

訴 願 人 ○○○

○○○

代 理 人 ○○○ 律師

原處分機關 臺北市政府社會局

右訴願人等二人因違反身心障礙者保護法事件，分別不服原處分機關九十二年四月十五日北市社三字第0九二三三一四七五0二號及第0九二三三一四七五0三號處分書，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○○街○○段○○號「○○理髮店」查獲該店負責人○○○僱用明眼女子○○○、○○○（即本案訴願人）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等二人之行為，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，以九十二年四月十五日北市社三字第0九二三三一四七五0二號及第0九二三三一四七五0三號處分書，分別處以訴願人○○○新臺幣（以下同）一萬元罰鍰、○○○二萬元罰鍰。上開處分書分別於九十二年四月二十二日及四月十八日送達，訴願人等二人不服，於九十二年五月十九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、查本件訴願人○○○提起訴願日期（九十二年五月十九日）距其處分書送達日期（九十二年四月十八日）雖已逾三十日，惟因期間之末日（九十二年五月十八日）為星期日，應以其次日代之，是本件訴願人於九十二年五月十九日提起訴願，並無逾期問題，合先敘明。

二、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。」

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八五八〇五八六號函釋：「……說明：……三、……，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。）

臺北市政府社會局辦理違反身心障礙者保護法案件統一裁罰基準（以下簡稱「裁罰基準」）：（節略）

項	違 反	法 條	法定罰鍰額	統 一 裁 罰 基 準		
			度（新臺幣			
			：元）或其			
次	事 件	依 據	他處罰			
1	違反非	第三十	罰鍰新臺幣	對象	情節狀況	處 分
	視覺障	七條第	壹萬元以上			
	礙者不	一項及	參萬元以下	行為	第一次違規	罰鍰新臺幣壹
	得從事	第六十	，並限期改	人		萬元
	按摩業	五條第	善。		第二次違規	罰鍰新臺幣貳
	。	一項				萬元
					第三次違規	罰鍰新臺幣參
					（含以上）	萬元

三、本件訴願理由略以：

（一）按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。

（二）本件情形，訴願人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，此為人之常情。如斯動作，姑不問是否可解為法律上之「按摩」行為，尚有可議；何況，既非反覆為之而以為常業者可比，顯與前揭法條所謂「從事按摩業」之要件並不相符。

(三) 查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；何況，縱令限制二十萬理髮業者不得兼做按摩，事實上，依社會日常生活經驗以觀，理髮業者也不會（或無從）因而僱用視障者來「兼」做按摩，且理髮顧客也不可能為此轉到視障按摩業者處所去消費，那麼，既於視障者之就業機會無所補益，反而徒然授與執法之警察人員「選擇性執法」上下其手的機會而已，更多的「民怨」將由此產生矣。從而，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。本件訴願人之行為，應不符身心障礙者保護法第三十七條第一項之處罰要件。

(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。原因是，就某一工作的「種類」而言，它是普遍性（而非「特定性」）的存在於一般市民之生活領域中，其行為性質既然不具有「反價值」的色彩，國家又未特設其技術水準規範，當然就沒有在立法上限制只許少數特定人可以從事、而排斥其他有能力者從事之理；否則就是對人民正當工作權的侵奪，同時也違反了公平原則。況且若真如斯設限，則法律上除處罰違禁之理髮業者外，亦應對於顧客一併處罰，始符法理；然則如此一來，豈非製造出更多紛擾問題？

(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。一方面在構成要件的解釋上，理應從嚴，以便縮小處罰對象之範圍。一方面如萬不得已須加處罰時，也宜從輕量處。庶符公平正義之旨。以本件情形而論，訴願人等遭處分之行為，解釋上實不符法條所謂「從事按摩業」之定義，本不應受到處罰；所以，原處分殊屬違法，應予撤銷。退萬步而言，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？如此處分顯係不當，應予撤銷改正。

四、卷查本件係本府警察局○○分局於事實欄所述時、地，查獲明眼人○○○及○○○（即訴願人），分別為男客○○○及○○○從事按摩，此有該分局臨檢紀錄表、訴願人等二人、男客○○○等之偵訊（調查）筆錄等影本各乙份附卷可稽。是原處分機關認為訴願人等二人之行為，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，以九十二年四月十五日北市社三字第0九二三三一四七五0二號及0九二三三一四七五0三號處分書，分別處以訴願人000一萬元、000二萬元罰鍰，自屬有據。

五、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八五八0五八六號函釋意旨，訴願人所為之「捏肩、敲背」行為，足堪認定為按摩行為，且訴願人於筆錄內坦承有收取費用從事按摩之行為，是訴願人辯稱其非以從事按摩為業，尚難採據。此外，依附卷之000筆錄影本可知，0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。

六、至訴願人000爭執處罰過重部分，經查原處分機關前揭裁罰基準之規定，對於第二次違規者加重處罰二萬元罰鍰；而據原處分機關答辯陳明，本件訴願人000於八十八年一月十八日已處分一次一萬元罰鍰；是本次係遭第二次查獲違法從事按摩業，此並有原處分機關答辯書所附主管科便箋影本可稽，是原處分機關加重處罰，自屬有據。從而，本件原處分機關所為處分，揆諸前揭規定，並無不合，應予維持。

七、此外，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等規定，並非本件訴願審理範疇，併予指明。

八、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 三 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）