

大法官案件審理的「審查基準」 —以釋字第 649 號為說明



編目：憲法

【論文導讀】

- 一、文章名稱：大法官案件審理的「審查基準」—以釋字第 649 號為說明
- 二、作者：吳信華教授
- 三、出處：月旦裁判時報第 6 期，頁 5~13。

<目次>

壹、重點整理

一、釋字第 649 號簡述

- (一)本案事實
- (二)爭點
- (三)判決理由
 - 1.平等原則部分
 - 2.比例原則部分

二、評析

- (一)本案基礎的「審查基準」—「平等原則」及「比例原則」
 - 1.平等原則
 - 2.平等原則論證的再思考
 - 3.比例原則論證的法益衡量
- (二)「法實效性」及「法明確性」作為本案的審查基準
- (三)「後果考量原則」的思考

三、結語

貳、考題趨勢

參、參考文獻

肆、延伸閱讀

<摘要>

本文主要是以釋字第 649 號解釋為案例，藉此闡述審查基準的概念及相關內容，即大法官審理案件應以整部憲法為其基準而審查系爭規範，並應為具體合理的論證。本號解釋在「平等原則」以及「比例原則」作為審查基準之外，更應注意其他原理原則的思辨，例如：平等原則的不同思考內容、「法明確性」及「法實效性」的判斷等等，均在本案思考中具一定重要地位。大法官在具體案件中的精確論證，在法治國家中國家行為的合法正當的要求以及人民權利保障的觀點下，都應是一個合理的期許。

關鍵詞：平等原則、比例原則、法明確性、法實效性、後果考量原則



壹、重點整理

一、釋字第 649 號簡述

(一) 本案事實

某甲經營某理髮店，僱有員工乙、丙 2 人從事理髮工作，並為展現親切態度而為客人捏肩或敲背，然被主管機關查獲而以違反「身心障礙者保護法」第 37 條第 1 項規定為由，依同法第 65 條第 1、2 項分別裁處甲、乙、丙新臺幣若干元之罰鍰。3 人均不服而提起訴願及行政訴訟，但均遭受敗訴。甲、乙、丙 3 人於窮盡救濟途徑後，即主張系爭規定牴觸憲法第 7 條平等權與憲法第 15 條工作權為違憲而聲請釋憲。大法官後即作成本號解釋，認為系爭規定：「與憲法第 7 條平等權、第 15 條工作權及第 23 條比例原則之規定不符，應自本解釋公布之日起至遲於屆滿 3 年時失其效力。」

(二) 爭點

本案爭點簡要敘述，即「法律規定只有視障者方能從事按摩業是否違憲」？此一問題若遵循既定對基本權利的思考，即：

1. 本案當事人涉及何項基本權利；
2. 國家行為是否構成侵害；
3. 侵害的合憲性如何。

此一思維及答題架構有初步的合理性，但現實上問題卻複雜許多。本案既涉及「工作權」與「平等權」，但「平等權」的性質可能被解釋為一種「平等原則」，因此在判斷系爭法條合憲性時，究係以涉及工作權而以「比例原則」，抑或係涉及平等權與工作權而以「平等原則」，甚或涉及平等權與工作權而同時以「比例原則」及「平等原則」加以審查。此即係大法官案件審理中「審查基準」之相關問題，於具體案例的判斷上當具重要地位。

(三) 判決理由

1. 平等原則部分

大法官首先肯認視障者之弱勢而理解立法者訂定系爭規定，但認為就此「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，方符合平等權之保障。」即手段與目的間須有合理(實質)關聯性。大法官即接續論證系爭規定「優惠性差別待遇之目的」具有重要的公共利益，合於憲法扶助弱勢的規定，但隨著社會發展「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不僅侷限於從事按摩業，以致系爭規定施行近 30 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。」因此認為「目的與手段間難謂具備實質關聯性」，違反平等原則。

2. 比例原則部分

論述完平等原則的部分後，大法官接續論述本案事實涉及憲法第 15 條之工作權，即「人民從事工作並有選擇職業之自由」。而針對不同限制職業自由的型態(執行職業之自由、選擇職業之自由、從事特定職業之客觀條件)，立法者得基於不同層次(一般、重要、特別重要)的公共利益加以限制，但無論如何均須合於比例原則的檢驗。大法官就此論證「查系爭規定禁止非視障者從事按摩業，係屬對非視障者選擇職業自由之客觀條件限制」，並有憲法上之「特別重要之公共利益」，但「系爭規定對非視障者從事按摩業之禁止，其範圍尚非明確，導致執行標準不一，使得非視障者從事類似相關工作及行業觸法之可能性大增，此



有各級行政法院諸多裁判可稽。且按摩業並非僅得由視障者從事，有意從事按摩業者受相當之訓練並經檢定合格應即有就業之資格，將按摩業僅允准視障者從事，使有意投身專業按摩工作之非視障者須轉行或失業，未能形成多元競爭環境裨益消費者選擇，與所欲保障視障者工作權而生之就業利益相較，顯不相當。」因此違反比例原則。

二、評析

(一)本案基礎的「審查基準」—「平等原則」及「比例原則」

1.平等原則

平等原則與比例原則均可作為案件審查的理性準則，但在具體案件中有無先後順序？論證此種順序有無實益？初步可以思考的是，平等原則在於禁止無正當理由的差別待遇；比例原則要求手段與目的間應有合理關聯性，二者原則上各有其不同應審查的內容，但現實上卻非如此容易區隔，即二者可能為併行或內含的情形(例如：在論證平等原則時，以該手段無助於目的達成或並非最小侵害手段性，而認為缺乏造成差別待遇的正當理由，即內含類似比例原則的論證)，事實上難以找出定論，而應以案件性質合理論證。若某個基本權利在判斷上主要被以違反平等原則的方式加以侵害，此時則應以平等原則作為主要的審查基準。

以本案而言，法條規範明顯係以「視障者」作為區別標準，判斷可否從事按摩工作，而形成一種差別待遇，職業自由於此係被以違反平等的方式受到侵害，因此首要的審查基準應該是平等原則。

2.平等原則論證的再思考

以平等原則作為本案首要的審查基準，應有合理的論證內涵。但大法官所提之論點，似難謂有合理論證。蓋：

- (1)系爭規定禁止明眼人從事按摩業，本即會對其造成「限制」，但該限制是否「過度」，當應加以說明；同時應更論證的是，何以系爭規定即使具憲法上重要的公益目的，但卻仍無法使該等「限制」取得憲法上的正當性。
- (2)系爭規定保障「視障者」而排除同屬身心障礙的「非視障者」，當然亦涉及平等原則的討論。但依一般認知，在所有身心障礙中以視障所造成之障礙最不便利，系爭規定應當係此一思維下的產物，而具有極為重要的公益目的。若大法官認為未將其他障礙者納入而有違平等原則，當應予以更合理的論證。
- (3)系爭規定的目的應在於保障弱勢視障者的工作，而非改善其經社地位。因此以視障者經社地位的未改善而認為「目的與手段間難謂具備實質關聯性」似有疑問。

除前述大法官的論述外，本家中平等權(平等原則)並應思考下列二點：

- (1)法律現規定僅視障者能從事按摩業，而無例外規定，除造成「視障者與非視障者」以及「視障者與其他非視障的身心障礙者」的差別待遇而有平等原則的思考外，反而就此在平等原則的評價上可能係「應為差別性規定而未為差別性規定」。換言之，是否法律僅在規範只有視障者才能從事按摩業而其他人均不能從事的情況下，才合於此一弱勢者的保障及憲法公益目的；以及同屬身心障礙嚴重卻無法從事按摩業的相關情狀，究竟是一種不得已的少數例外，抑或該例外係屬嚴重，若不予合理規範即屬缺失而違反平等原則？就此或屬本案平等原則中應思考的重要論點。
- (2)系爭規定未就「按摩業」的概念再為精確區分，以致明眼人無法從事按摩業，即被評價為對人民職業自由重要的侵害。亦即系爭規定或能對按摩業為精確類型化的界定或區



分，而明確保障僅「視障者」可從事某種按摩業，而「非視障者」可從事其他種的按摩業，則或許較為衡平。若此論點合理，則法律上的評價即係「應為差別待遇而未為差別待遇」，亦屬違反平等原則。

3.比例原則論證的法益衡量

本案比例原則的檢驗中，大法官論及「將按摩業僅允准視障者從事，使有意投身專業按摩工作之非視障者須轉行或失業，未能形成多元競爭環境裨益消費者選擇，與所欲保障視障者工作權而生之就業利益相較，顯不相當。」似乎認為系爭規定不合於比例原則中的「狹義比例原則」，但若觀察此段文字，實則並未論證而僅有結論。蓋憲法上保障弱勢或視障者的公共利益與「未能形成多元競爭環境裨益消費者選擇」的利益，二者比較上是否真的「顯不相當」，實有疑問。

此外，大法官未討論的重點是：系爭規定「完全禁止」的手段是否可能過於強烈，而應有較小侵害手段之可能性？此即「必要原則」的論證，但大法官重點似在於「狹義比例原則」的思考，但卻又未予合理闡釋。

(二)「法實效性」及「法明確性」作為本案的審查基準

除前述平等原則及比例原則的審查基準外，本案實則亦可考量以「法實效性」及「法明確性」作為審查基準加以檢驗。大法官在理由書中論述：「系爭規定對非視障者從事按摩業之禁止，其範圍尚非明確，導致執行標準不一，使得非視障者從事類似相關工作及行業觸法之可能性大增，此有各級行政法院諸多裁判可稽」即表示實務上因「非視障者」從事「名非按摩、實為按摩」而遭受裁罰者甚多，且引發相關爭議。此即表示現今立法對按摩業的規範並不明確，也同時導致系爭「僅視障者能從事按摩業」的規定欠缺規範的實效性。若係如此，則系爭規定立法並不明確，同時欠缺實際的規範效益。

(三)「後果考量原則」的思考

另一個可以思考的情況是，如果對本案系爭法條的合(違)憲性難以判斷時，能否以本案宣告「違憲」或「合憲」的後果思考，何者的發展較為正向？或何者負面影響較少？如依此論證，本案若宣告違憲，則任何人皆可從事按摩業，視障者的工作保障當然因此受影響，但或許此係一個使視障者脫離「僅能從事按摩業而被定位」的可能機會，國家亦因此而架構一個對視障者的合理規範及保障機制；但相對的，如果國家的改善措施未盡周延理想，則反而使視障者更限於不利的地位，反而較現行情況更不合於憲法保障弱勢的意旨。本案若宣告合憲，則暫時一如往常地運作，視障者固受保護，但其他人從事按摩業或被拒絕、或則遊走於法律邊緣，相關問題依舊存在，而國家亦可能因為並無明確的強制性即有所懈怠，如此則改善狀況停滯不前，亦非憲法價值的合理落實。

「後果考量」可否作為大法官釋憲審查的一個思考，當然會有爭議，或許即使個案中容許之，當亦應居於例外或補充地位，無論如何不應在憲法規範或憲法原理原則未加詳盡的論證下，即先(或主要)予以「後果考量」的思考。同時若以「後果考量」思考相關案件，實際上等於對憲法所彰顯的不同價值有所評價，則應當賦予更正當說理，否則可能不當(或過度主觀)的價值判斷會凌駕於客觀法規範的思考，殊非法律合理論證應有的思維方式。

三、結語

本文主要是以釋字第 649 號解釋為案例，藉此闡述審查基準的概念及相關內容，即大法官審理案件應以整部憲法為其基準而審查系爭規範，並應為具體合理的論證，此即係憲法最高性及法律理性思維的展現。本號解釋在「平等原則」以及「比例原則」作為審查基準之外，更應注意



其他原理原則的思辯，例如：平等原則的不同思考內容、「法明確性」及「法實效性」的判斷等等，均在本案思考中具一定重要地位。

本案系爭規定究竟是否違憲，情感上或許見仁見智，但在法律上吾人應注意的是，不論是合憲或違憲的評價，均應有合理的說理論證，否則僅可能是檢驗者個人的價值判斷。大法官在具體案件中的精確論證，在法治國家中國家行為的合法正當的要求以及人民權利保障的觀點下，都應是一個合理的期許。

貳、考題趨勢

本篇文章中，吳信華教授以釋字第 649 號之背景，檢驗大法官對平等原則及比例原則所論述的審查基準，並輔以批評及補充，提供同學回答類似實例題時應有的思路流程及操作模式。近年平等權(及平等原則)及比例原則的考點，成為國家考試及研究所入學考試之常客，建議同學於研讀本文後，多加練習操作平等原則及比例原則的審查流程，並熟讀近年與平等權相關的大法官解釋，以掌握相關爭點的鋪陳方式。

參、參考文獻：

- 一、李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《人文及社會科學集刊》，9 卷 1 期，1997 年。
- 二、黃昭元，〈憲法權利限制的司法審查基準：美國類型化多元標準模式的比較分析〉，《臺大法學論叢》，33 卷 3 期，2004 年。
- 三、廖元豪，〈高深莫測，抑或亂中有序？—論現任大法官在基本權利案件中的「審查基準」〉，《中研院法學期刊》，2 卷，2008 年。
- 四、〈司法院大法官釋字第 649 號解釋〉，《司法院公報》，第 50 卷 12 期，2008 年。

肆、延伸閱讀

- 一、許志雄(2011)，〈職業自由之保障與規制〉，《月旦法學教室》，第 104 期，頁 8-9。
- 二、吳信華(2011)，〈釋憲案件中基本權利的判斷與合憲性的審查—釋字第 626 號評析〉，《月旦裁判時報》，第 8 期，頁 5-12。
- 三、廖元豪(2011)，〈美國憲法學對臺灣憲法實務與理論之影響—以方法論為重心〉，《月旦法學教室》，第 100 期，頁 51-69。

※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！

