

國立臺灣大學政治學系
政府與公共事務碩士在職專班
碩士論文寫作計畫

指導教授：黃錦堂博士

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
(口試本)

學生：黃 愛 真

學號：P97322001

中華民國 102 年 5 月 23 日

目錄

壹 問題意識與研究目的	1
貳 文獻回顧與探討	8
一、文獻回顧	8
二、綜合評析與檢討	10
參 釋字第 649 號違憲審查	11
肆 後釋字第 649 號時代之管制	41
伍 後釋字第 649 號時代之就業促進義務	1486
陸 章節安排	14148
參考文獻	
壹、中文部分	錯誤! 尚未定義書籤。 150
貳、西文部分	155

圖表目次

圖 1	本研究架構圖-----	147
表 1	視障按摩業保留政策沿革-----	4
表 2	ICF 審查表-----	137
表 3	身心障礙類別新舊制對照表.....	140

壹 問題意識與研究目的

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

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可見此問題之高度爭議性。

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，其判斷標準為何及審查程序，在基本權利競合及衝突時應如何進行，為本文第一個處理之議題³。而後釋字 649 號解釋之管制行為討論及政府對視障者之積極就業促進促施為第二部分處理議題。

依內政部統計截至民國 100 年底止，經鑑定依法領有身心障礙手冊人口數，已達 110 萬 436 人，較 99 年底成長 2 萬 4,143 人，約佔總人口數二十分之一。視障者有 5 萬 6,373 人，約佔身障人口數 5.12%。⁴依統計數字可知，身障者人數及視障者人數都快速的增加中(以 87 年來看，身障者人數為 57 萬 1,125 人，視障者人數 3 萬 2,019 人，與 87 年比較，已成長一倍。)

憲法於第二章中雖有第 15 條工作權之規定，另憲法於第 13 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，及受非常災害者，

¹參自由電子報(2008/11/22)，視障按摩者上街頭爭取工作權。

<http://www.libertytimes.com.tw/index.htm> (最後瀏覽日：2013/04/30)

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，元照出版公司，頁 264。邱大昕，《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，2009 年 12 月，頁 58。

³參黃昭元，《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 19。

⁴參內政部門政統計月報 <http://sowf.moi.gov.tw/stat/month/list.htm> (最後瀏覽日 102 年 4 月 30 日)，依統計資料分析可知，領有身心障礙手冊人口數每年均呈現成長趨勢。

國家應予以適當之扶助與救濟。」、另於增修條文第 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。」，這些國家扶助弱勢之規定是否包含視障按摩保留制度？即視障按摩保留之規定是否符合憲法之價值決定？為本案釋憲之核心問題。

一、視障按摩業保留政策沿革

雖日治時期視障者得從事一般按摩及針灸與電療等行為，但民國 56 年新醫師法第 28 條明文規定：「未取得合法醫師資格擅自執行醫療業務者，處一年以上三年以下有期徒刑，得併科二千元以上五千元以下罰金，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。

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⁵，故自新醫師法施行後，按摩「去醫療化」的結果⁶，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。

新醫師法施行之同時，於民國 56 年訂定「台灣省按摩業管理規則」，將按摩業保留給視障者。此為視障按摩保留制度之開始。

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「非本法所稱視覺障礙者，不得從事按摩業」，視障按摩保留規定於法律中，符合法律保留之要求。惟仍未規定罰則，此時政策宣示之意義較大。

該法授權子法訂定「按摩業管理規則」，規定應經技能檢定及列為職業許可等要件。民國 79 年殘障福利法第 1 次修法時，將原第 18 條規定調移為第 19 條，並於第 27 條增定罰則。自此，視障按摩保留規定，具備強制效力。

本法於民國 86 年全文修正並更名為「身心障礙者保護法」，將視障按摩

⁵ 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」。

⁶ 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。

保留規定改列第 37 條，並增定得從事理療按摩工作及資格之認定等規定。⁷於民國 90 年將原規定於子法之應申請按摩職業許可證之規定，明確規定於第 37 條法律中。

民國 96 年因理念轉換全文修正並更名為「身心障礙者權益保障法」，除將視障按摩保留規定改列第 46 條外⁸，相關對於身障者之定義（採 ICF 制⁹）及相關配套制度調整很多，很多規定於制定後 5 年實施。

民國 56 年新醫師法的施行，除影響視障按摩業（狹義按摩業）外，也影響按摩相關行業（廣義按摩業），尤其是民俗療法。依新醫師法第 28 條規定，非醫師不得為醫療行為。而是否為醫療行為，係透過衛生署函釋加以界定。衛生署於民國 82 年 11 月 19 日以衛署醫字第 82075656 號函，將接骨以外之名俗療法公告為「不列入醫療管理之行為」。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。本法實際處罰之對象常為理髮業、三溫暖、護膚中心等業者，本次釋憲之聲請人即為理髮業者。

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：「保障視障者之工作權，為特別重要之公共利益」大法官肯定視障按摩保留制立法目的具正當性，但「查視障非屬人力所得控制之生理狀態，系爭規定之差別待遇係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」、「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」，故認為應該「兼顧視障與非視障者、消費與供給者之權益」、「注意弱勢保障與市場機制之均衡」，責成行政機關應「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。應由主管機關就適合視障者從

⁷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 336。罰則改列為第 65 條，並提高罰鍰金額、增列得連續處罰及罰鍰應納入身心障礙者就業基金專戶專款專用等規定。惟修正後第 3 日，第 65 條規定再次修正，並刪除第 2 項後段對同一負責人或所有權人連續處罰之規定。

⁸ 罰則改列為第 98 條，罰鍰為新臺幣 1 萬元以上 5 萬元以下、營利加倍處罰，有限期改善規定，得連續處罰。

⁹ ICF 制指世界衛生組織（WHO）所採的「健康功能與身心障礙國際分類系統」（International Classification of Functioning Disability and Health ,ICF）。

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。」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，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¹⁰，97 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¹¹。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。¹²

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。¹³

¹⁰ 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。

¹¹ 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)

¹² 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)。

¹³ 參大法官，請你幫我找工作，苦勞網 (<http://www.cooloud.org.tw/>；最後瀏覽日：

為回應大法官之要求，本法 5 次修法（增列 12 條、修 33 條，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，立法者於第 46 條增加第 5 項規定，將「醫療機構、車站、民用航空站、公園營用者及政府機關（構）」等 5 個地點持續列為視障者保留之範圍，並給予場地租金優惠¹⁴。並於第 46 條之 1 增定「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。

行政及立法機關持續針對視障者就業促進措施加以積極研議，如何在符合比例原則之考量下，促進視障者有效之就業扶助其自立。

表 1：視障按摩業保留政策沿革

視障按摩業保留政策沿革		
56 年	新「醫師法」施行	密醫行為刑事處罰
56 年	訂定「台灣省按摩業管理規則」	按摩業保留給視障者
69 年 6 月 2 日	「殘障福利法」制定	第 18 條（沒規定罰則）。
79 年 1 月 24 日	「殘障福利法」修正	調移至第 19 條，於第 27 條增定罰則。
86 年 4 月 23 日	修正並更名為 「身心障礙者保護法」	調移為第 37 條，於第 65 條提高罰則。
90 年 11 月 21 日	「身心障礙者保護法」修正	第 37 條明定申請按摩執業許可證。
96 年 7 月 11 日	修正並更名為「身心障礙者權益保障法」採 ICF 制（5 年後生效）	調移為第 46 條，於第 98 條提高罰則。

2013/05/06)。

¹⁴ 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。

97 年 10 月 31 日	大法官釋 647 號解釋	(3 年後生效)
98 年 1 月 23 日	「身心障礙者權益保障法」修正	
98 年 7 月 8 日	「身心障礙者權益保障法」修正	
100 年 2 月 1 日	「身心障礙者權益保障法」修正	增定 5 個點、 增電話諮詢新職類
100 年 6 月 29 日	「身心障礙者權益保障法」修正	
100 年 11 月 1 日	視障按摩開放	開放明眼人按摩
101 年 7 月 11 日	「身心障礙者權益保障法」新制	ICF 制新制，正式施行
101 年 12 月 19 日	「身心障礙者權益保障法」修正	

* 本表格為本文作者自行整理。

二、本文之關懷與研究目的

本文除探討釋字第 649 號解釋之違憲審查標準外，對於德國及美國之違憲審查標準也加以介紹，探討身障者之審查違憲標準及對其優惠差別對待時審查標準是否應相同處理等。另對於大法官解釋後，按摩相關行業之管制問題及政府應如何積極促進視障者就業部分，也一併討論。並針對身障者新法所施行的 ICF 制加以介紹，使對身障者就業促進之全貌有所了解。

研究目的為如下幾項：

- (一) 針對大法官釋字第 649 號解釋，探討本案所侵犯之基本權利種類、基本權利間競合及衝突，並探討其違憲審查標準及程序。並探討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查標準應否調整等問題。
- (二) 對於原來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，相關管制應為如何之調整？應統一或分立管制？其主管機關為何等問題。
- (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」應積極促進視障者就業之政府義務部分，也

參考相關外國法制加以探討。

三、研究途徑

本研究以文獻分析法為主要的研究方法，首先，本研究將針對我國法規範作歷史脈絡之分析，分析層面包括憲法、大法官解釋、法律、法規命令、行政機關所作行政函釋以及司法判決，藉以瞭解現況發生問題之原因及實務見解為何；其次，本研究亦將蒐集與我國按摩業傳承較為相關，且受視障按摩業者重視之日本與中國法制，針對這兩國有關按摩師教育養成、職業證照以及視障按摩師之職業促進措施相關法制加以介紹，作為我國法制建構之參考；此外，在西方國家，視障者從事物理治療師之工作亦有長遠之歷史，其法制發展歷程特色為從特殊保護到回歸主流，此部分法制對於我國「理療按摩師」制度之建立，亦有參酌之價值。有些參考文獻內容兼採焦點座談方式進行¹⁵，故有關實務之意見也加以了解，以更貼近社會現實，並具有滿足未來相關行業完善管制之需求。

¹⁵ 《按摩業開放後之法制建構規劃》，孫迺翊主持，勞委會職訓局委託，2010年，頁4。

貳 文獻回顧與探討

一、文憲回顧

有關大法官釋字第 649 號解釋為對視障者積極優惠性差別待遇是否合憲問題之審查。因為視障者就業困境之問題（王育瑜，1995 年），對其為優惠之積極性促進措施原則上係符合實質平等（許宗力，2000；林超俊，2002；李建良，2004；黃錦堂，2005；李惠宗，2006；陳新民，2008；湯德宗，2009；黃昭元，2009；廖元豪，2010），但亦需符比例原則之要求。

大法官以對身障者為（準）可疑分類以較嚴格之審查方法加以審查，被學者認為太嚴，應方寬為合理審查標準即可，以符實質平等之精神，對其歧視案件之審查密度與對其優惠之審查密度應予區別。（廖元豪，2009；邵惠玲，2009；黃舒芃，2009；許志雄，2010）

針對平等權是否具主觀公法權利，得向國家請求部分，學者有不同意見，有認為需與實體基本權利結合，始具此效力，其本身為空洞之概念（黃昭元，2009），大法官及通說均肯定平等權之主觀公法上權利，得依此向國家主張。但基於國家預算問題，社會國原則也要立在法治國之上，需要透過法律制定後，人民才享有其權利。即使社會權也一樣，但德國學者有限縮，如國基於基本生活之維持，應有請求權。此部分我國之落實為社會扶助及急難救助。（邵惠玲，2009；黃舒芃，2010）但有德國學者基於分享權的概念，認為身障者可以主張基於社會參與給予一部的參與機會，享有分享權。大法官釋憲後對於 5 大地點之視障按摩保留為基與此理念之體現。

對於侵犯非視障者平等權之審查基準部分，在美國身障方面之平等權審查標準分類為一般分類，採合理性審查標準（其沒有身障之優惠性差別待遇之案件，但對於種族之優惠差別待遇並未將原來之嚴格審查基準降低）。如果美國對於身障之優惠性差別待遇是否會調整，為身障利益而調整或提高審查標準仍未明確（黃昭元，2009；許元又，2009；俞浩偉）。德國則將身障者列為憲法特別保障之對象（德國基本法第 3 條第 3 項），審查標準會提高。但優惠性措施，應否調整亦需再討論。

工作權部分，通說及大法官均認為工作權為職業選擇之自由，但有不同意見（黃越欽）。本案違審查標準明顯參考德國職業自由三段論法。此部分德

國對於客觀條件限制採嚴格審查基準，但優惠性差別待遇應否降低審查標準則有討論之必要。

有關平等權及自由權競合之審查方式並行審查或併合審查問題也有些討論一些討論（黃昭元，2009；許元又，2009；俞浩偉）。大法官採並行審查，應值肯定，如採併合審查可能會產生「價值聚積」效果，審查標準會再提高。

對於開放明眼人可以從事按摩工作後，應如何管制為需要討論之問題。基於危險性考量，監察院對衛生署糾正，要求其管理推拿業，衛生署將推拿業列為醫療行為，原醫療之執行會被禁止，但明眼人可以考「保健按摩證照」，其業務之執行可以請領健保費。與原來狹義之按摩更靠近。原來按摩與保健按摩僅為視障者與明眼人之區別（孫迺翊，2009；張桐銳，2009）

對於視障者之專業培力部分，政府可否建置一個專屬視障者之按摩訓練機構也是建議未來應考量之重點。以降低視障者與一般明眼人競爭之能力。

對於中國視障按摩師可執行針灸，及日本推動者考物理治療師及參加大學考試及國家考試部分，都是政府中程考量本國制度如何學習推動之處（張巍，2009；陳耀祥，2010；胡名霞，2000）

各國福利制度有其歷史背景（林萬億，2006；郝鳳鳴，2008；鍾秉正，2008；），全球化下我國新的身心障礙者保護法採國際身障分類方式（ICF制），其將身障者之認定多出一些面向，除身障者之構造障別外，也考量身障者之活動、社會參與及主觀要件，如果經濟狀況好，可能會排除障礙之認定。此即稱社會模式觀點，不完全以身障者個人醫療觀點考量，更在乎身障者個人的獨立性及其意願。肯定協助身障者的社會意義，原則上會降低補助之比例，將福利移到就業促進。即用積極的福利政策，取代消極的福利政策。將社會福利的重心移到就業服務單位。（廖福特，2008；黃協源，2003）

在全球化競爭下，如何調合國家競爭力及社會福利，讓理想及現實得以配合，是我們努力的目標（李建良，2008；程延園，2011）。

二、綜合評析與討論

本文認為大法官釋字第 649 號解釋「關閉視按摩之小門，開起多元就業大門」之態度值得肯定。

大法官釋憲時正值 2008 年金融海嘯時間，不僅視障者就業要考量，非視障者之就業及國家發展觀光提升全球競爭力之觀點都須深刻思考。

釋憲時的律師主張「為了 5,000 位之視障從業人員，影響 30 萬按摩相觀行業人員之工作權」，是否違反比例原則。

本文認為所有的審查基準在德國思考模式下都要再經過比例原則之考量（此部分亦為大法官解釋理由書所肯認），即使美國聯邦法院對於部分之合理審查要件也會以妥當性問題認為違憲，而被稱為「會咬人之合理審查標準」。所以，本案即使降低審查標準，不採較嚴格之審查標準，也很難通過比例原則之考量而合憲。

如何加以後續管制，讓人民的健康及相關視障者及非視障者均能積極促進就業是政府努力方向。除了加強公私協力夥伴關係外，也要有良好的機制設計，讓理想與現實結合。建議為專為視障者設置按摩培訓機構應是可行的作法之一。至於其他職類的開發，應加強支持性就業服務，讓視障者於就業初期得以適應，展延其工作之生命。

中長期部分，如何與大學考試與國家考試結合培養視障者更專業能力，是未來努力的目標。

參 違憲審查

一、基本權概念

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。¹⁶

世界各國對於人權之保障常有二種方式：其一為勸告性規定；其二則為國家最高法律之規則。前者效果不大，充其量只是反射利益而已；而在後一種方式，則係可以由法院有效執行之法律規則，屬於裁判上的保障，人民權利一旦受到侵害，可訴請法院為裁判上之請求。¹⁷

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級防衛地位。(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。¹⁸

若以傳統自由權的防禦功能觀察，生存權確保國家對生命的尊重與生活的延續，職業自由權如德國基本法第 12 條規定，保障權利人自由選擇從事職業，不受公權利不當限制或禁止，平等權則禁止法律對特定對象為不合理的差別待遇，同時要求執行法律之行政機關，不得以違反平等權的方式將法定給付保留給特定受惠者。¹⁹

消極防禦性質基本權利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

¹⁶ 法治斌/董保城，憲法新論，元照出版公司，2010 年 9 月，頁 49。

¹⁷ 法治斌/董保城，憲法新論，元照出版公司，2010 年 9 月，頁 125，認為中華民國憲法上之人權保障係屬第二種。

¹⁸ 李建良，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 61-62，1999 年 7 月。

¹⁹ 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，勞動、社會與法，國立政治大學法學院，100 年 5 月，頁 273。

為給付之請求。但重尚自由競爭的生存與就業環境下，將擴大強弱兩極的差異。值得注意的是，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。

二、違憲審查程序

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。²⁰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。

平等權之審查模式也一樣，(一) 需先思考差別待遇是否存在，並找出差別待遇之標準（應注意可相提並論性）。(二) 其次需思考差別待遇之規範目的。(三) 最後判斷差別待遇之標準，是否有合理之理由。可依一般社會經驗、比例原則及體系正義判斷之。

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。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。

由於其具有平等原則之面向，因而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

²⁰ 之所以要先確定權利之類型，係因不同之權利之間內涵差異甚大，憲法對於該權利之價值取向並不全然相同，故於違憲審查時其注重之角度亦不相同，即可能影響審查標準之選擇。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。

顯得相當重要。一般所稱基本權利競合，簡言之係基本權利主體，其行為同時落入數個基本權利保護領域。如：神職人員佈道大會，其行為受到宗教自由、集會自由及言論自由所保障。

於實體審查時，應注意：一、平等權與其他自由權之競合關係，就此而言，可能侵害自由權係以「違反平等權之方式」為之，就此情況下，審查偏向平等權之審查。另一種情形為，平等權與自由權有各自範圍，應予區分，分別審查，在此情形下，審查將同時審查平等權與自由權。二、平等權與比例原則之關係，就此而，中一種係平等權審查關於差別待遇是否合理部分，常會有和比例原則相似內容。另一種係平等權與比例原則分別存在，於審查平等權後，將會針對比例原則再做另外之審查。

身心障礙者權益保障法第 46 條第 1 項規定：「非視覺功能障礙者，不得從事按摩業。但醫護人員以按摩為病人治療者，不在此限。」，以條文文義分析，非視障者係指除醫護人員以外的所有非視障者，其選擇以按摩為業之權利都受到限制，另外此規定也影響到消費者及經營按摩業之權益。

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²¹），違反第 7 條平等權，及第 23 條比例原則之規定，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，²²大法官於選定審查標準之寬嚴標準後，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。²³

三、工作權

（一）工作權之概念

²¹ 林子儀大法官在司法院大法官解釋第 584 號不同意見書註六表示：「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。」

²² 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 19。

²³ 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）》，月旦法學教室，11 期，頁 68。

大法官援引過去解釋，重申「按憲法第 15 條規定人民之工作權應予保障，人民從事工作並有選擇職業之自由」，依此，憲法保障工作權概念涵蓋職業自由。對於工作權與職業自由二者權利內涵之差異與關連，並未進一步闡明。

工作權之內涵為何，學理上尚有爭議。²⁴然多數學者論述工作權，多引介德國基本法所規定之職業自由，而認為我國憲法關於工作權之規定基本上具有自由權之意義。²⁵而司法院大法官釋字第 404 號解釋文中進一步闡釋：「憲法第 15 條規定人民之工作權應予保障，故人民得自由選擇工作及職業，以維持生計。」大法官釋字第 462 號解釋理由書亦指出：「按憲法第 15 條規定，人民之工作權應予保障，是以人民作為謀生職業之正當工作，均應受國家之保障，對於職業自由之限制，應具有正當之理由，並不得逾越必要之程度。」因此實務上將工作權理解為自由權，其具備防禦功能殆無疑義。

至於工作權之實質內涵，參諸釋字第 404 號解釋所言「人民得自由選擇工作及職業，以維持生計」和釋字第 514 號解釋之「人民得自由選擇從事一定營業為其職業，而有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由」。故就本條文而言，既然凡人民作為生活職業的正當工作均屬憲法第 15 條所保障工作權的保護範圍內，其所侵害者為非視障者，也就是所謂「明眼人」自由選擇從事按摩作為其職業之權利，非視障者自可主張其工作權遭受侵害。

（二）職業自由之審查標準－德國之「藥房判決」

大法官以德國法職業三階段理論，對禁止非視障者從事按摩也之職業自由限制是否符合憲法第 23 條比例原則，進行違憲性審查²⁶。

所謂三階段理論係以職業自由受限制之內容，區別寬嚴不同程度之審查

²⁴ 黃越欽有不同意見，黃越欽，《憲法中工作權之意義暨演進》，法令月刊，51 卷 10 期，2000 年，頁 830-851。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 109。

²⁵ 李惠宗，《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，2003 年，頁 125 以下。李建良，《競業禁止與職業自由》，台灣本土法學雜誌，第 15 期，2000 年，頁 111 以下。

²⁶ 邵惠玲，《憲法對視障者社會基本權之保障－論釋字第 649 》，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，2009 年，頁 267。

標準，即：「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。」又「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。」故應採較為嚴格審查標準。

四、平等權

(一) 平等權概念

早期平等之概念僅被認為係一項解釋憲法之原則，亦即以平等原則之方式存在。然而在第二次世界大戰後，平等逐漸被認為其具有主觀公權利之性質，亦即具有平等權之特性。故目前大多數之見解認為我國憲法第 7 條同時具有平等權與平等原則之性質。²⁷

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，始終是在平等理論探討過程中會遇到的爭點。有學者認為平等權為空泛之概念，權利的內涵為自由權，平等僅係一種原則，即僅有平等原則而無平等權。²⁸

但多數學者肯認，我國憲法第 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。」係我國人民平等之權利，具主觀公權利性質，人民受此侵害可訴請法院為裁判上之請求，此即平等權之意義。同時，法院具體個案時也可以此為考量個案是否公平合理，此即為平等原則之意義，屬客觀法規範，具有拘束國家公權力之作用。²⁹所以憲法第 7 條平等規定，其不僅為平等權也同時具平等原則之效力。

²⁷ 法治斌/董保城，憲法新論，元照出版公司，2010 年 9 月，頁 243。

²⁸ 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 19。

²⁹ 早期平等之概念僅被認為係一項解釋憲法之原則，亦即以平等原則之方式存在。然而在第二次世界大戰後，平等逐漸被認為其具有主觀公權利之性質，亦即具有平等權之特性。法治斌/董保城，憲法新論，元照出版公司，2010 年 9 月，頁 243。

平等權有兩個面向，在主觀公權利的意義下，平等權係一主觀之基本權利，當人民之平等權受到國家之侵害，其可對國家本局平等權而主張之，此即為平等權之意義。另一方向其作為客觀法規範，在此意義下，其具有拘束國家公權力之作用，要求國家之行為必須符合此一平等之要求，此即為平等原則之意義。憲法第 7 條為保護平等權之規範，此即平等條款。

在多次大法官解釋³⁰在解釋文當中均可以看到「與憲法第 7 條平等權之保障，亦無牴觸」等語，因此我們可以推知「平等權」在我國憲法實務上，為憲法第 7 條之內涵且具有憲法上之位階。

由於其具有平等原則之面向，因而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。

憲法第 7 條有認為係例示規定，憲法此規定乃這種因素較易產生不平等之狀態。³¹有將憲法第 7 條視為特別平等³²，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。

關於平等權之規定，分別規範於基本權利以及基本國策之中，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。

（二）德國分為一般平等權及特別平等權

1. 一般平等權

（1）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說明

³⁰ 如司法院大法官解釋第 575、580、605、626、639、649 號解釋等。

³¹ 吳庚，憲法之解釋與適用，三版，三民書局，2004 年，頁 182。

³² 李惠宗，憲法要義，三版，元照出版，2004 年，頁 116 以下。

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。

(2) 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：(一) 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。(二) 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。(三) 給付行政之審查標準通常較為寬鬆。

2. 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。所以身障者之違憲審查標準，在德國應採較為嚴格之審查基準。

（三）美國平等權之三重審查標準³³

美國聯邦最高法院在平等權的違憲審查實務上，已經發展出一套頗為完整的操作模式。本文將探討美國聯邦最高法院審查平等權案例所提出之見解，並加以援用檢視我國應用何種審查標準來對身心障礙者權益保障法第 46 條第 1 項前段進行違憲審查。

關於美國司法違憲審查三重審查標準之形成，自從 1803 年 *Marbury v. Madison* 一案創設以來，係美國聯邦法院從實務運作，依各種權利類型、限制手段加以綜合考量而來，從個案到類型化，並從實體價值層面結合各個權利保障範圍之分析逐漸累積各種權利類型不同之審查標準。

1. 雙重審查標準

三重審查標準之建立，係始於 1938 年，美國聯邦最高法院於 *United States v. Carolene Products* 一案中，由 Harlan F. Stone 大法官於多數意見書 Footnote 4 中，首先提出一套司法審查之雙重審查標準，依該註腳之內容，其強調當涉及美國憲法增補條款前 10 條所明文規定之基本權利應受特別重視，法院應加強審查；此外法院應以美國憲法增補條款第 14 條為據，加強保護那些涉及政治程序運作的憲法權利，如投票權、言論自由、結社自由等之權利；而當涉及平等權之保障，在針對所謂「分散與孤立的少數」

³³ 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 113-116。

(discrete and insular minorities) 之立法時，法院應該採取較嚴格之審查標準，而對於一般社會經濟事項立法之司法審查，則應適用較寬鬆之審查標準。

其後隨著司法判決之累積，法院即將其發展出嚴格審查標準 (strict scrutiny) 及合理審查標準 (rational test)，前者要求政府目的必須極度重要或優勢之政府利益 (compelling governmental interests)，故單純的合法政府利益或重要的政府利益尚不能通過目的之審查，而手段係要達成該目的所必要且侵害性最小的手段 (necessary and narrowly tailored to achieve compelling interests)，方為憲法所許；而後者只需、要有合法的政府利益 (reasonable relation) 即可。簡言之，政府僅要能證明其公權力之行使並非出於恣意，即可通過憲法之檢驗，惟有在公權力行使係恣意且完全欠缺合理之基礎時，方有違憲之可能，可謂相當寬鬆。

2. 中度審查標準

到了 1970 年代，聯邦最高法院為了處理性別歧視的難題，認為既存的審查標準一個太過嚴格，一個又太過寬鬆，於是發展出介乎中間的中度審查標準 (intermediate scrutiny)，中度審查標準所要求的立法目的是追求重要的政府利益 (important interests) 而手段與目的之間必須要有實質關聯 (substantially related)，此三重審查標準形成。由美國聯邦最高法院之判決歷史可看出，美國司法審查模式最先發展出合理審查標準，然後在根據某些涉及重要基本權利之案例提高為嚴格審查標準，而中度則是為了解決雙重標準過分簡單和僵化而產生之新類型。

若依案例分類，一般而言當涉及「嫌疑分類」(suspect classification) 例如：種族、膚色、原族裔或「基礎性權利」例如：投票權、言論自由、宗教自由、旅行權，結社自由等平等權案件、言論自由的事前限制、高價值言論內容的管制、直接管制宗教自由的限制、基礎性權利的限制等，會採用嚴格審查標準；而對「準嫌疑分類」(quasi-suspect classification) 例如：性別、非婚生子女等的平等權案件、象徵性言論、非針對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等會採中度審查標準；最後若是對一般分類或社會經濟立法平等權案件、低價值言論內容的管制、非直

接管制宗教信仰自由的限制、非基礎性權利的社會經濟性權利自由、財產權之限制或徵收等會採取合理審查標準。³⁴

關於平等權之審查標準選擇，依美國通說，對於政府措施是否合於平等原則，乃是繫於系爭法律的「分類標準」加以審查。換言之，一切法律制度均針對各種人、事、物做出某種程度的分類，再以該分類標準之選擇該採用那一種審查標準。

3.各權利審查標準分類

因此，美國聯邦最高法院在處理平等權之議題時，在審查標準之選擇上，會依據系爭法律之分類標準作為依據，並區分為嫌疑分類、準嫌疑分類和一般分類。在歷年判例之累積下，一般有關種族、膚色、原族裔為嫌疑分類，會適用嚴格審查標準，如 *Korematsu v. United States*、*Brown v. Board of Education*；性別、非婚生子女等為準嫌疑分類，適用中度審查標準，如 *United States v. Virginia*；財產地位或貧富、犯罪前科、身心障礙、性傾向則為一般分類，適用合理審查標準，如 *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*、*U.S.R.R Retirement Bd v. Fritz*。

由上述案例可以得知，該案件之分類標準是否出自「嫌疑分類」或「準嫌疑分類」對審查標準之選擇有決定性因素，當分類標準被視為嫌疑分類或準嫌疑分類時，法院在審查標準之選擇上就會提高，此時也不再考量受限制的基本權利類型。以種族分類為例，就算是涉及種族的經濟社會事項，法院仍會適用嚴格審查標準，因此法令很難通過違憲審查。因此，我們可以說（準）嫌疑分類對法院選擇審查標準的影響力，大於事物領域或權利類型。

（三）美國身心障礙者審查標準³⁵

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

³⁴參黃昭元，《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期3卷，2004年，頁85。

³⁵參俞浩偉，《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。

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。

1. 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。

2. 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。

3. 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。

4.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。³⁶

5. 小結

³⁶參俞浩偉，《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。

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。³⁷

（四）美國優惠性差別待遇之審查標準³⁸

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。³⁹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。

1. 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⁴⁰，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

³⁷參俞浩偉，《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。

³⁸參俞浩偉，《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。

³⁹參俞浩偉，《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。

⁴⁰參王玉葉，《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. Pena 案之評析》，焦興鑑主編，《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。

度。⁴¹

2.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⁴²，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

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。

3.1977 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

⁴¹參俞浩偉，《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。

⁴²參王玉葉，《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。

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。」⁴³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。

4. 「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。⁴⁴

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，本文擬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

⁴³參廖維達，《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。

⁴⁴參俞浩偉，《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。

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。⁴⁵

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。⁴⁶

到了 1980 年 **Fullilove 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

⁴⁵參王玉葉，《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. Pena** 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。

⁴⁶參俞浩偉，《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。

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 Constrictors, 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 *Fullilove* 一案之判決。⁴⁷

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。⁴⁸

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。⁴⁹

(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

⁴⁷參俞浩偉，《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。

⁴⁸參廖元豪，《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。

⁴⁹參俞浩偉，《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。

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，因對白人不利種族的分類不可與對黑人不利者相提並論，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？⁵⁰

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。⁵¹（2）會造成烙印的效應並非全部都是優惠性差別待遇的

⁵⁰參俞浩偉，《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。

⁵¹參俞浩偉，《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。

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。

五、大法官釋字 649 號解釋評析

(一) 大法官釋字第 649 號解釋意見

「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」可見大法官認為視障按摩保留制限制了非視障者之平等權及工作權，且不符合比例原則。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。

1. 就目的觀點而論

大法官援引憲法第 155 條後段及憲法增修條文第 10 條第 7 項規定，肯定國家扶助弱勢原則，國家保障視障者工作權確實具備重要公共利益，此優惠性差別待遇之目的合乎憲法上述規定之意旨。且肯定「實質平等原則」。

2. 就手段檢驗是否符合比例原則而言

大法官認為「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。……且不論何種情形之限制，所採之手段均須與比例原則無違。」，同樣平等權之審查也必須通過比例原則之檢驗。

大法官認為「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，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「而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。」，另「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」。

一般認為比例原則包含 3 個部分，即手段要是能達成結果（適當性原則）、最小侵害原則（必要性原則，像美國模式的「合身剪裁原則」）及狹義比例原則（利益衡量原則）。大法官認為視障按摩業保留制既未達成提升視障者之社經地位之立法目的，也因為採取侵害性太強的全面限制，於利益衡量

下限制太過，所以不符比例原則而宣告違憲。

3.加強管理

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。

4.加強視障就業促進

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。

(二) 對大法官釋字第 649 號解釋評析

1.對視障者權利保障論述不足

視障按摩保留違憲審查困難度在於視障者社會權（生存權）與非視障者防禦權之衝突。但大法官對於視障者之基本權利可能被侵害部分，論述較少，只表示：「基於我國視障者在成長、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，立法者乃衡酌視障者以按摩業為生由來已久之實際情況，且認為視障狀態適合於從事按摩，制定保護視障者權益之規定，本應予以尊重」、「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，事實上視障就業者亦以相當高之比率選擇以按摩為業。」、「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」直接以視障者知識能力的提升，即認為其找按摩以外的工作能力會增加。

但有學者認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。⁵²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，⁵³韓國韓國 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。⁵⁴

不論視障按摩保留之憲法基礎不論為基本權利（第 7 條平等權、第 15 條之生存權或工作權/社會權或自由權）或基本國策（第 155 條後段及增修條文第 10 條第 7 項）之不同論證，視障按摩業保留之憲法價值，即使採效力較低的基本國策為依據，大法官仍肯認其為合法之立法目的，具極為重要公益性質。

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。⁵⁵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。

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。本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。⁵⁶基於分享權的概念，視障

⁵² 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。

⁵³ 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。

⁵⁴ 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。

⁵⁵ 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。

⁵⁶ 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。

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。之後對於大專之按摩及物理治療等相關科系，得否外加 5%的明額給視障者⁵⁷，也是基於分享權理念下所為之建議。

2. 優惠性差別待遇應否放寬審查

(1) 審查標準之分類

一般區分是不是(準)嫌疑分類，而有下列的要件可以成為判斷的參考，如該分類是否與生俱來不可改變？是否可歸責於個人？是否具備穩定性？該分類與個人能力及正當立法目的是否欠缺關連性？該分類有無受長期歧視之歷史？是否為政治上之弱勢？是否在社會上缺乏力量等要件等。⁵⁸

簡言之，嫌疑分類必須具備某種程度的穩定性(unalterability)，即隸屬於該團體係完全不可改變，或非人力所能輕易的改變，且離不開所處之弱勢團體，使其不得不繼續留在該團體當中。其次，若公權力為達成某項正當的立法目的而加以分類，該分類只是根據一般人的刻板印象，卻未對個人實際能力和外在表現加以斟酌考量時，該分類即有可能為(準)嫌疑分類。

平等權之違憲審查標準重在分類標準之決定，因各國之經社背景不同，所採之審查標準亦不同。審查標準越高者，越不容易通過憲法審查。

(2) 形式平等或實質平等

有關身障者之違憲審查標準，美國採合理審查標準，⁵⁹但美國聯邦憲法院未針對身障者優惠性差別待遇案件表示過意見。惟其針對種族之優惠性差別待遇案件審查時，則維持原種族嚴格審查標準，未因係優惠性差別待遇而放寬審查標準。⁶⁰

⁵⁷ 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。

⁵⁸ 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。

⁵⁹ 雖有基於對身障者保護意旨實質採較嚴格之審查標準，但仍以合理審查標準論處(稱為「會咬人的合理審查標準」，部分大法官及學者認為這是一種接近中度審查標準之合理審查標準)。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117-118。

⁶⁰ 美國對於種族有其國家歷史經驗的特別敏感性，採嚴格審查標準。參俞浩偉，《從憲法平

德國有關身障者之違憲審查標準，依德國基本法第 3 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。」係採特別平等權觀點，採較為嚴格之審查基準。

從不同的見解，我們可以發現真正的差異在於對平等原則的真義有著不同的理論基礎，而不同的理論基礎會影響審查標準之選擇。講求「形式平等」的學者會認為，立法者必須尊重既有的個人與市場競爭機制，要求國保持中立，對於相似的個人予以相同的待遇。平等保護條款並不保障實體的社會或經濟平等的權利，甚至不期待政府授權措施來減少特定的群體在歷史上所受到的實體不平等待遇。平等原則所授予個人的，乃是個人免於立法者基於非理性的因素而加以分類的權利。任何個人或法人在市場的競爭機會都不可為了社會達成「終結社會上、私人間，或是制度上的種族歧視行為所造成的效果」之目標而讓步，因此主張此種看法的學者會採取不應該放寬審查標準之立場。

然而對於平等原則應該係講求「實質平等」⁶¹的學者來看，平等原則有著積極促進社會地位實質平等的功能，平等原則在於積極的「消除種族階級制度」(to eliminate racial caste)，而不是「禁止基於種族而做區分」(a ban distinctions on the basis of race)，換言之平等原則係「反階級制度」(anticaste principle) 或「反隸屬制度」(anti-subordination)，而非「反差別待遇」(antidifferentiation principle)而已。再從反階級原則的觀點來看何謂實質平等，反階級原則強調，優惠性差別待遇具有改變現狀的積極意義。改變不合理現狀，不能僅靠法院執行，政治部門應負起更大的責任，積極實現平等原則的精神。因此反階級原則旨在消弭社會層級、對抗某群體對他群體的宰制，以及減少次等公民存在為目標，此對於在社會上長久受到歧視或不利對待的真正弱勢群體而言，這也可能是較好的平等原則定義。⁶²

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125-126。

⁶¹ 此處僅強調等則等之之問題。

⁶² 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42。

實質平等容許國家採取類似「轉型正義」、「不當得利返還」的觀點，而採取積極的保障或調整手段以減少既有的法律或事實上的不平等。優惠性差別待遇既然可以幫助達成真正的實質平等，因此當過於嚴格的審查標準將會有礙實質平等的達成，採實質平等的學者即會主張放寬審查標準。⁶³

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。故本文認為在探討對於身心障礙者的優惠性差別待遇措施審查標準是否要放寬時，上述的論點應仍有可以參考之空間。⁶⁴

如前所述，法院在處理優惠性差別待遇措施究竟是要維持審查標準或是放寬審查標準，最後仍將取決於對平等原則的真正意義，究竟要採形式平等或實質平等之解釋方法。如果以實質平等的面向來看優惠性差別待遇措施，審查標準應該要有所放寬。

回到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，本文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。⁶⁵

在從此點看我國身心障礙者之處境，身心障礙者在我國也是長久以來被

⁶³參廖元豪，《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26。

⁶⁴參俞浩偉，《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。

⁶⁵參俞浩偉，《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。

社會偏見與歧視壓抑，其不論在升學、就業、參予社會活動上，均遠遜於非身心障礙者，若採實質平等之解釋來看，對於有利於身心障礙者之法案，自不應該太過於嚴苛，否則將有礙於身心障礙者回復正常社會運作，因此對於身心障礙者優惠性差別待遇措施，審查標準應該要放寬。⁶⁶

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。

（3）釋字第 626 號解釋對色盲之審查標準

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⁶⁷，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

⁶⁶參俞浩偉，《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 140。

⁶⁷色盲可稱為係廣義身心障礙者。

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。

(4) 小結

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⁶⁸。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。

對照 649 號解釋與第 626 號解釋，兩號解釋都同樣指出了「非屬人力所得控制之生理狀態」這個因素，而此因素為本文前述（準）嫌疑分類要件之一。除此之外，大法官在 649 號解釋中也指出視覺障礙者在成長、行動、學習、受教育等方面有諸多障礙，其弱勢之結構性地位不易改變等因素，這些因素亦為構成（準）嫌疑分類之要件之一。故本文認為大法官雖未明確說明是否將視覺障礙者視為（準）嫌疑分類，但大法官在此應該係將視覺障礙者認為係（準）嫌疑分類而將審查標準提高。

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。⁶⁹然而，大法官並沒有針對優惠性差別待遇措施而放

⁶⁸ 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。

⁶⁹ 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。

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。⁷⁰

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，應以合理審查標準即可。⁷¹

3.違反比例原則

比例原則被稱為公法學上之「帝王條款」可見其重要性。⁷²一般認為比例原則包含 3 個部分，即手段要是能達成結果（適當性原則）、最小侵害原則（必要性原則，像美國模式的「合身剪裁原則」）及狹義比例原則（利益衡量原則）。就手段檢驗而論，大法官認為視障按摩保留已實施 30 年，但視障者之社經地位並未提升，違反比例原則之適當性原則，即此制度無法達到提升視障者社經地位之立法目的。

就必要性原則及狹義比例原則部分之檢驗，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。該調查推估臺北市一年接受按摩者達 364 萬多次，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⁷³。

所以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

⁷⁰參俞浩偉，《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。

⁷¹參黃昭元，《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。

⁷²參陳新民，2008《憲法釋論》，修訂六版，新學林出版公司，頁 71。

⁷³蔡明砥，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。

改變，如此保障則有過度侵害其他非視障者工作機會之疑，不符比例原則。依上開調查報告及按摩市場可看到，社會上存在不少非視障而從事多少涉有按摩服務業的從業人員，這些人員恐難以想像為何憑自己努力習得的按摩技術賺辛苦錢卻會違法。廣大的消費族群在選擇按摩時，也許較少關注法律規定，尤其外國觀光客或許根本不知道非視障者從事按摩業是違法行為。從現實環境中，違法從事按摩工作的人較合法從事按摩業者多過許多，而接受明眼人非法按摩的消費群眾更不計其數。

所以在釋字第 649 號大法官解釋時為民國 97 年，正值全球金融海嘯期間，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。

本文認為本案即使採合理審查標準，可能也會難以通過比例原則之檢驗，如同美國學者所稱之「會咬人之合理審查基準」。

所以大法官表示應「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」所以要兼顧弱勢保障及市場機制之均衡，後來民國 100 年 2 月 1 日針對第 46 條增加第 5 款保留 5 個地點給視障者之作法顯然是比較符合比例原則之作法。

4. 開起多元就業大門

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。⁷⁴

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

⁷⁴ 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。

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。其他就業促進部分，容後再述。

肆 後釋字第 649 號時代之管制

一、按摩及按摩相關行業管理現況

(一) 按摩業管理現況

針對法院大法官釋字第649號解釋，視障按摩業保留制違憲後，於民國100年10月31日開放明眼人從事後，按摩及相關行業如何定位、應否由國家以證照來認定及視障者與非視障者應統一或分別管理等加以分析探討。

1. 視障按摩業保留法源

台灣於民國56年新醫法施行時，同年訂定「台灣省按摩業管理規則」（第2條）開始將按摩業設定為視障者的保留性職業，於民國69年制定殘障福利法時，規定在第18條，賦予其法律基礎，以後陸續修定之「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。

2. 按摩（理療按摩）定義

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條之規定，「按摩」（狹義之按摩定義）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。「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。

3. 主管機關

至於按摩業管理之主管機關，依照舊管理辦法，在中央為內政部，在地方為直轄市與縣（市）政府。97年最新發布之「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」就按摩技術檢定與執業管理之主管機關作了若干更動，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。

不過值得注意的是，身心障礙者權益保障法第46條第3項乃是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（第10條、第11條），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。

4.按摩業之管制

(1) 職業許可要件

依照上述法律授權訂定之資格認定與管理辦法，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。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之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。職業工會無強制入會之規定，並非所有視障按摩工作者均加入視障按摩職業工會，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。

(2) 按摩技術士證功能

按摩技術士分為乙、丙兩級，國中畢業即可考丙級，並無教育養成之資格限制。民國86年本法修正並更名為身心障礙者保護法時，允許取得乙級按摩技術士證之視障者，經理療按摩專業訓練領得證書，得從事「理療」按摩，是以從法規面而言，按摩技術士資格分乙、丙兩級，在此之上尚有理療按摩。但理療按摩非屬一種「職業」，僅為一種能力證明。

(3) 新醫法施行之影響

民國56年新醫師法施行後，其第28條明文「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」，對於非醫師之醫療行為處以刑責。此次修正對於不屬於醫師之視障按摩及民俗療法，產生重大而深遠的影響，唯一朝向專業化、醫療化發展之按摩相關職業，則為西醫體系下之物理治療。民國56年新醫師法之施行對視障按摩的影響為「去醫療化」。

所謂醫師，依該法第2條至第4條之規定，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⁷⁵，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。

（4）養成教育欠完整

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。詳言之，目前視障者若欲從事按摩業，其養成訓練主要有兩大管道⁷⁶：啟明學校高職部設有復健按摩科，提供先天失明者相關訓練；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。

（5）理療按摩－能力證明

否定按摩具有醫療行為之性質，則是衛生署一貫之立場。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，衛生署簡單答覆：「查病人之復健，乃屬治療行為，與盲人按摩者之按摩不同，有關建議准由盲人按摩業者在醫療機構為病患從事復健理療工作乙節，應非適宜。」⁷⁷82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，衛生署答覆：「按一般按摩業者（依殘障福利法規定，須視覺殘障並經按摩技術士技能檢定合格者，始得從事。）之作業對象，應是正常人(健康者)，以得體外之刺激而產生某種舒適感；至於以按摩方法為病患治療疾病以求達到某種療效，屬醫學專業技術範疇，應由具有醫學專業訓練及經受復建訓練之物

⁷⁵參見考試院依「專執業及技術人員考試法」第五條授權所訂定之「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」。

⁷⁶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，2009年，圖5-1、5-2。

⁷⁷衛生署，衛署醫字第890314號。

理治療人員，始得為之。」⁷⁸在此，我們可以看到前述衛生署於93年11月衛署醫字第0930043158號函所提出之見解：「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」。如果我們把86年修訂身心障礙者保護法，於第37條第2項引進「理療按摩」考慮進來，可以看出，「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。在97年2月19日由行政院勞委會所召開之「研商按摩業與其他業別之定義範疇與區隔」討論會中，衛生署對於不列入醫療管理之民俗療法，在表達上作了一些微調，稱其為「係針對『疾病』提供醫療以外之輔助性動作」，刻意強調其非醫療行為，不過仍維持民俗療法乃針對「疾病」之處置行為的立場。至於視障按摩部分，則維持向來之見解，而界定按摩係非直接針對「疾病」提供之服務。

至於大專院校以上則未設有按摩相關科系，僅中山醫學大學曾開設過理療學分班。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。

事實上，除了乙、丙級按摩技術士證照外，86年殘障福利法修正並更名為「身心障礙者保護法」時，該法第37條第2項增定「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」理療按摩之規定，而依該條第3項授權訂定「視覺障礙者從事理療按摩資格認定及管理辦法」，取得乙級技術士證並領有按摩技術士執業許可證之視障者，經修習理療按摩相關專業技術領有證書者，得向地方政府主管機關申請核發「理療按摩許可證明」，於醫療機構從事理療按摩工作；而為使視障者具備從事理療按摩之能力與機會，該辦法明文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，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⁷⁹。

⁷⁸衛生署，衛署醫字第 8201203 號。

⁷⁹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」亦有相同之規定，其第

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⁸⁰。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⁸¹。

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僅疲勞之行為，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。

4. 其他法規漏洞填補使用

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。

物理治療、推拿整復與民俗療法、美容瘦身業之從業人員是否應以身權法之規定加以處罰，已如前述。而實際上依照上述加以處罰的情形，主要與理容業、三溫暖、護膚中心等場所雇用明眼人提供純按摩或色情按摩有關，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⁸²。單從法條結構而言，明眼人從事按摩業，依照身心障礙者權益保障法之規定予以處罰，並無疑問。但從法秩序主要所欲規範的行為—性行為交易或營業管制而言，身心障礙者權益保障法是否為適當的法律依據，容有討論餘地。

5 條規定：「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，或依本法第三十八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」。

⁸⁰教育部訂有「教育部鼓勵大學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 09 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。

⁸¹中國國物理治療學會，物理治療視障教育總報告，民國 92 年；本研究計畫 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。

⁸²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。

按性交易之處罰，就提供色情按摩服務者而言，刑法並無處罰之規定，而是由社會秩序維護法第80條第1項第1款「意圖得利與人姦、宿」予以規範，惟該條只處罰既遂行為，並無處罰意圖與人姦宿而未遂之明文，也就是必須發生性行為始足當之，若尚未發生性行為則無法予以處罰⁸³，也因此提供「半套」色情按摩服務者，並無法依社會秩序維護法第80條第1項第1款加以處罰，而僅得身心障礙者權益保障法之規定加以處罰。至於經營色情按摩之業者，可能構成刑法第231條第1項「意圖使男女與他人性交或為猥褻之行為，而引誘、容留或媒介以營利」或社會秩序維護法第81條「媒合暗娼賣淫」之行為，究竟二者如何適用？依最高法院刑事庭會議決議之見解，刑法第231條第1項必須行為人以引誘、容留或媒介之方式，使人發生性交或猥褻行為之結果為要件，始克成立本罪⁸⁴，若未發生性行為，則得另依社會秩序維護法第81條處罰業者⁸⁵。

就處罰之輕重而言，刑法第231條對業者得處以5年以下有期徒刑，並科10萬元以下罰金，處罰最重，但須明確舉證發生性交或猥褻之行為，成立較為困難；至於社會秩序維護法之處罰，無論是對業者或對從事性交易者，僅處以3日以下之拘留或新台幣3萬元以下之罰鍰，相較而言，身心障礙者權益保障法之罰鍰額度較高，甚至在提供半套服務、未發生性交的情形下，身心障礙者權益保障法是處罰從事性交易者唯一的法律依據。上述刑法與社會秩序維護法適用的結果，使得身心障礙者權益保障法在實務上成為取締色情行業的重要處罰依據。2. 經營登記事項以外業務之處罰依據除性交易之處罰外，明眼人於理容業、三溫暖、美容護膚等場所提供按摩服務，也可能涉及公司行號經營登記事項以外業務之管制問題。舊公司法第15條有「公司不得經營登記範圍以外之業務」之規定，違者將受刑事處罰；舊商業登記法第8條及第33條規定，經營登記所營業務以外事項者，設有行政罰之規定，按摩業依法既專屬保留予視障者，營利事業提供明眼人之按摩服務，應已抵觸

⁸³如台灣台北地方法院 97 年店秩字第 7 號裁定、97 年北秩字第 375 號裁定。

⁸⁴最高法院 87 年度第 2 次刑事庭會議。

⁸⁵如台灣雲林地方法院 97 年六秩字第 7 號裁定、97 年六秩字第 20 號裁定事實所示，業者有當街拉客之行為，法院即依照社會秩序維護法第 81 條裁定拘留 1 日或罰鍰四千元。

上述商業法令應得據以處罰之。問題是，依照經濟部函釋之見解⁸⁶，視障按摩不得登記為經營項目之業務，如果公司行號違反規定經營非屬商業性質且不得登記為經營項目，尚難援引公司法第15條或商業登記法第33條規定予以處罰，而必須另行依據社會秩序維護法、刑法或身心障礙者權益保障法規定加以處罰。況且90年公司法修正時將經營公司登記以外業務之處罰規定予以刪除，97年商業登記法修正時同樣也將登記與管理分開處理，經營登記以外業務之處罰規定亦經刪除。換言之，商業法令已不再處罰經營登記範圍以外業務之行為，明眼人從事按摩業或業者提供明眼人之按摩服務，如未涉及性交易，身心障礙者權益保障法是唯一的處罰依據。

（二）按摩相關行業之管理現況

使用按摩手技之行業，不僅有視障按摩業，傳統整復推拿以及近年來盛行之足部反射療法（即腳底按摩）與美容、美體、美髮等行業，甚至西醫體系下的物理治療，或多或少均使用「輕擦、揉捏、指壓、扣打、震顫、曲手、運動」等手法。除視障按摩稱為狹義按摩外，其他按摩相關行業稱為廣義按摩（尤其是指民俗療法）。除物理治療師為法律保障之專門職業技術人員外，實務上明眼人因違反身心障礙者權益保障第46條之規定而受罰者多為上述行業之從業人員，釋字第649號解釋之釋憲聲請人即為理髮店業者。

1. 按摩相關行業之定義

對於按摩之界定勞政機關除訂定「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4條規定加以定義外，少有函釋加以界定。惟新醫師法施行後，於第28條明文規定，非醫師不得為醫療行為。相關按摩行業如何與按摩業區分，牽涉其是否會是醫療行為中之「不予列管」範圍，所以相關函釋定義有很多係由衛生署加以界定。另外警政單位於查緝色情等案件之執行時，於該法規之規範不明確或漏洞時，也會援引身權法，所以也有一些警政單位看法之函釋。

⁸⁶ 經濟部民國81年5月28日經商字第207706號函。

大法官已於釋字第649號解釋理由書中指出「按摩業之手技甚為廣泛，包括「輕擦、揉捏、指壓、叩打、震顫、曲手、運動及其他特殊手技。」（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款規定參照），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」。易言之，上開辦法就按摩手技所作之「描述性」定義，無法提供清晰的界定標準，未來若有意針對「按摩業」加以管制，勢必重新檢視按摩之理論基礎，才能釐清該項職業之內涵，進而判斷按摩是否為醫療行為、按摩與推拿指壓等類似手技如何區分之間題。一般來講，衛生署對於按摩業與其他業別之區隔問題，建議各業別以「目的」與「服務對象」來界定區隔。按摩非屬醫療行為，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，此乃衛生署一貫之立場。

2. 按摩相關行業之沿革

(1) 傳統整復推拿沿革

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，第一代之拳頭師傅大多來自福建或鳳陽府一帶，有的則來自河南。⁸⁷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。

行政院衛生署為配合新醫師法施行，於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，而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復。目前之傳統整復推拿師之養成，主要由國術館拳頭師傅傳下或自行到中國大陸學習。⁸⁸國術館拳頭師傅的知識與技術的傳承，並非根據一套形諸文字的專業知識體系，而是強調醫療技術實際操作的過程而累積經驗。⁸⁹相較

⁸⁷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。

⁸⁸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。

⁸⁹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。

之下，現在之中華民國傳統整復推拿師職業工會全國聯合總會，透過與國立台北護理學院、中國文化大學、國立中國醫藥學院合作，而開辦之「傳統整復推拿師在職訓練班」，一方面顯示出其與中醫在知識體系上之連結，另一方面也進行了體系化之知識與技術傳承。

比較視障按摩與傳統整復推拿在台灣之發展，一個顯著的差別是，視障按摩之引入，乃是計畫性地引進一個有一定成熟程度的知識與技術系統，而傳統整復推拿的發展則主要是師徒制之個人式學習，且實際操作的經驗累積勝於專業知識體系。這對於兩者之理論基礎與技術手法之差別，應有所影響。再者，傳統整復推拿主要既來源於拳頭師傅之國術損傷接骨，往往要處理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。⁹⁰56視障按摩與拳頭師傅之國術損傷接骨都受到新醫師法之衝擊，而面臨去醫療化之困境，惟「國術損傷接骨技術員管理辦法」之訂頒，則讓既存已登記之國術損傷接骨技術員保留在醫療體系內。姑不論其相對於視障按摩受到「優待」的原因何在，這或許影響或反映了官方對於按摩與推拿之理解。

已登記之國術損傷接骨技術員死亡者，其最近親屬應於十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。衛生署82年關於「不列入醫療管理之行為及其相關事項」之公告，即是因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。由此卻衍生其與按摩之區分問題。對此，衛生署93年11月23日衛署醫字第0930043158號函稱：「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。」

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

⁹⁰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。

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。只是因為「兼顧社會情況」而將之不列入醫療管理，⁹¹而不當作密醫行為以醫師法加以處罰。

3. 按摩相關行業之管理

(1) 衛生署民國82年函釋－「不列入醫療管理行為」

依照衛生署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」。

所謂「不列入醫療管理之行為」，依衛生署82年12月30日衛署醫字第82082498號函，係指「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。晚近時興之足部反射療法（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。

視障按摩以外之其他民俗療法，衛生署向來以82年之函釋為基準，認為既不列入醫療管理行為，只要民俗療法業者未宣稱療效，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。

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⁹²。

⁹¹衛生署，衛署醫字第 0910062996 號。

⁹²本研究計畫 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

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⁹³。

(2) 按摩相關行業區別—以「目的」及「服務對象」作為區隔

惟執法人員實際稽查發現明眼人從事推拿整復、腳底按摩、美容護膚時，如何認定其是否牴觸身權法之規定？為此，相關機關曾進行討論協商。大體上而言，各業別係以「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⁹⁴。

3. 物理治療

按摩之手技不僅為傳統醫療所採用，亦見於西醫體系下之物理治療。我國於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⁹⁵。物理治療為衛生署認定之醫療行為⁹⁶，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

足部反射療法從業人員訪談記錄。

⁹³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。

⁹⁴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。

⁹⁵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。

⁹⁶同前衛生署民國 82 年 1 月 28 日衛署醫字第 8201203 號函。

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。

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。

物理治療屬於物理治療師法所保障之醫療行為，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，不生牴觸身權法之問題；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。

二、後釋字第 649 號解之管制模式

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。至於各項不屬於醫療管理行為之按摩相關行業，是否表示業者得自由從事，不受其他法律之規範？在此法律對於視障按摩業與其他民俗療法採取完全不同的管制方式。

證照制度的功能為何？就按摩業而言，現行法制針對視障者從事按摩業，已設有乙、丙兩級技術士證照，未取得按摩技術資格之視障者不得從事按摩業。未來應如何管理？全面廢止此項技術士執照、全面實施此項技術士執照或提升為專門職業人員證照等都是可能的思考方向。

（一）管制理論

1. 管制理論

（1）管制之概念

「管制」最典型的管制手段為法律。法律乃是對於受規範者之直接的命

令、禁止或允許，其特色乃是對於受規範者直接，並且以強制力為後盾地要求其作為或不作為，或允許其為一定行為。從管制的角度來看，也就是管制主體對於管制客體以一定的管制手段影響其行為。

一般提到管制時，常是指國家對於人民所實施之管制措施，也就是以國家為管制主體，而以人民為管制對象。但從系統理論角度觀察，可以讓對於管制的觀察更為全面。從個人的角度出發，則管制主要是指對個人行為之管制，亦即管制者經由一定之管制手段影響受管制者之行為，促使其為一定之行為。系統理論的角度則指出管制並不僅限於個人行為之管制，更是對於系統之管制，亦即管制者透過管制，希望受管制的系統朝向管制者所希望的方向發展。由於系統乃依其自身之運作邏輯而運作，且具有運作上之封閉性，因此引起對於管制是否可能之根本性質疑。在肯定管制仍屬可能者，則基於系統運作封閉性之考慮，檢討可能之適切管制手段。

(2) 管制目的與管制手段

管制必有其管制目的或目標，為達一定管制目的才會採取管制手段。政治系統以國家名義而進行管制，以正當化管制所必須之武力行使。在當代憲政主義下之國家理論，國家的存在只是手段，國家之一切行為都必須是追求一定公益目的之實現。不過，在民主體制下，政治系統經由民主體制而獲得其作成有拘束力決定之正當性，原則上政治系統可以任意地決定所擬追求之公益目的。

最傳統的管制手段為法律與金錢，亦即對於受管制者直接命令或禁止，或透過經濟誘因，而引導其行為。如前所述，基於系統運作之獨立性與封閉性，直接指引受管制者之行為，未必能適切地達成管制目的。管制手段必須更為多樣而細緻。除了直接之行為管制，也必須考慮正視系統運作之獨立性與封閉性所採取之管制手段。例如，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。在行政法學之討論上，將之稱為「工具化之社會自我規制」或「受管制之社會自我規制」。⁹⁷

⁹⁷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

2. 管制哲學

所謂「管制哲學」，係指引導管制決定之基本想法，據此而得以決定是否實施管制，以及如決定實施管制時，引導管制手段選擇之決定。此一問題主要涉及國家在公共任務（公益）的實現上，所應扮演的角色。

關於公益的實現上，並非由國家壟斷，而是也可能經由「社會」之自我規制而達成。在此所謂「社會」，固然可能包括「市場」與「第三部門」這兩種不同的機制，但其相對於「國家」，都具有經由社會成員之自由活動而實現一定公共利益之意涵。在國家理論上，「國家與市場」或「國家與社會」這種二元的對比，屢見不鮮。這種對比表達出國家進行管制或放棄管制（或應進行管制與不應進行管制）之選擇，意即當提到由「市場」或「社會」來實現公共利益，即意味者國家袖手或應袖手。

然而，將公共任務之實現論述為交給「國家」或交給「市場」（或「社會」），其實簡化了公共任務的實現形式。在國家理論的討論上，已關注到「國家」與「市場」（或「社會」）之分工合作關係。在這個分工合作關係中，國家可能在各種層次擔負責任，而不是將一個任務零和地交給「國家」或「市場」（或「社會」）。如果從國家的管制立場選擇來看，國家可以選擇將一項公共任務的實現完全交給「市場」（或「社會」），或完全經由國家的管制來實現，也可以選擇透過與「市場」（或「社會」）的合作來實現。換句話說，國家為實現一定之管制目的，可以選擇交由社會自我規制而達成、經由國家直接進行管制以達成，以及利用社會自我規制作為管制手段，亦即透過「工具化之社會自我規制」或「受管制之社會自我規制」來達成管制目的。

（二）按摩及按摩相關行業之管制分析

1. 管制之必要性

（1）推拿等「不予管制」－消極/一般管制

關於管制之必要性，所涉及者乃是否要對於按摩相關行業進行管制之問題。在分析管制必要性之前，先對於「不予管制」之概念稍作說明。所謂對

傳統整復推拿放任而「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。

首先，整復推拿業者仍應受民、刑法之規範，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。換言之，在人類共同生活中，基於秩序之要求，對於行為之管制不可或缺。在當代之法律體系下，民、刑法大致上可理解為一般性之行為管制體系，如果國家未基於特殊之考慮而進行特殊的管制，人民之行為至少還是會受到一般性之行為管制體系所規制。因此，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。

以傳統整復推拿為例，衛生署82年11月19日衛署醫字第82075656號、82年12月30日衛署醫字第82082498號函，顯示出衛生署對於傳統整復推拿放任而「不予管制」之態度。

然而，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（醫師法第28條前段）。傳統整復推拿業者並無醫師資格，自亦受到此一規定所規範。衛生署82年11月19日衛署醫字第82075656號函，雖容許其以傳統推拿方法對於運動跌打損傷，以及以傳統習用方式對人體疾病而為處置行為，其實只是「兼顧現況……之權宜規定」⁹⁸，從而限定其必須「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」，而且其不得為醫療廣告⁹⁹。就此而言，傳統整復推拿仍然受到管制。

（2）二組管制概念

歸納以上之說明，我們可以得到兩組管制概念。第一組乃是「一般性之管制」與「特殊之管制」，前者乃是針對所有國民之管制，後者則是針對特定對象之管制。第二組可稱為「積極管制」與「消極管制」。前者乃針對特定之管制對象積極地設定行為規範，以國家對一個行業的管制來說，即包括

⁹⁸關於按摩相關行業有無管制必要之問題，監察院於2010年3月3日針對衛生署於1993年37衛生署86.4.22衛署醫字第86017498號函。

⁹⁹衛生署91.9.23衛署醫字第0910062996號函。

決定其執業資格、規範其業務範圍內之行為等等管制措施；後者則指並未針對特定管制對象積極地設定行為規範，但其因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。

以上兩組管制概念，對於按摩相關行業管制必要性之檢討有其意義，蓋其釐清了，一般所謂「不予管制」，其實並非管制之空白，無論如何最少還是會有一般性之管制與消極管制。

(4) 管制必要性－為管制範疇選擇之問題

因此，管制必要性之檢討，嚴格而言並非管制有無之選擇，而是不同管制範疇之選擇問題。以對於按摩相關行業之管制來說，傳統整復推拿與視障按摩目前正好處於不同之管制範疇：傳統整復推拿受到一般性以及消極（一般性/消極）之管制；視障按摩則受到特殊之積極（特殊/積極）管制。在大法官釋字第649號解釋之後，這種管制範疇之差異顯然應予消除。問題在於，要選擇那一個管制範疇，是一般性/消極之管制或特殊/積極之管制？或者其他之可能性？

2. 按摩及按摩相關行業管制模式相異

(1) 按摩業為一積極/特別管制

依照過去「視覺障礙者從事按摩資格認定與管理辦法」及現行「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」，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。按摩技術士技能檢定，係由行政院勞工委員會職業訓練局辦理，分為乙、丙兩級¹⁰⁰，依照職業訓練法授權之技術士技能檢定及發證辦法之規定，應考丙級技術士之應考資格僅為國中畢業學歷即可，並無相關專業學校養成教育之要求（第3條），但在執業方面，除須取得按摩技術士證外，尚須獲得當地主管機關核發「按摩執業許可證」始可，就此而言，按摩技術士證不僅為公權力對視障者按摩技術能力之認定，且為執

¹⁰⁰參見勞委會職訓局「技術士技能檢定職類分級表」，
<http://www.labor.gov.tw/level.asp?contentURL=./service/textcontent2.asp&parent=9&rfrnbr=32>（最後拜訪日 99 年 3 月 14 日）。

業之要件之一。

(2) 按摩相關行業為一消極/一般管制

如前所述，推拿等為消極、一般管制。明眼人從事傳統推拿整復以及腳底按摩等手技工作以作為其職業，在現行法制上實際上被允許。然而，或許因為這種允許乃是從法制縫隙中勉強地將之與醫療行為以及按摩行為相區隔出來，遂使得其成為在法制上未被正視的行業。

(3) 按摩及按摩相關行業管制密度不同

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，受到國家的管制；相對地，明眼人從事（如果不是相同，至少）類似之手技工作，國家反而放任而未予管制。

司法院大法官釋字第649號解釋宣告按摩業保留予視障者之制度違憲，除了對於視障按摩業者之工作造成衝擊外，對於按摩相關行業的法制狀況也產生重大影響。

之前雖然按摩業保留給視障者，但依「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」之規定，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執業許可證，始得執業（第7條）。按按摩技術士技能檢定，係由行政院勞工委員會職業訓練局辦理，分為乙、丙兩級，依照職業訓練法授權之「技術士技能檢定及發證辦法」之規定，應考丙級技術士之應考資格僅為國中畢業學歷即可，並無相關專業學校養成教育之要求（第3條），門檻雖低，無論如何對於視障者從事按摩業，終究有職業許可要件之管制。

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，反而完全未受管制。

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，並無職業許可要件之管制。

相反的，視障者從事按摩業則受到職業許可要件之管制。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？

在現行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。

3. 監察院提出糾正案

對此，監察院於 99 年 3 月 3 日提出糾正案，認為民俗調理仍屬醫療、健康或衛生之業務範疇，衛生署僅以行政命令將其不列入醫療管理行為，多年來對於該等行為之品質未予把關，要求行政院應督促衛生署檢討改進。

將包括推拿在內之民俗調理行為不列入醫療管理行為，且多年來對於該等行為未作安全及品質把關，所提出之糾正案，正好對於管制之必要性提出一些正面的理由，而適足以作為檢討之開端。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。

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，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。

歸納監察院糾正案文所提出之意見，大致上可以說，對於包括推拿在內之民俗調理行為，監察院傾向採取特殊/積極之管制。監察院之所以傾向此一立場，本文以為，其根本出發點乃是著眼於民俗調理行為之危險性。於糾正案文中監察院提及，曾函請衛生署提供近年來與民俗調理行為有關之醫療傷害案件數，且如上所述，監察院相當關心民俗調理行為之安全性可否獲得證明。甚至，監察院明白要求衛生署，「仍須建立安全及品質之把關機制」。凡此種種都顯示出監察院清楚問題之癥結在於民俗調理行為之危險性，從而管制之目的主要設定在民俗調理行為之安全及品質的把關上。

對於一定危險狀況之防範，以避免實害之發生，乃是典型之國家任務，幾乎在大多數之管制領域，都是其管制目的所在。醫療管理之管制目的亦在此。因此，著眼於民俗調理行為之危險性而提出管制之主張，應可予以肯定。同樣的考慮也可以適用於按摩相關行業之管制上。不過，對於管制必要性之問題還須考慮的是，是否民、刑法之一般性行為管制體系就足夠，而無須由

行政機關再作特殊之管制？對於此一問題，癥結點在於，不論民事責任或刑事責任，都是對於已發生損害之反應，並非針對危險性之預防性管制。如果在經驗上或專門知識上，對於一定事物之危險性，能有一定程度之確信，則對其採取預防性之管制措施，應屬必要。

4. 推拿與健保給付關係

值得注意的是，衛生署雖將整復推拿認定為非屬醫療管理行為之範疇，但中醫診所經常聘用推拿整復師提供求診病患推拿服務，就此，衛生署同樣以82年函釋之內容加以解釋演繹：一、未具中醫師資格人員在中醫醫療院所內執行推拿業務，只要未逾越不列入醫療管理之範圍，得不受醫師法第28條之限制，換言之，衛生主管機關不予處罰；二、此種非由中醫師親自執行之推拿業務，健保不予給付，換言之，只有中醫師親自為病患推拿，才能申請健保給付¹⁰¹。

後又考量現實需求，放寬健保給付之審查，認為只要「中醫醫療院所之中醫師於診治病人後，認為施行推拿者，該推拿行為仍應由中醫師為之，但經中醫師執行按法、揉法、擦法、抖法等推拿手法後，其後續之推拿手法，得由助理人員依在場執行推拿之中醫師指示為之」¹⁰²，等於默許由不具中醫師資格的整復推拿員為病患推拿，而中醫師仍得請領健保給付。此項作法行之多年後，衛生署又於99年2月重申，自99年4月起，病患至中醫診所作傷科推拿，如非中醫師全程親自執行，健保一律不予給付，回歸到86年函釋之基本立場。

監察院對於衛生署之糾正案以及衛生署、健保局對於中醫傷科推拿給付之整頓，究竟對民俗療法相關行業將產生何種影響？首先，衛生署中醫藥委員會於99年3月31日召集專家學者，經討論結果，認為推拿深入骨骼關節部分，建議將推拿視為醫療行為，若係如此，民俗療法業者未來將不得從事推拿¹⁰³。此項結論尚待衛生署政策決定，其對於傳統整復推拿師證照制度之建

¹⁰¹衛生署 86 年 12 月 15 日衛署醫字第 86058443 號函。

¹⁰²衛生署 88 年 7 月 29 日衛署醫字第 88037674 號函。

¹⁰³聯合報 99 年 4 月 1 日國內要聞，

<http://udn.com/NEWS/NATIONAL/NAT3/5510670.shtml>；中國時報 99 年 3 月 31 日社會新

立，究竟為阻力或助力，值得觀察。

對照醫師法及相關規範以及主管機關衛生署對於醫療行為與非醫療管理行為之管理，醫療體系各類醫事人員專業制度之建立已臻健全，執業之各類醫事人員，均須依循醫事學校養成教育，經專業考試及格，取得各該類醫事人員資格，並依各該醫事專業法規規定，向所在地方政府衛生主管機關申請核准¹⁰⁴，非醫療管理行為除視障按摩業依身權法之規定以技術士證照及執業許可加以管理外，其餘民俗療法只要未牴觸醫師法第28條規定即放任民間業者自行發展，也欠缺相關學校養成教育之配合。如再進一步對照西醫與中醫體系之醫事人員類別，西醫系統以醫師為核心，已分殊出藥師、醫檢師、物理治療師等各種不同專業人員、適用不同的醫事專業法規；相較而言，中醫系統目前僅有中醫師，曾經存在的接骨技術員已經走入歷史，其餘與中醫密切相關之各種民俗療法或視障按摩未獲國家法律承認為醫事專業人員，除身權法外對視障按摩從業人員之技術作一定程度之要求外，其餘其民俗療法之管理規範呈現空白狀態¹⁰⁵。理不屬於醫療行為，即不屬於為醫療管理事項，醫療機構內設立民俗療法推拿部尚無不可。西醫也投入這塊市場。

（三）後釋字649號解釋管制問題

1. 管制手段

管制手段之選擇取向於管制目的。管制之目的在於危險的防範，那麼，就必須清楚掌握危險源。按摩相關行業乃是在人體上實施一定之手技，大致而言，其危險性乃取決於施作之部位以及專業知識與技術能力，而這兩者應有其關聯性。亦即施作部位危險性愈高，則專業知識與技術能力之要求愈高。

聞，<http://news.chinatimes.com/society/0,5247,130503x132010033101529,00.html>；自由時報 99 年 4 月 1 日生活新聞，<http://www.libertytimes.com.tw/2010/new/apr/1/today-life19.htm>（以上網頁最後造訪日：99 年 4 月 2 日）。

¹⁰⁴衛生署 84 年 4 月 12 日衛署醫字第 84011387 號函。

¹⁰⁵衛生署曾委託台北醫學大學針對民俗療法等輔助與替代醫療如何建立管理模式與準則進行研究，該研究建議衛生醫療管理單位應逐步納管傳統民俗療法，對從業人員應進行資格認證，對其執業範圍應與以管轄，並進一步建立從業人員的證照制度。參見蔡佩珊等，我國輔助與替代醫療之現況探討、效能與安全性評估及管理模式與準則建立：以傳統民俗療法為例研究報告，行政院衛生署 96 年度委託科技研究計畫（計畫編號：DOH96-TD-M-113-020），民國 97 年。

由於管制之目的乃是要透過對於管制對象行為之管制，以降低危險性，顯然管制手段乃聚焦在專業知識與技術能力的確保上。以下區分專業知識與技術能力之「取得」，以及專業知識與技術能力證明兩階段，來說明管制手段之選擇。

(1) 專業知識與技術能力之「取得」

專業知識與技術能力之「取得」乃透過學習與練習。換言之，在此所涉及者乃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。就足部反射療法與傳統整復推拿而言，由於國家本就未予積極管制，因此關於從業人員專業知識與技術能力之範圍、專業知識與技術能力之取得來源、以及養成期間的長短等等，國家完全放任不管。目前相關從業人員之養成主要透過師徒制、私人或職業團體開設之課程。換言之，相關從業人員之養成完全任由社會自我規制，國家的介入程度，最多就只是對於一些課程予以補助，例如勞委會職訓局補助中華民國傳統整復推拿師職業工會全國聯合會，開設最低基本192個小時的在職訓練班。

與足部反射療法與傳統整復推拿相比較，按摩業從業人員，有較為制度化之養成途徑。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。近幾年來，則有勞委會委辦的視障按摩養成訓練課程，在全台灣開設3個月至6個月以技術士考照為主的社區型短期職訓，內容主要以技術士考照題庫為主。¹⁰⁶換言之，相較於國家在足部反射療法與傳統整復推拿之放任態度，在按摩業則有國家提供之職業養成途徑。值得注意的是，視障者取得丙級按摩技術士證後，即可申請按摩職業許可證，而進入按摩這個行業。然而，視障者要取得丙級按摩技術士證，在應考資格上，並無要求其曾接受按摩養成

¹⁰⁶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」成果報告書暨視障按摩業『輔導』標準書，2009年，頁140。

教育，自亦無養成期間長短之要求。由於視障者接受按摩養成教育之管道有限，國家對於按摩從業人員所應具備之專業知識與技術能力，實際上是透過其提供之職業養成途徑來管制，而非藉由在資格取得上所設定之條件。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，¹⁰⁷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。

至於國家是否要提供明眼人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。在此所應考量之政策因素，首先，明眼人所能取得相關之職業養成訓練的來源相當多元，並非非由國家提供不可。明眼人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。如果在現有之教育體系以外，另外為明眼人設立推拿、按摩或相關之職業養成機構，將面臨正當化理由之質疑。尤其，目前各行業之職業訓練機構主要為民間之

¹⁰⁷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。

社團法人、財團法人或民營企業所設立，¹⁰⁸顯然難以說明何以要由國家特別為明眼人設立推拿、按摩或相關之職業養成機構。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對入推拿行業，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。

(2) 專業知識與技術能力之證明

證照作為管制手段專業知識與技術能力之證明主要透過證照。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；其次是證照的核發是否一定要由國家核發。

1) 證照作為職業許可要件？

證照之取得為進入行業之前提要件者，則證照成為職業之許可要件，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，¹⁰⁹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。

德國基本法第12條第1項規定：「所有德國人都有自由選擇職業、工作場所以及職業教育場所之權利。職業活動得以法律或依據法律之授權而加以規範。」此一規定對於職業之選擇自由以及職業活動雖於第一句與第二句分別規定，但德國聯邦憲法法院認為，職業選擇自由與職業活動自由並非兩個基本權，而是職業自由之兩個保障內容。職業選擇自由與職業活動自由之區分並不只是單純反應條文上之規定，而是具有基本權解釋上之實益。此一實益

¹⁰⁸職業訓練機構名錄，http://www.evta.gov.tw/files/74/職訓機構名錄_33.pdf (2010/5/15)。

¹⁰⁹大法官釋字第514號解釋，黃越欽大法官不同意見書；吳庚，憲法的解釋與適用，第三版，004年6月，頁276以下。

主要是在職業自由受到國家限制時突顯出來。

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，在正當化之基礎上，就要有更進一步之要求。

針對職業選擇自由之限制，藥房判決又進一步區分職業選擇之主觀許可要件與職業選擇之客觀許可要件。前者係指國家所設定，人民從事特定職業時，所應具備之知識與能力。此等知識與能力乃可經由訓練培養而獲得。國家之所以對於人民從事特定職業要求具備此等知識與能力，乃是因為此等知識與能力乃從事該職業所必須，如不具備，則職業之執行將不可能，或做不好而造成對公共利益的損害或危險。由於職業選擇之主觀許可要件限制了人民之職業選擇自由，乃是對於職業自由之重大限制，因此國家設定主觀許可要件所擬保護之公共利益，必須是重要之公共利益，才足以衡平對於人民職業自由之限制，而非如對於職業活動自由之限制，只要基於一般之公共利益目的即足夠。

職業選擇之客觀許可要件，乃是國家對於人民從事特定職業，所設定之許可要件，而該要件並非個人努力所能達成。也由於此等要件之滿足乃是個人無能為力之事，因此其對於人民職業選擇自由之限制程度，較諸職業選擇之主觀許可要件，要更為嚴厲。因此，要正當化此一限制，必須要有更高之要求，亦即必須是為了防範對於特別重要公共利益之可證明或高度可能之重大危險，才足以正當化職業選擇之客觀許可要件。¹¹⁰證照的取得如為人民進入特定職業之前提要件，顯然係為確保從業人員具備一定之知識與能力，應屬職業選擇之主觀許可要件。大法官釋字第649號解釋接受了德國聯邦憲法法院所提出之三階段理論，明白宣示，採取職業選擇之主觀許可要件，須有重要公共利益存在。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

¹¹⁰關於職業自由限制之三階段理論參閱：法治斌/董保城，憲法新論，三版第1刷，2005年10月，頁254。

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。如果我們比較大法官釋字第649號解釋與德國聯邦憲法法院之藥房判決，一個明顯的差別在於，大法官釋字第649號解釋並沒有提到危險性，從而很容易導致誤解，以為立法者採取職業選擇之主觀許可要件的理由乃是重要之公共利益即可。然而，立法者所設定從業人員所必須具備之知識與能力，如果即使有所不足，職業之執行仍屬可能，而且也不會對所擬保護之公共利益造成損害或危險，則立法者所設定之這種要求，對於所擬保護之公共利益實際上也毫無用處。因此，大法官雖只要求要有重要之公共利益存在，其意涵應已包含，立法者所要求從業人員應具備之知識與能力如有所不足，會對立法者所擬保護之重要公共利益造成損害或危險。

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，如果操作不當，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。¹¹¹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。¹¹²因此，本計畫認為，對於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，這並不表示本計畫反對於足部反射療法採行證照制度。本計畫所主張者，只是不以證照的取得作為職業之許可條件。證照一旦與職業許可脫鉤，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。

2) 證照之核發：國家或社會？

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

¹¹¹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。

¹¹²第四次焦點問題討論會議記錄—足部反射療法(民國99年1月28日)，陳明仁發言記錄。

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。

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。¹¹³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。¹¹⁴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。

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：

- a. 以國家名義核發，但由民間團體辦理（作為職業許可要件）；
- b. 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）；

¹¹³ 《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。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)，蔡世瑋報告記錄。

¹¹⁴ <http://www.cfra.org.tw/index01.htm> (2010/5/16)

c. 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）；

d. 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，而選擇之考量主要取向於管制目的與管制哲學。亦即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。由此即衍生一項問題，即對於明眼人從事之「推拿」與視障者從事之「按摩」，應統一地加以管制，或分立地加以管制？以下對此作進一步說明。

（3）統一或分立管制？

在檢討對於「推拿」與「按摩」要統一或分立地加以管制之問題前，必須先回答一個棘手的難題，即「推拿」與「按摩」是否相同之問題。由於按摩業保留予視障者，因此明眼人所從事之推拿與視障者從事之按摩是否相同，在大法官作成釋字第649號解釋之前，一直是實務上關注之問題。

對於「推拿」與「按摩」之理解，有從中醫的歷史而指出，按摩為我國古老的醫療方法，可以上溯到春秋戰國，而從秦漢時期，按摩已成醫療上主要的治療方法，甚至魏、晉、隋、唐時期，即設有按摩科，建立了按摩醫政。¹¹⁵至於「推拿」，則認為即為古代之按摩，推拿與按摩只是名稱的演變，大致而言，明代以前稱為按摩。「推拿」一詞則最早似見於明代張介賓的類經註釋，「推則行之，拿則持之」，以「推」與「拿」這兩種基本手法來代表所有的手法。¹¹⁶從這種歷史性之理解脈絡來看，推拿與按摩並無不同。

然而，即使從歷史的角度立論，也不能完全以古代出現的「按摩」與「推

¹¹⁵柯明期，我國視障者未來展望研究報告，2009年3月，頁3。

¹¹⁶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31以下；高宗桂，台灣中醫推拿的源流與發展，中華推拿與現代康復科學雜誌，第2卷第1期，2005年10月，頁2。

拿」概念，來說明當今時空下之「按摩」與「推拿」概念，蓋不同時空下之「按摩」與「推拿」概念，其指涉對象也就不同。更何況概念的語源是否完全來自中醫，也非毫無異見。例如，「按摩」一詞也被使用來作為英文“massage”一詞之翻譯，從而在西方按摩的脈絡中來使用。¹¹⁷因此，即使要從歷史的角度立論，也應扣緊在台灣現今之視障「按摩」與傳統整復「推拿」之發展脈絡來看。

從歷史的角度來觀察台灣現今之視障「按摩」與傳統整復「推拿」，大致上可以確定，它們雖然有不同之發展歷程，但中國古代之「按摩（推拿）」仍是其重要之共通來源，從而構成其知識與技術能力的重要部分。按視障按摩乃由日本引進，並從而間接地引進中國古代之按摩療法。¹¹⁸不過，由日據時代之臺北盲啞學校對於視障按摩養成所提供之課程來看，初中部教授按摩學、解剖學、經穴學以及生理衛生學；高中部學習理療課程，包括鍼、灸以及電療，¹¹⁹顯然其專業知識教育已超出中醫之範疇。

至於傳統整復推拿，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，第一代之拳頭師傅大多來自福建或鳳陽府一帶，有的則來自河南。¹²⁰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。行政院衛生署為配合新醫師法施行，於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，而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復。目前之傳統整復推拿師之養成，主要由國術館拳頭師傅傳下或自行到中國大陸學習。¹²¹國術館拳頭師傅的知識與技術的傳承，並非根據一套形諸文字的專業知識體系，而是強調醫療技術實際操作的過程而累積經驗。¹²²相較之下，現

¹¹⁷羅婷慧/紀璟琳，中國傳統推拿療法之基本手法及其功效，中臺學報，第14期，2003年6月，頁205。

¹¹⁸柯明期，我國視障者未來展望研究報告，2009年3月，頁3。

¹¹⁹王育瑜，台灣視障者的職業困境 - 以按摩業為例，國立政治大學社會學研究所碩士論文，1995年，頁31。

¹²⁰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。

¹²¹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。

¹²²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。

在之中華民國傳統整復推拿師職業工會全國聯合總會，透過與國立台北護理學院、中國文化大學、國立中國醫藥學院合作，而開辦之「傳統整復推拿師在職訓練班」，一方面顯示出其與中醫在知識體系上之連結，另一方面也進行了體系化之知識與技術傳承。

比較視障按摩與傳統整復推拿在台灣之發展，一個顯著的差別是，視障按摩之引入，乃是計畫性地引進一個有一定成熟程度的知識與技術系統，而傳統整復推拿的發展則主要是師徒制之個人式學習，且實際操作的經驗累積勝於專業知識體系。這對於兩者之理論基礎與技術手法之差別，應有所影響。再者，傳統整復推拿主要既來源於拳頭師傅之國術損傷接骨，往往要處理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。¹²³56視障按摩與拳頭師傅之國術損傷接骨都受到新醫師法之衝擊，而面臨去醫療化之困境，惟「國術損傷接骨技術員管理辦法」之訂頒，則讓既存已登記之國術損傷接骨技術員保留在醫療體系內。姑不論其相對於視障按摩受到「優待」的原因何在，這或許影響或反映了官方對於按摩與推拿之理解。

已登記之國術損傷接骨技術員死亡者，其最近親屬應於十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。衛生署82年關於「不列入醫療管理之行為及其相關事項」之公告，即是因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。由此卻衍生其與按摩之區分問題。對此，衛生署93年11月23日衛署醫字第0930043158號函稱：「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。」

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

¹²³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。

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。只是因為「兼顧社會情況」而將之不列入醫療管理，¹²⁴而不當作密醫行為以醫師法加以處罰。

另一方面，否定按摩具有醫療行為之性質，則是衛生署一貫之立場。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，衛生署簡單答覆：「查病人之復健，乃屬治療行為，與盲人按摩者之按摩不同，有關建議准由盲人按摩業者在醫療機構為病患從事復健理療工作乙節，應非適宜。」¹²⁵82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，衛生署答覆：「按一般按摩業者（依殘障福利法規定，須視覺殘障並經按摩技術士技能檢定合格者，始得從事。）之作業對象，應是正常人（健康者），以得體外之刺激而產生某種舒適感；至於以按摩方法為病患治療疾病以求達到某種療效，屬醫學專業技術範疇，應由具有醫學專業訓練及經受復建訓練之物理治療人員，始得為之。」¹²⁶在此，我們可以看到前述衛生署於93年11月衛署醫字第0930043158號函所提出之見解：「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」。如果我們把86年修訂身心障礙者保護法，於第37條第2項引進「理療按摩」考慮進來，可以看出，「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。在97年2月19日由行政院勞委會所召開之「研商按摩業與其他業別之定義範疇與區隔」討論會中，衛生署對於不列入醫療管理之民俗療法，在表達上作了一些微調，稱其為「係針對『疾病』提供醫療以外之輔助性動作」，刻意強調其非醫療行為，不過仍維持民俗療法乃針對「疾病」之處置行為的立場。至於視障按摩部分，則維持向來之見解，而界定按

¹²⁴衛生署，衛署醫字第 0910062996 號。

¹²⁵衛生署，衛署醫字第 890314 號。

¹²⁶衛生署，衛署醫字第 8201203 號。

摩係非直接針對「疾病」提供之服務。在結論上，衛生署因此對於按摩業與其他業別之區隔問題，建議各業別以「目的」與「服務對象」來界定區隔。綜合以上之觀察，可以斷定，按摩非屬醫療行為，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，此乃衛生署一貫之立場。

衛生署此一區隔按摩與推拿之意見，顯然尚有討論餘地。首先，基於按摩與推拿在理論基礎與手法上一定程度之共通性或類似性，何以一者為針對「疾病」之處置，另一則否？其次，所謂「疾病」應如何認定？按尋求推拿或按摩服務者，很多是因為痠痛，其中有勞動者因過度勞動而損傷，也有上班族、學生等因長時間使用電腦造成之痠痛，也有因慢性病引起之痠痛等等，不一而足，對於這些情形所施作之按摩或推拿，是否是針對「疾病」之處置？尤其，推拿師並不一定在中醫診所執行業務，在診所以外提供服務之情形，一般而言並未經醫師診斷，如何斷定其提供之服務乃是針對「疾病」之處置？尤其，在最近衛生署對於「推拿」之管理態度轉變後，推拿等民俗療法與按摩之區隔，更趨於模糊。

2. 監察院糾正後按推拿去醫療化

按或許由於監察院對於行政院衛生署82年間將民俗調理行為不列入醫療管理行為，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：1) 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。2) 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。隨之即產生此公告中所稱「推拿」（可稱之為「民俗調理推拿」）之理解問題。對此，衛生署衛署醫字第0990007493 號函調，「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。」此一界定已與前揭衛生署對於視障「按摩」界定，相當接近。總而言之，透過「不列入醫療管理之行為」公告之停止適用，以及此一管理規定事項之訂定，衛生署將（民俗調理）推拿推遠離醫療領域，而將之推向（視障）按摩。甚至，這還不是最終的作法。衛生署最近又99年於4月15日，以衛署醫字第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。此一修正之意義乃在於，將「推拿」一詞劃入醫療範疇。¹²⁷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」，在名稱上也不再能稱為「推拿」。在衛生署的想法，或許認為此一修正只是名稱的改變，相關業者實際上之施作服務並不會受影響。¹²⁸然而，向來推拿師提供服務之所以被認為不違反視障按摩保留之規定，乃是基於衛生署將推拿界定為「對人體疾病所為之處置行為」，而與視障按摩區隔。「不列入醫療管理之行為」公告之停止適用，以及「推拿等民俗調理之管理規定事項」之訂定，固然在實質內容上將按摩與推拿拉近，而更難區分，至少在形式用語上仍保留推拿與按摩之區分。此一修正將「推拿」之用語拿掉，則向來推拿師提供之服務依「民俗調理之管理規定事項」之規定，只可能被解釋為「按摩」。衛生署此一態度轉變或許與大法官宣告身權法第46條第1項規定違憲有關，不過在身權法第46條第1項規定失效以前，向來推拿師提供之服務將被「違法化」。最近的發展中，衛生署同意給兩年的緩衝期，¹²⁹或許也是因應身權法第46條第1項規定失效前之狀況。

¹²⁷本計畫第二次綜合座談會(民國 99 年 4 月 23 日)，衛生署代表發言記錄。

¹²⁸本計畫第二次綜合座談會(民國 99 年 4 月 23 日)，衛生署代表發言記錄。

¹²⁹自由時報，民俗調理退出中醫診所緩衝期兩年，

<http://tw.news.yahoo.com/article/url/d/a/100502/78/24x2w.html> (2010/5/17)。

由以上之觀察可以了解，傳統整復（推拿）與（視障）按摩在現行法制下之區分愈趨困難，而大法官釋字第649號解釋也要求按摩業應對非視障者開放。在此情況下，對於按摩相關行業應如何管制？是應鑒於二者愈趨一致之趨勢與按摩業開放之要求，而將兩者之藩籬完全打散，統一地加以管制？或者，應在合乎大法官釋字第649號解釋要求的前提下，儘量仍然維持二元體系的存在？以下介紹幾個可能的管制方案，並進而加以分析。

3. 可能之管制方案

由於以上關於管制手段的檢討中，對於傳統整復與按摩已經肯定應採作為職業許可要件之證照管制，而對於足部反射療法部分則認為並無必要，故以下之管制方案乃是關於作為職業許可要件之證照管制，並從而將足部反射療法排除於討論範圍之外。

雖然在此所討論者乃是作為職業許可要件之證照管制，不過從現行按摩業之管制規定，可以得知，在概念上可以區分證照（按摩技術士證）與執業許可（按摩職業許可證）。由這兩者之區分出發，本計畫設想，對於按摩與傳統整復之管制，可以有以下幾個可能方案：

- A案：不為傳統整復創造新的證照，而是直接開放明眼人取得按摩技術士證與按摩執業許可證，從而統一地加以管制。

可證，從而統一地加以管制。

- B案：為包括傳統整復業者在內之明眼人，另創一個新的證照（為討論之順遂，姑且稱之為「推拿技術士證」），且取得「推拿技術士證」者，得申請按摩執業許可證（名稱可另議）。

- C案：為包括傳統整復業者在內之明眼人，另創新的證照（「推拿技術士證」）與新的執業許可證（「推拿執業許可證」）。

4. 管制方案分析

以上三案應以何者為優？本計畫主要從合憲性與可行性這兩方面來加以評估。

(1) 合憲性之評估

在合憲性之評估，主要是考慮是否合乎大法官釋字第649號解釋之要求。由於大法官釋字第649號解釋從平等權與職業選擇自由兩方面來審查身障法第46條第1項之合憲性，以下進行之合憲性評估也是從這兩方面。

A案在合憲性評估方面，乃是最無疑慮者，蓋A案既允許明眼人取得按摩技術士證及按摩執業許可證，並無職業選擇自由之限制問題；且其對於明眼人與視障者在證照上未作差別待遇，初步來看似亦無違反平等權之問題。然而，平等權之保障並不只在禁止無正當理由之差別待遇，也要求基於事物性質之差異而為差別待遇。在此所需檢討者，即在於是否應鑒於明眼人與視障者在視覺功能障礙上之差別，而為差別待遇？

國家對於視障者已有採取職業促進措施，而提供社會福利給付，目前也在檢討是否引進其他之職業促進措施，從而已與明眼人有所差別，以保障其機會平等。問題在於，是否只要有職業促進措施上之差別即已足？或是在職業管制上也要有所差別？按職業管制上所涉及者，並不只是證照的核發，也包括養成、考試以及職業活動的實施上，尤其是職業團體之組成。視覺功能上之差異顯然在養成與考試上都有意義，而必須作差別之處理。在職業團體的組成上，如果讓明眼人與視障者共同組成職業團體，視障者顯然將居於弱勢。因此，即使採A案，對於證照的核發不作區別，仍然必須對於養成、考試以及職業團體之組成上作差別處理，才合乎平等權之要求。至於如採A案，而對於這些事項作差別處理能否順遂，則已屬可行性評估之問題。

如採B案，由於明眼人與視障者乃取得相同之執業許可證，無論哪一方，都無職業選擇自由之限制問題。在平等權方面，由於明眼人與視障者乃取得不同之證照，因此在養成、考試以及職業團體之組成上作差別處理乃屬理所當然，較諸A案，更無此方面之疑慮。惟尚有疑慮的是，證照的區隔是否會造成對於視障者之標籤化？尤其，由於新創之證照是開放給所有的明眼人，而非只給向來之傳統推拿整復業者，即使將該證照稱為「推拿技術士證」，「推拿」與「按摩」區隔之意義，仍與向來之區隔有所不同。在向來之區隔中，「推拿」與「按摩」之區隔，比較是兩種專業之區隔，而非人的區隔。而在B案中，「推拿（技術士）」與「按摩（技術士）」之區隔完全就是明眼人與視障者之區隔，「推拿（技術士）」與「按摩（技術士）」成為明眼人與視

障者之標籤。

如採C案，則明眼人與視障者標籤化之疑慮更高，而且由於採行不同的執業許可證，將產生明眼人可否從事按摩/視障者可否從事推拿之問題。如果不行，則將產生違反大法官釋字第649號解釋之疑慮；反之，如果可以，則採行不同的執業許可證即喪失意義。

總而言之，C案顯然有較高之違憲疑慮而不可採。至於A、B兩案各有些許疑慮，比較之下，A案之疑慮似較輕微，蓋其所涉及者只是配套問題，而不是證照管制本身有違反平等之疑慮；相對地，B案在證照管制本身即有平等保障上之疑慮。

(2) 可行性之評估

由於C案本身高度之違憲性疑慮，大致上已可排除於考慮範圍之外。因此，以下之可行性評估，只就A、B兩案進行。

在可行性評估上所要考慮者，首先是何者較有利於對養成、考試以及職業團體之組成上作差別處理。如採B案，大致上不會有甚麼問題，如採A案，則在執行上可能會面對一些困難。

單以職業團體之組成為例來說，如果要作差別處理而由明眼人與視障者分別組成職業團體，單單在名稱上即可能產生爭議。既然都是取得按摩技術士證與按摩執業許可證，則在名稱上如何區隔？例如，如果以「按摩技術士職業工會」與「視障按摩技術士職業工會」作區隔，則顯得以明眼人為主，反之亦然。而且也同樣有標籤化之疑慮。

其次，在可行性評估上也要考慮關係人之意願。「推拿」、「按摩」之名稱由來已久，從業人員長久以來以此來自我描述，並有所認同。以一定之名稱來自我描述，並表達其認同，乃屬人格權之保障內容而受憲法保障。¹³⁰64在本計畫所舉辦之焦點問題討論會議與綜合座談中，不論傳統整復推拿或按摩，都有表達保留其名稱之意願，如採A案而因證照之統一而伴隨名稱的改變，不僅可能遭遇抗拒而減損其可行性，另也有侵害人格權之疑慮。

(3) 小結

綜合以上所述，本計畫認為，在合憲性評估上，A案優於B案；在可行性評估

¹³⁰大法官釋字第399號解釋。

上，則B案優於A案。無論選擇何案，應都屬可接受，具體之選擇可由立法者決定。

(四) 理療按摩制度之檢討

1. 按摩去醫療化

民國 56 年在新「醫師法」修正公布，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 60 年代前後臺灣經濟開始起飛，色情也大約在這個時期進入按摩業。民國 61 年「殘障福利實施辦法草案」中將按摩訂為視障者的保障法條，在行政院審查時遭到刪除。當時行政院的理由是「按摩是物理治療的一個項目，按摩醫療非盲人所能勝任」。民國 68 年「殘障福利實施辦法草案」再次送交立法院審議，又重新放回被行政院刪除的「非本法所稱視覺障礙者，不得從事按摩業」之條文，這次加上了但書「……但醫護人員以按摩為病患治療者，不在此限。」同年 7 月 16 日在立法院所舉辦的座談會中，臺北市盲人福利協進會理事長陳天乞便感慨道：盲人縱使學有專長，到國外深造，取得針灸、理療資格，返國後，受醫師法及考試法之限制，亦無從開業濟世。

民國 69 年通過的殘障福利法中的但書，其實已經是將按摩工作開放給有醫療證照的物理人員。75 年行政院衛生署保字第 758836 號函再次重申：「視覺障礙者所從事之『按摩業』宜以『正常人』為對象，且應以『手技』為職業範圍。而『復健』是利用各種治療技術與訓練幫助病患回復運動功能，應經醫學專業訓練，屬醫療行為。兩者不同，不宜歸屬同一行業。所舉辦之『按摩職業訓練』，亦不得涉及醫療行為。」

2. 理療按摩制度之引進

理療按摩制度係於民國 86 年大幅修正殘障福利法，並將法律名稱改為「身心障礙者保護法」時，於第 37 條第 2 項引進。該條項規定：「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「視覺障礙者從事理療按摩資格認定及管理辦法」。

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。

此後立法院修法時，視障者幾度希望可以讓其取得專業資格者如復健、理療等，為病患從事物理治療等醫療行為，以增加其就業空間，但一直不成功。例如，民國 80 年間，中華民國全國總工會按摩業勞工委員會與台灣省盲人福利協進會台中分會分別陳情，建議放寬視障者從事物理治療，衛生署以 79 年 8 月 7 日衛署醫字第 790314 號、80 年 1 月 30 日衛署醫字第 806728 號、以及 82 年 1 月 28 日衛署醫字第 8201203 號等三個函釋，表達其反對之立場。其中，82.1.28 衛署醫字第 8201203 號函提供了最為詳盡的理由：「按一般按摩業者（依殘障福利法規定，須視覺殘障並經按摩技術士技能檢定合格者，始得從事。）之作業對象，應是正常人(健康者)，以得體外之刺激而產生某種舒適感；至於以按摩方法為病患治療疾病以求達到某種療效，屬醫學專業技術範疇，應由具有醫學專業訓練及經受復建訓練之物理治療人員，始得為之。」

這些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。

視障按摩業者爭取按摩能被承認為醫療行為之努力，獲得立委之支持。立委顏錦福等34人於83年9月13日提出「殘障者權益保護法」（「殘障福利法修正案」）草案，於草案第52條第2項規定：「醫護人員及取得專業資格之視覺障礙者得以按摩或針灸為病患進行理療」，並於立法理由宣稱：「視障朋友經取得專業資格者，如復健、理療等，明文訂定可以按摩為病患從事物理

治療或治療等醫療行為，…」，¹³¹明白承認按摩為醫療行為。

相對地，當時的政府對此仍然持反對立場。行政院所提出之「殘障福利法修正案」於第34條第2項規定：「視覺障礙者經專業訓練並取得資格者，得在固定場所進行非醫療目的之按摩。」在立法理由中，行政院草案明白指出視障團體積極爭取經專業訓練並取得資格之視障者，得在醫療院所配合醫師或物理治療師為病患按摩，惟同時也指出該行為是否為醫療行為，以及操作者是否應具備醫事人員資格之問題。行政院的草案顯然為一種折衷，亦即明定視障者得於「固定場所」提供按摩服務，於立法理由中且指出，所謂「固定場所」包含醫療院所，但同時將其提供之按摩服務明白界定為「非醫療目的之按摩」。¹³²然而，既然限定為「非醫療目的之按摩」，那麼提供服務的場所是否在醫療院所，並無太大差別。

在委員會的審查程序中，對於視障按摩者能否提供醫療性之按摩服務爭執不休，相持不下而保留於院會決議。經政黨協商，最後通過之規定為：「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。」¹³³亦即為現行之規定。此一規定不再強調「非醫療目的」，且使用了顏錦福委員草案所使用之「理療」一詞，似乎有承認視障按摩業者得為病患提供醫療性按摩之意。不過，其終究沒有直接使用「醫療」一詞，且把顏錦福委員草案中突顯醫療色彩之「針灸」一詞拿掉，從而並無法斷言立法原意擬承認視障按摩業者得為病患提供醫療性按摩。且由於最終之決定乃經政黨協商作成，無法從書面記錄得知原意。

高雄市按摩業職業工會理事長朱勝喜於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。

國民政府來台後，視障者在中醫和西醫復健的夾擊下，由原本所能從事的針灸、按摩、電療的「理療」工作，逐一受到限制，到後來只能從事按摩業。許多理療師都表示，針灸、電療、按摩三者一起使用的醫療效果是最好的。如今針灸電療禁止，然後再宣稱視障者所從事的「按摩」是沒有效果的

¹³¹立法院公報，第83卷第57期，頁101。

¹³²立法院公報，第86卷第5期，頁164以下。

¹³³立法院公報，第86卷第12期，頁63。

「休閒按摩」，將其歸於勞政單位管理，而非醫療單位。¹³⁴

(2) 制度內容關於理療按摩制度之內容，身權法本身並未加以規定，而是於身權法第46條第4項，授權中央勞工主管機關會同中央主管機關與中央衛生主管機關定之。依據此一授權，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」（以下簡稱「資格認定及管理辦法」）。

依「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。理療按摩是否具有醫療之性質，此一在引進之初即屬模糊之問題，在透過「資格認定及管理辦法」所形塑之具體制度內容上，仍然未能獲得釐清。

「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。

然而，此一推論是否確切可以成立，並非毫無疑問。值得注意的是，如

¹³⁴邱大昕，「被忽略的歷史事實：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，2009 年 12 月，頁 67。

前所述，衛生署82年11月19日衛署醫字第82075656號函對於傳統之推拿方法已認定為「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」，雖允許對於患者實施，但將之列為「不列入醫療管理之行為」。不列入醫療管理雖可以使不具醫事人員資格之業者不致受到醫師法之制裁，但也意謂著傳統推拿並不能正式承認為醫療行為，從而不能宣稱療效，非由醫師實施的推拿也不在健保給付範圍內。與理療按摩相對照，恐怕「資格認定及管理辦法」對於理療按摩之態度，與此相仿而已。這從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，如果參與「資格認定及管理辦法」訂定之衛生署當真有意將理療按摩納入醫療行為，則其於「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，理療按摩制度之引進與規劃，一直陷於醫療與非醫療之角力，形式上來看雖傾向醫療，實際上則不然。結果是，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。

2. 關於改革建議

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。

由以上之說明，可以清楚地看出來，衛生署對此始終有所疑慮。不難想見的是，衛生署的疑慮可能在兩方面，首先，傳統之推拿、按摩是否具有療效，可否被承認為醫療行為？其次，從業人員之養成訓練是否足夠，其醫療專業知識與技術能力是否充分？由於中醫師所實施之推拿、按摩被承認為醫療行為，因此真正的疑慮只在後者。

依醫師法第28條之規定，原則上只有醫師以及在醫療機構於醫師指示下之醫事人員，可以執行醫療業務。醫事人員，包括與按摩師類似之物理治療師與物理治療生，依「專門職業及技術人員考試法施行細則」第2條第1項第3款及第10款之規定，其資格之取得，均需經專門職業及技術人員考試。而依

專門職業及技術人員考試法第9、第10條之規定，對於專門職業及技術人員考試原則上係透過學校教育來取得應考資格。在此所顯示的是，醫事人員之養成與產生乃係透過一個「教、考、用」的制式途徑。這個制式途徑確保專門職業及技術人員歷經充分之養成訓練，並以通過考選來證明其專業知識與技術能力。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。

3.理療按摩視障保留不論是保留給視障者之「理療按摩」，難以規避是否違反大法官釋字第649號解釋之精神，而牴觸憲法第15條職業自由保障之質疑。對此，以下分別從現存「理療按摩」檢討保留給視障者之合憲性問題。

1) 理療按摩視障保留之合憲性

如前所述，大法官釋字第649號解釋就職業自由之限制，乃接受德國聯邦憲法法院於「藥房判決」所提出之三階段理論，作為解釋之理論基礎。因此，「視障理療按摩」所要考慮的是，將之保留給視障者，對於非視障者而言，構成職業選擇之客觀或主觀許可要件？或者只是對於其職業活動之規範，而不涉及職業選擇自由之限制？

此一問題之回答，取決於「理療按摩」是否為一種職業。由大法官釋字第649號解釋大致上可以斷言，如果將一項職業保留予視障者，將違憲侵害人民之職業自由。就「理療按摩」來說，如前所述，在現行制度下，理療按摩執業許可證只是專業知識與技術能力之證明，理療按摩本身並非按摩以外之另一種行業，因此，將「理療按摩」保留給視障者，乃是對於按摩業之職業活動規範，而非對於職業選擇自由之限制。

儘管如此，還須進一步考慮，將「理療按摩」保留給視障者所構成對於非視障者職業自由之侵害強度，是否相當於對於其職業選擇自由之限制。此一問題可以參考德國聯邦憲法法院之「健保特約醫師判決」。在該判決中，德國聯邦憲法法院首先指出，法定健康保險之特約醫師並非一種職業，從而特約醫師資格取得之要件並非職業許可要件。然而，在法定健康保險制度下，開業醫師如果無法獲得特約許可，在（當時）近80%的國民都加入健保的情況下，將無法經營其業務。因此，德國聯邦憲法法院認定，特約醫師之資格取得要件所構成對職業自由之限制，其侵害強度已相當於對「職業選擇自由」之限制，而應適用與職業許可要件相同之嚴格審查基準。如果將此一見解運用到理療按摩視障保留的問題上，則所要考慮的是，理療按摩保留給視障者，對於非視障者之影響，是否相當於其投入按摩業之職業許可要件限制，亦即是否使其在按摩行業上之經營受到重大阻礙，而近乎限制期進入按摩業？此一問題的回答應屬否定，乃是相當清楚地。按按摩在一般的認知上至多仍為保健按摩，而尚未到醫療層次，因此無法取得理療按摩之證照，對於保健按摩之營業，其影響顯然並不到無理療按摩證照就無法經營保健按摩之程度。事實上，現有之視障按摩師中，只有極少數取得理療按摩執業許可證，未取得者並未因此在此按摩業之經營上受到嚴重阻礙。

總而言之，將理療按摩保留予視障者，僅屬對於按摩業之職業活動規範，基於實現一般之公共利益目的，即可正當化。以下所要考慮者，從而乃是將理療按摩保留予視障者之規範目的。對此，本計畫以為，其目的乃是平衡視障者與非視障者在營業競爭上之強弱懸殊狀況。按視障者與非視障者在營業競爭上強弱懸殊，乃屬即其明顯，對於視障者之諸多就業促進措施，亦著眼於此。如前所述，現行之理療按摩職業許可證，實質上只是專業知識與技術能力之證明，取得這項證明固然有助於建立專業形象，而在營業競爭上有所加分，不過此項加分只是對於視障者與非視障者在營業競爭上之強弱懸殊稍作平衡，以促進實質之機會平等。尤其考慮到非視障者並不難經由其職業團體或其他管道建立自己之專業品牌形象，將理療按摩保留予視障者，應屬合憲。

四、主管機關

69年制訂「殘障福利法」時已有視障按摩保留之規定（第18條第1項），不過在法律上並未規定證照管制，而只是授權中央主管機關（內政部）會同衛生署訂定按摩業管理規則。於按摩業管理規則中規定了，須領有按摩技術士執業許可始可從事按摩業。86年大幅修改殘障福利法，並將名稱修改為「身心障礙者保護法」。此次修正就主管機關部分，除中央主管機關維持為內政部外，並就個別事項引進目的事業主管機關，其中關於身心障礙者職業訓練、就業服務等等事項之主管機關為勞工主管機關。此次修正引進了理療按摩，關於理療按摩資格認定、輔導辦法、執行事項，以及既存之按摩管理規則，則仍規定由中央主管機關會同中央衛生主管機關定之（第37條第3項）。2001年修法時，於第37條第3項明文規定，視障者從事按摩或理療按摩，應向執業所在地主管機關申請執業許可證。至於執業資格與許可證之核發等相關事項，則仍授權中央主管機關會同中央衛生主管機關定之。96年再次大幅修改「身心障礙者保護法」，並將名稱改為「身心障礙者權益保障法」。此次修正對於視障按摩主管機關作了重要改變，將向來勞社分管之情形，統歸勞政主管，從而按摩或理療按摩執業許可證之申請，改向執業所在地直轄市、縣（市）主管機關申請，執業資格與許可證之核發等相關事項，亦修改為中央勞工主管機關會同中央主管機關與中央衛生主管機關定之。

視障按摩之主管機關從社政轉向勞政，其主要考慮在於社政除核發按摩或理療按摩執業許可證外，其餘諸如輔導就業、輔導設置按摩中心以及視障就業基金專戶之管理等等，皆由勞政負責，故統歸勞政負責，以收整合之效。視障按摩相關事項，多涉及對於視障者之社會福利給付，故由勞政主管尚稱妥適。在未來對於明眼人與視障者從事按摩之職業管制，無論採前述之A案或B案，主管之機關應無不同。在此既涉及單純之職業管制，是否仍由勞政主管，即有討論之餘地。

一項事務應由何機關主管，專業應是最主要之考慮，而哪些專業是需要的，則取決於管制目的與管制手段。所涉及者如屬對於職業之管制，則管制之內容主要為對於養成過程、職業許可條件之擬訂以及職業活動之規範等等。對於專門職業或技術士之管制，顯然管制機關必須對其專業知識及技術

能力有掌握之能力，才有辦法實施管制。以按摩業之管制來說，如前所述，主要為對於其業務行為對人體或健康之危險性而加以管制，在養成上業者也需要醫學上之專門知識，如經絡學、解剖學等。從專業的角度來看，顯然衛生主管機關才是合適的管制機關。再者，不論按摩或推拿，即使認為其應該限縮在保健層次，其與醫療行為無論如何會有應如何分野之問題。如果其管制機關與醫療管制機關不同，有可能產生管制措施衝突之問題。事實上，行政院曾於民國94年4月7日由政務委員傅立葉邀集相關機關會商協調民俗療法之主管機關，並達成以下之結論：「關於民俗療法之界定，既經衛生署於93年9月6日開會決議，並初步區分為3類：一為非醫療行為，如指壓、刮痧、腳底按摩、拔罐、氣功、內功、收驚、神符與香灰等；二為涉醫療行為，如推拿、外敷生草藥、藥洗、芳香療法、音樂療法、能量醫學等；三為醫療行為，如接骨、整脊等。本案基於維護民眾健康權益、保障民眾生命安全之考量，其管理機關權責事項如下：一、民俗療法除收驚、神符與香灰外，原則由衛生署擔任主管機關，並請衛生署儘速會同有關機關研議建立完善之輔導管理機制。二、至民俗療法中有關收驚、神符與香灰等，因涉及宗教或信仰問題，由內政部主政；惟神符或香灰成分中，倘有影響民眾健康之虞者，則請衛生署予以協助處理。」¹³⁵此一結論著眼於民眾健康與生命安全，即使是所謂「非醫療行為」也歸由衛生署主管，與本計畫之見解相同。從比較法的角度來看，此一見解與各國之作法亦大致相符。例如，依德國「按摩師及物理治療師法」第13條第1項，可得知其主管機關為「聯邦健康部」（Das Bundesministerium für Gesundheit）；日本按摩業之中央主管機關為厚生勞動省¹³⁶70。此外，技術士證照之檢定與對於技術士加以管制之目的事業主管機關，未必要一致。依職業訓練法第31條第1項之規定，技能檢定由主管機關（中央主管機關為勞委會，地方主管機關為直轄市政府與縣（市）政府）辦理；依同法第33條第1項之規定，技術士證由勞委會統一核發。至於技術士則各有其自己之目的事業主管機關。¹³⁷

¹³⁵行政院，院臺文字第 0940084746 號函。

¹³⁶參閱：陳耀祥，日本視障者從事按摩業之管制與促進，本計畫附錄 12。

¹³⁷已實施技術士證照制度法規一覽表，

<http://www.slvs.tcc.edu.tw/vocation/information/file/TC4.htm> (2010/5/17)。

伍 後釋字第 649 號時代就業促進義務

一、社會福利概念

(一) 社會福利原則

1. 理論基礎

18 世紀中葉，歐洲從農業社會邁入了工業時代，國民經濟活動於放任主義之下，活潑而自由的競爭，顯著的經濟發展，卻使貧富差距益加懸殊，造成社會不公平現象。

隨著社會生活之變遷，國家不能再抱持「最少統治，最佳政府」之思想，而必須積極創造各種社會設施與保障，以確保國民合於人性尊嚴之生活環境。早在 1880 年德國宰相俾斯麥業已朝向社會國家有所建設，而有不少之社會立法成績。憲法對於經濟活動及社會政策積極介入加以規定，可謂自德國威瑪憲法開始。

第一次世界大戰後，通貨膨脹及世界經濟危機十分嚴重，失業率升高，國內貧富差距越來越大，各種社會經濟問題接踵而至、層出不窮，已非當時的國家法規範所能解決，因此，「社會福利國家」、「社會福利原則」的思想便應運而生。

「社會福利國家」，係指國家有義務建立與維繫一個公平正義之社會秩序，國家應盡全力消弭人民之經濟困頓，及消弭對某一族群人民之歧視待遇。

所謂「社會福利原則」，簡單來說，係指國家有義務針對社會中的對立情形加以調和，並就此形成符合公平正義的社會秩序。

在憲法對社會福利原則有所規範，其最大的意義在於：社會福利原則從此不再只是一項因應社會經濟問題而產生的「呼籲」，而是成為具有法拘束力的客觀憲法規範，所有國家權力機關均應受其制約。

社會福利原則落實於憲法中，乃宣示國民享有健康而文化性最低限度生活為國家之任務，然而，因為預算的有限性，並非意味個別國民對國家具有直接、具體實現請求權，而乃必須有賴社會立法之制定與實施，個別國民權利始獲保障。¹³⁸

¹³⁸ 法治斌/董保城，憲法新論，元照出版公司，2010 年 9 月，頁 81-92、125-145。

(二) 社會福利的功能

社會福利的存在已超過百年事實，即使像 1980 年代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，但沒有，也不敢完全消滅社會福利。除了政治的不可行以外，也表示社會福利的必要性，有學者認為只要提供老年年金及社會救助即可，但這「理想願景」，根本做不到。社會福利之存在理由包括：需求滿足、社會均等、累積資本與國家合法化與社會團結等。

1. 需求滿足 (need)

工業革命後，大部分勞動力被普羅化，這些勞工不再能依賴土地、生產工具等資產，作為其失業、疾病、老年、殘障時的生活依據，更是與薪資勞動者的薪資有無或多寡，緊密結合。

這也就是前述的社會事故或風險，而這樣的風險在工業社會履見不鮮，在後工業社會有增無減。德國於 1880 年代社會保險的推出，開啟近代社會保險國家的先河，都有為了這些脆弱人口的生活需求著想。

工業化對這些人產生了傷害 (harm)，也增加了某些人 (如資本家) 的利益。受到傷害者的需求，應有個相對的給付 (benefits) 補償。早期家庭等支持顯無法滿足社會需求，在英國、德國才會有國家介入社會福利的措施出現。這也是社會國家產生的第一個理由－滿足工業化社會所產生的新興社會需求，此為使社會福利出現的誘因。

2. 社會均等 (equality)

這也是社會福利為何被說成具有所得重分配效果的原因。所得重分配並不是達到真正的平等，而是縮小所得差距。。社會福利關信的是生活最起碼的水準擁有，而不是完全的生活均等化，也不是生產工具平均分配。

因為社會不均等擴大，低所得者生活無著，其子女的營養、教育均不良，下一個世代的勞動品質就會低落；甚至為了生活挺而走險，犯罪率提高將不利於投資，影響社會和諧。勞資階級對立對資本家的仇恨將癱瘓生產效能。這也說明 1880 年為何德國俾斯麥首相被迫採行社會改革取代鎮壓，試圖瓦解社會主義風潮的興起，英國於 1910 年起而效法，就是追求社會均等。

3. 累積資本與國家合法化 (accunialation and legitimization)

國家投入社會成本，維護社會和諧，才可以創造資本家的利潤。但國

家很難增稅，所以國家財政缺口會越來越大。

4.社會團結 (social solidarity)

社會團結具體表現在社區的形成，社會團結不只是一種所得重分配均等，而是一種社會關係重整。歷史經驗告訴我們，越團結的社會，人民的生活品質越高，社會越文明。

(三) 社會福利模式

「社會福利」依英文社會工作辭典定義，社會福利指「一種國家的方案、給付、服務體系，用來協助人民滿足其社會、經濟、教育與健康需求，此乃社會維持的基礎。」社會福利為政治、經濟、社會的產物，不同的意識型態與價值，就有不同的社會福利界定。一般可分為：殘餘式的社會福利模式、工業成就模式的社會福利模式、制度式的社會福利模式。

A.殘餘式的社會福利模式

此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，亦即排除家庭失去功能或市場失靈，或個人無法經由家庭與市場獲得生活的滿足，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。

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。

B.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 (merit) 多寡決定可獲得多少福利。最典型為歐洲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；在臺灣則是勞工保險、公務人員保險、軍人保險及勞工退休金等。

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）。

C.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（universalist social citizenship）。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，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。

（四）國際社會福利之努力

1.國際人權法典

1941 年大西洋憲章所揭示的免於匱乏之自由，同時也將勞動條件的提升、經濟發展及社會安全列為憲章的主要內容。其後，此等思想更彰顯在 1945 年聯合國憲章、1948 年的世界人權宣言，以及於 1966 年通過，自 1976 年生效的

經濟、社會與文化權利公約。

2. 國際勞工立法委員會

而成立於 1919 年的國際勞工立法委員會（Commission on International Labor Legislation），在社會安全的推動上則扮演極為重要的角色。

其於 1944 年費城所舉行的國際勞工會議所通過的費城宣言，即特別強調「社會安全」、「醫療照護」、「勞工的安全衛生」、「兒童與母性的保護」以及「教育與就業機會均等」，1952 年復通過社會安全制度之最低基準公約。

（五）我國社會福利國家嚮往與藍圖¹³⁹

1. 古老中國

社會福利思想多被認為是近代西方思想之產物，實際上早在先秦時期即已醞釀於中國。最常被援引為中國古代社會福利思想者，則屬禮運大同篇：「……人不親其親，不獨子其子，使老有所終，壯有所用，幼有所長，鰥寡孤獨廢疾者皆有所養……」其所描繪的大同世界藍圖，深植於華人社會的意識與嚮往之中，對後世有深遠的影響。

2. 憲法

民國 35 年 12 月 25 日由國民大會制定，並於民國 36 年 12 月 25 日起施行之憲法，對於社會安全制度之規定，主要見諸憲法第十三章的基本國策。國內法學者多數認為憲法第十三章係仿威瑪憲法而制定。也是二次世界大戰期間大西洋憲章、費城宣言等一脈相承的中國實踐。¹⁴⁰

綜觀憲法規定，與社會安全制度相關者除了第十三章的基本國策，憲法前言（增進人民福利）、第 1 條（民有、民治、民享之民主共和國）及第 15 條（人民之生存權、工作權、財產權，應予保障。）等規定均與社會安全制度有關。惟規定最為詳細者，集中於第十三章之基本國策，尤其憲法第 155 條可稱為核心條款。

我國的社會福利在早期制憲期間受歐洲福利國家的影響較深，政府遷臺之後，反而多模仿美國經驗，以自由資本主義為依歸。

¹³⁹ 郭明政、林永裕、林宏陽，重返福利國家－臺灣勞保年金及國民年金立法與實施，勞動、社會與法，國立政治大學法學院，100 年 5 月，頁 246-262。

¹⁴⁰ 郭明政、林永裕、林宏陽，重返福利國家－臺灣勞保年金及國民年金立法與實施，勞動、社會與法，國立政治大學法學院，100 年 5 月，頁 247。

在臺灣，社會安全制度的起點為 39 年實施的勞工保險制度。經由此一制度建立，臺灣引進了工業國家的社會保險制度，同時也開啟了往後半世紀社會安全制度的序曲。

如同西方福利國家發展歷程，作為亞洲新興工業化國家的臺灣，自二此大戰後也產生大量從屬勞工及核心家庭。在進入工業化社會後，臺灣產生與西方工業國家相似之發展，即大量從屬勞工的出現、人口遷移、高度都市化及核心化家庭；勞動者也面臨所得中斷的社會風險與社會保障需求。臺灣工業化之初，對社會保險採行積極的態度。

然而隨著工業化之發展，政府對社會安全建制轉為冷淡，改以經濟為優先。社會安全未能配合經社發展，隨時調整並相對成長，乃是臺灣社會保障與社會福利的一項根本問題。惟在工業化經社變遷的基礎上，福利國家的建構乃是一個必然的趨勢與當然的道路。¹⁴¹

（六）社會福利原則具體內涵

社會福利原則有二個重要內容：（1）社會安全：國家必須保障人民享有一合於人性尊嚴之生存條件，以減輕或避免人民之經濟困頓；（2）社會正義：國家必須努力調和因不同之權利分配、財富不均、教育高低所生之對立與矛盾。因而，「社會福利國家」可以說是以建立與維護社會安全與正義為目的之國家。以下分別說明社會安全與社會正義之具體內涵。

一般來講，社會安全應包含：1.保障民最低生活條件。2.社會保險制度，不僅要照顧也要預防於未然。對於人民在失業、生病、遭受意外，或在其年老喪失其經濟生活之基礎，而限於困境，透過各種社會立法，如全民健康保險法、勞工保險條例、勞工退休金條例、農民健康保險法等，即可逐步達到社會安全的目的。3.社會促進。4.社會補償制度。

社會正義是透過機會平等而達成。國家負有調和社會對立（不平等）之義務，如何調和，則可分為：1.在經濟收入、財產權上、經濟權上之調和（透過賦稅、非賦稅方法及社會津貼方法等，如老人福利年金及身心障礙津

¹⁴¹郭明政、林永裕、林宏陽，重返福利國家－臺灣勞保年金及國民年金立法與實施，勞動、社會與法，國立政治大學法學院，100年5月，頁257。

貼等)。2.其他社會方面之調和(如,教育機會均等、就業服務、職業訓練及推動勞動三權等促進勞資和諧)。

廣義的社會福利包函就業服務,新制 ICF 制就是採廣義之見解,將補助功能移到以就業促進為主。

二、一般身障者就業促進現況

國際就業安全協會(IAPES)在1986年認定就業服務(含就業能力發展、職業訓練)、失業保險與就業市場資訊為就業安全(Employment Security)三大支柱。傳統上,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。

就業服務(Employment Service)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。職業訓練(Vocational Training)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。¹⁴²

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。

¹⁴² 參張基煜,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,指導教授趙永茂,2006年1月,頁13。

1. 消極禁止歧視

(1) 就業歧視禁止¹⁴³

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，我國 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。」其後法規修正沿習此精神，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，依同法第 86 條第 1 項及第 102 條第 1 項規定，主管機關即課予新臺幣 10 萬元至 50 萬元罰鍰或對該公務員進行懲處。

(2) 同工同酬

此外，同法第 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.....處新臺幣 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。

¹⁴³ 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。

2. 積極促進措施

(1) 定額進用

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之¹⁴⁴。

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。」

同法第 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。」此項規定說明我國係採取定額進用制輔以差額補助費之制度。

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。

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，此實對身心障礙者之就業有所助益。定額進用制：依照身權法 38 條之規定，各級政府、公立學校、公營事業機構員工總人數在 34 人以上，進用具有就業能力之身心障礙者人數，不得低於員

¹⁴⁴ 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。

工總人數 3%；私立學校、團體及民營事業機構員工總人數在 67 人以上，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 1%，以按摩業普遍經營型態而言¹⁴⁵。此項條文無論對按摩業或對視障按摩師個人而言實益不大，究其原因，首先，民營機構之員工須達 67 人以上，始為法定進用義務單位，其員工員額係以每月一日參加勞保、公保人數為準，按摩業及理容、推拿等相關行業達此經營規模者為數不多，且其經營型態多採論件計酬之抽成制，或底薪搭配抽成制，視障按摩師參加勞保多經由職業工會加入，少有典型之雇用關係¹⁴⁶，因此甚少成為進用義務單位；其次是實證研究顯示，義務進用機構偏好進用肢障之身障者，聽障、重要器官失去功能者次之，其餘障別包括視障者進入一般勞動試場，似乎較為困難¹⁴⁷。不過，大法官釋字第 649 號解釋作成之後，視障按摩師之生計引發社會關注，在台北市政府勞動局媒合下，出現了大型企業進用視障按摩師為企業員工，為其他員工提供按摩服務的個案¹⁴⁸。值得注意者，「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 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，或依身權法第 38 條定額進用制進用之，惟如前所分析，地方主管機關核發之理療按摩執業許可證，與現行各項醫事人員之專門職業與技術人員國家考試證照有間，因此實際上並無醫療機構進用視障理療按摩師，計入其法定定額進用人數。

3. 支持性就業

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¹⁴⁹。

¹⁴⁵關於此一制度之沿革與最新修正意旨，參見趙璟瑄，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，2007 年 12 月，頁 15-21。

¹⁴⁶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，第肆章第一節。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。

¹⁴⁷王育瑜，身心障礙者定額進用制度之研究，勞委會職訓局委託研究報告（政府資訊系統之計畫編號：PG9310-0331），2005 年 1 月 27 日，頁 101。

¹⁴⁸參台北市重建運用處官網。

¹⁴⁹王敏行、陳靜江主編，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，2001 年 12 月，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。

承前所述，身權法第33條為身心障礙者就業促進最重要的法律依據，關於就業面之促進，可採取之措施包括就業服務、職務再設計與創業輔導：

(1) **所謂職務再設計**，依身權法第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，指指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者（第8條），最新公告之業別已涵蓋按摩業者¹⁵⁰，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（第9條）。

(2) 多元服務

身權法第37條另授權中央主管機關制定創業輔導之法規命令，就此勞委會定有「身心障礙者創業輔導服務實施方式及補助準則」，據此規定身心障礙者之創業輔導係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¹⁵¹。

4. 營業地點申請優先核可

身權法第 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

¹⁵⁰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。

¹⁵¹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。

「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。目前醫院、車站、機場等場所設置之按摩小棧，是否係依此規定辦理，並不明確。¹⁵²

5. 優先採購

身權法第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。¹⁵³

6. 國民旅遊卡特約商店

另一種不屬於身權法範疇，但同樣值得注意的就業促進措施，為申請成為國民旅遊卡之特約商店。國民旅遊卡係依民國91年6月5日行政院第2789次會議核定之經建會「推動『國民旅遊卡』措施」辦理，屬於公務人員強制休假補助費用政策一環¹⁵⁴，公務人員所享有之強制休假補助額，均須以國民旅遊卡至特約商店消費方式辦理，藉以同時刺激消費，舒緩失業問題。依「內政部辦理弱勢族群創設之商店納入國民旅遊卡實施計畫」，申請成為特約商店者，須符合前述「優先採購身心障礙福利機構或團體生產物品及服務辦法」¹⁵⁵之身心障礙福利機構或團體，且須有商業登記及刷卡服務¹⁵⁶，暫不論申請資

¹⁵²參《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。

¹⁵³參《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。

¹⁵⁴行政院與所屬中央及地方各機關公務人員休假改進措施。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49。

¹⁵⁵內政部96年11月22日台內社字第0960181103號函（民國96年11月22日發布）。

¹⁵⁶ <http://travel.nccc.com.tw/chinese/sitemap/sitemap6.htm>（最後瀏覽日：102年4

格之限制，亦不論按摩是否屬於觀光產業範疇，目前按摩業並無法辦理商業登記（詳後述），因此此項視障按摩師寄望甚深之就業促進措施，目前在實施上仍有許多法制上之阻礙。¹⁵⁷

三、對視障之就業促進措施

（一）視障按摩業保留

再以就業面向加以觀察，由於身權法第 46 條視障按摩業保留條款執行成效不彰，按摩業實質上早已成為一競爭市場，但相較於明眼人，在經營管理與市場競爭能力上，視障者仍屬弱勢。¹⁵⁸

（二）電話諮詢比例保留

增列第 46 條之 1，電話諮詢新職類之保障，也是法制上的積極促進就業措施。

（三）按摩小站

勞委會職訓局自民國89年起陸續制定相關補助辦法¹⁵⁹，針對從事視障者福利服務之法人團體、機構以及視障按摩職業工會，提供其設置示範按摩中心之開辦費及營運管理費補助，而視障團體也推展另種服務型態，即於醫院、企業所在地、車站機場等人潮出入頻繁的地點設置按摩小站，提供「外展按摩」。按摩中心或外展按摩與視障按摩業傳統經營方式最大的差異在於，傳統視障按摩工作者無論是自行開店，或受雇於同樣是視障按摩師的雇主，或以電話聯絡方式到外面為顧客提供服務，大多處於長時間待命，工作與生活不分且與社會節奏嚴重脫節的狀態，相對地，按摩中心提供視障工作者較為規律的工作與生活環境，不再是24小時待命狀態¹⁶⁰。

月 30 日)。

¹⁵⁷參《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 48-49。

¹⁵⁸參《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 50。

¹⁵⁹如勞委會職訓局發布之「視覺障礙就業基金補助示範按摩中心(院)要點」(民國 89 年 04 月 29 日發布)、「行政院勞工委員會職業訓練局視覺障礙按摩經營輔導團實施計畫」(民國 93 年 03 月 11 日發布)。

¹⁶⁰關於視障按摩工作者之工作生態，主要參酌王育瑜，台灣視障者的職業困境 - 以按摩業為例的分析，頁 131-137，以及王育瑜，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，2004 年 8 月，頁 85-136。

（三）解釋後政府之政策回應

本號解釋作成之後，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」，以因應三年過渡期間的到來¹⁶¹。

四、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。

1. 積極配合修法

100年2月1日身權法第46條第5款增定5類地點（醫療機構、車站、民用航空站、公園及政府機關等）必須是視障者之五大類場所的保留條款外，也應給予場地租金優惠（按摩小站）；希望達到明眼人與視障者雙贏。第46條之1也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。

2. 勞委會新計畫

本號解釋作成之後，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」，以因應三年過渡期間的到來¹⁶²。

（1）自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1萬7,280元，此項經費來源為明眼人開設按摩相關行業

¹⁶¹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：98年4月22日）。

¹⁶²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：98年4月22日）。

之營業稅支付，且視障經營按摩業者免營業稅至 100 年 12 月止。

(2) 大法官宣告視障按摩業保留條款違憲後，行政院勞工委員會 98 年 9 月 11 日勞職特字第 098053265 號令。經勞委會指定之業別有：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。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。

(3) 100 年起彩券需保留百分之五額度給予輕度視障者販售。根據臺灣彩券公司 97 年 12 月底止，統計全臺共有 4,887 家（月平均收入 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。

3. 專業能力提升

(1) 專業培力—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。¹⁶³

(2) 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。¹⁶⁴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。¹⁶⁵

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（衛生署須予以認證其具備醫療行為）。

(3) 公務人員考試

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。

在身心障礙團體極力爭取下，政府乃於 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

¹⁶³柯銘期（方中士整理），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，2011 年 8 月 12 日，頁 7。

¹⁶⁴柯銘期（方中士整理），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，2011 年 8 月 12 日，頁 8。

¹⁶⁵柯銘期（方中士整理），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，2011 年 8 月 12 日，頁 8。

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；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。

4. 其他積極作為¹⁶⁶

(1) 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。

(2) 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) 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) 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 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 100 年 12 月止。

(5) 99 年內政部辦理盲用電腦指導員培訓班。

(6) 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。

(7) 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。

(8) 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。

(9) 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新臺幣 5,000 元作為生活津貼。

(10) 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

¹⁶⁶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。

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。訓練班課程與科目如下：A 一、專業學科：運動系統解剖學、體表定位與理學檢查、肌肉動力學、經絡學、芳香療法概論、病理機轉概論、脊髓神經醫學概論。二、專業術科（師生比為 1 比 10）：腳底按摩、人體工學實務運用、運動傷害療法、常見臨床症狀處理手技、全身重要穴道臨床應用。三、人文素養：按摩行銷與管理、溝通技巧與美姿美儀、實用外文（英、日）、按摩業倫理道德（清潔衛生及職業傷害防制等）。

（11）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。

（12）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）。

（13）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），自民國年起臺灣銀行、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。

（14）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。

（15）推廣企業按摩師¹⁶⁷。

5. 明眼人保健按摩技術證

101 年現行乙丙級按摩技術證修定為保健按摩技術證，欲從事按摩專業工作之中華民國國民皆須取得保健按摩技術證與執業許可證始可營業，原持有乙丙級按摩技術證兼營業許可證或工作證之從業者仍可繼續執業，凡經營按摩業均須繳交營業稅。具備上述資格之從業者，皆可報考衛生署辦理復建按摩技術士資格考試，取得此資格，可在中、西醫院醫師處分下，為患者施

¹⁶⁷ 參台北市及新北市勞政單位網站新聞（台北市勞動局陳業鑫局長表示：「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。」）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。

以徒手療法，享有健保給付。101年3月，勞委會職訓局計畫舉辦第一屆盲人按摩技術士證照考試。考試科目：分為學科術科（解剖學／生理學／病理學／醫療法律與按摩倫理學／經絡腧穴學／按摩技術，學科選擇題80題）。

按摩技術士證照考試應考資格：(1) 丙級按摩士：年滿15歲或國民中學畢業。(2) 乙級按摩士：1.取得丙級按摩技術士證後，從事按摩工作3年以上者。2.高級中等學校應屆畢業生，並取得按摩丙級技術士證。

五、外國法制參考之必要

(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，且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¹⁶⁸，因此德國社會法之理論與實務發展向為我國社會法研究領域的重要參考對象。

德國法制上，有關身心障礙者之就業促進，原僅為一般性就業促進法制之一環，規定於德國社會法典第三編「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。前者涵蓋參加職業訓練、在職進修或前期訓練所需之課程費用及報考費用、學習工具之購置費用、交通食宿費用等等；後者則是給予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，例如德國法定年金保險與法定職災保險之給付項目設有醫療與復健期間生活津貼，其給付額度係以身心障礙者之薪資乘以一定比例計算之，此類由社會保險制度所提供、具有薪資替代性質之給付，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

¹⁶⁸參見孫迺翊，行政法上社會給付請求權之成立與存續保障，收錄於許志雄、蔡茂寅、周志宏主編，現代憲法的理論與現實－李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集，2007年，頁643-663。

津貼」，此項津貼不具薪隨後又提出內容較為具體的「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」，包括輔導按摩業者、提升按摩技能、增加按摩工作機會、穩定就業輔導、輔導轉業補助等五大項目。薪資替代功能，是以身心障礙者本身需求為取向，因此必須進行資產調查，以身心障礙者本人、配偶及父母之收入狀況為斷。2001年德國社會法典第九編「身心障礙者復健與重建法」修正，基於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¹⁶⁹，賦予身心障礙者就業促進措施獨立的法源基礎。該法第33條第1項明文，就業促進之目的，係為使身心障礙者能具備、改善、開發、回復符合其狀況的工作能力，使盡可能地長期參與就業市場。而身心障礙者職業促進措施之給付內容尤其應包含下列各款，期間涵蓋至至必要的實習期間：

- (1) 協助身障者取得工作機會或維持其現有工作，並提供與此相關之諮詢、轉介、訓練與移動協助。
- (2) 就業前之準備，包括基於身心障礙狀況所需要的基本訓練。
- (3) 職業調整及進修。
- (4) 職業訓練。
- (5) 銜接過程津貼。
- (6) 其他為使身心障礙者能獲得適當工作機會或能自營作業所需之協助。例如就業輔導員最長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¹⁷⁰。

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，

¹⁶⁹參《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52。

¹⁷⁰參《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52。

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¹⁷¹。值得注意的是，身心障礙者復健與重建法第33條第4項明文，就業促進給付之提供，應尊重身障者之意願與性向、身障者目前為止所從事的工作以及就業市場的現況與未來發展。

就其實踐面向而言，在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，課程為期兩年，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。德國按摩師之執業範圍包括各種按摩手技（含反射區按摩）水療、冷療與熱療、運動治療與電療¹⁷²，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、教育學與心裡學、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。¹⁷³

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/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。視障者若有意成為按摩師，流程略為：年滿16歲以上、身體健康狀況良好之視障者先向勞動就業主管機關申請就業促進給付，經審核通過後，其兩年的職業訓練、考試與半年的實習期間所需課程費用、教材費用、學習輔具、交通費用，均由政府負擔，在此期間享有生活津貼，並能獲得就業輔導員之協助。¹⁷⁴

¹⁷¹參《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52。

¹⁷²參《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52。

¹⁷³參《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52。

¹⁷⁴參《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52。

(二) 英國

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（Royal National Institute for the Blind, RNIB）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。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(National Health Service, NHS)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¹⁷⁵。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¹⁷⁶：

A. 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」(Physiotherapy Support Service, PSS)，另一則為「身心障礙學生學習補助」(Disabled Student Allowance)。「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

¹⁷⁵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。

¹⁷⁶陳奇威，英國物理治療師支援性法規之初探，本計畫英國法制研究報告，第貳部分至第肆部分。

「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。

B. 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。

C. 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（Access to Work Scheme），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。

（三）日本

依日本現行「有關按摩、馬殺雞指壓師、針師、灸師法」，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¹⁷⁷。

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70所盲校，60所職業訓練機構、10所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（Sub-Bachelor's degree）¹⁷⁸。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

¹⁷⁷ 陳耀祥，日本視障者從事按摩業之管制與促進，本計畫日本法制研究報告，第「參」部分。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54。

¹⁷⁸ 行政院勞工委員會職業訓練局（溫秀琴、張瓊玲），91年度赴日本考察視覺障礙者就業促進報告，2002年11月15日。

自行開設理療院，晚近亦有不少受雇於大型按摩保健公司。值得注意者，日本法令針對視障理療師仍留有一項保護措施，即限制明眼人欲開設理療院時，須徵得一定距離內視障理療院之同意方得開設，惟此項規定未能有效落實，實益不大¹⁷⁹。

（四）中國大陸

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¹⁸⁰。

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。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

¹⁷⁹行政院勞工委員會職業訓練局（溫秀琴、張瓊玲），91年度赴日本考察視覺障礙者就業促進報告，002年11月15日。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54。

¹⁸⁰張巍，大陸盲人按摩業發展與規制簡析，中國盲人按摩法制研究報告，「二、盲人按摩業發展回顧」。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55。

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。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¹⁸¹。

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¹⁸²。

（五）小結

經比較我國法制現況與上述各國之法制，本文認為有幾點值得注意：首先，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

¹⁸¹張巍，大陸盲人按摩業發展與規制簡析，中國盲人按摩法制研究報告，「三、醫療按摩規則」。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55。

¹⁸²張巍，大陸盲人按摩業發展與規制簡析，中國盲人按摩法制研究報告，「四、保健按摩規制」。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55。

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。

至於上述各國法制對我國有何值得借鏡之處？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。的確，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，本計畫認為，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，行政部門亦應藉此機會將符合個別需求之多元就業促進措施進一步具體化、法制化。以下將以此為藍本，針對我國視障按摩就業促進措施有待改進之處加以分析。

六、我國視障按摩職業促進措施之檢討

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。

1. 重新建構訓練養成體系

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」第12條觀之，訂定該項法規命令之勞工、衛生、教育主管機關似乎有意將其提升為醫療性行為，再以同辦法第13條以及「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」觀之，教育主管機關希望由大學來開設理療學分班，似亦有意提升理療按摩之養成教育至大專層級，惟該辦法第6條並未設有所謂的「理療按摩技術士證」，而是以乙級技術士證及理療按摩專業訓練證明去申請理療按摩「執業許可」，簡言之，目前無論是技術士層級或專門職業技術人員層級，均無所謂的「理療按摩」證照。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。¹⁸³

再此須進一步加以釐清者，視障按摩養成目前授予之最高專業學歷為高職，此一教育層級是否可能成為專門職業及技術人員中的醫事人員？還是只能停留在不特別要求專業學歷的技術士？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，至少就理療按摩而言，若政策上有意將其定性為醫事人員，並不以大專院校設有相關科系為前提。惟進一步參酌「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

¹⁸³參《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56-57。

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，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。

依上述分析，並參酌上述各國法制，我國須重新建構按摩之養成體系，才能真正落實證照制度：

— 保健按摩部分，如未來證照制度採行A方案，實施「手技調理技術士證」，自應改變目前分散、混亂的訓練方式，針對丙級及乙級技術士層級，建立一套逐級而上的基本訓練課程，設定適當之養成訓練期間，其適用於先天失明者就讀之高職課程，亦適用於後天失明者之職業重建，如此才能確保按摩業從業人員基本的專業能力與素養。即使上述證照制度未能於現行身權法失效前完備，主管機關亦應積極整合啟明學校、重建院之師資以及具有豐富經驗之視障按摩師，將其經驗以及長期累積之訓練方式與課程內容加以標準化，使視障者在制度過渡期間仍能維持其專業能力於不墜。

— 如欲將理療按摩提升至醫療行為範圍，使其從業人員成為醫事人員，依目前專門職業及技術人員考試相關規定，首先須有法規明確將其定性為專技人員，就此而言，尚需考試院之配合¹⁸⁴；其次，配合醫療人員普通考試即將落日的政策，教育部必須推動大專院校設立相當之科、系、所，使視障者得以取得參加考試所需之學歷。

— 無論技術士或為專技人員，均應同步建立在職訓練與進修訓練之機制，主管機關尤其應積極協助已經取得技術士或專技證照之身心障礙者，定期參與進修與訓練，強化其專業能力及市場競爭能力。

— 至於訓練養成機構，可參考中國大陸現況，由大專院校設立相關科、系、所，但在我國，基於大學自治之考量，以教育部提供補助經費鼓勵大專院校設置或開設相關學程為宜；另一種更積極的模式，則是參考日本筑波大學，由國家設立專門養成訓練學校，涵蓋高職、大專等各種學制，並提供生活重建、職業重建訓練課程與在職訓練、進修訓練課程，以滿足先天或後天失明

¹⁸⁴專門職業及技術人員考試法第2條：「本法所稱專門職業及技術人員，係指依法規應經考試及格領有證書始能執業之人員；其考試種類，由考試院定之」。

者重新適應生活、取得各種證照之養成訓練需求¹⁸⁵。若係如此，該項機構宜定位為身心障礙者就業促進措施之一環，招收對象以身心障礙者為限，不收取非身心障礙者。

2. 養成教育階段之就業促進措施

證照制度與養成教育體系確立之後，需要針對身障者之特殊需求，提供相應之就業促進措施，使身心障礙者得以克服經濟與非經濟因素所致之困難，完成職業訓練、通過考試，進入職場。就此，參酌上述英、德、日等國已發展出的各項協助項目，應有助於瞭解視障者接受按摩或物理治療養成訓練期間之需求，檢討我國在此階段值得改善之處：

(1) 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一年以上，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。在此應注意者，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¹⁸⁶，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。

(2) 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。

¹⁸⁵ 李永昌教授提到，目前國內視障者相關之訓練方案缺乏整體性，且內容有待充實，林教授認為視障者職業訓練方案應包含就業所應具備的能力，如定性行動、社交技巧、資訊運用能力及專業技能。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87。

¹⁸⁶ 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。

(3) 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，這部分之配置如果越齊全，越能期待視障按摩師之專業提升。

(4) 資訊提供與諮詢服務可能是我國實務上有待加強之處¹⁸⁷（59頁）。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。

3. 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：

(1) 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¹⁸⁸，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。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，本計畫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，

¹⁸⁷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。

¹⁸⁸王育瑜，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，2004年8月，頁8-136。

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稅務知識、各種就業途徑之優缺點、合夥或雇用相關之法律知識，以及社會保險相關之權利與義務，使視障者能與一般公民相同，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。¹⁸⁹

(2) 理療按摩領域：「理療按摩」將定位為身心障礙者就業促進措施之一環，亦即政府為取得乙級技術士證之身心障礙者，提供專業訓練，增加其市場上之專業競爭力，則身心障礙者參合理療按摩之訓練課程期間，亦應比照養成階段之就業促進措施，依其減少工作接受訓練之實際情形提供生活津貼，並補助其教材、交通或食宿費用。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，此觀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條規定甚明；相對地，進用之醫療機構得依身權法第37條規定，申請職務再設計補助，方便視障理療按摩師工作。惟以目前定額進用制實施狀況而言，雇主傾向雇用肢體障礙、聽覺障礙、聲音語言功能障礙者，視障者在定額進用之機會競爭上仍相對弱勢¹⁹⁰。就此，勞工主管機關得依身權法第44條第1項規定另行提供補助，增加醫療機構之進用視障理療按摩師之意願。

(3) 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。

(4) 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

¹⁸⁹參《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59。

¹⁹⁰王育瑜，身心障礙者定額進用制度之研究，行政院勞工委員會職業訓練局委託研究報告（政府資訊系統計畫編號：PG 9310-0331），執行機構：國立暨南大學，2005年1月，頁101。

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五種專業人員¹⁹¹，視障按摩業團體則建議，將取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¹⁹²，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。惟無論是擔任職業訓練師、職業訓練員或就業服務員，依職業訓練法、職業訓練師甄審遴聘辦法及上述準則之規定，尚須具備接受相關訓練才能取得資格，就此主管機關必須另行啟動職業訓練措施，例如協助視障按摩師接受職業訓練師之培訓，或另行取得就業服務乙級技術士證。

4. 程序參與

承前所述，個別化原則為身心障礙者職業重建服務之重要指導理念，在立法技術上，無論是德國我我國，大抵以法律確定重要基本原則與機制，再授權主管機關訂定相關法規命令以為補充；且職業重建服務屬於給付行政一環，行政機關就此亦享有寬廣的政策形成與裁量空間。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

¹⁹¹ 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」。

¹⁹² 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。

之預算以行政計畫方式¹⁹³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，就此，相關團體、人民有無參與行政部門政策決定的程序權利？

按行政部門作為法律之執行者，除行政處分與行政指導等係針對具體事件或特定相對人所為，其他如法規命令（行政程序法第150條）、解釋性規則或裁量基準（行政程序法第159條第2項第2款）與行政計畫（行政程序法第163條）相對抽象，適用於不特定人，具有高度政策意涵。針對此類攸關政策內容的行政行為，我國行政程序法賦予人民之程序參與權利不一：

關於法規命令之訂定，依行政程序法第152條規定，人民或團體得提議為之，第154條、第155條規定行政機關應將法規命令草案公告，使人民有陳述意見之機會，並得依職權舉行聽證，上述規定乃是參酌美國行政程序法之立法例，惟並未課予行政機關發布命令之際負擔訂定理由說明義務，作為法院審查之基礎¹⁹⁴，以致於無法真正發揮確保人民程序參與之效用；解釋性規定與裁量基準等行政規則，係規範行政機關內部運作，並未直接對外發生法規範效力，因此行政程序法並無事前程序參與之規定；至於就業促進、社會給付行政性質之計畫，並未涉及一定地區土地之特定利用或重大公共設施之計畫，行政程序法未有特殊程序參與之要求（行政程序法第164條參照）。

在目前程序參與之法制架構下，在法規命令之訂定方面，身心障礙者權益保障法授權之相關法規命令大抵均已發布，身心障礙者團體或個人仍得針對其不備之處提議修正，促使行政機關提出修正草案、舉行聽證程序，惟須注意者，行政機關就其所發布或修正之行政命令，何以未接受人民或團體之意見、何以未召開聽證，在法律上並無說明理由之義務，個別的人民或團體不得對此提起行政救濟，請求為抽象的法規審查，只有當人民憲法上所保障

¹⁹³行政程序法第163條：「本法所稱行政計畫，係指行政機關為將來一定期限內達成特定之目的或實現一定之構想，事前就達成該目的或實現該構想有關之方法、步驟或措施等所為之設計與規劃」。另參見陳敏，行政法總論，第5版，2007年，頁639。

¹⁹⁴湯德宗，行政程序論，增訂二版，2003年，頁247-250；陳敏，行政法總論，第5版，2007年，頁538。

之權利，因適用該項法規命令受到不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對確定終局裁判所適用之命令有抵觸憲法疑義時，依司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款聲請釋憲¹⁹⁵。除法規命令外，與視障從事按摩業相關之促進措施，較可能以行政計畫方式提出，就此行政程序法雖未明文要求應踐行之程序，但行政程序法有關事實證據調查、聽證程序、陳述意見機會等乃屬一般性規定，主管機關本得基於職權先將計畫草案公告，並召開正式聽證或以非正式程序，使利害關係人得參與其事，表達其事實及法律上見解，以獲得利害關係人之支持、化解阻力；行政機關進行意見徵詢之程序時，除應邀請職業重建服務領域之專家學者協助外，對於「利害關係人」宜應從寬認定，因為視障按摩師的就業型態漸趨多元，按摩師之經營與進修意願與需求亦不盡相同，且並非所有視障按摩師均加入職業工會，除此之外尚有不少視障相關之障礙團體參與按摩院之經營或按摩技能之提升，建議主管機關應將法規命令或行政計畫之草案以適當方式盡可能傳遞給每位視障按摩師、職業團體與相關團體，公平賦予表示意見之機會。

針對我國目前法規命令與一般行政計畫之程序參與規範缺失，並考量身心障礙者之資訊取得與社會參與程度相對弱勢，可考慮於身心障礙者權益保障法提出程序參與的修正草案，作較為明確之規範，例如要求行政機關訂定與身心障礙者各項權益相關之法規命令或擬定行政計畫時，或下達解釋性規則之前¹⁹⁶，應將草案內容以適當方式告知相關之身心障礙個人或團體，給予一定期間陳述意見之機會，並得依職權舉行聽證，亦即在身心障礙者權益保障法就行政程序參與事項作較為嚴格周全之規範，優先於行政程序法之適用¹⁹⁷；行政機關未踐行程序或違反程序時，身心障礙個人或團體如欲提起行政救濟，請求法院作法規抽象審查，尚須配套修正行政訴訟法與大法官釋憲程序，問題爭議性不小，修正恐怕不易，此由行政程序法與行政訴訟法之立法、修法歷程可見一斑¹⁹⁸。即便欠缺司法審查機制，本計畫認為身心障礙者權益保障法增設行政程序參與之規定仍具有促進身心障礙者權益的效果，且透過

¹⁹⁵陳敏，行政法總論，第5版，2007年，頁538-539。

¹⁹⁶陳敏，行政法總論，第5版，2007年，頁550。

¹⁹⁷湯德宗，行政程序論，增訂二版，2003年，頁159-164。

¹⁹⁸湯德宗，行政程序論，增訂二版，2003年，頁247。

身心障礙個人或團體的積極參與，亦能使職業重建服務作更細膩的類型化，以滿足不同障別、不同工作內容、不同就業型態之需求。

按視障者從事按摩或物理治療等相關工作，並非我國所獨有，除鄰近之日、韓、中等國外，西方國家如德國、英國等亦同，尤其英國盲人物理治療師之養成制度與就業輔導模式歷史長久，政府提供給視障者之服務面向與模式相當完整，進而影響澳洲、加拿大、以色列等國，也陸續引入視障物理治療教育與職業訓練¹⁹⁹。而我國視障者目前就業率約為37%左右，其中以從事按摩業比例最高，達34.1%，目前提供給視障者的職業訓練，主要為按摩業與電話服務，其中前者佔65.2%²⁰⁰，顯示視障者從事按摩工作的比例還是最高。其原因何在？除法律明文予以保障外，主要是相較於適於視障者之工作，從事按摩的收入較高，不僅可以維持本身生活，亦能扶養家庭，除非無障礙環境大幅改善，使視障者得以如常人般從事專門性技術性職業，或是視障者從事政府所開發新職種，其收入不亞於從事按摩，否則短期間內按摩業可能仍是多數視障者選擇之工作²⁰¹。

在此事實基礎上，如能針對視障者從事按摩業之需求，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，甚至透過行政程序以延續性計畫方式推動，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。惟應注意者，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

¹⁹⁹參《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64。

²⁰⁰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83-84。

²⁰¹李永昌，障礙者工作職類研究，特殊教育與復健學報，2003年，第11期，頁57-59。

職業重建原則之要求²⁰²。此外應強調者，視障按摩師之就業型態漸趨多元的趨勢下，政府提供之就業輔導措施不宜僅以身障福利團體為對象，或僅以某種就業或經營型態為限。政府實施職業重建服務，應尊重身障者選擇就業方式之自由，依其受雇或合夥，經營個人工作室或勞動合作社或各種規模之按摩院等不同意願，提供相關之就業或創業知識與職務再設計，為其開啟其多元就業管道為目的。

4. 主管機關

依身心障礙者權益保障法第2條第3項第4款規定，有關身心障礙者之職業重建、就業促進與保障勞動權益與職場安全衛生等相關權益之規劃、推動及監督等事項，以勞工主管機關即勞委會為目的事業主管機關。而主管機關與目的事業主管機關之間如何配合，依按摩業之主管機關與證照制度分析如下：

（一）保健按摩：本計畫認為按摩業之主管機關應為衛生署，視障者從事保健按摩，從職業訓練、技術士證照考試到就業促進等階段，則以勞委會為目的事業主管機關。如由國家設立專門之按摩學校，其課程內容、學制與學歷之授予與無障礙學習環境等，則須由勞委會、衛生署與教育部共同協力。

（二）理療按摩：本計畫同樣認為理療按摩之主管機關應為衛生署，如理療按摩維持現制未設有證照，除大學院校開設理療學分班需要教育部之配合與協力外，身心障礙者接受理療訓練期間與就業階段之各項促進措施，仍以勞委會為目的事業主管機關；如將理療按摩提升為醫療行為，則有關大專院校相關科系之設立由教育部主管，修業期間、課程內容、實習等事項由衛生署主管，相關之專門職業與技術人員考試由考試院主管，但身心障礙者在執業階段所需相關之就業促進措施仍由勞委會主管。

5. 稅賦

²⁰²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年，孫迺翊主持，勞委會職訓局委託，頁64。

(1) 一般商業活動：以公司型態經營者，依公司法第6條規定須辦理公司登記，以行號型態經營者，依商業登記法第4條須辦理商業登記。舊公司法第15條有「公司不得經營登記範圍以外之業務」之規定，違者將受刑事處罰；舊商業登記法第8條及第33條規定，經營登記所營業務以外事項者，設有行政罰之規定，按摩業依法既專屬保留予視障者，營利事業提供明眼人之按摩服務，應已抵觸上述商業法令應得據以處罰之。民國90年公司法修正時將經營公司登記以外業務之處罰規定予以刪除，民國97年商業登記法修正時同樣也將登記與管理分開處理，經營登記以外業務之處罰規定亦經刪除。換言之，商業法令已不再處罰經營登記範圍以外業務之行為。在稅賦方面，經營公司或商業，須依加值型與非加值型營業稅法繳納營業稅。

(2) 通過國家考試之專門職業及技術人員

專技人員執業無須辦理商業登記，專技人員雖無辦理商業登記問題，但須持主管機關核發之證書向主管機關申請執業登記始得執業，例如醫師法第8條規定，醫師執業須向主管機關申請執業登記，律師法第7條規定，律師執業須向地方法院登錄，其他會計師法第8條、建築師法第6條、技師法第7條均同。由於專門職業及技術人員之執業範圍受法律之保障，因此「公司名稱及業務預查審核準則」第12條第2款以及「商業名稱及所營業務預查審核準則」第13條第2款均明文規定，專門職業技術人員執業範圍不得為公司及商業的登記事業。換言之，專門職業及技術人員之執業範疇與公司登記及商業登記之範疇互不重疊。

在稅賦方面，專門職業及技術人員提供之勞務，屬於加值型及非加值型營業稅法（原營業稅法）第3條第2項但書所稱「執行業務者提供其專業性勞務」，依其規定非屬營業稅課徵範圍，因此無須繳納營業稅，但依所得稅法第11條第1項之定義，律師、醫師、會計師等等屬於「執業業務者」，其執行業務所得依第14條第1項第2類之規定，屬於個人綜合所得稅課徵範圍。

(三) 其他未有明確管理事項：除此之外，尚有許多未歸入一般商業管理，亦非專門職業及技術人員，其能否辦理商業登記、須繳納何種稅賦，均由行政機關以解釋令函處理，問題是這些函釋通常係各機關就其主管業務中某些類型案件是否適用特定條文，從法條文義作正/反簡單推論，缺乏整體法秩序

之思考，不同機關之函釋或同一機關所作函釋甚至相互矛盾。這些函釋雖不具有拘束法官之效力，卻是實際塑造了視障按摩業發展之法制困境。以下先分析按摩及民俗療法之商業管理與稅賦相關函釋見解：

1. 公司登記或商業登記：有關視障按摩及民俗療法能否作為營利事業登記項目，經濟部商業司主要基於前述衛生署82年11月19日衛署醫字第82075656號公告民俗療法及84年4月12日衛署醫字第84011387號函釋之立場，認為視障按摩與其他民俗療法不列入醫療管理行為，其行為之登記仍受醫療法之禁止，不宜作為商業登記範疇，「否則易使人誤認為經政府合法登記之另一種醫療行業，而誤導民眾」²⁰³。但問題是不准其登記為營業項目，並無法達到衛生署所期待的效果，因為只要業者避免宣稱療效，就不會受到醫師法之處罰，這些行業依然存在於社會，而且除了視障按摩設有技術士證照之考試外，其餘民俗療法無任何管理制度。

2. 執業登記：由於身權法將按摩業專屬保留給視障者，因此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規定，視障按摩師須持技術士證向地方政府申請執業許可，取得執業許可證後始得執業。其他推拿、指壓、腳底按摩等民俗療法業者，亦無執業登記之關規範。

3. 稅賦：按摩師及其他民俗業者未能辦理商業登記，則其以技藝自力營生，無須繳納營業稅²⁰⁴，而另依所得稅法第11條第1項之定義，以技藝自力營生者屬於「執行業務者」，其執行業務所得依同法第14條第1項第2類之規定，

²⁰³有關按摩不得為商業登記範疇參見經濟部民國81年5月28日經商字第207706號函、經濟部商業司民國96年2月13日經商字第09602016500號函；有關推拿、指壓、腳底按摩等民俗療法不得為商業登記範疇，參見經濟部商業司民國93年4月26日經商六字第09300544190號函、經濟部商業司民國93年7月6日經商六字第09302103410號函；有關國術館從事筋骨推拿業務不得為商業登記範疇，參見行政院衛生署回覆經濟部之民國84年4月12日第84011387號函。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66。

²⁰⁴財政部賦稅署770307台稅二發第770044235號函：「盲人投資經營按摩院（中心），如具有按摩院之設備並僱用按摩人者，自應依法辦理營業登記，課徵營業稅。但如以個人按摩或集數個按摩者，以本身勞力應顧客召喚外出或在住宅附設按摩室從事按摩，並無僱用按摩人者，則屬以技藝自力營生之人，依照營業稅法第3條第2項但書及同法施行細則第6條規定，免辦理營業登記，並免徵營業稅」。依照財政部此號函釋之見解，視障者如果經營按摩院，有相關設備並僱用按摩師者，得辦理營利事業登記，營業所得須繳納營業稅，惟如前所述，經濟部商業司根本未設有按摩之營業項目，因此實際上無論個人按摩、聯合執業，或開設按摩院僱用按摩師，均無法辦理商業登記，亦無繳納營業稅之問題。

應課徵個人綜合所得稅²⁰⁵。另外在房屋稅方面，視障按摩師利用自宅從事按摩，因未具營利事業條件，僅按住家用稅率課徵房屋稅，無須適用稅率較高之營業用房屋稅稅率²⁰⁶。

在上述法制現況下，視障者目前遭遇之困難在於，無法辦理商業登記，即無法成為國民旅遊卡之特約商店，亦限制其以公司或商號方式經營按摩院的可能性。未來按摩業開放後，除非法律上將醫療性理療按摩列為一項專門職業技術項目，否則法理上應無排除保健按摩或理療按摩成為公司或商業登記營業項目的理由，則經濟部商業司自得透過內部程序，給予按摩單獨之營業項目代碼即可。惟實務運作上，經濟部商業司將本身職權定位在單純受理登記、不負管理責任，因此程序上需要由目的事業主管機關檢視法令或政策上需求、並檢具資料送經濟部商業司，經濟部商業司受理之後才會開啟「代碼審議委員會」之程序，倘若欠缺目的事業主管機關，即無發動之機關，經濟部商業司亦不會主動開啟相關程序²⁰⁷。在這套遊戲規則尚未變更之前，按摩業主管機關之確定便成啟動為商業管理的前提要件，本計畫建議法制上須儘速確定按摩業之主管機關，主管機關並應儘速檢具資料向經濟部商業司申請增列營業項目，使視障者經營之按摩院取得與政府從事商業活動之資格。未來倘若按摩業之主管機關迨於發動程序，申請商業登記被駁回之視障按摩師自得以行政機關之不作為以及法令上之欠缺限制其營業自由為由，提起行政救濟及大法官釋憲，來解決此一法制困境。

另外，視障者從事按摩業之租稅減免，依身心障礙者權益保障法第72條規定，納稅義務人為身心障礙者，所得稅法第17條規定，准予列報身心障礙者每人每年10萬元之特別扣除額，除此之外是否應就其執行業務所得給予減免，或者未來得辦理營業登記時，其營業稅得否享有較為優惠之稅率，涉及視障者從事按摩業、視障者從事其他行業，以及其他障別身障者從事其他行

²⁰⁵財政部 84 年 7 月 12 日台財稅字第 8416334845 號函認為，從事腳底按摩、指壓刮痧者，即屬所得稅法所稱以技藝自力營生之執行業務者。

²⁰⁶財政部民國 84 年 7 月 26 日台財稅字第 841637331 號函。

²⁰⁷例外情形是所謂「八大行業」之登記與管理，八大行業並無目的事業主管機關，但在商業登記上仍有營業項目代碼，這是經濟部商業司整理自舊法規給予其代碼，且實際上亦由經濟部商業司負責其行業之管理。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 66。

業彼此間之公平性問題以及總體稅賦公平性問題，建議由行業主管機關、身心障礙者就業促進主管機關以及稅務主管機關就此另作通盤檢討，再行提出周全方案。²⁰⁸

伍、結論與建議

關於按摩業開放後管理之法制建構規劃，本計畫之研究結論與法制建議如下：

一、關於按摩業之證照制度與行業管理

1. 管制理論：管制乃是管制主體基於一定之管制目的，對於管制對象所施加之影響，可能是對於個人的行為管制，也可能是意圖引導系統發展之系統管制。管制手段之選擇往往取決於管制哲學。關於管制哲學，除傳統由國家管制與放任社會自我規制外，新的管制哲學要求國家與社會間得更為細膩分工。

2. 按摩相關行業予以管制之必要性：

— 「不予管制」並非管制之空白，即使不予管制，仍會受到一般性行為管制體系之規範，及受其他管制領域所波及。管制與否之決定，其實是不同管制範疇之選擇，而決定是否要進行特殊/積極之管制。

— 鑒於按摩相關行業在業務行為操作上之危險性，有採取特殊/積極管制之必要。

3. 管制手段

— 目前關於專業知識與技術能力之取得，視障按摩有由國家提供制度性之養成訓練；足部反射療法與傳統整復推拿則是由民間團體提供系統性之養成訓練，國家只有相當低程度之介入，即對於課程予以補助。

— 由國家設置專門之職業教育養成機構來提供職業養成教育，在各行業都屬罕見，除非有特殊的考慮，原則上無此必要。對於視障者由國家設置專門給予之職業教育養成機構來提供按摩職業養成教育，應有其適當理由，至於對於明眼人則無此必要。

— 證照管制可以是一種職業許可要件，也可以只是一定專業知識與技術能力之證明。是否要採行作為職業許可要件之證照管制，要考慮其對於人民職業

²⁰⁸參《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67。

選擇自由之限制是否合乎憲法上比例原則之要求。對此必須考慮到大法官繼受自德國法之「三階段理論」。依據此一理論，採行作為職業許可要件之證照管制，必須是基於維護重要之公共利益。對於按摩相關行業之證照管制，所維護之公共利益，是否為「重要」而非「一般」，須考慮按摩相關行業業務執行行為之危險性高低。

— 按摩與傳統整復推拿之危險性較高，應採行作為職業許可要件之證照管制；足部反射療法之危險性較低，無須採行作為職業許可要件之證照管制。

— 證照之發給，在由國家核發與單純由民間團體頒發之間，尚有多種可能性。應作如何之選擇，立法機關享有相當之選擇自由，而選擇之考量主要取向於管制目的與管制哲學。亦即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，證照之發給管制手段大致上符合危險性之考量而切合管制目的。（68頁）

4. 統一或分立管制

— 按摩與傳統整復推拿各有其發展歷程，而導致二者在專業知識與手法上雖有共通之處，但並不完全相同。衛生署長期以來，以推拿為對人體疾病之處置，而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，以區隔兩者。惟此一區隔隨著「不列入醫療管理之行為」公告之停止適用，以及「推拿等民俗調理之管理規定事項」之訂定與修改，而愈趨模糊。

— 依照技術士證與執業許可證之組合，在推拿與按摩應統一或分立地加以管制之問題上，可以提出三個可能方案：單一技術士證與執業許可證（A案）、分別之技術士證而共同之執業許可證（B案）、以及分別之技術士證與分別之執業許可證。

— A、B、C三案中，C案因有高度之違憲疑慮而不予考慮，至於A、B兩案，在合憲性評估上，A案優於B案；在可行性評估上，B案優於A案。無論選擇何案，應都屬可接受，具體之選擇可由立法者決定。

5. 理療按摩制度

— 理療按摩是否具有醫療性質，於立法引進之初即有所模糊。現行之理療按摩執業許可證實質上僅為專業知識與技術能力之證明。

— 現行之理療按摩執業許可證類同對於視障者之就業促進措施，保留予視障者取得，並不違憲。

— 未來如果創造「醫療按摩師」資格，則此一資格之取得必須對所有國民開放，才不致牴觸大法官釋字第649號解釋。不過，隨著此一資格之建立，也會建立取得此一資格之「教、考、用」制式途徑，一般人必須循此途徑才能取得資格，對於視障者則可以建立特殊的養成教育體制。

6. 主管機關

— 主管機關之選擇主要應考慮專業能力。

— 對於按摩相關行業之管制，由於管制目的在於人民健康之維護，衛生署應為適當之管制機關。

7. 制度變革與信賴保護

— 對於按摩業之管制應制定新法，如新法制定前身權法第46條第1項已失效，將產生價值判斷上之矛盾，即視障者從事按摩須取得執業許可證，明眼人反而不必，從而構成一個規範漏洞。考慮到視障者即使未取得執業許可證而從事按摩，也無取締規定，而且明眼人從事「推拿」向來也無須執業許可，因此此一漏洞不予填補，應屬無礙。結果，在此期間，按摩執業許可證實質上將喪失作為職業許可條件之意義，而只為具備專業知識與技術能力之表彰。

— 傳統整復推拿師實施推拿向來並無須執業許可，於新法制定後即取得執業許可證始可執業，新法應考慮過渡期間之規範。對此所需考慮之問題約有：是否規定過渡期間，於過渡期間內仍可無證而執行業務？如果規定過渡期間，適用對象之資格如何界定？已取得職業團體所發關於技術能力之證書者，是否允許其直接換證？或者在何等條件下可以換證？等等問題。不過具體規劃原則上屬於立法機關之政策形成自由。²⁰⁹

二、關於視障者從事按摩業之就業促進措施

1. 法制借鏡：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，惟從協助身障者融入主流之觀點，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之就業促進措施，較能體現個別化職業重建之精神，這也

²⁰⁹參《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69。

是我國身權法修正之後最需要加強之處。

2. 重新建構訓練養成體系

— 保健按摩部分，如未來證照制度採行A 方案，實施「手技調理技術士證」，應改變目前分散、混亂的訓練方式，針對丙級及乙級技術士層級，建立一套逐級而上的基本訓練課程，設定適當之養成訓練期間，其適用於先天失明者就讀之高職課程，亦適用於後天失明者之職業重建。

— 理療按摩目前定位不明，欠缺教考用之配合，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「公私立醫療機構進用或轉介」之規定形同具文。

— 如欲將理療按摩提升至醫療行為範圍，使其從業人員成為醫事人員，依目前專門職業及技術人員考試相關規定，首先須有法規明確將其定性為專技人員，並需要考試院與教育部配合。

— 醫療性理療按摩之教育養成，可參考中國大陸現況，由大專院校設立相關科、系、所，但在我國，基於大學自治之考量，以教育部提供補助經費鼓勵大專院校設置或開設相關學程為宜；或參考日本筑波大學，由國家設立專門養成訓練學校，涵蓋高職、大專等各種學制，並提供生活重建、職業重建訓練課程與在職訓練、進修訓練課程，該項機構宜定位為身心障礙者就業促進措施之一環，招收對象以身心障礙者為限，不收取非身心障礙者。

— 主管機關應積極協助已經取得按摩相關技術士或專技證照之身心障礙者，定期參與進修與訓練，強化其專業能力及市場競爭能力。

3. 養成教育階段之就業促進措施

— 未來政策上如欲延長按摩基本養成訓練期間達一年以上，應配套修正就業促進津貼實施辦法」，延長身障者職業訓練生活津貼，使身障者於職業訓練期間均能獲得生活津貼之支持。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，應先依就業保險法第19 條規定請領，待六個月期滿後再依就業促進津貼實施辦法請領。²¹⁰

— 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

²¹⁰參《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 70。

費用，亦應給予適當補助，並建議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，並宜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，提供視障者參加職業訓練所需之各項軟、硬體設施。

— 行政機關應大幅強化資訊，主動提供身心障礙者個別化諮詢與資訊。

4. 就業輔導

— 我國身心障礙者權益保障法已有諸多就業輔導措施之明文規定，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。主管機關基本上享有寬廣的政策空間，建議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。

— 有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，建議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體設備外，同時也提供視障按摩師經營上所需之稅務知識、各種就業途徑之優缺點、合夥或雇用相關之法律知識，以及社會保險相關之權利與義務。

— 如依本計畫第「參」部分之研究結論，將「理療按摩」定位為身心障礙者就業促進措施之一環，則身心障礙按摩師參加理療按摩之訓練課程期間，亦應比照養成階段之就業促進措施，如生活津貼，教材、交通或食宿費用之補助。

— 如能克服目前法規、教育與考試法制上之限制，順利將理療按摩提升至醫療行為，則理療按摩師可透過定額進用制，進入醫療機構工作；相對地，進用之醫療機構得依身權法第37條規定，申請職務再設計補助。勞工主管機關得依身權法第44條第1項規定另行提供補助，增加醫療機構之進用視障理療按摩師之意願。

— 應設置就業輔導員協助視障者進入按摩業，並得將取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，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。惟無論是擔任職業訓練師、職業訓練員或就業服務員，依職業訓練法、職業訓練師甄審遴聘辦法及上述準則之規定，尚須具備接受相關訓練才能取得資格，就此主管機關必須另行啟動

職業訓練措施，例如協助視障按摩師接受職業訓練師之培訓，或另行取得就業服務乙級技術士證。

5. 程序參與

— 已發布之心障礙者權益保障法相關法規命令，身心障礙者團體或個人得依行政程序法之規定，針對其不備之處提議修正，促使行政機關提出修正草案、舉行聽證程序。²¹¹

— 與視障從事按摩業相關之促進措施，較可能以行政計畫方式提出。主管機關本得基於職權先將計畫草案公告，並召開正式聽證或以非正式程序，使利害關係人得參與其事，表達其事實及法律上見解。

— 行政機關進行意見徵詢之程序時，除應邀請職業重建服務領域之專家學者協助外，並應將法規命令或行政計畫之草案以適當方式盡可能傳遞給每位視障按摩師、職業團體與相關團體，公平賦予表示意見之機會。

— 建議於身心障礙者權益保障法提出程序參與的修正草案，要求行政機關訂定與身心障礙者各項權益相關之法規命令或擬定行政計畫時，或下達解釋性規則之前，應將草案內容以適當方式告知相關之身心障礙個人或團體，給予一定期間陳述意見之機會，並得依職權舉行聽證。

6. 公平性問題

— 視障按摩業保留條款失效後、推拿方面之證照制度尚未建立前之過渡期間，可能形成視障者從事按摩業必須取得證照、申請執業許可，而非視障者不受任何限制的現象；另一種可能的作法，則是保留證照考試，但不再限定視障者必須取得技術士資格始得執業。為緩和因此所生之違憲疑義，可考慮以各項就業促進措施作為鼓勵視障者接受職業訓練、通過證照考試、申請執業登記之誘因，例如接受按摩職業訓練課程或進修訓練之視障者，政府給予職業訓練生活津貼、學費教材等各項補助；取得丙級技術士證、辦理執業許可者，得申請個人工作室之創業輔導與職務再設計補助；政府媒合企業雇用之視障按摩師，至少須具備丙級技術士之資格，或者政府補助身障福利團體經營按摩院，以其聘用具有丙級技術士證之視障按摩師為要件；取得乙級技術士證、具有一定工作經驗並參加經營管理課程結業者，得申請開設中型

²¹¹參《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71。

按摩院之創業補助。

— 未來其他障別之身障者有意從事按摩業者，基於平等原則，政府自應依其需求給予適當之就業促進協助，並需要針對不同障別另行設計不同模組之服務內容。

— 政府提供之就業輔導措施不宜僅以身障福利團體為對象，或僅以某種就業或經營型態為限。政府實施職業重建服務，應尊重身障者選擇就業方式之自由，以為其開啟其多元就業管道為目的

7. 主管機關

— 保健按摩之主管機關應為衛生署，視障者從事保健按摩之職業促進事項，則以勞委會為目的事業主管機關。

— 理療按摩之主管機關亦應為衛生署，如理療按摩維持現制未設有證照，身心障礙者接受理療訓練期間與就業階段之各項促進措施，仍以勞委會為目的事業主管機關；如將理療按摩提升為醫療行為，則有關大專院校相關科系之設立由教育部主管，修業期間、課程內容、實習等事項由衛生署主管，相關之專門職業與技術人員考試由考試院主管，但身心障礙者在執業階段所需相關之就業促進措施仍由勞委會主管。²¹²

三、關於商業管理、稅賦與按摩業證照制度及身障者就業促進措施之關連性

1. 按摩業之主管機關確定後，應儘速檢具資料向經濟部商業司申請增列按摩之營業項目，使視障者經營之按摩院取得與政府從事商業活動之資格，以利政府以採購或特約方式實施就業促進措施。

2. 除身心障礙者權益保障法第72條、所得稅法第17條之規定外，視障者從事按摩業是否應享有租稅減免，建議由相關主管機關另作通盤檢討。²¹³

陸、修法與立法建議

司法院大法官釋字第649號解釋理由書最末段提及：「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

²¹²參《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72。

²¹³參《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73。

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三年時失其效力。」

依其意旨，在三年的過渡期間內，政府各部門之義務有三：

（一）對按摩業及相關事務妥為管理，且在考量視障者與非視障者、消費與供給者之權益，注意弱勢保障與市場機制之均衡等因素下，行政與立法部門已無放任不管理之政策空間，甚至亦無採取「只要不宣稱療效即可自行為之」的低度管理可能性。

（二）須有效促進視障者及其他身心障礙者之就業機會。

（三）而依據本研究之觀察與結論，無論是行業管理或身心障礙者之就業扶助，均須明確劃定主管機關之權責，才能順利啟動政策決定程序，包括開啟與相關身心障礙者團體或個人聽證程序、協調相關主管機關、解決不同部會間法制障礙，並向立法院提出修法或立法草案。

在三年過渡期間屆至前，縱未能完成所有修法或立法，至少須清楚界定各主管機關權責，使其承擔後續法制建構之政治責任與法律責任，否則一旦過渡期間屆滿，按摩業之管理及視障者從事按摩業陷於無主管機關負責之情形，對視障者而言，此種「不作為」將造成比目前法制現狀更為不利的後果，其已明確違反憲法增修條文第10條第7項及本號大法官解釋之意旨。

六、身心障礙者權益保障法－ICF 制

（一）理念轉變－ICF 制

由於身心障礙之成因與障礙性質眾多，再加上世界上各國社會制度不一，社會福利觀念之差異，以及法律規定或醫學認定的標準不同，因此身心障礙這個名詞在世界各國有著不同之意涵。其判斷標準有以下二種觀模式。

1. 醫療模式的障礙觀點

過去常以「個人觀點」看待身心障礙者，於是發展出「醫療模式」、「功

能模式」及「福利慈善模式」。即以個人健康、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功能所造成的限制。著重於身心之回復，因此被批評不夠尊重各種差異。身障者為醫療之客體或施捨之對象，非將其視為權利之主體。

在醫療模式的觀點下，身心障礙者在社會生活上，經常需要承受極大的壓力去證明他們是正常的；他們必須去證明他們的身體對其與社會互動的影響是微不足道的。身心障礙者難以進入現代社會的生產市場中。身心障礙者的異常被認定是勞動參與的主要障礙，必須透過醫療復健或職能訓練加以回復其工作能力，

以達到其回到市場勞動力之需求標準。若無法符合市場勞動力需求之身心障礙者，政府會提供庇護性之工作機會亦或者直接將其視為非勞動力。

故在醫療模式的觀點下，身心障礙者本身所處的環境並不會被質疑和加以考量；而是由專業人員來決定身心障礙者身心狀況是否需要接受治療與其所需要的服務。換言之，身心障礙者本身的想法、意見與決策能力在此是不被重視的。

由於此種觀點太過於注重醫療專業之看法，以致忽略了身心障礙者的意見，造成對身心障礙者的壓制。²¹⁴

2. 社會模式的障礙觀點

社會模式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。

又可分為環境途徑及權利結果途徑。前者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

²¹⁴ 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200-203。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。

活之障礙。強調以建設無障礙空間、就業公平及積極措施等方式，消除對身體障礙之影響。後者則認為透過人權原則看待身障者（社會如將部分人邊緣化），所以應作社會結構之調整，使被社會邊緣化之人有效參與社會。對身障者參與社會有高度評價，且鼓勵身障者積極參與社會。強調社會多元及對身障者之培力（empower）。²¹⁵

3.世界衛生組織新版的身心障礙定義與分類系統（ICF）

（1）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。²¹⁶

（2）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

²¹⁵ 廖福特，從「醫療」、「福利」到「權利」－身心障礙者權利保障之新發展，中研院法學月刊，第 2 期，2008 年 3 月，頁 168。

²¹⁶

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²¹⁷。

ICF 為修正 1980 年世界衛生組織發展的國際機能損傷、身心功能障礙與殘障分類 (International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps, ICIDH) 以及 1997 年發展的國際機能損傷、活動與參與分類 (International Classification of Impairments, Activities, and Participation, ICIDH-2)。ICF 中(功能 Impairments)、活動受限(Activity limitation)和參與侷限性 (Participation restriction)，ICF 還列舉影響上述 3 個功能表現的環境因素，以及說明個人因素也影響功能表現如下圖 1。」這個專有名詞包含所有身體功能、活動功能和參與功能；而「身心功能障礙」這個專有名詞指的是機能損傷在世界衛生組織 2001 年所發行的 ICF 手冊中，除了有詳盡說明 ICF 的完整編碼系統 (coding system)，也說明 ICF 為一個多目的性之分類系統，能在不同方面上被廣泛使用，特別是在健康和健康相關領域的分類，能有助於描述身體功能和構造的改變、處於健康狀態的人在標準環境下能作什麼 (能力程度, capacity qualifier) 以及他們在一般環境下實際上作什麼 (表現程度, performance qualifier)。例如，ICF 可作為統計工具，用於收集和紀錄數據 (如在人口研究和問卷或在管理資訊系統)；作為研究工具，用於量測結果、生活品質或環境因子；作為臨床工具，用於需求評估、特殊狀況之配對處理、職業評估、復健和結果估計；作為社會政策工具，用於社會安全計畫、賠償系統和政策設計及執行；作為教育工具，用於課程設計和提升對社會活動的知覺和參與。²¹⁸

(3) ICF 的使用與分類

ICF 的編碼系統共分四層，第一層次即為身體功能與構造、活動和參與功能以及環境因素的次分類，分別以 1 個英文字首和 1 個阿拉伯數字表示；英文字首表示方式如身體功能之代號為 b、身體構造之代號為 s、活動和參與

²¹⁷ 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。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。

²¹⁸ 蔡嘉偉，國際健康功能與身心障礙分類 (ICF) 在特殊教育應用，網路資料。

功能之代號為 d、及環境因素之代號為 e。第一層次共有 34 個編碼。第二層次以 2 個阿拉伯數字表示，共有 362 個編碼；而第三以及第四層次分別各以 1 個阿拉伯數字表示，共有 1424 個編碼。在 ICF 手冊中的編碼指引說明，在實際應用上，以兩層次(三位數)的一組 3 到 18 個代碼來描述一個個案通常是足夠的，也可以用於統計調查和評估健康結果；而最詳細的四層版本是用於專業服務(如復健結果、老人病學、或心智健康)。而其分類如下：²¹⁹

表 2 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		

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。

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

²¹⁹蔡嘉偉，國際健康功能與身心障礙分類（ICF）在特殊教育應用，網路資料。

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。²²⁰

（二）身心障礙者定義

1. 我國 ICF 新制定義

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）²²¹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。²²²身心障礙者權益保障法於 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。

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，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

²²⁰ 內政部網站新聞稿。

²²¹ 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。

²²² 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。

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。

2.舊制對身障者之定義

我國對身心障礙者保護規定起源於 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。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）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 86 年憲法之修改，將「殘障福利法」修正明稱為「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。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。

	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

* 本文作者參考衛生署網站資料整理

新舊制之差別為：身心障礙之身分取得方式改變，即舊制由醫師鑑定後核發身心障礙手冊，新制改為由醫療及社工團隊鑑定及需求評估後發身心障礙證明（新法第 71 條）。障礙類別由舊制 16 類（原第 3 條），調整為新制八大功能分類（新修正第 5 條，鑑定之向度也增加心臟及排尿之功能）。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。²²³

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。

（三）身權者福利及 ICF 制權利內涵

²²³ 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」。

1. 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，積極推動無障礙之社區居住及生活環境，並保障身心障礙者人格及合法權益，維護其保健醫療、教育、就業權益，協助取得支持性、經濟性服務並推動保護服務，結合民間部門提供居家式、社區式為主之照顧服務，加強提供身心障礙者社區日間照顧服務，促使身心障礙者留在社區就近得到照顧。

目前重要措施計有：1. 經濟安全：(1) 生活補助：為加強保障居家身心障礙者經濟安全，對未獲安置於機構之中低收入身心障礙者發給生活補助費。(2) 托育養護費補助：對於經政府轉介安置於身心障礙福利機構之身心障礙者，政府補助托育養護費用。(3) 輔助器具補助：為協助身心障礙者克服生理機能障礙，促進生活自理能力，政府補助輔助器具費用。2. 生活照顧：(1) 托育養護：加強輔導各地方政府自行設立或輔導民間辦理身心障礙福利機構，以提供身心障礙者日間托育、住宿服務、技藝陶冶及福利諮詢等服務。(2) 個人照顧服務：提供身心障礙者居家照顧、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、課後照顧及其他有關身心障礙者個人照顧之服務措施。(3) 家庭照顧服務：提供身心障礙者家庭所需臨時及短期照顧、照顧者支持、家庭托顧、照顧者訓練及研習，以及其他有助於提升家庭照顧者能力及生活品質之服務措施。3. 輔具推廣：(1) 辦理輔助器具維修：輔導設置輔具資源中心，辦理身心障礙者輔具維修、回收、租借及到宅評估輔助器具、復健訓練評估等服務。(2) 設置輔具資源推廣中心：委託設置多功能、矯具義具與行動輔具、溝通與資訊輔具資源（整合）推廣中心，促進輔具資源之發展與運用。²²⁴

2. ICF 制權利精神—個別化專業服務

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，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，

²²⁴ 內政部網站資料。

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。

ICF 制之精神為個別化專業服務，其內容包含：(1) 身心障礙專業人員培訓：為有效因應社會化需求，政府積極培訓各障礙類別專業人員，以強化工作之表現、技巧、專業成長及提升服務品質。內政部訂定「身心障礙福利服務專業人員遴用標準及培訓辦法」及「身心障礙福利服務專業人員培訓課程標準表」作為遴用及培訓專業人員辦理身心障礙福利服務業務之參據。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；另於本部研習中心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。另外 (2) 推展個案管理服務：為使身心障礙者獲得最適當之輔導及安置，各縣市政府經由專業人員之評估，依身心障礙者實際需要，提供身心障礙者諮詢、社會支持、輔導、安置及轉介等服務。本項經費自 90 年度由行政院主計總處設算社會福利經費由各縣市政府辦理，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求。

(四) 蕭煌奇是否具身心障礙資格？

1. 身障身分認定標準變嚴格

對於新制明顯會考量其社會參與能與經濟能力等，如果像蕭煌奇這樣著名之音樂工作者，是否會被判定為是非身障者，因為新制並不以身體構造之障礙為唯一之判定因素，但仍有待以後實踐之觀察。

但如果經認定為身障時，新制會更個別化的提供專業服務。

2. 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。

3. 全球化衝擊

在台灣社會面臨全球化的一個變動劇烈歷程，不僅如此，由於科技的發達，跨國經濟突破國界的藩籬，引發一波「全球化」的熱潮，也造成全球性的影響，台灣這樣一個高度依賴國際貿易的海島國家，更無法自外於全球化的潮流。隨著伴生的經濟體制及社會福利制度問題，在這樣瞬息萬變的環境之下，憲法福利國所接襲的價值是否已不合時代潮流而為主流價值所揚棄？而我國的社會福利制度未來要走往那個方向？均是當前台灣社會各界所需共同面對的嚴肅課題。

4. 「新中間路線」？

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²²⁵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

²²⁵ 季登斯 (Giddens, 1998) 第三條路。參林萬億，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，2006 年 1 月，頁 97。

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，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）。²²⁶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等，以陪他跨越就業前或就業中的「最後一哩路」！

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；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。

²²⁶ 林萬億，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，2006 年 1 月，頁 297-298。

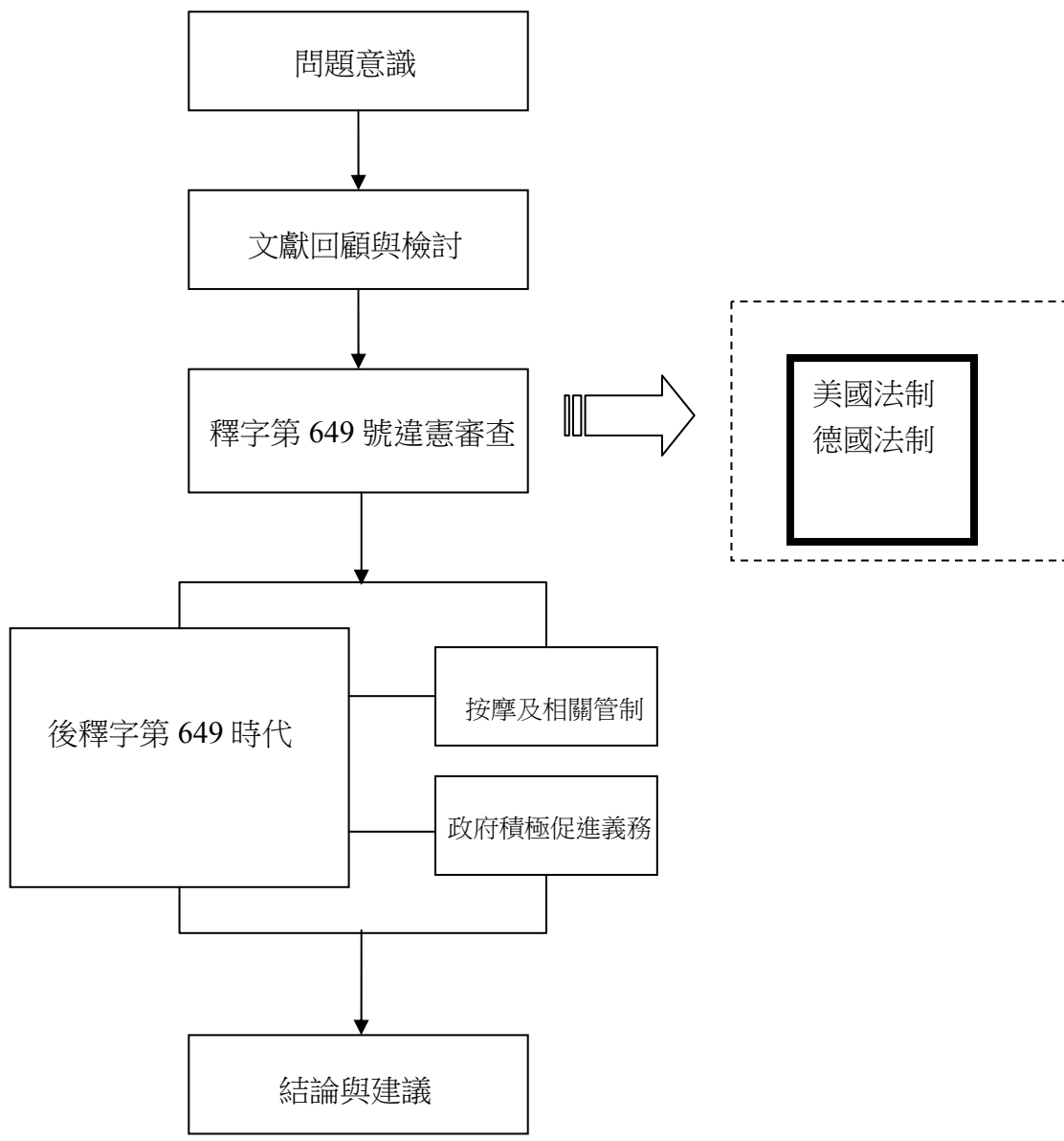


圖 1：本研究架構圖

陸 章節安排

本文共分五章。

第一章緒論主要是說明本研究之問題意識，並就相關文獻探討回顧。

第二章主要針對釋字 649 號解釋之違憲審查加以探討，並針對美國及德國之違憲審查標準及優惠性差別待遇之審查標準應否調整部分加以論述，並針對釋字第 649 號解釋綜合評析。

第三章後釋字第 649 號時代之管制問題加以討論及建議。

第四章則是針對後釋字第 649 號時代之就業促進義務加以探討，也對一個國家的社會福利之設計及分配加以略述，並介紹 ICF 制，討論藝人蕭煌奇是否會符合新制之身障身分之認定。

第五章為結論與建議，希望對全球化競爭環境下，企圖結合制度設計整體理解，找出台灣社會福利最適規模

章節安排

第一章 緒論

- 第一節 問題意識
- 第二節 文獻回顧與檢討
- 第三節 分析觀點與研究架構
- 第四節 名詞定義
- 第五節 章節安排

第二章 釋字第 649 號違憲審查

- 第一節 違憲審查程序
- 第二節 美國及德國之違憲審查標準
- 第三節 優惠性差別待遇之檢討
- 第四節 釋字第 649 號解釋綜合評析

第三章 後釋字第 649 號時代之管制

- 第一節 按摩及相關行業現況
- 第二節 管制理論
- 第三節 後續應如何管制之建議

第四章 後釋字第 649 號時代之就業促進義務

- 第一節 社會福利之探討
- 第二節 視障就業促進之現況
- 第三節 外國法制參考之必要
- 第四節 ICF 制介紹－蕭煌奇是否符合身障之認定

第五章 結論與建議

伍 參考文獻

- 法治斌、董保城，2010，《憲法新論》，元照出版公司，頁 165-277。
- 吳庚，2004，《憲法之解釋與適用》，三民出版公司。
- 陳新民，2008《憲法釋論》，修訂六版，新學林出版公司，頁 47-74。
- 李惠宗，2006，《憲法要義》，三版，元照出版公司，頁 217-278。
- 法治斌，《司法審查中之平等權：建構雙重基準之研究》，收於：法治斌，
法治國家與表意自由-憲法專論（三），正典，頁 249-265。
- 許宗力，2000，《比例原則與法規違憲審查》，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，
頁 85-122。
- 黃錦堂，《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。
- 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。
- 李建良，《論基本權利的位階次序與司法審查標準》，收於：劉孔中、陳新
民編，憲法解釋之理論與實務，第三輯上冊，中央研究院中山人文社會
科學研究所，頁 129-191。
- 陳愛娥，《對憲法平等權規定之檢討-由檢視司法院大法官相關解釋出發》，
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 225-260。
- 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。
- 林超俊，2002，《如何繼受美國法上憲法解釋理論，以促進大法官之釋憲功
能》，劉孔中、陳新民主編，憲法解釋之理論與實務：第三輯（上冊），
中央研究院中山人文科學研究所，頁 33 以下。
- 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。
- 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》，台大法學論叢，37卷4期，頁253-284。
- 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。
- 李惠宗，2005，《職業自由主觀要件限撥之違憲審查－司法院大法官釋字五八四號解釋評析－》，憲政時代，第30卷第3期，頁255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》，國立台灣大學法學論叢，第35卷3期，頁277-316。
- 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。
- 詹鎮榮，2006，《憲法基本原則：第六講 社會國原則－責任主體、類型及界限》，月旦法學教室，第42期，頁45以下。
- 詹鎮榮，2006，《憲法基本原則：第五講 社會國原則起源、內涵及規範效力》，月旦法學教室，第41期，頁32以下。
- 陳愛娥，2007，《平等原則做為立法形塑社會給付體系的界限－兼評司法院大法官相關解釋》，憲政時代，第32卷3期。
- 陳愛娥，2000，《立法機關的社會政策形成自由與平等原則》，台灣本土，14期，頁89-96。
- 陳愛娥，《基本權限制之審查基準》，司法院大法官釋憲60週年學術研討會－違憲審查基準與社會國原則。
- 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，2005，《實質平等》，月旦法學教室，27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。
- 黃錦堂，2008，《財產權保障與水源保護區之管理：德國法的比較》，臺大法學論叢，第 37 卷第 3 期。
- 蘇永欽，1998，《財產權的保障與大法官解釋》，憲政時代，第 42 卷第 3 期，頁 19-64。
- 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。
- 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。
- 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。
- 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。
- 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。
- 李惠宗，《我眼明，我也要按摩工作》，月旦法學教室，第 17 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。
- 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。

- 許元右，《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。
- 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。
- 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。
- 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，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。
- 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。
- 林萬億，2006，《福利國家－歷史比較的分析》，巨流圖書公司。
- 郝鳳鳴，2008，《社會法》，新學林分科六法，新學林出版公司，頁 1-8。
- 鍾秉正，2008，《社會福利之法制化》，元照出版公司。
- 林萬億，《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。
- 郭明政，《社會憲法－社會安全制度的憲法規範》，收於：部門憲法，蘇永
欽主編，頁 313-352。
- 郭明政，1997，《社會法之概念、範籌與體系－以德國法制為例之比較觀察》，
收錄於社會安全制度與社會法，翰蘆圖書，頁 115-134。
- 蔡維音，2001，《社會福利之基礎架構，收錄於社會國之法理基礎》，正典
出版，頁 97-112。
- 郝鳳鳴，1996，《我國社會法之現況與展望》，輔仁法學，第 15 期，頁 91-120。
- 郝鳳鳴，2003，《社會法之性質及其於法體系中之定位》，中正法學集刊，

- 第 10 期，頁 3-35。
- 郝鳳鳴，2003，《社會法之性質及其於法體系中之定位》，中正法學集刊，第 10 期，頁 3-35。
- 郝鳳鳴，2003，《社會法學部門研究之展望》，月旦法學雜誌，第 100 期，頁 107-113。
- 蔡維音，1997，《社會福利制度之基礎理念與結構—以德國法制為中心》，月旦法學，第 28 期，頁 24-29。
- 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 200-203。
- 黃協源，《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，2003 年 12 月，頁 344-345。
- 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。
- 王育瑜，《台灣視障者職業困境—以按摩業為例》，國立政治大學社會學研究所碩士論文，1995 年。
- 張基煜，《就業安全體制重構之研究：以臺北市為例，國立台灣大學政府與公共事務碩士論文》，指導教授趙永茂，2006 年 1 月。
- 李永昌，《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，《從就業發展看視障者的就業新契機》，就業安全半年刊，第 5 卷第 1 期，頁 87。
- 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。
- 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。
- 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。

李立如、張文貞，《認真看待社會變遷的憲法—變遷機制的初步探討》，收於：部門憲法，蘇永欽主編，頁 151-166。

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，2010 年 7 月。

蕭全政，2006，《政治與經濟的整合》，桂冠圖書公司。

蕭全政，1987，〈國家機關在政治過程中的地位〉，《社會科學論叢》，35 期，頁 133-151。

蕭全政，1988，〈權力與利益-政治與經濟的整合基礎〉，《公共政策學報》，第 10 期，頁 66-90。

蕭全政，1999，〈台灣民主化對政府經濟和社會職能的挑戰與因應〉，《理論與政策》，第 51 期，頁 1-18。

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。

莊春發，《經濟與法律》，收於：部門憲法，蘇永欽主編，頁 167-206。

于宗先、王金利，2003，《一隻看得見的手：政府在經濟發展過程中的角色》，聯經出版公司。

貳、西文部分

The Three Worlds of Welfare Capitalism，《福利資本主義的三個世界》，2001，古允文譯，巨流圖書公司。