

訴 願 人 〇〇〇

原處分機關 臺北市政府社會局

右訴願人因違反身心障礙者保護法事件，不服原處分機關八十九年六月十九日北市社三字第八九二四二三一九〇〇號處分書，提起訴願，本府依法決定如左：

主 文

原處分撤銷，由原處分機關於收受決定書之次日起三十日內另為處分。

事 實

一、緣本府警察局萬華分局青年路派出所警員於八十九年六月十日十一時三十分，在本市〇〇公園內查獲訴願人為不特定人士從事按摩，惟訴願人並未領有按摩技術士執業許可證（非視障者），乃依檢查實況作成偵訊（調查）筆錄，並由萬華分局以八十九年六月十四日北市警萬分字第八九六二一〇三〇〇〇號函知原處分機關略以：「主旨：檢送行為人〇〇〇違反身心障礙者保護法乙案，請依 貴管權責卓處。……說明……二、本分局〇〇路派出所於八十九年六月十日十一時三十分許在本轄〇〇公園內查獲明眼人〇〇〇……為不特定人士按摩收費，以節計費，每一節十五分鐘，收費新臺幣一〇〇至二〇〇元，詢據楊〇〇認上情不諱外，並稱已做三名客人，錄供在卷可資佐證，顯有違反身心障礙者保護法之行為，爰依法移請卓處。三、檢附行為人調查筆錄影印本一份。」

二、案經原處分機關審認訴願人違反身心障礙者保護法第三十七條第一項規定，遂依同法第六十五條規定，以八十九年六月十九日北市社三字第八九二四二三一九〇〇號處分書，處以訴願人新臺幣一萬五千元罰鍰。上開處分書於八十九年八月十四日送達，訴願人不服，於八十九年九月十一日向本府提起訴願，並據原處分機關檢卷答辯到府。

理 由

一、查身心障礙者保護法第三十七條第一項前段規定：「非本法所稱視覺障礙者不得從事按摩業。」第六十五條規定：「違反第三十七條第一項者，處新臺幣一萬元以上三萬元以下罰鍰，並限期改善。前項違法事件如於營業場所內發生並依前項標準加倍處罰場所之負責人或所有權人。……」

內政部八十五年八月十四日臺內社字第八五八〇五八六號函釋：「主旨：所詢坊間推拿館（中心）、瘦身及護膚美容等行業運用各種手技提供消費性服務，是否涉及從事或兼營按摩業等相關疑義乙案，復如說明……說明……二、依據按摩業管理規則第四條規定：『按摩業之手技包括：輕擦、揉捏、指壓、扣（叩）打、震顫、曲手、運動、壓

迫及其他特殊手技。』，因此，有關病理按摩、美容中心等行業，其招牌既已標明指壓等涉及按摩之行為者，當列為稽查對象及依按摩業管理規則辦理。三、至以變相之推拿、或無（或未使用）瘦身、護膚美容設備，卻有運用『手技』為消費者服務之實者，如未當場發現其從事按摩時，自不宜謂其係現場從事按摩；然如其已承認有從事違法之按摩行為，且有事實足資證明者，當應依殘障福利法（按：八十六年四月二十三日修正為身心障礙者保護法）及按摩業管理規則處理之。」

行政院衛生署八十六年七月十一日衛署醫字第八六〇三〇〇二六號函釋：「主旨：有關從事腳底按摩業者是否違反身心障礙者保護法之規定乙案，復請查照。說明……三、嗣為兼顧現況，本署爰於八十二年十一月十九日衛署醫字第八二〇七三六三六號公告不列入醫療管理之行為及其相關事項如左：（一）不列入醫療管理之行為如左：1. 未涉及接骨或交付內服藥品，而以傳統之推拿方法，或使用民間習用之外敷膏藥，外敷生草藥與藥洗，對運動跌打損傷所為之處置行為。2. 未使用儀器，未交付或使用藥品，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、收驚、神符、香灰、拔罐、氣功與內功之功術等方式，對人體疾病所為之處置行為。（二）前項不列入醫療管理之行為，除標示其項目外，依醫療法第五十九條規定，不得為醫療廣告。四、前述所稱不列入醫療管理，即開放由業者自行執行，並無須具醫護人員資格之限制。其依本署前開公告規定，以傳統習用之按摩、指壓、腳底按摩等方式，對人體疾病所為之處置行為，應非屬『身心障礙者保護法』第三十七條第一項前段規定所稱之『按摩業』。」

八十六年九月九日衛署醫字第八六〇四八九九五號函釋：「主旨：有關以『按摩』對人體疾病所為之處置行為，是否有違『身心障礙者保護法』第三十七條第一項前段規定乙案，請查照。……說明……二、本署八十二年十一月十九日衛署醫字第八二〇七三六三六號公告不列入醫療管理之行為，其中所稱『以傳統習用之按摩、腳底按摩等方式，對人體疾病所為之處置行為』，係指以治療疾病為目的所為之按摩、腳底按摩，自有別於視覺障礙者為健康人從事以疏鬆筋骨、消除疲勞等非醫療目的所為之按摩。三、至於本署前公告不列入醫療管理之行為所使用之『按摩』乙詞，易與『身心障礙者保護法』所稱之『按摩』混淆，本署同意刪除。又本署八十六年七月十一日衛署醫字第八六〇三〇〇二六號……函說明四並予刪除。」

二、本件訴願理由略謂：

- （一）訴願人在警所偵訊調查筆錄從未提及從事指壓亦非按摩，僅供稱從事刮痧、推拿等民俗療法，並當場出示傳統民俗療法及北市國術會員服務證。至於警方在筆錄上提到曾在現場觀看訴願人有做出輕擦、揉捏、指壓、震顫、曲手、壓迫、運動之行為，訴願人所作的解釋係為人刮痧之前置作業，但手法是傳統民俗療法之推拿理筋手法，並無

上述指壓按摩行為。

- (二) 訴願人從事國術傳統療法多年，持有內政部核准依法成立的法人團體，執行療法服務事項係經我國行政院衛生署審查符合依章程持有證書，並登記在案。是合法的傳統的民俗療法從業人員，用傳統沿用之推拿、刮痧、理筋、配合外敷膏藥、外貼藥布及藥洗，對人體疾病所為之處置行為。不知原處分機關所稱身心障礙者保護法第三十七條第一項所指為何？如何認定？
- (三) 身心障礙者保護法當初立法意旨是在於當時社會現實考量下，政府和民意機關對弱勢團體所採取的保護措施，也可抑制當時滿街林立，藉合法按摩掩護非法色情按摩院：如色情理容院或色情護膚中心，以杜絕色情氾濫，以免妨害善良風俗及社會秩序。但較爭議的第三十七條第一項條文，非本法所稱視覺障礙者不得從事按摩業，但醫護人員以按摩為人治病不在此限。而後行政院衛生署開放凡是以傳統沿用的民俗療法開放由從業人員自由執行，無須具醫護人員資格。
- (四) 以正統按摩為業的盲胞和以傳統療法從業人員之工作性質和服務項目可區分為視障者為健康人士疏鬆筋骨，消除疲勞俗稱（抓龍）非以醫療為目的，傳統的民俗療法從業人員之國術、傷科跌打、推拿理筋、為人體疾病所處置行為自然有所區別。就功能性而言，傳統療法從業人員與立法或者行政部門執法目的，尚無違背，亦無妨礙盲胞按摩業之虞。
- (五) 至於身心障礙者保護法第三十七條第一項指非本法所稱視覺障礙者，不能從事按摩業，質疑傳統療法從業人員工作性質之正當性，在法律上自有考量。如今盲胞有原處分機關及身心障礙者保護法庇護，並賦予明確法令地位。盲胞按摩工作可以正大光明從事，但我傳統療法從業人員卻屬非法及不正當性，甚至動輒被裁罰數萬數千元之高額罰款，如此差別待遇，合理嗎？政府一向重視盲胞應有權益，但也不能忽視明眼人憲法保障之工作權。

三、卷查本件訴願人於事實欄所敘時、地，經本府警察局萬華分局青年路派出所警員當場查獲正為顧客從事按摩行為，此有經訴願人簽名之偵訊（調查）筆錄影本乙份附卷可稽。原處分機關遂依據該筆錄內容，審認訴願人違反身心障礙者保護法規定，並予以罰鍰處分。

四、按本件原處分機關雖於答辯書敘明：「……四、查訴願人……為中國傳統民俗療法會員，但該會員證書為民間團體『○○協會』所核發，加入會員容易且不需經國家技能鑑定考試即可取得（視覺障礙者從事按摩業，仍須經行政院勞工委員會職業訓練局技能檢定考試合格後，並經營業當地主管機關備核，方可執業。），又查訴願人領有○○協會、○○老人會及○○會等會員證，但這些會員證只能證明會員身份（分）之用，並非執業證照。派出所警員稽查○○公園內時，……○○○正運用手技為客人服務（未發

現使用相關輔助工具），該行為雖『不列入醫療管理』但仍受『身心障礙者保護法』規範。五、雖訴願人.....曾於八十八年十一月五日不服本府八十八年十月十一日北市社三字第八八二六六五八〇〇〇號處分書，提起訴願，案經本府訴願.....決定原處分撤銷，由原處分機關另為處分。其決定理由是因為原處分機關並未提出具體事證足資證明訴願人有違法行為，並非表示訴願人之行為是合法的。六、訴願人.....工作之〇〇公園，依臺北市公園管理辦法應屬於供公眾遊憩之場地，並不得有販賣物品.....等行為，因此在〇〇公園內從事訴願人所稱之民俗療法亦為違法行為。雖訴願人主張其是從事『刮痧』前的理筋，並非『按摩』行為，但就刮痧這項民俗療法，其方法與推拿是完全不同，刮痧是先以油類塗抹在肩、背或胸等處，再利用刮痧用具〈刮痧板、硬幣、湯匙等〉刮出痧點，訴願人當時既無使用工具，而在被查獲後卻推說是刮痧前的理筋，企圖藉以此說詞脫罪。.....」

五、惟按身心障礙者保護法第三十七條第一項之立法意旨，係指非視覺障礙者不得以按摩為目的而從事按摩行為，並以此交易為業，以保障視覺障礙者就業之機會。是按摩行為有無違反該條規定，應依其行為之目的及性質而為判斷。經查本件訴願人八十九年六月十日偵訊（調查）筆錄記載：「.....問：今日上午十一時三十分，警方在〇〇公園內觀察你十分鐘，期間你純以雙手指壓、叩打、輕擦客人的頸部、背部、手部，查獲你涉嫌替人按摩，請問有何解釋？答：我係要替人刮痧之前先予以推筋。無指壓、叩打、輕擦行為。問：今日你何時到公園？從事何事？答：約九時三十分到公園，已經做了三位客人（刮痧），每位十五分鐘，收費一百元到二百元不等。問：從事何職？多久？何處執業？為何到公園營業？有無定期？答：於現住地開設聖心國術館約五、六年。因為公園有不特定人士的要求服務。不固定時間到公園。問：有無領用視障手冊？如何替人刮痧？答：無。先用推筋手法理筋，再塗上酸疼藥膏，以磁湯瓢（刮痧用品）加以刮痧。...」由上開偵訊（調查）筆錄內容觀之，訴願人僅承認其從事刮痧之前之推筋行為，並未承認有從事按摩行為，而訴願理由亦主張其係從事刮痧、推拿等傳統民俗療法，則訴願人所從事之行為，似為前揭行政院衛生署八十六年七月十一日衛署醫字第八六〇三〇〇二六號函釋所稱之對人體疾病所為之處置行為，為民間傳統療法，則該行為是否屬於身心障礙者保護法第三十七條第一項所稱之按摩行為？而為該法處罰之範疇？尚不無研酌之餘地。

六、又本案雖行政院衛生署業以八十六年九月九日衛署醫字第八六〇四八九九五號函內政部謂將該署八十二年十一月十九日衛署醫字第八二〇七三六三六號公告不列入醫療管理之行為所使用之「按摩」一詞予以刪除，並同意將該署八十六年七月十一日衛署醫字第八六〇三〇〇二六號函說明四：「前述所稱不列入醫療管理，即開放由業者自行執行，並無須具醫護人員資格之限制。.....以傳統習用之按摩、.....腳底按摩等方式，對人

體疾病所為之處置行為，應非屬『身心障礙者保護法』第三十七條第一項前段規定所稱之『按摩』業。」予以刪除，惟本件訴願人亦否認其係從事按摩行為，且經本府派員向行政院衛生署查明，目前從事傳統民俗療法的從業人員並不需要取得執業證照方可執行業務。是以原處分機關之答辯仍不足以釐清前揭身心障礙者保護法第三十七條第一項所稱之按摩與傳統民俗療法的分際。是本案原處分機關及訴願人各執一詞並各有所憑據，而關於從事以傳統之民俗療法，如推拿之對人體疾病所為處置行為，是否屬於身心障礙者保護法第三十七條第一項所稱之按摩行為？而為該法處罰之範疇？迭生疑義。為求處分之正確及維護訴願人應有之權益，本案實有由原處分機關再請中央主管機關予以釋明之必要。爰將原處分撤銷，由原處分機關於收受決定書之次日起三十日內另為處分。

七、綜上論結，本件訴願為有理由，爰依訴願法第八十一條之規定，決定如主文。

訴願審議委員會主任委員 張明珠

委員 黃茂榮

委員 楊松齡

委員 薛明玲

委員 王惠光

委員 陳 敏

委員 曾巨威

委員 黃旭田

委員 劉興源

委員 曾忠己

中 華 民 國 九 十 年 二 月 七 日 市 長 馬 英 九 公 假

副市長 歐晉德 代行

訴願審議委員會主任委員 張明珠 決行