

訴 願 人 ○○○

代 理 人 ○○○ 律師

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，不服原處分機關九十二年四月十五日北市社三字第0九二三三一四七五0一號違反身心障礙者保護法案件處分書，提起訴願，本府依法決定如左：

主 文

訴願駁回。

事 實

緣本府警察局○○分局於九十二年四月四日十八時三十分臨檢本市中正區○○街○○段○○號「○○理髮店」，查獲該店負責人○○○（本案訴願人）涉嫌僱用明眼女子○○○及○○○二人，於營業場所內分別為男客○○○及○○○從事按摩服務；嗣以九十二年四月八日北市警中正一分行字第0九二六一0六二000號函送相關資料予原處分機關處理。原處分機關認訴願人及受僱人○○○、○○○等，違反身心障礙者保護法第三十七條第一項規定，依同法第六十五條規定，分別以九十二年四月十五日北市社三字第0九二三三一四七五0一號至0九二三三一四七五0三號違反身心障礙者保護法案件處分書，處負責人即訴願人罰鍰新臺幣（以下同）四萬元、行為人○○○一萬元、○○○二萬元罰鍰。上開對訴願人所作之第0九二三三一四七五0一號處分書於九十二年四月二十八日送達，訴願人不服，於九十二年五月二十六日經由原處分機關向本府提起訴願，並據原處分機關檢卷答辯到府。

理 由

一、按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。……。」第六十五條第一項及第二項規定：「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。」

視覺障礙者從事按摩業資格認定及管理辦法第四條規定：「按摩業之手技，包括：輕擦、揉捏、指壓、叩打、震顫、曲手、運動及其他特殊手技。」第五條第一款規定：「從事按摩業者，應具備下列條件：一、依本法（身心障礙者保護法）領有身心障礙手冊之視覺障礙者。」

內政部八十五年八月十四日臺內社字第八五八0五八六號函釋：「……說明：……

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，當應依殘障福利法及按摩業管理規則處理之。」（按：殘障福利法已於中華民國八十六年四月二十三日總統華總（一）義字第八六〇〇〇九七八一〇號令修正公布時，更改該法為身心障礙者保護法；按摩業管理規則已於九十二年三月三日修正為視覺障礙者從事按摩業資格認定及管理辦法。）

二、本件訴願理由略以：

- （一）「○○理髮店」此次被舉發之員工，係於為熟識客人理髮之際，順便為其捏肩、敲背，表現親切服務之職場態度，而老顧客賞給小費，為人之常情。是否為法律上之「按摩」行為，尚有斟酌餘地，且既非反覆為之而以為常業者可比，顯與法律上所謂「從事按摩業」之要件並不相符。
- （二）身心障礙者保護法第三十七條第一項本文固規定「非本法所稱視覺障礙者，不得從事按摩業」，然此所謂「按摩業」之定義為何，該法並無明文，依一般人之通常理解，當係指以按摩工作作為一種維生的職業，而對外以公示之方法招攬不特定之顧客者而言。參以最高法院歷年來判例對於刑法上所謂「業務」一詞之解釋，係指「以反覆同種類之行為為目的之社會的活動」（四十二年臺上字第八二六號），即可推知：如係偶一為之之行為，而非以之為一種謀生職業者，並不符合所謂「從事某業」之構成要件。
- （三）身心障礙者保護法第一條開宗明義指出：本法制定之本旨，係為維護身心障礙者之合法權益及生活，保障其公平參與社會生活之機會。然按，目前社會情況，全臺灣理髮業者人數達二十餘萬人，視障而得有按摩許可者不過兩千人，則若為「兩千人」而限制「二十萬人」之工作權，在數字概念上已明顯悖理。因此，行政機關執法時，於就前揭法條作行政解釋，自應從嚴，以濟立法寬濫之流弊。本件○○○、○○○之行為，應認不符身心障礙者保護法第三十七條第一項之構成要件，從而，訴願人亦無被依同法第六十五條第二項處分罰鍰之餘地。
- （四）從「立法論」的角度來看，對於某類工作，若在立法上特別限定須由視障者始得從事，絕對不許其他人為之，則就我國憲法第七條「階級平等」及第十五條「工作權保障」等有關規定之精神以觀，確實是有所扞格的。況且若真如斯設限，則立法上也應該對於顧客一併處罰，亦即構成所謂「必要的共犯」始符法理。
- （五）如前所論，身心障礙者保護法第三十七條第一項之立法確有可議之處，從而行政機關引用此一法條對於人民加以處罰時，自宜多加節制。以本件情形而論，解釋上實不符前揭法條所謂「從事按摩業」之定義，如仍認或無解於違法責任，則處○○○法定最低額度之罰鍰一萬元也就罷了，何以○○○竟要被從重處以二萬元罰鍰，而連帶訴願人也被以從重之「二萬元」的加倍額度處罰四萬元罰鍰？如此處分顯係不當，應予撤

銷改正。

三、卷查本案係本府警察局○○分局於事實欄所述時、地，查獲明眼人○○○及○○○，分別為男客○○○及○○○從事按摩，此有該分局第一組、警備隊臨檢紀錄表、行為人○○○及○○○、男客○○○等之偵訊（調查）筆錄等影本各乙份附卷可稽。是原處分機關認○○○及○○○二人之行為，已違反身心障礙者保護法第三十七條第一項規定，爰依同法第六十五條規定，分別以九十二年四月十五日北市社三字第○九二三三一四七五○二號及○九二三三一四七五○三號處分書，分別處以行為人○○○一萬元、○○○二萬元罰鍰（因○○○於八十八年一月十八日已處分一次，此次為第二次處分，故處二萬元罰鍰），另因訴願人為營業場所負責人，依同法第六十五條第二項規定，應加倍處罰場所負責人或所有權人，故以九十二年四月十五日北市社三字第○九二三三一四七五○一號違反身心障礙者保護法案件處分書，處訴願人四萬元罰鍰，自屬有據。

四、次查有關坊間業者以推拿、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，依據視覺障礙者從事按摩業資格認定及管理辦法第四條規定及前揭內政部八十五年八月十四日臺內社字第八五八○五八六號函釋意旨，行為人○○○及○○○所為之「捏肩、敲背」行為，足堪認定為按摩行為，且該二人於筆錄內亦坦承有收取費用從事按摩之行為，是訴願人辯稱其二人所為非從事按摩為業，尚難採據。此外，依附卷之○○○筆錄影本可知，○姓男客係第一次至該店消費，訴願理由所述：「……係於為熟識客人理髮之際，偶而順便為其捏肩、敲背，表現親切服務之職場態度，而老顧客自願賞給小費，此實為人情之常。……」云云，顯係卸責之詞，不足採信。是本件原處分機關所為處分，揆諸首揭法令，並無不合，應予維持。

五、至如對人民工作權之限制內容及限制方式等事項，要屬立法者考量社會資源之有效分配後所為之立法上決定，依據權力分立之憲政原理，該等事項為立法權之核心範圍內容，要非職司訴願審議功能之行政機關所能審查並作成實體上訴願決定，是身心障礙者保護法之相關規定是否違反憲法第七條及第十五條規定，並非本件訴願審理範疇，併予指明。

六、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 陳 敏

委員 薛明玲

委員 楊松齡

委員 曾巨威

委員 曾忠己

委員 劉靜嫻

委員 陳淑芳

委員 林世華

委員 蕭偉松

中 華 民 國 九 十 二 年 十 月 二 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。

（臺北高等行政法院地址：臺北市大安區和平東路三段一巷一號）