臺北市政府 90.12.31. 府訴字第九０一八九一六八００號訴願決定書

訴　願　人　○○○（○○廳負責人）
　　○○○
原處分機關　臺北市政府社會局

右訴願人因違反身心障礙者保護法事件，不服原處分機關九十年六月二十八日北市社三字第九０二四七一四一０一號及九０二四七一四一０二號處分書，提起訴願，本府依法決定如左：

主　　文

訴願駁回。

事　　實

一、緣訴願人○○○在本市○○街○○號○○樓開設「○○廳」，領有本府核發之北市建一商號　字第 xxxxxx 號營利事業登記證，核准營業項目為：「男子理燙髮業（觀光理髮、視聽理容除外）」。本府警察局中正第一分局警員於八十七年十一月五日十六時前往○○廳營業場所實施臨檢，當場查獲該店僱有明眼人（即訴願人○○○）正為客人○○○做小腿按摩，乃依檢查實況作成臨檢紀錄表，並以八十七年十一月九日北市警中正一分一字第八七六二二六一三００號函檢附臨檢紀錄表及相關人員之談話偵訊筆錄移請本府勞工局查處。案經本府勞工局據以認定訴願人等違反身心障礙者保護法第三十七條第一項規定，乃依同法第六十五條規定，以八十七年十一月十八日北市勞三字第八七二三七五二五００號、八七二三七五二五０一號處分書，分別處○○廳負責人（即訴願人○○○）新臺幣二萬元、行為人○○○新臺幣一萬元罰鍰。訴願人等均表不服，於八十七年十二月七日向本府提起訴願。

二、案經本府以八十八年五月十三日府訴字第八八０三０六四三００號訴願決定：「訴願駁回」，訴願人不服，提起再訴願亦遭駁回，乃提起行政訴訟，案經最高行政法院以九十年四月十八日九十年度判字第六一０號判決：「再訴願決定、訴願決定及原處分均撤銷。訴訟費用由被告負擔。」理由載明：「.....惟查本件被告（本府勞工局）為勞工目的事業主管機關，非屬身心障礙者保護法之主管機關，而上開法條規定對非視覺障礙者從事按摩業之處罰，旨在維護視覺障礙者之工作權益，依身心障礙者保護法第二條第一項規定，其主管機關應為臺北市政府社會局，而與同條第二項規定之目的事業主管機關無涉。被告未查，以勞工目的事業主管機關，對原告等為本件之處分，顯然逾越權限，其處分應屬違法，一再訴願決定未予糾正，亦有可議。原告等執以指摘非無理由，爰將一再訴願決定及原處分併予撤銷，應由被告移由權責機關另為處分.....」

三、案經臺北市政府勞工局以九十年六月十九日北市勞三字第九０二二一五一六００號函轉上開最高行政法院判決書影本等移由原處分機關辦理。案經原處分機關以九十年六月二十八日北市社三字第九０二四七一四一０一號及九０二四七一四一０二號違反身心障礙者保護法案件處分書，處以訴願人（負責人）○○○新臺幣二萬元、行為人○○○新臺幣一萬元罰鍰。上開處分書據原處分機關重新審查表載明於九十年七月三日送達，訴願人等均表不服，於九十年七月三十一日向本府提起訴願，並據原處分機關檢卷答辯到府。

理　　由

一、按身心障礙者保護法第三十七條第一項規定：「非本法所稱視覺障礙者不得從事按摩業。但醫護人員以按摩為病患治療者，不在此限。」第六十五條規定：「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。前項違法事件如於營業場所內發生並依前項標準加倍處罰場所之負責人或所有權人。.....」

按摩業管理規則第四條規定：「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。.....。」

司法院釋字第三六八號解釋：「行政訴訟法第四條『行政法院之判決，就其事件有拘束各關係機關之效力』，乃本於憲法保障人民得依法定程序，對其爭議之權利義務關係，請求法院予以終局解決之規定。故行政法院所為撤銷原決定及原處分之判決，如係指摘事件之事實尚欠明瞭，應由被告機關調查事證另為處分時，該機關即應依判決意旨或本於職權調查事證。倘依重為調查結果認定之事實，認前處分之適用法規並無錯誤，雖得維持已撤銷之前處分見解；若行政法院所為撤銷原決定及原處分之判決，係指摘其適用法律之見解有違誤時，該管機關即應受行政法院判決之拘束。行政法院六十年判字第三十五號判例謂：『本院所為撤銷原決定及原處分之裁判，如於理由內指明由被告官署另為復查者，該官署自得本於職權調查事證，重為復查之決定，其重為復查之結果，縱與已撤銷之前決定持相同之見解，於法亦非有違』，其中與上述意旨不符之處，有違憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨，應不予適用。」

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：「主旨：所詢坊間推拿館（中心）、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乙案，復如說明.....說明.....二、依據按摩業管理規則第四條規定：『按摩業之手技包括：輕擦、揉捏、指壓、扣（叩）打、震顫、曲手、運動、壓迫及其他特殊手技。』，因此，有關病理按摩、美容中心等行業，其招牌既已標明指壓等涉及按摩之行為者，當列為稽查對象及依按摩業管理規則辦理。三、至以變相之推拿、或無（或未使用）瘦身、護膚美容設備，卻有運用『手技』為消費者服務之實者....

..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（按：八十六年四月二十三日修正為身心障礙者保護法）及按摩業管理規則處理之。」

二、本件訴願理由略謂：

（一）臺北市政府勞工局以訴願人○○○於八十七年十一月五日僱用○○○在中正區○○街○○號○○樓○○廳內為客人按摩，違反身心障礙者保護法第三十七條第一項規定，處罰○○○新臺幣二萬元、○○○新臺幣一萬元罰鍰，經訴願人等行使行政救濟權利，經最高行政法院判決將原處分撤銷，認勞工局非主管機關無權處罰，該原處分已自始無效，不能中斷時效，自行為日八十七年十一月五日起迄今原處分機關更為處罰之九十年六月二十八日，已逾二年六個月二十三天，其處罰之追訴權早已因逾時效而喪失，原處分機關重為處罰之決定，依法無據。

（二）依據社會秩序維護法規定，違反該法行為逾二個月，即不能追訴，執行之時效亦以六個月為期，逾期不得處罰，原處分機關未參照該時效完成規定重為處罰，依時效完成之規定，已失其依據，其他類似法令規定，亦無越過二年六月二十三天之期限。

（三）依前述理由，原處分不當，應予撤銷。

三、卷查本件訴願人○○○所經營之○○廳店內，經本府警察局中正第一分局警員於事實欄所敘時、地，當場查獲有明眼女子即訴願人○○○正為顧客○○○從事小腿按摩之服務，此有該分局八十七年十一月五日臨檢紀錄表及訴願人○○○僱用之員工○○○、顧客○○○之談話偵訊筆錄等影本各乙份附卷可稽。原處分機關據以處分，自屬有據。

四、次查按摩業管理規則係依據原殘障福利法第十九條第二項規定訂定之。該法雖於八十六年四月二十三日修正公布為身心障礙者保護法，惟身心障礙者保護法第三十七條仍延續上述保護視覺障礙者從事按摩業之立法旨意；按摩業管理規則第四條既規定：「按摩業之手技，包括輕擦、揉捏、指壓、叩打，震顫、曲手、運動、壓迫及特殊手技。」是屬身心障礙者保護法第三十七條（即原殘障福利法第十九條第二項）所定「按摩業」手技範圍之例舉補充規定，自仍得資為認定按摩業之範圍。

五、又就按摩業之按摩與以治療疾病為目的所為之按摩間之爭議，依行政院衛生署八十六年九月九日衛署醫字第八六０四八九九五號函釋示，以治療疾病為目的所為之按摩、腳底按摩有別於視覺障礙者為健康人從事以疏鬆筋骨、消除疲勞等非醫療為目的所為之按摩。查本案行為人康○○於談話筆錄中陳述：「.....問：警方人員於今（五）日下午十六時進入.....○○廳臨檢時，妳正在做何事？答：我當時正在替一位客人○○○.....理髮，當時那客人○○○說他身體不舒服，我就額外替他做小腿按摩服務.....問：妳店內理髮如何消費？答：店內消費方式為洗頭新臺幣肆佰元整，修指甲新臺幣壹佰元整，臉部按摩為新臺幣參佰元整。.....」男客○○○於談話筆錄中陳述：「.....問：你今（五）日於何時？進入位於北市○○街○○號○○樓○○廳消費？由那一位理髮

人員為你服務？消費如何計算？答：我於今（五）日下午十五時五十分進入○○廳理髮消費，由店裡技術理髮人員○○○.....為我服務，消費方式為洗頭新臺幣肆佰元，修指甲新臺幣壹佰元整，按摩新臺幣參佰元整。問：警方人員於同（五）日下午十六時對○○廳實施檢查時，○○○正對你做何服務？答：當時我身體不太舒服，○○○額外替我服務幫我按摩小腿時，警方人員就進入店內了。.....」，依上開內容觀之，訴願人○○○已承認有按摩服務之事實，且未有相關證明足資認定訴願人○○○係對人體疾病為處置行為，故尚難對其作有利之認定。至訴願人主張依社會秩序維護法，原處分機關處罰之追訴權早已因逾時效而喪失云云。按訴願人係因違反身心障礙者保護法而遭處分，而非依社會秩序維護法處分，兩者法源依據不同，自不得比附援引。況本件違反身心障礙者保護法事件係發生於八十七年十一月五日，本府勞工局於八十七年十一月十八日即已作成前處分，嗣因訴願人等提起行政救濟，經最高行政法院判決撤銷本府勞工局之處分後，始由原處分機關依判決意旨重為本件處分，是訴願人所辯，恐有誤解，不足採據。從而本件原處分機關重為之處分，仍認訴願人○○○係非視覺障礙之人，從事按摩業之行為，違反身心障礙者保護法第三十七條第一項規定，依同法第六十五條規定，分別以九十年六月二十八日北市社三字第九０二四七一四一０一號、九０二四七一四一０二號處分書，處場所負責人（即訴願人○○○）新臺幣二萬元、行為人○○○新臺幣一萬元罰鍰，揆諸首揭規定、司法院釋字第三六八號解釋及內政部函釋意旨，並無不合，原處分應予維持。

六、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　黃茂榮

委員　薛明玲

委員　楊松齡

委員　王惠光

委員　陳　敏

委員　曾巨威

委員　曾忠己

委員　黃旭田

中　華　民　國　九十　年　十二　月　三十一　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）