

## 憲法判解

# 視障者從事按摩業，優惠性差別待遇、職業自由客觀條件限制

## 大法官釋字第649號

### 【事實摘要】

本號解釋首要處理平等權之重要議題「優惠性差別待遇」以及職業自由客觀條件之限制。九十年十一月二十一日修正公布之身心障礙者保護法第37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。」此係對視障者職業保留之優惠，對其他非視障人士而言，即係職業自由客觀條件之限制。大法官於本號解釋先處理平等權問題，以中度審查基準認為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，惟仍須該規定所追求之目的為重要公共利益，所採禁止非視障者從事按摩業之手段，須對非視障者之權利並未造成過度限制，且有助於視障者工作權之維護，而與目的間有實質關聯者，然該系爭規定其目的與手段間難謂具備實質關聯性，從而有違憲法第7條保障平等權之意旨。

接著大法官開始審查工作權，由於涉及職業自由「客觀條件限制」，從而嚴格審查，最後復認為該系爭規定對於非視障者職業選擇自由之限制，實與憲法第23條比例原則不符，而牴觸憲法第15條工作權之保障。本號解釋尤須注意大法官因案例涉及不同基本權利而採用不同的審查方式，是否會發生競合的情形，尚須待日後觀察。

### 【釋字要旨】

#### 一、理由書節錄：

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。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，惟仍須該規定所追求之目的為重要公共利

版權所有，重製必究！

益，所採禁止非視障者從事按摩業之手段，須對非視障者之權利並未造成過度限制，且有助於視障者工作權之維護，而與目的間有實質關聯者，方符合平等權之保障。按憲法基本權利規定本即特別著重弱勢者之保障，憲法第155條後段規定：「人民之老弱殘廢，無力生活，及受非常災害者，國家應予以適當之扶助與救濟。」以及憲法增修條文第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。」顯已揭櫫扶助弱勢之原則。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。

……惟按摩業依其工作性質與所需技能，原非僅視障者方能從事，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。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。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三十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，目的與手段間難謂具備實質關聯性，從而有違憲法第7條保障平等權之意旨。

又按憲法第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，業經本院釋字第404號、第510號、第584號、第612號、第634號與第637號解釋在案。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。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。且不論何種情形之限制，所採之手段均須與比例原則無違。

### 【學說速覽】

需注意近來大法官審查涉及平等案件，操作上改採近似美國法違憲審查之「三重審查基準」，強調分析目的之正當性、手段與目的之關連性，涉及優惠性差別待遇之案件採用「中度審查基準」而非傳統德國法上審查平等案件之探討

版權所有，重製必究！

是否依據「事物之本質」或「合理的差別待遇」。但涉及職業自由審查又改採德國法「職業自由的三階理論」。

### 一、職業自由之「三階理論」(Dreistufentheorie)：

#### (一) 職業執行自由之限制：

其限制內容包含以何種方式、內容執業。由於不涉及人民選擇從事某一職業的自由，故立法形成空間較大，只要符合公益的考量，且合乎目的性即屬合憲。如：規定計程車須漆成黃色。

#### (二) 職業選擇自由主觀條件限制：

其限制須具備特殊資格，始可從事某一職業，且該項資格的取得，憑藉個人主觀努力即可達成。立法者通常在維護重要公共利益且迫切之必要時，始可對從事某一職業之資格作限制。因此，立法形成空間較上述(一)小。如：領有醫師執照始可進行醫療行為。

#### (三) 職業選擇自由客觀條件限制：

此種限制無法憑藉個人主觀努力即可從事該職業，與個人無關，而是受到規範客觀因素影響。立法者若欲對之限制，即必須要保護特別重要公益且有必要，始可限制。此際立法形成自由空間較職業自由主觀限制更小。如：釋字第649號涉及「僅視障者方得從事按摩業」之規範是否合憲問題。

### 二、優惠性差別待遇(affirmative action)

憲法第7條揭示人民享有平等權，而優惠性差別待遇亦係平等權所必需探討之議題。優惠性差別待遇是指政府為消弭社會所存在對於弱勢群體予以歧視之現象，而採取針對弱勢群體予以優惠待遇的措施，例如對少數民族優惠入學措施。另中華民國憲法增修條文第10條特別針對「婦女」、「身心障礙者」、「原住民」以及「金馬地區人民」四類弱勢族群，要求國家採取行動以扶持其「社會地位」，即符合優惠性差別待遇之精神。學說上對「優惠性差別待遇」的看法，反對者認為此種優惠措施經常未能恰到好處的照顧到真正因社會歧視而受害之人，受益的人往往是弱勢族群中成就非凡的強者，受害的則多為無辜的非弱勢族群中之個人，但是贊成者認為平等權所欲保護者，乃是政治上、社會上的弱者，因此差別待遇措施如果授益給弱者，就不該是平等權所非難的對象。

而釋字第649號首度採用「優惠性差別待遇」一語：「九十六年七月十一日該法名稱修正為身心障礙者權益保障法，系爭規定之「非本法所稱視覺障礙者」，經修正為「非視覺功能障礙者」，並移列為第46條第1項前段，規定意旨相同」係以保障視覺障礙者(下稱視障者)工作權為目的所採職業保留

版權所有，重製必究！

之優惠性差別待遇，亦係對非視障者工作權中之選擇職業自由所為之職業禁止，自應合於憲法第7條平等權、第15條工作權及第23條比例原則之規定。」足見『優惠性差別待遇』一詞已非單純學說之用語。

### 【考題分析】

執業律師某甲，兼任民間之公證人，因擅為當事人公證結婚而違反公證法第三十七條，遭受民間之公證人懲戒委員會處分撤職。試依大法官相關憲法解釋說明：此一懲戒處分性質上為司法處分或行政處分，其憲法論理依據為何？（10分）此一處分是否構成職業自由之限制？公證法相關規定是否構成職業自由之限制？若已構成限制，應採何種審查基準加以審查？（93民間公證人③）

### ◎ 答題關鍵

請參照上述說明回答。

### 【參考文獻】

1. 黃昭元，〈平等權與自由權競合案件之審查—從釋字第649號解釋談起〉，《元照出版有限公司》，2009年2月，頁17-43。
2. 月旦法學教室編輯部，〈明眼人不得從事按摩業之規定違憲？〉，《月旦法學教室》，第75期，2009年1月，頁93-96。
3. 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，頁44。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！