他對象之管制所「波及」，而在實際上受到之管制。

239

所謂「一般性之管制」乃是針對所有國民之管制，「特殊之管制」則是針對特定對象之管制。前者可稱為「消極管制」，並未針對特定管制對象積極地設定行為規範，後者可稱為「積極管制」，即包括決定其執業資格、規範其業務範圍內之行為等等管制措施。²⁴⁰

（三）執業選擇主觀許可限制

證照之取得為如為進入行業之前提要件者，即為執業許可要件，則證照成為職業選擇之主觀許可要件，構成對於人民職業選擇自由之重大限制，從而在憲法上要受到較嚴格之拘束。

按憲法第15條所規定對人民工作權之保障，依制憲原意雖應具有社會基本權之性質，²⁴¹惟大法官之一貫見解則將其保障內容解釋為包括職業自由，而對於職業自由之解釋，則受到德國聯邦憲法法院於「藥房判決」所提出所謂「三階段理論」之深刻影響。以對於視障按摩衝擊甚鉅之大法官釋字第649號解釋來說，「三階段理論」之影響即甚為明顯。²⁴²

藥房判決的基本出發點乃是認為，對於職業選擇自由之限制，相較於對職業活動自由之限制，乃是對於職業自由之較嚴重的限制。國家對於人民職業活動之限制，基於實現一般之公共利益目的，即可正當化該項限制。如果是對於職業選擇自由之限制，由於更嚴重地限制了人民之職業自由，在正當

²³⁷ 衛生署 82 年 11 月 19 日衛署醫字第 82075656 號函。

²³⁸ 衛生署 91 年 9 月 23 日衛署醫字第 0910062996 號函。

²³⁹ 參張桐銳，2009，《按摩業開放後之管制問題－論大法官釋字第 649 號解釋談起》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁 293。

²⁴⁰ 參張桐銳，2009，《按摩業開放後之管制問題－論大法官釋字第 649 號解釋談起》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁 293。

²⁴¹ 大法官釋字第 514 號解釋，黃越欽大法官不同意見書；參吳庚，憲法的解釋與適用，第三版，2004 年 6 月，頁 276 以下。

²⁴² 參張桐銳，2009，《按摩業開放後之管制問題－論大法官釋字第 649 號解釋談起》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁 300。

化之基礎上，就要有更進一步之要求。本案又進一步區分為職業選擇主觀許可限制及職業選擇客觀許可限制，前者為學歷、證照等之限制，後者為當事人無法透過後天的努力而克服之限制，無限制行業之獨占。視障按摩之技術士證取得為執業許可要件，此部分為職業選擇主觀許可限制；但排斥明眼人進入按摩業則為職業選擇客觀許可限制。²⁴³

如前所述，對於按摩相關行業之管制，乃著眼於按摩、推拿以及足部反射療法之危險性，從而管制所擬保護之公共利益乃是消費者之健康，應屬重要之公共利益無疑。不過，在此還須對於危險性部分作進一步之考慮。如果考慮到對於消費者健康之危險性，在此所要考慮的，顯然就是，按摩、傳統整復推拿以及足部反射療法，對於人體之危險。所謂「危險」，應不只是考慮機率，也必須考慮損害發生時之嚴重程度。以推拿與按摩來說，有認為操作不當，或者因專業知識不足，而在不適當之身體狀況下操作推拿或按摩，則可能發生傷害神經或中風的嚴重後果。²⁴⁴因此，對於傳統整復推拿與按摩，採取以證照為職業許可條件之管制措施，應屬適當。至於足部反射療法部分，如果操作不當，最嚴重的危險性似乎就是腳受傷、瘀青、腫起來，甚至骨膜發炎，並沒有對於健康之嚴重後果，且發生的可能性也不是很高。²⁴⁵因此，足部反射療法無須採取以證照為職業許可條件之管制措施。不過，這並不表示反對於足部反射療法採行證照制度，只是不以證照的取得作為職業之許可條件，其意義主要在於為消費者提供資訊。按在當代風險社會，對於各種危險或風險的資訊依賴甚深。以足部反射療法來說，由於操作簡單，從業人員進入這個行業的門檻很低，因此以證照作為業者具備一定專業知識與技術能力之證明，作為消費者消費時之參考，應有其必要。但有關推拿之預防性管理部分，後來衛生署僅採一般管制而已，未以預防危險發生之態度採積極管制方式。²⁴⁶

²⁴³ 參張桐銳，2009，《按摩業開放後之管制問題－論大法官釋字第 649 號解釋談起》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁 300。

²⁴⁴ 參鍾佩珍，不當推拿、按摩後遺症，長春月刊，第 230 期，2002 年 5 月，頁 114。

²⁴⁵ 參《按摩業開放後之法制建構規劃》，2010 年，孫迺翊、張桐銳共同主持，勞委會職訓局委託，第 4 次焦點問題討論會議記錄－足部反射療法(99 年 1 月 28 日)，陳明仁發言紀錄。

²⁴⁶ 參張桐銳，2009，《按摩業開放後之管制問題－論大法官釋字第 649 號解釋談起》，收於：

貳、證照制度

專業知識與技術能力之管制手段主要透過證照加以證明。關於證照所要考慮者，首先是證照的取得是否應為進入行業之前提要件，即是否列為執業許可要件？其次是證照核發是否一定要由國家核發？

一、專門職業及技術人員考試

所謂醫師，依醫師法第2條至第4條規定，指（西）醫師、中醫師與牙醫師，醫師之執業要件有三：經醫師考試及格領得醫師證書、向地方政府登錄並加入公會（第1、6、8、9條）。而醫師、中醫師與牙醫師之應考資格為大學相關醫學系畢業領有畢業證書者²⁴⁷，換言之，「教、考、用」制式流程，透過教育體系、國家考試與執業要件三個環節之配合，奠定了我國醫療行為管制之基本架構。

屬於醫療行為範疇之行業，法律給予高度規範設定進入醫療相關行業之門檻，包括從業人員必須通過國家考試，而參加國家考試者有一定之學歷要求，其意味著教育體系設有相關系所提供養成教育；國家考試及格後必須向主管機關登錄、加入公會始得執業；教育、考試、執業形成一相互連貫銜接之體系。

由於「教、考、用」的制式途徑乃是我國確保專門職業及技術人員專業知識與技術能力之主要機制，且醫療涉及人民健康，尤其不能馬虎，因此即使是基於諸如視障者工作權保障之重大理由，而有另創特殊途徑之必要（如「醫療按摩」），此一特殊途徑就專業知識與技術能力之確保，在功能上也應盡量貼近「教、考、用」的制式途徑。應考慮建立適合視障者之特殊教育管道，包括設立專門之訓練機構，並由考試院辦理特殊的考試。但仍需要有特別立法，對於相關環節直接於法律中明定。

勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁 302-303。

²⁴⁷ 參考試院依「專執業及技術人員考試法」第 5 條授權所訂定之「專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師考試分試考試規則」及「專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師考試分試考試應考資格表」。

二、技術士技能檢定

技術士技能檢定及發證辦法第 1 條規定：「本辦法依職業訓練法第 33 條第 2 項規定訂定之。」第 5 條規定：「技能檢定職類分為甲、乙、丙三級，不宜分三級者，定為單一級。」第 6 條規定：「年滿 15 歲或國民中學畢業者，得參加丙級或單一級技術士技能檢定。」

關於證照還須考慮者，證照是否應由國家核發。目前按摩相關行業相關證照之核發，由國家核發者有丙級按摩技術士證以及乙級按摩技術士證。視障者須取得按摩技術士證，始得申請按摩執業取可證，故按摩技術士證實質上為按摩之職業許可要件。

值得注意的是，乙級按摩技術士證具有雙重性質。按取得乙級按摩技術士證並不以取得丙級按摩技術士證為前提，若視障者直接取得乙級按摩技術士證，並進而申請按摩執業取可證，則乙級按摩技術士證之取得即在於滿足按摩之職業許可要件。若視障者已有丙級按摩技術士證，並據此取得按摩執業取可證，則其俟後取得乙級按摩技術士證，其意義即僅在於取得較高之專業知識與技術能力證明。再者，取得乙級按摩技術士證雖是申請理療按摩執業許可證之前提要件，惟「理療按摩」本身並非一種職業，故取得乙級按摩技術士證並不因作為申請理療按摩執業許可證之前提要件，而成為職業許可要件。

三、民間發給證照

至於傳統整復推拿與足部反射療法之相關證照，並無由國家核發者。目前傳統整復推拿職業工會全國聯合會辦理「傳統整復推拿技術技能評鑑」考試，限定其會員中有參加其開辦之192小時在職訓練班而結業者或術科老師，始得參加，考試及格者，由該全國聯合會發給「傳統整復推拿技術技能評鑑」合格證書。²⁴⁸足部反射療法部分，目前中華足部反射區健康法協會提供有意從事足部反射療法作為其職業者，100小時之付費專業訓練課程，課程結束

²⁴⁸ 參《按摩業開放後之法制建構規劃》，2010年，孫迺翊、張桐銳共同主持，勞委會職訓局委託，第二次焦點問題討論會議紀錄—整復推拿(民國99年1月15日)，蔡世瑋報告紀錄。

後，學員得報考該協會所辦理之「足健員檢定」測驗，通過測驗者，由該協會頒發「足健員檢定」合格證書。²⁴⁹不論「傳統整復推拿技術技能評鑑」合格證書或「足健員檢定」合格證書，皆非職業許可要件。

四、其他可能性

由以上對於按摩相關行業目前之證照發給情形來看，大致上，作為職業許可要件之證照乃由國家核發，至於非作為職業許可要件之證照則由民間團體頒發。是否由國家核發，代表著國家之介入程度。在國家之完全介入以及完全放任之間，其實還可以有多種可能性，例如：²⁵⁰

(一) 以國家名義核發，但由民間團體辦理（作為職業許可要件）；

(二) 國家委託民間團體行使公權力，民間團體因此得以自己名義核發國家證照（作為職業許可要件）；

(三) 由民間團體頒發證照，但國家承認業者得據此申請執業許可證（作為職業許可要件）；

(四) 由民間團體頒發證照，非作為職業許可要件，但國家規定證照的頒發所應受之訓練內容與訓練期間長短。

這些管制手段之選擇，立法機關享有相當之選擇自由。主要考慮相關業務實施行為之危險性，以及是否盡量尊重社會之自我規制。以目前的前況來說，對於按摩以及足部反射療法，管制手段大致上符合危險性之考量而切合管制目的。對於傳統整復推拿則有明顯管制不足之嫌。在大法官釋字第649號解釋以後，對於按摩與傳統整復推拿之管制應予拉平，更屬明顯。對於明眼人從事之「推拿」與視障者從事之「按摩」，應如合加以管制才是合憲？有進一步探究之必要。²⁵¹

²⁴⁹ <http://www.cfra.org.tw/index01.htm>（2010/5/16）

²⁵⁰ 參張桐銳，2009，《按摩業開放後之管制問題－論大法官釋字第649號解釋談起》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁304。

²⁵¹ 參張桐銳，2009，《按摩業開放後之管制問題－論大法官釋字第649號解釋談起》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁304。

五、小結

按摩師究竟應循大學科系或一般職業訓練系統養成，為期多久、課程內容為何，端視各該國家是否將按摩視為醫療相關工作以及該項證照之性質而定。

以此檢視我國目前按摩師之養成，如前所述，在我國目前醫療法規之限制下，僅允許非醫療性之保健按摩存在，證照制度為技術士層級，與之相搭配之訓練養成體系，在先天失明者於啟明學校畢業者取得高職學歷，後天失明者進入重建院，尚無大專院校設有相關科系；理療按摩之定位更為曖昧不明，從「視覺功能障礙者從事按摩及理療按摩資格認定及管理辦法」似乎有意將其提升為醫療性行為，惟該辦法第6條並未設有所謂的「理療按摩技術士證」。

在專技人員「教考用一體」的邏輯下，理療按摩既無教、考制度，上述管理辦法第12條「公私立醫療機構進用或轉介」之規定自然成為具文，也因此所有取得理療按摩執業許可證之視障者，仍被拒絕於醫療機構之外。²⁵²

依「專門職業及技術人員考試法」第3條、第9條及第10條之規定，專門職業與技術人員考試分為高考、普考與初考三等，參加高考須為大專相當科、系、所畢業者，普考之應考資格則為公私立高級職業學校相當科、系、所畢業者，由此以觀，目前按摩已有高職層級的養成教育，法制上似不排除將按摩技術士證照提升至專門職業及技術人員證照。惟「專門職業及技術人員高等暨普通考試醫事人員考試規則」第2條規定，各類醫事人員普通考試如物理治療生、職能治療生考試自民國100起停辦，護士考試自民國102年起停辦，亦即醫事人員專門職業及技術人員考試未來將只舉辦高等考試，不舉辦普通考試。依此政策方向，若欲將理療按摩定性為醫療領域之專門職業及技術人員，使視障者得以進入醫療機構工作，必須同步建立相關之大專科系。

²⁵² 參《按摩業開放後之法制建構規劃》，2010年，孫迺翊、張桐銳共同主持，勞委會職訓局委託，頁56-57。

第三節 後釋字第649號時代之管制

壹、釋字第 649 號後之抗爭

大法官於民國 97 年 10 月 31 日釋字第 649 號解釋理由書中特別強調：「隨著社會發展，按摩業就業與消費市場擴大，系爭規定對欲從事按摩業之非視障者造成過度限制」所以，大法官肯定追求對視障者就業促進「實質平等」原則與精神，但對於非視障者就業及消費者與供給者之權益應兼顧，相關限制應符合比例原則。因相關配套措施均須縝密之規劃與執行，故系爭規定應自本解釋公布之日起至遲於屆滿 3 年時失其效力。

自本號解公布後，在社會上引起不小的回應，尤其是對全國 5 萬名視覺障礙者和全國 5,000 餘名視障按摩者而言（當時據勞委會統計實際有證照者近 3,000 人），這號解釋將會對他們作權和生存權有重大的衝擊。因此，不僅在解釋公布後隔日，國內媒體均以相當篇幅來報導此事件外²⁵³，民國 97 年 11 月 21 日更有近 2,000 位視障按摩師聚集在自由廣場，上街頭爭取工作權，並要求政府應保障其生存權²⁵⁴。各縣市有 14 個視障按摩職業工會，11 個盲人福利協會和 200 個身心障礙者聲援團體，共同向行政院表達 5 項訴求，即：1.立即研議尋求大法官再解釋的機會。2.透過補助視障者按摩開業、獎勵僱用及定額僱用等措施，立即研議視障按摩的工作保障措施。3.協助視障按摩業者接受按摩在職及進階訓練及經營管理教育，以提升產業價值。4.加強中途失明者之生活重建、定向訓練、職業重建及轉業輔導等機制。5.立即由行政院成立視障按摩工作權益保障因應小組，訂定政府各目的事業主管機關，因應此一衝擊的政策目標，並列管監督政策落實情形。²⁵⁵

²⁵³ 聯合報（2008/11/01），視障才能按摩 大法官說違憲。排除明眼人 違反平等、工作權 最慢 3 年後 明眼按摩合法化，A6 版。中國時報（2008/11/01），3 年後 非視障者的從事按摩業。中國時報（2008/11/01），視障團體：讓弱勢擠壓更弱勢。勞委會民國 97 年 12 月統計，視障按摩丙級證照發給數為 3,217 人、乙級證照發給數為 418 人。

²⁵⁴ 參自由電子報（2008/11/22），視障按摩者上街頭爭取工作權。
（<http://www.libertytimes.com.tw/2010/new/jan/6/today-life7.htm>；最後瀏覽日：2013/04/30）

²⁵⁵ 參大法官破我飯碗、視障者馬上沒工作，視障界 爭工作、求生存，苦勞網（最後瀏覽日：2013/05/06）。

民間社團莫不以該號大法官解釋已扼殺了視障者之生存權及工作權，並強力批評該號解釋。認為該號解釋在政府和社會未給予視障者足夠的機會和資源，亦未深入瞭解該等解釋方式會對視障者造成什麼樣潛在的傷害下，即斷然宣布該規定違憲，是一個不負責任的作法。²⁵⁶

貳、大法官解釋後政府修法回應

一、刪除視障按摩執業登記

因為按摩業開放給任何人後，對於身障者經營按摩業是否有需將技能檢定列為執業許可要件之一，則有討論之必要？身心障礙者權益保障法第 46 條第 3 項於釋憲時規定：「視覺功能障礙者從事按摩或理療按摩，應向執業所在地直轄市、縣（市）勞工主管機關申請按摩或理療按摩執業許可證。」之內容，於民國 100 年 2 月 1 日修正時刪除此規定。

目前按摩業已可以為商業登記，故主管機關對按摩業者為相關補助，可依營業登記情形加以確認是否為按摩業者身分。視障所取得之按摩技術證，已非執業許可要件，僅具能力證明功能。

二、保留 5 大視障按摩地點及增加新職類

為回應大法官之要求，多次修法（計調整 45 條），變動幅度很大。對於大法官要求「保留適當之就業機會等促進就業之多元手段採行具體措施」之要求部分，法規調整內容如下：

（一）保留 5 大視障按摩地點

於身權法第 46 條第 5 項保留「醫療機構、車站、民用航空站、公園營用者及政府機關（構）」5 大地點持續列為視障按摩業保留之範圍，並給予場地租金優惠²⁵⁷。

²⁵⁶ 參大法官，請你幫我找工作，苦勞網（<http://www.cooloud.org.tw/>；最後瀏覽日：2013/05/06）。

²⁵⁷ 因此規定為部分限制執業範圍，非之前對非視障者全面限制視障按摩禁止，故僅屬職業執行活動之限制，只需一般公益，即可通過違憲審查標準。

(二) 增加話務接聽新職類

增加身權法第 46 條之 1 規定：「政府機關（構）及公營事業自行或委託辦理諮性電話服務工作，電話值機人數在十人以上者，除其他法規另有規定外，應進用視覺功能障礙者達電話值機人數十分之一以上。」將行政機關電話接聽之人員，保留一定比例給供視障者就業促進，此為開發視障者新職類保留之規定。

參、監察院提出糾正案

一、原按摩及按摩相關行業管制密度相異

原按摩及按摩相關行業管制密度不同，造成一個弔詭的結果：應受到特殊保障之視障者從事按摩業，受到執業許可要件之管制；相較於視障按摩業，明眼人所從事之推拿整復與足部反射療法（腳底按摩）等與按摩類似之手技工作，由於所謂「不列入醫療管理」，實際上乃是完全不加管理，明眼人得從事推拿及腳底按摩而無須任何證照及執業許可，並無執業許可要件之管制。換言之，同樣從事在人體上施加手技之工作，弱勢之視障者反而受到高度管制，明眼人反而不受管制，是否合理？

在原身心障礙者權益保障法第 46 條第 1 項因大法官釋字第 649 號解釋而失效後，明眼人從事按摩不再受到任何限制，如果對於按摩業不作調整，這種不合理之管制狀況將更為加劇。

二、監察院糾正案

(一) 監察院糾正理由

監察院於民國 99 年 3 月 3 日提出第 0980801075 號糾正調查報告，認為：「行政院衛生署 82 年間將民俗調理行為不列入醫療管理行為所公告內容之文義顯有錯誤，且多年來對於該等行為之安全及品質把關機制付之闕如，監督管理措施故步自封，確有違失，爰依法提案糾正。」

監察院之糾正案文指出，由於衛生署將民俗調理行為不列入醫療管理，而放任民俗調理從業人員執業之行為，而產生一些現象：

(1) 對於坊間林立之刮痧、推拿、腳底按摩機構家數及從業人員數自未予蒐集資料進行統計分析，當無法瞭解民俗調理行為於國內實施之現況。

(2) 對於民俗調理機構之設立標準、人員訓練均未訂有相關之規範，執業品質參差。

(3) 對於業者有無以民俗調理行為之名卻執行實質醫療行為之實，目前未有機制進行主動查察，僅於發生糾紛後介入處理。

(4) 對於坊間民俗調理課程或從業人員資格未予認證或核發證書、證照，坊間團體自行核發之證明，從醫事法規管理角度而言，尚無具法律效力，惟相關民俗調理團體引用衛生署字號發給所屬會員證書，亦僅去函內政部予以輔導，或要求相關團體刪除引用字號，卻仍有誤導民眾之虞。

(5) 對於民俗調理行為不承認係醫療行為之原因在於其缺乏科學根據證明具有療效，然多年來卻未針對其效用及安全性，進行科學實證分析證明，使相關爭議始終未能釐清。

監察院所指出之這些現象，一部分與醫療管制有關。就此，監察院指出：「民俗調理行為……依據衛生署82年間之公告，亦是對人體疾病所為之處置行為，故各行為之本質仍屬攸關醫療或健康、衛生之業務範疇，衛生署僅以行政命令即將民俗調理行為視為非醫療行為，已為不當」。在此，監察院不無認為，民俗調理行為應受醫療管制，而因衛生署82年間之公告不列入醫療管理，而在實務上產生一些不當現象，例如對於業者如有以民俗調理行為之名卻執行實質醫療行為之實，未有主動查察機制之問題，以及坊間團體自行核發之證明有誤導民眾之虞的問題。²⁵⁸

不過，監察院應該也沒有因為認為民俗調理行為具醫療行為之性質，就認為應禁止不具醫師資格之業者實施民俗調理行為。此從監察院引述國際間之作法，可以看得出來：「觀諸國際間近年來對於輔助及替代醫療之管理，非但以實證醫學研究證明其有無療效，且對從業人員教育訓練課程予以規劃，並由國家實施或委託民間團體辦理考試及建立資格認定標準。」顯然，

²⁵⁸ 參張桐銳，2009，《按摩業開放後之管制問題－論大法官釋字第 649 號解釋談起》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁 293-294。

監察院並不建議禁止從業人員實施民俗調理行為，而是積極地規劃教育訓練課程，並辦理考試及建立資格認定標準。由前揭現象（1）、（2）、（5），也可以看出監察院希望對於民俗調理機構之設立標準以及人員訓練訂定相關規範，積極地加以管制，以確保執業之品質，從而得蒐集資料進行統計分析，以瞭解民俗調理行為於國內實施之現況，並從而可能對其效用及安全性，進行科學實證分析證明。²⁵⁹

肆、衛生署對監察院糾正後之回應

一、「民俗調理之管理規定事項」將推拿推向「去醫療化」

監察院認為「所公告內容之文義容有錯誤，多年來對於該等行為之安全及品質把關機制付之闕如，監督管理措施故步自封，確有違失」而提出糾正案，衛生署隨即於民國99年3月15日以衛署醫字第0990200636 號函公告訂定「推拿等民俗調理之管理規定事項」，並於同日以衛署醫字第0990200635號函公告，衛生署民國82年11月19日衛署醫字第82075656號公告停止適用。

衛生署所公告「推拿等民俗調理之管理規定事項」，內容如下：「一、單純對人施以傳統之推拿、按摩、指壓、刮痧、腳底按摩、收驚、神符、香灰、拔罐、氣功與內功等方式，或使用民間習用之外敷膏藥、外敷生草藥、或藥洗，所為之民俗調理行為，不得宣稱醫療效能。二、前項行為如以廣告宣稱醫療效能，依醫療法第84條、第87條等有關規定處分。」

此一管理規定事項首先引人注目的是，不再稱民俗「療法」，而稱民俗「調理」，也拿掉了「對運動跌打損傷所為之處置行為」以及「對人體疾病所為之處置行為」等字眼，顯示出衛生署要將民俗調理徹底地非醫療化。且以民國99年於4月15日衛署醫字第0990207052號令，修正「推拿等民俗調理之管理規定事項」，名稱改為「民俗調理之管理規定事項」，在內容上則只是將「推拿」兩字刪除。²⁶⁰

²⁵⁹ 參張桐銳，2009，《按摩業開放後之管制問題－論大法官釋字第 649 號解釋談起》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁 295。

²⁶⁰ 參張桐銳，2009，《按摩業開放後之管制問題－論大法官釋字第 649 號解釋談起》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁 310。

衛生署另以民國101年於5月29日衛署醫字第1010206672號令，修正「民俗調理之管理規定事項」，內容調整為「一、以紓解筋骨、消除疲勞為目的，單純對人施以傳統整復推拿、按摩、指壓、刮痧、腳底按摩、拔罐等方式，或使用民間習用之外敷膏藥、外敷生草藥、或藥洗，所為之民俗調理行為，不得宣稱醫療效能。二、前項行為如以廣告宣稱醫療效能，依醫療法第84條、第87條等有關規定處分。」²⁶¹

依衛生署衛署醫字第0990007493號函「民俗調理推拿，係以傳統習用方法，或者運用手技造成人體外之刺激，幫助他人緩解疲勞，調理身體為目的之行為，注重技巧之實施及制式服務內容，因不涉及醫療專業之評估，非屬醫療行為。」也就是說向來傳統整復推拿師所提供之服務，不僅在實質內容上，從「對人體疾病所為之處置行為」變為「幫助他人緩解疲勞，調理身體為目的之行為」，此一界定已與前揭衛生署對於視障「按摩」界定，相當接近。

二、訂定「傳統整復推拿人員執業管理要點」

衛生署民國101年4月30日函頒之「傳統整復推拿人員執業管理要點」，其第2點規定：「本要點所稱傳統整復推拿人員，指以紓解筋骨、消除疲勞為目的，未經診察程序，於醫療機構外之場所，執行推拿業務之人員。」第3點規定：「傳統整復推拿人員執行業務場所，得依公司法、商業登記法規定，辦理公司、商業登記，並得使用『傳統整復推拿』作為市招名稱。」第4點規定：「傳統整復推拿人員執行業務，應以下列方式為之：（一）不得從事醫療行為。（二）不得從事醫療廣告。（三）不得為易讓人誤認為具有醫療效能之建議或宣傳。（四）不得申報全民健康保險醫療費用。（五）不得從事藥品調劑業務。（六）不得販賣或意圖販賣而陳列藥品、醫療器材。（七）不得以不正當方法招攬客人。（八）所穿著之衣服應與醫事人員有所不同。（九）於執行業務時應配戴標示有『傳統整復推拿』之識別證。（十）

²⁶¹ 參張桐銳，2009，《按摩業開放後之管制問題－論大法官釋字第649號解釋談起》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁310。

執行業務之處所不得與醫療機構同一地址。」第 6 點規定：「傳統整復推拿人員不得受聘僱於醫療機構，從事依法應由中醫師執行之中醫傷科推拿業務。」第 10 點規定：「本要點自中華民國 101 年 5 月 1 日開始實施。」

由上規定可知傳統整復推拿人員所為之民俗調理行為，不是「醫療行為」，主要目的在紓解筋骨、消除疲勞。依衛生署中醫藥委員會中醫藥資訊網之內容，中醫診所內所見的傷科推拿，乃由中醫傷科醫師為了治療病人為目的，親自進行推拿診療工作。傳統整復推拿館中的推拿，主要目的在紓解筋骨、消除疲勞，該手法不得深入筋骨關節，不能宣稱醫療效能，且不得受聘僱於醫療機構。違反者依「傳統整復推拿人員執業管理要點」第 7 點規定：「……如發現有違反醫療法、醫師法、物理治療師法、藥事法、藥師法、全民健康保險法或消費者保護法相關法令之規定者，應依各該法令處辦。」

三、未將技能檢定列為民俗調理執業許可要件

推拿與按摩手技相近，且依衛生署所訂定之「民俗調理之管理規定事項」及「傳統整復推拿人員執業管理要點」，傳統整復推拿已接近於明眼人之按摩。

原身心障礙者權益保障法第46條第3項規定：「視覺功能障礙者從事按摩或理療按摩，應向執業所在地直轄市、縣（市）勞工主管機關申請按摩或理療按摩執業許可證。」之內容，已於民國100年2月1日修正時刪除此規定。

衛生署亦未將技能檢定列為民俗調理之執業許可要件，職訓局也未辦理明眼人相關技能檢定考試科目（民俗調理技能檢定證等），且未規定應技能檢定通過為執業許可要件，得逕為公司或商業登記情形。即目前視障按摩及明眼人所為之傳統整復推拿人員都非以取得技能檢定證列為執業許可要件，技能檢定證僅具能力證明功能。

所以衛生署應將傳統整復推拿人員定位為非醫療行為，以社會自我規制方式採一般管制模式，未將技能檢定列為執業許可要件，不採職業選擇主觀許可限制之方式，但此處因醫療法規為高度管制之法規，一般管制仍可能受到此等法規之管制之波及。即如果傳統整復推拿人員為醫療行為，也會涉醫師法第 28 條刑事責任問題。

勞委會並以民國101年2月21日「澄清蘋果日報刊載按摩職類技能檢定相關事項」新聞稿表示：自100年11月1日起，一般民眾均得從事按摩工作，目前按摩工作並無須持相關證書或證照始得從業或執業之規定，故是否開辦明眼人按摩職類技能檢定，並未損及民眾從事按摩職業的工作權。視障按摩依身心障礙者權益保障法第46條第3項及視覺功能障礙者按摩工作輔導及補助辦法第9條規定，已取得按摩技術士證，並經營按摩或理療按摩工作之視覺功能障礙者，始具補助資格。故勞委會對視覺功能障礙者，賡續辦理視障者之按摩職類技能檢定。其技能檢定為能力證明及補助標準。至民俗調理（廣義按摩）從業人員所涉及之服務內容，應依照其從業人員所提供之服務本質，分別由各該主管機關加以管理。如有品質認定之需，得由相關民間團體藉由自主、自律方式辦理相關之訓練及認證，以促進其產業發展；倘該民俗技能已發展成熟，到一定程度，再進一步考量是否建立相關證照制度。故未來按摩業是否建立證照制度，由其主管機關（衛生署）決定為宜。²⁶²

伍、理療按摩制度之檢討

一、理療按摩制度之引進

民國56年在醫師法修正施行後，視障者便被禁止從事針灸與電療等醫療行為，盲校的相關課程被迫取消。正當西醫物理治療與中醫開始興起並建立教育體制的同時，許多視障者過去可以從事的工作（補魚靠人力時代）卻因機械化與現代化而逐漸消失。

民國86年大幅修正殘障福利法，並將名稱改為「身心障礙者保護法」時，於第37條第2項引進理療按摩制度。第37條第2項規定：「視覺障礙者經專業訓練並取得資格者，得在固定場所從事理療按摩工作。」同條第3項規定：「前項資格之認定、輔導辦法、執行事項及第一項按摩業管理規則，由中央主管機關會同中央衛生主管機關定之。」依據此一授權，內政部會同衛生署訂定

²⁶² 參全國就業e網 身心障礙專區，2012/2/21「澄清蘋果日報刊載按摩職類技能檢定相關事項」新聞稿。

「視覺障礙者從事理療按摩資格認定及管理辦法」。²⁶³

二、理療按摩是否為醫療行為

理療按摩之核心爭議在於其是否為醫療行為，亦即視障者可否於醫療院所為病患提供理療按摩服務，並宣稱其具有療效？如前所述，日據時代引進視障按摩當時，按摩具有醫療行為之性質，後因新醫師法之施行而非醫療化。視障按摩業者一直爭取按摩能被承認為醫療行為，惟並未能獲得衛生主管機關之支持。

新設立的中西醫學校培養出來的專業人員，取代了昔日視障理療師的工作，但是卻一直不願意招收視障學生。他們所用的理由不外乎視障者無法上某些課程（如大體解剖），或說物理治療畢業生本身都大量失業了，因此無法再招收視障生。高雄市按摩業職業工會理事長朱勝喜於民國 93 年 3 月 9 日上書教育部時，建議「醫學復健系定額招收視障生」，但教育部的回復卻是用大學自治回復。

三、反映了視障按摩醫療化的希望

依勞委會會同內政部與衛生署訂定「視覺功能障礙者從事按摩或理療按摩資格認定及管理辦法」第7條之規定，視障者要從事理療按摩工作，在專業條件上，必須具備中央主管機關核發之乙級按摩技術士證，以及公立或立案之私立學校修習理療按摩相關專業技術領得之證書，或參加政府機關自行或委託辦理之理療按摩專業訓練領得之證書。同辦法第13條要求「主管機關應協調教育主管機關加強視覺功能障礙者從事理療按摩工作之養成教育或推廣教育，並得以開設理療按摩學分班次之方式辦理」。

教育部相應地定有「教育部鼓勵大學院校開辦視障理療按摩學分班教學相關設備補助原則」。惟實際上僅中山醫學大學曾短期辦理過學分班，因此取得乙級技術士證照之按摩師，即使想從事理療按摩，也欠缺進修管道。

²⁶³ 參張桐銳，2009，《按摩業開放後之管制問題－論大法官釋字第 649 號解釋談起》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁 3163。

「資格認定及管理辦法」第4條第2款將理療按摩界定為「運用按摩手技或其輔助工具，為患者舒緩病痛或維護健康之按摩行為」，相對地於同條第1款將按摩界定為「運用輕擦、揉捏、指壓、扣打、震顫、曲手、運動及其他特殊手技，為他人緩解疲勞之行為」，由「患者」、「舒緩病痛」以及「維護健康」等用語，突顯出醫療之色彩。同辦法第5條第3項規定：「理療按摩工作者，得在醫療機構從事理療按摩工作」，第12條規定：「各公私立醫療機構得轉介領有理療按摩執業許可證之視覺功能障礙者為其患者提供理療按摩服務，或依本法第38條規定進用領有理療按摩執業許可證之視覺功能障礙者從事理療按摩工作」，似乎也顯示出將理療按摩納入醫療行為之意思。

惟理療按摩師提供之按摩服務並無需醫師處方，也不在健保給付範圍內，即清楚表現出來。尤其「資格認定及管理辦法」第7條所表現出，對於理療按摩師養成之超低度管制，令人難以理解。

總而言之，少數取得理療按摩執業許可證之理療按摩師，並非從事與按摩不同之另一行業的從業人員，而只是取得了一項對於其在按摩行業上專業知識與技術能力之品質證明。

陸、相關管制建議

一、專業能力養成

(一) 應由國家設立專門視障職業養成按摩教育訓練機構

在從業人員職業養成之管制上，所要考慮的問題是，是否要由國家設立專門之職業養成教育機構以提供職業養成教育？對此，首須釐清的是，啟明學校所提供者，乃是對於視障者之特殊教育，並非專門針對按摩之職業養成，其雖設有復健按摩科，但其對於啟明學校之學生而言，只是選項之一，而且能就讀者也只限於先天失明者，因此其只能發揮部分之按摩職業養成教育機構之功能。至於盲人重建院與盲人重建中心，並非由國家設立。

從歷史的角度來看，視障按摩之引進本就是鑒於視障者以工作謀生之困難，²⁶⁴因此由國家提供視障者按摩職業養成訓練，乃是對於視障者之特殊的

²⁶⁴ 關於視障按摩之濫觴，參閱：邱大昕，被忽略的歷史事實：從視障者工作演變看大法官釋

職業促進措施。在明眼人則無這一層考慮。換言之，基於憲法增修條文第10條第7款所要求，國家應保障身心障礙者「教育訓練與就業輔導」，「並扶助其自立與發展」，由國家提供視障者按摩職業養成訓練，具有一定程度之規範上必要性。至於提供的方式，目前除啟明學校外，主要透過委辦的方式，利用民間的力量來提供。這種方式固然未必會被認為不足以達成憲法增修條文第10條第7款之要求，但由國家設立按摩職業養成之專門教育機構，來對於視障者之按摩職業養成教育作較全面規劃與處理，應值得考慮。

（二）對明眼人提供按摩養成訓練？

至於國家是否要提供明眼人按摩相關之職業養成訓練，則純屬政策上之考慮。亦即國家固然也可以提供明眼人相關之職業養成訓練，但並非非提供不可。即使決定要提供，對於提供之方式，立法機關也有廣泛之決定餘地。

因為明眼人所能取得相關之職業養成訓練的來源相當多元，甚至可依其能力而進入物理治療相關科系或中醫傷科就讀，而獲得更為制度化的相關職業養成訓練，故對明眼人提供按摩養成訓練，其正當性會被質疑。因此，目前實務上國家對於傳統整復推拿，僅以對於在職訓練課程之補助作低度之介入，尚無不妥。

不過，這並不表示國家可以對於人民進入推拿行業，完全不作養成訓練上之管制。基於安全與品質之管制目的，國家不應對於從業人員之養成完全置之不理。國家即使對於養成過程完全不介入，也要確保從業人員進入行業時，具有足夠之專業知識與技術能力。此涉及專業知識與技術能力之證明問題。

二、統一或分立管制

如前所述，衛生署未將技能檢定列為民俗調理之執業許可要件，職訓局也未辦理明眼人相關技能檢定考試科目（民俗調理技能檢定證等），得逕為公司或商業登記情形。即目前視障按摩及明眼人所為之傳統整復推拿人員都

字第 649 號解釋，社會政策與社會工作學刊，第 13 卷第 2 期，2009 年 12 月，頁 59 以下。

非以取得技能檢定證列為執業許可要件，技能檢定證僅具能力證明功能。

雖原身心障礙者權益保障法第 46 條第 3 項規定：「視覺功能障礙者從事按摩或理療按摩，應向執業所在地直轄市、縣（市）勞工主管機關申請按摩或理療按摩執業許可證。」規定已刪除，但因為身障按摩之技能檢定仍持續由國家主持。可見視障按摩與傳統整復推拿人員目前是屬分管之狀態。

推拿與民俗調理之管制密度已相同，但民俗調理未將技能檢定列為執業許可要件，對於危險控管僅依醫師法等波及之法規加以管理，是否足夠可能有些疑義。但本文認為其實違反之法律效果是足夠的，只是僅只於商業登記加以管理，衛生署仍未進一步加以預防管理，此為不足之處。

三、公私協力提升競爭力

證照為技術能力之證明，雖然對其設為執業許可限制，可能侵犯到人民職業選擇自由，但在考照當中，確實能讓進入該行業者有一定的準備，有助於專業能力之提升。所以即使國家未將某證照列為執業許可要件，也應對於執業者之能力有一定的管理，以助產業的提升。如何公私協力，透過各種證照的核發，符合產業用人需求，是未來提升國家競爭力的重要方向之一。以下有關汽車技能檢定制度工商時報於民國 101 年 1 月 30 日邀請產官學之研討會²⁶⁵，頗具啟發性。其中與會理事長柯育沅表示：「目前發現所持有乙丙級的證照制到業界時仍不敷使用及採納，因公部門檢測設備及審核辦法均無法順應全球車輛日新月異的速度，建議增加認證單位以供市場選擇，更重要的是符合業界需求。」張火燦教授表示：「政府辦理證照制度是對專業技術的肯定，是勢必的趨勢；目前業界亦同辦理各項認證，例如：電腦、專業行銷等認證，並非由政府相關單位辦理，全由學生自費學習取得認證，在取得證照後業界較易認聘，以車業傳授較著重實務，當取得證照後即可上工。就目前汽修甲乙丙級證照，確實與業界認定有落差，如何去填補這個落差，應由政府單位提撥經費，由各車種廠牌去規範核定甲乙丙各類證照標準。」

²⁶⁵ 參工商時報，2012/1/30「證照制度 應符合產學需求」新聞稿。

名譽理事長莊永長：「目前證照制普及，建議讓各縣市汽車保養公會能夠開立具備考照資格的相關證明文件，讓有技術及實力的會員們都能參與考試取得證照。但目前應考單位只有北中南三地，既然政府要落實證照制度，應以便民的方式進行，或藉由產學合作方式來實施較能顯現成果。」

大葉教授張舜長：「以學校立場而言，希望培養考取證照的學生能被業界聘用，但接觸過國產車廠後，發現學生所得到的丙乙級證照並未被重視，因各車廠均自有一套訓練稽核系統，導致學生考證只能升學用途，無法受到業界認同。倘若由各廠牌自行辦理考證制度，學生便可多方應試各車廠證照促進就業空間。政府國考目前考題部分過於制式化，考題重點應讓學生有國際化能力，如車輛操作手冊均為中英編印，在考題中增加車件英文能力訓練，藉以提升技師證照語文基礎。」朝陽科大教授陳玄愷：「中辦現已有擬定將部分證照釋出讓一些民間團體來辦理認證；但不管釋放與否都應設命題委員會，相關業界也都應參與命題委員會，讓考照命題較為周詳縝密；業界也應去了解政府部門在轉換過程中，參與修正、制定，以減少其落差。」

勞委會中辦科長吳杏瓶：「國內『證』跟『照』是採分管；『證』是技術的證明，『照』則是指執業的資格獨立作業，目前認證部分已在職業訓練法修正中，未來中央目的事業主管機關以及全國性的專業團體，申請技能職業測驗能力認證，只要經過審查認證合格的單位，就可辦理技能職類的測驗及發證。由全國性團體或職業類可受理申請認證，待子法公布實施。而技能檢定跟競賽是不同，是以競賽與技能裡挑出最優秀人力，但技能檢定則針對受評者是否達到標準之上，所以技能檢定不以及格率為主。以丙級而言，這是基本技能的培養，汽修科在校生，可透過此檢定來測試學習成果，亦可增加技能的熟練度，有助未來就業。」

中區職訓局副主任范佳慧：「汽車診斷儀器再精密都還是需要人才，人才取得除學校汽車修護科學生，另一是職訓中心學員。目前中區職訓中心長期都有培訓這方面人才的潛力，設備不斷更新，只是訓練時數雖然可達 1,000 小時以上，但幾乎都是線上學習，是否能依照不同廠牌來做個別差異之訓練，

就訓練機構來講是有困難的，因此目前只能著重針對較核心的共通技術課程為主。」

三、醫療按摩

理療按摩制度反映了視障按摩醫療化的希望，既然目前的理療按摩制度無法實現此一希望，那麼調整其制度內容，以便能夠實現視障按摩醫療化的希望，或者保留目前作為專業知識與技術能力品質證明之理療按摩，再另行建立視障「醫療按摩」制度，此等建議之提出，實屬理所當然。

現行之理療按摩如被承認為醫療行為，無異於在醫事人員養成與產生之一般「教、考、用」制式途徑外，另創一個特殊途徑。此應即為衛生署疑慮所在。由於「教、考、用」的制式途徑乃是我國確保專門職業及技術人員專業知識與技術能力之主要機制，且醫療涉及人民健康，尤其不能馬虎，因此即使是基於諸如視障者工作權保障之重大理由，而有另創特殊途徑之必要，此一特殊途徑就專業知識與技術能力之確保，在功能上也應盡量貼近「教、考、用」的制式途徑。在具體建議上，可以考慮建立適合視障者之特殊教育管道，包括設立專門之訓練機構，並由考試院辦理特殊的考試。不過，要實現此一構想，要有特別之立法，對於相關環節直接於法律中明定。

第四章 後釋字第 649 號時代— 就業促進義務（一）

第一節 一般身障者就業促進

就業安全的內涵包括就業服務、職業訓練及失業保險等三項。惟從台灣地區失業現象之原因觀察，政府措施應再加上預防失業及獎助僱用，並提供充分就業市場資訊，包括：市場動態、影響因素、勞動力特質、就業媒合過程等，才能建制完整的就業安全服務體制。²⁶⁶身障者亦享有一般就業促進措施之保護。職業訓練指為準備就業的準勞工或已就業的新進員工與在職勞工，傳授其就業所需的職業技能，或提升其工作上所需的工作技能與相關知識，所實施的各種訓練。包括：養成訓練、進修訓練、轉業訓練及身心障礙者職業訓練。就業服務係指協助國民就業及雇主徵求員工所提供之服務。其重點服務內涵有：求職求才媒合、就業諮詢、職業分析、就業市場資訊提供、失業認定等。身心障礙者權益保障法第 33 條，如何由行政機關自行提供或結合民間資源提供無障礙個別化服務為本法就業促進之核心內容。

壹、歧視禁止

一、就業歧視禁止

除憲法（第 7 條、第 155 條）及憲法增修條文（第 10 條第 7 項）對平等權及基本國策對弱勢保護規定外，²⁶⁷民國 69 年 6 月 2 日殘障福利法第 4 條已規定：「殘障者之人格及合法權益，應受尊重與保障，不得歧視。」其後法

²⁶⁶ 參張基煜，2006，《就業安全體制重構之研究：以台北市為例》，國立台灣大學政府與公共事務碩士論文，頁 13。

²⁶⁷ 我國現行法制規範下，禁止就業歧視規定散見在不同的法制中，並未有一統一性的立法。禁止歧視身障者之法律規定在就業服務法第 5 條第 1 項及身心障礙者權益保障法第 16 條規定。禁止受僱者擔任工會職務而遭受雇主給予不利益待遇，係規定在工會法第 35 條至第 37 條、禁止因為受僱者檢舉雇主有不法情事而遭受雇主給予不利益待遇，係規定在勞動基準法第 74 條第 2 項及勞工安全衛生法第 30 條第 2 項、禁止受僱者患有後天免疫缺乏症候群而遭受雇主給予不利益待遇，係規定在人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 4 條第 1 項。

規修正沿習此精神，民國 96 年身心障礙者保護法更名為身心障礙者權益保障法時，將對身障者就業歧視保護規定調移至第 16 條規定：「身心障礙者之人格及合法權益，應受尊重及保障，對其接受教育、應考、進用、就業、居住、醫療等權益，不得有歧視之對待。」，並將內容規定為更詳細。

禁止雇主因本身之偏見或受刻板印象之影響，而對特定群體或其成員之就業機會、條件或待遇等，給予較一般群體或成員不利的待遇而言。若有對身心障礙者就業上予以歧視，該案件應由主管機關依第 10 條第 1 項所組成之身心障礙者權益保障推動小組進行處理之。該小組對於公私立就業機構於任用、職場對待上，以及公務員執行職務時是否有歧視身心障礙者就業進情調查，若認定屬實，依本法第 86 條第 1 項及第 102 條第 1 項規定，主管機關即課予新台幣 10 萬元至 50 萬元罰鍰或對該公務員進行懲處。

二、同工同酬

此外，本法第 40 條亦有同工同酬之規定：「進用身心障礙者之機關(構)，對其所進用之身心障礙者，應本同工同酬之原則，不得為任何歧視待遇，其所核發之正常工作時間薪資，不得低於基本工資。」第 80 條規定：「違反第 40 條第 1 項規定.....處新台幣 10 萬元以上 50 萬元以下罰鍰。」從而，已僱用身心障礙者之公私立單位，不得對身心障礙者在待遇上面有任何的歧視行為，否則即必須受到罰鍰。

貳、定額進用

一、一般定額進用

(一) 進用比率

定額進用制，係指國家為了達成扶助弱勢之目的，而以法令強制規定之公私立機構，在僱用職員上必須進用一定比例之特定弱勢群體或其成員。

定額進用制的立法，旨在喚起一般社會大眾，對於身心障礙者工作能力的認可，進而創造出一個無障礙環境，提升其社會參與率的機會，故強制政

府機關及企業對於身心障礙者的僱用須達到其員工總人數一定比率，此為現代國家特別保障身心障礙者就業所採取的強制措施²⁶⁸。

身心障礙者權益保障法第 38 條第 1 項及第 2 項規定：「各級政府機關、公立學校及公營事業機構員工總人數在 34 人以上者，進用具有就業能力之身心障礙者人數，不得低於員工總人數百分之三。私立學校、團體及民營事業機構員工總人數在 67 人以上者，進用具有就業能力之身心障礙者人數，不得低於員工總人數百分之一，且不得少於 1 人。」

民國 102 年 2 月 1 日身心障礙者權益保障法第 38 條第 7 至第 9 項增加：「警政、消防、關務、國防、海巡、法務及航空站等單位定額進用總人數之計算範圍，得於本法施行細則另定之。依前項規定不列入定額進用總人數計算範圍之單位，其職務應經職務分析，並於 3 年內完成。前項職務分析之標準及程序，由中央勞工主管機關另定之。」規定，攸關全體身心障礙者就業權益的定額進用，因應民間團體強烈要求除外計算單位及職務應從嚴審查，在除外計算單位部分新增應運用職務分析方式，更謹慎審視現行排除計算進用身心障礙者之單位，其職務內容是否確需排除進用計算，依法將於 3 年內完成全面盤點。

（二）未達進用標準繳納差額補助費

依身心障礙者權益保障法第 43 條第 2 項規定：「進用身心障礙者人數未達第 38 條第 1 項、第 2 項標準之機關（構），應定期向所在地直轄市、縣（市）勞工主管機關之身心障礙者就業基金繳納差額補助費；其金額，依差額人數乘以每月基本工資計算。」每月基本工資民國 102 年 4 月 1 日起調整為新台幣 1 萬 9,047 元。²⁶⁹

定額進用制輔以差額補助費之制度，即是指對於具有一定員工人數的公私立機構，課以一定比例的進用身心障礙者義務，如果進用之身心障礙者人

²⁶⁸ 參魏伶如，身心障礙者就業情形與機關（構）進用身心障礙者狀況之研究：以高雄市為例，義守大學管科所碩士論文。

²⁶⁹ 每逾 1 日應繳納 0.2 滯納金，以其未繳納之差額補助費 1 倍為限。

數未達到法定進用標準，應繳納差額補助費，而該差額補助費即作為各縣市身心障礙者就業基金。²⁷⁰

（三）超額進用獎勵金

此項制度不僅對於公私立機構僱用身心障礙者具有實質上的強制力，除此之外，第 44 條第 2 項第 2 款復規定對於超額進用之私立機構給予獎勵金。

換言之，除了立法課予公私立機構一定之社會義務外，也從獎勵的角度肯定於私立機構超額進用身心障礙人士，依「台北市獎助進用身心障礙者機關（構）辦法」，公司僱用的身障員工如果超過法定進用額度，自僱用月起之第 7 個月開始，每名每月可向台北市政府勞動局勞動力重建運用處申請新台幣 7,000 元進用獎勵金，半年申請一次，長達 24 個月可申請新台幣 16 萬 8,000 元，此實對身心障礙者之就業有所助益。

二、關係企業

身心障礙者權益保障法第 38 條之 1 規定：「事業機構依公司法成立關係企業之進用身心障礙者人數達員工總人數百分之二十以上者，得與該事業機構合併計算前條之定額進用人數。事業機構依前項規定投資關係企業達一定金額或僱用一定人數之身心障礙者應予獎勵與輔導。前項投資額、僱用身心障礙者人數、獎勵與輔導及第一項合併計算適用條件等辦法，由中央各目的事業主管機關會同中央勞工主管機關定之。」

為協助大企業定額進用及增加身障者就業機會，引進日本特例子公司作法，增列第 38 條之 1，凡事業單位設置關係企業僱用身心障礙比例達 20% 者，可與母公司合併計算身心障礙者進用人數，結合身心障礙者就業權益及企業社會責任精神，績優者並受獎勵，勞委會將配合各目的事業主管機關訂定特例子公司相關獎勵辦法。²⁷¹

²⁷⁰ 全國晉用身障者最多的奇美電子以自身經驗說明，完成訓練的身障者，不但就業穩定度高、專注力還比一般人好。奇美電表示，一年多來不但省下 6 千萬罰款，還反賺勞委會 4 百萬獎勵金。參全國就業 e 網 身心障礙專區，2012/9/4 「身障求職難上天！奇美電：身障專注力比一般人還好」新聞稿。

²⁷¹ 參全國就業 e 網，身心障礙就業專區，2011/1/11 「身障就業權益新里程！立法院三讀通

關係企業之設立對身障者而言，最大的好處為增加就業機會，而企業設立關係企業僱用身障者的益處有：1. 關係企業集中投資，建置適合身心障礙者特性之職場環境，相較於企業或各子公司分散投資，經營成本更低，身障者亦能享有更好的設施環境。2. 提升身障者職場穩定及向心力。3. 幫助身障者更易進入職場，發揮其能力及找回成就感。4. 由於關係企業得與母公司合併計算身障者僱用率。

三、定額進用－以台北市為例

(一) 企業社會責任

台北市政府勞動局每月 10 日左右公布未足額進用身心障礙者義務機構名單，依據民國 102 年 4 月統計資料，台北市有 3,700 多家依法應進用身心障礙者的義務機關（構），應進用 1 萬 5,228 名身心障礙者，目前經加權後實際進用人數達 2 萬 2,663 名，進用比率高達 148.8%，然而仍然有 700 多家義務機關（構）、近 1,310 個職缺未依法進用。未足額進用身心障礙者義務機構名單中，幾乎都是社會大眾熟悉之知名企業，其中又以銀行業者為最多。許多業者常以公司無適當職缺、職缺要求條件較高或外商公司員工員額度由總公司規範為由，遲未採取有效的僱用措施，但實際以民國 101 年開始辦理的超足額進用身心障礙者企業認證標章活動，獲得優、甲等認證之 355 家企業，來自各行各業。另也有諸多知名企業，經輔導後採取積極的僱用措施，晉升成為足超額進用的企業，如鼎泰豐小吃、威寶電信等。顯示事在人為，企業應重視社會責任。²⁷²

過身心障礙者權益保障法」新聞稿。如登瑞集團底下的昇捷國際開發股份有限公司，為協助身心障礙者就業而於民國 102 年 2 月 22 日在桃園縣設立尊爵公寓大廈管理股份有限公司，該公司聘用佔公司總人數 20% 以上的身心障礙者，為全國首創特例子公司參全國就業 e 網，身心障礙就業專區，2013/2/22「深心無障礙·就業新啟航！全國首家特立子公司即將在桃園成立」新聞稿。昇捷國際開發股份有限公司首波開出職缺有行政總機、行政助理、行政專員、清潔員及烘燙員等計 6 名，薪資每月 2 萬 2 千元至 2 萬 5 千元間，享勞基法福利。

²⁷² 參全國就業 e 網，身心障礙就業專區，2012/11/28「臺北市前 10 大未足額進用身障者皆為知名企業」新聞稿。不足額前十大企業分別是：台灣麥當勞餐廳（不足 21 名）、三商行與台灣大哥大（皆不足 14 名）、元大商業銀行與新光商業銀行（皆不足 13 名）、花旗商業銀行與遠東國際商業銀行（皆不足 12 名）、主富服裝（即 NET 服飾）、星展商業銀行、萬寶華企業管理顧問有限公司（皆不足 11 名），共計 10 家知名企業。

台北市政府勞動局為因應身心障礙者多元化的就業需要，除發展一般性、支持性及庇護性就業服務外，亦訂定各種獎助措施以提高雇主與企業進用意願，例如雇主超額進用獎勵金、「頭家寶障－訓用留實施計畫」獎助金、身心障礙就業者職務再設計服務等，運用配套協助企業進用身障者。協助更多雇主儘速脫離不足額行列，雇主進用身心障礙者除可免繳差額補助費之外，又可免被每月公布違規名單，且政府還有各種服務資源可協助身心障礙員工穩定就業；如果是超額進用者，還可申請進用獎勵金，且有機會獲選為足額進用身心障礙者企業認證標章並接受公開表揚，以助提升社會形象²⁷³。

（二）企業按摩師

我國民營事業機構多屬中小企業，員工總人數在 67 人以上者較少，且企業多喜歡晉用肢障或聽語障者，定額進用對於視障者之實質意義不大。

但台北市勞動局自推動企業按摩師後，陳業鑫局長表示：「自上任後，不斷主動拜訪企業，希望企業突破用人限制，雇用身障者，經過多次拜訪，已促成數家知名企業雇用視障按摩師，儼然成為企業內的健康管理專業人

²⁷³ 參全國就業 e 網，身心障礙就業專區，2012/11/2「北市百家企業「讚」出來支持身心障礙者就業」新聞稿。

10 家優等企業，如：惠康百貨股份有限公司、精誠資訊股份有限公司、振興醫療財團法人振興醫院及華南商業銀行股份有限公司等，這 10 家企業不只是 100 年超足額進用身心障礙者，更對於身心障礙者就業有諸多特殊協助方案，如於面試時提供無障礙的設施、加強身障勞工職場培訓，身障勞工通勤協助等，多樣與個人化的協助措施皆展現出企業對於支持身心障礙者就業的重視。

甲等企業如：一之軒食品有限公司、易遊網旅行社股份有限公司、緯創軟體股份有限公司等知名企業、總共雇用了 1,520 位身心障礙者，佔全體員工進用比例的 1.33%，其中甚至有企業雇用率達 10.82% 以上，獲得認證的企業橫跨 11 大行業別，其中以批發及零售業最多占 66 家、其次分別為專業、科學及技術服務業以及營造業分別為 52、42 家，也充分顯示身心障礙者的專業能力多元豐富，擔任的職務不再僅限於以往刻板印象的清潔打掃等基層工作。2013/4/23「僱用身心障礙員工，擺脫不足額行列，一舉數得！」新聞稿。

台北市政府於民國 102 年 6 月 26 日之「速食龍頭麥當勞·不足進用身障者居冠」新聞稿表示：「麥當勞」是全世界最大的連鎖餐飲服務餐廳，一向以品質、服務、歡樂與價值廣受消費大眾的支持與肯定，但遺憾的是，麥當勞總公司未足額進用身心障礙員工居台北市各企業之冠，相較於產業類型相同之肯德基、摩斯漢堡及漢堡王等速食業均已足額進用身心障礙者，甚至有超額進用情形，在在顯示麥當勞對任用手障員工未採積極態度，期盼麥當勞也能將對兒童公益活動的關懷，延伸擴展至對身障者的支持，並複製同行之成功經驗，避免帶來一些負面的效應，台北市政府勞動局陳業鑫局長並將致函麥當勞全球總裁 Mr. Don Thompson，嚴正表達此一立場，參全國就業 e 網，身心障礙就業專區，2013/6/26「速食龍頭麥當勞·不足進用身障者居冠」新聞稿。

員，守護員工健康，包括鼎泰豐、信義房屋等，未來也將向科技業招手，希望雇主能多雇用企業按摩師，共創企業、員工及視障者三贏的局面。」至民國 100 年底已推薦 160 位。為積極協助眾多之視障按摩師可以穩定就業，台北市勞動局提供穩定就業補助內容每月補助 1 萬元，最長補助 12 個月；補助期滿後如擬持續改善按摩職場，得申請職場協助補助，每月補助 6 千元，最長補助 12 個月²⁷⁴。

參、職業訓練

一、融合式訓練

依身心障礙者權益保障法第 33 條規定，由各公立就業職業訓練機構推動身心障礙者職業訓練計畫，針對功能較佳或可藉由職務再設計輔助解決參訓障礙之身心障礙者，提供與一般民眾共同參與職業訓練的機會（含職前訓練與進修訓練），鼓勵其透過一般、融合式的訓練，以增加其就業競爭力（職前訓練並於結訓後輔導就業）。

二、專班訓練

依身心障礙者權益保障法第 33 條及身心障礙者職業訓練機構設立管理及訓練準則規定，由各直轄市、縣市勞政主管機關推動身心障礙者職業訓練計畫，針對身心障礙生理、心理發展及障礙類別程度不同所開設之專班職業訓練，訓練期間除依據身心障礙者之特性調整訓練方式外，並有專業人員從旁輔導及提供適當之輔具協助訓練，以增加其就業競爭（職前訓練並於結訓後輔導就業）。²⁷⁵

²⁷⁴ 參台北市政府勞動局網站資料（最後瀏覽日民國 101 年 5 月 2 日）。匯豐（台灣）銀行自民國 94 年 11 月開始在 4 個主要辦公大樓與 8 間分行共僱用 9 位按摩師，每月提供的總按摩時數達 338 小時。參全國就業 e 網 身心障礙專區，2012/1/7「匯豐、渣打 增加身心障礙員工」新聞稿。

²⁷⁵ 以台北市重建運用處為例，102 年度身心障礙者職業重建委託 6 單位開 14 班，其中 8 班為視障按摩班（1 班養成訓練班，7 班在職訓練班）、2 班盲用電腦班、2 班行政助理班、1 班創意彩繪、1 班 3C 產品包裝創意班，計預訓 166 人，委託金額 1,173 萬 6,000 元。（一）養成訓練：1. 每班訓練人數應達 10 人，以每日訓練 6 小時，每週 5 日為原則，訓練課程以 10 個月為限。推出遠距離教學方式者，其每月訓練時數不受限，惟須提出具體規劃供甄審。2. 養成訓練結訓後應由受託廠商輔導就業並追蹤其就業情形，且應以結訓後 3 個月就業率達 35%（庇護性就業不列入就業核計）。3. 課成內容包括：工作態度認知、職涯規

三、職訓生活津貼

依就業保險法第 19 條規定，身障者參加職業訓練，每月按「退保當月起前 6 個月平均月投保薪資 60%」發給，最長 6 個月。依就業促進津貼實施辦法第 20 條規定，由各公立就業職業訓練機構推動身心障礙者職業訓練計畫，使參加職業訓練之身心障礙者，於訓練期間基本生活不虞匱乏安心接受訓練，提供職業訓練生活津貼補助；每月按基本工資 60%發給，2 年內合併領取職業訓練生活津貼及政府機關其他同性質之津貼或補助，以 1 年為限。如視障者原為就業保險法之被保險人，非自願離職而參加按摩職業訓練者，在此期間之生活津貼，依社會保險給付優先於其他社會給付原則²⁷⁶，應先依就業保險法第 19 條規定請領，待 6 個月期滿後再依就業促進津貼實施辦法請領。

四、數位學習－在家學習「無礙 e 網」

依身心障礙者權益保障法第 33 條規定及深耕數位關懷計畫，由行政院職業訓練局推動數位學習計畫，協助不便外出之身心障礙者透過網際網路（無礙 e 網²⁷⁷），以居家學習方式參加職業訓練，增加就業技能。至民國 101 年度已邁入第 8 年，完成 48 門無障礙學習課程（包括：電腦應用基礎、進階課程、職能規劃（含就業前準備）、技術士考試等課程），鼓勵其透過一般、融合式的訓練，以增加其就業競爭力（職前訓練並於結訓後輔導就業）。有別於市面上一般數位學習課程，本網站教材及平臺均已符合無障礙網頁規範²⁷⁸，針對於視障者提供客製化的操作介面，諸如：導盲磚、鍵盤快速鍵、網站導覽等功能，均大幅提昇視障者操作的便利性。²⁷⁹

劃、就業環境分析、求職技巧、勞動法規相關課程、職場安全等。（二）在職訓練：1. 每月訓練時數不得低於 12 小時，60 小時，訓練課程以 6 個月為限，並以不影響學員工作之時間實施。2. 每班訓練時數最高以 80 小時為限，每人每年參加訓練以 80 小時為限。3. 視障按摩師自主在職訓練：最高上限 36 小時。參該處網站資料。

²⁷⁶ 參酌前述德國「銜接期間生活津貼」與「職業訓練生活津貼」兩項制度之功能與適用先後關係之說明。

²⁷⁷ 無礙 e 網學習網址：<http://openstudy.evta.gov.tw>。

²⁷⁸ 通過無障礙網頁規範：AA 等級及 SCORM 1.2 標準。

²⁷⁹ 參全國就業 e 網 身心障礙專區，2012/12/7 「在家學習無障礙 勞委會推動身心障礙者數

五、技能檢定補助

依特定對象參加技術士技能檢定補助要點，行政院勞工委員會中部辦公室補助特定對象（含身心障礙者）參加技術士技能檢定費用，以提升技術水準。

六、提前職前訓練

學校協助推動職業訓練促進就業已為趨勢。對於在學之推動者就業轉銜成長營也是新的方向，讓就學與就業無縫接軌。為落實身心障礙者權益保障法第 33 條及第 48 條規定，台北市勞動力重建運用處訂定「102 年度大專院校身心障礙者就業轉銜成長營計畫」，以協助在學或無工作經驗之大專院校身心障礙者探索自我之職業興趣與工作價值，發展職涯方向，協助其轉換與調整工作心態²⁸⁰。

肆、個案管理與評量

一、推展個案管理服務

ICF 制權利精神為身心障礙者權益保障法第 33 條個別化專業服務，由各縣市政府勞政主管機關提供身障個案就業轉銜、諮詢、評估、研擬職業重建服務計畫、派案或轉介、追蹤等服務，並協調及整合當地身心障礙者職業重建資源網絡，使身心障礙者在職業重建過程中獲得個別化、連續性、無接縫的專業服務。由各直轄市、縣（市）政府委託民間單位或自行辦理身心障礙者成人個案管理服務，運用社會工作方法，並結合醫療、教育、職訓、福利等相關服務資源，協助面臨多重問題與需求之身心障礙者解決問題並滿足需

位學習成果豐碩」新聞稿。

²⁸⁰ 台北市勞動力建運用處「102 年度大專院校身心障礙者就業轉銜成長營計畫」名額為 25 名，於 102 年 6 月 26-28 日舉辦 3 天活動，由康社力心理工作團隊召集人李克翰擔任講師，於台北市非政府組織會館辦理。課程內容包括：生涯價值確認與探討、個人特質與職涯優劣、身分轉換、求職情境模擬等。

求。²⁸¹

二、職業輔導評量

依身心障礙者權益保障法第 33 條及身心障礙者職業輔導評量實施方式及補助準則規定，由各縣市政府勞政主管機關推動身心障礙者職業輔導評量計畫，透過專業的諮詢與工具評估，協助身心障礙者瞭解其職業潛能、興趣、技能、工作人格、生理狀況及所需輔具或服務等，並提供其具體的職業重建服務或建議，俾利其適性就業。^{282 283}

²⁸¹ 台北市自民國 99 年起獲中央補助 1 名視障職業重建管理員，每年有近百萬元的業務推動經費，協助尋求適當的職評、定向服務、心理諮商及職業訓練的方式，推展視障者個別就業促進服務，中央預計服務視障個別化服務年度人數為 20 人，約可服務到 40 人，約可以達到三分之一可以促進就業，民國 102 年 7 月 12 日電話訪問台北市勞動力重建服務處視障重建員簡小姐，其表示：大部分視障者還有殘餘視力，可以工作的職類比想像的多，像倉庫管理也是一個不錯的工作，可以透過職務再設計克服工作上困難；但很多更是因為心態與人際關係處理的困難，即使是沒有視障，有這些相處的困難也是很以推介工作。所以視障者有工作願意，願意接受別人的幫助是很重要的。視情形會協助專業心理諮商，加強心理重建。另依台北市勞動局民國 101 年網站資料，另招聘 5 名視障業務促進員專責辦理該項業務，建立專案輔導訪視制度，期藉由這批生力軍專業性的投入與參與，可協助更多視障按摩師強化按摩院之經營管理及提昇資源整合之能力，以降低法令變更所帶來之衝擊，讓穩定就業及職場協助之補助金額發揮至極致。

²⁸² 以台北市為例，台北市勞動力重建運用處除自辦外，委辦部分，102 年職業輔導評量委託育成社會福利基金會、伊甸社會基金會及台灣職能治療學會等 3 家團體共同辦理職業輔導評量。ICF 身障者鑑定與需求評估時，也會推派適當人員參與。

²⁸³ 職評外國可供參考經驗如下：一、美國：1973 年的復健法與個案要參與擬定個別化職業重建計畫，設立國家級的身心障礙與復建研究機構，各州均有其職業重建部門（DVR），政府的 DVR 都會和許多民間職業重建單位簽約，委託其進行職業輔導評量、提供支持性就業、或評量後再轉介相關的心理、醫療復健或職業教育及訓練單位，必要時還會不定期針對特殊個案召開跨專業間的小組諮商會議。職業輔導評量的內容應包括：「1. 人格、興趣、社交技巧、智力與相關之功能性能力、教育成就、工作經驗、職業性向、個人與社會調適、以及潛在就業機會的評量。2. 會影響個人就業與復健需求之醫學、精神、心理、及其他職業、教育、文化、社會、休閒與環境等因素之評量。3. 個人工作行為形態之評量，學得職業技能與發展工作態度、工作習慣、工作耐力、以及獲致成功的工作表現之社會社會與行為形態所需服務之評量。4. 在工作試做期間（含訓練與支持），應定期評量個案在工作情境中的表現，以探索其從事該工作潛能。」二、英國：從 1998 年開始推動以「工作準備」作為職業重建方案的基礎，也就是說：由公立就業服務中心的障礙者就業服務員，或是協同民間的障礙者就業服務機構，共同運用政府在此方案上的經費補助，在職能評估的時候，與障礙者共同討論決定未來的就業方向。運作方式是和雇主談好，讓障礙者去試作幾天到幾週的兼職或全職工作皆可。在試作期間障礙者可持續領取障礙生活津貼，雇主不必負擔薪資。所以障礙者可以依照其個別需求，在實際的工作環境中獲得所需的各項職業重建服務。三、澳洲：職業輔導評量並非被獨立出來單獨處理，而是建構在整個身心障礙者職業重建體系之中。與美國同為強調使用個案管理方式、與個案共同擬定個別化復健計

伍、身障就業模式

一、一般性就業

(一) 全國就業 e 網

1. 融合式就業

依身心障礙者權益保障法第 33 條及就業服務法第 24 條規定，各公立就業服務中心（站），透過全國就業 e 網²⁸⁴，對於具備就業意願及就業能力，且能獨立在競爭性就業市場工作之身心障礙者，提供求職登記、推介就業、諮詢服務（協助職涯規劃、職業心理測驗、團體諮商及就業觀摩等），協助媒合工作機會順利就業。²⁸⁵

2. 短期工作機會

(1) 臨時工作津貼

依就業促進津貼實施辦法規定，各公立就業服務中心（站）受理求職登記後，經就業諮詢並推介就業，有下列情形之一者，公立就業服務機構得指派其至政府機關（構）或合法立案之非營利團體從事臨時性工作：1. 於求職登記日起14日內未能推介就業。2. 有正當理由無法接受推介工作（所謂有正當理由指：工作報酬未達原投保薪資60%，或工作地點距離日常居住處所30公里以上者）。其津貼發給依基本工資標準。²⁸⁶

畫，並根據計畫內容安排個案進一步的服務。職評工作與工作津貼、職業陶冶、職業訓練等有配套，且這樣的服務內容是廣泛性而非僅針對障礙者，也就是針對個案去做促進就業，而非僅認定障礙者才需要協助。且接受就業服務的障礙者是必須負起責任，若使用了資源卻不願意就業，或是評估被認定具備就業能力卻不願意接受訓練，是可能須接受刪減補助或津貼福利等罰則的，可見澳洲的職評是一個比較全面性連結的，且與身心障礙者福利津貼的發放上有密切的連動，可以相對節省資源。四、香港：職評中心不但有多點可提供職評服務，同時亦有外展服務。參王雲東（台大社工系助理教授），2008，《美國、英國、澳洲與香港的職業輔導評量發展經驗及對台灣的啟示》，台灣勞工，第12期，頁118-125。

²⁸⁴ 全國就業 e 網（<http://ejob.evta.gov.tw>，免付費專線 0800-777-888）。

²⁸⁵ 參內政部編，2012，《身心障礙者福利措施手冊》，頁 12。

²⁸⁶ 參內政部編，2012，《身心障礙者福利措施手冊》，頁 13-14。

（2）多元就業開發方案

依多元就業開發方案，各公立就業服務中心（站），建構民間團體與政府部門間促進就業之合作夥伴關係，透過具創意性、地方性及發展性之計畫，引導失業者參與計畫工作，計畫類型包括：1. **經濟型計畫**：由民間團體所提具有產業發展前景，而能提供或促進失業者就業之計畫，經審查核定後，依核定之計畫內容，補助計畫執行單位之12個月用人津貼、勞健保費及其他費用。2. **社會型計畫**：各部會、直轄市、縣（市）政府或民間團體所提為增進社會公益，且具有就業促進效益之計畫，經審查核定後，依核定之計畫內容，補助計畫執行單位6-12個月用人津貼（政府部門以6個月為原則）、健保費及其他費用。²⁸⁷

（二）失業給付

依就業保險法規定，各公立就業服務中心（站）辦理失業給付認定，針對年滿15歲以上，65歲以下受僱之身心障礙勞工，非自願性離職並辦理退保，具有工作能力及繼續工作意願，向各公立就業服務中心（站），辦理求職登記，自求職登記之日起14日內仍無法推介就業或安排職業訓練者，每月按「退保當月起前6個月平均月投保薪資60%」發給失業給付，最長9個月，由行政院勞工保險局核發。²⁸⁸

二、支持性就業

依身心障礙者權益保障法第34條及身心障礙者就業服務機構設立管理及補助準則規定，由各直轄市、縣市政府及其委辦身心障礙者支持性就業服務單位，針對具有就業意願及就業能力，尚無法獨立在競爭性就業市場工作之身心障礙者，由專業就業服務員依其工作能力，提供工作技巧訓練、環境適應、職務再設計等職場協助及就業後追蹤輔導，協助其適性就業其穩定就業。

²⁸⁷ 參內政部編，2012，《身心障礙者福利措施手冊》，頁14。

²⁸⁸ 參內政部編，2012，《身心障礙者福利措施手冊》，頁16。

總體而言，視障者從事按摩業，其就業模式較偏向「支持性就業」，亦即視障者處於競爭性職場，但需要短期或長期、連續或間歇性的支持協助，包括職場新工作技巧與職場之教導，與職場心理支持與輔導²⁹⁰。

（一）職場見習

1. 職場學習再適應

依就業服務法第24條規定，由各公立就業服務中心（站），依職場學習及再適應計畫，協助具失業身分之身心障礙者就業準備及就業適應，透過事業單位或團體，提供職場學習及再適應之機會，使其重返職場。學習期間雇主可獲得每人每月最高5,000元的管理訓練津貼，身心障礙者可獲得由政府提供基本工資補助之津貼。²⁹¹

2. 台北市－102年大專院校身心障礙者職場生根試辦計畫

台北市勞動力重建運用處訂定「102年大專院校身心障礙者職場生根試辦計畫」（民國102年5月3日修正）針對未足額進用身障者之義務機關（構）優先，晉用居住或設籍在台北市且自各大專院校畢業未滿5年且無穩定工作經驗（畢業後投保未連續達6個月為原則）之身心障礙者，可配合輔導工作每週工時20小時以上，且工作期間達6個月以上者。學習期間雇主每月可獲得最高1萬2,000元的職場學習（實習）費用（未滿1個月，每日補助400元）。時薪計算者（每週排班工作須達20小時以上），身心障礙者每月可獲得最高6,000

²⁸⁹ 102年台北市補助心障礙福利機構團體、醫院等40個單位，辦理身心障礙者就業促進服務方案共計44案，服務729人，補助總金額9,733萬1,136元。服務內容包括庇護性就業服務、職前準備與就業適應、居家就業服務及其他。詳台北市勞動力重建處網站施政報告資料。102年至5月底與各委辦單位共同開發31筆工作機會，並將所開發之工作機會即時分享予支持性就業服務受委託單位。

²⁹⁰ 參王敏行、陳靜江主編，2001，《身心障礙者職業重建、職業評量與就業轉銜－給實務工作者》，國立高雄師範大學特殊教育中心，頁17。除支持性就業外，另有庇護性就業（在保護性職場就業）與一般性就業（身心障礙者與常人一般工作於競爭職場，不需要特別協助）兩種模式。

²⁹¹ 參內政部編，2012，《身心障礙者福利措施手冊》，頁11。

元的職場學習（實習）費用（未滿1個月，每日補助200元）。²⁹²並得申請職務再設計相關費用。

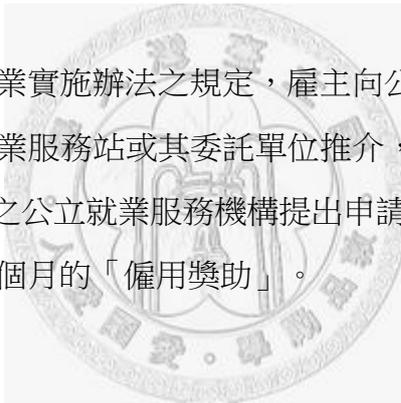
2. 庇護職場見習

依身心障礙者權益保障法第34條規定，由直轄市及縣市政府勞政主管機關，針對具有就業意願，就業能力不足，短期內無法進入競爭性就業市場或庇護職場就業，經由庇護工場提供身心障礙者庇護職場見習機會，協助增進工作認知及態度、工作管理、庇護職場適應學習、庇護性就業工作技能訓練，提供就業轉銜及資源協助等相關服務。²⁹³

（二）僱用獎助津貼

1. 僱用獎助津貼

依就業保險促進就業實施辦法之規定，雇主向公立就業服務機構辦理求才登記，僱用經公立就業服務站或其委託單位推介，並非給僱用獎助推介卡之勞工，向原推介轄區之公立就業服務機構提出申請，每人每月發給新台幣1萬2,000元、最長可達12個月的「僱用獎助」。



2. 其他獎助津貼

各直轄市及縣市政府也會推出各種其他獎助津貼。

（1）對特定對象勞工支付之穩定就業補助

依台北市政府為例，台北市訂定「台北市特定對象失業者穩定就業補助辦法」，經推介就業之特定對象失業員工，工作滿1個月者，可申請補助金額5,000元，2年內最高可申請6個月。以直接嘉惠特定對象勞工之方式，激發其工作意願並減少因失業對家庭經濟生活所引發之衝擊。

²⁹² 學習滿3個月或6個月（或結束僱傭關係）即可檢附資料申請。

²⁹³ 參內政部編，2012，《身心障礙者福利措施手冊》，頁11。

(2) 「頭家寶障--訓用留」實施計畫

另外「頭家寶障--訓用留」實施計畫，企業願意接受該處委託社區化支持性就業服務單位推薦之支持性，或 40 歲以上身心障礙者，最多可申請 6 個月共 4 萬 5,000 元補助。²⁹⁴鼓勵企業多接受支持性推介之勞工，惟未足額進用單位不得申請。

三、庇護性就業

依身心障礙者權益保障法第34條及身心障礙者就業服務機構設立管理及補助準則規定，由各直轄市、縣市政府及其委辦身心障礙者庇護性就業服務單位，針對具有就業意願，而就業能力不足，無法進入競爭性就業市場，需長期就業支持之身心障礙者，依其職業輔導評量結果，提供庇護性就業；薪資得依產能核薪，並應簽定勞動契約，享有相當勞動法規保障。²⁹⁵

台北市目前有41處庇護工場（在公有場地設置之公設庇護工場共有16處，每年可開放之就業機會達216位），就身心障礙者就業安置及轉銜服務成效頗佳。²⁹⁶



陸、創業輔導

一、創業貸款

(一) 創業貸款利息補貼

依身心障礙者權益保障法第37條授權訂定之「身心障礙者創業輔導服務實施方式及補助準則」，由地方主管機關辦理（第2條、第3條第1項），其服務內容包括創業貸款利息補貼、創業諮詢、創業指導、創業知能研習（第3條第1項）。

值得注意者，前述依就業服務法第23條第2項及第24條第3項授權所訂定

²⁹⁴ 補助金分為兩個階段，第一階段補助金（第 1-3 個月）以身障員工實際薪資三分之二補助之，每月最高補助 1 萬元。第二階段補助金（第 4-6 個月）以身障員工實際薪資三分之一補助之，每月最高補助 5,000 元。

²⁹⁵ 參內政部編，2012，《身心障礙者福利措施手冊》，頁 13。

²⁹⁶ 以台北市勞動力重建運處為例，102 年至 5 月底，創業補助共計補助 39 人次，補助金額新台幣 112 萬 6,524 元。參台北市勞動力重建運用處網站資料（最後瀏覽日 102 年 6 月 30 日）。

之「就業促進津貼實施辦法」亦訂有創業貸款利息補貼。比較兩項不同法律授權之法規命令，「身心障礙者創業輔導服務實施方式及補助準則」服務之面向較為完備，其不僅提供創業貸款之利息補貼，亦提供非金錢性給付，如創業知能、創業輔導等，這部分是視障按摩業者如何改變過去經營上較著重「照顧」、「安置」功能，欠缺競爭策略與行銷能力的普遍現象，最需要政府扶助與強化之處²⁹⁷。

（二）房租或設備補助

依身心障礙者權益保障法第37條授權訂定之「身心障礙者創業輔導服務實施方式及補助準則」及各直轄市及縣市所訂定之「身心障礙者自力更生補助」內容辦理。給予租金及設備之補助。²⁹⁸

（三）創業知能諮詢研習

依身心障礙者權益保障法第37條授權訂定之「身心障礙者創業輔導服務實施方式及補助準則」由各直轄市及縣市勞政主管機關針對欲自行創業之身心障礙者，提供其相關經營管理、輔導服務、創業貸款利息補貼等相關諮訊及研習等，以提高創業成功機會。²⁹⁹

二、營業地點申請優先核可

依身心障礙者權益保障法第67條規定，身心障礙者申請在公有公共場所開設零售商店或攤販，政府應保留一定比率優先核准，政府並應提供低利貸款或租金補貼，依「身心障礙者購買或承租商店攤販低利貸款或租金補貼辦法」第3條規定，此項低利貸款設有資產調查門檻，每人最高為160萬元。但不可超過承購總價80%。身心障礙者承租商店或攤販租金補貼額度，每人每年

²⁹⁷ 中華民國按摩業職業工會全國聯合會，提升視障按摩院服務品質規劃案成果報告暨視障按摩業輔導標準書，勞委會職訓局委託，2009年，第肆章第二節、第三節。參《按摩業開放後之法制建構規劃》，2010年，孫迺翊主持，勞委會職訓局委託，頁48。

²⁹⁸ 參內政部編，2012，《身心障礙者福利措施手冊》，頁15。

²⁹⁹ 參內政部編，2012，《身心障礙者福利措施手冊》，頁15。

最高為24萬元。但不可超過承租金額80%。³⁰⁰

三、優先採購

(一) 優先採購身心障礙福利機構或團體生產物品及服務辦法

依身心障礙者權益保障法第69條規定，身心障礙福利機構或團體所生產之產品級其提供之服務，於合理價格及一定金額以下者，各政府機關、公立學校、公營事業機構及接受政府補助之機構、團體、私立學校應優先採購，此項規定對於按摩業基本上應無實益，因為「優先採購身心障礙福利機構或團體生產物品及服務辦法」設有不少門檻：首先，採購對象僅限於身心障礙福利機構或依法立案，其章程明定辦理身心障礙福利業務之財團法人或公益社團法人，如此，視障者自行經營之按摩工作室或按摩院即被排除在外（第2條）；其次，視障福利機構或團體所提供之按摩服務尚非該辦法所稱之清潔服務、餐飲服務、洗車服務、洗衣服務、客服服務、代工服務、演藝服務等項目（第3條）。即使日後增列按摩服務為採購項目之一，受益者應為服務於身心障礙福利機構或團體之視障按摩師，而不及於自行經營按摩工作室或按摩院之視障按摩師。³⁰¹



(二) 透過網路行銷

職訓局為推廣庇護工場產品，於民國93年度建置庇護工場商品之專屬行銷網站—庇護好站，免費提供電子商務資訊平台，讓消費者能與身心障礙者庇護工場零距離接觸。民國95年更推動庇護工場產品品牌「S-he Goods」，相信身心障礙（She & He）用心創造的好商品（Goods），能讓社會回歸「愛自己、愛地球、樂觀包容、簡單生活」的生活態度。³⁰²

新北市政府勞工局民國102年6月於「雅虎奇摩超級商城」，開設全台首

³⁰⁰ 參台北市勞動力重建運用處網站資料（最後瀏覽日 102/6/30）。

³⁰¹ 參《按摩業開放後之法制建構規劃》，2010年，孫迺翊、張桐銳共同主持，勞委會職訓局委託，頁48。

³⁰² 參勞委會職訓局就業好伙伴電子報就業安全半年刊，2009年4月「庇護好站全新改版 庇護商品網路行銷零距離」。

間由公部門集合轄內庇護工場產品的網路專賣店「新北市身障購物商城」。開幕期間消費800元即免運費，消費滿399元更可獲得「巡迴庇護好禮送」抽獎券1張，有機會抽中125機車、I phone5等多項好禮，總獎額高達27萬元，歡迎民眾一起來做愛心、抽大獎。新北市政府勞工局不久之後也會在「PChome商店街」開設第2家網路商店。庇護商品也可以網路下單，應是一個很有創意的賣點。³⁰³

柒、其他服務

一、職務再設計

(一) 諮詢及補助

依身心障礙者權益保障法第37條授權訂定之「身心障礙者職務再設計實施方式及補助準則」(第2條)，由各直轄市、縣市政府勞政主管機關提供雇主進用身心障礙者就業問題診斷及分析，依其就業狀況及需求，進行職場無障礙工作環境改善、工作機具設備改善、提供就業輔具、調整工作內容、改善工作條件等³⁰⁴。為協助身心障礙者排除工作障礙，以提升工作效能促進就業，所進行之改善職場工作環境、工作設備、工作條件、提供就業所需之輔具及調整工作方法之措施，其補助對象主要為雇主、接受政府委託之訓練機構或居家就業服務單位，亦包括經中央主管機關指定業別之身心障礙自營作業業者(第8條)，最新公告之業別已涵蓋按摩業者³⁰⁵，自營作業之視障按摩業

³⁰³ 參全國就業 e 網 身心障礙專區，2013/6/7 「「新北身障購物商城」開賣 多項好康等你來」新聞稿。

³⁰⁴ 職務再設計服務評估內容包括：1.改善工作環境：指為協助身心障礙者就業，所進行與工作場所無障礙環境有關之改善。2.改善工作機具：指為促進身心障礙者適性就業、提高生產力，針對身心障礙者進行工作設備或機具之改善。3.提供就業輔具：指為身心障礙者之工作效率，降低傷害機會，針對身心障礙者之特定需求，提供輔助工具。4.改善工作條件：包刮提供手語翻譯、視力協助、改善交通工具等有關活動。5.調整工作內容：透過評估依身心障礙者的特性，分派或調整適當的工作，包括：工作重組，使某些職務適合身心障礙者作業、調派其他員工和身心障礙者合作、簡化工作流程、調整工作場所等，並避免危險性工作等。

台北市勞動力重建運用處 102 年度將提供進用單位輔具或職務再設計之服務，102 年度委託國立陽明大學、臺灣職能治療學會 2 家機構辦理職務再設計業務。另該處 102 年度除自辦外，另委託育成社會福利基金會、伊甸社會福利基金會及臺灣職能治療學會等 3 家團體共同辦理職業輔導評量業務。

³⁰⁵ 中華民國 98 年 9 月 11 日勞職特字第 098053265 號行政院勞工委員會令。目前經勞委會指

者即能據此向主管機關申請改善工作環境、工作設備、工作條件、購買就業所需之輔具及調整工作方法所需費用之補助（第9條）。³⁰⁶雇主可多加利用公部門資源，為身障者打造更好的就業環境，也鼓勵身障朋友進入職場遇到障礙，可提出「職務再設計」申請，每人每年最高可補助10萬元，利用公部門資源，為身障者打造更好的就業環境。³⁰⁷

（二）視力協助及手語翻譯服務

依身心障礙者權益保障法第37條授權訂定之「身心障礙者職務再設計實施方式及補助準則」，由各直轄市、縣市政府勞政主管機關提供視力協助服務，每小時100元，每月最高補助30小時，每年以不超過360小時為原則。提供手語翻譯服務，每小時500-1,000元，每月最高補助10小時，每年以不超過120小時為原則。³⁰⁸

二、職災勞工協助

（一）行政院勞工委員會失業勞工子女就學補助

因非自願離職失業超過1個月，請領失業給付1個月以上，與配偶的綜合

定之業別有一、個人計程車業，二、鐘錶、鎖匠、刻印業者，三、公益彩券甲類販售業者，四、按摩業者，五、地政士業者。

³⁰⁶ 台北市 102 年委託國立陽明大學及台灣職能治療學會 2 家辦理職務再設計業務。另新北市政府勞工局民國 101 年 9 月 5 日舉辦「身心障礙者職務再設計暨就業促進宣導會」，向近百位事業單位代表介紹公部門各項支持身障就業資源和獎助措施。勞工局長謝政達致詞時表示，其實身心障礙朋友如同一般人對工作認真敬業，只要企業願意給他們工作機會，或者透過「職務再設計」調整工作流程或環境設備，就可以解決在職場上所面臨障礙限制，身障員工絕對會成為事業機構內良好的工作夥伴，同時企業不僅善盡社會責任，也有助於提升企業形象。僱用聽語障員工的企業代表也分享說，其實透過科技輔具和就服員的協助，身障者工作能力可以大幅改善，「有時候幾乎忘了他們是身障員工」。聽障員工獲得電子手寫溝通板與無線呼叫發射器的輔具補助，現在可以迅速用手寫方式討論工作，並進一步將討論的事情存檔下來；主管找尋他們也可以使用無線呼叫發射器，當他們在工作崗位收到振動提示，便知道立刻去找主管討論工作事宜，明顯提升聽障員工的工作能力。弱視身障員使用「攜帶式擴視機」，輕而易舉就將文件文字放大好幾倍，讓工作更有效率。參全國就業 e 網 身心障礙專區，2012/9/6「善用職務再設計資源 企業進用身障免緊張」新聞稿。

³⁰⁷ 參內政部編，2012，《身心障礙者福利措施手冊》，頁 15-16。

³⁰⁸ 台北市以 102 年度「職場人力協助試辦計畫」考量部分因自身肢體障礙或其他因素導致肢體功能喪失之障礙者，於就業時確有無法以科技輔具或職務調整改善之人力協助需求，以試辦方式將職場人力協助服務納入職務再設計服務範圍內，以後續評估人力協助之具體需求及服務方式。每案補助期限以 3 個月內為原則，每月補助時數以不超過受服務對象總工作時數的三分之一，且最多 60 小時為限。每小時補助經費為新台幣 130 元。

所得總額在新台幣114萬元以下，且申請起始日未請領老年給付或參加多元就業開發方案等同性質促進就業措施的失業勞工，家中如有就讀高中職、大專校院的子女，就可提出失業勞工子女就學補助申請。針對不同級別學校補助金額為，公立高中職子女每名3,000元，私立高中職與公立大專校院子女每名5,000元，私立大專校院子女每名1萬元。對於獨力負擔家計（如：離婚、喪偶、配偶身心障礙或罹患重大傷病致不能工作等）或有2名子女以上就讀大專校院的失業勞工，補助金額加給2成（即就讀公立高中職子女每名3,600元、私立高中職子女每名6,000元，公立大專校院子女每名6,000元，私立大專校院子女每名1萬2,000元）。³⁰⁹

（二）「102年度台北市職災勞工及其子女守護計畫」

針對職災勞工協助部分，台北市政府勞動局與王月蘭基金會合作，提供更優惠照顧。

1. 申請資格條件

- (1) 設籍台北市之職災勞工，自97年起發生職業災害事故者。
- (2) 申請人（含全戶）前一年綜合所得總額需在新台幣114萬元以下（獎學金補助除外）。
- (3) 申請各類補助，依申請類別不得重複請領雇主補償職災勞工在醫療中不能工作時之原領工資或各類失業給付津貼、職業訓練費及生活津貼、勞保職業疾病生活津貼或勞保身體障害生活津貼、各類相同性質就學補助或特殊身分學生學雜費減免或同性質生活補助等。

2. 補助類別

- (1) 職災失能勞工（2-15等）職業訓練補助費：未達核發身心障礙手冊或證明之資格，符合非自願性離職或與原雇主間因職災事件離職發生勞資糾紛者，參家或完成政府機關主辦或委辦之訓練機構所辦理之職業訓練課程。

³⁰⁹ 參全國就業e網 身心障礙專區，2013/2/5「失業工子女就學補助 18 日申請」新聞稿。

(2) 職災死亡或失能勞工之子女(1-5等)就學、生活補助費/獎學金補助：

職災事故後出生之胎兒，得申請生活補助費。職災勞工子女年齡需在25歲以下就讀國內國小至大專院校正式學籍者，得申請就學或生活費補助費。每學期可申請一次。無需綜合所得稅清單，學期總平均分75分以上(超性80分以上)，或有特殊才能，代表學校參加音樂、體育等競賽者。

3. 補助金額

(1) 職災失能勞工(2-15等)職業訓練補助費：

- a. 職訓補助：按每名職災勞工訓練費用補助累計最高5萬元。
- b. 職訓生活津貼：以基本工資6成計算。

(2) 職災死亡或失能勞工之子女(1-5等)就學、生活補助費/獎學金補助：

- a. 就學補助：大專公立及私立每學期各5名，前者最高每名補助3萬元，後者最高每名補助5萬元。高中職公立及私立每學期各10名，前者最高每名補助1萬5千元，後者最高每名補助2萬元。國民中小學各15名，前者最高每名補助3千元，後者最高每名補助2千元。
- b. 生活費補助：大專每名每學期補助6千元，高中職每名每學期補助5千元，國民中學每名每學期補助4千元，國民小學每名每學期補助3千元，國小以下每名每學期補助5千元。
- c. 獎學金補助：大專5名，每名每學期補助6千元，高中職5名，每名每學期補助4千元，國民中學10名，每名每學期補助3千元，國民小學10名，每名每學期補助2千元。

捌、小結—「微笑阿姨」的天空

一位57歲、又是多重障的極重度身障者，不僅被推介成功就業，還已穩定就業4年了(報導時已61歲)。透過就業服務員運用「職場學習及再適應」計畫，雇主同意提供個案3個月的「職場學習及再適應」機會，增進勞雇雙方彼

此適應；後來因為這位聽力障礙的同仁總是掛著微笑，經過比手劃腳與筆談，很快與同事打成一片，雖然工作上偶有失誤，也曾讓公司因此失去長年合作的大客戶，但老闆總珍惜她認真的態度與跟她的緣份。後來還調整個案職務，繼續留用她，公司同仁都可以感受到個案對工作用心的付出所受到的滿意協助！³¹⁰雇主給別人機會就是給自己機會，也為公司找到一位好員工！當然身障者自力自強也是重要的成功關鍵！



³¹⁰ 全國就業 e 網，身心障礙就業專區 2011 年 4 月 1 日「身障就服員挑戰不可能任務！景昌壓克力實業進用第一位年近 60、極重度多重身障者」新聞稿報導，

第二節 對視障之就業促進措施

視障者就業促進措施係針對視障者可能進入之一般就業、支持性就業及庇護就業中，加強視障者就業能力之訓練，提供視障者友善之就業環境。除就業服務法及職業訓練法等一般就業促進措施及穩定就業方案外，身權法特別規範：禁止就業歧視、定額進用及職業保留（視障按摩業保留）。

從平等權的面向探討我國身心障礙者就業保障之問題。在追求實質平等時，國家除了應廢除各種差別的法律制度，以確保國民實質的平等外，對於私人與私人間及社會上所存在的各種偏見及歧視現象，國家也應以立法、政策和教育等方式設法消除，而除了消極的禁止歧視外，更積極的優惠性差別待遇措施也是達成實質平等的手段之一。

壹、一般視障就業促進措施

一、視障按摩業者補助要點

依身心障礙者權益保障法第46條及視覺功能障礙者按摩工作輔導及補助辦法規定，由各直轄市、縣市政府勞政主管機關依據視障按摩業者穩定就業及職場協助補助要點，提供以下補助：1. 團體：補助設置按摩小棧，提供裝潢、設備及開幕宣導等補助。2. 個人：年滿20-65歲，3年內未領有自力更生補助且未有受僱情事之視障按摩師，其所經營之私人按摩院提供專家輔導及每家最高新台幣20萬元之裝潢、設備補助。3. 團體、協會或私人按摩院辦理按摩師服務品質提昇研習或訓練，提供講師鐘點費、書籍費、工作人員費等訓練經費補助。4. 對符合補助資格者自民國100年10月1日起，提供第1年每人每月最高新台幣1萬元，第2年每人每月新台幣6,000元補助。³¹¹

二、以台北市為例

為協助台北市 1,200 餘名執業視障按摩師穩定就業，勞動局每年皆會提

³¹¹ 參內政部編，2012，《身心障礙者福利措施手冊》，頁 13。

供按摩院設施設備更新補助、按摩據點開發、按摩師服務品質提昇課程及辦理視障按摩推廣活動；辦理視障按摩師培力（辦理專業按摩技術訓練及盲用電腦等訓練）及輔具資源及企業按摩師之推廣外，以增進視障按摩師工作機會。

為因應大法官第 649 號釋憲案開放明眼人按摩後，對視障按摩業者之衝擊，依據行政院勞工委員會特訂定「視障按摩業者穩定就業及職場協助補助要點」，並由台北市辦理本補助，期能協助視障按摩業者繼續從事按摩工作，穩定其就業，降低開放明眼人按摩之影響。100 年度受益人次 30 人次，補助金額 294,000 元。101 年度受益人次 4,783 人次，補助金額 4,491 萬 6,069 元。

（一）提供按摩小棧設備設施更新補助

訂定「102 年度按摩據點輔導營運管理及服務品質提昇計畫」（民國 102 年 5 月 1 日修正），提供：1.設備更新補助：（1）針對團體新設按摩小棧。設置 3 年以上，且申請日前 3 年未曾領有政府機關自力更生創業補助或相類補助。（2）私人按摩院。補助額度分別為新台幣 30 萬元以下及 20 萬元以下。

312

（二）按摩據點輔導營運管理及服務品質提昇

為提昇視障按摩業服務品質及經營環境，訂定「102 年度按摩據點輔導營運管理及服務品質提昇計畫」（民國 102 年 5 月 1 日修正），聘請經營管理、創業理財、行銷公關、環境設計或視障按摩等專家成立輔導團，由視障者提出申請需求，訪視輔導團則至視障按摩據點進行實地輔導（輔導項目包括：營運管理及財務管理、環境安全及衛生管理、行銷策略及推廣、按摩技術及專業知識提昇、環境及設備更新補助、服務品質提昇與顧客服務技巧），期待建構優良的按摩消費場所，並加強其市場競爭力及經營效率。³¹³

³¹²（1）新設或既設團體按摩小棧：4 人以下每案最高 20 萬元以下，5-6 人每案最高 25 萬元以下，7 人以上每案最高 30 萬元以下。（2）私人按摩院：補助 20 萬元以下。

目前在台北市共有 24 個公部門的據點（按摩小棧），包括各區行政中心、市立聯合醫院各院區（政府單位內所設置的視障按摩據點有 12 處、公私立醫院 16 處、地下商場 6 處），至少有百名視障按摩師在這些地方工作，而台北市政府完全無償提供場地，降低按摩師經營的負擔。包括台北車站、松山機場、醫療機構、公有政府機構等。

³¹³ 參台北市勞動力重建運用處網站上資料（最後瀏覽日 102 年 6 月 30 日）。

（三）穩定就業補助

「視障按摩業者穩定就業及職場協助補助要點」，對符合該補助資格者，提供第 1 年（民國 99 年）每人每月最高新台幣 1 萬元，第 2 年（民國 100 年）每人每月新台幣 6 千元之補助，以提供短期經濟補助之就業安全措施，支持協助視障者繼續從事按摩工作。³¹⁴

（四）推動公部門依法進用視障話務值機人員等多項業務

為落實身心障礙者權益保障法第 46 條之 1 規定，台北市勞動力重建運用處訂定「102 年度推動公部門視障者擔任諮詢性電話服務工作實施計畫」（民國 102 年 5 月 1 日修正），補助值機所在地位於台北市且達身心障礙者權益保障法第 46 條之 1 應進用視障話務值機人員之政府機關（構）及公營事業，因進用視障者擔任話務值機工作，而補助電腦主機、液晶銀幕、輸入裝置（鍵盤及滑鼠）、合法授權系統及防毒軟體、觸摸顯示器具中英文即時顯示功能、雙傳輸介面、視窗版中英文盲用資訊系統及相關文書編輯系統等；全年補助經費上限新台幣 50 萬元。³¹⁵

（五）辦理各種活動推廣視障按摩

台北市勞動力重建運用處訂定「102 年度按摩舒壓·鄰里關懷視障健康按摩社區化宣導計畫」（民國 102 年 3 月 29 日訂定），計辦理 15 場次，每場次至多 3 小時由 5 名視障按摩師參與，每場次 2 名工作人員於現場提供協助。訂定「102 年度優良視障按摩院（所）甄選暨表揚計畫」，藉由優質視障按摩院（所）之甄選，促進同行競爭力，提升視障按摩業者之經營能力、經營特色及服務品質，加強行銷視障按摩，同時提供市民休閒新選擇。³¹⁶

（六）優秀身障職業重建服務專業人員選拔活動

³¹⁴ 參全國就業 e 網 身障專區，2011/12/7，「視障按摩穩定就業補助及訓練 挺視障者按摩技術更專精」新聞稿。

³¹⁵ 參台北市勞動力重建運用處網站上資料（最後瀏覽日 102/6/30）。

³¹⁶ 參台北市勞動力重建運用處網站上資料（最後瀏覽日 102/6/30）。

在身障朋友求職路上，職業重建專業人員的支持功不可沒，為表達對這些人員的敬意及謝意，台北市辦理「優秀身心障礙者職業重建服務專業人員表揚」選拔活動，表揚包括督導員、職業輔導評量員、職務再設計服務員、社區化就業服務員、庇護性就業服務員、其他就業促進服務就業服務員（例如：居家服務、職前服務、穩定就業服務等）³¹⁷，以提高社會大眾對這些人員的認識，藉此肯定身障職業重建服務專業人員為身障者就業之奉獻。³¹⁸

貳、釋憲後政府回應作為

大法官責成政府積極促進視障者就業義務，政府應結合民間力量，透過公私夥伴的關係，對於視障者之就業促進努力推展。

一、積極配合修法

（一）五大類場所視障按摩保留

民國 100 年 2 月 1 日身心障礙者權益保障法第 46 條第 5 款增定：「醫療機構、車站、民用航空站、公園營運者及政府機關（構），不得提供場所供非視覺功能障礙者從事按摩或理療按摩工作。其提供場地供視覺功能障礙者從事按摩或理療按摩工作者應予優惠。」希望達到明眼人與視障者雙贏。³¹⁹

³¹⁷ 條件為需在台北市接受補助或委託方案中，從事職業重建服務工作之專業人員，現職滿 2 年以上專職人員。

³¹⁸ 目前台北市有 300 餘位職業重建專業人員，為不同障別朋友，量身設計個別化的服務計畫，除了本身具備專業知能，還要熟悉企業的用人法則，了解職場需求。如庇護性就業員經常要身兼行銷業務人員，不僅服務身心障礙者，還要會賣東西、服務一般消費者，責任重大。參台北市勞動力重建運用處網站上資料（102/6/30）。

³¹⁹ 台北市政府勞動局民國 100 年 11 月在南門扶輪社的贊助下，在台北火車站大廳設置了按摩小站。民國 101 年 9 月 20 日起與交通部民用航空局臺北國際航空站合作，於松山機場第一航廈出境大廳第 6、7 號登機門間設立「功夫按摩小站」，以試營運的方式（推廣期間一直進行到 12 月 15 日止），每週四至週六，上午 12 時至下午 6 時，將由台北市視障生活品質福利促進會、台北市啟明權益促進會及中華民國視覺障礙人福利協進會共 3 家視障團體及按摩師提供服務，每名旅客可免費體驗 10 分鐘。希望藉此機會，將台灣視障按摩的特色，介紹給各國旅客，讓旅客可在離開台灣前，感受台灣視障按摩師的好手藝。參全國就業 e 網 身心障礙專區，2012/9/25「臺北市政府與松山機場合作，開拓視障按摩新服務」新聞稿。

（二）電話值機

民國 100 年 2 月 1 日身心障礙者權益保障法第 46 條之 1 規定：「政府機關（構）及公營事業自行或委託辦理諮詢性電話服務工作，電話值機人數在十人以上者，除其他法規另有規定外，應進用視覺功能障礙者達電話值機人數十分之一以上。但因工作性質特殊或進用確有困難，報經電話值機所在地直轄市、縣（市）勞工主管機關同意者，不在此限。於前項但書所定情形，電話值機所在地直轄市、縣（市）勞工主管機關與自行或委託辦理諮詢性電話服務工作之機關相同者，應報經中央勞工主管機關同意。」增定視障者擔任話務人員之職種，政府應積極培訓視障者有電話行銷、帳務催繳等能力。渣打銀行雇用視障人員，成立視障電話行銷小組，首創企業修改作業流程晉用視障人才的先例。³²⁰

台北市勞動局依上開規定，於民國 100 年 6 月開辦「視障電話值機職訓班」，培養盲用或弱視電腦操作與電話服務相關專業知能，學員有更多能力從事電話行銷、電話催收、電話客服、電話諮詢、電話問候、電話問卷及電話總機等工作。³²¹

雖保留五大地點維持視障按摩職業保留及增加電話值機工作職類，但對視障者工作權的保護還是非常不足，視障者仍為工作中之弱勢，如何針對視障按摩業者持續投入資源，積極輔導及協助視障按摩業者提昇服務品質及競爭力，並針對有意願接受第二專長訓練之視障者提供訓練。並將運用職務再設計、支持性就業服務、僱用獎助等服務措施，開拓視障者就業機會，協助視障者就業，是各級政府應努力的方向，所以以下政府提出更多的促進措施。

參、勞委會提短期計畫及措施

大法官第649號解釋作成之後，勞委會職訓局陸續啟動「新視界就業計畫」及「因應大法官第649號釋憲案行政院勞工委員會協助視障者就業措施」，以

³²⁰ 參全國就業 e 網 身心障礙專區，2012/1/7 「匯豐、渣打 增加身心障礙員工」新聞稿。

³²¹ 參全國就業 e 網，身心障礙就業專區 2011/6/7 「電話值機 北市辦視障職訓班」新聞稿。

因應三年過渡期間的到來³²²。提供2億6千萬元經費，在民國98年至100年由勞委會及各縣市政府推動辦理，以降低開放明眼人加入按摩後之衝擊，保障視障者工作權益。分為繼續從事視障按摩工作及從事非視障按摩工作（一般就業）兩個面向，協助輔導視障者就業，重點計有：一、派員拜訪關懷視障按摩業者，了解其現況及需求，提供專業輔導、店面裝潢、設備添置等協助，對有意開立按摩院所之視障者，提供創業輔導補助成立中型按摩中心。二、辦理優良按摩院（師）選拔活動、區域聯合行銷、按摩體驗等活動，並藉由媒體宣導視障按摩之專業形象及服務品質。三、訂定按摩養成及在職訓練規範，並持續辦理按摩養成及在職訓練，協助取得按摩證照及提升按摩職能。四、設置跨區域視障職業重建服務中心，依視障者需求，提供個別化、連續的服務。五、加強開發輔導非按摩職缺，如翻譯、電話調查、鋼琴調音、廣播等，並辦理相關職類的職業訓練。六、配合視障者面試、僱用初期或更換職場之所需，提供盲用電腦、擴視機等就業輔具借用服務，以及資訊軟體使用、定向行動等綜合適應訓練。七、研議修法增列大眾交通運輸站台、醫院、政府機關等場所應劃視障按摩區位，並增訂政府機關保留特定職務（例如：電話客服）僱用一定比例之視障者。

自民國98年7月1日起至100年12月底止，針對具有按摩技術士證、職業許可證或工作證（約3,000人），每人每月由財政部發給按摩補償、轉業津貼最低基本工資新台幣1萬7,280元，此項經費來源為明眼人開設按摩相關行業之營業稅支付，且視障經營按摩業者免營業稅至民國100年12月止。

肆、其他中央重要措施

一、將按摩業公告為補助對象

大法官宣告視障按摩業保留條款違憲後，勞委會以民國98年9月11日

³²² 大法官釋字第649號解釋作成不久後，勞委會職訓局即提出「新視界就業計畫」以為因應，其中針對視障按摩業之輔導措施有關懷訪視、按摩技能提升、經營輔導與補助、按摩中心設立輔導與補助、公共場所保留按摩據點，執行期間自98年1月1日至100年10月30日。參見勞委會職訓局電子報月刊，98年3月，http://www2.evta.gov.tw/safe/docs/safe95/userplane/month_display.asp?menu_id=2&submenu_id=459&ap_id=767（最後瀏覽日102/6/30）。

勞職特字第 098053265 號令。指定補助業別為：一、個人計程車業，二、鐘錶、鎖匠、刻印業者，三、公益彩券甲類販售業者，四、按摩業者，五、地政士業者。將按摩業者納入補助對象，依身心障礙者職務再設計實施方式及補助準則第 9 條，自營作業之視障按摩業者即能據此向主管機關申請改善工作環境、工作設備、工作條件、購買就業所需之輔具及調整工作方法所需費用之補助。

二、彩券需保留百分之五額度販售權

民國 100 年起彩券需保留百分之五額度給予輕度視障者販售。根據台灣彩券公司民國 97 年 12 月底止，統計全台共有 4,887 家（月平均收入新台幣 4 萬元）彩券販售點，而三大弱勢族群：身心障礙者、原住民、單親且為低收入戶等皆可給予彩券販賣的挑選機會。

三、成立視障者職業重建服務中心

針對有就業需求之視覺功能障礙者或視覺功能漸失者個別化、專業化的職業重建服務，以協助其於社區中就業或重返職場，職訓局委託中華民國無障礙科技發展協會設立「視障者職業重建服務中心」，建立視障就業之單一服務窗口，提供個案管理、評量、職前適應訓練（定向行動訓練、讀寫能力訓練、盲用電腦等資訊管理及應用技能）、視障輔具借用、職務再設計諮詢、個別化技能訓練及推介就業等整合性服務。³²³

伍、專業能力提升

一、北中南各設立一所全方位之視障重建中心

台灣視障者若欲從事按摩工作，則需取得國家丙、乙級按摩技術士技能檢定之證照始可執業，然此項考試評鑑度不高且按摩養成訓練期程參差不齊，最長受訓期限僅有 10 個月，與日本需 3 年至 5 年的受訓期間相較，更突顯出臺灣按摩僅能被衛生署界定為傳統療法，而非日本將三療定位為類似醫

³²³ 參勞委會，民國 102 年 5 月 3 日新聞稿。

療行為之差異，以及在醫師的處分下享有健保給付。

民國 101 年勞委會於北中南各設立一所全方位之視障重建中心。且受訓學員每月皆給予 5,000 元生活津貼（由縣市勞政主管機關支付）。社會重建之視障者經評估並依據個案就業再進行 2 年職業重建教育訓練，北部為電腦客服行政班，中部為保健按摩班，南部為心理諮商命卜訓練班。於視障重建中心經評估不適合進行職業重建之視障者轉銜至視障庇護工場。而日本國立東京障礙者康復中心，於該中心內設有眼科門診，若被診斷為法定視障者，則從心理輔導、諮詢開始心理重建，接著有點字、日常生活、定向行動等社會重建訓練，每位視障者都依其需求與學習進度，採個別化之教學。完成上述訓練後還可以進行電腦與三療的職業重建訓練課程，此外並設有 10 席按摩床之按摩中心，該中心之作法值得我國重視與學習。³²⁴

二、大學考試

台灣以前視障者能從事之針灸，因醫師法的規定被認為屬醫療行為，視障者不能從事，這與日本和中國大陸的狀況不同。視障者要透過大專以上教育，才可以從事物理治療師行為。日本身心障礙學生必須與一般學生在相同試題下參加大學入學考試，若有圖形題目，則改以難易相同之文字敘述性題目。且若要進入國立大學就讀，還須再通過一次考試。因此日本障障生能進入大學就讀者有其一定程度，而能就讀國立大學的優秀學生更屬佼佼者。³²⁵截至 96 年底，日本視障生就讀大學院校僅 510 人。而臺灣則多達共 616 位就讀大專院校之視障生。依據日本厚生省統計，截至 96 年底，全國視障者共 30 萬 5,800 人；依據內政部統計，臺灣視障者共 5 萬 4,319 人。就兩國視障總人數對比來看，日本對於身心障礙學生就讀大專院校採重質不重量之制度。³²⁶

這次修法也規定大專院校可以開辦按摩科系，保障視障者就學，苗栗縣

³²⁴ 參柯銘期（方中士整理），2011，《我國視障者未來工作展望報告摘要》台南科大通識課程指定閱讀教材，頁 7。

³²⁵ 參柯銘期（方中士整理），2011，《我國視障者未來工作展望報告摘要》，台南科大通識課程指定閱讀教材，頁 8。

³²⁶ 參考柯銘期（方中士整理），2011，《我國視障者未來工作展望報告摘要》，台南科大通識課程指定閱讀教材，頁 8。

仁德醫專率先響應，調理保健科主任吳東昇說，將在民國 100 年 2 月開辦學分班、9 月正式招收二專生。就業部分主要以協助視障者為主，其他障別只要肢體不受限制也會招收。³²⁷

民國 105 年起教育部規劃一所大學中醫系每年招收 10 名視障者其中針灸按摩組 5 名，復健按摩組 5 名，學生畢業後通過國家考試後取得針灸按摩師與復健按摩師證照。³²⁸

三、專門職業及技術人員考試

依「專門職業及技術人員高等暨普通考試醫事人員考試規則」第 2 條規定，醫事人員專門職業及技術人員考試將來只舉辦高等考試，不舉辦普通考試。依此政策方向，視障者如欲從事醫療性按摩工作，除非就讀物理治療系，或者必須由大專院校另行開設醫療按摩相關科系，養成教育體系始能與專技人員考試資格互相配合。

陸、其他積極作為

1. 民國 90 年 5 月勞委會（勞保局）排除萬難，首度大規模突破過去限制，勞保局晉用 9 位視障者從事勞保催收及電話諮詢服務工作。³²⁹

2. 民國 98 年內政部辦理 650 小時定向行動指導員培訓計畫，定向行動是建構視障者自信與自我獨立極為重要之能力。

3. 民國 98 年內政部召集有關專家研擬並制定盲用電腦指導員培訓課程與時數。對比於明眼人，視障者資訊之取得有相當大之落差。處於 e 化的世代，更應提升視障者英語與強化盲用電腦能力。使視障者於資訊獲得較之於明眼人落差能稍縮短。

4. 民國 99 年內政部辦理盲用電腦指導員培訓班。

³²⁷ 參全國就業 e 網 身障就業專區，2011/2/8「身障法修正三讀 保障多項權益 身障團體欣慰」新聞稿。

³²⁸ 參柯銘期（方中士整理），2011，《我國視障者未來工作展望報告摘要》，台南科大通識課程指定閱讀教材，頁 8。

³²⁹ 以下內容均參柯銘期（方中士整理），2011，《我國視障者未來工作展望報告摘要》，台南科大通識課程指定閱讀教材。

5.民國 99 年第 3 季勞委會辦理盲用電腦技術證考照。以落實視障者快速取得資訊並方便使用電腦與明眼人進行無障礙互動與溝通。

6.民國 99 年取消現行臺北市發放之殘障津貼，改為全國統一之殘障中低收入補助辦法。

7.民國 99 年起各縣市政府年度音樂表演活動場次百分之十保留給向文化局立案之視障音樂表演團體。

8.民國 99-100 年，各縣市勞政主管機關，所有基礎按摩訓練班受訓時數均不得低於 1,000 小時，參訓之視障者每月提供 5,000 元作為生活津貼。

9.民國 99-101 年各縣市勞政主管機關，視實際需求每年辦理 1 期，每週上課 2 次為宜，每次 4 小時為宜，學員每次上課補助交通費 200 元

10.民國 100 年內政部針對縣市戶籍地之視障者每年辦理盲用電腦基礎與應用班。

11.民國 100 年起內政部辦理社會重建指導員培訓班，培訓時間 1 年且資格為社工相關學系（依據日本經驗，已將 1 年之培訓時間調整為 2 年）。

12.民國 100 起台灣銀行、土地銀行與合作金庫之委外信用卡催收工作（捷至 97 年 12 月底止，我國現有 36 家金融公司發行信用卡），自民國年起台灣銀行、土地銀行與合作金庫之委外信用卡催收工作應由 5：1 明眼人與視障者比例可適任之視障機構承包而改僱用視障者從事此項工作。

13.民國 100 年起五院與各部會針對非機密性會議廳打字工作，可委託適任之視障機構承接（具字型概念之中途失明視障者）從事此工作。³³⁰

柒、公務人員考試

在身心障礙團體極力爭取下，政府乃於民國 95 年施行殘障特考，讓身心障礙者藉由此考試而在公部門工作。惟高普考長期以來限制視力在 0.1 以下且聽力低於 90DB 以下皆不得報考，應進一步探究全國行政機關所有工作性質與視力之關係，以確立不同視力等級之視障者的能力，即其所能擔任之職位

³³⁰ 以下均參：柯銘期（方中士整理），2011，《我國視障者未來工作展望報告摘要》，台南科大通識課程指定閱讀教材。

名稱與職務內容。民國 110 年起殘障特考回歸一般公職人員考試制度³³¹；圖形題目改以文字敘述性題目。日本亦同，身心障礙者若欲成為公務人員，須與一般人之相同標準通過考試始可成為公務人員。³³²



³³¹ 參柯銘期（方中士整理），2011，《我國視障者未來工作展望報告摘要》，台南科大通識課程指定閱讀教材，頁 8。

³³² 依民國 101 年公務人員特種考試身心障礙人員考試，三等、四等及五等考試，各需求 68 人、72 人及 70 人，原擬錄取 210 人，後增額錄取 313 身心障礙人員參全國就業 e 網 身心障礙專區，2012/1/17 及 2012/4/9 「101 年公務人員特種考試身心障礙人員考試」及「身心障礙特考 將錄取 313 人」新聞稿。

第三節 外國法制參考之必要

壹、外國視障按摩相關法制

一、德國法制

我國法律體系繼受自大陸法系，受德國法制影響甚深。德國有相對完備之身心障礙者就業促進法制，均已體系性整編為德國社會法典之編章。其第三編「就業促進法」。就業促進法將就業促進給付分為一般性給付與特殊給付：一般性給付是針對所有國民－包括身障者與非身障者－所提供的就業促進措施，給付內容包括就業之諮詢與轉介、就業輔導、從事自營作業之輔導、職業訓練、在職進修等；特殊性給付則是針對身心障礙者所提供之就業促進措施，主要有費用補助與生活津貼。其第九編「身心障礙者復健與重建法」主要對身障者之社會福利措施。³³³

身心障礙者職業訓練、進修養成期間的生活費用補助，其法源依據有兩種：當身心障礙者依據其所投保之社會保險享有「薪資替代」性質之請求權時應優先適用之，稱為「銜接期間生活津貼」；如果身心障礙者無上述各項銜接期間生活津貼之請求權時，則得請領「職業訓練生活津貼」，應項津貼應經家庭資產調查。³³⁴

第九編「身心障礙者復健與重建法」修正之精神為尊重身心障礙者之自我決定權、確保身心障礙者參與社會以及就業市場的公平機會與權利兩項基本精神。就業輔導員最長3年之協助、就業所需輔具費用、身心障礙者及其陪同者因接受職業促進措施所致之收入損失等，均屬於本款之範圍，國家應予以適當之補助。除此之外，職業促進措施也涵蓋政府所應負擔之各項費用，包括身心障礙者因接受職業促進措施所需之離家住宿費用，以及與職業訓練直接相關之學費、考試費用、教材、工作服與工作器材。上述就業促進法關

³³³ 參《按摩業開放後之法制建構規劃》，2010年，孫迺翊、張桐銳共同主持，勞委會職訓局委託，頁50。參孫迺翊，2009，《視障者按摩保留解除後之法制因應初探》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁351-352。

³³⁴ 參《按摩業開放後之法制建構規劃》，2010年，孫迺翊、張桐銳共同主持，勞委會職訓局委託，頁51。參孫迺翊，2009，《視障者按摩保留解除後之法制因應初探》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁353。

於身障者特殊性給之規定，以及身心障礙者復健與重建法關於就業促進之規定，只要是特別針對身心障礙者、未同步給予非身障者之給付，依學說之見解，應屬羈束行政，行政機關並無裁量空間，換言之，只要身心障礙者符合法定要件，即享有各項就業促進之請求權³³⁵。

德國亦有視障者選擇從事按摩業，依德國「按摩師及物理治療師法」之規定，此項職業涉及國民之健康事項，屬於醫療相關行業，需要完成職業養成訓練，並通過國家考試始得執業。按摩師之養成訓練在國家認可之職業訓練機構進行，課程為期2年，結束後參加國家考試，考試通過後尚有半年之實習期間，實習於醫院或其他適當之醫療機構進行。其執業範圍包括各種按摩手技。³³⁶

有意進階發展之按摩師，可接受物理治療師養成教育、通過國家考試成為物理治療師，物理治療師之養成訓練為期3年，曾受按摩養成教育課程者可抵減18個月。該法係一體適用於所有有興趣從事該項職業之人，並未針對視障設有特別規定。視障者若有意成為按摩師，得依上述就業促進法及身心障礙者復健與重建法之規定申請政府提供相關協助。而按摩師及物理治療師職業訓練機構，有收一般非視障學員，亦兼有收視障者與非視障者之機構，前者如「預防復健集團」，後者則有「麥茵斯職業促進機構－物理治療方法中心」，其提供適合視障者、聽障者學習的按摩課程以及住宿用餐環境。³³⁷

³³⁵ 參《按摩業開放後之法制建構規劃》，2010年，孫迺翊、張桐銳共同主持，勞委會職訓局委託，頁51。參孫迺翊，2009，《視障者按摩保留解除後之法制因應初探》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁354-355。

³³⁶ 德國按摩師執業範圍包括各種手技（含反射區按摩）水療、冷療與熱療、運動治療與電療，其養成訓練課程內容有疾病學、解剖與生理學、職業倫理與法律、教育學與心理學、運動治療、預防與復健、傳統按摩手技、特殊按摩手技如反射區療法、水療、熱療等療法、光電療法等。參《按摩業開放後之法制建構規劃》，2010，孫迺翊主持，勞委會職訓局委託，頁51-52。參孫迺翊，2009，《視障者按摩保留解除後之法制因應初探》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁356。

³³⁷ 參《按摩業開放後之法制建構規劃》，2010年，孫迺翊、張桐銳共同主持，勞委會職訓局委託，頁52。參孫迺翊，2009，《視障者按摩保留解除後之法制因應初探》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁352。

二、英國法制

在英國視障者擔任物理治療師，已有百年以上傳統，其始於1900年倫敦按摩學校開始招收程度最佳的視障者入學，1915年該校由英國皇家盲人協會接管，改設為英國盲人按摩訓練機構。該機構早於於1916年即設有運動治療課程，1919年又增加了電療課程，及至1956年，英國盲人協會克服所有儀器操作的困難，其所提供的訓練課程，已能符合英國物理治療學會所核定的標準。³³⁸

90年代起視障者接受一般大學教育成為主流，上述盲人按摩訓練機構關閉，英國皇家盲人協會改變角色，提供物理治療的支援服務，協助在主流大學接受物理治療的學生克服求學與就業的困難。由於受教障礙獲得充分排除，英國視障者得以接受完整的物理治療專業學習與訓練，成為社會所接納的物理治療師，其臨床領域包括神經、骨科、外傷、老人、運動傷害等，工作地點則涵蓋公立醫院、私人診所、運動傷害中心、學校。英國實施公醫制度之後，原先多於私人診所執業的視障物理治療師現則多於服務於醫院³³⁹。

英國視障者能夠回歸主流，與明眼人完全相同，接受完整的物理治療師教育、通過考試並進入醫療機構工作，主要是因為在教育階段有完善的支援系統，物理治療師之國家考試完全不打折，接著就業階段政府繼續給予符合個別需求之協助。詳言之³⁴⁰：

- (一) 在專業教育階段，英國有兩大支援系統協助視障者進入物理治療學系就讀，其一為英國皇家盲人協會所提供的「物理治療支援服務」，另一則為「身心障礙學生學習補助」。「物理治療支援」包含學生進入學校前協助視障生選擇適合的科系、申請學校及面試技巧，進入學校

³³⁸ 參《按摩業開放後之法制建構規劃》，2010年，孫迺翊、張桐銳共同主持，勞委會職訓局委託，頁52。參孫迺翊，2009，《視障者按摩保留解除後之法制因應初探》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁356。

³³⁹ 參胡名霞，英國視障者的物理治療教育，醫學教育，第4卷第3期，2000年，頁281。參《按摩業開放後之法制建構規劃》，2010，孫迺翊主持，勞委會職訓局委託，頁52。參孫迺翊，2009，《視障者按摩保留解除後之法制因應初探》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁357-358。

³⁴⁰ 參《按摩業開放後之法制建構規劃》，2010年，孫迺翊、張桐銳共同主持，勞委會職訓局委託，所載：陳奇威，《英國物理治療師支援性法規之初探》，英國法制研究報告，頁52、233。

就讀後該協會會針對個別學生之情形，設計出最適合該名視障生之學習方法、提供盲用書籍或以貸款、出借等方式協助視障學生獲得學習物理治療課程所需之軟、硬體設備；至於「學習補助」主要針對因視障因素導致學習上之額外支出費用，包括學習所需之專業設備、非醫療專業輔助人員、因身障所致額外交通費用支出等。

(二) 在物理治療師考試方面，視障學生仍須修習完成所有物理治療學系之必修學分，取得學位，並參加國加考試。就此而言，與明眼人並無不同。

(三) 視障者通過物理治療師之考試、取得資格後，英國皇家盲人協會之「物理治療支援服務」系統繼續協助其銜接至一般身障者之就業促進措施，申請個別化服務，其服務範圍包括：陪同面試溝通、就業輔導員協助視障物理治療師熟悉工作環境、物理治療師赴醫院以外處所提供服務時之交通費用補助以及工作環境之職務再設計，最後一項係指為物理治療相關器材如電療器等設備加裝語音功能，以利視障物理治療師操作。³⁴¹

三、日本法制

依日本現行「有關按摩、馬殺雞指壓師、針師、灸師法」，其中按摩、針、灸三種療法屬於醫療專業，其從業者，必須具備「就讀大學資格」，在文部科學大臣核定之學校或厚生勞動大臣核定之養成機構，接受3年之法定訓練課程，並通過厚生勞動省舉辦之國家考試，於厚生勞動省完成登錄，始得執業³⁴²。

按摩、指壓與針灸是明眼人與視障者均得從事之行業，不過日本政府針對視障者設有專門養成訓練機構，全國71所盲校，60所職業訓練機構、10所

³⁴¹ 參孫迺翊，2009，《視障者按摩保留解除後之法制因應初探》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁 358-359。

³⁴² 參《按摩業開放後之法制建構規劃》，2010年，孫迺翊、張桐銳共同主持，勞委會職訓局委託，頁 54，所載：陳耀祥，《日本視障者從事按摩業之管制與促進》，頁 227 以下。參孫迺翊，2009，《視障者按摩保留解除後之法制因應初探》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁 359。

重建中心均設有三療專業培訓課程，其中日本筑波大學附設盲校最具特色，該校從幼稚部到高等部專攻科學制齊全，招收學生以先天性全盲生為主，是日本全國71所盲校中唯一的國立盲校，也是培育三療師資唯一的大學。該校高等部之針灸手技療法科與理學療法科修業期間3年，針灸手技療法研修科修業期間1年，修習約77門課2,300小時之課程，涵蓋東方傳統醫學與西方醫學理論，畢業取得大專之學歷。在就業方面，修習三療課程完畢、通過國家考試之視障者，得受雇於醫療機構或診所，或自行開設理療院，晚近亦有不少受雇於大型按摩保健公司。³⁴³。

四、中國大陸法制

中國大陸設有醫療按摩人員之制度，並有多所大學開設盲人，受到國內視障按摩師之重視。按中國政府雖於1997年頒布「盲人醫療按摩人員評聘專業技術職務有關問題的通知」，確立現行醫療按摩與保健按摩之區分，但隨後於1998年制定「執業醫師法」，要求從業醫師須經考試合格後才能取得執業醫師執照，而盲人無法完成考試科目中之形體觀察、X光片解讀等，因此實質上該法之頒布阻絕了盲人成為按摩醫師之可能性，部分已經在醫療機構中從事醫療按摩工作的盲人醫療按摩人員亦被迫離職，直到2009年頒布「盲人醫療按摩管理辦法」後，才又重新建立「醫療按摩」與「保健按摩」兩套制度³⁴⁴。

中國大陸現行法制下之「醫療按摩人員」，係指在醫療機構從事推拿按摩之人員，視障者與非視障者均得從事此項工作，但須依照前述「執業醫師法」之規定取得執業醫師之資格，惟「盲人醫療按摩管理辦法」對於盲人從事醫療按摩工作設定其執業範圍，盲人醫療按摩人員不得從事按摩推拿以外之醫療、預防與保健，亦不得開具藥品處方及醫學診斷證明或其他與盲人醫

³⁴³ 參《按摩業開放後之法制建構規劃》，2010年，孫迺翊、張桐銳共同主持，勞委會職訓局委託，頁54。參孫迺翊，2009，《視障者按摩保留解除後之法制因應初探》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁359-360。

³⁴⁴ 參《按摩業開放後之法制建構規劃》，2010年，孫迺翊、張桐銳共同主持，勞委會職訓局委託，頁55，所載：張巍，《大陸盲人按摩業發展與規制簡析》，頁242以下。

療按摩無關之醫學證明文件（第11條），就其執業範圍而言，毋寧較趨近於醫囑執行者，與一般執業醫師有間。取得盲人醫療按摩人員資格者，得於醫療機構工作，這是盲人醫療按摩管理辦法的重大貢獻，但值得注意的是，該項辦法也限定了盲人醫療按摩人員之執業範圍，其職級晉升上也明顯落後於非視障者³⁴⁵。

盲人醫療管理辦法將盲人醫療按摩人員分為初、中、高三級，目前最重要之進入管道，為接受中等專業以上教育並通過盲人醫療按摩人員考試，尤其中級以上醫療人員必須具備盲人按摩大學本科畢業之學歷，就此中國有多所大學如長春大學、南京中醫藥大學、新疆盲校與北京聯合大學設有盲人高等教育按摩推拿大專班，就教育與考試兩階段的銜接而言，較我國現行制度更為完善。³⁴⁶

至於保健按摩，在中國大陸同樣是視障者與非視障者均得從事之工作，依「保健按摩師國家職業標準」分為初級、中級、高級及技師四個等級，在養成訓練上，保健按摩師並未將高中、大專以上學歷設為門檻，而是同步採認一定年資之工作經驗或參加每一級別標準訓練課程並通過考試，作為逐級晉升之要件。中國政府對於盲人保健按摩師之就業促進措施，以協助其開設保健按摩店或自營作業為主，例如補助開辦費用、提供租金優惠、免息貸款、行政程序優先處理，就此各省又有不同之補助項目或獎勵措施³⁴⁷。

³⁴⁵ 參《按摩業開放後之法制建構規劃》，2010，孫迺翊、張桐銳共同主持，勞委會職訓局委託，頁 55。所載：張巍，《大陸盲人按摩業發展與規制簡析》，頁 242 以下。參張巍，2009，《中國大陸盲人醫療按摩制度淺析》，收於：勞動、社會與法，國立政治大學法學院，勞動、社會與法，元照出版公司，第 387。

³⁴⁶ 參《按摩業開放後之法制建構規劃》，2010，孫迺翊、張桐銳共同主持，勞委會職訓局委託，頁 55。所載：張巍，《大陸盲人按摩業發展與規制簡析》，頁 242 以下。參張巍，2009，《中國大陸盲人醫療按摩制度淺析》，收於：勞動、社會與法，國立政治大學法學院，勞動、社會與法，元照出版公司，第 388。

³⁴⁷ 參《按摩業開放後之法制建構規劃》，2010，孫迺翊、張桐銳共同主持，勞委會職訓局委託，頁 55。所載：張巍，《大陸盲人按摩業發展與規制簡析》，頁 242 以下。參張巍，2009，《中國大陸盲人醫療按摩制度淺析》，收於：勞動、社會與法，國立政治大學法學院，勞動、社會與法，元照出版公司，第 389。

貳、視障者工作職類外國法制

在所有類別中的身心障礙者中，視覺障礙者的就業率一直是屬於較低的一類³⁴⁸。視障者之工作職類包括競爭性的工作環境及庇護性的工作環境。就有關資料顯示，雖然部分先進國家之視覺障礙者的就業比率仍然不高，但其職業的類別則較國內視覺障礙者的職種多元。根據世界盲人聯盟復健與就業委員會的調查報告指出，不論是已開發或開發中國家，視覺障礙者的教育程度越高，其工作的職類越具專業性及特殊性；而教育程度越低者（少於8年），則較偏向操作性及勞力性質的工作。³⁴⁹

一、美國

以美國的視覺障礙者而言，其早期工作職類包括：律師、牧師、政治家、音樂工作者、演說者、調音師、骨科治療、物理治療、美容工作、按摩、社會工作者、聖職工作者、書記員、抄寫員、商業經營與機械工作者。³⁵⁰

而後因為各種輔具與科技的發明，以及社會態度漸漸開放的情形下，許多研究者認為可以為視覺障礙者開發的工作如電機工程師、聯邦政府雇員、醫師、復健諮詢師、電腦程式設計師、文學作家、新聞記者、語言學家、翻譯學家、製藥場工作人員、售貨員、總機人員、組裝人員、藝術家、暗房工作人員、編織與醫務工作等都已陸續開發出來，可見視覺障礙者在潛在就業職類上的可開發性³⁵¹。

二、日本

在日本方面，視覺障礙者的職類以東洋按摩、西洋按摩與針灸等三療、農林漁牧、販賣及服務業、製造工程業、管理及事務性職業等為主。日本盲人

³⁴⁸ 參李永昌（國立高雄師範特殊教育系），2003，《視覺障礙者工作職類研究》，國立台南師範教育學系特殊教育與復健學報，11期，頁56。

³⁴⁹ 參李永昌（國立高雄師範特殊教育系），2003，《視覺障礙者工作職類研究》，國立台南師範教育學系特殊教育與復健學報，11期，頁57。

³⁵⁰ 參李永昌（國立高雄師範特殊教育系），2003，《視覺障礙者工作職類研究》，國立台南師範教育學系特殊教育與復健學報，11期，頁57。

³⁵¹ 參李永昌（國立高雄師範特殊教育系），2003，《視覺障礙者工作職類研究》，國立台南師範教育學系特殊教育與復健學報，11期，頁57。

福祉委員會也針對日本視覺障礙者現階段就業職類，做了下列分類：（一）能夠扶養家庭的職類：教師、按摩師、針灸師、音樂家、宗教家、律師、社會事業經營者、金融員、公司職員、商業、金屬加工職員、點字校正等工作。（二）可以維持本身生活職類：養雞業、保險業、勸募業、鋼琴調音師、電話、接線生等工作。（三）需要生活補助的職類：竹工、編織工、收錄放音機/電視零組件、紙品製作、掃帚製作、香菇或洋菇等栽培工作。³⁵²

由上面資料可以知，視覺障礙者所從事的職類多為半技術性或勞力性質的工作。即使是歐洲的先進國家如英國，其視覺障礙者所從事的工作職類也多從事半技術性或勞力性質的工作。而韓國的視覺障礙者的工作職類則主要以理療按摩為主。³⁵³

日本國立東京障礙者康復中心，於該中心內設有眼科門診，若被診斷為法定視障者，則從心理輔導、諮詢開始心理重建，接著有點字、日常生活、定向行動等社會重建訓練，每位視障者都依其需求與學習進度，採個別化之教學。完成上述訓練後還可以進行電腦與三療的職業重建訓練課程，此外並設有 10 席按摩床之按摩中心，該中心之作法值得我國重視與學習。³⁵⁴

社會福祉法人日本盲人職能開發中心，歷經 10 年的努力，目前有 46 位中途失明之全盲者從事聽打工作，該中心分別與公營機構及民間企業單位建立合作關係，將其會議、演講資料經由錄音再讓視障者轉成文字書面，每小時內容須於 10 天內完成。

日本身心障礙學生必須與一般學生在相同試題下參加大學入學考試，若有圖形題目，則改以難易相同之文字敘述性題目。且若要進入國立大學就讀，還須再通過一次考試。因此日本身障生能進入大學就讀者有其一定程度，而能就讀國立大學的優秀學生更屬佼佼者。³⁵⁵

³⁵² 參李永昌（國立高雄師範特殊教育系），2003，《視覺障礙者工作職類研究》，國立台南師範教育學系特殊教育與復健學報，11 期，頁 57。

³⁵³ 參李永昌（國立高雄師範特殊教育系），2003，《視覺障礙者工作職類研究》，國立台南師範教育學系特殊教育與復健學報，11 期，頁 57。

³⁵⁴ 參柯明期（方中士整理），2011，《我國視障者未來工作展望報告摘要》，台南科大通識課程指定閱讀教材，頁 7。

³⁵⁵ 參柯明期（方中士整理），2011，《我國視障者未來工作展望報告摘要》，台南科大通識課程指定閱讀教材，頁 8。

截至 96 年底，日本視障生就讀大學院校僅 510 人。而臺灣則多達共 616 位就讀大專院校之視障生。依據日本厚生省統計，截至 96 年底，全國視障者共 30 萬 5,800 人；依據內政部統計，臺灣視障者共 5 萬 4,319 人。就兩國視障總人數對比來看，日本對於身心障礙學生就讀大專院校採重質不重量之制度。³⁵⁶

三、俄羅斯

俄羅斯全俄盲人協會（VOS）於視障者庇護工場，明文保障其所產銷之商品全部免稅優惠，並規定工作人員中明眼人與視障者需各佔一定比例，以落實庇護之成效。且庇護工場不應僅限於視障體系內之按摩、點字教課書、鋼琴調音以及極為廉價收入之包裝標籤等項目；可參考俄羅斯的方式，以生產各種工業及民生用品為主。鑑於失明者之就業困境及俄羅斯視障者庇護工場之成有效改善中途失明者的就業困難。

我國於民國 92 年 3 月 21 日訂定之身心障礙者庇護性就業服務實施計畫，其實施對象僅限於工作能力不足之身心障礙者。就實際現況，故國內得否修正參考俄羅斯設置視障庇護工場，除極重度與視多障者外，對於一般視障及一定比例之明眼人參與，以推展更多視障庇護工場不多產品的提供與行銷³⁵⁷。

參、國內視障者就業職類

並非視障者都是全盲，大多數是還有剩餘視力。但視障者或受限於個人因素、或囿於一般社會大眾傳統對視覺障礙者的觀念，或啟明學校所提供的課程、設備及師資緣故，其所能選擇的職業訓練職類別大都僅止於按摩一種，現在增加了以音樂演奏作為新謀生工具³⁵⁸。據研究調查我國視障者可工作之

³⁵⁶ 參柯明期（方中士整理），2011，《我國視障者未來工作展望報告摘要》，台南科大通識課程指定閱讀教材，頁 8。

³⁵⁷ 參柯明期（方中士整理），2011，《我國視障者未來工作展望報告摘要》，台南科大通識課程指定閱讀教材，頁 6-7。

³⁵⁸ 參李永昌，2003，《視覺障礙者工作職類研究》，國立台南師範教育學系特殊教育與復健學報，11 期，頁 56。

職類為：按摩、教師、音樂演奏、教科書製作、鋼琴調音、物理治療、算命卜卦、文化事業、誦經禮佛、中醫師、電腦文書、美容美髮、商店店員、程式設計、公共行政、廣播節目主持人、保險業務員、立法委員及總機等。³⁵⁹全盲者適合的工作職類以按摩、教書、演唱及電話接線較多。³⁶⁰

肆、小結

經比較我國法制現況與上述各國之法制，上述四個國家均將按摩或與物理治療等定性為醫療相關工作，對於從業人員之能力設有較為嚴格之要求，因此養成訓練或教育期間較長，並須通過國家考試取得證照始得執業，這些基本的養成與考試規範，均一體適用於明眼人與視障者。再以執業範圍加以觀察，除中國「盲人醫療按摩管理辦法」對視障者與非視障者醫療按摩人員之執業範圍作差別規範，盲人醫療按摩人員趨近於醫囑執行者外，其餘在英國、德國、日本，只要通過國家考試，在執業內容上完全相同，不作明、盲之區分，且其執業範圍較我國去醫療化之視障按摩更為廣泛，英國物理治療師執行之業務範圍與一般物理治療師相同，德國按摩師得為患者進行水療、電療等，日本三療按摩師則得執行針灸，這些項目分別為各國養成教育的內容，簡言之，證照制度、執業範圍與其養成教育三者具有密切關連，醫療性越高、執業範圍越不以手技為限，越需要完整而長期的訓練課程。

我國視障按摩在養成上時間較短（3-6個月；外國則為2-3年），且會在國家認定之機構內訓練，所以如提供國家認可的專業機構提供視障者（尤其是中途失明者）較完整之專業訓練，是應該加強的部分。

此外，視障者可開發的職類很多，而且很多視障者還有殘餘視力，弱視者可以做的工作就更多，透過輔具就可以克服視力上的困難。如果一位雇主不了解其業務是否可以由視障者工作，可以請求協助職務再設計，由專業人

³⁵⁹ 參李永昌，2003，《視覺障礙者工作職類研究》，國立台南師範教育學系特殊教育與復健學報，11期，頁58。

³⁶⁰ 台北市訂定「102年度視障音樂人推展計畫」，推廣視障音樂人（中華民國身心障礙者藝文推廣協會、財團法人台北市視障音樂文教基金會、財團法人伊甸社會福利基金會、財團法人愛盲基金會）相關團體之優質表演，歡迎電詢(電話:2559-8518 分機 316)。

員協助說明及評估，如果可以克服困難晉用視障人員，還有新台幣10萬元的職務再設計的補助（可以有專人協助工作場所視力協助等），是僱主可以好好利用的公家資源。



第四節 我國視障按摩職業促進措施檢討

觀察歐陸福利國家身心障礙者就業促進措施，尤其是歷史悠久的英國皇家盲人協會所發展出來的物理治療支援服務模式可知，欲使身心障礙者與常人相同，享有選擇職業、透過工作發展自我的自由，一方面須培養身心障礙者具備該項工作所需之專業能力，不因身心障礙因素而打折，另一方面，也需要完善的就業促進措施協助身心障礙者克服客觀條件之限制，享有進入職場的公平機會，且就業促進之協助不是從身心障礙者進入職場時才開始啟動，而是從養成訓練或養成教育階段即應著手，才能有效克服身心障礙者所面臨的各項職業選擇自由限制。

壹、重新建構訓練養成體系

一、開放更多大專院校科系供有潛能的視障者就讀

教育程度越高，其工作的職類較多元，也較具專業性。提供更多的大專院校科系供視障者就讀，乃是開發視覺障礙者工作職類最有效的方法。

理療按摩之定位曖昧不明，從「視覺功能障礙者從事按摩及理療按摩資格認定及管理辦法」第12條觀之似乎有意將其提升為醫療性行為，惟該辦法第6條並未設有所謂的「理療按摩技術士證」。在專技人員「教考用一體」的邏輯下，理療按摩既無教、考制度，上述管理辦法第12條「公私立醫療機構進用或轉介」之規定自然成為具文，也因此所有取得理療按摩執業許可證之視障者，仍被拒絕於醫療機構之外。³⁶¹又「專門職業及技術人員高等暨普通考試醫事人員考試規則」第2條規定，各類醫事人員普通考試如物理治療生、職能治療生考試自民國100起停辦，護士考試自102年起停辦，依此政策方向，若欲將理療按摩定性為醫療領域之專門職業及技術人員，使視障者得以進入醫療機構工作，必須同步建立相關之大專科系。

³⁶¹ 參《按摩業開放後之法制建構規劃》，2010，孫迺翔、張桐銳共同主持，勞委會職訓局委託，頁 56-57。

二、養成教育階段之就業促進措施

應參酌上述英、德、日等國已發展出的各項協助項目，檢討我國養成教育提供之協助：

(一) 職業訓練生活津貼

我國目前在職業訓練階段較為制度化的措施，為「就業促進津貼實施辦法」提供之身障者職業訓練生活津貼，依該辦法第20條規定，生活津貼每月係按基本工資60 %發給，身心障礙者最長得領取一年之津貼。未來政策上如欲延長按摩基本養成訓練期間達1年以上，提高從業者之專業技能，則上述辦法宜配合修正，使身障者於職業訓練期間均能獲得生活津貼之支持。此項措施對於中途失明參與職業重建者，或已經執業而參加繼續進修之視障按摩師尤為重要，唯有確保其基本經濟安全，才能期待身障者願意投注時間提升其專業技能。如前所述，如視障者原為就業保險法之被保險人，非自願離職而參加按摩職業訓練者，在此期間之生活津貼，依社會保險給付優先於其他社會給付原則³⁶²，應先依就業保險法第19條規定請領，待6個月期滿後再依就業促進津貼實施辦法請領。

(二) 交通費用補助

視障者如須離開住居地接受職業訓練，在此期間之住宿費用以及往返交通費用，亦應給予適當補助，對於非都會區訓練機會有限之視障者，尤應滿足其對此項補助之需求。如欲更進一步減少視障者接受職業訓練的經濟上困難，宜將補助項目擴及與職業訓練直接相關之學費、器材及考試費用等。

(三) 輔具配套

除經濟上之支援外，視障者接受職業訓練所需之各項軟、硬體設施，例如盲用書籍、儀器與軟體，同樣也是重要的就業促進資源。就此，應可參酌英國皇家盲人協會或日本筑波大學發展出來的支援服務內容，這部分之配置

³⁶² 參酌前述德國「銜接期間生活津貼」與「職業訓練生活津貼」兩項制度之功能與適用先後關係之說明。

如果越齊全，越能期待視障按摩師之專業提升。

（四）資訊提供與諮詢服務

資訊提供與諮詢服務可能是我國實務上有待加強之處³⁶³。按視障者是否選擇按摩業、該行業現況及未來發展情形、身障者可以獲得哪些資源或補助以及接受職業訓練期間之適應問題，均需要政府主動提供個別化諮詢與資訊，我國身心障礙者權益保障法第48條、第49條之規定已提供相關之法源依據。法律既有明文，具體作法上應可參酌英、日等國之經驗，建制所需之組織與人力，逐步將此項細膩的服務模式予以制度化。

貳、就業輔導

在就業輔導方面，誠如前述，我國身心障礙者權益保障法上已明文諸多措施，例如創業輔導，職務再設計、定額進用制與公有公共場所申請營業優先許可等。在此法制基礎上，主管機關基本上享有寬廣的政策空間，而為使就業輔導措施更為制度化，主管機關應針對視障按摩師之就業型態發展出更為細膩之就業輔導模式，並嘗試予以法制化。詳言之：

一、職務再設計需求殷切

在現行保健按摩領域，視障按摩師多以個人工作室或開設中型按摩院方式經營，或者以非典型僱傭關係於福利機構所屬按摩中心工作³⁶⁴，甚少進入一般企業成為受雇員工，或於明眼人開設之休閒場所工作，因此，視障按摩師對於創業輔導與職務再設計之需求較定額進用制殷切。雇主也可透過職務再設計了解身障者是否適合其公司，雇主應多加以利用此項服務。

在大法官作成本號解釋後，主管機關已修改職務再設計之補助規定，納入自營作業之視障按摩師，並補助視障者開設中型按摩院、協助其行銷。有

³⁶³ 參李永昌，《從就業發展看視覺障礙者的就業新契機》，就業安全半年刊，第5卷第1期，2006年7月，頁86。

³⁶⁴ 參王育瑜，2004，《障礙團體設立之按摩中心的充權效用評估：以台北市為例》，台大社工學刊，第9期，頁8-136。

鑑於過去長久以來視障按摩業者受法律專屬保護，卻隔絕於一般法律秩序的弱勢現象，本文認為於主管機關應特別強化視障按摩師之「創業知能」，除應提供經營管理課程，協助視障者透過職務再設計，備置經營管理所需之盲用軟硬體設備外，更重要的是，應提供視障按摩師經營上所需之相關之法律知識，使其清楚瞭解在整體法秩序下，其從事按摩業所得主張之權利與所應負擔之義務。³⁶⁵

二、理療按摩及醫療按摩

參考外國法制，按中國大陸法制區分醫療按摩與保健按摩，前者開啟視障者在醫療機構工作之可能性，並有多所大學設有相關科系，為我國目前理療按摩所不及；後者則取向一般休閒市場，就其養成訓練期間、證照制度與經營型態，與國內現況較為相近。以我國按摩業現況而言中國大陸法制不失為修法之參考對象，惟不應忽略的是，中國大陸視障者執行醫療按摩之範圍仍受到法令上之限制，與非視障者之間並非利於真正的平等地位，因此從融合之觀點，英國或德國以完整涵蓋養成教育、考試與就業三個不同階段的就業促進措施、滿足視障者個案需求，協助其進入常態教育養成、證照考試，取得專業工作機會，較能體現個別化職業重建之精神，而我國最新修正之身權法特別強調此項基本原則（如第19條、第33條），並已分別依事項性質設定政府部門分工之權責（第2條），大法官亦期待立法者與行政部門採取就業促進之多元手段，在此前提下，歐陸法制以完備的就業促進措施而不以特殊證照來協助視障者從事按摩業的模式，更符合我國現行身權法之立法精神，值得我國參考。

目前如能進一步克服目前法規、教育與考試法制上之限制，順利將理療按摩或醫療按摩提升至醫療行為，則醫療性理療按摩師可透過定額進用制，進入醫療機構工作，便可落實現行視覺功能障礙者從事按摩及理療按摩資格認定及管理辦法第12條規定；且醫療機構得依身權法第37條規定，申請職務

³⁶⁵ 參《按摩業開放後之法制建構規劃》，2010，孫迺翊、張桐銳共同主持，勞委會職訓局委託，頁59。

再設計補助，方便視障理療按摩師工作。

惟目前看不到衛生署及勞委會的這個方向，僅將按摩及民俗調理列為非醫療行為，依商業登記加以管理。民俗調理也沒有辦理國家舉辦之技能檢定考試。

三、行銷管道之建立

相較於明眼人，目前大部分視障按摩師雖具有按摩技術士證之優勢，但其行銷能力普遍不足，實際上執業或經營上，競爭能力仍明顯劣於明眼人，此部分亦亟需政府之協助。承前所述，可資運用之措施包括營業地點申請優先許可，或將具有納入國民旅遊卡之特約商店，惟後者目前受阻於商業登記法規之解釋適用問題，詳後說明分析。除此之外，主管機關得於其裁量範圍內，以廣告等宣傳方式，呈現身障按摩師或理療按摩師之訓練養成過程與專業能力，提供一般民眾選擇相關服務的判斷依據。前開新北市推展庇護商品之網路下單，應是一個很好的宣導方向。透過網路的連結、活動的辦理加以推廣視障按摩師相關業務之行銷。

四、就業輔導員

此外，就業輔導員之設置亦有其必要，就業輔導員能協助身障者就業面試，儘速適應新的工作環境，解決就業中所面臨之各項困境，英國視障物理治療師在就業上即獲得就業輔導員良好之協助。依「身心障礙者職業重建服務專業人員遴用及培訓準則」第3條規定，我國目前就身心障礙者之職業訓練與就業服務，設有職業訓練師、職業訓練員、職業輔導評量員、就業服務員、職業重建個案管理員及督導等6種專業人員³⁶⁶，視障按摩業團體則建議，將取

³⁶⁶ 身心障礙者職業重建服務專業人員遴用及培訓準則第3條：「本準則所稱專業人員及其職務內容如下：

- 一、職業訓練師：直接擔任職業技能與相關知識教學事項。
- 二、職業訓練員：辦理職業技能訓練事項。
- 三、職業輔導評量員：辦理職業輔導評量計畫擬定、個案職業輔導評量、撰寫職業輔導評量報告及提供個案就業建議等事項。
- 四、就業服務員：辦理就業服務計畫擬定、就業諮詢、就業機會開發、推介就業、追蹤輔導、職務再設計及就業支持等事項。
- 五、職業重建個案管理員：辦理就業轉銜、職業重建諮詢、開案評估、擬定初步職業重建

得乙級按摩技術士證且具有豐富經驗之視障按摩師培訓為按摩類就業輔導員或按摩類職業訓練師³⁶⁷，此項建議一方面增加取得乙級證照按摩師之就業管道，提升視障按摩師之進修意願，另一方面有助於視障按摩師資之培訓，應為值得努力之方向。

五、制度化相關計畫政策

以我國法制現況觀之，就業促進津貼實施辦法、身心障礙者職務再設計實施方式及補助準則、身心障礙者創業輔導服務實施方式及補助準則等重要法規命令已備齊，但其所訂定之補助標準與範圍，並未區分障別與職業類型，性質上仍屬一般性、抽象性規範；至於更具體的措施，行政機關通常以在既有法制架構下編列一定期間之預算以行政計畫方式為之，勞委會職訓局所實施之視障按摩業補助方案，以及「新視界就業計畫」及「因應大法官第649號釋憲案行政院勞工委員會協助視障者就業措施」即屬之，其優點是彈性反應需求，缺點則是受限於預算期限欠缺延續性。

上述各項計畫是特別針對按摩業所設計的就業促進措施，其內容對視障按摩師之技術能力與其經營型態具有一定的影響力。檢視上社述兩項計畫內容，「鼓勵中型按摩院之經營」與「公共場所保留按摩小棧據點」兩項措施，大抵延續先前政策方向。³⁶⁸

如能針對視障者從事按摩業之需求，參考英國及德國支持系統之模式，將教育訓練、證照考試到就業各階段的職業重建服務內容進一步具體化，將受雇、自營作業、經營不同規模按摩院所需要的職務再設計或創業輔導方式予以模組化，採持續性計畫方式推動，應最能落實憲法第7條實質平等之精神以及身權法「個別化」職業重建原則，以及大法官解釋「應由主管機關就適

服務計畫、分派或連結適當服務、資源整合與獲取、服務追蹤及結案評定等事項。

六、督導：協助專業人員專業知能提升、情緒支持與團隊整合及溝通等事項」。

³⁶⁷ 中華民國按摩業職業工會全國聯合會，提升視障按摩院服務品質規劃案成果報告暨視障按摩業輔導標準書，勞委會職訓局委託，2009年，表5-4。參《按摩業開放後之法制建構規劃》，2010年，孫迺翊主持，勞委會職訓局委託，頁60。

³⁶⁸ 參《按摩業開放後之法制建構規劃》，2010年，孫迺翊、張桐銳共同主持，勞委會職訓局委託，頁49-50。

合視障者從事之職業予以訓練輔導、保留適當之就業機會等促進就業之多元手段採行具體措施」之意旨，而這樣的成果，亦能成為建立其他障別職業重建服務之參考，應無違反平等原則之疑義。

另按摩保留條款失效後，假設其他障別之身障者依其意願及專業評量結果，認為適合從事按摩業者，基於平等原則，政府自應依其需求給予不亞於視障者之就業促進協助，甚至需要針對不同障別另行設計不同模組之服務內容，以進一步落實個別化職業重建原則之要求³⁶⁹。

參、小結—「全球視障菁英就業輔導研討會」

台灣盲人重建院於民國92年11月7日至9日所舉辦之全球視障菁英就業輔導研討會，參加的十個國家視障界代表都是一時之選。其中德國代表UweBoysen（布萊梅地方法院主審法官）表示，律師是德國國內盲人與視障學術菁英中最大族群，目前在德國執業的視障律師約300到350人，每位盲人律師都需有一名助理由雇主負責聘雇與支薪。盲人法官有能力藉由其它較敏銳的感官、清晰明確的知覺技巧、以及更集中的注意力，來彌補缺乏視覺能力的不足。在民事或行政責任案件，其能力未受到質疑但被指派到刑事案件的機會就受嚴重的阻礙。不認識我們，以及無法想像我們如何處理我們工作的人才會質疑我們的能力，其實只有幾件案子真正需要看得見，主要特定證據是影片的情況，則只好轉介別的律師。

其中法國代表Philippe Chazal（歐洲盲人聯盟-重建、專業訓練與就業委員會主席），他於1999年在法出版「職場上的盲人」呼籲大眾有關盲人的工作潛能，該書賣了4000多本，以一般印刷版本並在電視和廣播上同時宣傳；完整與節略點字版本；有聲錄影帶與光碟；電子格式：純文字、word。該書第二篇舉出106個真人個案研究，說明14個不同工作範疇服務情形。個案必須

³⁶⁹ 在德國，除視障者外，亦有不少聽障者接受訓練成為按摩師。我國按摩業開放後，不僅明眼人，視障以外障別之身障者亦可從事按摩業，則政府給予身心障礙者從事按摩業的各項協助措施，恐怕不得僅限於視障者，亦須及於有意從事按摩業之其他障別身障者。參《按摩業開放後之法制建構規劃》，2010，孫迺翊、張桐銳共同主持，勞委會職訓局委託，頁64。

全盲且從工作獲得足夠收入不是玩票性。14項是：櫃台聯絡、政府機關、農業、藝文娛樂、藝術與手工藝、業務行銷、教學與教育、工業、法律相關業務、醫學/救護、政治、平面媒體與影音媒體、科學。³⁷⁰

另外俄羅斯代表Ludmila Tsesarskaya（俄羅斯全俄盲人協會國際關係服務主任）也表示：VOS現有180家工廠，共有45,000名員工，其中23,000名盲人佔一半，工廠共生產3500種工業與消費產品。包括汽車、卡車、及農機具用配線、照明工程、食品類及服飾類。VOS LOGOS 中心是一家工廠以各種形式生產俄國境內盲人與弱視者使用之閱讀資料：點字、有聲書、大字體印刷品。VOS經營三家休閒渡假中心，分別在黑海的Gelendjik 在北高加索Piatigorsk及莫斯科地區分別有270、250、170床位。VOS導盲學校（1960成立）已訓練出4,000多隻導盲犬，是全俄唯一的一所俄國境內有盲生與弱視生專屬高中，由聯邦教育部統一管理。許多視障大學生攻讀數學、程式設計、地理與其他科學科系，之後大都在特殊與一般學校擔任教師。有三所教育機構受到盲生極大青睞。莫斯科藝術學院（音樂與聲樂）、Piatigorsk 按摩學校、Kursk音樂學校（音樂與聲樂）。³⁷¹

另外，台北市市立療養院精神科醫師蘇建銘是高醫28屆學生，因民國87年車禍導致全盲，讓他無法成為內科醫師，但是蘇建銘仍然沒有放棄行醫理想，轉而成為精神科醫生，反而更有機會接觸到許多人的心靈撫慰更多人的傷痛。³⁷²這些傑出的視障菁英可一再的擴展我們的視野，讓我們了解視障者的無限工作潛能！

³⁷⁰ 參張訓誥，2003，《出席全球視障精英就業輔導研討會心得》，啟明苑通訊，第49期，頁2-4。

³⁷¹ 參張訓誥，2003，《出席全球視障精英就業輔導研討會心得》，啟明苑通訊，第49期，頁2-4。

³⁷² 參《啟明苑通訊》，2003，49期，55頁。

第五章 後釋字第 649 號時代 就業促進義務（二）— ICF 制

第一節 社會福利

壹、社會福利概念

一、社會安全

（一）社會安全推動

世人論及社會安全都會以美國 1935 年的「社會安全法」為本，事實上 1880 年俾斯麥就用社會保險取代鎮暴方法，對抗社會主義以解決勞工的生涯問題。英國 1909 年老人年金法案、1911 年國家保險法。美國的社會法案起因於 1929 年 10 月連續 6 年的世界經濟大蕭條，羅斯福 1933 年上任後，推行「新政」，1935 年通過「社會安全法」，羅斯福認為聯邦對大蕭條的受害者應表現更人性與溫馨，「新政」兼具救濟、復原與改革性質，一反以前美國聯邦政府徹底個人主義哲學，投注更多心力在公共福利上。之後 1937 年實施老人保險，1939 年再加入遺屬保險，1956 年再引進殘障保險，合稱後世所熟悉的「老人遺屬殘障保險」（OASDI），至於失依兒童救助等為各州政府負責。接著，紐西蘭於 1838 年通過世界第二個社會安全法案。³⁷³

推動社會安全最力的首推國際勞工組織（ILO），於 1942 年首次印行社會安全定義，1952 年採行「社會安全最低標準」。社會安全受各國政治、經濟、社會、文化、歷史經驗的影響而有差異，主要範圍通常指：社會保險、社會津貼與社會扶助三大項。³⁷⁴

（二）國際社會安全推動之努力

第二次世界大戰引爆後，社會安全開始受到重式。1941 年的大西洋憲章將社會安全列入第 5 條。1942 年應國貝佛里奇報告書不但採用社會安全字

³⁷³ 參林萬億，2006，《我國憲法與社會權的實踐》，收於：部門憲法，蘇永欽主編，頁 280-282。

³⁷⁴ 參林萬億，2006，《我國憲法與社會權的實踐》，收於：部門憲法，蘇永欽主編，頁 282。

眼，也闡釋了大西洋憲章的精神。1944 年的「費城宣言」、1948 年的「聯合國人權宣言」，均一再提及，而將之界定為「社會安全權利」，意即每個人均應享有的生存權。³⁷⁵後來國際有關身心障礙者之特別推動部分，詳後說明。

二、社會福利三模式

社會福利為國家提供滿足人民生存需求方案，是政治、經濟、社會的產物。一般將社會福利分為三個模式：

(一) 殘餘式的社會福利模式

社會福利扮演家庭與市場這兩個常態供給結構破損後的補救角色，意即除非家庭失去功能或市場失靈，才會由社會福利來發揮補償的、暫時的，以及替代的功能。由於其帶有施捨與慈善的意味，福利受益者有被污名化，烙印化的傾向，而迭遭批評。殘餘式的社會福利的主張者認為：未經資產調查而提供社會福利給求助者，從道德的角度是說不過去的。主張小政府，代表國家是美國，甚至英國、加拿大、紐西蘭、澳洲都具有強烈的殘餘式福利色彩。認為民間（非營利組織）、市場（營利組織）能做的，政府不做，導致社會福利提供呈現較高商品化。³⁷⁶

但不代表這些國家就沒有工業成就模式的社會保險，如：美國的老年、殘障、遺屬保險也是工業成就模式的福利；英國的年金保險也是工業成就模式的福利。³⁷⁷

(二) 工業成就模式的社會福利模式

社會福利被看作是經濟的附屬品，其給付應該論工行賞，依每個人的功績多寡決定可獲得多少福利。功績表現於生產力的多寡其道理衍生自激勵、勤奮、報償、階級與群體附屬的形成等心理學與經濟學基礎。最典型為歐洲

³⁷⁵ 參林萬億，2006，《我國憲法與社會權的實踐》，收於：部門憲法，蘇永欽主編，頁 282。

³⁷⁶ 參林萬億，2006，《我國憲法與社會權的實踐》，收於：部門憲法，蘇永欽主編，頁 283。

³⁷⁷ 參林萬億，2006，《我國憲法與社會權的實踐》，收於：部門憲法，蘇永欽主編，頁 285。

國家推行普遍所得相關的社會保險給付，例如附加年金、職業年金；在台灣則是勞工保險、公務人員保險、軍人保險及勞工退休金等。³⁷⁸

非就業人口只能以眷屬身分成為社會保險的給付對象，不是依社會公民權身分取得權利授予。婦女的福利主要依賴家庭相關的給付，如家庭津貼，或兒童津貼。因為鼓勵母親留在家庭伴演照顧者角色，而使國家介入兒童日間照顧、；家庭服務的程度較不普及。至於其他非就業口的經濟生活保障，大量依賴社會救助。形成社會福利的一國兩制，「有工作有保險，沒工作者只能靠救助」。其中沒有工作者大部分是女性，因此也形成社會福利的性別化（男性化）。³⁷⁹

（三）制度式的社會福利模式

社會福利本身就是扮演工業化社會常態的第一線功能，亦即，社會福利不只是解決老弱婦孺的社會問題，而是預防與降低個人與家庭遭遇社會事故，如生育、疾病、傷殘、失能、老年、死亡時，所帶來得生活危機。社會事故的概念深受 19 世紀工業化的影響，認為工業化帶來新的社會問題，如：職業災害、失業、退休、人口老化、工作與家庭照顧平衡、疾病帶來勞動成本的增加，以及勞動力再生產等問題。而以 20 世紀末後工業社會的概念來說，資本全球化、工作彈性化、工作非典型化、工會組織的鬆動、管制鬆動、貧富差距擴大等現象，已超過社會事故所能描繪的，用風險社會(risk society)的危險來形容這種現象更為貼切。據此，制度式的社會福利，就包括：社會保險、家庭津貼、社會住宅、就業服務、健康照顧、社會照顧、國民教育等。推行制度式的社會福利的典型代表國家是瑞典、芬蘭、丹麥、挪威等北歐國家。這些國家的社會福利具有普及主義的社會公民權的意涵。每個國民不分男女老幼、職業身分均享有基本普及的社會福利，不因所得高低、職業而有所區別福利享有的資格與身分。即缺乏職業經驗的老人亦可享有基本保證的年金給付，兒童亦不因家庭所得高低而有家庭津貼領取權的差異。同樣的，

³⁷⁸ 參林萬億，2006，《我國憲法與社會權的實踐》，收於：部門憲法，蘇永欽主編，頁 283-284。

³⁷⁹ 參林萬億，2006，《我國憲法與社會權的實踐》，收於：部門憲法，蘇永欽主編，頁 285。

國民健康的照顧亦不以職業別、所得高、決定給付的多寡與品質的好壞。³⁸⁰

三、理念轉移－社會福利到工作福利

1929 年 10 月連續 6 年的世界經濟大蕭條，1935 年通過「社會安全法」始美國聯邦政府開始介入公共福利。1953 年聯邦成立「衛生教育福利部」，顯見美國國會接受社會福利為聯邦政府職掌之一。1963 年甘迺迪遇刺，詹森繼任總統，開啟「大社會」的政策，1964 年通過「經濟機會法」以「對抗貧窮」。³⁸¹

1968 年尼克森總統上任，提出「福利改革」並沒有成功。真正讓美國社會福利踩煞車為 1980 年雷根經濟主義，透過聯邦總額補助州政府健康、教育、福利、社區發展，極小化聯邦社會救助角色。布希上任仍繼續強調州政府的公共救助責任，申深化小政府政策。³⁸²

經歷了 12 年共和黨執政，民主黨柯林頓贏回政權，企圖降低預算赤字，但國會仍控制在共和黨手中，公共救助更加嚴格，1996 年柯林頓簽署了「對有需求家庭的暫時補助」，終結美國熟悉的福利，將福利提供從社會福利機構推向就業福利機構，將 1980 年雷根政府以來工作福利極致化。³⁸³

四、社會福利功能

社會福利存在已百年，即使像 1980 年英國奈契爾主義與美國雷根經濟主義都企圖肢解社會福利，既沒有，也不敢完全消滅社會福利，除了政治上的不可行外，也表示社會福利的必要性。首先工業化以後脆弱人口存在各種危機，需要社會福利加以協助，此為需求的滿足。社會福利也有所得重分配的效果，讓人民擁有最起碼的生活，社會較安全不會罷工、暴動，實現社會均等原則。穩定的社會讓資本家較願意投資，人民生活水準越高，社會越團結，

³⁸⁰ 參林萬億，2006，《我國憲法與社會權的實踐》，收於：部門憲法，蘇永欽主編，頁 284-285。

³⁸¹ 參林萬億，2006，《我國憲法與社會權的實踐》，收於：部門憲法，蘇永欽主編，頁 285-286。

³⁸² 參林萬億，2006，《我國憲法與社會權的實踐》，收於：部門憲法，蘇永欽主編，頁 286-287。

³⁸³ 參林萬億，2006，《我國憲法與社會權的實踐》，收於：部門憲法，蘇永欽主編，頁 287。

社會越文明，國家也更可以合法化存在理由。³⁸⁴

五、新自由主義

經濟發展與社會福利發生衝突，經常被化約為一組對立的命題「效率 vs. 公平」歷史告訴我們，經濟不必然只追求效率，社會福利也不只是追求公平。雖然社會福利對社會、政治及經濟有相當的貢獻，但 1944 年以「到奴役之路」乙書聞名的海耶克，預測英國在戰時通過的社會政策，必然成平時的災難。海耶克對當時流行的凱因斯經濟學下了這樣的斷語「奇蹟般，但卻悲劇性的」可見他對福利國的悲觀與不敢苟同。³⁸⁵

海耶克的主張在當時沒有發揮重大影響力，卻感動了在牛津大學讀書的年輕的余契爾夫人，1980 年她執政時大量引用海牙耶克的主張，這些新自由主義經濟學的擁護者指控大規模的社會福利對經濟發展的不利影響主要從勞動意願、國民儲蓄、投資意願、國際競爭力，以及財政負擔等課題出發。³⁸⁶

與海耶克相交甚篤的弗利曼夫婦指出「一個人只要接受了救濟，就永不放棄，毫無就業動機。」有歐洲學者也認為歐洲社會安全制度是造成失業率大幅增加的主因。³⁸⁷

貳、我國社會福利實踐

一、典範移轉

(一) 典範移轉

我國憲法第十三章基本國策第三節國民經濟中已點出我國的經濟發展基本原則為民生主義，亦即國家有義務節制資本，以謀國計民生之均足；接著第四節社會安全更直接引進第二次世界大戰後歐洲工業民主國家先進的社會福利制度，如德國、瑞典的充分就業與保險，英國與瑞典的國民健康服務，

³⁸⁴ 參林萬億，2006，《我國憲法與社會權的實踐》，收於：部門憲法，蘇永欽主編，頁 288-292。

³⁸⁵ 參林萬億，2006，《我國憲法與社會權的實踐》，收於：部門憲法，蘇永欽主編，頁 292。

³⁸⁶ 參林萬億，2006，《我國憲法與社會權的實踐》，收於：部門憲法，蘇永欽主編，頁 292。

³⁸⁷ 參林萬億，2006，《我國憲法與社會權的實踐》，收於：部門憲法，蘇永欽主編，頁 292。

以及上述各國自工業革命以來的保護勞工政策。³⁸⁸我國憲法受到長達 40 多年政治歷史因素制約，³⁸⁹一直到民國 70 年，台灣大幅度民主改革終於啟動³⁹⁰，社會福利也迅速擴張，憲法社會安全節才跟著修正以吻合現實³⁹¹。

（二）我國將就業促進視為社會福利範圍

我國憲法增修條文第 10 條第 8 項規定：「國家對於身心障礙者之保險與就醫、無障礙環境國家應重視社會救助、福利服務、國民就業、社會保險及醫療保健等社會福利工作，對於社會救助和國民就業等救濟性支出應優先編列。」，可知我國為社會福利國家，除上述社會安全之範圍外，係採廣義的社會福利國家定義，即除社會救助、社會保險、福利服務、醫療保健等，並包括國民就業。所以就業促進也是社會福利一環，可以說是積極性的社會福利措施。



（三）典範轉移之本土化

因為福利國家乃為解決社會問題以滿足人民及社會的需求而生，在不同的國家環境、不同的社會文化裡，所發生的社會問題自然有所差異，也因而產生不同的社會需求，以及不同之因應模式。如何將外國制度之「移植」有效「轉化」為適合本土化使用，為適用及釋義上之重點。而且不同時空移植不同典範，而典範間之衝突也應加以權衡。³⁹²

二、「建國一百年社會福利政策綱領」

（一）邁向公平、包容與正義的新社會

³⁸⁸ 參林萬億，2006，《我國憲法與社會權的實踐》，收於：部門憲法，蘇永欽主編，頁 279。

³⁸⁹ 參張嘉尹，2006，《憲法、憲法變遷與憲法釋義學—對「部門憲法論述」的方法論考察》，收於：部門憲法，蘇永欽主編，頁 59。

³⁹⁰ 參蘇永欽，2006，《部門憲法—憲法釋義學的新路徑？》，收於：部門憲法，蘇永欽主編，頁 4。

³⁹¹ 參林萬億，2006，《我國憲法與社會權的實踐》，收於：部門憲法，蘇永欽主編，頁 280。

³⁹² 民國 83 年修改增修文針對金融機構宣示「企業經營原則」，讓人聞到一點管制革新的味道，但民國 86 年增修條文第 3 條第 3 項及第 4 項，已在談預算鬆綁，體現「政府再造」的意旨。參蘇永欽，2006，《部門憲法—憲法釋義學的新路徑？》，收於：部門憲法，蘇永欽主編，頁 9。

依行政院核定之「中華民國建國一百年社會福利政策綱領－邁向公平、包容與正義的新社會」³⁹³指出：我國社會福利政策係基於憲法保障國民基本人權之精神，而民國 98 年立法院通過、並由總統簽署批准「經濟社會文化權利國際公約」及「公民與政治權利國際公約」兩項聯合國人權公約，更促進我國社會福利發展與國際接軌，謀求建立符合時代趨勢與民眾需要之社會福利體系。其消極目的在於去除社會的不公，幫助社會弱勢，以保障所有國民之基本生活與家庭之幸福和諧；而積極之目的更在彰顯社會互助團結之價值，縮減貧富差距，讓每一個世代都有公平發展的機會，經濟成長的果實能為全民所共享。因此，政府將秉持憲法與國際人權公約之基本精神，定期檢視時空環境變遷，適時調整現行社會福利政策，遂以「邁向公平、包容與正義之新社會」作為建國一百年社會福利政策綱領之願景。

（二）著重積極福利－社會投資累積人力資本

上開政策綱領並期待，公平的新社會首在保障弱勢國民，減少社會不公情形。包容的新社會在於消除一切制度性的障礙，保障所有國民參與社會的權利。政府應積極介入，預防與消除各種等差異而可能遭遇的歧視與不義，以避免社會排除。正義的新社會在於提供所有國民平等的發展機會，尤其著重積極福利，藉由社會投資累積人力資本來促進經濟與所得的穩定成長，進而提升國民生活品質，維繫社會團結與凝聚。以就業穩定國民之所得安全與社會參與，以期社會福利的永續發展。³⁹⁴

在全球化下國家競爭力的維持、產業轉型帶來就業型態與機會的轉變、人口高齡化與少子女化所帶來的世代正義議題，以及家庭型態趨於多元、貧富差距擴大導致青年與中產階級落入貧窮的焦慮感日深等，構成當前我國社會發展的新挑戰。民國 96 年修正並更名的「身心障礙者權益保障法」，彰顯對身心障礙者人格維護及基本權益保障的重視，亦確立與國際接軌的方向，其後分別於民國 98 年及 100 年修正，更加強化促進身心障礙者社會參與的目

³⁹³ 行政院 101 年 1 月 9 日院台內字第 1010120382 號函修正核定。參內政部網站。

³⁹⁴ 行政院 101 年 1 月 9 日院台內字第 1010120382 號函修正核定。參內政部網站。

標。在第五點就業安全部分強調：提升人力資本投資的效益。對於身障者部分，政府應積極開發、運用各項就業促進工具，強化弱勢就業族群及長期失業者等之就業能力，協助其就業，保障其經濟生活安全，降低就業轉銜之風險。³⁹⁵

三、身障者權利服務措施概況

針對身心障礙者福利³⁹⁶服務措施內政部表示，為維護身心障礙者之合法權益及生活，保障公平參與社會之機會，因應身心障礙人數增長、個別性需求多元及國際潮流趨勢，於民國 96 年 7 月 11 日將「身心障礙者保護法」修正為「身心障礙者權益保障法」。本次修正名稱係視身心障礙者為獨立自主的個體，對於身心障礙者之定義，改參採聯合國世界衛生組織（WHO）頒布的「國際健康功能與身心障礙分類系統」，之「八大身心功能障礙類別」，替代現行以疾病名稱（16 類）之分類方式；至各項福利與服務則需由醫事、社工、特教、職評等人員籌組專業團隊人員，在 ICF 分類架構下進行需求評估，並依據評估結果提供身心障礙者適當之福利與服務，俾因應身心障礙者確切之需求。前述身心障礙者鑑定及需求評估新制依法於民國 101 年 7 月 11 日正式實施。為能符合國際潮流趨勢，本次修法更有數項重大變革，強調以就業、教育機會的提升，增進身心障礙者的生活品質，不再偏重金錢補助，以積極的福利取代消極的救濟等規定。³⁹⁷

³⁹⁵ 行政院 101 年 1 月 9 日院台內字第 1010120382 號函修正核定。參內政部網站。

³⁹⁶ 對身障者主要經濟補助及措施如下：（一）依據需求評估提供（身權法第 71 條）：1.生活補助費。2.日間照顧及住宿式照顧費用補助。3.醫療費用補助。4.居家照顧費用補助。5.輔具費用補助。6.房屋租金及購屋貸款利息補貼。7.購買停車位貸款利息補貼或承租停車位補助。8.其他必要費用補助（其他必要費用補助指：（8-1）療復健、醫療輔具（第 26 條）。（8-2）乘車及文教設施免費及優待（身權法第 58 條及第 59 條）。（8-3）稅捐減免（第 72 條））。（二）依家庭經濟情況提供：9.社會保險費補助（第 73 條）及 10.教養費補助（第 29 條）參林慧玲，《身心障礙者經濟安全保障規範之研究》，國立中正大學法律研究所碩士論文，指導教授郝鳳鳴，99 年 7 月，頁 33-35。

³⁹⁷ 民國 100 年度內政部「身心障礙者福利服務措施」：1.經濟安全：身心障礙者生活補助（每月核發生活補助費 3,500-8,200 元，101 年 1 月 1 日起調整金額）、社會保險保險費補助。2.生活照顧：身心障礙者居家服務、身心障礙者社區照顧（復健服務、心理諮詢、日間照顧、臨時及短期照顧、餐飲服務、交通服務、休閒服務、親職教育、資訊提供、轉介服務、其他相關之社區服務）、機構式照顧（截至 100 年底止，全國身心障礙福利機構計 272 所，可服務 2 萬 3,554 床，目前已服務 1 萬 9,033 人，尚餘 4 千餘床）。3.身心障礙者托育養護補助：對於經政府轉介安置於身心障礙福利機構之身心障礙者，其所需托育養護費除低收

第二節 身心障礙者人權國際化

壹、「身心障礙者權利公約」

聯合國大會於 2001 年 12 月 19 日作成 56/168 決議，決定成立一特定委員會，以草擬一完整公約以保障身心障礙者之尊嚴與權利，其同時強調應著重全球之社會發展、人權保障及反歧視趨勢，經過 4 年多之規劃與討論，此特別委員會於 2006 年 8 月完成公約草案之規劃，聯合國大會於 2006 年 12 月 13 日以全體一致之方式同時通過「保障身心障礙者權利及尊嚴國際公約」(International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities) 及「身心障礙者權利國際公約任擇議定書」(Optional Protocol to the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities)，並於 2007 年 3 月 30 日開放各國簽署及批准。本公約是 21 世紀第一個國際人權條約，將影響全球 6 億³⁹⁸身心障礙者之權利保障，可說是國際人權之重要發展。³⁹⁹

我國 2007 年修正通過之「身心障礙者權益保障法」，不僅名稱變更，更有數項重大變革，以符合國際潮流趨勢，維護身心障礙者之合法權益及生活，保障其公平參與社會之機會。⁴⁰⁰

貳、身障觀點理念模型

一、醫療模型

入戶者由政府全額補助外，對家庭總收入平均未達當年度每人每月最低生活費 2 倍、3 倍、4 倍者，依其家庭經濟狀況，分別給予 75%、50%、25% 不等之托育養護費補助。4. 個別化專業服務：身心障礙專業人員培訓（100 年度本部委託中華民國啟智協會等 3 單位，開辦教保員初級班、進階班及督導班等 3 類別 16 班次，結訓人數計 559 人；另於開辦身心障礙福利機構個案管理研習班等 5 類別 7 班次等，結訓人數計 554 人）、推展個案管理服務。5. 生涯轉銜服務整合：為利相關政府部門、地方專業服務組織之轉銜資料均能透過國際網路進行交換及彙整，達到身心障礙者服務總歸戶、服務無接縫的目標，推廣「全國身心障礙者生涯轉銜個案服務資料管理系統」。6. 其他：輔具資源服務整合、優先採購及活動宣導。

³⁹⁸ 約占全球人口 10%，廖福特，2012，《從「醫療」、「福利」到「權利」—身心障礙者權利保障之新發展》，載於氏著《國際人權法之衝擊》，頁 81。

³⁹⁹ 參廖福特，2012，《從「醫療」、「福利」到「權利」—身心障礙者權利保障之新發展》，載於氏著《國際人權法之衝擊》，頁 81。

⁴⁰⁰ 參身心障礙者保護法修正草案總說明。

過去常以「個人觀點」看待身心障礙者，於是發展出「醫療模型」、「功能模型」及「福利慈善模型」。「醫療模式」是以身體結構的生理與生物基礎為主，在此概念下，身心障礙被定位為身體系統產生病變，且有具體可診斷的病徵，身心障礙者被視為病人，也就是說身心障礙者本身是以病人的角度接受各種治療與復健。⁴⁰¹此為「個人模型」，以個體健康、疾病與身心障礙經驗為主，並不考慮外在環境與社會結構因素對身心障的影響，而身心障礙者成為醫療介入之客體。功能模型亦是從個人觀點出發，而其與醫療模型不同的是，醫療模型著重於個人之病徵，而功能模型則是強調個人功能之限制，因此其對身心障礙理解是因為個人身心之限制，而導致個人功能之受限，因此應該提供更多服務使身心障礙者的功能限制降低。福利慈善模型認為障礙是一種個人悲劇，可藉由非障礙者之協助或障礙者個人之勇氣予以克服，障礙者被視為是與其障礙情境做抗衡，這是值得讚賞的。因身心障礙者能克服多少障礙與個人在社會中能得到多少資源、機會及福利有關，因而此模型以功能限制觀點看待身心障礙，進一步著重於社會資源分配。但是醫療模型與功能模型著重於身心之回復，因此被批判不夠尊重各種差異。而福利慈善模型則是著重於補償，其可被批判之處是認為如果某人無法達到社會一般情形時，在社會是無立足之處，因此以補償之方式填補他們的損失。這兩種模型將身心障礙者認定是醫療之客體，或是施捨之對象，因此決定對待身心障礙者之準則是以醫療水準或是社會福利資源而定，這兩種模型並沒有將身心障礙者看成是權利之主體，也因此近代慢慢發展出認為應以權利主體之觀點看待身心障礙者，進而發展出社會模型。⁴⁰²

二、社會模型

社會模型將身心障礙之論述由個人層次提升到社會結構討論，其將身障

⁴⁰¹ 參王國羽、呂朝賢，2004，《世界衛生組織身心障礙人口定義概念之演進：兼論我國身心障礙人口定義系統問題與未來修正方向》，社會政策與社會工作學刊，8卷2期，頁197。黃協源，2003《身心障礙者福利的發展趨勢與內涵－國際觀點的分析》，社區發展季刊，第104期，頁344。

⁴⁰² 參廖福特，2012，《從「醫療」、「福利」到「權利」－身心障礙者權利保障之新發展》，載於氏著《國際人權法之衝擊》，頁83-85。

經驗視為社會歧視與偏見的結果，認為身心障礙經驗應以移除外在環境與制度的障礙為主。而非要求身障者改變自己，以符合社會對所謂「正常人」的想像。成為身障者是因為其施行活動之能力受限制，而是否得施行活動那是受環境之影響，身心障礙不是個人身體或心靈之特質，而是社會結構之結果，因此身心障礙是社會現象，因為歷史、文化、政治及經濟等因素所形成。所以應該著重是社會結構，思索不同社群團體在社會中之力量及地位為何不同，而身心障礙者乃是因為社會壓抑所形之群體，因此重點是消除社會中壓抑及歧視身心障礙者之態度及措施⁴⁰³，此社會模型理論以權利觀點看待身心障礙者，強調身心障礙者之尊嚴及國家應祛除社會障礙，使所有人均能享有充分之尊嚴與平等權利，因此社會模型也被稱為「人權模型」⁴⁰⁴。其對社會目標為給予身心障礙者生活高度評價、且持續鼓勵他們充分參與社會生活的社會。⁴⁰⁵

如果社會模型進一步細分，可分為環境途徑及權利結果途徑。

1.環境途徑

強調社會環境安排對身心障礙者之影響，因此應檢視各種社會環境是否成為身心障礙者參與經濟及社會生活之障礙。⁴⁰⁶

2.權利結果途徑

認為身心障礙有其社會因素，是因為社會結構及個人與社會之關係所形成的，此途徑透過人權原則看待身心障礙者，認為重點是社會如何將部分人邊緣化，因此應該作社會結構調整，使被社會邊緣化之人有效參與社會。因此身心障礙者是正常的，社會中無口避免之人口，而認同人在政治及社會之權利乃是基於人性，而非其對社會之經濟貢獻，因此所有人在社會中之權利

⁴⁰³ 參廖福特，2008，《從「醫療」、「福利」到「權利」－身心障礙者權利保障之新發展》，中研院法學期刊，第2期，頁174。

⁴⁰⁴ 參廖福特，2008，《從「醫療」、「福利」到「權利」－身心障礙者權利保障之新發展》，中研院法學期刊，第2期，頁175。

⁴⁰⁵ 參廖福特，2012，《從「醫療」、「福利」到「權利」－身心障礙者權利保障之新發展》，載於氏著《國際人權法之衝擊》，頁85-86。

⁴⁰⁶ 參廖福特，2012，《從「醫療」、「福利」到「權利」－身心障礙者權利保障之新發展》，載於氏著《國際人權法之衝擊》，頁86。

應是平等的，社會有義務提供協助及措施，以促使身心障礙者社會及經濟整合、自主決定、法律及社會權利，促成社會多元及並培力弱勢之人。⁴⁰⁷

參、法律政策模式

對於身心障礙權利運動者而言，理論更新必須轉換成實際行動，以成就平等機會、充分參與與尊重差異之目標。而這些運動者面臨之抉擇是要求實際上影響身心障礙者甚鉅之醫療、教育、勞僱、交通及住宅等政策之改變，或是以人權觀點制定明確之法律，然後促使政策之改善。然而事實上各國之政策及法律都會對身心障礙者有深遠之影響。⁴⁰⁸

學者以橫向觀點分析各國之身心障礙政策模式，例如 Drake 將各國身心障礙政策歸類為以下幾種模型：1.否定的政策模型：國家積極否定身心障礙者的人權。2.自由放任的政策模型：國家對於身心障礙者扮演最低度或極小部分之角色。3.漸次的政策模型：政府會對身心障礙者作某種回應，但是卻以不情願與偶一為之的方式，原因可能是壓力與環境的結果。4.極大化的政策模型：政府的目的是要指認與回應身心障礙者所造成的許多弱勢或不利環境，但此模型依然將身心障礙者看待看作是源自個人損傷，而非社會結構。5.福利與民權混合政策模型：政府有責任為所有公民提供福利服務的責任，身心障礙是一種社會產物，並非身心障礙者為自己設計出來的環境。⁴⁰⁹

肆、我國身障政策實踐經驗

從國內有關身心障礙立法過程觀之，可以分為幾個階段。⁴¹⁰

一、第一個階段

第一個階段是 1980 年以前，此階段沒有特別法律規範，因為「殘障福

⁴⁰⁷ 參廖福特，2012，《從「醫療」、「福利」到「權利」－身心障礙者權利保障之新發展》，載於氏著《國際人權法之衝擊》，頁 86。

⁴⁰⁸ 參廖福特，2012，《從「醫療」、「福利」到「權利」－身心障礙者權利保障之新發展》，載於氏著《國際人權法之衝擊》，頁 85-86。

⁴⁰⁹ 參廖福特，2012，《從「醫療」、「福利」到「權利」－身心障礙者權利保障之新發展》，載於氏著《國際人權法之衝擊》，頁 88。

⁴¹⁰ 參廖福特，2012，《從「醫療」、「福利」到「權利」－身心障礙者權利保障之新發展》，載於氏著《國際人權法之衝擊》，頁 89-91。

利法」是在 1980 年才制定，當時對於身心障礙者的福利，是散見於各法中，其相關明目皆採用「殘廢」二字，且福利措施幾乎是以機構收容養護為主，教育與職訓為輔。就理念而言是採取醫療模型，就政策模式而言是採取自由放任的政策模型，就法律規範而言是無法律保障。

二、第二個階段

第二個階段是 1980 年「殘障福利法」頒布以後，但是當時的殘障福利法宣示意義大於實質，仍視身心障礙者為依賴者，福利服務有限，身心障礙者的權益仍然沒有受到普遍的保障。就理念而言依然是採取醫療模型，就政策而言可能是漸次的政策模型，就法律規範而言是法律保障，但是相當著重福利，且範圍相當侷限。

三、第三個階段

第三個階段是 1992 年修憲時在增修條文第 18 條第 4 項規定：「國家對於殘障者之保險與就醫、教育訓練與就業輔導及生活維護與救濟，應予保障，並扶助其自立與發展。」1994 年修憲時整編條文第 9 條第 5 項，但文字沒有修改。1997 年修憲時，將條次再調整為增修條文第 10 條第 7 項，並將名稱由「殘障者」改為「身心障礙者」，也增加應有「無障礙環境之建構」。其後幾次修憲則沒有變動。而此也導致 1997 年「殘障福利法」修正，更名為「身心障礙者保護法」，其中雖已修正帶有歧視意味的名稱，仍然視身心障礙者為弱勢，需要被「保護」。就理而言是採福利慈善模型，就政策而言可能是採取極大化政策模型，就法律規範而言已有憲法規範，但仍是著中於福利措施。

四、第四個階段

第四個階段是 2007 年「身心障礙者權益保障法」之通過，包括幾項重點，第一是更改法律名稱，著重「權益」及「保障」，「身心障礙者權益保障法」強調「係視身心障礙者為獨自主的個體，等同一般人該有之權益應獲保障」。第二是對身心障礙者重新定義，第三是強化身心障礙者權益內涵，並

著重於健康權、教育權、就業權、經濟安全、人身安全等五大項。就理而言是此法應是採取社會模型之環境途徑，就政策而言是採取福利與民權的政策模型，就法律規範而言與上一階段一樣是在有憲法規範更完整的福利措施法律，可是帶有部分權利理念。此法也強調，從歷次修法可以看出，我國的身心障礙者福利已從隔離取向走向照顧、保護取向，再逐漸朝向視身心障礙者為獨立的個體的支持獨立生活取向。不過從以上各種理念模型、政策模型及立法方式觀之，最能以人權觀點看待身心障礙者是社會福利模型之權利結果途徑、權利導向之政策模型、完整權利規範法律。

伍、國際身障人權發展過程

相對而言，國際人權法也有類似的理念發展過程，例如 1975 年的「身心障礙者權利宣言」（Declaration on the Rights of Disabled Persons），將身心障礙者認定是其本身部分或全部無法確保與「正常人」（normal individual）同樣的需求與社會生活，這個定義是趨近於前述「個人觀點」之功能模型。而在 1993 年「身心障礙者機會平等準則」（Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities），依舊認定所稱之「身心障礙者」（disability）是因為不同功能限制所產生，而「殘障」（handicap）只指缺乏參與社會生活之機會，或是其機會受限制。⁴¹¹

然而「身心障礙者權利公約」則以不同的理念規劃條約，此公約之目的是「促進、保護及確保身心障礙者完全及平等地享有所有人權及基本自由，並促進其固有尊嚴受到尊重」⁴¹²，因此其「強調身心障礙議題主流化之重要性，可以作為永續發展策略之一部分」，而「身心障礙者充分享以人權及基本自由與參與社會，增進身心障礙者之社會歸屬感，並促進社會之人性、社群及經濟發展」，因此一完備的國際保障身心障礙者權利及尊嚴公約，將「減低身心障礙者在社會之不利狀態，並促進身心障礙者得以享有公平機會參與

⁴¹¹ 參廖福特，2012，《從「醫療」、「福利」到「權利」—身心障礙者權利保障之新發展》，載於氏著《國際人權法之衝擊》，頁 91。

⁴¹² 參「身心障礙者權利公約」第 1 條內容。

社會之公民、政治、經濟、社會及文化領域」⁴¹³。同時本公約之一般原則為尊重固有尊嚴及個人自主、禁止歧視、充分且有效地參與社會、尊重差異並接受身心障礙者為多元之一部分、機會均等，由此可見「身心障礙者權利公約」是以社會模型理念看待身心障礙者，認為身心障礙者不是個人問題，而是社會結構之議題，並以權利導向之政策模型為依歸，以建構完整的身心障礙者權利保障，在立法方式因為與國內法不同，就國際法而言，最有拘束力之方式是訂定條約，「身心障礙者權利公約」正是此方式之呈現，因而本公約可說是先進理念及規範之成果，相當值得重視。⁴¹⁴

陸、我國法制與國際法制比較

由以上論述可以得知，雖然「身心障礙者權利公約」與「身心障礙者權益保障法」都是 2006 年規劃完成，但是權利概念仍然有所差別，因此有必要作進一步之比較分析。

一、定義變遷

我國身心障礙者權益保障法第 3 條規定，身心障礙者係指個人因生理或心理因素致其參與社會及從事生產活動功能受限制或無法發揮，經鑑定符合中央衛生主管機關所定義等級之障礙並領有身心障礙手冊者為範圍身心障礙者。

而「身心障礙者權益保障法」第 5 條則規定身心障礙者認定為身體系統構造或功能，有損傷或不全導致顯著偏離或喪失，影響其活動與參與社會生活，經醫事、社會工作、特殊教育與職業輔導評量等相關專業人員組成之專業團隊鑑定及評估，領有身心障礙者證明者，而身體系統構造或功能則包括八大面向。

此次修改的原因是「使身心障礙之定義分類系統與國際障礙分類系統接軌，乃依據聯合國世界衛生組織所頒布之『國際健康功能與身心障礙分類系

⁴¹³ 參「身心障礙者權利公約」前言內容。

⁴¹⁴ 參廖福特，2012，《從「醫療」、「福利」到「權利」－身心障礙者權利保障之新發展》，載於氏著《國際人權法之衝擊》，頁 92。

統（ICF）』，分為八個身體功能障礙類別。」兩者均是以是否影響活動與參與社會為基準，作為認定是否為身心障礙者之準繩，就理論上觀之均是以社會模型為基礎，不同的是「身心障礙者保護法」以具體之身體或心理障礙為依據，而「身心障礙者權益保障法」則是以各種身體系統為依歸，凡是在八大系統之功能有障礙者，均被列入身心障礙者之範疇，其中除了檢視觀點不同外，其實也是以比較原則性之概念，擴充身心障礙者。⁴¹⁵「身心障礙者權利公約」與「身心障礙者權益保障法」相同的部分是理論上其亦是以是否能參與社會為基準，亦是採用社會模型，此可看出身心障礙者理論發展與國際化。⁴¹⁶

但「身心障礙者權利公約」傾向比較原則性之規定，依據第 1 條第 2 項規定，公約所指之身心障礙者包括有長期身體、精神、智能及感官障礙者，互動有困難，可能導致阻滯其基於平等地位與他人一樣充分及有效地參與社會之情形。而此一般性定義，也引起各國之不同意見，例如加拿大認為，此條文並沒有要求各國在其法律、政策或是計畫中，採取單一身心障礙定義，而此一彈性途徑，可使身心障礙定隨著時間演變而有不同進展。⁴¹⁷

原則上「身心障礙者權利公約」強調是否能「基於平等地位與他人一樣」，其中更重視社會中平等對待所有人之理念，即問題之核心不只是參與社會之問題，更必須達到平等地位之層次，如果缺乏此情形，即可能形成身心障礙。因此「身心障礙者權利公約」第 2 條特別定義所謂「基於身心障礙者之歧視」，乃是指「基於身心障礙者而區別、排除或限制，其目的或結果阻礙或破壞與他人基於平等基礎地確認、享有或行使在政治、經濟、社會、文化、公民或其他領域之所有人權及基本自由。」而此部分應是所有身心障礙者權利保障之核心，「身心障礙者權益保障法」第 16 條規定：「身心障礙者之人格及合法權益，應受尊重及保障，對其接受教育、應考、進用、就業、居住、遷徙、

⁴¹⁵ 參廖福特，2012，《從「醫療」、「福利」到「權利」－身心障礙者權利保障之新發展》，載於氏著《國際人權法之衝擊》，頁 94。

⁴¹⁶ 參廖福特，2012，《從「醫療」、「福利」到「權利」－身心障礙者權利保障之新發展》，載於氏著《國際人權法之衝擊》，頁 95。

⁴¹⁷ 參廖福特，2012，《從「醫療」、「福利」到「權利」－身心障礙者權利保障之新發展》，載於氏著《國際人權法之衝擊》，頁 94-95。

醫療等權益，不得有歧視之對待。」而第 74 條規定：「傳播媒體報導身心障礙者或疑似身心障礙者，不得使用歧視性稱呼或描述，並不得與事實不符或誤導閱聽人對身心障礙者產生歧視或偏見之報導。」這兩個條文都是非常正面的發展，但是似乎只侷限於部分領域，因而或許我國國內法應將身心障礙者之平等地位及禁止歧視兩個概念作為整個法案之核心價值，而非只是在部分理領域之理念。⁴¹⁸其次，「身心障礙者權利公約」之定義不止包括參與社會，更強調「充分及有效」此要件，因而不是可以參與社會即無障礙，如果此參與無法達到「充分及有效」的話，亦無實質意義，但是此部分亦是國內法缺乏的，亦可作為未來改善之借鏡。⁴¹⁹

在時間上，「身心障礙者權利公約」認定必須是長期情況，才構成身心障礙，而「身心障礙者權益保障法」並無此要件，而是委由專業團隊鑑定及評估。第三，「身心障礙者權利公約」只規範身體、精神、智能及感官四個層面之障礙，但是「身心障礙者權益保障法」則包括八大系統之功能障礙。原則上兩者範圍相近，只是我國內法分類更細。⁴²⁰

二、權利內涵

如上所述，如果以社會模型及權利觀點看待身心障礙者的話，比較可以確保身心障礙者之權利，但是即使有此理論基礎，亦需於真實社會中付諸實踐，然而理論無法解決的是究竟身心障礙者的權利範圍有多大？或是應該有那些權利？而此則需要於實證法律規範中實踐。⁴²¹

（一）歷史背景

對於國際人權法而言，是否要將某一主題或主體之權利條約化，乃是是

⁴¹⁸ 參廖福特，2012，《從「醫療」、「福利」到「權利」－身心障礙者權利保障之新發展》，載於氏著《國際人權法之衝擊》，頁 95-96。

⁴¹⁹ 參廖福特，2012，《從「醫療」、「福利」到「權利」－身心障礙者權利保障之新發展》，載於氏著《國際人權法之衝擊》，頁 96。

⁴²⁰ 參廖福特，2012，《從「醫療」、「福利」到「權利」－身心障礙者權利保障之新發展》，載於氏著《國際人權法之衝擊》，頁 96-97。

⁴²¹ 參廖福特，2012，《從「醫療」、「福利」到「權利」－身心障礙者權利保障之新發展》，載於氏著《國際人權法之衝擊》，頁 97。

否將這些權利法律化之重要議題，在思考是否簽訂一身心障礙者權利保障公約時，其實必須面對國際人權幾十年發展的歷史背景，聯合國成憲章將人權理念納成為其核心價值，於 1948 年公布「世界人權宣言」（Universal Declaration of Human Rights），並於 1966 年簽定「公民政治權利國際公約」（International Covenant on Civil and Political Rights）與「經濟、社會及文化權利國際公約」（International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights）此兩項全面性條約，除此以外亦簽訂保障消除種族歧視及婦女歧視公約，而其他權利主體則包刮兒童及遷徙勞工之保障，同時亦禁止酷刑，而這些文件構成現代之國際人權體系。⁴²²

理論上身心障礙者亦得以一般人之身分適用這些人權條約，在決定草擬「身心障礙者權利公約」之前，聯合國即提倡各種人權條約適用於身心障礙者之必要性，而且所有人權條約都會與身心障礙者有關，因此在草擬「身心障礙者權利公約」之前之策略是希望各國際人權條約盡可能適用於身心障礙者。不過問題是這些人權條約都不是針對身心障礙者設立的，一般人權條約當然每個人都可以適用，但是誠如社會模型所提出，社會應該確實面對不同人群，使其得以實踐。⁴²³

在身心障礙領域有許多「軟法」（soft law）之形成，其以宣言或是準則等模式出現，除了前述 1975 年「身心障礙者權利宣言」及 1993 年「身心障礙者機會平等準則」之外，還包括 1971 年「精神障礙者權利宣言」及 1991 年「保障精神疾病及改進精神醫療準則」，這些宣言及準則在主體上由針對精神障礙者擴及至所有身心障礙者之保障，在法律規範模式則是由宣言進展至建立準則。然而這些宣言及準則並沒有法律拘束力，當然他們可以做為各國立法及實踐之參考，卻不能拘束各國。⁴²⁴

但直至 1987 年及 1989 年義大利及瑞典才分別提出草擬保障身心障礙者

⁴²² 參廖福特，2012，《從「醫療」、「福利」到「權利」－身心障礙者權利保障之新發展》，載於氏著《國際人權法之衝擊》，頁 97-98。

⁴²³ 參廖福特，2012，《從「醫療」、「福利」到「權利」－身心障礙者權利保障之新發展》，載於氏著《國際人權法之衝擊》，頁 98。

⁴²⁴ 參廖福特，2012，《從「醫療」、「福利」到「權利」－身心障礙者權利保障之新發展》，載於氏著《國際人權法之衝擊》，頁 99。

國際條約之建議，於 2000 年 3 月「世界身心障礙民間團體高峰會」(World NGO Summit on Disability) 在中國北京舉行，發表「世紀北新世紀身心障礙者權利宣言」(Beijing Declaration of Rights of People with Disability in the New Century)，倡議簽訂有法律拘束力之身心障礙者權利保障條約，而墨西哥代表於 2001 年提議設立特別委員會，導致聯合國大會於 2001 年 12 月作成 56/168 號決議，決議成立特別委員會，並以「人權模型」為基礎草擬一完整公約以保障身心障礙者之尊嚴與權利。⁴²⁵

過去五十年間，國際社會挑選出許多易受到侵害的族群並予以保護，且為了補足奠基於「世界人權宣言」中普遍原則，已發展出諸多更為具體的規範。這些族群包括：勞工、難民、女性、囚犯、原住民、兒童、殘障人士和移工⁴²⁶。

雖自古以來，族群與其他類型的少數族群，便深受歧視和壓制之苦，但直到最近，國際社會才將這些族群視為權利易受侵害的群體。有 1919 年至第二次世界大戰年至第二次世界大戰爆發期間對少數族群的關注，以及自 1945 年以來人權規範的傳播觀之，未能發展出保護少數族群的國際原則似乎前後矛盾。為何不願處理此特定議題？⁴²⁷

首先，「少數族群」的概念無法輕易切合國家的理論典範中，之所以如此，至少導因於國家乃是西方民主政體的個人社會契約論中，或是馬克思主義以階級為基礎的認知中被定義。在這兩種觀點下，國家被視為一種變動聯盟的集合體，組成此一集合體的基礎，若非個人的自我利益，即為階級的經濟利益，而這兩種利益皆未考量族群、宗教或語言的聯繫。⁴²⁸

同樣地，在現代世界中，國家與國家之間的異質性，乃與十九世紀的民族國家理論背道而馳。不論是古老或新近的獨立國家，大多已經接受「一個民族，一個國家」的辭令。而就通常是人為的「主權」國家及其人民的層次

⁴²⁵ 參廖福特，2012，《從「醫療」、「福利」到「權利」—身心障礙者權利保障之新發展》，載於氏著《國際人權法之衝擊》，頁 99-100。

⁴²⁶ 參 Janusz Symonides 等著/楊雅婷譯，2009，《人權的概念與標準》，國立編譯館與韋伯文化國際出版有限公司合作翻譯發行，頁 359。

⁴²⁷ 參 Janusz Symonides 等著/楊雅婷譯，2009，《人權的概念與標準》，國立編譯館與韋伯文化國際出版有限公司合作翻譯發行，頁 360。

⁴²⁸ 參 Janusz Symonides 等著/楊雅婷譯，2009，《人權的概念與標準》，國立編譯館與韋伯文化國際出版有限公司合作翻譯發行，頁 360。

來說，存在其下的強烈民族或文化紐帶，至少受到關注。因此，1960年代與1970年代中的「國族建立」過程，其目標鮮少包含對多樣性的尊重，同時只有少數家通過承認少數族群需要特殊保障之憲法或其他立法的條文。⁴²⁹

第三，所有國家都有某種本質上恐懼（特別是新近成立的國家），害怕承認少數族群之權利或會引發國家的分裂或分離主義，從而破壞國家之團結以及國家發展所需的條件。儘管事實上，國際法堅稱少數族群並未擁有自決的權利，同時從未定義過與原生國家分離的法律權利。但許多國家仍對承認不同族群之間的差異，以及任何形式的「團體」權利感到畏懼，唯恐無法塑造一個能夠包含國家所公民、更大的多元文化整體。⁴³⁰

不願將少數族群視為值得特別關注的主體，只是二十世紀後半葉的一種現象，近年這種現象已經開始改變。聯合國三個人權文件：「世界人權公約」、「公民權利及政治權利國際公約」及「經濟社會文化權利國際公約」進行內容分析，找出一般的人權項目及內涵；再以此作為一個分析架構去分析聯合國大會通過的各個弱勢人權文件，包括：兒童權利公約、消除對婦女一切形式歧視公約、消除對婦女暴力行為宣言、聯合國老人原則、身心障礙者權利公約（有關身心障礙者人權的國際文件：1.1971年心智障礙者權利宣言、2.1975年身心障礙者權利宣言、3.1993年殘疾人機會均等標準規則、4.2006年身心障礙者權利公約）、保護精神病患權益、以及促進健康照護原則、移徙工人及其家庭成員權利國際公約、原住民權利宣言等，歸納每種弱勢者人權的具體項目與內涵。有關身心障礙者人權包括：自由權、人身安全權、遷徙居住自由權、隱私權、婚姻自由權、政治權、社會權、健康權、受教育權、工作權、文化權、無障礙環境權及輔具權。⁴³¹

一般來講，一般的人權身障者也可以享有，而針對身障者訂定之更清楚權益，身障者優先適用。視障者可以適用身障者相關規定。其中有關視障之特別規

⁴²⁹ 參 Janusz Symonides 等著/楊雅婷譯，2009，《人權的概念與標準》，國立編譯館與韋伯文化國際出版有限公司合作翻譯發行，頁 360。

⁴³⁰ 參 Janusz Symonides 等著/楊雅婷譯，2009，《人權的概念與標準》，國立編譯館與韋伯文化國際出版有限公司合作翻譯發行，頁 360。

⁴³¹ 參蘇景輝，2010，《弱勢者人權與社會工作》，巨流圖書公司。

定，如教育權部分，身心障礙者權利公約第 24 條規定：應提供學習盲文、替代文字、輔助和替代性交流模式的手段和形式，定向和行動技能等便利服務，並為身心障礙者之間相互支援提供相關服務。為幫助這項權利，應適當聘用合格教師教授手語和盲文的教師，包括身心障礙教師，並對各級教育系統的專業人員和工作人員進行訓練。這種培訓應當包括對身心障礙的瞭解，和如何使用適當的輔具和替代性交流模式、手段和形式、教育技巧和材料來協助身心障礙者。國家應當確保身心障礙者能夠在不受歧視和其他人平等的情況下，獲得普通高等教育、職業培訓、成人教育和終生學習。有關輔具權部分，身心障礙者權利公約第 20 條規定：國家應提供輔具確保身障者盡可能獨立享有個人行動能力，透過手語、盲文、輔具和替代性交流模式及自行選擇的其他無障礙交流形式，尋求、接收和傳授資訊和思想。⁴³²

（二）權利模式

就權利模式而言，基本上「身心障礙者權利公約」採用三種模式，第一種就是絕對保障，即無限制條款，亦不強調只是國家之義務，不權此模式規範的只是身心完整權（第 17 條），其中規定身心障礙者有與其他人一樣有權要求尊重其身心完整之平等基礎。第二種是同時強調權利保障及國家義務，此模式只有禁止酷刑（第 15 條）之規定。第三種模式則是國家義務模式，除了上述兩項權利外之其他權利採此模式。⁴³³

對於憲法學者而言，增修條文第 10 條第 7 項之規定應是屬於「國家目標條款」，有學者認為基本國策僅是具有事實拘束力之方針條款⁴³⁴，亦有學者認為基本國策的效力有 4 種：方針條款、憲法託、制度性保障、公法權利。⁴³⁵但是有學者認為「國家目標條款」可作為補充基本權的憲法論述，而描繪出憲法保障人民權利的真實願景，對立法權、行政權及司法權都有一定作用，

⁴³² 參蘇景輝，2010，《弱勢者人權與社會工作》，巨流圖書公司，頁 60-75。

⁴³³ 參廖福特，2012，《從「醫療」、「福利」到「權利」—身心障礙者權利保障之新發展》，載於氏著《國際人權法之衝擊》，頁 102。

⁴³⁴ 參見李惠宗，2004，《憲法要義》，頁 620。法治斌、董保城，2005，《憲法新論》，頁 475-476。陳慈陽，2004，《憲法學》，頁 709-710。

⁴³⁵ 參陳新民，2005，《憲法學釋論》，頁 905-906。

亦可作為釋憲之客觀標準，「國家目標條款」可能作為社會權、制度性保障、憲法委託或是單純的國家目標。

但是他們沒有進一步論述增修條文第 10 條第 7 項對於身心障礙者之保障，應屬何種性質。如果認為增修條文第 10 條第 7 項是社會權，其可成為客觀法規範，即使非主觀公權利，但國家負有義務，然而其細節亦需由法律作進一步規範，而其結果是由立法者決定權利之內涵，並且欠缺權利救濟之途徑⁴³⁶。

學者廖福特認為，其實身心障礙者本來就與其他人擁有一樣之基本權利，因此從基本權觀點出發，應享有一樣之權利，而增修條文以基本國策之模式特別規範身心障礙者之特別照顧，因此應以基本權及基本國策兩個面向同時檢視身心障礙者權利保障，即以增修條文第 10 條第 7 項規定，作為補充身心障礙者權利之論述基礎，如此才可以確認身心障礙者之基本權，同時經由國家義務之落實實踐此基本權，亦可使身心障礙者權利可請求及救濟管道，而此論述其實是與國際人權條約之闡釋相當接近的⁴³⁷。

（三）權利範疇

就國際人權條約而言，「身心障礙者權利公約」之第 5-30 條是實質權利保障條款，即此公約保障了 26 項權利，原則上可以分為三大類，第一類是一般權利保障，包括平等及禁止歧視、婦女特別保障、兒童特別保障、意識覺醒、親近環境等。第二類是公民與政治權，包括生命權、武裝衝突之特別保護、法律之前平等、近用司法制度、人身自由及安全、免於酷刑、免於拋棄、暴力及濫權、身心完整、遷徙及國籍自由、獨立生活及納入社區、行動自由、

⁴³⁶ 學者李建良從國家保護義務觀點論述，其借鏡德國憲法學理及判決，並指出國家保護義務的效力分為兩個面向，一是國家在履行保護義務時，享有一定的形成自由。二是人民基於憲法保障基本權利的意旨，享有請求國家履行其保護義務的權利，國家如怠於履行此義務時，人民可以透過司法途徑請求履行，或請求國家賠償。但是其認為國家對於基本權利之保護義務與基本國策原應屬不同之概念與範疇，不過大法官解釋引用基本國策作為解釋基本權利保護內涵的論據，因此，國家保護義務與基本國參廖福特，2012，《從「醫療」、「福利」到「權利」—身心障礙者權利保障之新發展》，載於氏著《國際人權法之衝擊》，頁 105-106。

⁴³⁷ 參廖福特，2012，《從「醫療」、「福利」到「權利」—身心障礙者權利保障之新發展》，載於氏著《國際人權法之衝擊》，頁 107。

表達自由、隱私權、居家及家庭自由等。第三類是經濟、社會及文化權，包括受教育權、健康權、康復權、工作及受雇權、適當生活及社會保護、參與政治及公眾生活之權利、參與文化、休閒及體育之權利等。⁴³⁸

就我國國內法而言，憲法增修條文著重於身心障礙者之保險與就醫、教育訓練與就業輔導、生活維護與救濟等事項，後來增加應有「無障礙環境之建構」，而這些規範也影響法律所規範之權利範疇，過去「身心障礙者保護法」著重於醫療復健、教育權益、促進就業、福利服務等 4 大目標。而「身心障礙者權益保障法」則將身心障礙者權益擴張至健康權、教育權、就業權、經濟安、人身安全等五大項。

三、實踐機制

台灣不是聯合國會員國，理論上一個新條約之簽訂並不會直接衝擊台灣之法律秩序，但是近幾年來大法官解釋及各種立法已逐漸重視國際人權條約之發展，實質上對於台灣法律秩序已產生些微之影響，因此應該探討「身心障礙者權利公約」之簽訂是否對於台灣有所影響，而其可能包括兩個層面，對台灣而言，要加入「身心障礙者權利公約」及「任擇議定書」所建構之國際監督系統可能有困難。⁴³⁹但以國內實踐之方式來主動參與國際體制，甚至贏得其他國家之認同，未嘗不是一種擺脫目前困境的方式。⁴⁴⁰

惟依「任擇議定書」也是由參加國決定是否接受被調查，每個國家有其資源的不同限制，如果實施上未完全依規定實踐在我國也不會有國際之監督機制出現，可能國內會由監察院加以監督，是否要成立獨立的國家人權監督單位則為不同層次的考量。

惟未來我 ICF 新制專業鑑定團體決定申請者是否符合身障證明請領條件應為一行政處分，對其不服者應可以提起一次異議。

⁴³⁸ 參廖福特，2012，《從「醫療」、「福利」到「權利」－身心障礙者權利保障之新發展》，載於氏著《國際人權法之衝擊》，頁 107。

⁴³⁹ 參廖福特，2012，《從「醫療」、「福利」到「權利」－身心障礙者權利保障之新發展》，載於氏著《國際人權法之衝擊》，頁 115。

⁴⁴⁰ 參張文貞，2009，《憲法與國際人權法的匯流－兼論我國大法官解釋之實踐》，廖福特主編，憲法解釋之理論與實務：第六輯（上冊），中央研究院法律學研究所籌備處，頁 271-272。

第三節 世界衛生組織新版的 身心障礙定義與分類系統（ICF）

壹、ICF 定義

ICF 是 International Classification of Functioning, Disability, and Health 的縮寫，意思即為「國際健康功能與身心障礙分類」。該分類係世界衛生組織(WHO)為提供統一的和標準化語言與架構來描述健康和健康相關狀態目的，經過 5 年系統性進行臨床實驗和國際專家討論，於 2001 年正式發表的「國際健康功能與身心障礙分類系統」（International Classification of Functioning, Disability and Health, ICF）之八大功能（Functioning）、健康（Health）和身心功能障礙（Disability）的標準化分類系統分類，定義身心障礙者。由最初單純的醫療取向來定義身心障礙，加入了社會模式的障礙觀點，開始重視外在環境結構因素對身心障礙經驗之影響。

貳、ICF 分類系統

簡單來說，新版的世界衛生組織的定義系統的內容分為四個主要的面向來測量身心障礙經驗：第一面向是身體系統功能與身體結構；第二面向是活動，在世界衛生組織的概念中，每個身體系統與功能都相對應著各種活動的機能；第三面向是對於各種活動的參與；第四面向是外在環境因素，包括環境與個人兩個層次的因素。

新版的世界衛生組織的定義系統，將障礙過程定義為上述四個面向彼此間的動態關係，換言之，是四個面向的測量與評估身心障礙者各種生理功能限制與能力的過程，並強調外在環境與條件對個人能力的影響。比如說，同樣障礙者因為居住地點的不同，外在環境所提供的支持條件不一樣，也許社會參與之能力即不相同。依此可知，此概念相當程度地將身心障礙者所處的社會制度條件等因素都納入考量⁴⁴¹。

⁴⁴¹ 參王國羽，《老年、障礙概念取向與我國資料討論》，身心障礙者研究，2 卷 3 期，頁 139-140。

而其分類如下：

表 5-1 ICF 審查表

身體功能	身體構造	活動和參與	環境因素	個人因素
(1) 心智功能	(1) 神經系統構造	(1) 學習與應用知識	(1) 產品與科技	(1) 生活型態
(2) 感官功能與疼痛	(2) 眼耳及有關構造	(2) 一般任務與需求	(2) 自然環境與環境中之人為改造	(2) 習慣
(3) 聲音與言語功能	(3) 涉及聲音與言語之構造	(3) 溝通	(3) 支持與人際關係	(3) 教育
(4) 心血管、造血、免疫、與呼吸系統功能	(4) 心血管、免疫、與呼吸系統構造	(4) 行動	(4) 態度	(4) 種族&遺傳
(5) 消化、新陳代謝與內分泌系統功能	(5) 消化、新陳代謝與內分泌系統有關構造	(5) 自我照顧	(5) 服務、制度與政策	(5) 個人經歷
(6) 泌尿與生殖功能	(6) 泌尿與生殖有關構造	(6) 居家生活		
(7) 神經、肌肉、骨骼、與動作有關功能	(7) 動作有關構造	(7) 人際互動與關係		
(8) 皮膚與有關構造之功能	(8) 皮膚與有關構造	(8) 主要生活領域		
		(9) 社區、社會和公民生活		

資料來源：網路資料（蔡嘉偉整理）⁴⁴²

統整以上有關 ICF 的定義與分類的介紹，我們可以得知 2001 年的 ICF 概念並不以障礙類別來進行分類，而是從功能的缺陷這個角度著手，可以看出 WHO 想要藉由此一概念來統一紛雜的名詞，也從這裡用一個新角度來減少標記，期望大家能從一個不同的角度來看待這群身心障礙者，注意力放在他們功能上的不足，進而去幫助這群人，而不是以一個單純化的標記嘲弄之。⁴⁴³

俞浩偉，從憲法平等權探討我國身心障礙者就業保障之問題，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，2009，頁 10-12。

⁴⁴² 參蔡嘉偉《國際健康功疼與身心障礙分類（ICF）在特書教育上的應用》，網路文章（<http://blog.xuite.net/swesspe2/life/61361231-%E5%9C%8B%E9%9A%9B%E5%81%A5%E5%BA%B7%E5%8A%9F%E8%83%BD%E8%88%87%E8%BA%AB%E5%BF%83%E9%9A%9C%E7%A4%99%E5%88%86%E9%A1%9E%EF%BC%88ICF%EF%BC%89%E5%9C%A8%E7%89%B9%E6%AE%8A%E6%95%99%E8%82%B2%E4%B8%8A%E7%9A%84%E6%87%89%E7%94%A8>，最後瀏覽日 102 年 4 月 30 日）。

⁴⁴³ ICF 係由「功能與失能」及「背景因素」二部分所組成，前者包括身體功能（body functioning, 代碼 b）、身體構造（body structure, 代碼 s）、活動與參與（activity and participation, 代碼 d）等概念；後者則包含環境因素（environment factor, 代碼 e）與個人因素（personal factor），採系統性編碼方式建立共通的語言描述健康與健康相關狀態，俾利健康照顧工作者、研究人員、政策決定者、一般人士與身心障礙者等各種使用者間之溝通，並可進行跨文化、跨領域與跨時空之資料比較。盧台華（計畫主持人），內政部《身心障礙者服務專業手冊》（第八冊，皮膚與相關構造及其功能損傷或不全），執行計畫單位：國立臺灣

民國 96 年 7 月 11 日「身心障礙者保護法」修正為「身心障礙者權益保障法」。本次修正名稱係視身心障礙者為獨立自主的個體，採聯合國世界衛生組織（WHO）頒布的國際健康功能與身心障礙分類系統，定義身心障礙者，俾因應身心障礙者確切之需求。為能符合國際潮流趨勢，本次修法強調以就業、教育機會的提升，增進身心障礙者的生活品質，不再偏重金錢補助，以積極的福利取代消極的救濟等規定。由原來的醫療模式觀點，進到社會模式之觀點，已與世界潮流同步。⁴⁴⁴

參、身權法實踐

一、我國身權法實踐

（一）ICF 身障者定義

民國 96 年 7 月 11 日「身心障礙者保護法」修正為「身心障礙者權益保障法」，將原條文計 75 條增列為計 109 條條文，障礙類別則參採聯合國世界衛生組織（WHO）⁴⁴⁵ 頒布的「國際健康功能與身心障礙分類系統」（International Classification of Functioning, Disability and Health, ICF）之八大功能障礙分類，對身心障礙者定義之 ICF 制（採社會模式的障礙觀點）。系統功能為方向分為 8 大類，包括：1.精神系統構造及精神、心智功能。2.眼、耳及相關構造與感官功能及疼痛。3.涉及聲音與言語構造及其功能。4.循環、造血、免疫與呼吸系統構造及其功能。5.消化、新陳代謝與內分泌系統相關構造及其功能。6.泌尿與生殖系統相關構造及其功能。7.神經、肌肉、骨骼之移動相關構造及其功能。8.皮膚與相關構造及其功能。⁴⁴⁶身心障礙者權益保障法於民國 96 年 7 月 1 日公布，其對身障者定義採用歐陸國家之 ICF 評估標準。但為免施行困難有 5 年之準備期，於民國 101 年 7 月 11 日施行。

師範大學(特殊教育中心)，頁 1。

⁴⁴⁴ 內政部網站新聞稿。

⁴⁴⁵ WHO 先花 5 年系統進行臨床實驗和國際專家討論，於 2001 年正式發表之「國際健康功能與身心障礙分類系統」有完整的編碼系統。

⁴⁴⁶ 參林慧玲，2010，《身心障礙者經濟安全保障規範之研究》，國立中正大學法律研究所碩士論文，頁 33-35。

（二）我國舊制對身障者定義

我國對身心障礙者保護規定起源於民國 69 年所制定之「殘障福利法」，計 26 條條文，將障礙稱為「殘障」並分為 7 類（包括 1.視聽殘障者。2.聽學或平衡機能殘障者。3.發言機能或言語機能殘障者。4.肢體殘障者。5.智能不足者。6.多重殘障者。7.其他經中央主管機關認定之殘障者。）；對身障者主要經濟補助及措施則包括：1.醫療及復健費、2.輔具費用補助。民國 79 年修正部分條文，條文增為 31 條，將障礙類別增加 5 類（8.重要器官失去功能者。9.顏面傷殘者。10.植物人。11.老人癡呆症患者。12.自閉症者。）成為 12 類；中央訂定「殘障者醫療復健重健養護及教育費用補助辦法」，身障者主要經濟補助及措施則增為 10 項（包括：1.醫療及復健費。2.輔具費用補助。3.學生交通費補助。4.稅捐減免。5.教養補助費。6.收容養護費。7.生活補助費。8.教育補助費。9.健康保險費補助。10.乘車優待。其後對身障者主要經濟補助及措施於身心障礙者權益保障法修正前，均以此為範圍）民國 84 年再增列 1 類障礙類別（13.慢性精神病患者。）全部障礙類別計 13 類。

舊制視覺障礙者指由先天或後天的因素，導致個體視覺器官構造之缺損，或機能發生全部分或部分之障礙，經最佳矯正後對事物之視覺辨認仍有困難者。其鑑定基準為：1.視力經最佳矯正後，依萬國視力表所測定優眼視力未達 0.3 或視野在 20 度以內者。2.無法以前款視力表測定時，以其他方式測定後認定者。依身心障礙手冊可分為輕、中、重度，並在內政部登記有案者。

配合民國 86 年憲法之修改，將「殘障福利法」修正名稱為「身心障礙者保護法」，將條文增列為 75 條條文，障礙類別維持 13 類。民國 90 年再增列 2 類障礙類別（14.頑性（難治型）癲癇症者。15.罕見疾病而致身心障礙功能障礙者。）全部障礙類別計 15 類。以上之規定對於身心障礙之定義係採醫療模式的障礙觀點。

民國 96 年將「身心障礙者保護法」修正名稱為「身心障礙者權益保障法」對身心障礙定義改採社會模式的障礙觀點。身心障礙類別新舊制對照表如下

表 5-2：

表5-2		身心障礙類別新舊制對照表
	舊制類別	新制類別
1	視覺障礙者。	二、眼、耳及相關構造與感官功能及疼痛。
2	聽覺機能障礙者。	二、眼、耳及相關構造與感官功能及疼痛。
3	平衡機能障礙者。	二、眼、耳及相關構造與感官功能及疼痛。
4	聲音機能或語言機能障礙者。	三、涉及聲音與言語構造及其功能。
5	肢體障礙者。	七、神經、肌肉、骨骼之移動相關構造及其功能。
6	智能障礙者。	一、神經系統構造及精神、心智功能。
7	重要器官失去功能者。	四至六類
	心臟、造血機能、呼吸器	四、循環、造血、免疫與呼吸系統構造及其功能。
	吞嚥機能、胃、腸、肝臟	五、消化、新陳代謝與內分泌系統相關構造及其功能。
	腎臟、膀胱	六、泌尿與生殖系統相關構造及其功能。
8	顏面損傷者。	八、皮膚與相關構造及其功能。
9	植物人。	一、神經系統構造及精神、心智功能。
10	失智症者。	一、神經系統構造及精神、心智功能。
11	自閉症者。	一、神經系統構造及精神、心智功能。
12	慢性精神病患者。	一、神經系統構造及精神、心智功能。
13	多重障礙者。	依情況對應一至八類
14	頑性（難治型）癲癇症者。	一、神經系統構造及精神、心智功能。
15	經中央衛生主管機關認定，因罕見疾病而致身心功能障礙者。	依情況對應一至八類
16	其他經中央衛生主管機關認定之障礙者（染色體異常、先天代謝異常、先天缺陷）。	依情況對應一至八類

資料來源：自行整理資

二、「鑑定與需求評估」程序

原申請身心障礙鑑定核發身心障礙手冊之作業程序改為申請身心障礙證明，需要經過醫療及社工鑑定及需求評估程序，與以往申請身心障礙手冊僅由專科醫師 1 人鑑定有別，此新制度內政部網站簡稱為「鑑定與需求評估新制」，以便民眾區隔。

依據身心障礙者權益保障法規定，民國 101 年 7 月 11 日起，原申請身心障礙鑑定核發身心障礙手冊之作業程序改為申請身心障礙證明，需要經過鑑定及需求評估程序，與以往申請身心障礙手冊僅由專科醫師 1 人鑑定有別，所以簡稱鑑定與需求評估新制，以便民眾區隔。鑑定與需求評估新制的實施，除了可瞭解身心障礙者的身體結構與功能損傷，也重視其所處環境對個人活動表現的影響，而透過主動的評估，才能按照身心障礙者的實際狀況及需求，提供個別化與多元化的服務，同時使資源做最有效的分配。

身心障礙者是指下列各款身體系統結構或功能，有損傷或不全導致顯著偏離或喪失，影響活動與參與社會生活，並經相關專業人員組成之專業團隊鑑定及評估，領有身心障礙證明者：（1）神經系統構造及精神、心智功能。（2）眼、耳及相關構造與感官功能及疼痛。（3）涉及聲音語言與構造及其功能。（4）循環、造血、免疫與呼吸系統構造及其功能。（5）消化、新陳代謝與內分泌系統相關構造及其功能。（6）泌尿與生殖系統相關構造及其功能。（7）神經、肌肉、骨骼之移動相關構造及其功能。（8）皮膚與相關構造及其功能。

三、新制與舊制之差別

（一）身障手冊調整為證明

新舊制之差別為：依據身心障礙者權益保障法規定，民國 101 年 7 月 11 日起，原申請身心障礙鑑定核發身心障礙手冊之作業程序改為申請身心障礙證明，需要經過鑑定及需求評估程序，與以往申請身心障礙手冊僅由專科醫師 1 人鑑定有別，所以簡稱「鑑定與需求評估新制」。

鑑定與需求評估新制的實施，除了可瞭解身心障礙者的身體結構與功能損傷，也重視其所處環境對個人活動表現的影響，而透過主動的評估，才能

按照身心障礙者的實際狀況及需求，提供個別化與多元化的服務，同時使資源做最有效的分配。身心障礙者是指下列各款身體系統結構或功能，有損傷或不全導致顯著偏離或喪失，影響活動與參與社會生活，並經相關專業人員組成之專業團隊鑑定及評估，領有身心障礙證明者：（1）神經系統構造及精神、心智功能。（2）眼、耳及相關構造與感官功能及疼痛。（3）涉及聲音語言與構造及其功能。（4）循環、造血、免疫與呼吸系統構造及其功能。（5）消化、新陳代謝與內分泌系統相關構造及其功能。（6）泌尿與生殖系統相關構造及其功能。（7）神經、肌肉、骨骼之移動相關構造及其功能。（8）皮膚與相關構造及其功能。

鑑定方式：新制除舊制的醫療鑑定外，再增加需求評估。且鑑定項目：新制除舊制身體結構、功能為鑑定依據外，再增加社會參與及環境鑑定項目。身心障礙證明仍列輕、中、重度及極重度，並依等級不同而有不同福利措施。鑑定與需求評估新制的實施，除了可瞭解身心障礙者的身體結構與功能損傷，也重視其所處環境對個人活動表現的影響，而透過主動的評估，才能按照身心障礙者的實際狀況及需求（依鑑定結果、家庭經濟狀況、照顧服務需求及社會參與需求等），提供個別化與多元化的服務，同時使資源做最有效的分配，俾因應身心障礙者確切之需求。⁴⁴⁷

為能符合國際潮流趨勢，本次修法強調以就業、教育機會的提升，增進身心障礙者的生活品質，不再偏重金錢補助，以積極的福利取代消極的救濟等規定。由原來的醫療模式觀點，進到社會模式之觀點，已與世界潮流同步。

（二）新制鑑定申請方式

身心障礙證明的申請方式分為兩種：「一般流程」及「併同辦理流程」。「一般流程」為先在鑑定機構進行鑑定（含鑑定醫師及鑑定人員），再將結果送社會局評估審核；「併同辦理流程」為鑑定醫師、鑑定人員及需求評估人員辦理需求評估，一起於鑑定機構進行鑑定及辦理需求評評估。上開「一般流程」及「併同辦理流程」後，都要將結果再送社會局評估核發身心障礙

⁴⁴⁷ 原「身心障礙手冊核發標準」修正為「身心障礙者福利與服務需求評估及證明發給辦法」。

證明。社會局再依民眾勾選福利服務項目，評估連結服務。如果選擇「併同辦理流程」，必須配合公告指定醫院的門診時間與診次，不能指定特定醫師進行鑑定。如果希望指定鑑定醫師，只能選擇「一般流程」方式。⁴⁴⁸

目前領有身心障礙手冊且註記效期在民國 104 年 7 月 10 日以前，在醫療鑑定部分，可以申請「重新鑑定」或「依原領身心障礙手冊，重新發給鑑定報告」兩種方式。申請「重新鑑定」方式，會由醫師鑑定身體結構及功能，鑑定人員進行活動參與及環境因素之鑑定，證明效期由醫師判定，最長 5 年。申請「依原領身心障礙手冊，重新發給鑑定報告」方式，會由醫師進行依現有障別等級轉換，鑑定人員進行活動參與及環境因素之鑑定，證明效期由醫師判定，最長至民國 104 年 7 月 10 日。申請「依原領身心障礙手冊，重新發給鑑定報告」以一次為限，證明屆期時，仍需辦理重新鑑定。原則上鑑定報告完成到核發身心障礙證明，最長作業時間為 35 日。⁴⁴⁹惟經專業鑑定團體決定申請者是否符合身障證明請領條件應為一行政處分，對其不服者應可以提起訴願救濟。

四、身心障礙者福利

我國身心障礙者福利服務是以「身心障礙者權益保障法」為基礎，身心障礙者的需求是全人化的概念，相關單位相對也應提供全方位的服務。依身心障礙者權益保障法的規定，所涵蓋的目的事業主管機關主要有16個，包括：社會福利主管機關、衛生主管機關、教育主管機關、勞工主管機關、建設、工務、住宅主管機關、交通主管機關、財政主管機關、金融主管機關、法務主管機關、警政主管機關、體育主管機關、文化主管機關、採購法規主管機關、通訊傳播主管機關、科技研究事務主管機關、經濟主管機關等。

針對身障者福利有關社會及就業福利內容略述如下：社會福利服務包括：一、支持服務：居家照顧、生活重建、心理重建、社區居住、婚姻及生育輔導、日間及住宿式照顧、課後照顧、自立生活支持、其他個人支持服務、

⁴⁴⁸ 詳內政部網站說明。

⁴⁴⁹ 詳內政部網站說明。

臨時及短期照顧、家庭托顧、照顧者支持及訓練與研習、家庭關懷訪視及服務、搭乘運輸工具優惠、休閒活動優惠、導盲犬出入公共場所、手語翻譯、專用停車位識別證。二、經濟補助：生活補助費、日間照顧及住宿式照顧費用補助、醫療費用補助、居家照顧費用補助、輔具費用補助、房屋租金及購屋貸款利息補貼、購買停車位貸款利息補貼或承租停車位補助、社會保險。三、保護服務：通報、安置、緊急安置、申請建立指紋資料。就業服務包括：身心障礙者可以有的就業權益包括職業重建窗口服務(個案管理)、職業輔導評量、職業訓練、職業訓練期間的生活津貼補助、一般性(競爭性)就業服務、支持性就業服務、庇護性就業服務、居家就業服務、職務再設計、創業補助、創業貸款利息補貼、低收入戶身心障礙者批購公益彩券貸款、職災勞工服務、勞工職業災害慰助金、視障者就業促進措施等服務。⁴⁵⁰

五、蕭煌奇是否具身心障礙資格？

(一) 身障身分認定標準變嚴格

ICF 制為新制界定身障者之機制，需身障者被界定為身障者後，才能享有相關身障之福利。新制係視身心障礙者為獨立的個體，採聯合國世界衛生組織（WHO）頒布的國際健康功能與身心障礙分類系統，透過更多面向加以定義身心障礙者，一方面要成立之條件更多，將更嚴格；但成為身障者後，會針對其確切之需求加以服務。除符合國際潮流趨勢外，強調以就業、教育機會的提升，增進身心障礙者的生活品質，不再偏重金錢補助，以積極的福利取代消極的救濟等規定，將重心重補助移到就業服務機構。

對於新制會考量社會參與經濟能力，不以身體構造之障礙為唯一之判定因素，蕭煌奇會不會成為不能拿到身心障礙證明？如果這樣狀況不能拿到證明，其是否是身心障礙者？或許我們應加以區分有關得享有身心障礙者福利之身心障礙者及一般身心障礙者，否則逕稱蕭煌奇不是身心障礙者，與本國國人一般認知是否有嚴重出入？

⁴⁵⁰ 參盧台華（計畫主持人），內政部《身心障礙者服務專業手冊》（第八冊，皮膚與相關構造及其功能損傷或不全），執行計畫單位：國立臺灣師範大學（特殊教育中心），頁28-48。

（二）國際接軌與本土實踐

不同福利國家的建立，所牽動的影響因素甚為複雜，在不同的人文、社會、政治、經濟背景的交互影響下，各國也發展出不同態樣及特色的福利國家類型，顯示了福利國家的形貌具有一定程度的「本土性格」，因福利國家乃為解決社會問題以滿足人民及社會的需求而生，在不同的國家環境、不同的社會文化裡，所發生的社會問題自然有所差異，也因而產生不同的社會需求，以及不同之因應模式。

我國為大量繼受外國法制且社會變遷迅速的海島國家，但理想與現實是否會因移植之人文背景等不同（如稅制的差異）而產生鴻溝？未來制度之運作應避免與社會現實更加疏離。

除了一方面能夠瞭解外來制度的起源、思想、社會背景、甚至全貌的方法之一，俾以作為我國制度建構及實際運作的參考。俾便能更貼近社會現實，真正發揮制度的功能，建構「本土化」制度也成為學說、實務運作制度的方向。畢竟福利國家思想乃因應社會需要而生，若是無法確實認知社會真實的需要究竟為何，暢言建構本土化社會福利制度無異淪為空談。

面對 21 世紀在全球化浪潮衝擊下，台灣在產業、經濟、社會、勞動層面，正經歷結構內的歷史性轉化，面臨快速變化之衝擊與異常激烈的國際挑戰。全球化新社會問題，例如失業、貧富差距拉大、彈性工作、部分工時、工會密集度下降、社會夥伴關係鬆動、金融資本快速流通、跨國企業主宰生產和行銷等現象。

在新自由主義的強力倡導下，有學者主張⁴⁵¹社會政策內涵應包括：包容的平等、有限度的功績主義、市民社會的更新、積極的福利、社會投資的國家。即平等不是社會的均等，而是更積極地包容社會所有的成員，以社會包容（social inclusion）概念以對抗社會排除（social exclusion）。

功績主義是「能者多能」，結果，資源分配將更趨於不均。「付出越多，

⁴⁵¹ 參林萬億，2006，《我國憲法與社會權的實踐》，載於「部門憲法」，蘇永欽主編，元照出版，頁 97。

報償越多」固然符合經濟市場原則，但不應是判斷社會生活的唯一標準。有些社會貢獻是難以用利潤衡量的，如女性的家庭照顧、文化與教育工作者的文化傳承、社會工作者的社會問題預防與處置等。因此，功績主義只應有限度地用來處理社會政策議題。

市民社會的更新是強化政府與民間夥伴關係，鼓勵社區參與公共事務，以及分權化，讓公共事務不再只是政府的事，也不再依賴中央政府來指示。

積極的福利是指不要一方面把社會福利壓縮在社會救助的範圍裡，另一方面又指社會福利造成財政負擔、人民懶惰、福利依賴；是將社會福利的投資與就業促進、族群融合、性別平等、國家照顧相結合。而積極服利最具體展現是社會投資的國家。國家應儘可能以人力資本的投資來取代直接的金錢補助。換言之，社會福利與就業、教育應密切配合。不要把社會福利制度的設計只用來保障最低生活標準（經濟安全），而是要同時考量勞動力市場的穩定和品質（積極就業）。⁴⁵²對身障者培力，所以重在就業促進，而非補助。但對於如何符合需求者之個別化服務，則更精緻的提供其支持性服務。



⁴⁵² 參林萬億，2006，《我國憲法與社會權的實踐》，載於「部門憲法」，蘇永欽主編，元照出版，頁 297-298。

第六章 結論

大法官釋字第 649 號解釋為視障按摩是否合憲之違憲審查案，有關工作權是否為自由權？或兼具受益權之性質？德國及美國違憲審查法制之操作，在我國本土實踐如何？是否影響本案之違憲審查法結論？另在「政策面向」探討之問題為該廣義按摩業應如何管制，才是妥善的公共政策？如何積極促進視障就業，才是符合大法官創造開啟多元就業大門之期待？新制對於落實積極就業之連結說明部分等研究結果於本章提出結論，並就研究發現提出建議，期對能使視障就業政策更臻完善可行。另於章末說明本研究之限制與未來研究建議。

第一節 研究結論

本研究分為大法官會議釋字第 649 號違憲審查之憲法面向、視覺障礙者就業之政策面向（含廣義按摩制度管制、積極促進視障就業及新制如何落實個別化就業服務等 3 子問題）2 大面向共 4 個子題，茲就各面向提出研究結論如下：

壹、憲法面向

本研究認為大法官釋字第 649 號解釋針對視障者就業態度係「關閉視按摩之小門，開起多元就業大門」之態度值得肯定。正如學者黃錦堂認為，對於新的或重大影響國家社會發展的案件，應由釋憲者兼顧理想與現實，有堅持亦有彈性，作「睿智」的解釋決定。⁴⁵³「司法違憲審查」在全球化多變的環境中，如何適時擔任一個「催化劑」的功能，指出問題後，再責成立法及行政部門由循民主程序來達成。

⁴⁵³ 參黃錦堂，2007，《論當前的行憲政策與憲法解釋》，收於：湯德宗、廖福特編，憲法解釋之理論與實務，第五輯，中央研究院法律學研究所籌備處，頁 33。

大法官釋憲時正值 2008 年金融海嘯時間，不僅視障者就業困難，非視障者之就業及國家發展觀光提升全球競爭力等因素，恐怕也是不得不深策思考之判斷因素。釋憲時本案之律師主張「為了 5,000 位之視障從業人員，影響 30 萬按摩相關行業人員之工作權」⁴⁵⁴，是否違反比例原則？

學者蘇永欽指出：憲法所宣示人權具有普世性格，多數人權已從特定歷史情境昇華為人類共享文明。但人權解釋則非普世性的，其係如何處理人權與公共利益衝突或不同人權間優先性，所採用的方法。德國憲法學者從人權規定發掘出種種「客觀效力」，始於主觀人權未能在程序上充分落實的威瑪憲法時代，當戰後基本法把所有公權力都納入人權的規範，並建立廣泛的憲法訴訟制度後，客觀效力的理論的存在已經不是絕對必要，但德國學者仍不同領域繼續研究、使用，並克服相關適用上的難題。相對地，否定抽象違憲審查權的美國，即將重點放在主觀權利內涵的闡揚，及人權限制的司法控制上面。美國法上正當程序條款承擔了權衡人權與公益的主要功能，最高法院發展出來的各種審查基準，則反應出美國的人權和分權的理念。兩個制度操作上相互影響是無庸置疑，但德國不會直接援引正當程序原則，美國也不覺得人權保障會因為沒有比例原則而失色⁴⁵⁵。

本研究認為：本案明顯違反德國模式的比例原則，在美國模式下，聯邦法院對於合理審查要件也會對不合理之政策判定為違憲，而被稱為「會咬人之合理審查標準」。所以，本研究認為即使認為視障按摩為優惠性差別待遇，基於實質平等之精神，應回復對視障等弱勢之正義而降低審查標準，不採較嚴格之審查標準，也難以有合憲之結論，因為本案對非視障者之工作權侵犯過度嚴重超出「必要」之限度。以採職業自由客觀許可要件之全面限制方式，顯對非視障者權利造成侵害，而應以執業執行方法等侵犯較小之限制，較符合「必要」性之要求。如後來於身心障礙者權益保障法第 46 條第 5 項，保留 5 大地點持續維持視障按摩保留之規定，應是較妥適的視障與非視障之雙贏作法。

⁴⁵⁴ 釋憲時實際有視障按摩乙級及丙級證照者僅近 3,000 人。

⁴⁵⁵ 參蘇永欽，2006，《部門憲法－憲法釋義學的新路徑？》，收於：部門憲法，蘇永欽主編，頁 7。

貳、政策面向

在「政策面向」探討之問題為該制度應如何設計，才是妥善的公共政策？本研究以我國政經經驗，並參考外國立法例、全球化競爭等因素，提出研究結論如下：

一、廣義按摩制度管制問題

釋憲前視障者之技能檢定證照為執業許可要件之一，但民俗療法（推拿等）衛生署則對之「不予管制」，即採一般管制，沒有特別管制之規定，除民法的適用外，可能還有在醫療行為高度管制下，可能波及的一些管制（如不可交付藥物，不可廣告宣稱療效等），因為對於弱勢之視障者高度管制，對於非視障者反而以較消極的方式管制，如此管制密度不同，監察院也認為不合理行文糾正。

大法官解釋後，對於將技能檢定證照列為執業許可要件之一，屬執業選擇主觀限制，其屬限制人民權利應加以謹慎立法之問題漸被重視，之後修法也將原身心障礙者權益保障法第 46 條第 3 項有關「視障按摩技能檢定證照為執業許可要件」之規定刪除，故目前視障按摩技能檢定證照已非執業許可要件，僅為能力之證明，或主管機關為政策補助時可能之參考依據而已。如此視障按摩與之前民俗療法之管制方式以相同，先前管制密度不同之不合理現象已消除。

至於推拿等民俗療法之管制，衛生署在監察院認為其具危險性應於管制，而衛生署之態度僅以「去醫療化」回應，即衛生署訂定「民俗調理之管理規定」將民俗療法改稱為「民俗調理」，原民國 82 年間「不予列管」之函釋停止適用，且修正之前認為按摩與推拿之區分為推拿係對疾病所為行為之見解。另訂定「傳統整復推拿人員執業管理要點」，允許傳統整復推拿人員為商業登記（目前按摩業也可以商業登記），但其不得受聘於醫療機構，從事依法應由中醫師執行之中醫傷科推拿業務，違者得依醫師法、醫療法等各該法規辦理。所以「民俗調理」，只可說一種明眼人之按摩，如涉醫療行為，有刑事責任加以規範。

目前衛生署表態應增加「民俗調理」之明眼人可以考之技能檢定，僅由「社會自我規律」方式，由民間團體訓練後發證，相關證照非列為執業許可要件，僅為執業者之能力證明。這樣的管制強度是否足以對人民健康把關，是否可以事先預防危險雖仍有疑義，但如同前述，視障者與明眼人之按摩及民俗調理之管制密度已相同，初步違憲疑慮已排除。未來衛生署是否會提高管制，仍待觀查。

至於理療按摩僅為視障按摩之能力證明，非屬醫療行為；將來如果要建立醫療按摩，依「教、考、用」的制式途徑，除考慮建立適合視障者之特殊教育管道，包括設立專門之訓練機構，也需考試院辦理特殊的考試，相關環節都需要直接於法律中明定。

二、視障者積極就業問題

視障者並非都是全盲，也些為弱視，有部分視力。我國對於先天視障者之職業養成，透過學校教育體系，較後天視障者之職業養成資源更加豐富。但因為醫學的進步，先天性視障已減少，高齡化造成之視障者卻明顯增加。依內政部 102 年第 24 週內政統計通報，民國 101 年底領有身心障礙證明(手冊)者計有 111 萬 7,521 人，按年齡別分：各年齡層之身心障礙人口占各該年齡層總人口之比率隨年齡之增加而遞升，101 年底 0-未滿 12 歲者身心障礙比率为 1.18%，12-未滿 18 歲者為 1.75%，18-未滿 65 歲者為 3.94%，65 歲以上者則達 15.82%。所以可以明顯看出後天視障比率比先天視障更出很多，所以高後天視障者之養成訓練應有更被重要之必要。社政單位也可以考量視障老人安養院的設置。

對於工作職類的選擇部分，有更好的教育當然有更多的選擇空間，也更容易自己克服問題。對視障按摩由國家提供專門的養成職業訓練機構應是可行的方式，訓練應避免養成期間過短，如只有針對技能檢定考式之訓練，對於目前開放後完全競爭之就業環境現況應該是不足的。

其他工作職類，因為開放按摩業後，相信學校養成時會多加考量未來就業的多元面向。但因為按摩的收入目前相對較高，所以按摩也是視障者最多選擇之職業。台北市政府勞動局在陳業鑫局長所推動的「企業按摩師」模式，

讓企業配合定額進用政策，於民國 100 年底已促成 160 位企業按摩師，成果斐然⁴⁵⁶。並配合五大地點保留部分，推展按摩小棧，讓視障者可以方便工作，市民也可以就近消費。

身心障礙者權益保障法第 38 條之 1，參考日本特例子公司所定之關係企業定額進用之立法例，應是很多未足額進用身障者之大型企業可以有效參考的方向，關係企業員工進用身障人數超過 20%，即可算為總公司之定額進用人員，不僅可以使企業免除繳那差額補助之義務，如有超額進用情形更可以拿到政府補助之超額進用獎勵金，可以有效提昇企業形象！

行政機關也用不同的方法推廣視障按摩，如辦理各種活動及製作「視障按摩地圖」等方式加以宣導。身權法也注意到要加強視障業者之行銷管理能力的建立，此部分也應是未來行政機關推展之重點。

但按摩也是需要有很好的體力才可以妥適執行之工作，並非適合所有的人。所以應該多開發不同的職類，目前大法官針對釋字第 649 號解釋後，於身心障礙者權益保障法第 46 條之 1 增列公家機關電話接聽之新的工作職類，也引起匯豐銀行等民間機關響應。

視障者克服視覺障礙也可以從事很多工作職類，如果能流利的使用盲用電腦也可以接到會議紀錄等定單。而現在高度e化社會中，電腦使用不僅為工作能力也是生活能力的一部分，盲用電腦的操作及推廣，應透過網路e化教學，輔以外展的個別指導，盡量推展為視障者的基本生活能力，以提升視障者資訊的收取及對外的溝通，使其能適應現代社會的溝通模式。

其他如音樂表演及廣播員訓練等工作職類，如何運用公私協力找到更多好的合作模式。套句台灣盲人重建院舉辦全球視障菁英就業輔導研討會中法國代表Philippe Chazal（歐洲盲人聯盟-重建、專業訓練與就業委員會主席）於會中以盲人綜藝歌手Gilbert Montagne 的一句話：「如果你有機會和失明的人、小孩、朋友或家人相處，應該知道只要您相信他們，他們就做得好。簡單來說就是：相信他們。」⁴⁵⁷，有愛就可以找到出路！

⁴⁵⁶ 參台北市政府勞動局網站資料。

⁴⁵⁷ 參張訓誥，2003，《出席全球視障精英就業輔導研討會心得》，啟明苑通訊，第49期，

三、新制落實個別化就業服務

新的ICF制如何有效典範轉移，落實個案個別化服務之精神為未來執行之重點。除了應該增加行政機關個案管理員及就業輔導員外，如何結合個案管理、心理輔導、職業輔導評量、職務再設計、職業訓練、就業安置、醫療復健、特殊教育等專業及資源，落實職業重建，以協助身心障礙者了解自我，尋找適當工作，可能是一個漫長的道路，英國一個個案最長服務時間以3年為限。

如何經由職業輔導評量，由職業輔導評量員透過個案之參與，評估身心障礙者的心理、興趣、性向、體能、工作行為、耐力及極限，經與潛在工作環境相比較後，結合類似英國之工作準備（職場學習再適應），使雇主在真正的職場上了解該個案之能力後再決定是否僱用，成功就業可能性會大為提高。

另外雇主可申請職務再設計，由職務再設計服務專員針對身心障礙者的工作能力，透過專業的職務分析，將職務重新設計或安排，或對工作環境、條件等進行改善，或提供輔具協助增加工作產能與效率，降低工作傷害或累積性傷害，除了專業分析評估服務外，可申請最高20萬元相關之補助。不僅可以協助雇主增加視障者工作上所應增加的設備，更可以了解如何跟視障者有效溝通，克服視障就業之困難。行政機關還可以利用各種僱用獎助津貼之政策工具，以推展就業困難個案。

對於應加強職業訓練之身障者，不僅要加強其就業所需之如定性行動、資訊運用能力及專業技能外，對於身障者之心理建設及社交技巧等工作態度也應加強訓練。就業後行政機關也應持續追蹤關懷，使能穩定就業。

第二節 研究限制與未來研究建議

本研究主題為以大法官釋字第 649 號解釋之視障按摩為主要研究範圍，民俗療法等為延伸研究範圍，非主要研究範圍。對於如何管制部分也加以論述，除了國家以法律積極介入之管制方式外，對於全球化下，要求彈性、法令鬆綁之理念，以民間團體「社會自制管理」方式，由民間發照證明技術能力個人認為也是一個可行的方向。對於如何積極促進視障就業部分，以按摩業為主，輔以其他工作職類之說明。惟因囿於時間因素及個人能力不足部分，以我國文獻資料為主、外國文獻資料為輔，很多資料收集仍嫌不足，尤其新制涉衛生、教育、社政及勞政等跨領域部分，值得後續研究者賡續關注及進一步研究⁴⁵⁸。

參考書目

⁴⁵⁸ 以下內容摘自王順民（中國文化大學社會福利學系教授），2009，《關於「身心障礙者權益保障法」修法評析》，國家政策研究基金會（網址：<http://www.npf.org.tw/post/3/5320>）。身權法修正涉及保健醫療、教育權益、就業權益、支持服務、經濟安全以及保護服務等等。該項資格確認的周密化過程，而引發諸如鑑定評估品質、判定個別化需求以及所湧現的服務缺口等等的衝擊。身心障礙證明的取得會聯結出連動性的福利服務供給。身權法的主管機關雖然是內政部，但是，受理申請鑑定的目的事業主管機關係由衛生署來統籌組成專業團隊，應避免專業自我或是角色獨大的問題。城鄉條件物理環境，其鑑定本身的效度與信度問題，是需要被全面性的檢視。

落實在地方政府層級的務實考量主要還是協調機制與資源不足的執行能力問題，也就是說，關乎到資源的落點、配置與供給、服務的輸送和管理以及相關作業的財源，都是有待推動的必要性檢討；除此之外，政府公部門自行主辦或是委託民間團體辦理的運作模式，亦有它成本效益與實施辦法的通盤考量；連帶地，即使是從過去醫師一人改成團隊的鑑定、評估方式，但是，由於接踵「鑑定」與「評估」而來的還是聚焦在社會福利界面上，因此，一旦影響或損及到實質利益甚至於是出現「有需求、但無力提供服務」的窘境或是各種道德危險行為的爭議時，那麼，相關的申訴或對應措施，這也是需要提前加以防範的。台灣是亞洲第一個在政府法律位階上明訂採取 ICF 這套分類系統的國家，相關的專業領域百廢待舉並且會是牽一髮動全身的滾動性影響，鑑定與評估作業真正的挑戰難題，才要正式開始；連帶地，如何讓對於身心障礙者從個案管理到照顧管理的評鑑與評估作業，得以有其內在貫通的整全性串聯，這亦突顯了在面對鑑定作業的信度與效度、評估作業所篩選出來的需要服務個案數以及後續整合性資源的服務輸送網絡，相關的行動計劃更是需要劍及履及的積極性應對！

參考書目

壹、中文部分

一、專書

- 吳 庚，2004，《憲法之解釋與適用》，三民出版公司。
- 李惠宗，2006，《憲法要義》，三版，元照出版公司，頁 217-278。
- 李念祖，2006，《案例憲法Ⅲ（下）人權保障的內容》，三民書局，頁 294-321。
- 陳新民，2008《憲法釋論》，修訂六版，新學林出版公司，頁 47-74。
- 陳新民，1992，《論社會基本權利》，收於氏著：憲法基本權利之基本理論（上），三民出版公司，頁 95-128、102-105。
- 法治斌、董保城，2010，《憲法新論》，元照出版公司，頁 165-277。
- 許育典，2011，《憲法》，元照出版公司，頁 72-121。
- 王玉葉，2012，《美國法制研究》，第 8 章，《美國最高法院處理優惠待遇案件之新趨勢》元照出版公司，頁 279-319。
- 廖福特，2012，《從「醫療」、「福利」到「權利」－身心障礙者權利保障之新發展》，載於氏著《國際人權法之衝擊》，頁 80-120。
- 蘇景輝，2010，《弱勢者人權與社會工作》，巨流圖書公司。
- 林萬億，2006，《福利國家－歷史比較的分析》，一版五刷，巨流圖書公司。
- 盧台華（計畫主持人），內政部《身心障礙者服務專業手冊》（第八冊，皮膚與相關構造及其功能損傷或不全），執行計畫單位：國立臺灣師範大學(特殊教育中心)。

二、論文合輯

- 李建良，1998，《憲法工作權保障之系普》，收於：劉孔中、李建良編，憲法解釋之理論與實務，第一輯，中央研究院中山人文社會科學研究所，頁 347-392。
- 許宗力，2000，《從大法官解釋看平等原則與違憲審查》，收於：李建良、簡資修編，憲法解釋之理論與實務，第二輯，中央研究院中山人文社會科學研究所；後另收於許宗力，2007，《法與國家權力（二）》，元照出版，頁 141-190（引用時以後者為準）。
- 李建良，2000，《基本權利與國家保護義務》，收於：李建良、簡資修編，

- 憲法解釋之理論與實務，第二輯，中央研究院中山人文社會科學研究所，頁 325-372。
- 黃錦堂，2000，《自由權保障之實質論證之檢討-以德國基本權利衝突判決為初步探討》，收於：李建良、簡資修編，憲法解釋之理論與實務，第二輯，中央研究院中山人文社會科學研究所，頁 189-234。
- 許宗力，2004，《比例原則與法規違憲審查》，收於：戰鬥的法律人—林山田教授退休祝賀論文集，元照出版；後另收於許宗力，2007，《法與國家權力（二）》，元照出版，頁 75-94（引用時以後者為準）。
- 黃錦堂，2007，《論當前的行憲政策與憲法解釋》，收於：湯德宗、廖福特編，憲法解釋之理論與實務，第五輯，中央研究院法律學研究所籌備處，頁 1-54。
- 黃昭元，2007，《從釋字第 618 號解釋探討原國籍分類的司法審查標準》，許志雄、蔡茂寅、周志宏編，《現代憲法的理論與現實：李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集》，元照出版，頁 474-498 以下。
- 張文貞，2009，《憲法與國際人權法的匯流—兼論我國大法官解釋之實踐》，廖福特主編，憲法解釋之理論與實務：第六輯（上冊），中央研究院法律學研究所籌備處，頁 223 以下。
- 黃昭元，2009，《平等權案件之司法審查標準—從釋字 626 號解釋談起》，廖福特主編，憲法解釋之理論與實務：第六輯（下冊），中央研究院法律學研究所籌備處，頁 551 以下。
- 湯德宗，2009《違憲審查基準體系建構初探—「階層式比例原則」構想》，廖福特主編，憲法解釋之理論與實務：第六輯（下冊），中央研究院法律學研究所籌備處，頁 17 以下。
- 黃舒芃，2010，《立法者對社會福利政策的形成自由及其界限—以釋字第 649 號解釋為例》，黃舒芃主編，憲法解釋之理論與實務：第七輯（上冊），中央研究院法律學研究所籌備處，頁 136-183。
- 蘇永欽，2006，《部門憲法—憲法釋義學的新路徑？》，收於：部門憲法，蘇永欽主編，頁 3 以下。
- 林萬億，2006，《我國憲法與社會權的實踐》，收於：部門憲法，蘇永欽主

- 編，頁 279-312。
- 林佳和，2006，《勞動與勞動憲法》，收於：部門憲法，蘇永欽主編，頁 353-394。
- 吳秀明、楊坤樵，2006，《憲法與我國經濟部門之基本秩序》，收於：部門憲法，蘇永欽主編，頁 207-278。
- 邵惠玲，2009，《憲法對視障者社會基本權之保障－論釋字第 649 號解釋產生之憲法疑義與因應途徑》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁 263-284。
- 張桐銳，2009，《按摩業開放後之管制問題－論大法官釋字第 649 號解釋談起》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁 331-380。
- 孫迺翊，2009，《視障者按摩保留解除後之法制因應初探》，收於：勞動、社會與法，政治大學法學院勞動法與社會法中心，元照出版公司，頁 331-380。
- 張 巍，2009，《中國大陸盲人醫療按摩制度淺析》，收於：勞動、社會與法，國立政治大學法學院，勞動、社會與法，元照出版公司，第 381 頁以下。
- 陳耀祥，2010，《日本視障者從事按摩業之管制與促進》，收錄於孫迺翊、張桐銳計畫主持，按摩業改革開放後管理法制建構與規劃，國立政治大學主辦。
- 陳奇威，2010，《英國視障物理治療師支援性法規之初探》，收錄於孫迺翊、張桐銳，按摩業改革開放後管理法制建構與規劃，國立政治大學主辦。
- 林佳和，2011，《勞動法的管制與去管制－經濟學原理的觀點》，收於：社會公義－黃越欽教授紀念論文集，黃越欽教授紀念論文集編輯委員會，元照出版公司，頁 13-50。
- 許玉秀，2011，《尊重差異作為人權指標》，社會公義－黃越欽教授紀念論文集，黃越欽教授紀念論文集編輯委員會，元照出版公司，頁 249、252。
- 程延園，2011，《就業保護法與勞動力市場彈性》，收於：社會公義－黃越欽教授紀念論文集，黃越欽教授紀念論文集編輯委員會，元照出版公司，頁 443-460。

林炫秋，2011，《我國就業服務與就業促進法制的現況與檢討》，收於：社會公義－黃越欽教授紀念論文集，黃越欽教授紀念論文集編輯委員會，元照出版公司，頁 73-110。

三、期刊

黃越欽，2000，《憲法中工作權之意義暨其演進》，法令月刊，51 卷 10 期，頁 34-55。

許宗力，2003，《基本權利的保障與限制（上）》，月旦法學教室，11 期，頁 64-75。

許慶雄，2002，《現在人權體系中平等原則之研究（上）》，中正法學，6 期，頁 105-200。

許慶雄，2002，《現在人權體系中平等原則之研究（下）》，中正法學，7 期，頁 3-86。

黃昭元，2000，《立法裁量與司法審查－以審查標準為中心》，憲政時代，26 卷 2 期，頁 162 以下。

黃昭元，2003，《司法違憲審查的正當性爭議－理論基礎與方法論的初步檢討》，台大法學論叢，32 卷 6 期，頁 103-151。

李惠宗，2003，《憲法工作權保障系普之再探－以司法院大法官解釋為中心》，憲政時代，第 29 卷第 1 期，頁 121-158。

黃昭元，2004，《憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析》，台大法學論叢，33 卷 3 期，頁 45-148。

廖元豪，2004，《「優惠」弱勢族群不公平競爭？實質平等？》，月旦法學教室，25 期，頁 10-11。

李惠宗，2004，《我眼明，我也要按摩工作》，月旦法學教室，第 17 期。

蔡明鈺，2004，《保護乎？障礙乎？「非視障者不得從事按摩業」法律規定之研究》，社區發展季刊，335 頁以下。

廖元豪，2005，《實質平等》，月旦法學教室，27 期，頁 38-41。

李惠宗，2005，《職業自由主觀要件限撥之違憲審查－司法院大法官釋字 584 號解釋評析－》，憲政時代，第 30 卷第 3 期，頁 255 以下。

黃舒芃，2006，《社會權在我國憲法中的保障》，中原財經法學，第 16 期。

- 李建良，2006，《經濟管制的平等思維—從平等權觀點檢視大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋》，司法院大法官 95 年度學術研討會—憲法解釋與平等權之發展；修改後登載於政大法學評論，第 102 期。
- 黃昭元，2008，《平等權審查標準的選擇問題：兼論比例原則在平等權審查上的適用可能問題》，臺大法學論叢，37 卷 4 期，頁 253-278。
- 黃昭元，2009，《平等權與自權競合案件之審查—從釋字 649 號談起》，法學新論，7 期，頁 17-39。
- 廖元豪，2009，《非視覺障礙者比視覺障礙者更值得保護？—精細、嚴謹，但欠缺權力敏感度的釋字第 649 號解釋》，臺灣法學雜誌，第 90 期，頁 28-36。
- 廖元豪，2009，《平等權：第五講 另一種嚴格審查—基礎權利》，月旦法學教室，第 85 期，頁 34 以下。
- 黃錦堂，2010，《公務人員特種考試應考年齡、體能設限與考試無障礙之研究—兼論釋字第 626 號解釋》，法令月刊，第 61 卷第 2 期，頁 21-41。
- 許志雄，2010，《職業規制與保留的違憲審查（上）（下）—司法院釋字第 649 號評析》，法學新論，第 123 期，頁 187-193。
- 廖元豪，2010，《平等權：第六講—平等權的檢討與展望》，月旦法學教室，第 90 期，頁 28-36。
- 邵惠玲，《憲法對視障者社會基本權之保障—論釋字第 649 號解釋產生之憲法疑義與因應途徑》，月旦法學雜誌，第 187 期，頁 238-250。
- 許育典，2009，《非視障者不得按摩，違憲？》，月旦法學教室，第 76 期，頁 6-7。
- 黃舒芃，2010，《違憲審查中之立法形成空間》，月旦法學雜誌，第 185 期，頁 39-51。
- 王國羽、呂朝賢，《世界衛生組織身心障礙人口定義概念之演進：兼論我國身心障礙人口定義系統問題與未來修正方向》，社會政策與社會工作學刊，8 卷 2 期，頁 202-204。
- 王國羽，《老年、障礙概念取向與我國資料討論》，身心障礙者研究，2 卷 3 期，頁 139-140。

- 邱大昕，2009，《「被乎略的歷史事實：從視障者工作演變看大法官釋字第 649 號解釋」》，社會政策與社會工作學刊，第 13 卷第 2 期，頁 58。
- 胡名霞，2000，《英國視障者的物理治療教育》，醫學教育，第 4 卷第 3 期，頁 280-282。
- 鍾佩珍，2002，《不當推拿、按摩後遺症》，長春月刊，第 230 期，頁 114。
- 李永昌，2003，《視覺障礙者工作職類研究》，國力臺南師範教育學系特殊教育與復健學報，11 期，57 頁。
- 李永昌，2006，《從就業發展看視障障礙者的就業新契機》，就業安全半年刊，第 5 卷第 1 期，頁 87。
- 王順民，2009，《關於「身心障礙者權益保障法」修法評析》，國家政策研究基金會（網址：<http://www.npf.org.tw/post/3/5320>）。
- 照璟瑄，2007，《身心障礙者權益保障法定額進用制度之變革與因應》，就業安全半年刊，頁 15-21。
- 王雲東（台大社工系助理教授），2008，《美國、英國、澳洲與香港的職業輔導評量發展經驗及對台灣的啟示》，台灣勞工，第 12 期，頁 118-125。
- 柯明期，2011，《我國視障者未來工作展望報告摘要》，臺南科大通識課程指定閱讀教材，頁 7（網路資料，方中士整理）。

四、研討會論文

- 李建良，2006，《經劑管制的平等思維—從平等權觀點檢視大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋》，司法院大法官 95 年度學術研討會—憲法解釋與平等權之發展。
- 陳愛娥，2006，《平等原則作為立法型塑社會給付體系的界限：兼評司法院大法官相關解釋》，收於：《司法院大法官 95 年度學術研討會：憲法解釋與平等權之發展（上）》，司法院主辦，頁 8-17。
- 林佳和，2006，《公務員、勞工與平等原則：從釋字第 596 號解釋談起》，收於：《司法院大法官 95 年度學術研討會：憲法解釋與平等權之發展（上）》，司法院主辦，頁 32-39。
- 黃舒芃，2009，《立法者對社會福利的形成自由與其界限：以釋字第 649 號解釋為例》，第 7 屆「憲法解釋理論與實務研討會」，中央研究院法律

學研就所籌備處，頁 19。

五、委編專書

孫迺翊、張桐銳共同計畫主持，2010，《按摩業開放後之法制建構規劃》，勞委會職訓局委託。

雷文玫/黃舒芃，2006，《社會權入憲的分析以及基本國策中有關社會福利政策的檢討》，行政院研究發展考核委員會委託。

六、學位論文

許元又，2009，《平等權違憲審查模式之研究－以平等權與自由權競合為中心》，國立中正大學法律研究所論文。

俞浩偉，2009，《從憲法平等權探討我國身心障礙者就業保障之問題》，國立臺灣大學法律研究所碩士論文。

王育瑜，1995，《臺灣視障者職業困境－以按摩業為例》，國立政治大學社會學研究所碩士論文。

張基煜，2006，《就業安全體制重構之研究：以臺北市為例》，國立臺灣大學政府與公共事務碩士論文。

喻淑蘭，1998，《醫療專業的變遷與互動－以中醫傷科醫師、國術館拳頭師傅與推拿技術員為例》，國立臺灣大學衛生政策與管理研究所碩士論文。

七、網站參考

行政院勞工委員會：

http://www.cla.gov.tw/cgi-bin/siteMaker/SM_theme?page=41d35566

行政院勞工委員會中部辦公室，全球資訊網（技能檢定）：

<http://www.labor.gov.tw/home.jsp?page=201109290009&acttype=view&dataserno=201212040001>

勞委會職訓局，就業好伙伴電子報就業安全半年刊：

http://www2.evta.gov.tw/safe/docs/safe95/userplane/half_year_display.asp?menu_id=3&submenu_id=477&ap_id=856

行政院衛生署 中醫藥委員會 中醫藥資訊網：

<http://www.ccmp.gov.tw/public/File/201305/001.pdf>

內政部統計處：

<http://www.moi.gov.tw/stat/index.aspx>

貳、西文部分

Janusz Symonides 等著（楊雅婷譯），2009，《人權的概念與標準》，國立編譯館與韋伯文化國際出版有限公司合作翻譯發行。

The Three Worlds of Welfare Capitalism（古允文譯），2001，《福利資本主義的三個世界》，巨流圖書公司。

