

公法判解

職業規制與保留的違憲審查

大法官釋字第649號

【實務選擇題】

司法院釋字第649條解釋中，認為「非視覺功能障礙者，不得從事按摩業。」之法律規定，違反下列何項憲法基本權之保障？

- (A) 工作權與身體自由權。
- (B) 工作權與生存權。
- (C) 平等權與財產權。
- (D) 工作權與平等權。

答案：D

【裁判要旨】

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。

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。該規定旨在保障視障者之就業機會，徵諸憲法第155條後段及增修條文第10條第7項之意旨，自屬特別重要之公共利益，目的洵屬正當。惟鑑於社會之發展，按摩業之需求市場範圍擴大，而依規定，按摩業之手技甚為廣泛，包括：輕擦、揉捏、指壓、叩打、震顫、曲手、運動及其他特殊手技。（九十七年三月五

日廢止之視覺障礙者從事按摩業資格認定及管理辦法第4條、現行視覺功能障礙者從事按摩或理療按摩資格認定及管理辦法第4條第1款規定參照），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。故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。

保障視障者之工作權，為特別重要之公共利益，應由主管機關就適合視障者從事之職業予以訓練輔導、保留適當之就業機會等促進就業之多元手段採行具體措施，並應對按摩業及相關事務為妥善之管理，兼顧視障與非視障者、消費與供給者之權益，且注意弱勢保障與市場機制之均衡，以有效促進視障者及其他身心障礙者之就業機會，踐履憲法扶助弱勢自立發展之意旨、促進實質平等之原則與精神。

【學說速覽】

一、優惠性差別待遇與平等

許志雄老師認為平等包含權利與原則兩個面向，稱平等權或平等原則係從不同角度著眼的結果。解釋上我國憲法第7條規定首重形式平等，而必要時得基於實質平等理念予以相對化，亦即在相對平等下允許合理的差別待遇，而判斷時應盡可能考量實質平等的旨趣。優惠性差別待遇的法理基礎係著眼於積極面的平等，為矯正向來因差別待遇而造成的事實上不平等，要求國家介入採取特別措施，其涉及平等權之社會權面向。惟若僅進一步解為個人享有優惠性差別待遇之權利則屬不妥，蓋其將使國家任務異常膨脹，且過度介入私人領域，與立憲主義精神不符。

美國關於平等問題之歷史發展可分為兩層構造，第一層是傳統型平等問題，第二層是衍生出來的新型平等問題，優惠性差別待遇即屬之。對於優惠性差別待遇之批評，論者回應如下：①只要優惠性差別待遇不過分，即可避免「逆差別」現象；②優惠性差別待遇可除去弱勢者之烙印，使其有翻身機會；③實施優惠性差別待遇時只要考量周延，應可避免對弱勢者之二度傷害；④優惠性差別待遇目的在保護弱勢之個人，群體或集團只是辨識弱勢與否之指標。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

此外，就優惠性差別待遇之審查嚴格程度應適度降低，蓋不同於一般差別待遇情形，在優惠性差別待遇時若有不當之優惠，多數者可透過民主程序加以調整。釋字第649號解釋涉及社會保障之立法，系爭規定蘊含高度社會政策，且對弱勢者所採職業保留屬於優惠性差別待遇，原本應適用寬鬆的合理審查基準，但因對非視障者所為職業禁止乃十分激烈之手段，故應採行實質合理關聯性基準。

二、立法事實論

法律違憲之主張有兩種，一是主張法律違反憲法的絕對禁止規定，另一是主張法律的規制逾越憲法容許的限度。於後者之情形，須對立法必要性或立法目的正當性，以及手段的適切性進行判斷，此際非有充分事實根據不可，立法事實遂成為違憲審查重要的一環，考量立法事實乃司法的任務，惟司法權斟酌之觀點與國會不同，並非對國會之衡量是否明智或妥適進行審查，應不至出現角色混淆之問題。違憲審查機關進行違憲審查時，應盡可能運用社會科學之成果，查明立法事實，俾據以作成合憲或違憲判斷。

我國採抽象違憲審查制度，與美國不同，美國法院運用立法事實檢證方法於我國未必合適，而大法官原本能採行之檢證方法並不少，若善加運用即可因應需要，實務上常通知有關機關說明或提供相關資料，此固然對立法事實之探知有助益，但邀請專家學者到院說明之頻率似嫌不足，而言詞辯論絕少舉行更難謂妥適。

【考題解析】

職業保留之優惠性差別待遇，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。

【相關法條】

憲法第7條、第15條、第23條、第155條、憲法增修條文第10條

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！