

憲法對視障者社會基本權之保障

—論釋字第 649 號解釋產生之憲法疑義與因應途徑



編目：行政法

【論文導讀】

- 一、文章名稱：憲法對視障者社會基本權之保障
 —論釋字第 649 號解釋產生之憲法疑義與因應途徑
- 二、作者：邵惠玲教授
- 三、出處：月旦法學雜誌第 187 期，頁 238~250

<目次>

壹、重點整理

- 一、問題緣起
- 二、釋字 649 號解釋評析
 - (一)立法目的正當性探討
 - (三)優惠性差別待遇之違憲審查
- 三、憲法對視障者社會基本權之保障
 - (一)工作權、平等權、生存權性質及功能
 - (二)防禦權與社會權衝突
- 四、649 號解釋作出後的釋憲解決途徑
 - (一)大法官解釋效力
 - (二)聲請補充解釋可能性

五、結論

貳、考題趨勢

參、參考文獻

肆、延伸閱讀

<摘要>

釋字 649 號作成後，引起實務及學界的廣泛討論，更使平等權的性質與優惠性差別待遇間的關係受到重視。同時韓國就相類似的案件做出與我國不同的結論，更使此類事件應該被重新思考，本文由各種角度切入，探討本號解釋理由構成是否合理。並同時由程序面探討 649 號解釋作成後是否仍有釋憲途徑，應如何提出。



壹、重點整理

一、問題緣起

司法院大法官於 2008 年 10 月 31 日作成釋字第 649 號解釋，宣告身心障礙者保護法規定「非視障者不得從事按摩業」違反憲法平等權、工作權規定，故定期失效，此違憲宣告衝擊視障者就業生態，同時產生憲法對弱勢權益保障的質疑。視障按摩業保留涉及視障者、身障者、非身障者多方基本權衝突，以及就業市場管制和弱勢權益保護，韓國憲法法院對同一議題，在 2006 及 2008 年間作出結果不同的判決。故對此高度爭議議題，本文以法釋義學角度，探討並思考之。

二、釋字 649 號解釋評析

(一)立法目的正當性探討

本號解釋中，大法官以「憲法基本權利規定本即特別著重弱勢者之保障」，以及憲法本文第 155 條後段、憲法增修條文第 10 條第 7 項此二基本國策條款，證立國家保障視障者工作權確實有重要公共利益，進而認為按摩業職業保留具有立法目的正當性。

然大法官此推論至少需解決以下的問題：首先，基本國策規定對立法者規範效力如何？此問題學界仍有爭議。本文認為，無論採取方針條款或者是憲法委託理論，並不妨礙立法者選擇以按摩業保留方式保障身障者權益，局部實現扶助弱勢原則的結論。然弱勢扶助原則未必可導出視障工作權益特殊重要公益的保障，大法官未具體論述各該基本國策條款涉及視障權益之範疇與內涵，而直接以對象概括、內容廣泛的弱勢扶助原則，推論國家保障視障者工作權益的重要公益性格，實嫌倉促。

本文認為，以弱勢工作權益保障的觀點尋求視障業保留的憲法依據，或可引用憲法增修條文第 10 條第 7 項之「教育與就業輔導」，而特定族群的專業執業保留，係以維護從業人員就業能力同質性的方法，排除優勢族群競爭，確保就業機會，由此觀之視障業保留的立法方式實符合本項之旨。詳言之，立法者以職業保留方式，部分實現國家維護身障者經濟生活安全、助其自立的任務，符合憲法第 155 條後段、憲法增修條文第 10 條第 7 項，同時實現身障者工作權益及生存權的保障，立法目的可謂具憲法正當性。

(二)職業自由限制的違憲審查

就此部分而言，大法官援引過去解釋，認為憲法第 15 條工作權概念涵蓋職業自由，但並未進一步對二者關聯及差異闡明，本號就職業自由的違憲審查分為兩部分論述：

1.援引「三階段理論」

所謂三階段理論，係援引自德國法，以職業自由受限制之內容，區別不同寬嚴程度的審查標準，分別是：

- (1)「執行職業自由的限制」：例如工作方式、地點、時間，立法者為追求一般公益，非不得予以適當之限制；
- (2)「職業自由主觀條件限制」：為從事特定職業之個人本身應具備之專業能力或資格，此能力或資格可由訓練培養而獲得，立法者如欲加以限制，須有重要公益存在；
- (3)「職業自由客觀限制」：此為職業自由最高程度限制，屬非個人努力可達成之限制，立法者應以保護特別重要之公共利益始得為之。本案中視障非屬人力所得控制之狀態，故



此職業保留規定為對非視障者職業自由之客觀限制。

2.比例原則檢視

(1)適當性部分

就適當性部分，大法官似乎認為按摩概念不易界定，致生非視障者動則觸法之流弊，隱喻按摩業保留執法混亂與成效不彰，因法制規範不明確以及執法不易等結果，推論按摩業保留立法手段的不適當。

本文認為此推論說理不盡充分，法令明確性原則為法治國原則下為確保受規範者的法預見性，產生立法與行政機關明確立法的**客觀法義務**，此原則適用不以基本權利受限制為前提，如有違反此原則，即影響此法規的形式合法性。對此至多產生「是否承認該具有瑕疵的法令仍有拘束相對人效力的問題」，如以觸法可能論證對權利限制的適當性，似乎將法令形式合法性與法令限制權力人職業自由的實質合法性混為一談。

此外，大法官於此著眼在視障者保留條款使非視障者動則觸法，卻忽略比例原則審查的前提，也就是系爭規定必須直接干預權利，造成權利人無法自由選擇職業的結果，使生權利限制是否合比例的問題。質言之，規範的不明確僅生非視障者無法預知其行為受法令規制之不利益，並為直接干預非視障者的職業自由，因此按摩業保留的法令流弊，僅能呈現執法結果的不適當，而非法理論手段的不適當。

(2)手段必要性審查

大法官於此認為，以視障資格管制按摩業，限制非視障者執業自由，非必要手段。然而大法官並未進一步說明在失業率日益升高的今日，是否仍有以按摩業保障視障者就業機會的必要性。

(3)手段目的均衡性

大法官認為如果僅允許視障者從事按摩業，將使欲從事此業的非視障者必須轉行或失業，未能形成多元競爭環境裨益消費者選擇，也犧牲了消費者利益，此時與其保障利益相衡，顯不相當。

而本文以為所謂多元環境是從基本權利衍生的客觀價值所導出，職業自由事實上意味著必要的競爭，而市場取向與競爭建構下的經濟秩序乃確保個人選擇及執行職業自由功能發揮的典型要素，故立法者所為的視障者職業保留，實有違國家維護業者依供給與需求機制進入市場並自由競爭之經濟政策中立原則，故實有牴觸職業自由保障之旨。

(三)優惠性差別待遇之違憲審查

本案以視障與否為分類標準，禁止多數非視障者從事按摩業，形成差別待遇，然就此差別待遇的合理性而言，大法官由事務本質觀點出發，認為按摩業並非僅視障者可從事，且視障者的能力亦非僅侷限於從事按摩業，續以過度禁止、手段目的間實質關聯性等標準，論證視障者按摩的優惠性差別待遇違反平等權。

1.權利過度限制禁止

權利過度限制之禁止要求立法者保障視障者的手段，並未對非視障者的權利造成過度限制，此項檢視會依時代變遷而有不同評價。早期我國因社會經濟狀況，而使視障者的結構性弱勢地位不易改變，故就立法背景而言，實可稱為適當並且為必要的權益保障方式。然而就現今社會發展而言，為兼顧視障者與非視障者、消費者及供給者的權利，視障按摩業保留實已對社會造成過度侵害。首先隨著社會發展，按摩業就業及需求市場也會跟著成長、擴大，因此受此職業保留干預的族群亦隨之擴大；再者，在弱勢權利保障上，按摩業



保留獨厚視障者，而亦限制了其他身障者；最後，對消費者而言，此政策亦限制了消費者的選擇自由，實為過度限制。

2.手段與目的實質關聯性

就此而言，獨厚視障者的差別待遇，非僅過度限制非視障者權益，同時未必有助於弱勢就業之憲法目標，尤其按摩業保留容易產生立法與行政機關倚賴職業保障，僅致力於促使視障者選擇以按摩為業，反怠於以法令提供適當的職業訓練及就職訓練，故手段目的間亦無實質關聯，有違平等權意旨。

(四)基本權平等實現

自由權與平等權在憲法以人格自由發揮的核心價值、人人權利平等的價值秩序引導下，原則上排拒公權力以族群分化的標準、非個人能力提升得以達成的方式干預權利的實現。故立法者為落實憲法扶助弱勢原則採取的優惠保障措施，必須在確保憲政體制下各方族群基本權利能夠平等落實的前提下，始得為之。

三、憲法對視障者社會基本權之保障

(一)工作權、平等權、生存權性質及功能

1.傳統防禦功能

基本權利依時代與學說演變，反應不同的功能。若以傳統自由權的防禦功能觀之，生存權係確保國家對生命的尊重與生活的延續；職業自由權如德國基本法第 12 條規定，保障權利人自由選擇職業，不受公權力不當限制；平等權則禁止不合理的差別待遇。然而學界多半認為消極性質的基本權利並不具請求國家提供具體給付的效力，質言之，除非立法機關以法律賦予視障者特定給付請求權，否則視障者欠缺基本權利具體化的法律基礎，原則上無法以基本權力實現之主觀公權力形式，主張國家應創造特定工作機會。

2.晚近分享權理論

然而基本權利在憲法建構的價值體系下應有實質保障內涵，同時將基本權利的具體實踐任由立法者獨斷決定，過度放任自由權利競爭，將使弱勢者之自由幾乎無法實現。德國學界因此嘗試將個人權利內涵與社會客觀給付條件取得聯結，在普遍否認社會基本權具有具體給付請求權效力的前提下，肯認分享權，也就是保障基本權利人參與或分享社會福利資源機會存在的可能性。

就此分享權如何發揮，學界見解不一，折衷來說，最低保障理論為普遍被接受的底限。其意義在於，基本權利事實上實現必須有最低必要條件的支持，因此只有在自由權事實上實現的最低條件有必要由國家提供支持予以維護時，始能從防禦性質的自由權衍生積極請求給付的效力。

我國而言，增修需規範之弱勢就業權益保障，強調助其自立、教育、訓練等，使其增加競爭力，並未強調特定職業自由的具體給付，即為參與分享權的表現。立法者具體形塑之視障按摩業制度非僅確保視障者進入職場的可能性與執業自由選擇之前提，公平參與就業市場、分享就業機會，更是以穩固經濟基礎之自立生活，實現生存權利為目的。

(二)防禦權與社會權衝突

按摩業職業保留違憲審查的困難度在於防禦權與社會權的衝突，也就是確保視障者工作與就業平等的按摩業保留，同時限制非視障者的職業自由，本號解釋於此論述實為不足，本文提出以下見解：



1.職業自由與視障工作、平等權益衡量

本文以分享權的角度探討視障者工作、平等權益具體實現的保障必要性，也就是以現今社會環境觀察視障就業之弱勢情形，其是否尚有可能之職業供其選擇，還是普遍的排拒於職場之外？其是否仍有公平參與就業市場、分享就業資源之機會？

本文以研究資料論證，認為現今就業市場中，視障者仍為最不被考慮的一群，處於弱勢，在最極端的情形，如果不保障視障者的就業機會，其幾乎將失去職業自由，故在最低保障下，國家應負有提供可選擇之職業、維護其就業可能性的義務，由此觀之，釋字 649 號解釋的論述實有不足。

2.職業自由與視障生存權益衡量

假如現存視障者失去按摩職業保留的保護傘，勢必無法自食其力，普遍呈現生存弱勢的情形。此等弱勢生存保障乃基本權利，與國家若是扶助目標表彰之憲法重要價值，則視障者生存權益保障不足乃釋憲者應該面對的問題。從生存權結合前述弱勢扶助條款應該可以導出立法者應確保其最低水準之經濟生活基礎，提供必要措施助其自立發展的保護義務。當視障者只能倚賴國家津貼始能維持生活，則視障按摩保留制度縱使高度限制非視障者的職業自由，相較於其他措施，可能是一個實現憲法增修條文第 10 條第 7 項扶助弱勢自立發展之適度且必要手段，同時相較其他教育訓練、就業輔導措施，亦為較有效益的方式。故按摩業保留具有實現基本國策的積極意義，因此釋字 649 號不應僅侷限於平等權與工作權保障，而應延伸至職業自由與生存保障之間的基本權利衝突、自由競爭與扶助弱勢自立生活之價值決定的抗衡與相關法益的權衡。

四、釋字 649 號解釋作成後的釋憲解決途徑

(一)大法官解釋效力

究竟於釋字 649 號作成後，視障者與立法委員可否於身障法修法前，就視障保留條款之違憲疑義再次聲請解釋？此問題涉及大法官解釋之效力。學說上肯認大法官解釋具有類似法院判決的拘束力，也就是大法官除經法定程序，不得任意將以公告的解釋自行撤銷或變更。

本文認為，在上述見解下，於身障法修法之前可以針對釋字 649 號解釋論證，探討是否有聲請補充解釋的可能性。釋字本身無法作為違憲審查的對象，因此以補充解釋之名義聲請解釋，其目的應為原先解釋內容再補充，使說理更完備，不涉及對已公告的解釋進行審查的問題。

(二)聲請補充解釋可能性

1.補充解釋聲請人為何

此部分係以大法官會議決議為依據，依聲請人為中央與地方機關或人民不同而有差異。若為機關聲請，依據大法官會議第 118 次會議決議，限於就職權上適用憲法、法律、命令，對於本院所為之解釋發生疑義，聲請解釋。至於立法委員，亦可為補充解釋的聲請權人。如為人民聲請補充解釋，依大法官會議第 607、948 次會議決議，限於下列兩種情形：

- (1)原案件聲請人提出聲請；本案聲請人為非視障者，應滿意此違憲宣告結果，難以期待其提出。
- (2)訴訟當事人對於確定終局裁判所適用本號解釋發生疑義，大法官視個案情形決定受理，予以解釋。以本案而言，此情形應該在立法者刪除身障法職業保留條款後才會發生，故亦難以為之。

2.聲請補充解釋的正當理由為何



本文整理上開對釋字 649 號的疑義，輔以韓國憲法法院合憲判決之論據，分述如下：

- (1)就視障按摩師的生存權益保障而言，本案中大法官並未針對視障生存權益保障與扶助弱勢自立生活之重要公益實現，審查限制非視障者從事按摩業之必要，故可對發生刪除視障保留條款抵觸視障者生存權益之疑義，聲請補充解釋。
- (2)就權力分立與民主原則而言，本號釋字大法官對立法者的政策決定權僅提及尊重過去立法者基於當時實際社會情況所作的考量，並未考量是否尊重今日立法者之政策決定權問題加以說明，故可以此為理由聲請之。

五、結論

相較於韓國法院因社會現實而保守的避免介入立法政策決定，我國大法官展望未來，迴避弱勢生存權益與立法形成自由等爭議問題，以違憲宣告促使立法者切實實現視障者的工作權益，有關上按摩小門，開啓多元就業大門。就此嘗試而言，是積極的維護社會各族群公平參與就業市場，值得認同，但就多元族群職業自由及消費權益的挑戰，要如何發揮積極的保護作用，是釋憲者下一步可以思考的。

貳、考題趨勢

於本篇文章中，應注意的是釋字 649 號所衍生的平等權以及優惠性差別待遇的相關討論，尤其可以一併參照台灣大學黃昭元教授及政治大學廖元豪教授相關著作，以了解在德派及美派體系下思考邏輯的差異。此外，由於國家考試的改制，也必須一併注意有關聲請大法官解釋的程序問題，方可應付程序實體綜合的題型。

參、參考文獻

- 一、黃舒梵(2009)，〈立法者對社會福利的形成自由及其界線：以釋字 649 號解釋為例〉，第七屆憲法解釋理論與實務研討會，中央研究院法律學研究所籌備處，2009 年 12 月。
- 二、孫迺翊(2009)，〈視障者按摩業保留解除後之法制因應初探〉，身心障礙權益保護工作坊，政治大學法學院勞動法與社會法中心，2009 年 3 月。
- 三、邵惠玲(2009)，〈德國社會法制中的平等權實踐〉，平等權的實踐社會研討會，靜宜大學法律學系，2009 年 6 月。
- 四、許育典(2009)，〈非視障者不得按摩，違憲？〉，《月旦法學教室》，第 76 期，2009 年 2 月。
- 五、彭鳳至(2008)，〈司法院大法官憲法解釋之效力—兼論大法官解釋一般拘束力與德國聯邦憲法院法第 31 條規定德國聯邦憲法法院裁判之效力〉，《月旦法學雜誌》，2008 年 10 月。
- 六、司法院大法官釋字 649 號。

肆、延伸閱讀

- 一、黃舒梵(2010)，〈違憲審查中之立法形成空間〉，《月旦法學雜誌》，第 185 期，頁 39-51。
- 二、楊子慧(2010)，〈補充解釋與大法官釋憲程序之列舉原則〉，《月旦法學教室》，第 94 期，頁 10-11。
- 三、廖元豪(2010)，〈平等權：第六講—平等權的檢討與展望〉，《月旦法學教室》，第 90 期，頁 28-36。
- 四、許志雄(2010)，〈職業規制與保留的違憲審查（上）（下）—司法院釋字第 649 號解釋評析〉，《法學新論》，第 19、20 期，頁 1-33、1-22。
- 五、廖元豪(2009)，〈非視障者比視障者更值得保護？—精細、嚴謹，但欠缺權力敏感度的釋字 649 號解釋〉，《台灣法學雜誌》，第 123 期，頁 187-193。



六、黃昭元(2009)，〈平等權與自由權競合案件之審查－從釋字第 649 號解釋談起〉，《法學新論》，第 7 期，頁 17-43。

七、許育典(2009)，〈非視障者不得按摩，違憲？〉，《月旦法學教室》，第 76 期，頁 6-7。

※延伸知識推薦，都可在最多法學資源的【月旦法學知識庫】www.lawdata.com.tw
立即在線搜尋！

