

臺北市政府 90.06.01. 府訴字第九〇〇六〇六三三〇〇號訴願決定書

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八月一日北市社三字第八九二五三七〇三〇一號處分書，提起訴願，本府依法決定如左：

主 文

訴願駁回。

事 實

- 一、緣原處分機關之稽查人員於八十九年七月二十六日下午二時二十分，會同保安大隊警員至本市〇〇〇路〇〇段〇〇號地下〇〇樓「〇〇廣場」稽查，發現該營業場所現場設有「〇〇三溫暖」市招，稽查當時，由現場店內副理〇〇〇帶領檢視營業現場，出示本府核發之北市建一商號(88)字第 XXXXXX 號營利事業登記證，並告知稽查人員該店正在辦理負責人及營業項目變更。本府稽查人員稽查當時，發現訴願人與同事〇〇〇在該營業場所整復室內正以手技為女客指壓推拿背部、大腿等部位（並未使用任何輔助工具），稽查人員於整復室外觀察約十分鐘左右，稽查人員即依檢查實況作成「按摩業管理」輔導稽查紀錄表。
- 二、案經原處分機關核認訴願人違反身心障礙者保護法第三十七條第一項規定，乃依同法第六十五條規定，以八十九年八月一日北市社三字第第八九二五三七〇三〇一號處分書，處以訴願人新臺幣二萬元罰鍰。訴願人不服，於八十九年八月三十日向本府聲明訴願，同年十月四日補具訴願理由，九十年一月二十九日復補充訴願理由，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、本件訴願及補充理由略謂：

- （一）原處分機關人員來店稽查時，訴願人適在為客人作整脊整復點穴推拿手法，她因腰酸、背痛、脖子酸痛，請求幫助，訴願人以視診觀察及觸診測試，發現腰彎肩斜、頸椎挫位等，經以整脊整復推拿手法復位，脖子以搖頭法，背部以開胸頂法，腰以開腰眼轉腰法，手法輕用以鬆筋，手法巧勁用以治病痛，與按摩業手法完全不同，又必需靠眼看分辨症狀，與按摩業絕對不同，而且視覺障礙之盲人無法從事。

- (二) 按身心障礙者保護法三十七條第一項之立法意旨，係指非視覺障礙者不得從事按摩行為，並以此交易為業，以保障視覺障礙者之就業機會，是按摩行為有無違反該條規定，應依其行為目的及性質而為判斷。
- (三) 依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、叩打、震顫、曲手、運動、壓迫及其他特殊手技，視障者按摩之行為及目的為養生、保健、舒筋及消除疲勞；而推拿、整脊、整復、點穴手技，除可保健外，具對運動跌打損傷之處置行為，更具對人體疾病所為之處置行為；二者截然不同。原處分機關以違反身心障礙者保護法論罰，對民俗療法業者一味的打壓、取締，實欠公義，侵害訴願人權益。
- (四) 臺北市政府沒有「推拿」的業別，不能辦營業登記，違反憲法保障人權意旨，將從事民俗療法推拿視同從事按摩行為，這完全是政府的藐視與打壓。
- (五) 原處分機關認推拿、民俗療法即是按摩業管理規則第四條所定「其他特殊手技」，這似乎把推拿之手技與按摩劃上等號，一律取締處罰，造成業界的不安，這是違憲的。
- 三、卷查本件訴願人於事實欄所敘時、地，經原處分機關稽查人員會同保安大隊警員當場查獲正以手技為女客從事指壓推拿背部、大腿等部位，此有「按摩業管理」輔導稽查紀錄表影本乙份附卷可稽。原處分機關依據該筆錄內容，認定訴願人違反身心障礙者保護法規定，並予以罰鍰處分，尚非無據。
- 四、雖訴願人主張其為客人作整脊整復點穴推拿，該等行為係民俗療法，並非從事按摩云云。就此按摩與民俗療法之爭議，依前揭行政院衛生署八十六年九月九日衛署醫字第八六〇四八九九五號函釋可知，以治療疾病為目的所為之按摩、腳底按摩有別於視覺障礙者為健康人從事以疏鬆筋骨、消除疲勞等非醫療為目的所為之按摩。而本件據原處分機關答辯陳明，稽查人員稽查當時，於整復室外觀察約十分鐘左右；發現訴願人正以手技為女客指壓推拿背部、大腿等部位。依按摩業管理規則第四條規定，指壓等亦屬於按摩之範疇；而訴願人所為是否符合上開函釋具醫療之目的，並未有足資認定之相關證明，尚難徒憑其主張係對人體疾病所為之處置行為云云，即對其作有利之認定。據此，訴願人既非屬於視覺障礙之人，又從事按摩之行為，依身心障礙者保護法第三十七條第一項規定及第六十五條規定，原處分機關於查明訴願人為第二次被查獲從事按摩行為後加重處以訴願人新臺幣二萬元罰鍰，揆諸前揭規定，並無不合，原處分應予維持。
- 五、綜上論結，本件訴願為無理由，爰依訴願法第七十九條第一項之規定，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 曾巨威
委員 黃旭田
委員 劉興源
委員 曾忠己

不同意見書

本件多數意見依現場稽查報告認定訴願人等有指壓、推拿等行為，依按摩業管理規則第四條認定亦屬按摩，明眼人不得為之，故認定本案違反身心障礙者保護法第三十七條第一項前段規定，固非無據，然基於以下理由本席不能贊同，茲路如次：

- 一、本席首先要指出，本案並非單純的只是訴願人違反身心障礙者保護法事件，倘使訴願人陳訴屬實，訴願人及其它依賴民俗療法中有關指壓、推拿、刮痧等等手技維生者依目前主管機關之見解都將面臨喪失工作機會的處境，因為依原處分機關之意見，訴願人從事的民俗療法都受到身心障礙者保護法的規範，係僅得由盲眼人從事之「按摩」，故本席案中主管機關所面臨者乃是身心障礙者之工作權益與部份從事民俗治療工作者之工作權益兩者間之利益衡量，而非單純的只是訴願人有無違反身心障礙者保護法的問題。
- 二、所謂身心障礙者之工作權益，因為有身心障礙者保護法第三十七條第一項前段為據，表面上並無疑義，但從事民俗治療者是否有“得受保障”之工作權益應視主管機關及社會一般民眾之看法定之，基本上，依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「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。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、前項規定，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』。」係承認目前社會中存有「不列入醫療管理之行為」，但此等行為卻是「對病人疾病之處置行為」，換言之，此等行為只是因醫政單位或沒有適當的辦法加以管理或沒有意願予以正面肯認，即不能或不願加以管理而已，但醫政單位卻也不得不承認是對疾病的處置行為。如此一來，行政機關主掌醫政者之政策尚只是不加管理而已，就此一態度是否適當另應檢討，但社政單位卻進一步限制特定人始得為之，其管理權責有無恐怕有疑。蓋一旦明眼人不得從事推拿、按摩等工作，此一民俗技術

的發展必會受到相當限制，其結果亦影響到國人選擇診療方式之權利，社政單位是否適宜「越俎代庖」，值得深思。

三、身心障礙者保護法之立法目的固不容懷疑，但其「射程」究竟有多遠？蓋前揭行政院衛生署之函文發布後在同年九月九日之衛署醫字第八六〇四八九九五號函稱：「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。」固認「按摩」一詞易生混淆，但仍引用八十二年十一月十九日函區分治療目的與非治療目的之行為，故雖又表示刪除八十六年七月十一日函之四，但刪除後原本八十二年十一月十九日之區分中有關「按摩」一詞是否一併刪除卻未言明，畢竟縱把八十二年十一月十九日函中之按摩亦予刪除，那至少指壓、推拿等外觀上與盲人按摩相似之行為仍為法之所許，則原處分機關所持「按摩業管理規則第四條『按摩業之手技包括：輕擦、揉捏、指壓、叩打、震顫、曲手、運動、壓迫及其他特殊手技』」是否妥適實不無疑問。

四、更何況，任何法規之解釋不宜與社會一般認識相背，姑不論「按摩」一語，即以「腳底按摩」而言，幾乎路邊隨處可見，若強要一併列入只能由盲人從事，恐怕與社會一般人認識相背。五、尤有進者，對於具有醫療效果之按摩，醫政單位雖不予列管，但不予列管本質上也是一種管理，若一概認為與視盲者之按摩相仿；則若有一天醫政單位有意管理此類民俗療法，則由於社政單位不願區分民俗療法的按摩與視盲者之非醫療按摩，則反可能使盲人按摩要受醫政單位管理，否則構成非法執行醫療活動，這種處置恐怕更會令社政單位及盲人無法接受。

六、本案之癥結基本上是民俗醫療不受醫政單位重視且不予管理，以致於沒有業者能以合法方式生存，此一問題原本應由醫政單位改弦更張，更積極負起責任，使民眾能受到「合格」的民俗療法的協助，而不是任由其良莠不齊，甚至淪落到非屬醫療活動而變成與盲人爭奪工作，但在醫政單位未作改變前，有關身心障礙者保護法所謂之「按摩」自應從嚴作目的性限縮解釋，凡具有醫療目的即不屬之，方為正辦。至於在個案執行上分辨是否屬於醫療性質，社政單位在醫政單位未盡其責之前即應借重現有民俗療法團體之協助，以避免辨別上之困難。

七、綜上，爰提不同意見暨理由如上。

委員 薛明玲

委員 劉興源

委員 黃旭田

中 華 民 國 九 十 年 六 月 一 日市長 馬英九

訴願審議委員會主任委員 張明珠 決行

如對本決定不服者，得於收受本決定書之次日起二個月內，向臺北高等行政法院提起行政訴訟，並抄副本送本府。