

國立臺灣大學法律學院法律學系



碩士論文

Department of law

College of law

National Taiwan University

Master Thesis

障礙者工作平等權的法律史探尋：反差異論與反從屬論  
間的思辨（1945-2014）

A Taiwan Legal History of People with Disabilities' Equal  
Right in Employment: between Anti-Differentiation and  
Anti-Subordination (1945-2014)

陳力宇

Lee-Yu Chen

指導教授：陳昭如博士

Advisor: Chao-Ju Chen, S.J.D.

中華民國 105 年 1 月

January 2016

## 謝辭

謝謝所有我所引用的文獻的作者，不論是我認同、不認同或認為需要進一步補充說明的論點，因為有這些思想結晶，本文才能夠立足於前人的研究成果上，繼續邁進。同時，也謝謝臺大圖書館（包含舊社科院與總圖的參考諮詢人員）、師大圖書館、國家圖書館、臺北市立圖書館與我所使用的各個資料庫，由於圖書館豐富的藏書，以及便於蒐集資料、保存珍貴史料的資料庫，本論文得以同時使用多樣化的文獻與史料。

其次，感謝諸多學長姐、同儕們對本論文的幫助。至少包括：1.基法組的實芳、筑媛、靖涵、芳瑜、翕翔、嘉欣、牧融、品姩、守達、蕙心、允中、仲昀、明家。特別是實芳學姊的修改建議，讓本論文第四章的架構更具有統一性、連貫性。2.萬才 2415 研究室的健智、奕穎、文馨、以恩。（基法組的芳瑜、翕翔、嘉欣、品姩、守達、蕙心、允中也都在 2415 研究室一起奮鬥過）3.論文寫作初期，誼珊、涵茹讓我諮詢了人文社會學科論文寫作的方式。4.臺大“International Disability Rights Law”課程的同學，特別是 Lily 常常分享障礙者在臺灣所面臨的問題與歧視，以及曾在殘障聯盟工作過的佳恩讓我詢問殘障聯盟的資訊與討論障礙者議題。基法組的欣芸、逸群迅速地畢業，有點遺憾後來論文寫作過程較難與你們分享，但仍感謝你們從大四準備基法組考試讀書會到研究所課程、分享助理工作問題上的相伴。

最後但最重要的，感謝臺大法律系老師們的教導。特別是引領我進入台灣法律史學門的王泰升老師，與本論文的指導教授陳昭如老師。本論文兩種平等觀的思辨，是陳昭如老師女性主義法學課堂思考的延伸。雖然我後來寫的是障礙者平等問題，但當時課堂上的許多討論與思考，對本論文寫作有許多幫助。後來請陳昭如老師指導論文，從論文架構到各章節的細部內容，老師都給予許多寶貴的意見，讓本文得以在不斷地反思與修改中精進。亦須感謝本論文口試委員：黃昭元老師與張恆豪老師，在論文寫作的最後過程中，讓本文注意到一些論述或說明上的缺失，或待補充說明之處，使論文的成果增色不少。

## 摘要

障礙者就業不平等是長久以來存在於社會結構、法律制度中的問題，本文希望透過平等理論的思考與臺灣戰後障礙者工作平權法律史的經驗資料分析，討論此問題，並將理論與相關經驗資料進行連結。

在平等理論方面，本文區分「反差異論」與「反從屬論」兩種平等觀，分別討論其概念內涵、貢獻與理論限制。反差異論認為不應對人群進行分類、差別待遇，若欲進行差別待遇，須提出正當化事由。雖然反差異論的確也能處理一些不平等問題，但此平等觀對中性待遇下潛藏的不平等較不敏感，且可能錯殺積極矯正歧視措施。如「合理差別待遇」、「等者等之，不等者不等之」的審查標準即是此種平等觀的展現。反差異論已經備受批評，本文則試圖由反從屬論找尋另一種看待平等的方式。反從屬論希望看見階層社會中優勢群體與弱勢群體間存在的不平等關係，不平等是指基於群體身分（如：障礙、性別、族群）而處於次等的、從屬的地位。法律制度有可能維繫、深化既存的不平等關係，也可能緩解、改善群體不平等的現狀。為了使反從屬論更加具體化，本文參考 Iris Young 提出的五種壓迫面向（剝削、邊緣化、無權力、文化帝國主義、系統性的暴力）與障礙研究的理論洞見，作為法律史探尋時觀察障礙者壓迫態樣的對照。

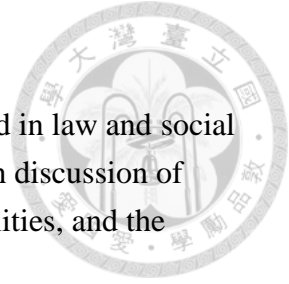
在法律史分析上，可以用解嚴與民主化作為歷史分期。在解嚴與民主化之前，既有研究已經指出此時期存在 1957 年臺灣省各縣市按摩業管理規則與 1980 年殘障福利法，但殘障福利法對障礙者就業幫助不大。本文則試圖強調障礙者在相關法律形構中扮演的角色。臺灣的障礙團體至少從 1950 年代開始已從事按摩業管理與殘障福利的立法倡議，1980 年殘障福利法制定過程中，也有視障團體立法遊說加入視障按摩保留條款的身影。另一方面，本文也嘗試說明在解嚴與民主化之前，仍有機會動員殘障福利法反歧視條款或憲法平等權條款主張就業歧視。只是本文目前並未發現當時障礙者有這樣的法律動員主張。

解嚴與民主化之後，障礙者權利運動推動修法、障礙者就業歧視申訴量不高的情形，先行研究皆已說明。本文進一步針對就業服務法反歧視條款下的障礙者就業歧視案件進行分析，指出該條款確有助於處理某些不平等問題（如：簡章歧視、錄用後發現障礙者身分而立即解雇），然而，表面中立說詞下可能隱藏的歧視，以及未提供合理調適措施作為歧視，卻未被充分注意。另一方面，身心障礙者權益保障法差異取徑（包括：視障者按摩保留制度、庇護工場、定額進用、產能核薪）與平等權的連結不夠清楚，本文嘗試使用反從屬論平等觀進行思考與連結，指出強制定額進用制度、庇護工場、視障者職業保障均有助改善遭就業市場排除的邊緣化壓迫。然而，邊緣化壓迫並未完全解決、定額進用後仍處於職場中的邊緣化位置、庇護工場容許低於基本工資的產能核薪是否有恰當的評估機制、視障按摩業的去專業化困境均是待留意的不平等問題。期望藉由平等理論與歷史經驗的交織，更清楚梳理障礙者就業不平等的問題，幫助我們思考可能的解決之道。

關鍵字：法律史、障礙研究、平等權、就業歧視、障礙者法律動員、就業服務法、身心障礙者權益保障法



## Abstract



Disability inequality in employment has been a problem existed in law and social structure for a long time. This thesis deals with this problem through discussion of equality theory, post-war Taiwan legal history of people with disabilities, and the relationship between theory and historical analysis.

On the part of equality theory, this thesis distinguishes two kinds of perspectives-- anti-differentiation and anti-subordination. Anti-differentiation perspective urges us not to classify people or not to give people different treatment. If someone tries to give different treatment, that person should also give reasonable reason. On the other hand, anti-subordination perspective tries to see disadvantaged groups in hierarchical society. People should not be subordinated based on their group status, such as: disability, gender or race. Law may deteriorate, or perpetuate the disability inequality status quo, nevertheless law may have power to improve, or ameliorate inequality. In order to crystallize anti-subordination perspective, this thesis draws some ideas from disability study and “Five Faces of Oppression” (exploitation, marginalization, cultural imperialism, powerlessness, and violence) proposed by Iris Young as reference to observe oppression types received by people with disabilities in Taiwan legal history.

On the part of historical analysis, previous works have indicated that there had been Regulations for Massage in Every City of Taiwan Province of 1957 and the Handicapped Welfare Act of 1980 in Martial-Law Period, and Handicapped Welfare Act did little to improve disability inequality in employment. This thesis emphasizes the role of people with disabilities in advocating legal reform in the period. Moreover, this thesis indicates people with disabilities had opportunity to claim employment discrimination by mobilizing clause of antidiscrimination in Handicapped Welfare Act or clause of equal right in Constitution even before the end of Martial-Law Period and democratization. Unfortunately, those kinds of cases have not been found.

Previous works have demonstrated that disability rights movement flourish after the end of Martial-Law Period and democratization, but people with disabilities raise little cases to claim employment discrimination. This thesis tries to analyze this problem. Besides, through cases analysis, this thesis finds that the clause of antidiscrimination in Employment Service Law has improved some inequality situations. However, the Employment Discrimination Review Committee pays insufficient attention to reasonable accommodations and facially neutral claims. On the other hand, this thesis uses anti-subordination perspective to link equality and several differential-approach institutions in People with Disabilities Rights Protection Act, including: “massage occupational reservation for blind people”, “sheltered

workshops”, “quota”, “calculating wages according to productivity”. “Massage occupational reservation for blind people”, “sheltered workshops”, and “quota” can help to ameliorate marginalization oppression. However, there remain many inequality problems which should be aware of, including: 1. Marginalization oppression is not completely resolved. 2. People with disabilities hired through quota system still have been marginalized in workplace. 3. Is there any appropriate method to evaluate productivity of people with disabilities ? 4. Blind people massagists face oppression of de-professionalization. Through theoretical and historical analysis, we understand the problems of disability inequality in employment more precisely, and may develop resolutions to solve those problems.

Keywords: legal history, disability study, equal right, discrimination in employment, people with disabilities’ legal mobilization, Employment Service Act, People with Disabilities Rights Protection Act

# 目錄



第一章 緒論.....	1
第一節 故事的開始.....	1
第二節 問題意識與研究回顧.....	2
第一項 對平等法理論的反思.....	2
第二項 障礙者工作歧視與工作平權.....	7
第三節 研究方法與理論取徑.....	12
第一項 法律與社會互動下的法律變遷.....	12
第二項 障礙研究.....	16
第一款 障礙研究概說.....	16
第二款 障礙的社會模式與損傷/障礙二元區分 .....	19
第三款 再論損傷與障礙的社會模式.....	21
第四款 障礙的社會模式與平等權的關聯.....	24
第四節 研究範圍、資料來源、用語與章節架構.....	26
第一項 研究範圍與資料來源.....	26
第二項 用語說明：障礙/障礙者 .....	29
第三項 章節架構與歷史分期.....	32
第二章 兩種平等觀.....	36
第一節 反差異論.....	40
第一項 反差異論對平等的基本想法.....	40
第二項 反差異論可能的貢獻.....	46
第三項 反差異論可能的限制.....	49
第二節 反從屬論.....	54
第一項 反從屬論對不平等的基本想法.....	54
第二項 反從屬論可能的貢獻.....	57
第三項 反從屬論可能的限制.....	58
第三節 障礙者平等與兩種平等觀.....	64
第一項 反差異論下可能的障礙者平等問題.....	64
第一款 社會/生物二元區分下的障礙者平等問題 .....	65
第二款 生理差異/生理缺陷與當事人難以改變的特徵 .....	68
第二項 反從屬論下可能的障礙者平等問題.....	73
第一款 排除與融入交織的多種不平等可能.....	74
第二款 五種壓迫的面向.....	78
第四節 小結.....	81
第三章 反歧視等於無差別待遇？：就業服務法反障礙歧視條款.....	85
第一節 寫在就業服務法形成之前.....	86
第一項 社會障礙形成的就業限制.....	87

第一款 由三個障礙者就業/失業的故事談起 .....	88
一、 李湘華的故事.....	88
二、 沈曉亞的故事.....	89
三、 李序僧的故事.....	90
第二款 故事的分析和延伸討論.....	91
一、 難以進入/留在就業市場的障礙者 .....	91
二、 障礙者汗名在微觀互動中的運作.....	94
三、 障礙的生命連續體與不同障礙者生命歷程的差異.....	97
第二項 動員平等條款主張就業歧視的可能性.....	100
第一款 憲法平等權條款.....	101
一、 被忽略的障礙者仍可能主張憲法平等權保障.....	101
二、 憲法本文中的平等觀：制憲史資料的檢視.....	104
三、 憲法對私人間的規範效力.....	106
第二款 殘障福利法反歧視條款.....	110
一、 僅保障有限的障礙者.....	110
二、 反歧視是反差異或輕視？ .....	112
三、 殘障福利法反歧視條款的作用.....	113
第二節 成功與未完成的反障礙就業歧視立法.....	118
第一項 規範的形構.....	119
第一款 就業服務法反歧視條款的立法過程.....	119
第二款 缺席的障礙者法律動員？修憲動員中的平等倡議.....	126
第三款 規範分析：開放性的障礙歧視概念.....	130
一、 不限於領有身心障礙手冊的障礙者.....	131
二、 論歧視及引入多元交織性、合理調適措施的可能.....	132
三、 「他法優先」作為非屬歧視的情形.....	138
第二項 歷史上的其他可能：未被採納的提案.....	140
第一款 與障礙相關的病歷/疾病歧視 .....	141
第二款 將歧視限定在「不利之差別待遇」 .....	143
第三款 「他法優先」與雇主抗辯事由的增減.....	146
第三節 立法後的實踐情形.....	147
第一項 乏人問津的就業歧視評議制度.....	149
第一款 案件處理者面向的分析.....	153
第二款 案件發動者面向的分析.....	155
第二項 案件中的障礙就業歧視認定.....	158
第一款 關於「障礙」認定.....	159
第二款 歧視認定與兩種平等觀.....	164
一、 「等者等之」下主張障礙歧視的困境.....	164
二、 簡章歧視或知有障礙而不雇用/解雇 .....	166



三、 未提供合理調適措施作為一種歧視.....	169
第三款 非屬歧視的情形.....	171
第四節 小結.....	174
第四章 差別待遇是否不平等？：身心障礙者權益保障法的差異取徑.....	177
第一節 差異取徑的誕生.....	179
第一項 寫在殘障福利法形成之前(1980 以前).....	180
第一款 中央政府久懸未決的草案與障礙者的聲聲催促.....	180
第二款 盲人請願下按摩業管理的再造.....	185
第二項 威權體制下有限的就業保障 1980~1990 .....	191
第一款 外交危機開啟的修法契機.....	191
第二款 行政部門意見為主下障礙者有限的立法突破.....	192
一、 行政機關以企業之名排除強制定額進用.....	192
二、 內政部借施行細則還魂的庇護工場.....	193
三、 立法請願下挽回的按摩保留制度.....	195
第三款 1980 年殘障福利法的有限影響.....	199
一、 難以鼓動人心的鼓勵性定額進用.....	199
二、 不傾向自設庇護工場的國家與障礙者的自力救濟.....	199
三、 行政機關取締處罰下明眼人按摩的持續.....	203
第二節 差異取徑的顯著化與異議之聲.....	206
第一項 1990 年的法律形構與實踐.....	208
第一款 障礙者權利運動累積的修法能量.....	208
第二款 差異顯著化的修法.....	210
一、 混合民間與行政院草案的強制定額進用.....	211
二、 薪資差異問題的浮現與產能核薪方針的確立.....	212
三、 庇護工場規範出現在殘障福利法母法.....	213
四、 視障按摩加入處罰規範與反對聲浪動員未果.....	214
第三款 差異顯著化的實踐問題.....	216
一、 定額進用的成果、困難與進用後的壓迫問題.....	216
二、 勞雇關係不平等下的產能核薪.....	223
三、 選擇庇護工場或支持性就業？.....	224
四、 按摩保衛戰中理容業者不平等論述現形.....	225
第二項 1997 年的法律形構與實踐.....	228
第一款 由身障立委徐中雄啟動的三方修法版本.....	228
第二款 修法中差異取徑的危機與維持.....	230
一、 除外條款與進用員額的算計.....	231
二、 欲刪未刪的產能核薪.....	234
三、 立法院內外的按摩保衛戰與取得針灸專業的挫敗.....	235
第三款 趨於穩定的進用率與差異化規範爭議的持續.....	242

一、 趨於穩定的進用率與進用後仍存在的邊緣化壓迫.....	242
二、 仍未解的產能核薪認定問題.....	245
三、 仍只有理容業者使用的不平等論述.....	247
第三項 2007 年的法律形構與實踐.....	249
第一款 取得障礙者共識的行政院版草案.....	249
第二款 差異化規範的重新整備.....	250
一、 增加進用員額與除外機關.....	250
二、 庇護工場勞雇關係確立與限於庇護工場的產能核薪..	255
第三款 職務/產能評估細緻化的實踐趨向 .....	259
一、 定額進用除外標準細緻化.....	259
二、 庇護工場產能核薪標準細緻化.....	261
第三節 差異取徑再出發與晚近的變化.....	267
第一項 大法官解釋衝擊下促成的修法.....	268
第二項 2011 年差異取徑修法變革.....	272
一、 視障者職業保障的微轉型.....	272
二、 定額進用除外機關應經職務分析.....	274
第三項 差異取徑晚近的實踐.....	274
一、 視障按摩保留開放的影響與補救措施.....	274
二、 定額進用除外單位職務分析的完成.....	277
第四節 小結.....	278
第五章 結論.....	280
第一節 回首過去，抗拒失憶.....	280
第二節 由歷史反思平等與障礙者工作制度.....	284
第三節 研究限制.....	287
第一項 史料的使用與歷史推論.....	287
第二項 障礙工作者的立場、異質性與多元交織性.....	291
參考文獻.....	294
附錄.....	315
附表一：15 歲以上障礙者勞參率與失業率.....	315
附表二：15 歲以上障礙者與全國勞參率、失業率比較.....	317
附表三：15 至 64 歲障礙者勞參率與失業率.....	318
附表四：15 歲以上障礙者無法參與勞動力之原因.....	319
附表五：障礙者在工作場所中受到不公平待遇之狀況.....	320
附表六：就業服務法障礙歧視案件整理.....	321
附表七：1960 年代末至 70 年代初殘障福利法相關草案對照.....	325
附表八：1990 年殘障福利法行政院版與民間版草案對照（差異化就業保障部分） .....	326
附表九：1997 年身心障礙者權益保護法行政院版、徐中雄委員版與民間版草案	

對照（差異化就業保障部分） .....	328
附表十：定額進用身心障礙者概況（2002 年至 2013 年） .....	332
附表十一：障礙者就業者對開放按摩業看法的世代差異（2004 年） .....	334



## 表目錄

表 1-1：障礙作為個人問題與社會問題的對照表 .....	21
表 1-2：障礙者用語歷史變化 .....	32
表 3-1：全國就業歧視評議委員會障礙歧視案件統計表 .....	151
表 3-2：2012、2013 年各縣市就評會障礙歧視案件統計 .....	151
表 4-1：1991 年與 1996 年定額進用狀況比較 .....	217
表 4-2：民間定額進用義務機關中各障別受雇百分比（1992 年） .....	220
表 4-3：定額進用比例與門檻改革方案 .....	254
表 4-4：2007 年前後產能核薪比較 .....	257
表 4-5：視障者（弱視/全盲）就業與從事按摩業比率（2010 年） .....	276

# 第一章 緒論



## 第一節 故事的開始

1980年，陳國詩是臺灣第一個進入英文系就讀的盲生，能走到這一步並不容易，因為從規範與社會體制加諸於視障者的限制來說，這不是一條最便捷、阻力最小的路。有人會奉勸他不要念書，趕緊學些算命或按摩的技能，以後才好自力謀生。再者，儘管他就讀普通高中時以優異的成績畢業，要升大學時，很多大學還是以「師資和教材」為由，拒收視障者。經過鹿港高中校長潘星照協助奔走，才得以進入淡江大學<sup>1</sup>。1984年由淡江大學英文系畢業後，他希望能到非盲校任教，他說：「就看一般的學校有沒有勇氣接納我」<sup>2</sup>。

當時，一般學校的確沒有接納陳國詩的勇氣，畢業面臨的便是失業。他曾寄出求職信給一百多間中學，且一度有機會上台試教，但最後還是未獲錄取<sup>3</sup>。桃園復旦中學校長李秉文看了他的求職信後，深受感動，將求職信全文交由中央日報刊登，希望有心人幫忙，只是礙於復旦中學校的教師甄選規定，仍無法錄取陳國詩<sup>4</sup>。為何試教之後，還是未獲錄取呢？陳國詩的回憶是這樣說的：他需要友人協助口述，才能將教材轉成點字，對此，校長冷冷地表示：「還是要人幫忙」。開始上台試教後，校方要求他在黑板上書寫板書，但是他沒有辦法寫板書。在台上呆呆站了2分鐘後，他被叫下講台。「盲胞怎麼可能百分之百與一般人一樣呢？」陳國詩激動地跟記者說著<sup>5</sup>。

<sup>1</sup>韓霜姑，不向黑霧低頭的人，民生報，1980年9月17日12版。

<sup>2</sup>馬西屏，全國第一個讀英文系的盲生 陳國詩以成績獲肯定 尋求突破為人走出新的道路 堅忍奮鬥為己開創光明前程，中央日報，1984年3月30日3版。

<sup>3</sup>聯合報，青年獎章小遺憾 前途茫茫看不見盲得主點譯雙解英漢辭典 陳國詩英文系畢業也失業，聯合報，1987年3月24日3版。

<sup>4</sup>由報紙資料，不清楚復旦中學校的教師甄選規定是否有明示或默示排除視障者。陳國詩，失明者的心願，中央日報，1985年6月22日12版。

<sup>5</sup>黃士榮、王淑瑛、蘇秀慧、薛荷玉，何時全民才能關切殘障福利唱出“他不重，他是我兄弟”……？殘胞求職 心酸點滴在心頭 落實殘胞定額僱用制度 給他們一個公平競爭機會，民生報，1991年8月19日13版。

陳國詩面臨的是就業歧視問題嗎？這牽涉到我們如何界定平等與歧視的問題。法學界常常認為檢驗是否有不平等問題的第一步驟是看「是否有差別待遇存在」，如果上述故事中，面試陳國詩的校長對每位參與教師甄選者的要求都是獨立備課、不能有他人協助，並且要能夠自己在黑板上書寫板書、不能找學生或他人代勞，是否就代表沒有差別待遇，而就沒有歧視存在呢？或者，我們可以質疑該位校長的面試方式是有問題的，為何是用「明眼人的標準」進行面試呢？視障者也可以從事教學工作，但視障者的教學方式未必要跟明眼人一樣。用明眼人的標準進行面試是一種健常中心主義(ableism)、以健常人為中心的文化霸權展現，這就是不平等的一種態樣。本文一方面希望討論平等理論的問題，另一方面希望用法律史<sup>6</sup>的方式梳理臺灣障礙者就業歧視規範與就業不平等問題，並將理論與經驗進行連結，以下進入第二節，進行文獻回顧與問題意識的討論，以更清楚定位本文欲處理的問題。

## 第二節 問題意識與研究回顧

### 第一項 對平等法理論的反思

本項將由兩篇關於障礙者的法學研討會論文著手，討論法學者如何看待障礙者與平等權的問題，並進行反思。這兩篇論文分別是蔡茂寅於 1999 年「世界人權宣言五十週年紀念」研討會發表的〈身心障礙者與人權——以正常的社會參與為檢驗標準〉<sup>7</sup>，以及王韻茹於 2009 年「身心障礙者與優惠性差別待遇：談強制進用比例之手段」研討會發表的〈身心障礙者定額進用條款之合憲性探討——以身心障礙者權益保障法為中心〉<sup>8</sup>。

<sup>6</sup> 為何使用法律史作為研究方式，請參本章第二節問題意識、第三節研究方法的說明。一個簡單的回應是，本文認為欲了解障礙者工作平權的困境與思考可能的解方，歷史回顧是必要的。在法治國底下，若欲透過國家來消除歧視、促進平等，就必須思考「障礙者需要什麼樣的法律制度」。  
<sup>7</sup> 蔡茂寅，身心障礙者與人權——以正常的社會參與為檢驗標準，收於：世界人權宣言五十週年紀念研討會專輯，台灣法學會編，頁 31-53，(1999 年)。研討會會議紀錄可參考台灣法學會(編)，世界人權宣言五十週年紀念研討會專輯，頁 104-112 (1999 年)。

<sup>8</sup> 王韻茹，身心障礙者定額進用條款之合憲性探討——以身心障礙者權益保障法為中心，國立中正大學法學集刊，33 期，頁 145-183 (2011 年)。研討會會議紀錄可參考黃昭元等，「身心障礙

蔡茂寅的文章主要處理兩個議題，1.障礙者的職業保障：定額進用與視障者按摩保留制度。2.障礙者社會生活參與：通行無障礙環境的營造。其中，花了明顯較多篇幅<sup>9</sup>在對障礙者的職業保障部分進行違憲審查的檢驗。關於定額進用制度，蔡茂寅一方面認為是保障障礙者權益，另一方面又認為會造成公私立機關經營成本增加，同時，只保障法定障礙者也會對非法定障礙者的就業造成影響，產生牴觸平等權的問題<sup>10</sup>。因而可質疑定額進用制度的合憲性<sup>11</sup>。再者，關於視障者按摩保留制度，蔡茂寅一方面承認障礙者(含視障者)在工作領域的弱勢地位，應受比一般人更高度的就業保障。另一方面，卻又很嚴格的用比例原則檢驗視障者按摩保留制度是否過度限制明眼人的工作權(漏未處理平等權問題)。在比例原則檢驗下，蔡茂寅認為從「必要原則」來看，針對視障者進行職業訓練、職業輔導，同時課以雇主強制比例進用障礙者的義務即可促進視障者就業，並達成多元化職業選擇。由「狹義比例原則」(價值衡量)來看，國家雖然基於公共利益可以限制人民的工作權，但視障者職業保留規定卻是完全剝奪明眼人選擇該職業的自由，也影響了消費者多元化選擇的需求。結論上似傾向該制度違憲。

蔡茂寅對於平等權的討論並不多，相較而言，或許因為王韻茹參加的研討會主題就是「身心障礙者與優惠性差別待遇<sup>12</sup>」，王韻茹文章中對平等權與障礙者的討論較多，而且王韻茹也開始討論「形式平等」與「實質平等」的區分及意義。

---

者與優惠性差別待遇：談強制進用比例之手段」研討會，台灣法學雜誌，159期，頁51-77(2010年)。另外，這裡所引用的王韻茹的文章是經研討會後改寫而成，非研討會時的文章，併此敘明。

<sup>9</sup>頁35-50皆在討論障礙者的職業保障，僅頁51-52討論障礙者社會生活參與。

<sup>10</sup>「定額進用制(尤其是差額補助費)關係公私立機構(關)經營成本之增加以及競爭環境之改變；對於非屬保護法所列的障礙者以及非障礙者的就業機會也有很大的衝擊」、「國家的立法行為使得身心障礙者保護法定義之下的障礙者於工作的選擇上更有競爭力。因此在憲法層次上，即可能產生牴觸平等權保護規定(優惠性差別待遇)的問題」。蔡茂寅(註7)，頁39-40。

<sup>11</sup>蔡茂寅只是質疑合憲性，文章中並沒有清楚的定額進用制度合憲與否的結論。研討會會議紀錄未打出蔡茂寅在研討會上發表文章的逐字稿，但由雷文玫在研討會上的提問，可看出蔡茂寅在研討會上似認為定額進用制度有合憲空間，因為「先進國家」也有定額進用制度。參台灣法學會編(註7)，頁104-105。雷文玫發言如下：「您在談視障者人權的時候，非常嚴密的用比例原則去檢視視障者這樣的職業保障是不是違反比例原則。可是在討論定額僱用的時候，您的主張是覺得我們現在是百分之一、百分之二的限制，可是先進國家是百分之十這樣的限制，卻不分析定額僱用是否違反雇主的營業自由。」

<sup>12</sup>本文將 Affirmative Action 譯為「積極矯正歧視措施」，而非優惠性差別待遇。關於 Affirmative Action 在法學界不同的中譯版本與爭執，參第二章註腳27。

這樣的討論或許與 2004 年林子儀大法官在司法院釋字第 571 號解釋協同意見書質疑歷年來大法官釋憲文中的「實質平等」是指「等者等之，不等者不等之」，其實不含實質價值判斷有關。王韻茹維持林子儀大法官的批評，認為實質平等內涵為社會正義、對特定弱勢族群或團體人民之保障，且主張依憲法增修條文第 10 條第 7 項，國家有促進障礙者實質平等參與經濟社會生活之國家保護義務。只是，文章最後一部分不免又借助比例原則嚴格檢驗了定額進用制是否侵害雇主的營業自由、契約自由、財產權或一般行動自由<sup>13</sup>。結論上認為，身心障礙者權益保障法定額進用制未設有例外條款讓雇主得舉證「事實上不能達成進用」，因而可能對雇主造成過度負擔，而有違憲嫌疑<sup>14</sup>。另外，王韻茹有稍微提到被大法官宣告違憲的視障者職業保留規定，且不質疑大法官的作法，而是認為「立法者於身權法僅保障『視障者』從事按摩業，對於其他非視障之他類身障者所造成之差別待遇，不見得可以通過憲法第七條平等原則之檢驗。<sup>15</sup>」

這兩篇文章細緻嚴格地檢驗障礙者的就業相關規定，展現法學界違憲審查的方式，這是這兩篇文章的貢獻。然而，這兩篇文章似乎也暴露出法學界平常討論平等權的幾個問題點：首先，我們對侵害自由權的敏感度，是否遠高於對平等權、社會權的重視？蔡茂寅有提到在社會國下國家應積極保障弱勢者，可是筆者閱讀該文後卻感到：在違憲審查上，社會權似乎沒有多少重量可以與天平另一端的明眼人自由權、消費者利益抗衡。參與該研討會的雷文玫也發現此問題：「自由主義法學關懷的是國家不能夠過度的介入人民的自由，可是社會法它所強調的是積

<sup>13</sup>這部分檢驗恰與蔡茂寅的檢討互補，蔡茂寅認為定額進用會牴觸非法定障礙者的平等權，對侵害雇主自由權著墨較少，王韻茹則是嚴格檢驗侵害雇主自由權，未提牴觸非法定障礙者的平等權。

<sup>14</sup>王韻茹（註 8），頁 156-175。

<sup>15</sup>王韻茹（註 8），頁 169。很有趣，王韻茹不是認為差別待遇侵害明眼人的平等權，而似是將整個障礙者群體成員視為「等者」，應相同對待，差別待遇是侵害非屬視障者、但同為障礙者的其他障礙者群體成員的平等權。

不過，本文歷史探尋的結果，很少見有其他障礙者出來反對視障按摩保留條文，常常代表障礙者群體進行立法倡議的殘障聯盟或具肢障者身分的徐中雄立委，都支持維持視障按摩保留條文。目前僅看到 1997 年視障者與理容業者的按摩保衛戰中，有名肢障男按摩師質疑「為何只有視障者受保障？」的報導。蔡碧珠，按摩工作權爭奪戰 盲胞、理容業 上街頭拔河：一廂靜坐抗議 與警火爆衝突 一廂動員請願 撇清色情疑慮，中國時報，1997 年 4 月 10 日 7 版。



極的要去介入以保障人權。」並質疑長久以來的自由主義法學論述是否框限了社會法的發展<sup>16</sup>？王韻茹認為國家應促進障礙者的實質平等，但文章最後一部分還是要嚴格檢驗定額進用制度侵害雇主自由權、是否造成雇主過度負擔的問題。那國家促進障礙者平等不足、造成障礙者過度受壓迫的檢驗在哪裡呢？

第二，對於平等權，法學界常常環繞是否有「差別待遇」進行討論，但在針對障礙者進行保障的情形（會有障礙者/健全人或者視障者/明眼人的差別待遇）應如何處理？究竟是差別待遇就有平等權違憲嫌疑？或者可以肯認這是促進平等的規範？如蔡茂寅認為定額進用制度只保障法定障礙者屬優惠性差別待遇，因此可能產生牴觸平等權的問題。此說法彰顯了法學界由差別待遇著手進行違反平等權審查的問題，看起來有差別待遇的規範，往往傾向被認為「有平等權違憲嫌疑」，而非認定這是「促進平等規範」。王韻茹雖然引用林子儀大法官的說法，開始質疑不做差別待遇（不針對障礙者進行保障）是否能解決障礙者的就業歧視問題，但思考上似乎還是習於環繞「差別待遇」進行討論<sup>17</sup>，討論上對優惠性差別待遇的容許性與界限，也仍大於如何促進障礙者就業平等的思考<sup>18</sup>。

第三，在平等權的思考上，是否太輕忽歷史、社會經驗事實的重要性？比如蔡茂寅認為視障按摩保留制度非同等有效最小侵害手段，因為可以透過職業輔導、職業訓練、強制定額進用促進視障者多元就業。問題是，經驗資料支持此說法嗎？由蔡茂寅寫作當時可得的 1990 年代經驗資料，即可看到強制定額進用制度下，雇主較偏好肢障者、聽障者、顏面損傷者，因而對視障者的幫助並不大，事實上，

<sup>16</sup>相關發言可參雷文攻在世界人權宣言五十週年紀念研討會的發言紀錄。台灣法學會編（註 7），頁 104-105。司法院釋字第 649 號解釋做成後，其他學者也有類似見解，黃舒芃認為司法院釋字第 649 號解釋還是比較重視「基本權利」的「主觀防禦權」和相關規定的「侵益」面向。黃舒芃在頁 166、168、170、174、177 多次提到相關概念，批評大法官可能比較把問題放在「非視障者的利益損害」，而非「視障者和非視障者的利益衝突」。黃舒芃，立法者對社會福利政策的形成自由及其界限——以釋字第 649 號解釋為例，收於：憲法解釋之理論與實務第七輯，黃舒芃主編，頁 166-177（2010 年）。

<sup>17</sup>如王韻茹認為仍應檢驗差別待遇與正當化理由之間是否存在適當關係。王韻茹（註 8），頁 166。此舉是否預設了差別待遇的不正當（不平等）以及相同待遇的正當（平等）？

<sup>18</sup>王韻茹除認為定額進用應容許雇主舉證「無法雇用」，才不會侵害雇主自由權、造成雇主過度負擔，也提到某些職業領域可能可以授權行政機關調高雇用比例，可說有初步促進障礙者就業的提議，只是整體而言，討論上較偏重優惠性差別待遇的界限。王韻茹（註 8），頁 167-169。

雇主根本不太曉得視障者可以從事什麼工作<sup>19</sup>。所以此「同等有效」提案難以獲經驗資料支持。另一方面，王韻茹在討論定額進用制度時，有納入定額進用人數、超額進用率、不足額進用率的統計資料進行討論。然而，該文僅蒐集 2000 年代的資料，而表示「始終存在超額進用現象」。如果不往前回溯 1990 年代強制定額進用、1980 年代鼓勵性定額進用的慘況，很難了解強制定額進用制度的存在意義<sup>20</sup>。法學界一般多肯認障礙者處於弱勢地位，但若沒有深入了解障礙者的就業處境、受歧視態樣，以及障礙者就業處境與相關制度的關聯性，是否能提出好的促進障礙者就業平等方案？令人擔憂。

最後，本文想用蔡茂寅文章的評論人——伊甸社會福利基金會執行長陳俊良的評論與質疑，作為本項結尾以及對法學平等理論反思的開頭<sup>21</sup>：（蔡茂寅文章）為何偏重檢討過度限制明眼人的工作權，而未檢討明眼人對視障者工作權長期、廣泛、較多的過度侵害？為何認為視障者職業保留規定完全剝奪明眼人選擇該職業的自由，卻不認為明眼人尚有很多按摩業之外的工作機會，不保障視障者卻剝奪了視障者的生存空間？談世界人權宣言時，弱勢者的人權是否應與強勢者等量齊觀？再者，當時身心障礙人員特考的公務員考試也排除視力矯正裸眼未達 0.1 者，連公家單位都率先示範不雇用視障者，遑論私人機關能提供視障者多少工作機會<sup>22</sup>？由這些評論可見：1.法學對於侵害健全人自由權較敏感、對於看見障礙者事實上就業歧視不敏感的問題。2.從差別待遇著手談平等易忽略強勢者/弱勢者權力差異、處境差異的問題。3.現實上國家對於障礙者就業仍有限制的問題（相較而言，蔡茂寅與王韻茹就未提到國家也侵害障礙者工作平等權的問題）。這些都是本文處理障礙者平等權與進行相關歷史探尋時，應注意的問題。本項討論平等法理論與運用到障礙者就業平等思考上的一些問題，下一項將針對較細部的障

<sup>19</sup> 詳細經驗資料，請參本文第四章。

<sup>20</sup> 詳細經驗資料，請參本文第四章。

<sup>21</sup> 對兩種平等觀更清楚的分析與比較，將於本文第二章做進一步討論。

<sup>22</sup> 相關發言可參陳俊良在世界人權宣言五十週年紀念研討會的評論稿。台灣法學會編（註 7），頁 55-58。

礙者就業保障制度、反歧視制度進行文獻回顧與問題意識的討論。

## 第二項 障礙者工作歧視與工作平權

本部分文獻回顧的安排與第三章、第四章法律史研究有關，先說明第三章就業服務法反歧視條款、就業歧視評議制度有關的文獻，再說明第四章身心障礙者權益保障法下各種差異化就業規範的有關文獻，包含：庇護工場、定額進用與視障者按摩保留制度<sup>23</sup>。

除了視障者按摩保留制度有幾篇論文與本文性質較接近<sup>24</sup>，甚少有有專門針對臺灣障礙者工作平等權進行法律史研究的文獻。不過，既有的障礙者就業制度、就業歧視文獻仍對本文有所幫助，且可藉由不同研究強調的重點不同，釐清本文在學術研究上的位置。如國內專門研究就業歧視法的學者焦興鎧，曾經撰寫過與身心障礙者就業歧視有關的文章，或者是針對美國法院判決<sup>25</sup>，或者是針對國際情形（含：聯合國、國際勞工組織、歐盟等）<sup>26</sup>而為論述，對臺灣狀況著墨不多<sup>27</sup>。另一方面，焦興鎧也曾撰寫臺灣防制就業歧視法制之文章<sup>28</sup>，只是整體檢討臺灣就業歧視法制時，對於障礙者的討論便較少，對於性別就業歧視的討論較多，或許與焦興鎧對於工作場所性騷擾素有研究、性別就業歧視申訴案件較多有關。這與本文主要聚焦在臺灣障礙者就業不平等問題有所不同。焦興鎧的文章雖非針對臺灣障礙者工作平等權，國外障礙者就業歧視法制或臺灣整體就業歧視法制的研究，對本文仍有一定參考價值。如其文章中提到，美國負責處理就業歧視的平等就業機會委員會（Equal Employment Opportunity Commission, EEOC）是獨立聯邦機

<sup>23</sup> 產能核薪似無專文討論，目前僅看到碩士論文中用一、兩行文字簡短帶過，表示 70%產能核薪有歧視問題，但未進一步申論為何有此規定，或實踐情形。

<sup>24</sup> 參本項最後一段視障者按摩保留制度的文獻回顧。

<sup>25</sup> 焦興鎧，美國最高法院與身心障礙者就業歧視爭議之解決——二〇〇二年庭期三則判決之評析，美國最高法院重要判決之研究：二〇〇〇-二〇〇三，收於：焦興鎧主編，頁 289-361（2012 年）。

<sup>26</sup> 焦興鎧，禁止就業上身心障礙歧視國際勞動基準之建構，全國律師，16 卷 3 期，頁 4-20（2012 年）。

<sup>27</sup> 這或許與焦興鎧任職於中研院歐美所有關。

<sup>28</sup> 焦興鎧，我國就業歧視評議制度之現況及實施檢討評析，臺大法學論叢，31 卷 2 期，頁 131-195（2002 年）。焦興鎧，臺灣建構防制就業歧視法制之努力——二十年之回顧與前瞻，收於：勞動法裁判選輯（七）焦興鎧教授六秩五華誕祝壽專輯，臺灣勞動法學會編，頁 1-66（2015 年）。

構，委員組成由總統提名、參議院同意後任命，相對而言，我國的就業歧視評議委員會非獨立機關，且位階也不夠高，須設法提高公信力<sup>29</sup>。除了介紹美國平等就業機會委員會的運作方式，其也說明了美國處理障礙者就業歧視的幾個重要概念：障礙（disabilities）、合理調適措施（reasonable accommodation）、過度負擔（undue hardship）<sup>30</sup>，可以作為我國討論此議題時的參考。

再者，有幾篇碩士論文有處理到臺灣障礙者工作平等權問題，他們已經點出既有制度的一些問題，包括：障礙者就業歧視規範不足、規範不夠明確（如：就業服務法對於「障礙者」、「歧視」、「雇主抗辯事由」未定義或定義不明確）、就業服務法反歧視條款與身心障礙者權益保障法反歧視條款規範競合時如何適用法律，以及實際使用申訴管道者少、就業歧視評議制度未能發揮預期功效等問題<sup>31</sup>。與本文的差異在於，這些碩士論文在研究方法上主要都是採取美國與臺灣的比較法研究，與本文使用法律史的研究方式不同。法律史更在意相關制度如何生成、有哪些行動者參與倡議法律改變以及法律與社會的互動關係。另一方面，俞浩偉對於就業歧視與平等權的關連討論較多，主張揚棄消極的「形式平等」，並應採用容許「優惠性差別待遇」的「實質平等」<sup>32</sup>。只是他似乎還是常常圍繞著差別待遇打轉，而無法清楚地梳理出實質平等的樣貌。

上述幾篇碩士論文是綜合性的討論臺灣障礙者就業歧視相關制度，包括：就業服務法第 5 條反歧視條款與就業評議制度，以及身心障礙者權益保障法的反歧

<sup>29</sup>焦興鎧（註 25），頁 305-309、354。焦興鎧（註 28），頁 59（2002 年）。也有不少建議其實已經在焦興鎧撰文後陸續實現，如通過兩性工作平等法、加入年齡歧視、提高罰鍰，參焦興鎧（註 28），頁 54-60（2002 年）。

<sup>30</sup>焦興鎧（註 25）。不過，焦興鎧也提到這幾個重要概念內涵皆不明確，有賴個案判斷。以及由於「障礙（disabilities）」概念不明確，法院花費過多時間處理「原告是否為障礙者」的問題，而非審酌個案當事人是否因障礙遭到不利對待。

<sup>31</sup>參林政緯，美國禁止身心障礙就業歧視制度之研究——兼論對我國制度建構之啟示，國立政治大學勞工研究所碩士論文，頁 107-125（2004 年）。鄭木恩，從美國禁止身心障礙歧視法制看我國相關法制之成效與未來之發展，中正大學勞工研究所碩士論文，頁 117-121（2004 年）。俞浩偉，從憲法平等權探討我國身心障礙者就業保障之問題，臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 91-99（2009 年）。

<sup>32</sup>俞浩偉（註 31）。類似見解亦可參張幼慈，我國身心障礙者就業保障之研究——以定額進用制度為例，政治大學勞工研究所碩士論文（2003 年）。

視條款、強制定額進用制度、視障按摩保留制度皆有提及。也有一些文獻是針對身心障礙者權益保障法下個別就業制度進行研究。在庇護工場方面，周怡君、賴金蓮合著的《台灣庇護工場現況分析：理論與實務》<sup>33</sup>應是目前較完整探討臺灣庇護工場問題的專書，除了庇護工場的功能、特徵分析，在經驗資料上同時有量化統計與質化訪談分析。只可惜在庇護工場誕生與演變的歷史向度上，周怡君與賴金蓮的討論並不多，因為早期規範不完整，她們在歷史回顧上主要是討論「1997-2007年」與「2008年迄今」兩階段而已<sup>34</sup>。關於庇護工場與平等權，需要注意隔離（separate）是否不平等的問題？周怡君與賴金蓮有提到庇護工場的隔離特徵目前遭美國融合（integration）路線批判，而歐洲似偏向承認庇護工場存在的必要<sup>35</sup>，但她們未進行庇護工場的存在是否不平等的分析與判斷。

在定額進用方面，林昭吟、孫健忠<sup>36</sup>提供了晚近公部門定額進用實施狀況的統計、義務進用機關與進用人員的問卷調查與分析，也清楚整理了1980年以來我國定額進用制度發展沿革，但制度發展沿革只讓我們看到定額進用制度歷經多次變革，而未說明為何會有這樣的改變，這是本文可以進一步探究之處。相較於林昭吟、孫健忠偏重量化分析，郭峰誠、張恆豪<sup>37</sup>則透過對視障者的訪談，了解視障者就業困境與定額進用的限制，他們在既有研究回顧中指出定額進用額度已趨飽和、視障者常非定額進用的受益者（義務進用機關多進用肢障者、聽障者）等問題，並透過訪談進一步指出視障者各種職業困境：1.缺乏無障礙交通規劃，到達職場即有困難。2.職務再設計補助期程緩慢，無法及時因應職場需求。3.工作能力受質疑。4.人際網絡隔閡等。另外，定額進用制度有時會造成障礙者請調

---

<sup>33</sup>周怡君、賴金蓮，台灣庇護工場現況分析：理論與實務，（2009年）。

<sup>34</sup>周怡君、賴金蓮（註33），頁26-32。周怡君與賴金蓮有提到1970年殘障福利法開始有「殘障庇護福利工廠或商店」的規定，實際上，這應該是1990年殘障福利法的規定，而1981年殘障福利法施行細則的福利工廠規定，卻未被提及。

<sup>35</sup>周怡君、賴金蓮（註33），頁13。

<sup>36</sup>林昭吟、孫健忠，我國公部門身心障礙者定額進用實施之多面向檢視，東吳社會工作學報，26期，頁45-75（2014年）。

<sup>37</sup>郭峰誠、張恆豪，保障還是限制？定額進用政策與視障者的就業困境，臺灣社會研究季刊，83期，頁95-136（2011年）。

困難，因為義務進用機關怕視障者調職後沒有其他障礙者補進來而會需要繳交差額補助費。這兩篇社會、社工學門的文章對本文了解臺灣障礙者就業處境皆有幫助。

在視障按摩保留制度方面，特別是在司法院釋字第 649 號解釋之後，法學界有相當多的討論。許多法學文獻皆是關於視障按摩保留制度的違憲審查、合憲性、司法院釋字第 649 號解釋的評析<sup>38</sup>，從中可以了解法學界如何看待視障按摩保留制度與平等權、明眼人的職業自由、消費者利益與大法官違憲審查的角色。另外，有些文獻對視障按摩保留制度有比較多的歷史脈絡耙梳，像是：王育瑜<sup>39</sup>、邱大昕<sup>40</sup>與孫迺翊<sup>41</sup>的著作，這三位研究者均有提到日治時期即有按摩業管制，邱大昕甚至討論到日治之前 1891 年甘為霖牧師來台創立第一所盲人學校、安排職業訓練的歷史。不過，三位研究者的論述方式、研究方式也略有不同，王育瑜的歷史回顧以臺北啟明學校教師、按摩師訪談紀錄為主、輔以相關書籍記載；孫迺翊對立法院公報、1980 年以來殘障福利法按摩業規範與相關法規分析較清楚，並引用西方人權模式、強調社會參與的理論，對司法院釋字第 649 號解釋進行批判；邱大昕的史料蒐集最為豐富，與孫迺翊同樣藉由法社會事實、歷史事實，對司法院釋字第 649 號解釋作出嚴厲的批評。這些研究已經指出日治時期視障者可從事

<sup>38</sup>可以參李惠宗，我眼明，我也要按摩工作，月旦法學教室，17 期，頁 12-13（2004 年）。許志雄，職業規制與保留的違憲審查（上）——司法院釋字第 649 號解釋評析，法學新論，19 期，頁 1-33（2010 年）。許志雄，職業規制與保留的違憲審查（下）——司法院釋字第 649 號解釋評析，法學新論，20 期，頁 1-22（2010 年）。廖元豪，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，123 期，頁 187-193（2009 年）。許育典，非視障者不得按摩，違憲？，月旦法學教室，76 期，頁 6-7（2009 年）。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，法學新論，7 期，頁 17-43（2009 年）。黃昭元，從釋字第 649 號解釋看優惠性差別待遇的合憲性審查，收於：許志雄教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，立憲國家之課題與挑戰：許志雄教授六秩華誕祝壽論文集，頁 162-171（2014 年）。

<sup>39</sup>王育瑜，臺灣視障者的職業困境——以按摩業為例的分析，國立政治大學社會學系碩士論文，頁 33（1995 年）。

<sup>40</sup>邱大昕，為什麼馬殺雞？視障按摩歷史的行動網絡分析，台灣社會研究，83 期，頁 26-27（2011 年）。邱大昕，被忽略的歷史事實：從視障者工作演變看大法官釋字第 649 號解釋，社會政策與社會工作學刊，13 卷 2 期，頁 77（2009 年）。

<sup>41</sup>孫迺翊，再探視障按摩保留條款之合憲性——大法官釋字第 649 號解釋的法事實與法釋義，中研院法學期刊，9 期，頁 92-95（2011 年）。

針灸業，而在國治時期無法繼續從事針灸業，按摩業被去醫療化、去專業化的問題，以及多種相關行業（如：中醫整復推拿、西醫物理治療、色情按摩）對視障按摩業的競爭關係或不利影響。儘管前人已經有一定的研究成果，仍留有許多法律史之謎尚待考察，如 1957 年〈臺灣省各縣市按摩業管理規則〉規定限於雙目失明者才可從事按摩業，三位研究者均未說明此規定如何產生？另外，視障者在視障按摩保留制度的執行、存廢爭議中積極的立法遊說、行政遊說角色，也未被清楚交代，這些都是可以再進一步研究之處<sup>42</sup>。

承接本節兩項的文獻回顧與討論，本文的問題意識可以再歸納為為：1.目前法學界希望在平等權思考上，突破大法官歷來「合理差別待遇」、「等者等之，不等者不等之」的思考模式，但如何揮別舊的平等權思考、迎向平等權的其他可能，需要進一步釐清。2.有關障礙者就業制度、就業歧視的文獻並不少，但仍缺乏整體回顧臺灣障礙者工作平等權法律史的文獻，法律史不只是「制度沿革」，也重視法律與社會的互動關係，戰後有關障礙者工作平權的規範形構中，障礙者扮演了什麼樣的角色？是否受到其他行動者的支持或反對？過去有什麼樣未被採納的立法提案？立法倡議的成敗因素？以及改革後的社會影響，社會影響又如何反映到下次法律改革？這些法律與社會互動下的變遷歷程均是本文探究的對象。3. 希望將平等理論與障礙者工作平等權法律史的經驗資料做連結，探究障礙者平等權的重要性何時被意識到？被誰提出？平等權的思考是否有跟各種就業制度進行連結？行動者談論「障礙者平等權」時，是採用何種平等觀？實際上，在法律改革後，有增進障礙者就業平等嗎？以及希望相關經驗資料也能促進我們對平等理論的思考。這些問題意識，也與臺灣法律史學門較注重歷史脈絡、法律與社會互動的研究方法、理論取徑有關，下一節將對此進一步說明。

---

<sup>42</sup>邱大昕在最近的研究中提到「盲人組織在推動殘障福利法扮演積極角色」的問題意識，但由於該篇文章是以日治時期為主，未真正處理到戰後視障者立法倡議、行政遊說的行動。參邱大昕，盲流非盲流：日治時期臺灣盲人的流動與遷移，臺灣史研究，22 卷 1 期，頁 20（2015 年）。

### 第三節 研究方法與理論取徑

#### 第一項 法律與社會互動下的法律變遷

有別於許多法律研究主要著重在法律概念、規範性的討論，本論文希望可以納入較多經驗事實，了解障礙者在法律制定、修法過程中是否扮演一定角色，立法後障礙者如何利用/不利用相關規範，這些與障礙者就業相關規範對障礙者就業平權產生怎樣的影響。這些想法與臺灣法律史「法規範與法事實並重」的研究方法有關。除了一般法學研究關心的「法律規範內容」（含：抽象法規範及規範如何適用至個案），法律史也關心立法前「形成法律的原因」以及立法後「法律的社會效應」，先前立法的實踐也可能變成下一次立法的原因<sup>43</sup>。由於本文關懷的權利主體是障礙者，故在法律變遷的觀察中，更強調障礙者在法律與社會互動過程中的角色，或者相關法規範對障礙者的意義與影響。再者，本文關懷的法律主張是平等權、就業歧視，所以將討論反差異論與反從屬論兩種平等觀<sup>44</sup>，並觀察法律變遷中障礙者平等權是否有被主張、以何種方式主張、採用什麼樣的平等觀，以及可能有的貢獻與限制。

本文在法律史探究中，會採用法律與社會研究使用的「法律動員（legal mobilization）」概念<sup>45</sup>。在倡議者的面向上，法律動員可以包括個人與集體的行動。從主張對象來區分，則可能包括四種形式：1.立法遊說：障礙者可能向立法

<sup>43</sup>參王泰升，台灣法律史概論，2版，頁12-14（2004年）。法律與社會研究（law and society）會討論法律規範與社會實踐落差的問題。此問題有兩種常見的解釋模式：1.工具論將法律視為引導社會變遷、進行社會改造的工具。2.鏡像理論（law as mirror of society）認為法律只能反映或跟隨社會變遷而改變。相對而言，互動理論則較動態地理解法律與社會，認為法律與社會會交互影響、互相形塑，因而避免了工具論和鏡像理論過於簡化的解釋。相關理論介紹可參陳昭如，在棄權與爭產之間：超越受害者與行動者二元對立的女兒繼承權實踐，臺大法學論叢，38卷4期，頁138-141（2009年）。關於法律與社會的互動關係，陳昭如近年採用共構觀點（the constitutive approach）的理解，認為法律不外於社會，而是社會關係之一部分。參陳昭如，父姓的常規，母姓的權利：子女姓氏修法改革的法社會學考察，臺大法學論叢，43卷2期，頁274-277（2014年）。陳昭如也指出落差研究較注重正式法律場域（特別是法院）的探討。陳昭如，頁276（2014年）。由於本文也探討許多非正式法律場域的法律動員，與落差研究並不相同。另一方面，互動理論較不強調法律與社會二分，本文則是分開法律與社會領域，再探究其互動，故本文與互動理論亦有不同之處。

<sup>44</sup>參第二章兩種平等觀的討論。

<sup>45</sup>關於法律動員的概念，參陳昭如（註43），頁289-290（2014年）。



者請願、陳情、受邀參加立法院舉行的立法座談會、私下拜會立委，表達立法/修法訴求；也可能更積極的提出民間版立法草案、邀請立法委員出席民間的修法公聽會；或者在立法院旁聽修法，給予立委壓力。2.司法訴訟與聲請釋憲：可能包括為了個案與創造集體改變而進行的行動。如：司法院釋字第 290 號解釋「公職選罷法候選人學經歷限制規定是否違憲案」，是因劉俠參選立委受限的個案而起，但此個案也能反映當時障礙者的集體處境——因無障礙環境不足而難以繼續升學、甚至影響就業<sup>46</sup>。本案也涵蓋司法訴訟與聲請釋憲兩種法律動員途徑。3.行政遊說與救濟：請行政機關提出法律草案，或在修法後請行政機關落實法規內容、影響行政機關制定的施行細則（如：定額進用除外機關究應排除那些職務，便是施行細則的爭議）。現行地方政府的就業歧視評議制度與可向勞動部提起訴願則是行政機關內部的救濟管道。4.非正式法律場域法律動員：向報紙投書或藉由媒體報導，彰顯既有法律規範或實踐的問題，甚至提出改革主張，如：2003 年中華視障聯盟利用定額進用制度規範框架，透過報紙提出「企業按摩師」計畫<sup>47</sup>。

有些障礙者權利運動/福利運動的研究也會處理到法律與社會互動過程中的障礙者/團體角色。既有研究<sup>48</sup>主要是從社會運動團體的角度出發，將社會運動定義為：「一群具有共同目標和凝聚力的人們，在與菁英、對手和權威體系的持續互動中，集體地挑戰既有的權力與資源的安排<sup>49</sup>。」這些研究可以幫助我們了解倡議團體如何，向國家爭取權利並改善資源分配的方式。如蕭新煌和孫志慧針對

<sup>46</sup> 詳細案件內容可參第二章與本案釋憲文、釋憲聲請書。

<sup>47</sup> 參第四章第二節第二項第三款一、趨於穩定的進用率與進用後仍存在的邊緣化壓迫。

<sup>48</sup> 張恆豪，障礙者權利運動的策略與組織變遷——提供服務做為社會運動的手段？，收於：何明修、林秀幸編，社會運動的年代——晚近二十年來的台灣行動主義，頁 129-169（2011 年）。蕭新煌、孫志慧，一九八〇年代以來台灣社會福利運動的發展，收於：林國明、蕭新煌主編，台灣的社會福利運動，頁 33-70（2001 年）。其中，張恆豪的文章對於障礙者權利運動做了比較完整的回顧。而蕭新煌和孫志慧的文章中，障礙者運動只佔了一部分，但對於社會運動的策略和演變，做了比較清楚的理論說明。

<sup>49</sup> David S. Mayer & Sidney Tarrow, *A Movement Society: Contentious Politics for a New Century*, in *THE SOCIAL MOVEMENT SOCIETY* 1, 4 (David Mayer & Sidney Tarrow eds. 1998). 中譯引自林國明、蕭新煌，台灣的社會福利運動導論，收於：林國明、蕭新煌主編，台灣的社會福利運動，頁 4（2001 年）。

1980、90年代臺灣社會福利運動的研究指出，一開始多是個別團體針對個別事件進行抗爭，後來則開始有團體間的策略聯盟出現，希望推動立法、修法，將政策制度化。修法完成後，有些福利團體會回歸原本福利服務的角色，但也有監督法規是否落實的問題<sup>50</sup>。另外，也有些社運者或社運團體的文獻，對於了解倡議團體如何向國家爭取權利很有幫助。如透過陳情、請願、立法遊說、集會遊行等方式，爭取放寬大學聯考病殘限制、倡議修改殘障福利法、促請立法院提高障礙者相關預算等<sup>51</sup>。

學術研究在討論權利運動/福利運動時，會由幾個面向切入，討論法律動員發生的要素：1.組織網絡：哪些人透過哪些管道參與運動？是否有人際網絡可以動員人們從事社會運動？是否有組織可以指揮、統籌規劃社會運動？2.政治機會結構：如何利用當下的政治局勢完成目標。3.意義構框：賦予議題意義或理解框架，讓運動的訴求看起來具有正當性<sup>52</sup>。本文將會在法律史行文過程中，考量組織網絡、政治機會結構、意義構框對障礙者倡議法律改變的影響<sup>53</sup>。

雖然筆者的研究和這些研究都是在處理障礙者法律動員與法律社會互動關係（含規範的意義、形構與實踐），但我們之間有以下的不同：其一，既有研究由社運團體為中心，會探討社運團體的制度化和專業化、社運團體的自主性（有

<sup>50</sup>主要參蕭新煌、孫志慧（註48），頁50-56。另外，張恆豪文章的一個重要論點即是臺灣障礙者權益倡議運動與提供福利服務的非營利組織有密切關聯，難以切割服務團體與倡議團體。參張恆豪（註48），頁129-169。

<sup>51</sup>中華民國殘障聯盟，覺醒•奮進：走過台灣身心障礙權益二十年，頁62-91（2010年）。陳俊良，殘障福利運動，社會工作學刊，2期，頁177-198（1992年）。謝東儒、張嘉玲、黃珉蓉，殘障聯盟發展史，社區發展季刊，109期，頁300-309（2005年）。這裡主要可見到的是在許多具體事件中，障礙團體有何訴求、收到政府怎樣的回應，而非學術上動員策略的分析。

<sup>52</sup>可參林國明、蕭新煌（註49），頁6-20。也參何明修，社會運動，收於：王振寰、瞿海源主編，社會學與台灣社會，3版，頁341-364（2009年）。何明修，社會運動概論，（2005年）。

Vanhala曾在英國與加拿大的障礙者法律動員比較研究中使用類似理論架構，並進行反思。她指出，法律動員是組織自主行動的過程，組織能動性、動員的脈絡與意義框架可能比政治結構、組織資源充足更能說明法律動員的發生。比如英國的傳統障礙者慈善機構，雖然擁有豐富的組織資源，卻不願進行訴訟動員。LISA VANHALA, MAKING RIGHTS A REALITY?: DISABILITY RIGHTS ACTIVISTS AND LEGAL MOBILIZATION 256-268 (2011).

<sup>53</sup>關於本文究竟是討論「法律動員能與不能（法律社會學）」或「法的歷史演進（法律史）」的問題。對本文而言，法社會學與法律史並不互斥，如果需要選擇一個主軸，本文在研究方法與行文上應該比較偏向法律史。只是在法律史寫作中也會碰上「法律為何改變？」「障礙者是否進行法律主張/法律動員？」的問題，此時本文會嘗試納入一些社會運動/法律動員研究的理論思考，以加強文章的理論深度。

正式管道進入國家後是否會被國家收編、承接國家的福利服務後是否須聽命於國家行事)、社運團體內的組成與是否具異質性。這些問題較非本論文欲處理的對象。可以說，既有研究較以社運團體為中心，本論文則較偏向法律體系變遷的思考。只是在思考法律體系變遷的時候，仍希望可以注意到倡議團體對於法律制度的影響以及其法律主張的理由。

其二，既有研究中的權利運動必須是群體性、組織性的人們所發出的權利訴求，而本論文法律動員則試圖用更廣泛的角度來看待障礙者與國家法律之間的互動，希望將個人採用陳情、訴願、訴訟等方式發出的權利訴求也納入討論。

其三，既有研究偏重在處理立法制度的變革，以及透過集體請願、抗爭等方式向行政單位表達訴求。立法之後只剩下社運團體如何監督政府執行的問題。但以法律研究者來說，我們相當重視權利受侵害時，是否有正式管道可以提供救濟的問題，亦即，是否得向行政機關提起訴願、向法院提起訴訟。或者，實際運作上，這些管道對障礙者來說是否好用、具可接近性。

其四，既有研究（社會、社工學者的學術文獻和社運團體）與法律研究者對於「權利」認定有明顯的不同。承接第三點來說，法律研究者的概念是「有權利即有救濟」、「有權利斯有救濟」，權利與救濟的關係密不可分。但對於非法律研究者，使用權利的語彙似乎只是表達其訴求具有某種正當性，而不是國家的德政或可有可無的福利。社運更重視對於障礙者實際的保障，但在法律研究者眼中，這些保障可能都稱不上是取得權利，而只是一種反射利益。以定額進用制度為例，身心障礙者權益保障法規定具有一定規模的政府機關或私人企業需進用一定比例障礙者，違反者須繳納差額補助費。在非法律研究者眼中，這是對障礙者實際的保障，但從法律角度看，這是國家法律對政府機關或私人企業課予的義務，障礙者只是享受反射利益<sup>54</sup>。

---

<sup>54</sup>類似見解可參廖福特，從「醫療」、「福利」到「權利」——身心障礙者權利保障之新發展，中研院法學期刊，2期，頁202（2008年）。廖福特指出「對於其他主體之處罰，不等同於對於權利主體之保障」，這是典型法律研究者的見解。孫迺翊在處理視障按摩保留問題時也提到，視障

總之，本論文將在思考法律體系變遷、是否促進平等的同時，帶入社會經驗事實、障礙者的法律訴求做觀察，以求更好地理解法律制度是否充分考量障礙者經驗，法律是否在社會實踐上保障障礙者的平等。



## 第二項 障礙研究

### 第一款 障礙研究概說

障礙研究是從關注障礙者主體生活經驗出發、兼具理論與實踐面向的一個研究領域。這是門跨學科的研究領域，各人文社會科學的學者都可以進入此學門，且鼓勵研究者同時進行障礙者的權利倡議，權利倡議的實踐可以促發理論思考。藉由障礙研究的洞見與思考方式，我們能更清楚地了解「障礙」與障礙者。

如果要了解障礙研究，可以先從障礙研究反對什麼開始說起。障礙研究反對障礙的醫療模式( *medical model* )，該模式將障礙者放置在一種病態角色( *sick role* )中，認為個別障礙者皆處在缺陷、不可欲的狀態，需要聽從醫療專業人員的指示進行治療與復健，否則便會被貼上「不聽話」的標籤，某些精神障礙者甚至容易受到強制治療的對待<sup>55</sup>。醫療模式的問題在於有些人經過再多的治療與復健，還是無法變成「正常人」，如某些下肢障礙者會一直需要使用輪椅行動。更重要的是，該模式將障礙問題歸諸於個人，過度關注損傷( *impairment* )與功能限制( *functional limitation* )的問題，反而忽略對整個社會結構進行反省，且有責怪受害者( *blaming the victim* )的問題。

此外，障礙研究也反對對於障礙者的各種負面想法與刻板印象<sup>56</sup>。包括：將

---

按摩保留較像是變相管制理容業、色情按摩業的規範，保障視障者工作機會則是「反射利益」的問題。孫迺翊(註 41)，頁 96。

<sup>55</sup> David Pfeiffer, *The Conceptualization of Disability*. In *EXPLORING THEORIES AND EXPANDING METHODOLOGIES: WHERE WE ARE AND WHERE WE NEED TO GO* 29, 30-31(Sharon N. Barnartt & Barbara M. Altman eds., 2001).

<sup>56</sup> 可以參考 Rieser 書中列出的一整頁關於於障礙者的各種負面想法，包括：不幸的象徵、粗魯的、對於社會無用的、無法被教育、無法獨立思考……等等。See RICHARD RIESER, *IMPLEMENTING INCLUSIVE EDUCATION: A COMMONWEALTH GUIDE TO IMPLEMENTING ARTICLE 24 OF THE UN CONVENTION ON THE RIGHTS OF PEOPLE WITH DISABILITIES* 13-14 (2008).

障礙者視為慈善與福利給付的客體、覺得障礙是個人的悲劇<sup>57</sup>。家族外的人認為障礙是一種天譴，障礙者或其父母在前世今生做了不道德的事，因此受到因果報應或全能上帝的懲罰（天譴論）。家族內的人認為障礙者令家族蒙羞，因而希望將障礙者藏在家裡。在就業方面，障礙者也容易被視為難以雇用的人。

障礙研究中常採用的障礙的社會模式（social model of disability）則希望將問題的焦點由「帶有損傷的個人」轉向「社會結構、社會對障礙者的調適不良」。換言之，過去社會與國家並未思考如何消除社會給予障礙者的阻礙，只是給予醫療與福利給付，但該模式希望讓障礙者能夠融入社會、參與社會活動。社會模式的貢獻在於能夠賦權（empower）障礙者，支持障礙者參與決策，並關注改善其所面臨的各種社會問題，包括：貧窮、缺乏無障礙環境、就業歧視、缺乏適當教育<sup>58</sup>。

可以進一步思考的是，採用障礙的社會模式是否就意味著反對障礙者相關的醫療與福利？Rieser 曾指出，對障礙的醫療模式的批判，不代表障礙者不需要醫療專業人員的幫助。障礙者的權利也可以包括對醫療服務的近用權與減輕損傷造成的不便<sup>59</sup>。同理，障礙者不希望成為福利給付的客體，但本文認為障礙者還是可能成為福利權的主體、要求國家給予支持。

須注意的是，醫療模式與社會模式的對比雖然是障礙研究中常採用的一種思考模式，但障礙研究內部其實存有一些不同的理論與流派。這些理論流派之間可能部分主張相同、部分相異，無法一概而論。比如 Pfeiffer 就把障礙研究典範分成九個版本：1.社會建構論版本（Social Constructionist Version）：此版本可追溯至 Goffman 經典的污名研究，某些人（包括障礙者）身上的差異特別容易在社會互動的情境中受到污名，且據此建構出污名化的身分認同。2.社會模式版本

---

<sup>57</sup> 英國的障礙的社會模式倡議者 Oliver 常抨擊將障礙當成個人的悲劇。MICHAEL OLIVER, THE POLITICS OF DISABLEMENT, 1,10 (1990).

<sup>58</sup> Rieser 對障礙的醫療模式與障礙的社會模式有簡單清楚的比較與說明。See RIESER, *supra* note 56, at 15-19.另外，國內對於這兩個模式的介紹，可以參王國羽，障礙概念模式與理論發展，收於：王國羽等編，障礙研究，頁 43-70（2012 年）。

<sup>59</sup> RIESER, *supra* note 56, at 14.

(**Social Model Version**)：障礙問題在於社會結構將障礙者放置在不利的政治、社會、經濟處境中，需要重構社會才能解決障礙問題。3.損傷版本 (**Impairment Version**)：此版本源自於對社會模式版本的批判，認為社會模式過於重視社會結構問題，同時卻忽略了損傷 (**impairment**) 與障礙者個人生命經驗的重要性。4.受壓迫的少數群體版本 (**The Oppressed Minority Version**)：障礙者面臨許多歧視經驗，這些狀況與其他受壓迫的少數群體類似。他們的權利被否定，且較難與主流群體共享社會資源，需要藉由政治反抗改善受壓迫的情形。5.獨立生活版本 (**Independent Living Version**)：此版本主要訴求對抗醫療專業人員或社會福利人員想要控制障礙者的態度，希望障礙者成為可以自我決定<sup>60</sup>、自我負責的人。其名言為：任何關於我的決定都不能缺少我的參與 (**nothing about me without me**)。6.後現代版本 (**Post-Modern Version**)：此版本源自文化研究，認為文化是社會與政治的建構物。我們需要解構既有的知識去發現知識的基本傾向與未言明的預設，對於障礙或障礙者也是如此。7.生命連續體版本 (**Continuum Version**)：多數人終將面臨障礙，不論是慢性病或逐漸感受到身體功能的限制，障礙是人類所共有的經驗，所以大家都應注意此議題。8.人類多樣性版本 (**Human Variation Version**)：世界上有各式各樣的人存在，障礙也有多重面向存在，無法用單一定義去說明障礙。障礙問題存在是因為社會制度標準化、效率化的同時，沒有考量人類的多樣性，因而需要更有彈性的社會系統與通用設計 (**universal design**) 去回應這些多樣性。9.差別待遇版本 (**Discrimination Version**)：希望障礙者可以受到與其他入相同的對待，而不要特權 (**special privilege**) 或受到特殊保護<sup>61</sup>。

Pfeiffer 對於障礙研究各個理論流派的整理，讓我們對「障礙」與障礙者有

---

<sup>60</sup> Young 的宰制 (**domination**) 概念與自我決定有關。對 Young 來說，正義是關注社會是否有「必要的制度條件」支持某些價值的實現，包括：1.發展個人能力、表達個人經驗。2.參與決定個人行動與個人行動的條件。不正義則是關於以上兩個必要制度條件的限制，包括：1.壓迫 (**oppression**)：對自我發展的制度限制。2.宰制 (**domination**)：對自我決定的制度限制。See IRIS M. YOUNG, JUSTICE AND THE POLITICS OF DIFFERENCE 37 (1990).就此而言，獨立生活版本除強調自我決定與自我負責兩概念的對應，或許亦可注意缺乏自我決定的制度條件構成一種不正義。

<sup>61</sup> Pfeiffer, *supra* note 55, at 29, 32-44.

更豐富的理解。美中不足的是 Pfeiffer 沒有對各個理論流派間的關聯作出系統性的連結，比如社會建構論版本與後現代版本都在講「建構」，兩者是否有差別？社會模式版本與受壓迫的少數群體版本都關心社會結構對障礙者的壓迫，主張上也相當雷同<sup>62</sup>。只能說，不論哪個流派，大概都反對障礙的醫療模式與社會施加於障礙者的各種負面想法，且每個版本皆主張反歧視，儘管主張的方式與反歧視的內涵可能各自有些不同。

## 第二款 障礙的社會模式與損傷/障礙二元區分

由於障礙的社會模式仍是障礙研究中常討論與引用的對象，雖然障礙研究中有其他不同看待障礙的方式，以下仍以障礙的社會模式為主，做進一步的介紹與討論。障礙研究與障礙的社會模式並不只是純粹學術上的討論，障礙者運動與障礙研究間有深刻的牽連關係。在討論障礙的社會模式時，常常會溯及英國的身障者反隔離聯盟（UPIAS, Union of the Physically Impaired Against Segregation）。該聯盟在 1976 年出版的小冊子《障礙的基本原則（Fundamental Principles of Disability）》中提到：

在我們看來，是社會令身障者失能。障礙是施加在我們身體損傷上之物，藉此我們受到不必要的隔離與排除在充分的社會參與之外。因此，障礙者是一個在社會中受壓迫的群體（oppressed group）。為了解此想法，我們有必要抓住兩個概念區分：身體損傷（physical impairment）與帶有損傷者身處的社會情境，後者名為「障礙（disability）」。從而，我們將損傷定義成喪失全部或部分的肢體，或身體的某肢體、器官、機制有缺陷；將障礙定義成當代社會體制（social organisation）造成的不利益或活動限制，由於該體制沒有或很少考量身障者，因此將他們排除於主流社會活動的參與<sup>63</sup>。

<sup>62</sup>如果是依照法學研究者 Crossley 的區分與說明，障礙社會模式幫助我們了解障礙有其社會根源，而障礙的少數群體模式（minority model of disability）則確立改革方向，用權利（特別是平等權）作為消除社會障礙的方式。Mary Crossley, *Disability Kaleidoscope*, 74 NOTRE DAME L. REV. 621, 653-665(1998).

<sup>63</sup> The Union of the Physically Impaired Against Segregation and The Disability Alliance,



在《障礙的基本原則》中，損傷（impairment）與障礙（disability）的二元區分相當清楚，此區分也受到 1990 年出版《障礙的政治（The politics of disablement）》的 Michael Oliver 引用。但如果因此認為障礙是社會的、可以改變的，而損傷屬於生理的、個人的、無法改變的，可能是一種比較簡化的理解方式，因為 Oliver 也曾明確指出損傷與障礙皆有其社會文化面向<sup>64</sup>。

Oliver 提到，損傷並非完全是隨機發生、隨機分布在世界各國之中，而是與社會力、經濟力、醫療資源分配、醫療技術有關。在某些國家，損傷主要來自感染性疾病、貧窮、醫療資源不足以照顧風險人口，在另一些國家中，損傷主要來自人口老化、工作中的意外，或使用醫療技術確保重度損傷者的存活。再者，損傷在社會中的意義、人們對損傷的回應，或根本上「什麼狀態會被視為損傷」，皆可彰顯損傷的社會文化面向。比如，西非的某個部落，有很多人出生時就只有兩隻腳趾，但他們不覺得這是損傷<sup>65</sup>。

基本上，障礙的社會模式對損傷/障礙的區分，是希望將問題由個人的悲劇、治療、復健轉向社會問題，最終強調社會改變的必要性。Oliver 曾指出，某個對英國障礙者的訪問調查的問題，過度將問題導向個人的不適應與功能限制，讓接受調查者感到障礙問題來自其自身，但這些問題通通可以轉換成社會問題（參下表 1-1）<sup>66</sup>，這是對障礙的社會模式運用的最佳寫照。

---

Fundamental Principles of Disability 14(1976), <http://www.leeds.ac.uk/disability-studies/archiveuk/UPIAS/fundamental%20principles.pdf>.

<sup>64</sup> OLIVER, *supra* note 57, at 12 -24.

<sup>65</sup> OLIVER, *supra* note 57, at 12 -14. Shakespeare 提到另一個例子是閱讀障礙（dyslexia），閱讀障礙在要求國民必須識字的社會中，問題特別顯著。See TOM SHAKESPEARE, *DISABILITY RIGHTS AND WRONGS*, 35 (2006).

<sup>66</sup> OLIVER, *supra* note 57, at 6-9.



表 1-1：障礙作為個人問題與社會問題的對照表

強調個人面向的問題	強調社會面向的問題
可以告訴我你有什麼問題嗎？	可以告訴我社會有什麼問題嗎？
你理解他人的困難主要源於聽力問題嗎？	你理解他人的困難主要源於他人沒有能力與你溝通嗎？
你是否具有會限制你日常活動的傷疤、畸形？	別人對你的傷疤、畸形的反應，限制你的日常活動嗎？
現在你的健康問題、障礙以某種方式影響你的工作嗎？	你是否有工作上的問題源於物理環境或他人的態度？

資料來源：節錄自《The politics of disablement》<sup>67</sup>

製表：陳力宇

### 第三款 再論損傷與障礙的社會模式

障礙的社會模式並非沒有理論問題，對於「損傷」的討論不足是一個常見的批評。本部分對於「損傷」的討論，一方面希望承接上一款對於障礙的社會模式的討論，說明障礙研究中對該理論的補充與針砭；另一方面也思考障礙是否有可能是中性的特質、群體間的差異、人類多樣性的展現，而不是「不正常」或缺陷呢？

Oliver 作為一個社會學家，關於「損傷」的討論只有及於損傷的社會面向，是可以理解的。另一位障礙研究者 Amundson 指出並沒有生物性正常（biological normality）或正常功能存在，補充了原先障礙社會模式對損傷的生物性面向的討論不足。「正常」是隨著統計學的興起而出現。Amundson 將功能區分成功能的表現層次（performance level）與功能模式（functional mode）兩個概念，功能模式是達成表現的方式，表現層次是功能表現的量化程度，比如：某個動作的力量

<sup>67</sup> OLIVER, *supra* note 57, at 6-9.

或速度。所謂的功能正常是指某物種在發揮某功能時，不論在功能模式或表現層次，都與該物種成員間統計上顯著的發揮功能方式趨於一致。功能正常也常意味是好的、是對的。比如在評量一個人的移動性（mobility）時，往往會將可以直立行走列為最高分，使用拐杖者次之，使用輪椅行動者獲最低分，因為直立行走是一般人發揮移動功能的方式，也比較獲得社會認可。然而，Amundson 表示，只有生物性的變異（biological variation）存在，沒有生物性正常，對於正常的宣稱是隱含了社會偏見與內隱的價值判斷。其實，達成某個目標可以有很多種方式，未必要採取固定的功能模式。如果可以允許多樣的功能模式，而非只有正常功能，障礙者可以表現得更好。問題可能不在障礙者的生物性，而是在於如何善用工具及改造環境以發揮功能<sup>68</sup>。

與 Amundson 試圖補充障礙的社會模式的做法不同，Shakespeare 認為障礙的社會模式本身有很多問題，無法充分地處理障礙經驗，應該要試圖發展新的理論模式。障礙的社會模式比較強調壓迫與外在的障礙物，Shakespeare 則主張障礙同時來自社會障礙與障礙者自身身體，身體上的損傷即會帶給個人痛苦、感到受限制的經驗。社會障礙的移除沒有辦法完全解決障礙者經歷到的困境，比如視障者在與他人互動時，就是比較難察覺口語之外的線索，身體的疼痛也無法藉由移除外在障礙物改善。從而，在 Shakespeare 的觀點中，損傷並非中性的特質，而是會帶來一些內在的不利益，損傷的預防或減輕損傷也是障礙研究需要注意的議題<sup>69</sup>。

我們可以使用聾人的例子，比較 Amundson 與 Shakespeare 在理論上的差異。Amundson 提到，有些聾人學童在學校被禁止使用手語，他們被教導要學習讀唇

---

<sup>68</sup> Ron Amundson, *Against Normal Function*, 31 STUD. HIST. PHILOS. BIOL. BIOMED. SCI. 33, (2000). (為與下篇文章區隔，以下該文簡稱：Amundson, *supra* note 68, at (2000a).) Ron Amundson, *Biological Normality and the ADA*, in AMERICANS WITH DISABILITIES: EXPLORING IMPLICATIONS OF THE LAW FOR INDIVIDUALS AND INSTITUTIONS 102, (Leslie Pickering Francis & Anita Silvers eds., 2000).

<sup>69</sup> SHAKESPEARE, *supra* note 65, at 38-43. Tom Shakespeare & Nicholas Watson, *The Social Model of Disability: An Outdated Ideology?* In EXPLORING THEORIES AND EXPANDING METHODOLOGIES: WHERE WE ARE AND WHERE WE NEED TO GO 9, 14-17 (Sharon N. Barnartt & Barbara M. Altman eds., 2001).

以及大聲朗誦，這讓他們可以表面上變得比較像具有正常人的正常功能，但讀唇與朗誦對某些聾人來說在學習上相當困難，無法使用手語即無法發揮自身溝通功能上的優勢。社會融合（*integration*）未必要透過聾人學習讀唇與朗誦，聽人學習手語也可以促進溝通<sup>70</sup>。另一方面，*Shakespeare* 則提到瑪莎葡萄園島（*Martha's Vineyard*）的例子。瑪莎葡萄園島是個孤立的社群，在美國歷史上，該島曾經有比較高比例的聾人，因而許多聽人也會使用手語和聾人溝通。這個例子常常被用來表示移除社會障礙後，就沒有障礙問題。但 *Shakespeare* 認為，除非該島的聽人都放棄使用口語，否則聾人還是較難接收到某些訊息，而且聽人比較方便使用雙語，聾人還是會被限制在使用單一語言<sup>71</sup>。

兩相對照，雖然兩人皆注意到障礙者的「身體差異」或「損傷」面向，對 *Amundson* 來說，只要可以發揮溝通功能，不論使用手語或口語都可以，而手語對聾人來說是比較方便的表現方式。*Shakespeare* 則指出，難以使用口語仍然是一種限制。兩人觀點不同，*Amundson* 的主張偏向「功能模式差異」，*Shakespeare* 則使用困局（*predicament*）的概念試圖捕捉損傷的意義<sup>72</sup>。困局可能讓生命變得更困難、更有挑戰性，但並非是個人的悲劇，因為有時候挑戰讓生命更有意義。

這些障礙研究的討論，讓我們看到理解損傷的更多可能性<sup>73</sup>。問題是，理解損傷之於障礙者的重要性，是否有助於倡議社會變革？*Oliver* 曾對於對障礙的社會模式的批評做出回應，表示作為一個障礙者，他當然知道障礙者每天要跟損傷帶來的困難與限制奮鬥，但損傷帶來的限制並不適合作為政治動員的基礎<sup>74</sup>。對

<sup>70</sup> *Amundson, supra note 68, at 43,49 (2000a).*

<sup>71</sup> *SHAKESPEARE, supra note 65, at 51.*

<sup>72</sup> *SHAKESPEARE, supra note 65, at, 63.*

<sup>73</sup>關於「障礙社會模式下，生理差異是否重要？」的問題，跟「損傷」的討論有關。本項第二款的討論中，英國身障者反隔離聯盟與研究者 *Oliver* 並不否認障礙者與「損傷」有關，亦不否認健全人與障礙者可能存有生理差異。本款則討論了不同研究者對障礙者生理狀態的意義可以有不同理解，顯示「生理差異」的重要性應連結到其社會意義來看待。另外，關於「生理差異」在反差異論平等權審查下的社會意義，參第二章第三節第一項第二款生理差異/生理缺陷與當事人難以改變的特徵。

<sup>74</sup> *MICHAEL OLIVER, UNDERSTANDING DISABILITY: FROM THEORY TO PRACTICE, 48 (2nd ed. 2009).*

Oliver 來說，障礙的社會模式是促進社會變革的工具<sup>75</sup>。由於是社會使障礙者蒙受不利益，改變社會成為比較直觀的解決問題方式。反觀 Shakespeare，花了比較多文章篇幅希望可以對障礙與損傷有更複雜、完整的了解，卻只簡單的交代損傷有其社會成因且常常是自然樂透（natural lottery）的結果，需要透過重分配策略改善障礙者處境<sup>76</sup>。如果沒有更完整的論述，在倡議社會變革的力道上，似乎還是障礙的社會模式比較有力。

#### 第四款 障礙的社會模式與平等權的關聯

有法學研究者認為障礙的社會模式對障礙者的權利倡議與平權立法的推動有幫助，但也批評社會模式具有限制。其認為社會模式的主要限制來自只專注在相同待遇（equal treatment）與等者等之（treats similarly situated people as alike）的概念，使得職場調整措施的要求也受到限制<sup>77</sup>。依照這個說法，障礙的社會模式採取的平等觀與反差異論的平等觀比較接近，但果真如此嗎？本部分希望藉由相關資料的梳理，釐清與思考障礙的社會模式與平等權的關聯、障礙的社會模式是否導向特定的平等觀。

我們可先由障礙社會模式為起點，看看該模式倡議者怎麼說。Oliver 曾在對英國障礙者運動的回顧中表示，障礙者運動包含有 3 個重要想法：1. 障礙的社會模式；2. 獨立生活（independent living）；3. 權利，特別是免於受歧視的權利。在此想法中，障礙的社會模式與平等權是並立的，共同支持著障礙者運動。另一位障礙社會模式重要倡議者 Finkelstein 的想法有些不同，他認為障礙的社會模式位居最核心，獨立生活或權利都只是該模式的展現。不論何者，都肯認權利具有一定重要性，但不應該將權利的追求當成是唯一目的，且障礙社會模式也不只包含對平等權（或更廣義的「權利」）的追求。Finkelstein 甚至認為權利取徑常過於專注在辨識個人特質（某人是否為障礙者）與「個人的」權利，容易忽略社會問

<sup>75</sup> OLIVER, *supra* note 74, at 41-57.

<sup>76</sup> SHAKESPEARE, *supra* note 65, at 67.

<sup>77</sup> Michael Ashley Stein & Penelope J. S. Stein, *Beyond Disability Civil Rights*, 58 HASTINGS L.J. 1203, 1206-1212(2006).

題面向<sup>78</sup>。

另一方面，可以看一下法學研究者如何將障礙社會模式連結到法律改革。Crossley 認為，障礙社會模式讓我們看到障礙不是自然地源自個人的缺陷，而是一種社會建構。社會常規未將障礙者當成社會成員的一部分，因而未考量其需求，使障礙者無法充分參與社會。簡言之，障礙社會模式幫助我們了解障礙有其社會根源。但 Crossley 也認為，需要藉由障礙的少數群體模式（minority model of disability）確立改革方向，將障礙的社會根源與美國的民權運動、其他類似受不利處境的少數群體進行連結，用權利（特別是平等權）作為消除社會障礙的方式<sup>79</sup>。可以說，由法學研究者的角度來看，障礙社會模式與平等權的連接也不是那麼直接，所以需要透過少數群體模式的中介。另一位法學研究者 Samaha 則進一步認為社會模式指出障礙的社會成因，但無法證立社會變革的要求，也沒有給出明確的政策回應方式。社會模式應該要試圖與其他的規範性理論（比如：自由主義、功利主義或平等主義）進行連結，讓其規範性基礎與政策導向更加明確<sup>80</sup>。本文部分同意 Samaha 的觀點。與 Samaha 意見不同的地方在於本文認為社會模式同時存有實然與應然的要求，社會模式不只指出社會成因，也認為應該透過社會變革將障礙當成社會問題看待。意見相同的地方在於社會模式政策內涵的不確定性。以聾人為例，我們不把問題定位在聽力損傷，而是定位在「他人沒有能力與聾人溝通」後，可以怎麼做呢？我們可能無法強制所有人都要學習手語，比較可行的做法或許是在高中或大學、社區大學廣開手語課程，或者在大眾媒體上增加手語的曝光度，但補助人工電子耳費用、廣設手語翻譯員、聽打員可能也都可改善溝通問題。

<sup>78</sup> OLIVER, *supra* note 74, at 133-153. (Oliver 書中同時收錄 Oliver 自己的意見以及 Finkelstein 對其想法的回應)

<sup>79</sup> Crossley, *supra* note 62, at 653-665. 不論由 Crossley 或 Pfeiffer 介紹的少數群體模式來看，「少數群體」強調的都是社會成員身分、容易受到歧視、在社會結構下易受壓迫的面向。See Pfeiffer, *supra* note 55, at 35-37.

<sup>80</sup>用 Samaha 自己的話來說是 Neither "is" nor "can" equals "ought." 他似乎是做了一個應然與實然的區分，認為障礙社會模式只點出事實成因，而沒有規範性意涵。Adam M. Samaha, *What Good Is the Social Model of Disability?*, 74 U. CHI. L. REV. 1251, 1284(2007).

大體而言，障礙的社會模式的確會關注歧視與平等的議題，但其對社會變革的要求應不限於立法倡議與權利的取得。由於其政策說明不夠明確，且對平等權沒有細緻區分不同的平等模式進行討論，不易斷言社會模式導向特定的平等觀。不過，由於障礙社會模式也稱為社會壓迫模式（social oppression theory），試圖看到社會結構對障礙者施加的不利益，而不只是比較誰跟誰是否相同或有差異。且也重視存在於現實中的歧視與障礙物、法律的實際執行結果，而不是只有反歧視立法<sup>81</sup>。如果拿反差異論與反從屬論比較，本文認為其與反從屬論的親近性還比較高。

## 第四節 研究範圍、資料來源、用語與章節架構

### 第一項 研究範圍與資料來源

關於障礙者工作的相關規範並不少，除了身心障礙者權益保障法與就業服務法之外，尚有大量解僱勞工保護法、公務人員考試法、政府採購法、運動彩券發行條例、公益彩券發行條例等等。障礙者權益倡議團體近年也有關注職業災害與障礙勞工提早退休的問題。由於時間能力有限，本文無法一一處理。

需要說明的是，本文的架構以就業服務法反歧視條款與身心障礙者權益保障法差異取徑作為法律史探尋的兩條主軸，但行文中也提到憲法第 7 條平等條款、憲法平等條款對私人效力、殘障福利法反歧視條款、2013 年之前公務人員任用法第 28 條限制精障者任職公務員、國家考試或公私立機關各種招募簡章的體檢規定限制障礙者報考等等問題。雖然可能有很多問題本文未能觸及，本文討論的各種障礙者就業歧視案例、相關就業規範與實踐情形，應足以促進我們對於不同平等觀的思辨、初步梳理出幾個重要的障礙者就業不平等態樣，並思考改變的可能。

除了議題的研究範圍是有限的，在法律史的時間斷限上，本文也僅於有限的歷史時間軸中耙梳資料，將討論範圍限於「戰後」，更精確來說，是 1945 年到

<sup>81</sup> OLIVER, *supra* note 74, at 45,133-153.

2014 年這段期間發生的事，而不討論日治時期或更早之前的狀況。聚焦在有限時間範圍，較能針對此時期作更深入的討論。

為了探究戰後障礙者工作平權的法律史，需要蒐集各種經驗資料。關於憲法、法律制定的經驗資料，在制憲/修憲方面有《國民大會實錄》、《國民大會速紀錄》，在身心障礙者權益保障法和就業服務法的立法方面，有〈立法院議案關係文書〉可以幫我們了解有哪些人提出了什麼樣的提案，立法院編的法律案專輯、《立法院公報》則讓我們看到法律審議的過程<sup>82</sup>。曾於內政部任職的周建卿編著的《中華社會福利法制史》，對於我們了解早期殘障福利法的內政部草案、修法過程很有幫助。《省府委員會議檔案》讓我們看到臺灣省社會處於 1968 年曾草擬並建議中央通過〈體能殘障者福利法〉。《台灣省議會史料總庫》則有 1957 年〈臺灣省各縣市按摩業管理規則〉的法律審議過程，讓我們了解視障按摩保留制度誕生的經過。《台灣省議會史料總庫》也能找到早年障礙者向臺灣省議會進行請願、立法遊說的史料。

關於行政機關的經驗資料，法源法律網<sup>83</sup>、各主管機關網站可以查詢法律制定後下位階的行政命令、行政規則、行政函示，讓我們對於法律運作的細節、行政機關如何解釋適用法律有更多了解<sup>84</sup>。

就業服務法下，就業歧視評議委員會評議的障礙者就業歧視案件並不多，可以由勞動部訴願審議委員會的資料查詢系統、《臺北市就業歧視暨兩性平等專輯/臺北市府防制就業歧視職場平權案例彙編》與《臺北縣/新北市政府防制就業歧視案例實錄》，看到一些案件內容，更少數的案件會上訴到行政法院，因而可參酌司法機關的法院判決作為經驗資料。另外，司法機關部分，還有大法官網站

<sup>82</sup> 以上關於憲法、法律制定的經驗資料，皆可藉由立法院國會圖書館網站找到。另外，有時非法學研究在引用法律條文時，也會引註、附上參考文獻，法學研究通常不會在引用法律條文時引註，本文採用一般法學研究的慣例。基本上，立法院通過、總統公布的法律條文以及憲法條文，包含原先制定時的版本到歷次修訂版本，皆可由《立法院法律系統》搜尋到。

<sup>83</sup> 若法源法律網資料不足，有時筆者會再嘗試查詢植根法律網。

<sup>84</sup> 不過，法源法律網、各主管機關網站有時較無法查詢到早年（特別是 1990 年之前）的法規、行政函示，此時需用《政府公報網》搜尋各政府機關早年的公報資料。

的資料，除了大法官作成的解釋文，也會收錄釋憲聲請書、聲請釋憲之前的歷審判決。

除了在立法的經驗資料中可以看見障礙者立法遊說的身影，障礙倡議團體的意見還可以從障礙團體的相關出版刊物或網站中找尋。主要包含：中華民國殘障聯盟的《殘障聯盟雜誌》（原為《中華民國殘障聯盟盟訊》）、身心障礙 e 能網，中華民國智障者家長總會的《推波飲水》。殘障聯盟首任理事長劉俠的傳記《俠風長流：劉俠回憶錄》也很有參考價值。本文在歷史耙梳中還有納入其他障礙者的傳記故事，如：顏面損傷者沈曉亞《怕見陽光的人》、鄭豐喜《汪洋中的破船》、原住民盲人詩人莫那能的口述回憶錄《一個台灣原住民的經歷》，藉以了解障礙者就業困境與就業歷程。

新聞報紙中可見多樣性的資料內容，主要可能包括 3 種角色：1.障礙者：障礙者受到就業歧視的情形，障礙者的請願、立法遊說、行政遊說行動，障礙者/團體的各種意見等。2.政府機關/官員：行政機關提出的立法草案、立委或其他官員的修法意見、在法規範下行政機關的具體執行方式或成效（如：自行設置或補助民間設置庇護工場、對於違法按摩業者的取締）。3.與障礙者就業保障可能有利益衝突者的意見，如：希望開放視障按摩保留的理容業者、定額進用義務機關

85。

關於障礙者就業的政府統計資料，主要有兩類統計資料，一類是使用法定障礙者來計算障礙者人口，亦即須符合身心障礙者權益保障法正面表列的障礙者類

---

<sup>85</sup> 搜尋新聞報紙資料時，本文主要先使用《聯合知識庫》進行搜尋，雖然在資料蒐集上可能會有偏向聯合報系的問題，但由於目前只有《聯合知識庫》能提供整個臺灣戰後報紙的全文搜尋，可以找到比較多資料，似乎是必要之惡。若《聯合知識庫》蒐集到的資料不足（尤其是 1990 年之前的部分），本文會再用《台灣新聞智慧網》進行搜尋。若認為特定時間點的報紙資料有點問題、或希望找到更多相關史料，《聯合知識庫》與《台灣新聞智慧網》無法提供解答，會再試著到圖書館調閱其他報紙進行比對與考證。例如，1994 年民生報報導徐中雄立委舉辦修法公聽會，希望將殘障福利法正名為〈身心殘障福利法〉，問題是，從後來徐中雄的立法提案與發言來看，其相當強調正名為「身心障礙」而非「身心殘障」，故本文另行調閱以上兩個報紙資料庫皆未收錄的報紙，並在《臺灣時報》上看到，實際上應是正名為〈身心障礙福利法〉沒錯。也有少數報紙資料是由二手文獻上看到或筆者於日常閱報時留意到。二手文獻上看到的報紙資料，基本上會再閱覽原本的報紙內容作確認，因為偶而也可見二手文獻引用內容失真，失之毫釐、謬以千里的狀況發生。



型並領有身心障礙手冊<sup>86</sup>。另一類則會將事實上障礙者計入障礙者人口<sup>87</sup>。這些統計資料使我們對障礙者就業情形有更全面性的掌握。同時，本文也參考其他學者的障礙者就業統計或質化研究資料，希望藉由紮實豐富的經驗資料，刻劃障礙者工作平等權的歷史，並與平等理論、障礙研究進行對話。

## 第二項 用語說明：障礙/障礙者

關於障礙/障礙者的用語，目前法定用語多為「身心障礙」<sup>88</sup>，如：身心障礙者權益保障法與就業服務法中的相關條文均已改為身心障礙/身心障礙者。相對而言，本論文標題與行文時的用語多使用「障礙/障礙者」，有必要說明用語選擇的理由：首先，「障礙/障礙者」是國內障礙研究常見的用法<sup>89</sup>，也是比較簡潔的用語。第二，身心障礙的用語似乎較容易讓人聯想到個人的「身心」問題，而非將問題定位在社會結構、文化、法律形成的障礙。使用「障礙/障礙者」或許較能呼應本文所採的障礙的社會模式。第三，在目前的狀況下，由於身心障礙者權

<sup>86</sup> 如：內政部《中華民國八十二/八十三年臺灣地區殘障者生活狀況調查報告》、內政部 2000 至 2011 年不定期出版之《身心障礙者生活需求調查報告》、行政院勞工委員會 2004 至 2009 年不定期出版之《身心障礙者勞動狀況調查報告》。

<sup>87</sup> 如：內政部 1981 年調查之《台灣地區殘障者複查與鑑定工作總報告》、行政院主計總處《中華民國七十九年台閩地區戶口及住宅普查報告》，此二調查是採取戶口普查方式，即使未申請身心障礙手冊也會納入統計，後者甚至包括「無自顧能力」此種未在法律上出現過的障礙者類型。

<sup>88</sup> 在《立法院法律系統》搜尋結果：1.「殘廢」：現行法 27 筆。2.「殘障」：現行法 14 筆。3.「身心障礙」：現行法 99 筆。4.「失能」：現行法 19 筆。以「身心障礙」為最多。「殘障」部分，《立法院法律系統》搜尋結果有些錯誤，如會搜尋到身心障礙者權益保障法與就業服務法，但實際點入該二法進行搜尋，卻又在條文中搜尋不到「殘障」。

仍使用「殘廢」的條文，如：勞動基準法第 54 條第 1 項第 2 款：「勞工非有下列情形之一，雇主不得強制其退休：二、心神喪失或身體殘廢不堪勝任工作者。」（1984 年制定至今）

仍使用「殘障」的條文，如：遺產及贈與稅法第 12 條之 1 第 1 項第 4 款「殘障特別扣除額」。（1995 年修法增訂至今）

使用「失能」的條文，如：勞工保險條例第 2 條：「勞工保險之分類及其給付種類如下：一、普通事故保險：分生育、傷病、失能、老年及死亡五種給付。二、職業災害保險：分傷病、醫療、失能及死亡四種給付。」（2008 年 7 月 17 日修正為「失能」，原為「殘廢」）

使用「障礙者」（而非「身心障礙者」）的條文，似只有著作權法第 53 條：「（第 1 項）中央或地方政府機關、非營利機構或團體、依法立案之各級學校，為專供視覺障礙者、學習障礙者、聽覺障礙者或其他感知著作有困難之障礙者使用之目的，得以翻譯、點字、錄音、數位轉換、口述影像、附加手語或其他方式利用已公開發表之著作。（第 2 項）前項所定障礙者或其代理人為供該障礙者個人非營利使用，準用前項規定。（第 3 項）依前二項規定製作之著作重製物，得於前二項所定障礙者、中央或地方政府機關、非營利機構或團體、依法立案之各級學校間散布或公開傳輸。」

<sup>89</sup> 可參王國羽、林昭吟、張恆豪編，障礙研究，（2012 年）。

益保障法對「身心障礙者」的定義最為詳細，且有身心障礙手冊/證明作為辨識依據，容易讓人誤以為「障礙者」（或是否有障礙歧視）應以身心障礙者權益保障法的定義為準。然而，身心障礙手冊/證明性質仍偏向請領「福利」之依據，若由反歧視角度出發，應承認其他未明列於身心障礙者權益保障法的情況，也可能構成障礙歧視<sup>90</sup>。因此，使用「障礙者」一詞或許能稍微與身心障礙者權益保障法定義下的「身心障礙者」進行區隔。

再者，基於本文法律史的性質，也需交代障礙者用語的歷史變化。由下表 1-2 可知，障礙者用語歷經「殘廢」、「殘障」到「身心障礙」的變化，一般認為越後面出現的用語越恰當。本文希望做兩點說明，第一，雖然目前多認為「殘廢」、「殘障」的用語較不恰當，在法律史寫作上，直接或間接引用史料、過往人們的言論時，本文還是會以「歷史名詞」的方式呈現當時的用語，比如 1955 年曾有的〈國民身體殘廢者福利條例〉試案，不會將其改稱〈國民身體障礙者福利條例〉。第二，一般認為越後面出現的用語越恰當，但不同用語內涵究竟有何不同，討論卻不足。如張恆豪認為「殘廢」的歧視意涵明顯，但質疑將「殘障」改成「身心障礙者」或「障礙者」的意義，一般人是否分得清「殘障」與「身心障礙者」意涵的差異，而障礙者群體成員本身究竟又認同什麼樣的群體稱謂<sup>91</sup>？本文目前並未看見大規模障礙者普查或嚴謹的抽樣調查，用來說明有多少障礙者認為哪個用語較好、「殘障」是否也是可接受的用語，或者障礙者是否認為有其他更理想的用語。可以確定的是，1997 年身心障礙者保護法<sup>92</sup>與 1997 年中華民國憲法增修條文第 10 條第 7 項正名為「身心障礙者」的修法<sup>93</sup>，皆是障礙者倡議的成果。

<sup>90</sup> 可參第三章第二節第一項第三款一、不限於領有身心障礙手冊的障礙者以及第三章第三節第二項第一款關於「障礙」認定，有較清楚的論述與實例。

<sup>91</sup> 張恆豪，必也正名乎：關於障礙者正名與認同的反思，教育社會學通訊，71 期，頁 3-7（2006 年）。張恆豪、蘇峰山，西方社會障礙歷史文化，收於：王國羽等編，障礙研究，頁 28-32（2012 年）。

<sup>92</sup> 1994 年時徐中雄立委即認為應正名為「身心障礙者」。參第四章第二節第二項第一款由身障立委徐中雄啟動的三方修法版本。

<sup>93</sup> 參第三章註腳 2。

另外，2010、2011 年分別有障礙者被稱呼為「殘障委員」<sup>94</sup>、「你是殘障」<sup>95</sup>，感到受歧視，因而提起侵害人格權的侵權行為損害賠償訴訟<sup>96</sup>，顯示的確有障礙者認為「殘障」用語並不妥、甚至有歧視性。不同用語的社會意涵、社會使用脈絡，或者是否有比「(身心) 障礙者」更好的用語<sup>97</sup>，都值得另文再討論，本部分用語說明僅能略為解釋為何本文選擇「障礙者」這個用語以及不同用語的變遷。

---

<sup>94</sup>臺灣臺中地方法院 99 年度中小字第 3251 號小額民事判決。本案法院見解認為：「『殘廢』、『殘障』一詞，原係帶有「歧視」或「看輕」之意涵在內；隨意稱呼他人為『殘廢』或『殘障』一詞，並非中性或客觀之意思，而實帶有恥笑該身心障礙者為『無用之人』之侮辱意思在內。」法院肯認障礙者人格權受侵害。

<sup>95</sup>臺灣高雄地方法院 100 年度訴字第 2018 號民事判決。本案法院見解認為：「目前社會大眾仍普遍使用『殘障』一詞，如殘障停車位、殘障人士等語，此即難認使用『殘障』一詞來陳稱肢體具有障礙者有貶低其社會評價之意，況原告於代表其公司發言時亦使用『殘障朋友』一詞指稱身心障礙者，此有電子新聞在卷可按（見本院卷第 20 頁），且為原告所不爭執，此益徵使用『殘障』一詞，本無貶抑身心障礙者之意……」結論上法院不認為本案障礙者人格權受侵害。除了用詞，本案法官也強調須依情境判斷是否有貶抑障礙者人格：「被告當時之言論是否涉及歧視……需視個案事件其發生之背景、環境、當事人之關係、行為人之言詞、行為及相對人之認知等客觀具體事實審酌認定之，即應在綜合上開情況足認被告確有重大歧視原告為身心障礙者之言論，原告始得向被告請求損害賠償，而非僅依原告之主觀感受即為認定。」

<sup>96</sup>可思考的是，若是認為受到歧視，為何不是提起侵害「平等權」的侵權行為損害賠償訴訟。

<sup>97</sup> 比方英文用語也可見“differently-abled persons”，只是並未成為主流用語。中文可見「失能者」的用語，但本文較不認為使用「失能者」比「障礙者」佳。

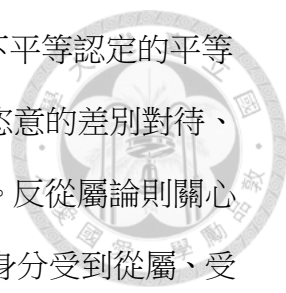
表 1-2：障礙者用語歷史變化

殘廢	殘障	身心障礙
<p>1946 年中華民國憲法第 155 條後段：「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。」</p>	<p>1992 年中華民國憲法增修條文第 18 條第 5 項：「國家對於殘障者之保險與就醫、教育訓練與就業輔導、生活維護與救濟，應予保障，並扶助其自立與發展。」</p>	<p>1997 年中華民國憲法增修條文第 10 條第 7 項：「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。」</p>
<p>X (1955 年曾有〈國民身體殘廢者福利條例〉試案)</p>	<p>1980 年殘障福利法 (1956 年有〈體能殘障國民福利法〉草案)</p>	<p>1997 年身心障礙者保護法 (2007 年改為身心障礙者權益保障法)</p>
<p>X</p>	<p>1992 年就業服務法第 5 條：「為保障國民就業機會平等，雇主對求職人或所僱用員工，不得以…殘障…為由，予以歧視。」</p>	<p>2001 年就業服務法第 5 條第 1 項：「為保障國民就業機會平等，雇主對求職人或所僱用員工，不得以…身心障礙…為由，予以歧視。」</p>

製表：陳力宇

### 第三項 章節架構與歷史分期

本論文共分五章，除第一章緒論與第五章結論外，主要分三部分進行討論，以回應本文的問題意識。第二章主要處理平等理論的問題。由於不同平等觀對障礙者平等的法律史會有不同理解，且平等本身也是高度爭議而待釐清的概念，第二章將先釐清兩種平等觀作為歷史耙梳時的參照對象。兩種平等觀是指「反差異



論」與「反從屬論」，反差異論泛指各種以差別待遇著手進行不平等認定的平等觀，可能包含合理差別待遇、合乎事物本質的差別待遇、只禁止恣意的差別對待、合乎比例原則的差別待遇、合於手段目的關聯的差別待遇等等。反從屬論則關心現實的階層社會中，群體間權力關係的分配不均，認為因群體身分受到從屬、受到次等待遇才是不平等的核心問題。第二章第一節、第二節先就兩種平等觀的基本概念、貢獻與限制進行討論，第三節則承接前兩節，進一步說明兩種平等觀下可能的障礙者平等問題，特別是在反從屬論與障礙者平等問題上，試圖融入障礙研究、Iris Young 五種壓迫面向的洞見，了解障礙者作為一個群體，可能遭遇的權力關係不平等問題。雖然本文嘗試揮別反差異論，使用反從屬論作為新的平等權思考模式，但在歷史經驗資料中，不同平等觀可能在同一時代中出現，故兩種平等觀皆會作為後續法律史探尋時的理解與參照框架。

本文第三章、第四章以歷史經驗研究為主，一方面觀察歷史中障礙者平等權在何時出現？以何種樣貌出現？是否及如何能利用既有制度主張障礙者平等？障礙者面臨的不對等權力關係真的獲得改善了嗎？另一方面，也觀察相關法律制度變遷、法律與社會互動中，各種行動者如何促成法律形構、實踐上的變與不變，特別是障礙者在高度攸關障礙者權益的法律形構、實踐上，究竟扮演何種角色、曾有哪些主張。

第三章以 1992 年制定的就業服務法第 5 條反歧視條款為主軸，分三節分別討論就業服務法立法之前、完成與未完成的相關反障礙歧視立法與就業服務法反歧視條款立法後的實踐情形，藉以比較立法前後的差異。雖然就業服務法在 1992 年才制定，在該法制訂前，經由 1980 年前後的報紙報導、障礙者就業統計資料，我們已經可以看到許多就業不平等問題。本文也主張有可能動員 1980 年代既有的平等條款主張就業歧視，可惜目前尚未發現當時已有障礙者利用平等條款主張就業歧視。就業服務法反歧視條款不等同無差別待遇的要求，也可用來主張「合理調適措施」，改善健全人為中心的職場環境。只可惜在實踐上，本文觀察到唯

一一件因未提供合理調適措施而遭就業歧視評議委員會認定構成歧視的案件，被行政法院撤銷，就業歧視評議委員會也常忽略未提供合理調適措施構成歧視的問題。其他實踐上的問題包括：很少障礙者利用就業歧視評議制度；法院仍採「等等者等之」平等觀而忽略其他認定不平等的可能；反歧視條款但書規定他法優先不合理；年資、獎懲、績效之類看似中性的雇主抗辯事由皆可能暗藏歧視等等。


第四章以身心障礙者權益保障法的差異取徑為主軸，探究視障者按摩保留制度、庇護工場、定額進用、產能核薪四種差異化就業規範的歷史變遷與是否不平等的問題。由於 1980 年、1990 年、1997 年、2007 年、2011 年 5 次大立法/修法對差異取徑有較重要的影響，時間軸上分別以這 5 次修法作為歷史分界點，分別探究立法動因、法律形構過程與法律的實踐情形。應留意的是，雖然本文為了使文章架構清晰而作出此歷史分期，但前期的實踐可能構成後期修法的原因，故實際上各種差異化就業規範的發展具有一定歷史連貫性，障礙者面臨的各種不平等問題往往也持續存在於歷史中。

第三章的標題是「反歧視等於無差別待遇？」，第四章的標題是「差別待遇是否不平等？」，是承襲第二章平等理論的討論對反差異論的質疑。兩章標題看似相近，但意義有些許不同。第三章是由就業服務法第 5 條反歧視條款出發，該法僅規定「不得歧視」，而非「不得為差別待遇」，因而可討論反歧視條款是否只有「消除差別待遇」的意義。第四章則是由身心障礙者權益保障法所訂四種差異化就業規範出發，討論看起來有差別待遇的規範，究竟是不平等？抑或有可能是促進平等？都是對反差異論的質疑，但討論角度有些不同<sup>98</sup>。

第五章總結本論文對障礙者就業制度、就業歧視經驗與平等權的思考，以及說明研究的侷限。在結論中，為了整合第三章、第四章的歷史經驗討論，本文挑

---

<sup>98</sup>或有疑問，第三章、第四章架構是否能用消除不利待遇、國家給予有利待遇作為區分方式？本文寫作初期，也有嘗試以有利、不利差別待遇作為章節架構區分方式。但在本文理解下，就業服務法反歧視條款也可能導出應提供障礙者合理調整措施，此是否能放在「消除不利待遇」框架下有疑義。另一方面，第四章的差異化就業規範，產能核薪常被理解為不利待遇，庇護工場狀況更為複雜，雖然提供障礙者工作機會、工作場所（有利），但可能有勞動條件較差的批評（不利）。故可能不適合用消除不利待遇、國家給予有利待遇作為第三章、第四章的區分方式。



選「解嚴與民主化」作為時代分期，此大致可以對應到本文第三章 1992 年就業服務法立法與第四章 1990 年殘障福利法全文修正的分期。解嚴（1987 年）、殘障福利法全文修正（1990 年）、就業服務法立法（1992 年）有比較明確的時點，民主化則是一段過程，時點較不明確。如 1990 年殘障福利法全文修正時已經解嚴，但「1948 年選出的第一屆資深立法委員」尚未全面退職（在 1991 年底全面退職），1992 年就業服務法制定時，資深立委已全面退職，但立委尚未全面改選，而是由「1989 年選出的第一屆增額立法委員」完成立法。不過，與其用 1990 年或 1992 年這樣具體的時點，「解嚴與民主化」比較富有政治機會結構改變的時代意義。



## 第二章 兩種平等觀

本章將先由平等理論著手探討障礙者就業不平等問題，由於本文不是從經驗事實中導出理論，而是希望藉由理論作為梳理歷史的探照燈，理論先行應可接受。不同平等觀下，在歷史中看到的障礙者平等問題即不同，所以不同平等觀的介紹成為先決問題<sup>1</sup>。在第一章第一節陳國詩的故事中，校長要求希望擔任教職的陳國詩自己寫板書，「自行寫板書」並非直接排除視障者的要求，但事實上可能使視障者難以完成要求、擔任教職。此具體案例可彰顯障礙者的不利就業處境。一般障礙者就業統計資料亦可見障礙者面臨低勞參率與高失業率的不利就業處境<sup>2</sup>。可見討論障礙者就業不平等問題實有必要。

平等權可以有諸種不同的概念分類或討論方式，本文無法一一細究各種平等觀的內涵與差異，本章主要僅就反差異論與反從屬論進行討論，釐清其基本概念內涵、貢獻與限制<sup>3</sup>。或許有人會問，為何是從反差異論與反從屬兩種平等觀進行討論，以下擬先說明實質概念內容可能有的疑問，再說明用語採擇的形式問題。

反差異論是我國法學常見的平等觀，若由我國障礙者就業歧視與就業保障的經驗事實出發，明顯可見此平等觀的限制。如陳國詩的故事中，校長若對每位教師甄試者均要求「自行寫板書」，反差異論下可能無法辨識差別待遇與歧視存在。在第一章第二節討論強制定額進用與視障按摩保留制度時，則可見反差異論下對保障障礙者就業規範不太友善，因為明顯可見差別待遇存在。因此，需要找尋不

<sup>1</sup>本論文較重歷史事實，在章節架構上為何是「理論先於歷史事實」？而非「先從歷史事實出發，再講理論」。

此涉及論文寫作上「理論」與「經驗」何者先行之問題。基本上，寫作過程中，筆者是在理論與經驗間來回思考，除了用理論解釋歷史事實，也從歷史出發思考那些理論在歷史解釋上、思考障礙者平等問題上有幫助。只是，章節安排還是會有孰先孰後的問題。

<sup>2</sup>可參附表一到附表四的統計資料。

<sup>3</sup>反差異論與反從屬論的區分，大致上可以對應到美國反差異/反分類

(anti-differentiation/anti-classification) 與反從屬/反階級 (anti-subordination/anticaste) 的討論。

See Jack M. Balkin & Reva B. Siegel, *American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination*, 58 U. MIAMI L. REV. 9, 10 (2003).



同的平等觀，以更恰當的處理相關問題，這就是須討論反從屬論的原因。

其次，關於本文用反從屬論平等觀進行障礙者工作平權思考，主要是援引美國學者的理論，或許有論者不認同此理論思考方式。此可分兩部分談，第一，障礙者議題可能較容易被連結到福利、社會權的架構下處理。由我國法學界常參考的德國法來看，應該也是會將障礙者與平等權進行連結，Heyer 對德國障礙者權利運動的研究中有提到，德國 1994 年增修的基本法第 3 條第 3 項增加了障礙者的反歧視條款，可見在美國之外，德國的障礙者議題亦與平等權有所連結<sup>4</sup>。第二，反從屬論也談論「事實上平等」、國家積極促進平等的義務，有些論者可能會用社會權、社會國原則來處理，而非平等權。由李建良、林明昕、孫迺翊三位留德背景法學者參考德國法後的見解來看，大致上是認為：我國憲法第 7 條平等條款僅處理「法律上平等」問題，用來排除「不合理的法律上差別待遇」；憲法（含本文與增修條文）基本國策規定，才是用來處理「事實上平等」、「實質平等」、「社會正義」或國家積極促進平等義務的問題，基本國策規定屬社會國原則範疇<sup>5</sup>。對於將我國憲法平等條款理解為消除不合理法律上差別待遇，以下討論反差異論限制時會有所批評。對於用社會國原則處理「事實上平等」，本文不反對由平等權、社會權兩方面同時談如何促進障礙者平等，但若有論者認為只能放在社會權框架下來談，的確與本文立場相左<sup>6</sup>。

關於「反差異論」與「反從屬論」的用語採擇，是基於此兩種平等觀的理論內涵而來，反差異論注重避免差別待遇，反從屬論則注重處理群體間宰制與從屬

<sup>4</sup> Katharina C. Heyer, *The ADA on the Road: Disability Rights in Germany*, in LAW AND SOCIAL MOVEMENTS 199, 214 (Michael W. McCann ed., 2006). 該文也有提到，基本法增加障礙者反歧視條款後，也有其他障礙者平等權的修法。

<sup>5</sup> 李建良，「形式平等」與「實質平等」語辨的反思——比較憲法學方法論的初步探討，第九屆憲法解釋之理論與實務學術研討會，中央研究院法律學研究所主辦，（2013 年 6 月）。林明昕，憲法規範下的社會正義——以基本國策之規範效力為中心，社會正義之理論與制度實踐，科技部委託整合型研究計畫期末成果發表，（2015 年 12 月）。孫迺翊，不歧視、合理調整措施與平等原則——以身心障礙者權益保障法第 16 條為中心，社會正義之理論與制度實踐，科技部委託整合型研究計畫期末成果發表，（2015 年 12 月）。

<sup>6</sup> 由於相關論者對「社會國原則如何處理事實上平等」問題，未充分說明，筆者亦不諳德文，本文難以比較社會國原則與反從屬論之優劣。只能說，本文認為反從屬論對促進障礙者就業平等有助益，那社會國原則可以有哪些幫助呢？

的不對等權力關係。由於目前臺灣法學界在爭論平等權的意涵時，常常會使用「形式平等」與「實質平等」作為對照<sup>7</sup>，而此二概念有與本文所稱「反差異論」與「反從屬論」重疊的可能，有必要進一步說明為何採取反差異論與反從屬論的說法，而不採取形式平等與實質平等的說法。首先，本文認為實質平等是一個容易混淆的用語，當一個人跟筆者說他採取的是實質平等觀時，筆者通常不清楚是「如何的實質」。司法院大法官歷來的解釋理由書所稱的實質平等與林子儀大法官所稱的實質平等不同<sup>8</sup>。被認為原則上採取實質平等觀的加拿大法院，有時仍會迷失方向，顯示並非冠上「實質平等」的名稱就是採取實質平等觀<sup>9</sup>。李建良則為文指出，林子儀大法官是將英文的 *formal equality* 與 *substantive equality* 對應到形式平等與實質平等，但為何要對應到英文名詞，而非其他語文？且英文憲法文獻中，*formal equality* 與 *substantive equality* 也有不同的意涵，未必有統一的意義<sup>10</sup>。概念可爭辯性或易混淆不代表無法使用此概念，只是需要澄清概念內涵。因此，下一個理由更為重要。

其次，我們可以說我們在爭辯的不只是翻譯、用語、名稱的問題，更重要的是理論內容與理論名稱是否名實相符。那我們就來看一下本文引用的幾個主要論者如何為他們的理論命名。Colker 的用語是反差異（*anti-differentiation*）與反從屬（*anti-subordination*）。MacKinnon 曾經使用差異取徑（*difference approach*）與宰制取徑（*dominance approach*）的區分，後來也使用形式平等（*formal equality*）

<sup>7</sup>讓這個爭議在臺灣法學界變得白熱化，至少可溯至林子儀大法官撰寫的司法院釋字第 571 號解釋協同意見書。林子儀大法官指出司法院所稱的「形式平等」是指不容許任何差別待遇，而「實質平等」是指容許差別待遇，這樣的「實質平等」與「等者等之，不等者不等之」公式內涵相同，但該公式不包含實質價值判斷，與「實質平等」的名稱並不相符。王韻茹在討論身心障礙者定額進用條款之合憲性時，也引用林子儀大法官的協同意見書，討論「具價值內涵的實質平等」及其實證法上依據。參王韻茹，身心障礙者定額進用條款之合憲性探討——以身心障礙者權益保障法為中心，國立中正大學法學集刊，33 期，頁 160-163（2011 年）。

<sup>8</sup>參林子儀大法官撰寫的司法院釋字第 571 號解釋協同意見書。可惜林子儀大法官也無法更明確化實質平等的概念。

<sup>9</sup> See Catharine A. MacKinnon, *Substantive Equality: A Perspective*, 96 MINN. L. REV. 1, 10 (2011). MacKinnon 的說法是：“A substantive approach, no silver bullet just because it is called that, can also fail to hit the target.”

<sup>10</sup>李建良（註 5），頁 9-11。

與實質平等(substantive equality)的區分。Sunstein 希望提出反階級原則(anticaste principle)作為平等的一種理解方式，但他也強調這不是唯一一種理解方式。Fiss 的用語是反歧視原則(antidiscrimination principle)與群體不利益原則(group-disadvantaging principle)，希望可以從對分類(classification)的關注轉向對於受有不利處境的社會群體的關注<sup>11</sup>。其中，Fiss 使用反歧視(antidiscrimination)指稱反差異原則，最易引起誤解，因為反歧視的內涵究竟只有反差異或也可以包含反從屬，本身就是個可爭議的問題，因此避免使用此用語較好<sup>12</sup>。此外，縱使我們可以釐清形式平等與實質平等用語混淆的問題，本文不認為這組區分會比反差異與反從屬更貼近名實相符的要求，差異/分類或宰制/從屬可能比較能表彰理論內涵。

第三，那為什麼非爭執實質平等的意義不可呢？本文認為或許與實證法的解釋有關。在中華民國憲法增修條文第 10 條第 6 項有「促進兩性地位之實質平等」的用語，該用語也被援用作為性別工作平等法、性別平等教育法的立法目的，而且兩法所稱的「實質平等」，意義也不盡相同<sup>13</sup>。就此部分，本文承認爭執實質平等有很大的意義，即使用語會混淆，還是要盡力釐清。不過，就學術討論上，本文還是認為實質平等與本文稱的「反從屬論」可以稍微區分，或者說可以對實

---

<sup>11</sup> See Ruth Colker, *Anti-Subordination above All: Sex, Race, and Equal Protection*, 61 N.Y.U. L. REV. 1003, (1986). Ruth Colker, *Anti-Subordination Principle: Applications*, 3 WIS. WOMEN'S L.J. 59, (1987). CATHARINE A. MACKINNON, FEMINISM UNMODIFIED: DISCOURSES ON LIFE AND LAW 32-45 (1987). MacKinnon, *supra* note 9. Cass R. Sunstein, *Anticaste Principle*, 92 MICH. L. REV. 2410, 2411-2412, 2429(1993). Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, in EQUALITY AND PREFERENTIAL TREATMENT 84, 84-154(Marshall Cohen, Thomas Nagel, and Thomas Scanlon eds., 1977).

<sup>12</sup> Balkin 與 Siegel 指出此問題。See Balkin & Siegel, *supra* note 3, at 10.

<sup>13</sup>若分別就性別工作平等法與性別平等教育法及其施行細則來看，兩法所稱的「實質平等」，意義不盡相同。性別平等教育法施行細則第 2 條第 1 項規定：「本法第一條第一項及第二條第一款所稱性別地位之實質平等，指任何人不因其生理性別、性傾向、性別特質或性別認同等不同，而受到差別之待遇。」將實質平等的意義導向反差異論。

另一方面，性別工作平等法施行細則對於母法的「實質平等」未作進一步解釋，只有在性別工作平等法施行細則第 2 條規定：「本法第七條至第十一條、第三十一條及第三十五條所稱差別待遇，指雇主因性別或性傾向因素而對受僱者或求職者為直接或間接不利之對待。」將母法中的諸項禁止差別待遇規定限定在不利之對待。陳昭如與張晉芬曾指出這樣的規定在解釋上較可能容許為了消除歧視而實施的「有利差別待遇」，讓該法帶有實質平等色彩。陳昭如、張晉芬，性別差異與不公平的法意識——以勞動待遇為例，政大法學評論，108 期，頁 80-81（2009 年）。

質平等懷抱更開放性的想像，反從屬論會比反差異論更貼近實質平等，但實質平等也未必只有一種內涵，端看我們如何抓住不平等的本質。

本文認為反差異論與反從屬論可以作為後續法律史爬梳時的理解與參照框架。需要說明的是，這兩種平等觀只是一種概念上理念型的分類，以便於說明、分析與思考，未必完全對應到個別學者的見解，即使可區分某些學者的論述偏向這一方，某些學者偏向另一方，個別學者間的細部論述往往還是存有分歧。另外，也不能否定反差異論與反從屬論間有時有共存的可能。

## 第一節 反差異論

### 第一項 反差異論對平等的基本想法

反差異論的原型是將「平等=反差異」、將「差異=不平等」。在反差異論的預設中，差異存在本身便是有害的，有時候較忽略從經驗的面向上來認識不平等<sup>14</sup>。也鮮少探究諸如同化主義下的相同對待，是否也可能構成不平等？反差異論認為基於某些分類標準（如：障礙身分、種族、性別）而對於個人採取差別待遇，便是一種歧視。

問題是，世界上就是存在各種差異。即使反差異論將平等權的討論範圍限縮在禁止法條文字上的差別待遇，往往還是會覺得將「差異=不平等」的打擊範圍過廣，法律為了特定適用範圍與對象，還是需要將人群分類，而無法將某些規範適用於所有人<sup>15</sup>。為了限縮打擊範圍到合理的程度，反差異論需要發展「容許差別待遇」的例外情形或例外理論。這樣的二階思維步驟，可見於李建良提出的憲

---

<sup>14</sup>反差異論未必不使用經驗資料，但反從屬論通常更強調從歷史、社會面相或其他經驗資料了解弱勢群體的社會處境與思考改變的可能方式。例如，採取反從屬論的 Colker 就相當強調經驗資料。在美國障礙兒童教育的議題上，她所批評的融合主義觀點 (integrationist) 也有引用 Lloyd Dunn 的研究成果來支持融合教育，但 Colker 表示 Dunn 的研究結論並非完全支持融合教育，而是認為某些較嚴重的障礙學童仍需要特殊教育。且該研究結果只適用在學童 (children)，而無法推至中學的青少年 (adolescents) 障礙者。Colker 基本上認為應看教育需求、教育成果而定，這需要經驗資料的評估，不是一概採取融合教育或隔離教育。RUTH COLKER, WHEN IS SEPARATE UNEQUAL?: A DISABILITY PERSPECTIVE 23-33 (2009).

<sup>15</sup>李建良，經濟管制的平等思維——兼評大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋，政大法學評論，102 期，頁 88 (2008 年)。

法平等權思維方法：

- 一、確認是否有區別對待（差別待遇）的存在？
- 二、檢證此等差別待遇是否具備憲法上之正當事由（有無阻卻違憲事由）<sup>16</sup>？



在反差異論第二階段思維中，容許差別待遇的例外處理方式包括有：「等者等之，不等者不等之」、合理差別待遇、合乎事物本質的差別待遇、只禁止恣意的差別對待（arbitrary discrimination）、合乎比例原則的差別待遇……等等。

「等者等之，不等者不等之」的操作，容許對於處境不同者給予不同對待。只有在對於處境相同的人給予不同待遇時，才構成歧視。問題是，我們仍然需要有個理論決定：究竟哪些人是相同處境、哪些人是不同處境？比較的基準在哪裡？哪些差異是重要的、無法被允許的？但「等者等之，不等者不等之」無法給予說明，所以該標準本身是空洞的標準<sup>17</sup>。可以進一步說明的是，如果將「等者等之，不等者不等之」作為平等的理念，對處境不同者為相同待遇也可能是一種不平等的型態，可以要求不同待遇。然而，形諸實際操作標準時，會發現理論與標準並不一致。反差異論者往往比較忽略這部分的討論，導致不具「可相提並論性」的人一開始便無法主張平等權<sup>18</sup>，更遑論討論處境不同者究竟可以主張什麼樣的差

<sup>16</sup>李建良（註 15），頁 87。

<sup>17</sup> 可參司法院釋字第 571 號解釋林子儀大法官協同意見書的批評。

<sup>18</sup> 在一般反差異論的操作標準下，「不等者」似乎只有兩個角色，一個是因為無從比較而無法主張平等權，另一個是在別人主張有差別待遇時，主張因為是不等者，所以可以容許差別待遇。另外，「可相提並論性」的說法，參許宗力，從大法官解釋看平等原則與違憲審查，收於：李建良、簡資修主編，憲法解釋之理論與實務第二輯，頁 85-122（2000 年）。類似概念，李建良主張位於同一規範系統者才可相互比較，李建良（註 15），頁 88-89。此外，Sunstein 對美國憲法平等權的觀察也是如此。雖然有「不等者不等之」的說法，但平等權的操作很少肯認「不同對待」的需求。See Sunstein, *supra* note 11, at 2426.

從我國釋憲實務來看，可以看到多數平等權審查的確是審查「差別待遇」是否有問題，而較少看到相同待遇是否不平等。如司法院釋字第 727 號解釋提到：「法規範是否符合平等原則之要求，應視該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，及其所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度之關聯性而定（本院釋字第六八二號、第六九四號、第七〇一號、第七一九號、第七二二號解釋參照）」。然而，本文也發現，「未給予合理的差別待遇」（不等者等之）的情形，也曾被大法官宣告違反平等權。司法院釋字第 610 號解釋有謂：「未區分受懲戒處分人於相關刑事裁判之不同訴訟地位，及其於該裁判確定時是否知悉此事實，一律以該裁判確定之日作為再審議聲請期間之起算日，因欠缺合理正當之理由足資證明採取此種相同規範之必要性，顯係對於不同事物未予合理之差別待遇，是系爭規定違反平等原則。」對此，共同提出不同意見書的彭鳳至、

別待遇，這也是該標準未能說明的部分<sup>19</sup>。

再者，關於合理差別待遇、合乎事物本質的差別待遇、只禁止恣意的差別對待，也都沒有說清楚什麼情形才是「合理的」或「合乎事物本質」，無法提供實質的判斷標準，且可能變成只要規範制定者或行為者提出一套說法來便被接受，是否符合平等容易流於有權者的恣意判斷<sup>20</sup>。

在各種平等判準不夠具體的狀況下，法學者李建良認為可以借用比例原則進行較細緻化的思考，具體的思考步驟如下：

- 一、差別對待所追求的目的是否具有正當性？系爭分類是否合理？
- 二、差別對待是否足以（有助於）達成其所欲追求的目的？
- 三、差別對待是否為達成該目的所必要？亦即，採取該差別對待手段外，是否別無其他方式（或他種差別待遇）同樣有效達成目的，而對當事人權益損害較小？
- 四、差別對待與所欲追求目的之間是否處於合理的關係？亦即，差別對待所造成的損害是否與欲達成目的之利益顯失均衡<sup>21</sup>？

藉由此思考步驟，我們的確可以得到比較細膩、易於討論與操作的標準。然而，究竟為什麼要用比例原則進行平等權的思考呢？似乎只是因為反差異論者認為此操作標準比前述合理的、合乎事物本質的差別待遇更具體明確<sup>22</sup>。如果要比較

---

徐璧湖大法官提出抨擊，多數意見並未能說明何謂「合理的差別待遇」，且認為本案非「規範上出現差別待遇」，根本不應用平等權審查。顯然堅持平等權只能由差別待遇入手進行審查。

<sup>19</sup> 如果單純從「不等者不等之」的字面意義出發，對於處境不利者反而給予較差的待遇，似乎也符合「不等者不等之」的意思，但有悖於一般對平等的理解，可見該理論主張不只空洞，有時也是錯誤的。MacKinnon 對此也有類似的批評，當一個社會越不平等的時候，弱勢群體越可能跟優勢群體存在差異的社會狀況，也越難主張平等。See MacKinnon, *supra* note 9, at 5-6.

<sup>20</sup> 李建良（註 15），頁 94-98。許宗力（註 18），頁 101-102。

<sup>21</sup> 李建良（註 15），頁 99。許宗力則區分兩種情形，追求實質平等的差別待遇時以「手段-目的合理關聯性」審查，追求無關實質平等的政策目的時以比例原則審查。許宗力（註 18），頁 101-102。黃昭元調和反差異論與反從屬論的方式，則是區別「分類效果」，對弱勢者有利時可放寬審查。黃昭元，從釋字第 649 號解釋看優惠性差別待遇的合憲性審查，收於：許志雄教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，立憲國家之課題與挑戰：許志雄教授六秩華誕祝壽論文集，頁 173（2014 年）。

<sup>22</sup> 李建良（註 15），頁 98-99。許宗力（註 18），頁 104-109。

實質地從概念上思考比例原則與平等權究竟有什麼關聯，反而會讓人有些困惑。本文目前認為納入比例原則的一個優點，是可以回應美國法學者 Fiss 早年對於反差異論的批判。Fiss 認為反差異論只看手段(分類標準)與目的的合理關聯性，不看系爭規範或行為造成損害與獲益間的利益衡量，缺乏實質價值判斷<sup>23</sup>。由於合乎比例原則的差別待遇在第四階層判斷納入了狹義比例性的損益衡量，可以避免掉 Fiss 提出的質疑。

除了徘徊於反差異及容許差別待遇間，反差異論還有其他理論特質，包括：

1. 個別性：個別性有兩個面向，其一是，只專注於被主張有歧視的個別制度，沒有同時注意該制度所存立的更大的社會脈絡，也比較不用探詢制度實際對社會造成的影響。其二是，只專注於該制度是否及如何影響具體的個人，而未注意群體成員身分與歧視間的關係<sup>24</sup>。
2. 由法規範或歧視者行為出發：只考慮歧視者的(有權力者的)觀點，法律或歧視者是否給出差別待遇，或是給出中性的待遇但有歧視的意圖<sup>25</sup>。換言之，差別待遇的判斷主要是從規範上與歧視者來看，而不是從被影響的社會群體來看，因此也較未考慮這些法律制度或行為對於受制度或行為影響群體的意義。
3. 對稱性<sup>26</sup>：如果黑人與白人是處境相同者，則不能給予他們差別待遇；如果他們是處境不同者，則可以給予他們差別待遇。不管是相同者或不同者，總而言之，標準應該一致。在此情況下，若認為黑人與白人是處境相同者，便會認為排除白人的規範與排除黑人的規範一樣糟糕。

這幾個特質彼此糾結，導致反差異論對於積極矯正歧視措施(Affirmative Action)<sup>27</sup>的容忍度較低。申言之，如果不看社會脈絡、不辨識社會群體，只看

<sup>23</sup> Fiss, *supra* note 11, at 94.

<sup>24</sup> Colker, *supra* note 11, at 1005-1006 (1986).

<sup>25</sup> Colker, *supra* note 11, at 62-67(1987).

<sup>26</sup> Fiss 提到反差異論有對稱性的兩難(dilemma of symmetry)。Fiss, *supra* note 11, at 111-112.

<sup>27</sup>關於 Affirmative Action 的翻譯，法學界有不同的中譯版本與爭議。如：湯德宗曾使用「矯正措施」，並提到該制度是要「匡正長久以來的歧視所造成的不平衡」。湯德宗，美國聯邦最高法院一九八八-八九會期重要判決評述，美國月刊，4卷5期，頁21-31(1989年)。焦興鎧曾使用「積極糾正歧視待遇方案(Affirmative Action programs)」，並將相關的 preferential treatment 翻譯成「優惠待遇」。焦興鎧，美國勞工法上就業歧視問題之最新發展，美國研究，20卷2期，頁51-116(1990年)。晚近焦興鎧則翻譯成「積極行動措施」、「積極行動方案」。焦興鎧，論美國推動積

個別制度與個人，我們怎麼知道要對誰採取積極矯正歧視措施？而且，一旦觀察的焦點不是群體而是個人，包含過廣(overinclusive)與包含過窄(underinclusive)的問題便容易顯現，變成分類不精確，手段(分類標準)與目的不夠相符<sup>28</sup>。例如，司法院釋字第 719 號解釋「政府採購得標廠商應進用一定比例原住民案」，依照政府採購法第 98 條<sup>29</sup>及原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項<sup>30</sup>，國家會要

極行動方案以消弭就業歧視問題之努力，長庚人文社會學報，2 卷 1 期，頁 53-99 (2009 年)。關於翻譯用語的選用，焦興鎧曾提到 Affirmative Action 的翻譯用語是其與林子儀老師長久以來的爭論，焦興鎧認為：「我是站在就業歧視的立場，就業歧視裡頭規定得非常清楚，不但不能歧視以外，也不能給予優惠性的差別待遇，我個人覺得如果用這樣的用語的話，反而沒有更進一步表達涵義。」參考焦興鎧在研討會上的發言紀錄。黃昭元等，「身心障礙者與優惠性差別待遇：談強制進用比例之手段」研討會，台灣法學雜誌，159 期，頁 59 (2010 年)。林子儀的文章的確是翻譯成「優惠性(的)差別待遇」(可惜未說明用語採擇理由)。林子儀，言論自由與優惠性的差別待遇——Metro Broadcasting, Inc. v. F.C.C.，收於：焦興鎧編，美國聯邦最高法院論文集，頁 75-109 (1993 年)。王玉葉使用「優惠待遇」，但其也提到 Affirmative Action 直譯為中文是「積極的行為」，翻譯成優惠待遇是借用 Affirmative Action 的同義字 preferential treatment，因其認為「積極的行為」涵義不夠清楚。王玉葉，美國最高法院處理優惠待遇(Affirmative Action)案件之新趨勢：Adarand Constructors, Inc. v. Peña 案之評析，收於：焦興鎧主編，美國最高法院重要判決之研究：一九九三~一九九五，頁 171-210 (1998 年)。陳昭如採用「積極矯正歧視措施」，理由是：1. Affirmative Action 原本是美國 1970 年代民權運動發展下的反種族歧視方案；2. 希望強調實質平等中「國家負有矯正歧視之積極義務」；3. 不採「優惠性差別待遇」的說法，因為「優惠性」可能強化汙名，「差別待遇」難脫形式平等差異/相同之思考。陳昭如，發現受害者或是製造受害者？初探女性主義法學中的受害者政治，收於：殷海光基金會主編，自由主義與新世紀台灣，頁 375-376 (2007 年)。陳昭如，還是不平等——婦運修法改造父權家庭的困境與未竟之業，女學學誌，33 期，頁 144-145 (2013 年)。

再者，本文目前所見資料中，以黃昭元對 Affirmative Action 的翻譯用語檢討最為詳盡。黃昭元(註 21)，頁 162-171。但黃昭元採用「優惠性差別待遇」，與本文「積極矯正歧視措施」的用語不同，有必要說明本文的看法。基本上，黃昭元是希望找出一個比較精確的用語，可以反映 Affirmative Action 指涉的制度內涵，而其認為「優惠性差別待遇」比較精確。因為如果譯成「積極糾正歧視待遇」、「積極平權措施」，無法與不屬於 Affirmative Action 的禁止差別待遇措施、障礙者平權常用的 reasonable accommodation 等概念進行區別，其他與平等相關的措施是否就不「積極」矯正歧視/積極平權呢？本文無法解答此問題，只希望指出「優惠性差別待遇」在用語上並非比較精確。因為在中文的語意上，我們也可能給予非弱勢群體「優惠性差別待遇」(如：司法院釋字第 485 號解釋，眷村改建條例等法規就原眷戶之優惠規定是否違憲案；又如：臺北市公車長年來的軍警票優惠)。然而，Affirmative Action 欲支持的對象應該是結構性弱勢群體，積極矯正歧視措施較能反映出此層面的意義。另外，從上述文獻來看，所謂「優惠(性)」其實是參考自 preferential treatment，縱使 preferential treatment 與 Affirmative Action 指涉的制度相同或類似，畢竟是兩組不同的詞，傳達的意義也不同，或許應多思考 Affirmative Action 本身的意義、為何美國官方主要採用該用語。綜上，基於與本文立場相近的湯德宗、焦興鎧、陳昭如的用語說明，加上本文自己的思考，仍選擇採用「積極矯正歧視措施」。(黃昭元對該用語的質疑不無道理，但「優惠性差別待遇」並非較佳的翻譯，或許可以再思考是否有更精確的用語)

<sup>28</sup> Fiss, *supra* note 11, at 107-108.

<sup>29</sup> 政府採購法第 98 條：「得標廠商其於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用身心障礙者及原住民，人數不得低於總人數百分之二，僱用不足者，除應繳納代金，並不得僱用外籍勞工取代僱用不足額部分。」政府採購法第 98 條也涉及身心障礙者的雇用，但由於本案釋憲申請人僅因雇用原住民不足員工總數 1% 而須繳交代金，僅就需雇用原住民部分主張違憲，本案基本上未直接處理障礙者定額進用問題。



求與政府締約者雇用一定比例的原住民，此時原住民是一個受到社會系統性不利益的群體，因而應該受到國家支持。但如果由個人的角度<sup>31</sup>出發，便會覺得原住民也有上層階級的原住民，看起來似乎並不弱勢（包含過廣）。同時，除了原住民之外，個別的新住民或窮人也都可能需要幫助（包含過窄）。第二，若未能從受制度或行為支持者的角度出發，會比較難看出積極矯正歧視措施存在的意義。因為「積極矯正歧視」的意義是建立在看到某些群體受到社會系統性不利益，而希望可改善其不利地位。而若單從規範上是否有差別待遇來判斷，很容易讓人認為相關規範是偏惠待遇（preferential treatment）或特殊待遇，而偏惠或特殊在一般人的理解下，較不像平等的訴求，毋寧是平等的例外<sup>32</sup>。第三，對稱性的要求，讓弱勢群體與優勢群體被等同視之，難以直接針對弱勢群體給予支持。如司法院釋字第 719 號解釋陳新民大法官的部分協同部分不同意見書，認為本案「既然涉及對特定族群之差別待遇，理應採行嚴格審查標準」，不認同多數意見採寬鬆審查<sup>33</sup>。此見解即是認為無區分弱勢群體與優勢群體的必要，只要涉及種族差別待遇，即採用較可能得出違反平等權結論的嚴格審查。

總體而言，反差異論看待不平等的視角都是從「差異/差別待遇」出發，然後再尋找是否有容許差別待遇的事由。如果對於差別待遇的容許度高，便可以容許各種對人群的「分類」存在，平等權發揮作用的時間便不多。如果對於差別待遇的容許度低（特別是在嫌疑分類的情況），各種規範或行為所為的差別待遇/

---

<sup>30</sup>原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項：「依政府採購法得標之廠商，於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用原住民，其人數不得低於總人數百分之一。」

<sup>31</sup> 此處或有不同理解。究竟是由「個人取代群體」或「階級群體取代原住民群體」？本文認為不同群體壓迫態樣並不相同，無法用「階級群體取代原住民群體」。

<sup>32</sup>司法院釋字第 719 號解釋的解釋理由書是採用「積極優惠措施」稱呼此類制度，一方面承認憲法賦予國家的積極作為義務，另一方面也認為是種「優惠」，應隨時空變化定期檢討修正。大法官雖未在本案宣告違憲，但「應定期檢討修正」的說法已暗示「優惠」不應該久存，這是種例外，而非原則。

<sup>33</sup>另外，許多大法官的意見書比較糾結在大廠商/小廠商的差別待遇問題（僅超過百人的得標廠商有雇用義務，是否在投標廠商間造成不公競爭問題），反而較少注意原住民歧視問題與消除歧視的可能。

人群分類，都容易被認為違反平等權，同時也難以容忍積極矯正歧視措施的存在。



## 第二項 反差異論可能的貢獻

基於前項對反差異論的基本理解，我們可以進一步思考反差異論可能的貢獻。首先，有時差別待遇的確是歧視的一種方式，在此種狀況下，禁止差別待遇有反歧視的作用。比如說，司法院釋字第 365、452、457 號解釋，分別就修正前民法第 1089 條親權行使由父權優先之規定、修正前民法第 1002 條妻從夫居之規定、退輔會之房舍土地處理要點禁出嫁女繼承之規定宣告違憲，主要都是從禁止性別的差別待遇立論。

為何這幾號性別不平等的違憲審查皆著重在差別待遇呢？我們可由釋憲聲請人與大法官兩方面的行動者來思考。關於釋憲聲請人部分，陳昭如曾指出這幾號解釋的聲請皆與婦運行動者的協助有關，而臺灣的婦運改革比較強調「中性化」、消除差別待遇<sup>34</sup>。本文則希望補充說明，性別不平等的違憲審查無法自外於大法官的其他平等權案件來看待，平等權審查對於相同/不同對待的著重，在大法官首次宣告法規違反性別平等權（司法院釋字第 365 號解釋）之前已經存在。比如，司法院釋字第 179 號解釋認為憲法平等權「並非不許法律基於人民之年齡、職業、經濟狀況及彼此間之特別關係等情事，而為合理之不同規定」，已經有反差異論使用合理/不合理差別待遇判斷平等/不平等的雛形。司法院釋字第 340 號解釋「公職選罷法對政黨推薦候選人之保證金減半之規定違憲案」認定公職選罷法「使無政黨推薦之候選人，須繳納較高額之保證金，形成不合理之差別待遇」，更明確地採用合理差別待遇的判準。大法官撰寫的司法院釋字第 365 號<sup>35</sup>解釋，

<sup>34</sup>陳昭如，改寫男人的憲法：從平等條款、婦女憲章到釋憲運動的婦運憲法動員，政治科學論叢，52 期，頁 72-76（2012 年）。陳昭如（註 27），頁 119-169（2013 年）。另外，婦運行動者協助提出的釋憲聲請尚包括：司法院釋字第 410、413、552、617 等幾號解釋。

<sup>35</sup> 司法院釋字第 365 號解釋理由書節錄：「因性別而為之差別規定僅於特殊例外之情形，方為憲法之所許，而此種特殊例外之情形，必須基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同，始足相當。」

比起羅瑩雪律師代理提出的司法院釋字第 365 號解釋釋憲聲請書，更清楚地採用原則禁止基於性別所為差別待遇的判準。且該號解釋作成後，影響了後續釋憲聲請書的撰寫<sup>36</sup>，不論王如玄律師代理提出的司法院釋字第 452 號解釋釋憲聲請書，或者尤美女、郭慧雯律師代理提出的司法院釋字第 457 號解釋釋憲聲請書，均有直接或間接引用司法院釋字第 365 號解釋而較為強調差別待遇問題。因此，可以說我國性別不平等的違憲審查著重在差別待遇是在釋憲聲請人、婦運行動者、大法官的互動中發生，除了婦運的中性化改革，大法官歷來的平等權審查方式也強化了反差異論的走向。

另外，反差異論也會反對統計歧視（statistical discriminaiton）。統計歧視的例子如：雇主招募員工時，以種族作為區分標準，雖然種族標準不夠精確，不足以判斷個別應徵者是否適合該工作，但由於使用更精確的分類方式會大幅提高成本，雇主經過經濟上合理的、有效率的考量，還是採用一般化的種族刻板印象作為選人標準<sup>37</sup>。由於反差異論要求對個人的精確分類，不會接受雇主以效率為由而採用較不精確的群體為選人標準。

第二，不使用既有的群體分類方式，而將每個人作為個體看待，可以避免掉維持特定群體的刻板印象與偏見。刻板印象是指對於某群人的一組信念<sup>38</sup>。這組信念未必是不好的，也有可能是比較中性（如：印度人比較喜歡吃辣）或正面的（如：日本人比較有禮貌）。如果提到偏見，則是指對於某群人的負面態度。無論如何，刻板印象會讓我們對某個群體有同質化假設，認為該群體成員都具有某些特徵<sup>39</sup>。這種同質化假設常常是錯誤、不精確或比較誇張的。更有甚者，據心

<sup>36</sup>如果要強調婦運的能動性，或可說婦運行動者是積極地利用司法院釋字第 365 號解釋的判準，希望用大法官的話來說服大法官。只是希望利用反差異論判準的同時，必然也會受到該判準帶來的限制。

<sup>37</sup> Sunstein, *supra* note 11, at 2416-2417.

<sup>38</sup> STEPHEN M. KOSSLYN & ROBIN ROSENBERG, *PSYCHOLOGY IN CONTEXT* 747 (3rd ed. 2006).

<sup>39</sup> 「同質」英文是對應到 *homogeneous*，此概念與本質主義（*essentialism*）有關，所以一併補充本質主義的爭論（主要是借用西方女性主義對本質主義的爭論）。有一種被批評的本質主義是生物決定論（*biological determinism*），此種論點認為女人的生物特性造成/說明其從屬的社會位置。由於認為生物特性是女人的本質、生物特性決定社會位置，此論點也暗示著改變女人社會處境的不可可能。另一種被批評的本質主義是過度概化（*over-generalized*）群體經驗，將部分成員的經驗

理學研究，刻板印象不只影響認知，也影響人們對某些群體的行為、角色期待，這些行為期待也能影響人們的行為<sup>40</sup>。比方說，某個心理實驗規定參與者只能射擊電腦遊戲中「有武裝的人」，有武裝的人可能是白人或黑人。實驗結果顯示參與者能比較快速地決定射擊武裝黑人與不射擊非武裝白人。據此可推論文化的刻板印象容易讓人覺得黑人比較危險與暴力。並可以解釋在實際案例中，為何警察會將黑人拿皮包的動作誤認為是在掏槍，將之誤擊。心理學研究同時也說明，如果人們被鼓勵用精確的方式思考，不要適用刻板印象到個人，可以減緩刻板印象的影響<sup>41</sup>。

在我國釋憲實務上，亦可觀察到刻板印象（stereotype）的概念運用。相關概念運用多見於大法官意見書中。如司法院釋字第 617 號解釋「刑法第 235 條散布猥褻物品罪是否違憲案」，林子儀大法官的部分不同意見書曾表示，在性言論管制上，「保護女性免於淪為性言論之客體，以維護女性之性自主與平等」具合憲目的，因為某些性言論若將女性描繪為性客體、性玩物，甚至享受被侵害征服的快感，會強化性別刻板印象，而傷害女性自主與平等。又如：司法院釋字第 666 號解釋「社會秩序維護法第八十條第一項第一款罰娼不罰嫖規定是否違憲案」許宗力大法官協同意見書、葉百修大法官協同意見書皆表示，「娼」與「嫖」未必完全對應到女性與男性，但在「娼」絕大多數是女性的狀況下仍有間接歧視問題。而罰娼不罰嫖規定會強化對受罰的「娼」的污名與刻板印象，可構成性別歧視。可惜我國釋憲實務較少論及障礙者的刻板印象與歧視問題<sup>42</sup>。

---

當成是群體中所有成員的經驗。比方說，如果認為女人作為女人的共通處境就是被留在家裡從事無酬家務勞動與照顧工作，黑女人可能會抗議這是白女人的經驗，而非「女人的共通處境」。黑女人的經驗更複雜，她們受到的壓迫也來自須要到白人家中幫佣、照顧白人的小孩，這裡同時有性別、種族交織的壓迫，而家裡有時候反而是可以暫時免於種族歧視的庇護所。See ALISON STONE, AN INTRODUCTION TO FEMINIST PHILOSOPHY, 140-166 (2007). 這兩種本質主義的批評，都是處理臺灣障礙者不平等問題時可加以留意的問題點。

<sup>40</sup> KOSSLYN & ROSENBERG, *supra* note 38, at 746-751.

<sup>41</sup> KOSSLYN & ROSENBERG, *supra* note 38, at 747.

<sup>42</sup>目前我國釋憲實務刻板印象的概念運用，討論性別平等較多。司法院釋字第 694 號解釋葉百修大法官協同意見書用刻板印象概念討論「年齡歧視」問題，司法院釋字第 719 號解釋葉百修大法官協同意見書則略為提及採取對原住民的「積極優惠措施」，須留意是否有可能強化原住民刻板印象標記之問題。但未見論及障礙者的刻板印象與歧視問題。

第三，反差異論希望可以為平等權發展出一套普遍適用於所有平等權案件的標準，這套標準是明確而易於操作的。Fiss 認為，反差異論興盛的其中一個理由是因其具有某些規則的「理想特質」，包括：1.規則可以被清晰明確的陳述；2.不太依賴事實探詢或程度的判斷；3.不隨時間而變化<sup>43</sup>。符合這些特質的規則較好操作與進行平等與否的判斷。確實，如果只看法條文字上的差別待遇判斷平等與否，拿任何一個條文來，我們都可以輕鬆又快速地看出條文中有些地方是相同待遇，有些地方是不同待遇，然後把沒有差別待遇的條文剔除，留下有差別待遇的條文思考是否有正當化差別待遇的事由。就反差異論的救濟手段而言，也很簡單，通常就是要求跟某某人有「相同待遇」。當整個過程不需納入太多事實與價值的判斷，也不用在各種改善不平等的方案間斟酌再三，判斷平等與否就無需太多掙扎與猶疑。

### 第三項 反差異論可能的限制

雖然反差異論有上述貢獻，但這些貢獻與思考方向某程度上也決定了反差異論的理論限制。首先，在案件類型上，雖然反差異論能夠處理統計歧視與造成不利益影響的差別待遇，卻時常無法辨識規範上看似中性的待遇潛藏的不平等問題，更可能錯殺積極矯正歧視措施。以原住民族教育為例，長期以來由國家主導的單一國民教育體制，並沒有對於原住民學生給予規範上的差別待遇，反而比較像是利用同化政策來削弱原住民的文化、族群認同。原住民學生在單一國民教育體制下，學到的都是以漢人、西方文化為主的知識，而對於自身族群感到陌生。同時，由於許多學校的知識傳授以漢人文化為主，原住民學生相對缺乏文化資本，也容易在學習成就上感到挫折<sup>44</sup>。如果不從社會與法律共構關係下手，單看條文，根

<sup>43</sup> Fiss, *supra* note 11, at 98-99.

<sup>44</sup> 賴俊兆，原住民族教育權利的憲法建構，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 55-76（2014 年）。有別於美國黑人與白人學童教育上，「種族隔離」即不平等的批評，一般對於臺灣原住民教育的歷史檢討，都會提到同化/融合政策的問題。這樣的政策是以漢族為中心，希望「啟蒙教化」原住民，未考量原住民的需求與文化傳承。譚光鼎，臺灣原住民教育——從廢墟到重建，頁 266-270（2002 年）。蒲忠成，原住民部落大學政策檢討與前瞻，收於：琺濟·伊斯坦大主編，原住民族部落大學政策與實務，頁 44-65（2012 年）。雅柏甦詠·博伊哲努，原住民部落大學發展的機遇

本無法辨識這些不平等問題。再者，當原住民希望國家在單一國民教育體制外，另外設立原住民族教育體系或學校時，在反差異論的觀點下，是要求國家對不同人做差別待遇，反而容易遭致不平等的質疑，還可能被認為是「種族隔離」教育<sup>45</sup>。難道一定要找些漢人學生進入原住民族學校，才算是族群融合，才算是平等嗎？

如果以障礙者為例，可以用司法院釋字第 290 號解釋說明看似中性待遇潛藏的不平等問題。本號解釋的聲請人是劉俠，劉俠欲代表障礙者參選立委，但當時的動員戡亂時期公職人員選舉罷免法第 32 條第 1 項設有民意代表候選人學、經歷之限制，劉俠只有小學學歷，因而無法參選<sup>46</sup>。釋憲聲請書中有說明，劉俠國小畢業前即患有類風濕關節炎<sup>47</sup>，影響活動，由於離家最近的北投國中位於半山上，一進門便有上百階石階，難以就讀。且其他大眾交通工具對障礙者也不方便，也難以到其他國中就讀，故劉俠只有小學學歷<sup>48</sup>。此類問題是當時障礙者普遍存在的問題。但大法官仍為合憲宣告，僅在理由書中建議立法機關檢討是否應「斟酌就學有實際困難之人士(例如因身體或其他原因其接受學校教育顯較一般國民

---

及挑戰：誰的部落？什麼樣的大學？收於：琺濟·伊斯坦大主編，原住民族部落大學政策與實務，頁 4-5 (2012 年)。賴俊兆文章與上述文獻的差異在於試圖將同化/融合政策的問題連結到不平等/歧視的問題，因而與本文有較大的契合性。(其他文章是從「抵殖民教育」、「多元文化教育」進行討論，殖民當然也是種深刻的壓迫與不平等，但賴俊兆比較清楚地將相關問題連結到憲法平等權)再者，另設原住民族教育體系或學校並非「種族隔離」教育/並非不平等的論述嘗試，也是賴俊兆的貢獻。

陳張培倫也有對戰後國家的原住民族政策進行批判，稱其為「同化主義平等觀」。原住民正名之前「山地同胞」的稱呼是希望表達「一視同仁」的平等意涵，追求族群融合，但所謂族群融合其實就是要把原住民改造成漢人，增加原住民的「中華民族意識」，事實上帶有漢人/中華民族較優越的意識形態。陳張培倫，族群發展導向積極賦權行動與原住民族，政治與社會哲學評論，47 期，頁 7-8 (2013 年)。

<sup>45</sup>賴俊兆(註 44)，頁 103。

<sup>46</sup>杏林子，俠風長流：劉俠回憶錄，頁 313-322 (2004 年)。劉俠在其回憶錄的「許我一個參選機會」章節中有交代 1989 年的劉俠參選立委事件。劉俠出來參選立委是由於當時其認為當時國民黨、民進黨或媒體的焦點皆放在選戰，但未重視障礙者與社會福利議題。希望透過參選的「策略性造勢活動」，凸顯障礙問題與喚起大家的注意。劉俠也提到「因特殊教育的缺失與不足、大環境的重重障礙，造成大量殘胞失學」，因而以學經歷限制障礙者參政權，確實是有問題。

<sup>47</sup>釋憲聲請書原文為「內」風濕關節炎，但劉俠自傳所書為「類」風濕關節炎，且查詢一般圖書資料，只見「類風濕性關節炎」，而無「內風濕(性)關節炎」，故酌為修正。杏林子(註 46)，頁 88-89。

<sup>48</sup>參司法院釋字第 290 號解釋釋憲聲請書。

有難於克服之障礙者)而作適當規定,並未正視制度環境帶給障礙者的不平等。司法院釋字第 649 號解釋「身心障礙者保護法按摩業專由視障者從事之規定違憲案」則是採取積極矯正歧視措施<sup>49</sup>,卻被宣告違憲的例子<sup>50</sup>。

Fiss 與 Colker 在討論反差異論的限制時,也分別有提到反差異論處理表面中立待遇與積極矯正歧視措施時的問題。反差異論有時仍可例外地容許積極矯正歧視措施,比如說,只有在先前存有歧視(prior discrimination)的狀況下,允許使用積極矯正歧視措施作為救濟手段。但所謂的先前歧視可能限於不久前的國家行為或特定工作場所的歧視狀況,積極矯正歧視措施也只能是暫時的手段<sup>51</sup>。表面中立待遇可以引入事實上歧視(de facto discrimination)(或稱歧視性的效果)、差別影響歧視的概念來處理,但 Fiss 認為這些處理方式已經背離反差異論的原則,脫離對個人分類的指控,轉而注重對群體的影響<sup>52</sup>。

<sup>49</sup>司法院釋字第 649 號解釋中的用語為「優惠性差別待遇」,一般認為此用語是 Affirmative Action 的翻譯,本文稱為「積極矯正歧視措施」。關於 Affirmative Action 的翻譯問題,參上揭註 27。另外,雖然大法官認為視障者按摩保留制度是一種「優惠性差別待遇」,本文卻對用語概念及具體制度的對應關係之間有些猶豫。Affirmative Action 主要是繼受自美國的概念,而美國並沒有視障者按摩保留制度。美國法學者 Oppenheimer 將 Affirmative Action 區分成五種類型:1.配額(quotas):保留一定數量的工作、升遷名額、教室座位(入學名額)給女性或少數群體。2.偏好(preference):與配額的差異在於未限定固定名額,而是設定目標(goal),將種族、性別作為錄取的考量因子之一,或在政府採購標案上,給予女性/少數群體經營者或僱用較多女性/少數群體的經營者有較高得標的機會。3.自我檢視(self-examination/ self-study):政府或私人大企業會檢視其所僱用的女性/少數群體比例與當地女性/少數群體人口比例(或可得的適任受雇者比例,the available pool of qualified employees)的差距,然後設定目標與時間表進行改善。4.延攬與諮詢(outreach and counseling):此種方式可能是進行自我檢視後採用的一種方案,希望讓工作/大學入學申請者變得更多樣化。如大學主動前往少數族群為主的高中進行宣傳,並告知該大學的入學要求。或女性較少的科系鼓勵女高中生也可以考慮進入這些科系就讀。5.反歧視(anti-discrimination):消除歧視性措施(包括有歧視效果的政策)、建立良好的歧視申訴機制,舉辦性騷擾防治或多元化訓練,以促進跨種族、性別的理解。David Benjamin Oppenheimer, *Understanding Affirmative Action*, 23 HASTINGS CONST. L.Q. 921, (1996). David Benjamin Oppenheimer, *Distinguishing Five Models of Affirmative Action*, 4 BERKELEY WOMEN'S L.J. 42, (1988). 大體來看,Oppenheimer 所描繪的美國 Affirmative Action 與我國身心障礙者權益保障法的定額進用制度比較相近而較具有可比較性,與視障者按摩保留制度的相似性則比較低。本文沒有要主張美國稱之為 Affirmative Action 的制度才是「積極矯正歧視措施」。若肯認視障者按摩保留制度消除歧視的效果,這也是個積極矯正歧視措施。惟應注意,我們引入一個概念用語時,通常會連相關的理論、爭議(支持理由、反對理由等)一併引入,這些理論爭議皆有其特定社會歷史脈絡、對應到具體制度與實踐,未必適用於我國視障者按摩保留制度或其他積極矯正歧視措施。

<sup>50</sup>關於視障者按摩保留制度在臺灣的歷史淵源、存立爭議,以及司法院釋字第 649 號解釋宣告違憲的前因後果,參第四章。

<sup>51</sup> Colker, *supra* note 11, at 1039 (1986).

<sup>52</sup> Fiss, *supra* note 11, at 122-123.

第二，反差異論對於不平等內涵的掌握不精確。從「是否有規範上差別待遇？是否有正當化差別待遇的理由？」這樣的二階檢證出發，會有個疑問：究竟有差別待遇就是不平等？或者，無法通過第二階段的檢證（找不到正當化事由）時，才是不平等<sup>53</sup>？況且，不論採取哪個答案，本文都認為無法直接對應到不平等的概念。差別待遇為何就是不平等，而不能是尊重多元文化差異<sup>54</sup>？第二階段檢證中，若採合乎比例原則的差別待遇進行檢討，比例原則與是否平等間也缺乏實質關聯性。

另一方面，反差異論反分類的理由如果是為了減緩刻板印象，可能還有點道理。但在這之中，到底哪裡不平等呢？刻板印象的存在有問題？刻板印象中的同質化假設有問題？或錯誤、不精確的分類有問題？其實，刻板印象未必是負面的，如同前面所舉射擊電腦遊戲中有武裝者的實驗，對黑人的刻板印象讓人覺得其比較危險與暴力。但相對而言，白人就沒有受害，或可說相對於黑人是受益於刻板印象。因此，較有不平等問題的部分是負面的刻板印象造成某些人受害，或可說是汙名問題。再者，刻板印象說可以處理的通常是群體中「不符刻板印象者」的問題，告訴我們該群體成員不是每個人都是刻板印象中描述的樣子，但符合刻板印象者仍可能需要反歧視法的保障<sup>55</sup>。另外還可以思考的是，認為某個群體存在，也未必要將整個群體同質化<sup>56</sup>，或者將該群體連結到負面的、其所不欲的刻板印象。是否也有可能發展其他抵抗論述，讓人們對於某群體的印象改觀，或試著發

<sup>53</sup>如許宗力便不認為「差別待遇就是不平等」，因此區分追求實質平等的差別待遇，以及追求無關實質平等的政策目的兩種類型進行審查。許宗力（註 18），頁 104-109、121-122。

<sup>54</sup>有趣的是，有些反差異論述可以例外容許以達成多樣性為目的，納入種族因素作為大學入學篩選標準的考量因子之一。因為多樣性是一種比較種族中立的語言，而不是針對特定族群。Fiss, *supra* note 11, at 107.

相對而言，若倡導多元文化有助改善弱勢群體地位，多元文化與反從屬論相容。

<sup>55</sup> 相關討論可參陳昭如，踐行的法學：凱瑟琳·麥金儂的女性主義理論與行動，收於：陳昭如編，性平等論爭——麥金儂訪臺演講集，頁 16-17（2015 年）。

<sup>56</sup>關於肯認群體存在，未必要將群體同質化，可以參考 MacKinnon 對於「女性主義是本質主義」批評的回應。MacKinnon 基本上認為從女性具體經驗出發的理論，不會預設一組僵固的、生物性的女人概念，而可以將不同種族、階級、性傾向等等的女人經驗都包含進來。我們可以從經驗現實上了解女人的處境、女人作為一個受壓迫的群體，這不代表所有女人在父權體制下的處境都是相同的，但也沒有女人可以不受父權影響。CATHARINE A. MACKINNON, WOMEN'S LIVES, MEN'S LAWS 22-31, 84-90 (2005).



現群體內其實有異質多元的成員？Colker 曾質疑用表面中性的規範就可以避免維持刻板印象嗎<sup>57</sup>？我們也可以進一步思考，規範上不提到某些群體分類，代表不套用刻板印象？或代表國家對於整個群體的忽略？規範上不進行群體分類，也無法改變社會中既存的汙名。

第三，重新檢視「反差異論標準明確、容易操作」的命題。雖然在「相同」與「不同」的區辨上通常比較清楚，但應該採用哪個比較基準、應該如何比較？卻容易有判斷上的困難。雷文玫曾以美國懷孕相關判決與評論的例子，說明「判斷男女是否有差異，會因為比較基準的不同，而有不同結論」。在美國，曾有女性主張雇主排除懷孕於員工失能保險給付範圍，是基於性別的歧視。由於只有女性會懷孕，男性不會，有可能得出男女處在不同情境，因而無違反平等權問題的結論。不過，也有可能認為，該失能保險給付範圍包含「只有男性才會面對的失能狀況（如：攝護腺炎）」，卻排除只有女性才會面對的懷孕保險給付，是一種性別歧視<sup>58</sup>。假若後者的主張成立，本文認為可以進一步思考反差異論將法律效果限於「相同待遇」的問題。領取懷孕保險給付的期間、金額是否都只能跟攝護腺炎的保險給付一樣？或者「相同待遇」只是抽象地指兩種情況都能領取保險金？

另一方面，如果進到反差異論第二階段判斷是否有正當化差別待遇的事由時，要判斷反差別待遇或容許差別待遇會有問題。且不論採取比理原則審查，或手段目的間應有合理關聯性的合目的性審查，在判斷上都具有高度不確定性<sup>59</sup>，也會增加判斷上的困難。雖說區分不同的審查基準（寬鬆、中度、嚴格）有助於降低不確定性，但如何決定審查基準以及決定審查基準的因素是否有緊密扣連到平等權的關懷，都是問題。

最後須說明的是，反差異論討論平等權的角度通常較偏重司法者的角度，但若以消除歧視、促進障礙者平等作為目標的話，行政權、立法權的角色也很重要，

<sup>57</sup>Colker, *supra* note 11, at 1030-1031(1986).

<sup>58</sup>雷文玫，性別平等的違憲審查——從美國女性主義法學看我國大法官幾則有關男女實質平等的解釋，收於：李建良、簡資修主編，憲法解釋之理論與實務第二輯，頁 135-137（2000 年）。

<sup>59</sup>許宗力（註 18），頁 121-122。

私人雇主也可以自願性採取積極矯正歧視措施。



## 第二節 反從屬論

### 第一項 反從屬論對不平等的基本想法

反從屬論希望討論平等權時可以超脫相同待遇、差別待遇與特殊待遇的爭辯。反從屬論藉由對社會狀況的了解，認為我們的社會就是一個階層社會(hierarchy)，這種階層排序關係通常是建立在群體的基礎上，某些群體比較優越、比較握有權力，某些群體比較次等、比較容易受到從屬(subordination)，不平等的問題是階層社會中群體間權力關係分配不均的問題<sup>60</sup>。在現實社會中，因群體身分受到從屬是一種歧視。例如：障礙者因障礙身分而不受雇用，或者女人作為女人容易受到家庭暴力、性騷擾、強暴的威脅。

在此理論下，需要探究的是法律制度或歧視行為如何維繫或深化既有弱勢群體的從屬地位，以及應該如何消除權力分配的不平等。表面中立的待遇若維繫既有弱勢群體的從屬地位仍屬違反平等權，即使是表面的差別待遇(如：積極矯正歧視措施)，只要能改善弱勢群體的從屬地位，便符合平等權保障意旨。換言之，差異不是重點，重點是群體間的階層關係是否獲得改善。

關於反從屬論的實際操作，Fiss 與 Colker 分別有提到一套偏向司法審查的思考模式，雖然在體系上還不夠完整，仍可促進我們對於反從屬論的理解。根據 Fiss 的說法，我們若要探究法律制度或實踐對於群體地位產生的「影響」，應該要發展一個更完整的群體地位傷害(status-harm)理論，讓我們了解行為實踐與群體地位間的關聯<sup>61</sup>。以表面中立的標準化職業測驗為例，可以對相關職業與測

<sup>60</sup> 對於權力關係與階級(hierarchy)的強調，主要參考 Colker 與 MacKinnon。See Colker, *supra* note 11 (1986). Colker, *supra* note 11 (1987). MACKINNON, *supra* note 11, at 32-45 (1987). MacKinnon, *supra* note 9. 關於反從屬論的體系思考，本文亦參考 Sunstein 與 Fiss 的文章。Sunstein 反階級原則(anticaste principal)的主張是：除非有很好的理由，否則禁止社會或法律實踐將高度可見且與道德不相關的差異轉換成系統性的社會不利益。不平等是源自於某個群體的成員因為其群體特徵而蒙受不利益。Sunstein, *supra* note 11, at 2411-2412, 2429. Fiss 的群體不利益原則(the group disadvantaging principle)，See Fiss, *supra* note 11, at 84-154.

<sup>61</sup> Fiss, *supra* note 11, at 134-141. 附帶說明，在 Fiss 的構想中，仍限於處理「國家的」法律或行

驗進行若干評估：1.工作本身的地位（教授或清潔工）（包括收入、聲望等項目的綜合評估）；2.位置的公開可見性（法官或化學家）；3.排他性影響的擴散性（如：黑人是否為主要的被排除者）；4.正當化某標準的理由強度。由於側重規範的影響，比起反差異論，反從屬論更容易關注表面中立標準下的歧視問題。但是關於評估的細節、應該由誰來評估，Fiss 並未詳細交代。另外，積極矯正歧視措施是否也能藉由某些評估方式，來了解某制度能否改善群體地位，而獲得正當化呢？Fiss 在這部分，卻說交由行政與立法部門決定，他們可以決定誰可以歸為弱勢群體、可採用什麼樣的積極矯正歧視措施，司法部門不要用太嚴格的審查標準，只要有合理基準即可<sup>62</sup>。此舉留了一個恣意判斷空間給行政與立法部門，實則在政府能力許可的範圍下，似乎仍應盡量要求其以經驗資料來表明弱勢群體的社會處境，及說明積極矯正歧視措施的確有助改善群體地位。

Colker 提出的審查框架有兩個階段：第一，先看某個政策或行動是否造成「原告所屬群體成員」的差別影響，且此差別影響促成其所屬群體的從屬地位。第二，唯有反宰制的目標（改善群體的從屬狀況）可以正當化針對特定群體的政策或行動，其他情況下皆不能降低審查基準<sup>63</sup>。

使用「差別影響」（disparate impact）進行分析有兩個優點，其一是可以強調對於群體的影響，而非只限於規範上對個人的分類。其二是不須證明行為者或規範制定者是否有歧視意圖或動機，而可較注意受制度影響者。問題是，差別影響仍然是一種比較表面中立的說法，無法說明為何排除弱勢群體的法律制度比排除優勢群體的制度更糟糕。MacKinnon 也曾批評差別影響雖然抓住「歧視效果」的概念，如果最後只是流於「數人頭」的遊戲，還是沒有抓到歧視的本質<sup>64</sup>。

---

為，但本文認為私人間的行為也應納入平等權思考。

<sup>62</sup> Fiss, *supra* note 11, at 138-140.

<sup>63</sup> Colker, *supra* note 11, at 1014-1015, 1059-1062 (1986).

<sup>64</sup> MacKinnon, *supra* note 9, at 7. 對於美國差別影響制度運作的介紹，可以參黃昭元，論差別影響歧視與差別對待歧視的關係——評美國最高法院 Ricci v. DeStefano(2009)判決，中研院法學期刊，11 期，頁 21-36（2012 年）。不論是 EEOC 提出的「80%規則」或美國法院用統計、標準差來認定歧視，的確都會變成是「數人頭」的問題。

由 Colker 所舉的兩個例子，我們可以知道，她所指的差別影響不會只是人數上的問題。第一個例子是：女性進入酒吧半價。在反差異論下，可能只有男性可主張其無法利用酒吧半價優惠，構成基於性別的歧視。在反從屬論下會看到這種表面的酒吧半價「優惠」，其實強化了女性性別角色的刻板印象而維持了女性的從屬地位。包括認為女性對於男性是在性上可利用的（sexual available），男性可花錢購買這種利用權，以及期待女性不用為自己的餐點付費<sup>65</sup>。第二個例子是：只錄取特定形象（較符合白人、年輕、中產階級形象）的漂亮女性當秘書。表面上只錄取女性像是對女性的優惠，女性在反差異論下可能難以提起平權訴訟。但 Colker 指出，此錄取標準其實是讓女人被迫作為性物（sexual objects）來謀生，女人被迫只能展現出某種外貌，此種外貌是以對於男性的吸引力來定義。被迫只能展現出某種性別角色的外貌，也是維持從屬關係的一種形式<sup>66</sup>。雖然這兩個例子犀利地點出規範/行為與性別不平等社會脈絡間的連結，但我們仍難以釐清在 Colker 心目中什麼規範或行為的態樣構成差別影響，倒不如說她直接指出這兩個例子都使女人蒙受不利益，加深了女人的從屬地位。

總體而言，反從屬論認為不平等源自群體間宰制與從屬的不對等權力關係，弱勢群體的成員會因其群體成員身分而受害。我們應該在現實社會中去辨識權力關係、群體的不利處境、規範與不利處境的關聯，並設法改善。然而，在操作層面上，該如何理解並界定這些關係，並不是件清楚或容易的事。另外，如果反從屬論的目標是改善群體間的階層關係，那就不能只把思考層次放在司法審查，看某個既存的規範或行為是否合於平等，而應更積極地從執行者角度思考如何改善既有的不平等問題<sup>67</sup>。當然，積極矯正歧視措施也是司法審查的對象，而違憲審查也不乏大法官對立法者的建議，甚至「大法官造法」、創設當事人救濟管道的

<sup>65</sup> Colker, *supra* note 11, at 1039-1040 (1986).

<sup>66</sup> Colker, *supra* note 11, at 76-78 (1987).

<sup>67</sup> Sunstein 也認為反階級原則的執行者以立法、行政官員為主，法院次之。因為要完整的發揮反階級原則，光靠法院並不足夠。Sunstein, *supra* note 11, at 2412, 2439-2441.

情形，司法權也應共同思考如何促進平等<sup>68</sup>。



## 第二項 反從屬論可能的貢獻

基於前項對反從屬論的基本理解，我們可以進一步整理與思考反從屬論可能的貢獻。首先，在案件類型上，反從屬論比較能在表面無差別待遇的規範中看到歧視問題，對於規範上直接標示出某群體的積極矯正歧視措施，也較能抱持肯定態度。會有這樣的結果，是由於反從屬論的關注焦點不在規範上的差別待遇、是否直接標示出某群體，而是關注群體地位、群體的不利處境。在反從屬論下，應該問的問題是：法律或（歧視/促進平等）行為會造成什麼樣的影響？如何與社會中既存的群體不利處境互動？若是維繫或深化既有的不對等權力關係，便存有不等問題，反之，若是可以改善不對等權力關係與群體不利處境，便符合平等權保障。

第二，反從屬論對於不平等有比較好的理解。此可由兩方面來談，一方面，反從屬論的不平等觀點是實質的，某些群體在社會階層中處於較次等的地位，較貼近不平等概念。另一方面，如果要處理無差別待遇規範中的歧視與主張積極矯正歧視措施，反從屬論的理論較具一貫性。對於反差異論來說，要處理以上兩種案件類型，往往要將其當成例外狀況處理，因而較難認定無差別待遇規範下也有歧視存在，或肯認積極矯正歧視措施的促進平等的重要性。同時，反差異論雖然會提到「嫌疑分類」（suspect classification），若不辨識社會群體與規範所存立的社會脈絡，如何說明某些類型的差別待遇比其他類型更不合理呢？反從屬論從社會脈絡出發、「改善弱勢群體從屬地位」的論點，則能理論一貫的處理以上兩種案件類型。

第三，對於社會脈絡與經驗資料的重視，同時也提升對弱勢群體觀點的重視。

---

<sup>68</sup>大法官給予立法者立法指示、「大法官造法」或創設法無明文的當事人救濟管道，都牽涉到權力分立問題，「立法」是立法權的職權，司法權無法過度僭越職權。立法權與司法權行使職權界線問題，本文無法詳細討論。關於大法官自行造法或創設救濟管道空間的討論，可參黃昭元，法令「違憲但有效」宣告方式之再檢討，臺灣法學雜誌，262期，頁39-54（2014年）。黃昭元認為大法官自行造法空間隨案件類型而異（有自行造法空間即可避免採用「違憲但有效」宣告）。

反從屬論對平等與否的判定，是從社會經驗事實出發，因此，要了解不平等階層關係與其運作機制，必定要藉助經驗資料與個人對社會的理解，不能只由法條文字是否有差別待遇下手。藉助經驗資料的一個優點是可以增加平等/不平等判定的可檢證性與理由的說服力。需要說明的是，我國法學界常將 *empirical legal study/research* 譯為「法學實證研究」，但有政治學學者指出實證（*positive*）與經驗（*empirical*）在英文中的意義並不相同，實證研究是指可以一般化並探詢因果關係的研究，經驗研究的意義較廣，包含所有可被經驗研究的對象<sup>69</sup>。換言之，實證研究屬於經驗研究的一種，但經驗研究未必限於探究因果關係、一般化的研究。本文採用此區分方式，並認為在平等與否的判定上，可以參考各種經驗研究，不需要限於較狹義的實證研究。

藉由經驗資料了解不平等問題時，弱勢群體的主觀感受、經驗、對自身狀況的理解、對制度的看法均相當重要。Colker 曾舉例，即使是白人學生控告教育單位採用積極矯正歧視措施錄取較多黑人的例子，也應設法詢問黑人學生的意見，因為黑人學生深受這些制度影響，而不是只有原告（白人學生）與被告（教育單位）的聲音<sup>70</sup>。在此思考下，有主要由弱勢者組成的團體組織，相當具有意義，他們可以直接表達法律規範或實踐究竟對他們造成什麼樣的影響。

### 第三項 反從屬論可能的限制

雖然反從屬論具有以上的理論貢獻，但其也尚有某些理論問題待解決。本文認為，反從屬論的問題主要在於社會經驗事實的認定與評價上。哪些群體處於不利處境？何種制度或實踐會深化或維繫弱勢群體的既有的不利處境？這些判定往往會牽涉到人們對於社會意義、地位的詮釋性判斷，而有爭辯的空間<sup>71</sup>。

對此，首先需說明的是，反從屬論可能無法發展出一套可以適用到所有個案

<sup>69</sup> 蔡季庭，美國總統發布法案簽屬聲明書及相關司法判決之經驗研究，收於：張永健主編，2011 司法制度實證研究，頁 91（2013 年）。

<sup>70</sup> Colker, *supra* note 11, at 71(1987).

<sup>71</sup> See Balkin & Siegel, *supra* note 3, at 14.

的群體不平等認定標準。MacKinnon 曾指出，反從屬論並沒有要發展出一套可以對個案產生決定性結果的抽象標準<sup>72</sup>。她希望可以直接聚焦於各種社會情境下的女性從屬經驗，包括：容易陷入貧窮、遭受暴力攻擊、女性為主的工作類型常常薪資較低，以及娼妓、色情等問題。這些都是性別不平等的諸種展現形式。本文認為，如果對於歧視的性質有所了解，應該比較能接受為何無法有抽象統一標準。歧視的發生，原本就不是先天、應然的存在（反歧視的主張就是在說弱勢群體不應受不利待遇），所以很難用抽象、演繹的方式進行界定。在不同時間、地點下，不同群體遭受的歧視態樣也可能有很大的不同，種族隔離可能是種歧視態樣，種族同化也可能是另種歧視態樣。因此，毋寧只能就社會現實的觀察，去對各個群體遭受的歧視態樣進行歸納或類型化。

關於無法發展出一套群體不平等的認定標準，也可由多元交織性（intersectionality）來解釋。多元交織性理論指出一個人可能同時擁有多種群體身分，不同面向的壓迫可能會同時存在，或著一個人可能因某群體身分受壓迫卻基於另種群體身分享有特權<sup>73</sup>。如果各種特權與壓迫會交織出現，可能出現的不平等態樣也就不會只有一種，對於不平等的認定與處理也相當複雜。障礙者與其他群體身分交織的例子如下：1.障礙與性別：2010 年時任殘障聯盟秘書長的王幼玲曾為文批評政府忽略女性障礙者的需求，內政部提出的《性別平等政策綱領》有考量女性在族群、城鄉、性取向的差異性，卻忽略女性障礙者。相關議題包括：女性障礙者遭受性侵及暴力比例較一般人高；就業率及薪資比男性障礙者低；女性障礙者仍可能扮演母親角色，相關需求卻受到忽略等<sup>74</sup>。2.障礙與種族/族群：蔡友月觀察到蘭嶼達悟族人高比例精神失序的現象，有別於由基因遺傳的角度進

<sup>72</sup> MacKinnon 有提到，反從屬論「就(法院對)標準的標準而言，可能不太像個標準。」MACKINNON, *supra* note 11, at 40-42 (1987).

<sup>73</sup>國內關於多元交織性、反歧視與法律的分析，可以參陳昭如，交叉路口與樓上樓下——反歧視法中的交錯問題，月旦法學雜誌，189 期，頁 51-68 (2011 年)。陳昭如(註 27)，頁 149-157 (2013 年)。陳昭如，婚姻作為法律上的異性戀父權與特權，女學學誌，27 期，頁 113-199 (2010 年)。不過，這些文章比較沒有提到障礙者的多元交織性問題。

<sup>74</sup>王幼玲，嘿！身心障礙者也是女人，身心障礙 e 能網，2010 年 12 月 28 日，<http://www.enable.org.tw/iss/detail.php?id=131> (最後瀏覽日：2015 年 11 月 5 日)。

行解釋，蔡友月認為精神失序與達悟族整個族群面臨的快速社會變遷與衝擊有莫大的關係<sup>75</sup>。3.障礙與性傾向：2015年的高雄同志大遊行邀請身障者共同參與，但具身障者身分的「身障者適性生命教育協會」理事長莊青一對此不能認同，其認為身障者本就不易獲得社會認同與地位，一旦與同志議題、愛滋病沾上邊，身份更低下、處境更悽慘，並勸同運不要力邀身障者參與遊行。台灣障礙者權益促進會與殘酷兒（台灣殘障同志團體）發起人黃智堅分別發表聲明反對此說法，對於同志遊行予以肯定<sup>76</sup>。莊青一的說法很能反映壓迫與特權交錯的關係，障礙/健全與異性戀/非異性戀各自是一條壓迫軸線，若兼具同志與障礙者身分則會受到雙重壓迫。論爭雙方的差異在於莊青一選擇維繫異性戀特權，而台灣障礙者權益促進會與黃智堅則認為可同時對抗兩條壓迫軸線。另外，中高齡、處於經濟不利地位的障礙者比例較高<sup>77</sup>，或許也有年齡、階級<sup>78</sup>歧視交織的問題。由於相關研究不多，本文只是做一個初步的觀察，這些群體身分的交織如何反應到法律的制定與實踐，也尚待探究。

反從屬論可能有的第二個限制是：對於哪些群體是居於不利處境地位的判定，不同論者間的看法並不一致。比較能確定的是，「社會群體」不是單純由國家法律進行分類創造出來的產物（如：繳稅級距的分類），而是社會運作中的實體。人們在社會互動中，常常以這樣的群體為單位，而不須指涉個人。群體成員會有身分認同，他們的社會地位也會被連結到群體的社會地位，而群體的社會地位也

<sup>75</sup>蔡友月，達悟族的精神失序：現代性、變遷與受苦的社會根源，（2009年）。

<sup>76</sup>蕭婷方，決裂身障圈 殘酷兒分享同志愛，自由時報，2015年5月18日，<http://news.ltn.com.tw/news/local/paper/881359>（最後瀏覽日：2015年11月7日）。苦勞網，針對高雄同志大遊行 護家盟新聞稿，苦勞網，2015年5月16日，<http://www.cooloud.org.tw/node/82453>（最後瀏覽日：2015年11月7日）。林彥呈，「身障者沾同志議題 身分更低下」 障權會譴責護家盟：消費身障者尊嚴，風傳媒，2015年5月18日，<http://www.storm.mg/article/49628>（最後瀏覽日：2015年11月7日）。黃智堅，莊青一，你不配作我的好朋友，身心障礙者資訊服務網，2015年5月26日，<http://disable.yam.org.tw/node/4351>（最後瀏覽日：2015年11月7日）。

<sup>77</sup>關於我國障礙者中高齡者、處於經濟不利地位者的比例較高，初步的分析可以參王國羽，身心障礙人口問題與趨勢，收於：瞿海源、張芸雲主編，台灣的社會問題，二版，頁306-346（2010年）。

<sup>78</sup>階級歧視可以有兩個意義：其一是經濟地位較不利，其二是雇主與勞工間的關係。後者的問題在本論文第三、四章皆會出現。



會隨著時間、地點而變動<sup>79</sup>。

對於 Colker 來說，任何歷史上受到從屬的群體皆可適用反從屬論，應包括：種族、性別、性傾向、年齡、外國人身分、障礙<sup>80</sup>。對於 Sunstein 而言，他的反階級原則適用範圍便沒有如此廣。Sunstein 舉的例子是種族、性別<sup>81</sup>、障礙，但認為窮人不構成較低的階級，因為窮人比較無定形、不易辨識、容易游移。亞裔美國人、同性戀者、猶太人也不構成較低的階級，因為他們在很多社會福祉狀況的指標上並沒有展現出系統性低於其他群體<sup>82</sup>。

我們需要知道的不僅僅是判定的結果，更重要的是判定的過程。Sunstein 對此有交代得比較清楚。反階級原則禁止社會或法律實踐將高度可見且與道德不相關的差異轉換成系統性的社會不利益。要求高度可見 (highly visible) 的特徵<sup>83</sup>是因為像性別或種族因素，特別容易用來作為判斷其他事情的代理特徵，也特別容易變成汙名化的特徵，遭致其他人的歧視<sup>84</sup>。只是，「高度可見」的要求可能過於限縮平等的主張範圍，也忽略汙名的作用範圍不僅止於可見的汙名<sup>85</sup>。例如：在台灣，族群的差異未必是「高度可見」，單純從膚色、外觀，可能無法分辨哪些人是原住民、新住民，哪些人不是。障礙者也未必從外觀即可分辨出來，否則身心障礙者權益保障法何需規定要請專家鑑定，領取政府證明。也有一些就業歧視障礙者的案例，是雇主在決定僱用當時並未發現障礙者身分，事後發現才予以

<sup>79</sup> Fiss, *supra* note 11, at 124-133.

<sup>80</sup> 參見 Colker 在註腳 8 的說明。See Colker, *supra* note 11, at 1005 (1986).

<sup>81</sup> 在 Sunstein 的文章脈絡中，其所指的種族應該只是黑人/白人、性別應該只是男人/女人。

<sup>82</sup> Sunstein, *supra* note 11, at 2438,2443-2444.

<sup>83</sup> 與此相關的一個概念是加拿大雇用平等法中的「顯見的少數 (VM, visible minority)」，但兩者概念至少有以下兩點不同：1.Sunstein 所謂具高度可見 (highly visible) 特徵者，至少包含：性別、種族、障礙；VM 則單純用在種族上，指非原住民、非白人的一群人。2.Sunstein 理論出發點是因為認為具高度可見特徵者容易被辨識並施予歧視（如：某群體被認為能力較差）；VM 的概念一方面是希望禁止勞動場所中對 VM 的歧視，另一方面又不使用種族 (race) /族群 (ethnicity) 用語，希望低調處理種族歧視問題。關於 VM 的介紹，參陳昭如，顯見的少數，在野法潮，12 期，頁 80-85 (2012 年)。

<sup>84</sup> Sunstein, *supra* note 11, at 2411-2412,2430-2433.

<sup>85</sup> 在 Goffman 的汙名研究中，具汙名者包括明貶者 (discredited) 與可貶者 (discreditable)。Sunstein 處理到的只有明貶者部分，但可貶者也須努力控管汙名訊息，避免被發現。再者，如同性戀者雖非外表高度可見，一旦出櫃或在公開場合做出親密舉動，也會從可貶者轉為明貶者。Erving Goffman 著，曾凡慈譯，汙名，(2010 年)。

解雇<sup>86</sup>。

本文初步認為，反歧視應該在意的不是「群體特徵」的問題，而是「群體社會處境」問題，我們應對於群體不利益處境有更多認識與更高的敏感度。就此，Sunstein 也有列出系統性的社會不利益涵蓋各種重要生活層面，包括：教育、免於私人與公共的暴力、所得與財富、政治代表性、政治影響力、健康、壽命……等等<sup>87</sup>。Sunstein 並據相關經驗資料得出黑人相對於白人、女人相對於男人屬於次等階級，但亞裔美國人、同性戀者、猶太人不構成次等階級的結論<sup>88</sup>。Sunstein 也知道同性戀者容易受到汙名與偏見，只是他從經驗資料與其選取的社會指標中，無法判讀出同性戀者的次等階級問題。這是否呼應了本文所提反從屬論理論限制的第一點：我們很難找到統一的適用標準，因為每個群體受有不利益的面向並不一致<sup>89</sup>。

反從屬論可能有的第三個問題是：可以用什麼方式改善群體受宰制的處境？一方面，可以修改對弱勢群體具不利影響的既有條文，另一方面，也可以增加具積極矯正歧視措施意涵的條文。由於採用積極矯正歧視措施的爭議性較大，以下的討論將以該類措施為主。在反差異論下，由於積極矯正歧視措施採用特定群體的分類、差別待遇，而易有不平等的爭議。在反從屬論下，差別待遇不是問題，但仍有其他關於平等的爭議問題。

在反從屬論下採用積極矯正歧視措施可能有兩個問題。問題 1：積極矯正歧視措施是否真能改善系爭弱勢群體地位？Sunstein 的平等觀與反從屬論類似，但他主張應該採取種族、性別中立措施。由於積極矯正歧視措施可能造成的種種負面效果，反而又使弱勢群體因其社會特徵蒙受不利益。比如說，讓黑人覺得其錄

<sup>86</sup> 行政院勞工委員會勞訴字第 0990003071 號訴願決定書、行政院勞工委員會勞動法 3 字第 1020032960 號訴願決定書。

<sup>87</sup> Sunstein, *supra* note 11, at 2429.

<sup>88</sup> Sunstein, *supra* note 11, at 2443-2449.

<sup>89</sup> Iris Young 也認為無法定義一組單一的群體壓迫判準。See IRIS M. YOUNG, JUSTICE AND THE POLITICS OF DIFFERENCE 40 (1990). 相比之下，Iris Young 提出的五種壓迫的面向比較具有彈性，任何群體只要符合其中一個壓迫態樣便可算是受壓迫群體，但有些群體也可能同時受到兩個以上的壓迫型態影響，且每個群體受影響的方式、程度也可能不同。

取只是因為其膚色，反而會讓其感到自尊受損。或者，原本未採用積極矯正歧視措施時，在學業或工作上表現良好，但採用積極矯正歧視措施後，反而無法達到好的表現<sup>90</sup>。Sunstein 的說法某程度上有其道理，表面中立的規範有時也可能對群體不利處境有幫助。比如說，男性負擔育兒責任時，並非處在「男性的地位」，而更像是處在社會常規中的女性角色<sup>91</sup>。因此，舒緩育兒者、照顧者負擔的政策，即使是採取表面中立的規範，仍可認為是有性別意識、改善女性不利處境的政策。問題是，即使國家給予育兒者、照顧者較好的支持與協助，如果最後這些工作主要還是由女性從事，由反從屬論的角度出發，應該還是會看到性別造成女性生涯選擇的限制。以我國為例，性別工作平等法第 16 條育嬰留職停薪假的申請並無性別限制，夫妻自由協商結果多是女性請育嬰假（由 2009-2011 年育嬰留職停薪津貼核發對象來看，女性占 82.5%，男性占 17.5%），此已遭女性主義法學者陳昭如批評「不分性別」、「自由協商」的法律改革結果仍然不平等<sup>92</sup>。這可能是 Colker 主張性別中立的救濟方式常難以達成真正平等的原因<sup>93</sup>。

關於實施積極矯正歧視措施是否反而可能造成反效果，或許還是應就個別事例的經驗資料進行判斷。Strauss 提出的判斷方式是，看「誰」支持與反對相關的規範<sup>94</sup>。例如：白人學生控告教育單位採用積極矯正歧視措施錄取較多黑人，但黑人本身支持此措施。在此情況下，便非黑人自覺受到汙名的問題。問題是，弱勢群體成員間對同一議題也很可能有不同意見，會增加判斷的困難度、複雜性。例如，《中華民國九十三年身心障礙者勞動狀況調查報告》曾調查「身心障礙就業者認為『政府規定私立單位每一百人需進用一名身心障礙者，公立單位每五十人需進用一名』規定之看法」，結果有 2.7% 的人認為不需此規定；0.8% 的人認為比例太高；28.3% 的人認為剛好；42.8% 的人認為比例太低<sup>95</sup>。顯示多數障礙

<sup>90</sup> Sunstein, *supra* note 11, at 2452-2455.

<sup>91</sup> MACKINNON, *supra* note 11, at 73 (1987).

<sup>92</sup> 陳昭如（註 27），頁 136-138（2013 年）。

<sup>93</sup> Colker, *supra* note 11, at 1013 (1986).

<sup>94</sup> David A. Strauss, *The Myth of Colorblindness*, 1986 SUP. CT. REV. 99, 133 (1986).

<sup>95</sup> 行政院勞工委員會，中華民國九十三年身心障礙者勞動狀況調查報告，頁 114-115（2005 年）。

者認為進用率有調高的空間，但也有不同意見存在。同一調查報告「身心障礙就業者認為『政府規定非視覺障礙者不得從事按摩業』規定之看法」，結果有 29.6% 的人認為可開放；39.7% 的人反對開放。其中，視障者有 20% 的人認為可開放；53% 的人反對開放。顯示對此議題障礙者間有不同看法，而視障者反對開放的人數比例較高，但仍有認為可開放者<sup>96</sup>。因此，除了「誰」主張，也應去了解為何會這樣主張？各種主張的理由是什麼？理由是否有證據支持或有說服力？才不會流於只有主觀判斷或「多數說」。

在反從屬論下採取積極矯正歧視措施可能有的第二個問題是：基於資源的稀少性，保障某群體的同時，其他弱勢群體的資源反而減少<sup>97</sup>。由於反從屬論強調規範的影響，而不只是規範的意圖、目的，似乎無法用該積極矯正歧視措施無意傷害其他弱勢群體來免責。只能說，有時法律改革無法一次到位，並希望國家採用積極矯正歧視措施時，多納入各種弱勢群體的參與，以考量弱勢群體間的利害關係。

### 第三節 障礙者平等與兩種平等觀

前兩節分別對反差異論與反從屬論的基本主張、理論貢獻與限制作了說明，但較未聚焦討論這兩種平等觀與障礙者平等間的關連，本節希望對障礙者平等的議題進行更細緻的探究，思考障礙者主張平等權時可能碰到的問題、需要留意的地方及其與反差異論、反從屬論間的關聯。

#### 第一項 反差異論下可能的障礙者平等問題

本部分討論兩個主題：第一，社會/生物二元區分下的障礙者平等問題，障礙

---

另有 25.3% 的人是其他、無意見或拒答。

<sup>96</sup>行政院勞工委員會（註 95），頁 120-121。需注意的是，該調查未區分「可開放」之下應「如何開放」的問題，比方說：開放後，明眼人按摩業者是否應繳交一定費用供促進視障者就業。或政府應進行按摩業專業證照管制，控制一定人數的專業按摩師。

另外，以障別來說，多數障別的障礙者反對開放比例皆較高。僅有聲音或語言機能障礙者（35.1% 的人認為可開放；34.5% 的人反對開放）、顏面損傷者（35.3% 的人認為可開放；28.1% 的人反對開放）兩種障別認為可開放的比例稍高。

<sup>97</sup> Fiss, *supra* note 11, at 140-141.

者的社會功能往往被連結到其生理限制，因而難以受到平等權保障，而被歸於特殊待遇問題。第二，「障礙」可能被視為生理差異、生理缺陷或當事人難以改變的特徵，此可能對主張障礙者平等產生何種影響？產生哪些問題？是加強平等保障或合理化差別待遇？

需要稍微說明的是，這兩個主題是反差異論下「可能」出現的障礙者平等問題。換言之，縱使採取反差異論，也未必要用「社會/生物二元區分與連結」或「當事人難以改變的特徵」進行思考，仍可以採取其他方式進行是否有差別待遇（比較基準為何）或差別待遇合理與否的討論<sup>98</sup>。只是，此二主題的確是障礙者平等權實際操作上曾出現的問題，因此仍有檢討必要。

### 第一款 社會/生物二元區分下的障礙者平等問題

「社會/生物二元區分」的概念不只出現在障礙者平權領域，也與種族、性別歧視相關。此種區分方式有兩個優點，其一是回應生物決定論，不論是性別、障礙或種族的不平等，生物決定論者都可能認為因為不同種族、性別或健全人/障礙者間存有生理上、難以改變的差異，這些差異導致不平等的社會現實，由於我們無法改變生物特質，我們也就無法改變不平等的社會現實。「社會/生物二元區分」的概念則是在說，雖然不同群體之間存有生理差異難以改變，但有另一部分的差異來自社會建構的差異，此部分可以被改變，相關的不平等問題也可以獲解決<sup>99</sup>。「社會/生物二元區分」的另一個優點與第一點相關，當人們發現不平等來自社會建構、可被改變後，人們比較容易倡議社會、制度的改變，而不是責怪弱勢群體（blaming the victim）為何要帶有不好的生理特質。

<sup>98</sup>比方說，關於「難以改變之特徵」（Immutability），Hoffman 的研究指出，美國聯邦最高法院在 1986 年之後，便只有在 2004 年的 Vieth 案分析過 Immutability 的概念，有些學者因此認為 Immutability 已經滅絕於美國聯邦最高法院。但 Hoffman 認為下級法院還是會運用 Immutability，因此這個概念仍具一定重要性。本文在此看到反差異論下審查標準的不確定性，Immutability 被選擇性地運用。See Sharona Hoffman, *The Importance of Immutability in Employment Discrimination Law*, 52 WM. & MARY L. REV. 1483, 1511-1512 (2010).

<sup>99</sup>關於生物決定論與社會建構論的對立，及生理性別（sex）、社會性別（gender）的區分，可以參陳美華，性別，收於：社會學與台灣社會，王振寰、瞿海源主編，三版，頁 133-136（2009 年）。陳美華也指出女性主義者並非都支持生理性別、社會性別的區分，如 Christine Delphy 認為是性別階層建構了生理差異的意涵，否則兩性的生理差異未必是重要問題。

雖然「社會/生物二元區分」有這樣的優點存在，問題是有時候人們會轉而認為有部分差異是社會的、有部分差異是生理的，生理的差異導致的不平等仍舊很合理。McClusky 曾批評不應該用社會功能（social function）與生物狀態（biological status）的二分法決定是否有「真實的」差異（"real" difference）或「真實的」不利益（"real" disadvantage）存在，此種思考方式會不當限縮對障礙者的平等權保障<sup>100</sup>。

McClusky 認為在社會/生物二分法下存在有兩種平等原則<sup>101</sup>，一種是相同待遇原則（equal treatment principal），另一種是特殊待遇原則（special treatment principal）。相同待遇原則主張忽略不相關的差異（irrelevant difference）以達到平等。特殊待遇原則主張肯認或回應差異以克服不平等。

在相同待遇原則底下，目標是要藉由相同待遇來矯正不相關的差異帶來的不利益<sup>102</sup>。「不相關的差異」是指，某個人的生物狀態與其所發揮的社會功能不具有合理關聯，因此，不能用一個人的生物表徵判斷其是否具備某些社會功能。比如，我們不能單純從一個人的膚色判定其是否能勝任某項工作、進入某學校就讀。然而，有時候生理差異仍然會被認為與個人能發揮的功能或具備的能力有所關聯，此想法具體反映在對於種族、性別、障礙平等權的階層化保障上。種族差異被認為與社會功能最沒有關聯，因此受到最嚴格的審查、最大程度的平等權保障（在此脈絡下是指最不能給予差別待遇）；性別的生理差異被認為有時候與社會功能相關，因此受到中度審查；障礙者的生理差異則常被認為與社會功能相關，

---

<sup>100</sup> Martha T. McCluskey, *How the Biological/Social Divide Limits Disability and Equality*, 33 WASH. U. J. L. & POL'Y 109, 109 (2010).

<sup>101</sup> McCluskey, *supra* note 100, at 113-128. 需要說明的是，McClusky 在文章中所使用的標題其實是形式平等（formal equality）和實質平等（substantive equality）的區分，但如本章開頭指出的問題，本文認為形式平等和實質平等在用語與內涵的對應上容易混淆，因而避免使用。以實質內涵來看 McClusky 所稱的實質平等也無法對應到本文所稱的反從屬論。而改採相同待遇原則（equal treatment principal）與特殊待遇原則（special treatment principal）的用語，是因為 McClusky 在文章中確實有提到此二原則，只是原本此二原則是在性別差異與平等權的討論，McClusky 認為障礙者平等以及社會/生物的二元區分，也有相似的問題存在。McCluskey, at 110.

<sup>102</sup> 有趣的是，為何是「不相關的差異」，而非「不相關的特質」，談到「差異」，就會有誰與誰的差異之問題，是否優勢群體易被視為常規，弱勢群體則易被視為「差異」。

因此適用寬鬆審查，只能獲得低度的平等權保障（在此脈絡下是指最能給予差別待遇）。基於此，對於障礙者的差別待遇或排除，看起來更像是基於真實存在的差異，而非只是錯誤的刻板印象，因而較難受平等權保障。

反之，特殊待遇原則的目標是要藉由差別待遇來矯正相關的/真實的差異帶來的不利益。在特殊待遇原則底下，平等權的階層保障與相同待遇原則恰恰相反。障礙者的生理差異與其社會功能的限制最為相關，因此給予其調適措施

（**accommodation**）最為恰當，性別差異介乎中間，種族差異則最難給予積極調適措施（**affirmative accommodation**），因為其生理差異與社會功能限制間的連結最弱，而只存有社會汙名或社會刻板印象的問題。此原則看似會給予障礙者最大的調適措施，實則在特殊待遇的框架下，調適措施仍容易被視為對某些依賴者的昂貴支出，因而需要限制在不會造成過度（**undue**）負擔的狀況下，才能肯認積極調適措施的正當性。

對於本文而言，相同待遇與特殊待遇的爭辯以及兩者對於障礙者平等權所造成的限制，與反差異論有比較大的理論關聯。不論是相同待遇原則或特殊待遇原則，都環繞著是否有「真實的差異」存在的問題打轉，比較障礙者與健全人間是否有差異，只是兩者對差異的處理方式不同。相同待遇原則的處理方式如同反差異論中「等者等之」的思維方式，由於障礙者往往被認為與健全人間具有差異，並非「等者」，因而難以主張相同待遇。

另一方面，特殊待遇原則雖然在肯認積極調適措施方面與反從屬論有幾分相似，但其對不平等問題的思維方式其實與反從屬論有很大的差別。特殊待遇原則肯認積極調適措施是因為人與人之間有差異存在，且將此差異指向障礙者個人的功能限制（**functional limitation**），個人的功能限制又與障礙者自身的生理差異脫離不了關係。反之，反從屬論肯認積極調適措施是因為社會結構問題，而非指向障礙者個人的生理差異，在階層化的社會關係中，障礙者處於較無權力、較次等的地位，需要積極調適措施來賦權障礙者，使其較有機會參與社會。因此，特殊待遇

原則毋寧比較像是對於相同待遇原則無法處理差異問題後的補強措施，可能比較能對應到反差異論中的「不等者不等之」。

簡言之，McClusky 認為社會/生物的區分，與由此衍生出的相同待遇原則或特殊待遇原則，對於障礙者主張平等權會有不當的限制。本文則進一步將其與反差異論進行連結，認為這可能是反差異論的一種思考方式。需要注意的是，McClusky 的這套說法，具有美國法的背景脈絡。比方說，對種族、性別、障礙三者，分別為從嚴、中度、寬鬆的審查，是對於美國法院判決的觀察。再者，調適措施不能造成過度負擔的想法，則來自障礙者美國人法（ADA, American with disability Act）合理調適措施（reasonable accommodation）的採用，不能造成雇主過度負擔（undue hardship）<sup>103</sup>。

## 第二款 生理差異/生理缺陷與當事人難以改變的特徵

上一款藉由 McClusky 的理論分析，我們看到障礙者的不平等與社會功能容易被連結到生理限制。本款則就生理差異部分進一步進行分析，討論另一個反差異論下主張障礙者平等時可能會碰到的問題。亦即，「障礙」可能被視為生理差異、生理缺陷或當事人難以改變的特徵，這樣的特徵認定方式可能對主張障礙者平等產生何種影響？以下主要從我國大法官解釋與學說著手進行分析。

以司法院釋字第 626 號解釋<sup>104</sup>為例，該號解釋是以生理差異/生理缺陷（「色盲非屬人力所得控制之生理缺陷」）與教育事項屬重要權利兩個理由，作為「應受較為嚴格之審查」的基礎（在解釋理由書的脈絡中即指較不能為差別待遇）。

<sup>103</sup>可以補充說明的是，加拿大與美國同樣都是採用合理調適措施，但根據 Oakes 對於兩國的比較法研究，加拿大法院比較注重權利分析，美國法院則比較注重雇主成本效益的評估。美國偏重效益導向的分析，可能也是讓其吝於給予合理調適措施的原因之一，而不能只歸因於 McClusky 提出的社會/生物區分與特殊待遇原則。See WAYNE THOMAS OAKES, PERSPECTIVES ON DISABILITY, DISCRIMINATION, ACCOMMODATIONS, AND LAW: A COMPARISON OF THE CANADIAN AND AMERICAN EXPERIENCE, 6 (2005).

<sup>104</sup> 2007 年司法院釋字第 626 號解釋的爭點是關於「中央警大碩士班法律系招生簡章拒色盲者入學規定是否違憲」。理由書摘錄如下：「至於系爭招生簡章規定以色盲為差別待遇之分類標準，使色盲之考生無從取得入學資格，是否侵害人民接受教育之公平機會，而違反平等權保障之問題，鑑於色盲非屬人力所得控制之生理缺陷，且此一差別對待涉及平等接受教育之機會，為憲法明文保障之事項，而教育對於個人日後工作之選擇、生涯之規劃及人格之健全發展影響深遠，甚至與社會地位及國家資源之分配息息相關，系爭規定自應受較為嚴格之審查。」



換言之，與前項 McClusky 的說法恰恰相反，當一個規範與障礙者生理差異相連時，反而較不能容許差別待遇。

不過，在後續合理化差別待遇的論述上，大法官認為：「因警察工作之範圍廣泛、內容繁雜，職務常須輪調，隨時可能發生判斷顏色之需要，色盲者因此確有不適合擔任警察之正當理由。是系爭招生簡章規定排除色盲者之入學資格，集中有限教育資源於培育適合擔任警察之學生，自難謂與其所欲達成之目的間欠缺實質關聯。」可以說又與 McClusky 的說法相符，亦即將將社會功能連結至生理狀態，當差別待遇規範越像是源於生理差異時，越像是有「真實的差異」，而可被判定為「合理差別待遇」。在該號解釋中，生理差異一方面作為升高審查基準的理由（較不能為差別待遇），一方面又作為合理化差別待遇的事由，相當奇特。

只是，在隔年司法院釋字第 649 號解釋中，司法院釋字第 626 號解釋的見解是否有繼續維持，並不明朗<sup>105</sup>。雖然在司法院釋字第 649 號解釋中<sup>106</sup>，大法官仍有提到「視障非屬人力所得控制之生理狀態」，並且有採取較為嚴格審查之表示（「須該規定所追求之目的為重要公共利益」、「手段與目的間須有實質關聯者」），但大法官採較為嚴格之審查是否與視障者生理狀態有關，本文認為大法官的行文有些曖昧難辨。例如，除了生理狀態，大法官還提到「（視障者的）弱勢之結構性地位不易改變」<sup>107</sup>與「使多數非視障者均不得從事按摩業，影響甚鉅」，這些

<sup>105</sup>本文持比較保留的態度，不同見解如孫迺翊、黃昭元皆曾指出司法院釋字第 649 號解釋延續司法院釋字第 626 號解釋「非屬人力所得控制之生理缺陷」，因而採較嚴格之審查標準。孫迺翊，再探視障按摩保留條款之合憲性—大法官釋字第 649 號解釋的法事實與法釋義，中研院法學期刊，9 期，頁 56（2011 年）。黃昭元（註 21），頁 172。但黃昭元同時有提到一個本文認為重要的問題點，亦即司法院釋字第 626 號解釋是對色盲者不利的待遇，升高平等權審查基準看起來較合理，反觀司法院釋字第 649 號解釋則是對視障者有利的待遇，升高平等權審查基準（讓本案較易違憲）似乎說不過去。

<sup>106</sup> 2008 年司法院釋字第 649 號解釋的爭點是關於「身心障礙者保護法按摩業專由視障者從事之規定是否違憲」。司法院釋字第 649 號解釋理由書摘錄如下：「查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。」

<sup>107</sup>黃昭元認為此觀點有實質平等觀的考量，但似乎沒有影響大法官的審查標準決定。黃昭元（註

點是否與審查標準相關？或者只是大法官對立法理由的認定？耐人尋味。其他法學研究者如廖元豪<sup>108</sup>、許志雄<sup>109</sup>也認為本號解釋關於平等權審查基準的決定，並不清楚。另外，障礙者的生理差異也未變成合理化差別待遇的事由。因為大法官解釋的說理通常不是很充足，我們很難直接由解釋文與理由書去了解原因。

本文希望可以藉由學說見解繼續思考障礙者平權與生理差異或當事人難以改變特徵間的關聯。在就業歧視法制的討論中，焦興鎧曾主張就業歧視所禁止歧視的項目應具有「與生俱來而無法改變」的特質，在對我國就業評議制度改進的中程建議中，焦興鎧甚至基於此標準而主張將就業服務法第5條所列思想、階級、宗教、黨派、容貌及以往工會會員身分七項法定禁止項目均予刪除<sup>110</sup>。雖然就結

---

21)，頁174。

可留意大法官解釋中也帶有部分反從屬論色彩。在行文上，本文在反差異論的討論中，較常使用我國大法官解釋。需澄清的是，本文並未認為我國大法官純然採取反差異論，完全忽略反從屬論，本文行文中也有提及反差異論與反從屬論仍有相容的時候。換言之，大法官多以反差異論著重的「是否有差別待遇」做為審查架構，但有時仍會納入反從屬論改善弱勢群體不利地位的考量。大法官解釋中反從屬論色彩，具體例子如：司法院釋字第649號解釋大法官有注意到「(視障者的)弱勢之結構性地位不易改變」、憲法增修條文著重弱勢者之保障。黃昭元口試委員也提到該號解釋文末「(主管機關應)保留適當之就業機會(給視障者)」表示肯定可採用強制定額進用，司法院釋字第719號解釋「政府採購得標廠商員工逾百者應進用一定比例原住民案」，大法官也不太刁難保障原住民就業的規範。(以上兩案大法官有注意弱勢者之保障，而非形式上論述處境不同即可給予不同待遇，較有反從屬論色彩，非「不等者不等之」)陳昭如教授則提醒，司法院釋字第666號解釋承認對女性的間接歧視，也脫離只看「是否有法律上差別待遇」的反差異論審查。

其次，雖然大法官解釋中亦有反從屬論色彩，此處本文想指摘的是：大法官有看見弱勢者，但看見後該如何處理、大法官可有何作為(如是否影響審查標準)卻不清楚。相對而言，黃昭元認為弱勢者保障規範的審查標準應降一階(較寬鬆)則較明確。黃昭元，頁173。

<sup>108</sup>廖元豪認為司法院釋字第649號解釋中大法官的說理比之前的解釋文清晰很多，與本文見解相同的部分是，廖元豪也認為本號解釋的一大漏洞是未說明從嚴審查平等權的原因。廖元豪，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六四九號解釋，台灣法學雜誌，123期，頁187-193(2009年)。另外，視障者獨占按摩業是「非個人努力所能達成」的職業限制，作為工作權從嚴審查的基礎，則比較清楚。

<sup>109</sup>許志雄也認為本號解釋關於大法官平等權審查基準的決定過程令人困惑。許志雄認為大法官提到「視障非屬人力所得控制之生理狀態」是要從嚴審查平等權，後面提到立法者制訂保護障礙者的制度應予尊重，如果尊重立法者裁量一般應是從寬審查，從嚴或從寬的轉折到決定用較嚴格的標準，大法官說明不清。許志雄，職業規制與保留的違憲審查(下)——司法院釋字第六四九號解釋評析，法學新論，20期，頁12(2010年)。

<sup>110</sup>焦興鎧，我國就業歧視評議制度之現況及實施檢討評析，臺大法學論叢，31卷2期，頁170-172、188(2002年)。

晚近焦興鎧有注意到身心障礙未必是「與生俱來無法改變特質」(Immutable Characteristics)，而將「與生俱來無法改變特質」歸為美國第一代就業歧視法制的特徵。焦興鎧，美國公平就業法制之發展特質及對我國建構就業平等法制之啟示，各國就業平等法制學術研討會，勞動部委託中華勞動及勞資關係協會主辦，頁11-12、17(2014年11月)。

論而言，建議保留反障礙歧視的項目對障礙者有利，但將障礙視為「與生俱來而無法改變」的特質，推論上卻有待商榷。許多障礙是因為天災人禍或老化而在後天出現，並非與生俱來。障礙也非無法改變，如果著重障礙的社會成因，營造無障礙環境就是改變障礙情況。即使只是用狹義的、生物性的損傷（*impairment*）來看待障礙，我們也可以看到 2 歲多的聾人幼童動手術裝人工電子耳，之後獲得 8、9 成聽力並進入一般學校上課、唱歌的新聞<sup>111</sup>。當然，最重要的問題是焦興鎧也未說明為何採取「與生俱來而無法改變」作為反歧視項目的判斷標準。焦興鎧的說法應非自創的獨門見解。Hoffman 針對美國就業歧視法上不可改變性（*Immutability*）的研究<sup>112</sup>，區分出兩種定義：「作為出生機遇的不可改變特徵」（*Immutable Characteristics as Accidents of Birth*）與「作為不能改變的/對身分認同具根本重要性的不可改變特徵」（*Immutable Characteristics as Unchangeable or Fundamental to Identity*），兩者相加，大約即等同「與生俱來而無法改變」的特質。Hoffman 認為「出生機遇」作為禁止就業歧視的特質包含過窄，如宗教、障礙皆有可能改變，但這些特質的改變對身分認同、自我概念的形塑有根本重要的影響，故第二個定義較為周延。只是仍有美國上訴法院使用出生機遇（*accidents of birth*）的概念，所以 Hoffman 仍放入討論。

比起焦興鎧看起來較嚴苛的「與生俱來的特質」的要求，其他學者似乎只討論到「無法/難以改變」，也不會認為此為禁止歧視項目的必要要求，而只是如司法院釋字第 626 號解釋般，當成加強審查標準的理由。如黃昭元曾解釋大法官所稱「非屬人力所得控制」應是指當事人「事後以人力予以改變的可能性」，而非原因是否可歸責於個人（如：自己的過失釀成車禍造成身心損傷）<sup>113</sup>。李建良則

---

<sup>111</sup>蔡淑媛，一家 3 代皆聾人 為讓女兒拾聽力 甘願失婚背重債，自由時報，2014 年 10 月 12 日，<http://news.ltn.com.tw/news/life/paper/820710>（最後瀏覽日：2015 年 7 月 13 日）。可以注意的是，裝人工電子耳是有代價的，報導中表示，女兒裝人工電子耳的費用高達 80 萬元，而該家人經濟狀況並不寬裕，爸爸月薪僅 2 萬多元，政府也只補助一半，所以爸爸須背債來付這筆費用。由於爸爸也是聾人，或許可以假設，如果聾人所受的社會不利益沒有這麼大，爸爸薪水有可能比較好。可以見到障礙深深交織著階級、貧窮問題。

<sup>112</sup> Hoffman, *supra* note 98, at 1509-1519.

<sup>113</sup>黃昭元，平等權案件之司法審查標準——從釋字第 626 號解釋談起，收於：廖福特主編，憲法

主張用「受差別待遇的當事人對於差別待遇的標準越不能予以影響者」<sup>114</sup>來判斷是否應從嚴審查，標準似乎比「無法改變」更為寬鬆<sup>115</sup>。問題是，黃昭元與李建良似乎也無法說明為何採此標準加強審查，黃昭元在文章中也質疑大法官「非屬人力所得控制」與從嚴審查間是否有內在關聯存在<sup>116</sup>。近來黃昭元則更明確表示「非屬人力所得控制」不應做為從嚴審查的理由，從嚴審查的理由應該是障礙者在法律上、事實上長期遭受各種歧視，以及障礙者在民主程序中政治無權力者的地位<sup>117</sup>。

總體而言，以加強審查基準的因子而言，不論是以生理差異、生理缺陷或當事人難以改變的特徵為名，障礙者都可以受到「從嚴審查」的平等權保障。不過，這樣的保障也潛藏了幾個問題。首先，這個討論脈絡常常是發生在反差異論的平等觀下，「從嚴審查」的平等權保障便意味著較不能為差別待遇，所以反而易成為積極矯正歧視措施的阻力<sup>118</sup>。而且在容許差別待遇與不容許差別待遇之間，生理差異同時又可作為合理化差別待遇的基準，又讓障礙者難以受到保障，似有些矛盾。其次，就這些標準本身而言，過於偏重內在於個人的因子，但障礙歧視的認定應該更加關注社會對待障礙者的方式。反從屬論會質疑個人特徵的使用，無法看見群體間權力不對等的作用，男性之於女性的生理差異就跟女性之於男性的生理差異一樣多，如果只看「生理性別」，男性與女性也都可以算是難以改變的特徵，但我們看不到其間的權力不對等。或許就是由於這些標準未關注到社會關係，所以讓人難以找到其與平等權的內在關聯。第三，偏重個人因子也會與障礙的社會模式相左。障礙的社會模式希望我們關注障礙的社會成因並想辦法改造社

---

解釋之理論與實務第六輯，頁 569-578（2009 年）。

<sup>114</sup>李建良（註 15），頁 98。

<sup>115</sup>在操作上，李建良的標準也顯得相當寬鬆。其曾舉例，某甲有藥師執照開設藥局，法律規定非藥商不得為藥物廣告，使甲的藥局無法為藥物廣告，形成差別待遇。李建良提到：「除非甲放棄開設藥局，改行從事藥商工作，否則在現有條件下，甲似無法改變現狀」，因此應加強審查。此應為「受差別待遇的當事人對於差別待遇的標準越不能予以影響者」的應用。李建良（註 15），頁 105。

<sup>116</sup>黃昭元（註 113），頁 569-573。

<sup>117</sup>黃昭元（註 21），頁 173-174。

<sup>118</sup>可參 Fiss 提到反差異論的對稱性兩難（dilemma of symmetry）。Fiss, *supra* note 11, at 111-112.

會，偏重個人因子卻有使障礙的醫療模式復辟的嫌疑。比方說，如果認定某些生理損傷有治療、復健的可能（如上述植入人工電子耳的例子），並非「難以改變」，可能會要求障礙者需要改變，又將障礙問題歸責於障礙者個人<sup>119</sup>。此可類比於性傾向是否可改變的論爭，如美國 1990 年代有些反同派（anti-gay）人士認為同性戀是一種錯誤的個人「選擇」，擁同派（pro-gay）的平權訴訟策略則是希望利用當時方興未艾的基因科技去證明性傾向是天生的且無法改變，並非選擇。法學者 Halley 則指出，不論反同派或擁同派，皆可能採取強的本質主義（strong essentialism，認為性傾向是被決定的、固定的個人特質）或建構論（constructivism，認為性傾向是偶然的、可變的、個人可管理的特質）觀點，即使擁同派本質主義者說明性傾向是天生且無法改變，反同派本質主義者仍可能認為這是不應該發生的事<sup>120</sup>。其實，平等與歧視的問題不需要處理「天生且無法改變」或「選擇」的爭論（不須問這是否能變），重點毋寧是為何只有異性戀被認為是正常，其他性傾向則被貶為錯誤的、不道德的<sup>121</sup>。同理，為何只有健常人被認為是正常，障礙者則必須努力變得跟健常人一樣。

## 第二項 反從屬論下可能的障礙者平等問題

在反從屬論下，我們應該試著去探究障礙者基於群體身分所受到的壓迫型態是什麼樣子，群體間宰制與從屬的不平等權力關係是如何運作，法律在其中又是

---

<sup>119</sup> Key 曾提出應該區分可改變的損傷（mutable impairment）與不可改變的損傷（immutable impairment），如果是可改變的損傷，障礙者須盡力改變，否則雇主無義務提供合理調適措施。See Lisa E. Key, *Voluntary Disabilities and the ADA: A Reasonable Interpretation of Reasonable Accommodations*, 48 HASTINGS L.J. 75 (1996). Crossley 則對 Key 的看法提出批評，認為醫師判斷障礙者可以復健改善往往不能保證得到較好的結果，當事人可能歷經痛苦、花費大量時間、金錢，卻未能改善，甚至也可能變得更糟。See Mary Crossley, *Disability Kaleidoscope*, 74 NOTRE DAME L. REV. 621, 653 (1998).

<sup>120</sup> Halley 還有提到另一種反同派的觀點是認為部分孩童在性傾向上是猶豫不決者（waverers），在教育上應該給他們「正確的指引」，使其選擇異性戀。此觀點未必強制非異性戀者改變性向，但仍要傳達只有異性戀才是正常的訊息。See Janet E. Halley, *Sexual Orientation and the Politics of Biology: A Critique of the Argument from Immutability*, 46 STAN. L. REV. 503, (1994).

<sup>121</sup> 美國關於同志是選擇或無法改變（immutable）的說法從 1990 年代延續到 2000 年代。美國具同性戀身分的法學者 Kenji Yoshino 認為，說同性戀是好的（good），比說同性戀是無法改變的（immutable）要好。在雙性戀者的情況，也會面臨無法使用「無法改變/選擇」的抗辯。KENJI YOSHINO, *COVERING: THE HIDDEN ASSAULT ON OUR CIVIL RIGHTS* 46-49 (2006).

扮演什麼樣的腳色。

對此，本文認為應該對障礙者受到的壓迫型態有更細緻的、明確的討論。司法院釋字第 649 號解釋也曾指出視障者「弱勢之結構性地位不易改變」。問題是，如果想要改善不平等權力關係，勢必應該更清楚地點出障礙者面臨的結構問題，而不能只是泛泛地表示障礙者處於弱勢處境。基於此，本項的兩個部分將分別引用障礙研究學者 Ravaud 與 Stiker 對排除與融入的討論，以及 Iris Young 所歸納的五種壓迫型態，做為參考。

需要說明的是，障礙者在不同國家與社會中，可能遭遇到不同的壓迫型態與結構性問題。因此，本文主要希望在台灣法律史的耙梳中，看見障礙者的從屬問題，而不是拿西方研究中既有的障礙者壓迫型態，直接套用到台灣法律史的脈絡中，然後問台灣是否也有與西方相同的問題。不論是 Ravaud、Stiker 或 Iris Young 的理論概念，都只是本文法律史探尋過程中的「參考」對象，西方既有的概念工具未必適合台灣<sup>122</sup>。但既有的概念工具即便不合手，仍可想辦法使其變得合手些，完全放著既有的概念工具不用，也非明智之舉。

### 第一款 排除與融入交織的多種不平等可能

障礙研究學者 Ravaud 與 Stiker 將排除和融入 (Inclusion/Exclusion) 作了多樣化的分類<sup>123</sup>。第一層的分類可分為「排除於社會之外」(exclusion from a society) 與「在社會中的排除」(exclusion within society)，這兩種分類項下都還有子分類。

「排除於社會之外」可再分為：第一，藉由滅絕排除 (exclusion through elimination)：包括直接使障礙者死亡、得知胎兒不健全時終止懷孕、協助障礙者積極安樂死或自殺、在優生學下勸導障礙者絕育。值得注意的是，優生學 (eugenics) 問題也

<sup>122</sup> Iris Young 在其書的介紹中，明確的表示她的哲學探究起點是美國社會中的宰制壓迫關係與社會運動，她並沒有要建立一套去脈絡、去時間性、可以適用到所有社會的正義理論。所以直接將其理論套用到台灣，大概也是違反 Young 的本意。YOUNG, *supra* note 89, at 3-4, 7.

<sup>123</sup> Jean-Francois Ravaud & Henri-Jacques Stiker, *Inclusion/Exclusion: An Analysis of Historical and Cultural Meanings*, in HANDBOOK OF DISABILITY STUDIES 490 (Gary L. Albrecht, Katherine D. Seelman, and Michael Bury eds., 2001).

涉及美國女性主義者障礙研究（feminist disability studies）對女性主義的批判。Sharon Lamp與Carol Cleigh認為當代美國女性主義漠視障礙者女性的身體控制權議題，此種漠視從早期美國女性主義的發展即存在，她們回顧美國兩位女性主義重要影響人物Charlotte Perkins Gilman(1860-1935)與Margaret Sanger(1879-1966)的作品，認為Gilman與Sanger在倡導生育控制、讓母親自由的同時，也宣導優生學，希望限制障礙者生育並消除「不適者（the unfit）」<sup>124</sup>。美國在障礙者絕育（sterilization）管制上有可怕的歷史。美國印第安那州在1907年通過強迫智能障礙者絕育的法律，1927年的Buck v. Bell案美國最高法院曾宣告維吉尼亞州絕育法（Virginia sterilization law）合憲<sup>125</sup>，到1948年美國有32個州有相關法律<sup>126</sup>。由此可知智能障礙者受歧視的嚴重性。我國法律史上，目前為止似只有優生保健法第9至11條有人工流產手術與結紮手術相關規定，主要是以「自願」與「勸導」達到優生目的，並未強迫智能障礙者或其他障礙者絕育。然而，智能障礙者生育與身體自主權、優生學的問題仍存在（比如：智能障礙者家長仍會將其帶去進行結紮手術），值得再留意<sup>127</sup>。第二，藉由拋棄排除（exclusion through abandonment）：相對於直接滅絕，拋棄是採用比較間接或消極的方式，停止顧慮、照顧障礙者，包括消極安樂死或遺棄障礙嬰兒。

「在社會中的排除」是肯認障礙者存在於社會之中，但可能將其安排到隔離或邊緣化的處境。比較特別的是，Ravaud與Stiker認為這些排除和融入之間有互

<sup>124</sup> Sharon Lamp & Carol Cleigh, *A Heritage of Ableist Rhetoric in American Feminism from the Eugenics Period*, in *FEMINIST DISABILITY STUDIES* 175, 175-189 (Kim Q. Hall ed., 2011).

<sup>125</sup> 美國優生學與絕育法管制史，see Paul A. Lombardo, *Disability, Eugenics, and the Culture Wars* *Disability*, 2(1) *ST. LOUIS U. J. HEALTH L. & POL'Y* 57, 61-65(2008).

<sup>126</sup> 張珏，台灣地區智障兒家庭計畫及優生保健研究：台北地區研究，頁14（年分不詳）。關於本研究計畫做成的年分，目錄上註記：women's research program received March/25/1992，所引用的參考文獻最新為1990年的文獻，推測做成年代是1990年至1992年。由該研究計畫可見1990年代初期臺灣智能障礙者家長、教育人員、衛生與社會福利人員對女男智能障礙者絕育的看法。

<sup>127</sup> 目前國內文獻對智能障礙者絕育/生育與身體自主權、優生學的討論並不多。參嚴嘉楓、林金定，智能障礙者女性月經來潮歷程探索：以智能障礙者女性與其主要照顧者之視觀分析，身心障礙研究，7卷3期，頁156-181（2009年）。嚴嘉楓、林金定的訪談研究有提到目前我國女性智能障礙者有進行結紮、裝置避孕器、子宮摘除手術，怕女性智能障礙者孕育下一代。子宮摘除手術部分，主要是針對重度智能障礙者，因為家長擔心其難以處理月經問題。另可參卓妙如、潘玉涵、詹沛琪、王秋琪、蔡育倫、吳佳靜、王譽潔，智能障礙者絕育議題之倫理考量，身心障礙研究，5卷3期，頁178-197（2007年）。

相協力、互相定義的特質，有某種融入便可能同時對應到某種排除。在社會中的排除有四個子分類，以下分述之。

第一，藉由隔離排除（**exclusion through segregation**）或差異式融入（**differentiated inclusion**）通常是地理式的排除，但同時也可說讓障礙者留存（融入）於社會中，並未直接滅絕、拋棄障礙者。最顯著的例子是將精神障礙者強行送入精神病院等西方國家機構化的歷史。除了居住式的教養機構，也可包含僅在特定生活領域的隔離，如教育領域的特教學校、就業領域的庇護工場（**sheltered workshop**）、特殊交通設施。另外，在實踐上，有種常見的正當化隔離的說詞是，隔離只是暫時性的，經過一些教育或職業的特殊訓練後，障礙者方能融入主流。但實際上「暫時」的期間可能越拉越長，直到永遠。

第二，藉由協助排除（**exclusion through assistance**）或條件式融入（**conditional inclusion**）是看到協助與維持次等地位間的危險關係。協助是看到一群人需要幫助，但條件是受幫助者需待在他們原先次等的位置，讓幫助者有機會展現善行與自我的崇高。社會安全與社會保險的正當性在此可能受到質疑，障礙者被視為可免於工作者，對其無工作能力的認定與肯認其需受幫助，可能會維繫其從屬與依賴關係。

第三，藉由邊緣化排除（**exclusion through marginalization**）或藉由正常化融入（**inclusion through normalization**）是在邊緣與常規中掙扎。邊緣化是由於未依現有規則運作，而移往邊陲的過程。但多數人會希望融入社會而接受社會常規，正常化便是說如果想被接受、融入社會，需要服從既有的社會常規（**norm**）。像是復健即是要減少障礙者對常規的偏離，讓其儘可能如健常人般行動。

第四，藉由差異排除（**exclusion through discrimination**）或進步性融入（**progressive inclusion**）是指無差異的平等。當代民主社會禁止在公領域區分不同類型的人，並為差別對待。但不能為消極差別待遇（**negative discrimination**）的同時，也抹殺了積極差別待遇（**positive discrimination**）的可能性。消除差別



待遇與要求障礙者「正常化」均是同化模式的展現，要變得跟健全人一樣。

在Ravaud與Stiker的理論架構下，不管是排除或是融入，都有不平等的可能，因為排除與融入有相輔相成的關係。就像是捐獻金錢給障礙者，在捐獻者與被捐獻者間產生了社會連帶，似乎將障礙者融入社會中，但此行為是否也讓捐獻者展現自我崇高與障礙者的次等性？雖然Ravaud與Stiker的理論讓我們看到障礙者不平等問題幾乎無所不在，但他們似乎也讓我們陷入不平等的牢籠中，不管怎麼做都是不平等。

Ravaud與Stiker並未提出較好的解決方案，他們既反對同化模式(assimilation model)，也反對差異模式(differentiation model)，因為同化模式讓我們太快從「對於平等的肯認」跑到「對於相同的欲求」，讓障礙者必須像他人一樣行動。一個實例是為了讓聽障者融入健全人，禁止聽障者使用手語，而需靠讀唇等方式，如健全人般用口語溝通。另一方面，差異模式肯認社會中有差異存在，但可能只看到社會中的多元性，未重視社會中的差異有不平等關係。問題是，最終Ravaud與Stiker似沒能擺脫對於相同與差異的思辨，找出較好的平等理論。

大體而言，Ravaud與Stiker一方面提供了障礙者壓迫態樣的整理，讓我們對障礙者的不利益處境有較多理解，另一方面，他們卻未能完全逃離反差異論的枷鎖。再者，在他們的理論下，庇護工場屬於地理式的隔離(或稱「差異式融入」)，因而有不平等問題。採取反從屬論觀點的憲法與反歧視法研究者Colker卻對融合假設(integration presumption)提出反省，認為將障礙者與健全人放在同一個空間未必是件好事<sup>128</sup>。Colker的質疑，部分來自於其觀察自己孩子學習的經驗。Colker的兒子在上小學以前，平常日都會花5小時在傳統學齡前學校和一般孩童一起上課，花3小時在同間學校專為障礙學童設計的教室上課。奇怪的是，老師必須在教室中安排一些典型角色模範(typical role model)以符合聯邦法對於融

<sup>128</sup>See COLKER, *supra* note 14, at 1-38,78-140,248-275 (2009). 其中，“Introduction”，“Anti-Subordination Above All: A Disability Perspective”兩章主要可了解 Colker 的平等觀，“K-12 Education”和“Reflections on Race: The Limit of Formal Equality”兩章則可了解 Colker 如何在個案運用經驗資料來探求該如何實踐平等。

合的要求。但因為這些角色模範學童具有語言發展上的優勢，他們進到教室後往往主宰了教室，讓老師對於障礙學童的教導更形困難。Colker認為，雖然融合有時的確能促進平等，但我們不應該假設融合本身是目的或不證自明的道德戒命，或假設分離一定是不平等。換言之，融合不等於平等，融合/分離的區分還是太過形式化，而我們的目標應該是要放在促進平等，不是放在促進融合。需要有其他關於「是否平等」的判準，來告訴我們什麼時候分離比較好？什麼時候融合比較好？這部分的討論，對於本文在庇護工場（差異化的就業場所）的思考上深具啟發性。

## 第二款 五種壓迫的面向

Ravaud 與 Stiker 提供了障礙者壓迫態樣的整理，但對於宰制從屬不平等權力關係的掌握尚有待修正之處。另外，他們的分析涵蓋了障礙者生活各層面的不利益態樣，卻對障礙者就業不平等的著墨較少。相對而言，本款接著要討論的 Iris Young 五種壓迫的面向（five faces of oppression），在不平等權力關係的掌握上有比較完整的論述<sup>129</sup>。且對於工作不平等的討論比較多，五種壓迫的面向中，有三種面向主要是關於勞動分工（剝削、邊緣化、無權力），另外兩種壓迫面向（文化帝國主義、系統性的暴力）比較不限於勞動分工，但也可能發生在工作場所中。只可惜 Young 對障礙者不平等的著墨較少。Young 認為障礙者受到的主要壓迫型態是邊緣化與文化帝國主義<sup>130</sup>，或許因此，Young 只有在討論到邊緣化時，比較有引入障礙者不平等問題。不過，本文認為，這五種壓迫面向均有可能成為障礙

<sup>129</sup> Iris Young 的「壓迫」是否能直接對應到「不平等」、「歧視」概念？嚴格來說，Young 在“Justice and the Politics of Difference”書中的主軸應該是不正義（injustice）的問題，但不正義與不平等往往有相關性，比如：Young 在全書的介紹中提到，本書預設包括：所有人生活境況的基本平等是一種道德價值。因此，本文試圖將其連結到反從屬論。See YOUNG, *supra* note 89, at 14 (1990)。另外，此問題也與「採取何種平等觀」、「如何理解歧視」有關，Young 不贊成機械式的適用相同待遇（equal treatment）原則，而抹消群體差異。YOUNG, at 11. Young 的差異政治理論明確地反對普同單一性，所以，Young 應該不贊成反差異論。而 Young 注重社會宰制與壓迫、權力關係改善面向，是本文認為與反從屬論較相合之部分。

Young 也曾質疑 affirmative action 未必能改變壓迫結構。YOUNG, at 199。但由於 affirmative action 內涵也有高度不確定性（制度可能性相當多），似需視個別制度設計探究能否改變壓迫結構。

<sup>130</sup> YOUNG, *supra* note 89, at 64.

者工作不平等問題，從而有一併討論的必要。以下介紹 Young 所歸納的五種壓迫型態<sup>131</sup>：

第一，剝削（**exploitation**）是勞動成果移轉的過程，同時也是權力由勞動者移轉到資本家的過程。資本主義追求利潤，資本家的利潤則來自其所購買的勞動力與勞動者的勞動力實際創造價值間的落差，亦即剩餘價值。換言之，勞動者的勞動力在生產過程中被資本家所盜用。剝削的問題在於某些人只能為他人利益而工作、在他人控制下施展自己的能力，在這個過程中，不只是物質性的工作成果為他人所用，還有控制感與自尊喪失的問題。另外，剝削的概念除了可以用來分析階級（資本家與勞動者）的不平等，也被用來分析性別與族群的不平等。在性別方面，女性的家務勞動、情感照顧勞動使男性在外從事更有權力地位的工作成為可能。在族群方面，白人從事高技術、高報酬工作，往往也是依靠非白人從事「僕人的工作」，如：家務幫傭、侍者、雜役、清潔工。

第二，邊緣化（**marginalization**）是指某群體無法進入勞動市場，被排除在有意義的社會參與之外。因為難以在勞動市場中獲取基本生計，邊緣化易使這些群體受到嚴重的物質剝奪。西方福利國家的出現可以減緩物質剝奪的問題，但單靠重分配，無法根本解決邊緣化的困境，許多人還是沒有機會發揮其能力或進行有意義的社會參與。另外，Young 也有提到依賴（**dependency**）本身未必是壓迫的，每個人總是有需要依賴他人的時候，但依賴者應該還是要有社會參與機會，不能因此剝奪其決策參與或自尊。

第三，無權力（**powerless**）是工作場所中的勞動分化現象，可以用專業者與非專業者、中產階級與勞工階級、或計畫者與執行者的區分來說明這種勞動分化。專業者相對於非專業者享有特權。非專業者往往須接受命令而無法影響工作場所中的決策，他們較沒有機會發展或施展技能，工作自主性較低，權威感與受到的尊敬也較低。而且，專業者的特權也常常由工作領域延伸到日常生活領域，比方

---

<sup>131</sup> YOUNG, *supra* note 89, at 39-65.

說，人們往往比較願意聽專家的話，並給予專業者較多尊敬。

第四，文化帝國主義（cultural imperialism）是指讓某個群體的特定觀點隱身於中立的外表下，變得無影無形，而形成一種看似普世皆然的常規（norm）。同時，將其他群體的經驗放在該常規下檢驗，讓其他群體變成有差異的群體，甚至是偏常或次等的（deviant/inferior）群體。在這種主宰的社會文化意義下，健全人、男性、異性戀者的經驗容易被當成中性的常規，同時，障礙者、女性、同性戀者的經驗如果與這些中性常規不符，便會變成差異或偏差的經驗。

第五，（系統性的）暴力（violence）是指某些群體知道他們基於群體身分，特別容易被標註為暴力攻擊的對象。這裡的暴力除了肢體攻擊，也包括帶有貶抑某群體成員意味的騷擾、威脅或戲弄。暴力常常被當成只是個別偏差者的錯誤行為，但 Young 指出暴力問題不只是個人問題。他想要強調的是系統性的暴力讓暴力成為一種壓迫面向，環繞其間的社會脈絡讓暴力更容易發生，對於以群體成員身為目標的暴力的容忍（如：沒有或只有輕微的懲罰），也繼續助長此問題。

Young 認為障礙者受到的主要壓迫型態是邊緣化與文化帝國主義，本文希望可以以輪椅族的例子說明這兩種壓迫狀態可能同時存在。沒有無障礙設施的工作場所可能被視為中性的、普通的工作場所，這其實隱藏了文化帝國主義下以健全人為中心的觀點，而使輪椅族連要進入某機關工作都有困難。這同時也造成輪椅族邊緣化的勞動處境，因為難以進入工作場所或在工作場所中活動，也容易影響其勞動參與。另外，Young 雖然沒提到障礙者與剝削、無權力、系統性暴力的關聯，但本文認為這些問題皆可能發生。即使障礙者克服邊緣化問題，進入勞動市場，仍有可能面臨雇主剝削（如：雇主恣意扣減障礙工作者薪資）<sup>132</sup>、只能從事較無權威性工作（如：視障者無法從事專業性較受肯認的針灸、物理治療工作）<sup>133</sup>、遭到職場騷擾（如：視障按摩師易受性騷擾問題）或霸凌的問題<sup>134</sup>。五種壓

<sup>132</sup>剝削請參第四章產能核薪之討論。

<sup>133</sup>從事較無權威性工作與第四章視障按摩業去專業化困境有關，但後來本文將去專業化困境獨立成一種壓迫型態來討論，參第四章註 42。

迫面向皆有可能作為障礙者工作不平等問題。

## 第四節 小結

由於同時存在有反差異論與反從屬論兩種平等觀，我們必須思考他們之間的關係。Fiss 曾經區分三種情形來決定兩種平等觀的選擇與適用<sup>135</sup>。在第一種情況，如：不讓黑人進入公共設施，會同時違反反差異論與反從屬論。在第二種情況，如：使用某些標準化測驗作為錄取學校或職業的標準，是無差別待遇或表面中立待遇，反差異論需(例外地)用先前存有歧視或事實上歧視來說明平等權被違反，反從屬論則可直接判讀弱勢群體從屬地位是否惡化。在第三種情況，反差異論偏向不允許積極矯正歧視措施，反從屬論則允許甚至要求積極矯正歧視措施。Fiss 認為這兩種平等觀有共存的空間，但從情況一、情況二再到情況三，反從屬論的角色會越來越重要，在原則衝突時，應以反從屬論為優先。

Fiss 是由案件類型或規範類型來區分兩種平等觀的適用。不過，反差異論與反從屬論的差異，並不只是對於不同案件類型會得出不同的結果，更重要的是，他們對於平等/不平等的預設、關懷的面向以及思考過程都會有很大的不同。如：反差異論預設了「平等=反差別待遇、無差異」，但反從屬論較不去預設平等的態樣，而是致力於消除不平等。Mackinnon 說，女人知道不平等是什麼，因為他們在不平等之中活過，但他們不知道平等長什麼樣子，因為他們尚未活在平等的世界中<sup>136</sup>。反差異論關切的問題是：不同群體是否被分類？被差異對待？分類是否精確？反從屬論關切的問題是：某個法律或實踐是否造成弱勢群體次等公民地位的維持或深化。反從屬論更需要傾聽弱勢群體的聲音與利用經驗資料，以了解法律與群體地位間的關聯。

由於兩種平等觀對平等的思考、論證方式有不少差異，再加上我們認為反差

<sup>134</sup> 職場性騷擾請參第三章第二節第一項第三款二、論歧視及引入多元交織性、合理調適措施的可能中，視障按摩師易受性騷擾之討論。

<sup>135</sup> Fiss, *supra* note 11, at 147-150.

<sup>136</sup> CATHARINE A. MACKINNON, TOWARD A FEMINIST THEORY OF THE STATE 237, 241 (1989).

異論在某些平等權案件（對表面中性待遇不敏感、將積極矯正歧視措施作為平等的例外）的處理上會有問題，比較理論一貫的做法或許是認為採取反從屬論即可，從此不再使用反差異論。問題是，反從屬論真的可以完全取代反差異論嗎？反從屬論是否能夠處理所有平等權案件？本文還是會有一些疑慮，特別是關於需要辨識「群體」、哪些群體是處於不利處境的認定上。

我們可以拿我國既有的大法官解釋來說明此疑慮。有幾號解釋是關於分類「包含過窄」大法官宣告違反平等權的例子，例如：1. 司法院釋字第 477 號解釋：戒嚴時期人民受損權利回復條例第 6 條的適用對象，原本僅限於「受無罪之判決確定前曾受羈押或刑之執行者」，大法官認為「不起訴處分確定前或後、經治安機關逮捕以罪嫌不足逕行釋放前、無罪判決確定後、有罪判決（包括感化、感訓處分）執行完畢後，受羈押或未經依法釋放之人民」均遭受同等損害，基於平等權應均可請求國家賠償。2. 司法院釋字第 624 號解釋：冤獄賠償法排除「軍事審判的冤獄」，使相關冤獄受害者無法求償違反平等權。大法官認為不論是司法機關依刑事訴訟法令造成人民損害，或軍事機關依軍事審判法令受理案件造成人民損害，只要是冤獄受害人皆應享有國家賠償請求權。3. 司法院釋字第 400 號解釋：國家在徵收私人土地之時，會給予徵收補償。但有些地主所擁有的土地是既成道路有公用地役關係，行政院的命令規定此部分土地不需給予徵收補償。大法官認為徵收某範圍的私有土地，均應給予徵收補償。4. 司法院釋字第 542 號解釋（本號為警告性解釋）：翡翠水庫集水區遷村計畫安遷救濟金之發放應以「居住事實」來認定，不能只看是否設籍於該水源區，否則有違反平等原則的疑慮。

上述例子，大法官基本上都是以反差異論的平等觀進行審查，不須辨識社會群體。如果是由反從屬論進行平等權審查，就有辨識社會群體的必要。但是，這些例子可能較不涉及反從屬論常討論的社會群體（障礙、種族、性別、性傾向、階級、年齡、外國人身分等），是否要為每個案件建立一個社會群體呢<sup>137</sup>？如：

<sup>137</sup> 弱勢群體應參考歷史經驗、社會結構認定，但第二章第二節第三項反從屬論可能的限制的

1. 「戒嚴時期涉外患罪、內亂罪而權利受損者」(白色恐怖政治受難者)是一個社會群體。2. 「受冤獄者」或「因軍事審判受冤獄者」是一個社會群體。3. 「遭國家徵收私人土地者」是一個社會群體。4. 「遭國家命令遷村者」是一個社會群體。除了社會群體，還需要辨識優勢群體與弱勢群體，上述例子，基本上都可以算是國家與人民權力關係不對等的狀態，各種人民碰到國家都容易淪為弱勢群體。但幾乎所有釋憲案都會涉及「國家與人民權力關係不對等」的問題，如果是以此做為反從屬論的切入點，似乎也不適切。

基於平等權涉及的案件相當龐雜，本文暫時無法得出兩種平等觀確切的、一般性的適用上結論。比較能確定的是，本文主題為障礙者工作平權，而障礙者可以構成一個「處於不利社會處境的社會群體」。因此，較沒有上述的疑慮，可以在第三、四章戰後臺灣障礙者工作平權法律史的探尋過程中，使用反從屬論的平等觀來思考障礙者的不平等問題、受有哪些壓迫態樣。

另外，由於「機會平等」與「結果平等」也是常見的平等權討論方式，本文略述這組區分與反差異論、反從屬論的關聯。基本上，這兩組概念應無直接對應關係，換言之，反差異論不等於機會平等，反從屬論也不等於結果平等。以第一章第一節陳國詩的故事來看，要求每位教師甄試者自行寫板書，可能是無差別待遇，但在此種要求下，如陳國詩的視障者有成為教師的「機會」嗎？沒有。有人可能會以為反從屬論（或「實質平等」）是強調結果平等，這或許是由於人們常常拿一些統計結果來談論不平等（如：障礙者就業率較低、失業率較高），但在本文理解下，反從屬論也重視「權力過程」，優勢/弱勢群體不對等權力關係如何運作，因此，反從屬論應同時有機會與結果的考量。以強制定額進用制度為例，應該要看到障礙者受到就業市場排除、邊緣化的壓迫問題，強制定額進用則能緩

---

二點也提到，如何認定「社會群體」、「不利處境」，可能有不同看法，此為反從屬論難題所在。再者，雖說應參考歷史經驗事實，當某些群體的處境較少被研究時，並不易判定是否能構成弱勢群體。如司法院釋字第 584 號解釋「道交條例禁止曾犯特定罪者駕計程車規定是否違憲案」之後，田仁杰主張「具有犯罪前科者」處於弱勢地位，是受歧視、被壓迫的一群人。田仁杰，「具有犯罪前科者」之群體的平等權保障--從釋字第五八四號解釋之職業平等談起，憲政時代，32 卷 1 期，頁 71-106（2006 年）。但相關研究甚少，令筆者認為判定不易。

解此壓迫，這是一個看見不平等、抵抗不平等的過程，而不應只看最後進用了多少百分比的障礙者。

除了兩種平等觀，本章還分別介紹了 Ravaud 與 Stiker 對排除與融入的討論，以及 Young 所歸納的五種壓迫型態，做為使用反從屬論平等觀探究障礙者不平等問題的參考。或許是因為 Young 討論的主題與本論文欲處理的工作平權問題較貼近，在史料的梳理過程中，我發現 Young 的理論較能呼應臺灣障礙者工作平權在法律與社會變遷中的各種不平等問題，故第三、四章的法律史探尋，主要將借用 Young 的五種壓迫型態讓相關討論更具有理論深度，但不限於使用 Young 的理論。

再者，本文雖然在應然面向上較支持反從屬論，但法律史的研究涉及很多實然問題，需要探究過去哪些人使用什麼平等觀進行法律主張。由於偏向反差異論與偏向反從屬論的主張皆曾在歷史中出現，以下兩章將繼續出現兩種平等觀。在行文方式上，會一面說明哪種平等觀在何時被誰主張，一面用反從屬論平等觀試著找出障礙者工作不平等的癥結所在，並進行批判思考。以下進入第三章展開法律史探尋。



# 第三章 反歧視等於無差別待遇？：就業服務法反障礙歧視條款



上一章我們針對反差異論、反從屬論以及這兩種平等觀與障礙者平等的關聯做了理論性、概括性的說明。本章則進入具體的歷史脈絡，試圖了解戰後臺灣的障礙者面臨什麼樣的就業歧視問題，並以這些問題來充實反從屬論強調的壓迫、從屬與宰制間不平等權力關係的內涵，讓抽象的理論變得更加有血有肉。同時，我們也將在這些障礙者工作不平等的歷史中看到，反歧視常常被以「無差別待遇」或「等者等之」的方式理解，本章會繼續對反差異論進行檢討，說明在戰後臺灣的脈絡中，反差異論式的平等理解，對於障礙者平等權的提案、立法、立法後的案件處理，可能造成什麼限制。

本章的討論主軸是就業服務法反障礙歧視條款，這是指 1992 年制定的就業服務法第 5 條：「為保障國民就業機會平等，雇主對求職人或所僱用員工，不得以種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、性別、容貌、五官、殘障或以往工會會員身分為由，予以歧視。」該條款歷經多次修法，包括增列第 2 項<sup>1</sup>與將出生地、性傾向、年齡、婚姻幾種社會身分列入不得歧視之項目。多次修法中，僅 2001 年與 2007 年的法規變動與障礙者關係最密切。2001 年的修正，主要是將「殘障」改稱「身心障礙」（基於憲法增修條文將 1992 年所稱「殘障者」於 1997 年改稱「身心障礙者」）<sup>2</sup>，並大幅提高違反第 5 條第 1 項的罰鍰<sup>3</sup>。2007 年

<sup>1</sup>現行就業服務法第 5 條第 2 項為：「雇主招募或僱用員工，不得有下列情事：一、為不實之廣告或揭示。二、違反求職人或員工之意思，留置其國民身分證、工作憑證或其他證明文件，或要求提供非屬就業所需之隱私資料。三、扣留求職人或員工財物或收取保證金。四、指派求職人或員工從事違背公共秩序或善良風俗之工作。五、辦理聘僱外國人之申請許可、招募、引進或管理事項，提供不實資料或健康檢查檢體。」

<sup>2</sup>行政院草案原是規定「身心障礙」（本文無法確定是與身心障礙者保護法有關？與中華民國憲法增修條文？或與其他因素有關），但在委員會審查中，不知何故將行政院草案條文誤植為「身心殘障」，是湯金全委員認為基於憲法（增修條文）規定，應稱之為「身心障礙」，故又修改回「身心障礙」。參立法院公報處，立法院議案關係文書院總第 1537 號政府提案第 6906 號，立法院第 4 屆第 2 會期第 13 次會議議案關係文書（1999 年）。立法院公報處，立法院第 4 屆第 5 會期環境衛生及社會福利、司法二委員會第一次聯席會議紀錄，立法院公報，90 卷 19 期，頁 357（2001

則是增列「其他法律有明文規定者，從其規定」的歧視例外規定。

然而，本章討論的時點並非由 1992 年就業服務法反障礙歧視條款制定後開始起算，而是希望可以一併討論戰後以迄該條款制定前臺灣障礙者工作不平等的歷史。一方面，在 1992 年就業服務法立法之前，障礙者就業不平等問題已然存在，當時也有利用其他反歧視條款主張障礙者就業歧視的可能。另一方面，歷史的討論常會進行前後時間的關照，將該條款制定前的狀況與條款制定時立法者對障礙就業歧視的想像、條款制定後的狀況進行對照，會更有歷史深度，同時也符合本論文設定在戰後的時間斷限。

循此思考，以下將分為三部分，第一節為就業服務法立法之前的狀況，第二節為成功與未完成的反障礙就業歧視立法，第三節為就業服務法反障礙歧視條款制定後的實踐情形。

## 第一節 寫在就業服務法形成之前

對於反從屬論而言，平等與否的判斷並非是在做「事物本質的比較」，而是要從弱勢群體的生活經驗中，了解該群體成員為何容易在社會結構中遭受不利益，並思考改變的可能。據此，本節分為兩項，第一項先由 1992 年就業服務法立法之前，三位障礙者就業/失業的故事談起，並進行理論的分析，試圖在障礙者就業不平等的經驗基礎上，思考障礙者究竟面臨什麼樣的壓迫態樣。接著，第二項

年)。

在時序上，是 1997 年 4 月 23 日公布的身心障礙者保護法先改稱「身心障礙者」，1997 年 7 月 21 日公布中華民國憲法增修條文才改成「身心障礙者」，修憲與修法時間點相當接近。憲法增修條文改稱「身心障礙者」，也與障礙者/團體的倡議有關。身兼中華民國殘障聯盟理事的國大代表宗景宜曾在該次修憲中提到，有 150 多個殘障團體聯合交付請願書，希望將憲法中的「殘障者」改為「身心障礙者」。國民大會[速記錄]網站，第三屆國民大會第二次會議修憲審查委員會第六次會議速記錄，頁 18-19，

<http://lis.ly.gov.tw/nacgi/ttsweb?@0:0:1:dbini/nabook21db@@0.5263801494147629> (最後瀏覽日：2014 年 6 月 17 日)。國民黨提名的障礙者國大代表石元娜表示她自己比較習慣「殘障」此一名詞，會自稱殘障人士。但基於民間社團朋友的好意，而且也確實有許多人習慣改用「身心障礙者」，故應予正名。國民大會[速記錄]網站，第三屆國民大會第二次會議第二十九次大會速記錄，頁 69-70，<http://lis.ly.gov.tw/nacgi/ttsweb?@0:0:1:dbini/nabook21db@@0.5263801494147629> (最後瀏覽日：2014 年 6 月 17 日)。

<sup>3</sup> 2001 年就業服務法第 65 條：「條文違反第五條第一項……者，處新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰鍰。」在此之前，1992 年就業服務法第 62 條則規定：「違反第五條……者，處新臺幣三千元以上三萬元以下罰鍰。」修法前後罰鍰差距相當大。

將回到當時的歷史脈絡，思考在反就業歧視條款較不完備的年代中，是否仍然有動員反歧視條款創造改變的可能。另外，歷史發展上，是否有歧視的認定與反歧視條款的運用常常被以反差異論的方式理解成「是否有差別待遇」的問題，在行文中亦會一併提及。



## 第一項 社會障礙形成的就業限制

本項將由李湘華、沈曉亞、李旭僧三位障礙者就業/失業的歷史敘事著手，了解社會制度結構如何對障礙者施加就業限制。這三個故事是發生在 1960 年代到 1980 年代的臺灣（如果限於「障礙者就業/失業」的部分，則是 1970 年代後期到 1980 年代初期）。在此，「社會障礙」<sup>4</sup>中的「社會」並不對立於「國家」或「法律」，而是會將國家與法規對障礙者施加的限制一起包含進來討論。我們也將在以下故事中，看到官方認為「障礙者不能為人師表」、不能報考公務員、公立國民就業輔導中心不願推介障礙者就業、國立大學不願續聘後天失明的教授等問題，顯示國家並不能倖免於造成障礙者就業困難的責難。

另外，障礙研究學者 Oliver 曾表示，在運用障礙的社會模式時，不應該將個別的障礙問題拆開來處理，而應該整體的理解令人障礙的社會環境<sup>5</sup>。例如，障礙者的就業問題不只是工作組織、勞動市場的問題，也牽涉到交通、教育、文化層面的問題。本文對此表示贊同。因此，本文在進行歷史敘事或分析障礙者的就業不平等問題時，並不會純然限縮在障礙者將要進入職場或已進入職場後的問題，而是會同時提到交通、教育、文化等層面的問題。當然，由於本文的主題仍是障礙者工作不平等，在分析時會交代這些層面與障礙者工作不平等的關聯。

---

<sup>4</sup> 關於「社會障礙」的概念與障礙研究，請參閱第一章。

<sup>5</sup> MICHAEL OLIVER, UNDERSTANDING DISABILITY: FROM THEORY TO PRACTICE, 45 (2nd ed. 2009).

## 第一款 由三個障礙者就業/失業的故事談起

### 一、李湘華的故事

李湘華 6 歲的時候（大約在 1961 年）<sup>6</sup>，從卡車蹦下來傷到骨盤，又沒有妥善醫治，因此須使用拐杖輔助行動。後來家人把她送到花蓮的一所殘盲教養院習藝與讀書（是否表示行動不便的學童進入一般學校有困難？一般的學校不願收行動不便的學童上學？）。院童的上課時間不多，但就在這短短的上課時間中，院長何淑雅發現李湘華的學習狀況很好，還會自己拿著國語日報吸收新知。只是在殘盲教養院讀書的院童，無法取得小學文憑，難以升學。何淑雅為了鼓勵李湘華繼續讀書，向淡江中學校長爭取了試讀的機會，李湘華在第一次月考以平均成績 98.8 分的高分，證明自己適合留在淡江中學繼續讀書。

初中畢業後，李湘華希望報考師專，將來當老師，但即使她願意申請自費就讀，教育部都不願意讓她念師專，這是當時「障礙者不能為人師表」歧視文化下障礙者普遍會遭遇到的難題。她轉而參加臺北市公立高中聯考，考上北二女，基於行動不便的原因希望住校，卻被校方以須「一視同仁」地不供本地生住校回絕。顯示反差異論所堅持的「禁止差別待遇」原則或表面中立待遇原則，有時的確反而會對障礙者造成不利益。由於環境的限制，李湘華只好回到淡江中學念高中。大專聯考考上銘傳商專，深感校門口陡坡對行動不便者的不便。

更大的挑戰則來自畢業後就業市場的不友善。李湘華曾想要報名臺北縣政府的基層特考，但卻在報名的關卡上就遭到拒絕。在私人就業市場上，則只有辦法找到短期的會計助理工作。由於謀職的不順利，李湘華在朋友的慫恿下尋求時任立委的紀政幫忙。1981 年底，新聞一刊出她的故事，不久後便有多家公司透過

---

<sup>6</sup>李湘華的故事，主要參唐經瀾、曾清淡，「蝸牛」無畏世路坎坷·「羚羊」幫她掙扎奮鬥 李湘華身體殘障才智高·紀政撥冗忙於替她找工作，聯合報，1981 年 12 月 7 日 3 版。關於「李湘華 6 歲究竟是哪一年？」1981 年底與 1982 年初的報導皆曾提到「今年二十六歲的李湘華」，故往前算 20 年，李湘華 6 歲可能是 1961 年或 1962 年的事。參聯合報，「羚羊」助「蝸牛」大家伸援手三家公司和一家醫院都要請李湘華去做事 紀政聆訊好開心相信人間有溫情，聯合報，1981 年 12 月 8 日 3 版。唐經瀾，紀立委義助殘障人 李湘華找到了工作，聯合報，1982 年 1 月 7 日 7 版。

報社與立委紀政表示可以提供她工作<sup>7</sup>。最後李湘華選擇擔任臺北市房地產商人簡文基的秘書兼會計。



## 二、沈曉亞的故事

沈曉亞在 1975 年就讀某工專化工科時，因為一次練習化學實驗發生意外，臉部與手部均嚴重灼傷，成為顏面損傷者。傷後經過一段長時間的住院、多次植皮與整容手術，仍無法恢復原先的容貌，走在路上也依然被叫著「醜八怪」。沈曉亞原本的計畫是希望努力存錢，才能負擔昂貴的整容手術費用，盡可能恢復容貌。然而，在一次與勵友中心服務人員的談話後，她發現與其辛苦一生換回一張不那麼可怕的臉，不如將錢捐給其他更需要幫助的人或利用空閒時間在勵友中心擔任義工，生命會更有意義<sup>8</sup>。

這樣的故事受到新聞記者的注意，因而被報紙報導出來<sup>9</sup>。同時，沈曉亞也受邀到中視節目《愛心》接受採訪，分享她自己的故事。繼而在報紙編輯與節目製作人的鼓勵下，出版了自傳式的書——《怕見陽光的人》。當時在聯合報闢有專欄的薇薇夫人還為這本書寫了篇讀後心得<sup>10</sup>。

沈曉亞的父親曾經建議她到鳳林姑姑家一個靠山、人煙稀少的地方工作，但被沈曉亞婉拒了。透過《怕見陽光的人》，她想表達她不願一輩子躲著人群，而是希望能在陽光下、人群中工作。只是，正如薇薇夫人專欄文末指出的，現實是殘酷的，即使沈曉亞願意走到陽光下求職，也是一職難求。

她曾以未受傷時的照片應徵百貨公司的「安全管理員」，雖然通過第一關的考試，在面試時，主管人員卻在看到她後便表示：「我認為妳不適合這項工作」。應徵電子公司女作業員時，則被以「沒有缺額」拒絕。應徵教授的化學實驗助理、

<sup>7</sup>聯合報（註 6）。唐經瀾（註 6）。

<sup>8</sup>關於沈曉亞的故事，主要參考其自傳，沈曉亞，怕見陽光的人，（1980 年）。亦有參閱相關報導蔡宗英，一張破碎的臉 怕見陽光的人 容貌受損者際遇如「象人」 為生存吶喊盼獲得「正視」，聯合報，1981 年 12 月 1 日 7 版。

<sup>9</sup>可參中國時報，寂寞蘭心誰省得？且將關愛寄他人！勵友中心有人義務效勞 現身說法排除萬種閒愁，中國時報，1979 年 2 月 20 日 3 版。依照沈曉亞的自傳，該報導中化名為邱玉芝的人實際上便是沈曉亞。

<sup>10</sup>薇薇夫人，薇薇夫人專欄 怕見陽光的人，聯合報，1980 年 6 月 18 日 12 版。

總機小姐也皆未獲錄取<sup>11</sup>。即使透過私人職業介紹所介紹工作，別人看到他後，仍是以「現在不缺人」拒絕<sup>12</sup>。甚至公立的國民就業輔導中心人員也婉轉表示要推介其就業「心有餘而力不足」<sup>13</sup>，這些挫敗的求職經歷就是障礙者在工作平權路上遇到的社會障礙。

### 三、李序僧的故事

李序僧從 1963 年起應聘為政大教授，在法學院外交系及商學院講授心理學、管理心理學、工業心理學等課程。但在 1975 年時，由於重度近視、視網膜剝離，導致雙眼失明。失明後，李序僧到新莊盲人重建院學習走路、點字和其他的盲人重建訓練，並且希望能留在政大繼續教書<sup>14</sup>。然而，不論他有多大的教學熱忱與多好的學識，一旦成為障礙者，便會面臨就業市場加諸於障礙者的種種刻板印象、不信任與限制。李序僧還是遭到解雇的命運。

關於解雇李序僧的理由，政大校長歐陽勛曾表示，政大沒有特殊教育科系，所以再聘任李序僧任教的可能性不大。校方擔心他上課不方便且難以得知學生的反應或學習狀況（如：是否有人翹課）<sup>15</sup>。教育部詢問其他大學，也都得到否定的答案，理由是因為盲教授可能沒辦法維持教室秩序或可能會帶給學校許多行政困擾<sup>16</sup>。

1977 年 2 月，他受邀到中原理工學院心理系四年級教管理心理學。當時，他可以每天自己乘坐中原大學的校車來回台北和中壢間，不論在通勤或教學工作上皆順利。還會有學生主動上前攙扶他，雖然他覺得自己可以走得很好。只是，他仍然無法回到政大教書，似乎也無法取得一般學校穩定的教職。遂在 1977 年

---

<sup>11</sup>蔡宗英（註 8）。

<sup>12</sup>沈曉亞（註 8），頁 147-150。

<sup>13</sup>蔡宗英（註 8）。

<sup>14</sup>林香葵，李序僧學有專長·智者也！瞎子不能當教授·有說乎？他曾是政大學生·政大教授·等到美國進修歸來·政大卻拒絕聘用·因為他是...，民生報，1978 年 5 月 25 日 6 版。

<sup>15</sup>民生報，學界人士盡力助李序僧儘快就業，民生報，1978 年 5 月 25 日 6 版。民生報，陌生環境可以克服·世人冷眼盲人難堪，民生報，1978 年 5 月 25 日 6 版。

<sup>16</sup>林香葵，此處不留人·自有留人處·李序僧暫時不回来了！家信中說：他仍願扮演一個先驅者的角色，民生報，1978 年 6 月 26 日 6 版。

6 月赴美國匹堡德大學進修心理學和特殊教育<sup>17</sup>。

回國後，李序僧先在淡江文理學院暫代管理心理學課程<sup>18</sup>。後來到師大特教中心擔任行政工作，負責接聽臺北市教育局和師大合作新設的「中小學教師輔導諮詢專線」。同時，每週在師大理學院開有 4 個小時的教育職業輔導課程。上課時，他會讓學生幫忙寫板書或點名，增加學生的參與感<sup>19</sup>。只可惜，儘管後續的教學經驗顯示視障者仍有辦法擔任教學工作，李序僧依舊無法完成他最初的心願，回到政大教書。

## 第二款 故事的分析與延伸討論

### 一、難以進入/留在就業市場的障礙者

由以上三個故事我們可以認識到，難以進入/留在就業市場是障礙者面臨的主要就業問題之一，不論是私人單位或國家機關，都有對障礙者求職不友善的情形。因為不斷地找工作，卻又往往一再地被拒絕，所以會歷經較長的失業期間，最後能找到的卻可能只有較不穩定的短期工作。這樣的觀察，與 Iris Young 認為邊緣化（marginalization）是障礙者主要的壓迫態樣之一不謀而合。障礙者容易被排除在勞動市場外，難以獲取基本生計或進行其他有意義的社會參與。另外，我們也在歷史中看到，有時候障礙者可以進入勞動市場，但又「在勞動市場之中受到排除」，這是指肯認障礙者可以留在勞動市場，但障礙者只能被安排到邊緣化的位置，像是不穩定的短期工作。此與 Ravaud 和 Stiker 提出的多層次排除融入理論相合。

再者，障礙者在勞動市場邊緣化的現象，對照統計資料來看，亦是若合符節。國治時期早期較難找到較完整的障礙者就業統計資料<sup>20</sup>，不論是 1956 年《中華

<sup>17</sup>李序僧口述，吳英玉筆錄，失明前後(下)，民生報，1978 年 10 月 5 日 6 版。

<sup>18</sup>民生報，李序僧重執教鞭 教育部正設法安排中，民生報，1978 年 10 月 15 日 6 版。

<sup>19</sup>周梓萱，李序僧突破視覺障礙 講台上繼續作育英才 參與「教師諮詢專線」工作信心滿懷，聯合報，1980 年 12 月 21 日 7 版。黃寶萍，沒有被失明擊倒的李序僧 專攻特殊教育開創第二生命 照樣誨人不倦為殘障指迷津，民生報，1985 年 2 月 28 日 9 版。

<sup>20</sup> 在此之前，日治時期則有若干次障礙者就業統計，但本文討論範圍不及於日治時期。

民國戶口普查報告書》<sup>21</sup>、1966年《中華民國五十五年臺閩地區戶口及住宅普查報告書》<sup>22</sup>或1980年《中華民國六十九年臺閩地區戶口及住宅普查報告》<sup>23</sup>都有經濟活動人口的統計，但未特別將障礙者獨立出來，「殘廢、久病或老衰」（1956年和1966年的統計）或「殘障」（1980年的統計）只是非經濟活動人口中的一個統計項。這樣的統計，讓我們難以看到有多少障礙者進入就業市場？從事什麼樣的工作？卻似乎呼應了就業市場常常將障礙者視為不適格勞動力的問題。

與這三個故事年代接近的1981年，出現了較完整的障礙者就業統計，這是由於1980年殘障福利法有定期舉辦殘障者調查之規定<sup>24</sup>，國家開始稍微重視障礙者的鑑定、就業與生活狀況。若要追溯立法緣由，於1979年殘障福利法草案提出時，第5條即是如此規定，立法理由是希望了解殘障者需求並予協助<sup>25</sup>。若往前追溯，負責提出殘障福利法草案的內政部曾在1976年召開「社會福利業務研討會」，並在同年底作成「當前社會福利服務與社會救助業務改進方案」，其中有提到要「辦理全國身心殘障者普查與鑑定工作，以為就醫、就學、就養及重建就業之輔導依據」<sup>26</sup>。不過，本文沒有搜尋到1976年到1980年間有障礙者普查資料，所以可以說障礙者普查是一件至少在1976年行政機關就認為該做的事，但拖到1981年，藉由殘障福利法立法的契機才完成<sup>27</sup>。

由1981年《台灣地區殘障者複查與鑑定工作總報告》中可知，當年障礙者的勞參率為30.22%（男性36.15%；女性19.73%）<sup>28</sup>，若對比於同年臺灣地區整

<sup>21</sup>臺灣省戶口普查處，中華民國戶口普查報告書 第二卷：台灣省 第四冊 人口之行業，頁97-100（1956年）。

<sup>22</sup>臺灣省戶口普查處，中華民國五十五年臺閩地區戶口及住宅普查報告書 第一卷 臺閩地區，頁123-130（1969年）。

<sup>23</sup>行政院戶口普查處，中華民國六十九年臺閩地區戶口及住宅普查報告——第一卷 總說明、統計提要及法規，頁123-130（1982年）。

<sup>24</sup>1980年殘障福利法第5條：「省（市）社會處（局）及縣（市）政府應定期舉辦殘障者之調查。」

<sup>25</sup>立法院秘書處，法律案專輯第三十四輯——殘障福利法案，頁4（1981年）。

<sup>26</sup>行政院研究發展考核委員會，我國殘障福利法執行成效評估，頁56-57（1990年）。

<sup>27</sup>更早之前，障礙者普查規定就不明確。如1973年殘障福利實施辦法草案第5條：「省（市）社會處（局）及各縣（市）政府得設置社會工作人員，以調查殘障者之生活情況，並協助其裝配輔具器具，尋求工作機會及本辦法所規定福利措施之接受。」

<sup>28</sup>內政部，台灣地區殘障者複查與鑑定工作總報告 第三冊，頁10-11（1982年）。



體勞參率 57.82%（男性 76.78%；女性 38.76%）<sup>29</sup>，的確顯示出障礙者難以進入/留在就業市場的問題，而女性障礙者的情況則更為嚴峻。若是拿障礙者與臺灣整體就業者的兩性勞參率做比較，障礙者兩性勞參率差距為 16.42%，男性障礙者的勞參率約為女性障礙者的 1.83 倍；整體就業者的兩性勞參率差距為 38.02%，男性的勞參率約為女性的 1.98 倍，障礙者兩性勞參率差距小於一般平均。

障礙研究如何看待此問題呢？障礙研究基本上是把「障礙」問題看作是社會問題，而非個人問題。將障礙問題「個人化」、「生物化」、「本質化」的狀態下，我們容易只看到個人損傷的面向，解決問題的方式是用醫療或復健，將障礙者醫治或矯正回健全人的狀態，然後他們才得以回到健全人優勢的就業市場。反之，將障礙當作社會問題，則會認為障礙是一種社會創造物，障礙範疇也是流動的或可爭辯的，解決問題的方式是去了解個人差異如何在社會、政治、經濟結構下被標示成一種障礙、被賦予不利益，接著設法改善這些對障礙者不利益的結構<sup>30</sup>。可以進一步追問的是，在障礙研究的思考下，障礙者難以進入就業市場與個人損傷究竟有沒有關聯呢？障礙研究學者 Kay Schriener 認為，我們不應該在社會因子與個人因子間進行二選一的選擇題，應該思考為何某些生產方式或情境會使某些損傷顯得特別不利，並從中找出解決問題的方式<sup>31</sup>。

若將障礙研究的觀點，拿來看待統計資料，可以發現，在 1981 年《台灣地區殘障者複查與鑑定工作總報告》中，「無工作殘障者未就業原因」是以「行動不便」佔最多（44.11%，共計 31,352 人）<sup>32</sup>。「行動不便」有可能被當成個人的問題看待，如果採取障礙的社會模式，應質疑無障礙設施設置是否有不足。在 1981 年的臺灣，無障礙設施的法令還不完備、許多建築物設計者也還沒有清楚

<sup>29</sup> 行政院主計總處就業失業統計資料查詢系統，  
<http://www.dgbas.gov.tw/ct.asp?xItem=32985&CtNode=4943&mp=1>（最後瀏覽日：2015 年 5 月 11 日）

<sup>30</sup> Kay Schriener, *A Disability Studies Perspective On Employment Issues And Policies For Disabled People: An International View*, in *HANDBOOK OF DISABILITY STUDIES* 642 (Gary L. Albrecht, Katherine D. Seelman, and Michael Bury eds., 2001).

<sup>31</sup> Schriener, *supra* note 30, at 648-649.

<sup>32</sup> 惟須注意，當時法定「殘障者」定義與今法定「身心障礙者」定義並不同。

的概念。而不論是建築物、大眾運輸工具或人行道，都是人為設計施工下的產物。這些人造物若未考量障礙者行無礙的權利，便會造成障礙者的行動不便，進而影響其就業的可能。更有甚者，人們可能根本未意識到這些人造物對障礙者施加的結構性歧視，這是由於在 Young 所提到的文化帝國主義（cultural imperialism）壓迫面向中，沒有無障礙設施容易被視為中立的常規，行動不便易被視為個人偏離常規的差異，設置無障礙設施也跟著特殊化。就業歧視是在這類對障礙者不利的情境下誕生。

前一款所舉的三個故事中，不論報名基層特考遭拒、在私人就業市場只能找到短期助理工作的李湘華，無法通過面試、國民就業輔導中心拒絕幫忙謀職的沈曉亞，或失明後被政大解雇的李旭僧，都是障礙者在勞動市場邊緣化的例子，也是巨觀統計資料下的細部具體呈現。以下將進入微觀的障礙者汙名討論。

## 二、障礙者汙名在微觀互動中的運作

反從屬論常會關心制度施行的結果是否對弱勢群體造成不利影響，惟應注意，在本文的理解下，宰制與從屬的不平等權力關係會涉及「權力過程」，而不是只看結果是相同或有差異。統計資料可以讓我們了解整體障礙者就業/失業的結果，也可以挑出幾個障礙者未就業的原因，但較難細緻地處理就業歧視如何在微觀互動中發生的問題。

障礙者的就業歧視問題與其所受的汙名息息相關，所以本文試著以汙名理論進行微觀互動的討論。Goffman 在他著名的汙名研究中<sup>33</sup>，將具汙名者區分成明貶者（discredited）與可貶者（discreditable），前者是指具汙名者認為在場的人都知道或馬上會發現其汙名特徵，後者是指具汙名者認為在場的人不知道或不會馬上發現其汙名特徵。這兩種具汙名者在社會互動中各自有其處理汙名的方式，對於明貶者而言，其主要處理汙名方式是控制社會接觸可能造成的緊張關係，如弱視者需要靠書本很近才能看書，但為了降低突兀性，他會避免在其他人面前這樣

<sup>33</sup>Erving Goffman 著，曾凡慈譯，汙名，（2010年）。

做。另一方面，可貶者的處理汙名方式是控制與汙名相關的訊息，如果別人不知道他具有汙名，他自己要不要說出來、要不要展示給別人看、要不要欺騙別人或當作沒這件事。Goffman 將受汙名者管理訊息的技巧分為「矇混通關/隱藏」(passing) 與「掩飾/低調行事」(covering)，前者涉及隱藏汙名、讓汙名不要被發現，後者則是即使他人已經知道受汙名者的汙名，受汙名者仍會進行掩飾、保持低調<sup>34</sup>。法學者 Kenji Yoshino 則利用 Goffman 的汙名理論來處理美國社會變遷中對於同志的同化(assimilation)要求與歧視問題，包括：1.「改邪歸正/轉換」(conversion)：希望同志可以矯正、治療而轉換成異性戀。2.「矇混通關/隱藏」(passing)：可以維持同志身份認同，但須隱藏同志身份。3.「掩飾/低調行事」(covering)：即使同志身份已經被其他人知道，仍須保持低調<sup>35</sup>。這三種問題皆可能發生在障礙者身上<sup>36</sup>，而與上一款三個故事較相關的可能是矇混通關與掩飾。

行動不便的李湘華、顏面損傷的沈曉亞、雙眼失明的李旭曾在求職的時候，大致上雇用單位都知道其汙名而屬明貶者，唯一例外的情況是沈曉亞在應徵百貨公司安全管理員時，曾使用其受傷前的照片，藉此取得面試的機會，可說是成功的矇混通關，隱藏障礙者身分。隱瞞障礙者社會身分的行為，正顯示出當健全人的好處與障礙者汙名的存在。只是沈曉亞無法蒙著臉進行面試，繼續避免汙明顯露出來，最終還是由可貶者轉換成明貶者，並遭受汙名帶來的不利益。即使汙名身分暴露出來，其他人仍可能要求受汙名者待在職場中並進行掩飾/低調行事，但本文所述的三個故事當事人卻連低調地待在職場的機會都沒有，對照出障礙者易被排除於勞動市場的壓迫問題的嚴重性。

---

<sup>34</sup>Erving Goffman 著，曾凡慈譯（註 33），頁 86-124。Goffman 對於「掩飾/低調行事」(covering) 的描述是：「事實上，準備好承認自己具有汙名的人（很多情況下是因為它被發現或直接可見）仍可能花費很多心力讓汙名不要放大。」頁 121。

<sup>35</sup> Kenji Yoshino, *Covering*, 111 YALE L.J. 769, (2001). KENJI YOSHINO, *COVERING: THE HIDDEN ASSAULT ON OUR CIVIL RIGHTS* (2006).

<sup>36</sup> Yoshino 談同志議題為主，其次是種族與性別，只談了一點障礙者的例子。如美國總統羅斯福在官員進門會面前，會先確保輪椅藏在桌子下。另外，Yoshino 也談了視障學生與他分享視障者管理汙名訊息的例子。YOSHINO, *supra* note 35, at X,171-172 (2006). Goffman 的書中談了比較多障礙者的例子，參 Erving Goffman 著，曾凡慈譯（註 33），（2010 年）。

在明貶者的狀況，有時候具汙名者與正常人會合作假裝差異不重要，有時候正常人則難以客套的接受具汙名者，Goffman 將此稱為有名無實的接受 (phantom acceptance)。究竟正常人假裝差異不重要與表達難以接受具汙名者的界線在那裡呢？Goffman 並未說清楚。若從李湘華、沈曉亞與李旭僧求職被拒的情況來看，他們應該都已經越過正常人接受具汙名者的底線，從而也造成正常人與具汙名者社會接觸上的緊張關係。

緊張關係產生後怎麼辦呢？在 Goffman 所舉的例子中，似乎便會導致一陣尷尬或社會關係破裂，如輪椅使用者到達一個有樓梯的餐廳手腳並用「爬樓梯」時，會被服務生制止，並告知這裡不是他該來的地方。而就本文對這三個就業歧視故事的觀察，不只是具汙名者會控制社會接觸下的緊張關係，雇主往往也是箇中高手，從而，雇主未必會直接表明是由於障礙者的身分而不予錄用。比如，政大校長講到不聘用李旭僧的理由時，會先提到他是一位好教授，以緩和緊張關係，接著再提到「但是擔心他上課有許多不方便」<sup>37</sup>，用關懷的、中性的語彙掩飾就業歧視問題。在沈曉亞的情況，則是被以「妳不適合這份工作」、「沒有缺額」拒絕，讓就業歧視顯得更加隱晦幽微。應留意的是，反從屬論會告訴我們意圖或行為人的動機並非平等權審查時的要件<sup>38</sup>。只是我們仍需思考如果個案中雇主提出一些看似中性的理由，應如何處理。

關於處理汙名的法律對策，Yoshino 是認為法律教育告訴他的是法律的限制性，因而比較傾向非法律脈絡的處理模式<sup>39</sup>。法律的限制性呈現在三方面：1.有許多掩飾要求 (covering demand) 來自朋友、家人或甚至受汙名者自身，Yoshino 似乎不傾向用法律介入這些關係。2.很多身分都受有汙名，但美國民權 (Civil Rights) 保障的受汙名群體身分相當有限。3.訴訟具有比較強的兩造對立性，通常是在雙方已無更好溝通方式的狀況下才進行訴訟。Yoshino 傾向使用的非法律

<sup>37</sup> 民生報，陌生環境可以克服 世人冷眼盲人難堪，民生報，1978年5月25日6版。

<sup>38</sup> Ruth Colker, *Anti-Subordination Principle: Applications*, 3 WIS. WOMEN'S L.J. 59, 65-68 (1987).

<sup>39</sup> YOSHINO, *supra* note 35, at 192-195(2006). Yoshino, *supra* note 35, at 782(2001).

對策是「迫使說理的對話 (reason-forcing conversation) <sup>40</sup>」，這是指當對方要求受汙名者掩飾 (covering) 時，受汙名者應要求對方給予理由 (reason)，開啟對話，讓對方注意到這種要求是否會造成歧視或傷害。Yoshino 希望處理汙名問題時不要只限於訴訟策略與法律人 (lawyer)，而可以是一般大眾都能方便使用的策略，這點本文給予肯定。可以進一步思考的是，使用「法律對策」處理汙名，是否就代表「國家強制力介入」或使用訴訟造成兩造對立。國家是否也可能鼓勵人民了解受汙名者的處境或提升其形象以消除汙名，又或塑造對話的空間。另外，也應注意受汙名者與給予/維持汙名者的關係是子女與父母、受雇者與雇主這類權力關係不對等的狀況時，不一定有辦法進行對等的對話。

### 三、障礙的生命連續體與不同障礙者生命歷程的差異

前一款所列的三個故事分別是在不同的生命階段成為障礙者，李湘華是在幼年時期成為障礙者、沈曉亞在青年時期成為障礙者、李旭僧在中年時期成為障礙者。就業歧視法制或平等權的討論<sup>41</sup>中，有時會強調是基於「出生(機遇)(accidents of birth)」的特質所以特別需要反歧視，此特質與「障礙」情況未必相符。若由這三個故事來看，這三個故事的主角也均非出生時即有障礙者群體成員身分，而是在不同生命階段成為障礙者。這樣的狀況可以呼應到障礙研究中生命連續體版本<sup>42</sup>，亦即主張障礙是生命的必經過程，成為障礙者只是早晚的問題。許多人在一生中或多或少都會經歷障礙、社會生活受限的狀況。藉由此種人類共通性的訴求，呼籲健全人也應注意障礙者的生命經驗，共同謀求改善社會賦予障礙者的限制。當然，生命連續體版本也與「障礙者」的定義、我們如何看待障礙有關，如

<sup>40</sup> Yoshino 使用“forcing”感覺強制力比較高，但實際上他的主張比較像促進或鼓勵說理、對話，而非強制。

<sup>41</sup>關於不可改變性 (Immutability) 的兩義性，請參本文第二章第三節的討論。另外，有時候「出生」特質會獨立於「不可改變性」出現。如國內較關心人民憲法權利的李念祖律師在書中寫道：「種族歧視的根源錯誤，在基於出生事實而加以歧視，以國籍或出生地為標準而為歧視，是否基於出生事實而為歧視？」李念祖，*案例憲法 III (下)：人權保障的內容*，頁 405 (2006 年)。

<sup>42</sup> David Pfeiffer, *The Conceptualization of Disability*. In *EXPLORING THEORIES AND EXPANDING METHODOLOGIES: WHERE WE ARE AND WHERE WE NEED TO GO* 29, 39 (Sharon N. Barnartt & Barbara M. Altman eds., 2001).

80 歲坐輪椅的阿媽與坐輪椅的脊髓損傷者<sup>43</sup>，是否都是障礙者？或者會因為前者比較像自然的身體老化，「只是年紀大」，所以就不被歸為障礙者。

本文認同障礙的生命連續體版本，同時認為該理論與反從屬論或障礙的社會模式強調的社會壓迫並不衝突。障礙研究學者 Williams 曾批評障礙的社會模式，批評的一個理由是所有健全身體（able-bodied）都只是暫時的，障礙範疇開放給所有人加入，多數人終將成為障礙者<sup>44</sup>。Williams 認為強調社會壓迫的理論模式無法說明這個現象，因此與障礙的生命連續體版本不相容。然而，本文認為應該可以對「群體間的社會壓迫」作較有彈性的理解。障礙群體與健全群體為兩個社會範疇，有人易被歸於前者、有人易被歸於後者，但不代表群體歸屬不會改變。個別健全人可能因為天災人禍、身體疾病而進入障礙群體，個別障礙者也可能由於社會環境改變、手術、治療而進入健全群體。若從前面障礙者汗名的討論來看，群體身分也可能被隱藏，更增加彈性地理解社會範疇的空間。另外，強調群體間具壓迫關係也不代表健全群體中的每個成員皆是壞人，看到障礙者便會惡意壓榨障礙者<sup>45</sup>。壓迫關係主要是對社會體制的控訴，表示具障礙群體成員身分者在此社會體制中容易遭受不利益，而健全人則相對受有利益<sup>46</sup>。

雖說每個人皆有可能成為障礙者，不過本文想強調的是，在生命歷程中的「早」或「晚」成為障礙者，其實有不小的差異，障礙群體身分容易形成累積性的不利益。由於李湘華在幼年時期便成為障礙者，她的故事較可以說明這點。如李湘華般進到殘盲教養院的孩童，上課時間便會縮減，而且連小學學歷也無法取得，與憲法規定國民有受義務教育的權利對照顯得有些諷刺。她雖然幾經波折得以繼續

<sup>43</sup> 此例參見王國羽，障礙概念模式與理論發展，收於：王國羽等編，障礙研究，頁 44（2012 年）。

<sup>44</sup> Gareth Williams, *Theorizing Disability*, in *HANDBOOK OF DISABILITY STUDIES* 135 (Gary L. Albrecht, Katherine D. Seelman, and Michael Bury eds., 2001).

<sup>45</sup> 障礙研究學者 Shakespeare 批評障礙的社會模式將障礙看作社會壓迫，理由之一是很多障礙者也會受到非障礙者的正向回應。就本文的理解，這並不足以否定反從屬論或障礙的社會模式對社會壓迫的強調。See SHAKESPEARE, *supra* note 65, at 57.

<sup>46</sup> Colker 也有對 Williams 的批評做過回應，與本文論理不同，但結論一致。See RUTH COLKER, *WHEN IS SEPARATE UNEQUAL?: A DISABILITY PERSPECTIVE* 12-13 (2009). Colker 提出的觀察是，並沒有因為人人都可能成為障礙者，障礙者受到的社會不利益就比較少。

升學，但她在殘盲教養院的孩童中毋寧是個例外，只有最優秀的她可以破例在院長的奔走下升學。其他一般的障礙孩童，在學習與學歷均受限的情形下，想必往後就業選擇會大幅受限，最顯明的對照是他們不太可能如李旭僧般爭取大學教職，即使成績優異如李湘華也在求學路上遭遇「障礙者不能為人師表」的歧視，難以進入教育界。值得注意的是，李湘華報名師專被拒並非個案，「障礙者不能為人師表」是障礙者當時普遍會遭遇到的結構性、制度性歧視。由立法院公報可知，在早期，「障礙者不能為人師表」被官方認為是理所當然的事，而非定位為就業歧視問題。1979年殘障福利法立法討論之時，時任教育部長的朱匯森曾報告「身體殘障影響將來就業」的狀況，其中即有提到：「肢體殘障、口齒不清、五官不全等情形，如果為人師表對學生會產生不良印象，所以師範院校及觀光系、音樂系、外交系規定這類傷殘學生不能報考<sup>47</sup>。」而且，後續立法委員向各部長質詢及提出立法意見時，也完全沒有人針對「障礙者不能為人師表」這件事質疑限制過嚴或提出其他相關反對意見。顯示在文化帝國主義下，健常人才能當老師的信念被常規化，不會引起注意或質疑<sup>48</sup>。

除了較早成為障礙者受到社會制度賦予不利益的機會較大的問題，我們也可

<sup>47</sup>參立法院秘書處（註25），頁39。

<sup>48</sup>另外，也有些允許障礙者為人師表的例外情形存在。如家喻戶曉的《汪洋中的破船》作者鄭豐喜，便於1970年代初期在雲林縣口湖國中任教。報紙稱為「我國第一位盲女碩士」的柯燕姬，也於1970年代初期在台中惠明盲校教書。鄭豐喜與柯燕姬都不是師範教育體系出身，鄭豐喜是念北港高中、中興大學法律系，柯燕姬就讀東海大學社會系、赴美取得教育碩士學位。或許因此避開師範教育體系設下的阻礙。不過，「盲人只能在盲校教書」，顯示仍有歧視問題存在，柯燕姬曾短暫在北師專擔任講師，希望也能在一般學校教書，可惜未能如願。據鄭豐喜自述，其在口湖國中任教是因為有北高戴校長與口中廖校長協助（依《汪洋中的破船》序言，應是指戴博文與廖名塘校長），顯示障礙者擔任教師須例外地有貴人協助，而非制度性常態。鄭豐喜，汪洋中的破船，永生版初版，頁187（1975年）。唐經瀾，為青年典範·自強不息 鄭豐喜昂然挺立！忍受無窮打擊·克服先天缺憾 奮鬥中獲鼓勵·贏得知己紅顏，聯合報，1974年3月29日3版。呂漢魂，天生殘疾·打不倒他！往上爬啊！往上爬 鄭豐喜的故事·給青年們啟發，聯合報，1968年3月1日3版。韓漪，盲女碩士柯燕姬的困惑！滿懷熱望·報答國家社會對她的培育 任教北師·卻有八個月沒有領到薪水 葉校長對她雖好 教育廳無此預算 有志作海倫凱勒 竟不知何去何從，聯合報，1972年3月25日3版。林香葵，盲聾生就學就業應該有保障了 社會大學要給予他們充分的機會，民生報，1978年5月23日6版。聯合報，陳芸英看柯燕姬，聯合報，2006年6月11日E4版。

障礙者為人師表的例外情形存在，可以說是存有「象徵障礙者」（“token disabled person”或“token person with disability”）。亦即，某群體讓障礙者加入，以讓人相信該群體是公平、包容障礙者，但實際上並非如此。

以進一步思考，如果社會結構對障礙者造成的就業不利益，在他踏入職場應徵工作前已經存在，那麼在錄取員工時採用一種去脈絡化、強調「一視同仁」或「表面中立」的選人標準，是否不足以改善障礙者的就業不利益。



## 第二項 動員平等條款主張就業歧視的可能性

前一項分別由障礙者就業統計的巨觀視角、汙名下障礙者與雇主的微觀互動、障礙者生命歷程差異對就業的影響，對發生在 1980 年前後的三個故事進行討論分析，以了解障礙者在社會中受到的就業限制。在當中，我們看到障礙者雙重邊緣化的勞動處境，包括難以進入/留在就業市場，或進入就業市場後可能還是被放置到邊緣化的位置。另一種壓迫態樣則是文化帝國主義下，無障礙設施不足的問題，通行不便造成求職不利。另外，還有師範體系認為「障礙者不能為人師表」、報考公務員可能遭到拒絕、在進入就業市場前的教育階段已蒙受許多「累積性不利益」等問題。

如果將這些故事與分析連結到法律制度上的討論，可以進一步追問的是，這些故事在獲得新聞媒體與社會的關注後，是否有帶來制度上的變革？或者障礙者是否可能援引既有的平等規範主張就業平等？立委紀政在幫李湘華找到工作後，又受到十多名障礙者拜託解決無法進入職場就業的問題，她表示：「李湘華解決職業的問題，只是一個個案，對整個社會的影響有限。我希望每一個殘障的人在求職方面，都能得到平等的待遇<sup>49</sup>。」李序僧也曾在 1979 年的一場特殊教育研討會上主張除了殘障福利法，更應增列反歧視法，給予殘障者平等機會<sup>50</sup>。只可惜這些主張似未變成實際的立法行動，因而沒有帶來制度上的變革。那麼處在國治時期就業服務法尚未通過的年代，面對就業歧視的障礙者，是否有可能援引既有的平等規範主張就業平等呢？本項將處理這個問題，第一款討論憲法平等權條

<sup>49</sup>唐經瀾（註 6）。

<sup>50</sup>中央日報，特殊教育研討會昨結束 獲七結論強調須速訂特殊教育辦法 李序僧籲予殘障者公平競爭機會，中央日報，1979 年 5 月 3 日 4 版。



款<sup>51</sup>，第二款討論殘障福利法的反歧視條款<sup>52</sup>，兩者分別就：1.障礙者主體（障礙者是否受保障？哪些障礙者受保障？）；2.平等觀/反歧視觀；3.平等條款可能的作用，三個面向進行討論，並在本項的最後部分對憲法平等權條款與殘障福利法反歧視條款進行綜合比較。

## 第一款 憲法平等權條款

### 一、被忽略的障礙者仍可能主張憲法平等權保障

觀察 1947 年施行的憲法本文，障礙者的位置是被放在憲法第 155 條後段「人民之老弱殘廢，無力生活，及受非常災患者，國家應予以適當之扶助與救濟」，而未出現在憲法第 7 條平等權條款所列的群體中。如果回顧制憲當時的史料，可以看到《國民大會實錄》與《中國制憲史資料彙編》收錄的各版本中華民國憲法草案，均有平等權的規範<sup>53</sup>，《民國北京政府制憲史料》也有不少討論<sup>54</sup>。各版本草案的差別大體上在於要明文列出哪些受保障之群體類別，或者僅作一般概括性的規定。即使是採一般概括性規定，在當時的憲法草案說明書或釋義書上，仍會提到本條是欲保障種族、階級、宗教、男女、職業之平等<sup>55</sup>。問題是：從頭到尾都不見有人討論障礙者之平等，或提案將障礙者納入平等權保障，這是整個時代、整個社會對於障礙者平權的忽略<sup>56</sup>。

<sup>51</sup> 1946 年通過、1947 年施行的中華民國憲法第 7 條：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」

<sup>52</sup> 1980 年殘障福利法第 4 條：「殘障者之人格及合法權益，應受尊重與保障，不得歧視。」

<sup>53</sup> 國民大會秘書處編，國民大會實錄，頁 129-299（1946 年）。繆全吉，中國制憲史資料彙編——憲法篇（1989 年）。

<sup>54</sup> 是否要明文列出某些群體以及究應列出哪些群體，在憲草修改的歷史上有不少討論。可參李貴連，民國北京政府制憲史料：第三冊，頁 488-490（2007 年）。李貴連，民國北京政府制憲史料：第六冊，頁 285-287（2007 年）。李貴連，民國北京政府制憲史料：第七冊，頁 139-140、388、396-408（2007 年）。相關討論環繞在是否應列出階級、種族、宗教，或僅作一般概括性規定「中華民國人民在法律上一律平等」、「中華民國人民一律平等」。再者，「男女」平等也非一開始即在憲法草案中出現，而是有經過婦運的一番爭取，相關過程參陳昭如，改寫男人的憲法：從平等條款、婦女憲章到釋憲運動的婦運憲法動員，政治科學論叢，52 期，頁 49-60（2012 年）。

<sup>55</sup> 金鳴盛（編著），國民政府宣布中華民國憲法草案釋義，頁 15-16（1936 年）。中華民國憲法草案宣傳委員會，中華民國憲法草案說明書，5 版，頁 12（1946 年）。

<sup>56</sup> 由於本文是以台灣法律史的角度出發，需要說明制憲代表涵蓋當時中國各省的代表，臺灣的制憲國民大會代表有 18 位，含 12 名區域代表與 6 名職業代表，在出席代表 1701 人中，僅佔少數。國民大會秘書處編（註 53），頁 104、115、1496。惟不論何處的代表，均缺乏障礙者平權的提案。

關於憲法第 155 條後段老弱殘廢扶助與救濟條款的意義，以及將障礙者的處境改善方式定位在權利與福利的差異，我們可以藉由不同時期史料的對照做一個簡單的說明。現今的學者看到「殘廢」「救濟」可能直觀地覺得這是個落後的條款<sup>57</sup>。但依制憲當時資料來看，該條款也可能帶有某種進步性。如吳經熊（吳經熊為制憲當時〈中華民國憲法草案初稿試擬稿〉的起草者）與黃公覺的評論，認為五五憲草第 128 條<sup>58</sup>是帶有民生主義特色的條款，這比歐美的資本主義和共產主義來得好。資本主義社會中的分配，是依照勞動報酬或財產孳息，所以勞動者或資本家才能夠得到分配。但在民生主義的社會中，不一定要有個人勞動或財產的貢獻才能要求分配，只要是「人」，就有要求分配的權利，以維持個人生存。特別是不能勞動的人都有要求分配的權利。另一方面，共產主義分配的方法是階級鬥爭和無產階級專政，而民生主義則是用和平漸進的方法達到均富的社會<sup>59</sup>。到了 1981 年法學者林紀東出版的《中華民國憲法逐條釋義（第四冊）》，對該條款的解釋反而趨於消極，未提到「要求分配的權利」，而只認為本條「意在使人民之老弱殘廢，不致陷於凍餒」而已<sup>60</sup>。由吳經熊與後來林紀東見解的對照可知，同一條款可以有不同的意義，殘廢救濟條款一般的確是理解成「福利」性質，但福利也可能是「福利權」，成為要求分配的權利。所以問題毋寧是出在認為對障礙者的保障「只是福利，不是權利」的說法，在此說法下，權利意味著障礙者要求，國家便應實現其請求，是順著障礙者的需求走，反觀將障礙者保障定位在福利，則意味著是否幫助障礙者由國家決定（如：隨國家財政狀況、政策決定，福利給付標準內容會有所波動），是順著國家行政方便。

---

另外，制憲的討論涉及民國時代中國，台灣法律史並不排斥相關討論，因為由台灣法律的多源性（至少包含：原住民法、傳統中國法、近代中國法、日本法、西方法、台灣自行發展的法律）來看，近代中國法也是重要的一部分，持續影響至今，併此敘明。參王泰升，台灣法律史概論，2 版，頁 9-11（2004 年）。

<sup>57</sup>參周月清，身心障礙者福利與家庭社會工作——理論、實務與研究，頁 7（1998 年）。

<sup>58</sup>五五憲草第 128 條：「老弱殘廢無力生活者國家應予以適當之救濟」。

<sup>59</sup>參吳經熊、黃公覺，中國制憲史，頁 624-628（1992 年）。1992 年應是後來重新出版印刷，無法確定原本是在幾年出版。

<sup>60</sup>林紀東，中華民國憲法逐條釋義（第四冊），頁 319-325（1981 年）。

不論吳經熊與林紀東，都無法從殘廢救濟條款連接到平等權。惟應注意，不是憲法有明文提到障礙者的條款才保障障礙者，障礙者當然也受其他自由權、平等權條款的保障。憲法第 7 條平等權條款雖未提到障礙者，只要我們將該款解為例示規定而非列舉規定，仍可能主張憲法平等權的保障範圍及於障礙者。不論從 1980 年代初期的學說或釋憲實務來看，都已經有平等權條款應解為例示規定的主張出現。如法學者林紀東 1982 年的書中認為，如果在男女、種族、階級、宗教、黨派之外，便可為差別待遇，是望文生義，與憲法平等權本旨不符。憲法只是舉出某些平等權受侵害的例子，而無法將所有平等權可能受侵害的情況皆詳列出來<sup>61</sup>。實務方面，如 1983 年司法院釋字第 179 號解釋，當事人主張民事訴訟法施行法第 9 條規定，上訴人有律師為訴訟代理人卻未繳納裁判費者，法院得不定期間命其補正而逕行駁回，違反平等權。該案當事人並非主張男女、種族、階級、宗教或黨派的平等，而是主張「不論是否有請律師，皆為類似案件，應相同處理」的平等<sup>62</sup>。大法官並未說由於並非主張憲法上列出的群體特徵，便不受平等權保障，而是用合理差別待遇否准當事人請求，或可推論其也是將平等權條款解為例示規定。只是，林紀東、大法官或大法官釋字第 179 號解釋聲請書的平等權論述方式，皆為反差異論的平等觀，較未注意平等權的其他可能性。更重要的是，雖然當時學說實務肯認平等權條款應解為例示規定，仍未提及障礙者平等問題。

再者，學說上會討論憲法平等權條款例示出來的群體特徵，是否有特別意義。申言之，是否有例示出來的情形即推定為違憲，而其他情形便推定合憲。關於此，1982 年林紀東認為既然憲法只是舉出某些平等權受侵害的例子，這些例子在保障上並不具特殊性<sup>63</sup>。換到障礙者的情況來看，雖然障礙者未在平等權條款

<sup>61</sup>林紀東，中華民國憲法逐條釋義（第一冊），頁 92-94（1982 年）。

<sup>62</sup>參司法院釋字第 179 號解釋釋憲聲請書。

<sup>63</sup>林紀東（註 61），頁 92-94。

上被舉出來，也不應因此受到較低度的平等權保障<sup>64</sup>。只是林紀東也未特別提及障礙者平等問題。

## 二、憲法本文中的平等觀：制憲史資料的檢視

確認障礙者也可能主張受憲法平等條款保障後，接著看到憲法本文中的平等觀。採取不同的憲法平等觀，則可能主張障礙者就業歧視的範圍也有異。以下將藉由制憲史資料的回顧來了解憲法本文中的平等觀。如果將憲法當作一部活的憲法來讀，則解釋憲法平等權時未必要拘泥於憲法原意，而可認為憲法內涵會跟隨社會變遷情況而變動。不過，法律也規定大法官審理案件時應參考制憲資料<sup>65</sup>，顯見制憲資料雖無直接拘束力，仍有重要參考價值。

在制憲國民大會的討論過程中，平等條款似未引起什麼爭議。有些制憲提案提議修改平等條款，希望在平等條款後增訂「在經濟上機會均等，在教育上權利同等」（制憲提案第 133 號）、「男女有受教育、繼承、就業與任公職之同等權利」（制憲提案第 126 號）或在基本國策內增列「婦女在政治經濟社會及職業上享有同等機會與權利」（制憲提案第 238 號）<sup>66</sup>。這些提案更具體的表明對於平等的訴求，而平等權也不限於法條文字上的平等，不過這些提案均未受採納，《國民大會實錄》中也看不出制憲者對這些提案是否有爭執。由於爭議少、討論少，我們不容易了解制憲者心目中的平等長什麼樣子。但從戰況膠著的婦女保障名額討論中，我們或許可以更了解不同制憲者心目中不同的平等觀。

從支持婦女保障名額的制憲提案來看，崔震華、張岫嵐、張邦珍、蔣宋美齡等人分別提出的議案<sup>67</sup>，皆是希望在憲法中規定各種選舉婦女當選名額最低不得

<sup>64</sup>附帶說明，關於此問題，目前學說仍有爭議。如李惠宗認為憲法有提出的類型屬特別平等，未提出則屬一般平等，一般平等適用較寬鬆的審查。黃昭元則主張憲法有提出的類型最多屬「例示的特別平等事由」，欲決定使用嚴格或寬鬆審查，應尋找其他具體認定標準。李惠宗，憲法要義，5 版，頁 132-136（2009 年）。黃昭元，平等權案件之司法審查標準——從釋字第 626 號解釋談起，收於：廖福特主編，憲法解釋之理論與實務第六輯，頁 565-569（2009 年）。

<sup>65</sup>1958 年司法院大法官會議法第 12 條：「大法官會議解釋案件，應參考制憲及立法資料，並得依請求或逕行通知聲請人及其關係人到會說明。」1993 年後修改為司法院大法官審理案件法第 13 條。

<sup>66</sup>國民大會秘書處編（註 53），頁 968-969、957-959、1133-1135。

<sup>67</sup>分別是制憲提案第 203、205、233、234 號。國民大會秘書處編（註 53），頁 1077-1078、1082-1083、

少於百分之二十。理由是：其一，記取歷史教訓：1936 年的國民大會代表選舉，大家都以為自由競選即可，結果全國婦女只有 8 人當選，僅占有所有代表的兩百二十分之一。希望本次制憲可記取前車之鑑，否則男女平等只是空言。其二，我國已有婦女保障名額先例：本次國民大會代表選舉因有政府遴選辦法，才有 80 名婦女代表。其三，中國社會重男輕女觀念深入人心，使婦女無機會當選，需有保障規定達到真平等。另外，提案第 55 號陳顧遠等人提案，則是希望憲法中加入：國民大會、立法委員、監察委員選舉應由法律規定女子最少當選名額，而非於憲法硬性規定比例<sup>68</sup>。除了制憲提案，在制憲國民大會的會議中，余家菊、唐國楨代表也有表達對婦女代表或婦女團體代表名額的支持，理由大致相仿。即女性占全國人口半數，事實上卻很少當選，唐國楨以湖南根本沒有女性參議員為例，說明婦女參政的困難<sup>69</sup>。另外，據梁惠錦的歷史研究<sup>70</sup>，希望爭取百分之二十的婦女保障名額，主要是因為全國受過高等教育的婦女約占百分之二十，所以當時的女性代表認為這個比例是恰當的。

這些制憲提案雖未提出完整的平等理論，但我們可由此得知：制憲時已經有反差異論之外的聲音，平等不只是法條文字上不應有差別待遇，也應看法規施行的結果、社會的體制性歧視是否造成事實上的不平等。然而，反對的聲音也不容小覷。依據雷震的回憶，有些男代表認為用憲法對婦女特別加以保障，反而是不平等<sup>71</sup>。再者，民社黨的蔣勻田也是持反對意見，並獲得傅斯年、胡適之、褚輔成等人的附和<sup>72</sup>。可見支持「不應有差別待遇」者亦不少。最後經過一番折衝，變成留下婦女保障名額條款，但未在憲法中硬性規定百分比。

---

1126-1128。

<sup>68</sup>國民大會秘書處編（註 53），頁 822-823。

<sup>69</sup>參檔案管理局藏《制憲會議紀錄》（檔案編號：A100000000A/0035/513/1/1/001），頁 8 之 52-57、71-73（1946 年）。

<sup>70</sup>梁惠錦，婦女爭取參政代表保障名額的經過，收於：秦孝儀主編，蔣夫人宋美齡女士與近代中國學術討論集，頁 537（2003 年）。

<sup>71</sup>雷震，制憲述要，頁 54-55（1957 年）。

<sup>72</sup>李南海，制憲時期婦女爭取代表名額始末——以國民大會代表之選舉為例，近代中國，123 期，頁 184（1998 年）。

如果是就個別的「制憲者原意」來看，可以說不同的制憲者對於平等的想像並不相同，有人支持反差異的平等，有人支持看見社會上、事實上的不平等，較有反從屬論的意味。另一方面，如果從婦運爭取婦女保障名額納入憲法的歷史脈絡來看，通常會更強調該條款的積極意涵。如黃長玲認為婦女保障名額條款與差異政治的觀點相符，亦即認識到群體間的差異具有不平等權力關係的意涵，因而強調群體代表權，也不希望限於將每個個人做相同對待的平等觀<sup>73</sup>。陳昭如則認為婦女保障名額條款展現了要求國家積極矯正歧視的積極平等思考<sup>74</sup>。

障礙者利用憲法第 7 條平等條款主張反就業歧視時，若能納入婦女保障名額條款共同思考，可以利用體系解釋的方式，將婦女保障名額條款積極平權的精神帶入憲法第 7 條中，強化平等權得主張的範圍<sup>75</sup>。

### 三、憲法對私人間的規範效力

障礙者可用憲法平等條款主張平等權，但該條款有何效力呢？傳統上的學說見解認為，憲法上所保障的基本權利，主要是在規範國家與個人間的關係，防止國家濫用權力而侵害到個人的權利<sup>76</sup>。準此以言，國家機關的行為應該受到憲法平等權規範的拘束，固無疑問。但是，對於障礙者就業平等的侵害，常常也來自私人雇主，則會衍生憲法規範效力是否及於私人的問題（又稱「基本權對第三者效力」問題）。基本權的保障是否及於「來自第三人的侵害」，也是國家保護義務處理的問題。關於此，早在 1960 年代，周治平與林紀東已經分別有撰文討論。林紀東認為，憲法是所有法律的最高規範，私人間之行為或契約，亦不能違反憲

<sup>73</sup>黃長玲，差異政治的形成：1946 年婦女保障名額制訂的歷史過程，政治科學論叢，52 期，頁 89-116（2012 年）。

<sup>74</sup>陳昭如（註 54），頁 49-60。

<sup>75</sup>這是本文「回到過去」嘗試思考歷史的其他可能的主張。實際上是否有障礙者憲法動員主張就業歧視，參第三章第一節第二項第一款三、憲法對私人間的規範效力。

<sup>76</sup>早年我國學者對傳統基本權理論與憲法對私人間規範效力的討論，參周治平，憲法中保障人權規定對於私人之效力，憲政論壇，10 卷 10 期，頁 18-19（1964 年）。林紀東，論人權之保障與私人相互間之法律關係，法令月刊，18 卷 1 期，頁 3-4（1967 年）。法治斌，私人關係與憲法保障，政大法學評論，27 期，頁 159-193（1983 年）。陳新民，憲法基本權利及「對第三者效力」之理論，政大法學評論，31 期，頁 67-111（1985 年）。

法（直接效力說）<sup>77</sup>。周治平則認為，憲法的規範對象原則上仍為國家，但可利用民法上的概括規定或不確定法律概念，將憲法中的價值理念適用到私人間（間接效力說）<sup>78</sup>。不論是哪一個說法，憲法對於私人間仍具一定規範效力。只是早年我國司法實務上，似乎很少使用基本權對第三者效力的理論<sup>79</sup>。

關於司法實務使用基本權對第三者效力理論之例，比較廣為人知的是單身條款的例子。臺灣高雄地方法院曾在 1989 年的法律座談會中提出單身條款的法律問題：「甲女受僱農會之初，預立於任職中結婚辭職之辭職書，其效力如何？」研討結果認為，單身條款的約定有悖於憲法第 7 條男女平等、結婚自由的基本人權，因而可認為違反民法第 72 條之「公共秩序」，該約定無效。臺灣高等法院與司法院也同意此研討結果<sup>80</sup>。可見司法實務亦能肯認基本權對第三者的間接效力<sup>81</sup>。

然而，單身條款的例子與基本權對第三者的間接效力類比到障礙者的就業不平等情形時，是否會產生問題呢？如果勞動契約或工作規則中定有對障礙者不利的約款，應可主張比照單身條款宣告該約款無效。問題在於，障礙者就業不平等

<sup>77</sup>林紀東（註 76），頁 3-4。

<sup>78</sup>周治平（註 76），頁 18-19。

<sup>79</sup>陳新民（註 76），頁 109。實務「很少使用基本權對第三者效力理論」是學者陳新民對當時司法實務的理解。

<sup>80</sup>司法院，司法院公報，31 卷 9 期，頁 74（1989 年）。

<sup>81</sup>可以補充說明的是，2015 年甫做成的司法院釋字第 728 號解釋「既存祭祀公業派下員依規約約定是否違反性別平等案」，也與基本權第三人效力（或稱基本權水平效力）有關，解釋文與理由書雖未提及基本權第三人效力，但多位大法官的意見書皆有討論。

不過，本文認為司法院釋字第 728 號解釋可以不用基本權第三人效力處理，因為祭祀公業條例的制訂本身就是一個「立法」行為，涉及國家公權力，因此就傳統的基本權理論來說即可進行違憲審查。如果民事法院將憲法平等權置入民法公序良俗條款，宣告祭祀公業違反性別平等的規約無效，就需用基本權第三人效力處理。當然，審查祭祀公業條例是否違反性別平等時，應就祭祀公業條例第 4 條、第 5 條與相關規約的實踐情形一併考量。類似見解，參林明昕發言紀錄，許玉秀（主持），「私法自治 VS. 性別平等——從釋字 728 論祭祀公業條例之合憲性」學術座談會，臺灣法學雜誌，270 期，頁 58-64（2015 年）。

祭祀公業條例第 4 條：「（第 1 項）本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）。（第 2 項）派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員。該女子招贅夫或未招贅生有男子或收養男子冠母姓者，該男子亦得為派下員。（第 3 項）派下之女子、養女、贅婿等有下情形之一者，亦得為派下員：一、經派下現員三分之二以上書面同意。二、經派下員大會派下現員過半數出席，出席人數三分之二以上同意通過。」祭祀公業條例第 5 條：「本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員。」

中的一種重要壓迫態樣是邊緣化，雇主一開始便不願雇用障礙者<sup>82</sup>，如果障礙者與雇主間根本未締結勞動契約，是否仍可以使用基本權對第三者間接效力與民法第 72 條宣告某個法律行為無效呢？

本文的疑慮主要在於民法既有規範是否足以處理各種障礙者不平等問題，或者說，利用既有民法規範的同時也會受到既有民法規範的限制。申言之，所謂基本權對第三者效力，是在解釋適用民事法規時，納入憲法基本權的考量（如認為違反平等權的約款即是違反民法第 72 條之公序良俗，從而將憲法平等權置入民法中），然而，此做法的限制在於我們仍需符合既有民法規範設下的要件，也只能得出既有民法規範給定的法律效果。以民法第 72 條來說，要件是「法律行為」與「背於公共秩序或善良風俗」，法律效果是「無效」。套用到雇主不願雇用障礙者的例子上，若認為這是一種歧視行為，違反平等權即是違背公序良俗，第二個要件成立，但第一個要件「法律行為」呢？締結契約是一種典型的法律行為，相對而言，雇主不願與障礙者締結勞動契約時，是否有一個法律行為<sup>83</sup>可宣告無效？我們可以說，雇主「拒絕」締約的行為是一種準法律行為，準法律行為類推適用法律行為的規定<sup>84</sup>，法院得宣告拒絕締約的行為無效。但是，宣告拒絕締約無效，是否就代表雇主與障礙者間自動成立勞動契約？成立勞動契約似乎還是需要雇主另外做成一個締約的承諾（表示願意雇用障礙者），而不是宣告拒絕締約無效即自動成立契約。

當然，將平等權置入民法第 72 條公序良俗條款只是基本權第三人效力的其中一個例子，平等權也可能置入其他民法條款中，比方說民法第 184 條侵權行為

<sup>82</sup> 參本節第一項第二款「一、難以進入/留在就業市場的障礙者」的分析。

<sup>83</sup> 一般民法教科書對「法律行為」的定義為：「以意思表示為要素，因意思表示而發生一定私法效果的法律事實。」王澤鑑，民法總則，增訂版，頁 270（2000 年）。另外，基本權對第三者效力與民法第 72 條的討論，可參頁 310-323。施啟揚對「法律行為」的定義也類似：「以意思表示為要素，依意思表示的內容而發生一定私法上效果的行為。」參施啟揚，民法總則，增訂 10 版，頁 196-198（2001 年）。依照上述定義，「法律行為」是希望發生法律效果，而不締約的狀況，應是不希望發生法律效果，兩者不相合。

<sup>84</sup> 施啟揚（註 84），頁 194-195。



<sup>85</sup>。是否可能主張侵害平等權的損害賠償呢？與民法第 72 條相同，我們也需考慮，利用既有民法規範的同時是否也會受到既有民法規範的限制，因而在某些障礙者就業歧視的適用上會有問題<sup>86</sup>。

就此而言，主張直接效力說不用受限於既有民事規範的限制，或許可獲得較充足的保障。只是縱使我們認為憲法可直接拘束私人行為，那麼侵害障礙者平等權的法律效果是什麼？在法律沒有具體明文規範可以處罰雇主的情形下，國家機關應仍無「法」可對歧視行為人進行處罰。

本款認為障礙者有動員憲法平等權條款的可能，只是在法律效果上仍可能有一定限制。可惜的是，本文目前尚未發現就業服務法立法之前，有障礙者動員憲法平等權條款主張就業歧視的史料。僅能找到一些相關的主張，例如：1984 年莊君曾經向臺灣省議會陳情，表示其於 1955 年即獲考試院工業技師資格、領有經濟部工業技師證書，也曾實際於營造廠擔任主任技師多年，後因受雇單位變更，前往臺灣省政府建設廳辦理登記手續，但建設廳單純以莊君坐輪椅前往，即判定「身體機障已不堪勝任營造業主任技師職務」，否準登記。莊君明確表示這是歧視，只可惜其僅主張主管機關違反憲法第 15 條工作權與法律保留原則，並未援

---

<sup>85</sup>民法第 184 條：「(第 1 項) 因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。(第 2 項) 違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。」

<sup>86</sup>在性別平等上有類似的例子，麥金儂認為用民事侵權法 (torts) 處理性騷擾問題會有所不足。參陳昭如，踐行的法學：凱瑟琳·麥金儂的女性主義理論與行動，收於：陳昭如編，性平等論爭——麥金儂訪臺演講集，頁 44 (2015 年)。

「現行」就業服務法反歧視條款只有行政罰，無民事賠償責任規範，因此，障礙者受就業歧視可否依民法侵權行為規定請求賠償值得討論。由於本節在時間點上主要討論「就業服務法形成之前」(1992 年之前) 的狀況，本文就「現行」狀況的討論補充於註腳。

本文初步認為障礙者受就業歧視時可依民法第 184 條侵權行為規定請求侵害平等權的損害賠償。不過，實務上法院是否承認此見解，則有疑問。本文由法源法律網搜尋「(身心障礙+障礙者+殘障)&歧視」的民事判決，可見受僱障礙者主張確認僱傭關係存在、給付薪資差額(含加班費)等事項，但未見求職或受僱障礙者因就業歧視主張侵權行為損害賠償的案例。

另外，有關就業服務法第 5 條的判決，則可見有原告主張「年齡歧視」的侵權損賠(原告主張的是民法第 184 條第 2 項違反保護他人之法律)，但法院認為主張無理由。第一審判決幾乎未附理由駁回原告主張，參臺灣臺南地方法院新市簡易庭 97 年度新小字第 656 號民事小額判決。第二審則表示就業服務法第 5 條是國家與人民(雇主)間的關係，有歧視行為則行政機關可處罰雇主，無法作為損害賠償請求依據，且亦無法準用性別工作平等法第 26 條就業歧視損害賠償請求權。似乎忽略是否可用民法第 184 條作為請求依據的問題(但由判決看不出原告在二審是否仍有主張民法第 184 條)。臺灣臺南地方法院臺南簡易庭 97 年度小上字第 46 號民事判決。

引憲法平等權條款<sup>87</sup>。再者，1985年，具肢障者身分的鍾周亮律師曾表示，限制殘障者參加公職考試的行政命令侵犯憲法的工作權保障<sup>88</sup>，但未見援引憲法平等權條款，也無法確知其是否有實際的訴訟、請願行動。1992年1月24日<sup>89</sup>公布的司法院釋字第290號解釋「公職選罷法候選人學經歷限制規定是否違憲案」，此案聲請人劉俠是因其在學齡期間學校、交通無障礙設施不足而無法繼續升學，學歷限制使其無法被國家承認為立委候選人，如果將立法委員視為一種職業，本案也屬於就業歧視案件。可惜聲請書雖有引用憲法平等權條款，主要是主張服公職權、被選舉權的歧視，非同時主張就業歧視<sup>90</sup>。下一款討論障礙者是否可能動員殘障福利法反歧視條款，主張該條款時又可能發生什麼問題。

## 第二款 殘障福利法反歧視條款

### 一、僅保障有限的障礙者

殘障福利法反歧視條款與憲法平等權條款的一個重要差別在於，1980年殘障福利法第4條明文點出應受反歧視規範保障的主體，不得歧視「殘障者」。美中不足的是，只有某些障礙者可以受反歧視規範保障。哪些障礙者可以受保障呢？依據1980年殘障福利法第3條及1981年殘障福利法施行細則所附的〈殘障等級表〉可知，在障礙者類型方面，只包含五種障礙者：視覺殘障者、聽覺或平衡機能殘障者、聲音機能或言語機能殘障者、肢體殘障者、智能不足者<sup>91</sup>；在程度分級上，只包含重度、中度障礙者（智能不足者另有一級為極重度），而不含輕度

<sup>87</sup>台灣省議會史料總庫，臺北市民莊○○陳情為臺灣省政府建設廳不准辦理土木技師登記案，典藏號：0034230073075。

<sup>88</sup>聯合報，殘障者就業受歧視 可以訴訟爭取權益，聯合報，1985年3月11日7版。中央日報，以行政命令限制殘障參加公職考試違背殘障福利法精神 侵犯憲法所賦工作權 殘障福利社團關切法務部日前措施，中央日報，1985年1月25日6版。

<sup>89</sup>此案稍早於就業服務法立法，就業服務法於1992年4月17日制定。

<sup>90</sup>參司法院釋字第290號解釋聲請書。另外，本文亦有在大法官網站搜尋「大法官不受理決議」，但查無所獲。

<sup>91</sup>尚有多重殘障者，不過，多重殘障者指的就是一個人同時具有兩種類型以上的障礙。另外，1980年殘障福利法第3條第7款雖規定「其他經中央主管機關認定之殘障者」也能受保障，但1980年代相關政府公報與函釋中均未搜尋到有認定其他障礙者可受殘障福利法保障。

障礙者<sup>92</sup>。再者，即使符合以上的狀況，還要經醫師鑑定並「領有殘障手冊者」才算是該法的保障對象，而不合事實上符合以上狀況者，可說大幅縮減可主張反歧視保障的權利人人數<sup>93</sup>。

如果將規範對照到具體的案例，我們可以更清楚感受到殘障福利法反歧視條款在保障範圍上的限制。在障礙類型上，如本文前項所提沈曉亞的故事，作為一個顏面損傷者，她並無法主張該法保障。其他顏面損傷者遭遇歧視的例子如：19歲女學生毛芝卉在報考國防藥學院護理系時，因右頰一塊藍色胎記，無法通過體檢。20歲青年林世雄有小耳症，得知鐵路局招考員工馬上買了簡章，但看到簡章中的「體檢」時，便有自知之明，不敢報考。因工安意外全身灼燙傷的陳明里，雖經多次手術，仍臉部攣縮、手指扭曲，意外發生後十年來也是到處求職無門<sup>94</sup>。面對此情況，1983年的報導曾指出，由顏面損傷者組成的陽光文教基金會，正在向有關單位陳情，希望能將顏面損傷者列入殘障福利法保障對象。受訪的陽光基金會總幹事陳俊良表示，他們在就學、就業時「被視為殘障者」，處處受排擠，卻不受殘障福利法保障，不是很奇怪嗎<sup>95</sup>？

在障礙程度上，也有輕度障礙者受到就業歧視的例子。24歲的杜碧珠，通行時不需使用輪椅、拐杖，只是有時走路有點不穩。她在1980年11月參加中央信託局委託行政院青輔會舉辦的「醫院掛號總務會計人員」考試，在三千多名應考人只錄取5人的激烈競爭中考到第4名。參加口試時，卻被口試官一口咬定身

<sup>92</sup>1991年殘障福利法施行細則所附的〈殘障等級表〉才納入輕度障礙者。一般文章多注意「法律上」的變化，而未注意〈殘障等級表〉的變化，但是否納入輕度障礙者，其實對該法的保障範圍有很大的影響。

<sup>93</sup>其實，「領有殘障手冊者」與「受反歧視規範保障者」可以脫鉤處理，「領有殘障手冊」可以作為受領福利給付的依據，但同時也讓其他（未領有殘障手冊的）障礙者仍可受反歧視規範保障。在立法史上，1980年行政院提出的殘障福利法草案第3條，原先並未將殘障者之定義限縮在「領有殘障手冊者」。在委員會討論時，邱永聰委員提案將「領有殘障手冊者」的要件加入第3條。主要理由是草案第14、15條有提到憑殘障手冊享有福利，所以將此要件加入第3條，作為享有本法福利的依據比較恰當。實際上，未必要因憑殘障手冊享有福利而更動原草案，因為就算不如此修改，原草案第11、13條已有發放與繳回/註銷殘障手冊的法源依據。立法院秘書處（註25），頁130-131、143-144。

<sup>94</sup>蔡宗英，面貌受損•求職無門 四肢正常•不被視為殘障 就學就業•處處受到歧視，聯合報，1983年9月5日3版。

<sup>95</sup>蔡宗英（註94）。

體殘障不適於公職。杜碧珠表示，她知道考試簡章上有身體殘障不得報考的規定，但是她有取得臺北市立和平醫院體檢合格證明，沒想到口試官還是認定她是殘障者，讓她準備考試的努力盡付諸東流<sup>96</sup>。由此也可以看到，障礙者的認定並非以醫生的判定為標準，從反障礙歧視的角度出發，我們更應該了解在社會中「誰會被視為障礙者」？誰會因為障礙身分而在生活中受到不利待遇？

面對保障範圍有限的殘障福利法反歧視條款，我們可以試著追問這樣的障礙者範疇是如何劃定的？從立法史來看，可以說，政府官員往往只將障礙者連結到福利保障範疇，而比較忽略反歧視面向。在 1980 年的立法討論中，即有委員提議希望將精神病患者納入殘障範圍<sup>97</sup>，當時的衛生署長王金茂卻表示，精神病患未納入殘障範圍主因是財力不勝負荷<sup>98</sup>。此提議激起相當多委員的討論，看看是否要改成「嚴重精神病患者」，限縮範圍，政府財政就比較能夠負擔<sup>99</sup>。王國羽曾批評，基於行政便利與提供社會福利措施而劃定的障礙者範疇，與基於平等公民資格思維下劃定的障礙者範疇並不同。過分強調界定障礙者是為了給予社會福利，讓相關法制的焦點被放在國家對特定人口的恩給，以及是否會增加財政負擔，界定障礙者的標準也因而跟著國家財政浮動<sup>100</sup>。此見解可以與本文的論點相呼應。殘障福利法反歧視條款僅保障有限的障礙者，因為其並未從反歧視的角度進行思考、劃定障礙者群體的保障範疇。此處的批評較是針對基於國家財政與行政便利限縮保障範圍，與過分將障礙問題劃歸「生理」、醫療專業不同，但可說制度不備也是一種「社會障礙」。

## 二、反歧視是反差異或輕視？

了解殘障福利法反歧視條款保障障礙者範圍相當有限後，接著進入該條款平

<sup>96</sup>蔡宗英，愛心鑰迴盪北市鬧區 機障女被拒公職門外 杜碧珠參加考試，脫穎而出 被以「殘障」為由，不予錄取，聯合報，1980 年 12 月 26 日 7 版。

<sup>97</sup>立法院秘書處（註 25），頁 125、133。

<sup>98</sup>立法院秘書處（註 25），頁 129。

<sup>99</sup>立法院秘書處（註 25），頁 163-183。

<sup>100</sup>王國羽，我國身心障礙福利政策與體系：身心障礙者保護法的分析，社區發展季刊，79 期，頁 118-119（2002 年）。

等觀的討論。與憲法上對平等的討論一樣，不同立法者對「歧視」也有不一樣的解釋。雖然立法者原意並不拘束我們對法律的解釋，但在思考當初為何會訂立反歧視條款時，立法史仍具有參考價值<sup>101</sup>。

在 1980 年審查反歧視條款時<sup>102</sup>，白如初委員認為歧視的意義並不明確，容易導致執行上的困難。其他委員則各有對於歧視的解釋，或許某程度上呼應了白如初所指歧視的歧義性。有委員的看法採反差異論，如張金鑑委員認為歧視是指「凡是客觀的條件相同，而有不同的待遇或不同的處理」，即屬典型「等者等之」的平等觀，而在「等者不等之」時認為屬歧視。

另一方面，也有委員採取不同的解讀。如吳延環委員認為「歧視」指的是「有不同看法」。對親戚、朋友、路人的態度有親疏之異，即是歧視。中華文化的親親而後仁民，仁民而後愛物，也是種歧視。故認為應修改草案，將「歧視」變為「輕視」較好。楊寶琳委員則認為「歧視」與「輕視」同義，也符合中華文化仁愛的精神，故可不需修改。藉由這段討論反思歧視與不平等的概念，我們可以說，吳延環已經指出：反差異論強調的禁止差異對待原則，有時候會有問題。我們要反對的可能是「輕視」，而非差別待遇。另一方面，楊寶琳也相當重要地指出：法律上使用不得「歧視」，未必是禁止差別待遇之意，而可以是禁止「輕視」。由於楊寶琳將輕視納入歧視的意義中，加上吳延環不堅持修法，原草案上所用的「不得歧視」被保留下來。

藉由這段立法史的回顧，我們可以再次看到「歧視」可以有不同的意義，未必是反差異，也可能是反輕視、反污名。同時也可見到 1980 年殘障福利法訴諸「仁愛」的意義構框，而非 1990 年以後強調的「權利」意義構框。

### 三、殘障福利法反歧視條款的作用

僅有有限的障礙者得主張殘障福利法反歧視條款，而該條款可能有什麼作用

<sup>101</sup>關於殘障福利法反歧視條款的歷史，內政部提出的 1967 年體能殘障國民福利法草案、1973 年殘障福利實施辦法草案均有規範。請參附表七。

<sup>102</sup>立法院秘書處（註 25），頁 183-186。

呢？由於該條款並未設處罰規定，就「不得歧視」的法律效力而言，似乎有一個迷思是：必須有罰則，這個條文才有效果，否則就只是不具拘束力的訓示規定。從 1980 年殘障福利法的立法討論中，吳延環委員希望在反歧視條款加上「違者處一萬元以下罰鍰」的罰則，以及反對派委員認為這只是訓示規定、不須加罰則的意見，可以彰顯此迷思<sup>103</sup>。

本文認為，即使在 1980 年無罰則的狀況下，反歧視條款本身仍具有一定的效果。第一，在法律優位原則之下，牴觸法律的行政命令一律無效<sup>104</sup>。是故，有歧視障礙者嫌疑的法規命令與行政規則，應該在反歧視條款立法後，通盤檢討是否應該修改。第二，從關愛之家判決<sup>105</sup>帶給我們的後見之明來看，反歧視條款的作用未必在於處罰。雖然人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例的反歧視條款設有處罰規定，但在該案中，反歧視條款的作用是在宣告具歧視性的社區規約無效。就業服務法直到 1992 年才立法，保障障礙者工作不受歧視。在此之前，殘障福利法的反歧視條款即有可能用以對抗公私機關招考員工簡章、工作規則中，歧視障礙者的條款。

另外，我們也可以援引「法律的表述功能」理論，來思考殘障福利法反歧視條款的作用。法律的表述功能（*expressive function of the law*）是指：法律除了透過規範與制裁來管控人的行為，法律也有傳達社會訊息的功能，藉由這些社會訊息，國家表達立場並為特定價值觀背書<sup>106</sup>。人們會希望得到社會認可而遵從公共

<sup>103</sup>立法院秘書處（註 25），頁 183-186。

<sup>104</sup>法源依據為中華民國憲法第 172 條：「命令與憲法或法律牴觸者無效。」

<sup>105</sup>臺灣高等法院 95 年度上易字第 1012 號民事判決。本案案例事實為，再興社區依其社區規約第 17 條第 2 項第 4 款：「住戶不得將社區建物提供收容或安置法定傳染病患及精神病患，或經營類此行業及經營色情等妨害公序良俗並影響鄰居生活安寧、公共安全、公共衛生之行業，違者經勸導限期仍未改善，除得訴請法院強制執行遷離，並得追究損害賠償責任。」欲訴請法院強制遷離收容愛滋病患者的台灣關愛之家協會。再興社區一審勝訴。二審台灣高等法院則認為該規約違反人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 4 條第 1 項規定：「感染者之人格與合法權益應受尊重及保障，不得予以歧視，拒絕其就學、就醫、就業、安養、居住或予其他不公平之待遇，相關權益保障辦法，由中央主管機關會商中央各目的事業主管機關訂定之。」因而認定再興社區不得依該規約請求遷離台灣關愛之家協會。

<sup>106</sup>李立如，司法審查之表述功能與社會變革：以性別平等原則在家庭中的落實為例，臺大法學論叢，37 卷 1 期，頁 54-66（2008 年）。Hoffman 也使用法律的表述功能來思考 ADA（Americans with Disabilities Act）的意義。Hoffman 主張，雖然美國使用 ADA 提起訴訟的原告勝訴率相當低，但

規範。特別是在法律制定或修改的時候，可以藉由社會意義（social meaning）的重塑，引導人們改變他們的信念與行為。例如，原先在職場講黃色笑話可能被認為是無傷大雅的玩笑，但在性騷擾防治法通過後，該行為被重新賦予「性騷擾」的社會意義，會影響人們對此類行為的評價，人們也更有理由去抗拒或改變這類行為<sup>107</sup>。由該理論出發，可以說，反歧視條款的存在本身，已經加強了對障礙者平等權保障的社會意義，讓人們更清楚認知到不得歧視障礙者，也讓障礙者更有理由、憑藉去抵抗歧視。

可以進一步追問的是，「反歧視法沒有罰則即不具拘束力」，此種過度注重行政罰，而輕忽權利意涵的迷思，是否會導致規範不被動員（mobilized）呢？在1981年國際殘障者年年底，具肢障者身分的中華民國殘障福利促進會秘書柏瑩曾說：「殘障福利法第4條規定對殘障人不能有歧視。可是如果有歧視時怎麼辦？法令並沒有訂出實際的辦法<sup>108</sup>。」由此說法可知，當法律未訂出具體法律效果時，確實容易會讓障礙者感到難以使用此規範從事法律動員。

然而，反歧視條款真的不曾被動員拿來主張障礙者的就業歧視嗎？本文目前只能找到一些間接證據。例如，在1982年，會演奏鋼琴與小提琴的黃東裕，希望能進入藝術學院音樂系就讀，但卻被告知「不可報考」。中華民國殘障福利協進會為此事發文給教育部，明確主張藝術學院的做法違反了殘障福利法第4條反歧視條款的規定<sup>109</sup>。這是障礙者對於就學限制進行的行政遊說，屬於法律動員的一種。雖然此非就業歧視的案例，但障礙團體既然知道可以利用該條款抵抗就學歧視，想必也知道能在就業歧視時用該條款進行動員。又如，1985年，具肢障者身分的鍾周亮律師曾表示，如受到就業歧視，可用訴訟方式爭取權益，改變社

---

許多案例可能在進入訴訟前即已獲得解決。雇主若能自願遵守相關規範，ADA所揭示的目標較易達成，雇主遵守規範未必是基於制裁，而可能是源自法律的表述功能。See Sharona Hoffman, *Settling the Matter: Does Title I of the ADA Work*, 59 ALA. L. REV. 305, 337-339 (2007).

<sup>107</sup>此為李立如所提到的例子。李立如（註106），頁56。

<sup>108</sup>郭俊良，《多一點參與·多一點平等》殘障年·年年不息，民生報，1981年12月30日9版。

<sup>109</sup>林香葵，音樂是人間情趣 求學是愉快經驗 黃東裕樂觀進取 總比同儕更努力 目盲不影響學音樂 藝術學院不宜歧視盲生，民生報，1982年5月20日7版。

會對殘障者就業的不公平待遇<sup>110</sup>。只是，究竟能使用什麼規範主張哪些行為違法呢？鍾周亮曾在另一次受訪時表示，「許多行政命令限制殘障者參加公職考試，不但違反了殘障福利法的精神，也侵犯了憲法所賦予的工作權」<sup>111</sup>。雖然報導中，鍾周亮未點出憲法平等權及未明確主張殘障福利法反歧視條款，但在限制障礙者就業的行政命令牴觸上位規範的主張上，與本文意見相似。只是我們也不確定最後是否確有障礙者因就業歧視問題而委任鍾周亮進行訴訟。

我們可以將憲法平等權條款與殘障福利法反歧視條款進行綜合比較。在保障主體方面，憲法平等權條款未明文列出障礙者，雖然解釋上仍可包含障礙者，但在「法律的表述功能」意義下，未明文列出障礙者可能會使一般人較難認知到憲法平等權也保障障礙者。相對而言，殘障福利法反歧視條款明文規定不得歧視障礙者，法律傳達出的反障礙歧視意義較清楚，只是殘障福利法比較是從福利角度出發界定障礙者，傾向限縮障礙者範圍，因而有保障不足問題。在平等/歧視的意義上，不論制憲史或立法史料皆有不同平等觀競逐，平等有可能被理解成反差異論下的平等，也有可能較趨向反從屬論的看法。在平等條款的作用方面，憲法平等權條款與 1980 年殘障福利法反歧視條款皆無罰則，但應有機會對抗公私立機關常用的簡章歧視，藉以減緩障礙者邊緣化的勞動處境問題，或者主張違反平等權條款的下位規範、民間契約或工作規則無效。

整體而言，本文並未蒐集到此時期障礙者利用憲法平等權條款或殘障福利法反歧視條款主張就業歧視的案例。但就業歧視問題確實存在，且也有動員平等條款主張就業歧視的可能。此主張與既有學術研究<sup>112</sup>認為 1980 年的殘障福利法「宣示意義大於實質意義」，無法發揮什麼作用，有些許不同。需要說明的是，本文

---

<sup>110</sup>聯合報（註 88）。

<sup>111</sup>中央日報（註 88）。

<sup>112</sup>學者林萬億與張恆豪皆認為，1980 年的殘障福利法「宣示意義大於實質意義」。參林萬億，台灣的社會福利：歷史經驗與制度分析，頁 417（2006 年）。張恆豪，障礙者權利運動的策略與組織變遷——提供服務做為社會運動的手段？，收於：何明修、林秀幸編，社會運動的年代——晚近二十年來的台灣行動主義，頁 140（2011 年）。張文中表示臺灣政府在「1981 年」通過殘障福利法，似為誤植。



並沒有要主張 1980 年代的障礙者平權條款或促進障礙者就業的相關法制已經完備，而比較是認為在法制不完備狀況下，仍可試圖利用既有法律資源來強化反障礙者就業歧視的主張。雖尚未發現史料證實當時有這樣的行動存在，但在當時的制度框架下，存有利用法律主張反就業歧視的行動可能。畢竟現今的障礙者就業歧視法制也稱不上完備，我們總是可以不斷地思考有什麼主張障礙者就業歧視的可能。

另外，我們也可以檢討在早年戒嚴體制下，是否使得平等權法律動員變得較為困難的問題，法治斌曾指出，戒嚴法第 11 條<sup>113</sup>並未限制平等權，故理論上兩者無直接關聯，但從戒嚴前大法官有關平等權的解釋較少、解嚴後則大量湧現來看，法治斌認為戒嚴與平等權受壓抑仍有密切關聯，此關乎戒嚴時期整體人民權利意識受壓抑的時代氛圍<sup>114</sup>。關於此，本文想到的是權利倡議組織的問題，如中華民國智障者家長總會刊物中曾提到，1987 年解嚴之前，智能障礙者家長與福利機構專業人員已開始爭取智能障礙者權益<sup>115</sup>，但由於集會結社自由的限制，解嚴前只有臺中市啟智協會、高雄市啟智協會成立，解嚴後 5 年各縣市家長陸續成立 25 個人民團體<sup>116</sup>。法律動員未必需要組織，個人也可進行，但缺乏障礙者權益倡議組織的凝聚與連結，或許也是使得法律動員變得較為困難的原因之一。

---

<sup>113</sup>戒嚴法第 11 條：「戒嚴地域內最高司令官有執行左列事項之權：一、得停止集會、結社及遊行、請願，並取締言論、講學、新聞雜誌、圖畫、告白、標語暨其他出版物之認為與軍事有妨害者。上述集會、結社及遊行、請願，必要時並得解散之。二、得限制或禁止人民之宗教活動有礙治安者。三、對於人民罷市、罷工、罷課及其他罷業，得禁止及強制其回復原狀。四、得拆閱郵信、電報，必要時並得扣留或沒收之。五、得檢查出入境內之船舶、車輛、航空機及其他通信交通工具，必要時得停止其交通，並得遮斷其主要道路及航線。六、得檢查旅客之認為有嫌疑者。七、因時機之必要，得檢查私有槍砲、彈藥、兵器、火具及其他危險物品，並得扣留或沒收之。八、戒嚴地域內，對於建築物、船舶及認為情形可疑之住宅，得施行檢查。但不得故意損壞。九、寄居戒嚴地域內者，必要時得命其退出，並得對其遷入限制或禁止。十、因戒嚴上不得已時，得破壞人民之不動產。但應酌量補償之。十一、在戒嚴地域內，民間之食糧、物品及資源可供軍用者，得施行檢查及調查登記，必要時並得禁止其運出，其必須沒收者，應給予相當價額。」

<sup>114</sup>法治斌，司法審查中之平等權：建構雙重基準之研究，收於：法治國家與表意自由，頁 231-232（2003 年）。

<sup>115</sup>舉體例子如：1984 年特殊教育立法時，智能障礙者家長與特殊教育工作者想辦法表達民間修法意見，爭取智能障礙者教育權。參蕭新煌、孫志慧，一九八〇年代以來台灣社會福利運動的發展，收於：台灣的社會福利運動，頁 37-38（2001 年）。該文也提及當時的時代氛圍，參與運動的家長會感受到政治保守氛圍、情治相關單位調查與施壓下的阻力。

<sup>116</sup>中華民國智障者家長總會，總會十年簡史，推波飲水，第 35、36 期，頁 16（2002 年）。

## 第二節 成功與未完成的反障礙就業歧視立法

前一節主要是對就業服務法立法之前的狀況進行討論，包括障礙者可能受到的就業歧視問題，以及就業歧視問題發生時，障礙者有動員平等條款主張反歧視的可能。本節則進入到就業服務法反歧視條款的立法過程、規範分析與反障礙就業歧視相關立法提案。該條款與先前憲法平等權條款、1980年殘障福利法反歧視條款主要有兩個差別。其一，就業服務法反歧視條款特別著重「就業歧視」，且明文包含禁止歧視「求職人」，此點對於受邊緣化壓迫態樣、往往在求職階段即遭拒絕的障礙者來說，特別重要。先前的條款則是一般性的平權條款，未特別指出就業歧視，憲法平等權條款甚至未列出障礙者，因此，法律傳達出的禁止對障礙者就業歧視的意義可能沒有就業服務法反歧視條款明顯。不過，由於憲法平等權條款保障障礙者，且與就業服務法反歧視條款具有上下位規範的關係，也可將就業服務法反歧視條款視為憲法平等權條款的具體化展現。其二，先前的條款不具有罰則，而就業服務法反歧視條款具有罰則，在實際處理案件時，會更有力。需要說明的是，在就業服務法反歧視條款立法稍早之前，1990年殘障福利法反歧視條款已經加上禁止雇用歧視與罰則。然而，1990年殘障福利法反歧視條款某程度仍受限於「福利」理念，雖然對障礙者的保障範圍已經比1980年時放寬許多，仍明顯有不足之處。且該條款的實踐情形也未如就業服務法反歧視條款清楚<sup>117</sup>。

本節主要分為兩個部分，第一部分為規範的形構，主要討論就業服務法是在什麼樣的歷史脈絡下生成，「殘障」<sup>118</sup>的反歧視項目又為何會納入反歧視條款？

<sup>117</sup>事實上，利用就業服務法反歧視條款主張障礙歧視者也不多，但至少相關實踐情形比較清楚。可參本章第三節的討論。1990年殘障福利法第4條：「殘障者之人格及合法權益，應受尊重與保障，除能證明殘障者無勝任能力，不得以殘障為理由，拒絕入學、應考、雇用或予其他不公平之待遇。」值得注意的是，1980年殘障福利法第4條使用「不得歧視」，到1990年卻改成「不公平之待遇」，改用「不公平」是否是擔心「歧視」會被解釋成反差異論下的不得為差別待遇呢？由立法資料可知，改用「不公平」是採民間版提案，但立法理由或1990年修法的相關討論皆未說明為何要如此修改。參立法院秘書處，法律案專輯第一百二十六輯——殘障福利法案，頁4、71-72、194-195、288（1990年）。

<sup>118</sup> 1992年就業服務法稱「殘障」，2001年後改稱「身心障礙」。

是誰主張將障礙納入反歧視條款？障礙者在當中的角色為何？如果反障礙歧視條款主要不是由於障礙團體的法律動員而通過，當時障礙團體在做什麼？接著，本文對該條款進行初步的規範分析，以便為本章第三節規範的實踐情形作鋪墊。由於將要連結規範的實踐情形，規範分析部分較不限於 1992 年就業服務法制定時的狀況，也會討論 2007 年增列的但書「其他法律有明文規定者，從其規定」。本節第二部分則對未受採納的反障礙就業歧視立法進行整理，藉此思考歷史上其他的立法可能。

## 第一項 規範的形構

### 第一款 就業服務法反歧視條款的立法過程

就業服務法的立法在 1992 年才完成，但就業服務法草案的制定可以追溯至 1956 年。內政部與臺灣省政府合設的社會安全制度計劃委員會於該年 7 月開始草擬各項社會安全法案，至 1958 年共完成 8 個草案，其中包含有就業服務法<sup>119</sup>。但從相關報導中，看不出該法案有禁止就業歧視的規範。接著有很長一段時間沒有相關消息。直到 1974 年底，因為國際性經濟不景氣，就業問題再度受到各界重視，所以又有制定就業服務法的呼聲出現<sup>120</sup>。1975 年初，相關報導提到該法案有對「就業服務工作」設下反歧視規範，但保障範圍不及於障礙歧視<sup>121</sup>。而是另訂障礙者就業條款：「各級政府機關、學校及公民營事業機構，對於曾經專業訓練而具有工作能力之殘障者，得視其業務需要，僱用從事適當工作。<sup>122</sup>」障礙

<sup>119</sup>中央社，社會安全制度會 擬就八法案 安全委會定期結，聯合報，1958 年 7 月 9 日 3 版。相關報導表示，等內政部審核完成，便會由行政院核轉立法院審議。但我們並未找到立法院有收到相關提案的資料，顯示該法案竟在行政部門審議了 30 餘年之久。

其餘 7 個社會安全法草案分別為：社會保險法、公共扶助法、非常災害救濟法、兒童福利法、體能殘障國民福利法、國民保健法及婦幼保健法。

<sup>120</sup>中央日報，確保就業安全及增強服務 就業服務法初稿 政府已草擬完成，中央日報，1974 年 12 月 1 日 6 版。

<sup>121</sup>該法案的要點包含「人民有擇業、受僱及僱用的自由，非依法律規定不得限制。就業服務工作，除了因職業性質及團體協約的規定外，對於籍貫、信仰、種族、性別不得有所歧視。」聯合報，就業服務法草案已定稿，聯合報，1975 年 2 月 1 日 2 版。另外，「就業服務工作」的反歧視範圍似未及於雇主對勞工雇用、勞動條件待遇、解雇等方面的歧視。

<sup>122</sup>中央日報，內政部已擬訂就業服務法草案 協調人力分配運用充分輔導國民就業 中央設就業中

者被預設為不適格勞動者，需要經過訓練、證明自己有勝任能力，最後還未必能保證其受到雇用（條文僅規定公私立機關「得」僱用）。其後，內政部於 1979 年再度提出草案，將「就業服務工作」的反歧視項目加入「身體殘障」<sup>123</sup>，一方面開始注意到反障礙歧視問題，另一方面卻卻排除了對智能障礙者與精神障礙者的保障。值得注意的是，1979 年 5 月這個時點，也是內政部將殘障福利法草案送交行政院院會的時點<sup>124</sup>，由於提出草案者皆是內政部，是否因為在同時期討論殘障福利法而讓官員們也意識到反就業歧視應包含障礙歧視呢？值得探究。

從有限的史料來看，我們不易了解為何一部法律草案可以被內政部提出如此多次，卻一直未獲行政院會通過送交立法院。此僵局等到 1990 年初才獲改變。行政院在 1990 年 1 月 10 日函請立法院審議「就業服務法草案」。為何此時行政院終於願意將草案送交立法院呢？據行政院提出的草案說明，就業服務法的立法理由主要包括：缺乏就業服務的法源依據、民間職業介紹所良莠不齊、非法外籍勞工增多卻缺乏相關管制法令<sup>125</sup>。若就 1980 年代末期的報紙資料來看，引起最多關注的是外籍勞工議題。當時國家原則上不准業者引進外籍勞工，但事實上據 1988 年的報導，國內非法外籍勞工已超過一萬五千人<sup>126</sup>。面對此狀況，行政機關頻頻提出要制定就業服務法來因應，進行管制。一方面，讓部分外籍勞工合法化，以呼應資方與公共工程的勞動力需求，另一方面，也訂立對非法雇用外籍勞工的雇主的處罰依據<sup>127</sup>。或可由此推測，促使行政院會通過就業服務法的主要理由，其實是欲解決外籍勞工管制問題。

---

心人人機會均等，中央日報，1975 年 2 月 1 日 1 版。

<sup>123</sup> 「就業服務除受職業性質限制外，不得因種族、宗教，性別、籍貫、政黨、婚姻、身體殘障、以往職業及工會會員而有所歧視。但其他法律別有規定者從其規定。」中央日報，調節人力供需保障就業安全 就業服務法擬訂初稿，中央日報，1979 年 5 月 9 日 3 版。

<sup>124</sup> 參第四章第一節第二項第一款外交危機開啟的修法契機

<sup>125</sup> 立法院秘書處，法律案專輯第一百五輯（上）——就業服務法案，頁 1-3（1993 年）。

<sup>126</sup> 歐陽元美，台灣面臨「勞工荒」，聯合報，1988 年 7 月 21 日 12 版。

<sup>127</sup> 關於制定就業服務法解決外籍勞工問題的相關報導，可參聯合報，外籍勞工社會問題 就業服務研擬法規，聯合報，1987 年 9 月 1 日 3 版。歐陽元美（註 126）。民生報，保護自己人 決心不動搖 四大關防 引進外籍勞工，民生報，1989 年 1 月 15 日 12 版。經濟日報，扼止非法聘僱外籍勞工 官員建議訂就業服務法，經濟日報，1989 年 6 月 11 日 2 版。李焜萍，違規引進外籍勞工無「法」遏阻 主管機關也不知怎麼「辦」，經濟日報，1989 年 6 月 12 日 2 版。

若果真如此，對於行政院院會審查草案後，將勞委會所提的禁止就業歧視相關規範完全刪除<sup>128</sup>，我們便不用感到太意外，因為原先行政院是想處理外籍勞工管制問題，而非就業歧視問題。面對這樣的草案，多數立委認為該草案對外籍勞工的管理規定較多，相對而言，對本國勞工的就業、職業訓練、失業照顧等問題規範不足，因而應退回此草案。時任勞委會主任委員的趙守博也表示贊同，因為許多問題勞委會的草案原本有規定，只是遭行政院刪除<sup>129</sup>。趙守博表示<sup>130</sup>，原先的草案有一整章在規範兩性工作平等與就業歧視問題，但行政院認為這些規定過於抽象，徒具「宣示性」，且勞委會參與行政院院會的代表未堅持保留，因而遭刪除。只是，若就 1989 年底報導所節錄地勞委會就業服務法草案來看<sup>131</sup>，該草案雖有禁止雇主僱用員工時為歧視的條款，但 1979 年草案中曾有的「身體殘障」反歧視項目，也未出現在勞委會版本的草案中。顯示不論勞委會或行政院院會均忽視障礙者的平等權保障。

因為整部就業服務法草案的規範過於偏重外籍勞工管制，行政院需要重提草案，禁止就業歧視規範就此取得復活的機會。然而，與之前傳出有「一整章」的條文在規範就業歧視不同，行政院二度提出的「就業服務法草案修正草案」僅有三個條文與就業歧視相關，包含第 4 條：「國民具有工作能力者，接受就業服務一律平等」<sup>132</sup>、第 5 條：「雇主對求職人或所僱用員工，不得以種族、宗教、黨

---

<sup>128</sup>王淑瑛，有力條文 橫遭刪除 就業歧視 無法了斷，民生報，1989 年 12 月 26 日 13 版。1990 年 1 月 10 日行政院函請立法院審議的「就業服務法草案」中，並無禁止就業歧視規範。參立法院秘書處（註 125），頁 1-19。

<sup>129</sup>立法院秘書處（註 125），頁 30-52。

<sup>130</sup>立法院秘書處（註 125），頁 40。徐履冰，逾半條文與外籍勞工有關 立委抨擊 就服法草案 請政院撤回，聯合報，1990 年 4 月 17 日 6 版。

<sup>131</sup>1989 年底，勞委會研擬的就業服務法草案第 26 條規定：「雇主僱用員工時，除因工作性質的限制外，不得因種族、宗教、籍貫、性別、年齡、婚姻狀況、以往職業及工會會員等因素而有所歧視，但其他法律另有規定者，從其規定。」王淑瑛（註 128）。

<sup>132</sup>就業服務法第 4 條，就業服務平等的前提是具有「工作能力」。在此補充說明障礙者與工作能力的關係。基本上，本文可以肯認某些障礙者即使經過就業環境的調整，還是難以在就業市場工作。最極端的狀況如植物人，而較不極端的狀況如身心障礙者權益保障法第 34 條第 2 項規定對「就業能力不足，無法進入競爭性就業市場，需長期就業支持之身心障礙者」應提供庇護性就業服務。庇護性就業的規定顯示「工作能力」並非全有全無的概念，有些障礙者可能需要他人協助而可以在庇護工場工作。同時，本文也希望指出「工作能力」是依情境、個案狀況而定的概念。本文比較反對的是將整個障礙群體或某個障別（除了植物人）都視為、預設為無工作能力。而且

派、籍貫、性別或以往工會會員身為由，予以歧視」與第 62 條（違反第 5 條處以行政罰）<sup>133</sup>。而且，延續勞委會先前的想法，行政院二度提出的草案仍未將障礙列入反歧視的項目。

將障礙列入反歧視項目主要是立法委員們的提議。第二讀會的討論中<sup>134</sup>，委員間對就業服務法第 5 條究應如何規範一直有歧見。委員間對應列入哪些不得歧視的社會群體做了相當多討論。在將障礙列入反歧視項目部分，蔡璧煌、吳勇雄、曾美美、林正杰、洪冬桂等委員皆主張應將殘障人士列入就業服務法<sup>135</sup>。吳勇雄委員提到，曾經有殘障人士從臺大商學系畢業後，通過高考會審人員考試，被分發至中央銀行，中央銀行卻不肯錄用。因而禁止對殘障人士的歧視確實有重要性。吳勇雄並未指明是哪位障礙者、發生在何時的事件，就報紙資料來看，很可能是指 1984 年初林秀真小姐因肢體障礙遭央行拒絕報到事件<sup>136</sup>。當時雖經某些有力人士幫她爭取權益，中央銀行仍沒有錄用她，而是改分發到中山女高任職<sup>137</sup>。早先林秀真爭取就任中央銀行的行動並未成功，但透過她的努力與媒體報導，增加了人們反障礙歧視的意識，讓立委們也知道障礙歧視問題的嚴重性，並須進一步

---

由目前身心障礙等級分類來看，「重度」障礙者也不應被預設為無工作能力（如：全盲者會被歸為「重度」障礙者，但不表示其無工作能力，是否能工作應看具體工作內容而定）。有些與障礙者工作有關的草案會規定需要是經「專業訓練」（參本款前述 1975 年初就業服務法的障礙者就業條款）或「職業重建合格」（參附表八 1990 年行政院版殘障福利法修正草案第 17 條前段）的障礙者，政府才促進其就業，有預設整個障礙群體無工作能力的嫌疑，難以認同。

另外，如勞動基準法第 54 條第 1 項第 2 款與公務人員退休法第 6 條第 1 項、第 2 項有類如「因身心障礙，致不堪勝任職務（且有具體事證）……應予命令退休」的規定。因為有附加上「致不堪勝任職務」，甚至是「有具體事證」的限制條件，較為嚴格，比較能令人接受。但或許規定「經（評估）採用合理調整措施後，仍難以勝任職務」，會更為周詳。且在障礙社會模式「身心損傷」與「社會障礙」的區分下，或許可考慮使用「身心損傷」的用語，將相關概念作更細緻的區分。

<sup>133</sup>立法院秘書處（註 125），頁 80、98。

<sup>134</sup>立法院秘書處，法律案專輯第一百五十輯（下）——就業服務法案，頁 321-336、439-443（1993 年）。

<sup>135</sup>除了這些委員，在行政院第一次提出草案時，周荃委員也有在委員會中建議列入對殘障人士不得為就業歧視的規範。立法院秘書處（註 125），頁 50-52。

<sup>136</sup>林若雱，殘障者難進央行大門？台大醫院考選部央行 踢皮球作風值得檢討，聯合報，1984 年 5 月 26 日 7 版。

<sup>137</sup>聯合報，考院為殘胞撐腰？官員漫說被駁倒！還我權利座談 吐露心聲淚痕，聯合報，1987 年 9 月 16 日 6 版。後來，林秀真自己開設了會計師事務所，同時希望負起殘障人士就業訓練所的角色，指導障礙者學習會計。聯合報，雙拐被拒邁出堅定腳步 發揮所長林秀真闢新園 開設會計師事務所願為殘障就業訓練，聯合報，1988 年 8 月 30 日 14 版。

立法處理。

雖然王滔夫、洪秀柱及葛雨琴委員提出反對意見，主張在殘障福利法已經有相關規範，且就業服務法草案第 24 條也有類似規定，可以不用加入，但這些意見未獲採納。事實上，就業服務法草案修正草案第 24 條<sup>138</sup>只是要求主管機關訂定促進障礙者就業的計畫，與禁止雇主對求職人或受僱者歧視不同。而 1990 年的殘障福利法第 4 條<sup>139</sup>與第 18 條<sup>140</sup>的確分別訂有一般性障礙者平權條款與薪資平等條款，但我們不清楚此二條款是否有實際發揮功效。況且，1990 年殘障福利法對障礙者的定義範圍仍相當狹隘，也非以反歧視的理念出發定義障礙者<sup>141</sup>。故就業服務法的訂立仍可說是強化保障障礙者免於就業歧視的新契機<sup>142</sup>。

最後，由陳水扁提議加入階級、語言、思想、五官、殘障，林正杰提議加入病歷，而成為「雇主為保障國民就業機會平等對求職人或所僱用員工，不得以種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、性別、年齡、容貌、五官、殘障、

<sup>138</sup> 1990 年就業服務法草案修正草案第 24 條：「(第 1 項)主管機關對左列人員，應訂定計畫，致力促進其就業：三、殘障者。(第 2 項)前項計畫應定期檢討，落實其成效。」

<sup>139</sup> 1990 年殘障福利法第 4 條：「殘障者之人格及合法權益，應受尊重與保障，除能證明殘障者無勝任能力，不得以殘障為理由，拒絕入學、應考、雇用或予其他不公平之待遇。」

<sup>140</sup> 1990 年殘障福利法第 18 條：「政府對於具有工作能力、資格條件之殘障者，應輔導其就業。薪資應比照一般待遇，如產能不足時，可酌予減少。但不得低於百分之七十。」

<sup>141</sup> 1990 年殘障福利法界定的障礙者範疇已經比 1980 年寬，但之後仍有若干次修法增加或重新訂定障礙者範疇。未由反歧視理念出發定義障礙者的批評，亦可參王國羽（註 100），頁 118-119。

<sup>142</sup> 另一個保障新契機可能是相對於勞動基準法而言，就業服務法的保障範圍（含：保障事項與保障對象）較廣。在保障事項上，勞動基準法第 25 條後段有同工同酬規定：「工作相同、效率相同者，給付同等之工資。」就業服務法的反歧視則不限於同工同酬問題。在保障對象上，就業服務法保障所有有工作能力之國民，勞動基準法則限於第 3 條所列之行業：「本法於左列各業適用之：一、農、林、漁、牧業。二、礦業及土石採取業。三、製造業。四、營造業。五、水電、煤氣業。六、運輸、倉儲及通信業。七、大眾傳播業。八、其他經中央主管機關指定之事業。」若對照 1990 年障礙就業者行業別的比例可見：一、農、林、漁、牧業 24.4%。二、礦業及土石採取業 0.2%。三、製造業 28.2%。四、營造業 5.5%。五、水電、煤氣業 0.3%。六、運輸、倉儲及通信業 2.8%。這些行業共 61.4% 的障礙就業者在 1990 年可受勞動基準法同工同酬規定保障。但如一、商業 15.3%。二、金融、保險、不動產及工商服務業 2.5%。三、公共行政、社會服務及個人服務業 17.9%。四、現役軍人 2.8%。共 38.5% 的障礙就業者則不受勞動基準法保障。行政院戶口普查處，中華民國七十九年台閩地區戶口及住宅普查報告 第一卷 上冊，頁 260-261（1992 年）。

勞動基準法第 3 條第 8 款有「其他經中央主管機關指定之事業。」但使用《勞動部法令查詢系統》與《法源法律網》搜尋「勞動基準法第 3 條/第三條」，可見的最早的函釋是 1991 年行政院勞工委員會（80）台勞動一字第 26913 號函，指定運輸工具設備租賃業適用勞動基準法。不太影響以上行業別的論述與比較。

病歷或以往工會會員身分為由，予以歧視。<sup>143</sup>」此修正結果終於納入殘障歧視。

如果就業服務法第 5 條就此通過，我們會有對「殘障」的反就業歧視保障。原則上，二讀通過後，三讀就只能做文字用語上的修正，不能更動實質內容，因此，有反障礙歧視保障的機會相當大。可惜，整個法案已經在二讀會審查一大半後，行政院卻撤回就業服務法草案<sup>144</sup>，導致費時許久的法案又要重新討論。

行政院三度送來的草案，大體維持其第二次草案的形式，只增列了「階級」歧視，亦即有就業服務法草案第 5 條的反歧視規範，但未包含立委們提議增加的「殘障」項目，似乎再度說明當時勞委會或行政院院會均無意保障障礙者的平等權。葉菊蘭等立委，則自行提出草案，希望原先二讀已經審查過的條文可以一次表決通過，繼續審查後面的條文，故葉菊蘭版草案是之前二讀已修正通過的條文，包含「殘障」等項目<sup>145</sup>。

這回草案跳過委員會審查，逕付二讀，院會主席劉松藩表示，因為該草案之前已討論過，如果過去已討論過的條文，便讓它通過，不再討論。奇怪的是，討論到第 5 條時，劉松藩表示要照行政院版本通過。此時，郁慕明委員表示異議，因為行政院版與葉菊蘭版草案列舉的反歧視項目差了 7 項，郁慕明主張保留葉菊蘭版草案列舉的 7 項中的 5 項反歧視項目（含「殘障」）<sup>146</sup>。包含「殘障」在內的反就業歧視條款，幾經波折，終於立法成功。

由後見之明來看，某項社會群體身分是否列入反就業歧視條款具有相當的重要性。因為後來勞委會的函釋認為這些項目是列舉規定，而非如憲法第 7 條的平

<sup>143</sup>立法院秘書處（註 134），頁 448-449。

<sup>144</sup>行政院是依 1991 年立法院組織法第 7 條第 2 項撤回草案，該條規定內容為：「前項議案在未經決議前，原提案者得提出修正案，或撤回原案。」行政院撤回的理由是「該草案有待重新考量」，並未實質說明撤案的原因。有些委員認為，實質理由是因為該法規定大陸地區人民在臺就業僱用及管理準用外國人規定，引發行政院的敏感神經。相關討論參立法院秘書處（註 134），頁 565-598。中央日報則指出，行政院撤案是因為背後有國民黨黨政高層的手在運作。中國國民黨黨政高層首長會議決議就業服務法草案退回行政院重擬，主要原因是其認為將大陸人民視同外國人顯不恰當。中央日報，就業服務法草案將大陸人民視同外國人 顯有不當 黨政高層首長決議 撤回政院重擬，中央日報，1992 年 1 月 14 日 9 版。

<sup>145</sup>立法院秘書處（註 134），頁 607、656-658。

<sup>146</sup>立法院秘書處（註 134），頁 672、674。



等權條款是例示規定，故若未列出，即不受就業歧視法規的保障<sup>147</sup>。當然，這是從勞委會有權解釋的角度來立論。如果從學理上看，則應探究採列舉規定說的理由。就業服務法反歧視條款與憲法平等權條款規範相似，並沒有在舉出的社會群體後面加上「等等」或寫出這些群體共有的一般性特徵，為何會做出不同解釋呢<sup>148</sup>？理由可能是憲法主要是限制國家<sup>149</sup>，而就業服務法第 5 條是直接干預私人，所以認定較嚴格，故在群體身分上會採「列舉」規定說<sup>150</sup>。第二個理由可能是因為就業歧視法對違法的人民(僱主)有行政罰，為了增加應受處罰行為的明確性，行政機關做了比較限縮的解釋。

最後，可以再思考就業服務法反障礙歧視條款為何會通過？藉由立法過程的耙梳，我們知道加入障礙歧視主要是立委們的提案。但這些立委為何會支持反障礙歧視呢？提議加入「殘障」的陳水扁，作為障礙者家屬，可能對障礙歧視有比較深的體會。他的妻子吳淑珍在參選立委時，也曾面臨不合考試院 1983 年發布的「動員戡亂時期公職候選人檢覈申請人體格檢查標準」的處境<sup>151</sup>。至於其他委員，或許可以說，透過如林秀真的障礙者就業歧視事件報導，以及 1980 年代中後期以降障礙者權利運動的興盛<sup>152</sup>、平日立委與障礙者/團體的接觸<sup>153</sup>，反障礙

<sup>147</sup> 行政院勞工委員會勞職業字第 0970063292A 號函。

<sup>148</sup> 李惠宗曾主張就業服務法反歧視條款重點是在「不得歧視」，應可主張本條款是例示規定。李惠宗，肝炎帶原者止步—就業歧視條款的憲法問題，月旦法學教室，10 期，頁 9（2003 年）。

<sup>149</sup> 雖然有「憲法對第三人效力」，但多數論者認為「憲法對第三人效力」是間接適用到私人。

<sup>150</sup> 感謝黃昭元口試委員指出美國的 Civil Rights Act 採「列舉」規定說，便是因為顧慮到該法會直接干預私人，所以認定較嚴格。

<sup>151</sup> 聯合報，殘障申請候選人檢覈 體檢標準將研究放寬 吳淑珍下肢麻痺可能影響參選資格，聯合報，1986 年 10 月 2 日 2 版。報導所載為「公職候選人檢覈申請人體檢標準」，經查全稱應為「動員戡亂時期公職候選人檢覈申請人體格檢查標準」。參臺灣省政府秘書處，動員戡亂時期公職候選人檢覈申請人體格檢查標準，臺灣省政府公報，72 年秋字第 56 期，頁 4（1983 年）。

<sup>152</sup> 請參見第四章第二節第一項第一款障礙者權利運動累積的修法能量。特別是在 1989 年多個障礙團體結盟組成「促進殘障福利法修正行動委員會」後，為了請立委支持民間版的殘障福利法，障礙團體須拜會許多立委與主要政黨，在此過程中，很可能強化立委們反障礙歧視的意識。

<sup>153</sup> 如殘障聯盟曾於 1989 年邀請各黨立委候選人舉行社會福利預算公聽會，出席的立委候選人包括有國民黨郁慕明、洪冬桂，及民進黨的林正杰。季良玉，要求落實社會福利 弱勢團體站出來了 殘障聯盟展現實力 決推代表參選，聯合報，1989 年 9 月 4 日 4 版。1990 年殘障福利法三讀通過後殘障聯盟舉行的座談會，周荃和林正杰均有出席。邱文通，殘福法 大方向已定、細節還未了 殘障團體 擬出具體建議，民生報，1990 年 1 月 20 日 13 版。蔡璧煌曾向教育部表示，希望對於腦性麻痺症殘障考生，考試單位可提供試卷及答案卡放大，並延長考試時間等措施。陳碧華，為腦性麻痺症殘障考生請命 立委建議放大試卷及答案卡，聯合報，1991 年 4 月 24 日 5 版。

歧視的意識已經留存在立委心中。只是，由於行政院院會不支持就業歧視規範，整體的就業歧視制度設計相當簡略，如果沒有學者專家或民間團體提出對案，立委們也沒有對就業歧視制度有較深入的研究，立委能做的也只是多列出幾個反歧視項目。可以說，行政院間接造就了簡略的就業歧視制度設計。障礙團體是否沒有相關立法倡議行動呢？若未倡議在就業服務法中加入反障礙歧視條款，障礙團體此時是否有進行有關障礙者平等的立法倡議？將在下一款說明。

## 第二款 缺席的障礙者法律動員？修憲動員中的平等倡議

就業服務法反障礙歧視條款順利通過對於促進障礙者工作平權是件值得慶幸的事。但在整個修法的過程中，我們並未看見障礙者進行法律動員的身影<sup>154</sup>。或許可以追問，障礙者/團體此時有進行平等權倡議的法律動員嗎？若檢視殘障聯盟在 1991 年到 1992 年前半年的活動，可以發現在推動殘障福利法修法後，他們主要的法律改革訴求是放在修憲<sup>155</sup>。我們可以試著在該次修憲議程中找尋障礙者/團體平等權倡議的法律動員。

由動員脈絡來看，此時將改革議程設定在修憲是合理的。一方面，修憲的機

---

<sup>154</sup>事實上是否真的完全沒有障礙者對就業服務法進行立法遊說，本文也不敢保證。本文搜尋的資料與考量如下：1.障礙團體刊物：殘障聯盟的《中華民國殘障聯盟盟訊》每月皆會有「○月份大事紀要」，在立法遊說部分，除了修憲，也因劉俠參選立委學歷受限而倡議修改選罷法學歷限制，在立法遊說外，也監督殘障福利法執行、請考選部放寬公職考試體檢限制、關注就業歧視個案、舉辦殘障福利論文發表會等等。若有以殘障聯盟團體身分進行立法遊說，應會放入「大事紀要」中。中華民國智障者家長總會的《推波飲水》第 1 期在 1992 年 10 月出刊，已在就業服務法立法後。2.立法紀錄：若有障礙者請願或立法遊說，有時《立法院公報》上委員發言會提到，或在議事錄後附註有某某人/團體請願書，但《立法院公報》無障礙者遊說的線索。3.報紙資料：本文有使用聯合知識庫與台灣新聞智慧網搜尋過 1989 年 1 月 1 日到 1992 年 5 月 31 日「就業服務法+殘障」的報紙資料，以及「周荃、蔡璧煌、吳勇雄、曾芙美、林正杰、洪冬桂、陳水扁、郁慕明」+「殘障」的報紙資料，亦無障礙者遊說的線索。不過，除了曾芙美，其他委員皆曾與障礙團體有所接觸、出席障礙團體的活動或表達支持殘障福利，只是未見障礙者/團體針對就業服務法反歧視條款向這些委員進行遊說。

關於「障礙者是否有針對就業服務法反歧視條款進行法律動員」的問題，因為不少 1990 年代的運動者都還訪談得到，有可能藉由訪談運動者得知相關情形，未進行訪談或口述歷史的確是本文的一個限制。可再說明兩點：1.除了訪談運動者，此處或許也需訪談「周荃、蔡璧煌、吳勇雄、曾芙美、林正杰、洪冬桂、陳水扁、郁慕明」幾位支持「殘障」列入反歧視條款的前立法委員，為何他們會支持反障礙歧視呢？2.由於是二十幾年前的事，就算拿立法院公報給他們看，他們也未必能回憶起當年為何支持反障礙歧視。即使他們說出一些緣由，二十幾年後的回憶是否與二十年前所想的一致呢？這是口述歷史常見的問題，也是歷史研究較困難之處。

<sup>155</sup>殘障聯盟的修憲倡議活動散見於 1991 年 9 月至 1992 年 6 月的中華民國殘障聯盟盟訊。參中華民國殘障聯盟，中華民國殘障聯盟盟訊，16-25 期，(1991 年、1992 年)。

會難得。制憲之後，到 1991 年才有第一次修憲，該次修憲承襲司法院釋字第 261 號解釋的意旨，賦予國民大會代表重新選舉的法源依據<sup>156</sup>。因而，在 1991 年底，臺灣首次舉行大規模的國大代表選舉，障礙者權益促進團體也才有機會藉由此次選舉，將障礙者的權利訴求寫入憲法。另一方面，其他權利倡議團體也紛紛在此時投入修憲的動員，將改革議程設定在修憲可以有較多動員的盟友。殘障聯盟、中華兒童福利基金會、無住屋者團體組織、婦女新知基金會、全國學生運動聯盟、台北家庭扶助中心等十三團體，曾舉行「憲法、人民福祉、與國家前途，社會權的規範與實踐」研討會，希望國代可以重視包括生存權、受教育權、工作權、勞工基本權、環境權等權利在內的社會權<sup>157</sup>。之後，他們又組成「社會權推動聯盟」，希望將憲改重點放在人權保障上，而非只談對於政治人物較具重要性的總統直選議題<sup>158</sup>，並繼續進行請願，要求各黨國代們簽署社會權提案<sup>159</sup>。

關於 1992 年的修憲意義構框方式偏向社會權，但也有一些障礙者平等權入憲的訴求，本文希望可以拿出來討論。第一部分，是關於在憲法第 7 條平等權條款中直接納入障礙者的訴求。1991 年 8 月 24、25 日，殘障聯盟副理事長陳博文曾參與民進黨主辦的「人民制憲會議」，並在會議中明確地主張希望在憲法平等權條款中加上不得因「身體或智能狀況」而受歧視。但當時與會的陳永興與臺灣大學法律系教授李鴻禧皆表示，由於該次「台灣憲法草案」對於平等的定義包含「不得因……而受歧視或享有特權」<sup>160</sup>，如果將殘障者放入平等權規範，又要對

<sup>156</sup> 1991 年中華民國憲法增修條文第 5 條：「(第 1 項) 國民大會第二屆國民大會代表應於中華民國八十年十二月三十一日前選出，其任期自中華民國八十一年一月一日起至中華民國八十五年國民大會第三屆於第八任總統任滿前依憲法第二十九條規定集會之日止，不受憲法第二十八條第一項限制。(第 2 項) 依動員戡亂時期臨時條款增加名額選出之國民大會代表，於中華民國八十二年一月三十一日前，與國民大會第二屆國民大會代表共同行使職權。」

<sup>157</sup> 莊佩玲，十三個社會團體呼籲 修憲莫忽視社會權，聯合報，1991 年 11 月 24 日 4 版。

<sup>158</sup> 林照真，「社會權推動聯盟」成立籲朝野共同關心社會人權，中國時報，1992 年 3 月 11 日 5 版。

<sup>159</sup> 潘建國，社會權聯盟參加 419 遊行 要求國代提案保障社會權納入修憲，聯合晚報，1992 年 4 月 1 日。

<sup>160</sup> 台灣憲法草案初稿第 7 條：「國民在法律上一律平等，不得因性別、種族、血統、語言、宗教信仰、政治見解、階級、黨派、家庭背景，而受歧視或享有特權。」

殘障者有特別保護規定，會有衝突。陳博文只好作罷<sup>161</sup>。由此可推知這些民進黨員或與民進黨友好的知識份子，主要是採反差異論的平等觀，必須「相同」才是平等，不利的差別待遇是歧視，有利的差別待遇則是特權。這樣的平等觀不只阻礙了我們對於積極促進平等的想像，更讓障礙者無法成為平等權的主體。

台灣憲法草案初稿其實有注意到不能只有「相同待遇」的問題，因而在第 8 條又規定：「(第 1 項) 因前條之原因，而實際受不利益之個人或團體，應立法確保其追求生活幸福之機會。(第 2 項) 年老、年幼、孕婦及育嬰母親，生理或心理殘障者，及弱小族群應予特別保護。<sup>162</sup>」此種立法方式正是 McClusky 所批評的相同待遇原則與特殊待遇原則的結合<sup>163</sup>，障礙者的生理差異常被認為與社會功能相關，因此很難給予相同待遇，需要放到特殊待遇去處理。但是在特殊待遇的框架下，相關措施仍容易被視為對某些依賴者的昂貴支出，正當性較低，容易將問題與責任又歸給障礙者個人。

另外，將障礙者納入憲法平等權條款的訴求，不只在我國憲法史上是難得而重要的提案，就當時的國際社會來看，也屬不易。加拿大 1982 年制訂的自由與權利憲章，是全世界第一部指明給予障礙者平等權保障的憲法(平等條款在 1985 年生效)，此後十餘年，也只有加拿大憲法明文列出障礙者的平等權保障<sup>164</sup>。可見對障礙者平權的忽視是國際間普遍存在的問題。

第二部分，是具障礙者身分的國大代表陳博文與高志明<sup>165</sup>分別提出的修憲提案——「社會福利及殘障條款」<sup>166</sup>。雖然其內容可能在意義構框上受到社會權推

<sup>161</sup>許陽明(註 162)，頁 26、82-84。

<sup>162</sup>附帶一提，對「年老、年幼、孕婦與殘障者」的保障，在嗣後討論過程中又被認為是屬於社會權、生存權的範疇，因而該條遭到刪除。許陽明，人民制憲會議實錄，頁 347-348 (1991 年)。

<sup>163</sup>請參第二章第三節第一項第一款社會/生物二元區分下的障礙者平等問題。

<sup>164</sup>南非在 1997 年明文列出障礙者的憲法平等權保障。See LISA VANHALA, MAKING RIGHTS A REALITY?: DISABILITY RIGHTS ACTIVISTS AND LEGAL MOBILIZATION 57 (2011).

<sup>165</sup>陳博文與高志明分別以「殘障人士代表」身分，受民進黨與國民黨提名為全國不分區國大代表。中華民國殘障聯盟，陳副理事長榮獲民進黨不分區國代候選人第三順位，16 期，頁 7 (1991 年)。聯合晚報，高志明 精法學弱勢代表，聯合晚報，1991 年 11 月 13 日 2 版。聯合晚報，二屆國代選壇點將錄 高志明 不分區代表唯一殘胞 意外被「點名」樂意發揮法律長才修憲，聯合晚報，1991 年 11 月 14 日 10 版。

<sup>166</sup>檔案管理局藏《檢送第二屆國民大會臨時會代表修憲提案一冊》(檔案編號：

動聯盟影響，而以社會權為導向，但也同時表達了障礙者對平等權的訴求。這些對於平等的訴求包含：1.無障礙環境的權利：「殘障人士應平等享用公共建築、道路、交通工具、資訊及語言溝通之權利」、2.積極性工作權保障：「對於有工作意願之殘障者，國家應積極協助其職能訓練、就業，並幫助其改善工作環境，或協助其獲取有利工作之特殊工具，以從事經濟活動」、3.參政保障名額：「殘障者之參政權應予保障，並以立法保障其成為民意代表之名額」<sup>167</sup>。這三個條款的提案說明皆以平等為依據，如無障礙環境權利的提案說明表示：「殘障者產生的原因很多皆來自於社會」、應「使其能有平等參與社會之機會」；積極性工作權保障的提案說明表示：「基於社會正義與實質平等原則的實現，應優先立法給予工作權之保障」<sup>168</sup>；參政保障名額部分，則有參考憲法婦女保障名額之規定，認為制定婦女保障名額是因當時兩性未平等，女性難有參政機會，而修憲時殘障者也是弱勢群體，缺乏平等參政機會，應依相同法理保障。

這三個條文都以障礙者平等權為訴求，但在反差異論的想像下，都殊難想像這三個條文的存在。從提案條文與說明，我們可以推測提案人應該是注意到障礙者在公共空間與資訊的利用上、工作上、參政上都處於事實上的不利地位，所以需要積極立法改善，比較接近反從屬論的平等觀。

可惜的是，這些關於障礙者平等權的提案，在審查委員會階段就未受通過，無法進到二讀程序<sup>169</sup>。由於該次修憲國民黨的國民大會代表佔壓倒性多數（完成報到手續的 403 位國民大會代表中，中國國民黨占 320 位，民主進步黨占 75 位<sup>170</sup>），這些提案未通過較可歸責於國民黨。而後來獲通過的憲法增修條文第 18 條第 5

---

A10000000A/0081/525/1/1/007/074)，頁 81-86、325-330（1992 年）。

<sup>167</sup> 以上所列為陳博文的提案，高志明的提案亦有三個內容相仿的條文，分別是：「國家對於身心殘障者之平等使用公共建築、道路、交通工具、資訊及其他公用設施等權利，應予保障」、「國家對於病弱傷殘或其他正當理由未能適當勞動者，就其生活應有必要之照顧，對於其工作意願與能力者，應積極協助其職能訓練與就業輔導，並改善其工作環境，協助提供其便利工作之特殊工具」、「殘障者之參政地位應予保障。各種選舉應規定殘障者當選名額，其辦法以法律定之。」

<sup>168</sup> 高志明的提案說明亦類似：「基於社會公義與實質平等之原則，尤應就工作權予以積極性之保障」。

<sup>169</sup> 國民大會秘書處編，第二屆國民大會臨時會實錄，頁 399（1992 年）。

<sup>170</sup> 國民大會秘書處編（註 169），頁 69-72。

項殘障者基本國策規範<sup>171</sup>，也是依照國民黨的意思通過<sup>172</sup>，比起陳博文與高志明提出的修憲提案，較缺乏平等權的意涵。當然，1992年國民黨版的殘障者保障條款有列出保險、就醫、教育訓練、就業輔導、生活維護等事項，整體看起來比1946年憲法第155條老弱殘廢扶助與救濟更好、更明確，保障事項更多。解釋論上本文亦不反對利用憲法增修條文第18條第5項殘障者保障條款（現為第10條第7項）來補充、強化障礙者平等權保障，只是陳博文與高志明的提案顯然更為詳細、完整、積極。

此時期障礙者不是沒有進行法律動員，只是主要在做的是修憲的法律動員。只可惜在1992年修憲的法律動員上，障礙團體花了很多心力進行動員，卻無法將自己期望的障礙者平權意涵寫入憲法<sup>173</sup>。

### 第三款 規範分析：開放性的障礙歧視概念

前兩款分別處理了就業服務法反歧視條款的立法過程，以及障礙團體當時修憲中的平等倡議。接著要對就業服務法第5條反障礙歧視的部份做初步分析。可以思考的問題點有三：1.該條款中的「殘障/身心障礙」概念內涵與範圍為何？是否需符合殘障福利法與相關子法對障礙者的定義？是否能由反歧視角度去思考障礙者的範疇？2.該條款中的「歧視」概念為何？偏向反差異論的看法？或也有解釋成反從屬論的空間？3.是否應規定他法優先的反歧視的例外情形？以下分別討論。

<sup>171</sup> 1992年憲法增修條文第18條第5項：「國家對於殘障者之保險與就醫、教育訓練與就業輔導、生活維護與救濟，應予保障，並扶助其自立與發展。」

<sup>172</sup> 中國國民黨第十三屆三中全會通過的「對第二屆國民大會臨時會代表同志政治任務之提示」。雖然文件的名稱為「提示」，但內文卻明白寫著「要求黨籍國大代表務希參照本黨修憲決策，達成國大臨時會的修憲任務」。該提示所附的「中華民國憲法增修條文增訂要點」，在殘障者基本國策部分，幾乎與後來通過的修憲條文一模一樣，差異只在將「復健」改成「保險」。參聯合報，執政黨國大政治任務提示全文，聯合報，1992年3月17日2版。

<sup>173</sup> 從修憲中的平等倡議可見障礙群體不是「只要福利，不要平等、反歧視」。但對照障礙團體較關心殘障福利法修法，而較未關心就業服務法的反歧視條款，或可說殘障福利法是以障礙者為主的專法，就業服務法只是部分條文有障礙者，故受到較少注意。

## 一、不限於領有身心障礙手冊的障礙者

就業服務法本身並未定義「殘障/身心障礙」，1992 年就業服務法施行細則第 13 條雖規定：「本法第二十四條、第二十五條、第二十七條至第二十九條所稱殘障者，係指依殘障福利法領有殘障手冊者」<sup>174</sup>，但並未規定第 5 條的「殘障」亦須符合殘障福利法與相關子法的定義。應可解釋為主管機關有意讓反歧視規定與殘障福利法對殘障的定義脫鉤。定義脫鉤後，就業服務法對障礙者範疇的界定有可能比殘障福利法寬、也可比變窄，若由反歧視法的角度進行思考，本文認為就業服務法對障礙者範疇的界定應該要比較寬。因為殘障福利法即使後來陸續更名為身心障礙者保護法、身心障礙者權益保障法，其對障礙者的定義卻仍包裹著福利色彩，而這通常會限縮障礙者範疇的界定。如 2001 年，湯金全等委員提案將癲癇症患者納入法定障礙者範疇<sup>175</sup>，當時法規名稱已由「福利法」改為「身心障礙者保護法」，但內政部長張博雅強調應限於頑性癲癇症，因為光是頑性癲癇症患者即有五萬人<sup>176</sup>，政府要補助醫藥費、生活補助費，一年需要增加六億元預算。如果要納入所有癲癇症患者，會多九萬人，經費可能要再增加七億<sup>177</sup>。似乎只要是關於更動障礙者的範疇，官員們想到的就是政府需要很多經費來補助這群人。只看到福利層面保障，而較未思考是否有些障礙者是需要反歧視而不需要福利服務。2007 年身心障礙鑑定新制下，做完身心障礙鑑定，一定要再做福利需求評估，才能取得身心障礙證明，顯示該法對障礙者的想像或許還沒有走出殘障福利法的框架。

<sup>174</sup>2004 年後修正為就業服務法施行細則第 9 條：「本法第二十四條第一項第三款、第二十五條、第二十七條及第二十八條所稱身心障礙者，指依身心障礙者保護法規定領有身心障礙手冊者。」

<sup>175</sup>立法院公報處，立法院議案關係文書院總第 1032 號委員提案第 3431 號，立法院第 4 屆第 5 會期第 1 次會議議案關係文書（2001 年）。

<sup>176</sup>此估計與目前的法定障礙者仍有很大的差距。據衛生福利部 2014 年的統計資料，頑性癲癇症患者只有 4503 人。領有身心障礙手冊的法定障礙者與事實上障礙者是否有可能差到十倍之多？參衛生福利部統計處網站，身心障礙者人數按縣市及年齡別，

[http://www.mohw.gov.tw/cht/DOS/Statistic.aspx?f\\_list\\_no=312&fod\\_list\\_no=4198](http://www.mohw.gov.tw/cht/DOS/Statistic.aspx?f_list_no=312&fod_list_no=4198)（最後瀏覽日：2014 年 7 月 12 日）。

<sup>177</sup>立法院公報處，立法院第 4 屆第 5 會期衛生環境及社會福利、教育及文化、司法三委員會第 1 次聯席會議紀錄，立法院公報，90 卷 37 期，頁 112-113、122-124（2007 年）。

亦有相關學者明示或默示支持就業服務法反歧視條款不限於領有「身心障礙手冊/證明」者。專攻就業歧視的法學者焦興鎧曾表示「單眼全盲」應該可以算做身心障礙者<sup>178</sup>。再者，在臺北市勞工局的就業平等手冊上，焦興鎧也將肝炎、HIV 帶原者納入身心障礙歧視的討論<sup>179</sup>。這些例子皆非身心障礙者權益保障法下的障礙者，可認其默示支持該條款的保障範圍應比較寬，或至少認為某些狀況是否可納入反障礙歧視範疇有討論空間。另外，孫迺翊則明白指出身心障礙證明的功能是在「確認請領相關給付之資格」，此可由現行身心障礙者權益保障法第 7 條第 3 項<sup>180</sup>：「直轄市、縣（市）主管機關對於設籍於轄區內依前項評估合於規定者，應核發身心障礙證明，據以提供所需之福利及服務」得知。對於就業服務法施行細則未將就業服務法第 5 條的「身心障礙」限縮在領有證明者，孫迺翊也認為是「主管機關針對歧視禁止與給付行政，有意作不同之認定」<sup>181</sup>。

基本上，本文同意上述學者見解，由反歧視角度思考，就業服務法對障礙者範疇的界定應該要比較寬。不過，或許也可回過頭思考身心障礙者權益保障法對障礙者範疇的界定是否過嚴、過於與福利糾結在一起。

## 二、論歧視及引入多元交織性、合理調適措施的可能

如同「殘障/身心障礙」的概念具開放性，就業服務法及其施行細則對於「歧視」的概念也無進一步解釋。1992 年通過的就業服務法反歧視條款，其原先行政院草案的立法理由提到本條是「規定雇主對求職人或受僱者，不得因個人因素而遭致差別待遇。」此種說法，不容許任何差別待遇，屬於較剛性的反差異論。2001 年的修正，立法理由則改為「所稱歧視係指雇主無正當理由而恣意實施差別待遇而言<sup>182</sup>。」屬於較有彈性的反差異論，類似「合理差別待遇」的說法，原

<sup>178</sup>此可參考焦興鎧在研討會上的發言紀錄。黃昭元等，「身心障礙者與優惠性差別待遇：談強制進用比例之手段」研討會，台灣法學雜誌，159 期，頁 61（2010 年）。

<sup>179</sup>焦興鎧，就業歧視最新案例解析與國內外最新趨勢說明，收於：就業歧視暨兩性平等實例介紹暨法令研討專輯，頁 48-50（2005 年）。

<sup>180</sup>原文所書條號為「第 7 條第 2 項」，但引用內容為第 7 條第 3 項之內容。

<sup>181</sup>孫迺翊，身心障礙者權益保障法之基本精神及相關爭議問題，法律扶助，33 期，頁 32-33（2011 年）。

<sup>182</sup>立法院公報處（註 192）。1992 年公布至今的就業服務法施行細則，並未對「歧視」的意義有



則禁止、例外容許某些不同待遇。

若採用 1992 年立法理由對歧視的定義來審查就業歧視案件，應該會遭遇相當大的困難。比方說，「女性內衣模特兒」限定求職者為女性，應是基於工作性質的合理要求<sup>183</sup>，學說上稱作「職業必要性」(business necessity)抗辯<sup>184</sup>。但 1992 年的立法本身沒有任何雇主抗辯事由，如果還把歧視定義為不容許任何差別待遇的話，此例子似乎沒有解套的空間，僱主無法限制只徵求女模特兒。反觀 2001 年立法理由的說法，雖然就業服務法反歧視條款仍缺乏雇主抗辯事由，但在可容許「合理差別待遇」的歧視定義下，可將因工作性質需求等雇主抗辯事由解釋為合理差別待遇，故非屬歧視。幸而由於立法理由不具規範效力，只是在法律解釋上參考之用，故在法律適用上，若認為 1992 年的理由有問題，主管機關可以逕行採取較合理的歧視認定方式。

不論 1992 年或 2001 年的立法理由，顯然都是由反差異論的角度對就業服務法反歧視條款進行解釋。然而，由於法律本身未對歧視做進一步解釋，仍然有解釋成反從屬論的空間。如第二章所述，在案件類型上，反差異論能夠處理造成不利益影響的差別待遇，卻時常無法辨識看似中性待遇下潛藏的不平等問題，更可能錯殺積極矯正歧視措施。相對而言，反從屬論能在表面中性待遇中發現歧視，也較能肯定對於群體的積極矯正歧視措施。

若由反從屬論出發，可以留意就業服務法反歧視條款較有機會處理多元交織性 (intersectionality) 問題。陳昭如曾用交叉路口與樓上樓下來說明多元交織性理論的兩個問題<sup>185</sup>。反從屬論認為因群體身分受有不利益是歧視，多元交織性理

---

進一步說明，僅有各縣市政府得組成就業歧視評議委員會的規定。

<sup>183</sup>此為臺北市府勞動局所舉例子，臺北市府勞動局科長劉家鴻表示：「像是內衣模特兒、婚紗模特兒，工作內容均有性別特殊性，限定女性問題不大。」周志豪，勞局：視工作性質認定 內衣模特兒限女性 沒違法，聯合報，2013 年 6 月 12 日 B1 版。

<sup>184</sup>性別工作平等法列有「年資、獎懲、績效」的職業必要性抗辯，但也有學者指出這些看似中性、「非性別因素」的事由，也可能與女性職場弱勢處境相關。此為平等思考上須留意之處。陳昭如、張晉芬，性別差異與不公平的法意識——以勞動待遇為例，政大法學評論，108 期，頁 80-81 (2009 年)。

<sup>185</sup>陳昭如，交叉路口與樓上樓下——反歧視法中的交錯問題，月旦法學雜誌，189 期，頁 51-68 (2011 年)。2011 年時該文使用「交錯性」，後來陳昭如則將 intersectionality 改稱為「多元交織

論則指出一個人可能同時擁有多種群體身分。交叉路口的比喻<sup>186</sup>是指一個人可能同時受到相互交纏的多重群體身分下的壓迫，如：黑女人受到的歧視可能有別於白女人、亦不同於黑男人。樓上樓下的比喻<sup>187</sup>是指一個人可能因某群體身分受壓迫，同時基於另種群體身分享有特權。如原住民女性和漢人女性，雖然皆因性別受壓迫，漢人女性在群體位置上相對享有特權。相對於我國其他反歧視法，就業服務法反歧視條款列出的禁止歧視身分類別最多，因而較有機會處理多元交織性問題<sup>188</sup>。關於我國障礙者所面臨的多元交織性問題，基本上，本文探討的障礙者工作不平等問題，就包含了障礙者/健全人、受雇者/雇主兩組不對等的權力關係。此外，視障按摩師執業過程中面臨的性騷擾問題也涉及障礙者就業中的多元交織性。萬明美 1991 年對視障按摩師抽樣訪視的研究中曾指出，按摩師替顧客服務時常遭受性騷擾，女按摩師被侵犯的比率高達 67.6%（受訪視的 111 位女按摩師中占 75 位），男按摩師被侵犯的比率也有 40.2%（受訪視的 189 位男按摩師中占 76 位）<sup>189</sup>。在我國的歷史脈絡下<sup>190</sup>，視障者從事按摩業的比例較高且受有一定法律保障，可以說，基於視障者身分，視障者往往難以進入其他行業而最終須選擇從事按摩業，問題是，視障按摩師容易遭受性侵犯，又產生障礙與性壓迫的交織。此種狀況是否會隨著 2001 年兩性工作平等法(2007 年更名為「性別工作平等法」、2005 年性騷擾防治法的制定而有所改善，尚待研究。

本文相當認同多元交織性理論有助於我們了解社會關係的複雜性與深化反歧視法的思考。然而，現實上的問題是，如果要由一個委員會來處理就業歧視案件，我們要如何找到一批委員同時對於就業服務法反歧視條款所列的「種族、階

---

性」。參陳昭如（註 86），頁 28-29。

<sup>186</sup>交叉路口的比喻來自 Crenshaw。See Kimberlé W. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, 1989 U. CHI. LEGAL F. 139, 149(1989).

<sup>187</sup>樓上樓下的比喻來自阿(女烏)。參利格拉樂·阿(女烏)，樓上樓下——都會區中產階級女性運動與原住民女性運動的矛盾，收於：穆莉淡 Mulidan：部落手札，頁 47-57（1998 年）。

<sup>188</sup>憲法平等權條款由於一般理解為例示規定，也較有機會處理多元交織性問題。

<sup>189</sup>萬明美，視覺障礙者從事按摩業之現況及影響其收入之相關研究，特殊教育學報，6 期，頁 26-28（1991 年）。

<sup>190</sup>戰後視障者按摩保障規範的演變與視障者從事按摩業的比例，請參本文第四章。

級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、性別、容貌、五官、殘障或以往工會會員身分」<sup>191</sup>種種身分所受的壓迫態樣均有充分的理解？這可以連結到我國各縣市就業歧視評議委員會的委員組成與上訴到法院後的法官組成問題，在理論上則涉及立場論（standpoint theory）。

立場論不認同現代科學「抽離式觀察法（detached observation）」所生產出來的知識，不認為自由主義下抽象、普遍、價值中立的知識才具有客觀性。立場論較強調情境化的知識，並認為從恰當立場出發才能得出具強客觀性的知識。弱勢群體較容易有受壓迫經驗，因而也對該群體壓迫的了解具有認識論上的優勢。惟須注意，並非只有受過某種壓迫的人，才能生產關於壓迫經驗的知識或提出批判。重點毋寧是是否由弱勢者的生活經驗出發來了解壓迫問題，只是優勢者在生產相關知識時仍須對自身的發言位置有所警覺<sup>192</sup>。就立場論而言，並非具受壓迫群體身分者才能了解、批判不平等處境，但具該身分者會有了解壓迫的認識論上優勢。若連結到障礙者就業歧視案件的處理層面，我們不易得知就業歧視審議委員與法官是否會由弱勢者生活經驗出發進行判斷，這是由於就業歧視審議過程、會議記錄不公開，而進入法院的案件相當稀少。較能確定的是，在 10 人到 18 人不等的各縣市就業歧視審議委員中，有些地方政府規定至少要有身心障礙團體代表 1 人，有些則未規定<sup>193</sup>。司法官方面，雖然司法官體檢限制一直都存在，仍有具障礙者身分的司法官<sup>194</sup>，只是非常罕見<sup>195</sup>。顯示對於障礙者壓迫處境具有認識論上

<sup>191</sup>這是 1992 年就業服務法第 5 條列出的禁止歧視身分類別，目前則增加為：「種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、出生地、性別、性傾向、年齡、婚姻、容貌、五官、身心障礙或以往工會會員身分」。

<sup>192</sup>關於女性主義立場論的說明，參陳昭如（2010），大法官解釋中的歷史與傳統-女性主義觀點的批判，中研院法學期刊，7 期，113-121 頁。障礙研究者借助女性主義立場論思考「身心障礙者認識論觀點」（standpoint epistemology for persons with disabilities）並展開批判的初步說明，參邱大昕，為什麼需要女性主義身心障礙研究？，婦研縱橫，96 期，頁 21（2012 年）。

<sup>193</sup>關於我國就業服務法就業歧視評議委員會實際運作上障礙者代表性的問題，請參第三章第三節第一項第一款案件處理者面向的分析。

<sup>194</sup>原則上，障礙者受有報考司法官的體檢限制。1978 年立法委員康寧祥曾向行政院質詢，表示司法人員特考禁止身體殘障者報考很不合理。司法行政部的官員則表示除了執行職務不便，「於公堂之上，觀瞻儀表也很重要，因此身體畸形或行動不便之人，不宜擔任」。顯有歧視之意。聯合報，司法人員特考 禁止殘障報名 立委認為不大合理，聯合報，1978 年 11 月 3 日 2 版。此狀況在 1982 年有了轉折，原因並非體檢規定取消，而是國家機關「作業疏失」造成。1982 年

優勢者並不多。在審議/審判過程中，能否由弱勢者生活經驗出發進行判斷，仍是個問題。

最後，必須說明反障礙歧視中常會討論到的合理調適措施（reasonable accommodation）及其與反差異論、反從屬論間的關係。就業服務法反歧視條款並未明文規定雇主須提供受雇或求職的障礙者合理調適措施，但我們仍可將雇主「未提供合理調適措施」解釋成歧視的一種型態。我國於 2014 年 8 月 1 日制定的身心障礙者權利公約施行法（於 2014 年 12 月 3 日施行），讓聯合國 2006 年身心障礙者權利公約（The Convention on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD）發生內國法效力<sup>196</sup>。該公約第 2 條，便將拒絕給予障礙者合理調適措施

---

的司法官特考，共有 4 名障礙者男女青年考上司法官。依照當時規定，需取得體檢合格證明才能報名考試，而這 4 名障礙者皆取得體檢合格證明，並通過筆試。口試時，口試官員才發現 4 人的障礙者身分，不准他們 4 人口試。經過一番爭取，才「破格任用」。法務部人事處與考選部官員均表示此類事情不會再發生。聯合報，四殘障青年考取司法官 如何獲得報考資格 檢方奉命進行調查，聯合報，1985 年 3 月 26 日 5 版。聯合報，讓殘障者報考司法官 考試院自作主張？考選部說醫院體檢不確實，聯合報，1985 年 1 月 23 日 5 版。聯合報，四殘障青年派任檢察官 我司法史上空前之舉 報考前疏於注意，錄取後破格任用，聯合報，1985 年 1 月 22 日 5 版。晚近的爭議則是雙修臺大會計、法律系、肌肉萎縮症患者陳俊翰，以及東海大學法律系全盲生林哲維仍受體檢限制所苦，希望爭取報考司法官。張錦弘，爭取考司法官 陳俊翰要求釋憲 無法「以輔具自行活動」他要衝撞這個不合理規定，聯合報，2006 年 6 月 2 日 C7 版。白錫鏗，他，有個夢 法官設盲檻 全盲生籲聲請釋憲，聯合報，2010 年 7 月 27 日 A8 版。

<sup>195</sup>究竟有多少具障礙者身分的司法官，並不清楚，因為相關統計資料皆忽略障礙者的面向，但由目前本文掌握到的資料來看，應可推斷是非常罕見。司法院網站上可以找到 2005 年以降司法院各機關的男女員工數，但無障礙者人數統計。司法院網站，司法院暨所屬機關員工人數，<http://www.judicial.gov.tw/juds/report/st-1.htm>（最後瀏覽日：2015 年 11 月 20 日）。考選部的網站上，考選統計系統可以查詢每年錄取司法官的統計資料，除了性別，還有年齡別、是否具原住民身分的統計，但無障礙者人數統計。考選部網站，各種考試統計，[http://wwwc.moex.gov.tw/main/ExamReport/wFrmExamStatistics.aspx?menu\\_id=158](http://wwwc.moex.gov.tw/main/ExamReport/wFrmExamStatistics.aspx?menu_id=158)（最後瀏覽日：2015 年 11 月 20 日）。

<sup>196</sup>可以補充說明公約的批准（ratification）問題。國際公約的批准有兩種意義，一種是在國際法上國家元首或代表交存批准書。另一種是將條約國內法化。身心障礙者權利公約施行法的通過，具第二種公約批准意義，但不具第一種意義。王自雄，人權兩公約之國內法化暨其施行法之實施--從國際法的內化與人權在我國憲政體制下之法律地位論起，臺灣法學雜誌，164 期，頁 115（2010 年）。身心障礙者權利公約施行法在委員會審查過程中，陳歐珀、江啟臣、陳節如、尤美女立委曾督促行政機關盡速啟動國際法意義上的批准程序，縱使向聯合國交存批准書往往不獲回應，仍應將公約送至立法院審議。立法院公報處，委員會紀錄，立法院公報，103 卷 32 期，頁 429-471（2014 年）。

關於身心障礙者權利公約本身有何意義，以及為何要引入公約、制定施行法的問題，由 6 個施行法草案版本，共同可見的是：1.該公約是採「社會模式」，將障礙經驗連結至社會歧視、外在環境、制度的障礙。2.強調障礙者平等機會與充分社會參與。雖然我國已經有身心障礙者權益保障法，且該法 2007 年修正時已有參考公約，但各草案均認為公約通過有一定意義，包括：1.權利清單與保障項目更完整。2.較強調結構性不利益與社會歧視。3.有外部監督機制與需定期提出國

(reasonable accommodation) 納入「歧視」的定義中。依據同一條文，合理調適措施的定義是：「在特定個案中，必要與適當的修改或調整，此調適措施不會（對義務人）施加不成比例或過度負擔，並可確保障礙者在與他人平等的基礎上，享受與行使人權與基本自由權。」在我國通過身心障礙者權利公約施行法之前，其實已經可以認定「未提供合理調適措施」是一種歧視。該公約及其施行法則可以強化此種對反障礙歧視法的理解方式。

合理調適措施具體而言可包含：讓障礙者可以方便進入、使用工作場所及設備；工作重構 (job restructuring)；部分工時或修改工作時間表；重新指派至可勝任的工作崗位 (reassignment)；取得或修改某些器具設備；考試/考核調整措施；教育訓練材料的調整；提供閱讀輔助器 (reader) 或翻譯者 (interpreter)<sup>197</sup>。由於合理調適措施要求的不只是雇主應給予障礙者與健全人完全相同的待遇，而是課予雇主積極的義務調整工作環境或工作條件，讓障礙者能充分、順利的參與職場，合理調適措施常被視為一種差別待遇<sup>198</sup>，因而與反差異論間有一定的緊張關

---

家人權報告。4.有權利救濟管道。參立法院公報處，立法院議案關係文書院總第 1684 號委員提案第 16446 號，立法院第 8 屆第 5 會期第 10 次會議議案關係文書（2014 年）。立法院公報處，立法院議案關係文書院總第 1684 號委員提案第 16424 號，立法院第 8 屆第 5 會期第 10 次會議議案關係文書（2014 年）。立法院公報處，立法院議案關係文書院總第 1684 號委員提案第 16400 號，立法院第 8 屆第 5 會期第 9 次會議議案關係文書（2014 年）。立法院公報處，立法院議案關係文書院總第 1684 號委員提案第 16156 號，立法院第 8 屆第 5 會期第 6 次會議議案關係文書（2014 年）。立法院公報處，立法院議案關係文書院總第 1684 號委員提案第 15716 號，立法院第 8 屆第 5 會期第 12 次會議議案關係文書（2013 年）。立法院公報處，立法院議案關係文書院總第 1684 號委員提案第 16372 號，立法院第 8 屆第 5 會期第 8 次會議議案關係文書（2014 年）。

另外，張恆豪口試委員有提到臺美法律文化差異問題。美國脈絡較重視反歧視、會詳細討論合理調適措施的界限問題，臺灣脈絡下雖然有相關立法或推動公約，但障礙團體或立法單位似不覺「反歧視有什麼了不起」，較未討論反歧視界限或細節。由於本文未進行訪談，所以不清楚障礙團體或立法者實際上如何看待公約或其他反歧視立法，臺灣是否有重視反歧視的文化值得再研究。（其實，從相關立法資料或報導來看，反歧視在障礙者權利運動應有一定重要性，故問題究竟出在障礙團體認為「反歧視理念不足以解決問題」、「理念難以實踐」或其他地方，也值得再釐清）

<sup>197</sup>參考 42 U.S.C. § 12111(9)(2012)

<sup>198</sup>合理調適措施的相關文獻中，本文目前尚未發現有論者主張該措施為「相同待遇」。比方說，第二章討論 McClusky 的相同待遇原則與特殊待遇原則時，McClusky 便是將合理調適措施放在特殊待遇原則下討論。See Martha T. McCluskey, *How the Biological/Social Divide Limits Disability and Equality*, 33 WASH. U. J. L. & POL'Y 109, 113-128 (2010). Karlan 與 Rutherglen 認為 ADA 同時擁抱相同與差異模式，而合理調適措施是要求雇主對某些人為差別待遇。See Pamela S. Karlan & George Rutherglen, *Disabilities, Discrimination, and Reasonable Accommodation*, 46 DUKE L.J. 1, 10-11(1996). Nelson 與 Issacharoff 認為合理調適措施是「不等者不等之」的展現。See Samuel Issacharoff & Justin Nelson, *Discrimination with a Difference: Can Employment Discrimination Law Accommodate the Americans with Disabilities Act*, 79 N.C. L. REV. 307, (2000).

係。在反差異論下，仍可能主張合理調適措施是「合理的差別待遇」、「不等者不等之」，但恐難避免不斷地受到「有違反平等權嫌疑」的指控。反之，反從屬論則較能支持合理調適措施中的積極平權意涵，不作為（即不給予合理調適措施）也可能構成歧視<sup>199</sup>。若能在就業服務法反歧視規範中肯認合理調適措施的必要性，將有助於改善職場中以健常人為中心的文化帝國主義問題。

### 三、「他法優先」作為非屬歧視的情形

1992 年的就業服務法反歧視條款並未規定雇主抗辯事由或其他非屬歧視的情形，直到 2007 年才在原條文後段增加「其他法律有明文規定者，從其規定。」究竟在什麼法律規範下，能有反歧視的例外情形呢？根據行政院提案的說明<sup>200</sup>，增加此除外規定，是因為「現行法已有基於正當理由作特別規定者，與本條第一項前段規定尚無抵觸。」其舉例如，公務人員退休法第 5 條<sup>201</sup>、學校教職員退休條例第 4 條<sup>202</sup>皆有年滿 65 歲者應退休的相關規定。勞動基準法第 54 條亦規定，勞工年滿 60 歲者，雇主得強制其退休<sup>203</sup>。由此可以推測，增加此除外規定，主要是因為該次修法同時納入「年齡歧視」。

問題是，此規定也可能同時合理化限制障礙者考試或任用的規定，就業服務法因此更難與其他法律抗衡，對抗這些「法定歧視」。比方說，從 1948 年起的公

---

值得注意的是，也有論者提到合理調適措施與平等的機會（equal opportunity）或美國既有反歧視法（antidiscrimination laws）的規範體系相容。他們主要是認為合理調適措施的某些特質相似於美國法中的差別影響歧視理論、種族歧視或性騷擾中的敵意環境理論（hostile environment theory）。另外，他們也不會認為合理調適措施是「相同待遇」。See Mary Crossley, *Reasonable Accommodation as Part and Parcel of the Antidiscrimination Project*, 35 RUTGERS L.J. 861, (2003). Christine Jolls, *Antidiscrimination and Accommodation*, 115 HARV. L. REV. 642, (2001).

<sup>199</sup>合理調適措施是比較個人化的措施，而反從屬論是以群體不平等為基礎，則反從屬論是否可包含合理調適措施的問題。本文認為，此可連結到群體內部有差異是否會解消群體的問題，反差異論在使用「群體」概念時，也承認多元交織性、肯認群體內部差異。既然群體內部有差異，並不難想見群體內成員有多元化需求、國家有多元化提供國家保護義務之方式。

<sup>200</sup>立法院公報處，立法院議案關係文書院總第 1537 號政府提案第 10537 號，立法院第 6 屆第 4 會期第 1 次會議議案關係文書（2006 年）。

<sup>201</sup>1959 年公務人員退休法第 5 條第 1 項：「公務人員任職五年以上，有左列情形之一者，應命令退休：一、年滿六十五歲者。二、心神喪失或身體殘廢，不堪勝任職務者。」2010 年後公務人員退休法有全文修正，但仍有 65 歲與因身心障礙退休相關規定。

<sup>202</sup>學校教職員退休條例第 4 條第 1 項：「教職員任職五年以上，有左列情形之一者，應即退休：一、年滿六十五歲者。二、心神喪失或身體殘廢，不堪勝任職務者。」

<sup>203</sup>1984 年勞動基準法第 54 條第 1 項：「勞工非有左列情形之一者，雇主不得強制其退休：一、年滿六十歲者。二、心神喪失或身體殘廢不堪勝任工作者。」2008 年則修法延長為 65 歲。

務人員任用法第 11 條便規定：「有左列各款情事之一者，不得任用為公務人員。五、有精神病者。<sup>204</sup>」此規定直到 2013 年才基於重視身心障礙者權益與不得歧視的理由，予以刪除<sup>205</sup>。若非考試院與立委的主動提案修法，此類歧視精神障礙者的規定將繼續存在。當然，許多歧視障礙者的法律在 2007 年之前已經存在，但該次修法可以說自動弱化就業服務法第 5 條的規範效力，遇有規範衝突便直接讓位，對於就業平等保障有不良效果。

我們是否要將就業服務法反歧視條款視為「普通法」，其他相關法律視為「特別法」，而依特別法優於普通法的原則，讓其他規範皆優先適用呢？本文認為在法律解釋上容有轉圜的餘地。事實上，我國行政罰法第 1 條但書<sup>206</sup>也有這種他法優先的規定，此種規範方式引起許多法學者的批評。因為行政罰法的制定目的是希望各種行政制裁體系可以有總則性、統一性的規範，較像「基本法」的性質，如果「他法優先」，則會有許多例外情形，無法達到基本法的功能。在此狀態下，有種限縮解釋的方式是認為但書中的「其他法律」並不包括自治條例、法規命令，只包含立法院三讀通過的法律<sup>207</sup>。在就業服務法反歧視條款但書未修正前，解釋上，或許也可採用類似做法。例如，目前公務人員考試法第 7 條、第 9 條<sup>208</sup>，仍有授權考試院在考試規則中訂定「體格檢查標準」的規定，有些體格檢查可能並

<sup>204</sup> 1986 年起改為公務人員任用法第 28 條：「有左列情事之一者，不得為公務人員：六、經合格醫師證明有精神病者。」

<sup>205</sup> 陳節如等立委提案，參立法院公報處，立法院議案關係文書院總第 1628 號委員提案第 13009 號，立法院第 8 屆第 1 會期第 4 次會議議案關係文書（2012 年）。考試院提案，參立法院公報處，立法院議案關係文書院總第 1628 號政府提案第 13326 號，立法院第 8 屆第 2 會期第 1 次會議議案關係文書（2012 年）。

<sup>206</sup> 行政罰法第 1 條：「違反行政法上義務而受罰鍰、沒入或其他種類行政罰之處罰時，適用本法。但其他法律有特別規定者，從其規定。」

<sup>207</sup> 李震山，論行政罰法「具裁罰性之不利處分」及「特別法優先適用原則」，法學叢刊，52 卷 3 期，頁 10-12（2007 年）。

<sup>208</sup> 公務人員考試法第 7 條：「（第 1 項）高等、普通、初等考試及特種考試規則，由考選部報請考試院定之。（第 2 項）前項考試規則包括應考年齡、考試等級、考試類科及其分類、分科之應考資格、體格檢查標準、應試科目、考試方式、成績計算、限制轉調規定等。」公務人員考試法第 9 條：「（第 1 項）考試院得依用人機關任用之實際需要，規定公務人員考試實施體格檢查，以及公務人員特種考試應考人之年齡、兵役及性別條件。（第 2 項）前項體格檢查不合格或逾期未繳送體格檢查表者，不得應考、不予錄取、不予訓練或不予核發考試及格證書。（第 3 項）體格檢查醫療機構範圍、體格檢查之內容、程序等有關事項之辦法，由考選部報請考試院定之。」

非歧視，比如與公務人員執行職務內容相關，且障礙者無法藉由合理調適措施完成職務內容。但如果體格檢查與職務內容沒有緊密關聯，構成歧視的情形，應仍可使用就業服務法反歧視條款認定歧視成立。換言之，我們應將就業服務法反歧視條款與公務人員考試法作融貫性的解釋，法律授權規定可以訂定體格檢查標準，不代表「可以歧視」。

大體而言，就業服務法反歧視條款的一項特色是規範簡單，藉由本項第一款的立法史分析，我們知道這樣的特色源於立法當時行政院並不是很重視就業服務法的反歧視規範。簡單的立法導致對殘障/身心障礙、歧視與雇主抗辯事由的規範均不夠清楚，因而容許適用法律的行政與司法機關有個案裁量空間，本文稱為「開放性的障礙歧視概念」。在這樣開放性的規範框架下，本文主張：1.依就業服務法反歧視條款處理障礙歧視時，可以與身心障礙者權益保障法障礙者的定義脫鉤，而更注意反歧視意義下的障礙者；2.可以使用反從屬平等觀處理障礙歧視問題，並應留意多元交織性、未提供合理調適措施的問題；3.其他法律優先於本條款的雇主抗辯事由應刪除。

## 第二項 歷史上的其他可能：未被採納的提案

對於就業服務法反歧視條款的立法形成過程與規範架構有所了解後，我們也可以藉由我國法律史上曾有的提案，看看反障礙歧視條款是否有其他的立法可能性與爭議。若由立法院法律提案系統與立法院公報進行搜尋，我們可以找到許多（尚）未被採納但與禁止障礙者就業歧視條款相關的提案，包括：1993年工人版勞動基準法修正草案、1995年與1999年蔡同榮兩度提出的工作平等法草案、諸多立委分別提出的「就業服務法修正草案」、修正動議。以下將分為：1.與障礙相關的病歷/疾病歧視；2.將歧視限定在「不利之差別待遇」；3.「他法優先」與雇主抗辯事由的增減三個部分，將這些提案進行整理分析。



## 第一款 與障礙相關的病歷/疾病歧視

障礙歧視與疾病歧視有一定的關聯性。由身心障礙者權益保障法相關規定來看，許多障礙者身分的取得與疾病因素有關，被診斷為帶有罕見疾病、自閉症、失智症、慢性精神病、頑性癲癇的人可以拿到身心障礙手冊，由此可見障礙與疾病的密切關聯。王國羽曾提到，疾病的後果可能有死亡、康復、障礙，所以各種疾病患者未必會成為障礙者，障礙只是其中一種可能。其次，是否為障礙與障礙狀態的「持續時間」有關，所以短時間內會康復的疾病並非障礙。第三，「疾病後果」也包括疾病狀態結束，而留有障礙狀態的情形。王國羽舉的例子是，小兒麻痺患者從疾病狀態恢復後，可能終身都有移動困難，但不代表他們是病人<sup>209</sup>。由於屬於障礙者身分與屬於疾病患者身分者皆有多種面貌，無法簡單說明其間的關聯性，但大致上應可認為障礙與疾病有部分重疊，也有不相容的部分。以下將說明我國與障礙相關的病歷/疾病歧視立法提案。

原先 1991、1992 年審議就業服務法反歧視條款時，已有立法委員提出病歷歧視的問題。在二讀會期間，林鈺祥委員別出心裁的主張應加上「病歷」歧視<sup>210</sup>。主要原因是，有些疾病會傳染，在傳染期間無法要求雇主僱用傳染病患，但如果該病患康復，不會再傳染疾病，仍有可能受到就業歧視<sup>211</sup>。同理，精神病患也會康復，但康復後仍有可能受到就業歧視。因此，林鈺祥委員主張加上不能對過往有相關病歷者的歧視。後來，林正杰委員也採此看法，認為「針對精神病患、或已病癒的人」應受反歧視保障，因而二讀通過該提議<sup>212</sup>。只可惜，後來行政院卻臨時撤回就業服務法草案。在新送來的草案中，行政院版草案未包含病歷歧視，葉菊蘭版草案列舉的反歧視項目則比行政院版多 7 項，包含病歷歧視<sup>213</sup>。原本要

<sup>209</sup>王國羽（註 43），頁 49-51。

<sup>210</sup>立法院秘書處（註 134），頁 441。

<sup>211</sup> 補充說明，有些傳染病即使未痊癒，在一般工作場合也不易傳染，像是需透過血液傳染的疾病。

<sup>212</sup>立法院秘書處（註 134），頁 449。

<sup>213</sup>立法院秘書處（註 134），頁 607、656-658。

照行政院版本通過，但由於郁慕明委員表示異議，主張除了「年齡、病歷（郁慕明的說法是「他確實有病」）」，其他項目皆應保障，病歷歧視因而被刪除<sup>214</sup>。這顯示了立委對於帶有疾病者的認識不足與歧視，帶有疾病本身未必會影響工作。同時，也顯示立委立法過程的草率，林鈺祥委員原本提議加入「病歷」的理由其實是相指相關疾病已康復或未具傳染性，郁慕明則誤以為是仍有病在身。

近來也有些立法提案希望在就業服務法反歧視條款加入「過去病史」<sup>215</sup>或「疾病」<sup>216</sup>的項目。就此，我們可以進一步思考障礙歧視是否能包含「過去的障礙者身分」與疾病歧視。就障礙的社會模式來看，基於「過去的障礙者身分」而受歧視，也屬於障礙歧視的一種，因為障礙歧視的主要問題本來就不是個人的身心損傷、難以改變的生理缺陷，而是社會環境對障礙的污名、刻板印象與限制，這種汙名甚至可以延伸到身心損傷改變成健全狀態後。所以像是精神障礙者復原、無法繼續持有身心障礙證明後，仍受歧視，應可歸屬於障礙歧視。1990 年的障礙者美國人法對於障礙者的定義包含曾有損傷紀錄者（a record of such an impairment）以及被視為有損傷者（being regarded as having such an impairment），法學者 Bagenstos 認為這樣的定義可呼應障礙者權利運動與障礙研究中強調社會

<sup>214</sup>立法院秘書處（註 134），頁 672、674。

<sup>215</sup>李桐豪等立委在 2014 年提案納入「過去病史」，因為有些員工或求職者即使已經康復，仍會因為過去的就醫狀況、精神疾病而受歧視。立法院公報處，立法院議案關係文書院總第 1537 號委員提案第 16455 號，立法院第 8 屆第 5 會期第 11 次會議議案關係文書（2014 年）。

<sup>216</sup>關於加入疾病歧視的提案，可見 2006 年黃淑英等立委所提修正動議。立法院公報處，立法院第 6 屆第 4 會期環境衛生及社會福利委員會第 11 次全體委員會議紀錄，立法院公報，96 卷 8 期，頁 172-173、179（2006 年）。以及 2014 年李俊俤、陳亭妃等立委提案加入「無法完全治癒之疾病」。立法院公報處，立法院議案關係文書院總第 1537 號委員提案第 16987 號，立法院第 8 屆第 6 會期第 3 次會議議案關係文書（2014 年）。有趣的是，黃淑英等立委的動議雖然在提案說明中表示納入疾病歧視，且舉出 HIV 與肝炎患者的情形，但在修正條文欄中並未加入疾病。導致主席雖然宣告照黃淑英等立委的動議通過，最後疾病歧視仍未納入就業服務法第 5 條。另外，「無法完全治癒之疾病」保障範圍過於狹窄，如結核病患者可能受歧視，但結核病屬可治癒之疾病。或可推測提案人並非用社會模式在思考，而仍是注重個人損傷的嚴重性。再者，在傳染性疾病的情形，應該要有抗辯事由，換言之，若能證明「該種傳染性疾病會對他人身體健康造成直接威脅」，則不雇用該求職人或命員工暫時休假應屬正當。但此未受相關立法提案討論。

關於 AIDS 的疾病歧視、疾病汙名、反歧視條款與法律動員，可參羅士翔，反 AIDS 歧視與法律動員：以台灣 AIDS 防治法制為中心(1981-2009)，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，(2010 年)。該文也有提到，黃淑英立委在 2006 年決定對整部〈後天免疫缺乏症候群防治條例〉進行修法之前，已與愛滋感染者權益促進會有合作經驗。頁 173-174。或許因此黃淑英立委較重視疾病歧視問題。

結構對障礙者的限制問題<sup>217</sup>。本文也認為要貫徹障礙研究的理念，應多觀察什麼樣的狀況在社會上會「被視為障礙者」，而非只看生理缺陷多嚴重、是否難以改變，並將「過去的障礙者」<sup>218</sup>也納入反障礙歧視保障。另一方面，在疾病歧視與障礙歧視的關聯上，本文初步認為，障礙與疾病雖然有部分重疊，卻仍有不相容的部分，故加入疾病歧視仍有其必要。

## 第二款 將歧視限定在「不利之差別待遇」

有些防制就業歧視的立法提案會將歧視限定在「不利之差別待遇」，而非任何差別待遇均為歧視。諸如：1993年工人版勞動基準法修正草案第5條之1：「雇主不得因勞工之……殘障……或其他與工作內容無關之事項，對其受僱機會與勞動條件予以不利之差別待遇。<sup>219</sup>」1995年與1999年蔡同榮兩度提出的工作平等法草案第5條，則將工作歧視定義為：「人民因……殘障……等因素，在工作上遭受不公平之差別待遇。<sup>220</sup>」2012年孫大千等立委提出的「就業服務法部分條文修正草案」，提案在第2條將就業歧視定義為：「指在缺乏合理之事實基礎上，對於某人之就業實施差別待遇而令其待遇次於其他人<sup>221</sup>」。此均與不利之差別待遇類似。

關於這些提案未獲通過的原因，多是立法程序未完成<sup>222</sup>。1993年工人版勞動基準法修正草案，在工運史上具有一定意義，原本行政院於1991年先行提出

<sup>217</sup> Samuel R. Bagenstos, *Subordination, Stigma, and Disability*, 86 VA. L. REV. 397, 433 (2000).

<sup>218</sup> 就業服務法對具有「以往工會會員身分」者亦有反歧視保障，可見只要有可能發生歧視問題，保障過去的某種群體身分，亦有必要。

<sup>219</sup> 參立法院公報處，院會紀錄，立法院公報，82卷50期，頁305（1993年）。

<sup>220</sup> 參立法院公報處，立法院議案關係文書院總第1542號委員提案第2523號，立法院第4屆第1會期第16次會議議案關係文書（1999年）。立法院公報處，立法院議案關係文書院總第1681號委員提案第1357號，立法院第2屆第6會期第9次會議議案關係文書（1995年）。1999年除將「殘障」修改為「身體機能」，該款內容未變動。只是使用「身體機能」一詞時，常會受到的質疑是，這是否包含心智功能障礙者與精神障礙者。

<sup>221</sup> 立法院公報處，立法院議案關係文書院總第1537號委員提案第14245號，立法院第8屆第2會期第9次會議議案關係文書（2012年）。

<sup>222</sup> 這個說法不太有實質意義，因為立法草案沒通過都是由於「立法程序未完成」。本文只能補充說明，在立法紀錄中，並未看見有委員反對相關反就業歧視立法，這些提案就只是被擱置到立法院會期結束。

勞動基準法部分條文修正草案<sup>223</sup>，但台灣勞動陣線與工人立法行動委員會皆認為行政院版的草案是官方、資方的觀點，須提出符合勞工需求的草案<sup>224</sup>。因此，台灣勞動陣線提出勞動基準法修正草案（勞陣版），於 1992 年交由戴振耀委員送入立法院<sup>225</sup>，工人立法行動委員會的草案則於 1993 年交由李進勇委員送入立法院。三版本中，只有工人版有提到反障礙者就業歧視。在法案審查上，1995 年 12 月 6 日剛好審查完第 5 條之 1 反就業歧視條款，審查中有不少爭執，最後是由主席王建煊提議將就業服務法反歧視項目搬過來（順著就業服務法的路徑依賴，此提議也包含了就服法中既有的「殘障」歧視），加上勞陣版的「政治主張或參與工會組織活動」而獲委員會通過<sup>226</sup>。問題是，後續委員會的逐條審查便未再進行下去，基於屆期不連續原則<sup>227</sup>，立法程序未完成需要再重新提出草案才會重行審查。蔡同榮 1995 年提出的工作平等法草案，曾經與各版本的兩性工作平等法草案<sup>228</sup>併付審查，但審查重點主要是兩性工作平等法，而非一般性的工作平等法<sup>229</sup>。由於第三屆立法委員任期內未完成委員會的審查，基於屆期不連續原則，所以不繼續審查。1999 年蔡同榮略微修正後再次提出工作平等法草案，但程序委員會認為應以修正動議方式提出<sup>230</sup>，蔡同榮似未再以修正動議方式提出，故未再受討論。2012 年孫大千等立委的草案經一讀「交社會福利及衛生環境委員會審查」之後就被擱置，未撤案也未繼續審查。

將歧視限定在「不利之差別待遇」的做法也可見於性別工作平等法相關規範。

<sup>223</sup>立法院公報處，立法院議案關係文書院總第 1121 號政府提案第 3992 號，立法院議案關係文書（1991 年）。

<sup>224</sup>范雅鈞（編），戰後臺灣勞工運動史料彙編 3：工運組織與工運事件，頁 406-426、662-683（2004 年）。

<sup>225</sup>立法院公報處，立法院議案關係文書院總第 1121 號委員提案第 621 號，立法院議案關係文書（1992 年）。

<sup>226</sup>立法院公報處，委員會紀錄，立法院公報，84 卷 61 期，頁 255-262（1995 年）。

<sup>227</sup>屆期不連續原則的法律依據為 1999 年立法院職權行使法第 13 條：「政府機關及立法委員提出之議案，每屆立法委員任期屆滿時，尚未完成委員會審查之議案，下屆不予繼續審議。」

<sup>228</sup>包括：吳德美等委員提出的男女僱用機會均等法草案、趙少康等委員提出的男女工作平等法草案，李進勇等委員提出的兩性工作平等法草案、趙綉娃等等委員提出的兩性工作平等法草案及王雪峯等等委員提出的兩性工作平等法草案。

<sup>229</sup>立法院公報處，委員會紀錄，立法院公報，87 卷 39 期，頁 1-12（1998 年）。

<sup>230</sup>立法院公報處，院會紀錄，立法院公報，88 卷 45 期，頁 12（1998 年）。

性別工作平等法第 7 條至第 11 條「禁止性別歧視部分」規定，僅提到不得因性別或性傾向而有「差別待遇」。但若配合性別工作平等法施行細則第 2 條<sup>231</sup>一併觀察，該差別待遇僅指「直接或間接不利之對待」。論者有謂此種規範方式在解釋上可能容許「有利差別待遇」，僱主實施積極矯正歧視措施因而不構成逆向歧視（reverse discrimination）<sup>232</sup>。本文想補充說明的是，如何實質認定社會中的優勢群體與弱勢群體仍是件重要的事，因為如反對積極矯正歧視措施的論者 Goldman 便主張，對於某些群體來說是給予有利待遇，相對而言，對其他群體便是受到不利益。政府或僱主希望設定一個積極的雇用目標，至少要雇用一定百分比的某群體成員，對於其他群體成員來說便會是負面的配額（quota）<sup>233</sup>。Goldman 會這樣主張，是因為他沒有肯認用優勢群體與弱勢群體之別來制定反歧視規範，較傾向個人化看待歧視問題，如果看不見弱勢群體的結構性、制度性歧視，便容易找不到採用積極矯正歧視措施的理由。

另外，本文有點懷疑上開立法提案採用的「不利之差別待遇」或性別工作平等法施行細則中將差別待遇限於「直接或間接不利之對待」，是否能解決反從屬論想處理的各種不平等問題。例如，即使條文規定僅禁止「不利之差別待遇」而容許積極矯正歧視措施，那是否能處理表面中立待遇下潛藏的不平等問題？就此，性別工作平等法施行細則也禁止「間接不利之對待」，或許是較好的規範方式。然而，當差別待遇還是做為歧視的代名詞時，人們是否能認識到同化主義也是一種歧視？Young 所提出的五種壓迫面向（邊緣化、文化帝國主義、剝削、無權力、系統性的暴力），是否會被當成歧視問題處理？基本上，類如「不利之差別待遇」的立法方式，可以看成由反差異論朝向反從屬論的修正，但尚未完全攫取到反從屬論的核心關懷。

<sup>231</sup>性別工作平等法施行細則第 2 條：「本法第七條至第十一條、第三十一條及第三十五條所稱差別待遇，指僱主因性別或性傾向因素而對受僱者或求職者為直接或間接不利之對待。」

<sup>232</sup>陳昭如、張晉芬（註 184），頁 80-81。

<sup>233</sup> Alan H. Goldman, *Affirmative Action*, in *EQUALITY AND PREFERENTIAL TREATMENT* 192, 196-197 (Marshall Cohen, Thomas Nagel, and Thomas Scanlon eds., 1977)

這些提案將歧視限定在「不利之差別待遇」，或許是意識到歧視不等同差異，而是有負面意涵、次等性之意，又或許是認同可以給予弱勢群體有利待遇，只是此種作法可能還是無法捕捉到各種不平等的態樣。



### 第三款「他法優先」與雇主抗辯事由的增減

關於非屬歧視情形的界定，就業服務法反歧視條款並沒有雇主抗辯事由，僅在 2007 年後有「其他法律有明文規定，從其規定」的規定。相對於此，蔡同榮兩度提出的工作平等法草案<sup>234</sup>對此有做比較詳細的規定，像是：1995 年工作平等法草案第 7 條<sup>235</sup>但書：「但雇主或事業單位能證明該差別待遇係基於與工作內容相關之必要條件者，不在此限」。以及第 8 條與第 9 條<sup>236</sup>但書均有規定：「但雇主或事業單位能證明差別待遇係基於年資、獎懲、績效或其他非歧視因素之正當理由者，不在此限」。1999 年工作平等法草案第 7 條但書除了「與工作內容相關」，還增加「法律另有規定」、「工作性質適合特定受雇者」。

由此可歸納出被認為是非屬歧視情形的事由有三，包括：1. 基於工作性質或需求。2. 基於年資、獎懲、績效。3. 法律另有規定。其中，前兩項就業服務法反歧視條款雖未規定，但仍可藉由對「歧視」或「合理差別待遇」的解釋，讓雇主有抗辯機會。惟須注意，看似中立的抗辯事由，是否潛藏了造成弱勢群體職場上不利益的結構<sup>237</sup>。而對於「法律另有規定」，本文認為會自動弱化反就業歧視條款的規範效力，並不合理。對於此，2007 年修法後，在 2010 年與 2012 年也分別有立委提案<sup>238</sup>，主張刪除「他法優先」的規定，可惜修法尚未成功。

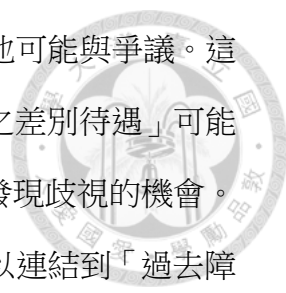
<sup>234</sup>立法院公報處（註 220），（1999 年）。立法院公報處（註 220），（1995 年）。

<sup>235</sup> 1995 年工作平等法草案第 7 條規定招募、考試、甄選、僱用和分發不得歧視。

<sup>236</sup> 1995 年工作平等法草案第 8 條規定同工同酬，第 9 條規定配置、考試及陞遷不得歧視。

<sup>237</sup> 陳昭如與張晉芬對性別工作平等法第 10 條但書也有此質疑。性別工作平等法第 10 條：「雇主對受僱者薪資之給付，不得因性別或性傾向而有差別待遇；其工作或價值相同者，應給付同等薪資。但基於年資、獎懲、績效或其他非因性別或性傾向因素之正當理由者，不在此限。」參陳昭如、張晉芬（註 184），頁 82。

<sup>238</sup> 立法院公報處，立法院議案關係文書院總第 1537 號委員提案第 9654 號，立法院第 7 屆第 5 會期第 10 次會議議案關係文書（2010 年）。立法院公報處，立法院議案關係文書院總第 1537 號委員提案第 13710 號，立法院第 8 屆第 1 會期第 14 次會議議案關係文書（2012 年）。



我們從未被採納的反障礙歧視條款提案中，看到立法的其他可能與爭議。這些「可能性」未必是需要被採納的，如：將歧視限定在「不利之差別待遇」可能無法全然反映反從屬論的關懷，雇主抗辯事由可能會限縮我們發現歧視的機會。不過，也有些提案值得參考，如：由病歷或過去病史的歧視可以連結到「過去障礙者身分」仍可能構成障礙歧視。這些提案雖未受採納，相關爭議與提案仍可能再度出現，故對過去提案的回顧與分析，仍有一定參考價值。

本節主要以 1992 年的就業服務法反歧視條款為軸心，分別討論了成功與未完成的反障礙就業歧視立法，下一節則進入到 1992 年之後該條款的實踐情形。

### 第三節 立法後的實踐情形

關於立法後的實踐情形，由歷史變遷的角度來看，我們可以思考，就業服務法反歧視條款的立法是否有助於解決立法前的問題？本章第一節中有提到李湘華、沈曉亞、李旭僧的故事，他們與其他許多障礙者一樣，都是難以進入/留在就業市場的障礙者，不論是公家機關或公民營企業，許多障礙者在簡章的「體檢標準」、要報名甄試時即被排除，或在面試時因為障礙身分而不受錄用。

單看立法本身，只能得知就業服務法反歧視條款有處罰規定，且不只處理已受雇者的就業歧視，也處理求職者面臨的歧視，這對容易在求職時即遭拒絕的障礙者而言更形重要。但僅憑立法條文，無法了解制度的影響力與實際適用上的問題，我們需要更具體了解反歧視的制度是如何運作。特別是在本章第二節中提到，就業服務法反歧視條款開放性的歧視概念，使我們難以僅從條文確知這裡的「歧視」是採反差異論、反從屬論或兩者兼有。最後，反從屬論的平等觀特別注重規範的實際影響。這些都是探究立法實踐情形的原因。

立法實踐也有「法律動員」的意義，多數案件是障礙者提出，障礙者可能運用的法律動員管道有：1.向立法者遊說：找立委陳情；2.行政遊說與救濟：向行政主管機關陳情，向地方政府就業歧視評議委員會提出就業歧視申訴，或進一步

向行政院勞委會/勞動部提起訴願；3.司法救濟：向法院提起訴訟<sup>239</sup>。

我們可以先由障礙者勞動參與及失業統計<sup>240</sup>，觀察 1992 年就業服務法反歧視條款立法前後的變與不變。首先，就障礙者勞參率而言，1992 年之前有兩次統計，分別是 1981 年的 30.22%與 1990 年的 18.35%，由於兩次統計數據差距過大<sup>241</sup>，1992 年後的歷次統計，均未高於 30.22%或低於 18.35%，難以得知其影響。第二，就障礙者失業率而言，1990 年的失業率為 3.32%，是歷此統計中最低的<sup>242</sup>。只是，失業率低未必代表障礙者受到的就業阻礙比較少，因為失業率是針對有意願但尚未找到工作者的統計，失業率低也有可能代表障礙者根本不被鼓勵出外工作或因無障礙環境不佳難以出門工作，此可以對應到 1990 年的勞參率也偏低的狀況。第三，不論就業服務法反歧視條款立法前後，也不論障礙的定義如何隨歷次統計有所改變，被歸類在障礙者這個群體的人，與全國勞動統計資料相比，共同呈現了低勞參率與高失業率的現象<sup>243</sup>。可以初步歸納，障礙者在就業領域比起一般人處於較不利的位置，並能肯認障礙者就業邊緣化的問題。

大致上，藉由統計資料的初步觀察，並不易確認 1992 年立法前後的變化，只能由低勞參率與高失業率知道障礙者的勞動處境仍然不理想。事實上，障礙者勞動參與及失業也未必與就業服務法反歧視條款有關，如果搜尋就業服務法反障礙歧視案件的相關資料，會發現該條款的使用度並不高。反歧視法的使用度不高本身也構成障礙者就業平權之路上的一個問題。

以下兩項，將先討論就業服務法下，很少人利用就業歧視評議制度處理反障礙歧視案件的問題，分析為何該制度的利用率不高？其次，就為數不多的案件，

<sup>239</sup> 具體案例與情況請參本節內文與附表六。

<sup>240</sup> 參附表一至附表四。

<sup>241</sup> 我們需要注意到統計資料的限制，由於從殘障福利法到身心障礙者權益保障法「法定障礙者」意涵有大幅變動，以及我們無法掌握法定障礙者與事實上障礙者的人數差距，可能造成歷史性比較的不精確。1981 年與 1990 年兩次勞參率統計數據差距大也可能由此而生。

<sup>242</sup> 參「附表一：15 歲以上障礙者勞參率與失業率」與「附表三：15 至 64 歲障礙者勞參率與失業率」。

<sup>243</sup> 由於障礙者中，老年人口所佔比率較高，確實也有不少人是因為高齡、退休而未參與勞動市場，所以兩者可能無法直接比較。但即使有些統計扣除老年人口，15 至 64 歲障礙者的勞參率仍然大幅低於整體就業人口，失業率則大幅高於全國失業率。參附表二、附表四。



分析障礙歧視在實務中如何被認定，反差異論與反從屬論是否在制度實踐中受到運用，其中又有什麼樣的問題。由於 1990 年代幾乎無相關案件（由表 3-1 可見 2002 年 6 月前僅有 5 件），本文僅蒐集到 1998 年一件案件內容，其他都是 2002 年之後，甚至 2007 年之後才由訴願書蒐集到較多案件資料，案件間的時間距短，所以不另作歷史分期。

## 第一項 乏人問津的就業歧視評議制度

就業服務法反歧視條款的就業歧視認定是交由各直轄市、縣（市）主管機關辦理，各主管機關辦理就業歧視認定時，「得」組成就業歧視評議委員會（下稱「就評會」）<sup>244</sup>。各地方政府因此對於是否組成就評會具有裁量空間。2000 年的一份研究報告指出，到 2000 年 1 月為止，全國除了金門縣與連江縣<sup>245</sup>，均有陸續成立就評會，其中，桃園縣成立期間最早，在立法不久後的 1992 年 12 月即已成立，澎湖縣成立最晚，到 2000 年 1 月才成立該委員會<sup>246</sup>。故可說，實際上幾乎各地皆設有就評會。

然而，成立就評會並不代表委員會運作良好或人民可以方便的利用申訴管道。就業歧視評議制度的重要問題之一在於，表面上雖然有申訴制度，但使用該行政救濟管道的人很少。由表 3-1 可以看到，近年的申訴案件比起往年已經稍有增加，但全國障礙歧視申訴案件量仍然很少。2002 年 6 月以前的狀況更加慘不忍睹，

<sup>244</sup>1992 年就業服務法施行細則第 5 條第 1 項：「直轄市、縣（市）主管機關掌理左列事項：一、就業歧視之認定。」第 5 條第 2 項：「直轄市、縣（市）政府為認定就業歧視，得邀請相關政府單位、勞工團體、雇主團體代表及學者專家組成就業歧視評議委員會。」現行法條次與法律規範位階，雖有變更，但內容大致相同，仍是「得」組成就業歧視評議委員會。2001 年就業服務法第 6 條第 4 項：「直轄市、縣（市）主管機關掌理事項如下：一、就業歧視之認定。」2004 年就業服務法施行細則第 2 條：「直轄市、縣（市）主管機關依本法第六條第四項第一款規定辦理就業歧視認定時，得邀請相關政府機關、單位、勞工團體、雇主團體代表及學者專家組成就業歧視評議委員會。」

<sup>245</sup>金門縣就業歧視評議委員會設置要點在 2002 年 10 月訂立，但不確定實際開始運作的時間。連江縣方面，則找不到正式的行政規則，但目前能在其網頁上找到「連江縣政府就業歧視申訴案件處理標準作業程序」，其中有「就業歧視暨性平評議委員會」，可推測仍有就評會存在。參連江縣政府網頁，[http://w3.matsu.gov.tw/2008web/laws\\_index.php?id=6](http://w3.matsu.gov.tw/2008web/laws_index.php?id=6)（最後瀏覽日：2014 年 10 月 14 日）。

<sup>246</sup>焦興鎧、鄭津津，我國就業歧視評議運作機能與制度建立研究報告，計畫編號：89-CLA-014，頁 15（2000 年）。

全國累計的案件量僅有 5 件。若以表 3-2 來看，則可見到縣市別差距，臺北市的障礙歧視申訴案件量明顯高於其他地區，許多縣市則完全沒有障礙歧視申訴案件。



表 3-1：全國就業歧視評議委員會障礙歧視案件統計表

單位：年、件

年度	2002.06 以前	2002.07~2006.08	2009	2010	2011	2012	2013	總計
申訴案件量	5	5 件以上 <sup>247</sup>	19	20	47	37	16	149

資料來源：2002.06 以前〈美國就業歧視法制之研究——兼論我國相關法制應有之發展〉<sup>248</sup>、2002.07~2008《平等：讓職場更自在 臺北市就業歧視暨兩性平等專輯》<sup>249</sup>、2009~2012〈台灣勞工簡訊〉<sup>250</sup>、2012~2013 勞動部網站<sup>251</sup>

製表：陳力宇

表 3-2：2012、2013 年各縣市就評會障礙歧視案件統計<sup>252</sup>

單位：年、件

	基隆市	新北市	臺北市	桃園縣	臺中市	嘉義市	高雄市	屏東縣	總計
2012	1	1	21	4	6	0	3	1	37
2013	1	2	7	1	1	1	3	0	16

資料來源：勞動部網站<sup>253</sup>

製表：陳力宇

自認受到就業歧視的障礙者不多嗎？從障礙者勞動統計資料<sup>254</sup>來看，顯非如此。障礙者受到勞動市場不公平待遇的情形，可以分為就業者與失業者兩方面討論。就業者方面，每次調查皆有約一成的障礙者回報曾經有受到不公平待遇的經

<sup>247</sup>此部分僅蒐集到臺北市政府勞工局 2002 年至 2006 年 8 月的統計。

<sup>248</sup>鄭津津，美國就業歧視法制之研究——兼論我國相關法制應有之發展，臺大法學論叢，32 卷 4 期，頁 185（2003 年）。

<sup>249</sup>臺北市政府勞工局，平等：讓職場更自在 臺北市就業歧視暨兩性平等專輯，頁 142-143（2006 年）。

<sup>250</sup>鐘琳惠（編），「公平就業，有你有我」——勞委會與企業雇主共同營造沒有障礙、公平就業的友善職場，台灣勞工簡訊，15 期，頁 2（2013 年）。

<sup>251</sup>中華民國勞動部，勞動條件及就業平等統計資料網頁，

<http://www.mol.gov.tw/cht/index.php?code=list&ids=272>（最後瀏覽日：2014 年 10 月 14 日）。

<sup>252</sup>2002 年 6 月以前的障礙歧視案件縣市別為臺北市 2 件、臺北縣 3 件。鄭津津（註 248），頁 185。〈台灣勞工簡訊〉2009 年到 2011 年的資料則未提供案件縣市別的資料。

<sup>253</sup>中華民國勞動部（註 251）。

<sup>254</sup>參附表五。

驗。這些經驗包括：「工作配置」、「薪資」、「考績」、「陞遷」、「訓練進修」、「資遣、離職或解僱」等方面受到不公平待遇，其中又以工作配置與薪資的不公最嚴重，往往占受不公待遇者 40% 左右的回報率。

以人數來看，以 2011 年的資料為例，障礙者就業者有 173,785 人，回報不公平待遇經驗者占 13.85%，依此比例計算，共有 24,069 人受到歧視，人數並不少。另外，勞動部網站上的「全國各縣市政府就業歧視評議委員會執行成效統計表」<sup>255</sup>顯示，2012 年全國只受理 37 件就業歧視案件，其中，1 件成立，24 件不成立；2013 年全國只受理 16 件就業歧視案件，其中，1 件成立，7 件不成立。若將回報不公平待遇經驗人數對照於「表 3-1：全國就業歧視評議委員會障礙歧視案件統計表」及勞動部網站上的統計，可以顯示出，自認受到不公平待遇的障礙者不少，但使用正式申訴管道者非常稀少，能成功主張就業歧視者也不多。

可以補充說明的是，障礙者就業者也可能曾經受到求職時的歧視，如甄選簡章規定某些障礙者不能報考或在面試時看到障礙者便決定不錄用，但統計資料中沒有障礙者就業者曾受求職歧視的統計<sup>256</sup>。求職歧視的部分，只存在於障礙者失業者受到不公平待遇的統計中。勞工委員會《身心障礙者勞動狀況調查報告》<sup>257</sup>有統計「身心障礙失業者自認無法找到工作的原因」，內政部 2006、2011 年調查之《身心障礙者生活需求調查報告》<sup>258</sup>有統計障礙者「想接受僱用，但無法找到工作的主要原因」。其中，勞工委員會 2004 年的統計有「身心障礙的限制」占 45.3%，2005 年、2007 年與 2009 年有「一般人對身心障礙者之刻板印象」，分別占 32.8%、24.2%、18.3%<sup>259</sup>。內政部 2006、2011 年的統計「刻板印象」因素

<sup>255</sup> 中華民國勞動部（註 251）。

<sup>256</sup> 相關統計也忽略「敵意環境」歧視的問題。

<sup>257</sup> 行政院勞工委員會，中華民國九十三年身心障礙者勞動狀況調查報告，（2005 年）。行政院勞工委員會，中華民國九十四年身心障礙者勞動狀況調查報告，（2006 年）。行政院勞工委員會，中華民國九十六年身心障礙者勞動狀況調查報告，（2008 年）。勞動部網站，98 年身心障礙者勞動狀況調查，<http://statdb.mol.gov.tw/html/svy98/9843menu.htm>（最後瀏覽日：2015 年 7 月 29 日）

<sup>258</sup> 內政部統計處，中華民國九十五年身心障礙者生活需求調查報告，（2007 年）。內政部統計處，中華民國 100 年身心障礙者生活狀況及各項需求評估調查報告，（2013 年）。

<sup>259</sup> 本文認為，2005 年之後的統計較有參考價值，因為 2004 年統計中「身心障礙的限制」可能是個人因素或外在環境因素，是否能直接認為歧視狀況較有疑義。但也應注意社會與個人因素未

分別占 17.97%、24.31%。由此可知，障礙者失業者仍認為刻板印象是重要問題之一，易導致其根本難以進入就業市場。

以上說明了一個有點矛盾的現象：很少障礙者實際使用就業歧視評議制度進行申訴，但其實有不少障礙者反應有就業歧視問題<sup>260</sup>。同時，本文也注意到認定歧視成立率不高的狀況<sup>261</sup>。以下分兩款，分別就案件處理者面向與案件發動者面向討論可能的原因。

### 第一款 案件處理者面向的分析

為何有這麼多人反應職場不公平待遇，使用正式申訴管道者卻這麼少？以下先由案件處理者面向進行分析。從民間團體的調查報告中，可以看出一些端倪。2000 年婦女新知基金會所做的調查<sup>262</sup>指出，各縣市雖已成立就評會，成立後卻未積極宣導，所以許多勞工並不知有此申訴管道。而當有勞工因懷孕歧視或職場性騷擾問題向婦女新知求助時，他們便會告知勞工有此申訴管道。但婦女新知實際撥打申訴電話的結果，卻發現許多電話是市府總機、傳真機或無人接聽，也有許多勞工局的人員接到電話後，根本不知道就評會的存在。還有一些勞工局受理申訴案件後，並不使用就評會的制度，而是希望透過「勞資爭議協調會」，以調

---

必能夠區分，如 Schriener 所說的，不須在社會與個人因素間進行二選一的選擇題。See Schriener, *supra* note 30, at 648-649.

<sup>260</sup>需要說明的是，不只是障礙歧視，整體就業歧視評議制度的利用率並不高，障礙歧視已是申訴量第 2 名或第 3 名。2002 年 6 月底之前，全國就業歧視申訴受理 250 件，性別歧視占 236 件，障礙歧視與工會會員身分歧視各占 5 件，並列第二。鄭津津（註 248），頁 185。1995 年 10 月至 2006 年 8 月臺北市就業歧視申訴受理 154 件，性別歧視占 127 件，障礙歧視占 8 件，是申訴量第 2 名。臺北市政府勞工局（註 249），頁 142-143。2009 年至 2012 年全國就業歧視申訴受理 1206 件，性別歧視占 639 件，年齡歧視占 237 件，障礙歧視占 123 件，是申訴量第 3 名。鐘琳惠（編）（註 250），頁 2。

<sup>261</sup>需要說明的是，整體就業歧視評議制度認定歧視成立的比率並不高，只是障礙歧視部分似乎更低。2002 年 6 月底之前，全國就業歧視申訴認定歧視成立比率為 31.2%（受理 250 件，成立 78 件）。鄭津津（註 248），頁 185。1995 年 10 月至 2006 年 8 月臺北市就業歧視申訴認定歧視成立比率為 35.71%（受理 154 件，成立 55 件）。臺北市政府勞工局（註 249），頁 142-143。2009 年至 2012 年全國就業歧視申訴認定歧視成立比率為 12.69%（受理 1206 件，成立 153 件）。鐘琳惠（編）（註 250），頁 2。

2012、2013 年全國就業歧視申訴認定歧視成立比率為 13.8%（受理 442 件，成立 61 件）。相比之下，2012、2013 年全國障礙者就業歧視案件認定歧視成立比率為 3.77%（受理 53 件，成立 2 件）。中華民國勞動部（註 251）。

<sup>262</sup>婦女新知基金會，各縣市就業歧視評議委員會調查報告，婦女新知通訊，215 期，頁 10-16（2000 年）。

解、協商的方式處理問題，不去認定就業歧視是否存在。

這並不只是各縣市就評會創立初期、相關單位對業務還不熟悉的結果，2010年中華民國殘障聯盟也有進行就評會的調查<sup>263</sup>，以電話詢問就評會相關業務事項，但仍有不少行政人員不知道有就業歧視的業務。另外，如果搜尋現行各縣市就業歧視評議委員會設置要點，也可發現協商、調解先行，協商不成立再認定就業歧視的規定<sup>264</sup>仍然存在，包括：桃園縣、宜蘭縣、南投縣、花蓮縣、金門縣、雲林縣、臺東縣及新竹縣皆是如此。澎湖縣的就業歧視評議委員會設置要點<sup>265</sup>則全然未提到「認定就業歧視」的任務，而只有協商、調解或供民眾做「就業歧視之諮商」。可見就業歧視評議委員會的設置未必有認定就業歧視存否的作用。這些協商、調解先行的做法未必能消除就業歧視，但都會消除就業歧視的案件量。

此外，認定歧視成立率不高<sup>266</sup>與障礙者在就評會中的代表性也值得討論。據2000年的研究報告<sup>267</sup>，障礙者團體代表占就評會委員人數的4%，已經達到障礙者在全國人口的比例。然而，若用此比例計算，可能有些就評會只有一個障礙者團體代表，同時，有些就評會完全沒有障礙者團體代表。此牽涉到代表性的意義，Young 在討論群體代表性時，曾表示未必要適用比例代表制（proportional representation）。重點是是否足以代表群體發聲，表達群體觀點、經驗與利益。

<sup>263</sup>身心障礙 e 能網，「查詢各縣市就業歧視評議委員會」感想心得，<http://www.enable.org.tw/ser5/3.htm>（最後瀏覽日：2015年12月19日）。

<sup>264</sup>具體規範如桃園縣就業歧視評議委員會設置要點第2條：「二、本會之任務：（一）接受求職人或受僱者提出之遭受就業歧視申訴案件，於受理後得以協商、調解等方式消除歧視。（二）對於無法以調解方式消除之申訴案件，提出有關歧視認定之意見或消除歧視之建議，移送有關單位依法處理。」其他行政規則分別為：宜蘭縣就業歧視評議委員會設置要點、南投縣就業歧視評議委員會設置要點、花蓮縣性別工作平等暨就業歧視評議委員會設置要點、金門縣就業歧視評議委員會設置要點、雲林縣防制就業歧視暨性別工作平等委員會設置要點、臺東縣就業歧視評議及性別工作平等會設置要點、新竹縣就業歧視評議委員會設置要點。另外，本文無法搜尋到苗栗縣的就業歧視評議委員會設置要點，無法做相關認定。

<sup>265</sup>澎湖縣就業歧視評議委員會設置要點第2條：「本會任務如左：（1）受理本縣求職人或受僱者所提出之就業歧視申訴案件，以協商或調解方式消除歧視。（4）提供轄各機構、團體或民眾有關就業歧視之諮商。」

<sup>266</sup>勞動部網站上的就業歧視評議委員會執行成效統計表顯示，2012年全國受理37件就業歧視案件，其中，1件成立，24件不成立；2013年全國受理16件就業歧視案件，其中，1件成立，7件不成立。中華民國勞動部（註251）。

<sup>267</sup>焦興鎧、鄭津津（註246），頁18。

如用人口比例計算，美國印地安人可能分不到席次，為了展現群體代表性，其席次應超過人口比例<sup>268</sup>。在障礙者議題上，為了充分呈現其群體代表性，亦應使障礙者團體代表超過障礙者人口比例。

目前，各縣市政府的就業歧視評議委員會設置要點，也是有些地方政府規定至少要有「身心障礙團體代表一人」<sup>269</sup>，有些則未規定。由於就評會並非專門審議障礙者就業歧視案件，也要審議種族、性別、年齡等其他類型的歧視，似乎難以期待障礙者在採取多數決的就評會中可以成為多數<sup>270</sup>。再者，不同障別間的障礙者差異可能很大，只有「身心障礙團體代表一人」也未必能了解各種身心障礙者的狀況。比較可行的做法，或許可以要求就評會委員在做成決定時，需對障礙者有足夠了解，或可諮商相關專家、障礙者團體。目前相關案件中，本文只有發現一件招募電腦作業員不錄用自閉症者的案件，有提到自閉症協會的意見<sup>271</sup>，表示在這部分就評會還有待加強。

只是，礙於就評會的審議紀錄不須公開，所以難以確知認定歧視成立比率不高的原因是否與障礙團體代表性不足有關，以及就評會委員究竟是基於對障礙者的理解或誤解而做出就業歧視認定。

## 第二款 案件發動者面向的分析

對於為何很少人利用就業歧視評議制度處理反障礙歧視案件的問題，也可由案件發動者面向進行分析。這部分主要希望處理兩個問題，第一，為何障礙者提出就業歧視申訴的比例不高？第二，跳脫只有障礙者能成為障礙歧視「案件發動者」的思考，討論是否只有障礙者得提出申訴？

<sup>268</sup> See IRIS M. YOUNG, JUSTICE AND THE POLITICS OF DIFFERENCE 187-188 (1990).

<sup>269</sup>如：臺北市就業歧視評議委員會設置要點第2條第1項：「本會置召集人一人，由本府秘書長兼任，委員十三人至十五人，由本府就下列人員聘（派）兼之。（八）身心障礙團體代表一人。」另外，各縣市就業歧視評議委員會委員人數並不一致，由10人到18人不等。參焦興鎧，我國就業歧視評議制度之現況及實施檢討評析，臺大法學論叢，31卷2期，頁146-147、188（2002年）。

<sup>270</sup>若跳脫現行就評會架構思考，或也可考慮障礙者就業歧視的專門委員會。

<sup>271</sup>臺北市勞工局（編），職場平等與就業歧視——她=他的新思維蔓延在隔板間，頁43-44（2003年）。

先前本文有提到，從障礙者勞動統計資料來看，不論就業者或失業者，障礙者受到勞動市場不公平待遇的狀況均不少，相較於勞動統計，為何障礙者提出就業歧視申訴的比例不高？藍佩嘉曾在台灣家務移工的研究中表示，由於受限於契約束縛與債務腳鐐，家務移工往往需要忍受不合理的勞動條件、高壓管理，卻難以抵抗。抵抗多只發生在契約快結束或雇主欲終止契約時<sup>272</sup>。類似的說法，是否也能用來解釋障礙者就業歧視申訴比例不高的情形呢？雖然障礙者沒有家務移工契約轉換困難又背負高額仲介費、負債的問題，但如果障礙者在就業市場中受到的壓迫型態之一便是邊緣化、難以受到雇用，那麼障礙者可能也比較難利用辭職作為抵抗方式，因為轉換工作的困難度較高。另外，在勞僱關係不對等的狀況下，主張就業歧視後是否會與雇主關係不良、甚至受到變相報復<sup>273</sup>，也是個問題。

由「附表六：就業服務法障礙歧視案件整理」來看，本文蒐集到的 16 個案件中，只有 2 件案件是在勞僱關係存續中，一件是爭取將半職改為全職（同時將半薪改為全薪），另一件是主張同工不同酬。其他案件都是簡章直接排除某些障礙者的歧視型態、未被僱用或已經遭到資遣、解雇，某程度上或許可以呼應上述在結構困境下難以抵抗的說明<sup>274</sup>。

接著，本文希望討論是否只有障礙者能提出申訴？羅士翔曾經在反 AIDS 歧視與法律動員的研究中檢討臺灣反歧視法體系的限制，其認為「(後天免疫缺乏症候群防治條例的)規範框架雖然宣示了反歧視價值……仍須留待權利受侵害的

<sup>272</sup>藍佩嘉，*跨國灰姑娘：當東南亞幫傭遇上台灣新富家庭*，頁 84-88（2008 年）。

<sup>273</sup>提出就業歧視申訴後的雇主報復也是就業歧視法律研究的議題。性別工作平等法第 36 條規定：「雇主不得因受僱者提出本法之申訴或協助他人申訴，而予以解僱、調職或其他不利之處分。」即是為了防止申訴者遭雇主報復。但國內相關研究不多，焦興鎧在介紹美國禁止雇主報復規範的研究中，曾提到我國就業服務法無禁止雇主報復規範，性別平等則是有規定但未見此類申訴案件。焦興鎧，*就業歧視爭議中禁止雇主報復規範在美國之最新發展——聯邦最高法院在 Southwest Medical Center v. Nassar 一案判決之評析*，美國最高法院重要判決之研究：二〇一〇~二〇一三學術研討會，國立臺灣大學法律學院公法中心及中央研究院歐美研究所合辦，（2014 年 6 月）。不過，本文初步搜尋我國法院民事判決後，有找到一件提出性騷擾申訴後不獲續聘的案件，其有主張性別工作平等法第 36 條並確認聘僱關係存在。參臺灣高等法院臺中分院 99 年勞上字 2 號民事判決、最高法院 99 年度台上字第 2384 號民事判決（兩判決為同一案件）。

<sup>274</sup>不過，本文並未如藍佩嘉般直接對相關當事人進行訪談，所以這部分只是拋出一個初步思考，尚待其他研究補充。未利用就業歧視申訴，也可能是不知道可以申訴、找誰申訴，或覺得現有制度不好用……等等。



個人出面主張權利，始有可能讓反歧視規範落實」<sup>275</sup>。在類此思考下，很可能會認為反障礙歧視案件只有障礙者能成為案件發動者。本文認為這可能是另一種權利的迷思。

法學界在討論權利（包含平等權）的時候，往往過於注重訴訟以及向法院請求的面向。進入法院訴訟前要先談當事人適格問題，當事人適格是指在具體個案中成為訴訟當事人（原告或被告）的資格，要具備這樣的資格，必須是個人在具體個案中具有權利或其他切身利害相關而受到法律認可的情形。在此思考下，似乎只有障礙者能主張障礙歧視。

然而，以就業服務法的反歧視條款來說，就業歧視評議制度並非上法院進行訴訟，是否要受到當事人適格與不告不理的拘束，是有問題的。即使行政機關接到非障礙者的申訴，應該仍可以本於職權進行裁罰<sup>276</sup>。以本文蒐集到的案件資料來看<sup>277</sup>，實務的操作似也是如此。如有一個案件是自由時報記者洪女士申訴，認為國家考試調查人員特考應試資格與體檢標準之規定構成就業歧視，這位洪女士似非報考被拒或體檢未過的當事人<sup>278</sup>。另外，勞委會訴願決定書也曾指出：「按就業服務法第 5 條第 1 項規定之立法意旨，特定、具體之受歧視者存在與否非其所指，僅須事實上有歧視之情即可裁罰」<sup>279</sup>。所以，雖然個案中提出申訴的障礙者在筆試便未通過，不待後續體檢未過才被拒絕錄用，主管機關還是認定員工甄試簡章存有歧視性規定即可開罰。只是，非障礙者或許不那麼了解或注意障礙歧視，主管機關平常可能也不會主動追查障礙歧視問題，所以案件發動者還是以障礙者為多數。主管機關應考慮是否在勞動檢查項目中納入「就業歧視」，以更積

<sup>275</sup> 羅士翔（註 216），頁 191-194。

<sup>276</sup> 需要注意的是，雖然本文認可未必要由實際受害的障礙者當事人提出申訴，行政機關可以本於職權進行裁罰。但實際運作上有一個副作用，亦即個案中障礙者當事人的消失，案件中的當事人只有行政機關與被處罰的雇主。第二章討論反從屬論的貢獻時曾指出，反從屬論會較注重弱勢群體的經驗，因此不應只有行政機關與雇主的聲音，也應讓障礙者有機會表達看法。這是在程序上需要注意的地方。

<sup>277</sup> 參附表六。

<sup>278</sup> 許秀能、張麗淑（編），臺北縣政府防制就業歧視案例實錄 5，頁 39-44（2007 年）。

<sup>279</sup> 行政院勞工委員會勞訴字第 0990030657 號訴願決定書。

極的方式處理相關問題。其實，由基本權的保護義務功能來看，障礙者應可請求國家排除來自第三人的侵害，如請行政機關設法排除就業歧視<sup>280</sup>。

綜上，本文一方面指出障礙者主張就業歧視可能有的結構困境，一方面指出障礙歧視案件的發動者未必限於障礙者，非障礙者也可能提出檢舉、主管機關也可能本於職權進行處理。希望回答就業歧視評議制度利用率不高的問題，同時，也避免陷入責怪被害人或將就業歧視防治責任都丟給障礙者的思考中。

## 第二項 案件中的障礙就業歧視認定

整體分析就業歧視評議制度利用率不高的問題後，接著進入個案分析。就業服務法反歧視條款下的障礙歧視案件並不多，本文共搜尋到 16 件。包括：由勞動部訴願審議委員會的資料查詢系統<sup>281</sup>，可以搜尋到 12 件障礙者就業歧視案件<sup>282</sup>，其中 4 件有上訴至高等行政法院<sup>283</sup>。以及，由《臺北市就業歧視暨兩性平等專輯/臺北市政府防制就業歧視職場平權案例彙編》與《臺北縣/新北市政府防制就業歧視案例實錄》，可以再找到 4 件就業歧視案例。但臺北市與新北市政府出版的案例實錄並非正式的公文書，較沒有詳細摘錄當事人的訪談紀錄或憑藉哪些證據認定事實，而是直接敘述事件經過並做分析。本文原則上以訴願決定書與法院判決作為主要參考資料，輔以案例實錄、勞委會函釋、報紙資料討論障礙就業歧視的認定<sup>284</sup>。以下三款，分別就「障礙」認定、歧視認定、非屬歧視的情形，從實際發生的案例對就業服務法反歧視條款立法後的實踐情形進行討論。

關於這些案件作成的時間點，由「附表六：就業服務法障礙歧視案件整理」

<sup>280</sup>基本權保護義務功能的介紹，可參許宗力，基本權的功能，月旦法學教室，2 期，頁 75-76(2002 年)。許宗力認為基本權保護義務相對應的人民對國家有請求權，但也提到德國有「國家客觀義務」的說法，人民對國家無請求權。

<sup>281</sup>此查詢系統可搜尋到 2005 年之後的訴願決定書，但直到 2007 年才有障礙者就業歧視的訴願決定書出現。本文也有搜尋 2001 年至 2003 年的《行政院勞工委員會訴願決定書彙編選輯》，但查無相關案例。

<sup>282</sup>相同案件計算為 1 件。如勞動部訴願審議委員會撤銷原決議，命地方主管機關重新審理，地方主管機關另為處分後，當事人又再提起訴願。

<sup>283</sup>其中有 2 件再上訴至最高行政法院，但此 2 件皆因上訴理由不備遭駁回，本文不予討論。

<sup>284</sup>這些案件的整理，參「附表六：就業服務法障礙歧視案件整理」。

中的「訴願書或判決書字號/案號；出處」，大概即可知其年代。如編號 5 江女士案的行政院勞工委員會訴願決定書案號為勞訴字第 0950041388 號，表示是 2006 年(民國 95 年)收的案件，若實際閱讀訴願決定書，則可見案件事實發生在 2005 年，訴願決定書是 2007 年 1 月作成。其他訴願決定書與法院判決作成時間點皆在此案之後。《臺北市就業歧視暨兩性平等專輯/臺北市政府防制就業歧視職場平權案例彙編》與《臺北縣/新北市政府防制就業歧視案例實錄》中，另外再找到的 4 件就業歧視案例發生時間點較早，分別刊載於 2003 年、2004 年、2005 年、2007 年的平等專輯/案例實錄中，其中編號 1 阿祥案發生在 2002 年<sup>285</sup>，編號 2 小美案發生在 1998 年(2004 年刊出)<sup>286</sup>，編號 4 洪女士案發生在 2007 年，編號 3 時間點不詳。由於案件時間點接近，不另作歷史分期<sup>287</sup>。

另外，由於勞委會/勞動部的訴願決定僅有 4 件上訴至高等行政法院，樣本很少，不太容易觀察行政機關與法院的態度差異。可以說明的是，僅有編號 5 江女士案行政機關與法院的認定結果不一<sup>288</sup>，其他皆維持訴願決定。

### 第一款 關於「障礙」認定

在本章第二節第一項第三款的規範分析中，本文曾討論「殘障/身心障礙」的認定，並主張依就業服務法反歧視條款處理障礙歧視時，應與身心障礙者權益保障法障礙者的定義脫鉤。本部分則就我國實務上發生的案件進行檢討。

關於就業服務法所指的「身心障礙」，是否限於領有「身心障礙手冊者」的

<sup>285</sup>林政緯，美國禁止身心障礙就業歧視制度之研究——兼論對我國制度建構之啟示，國立政治大學勞工研究所碩士論文，頁 107-108 (2004 年)。

<sup>286</sup>此案有相關報導，戴安瑋，郵局守法半吊子 殘胞只准半天班 勞工局認已構成就業歧視，聯合晚報，1998 年 3 月 31 日 12 版。應注意本報標題下的有點問題，記者訪問臺北市勞工局時，勞工局尚未認定是否構成就業歧視，報紙內文也只提到勞工局表示「採半日制聘用，不是全日制，有鑽法律漏洞(指定額進用未進用全職員工)之嫌。」用半日制規避定額進用問題，將於第四章討論定額進用時處理。

<sup>287</sup>若勉強要說近十年來的案件有何變化，大概是 2007 年就業服務法修法加入「他法優先」的但書，發生在 2007 年附表六編號 4 的洪女士案，主張國家考試體檢規定為就業歧視，卻因但書規定遭就評會認定歧視不成立。

<sup>288</sup>關於本案行政機關與法院的事實認定差異，可參第三章第三節第二項第二款三、未提供合理調適措施作為一種歧視。地方就評會認為本案雇主未提供合理調整措施構成歧視，法院則繞過歧視問題，認定解雇有理由。

問題，訴願決定書與法院判決並未有直接的說明。此影響到障礙歧視的保障範圍是否過窄，以及有關機關對障礙是否存有僵固的想像。有些案例中，領有身心障礙手冊可以作為認定身心障礙事實存在的依據，訴願決定書或判決會表明有身心障礙手冊的影本可以證明，或是個案中的身心障礙手冊經法官當庭勘驗確認<sup>289</sup>。

然而，大部分的訴願決定書，皆未表明認定障礙歧視必須具有身心障礙手冊。其中，有些案件由案例事實可以看出受歧視者領有身心障礙手冊，但未提到有查核動作或附上身心障礙手冊影本作為證明<sup>290</sup>。有些案件提到聽障者、肢障者，但未說明其是否有身心障礙手冊<sup>291</sup>。有些案件沒有具體受歧視的求職人，單純因為甄試員工的報名簡章規定某類障礙者不能報考或需要體格檢查合格方能任職，即認定有障礙歧視<sup>292</sup>。

我們可以用一些不具領取身心障礙手冊資格者的事例來反思此問題，包括：帶有傳染病者、老花眼、非頑性癲癇患者。首先，關於愛滋帶原者的情形，在 1994 年的「企業與愛滋研討會」記者會中，中華民國預防醫學學會秘書長陳宜民曾公佈一份調查，31 名受訪者中，有 11 名目前沒有工作，其中 9 名是在雇主得知其為愛滋帶原者後遭到解雇。其他仍在工作的帶原者，都不敢告訴雇主自己為帶原者<sup>293</sup>。行政院勞委會稍後表示，與愛滋帶原者一起上班並不會感染愛滋病，而且「依就業服務法精神，及國民就業平等的前提，愛滋帶原者的工作權當然不

<sup>289</sup>行政院勞工委員會勞訴字第 1000013974 號訴願決定書、臺北高等行政法院判決 101 年度訴字第 15 號、臺北高等行政法院判決 96 年度訴字第 00915 號。

<sup>290</sup>行政院勞工委員會訴願決定書案號 09800559041D04、行政院勞工委員會勞訴字第 0990003071 號訴願決定書。

<sup>291</sup>行政院勞工委員會勞訴字第 1010016546 號訴願決定書、行政院勞工委員會勞訴字第 1020012478 號訴願決定書、行政院勞工委員會勞動法 3 字第 1020034069 號訴願決定書、行政院勞工委員會勞訴字第 1020018266 號訴願決定書、行政院勞工委員會勞動法 3 字第 1020032960 號訴願決定書。

<sup>292</sup>行政院勞工委員會勞訴字第 0990030657 號訴願決定書、行政院勞工委員會勞訴字第 1000016724 號訴願決定書、行政院勞工委員會勞訴字第 1000005274 號訴願決定書。其中，前兩件訴願決定書為同一案，此案申訴人為障礙者，但由於其在第一試成績便未通過，並未進入第二試口試與體格檢查階段，並未實質因簡章的體格限制遭受不利益。

<sup>293</sup>民生報，愛滋病患工作權遭歧視 近九成帶原者一現形 即遭解僱，民生報，1994 年 4 月 8 日 21 版。

應受到歧視」，只是勞委會尚未接到就業歧視陳情案，所以也無法處理<sup>294</sup>。這是否表示就業服務法第 5 條有可能保障愛滋帶原者的平等工作權？不過，我們仍然不清楚主管機關是認為對愛滋帶原者的歧視是包含在障礙歧視中，或可以將就業服務法第 5 條所列的群體身分解為例示規定，讓其他未列出的群體身分亦可受反歧視保障<sup>295</sup>。

這些問題在 2008 年 B 型肝炎帶原者的函釋<sup>296</sup>中，勞委會有給出比較清楚的解答。該函釋表明，就業服務法第 5 條第 1 項是採「列舉」的立法形式，所以若為「B 型肝炎」、「疾病」或「健康狀況」等情形，而未達「身心障礙」，則不受該法保障。該函釋說明了疾病或健康問題未必為身心障礙，但也未排除某些疾病可能也屬身心障礙。不過，勞委會仍未明言究竟什麼情形算是「達到身心障礙」。

第二，老花眼的案例中<sup>297</sup>，受僱人蘇女士的公司內部員工手冊規定：「男性櫃檯人員可以戴眼鏡，女性櫃檯人員不可帶眼鏡」，但蘇女士的眼睛開過刀，眼睛提早老化且無法久戴老花的隱形眼鏡，因此遭公司經理警告「再偷戴就要離職」。蘇女士後來確實也受到資遣<sup>298</sup>，因此提出年齡與性別歧視的申訴。受僱人蘇女士與就評會、勞委會訴願審議委員會皆未提到障礙歧視的問題，不過，本文認為本案可放入障礙的脈絡討論。

勞委會的訴願決定書中曾表示：「老花……係因人類年齡增長而常伴隨之身體機能減低之正常狀況」。這是否意味著，在勞委會眼中，必須是「異常之身體機能減低」狀況方屬「障礙」？就此種障礙作為「生理異常」的觀點來說，本案仍有構成障礙歧視的討論空間。雖然老花是一般人年齡增長後都可能發生的狀況，

<sup>294</sup>陳宗仁，愛滋帶原人就業遭歧視，勞委會稱沒被陳情過...? 聽聞歧視占八成比例...「關心」的說：不要讓工作權利睡著了，聯合晚報，1994 年 4 月 13 日 5 版。

<sup>295</sup>關於愛滋帶原者的反歧視條款，〈後天免疫缺乏症候群防治條例〉於 1990 年制定，但制定當時並無反歧視條款，而是較重視「疾病防治」。要等到 1997 年修法，才增訂第 6 條之 1 反歧視條款，故 1994 年愛滋帶原者遭受就業歧視該如何處理較有疑義。其後，該法於 2007 年修正為〈人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例〉，並例示更多反歧視保障項目。

<sup>296</sup>行政院勞工委員會勞職業字第 0970063292A 號函。

<sup>297</sup>行政院勞工委員會訴願決定書案號：09802090111K05。

<sup>298</sup>不過，雇主方認為是蘇女士工作能力不足才進行資遣。

但若與「同年齡者」比較，蘇女士有可能屬於「異常」的狀況，因為案件中也提到她眼睛開過刀而提早老花的問題。問題是，為了要證明障礙歧視存在，便要先證明當事人屬於「生理異常」，可能反而會傷害到主張障礙歧視的當事人<sup>299</sup>。

另一方面，若要從汙名或歷史、社會結構上的弱勢地位來定位障礙的話，「戴眼鏡」或「戴老花眼鏡」者應非屬處於結構上的弱勢地位，也未被一般人視為障礙者。然而，本文認為不應將當事人與其所處的個案情境分離判斷，而應在情境中探究問題的來龍去脈<sup>300</sup>。本案中，眼鏡屬於一種輔具，輔具能幫助當事人更有效率的工作、發揮更好的潛能。但本案雇主對蘇女士的輔具使用、輔具選擇進行不當限制，此種對於輔具使用的限制，是障礙者常常面臨的社會問題。就此而言，蘇女士雖然在一般社會情境下不會被當成障礙者，但在本案「限制輔具使用」的情境下，仍可謂其是處於障礙者地位而受歧視。

本案也涉及多元交織性的問題。勞委會訴願決定書指出本案可能同時涉及年齡、容貌、性別歧視，由於原處分機關臺北市政府事實調查未明，發回請其另為適法處分。由《臺北市政府防制就業歧視職場平權案例實錄》來看，最後臺北市政府是認為僅構成性別歧視<sup>301</sup>。年齡歧視部分，負責撰寫評議的賴淑玲律師認為該飯店也有雇用其他與蘇女士年齡相仿的女性櫃檯工作人員，未明顯因年齡而給予差別待遇，忽略本案禁止戴眼鏡與老花眼、年齡間的關聯。同時，也未處理容貌、障礙、勞雇關係不平等下的階級歧視問題，殊為可惜。

第三，非頑性癲癇患者是目前唯一不具身心障礙手冊者也可以構成障礙歧視

---

<sup>299</sup>類似的說法，Rovner 曾提到，在訴訟中主張障礙歧視時，有時為了符合法律對「障礙」的認定方式或主宰文化敘事（dominant cultural narrative）中的障礙者刻板印象，客戶的敘事與自我認同方式會被律師的敘事取代，造成當事人被除權（disempower）或邊緣化。See Laura L. Rovner, *Perpetuating Stigma: Client Identity in Disability Rights Litigation*, 2001 UTAH L. REV. 247, 247-255 (2001).

<sup>300</sup>此與障礙研究學者 Kay Schriener 的說法類似。其認為我們不應該在社會因子與個人因子間進行二選一的選擇題，應該思考哪些情境會使某些損傷顯得特別不利，並從中找出解決問題的方式。See Schriener, *supra* note 30, at 648-649.

<sup>301</sup>賴淑玲，案例 10：性別歧視及年齡歧視案，收於：臺北市政府防制就業歧視職場平權案例實錄，頁 62-65（2011 年）。

的案例。此案的訴願決定書<sup>302</sup>中並未提到申訴人楊君不具身心障礙手冊申請資格，僅提到楊君的訪談紀錄有：「她們認為我的病不太適合這份工作，雖然醫生已經說長期沒有發作，但無法保證我的這個病已經完全痊癒」。在癲癇長期未發作的情况下，當事人應無法申請或繼續持有身心障礙手冊，因為〈身心障礙鑑定類別、鑑定向度、程度分級及其基準〉規定「應經兩種(含)以上抗癲癇藥物治療無效及一個月平均發作兩次以上」的頑性癲癇患者方能取得手冊。《臺北市政府勞動局 101 年度防制就業歧視暨性別平等案例實錄》<sup>303</sup>中，則明白表示楊君不具身心障礙手冊。案例實錄中的分析亦有表示現行就業服務法施行細則第 9 條<sup>304</sup>規定應是有意讓身心障礙就業歧視的認定與身心障礙手冊脫鉤。本案已相當接近「過去的障礙者身分」，即使久未發病，仍會受歧視。

整體而言，應可推測實務的運作方式是：1.有身心障礙手冊可視為障礙存在，但若憑外表即可肯認為障礙者，或許不需求證明。2.疾病與其他健康問題未必能認為是障礙，如：B 型肝炎。3.亦有不具身心障礙手冊可認定為障礙的情形，如：非頑性癲癇。但對障礙的概念內涵與其他事例是否屬於障礙，都還不清楚。另外，相關論述並不多，有進一步解釋障礙概念的論述仍比較集中在身體損傷，而非社會如何看待某些身體特徵或對待障礙者的方式，如分析楊君案的詹翠華律師便認為障礙的認定是看「求職者或受僱者之身體系統構造或功能，是否有損傷或不全」，做實質認定<sup>305</sup>。

Crossley 曾指出，有兩種障礙的劃界方式，一種是列出障礙清單，另一種是障礙的概括描述規定<sup>306</sup>。列出障礙清單容易有包含過窄（underinclusive）問題，未列出的障礙類型便不受保障。而且，列出障礙清單比較容易僵固化人們對障礙

<sup>302</sup>行政院勞工委員會勞訴字第 1000025767 號訴願決定書。

<sup>303</sup>詹翠華，案例 8：身心障礙歧視案，收於：臺北市政府勞動局 101 年度防制就業歧視暨性別平等案例實錄，頁 66-69（2012 年）。

<sup>304</sup>就業服務法施行細則第 9 條：「本法第二十四條第一項第三款、第二十五條、第二十七條及第二十八條所稱身心障礙者，指依身心障礙者保護法規定領有身心障礙手冊者。」

<sup>305</sup>詹翠華（註 303），頁 68。

<sup>306</sup> Mary Crossley, *Disability Kaleidoscope*, 74 NOTRE DAME L. REV. 621, 710-716 (1998).

的想像，似乎有某種損傷便會成為障礙者，而無法注意情境中人與環境的互動關係。相對來說，障礙的概括描述規定比較具彈性，但若法院從嚴解釋與認定「障礙」反而更容易包含過窄，且需要花費大量訴訟精力在爭執個案當事人究竟是否受反障礙歧視的規範保障<sup>307</sup>。基本上，我國實務運作下，具身心障礙手冊可視為障礙存在，可以減少個案認定、爭議的成本，惟應留意身心障礙者權益保障法定義下的障礙者與福利給付仍有一定的連結關係，其障礙清單「僅供參考」。仍應由反歧視的角度思考受有社會結構不利益的障礙者範疇，並更加注意障礙歧視如何在情境中、人與環境互動中形成。

## 第二款 歧視認定與兩種平等觀

在就業服務法反歧視條款的規範分析中，本文曾表示該法的「歧視」概念是開放性的，有可能解釋成反差異論抑或反從屬論下的平等觀。本款將實務案件對歧視的認定分成三類，第一類是「等者等之」下主張障礙歧視的困境，採用的是反差異論的平等觀。第二類是簡章歧視或知有障礙而不雇用/解雇，反差異論或反從屬論皆可肯認這類案件為障礙歧視。第三類是未提供合理調適措施，此種歧視認定與反差異論間帶有緊張關係，反從屬論則較能支持提供障礙者合理調適措施。

### 一、「等者等之」下主張障礙歧視的困境

在反差異論底下強調「等者等之」的平等觀，要求需要找到相似處境（similarly situated）的人，然後始能主張相同待遇，此種要求本身即構成主張平等權的限制。在本文搜尋到的案例中，也有訴願決定書使用類似「等者等之，不等者不等之」的概念定義歧視<sup>308</sup>，但在實際操作中，卻未真的藉由尋找相似處境者著手認

<sup>307</sup>Crossley 提到障礙者美國人法（ADA）偏向採障礙的概括描述規定。另外，她指出的概括描述規定的問題，也是 ADA 在訴訟上面臨的問題。

<sup>308</sup>行政院勞工委員會訴願決定書案號：09802090111K05。「就業服務法第 5 條第 1 項規定，旨在保障國民就業機會平等，是該法條所禁止之『歧視』行為，應指雇主對職業條件相同之員工，卻基於種族、性別、婚姻、容貌、身心障礙等與工作能力不相關之因素，給予不相同之待遇，或者應負責之勤務內容具有明顯差異；同理，對於職業條件、勤務內容不相同之員工，卻基於上述與工作能力不相關之因素，給予相同之待遇。」



定歧視。只有臺北高等行政法院 101 年度訴字第 15 號判決自始至終貫徹「等者等之」，不斷繞著相似處境、相同待遇的要件打轉<sup>309</sup>。本部分將藉該判決說明在「等者等之」標準下主張障礙歧視的困境。

該判決的原告張先生在停車管理工程處（下稱「停管處」），擔任公有停車場收費與維護停車秩序管理等工作。由於停管處的工作規則規定「獎懲一年內經過相抵懲處達記大過兩次者，得終止契約予以解僱」，而張先生的確因為某些不當行為遭到記過處分<sup>310</sup>。但張先生爭執懲戒處分過於嚴苛，且有些時候停管處應予以獎勵而未給予獎勵<sup>311</sup>，導致無法功過相抵，遭到解僱。

在等者等之的要求下，必須尋找有人做過跟張先生相同的行為，卻受到較輕的懲罰，或者張先生做過某些與他人相同的行為，他人有受嘉獎，張先生未受嘉獎。就此，張先生遇到的困難有：1.找不到相同待遇者。2.並非位於相似處境或只能跟劣勢處境者相比。3.非屬於比較情境。找不到相同待遇者的情形，如：張先生主張其有查獲車輛冒用他人之身心障礙停車證停車，應可依停管處工作規則第 33 條第 10 款：「有左列情形之一者，應予嘉獎：…十、其他表現優良未達記功標準者…」予以嘉獎，判決卻表示張先生未找出有其他人因此獲嘉獎，因此無法主張受歧視。

非位於相似處境或只能跟劣勢處境者相比的情形，如：停管處雇用的障礙者因為大部分在路外場服務，沒有人在路邊開單，導致敘獎機會極低。面對此種情

<sup>309</sup>臺北高等行政法院 101 年度訴字第 15 號判決指出：「又該條項規定之『歧視』概念，本質上即包含『事實比較』之意涵，亦即主張行為人具有『歧視』行為，必須先指出一項可供參考比較之事實指標，藉以說明被歧視者與該參考之事實指標，二者職業條件相同，卻因某項與工作能力不相關之因素而受（雇主）不平等之處遇，或者職業條件不同，卻因某項與工作能力不相關之因素而受相同之對待，始足當之。」顯然反映了反差異論下「等者等之，不等者不等之」的平等觀，只是實際操作上主要僅以「等者等之」為中心。

<sup>310</sup>如停管處輔導員曾發現張先生在執勤時間看報紙，糾正其行為，張先生卻不服管教，回覆：「你就忍耐一下，報紙訂至 12 月底，以後就沒有報紙可看」、「對不起哦！讓你失望了，查不到違規的事，我下個月都是夜班，歡迎再來查」等語。因而違反停管處工作規則第 41 條第 1 項第 1 款：「有左列情形之一經查屬實或有具體事證者，記過：一、不服從主任、組長或輔導員之指揮者。…」遭到記過處分。

<sup>311</sup>本案與基於「獎懲」的雇主抗辯事由有關，在討論雇主可以藉由「獎懲」來抗辯「不是歧視」時，我們似較未想到，雇主對員工獎懲與否往往也是雇主的決定，而獎懲本身的正當性也可能有爭議。

形，判決僅表示障礙者只能跟在路外場服務的其他工作人員作比較，無法跟在路邊開單的人相比。換言之，障礙者只能跟敘獎機會極低的一群人算是「等者」，跟其他敘獎機會較高的人不算是位於相似處境，判決未附理由的肯認此差別。判決書中只說明，就算敘獎機會低，還是有 1 位障礙者在 2007 年到 2010 年 11 月間獲得嘉獎，因此沒有歧視。這似乎是告訴張先生只能在處境不利中憑自己的努力創造奇蹟，獲取 4 年 1 度的嘉獎機會，而沒有觸及不平等的職場結構問題。

無法比較的情形，如：張先生主張其在他人協助下，亦僅可勉強維持發病前工作能力，停管處卻讓他於深夜獨自一人值 2 人份工作，且在工作近 4 小時之際不得調適，屬於就業歧視。判決書卻認為，這些情形縱有違反勞動基準法或身心障礙保護法規定之情事，也與就業歧視無關。因為構成就業歧視必須找到相同的人來比較，而張先生的主張無關比較問題。（不過，其他人是否都需要一人做 2 人份工作、工作 4 小時不得調適，似仍可以比較。）

如果不是從反差異論下「等者等之」的判準進行思考，我們或許反而較容易看到障礙者勞動者在職場中的不利處境。障礙者敘獎機會極低果真非對障礙者的歧視嗎？需要一人做 2 人份工作不是勞雇權力不對等關係的濫用嗎？這裡也有著障礙者與勞動者兩條軸線交錯下的歧視問題。

## 二、簡章歧視或知有障礙而不雇用/解雇

在討論過反差異論下以「等者等之」主張障礙歧視的困境後，接著來看一些主張障礙歧視成功的例子。在顯然是因知有障礙而不雇用/解雇的情形或遇到就業服務法立法前已存在的簡章歧視時，就業服務法反歧視條款多半能發揮作用。反差異論與反從屬論的平等觀在此類狀況應可攜手肯認歧視存在。

簡章歧視的實際案例如：中華郵政股份有限公司在甄試員工的報名簡章規定「經合格醫師證明有精神疾病者，不予分發進用或即予終止勞動契約」，排除狀況良好的精神障礙者的就業機會，即被認定就業歧視成立<sup>312</sup>。或者，臺北大眾捷

<sup>312</sup>行政院勞工委員會勞訴字第 0990030657 號訴願決定書、行政院勞工委員會勞訴字第

運股份有限公司在招募簡章中規定體格標準，該體格標準會排除某些障礙者的就業機會，亦成立就業歧視<sup>313</sup>。又或者，某公司招募簡章的報考資格中明訂：「四肢健全、辨色力及聽力正常，且無患有法定傳染性疾病、突發性疾病、精神異常或不堪勞動之宿疾者。顏面傷殘等未影響身體各部功能運作者可報考各甄試類別，肢體障礙者可報考非技術類。」即使雇主表示簡章所列僅為建議性用語，臺北市就評會的資料顯示確有 12 名報考者因此被拒絕，仍認定有歧視<sup>314</sup>。

知有障礙而不雇用/解雇的情形，也是顯然基於障礙而為歧視。有兩件案例<sup>315</sup>是雇主在錄取障礙者時，並未發現其障礙者身分，而在發現其為障礙者後，當日即拒絕僱用/解雇。這兩件案件的應徵工作履歷表上皆有要求填寫健康狀況，其中一位障礙者填寫「無」健康問題，另一位勾選「良好」。在求職過程中成功隱藏（passing）了障礙者身分<sup>316</sup>。嗣後縱然雇主張是為求職的障礙者「沒有誠信」，使公司受到詐欺、為錯誤意思表示而解雇，不是基於障礙者身分予以歧視，也未動搖就評會、訴願審議委員會與法院<sup>317</sup>的心證。

另外，在楊君案<sup>318</sup>中，公司副理的訪談紀錄直接承認，是擔心楊君癲癇發作時，其他工作人員可能不知道如何處理，對楊君的父母也不好交代，因而未僱用楊君，較容易認定是基於障礙者身分給予不利待遇的情形。而且，由於該公司副理也表示「只要工作時間可以配合，喜歡服務人群，有熱誠」即滿足工作要求，無法提出對楊君的工作需求抗辯，就業歧視成立。

---

1000016724 號訴願決定書。

<sup>313</sup>行政院勞工委員會勞訴字第 1000005274 號訴願決定書。

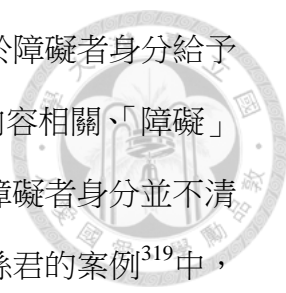
<sup>314</sup>臺北市勞工局（編），就業歧視暨兩性平等實例介紹暨法令研討專輯，頁 20-21（2005 年）。該公司也有表示他們的體格報考資格限制是參酌國家考試訂定，顯示「法律表述功能」確實有影響力，只是在本案中法律不是給予反障礙歧視的正面影響，而是藉由國家考試的體檢限制帶頭作負面示範，昭告人民可以利用體檢限制排除障礙者就業機會。

<sup>315</sup>行政院勞工委員會勞訴字第 0990003071 號訴願決定書、行政院勞工委員會勞動法 3 字第 1020032960 號訴願決定書。

<sup>316</sup>關於汗名理論與汗名訊息處理方式，參第三章第一節第一項第二款二、障礙者汗名在微觀互動中的運作。

<sup>317</sup>臺北高等行政法院 99 年度簡字第 648 號判決，該判決中表示：「求職人依法無須主動揭示其身心障礙事實」。

<sup>318</sup>行政院勞工委員會勞訴字第 1000025767 號訴願決定書。



大體上，實務對障礙就業歧視的認定會先看雇主是否是基於障礙者身分給予不利待遇，再問雇主是否有抗辯事由，如體檢標準是否與工作內容相關、「障礙」是否足以影響工作任務順利執行。不過，有時是否是「基於」障礙者身分並不清楚，或說障礙者身分與不利益間的因果關係並不清楚。如：在孫君的案例<sup>319</sup>中，孫君在履歷表上已表示領有身心障礙手冊，公司原本通知孫君隔天面試，同日，該公司經理打電話來與孫君洽談，談話內容包括：確認孫君領有身心障礙手冊、過去工作狀況、離職原因、該公司營業員每月應達成的業績等。之後，公司便通知孫君不用來面試。由於障礙者身分是孫君自己揭露，高雄縣就評會認為公司再次確認並無不妥，面試取消則是因為通過電話訪談的初步面試，公司認為孫君質疑公司的業績要求，表示孫君的工作態度不夠積極，難以適應公司制度。在因果關係不明的情況下，就業歧視不成立。訴願審議委員會則認為，可以再確認「公司通知隔天面試，同日又用電話面試」的情形，是否為該公司一般招募流程，因而發回高雄縣就評會繼續調查。

總的來說，在簡章歧視、知有障礙而不雇用/解雇或其他雇主明白承認是基於障礙而給予不利待遇的狀況，比較容易構成障礙就業歧視，這也是反差異論與反從屬論可能同時肯認歧視存在的狀況。可以檢討的是，簡章歧視似乎只有在大公司公開招募人員時會出現，無法處理臺灣許多中小企業招募人員時的障礙歧視問題<sup>320</sup>。其次，「知」有障礙而不雇用/解雇的狀況，常常是雇主在錄取障礙者時，並未發現其障礙者身分，在發現障礙者身分後馬上拒絕僱用。此種情形最容易看出歧視。但如孫君案是自行於履歷表上揭露身分時，「障礙」與「不雇用」的關聯性不清楚，會變得較難主張歧視。這似乎是鼓勵障礙者盡量不要揭露障礙身分，但並非每個障礙者都有辦法隱藏障礙身分。第三，處理就業歧視時，未必會碰到坦率的雇主明白承認是基於障礙而給予不利待遇。這並非單純想表達雇主可能會刻意隱藏對障礙者的歧視動機、惡意，有時候雇主也可能誤認障礙者的工作能力，

<sup>319</sup>行政院勞工委員會訴願決定書案號 09800559041D04。

<sup>320</sup>若在勞動檢查項目中納入「就業歧視」，或可處理此問題。

或仍下意識地傾向選擇健常的求職者。

### 三、未提供合理調適措施作為一種歧視

在本章第二節第一項第三款對於就業服務法反歧視條款的規範分析中有提到，僱主未提供合理調適措施也是歧視的一種型態。但提供障礙者合理調適措施容易被認為是一種差別待遇，因而易與反差異論間存有緊張關係。反從屬論則較能肯認將合理調適措施作為積極促進平等的手段。

在實際案件中，臺北市就評會曾認定未調派聽障者從事其他工作或助聽器的行為，構成就業歧視。訴願審議委員會尊重就評會的認定，但上訴到高等行政法院後，該處分最後遭到臺北高等行政法院撤銷<sup>321</sup>。不過，臺北高等行政法院法官也未就「僱主未提供合理調適措施是否構成歧視」表示意見，法院判決是認為合理調適措施不影響本案判斷。這樣的歧異來自法院判決在事實認定上與先前就業歧視認定的巨大差異。從訴願決定書來看，聽障者江女士原本在公司管理部工作，6年間均無異狀，調派法務室之後，開始發生法院扣押命令繕打錯誤等工作不適任情形。臺北市就評會認定繕打錯誤的原因是來自於公司法務室傳真機顯像效果不佳，江女士需要常常以電話聯繫向傳真彼方確認內容，應將江女士調派至較能勝任的職位，不得逕行解雇。反觀法院判決，則忽略調職前後江女士需要以電話聯絡的工作量是否有增加，認為調職前6年間均無異狀表示江女士確實有工作能力，調職後出現問題表示江女士不忠誠履行勞務給付義務，與是否提供合理調適措施無關，公司解雇江女士不構成歧視。

其他案例中亦有可採合理調適措施的情形，但訴願決定書與就評會都未注意到相關問題。比如：余先生原本為學校廚工，可以在1樓打卡，調任非廚工工作後，便必須到2樓打卡，但余先生為下肢障礙者，到2樓打卡並不方便，雖然學校有電梯，但因為動線關係，要搭電梯反而要走更遠的距離，跟走樓梯一樣造成體力負擔。學校所持理由是，除了廚工，其他人都在2樓人事室打卡，再度顯示

<sup>321</sup>行政院勞工委員會勞訴字第0950041388號訴願決定書、行政院勞工委員會訴願決定書案號09601328091D03、臺北高等行政法院96年度訴字第00915號判決。

反差異論主張無差別待遇的限制，以為相同待遇就沒有不平等問題。讓余先生在 1 樓打卡屬於合理調適措施，從訴願決定書書<sup>322</sup>中，也看不出此調整會造成學校過度負擔。

另外，有一個半日工作歧視案件，比較像是合理調適措施的誤用，希望一併提及。小美在郵政支局擔任約聘員工，工作為半日，薪資亦以半日計算，希望爭取成為全職員工遭到拒絕，因而向立委范巽綠辦公室陳情，再轉請勞工局處理<sup>323</sup>。基本上，部分工時或修改工作時間表是一種合理調適措施，但合理調適措施是障礙者勞工的權利，而不應該是雇主對障礙者的限制。然而，本案臺北市就評會居然採取雇主觀點，肯認「身心障礙者，較適合做部分工時，因其生理狀況，如體力較差及殘度較重者」，裁定不構成歧視。從反從屬論來說，小美受到的就業不利益相當明顯，從反差異論來說，這也很明顯是差別待遇，裁定不構成歧視究竟是從何種平等觀推衍出來（不等者不等之？），實在令人匪夷所思。

調整以健全人為中心的職場環境，對於障礙者來說相當重要。身障立委徐中雄曾於 1995 年在聯合報發表一篇投書〈走進立院我天天像在表演特技〉，控訴立法院「大門口未設置斜坡道、議場內未設置升降梯，以及全院區內都無殘障者專用衛生設備」等問題<sup>324</sup>。如果連立法院這麼一個有資源改善職場環境的地方，以及立法委員這麼一個有機會要求改善職場環境的位置，都無法撼動健全中心的文化帝國主義，舉重明輕，似可想見臺灣其他地方的職場狀況也不會太好。到了晚近，2014 年的「千障權益行動聯盟」遊行中，臺北市行無礙資源推廣協會總幹事許朝富曾表示：「對肢體障礙者而言，最大的問題是環境障礙造成無法就業，目前無障礙法規中，辦公大樓居然未納入無障礙規範，身障者連登門應徵都有困

<sup>322</sup>行政院勞工委員會勞訴字第 1020012478 號訴願決定書、行政院勞工委員會勞動法 3 字第 1020034069 號訴願決定書。

<sup>323</sup>臺北市勞工局（編），職場天秤的擺盪——兩性平權與就業平等，頁 38-40（2004 年）。戴安璋（註 286）。

<sup>324</sup>徐中雄，走進立院我天天像在表演特技 大門口未設斜坡道 議場內沒有升降梯 只能靠拐杖行動，聯合報，1995 年 1 月 24 日 11 版。

難，何況就業？」<sup>325</sup>這番話顯示文化帝國主義下以健全人為中心的職場環境會與障礙者就業邊緣化問題交纏在一起，不論就業服務法立法前後均是如此。目前身心障礙者權益保障法通行無障礙的法規，是規範公共空間為主（包括：大眾運輸工具、道路、人行道、騎樓、公共建築物及活動場所）<sup>326</sup>，在私人公司、辦公大樓方面便會有問題。不過，如果是將僱主未提供合理調適措施解為歧視，身障者求職者應仍可依就業服務法反歧視條款要求僱主給予合理調適措施。

受有歧視可能包含僱主未提供合理調適措施，但很少見到訴願決定書與就評會的相關討論，唯一一件因未提供調職措施而被臺北市就評會認定構成就業歧視的案件，卻遭到法院撤銷，相當可惜。就業歧視是否存在，與僱主抗辯事由是否成立有連動關係，下一款將處理僱主抗辯事由與「他法優先」規定，以便更清楚掌握實務認定就業歧視的方式。

### 第三款 非屬歧視的情形

本章第二節第一項第三款討論非屬歧視情形的事由時，曾就已被採納、未被採納的障礙歧視提案歸納出三類事由，包括：1.基於工作性質或需求。2.基於年資、獎懲、績效。3.法律另有規定。其中，現行法只有採納「法律另有規定」。雖然法律未明文僱主抗辯事由，實務在審議就業歧視是否成立時，仍有可能將各種僱主抗辯事由納入考量，以下即分別就這三類事由相關的案件，進行討論。

首先，實務在審議就業歧視時常會肯認僱主以「工作性質」決定受僱與否及受僱者的勞動條件具有正當性、重要性<sup>327</sup>。本文擬分別以一件僱主抗辯失敗的案例與一件僱主抗辯成功的案例，說明實務的運作情形。僱主抗辯失敗的例子如：臺北大眾捷運股份有限公司在招募簡章中規定體格標準，該體格標準會排除某些

<sup>325</sup>陳炳宏，要尊嚴就業 身障者上街爭平等，自由時報，2014年11月9日A8版。

<sup>326</sup>參現行身心障礙者權益保障法第53條、第54條、第57條。

<sup>327</sup>可參考行政院勞工委員會勞職業字第1000506072號函中表示：「『就業歧視』係指當僱主以求職人或所僱用員工『與執行該項特定工作無關之特質』來決定受僱與否或其勞動條件，且僱主在該項特質上的要求有不公平且不合理之情事，可認定為僱主對求職人或所受僱員工歧視。」該函有受行政院勞工委員會勞訴字第1020018266號訴願決定書、行政院勞工委員會勞動法3字第1020032960號訴願決定書引用。

障礙者的就業機會，臺北市就評會認定就業歧視成立<sup>328</sup>。向勞委會訴願時，該公司有提出工作需求抗辯，即所招募的員工中，行車人員有體格需求，非行車人員無體格需求。但招募時，不論行車人員或非行車人員均需通過體檢，因為行車人員與非行車人員需互相調任。但臺北市就評會的答辯意旨與勞委會訴願審議委員會皆認為該體格標準對非行車人員部分限制過嚴，抗辯不成立。這樣的認定標準可說是比較嚴格檢視雇主可提出的「工作需求」抗辯。與此相似涉及職務輪調的例子，在司法院釋字第 626 號解釋中，大法官卻是以警察「職務常須輪調，隨時可能發生判斷顏色之需要」，肯定中央警大碩士班<sup>329</sup>招生簡章拒色盲者入學的限制為合理。兩相對照，大法官對障礙者平等權的保障還不如審議就業歧視的行政機關。

雇主抗辯成功的例子如：林君應徵物流送貨員，認為雇主因其聽力障礙不願予以試用機會即拒絕錄用，遂提出就業歧視申訴<sup>330</sup>。雇主方認為他們「接訂單的方式皆由電話連絡」，怕會有不方便。訴願決定書則是據該公司員工薪資合約補充條款：「6. 外勤人員應保持手機暢通可與公司連絡。……9. 好運袋部門人員開發新客戶…。」認定林君應徵的外勤人員職務性質需用電話與公司連絡接訂單、開發新客戶，則應徵者應「具備正常聽力及口語能力」，就業歧視不成立。本文並不否認有些聽障者、語障者在使用口語溝通上會有問題，但如果細讀該訴願決定書，我們會發現本案的工作要求其實是在工作中保持能使用「手機溝通」，而不是「口語溝通」。如果手機維持開機，並且隨時能用手機簡訊與雇主聯絡，應仍符合手機溝通的要求。開發新客戶是否只能使用口語也有待商榷。或許從僱主到審議就業歧視的委員都活在聽人中心的世界太久，所以沒有想到可以不用口語「講電話」。

若拿這兩個案件思考「工作性質」抗辯的實踐，本文認為就業歧視審議單位

<sup>328</sup>行政院勞工委員會勞訴字第 1000005274 號訴願決定書。

<sup>329</sup> 補充說明，本案當事人是參加法律研究所碩士班考試，初試與複試口試皆通過後，經警察大學醫務室判定體檢不合格。參司法院釋字第 626 號解釋釋憲聲請書。

<sup>330</sup> 行政院勞工委員會勞訴字第 1010016546 號訴願決定書。



在第一個案件的把關嚴格。只是如第二案，就業歧視審議單位可能還是會要求障礙者用健全人工作的方式工作，沒有想到可以用其他方式作業，而令雇主抗辯成功，這才是歧視最可怕的地方。事實上，在審查「工作性質」與障礙者是否勝任工作時，都應納入合理調適措施的考量，思考是否有不同於健全人的工作方式。

第二類雇主抗辯事由中，實務上曾發生以年資抗辯維繫同工不同酬的例子<sup>331</sup>。潘謝君主張他跟同為派遣員工的林君工作內容相同，向主管反應，卻未能調整成相同工資。而且，公司的余副理曾經表示潘謝君因為動作慢，致考核成績不佳，薪資也無法增加。潘謝君承認因為肢障的關係，動作會比較慢，但認為公司交待的工作並未因此遲延，皆在時限內完成，不應作為考核不佳與未能調薪的事由。臺北市就評會則認為潘謝君與林君原本的工作時間與工作內容並不相同，薪水也不同，縱然後來工作內容相同，但兩者並無法比較，無法主張同工同酬。訴願審議委員會並未駁斥年資抗辯，但認為該公司薪資調整規定或約定並不清楚，且未細究「動作慢致考核成績不佳」，有再查明必要，請原處分機關另為適法處分。

同工同酬是主張就業平權時常出現的訴求，這個訴求與等者等之相當類似，因而也會有類似的問題，亦即可能會找不到工作內容相同者進行比較。本案中的年資抗辯則讓此困境加劇，不只比現在的工作內容，還要比進入公司多久，即使同一個時間進入公司，還會有過去的工作內容、工作時間是否相等的問題，讓平等權的主張變得相當困難。

第三，實務上曾有案例，用就業服務法第 5 條第 1 項但書「其他法律有明文規定者，從其規定」，認定公務員考試報名簡章中的體檢限制不構成就業歧視。自由時報記者洪女士曾向臺北縣就評會申訴，法務部 96 年調查人員特考體檢標準規定「患有精神疾病者」、「五官有嚴重畸形者」為體檢不合格，為就業歧視。但由於當時公務人員考試法第 6 條規定：「公務人員考試得視需要實施體格檢查。體格檢查時間及標準，由考試院定之。」臺北縣就評會雖認為相關體檢標準有歧

---

<sup>331</sup>行政院勞工委員會勞訴字第 1020018266 號訴願決定書。

視問題，但由於此屬其他法律另有規定的情形，不成立就業歧視<sup>332</sup>。形成公務員考試可以有體檢限制，公民營企業用人較難採取體檢限制的不一狀況。事實上，本文曾提過，法律授權規定可以訂定體格檢查標準，不代表「可以歧視」<sup>333</sup>，所以本案例還是有認定就業歧視成立的可能。

整體而言，雇主抗辯事由會限縮障礙歧視成立的可能，看似中立的工作要求，可能藏有健全人中心偏見，應小心處理。在雇主可以使用年資、獎懲、績效抗辯時，或許也應同時要求雇主對於年資、獎懲、績效的累計方式有比較明確的標準，否則還是會等同雇主的恣意決定。最後，實務運作也說明他法優先的抗辯事由不太合理，明明看起來有歧視問題，卻僅因其他法律另有規定便不處理，形同維繫既有的歧視問題。

## 第四節 小結

藉由歷史的觀察與分析，我們可以看到就業服務法立法之前存在有諸多對障礙者就業歧視的情況。包括：官方認為障礙者不符老師的形象，因而在進入職場前的師範教育階段便先行排除障礙者入學；國民就業輔導中心不願推介障礙者就業；報考公務員可能被拒絕，或在筆試通過後在面試時被指出因為障礙者身分而不錄用；各公私立機關招募人員時均可能出現的簡章歧視；想出來競選公職者也會受限於〈動員戡亂時期公職候選人檢覈申請人體格檢查標準〉；處處求職，處處碰壁，往往只能找到較不穩定的短期工作等等。這些情形大致上可以與 Young 提出的邊緣化壓迫態樣相呼應，亦即障礙者容易被排除於就業市場之外。面對這些就業歧視情況，本文認為在當時的歷史脈絡下，即有可能動員憲法平等權條款或殘障福利法反歧視條款主張違反平權條款的下位規範、民間契約或工作規則違法及無效。

不過，憲法平等權條款與殘障福利法反歧視條款仍有些主張上的限制，如

<sup>332</sup>許秀能、張麗淑（編）（註 278），頁 39-44。

<sup>333</sup> 第三章第二節第一項第三款三、「他法優先」作為非屬歧視的情形。

1980年殘障福利法反歧視條款常被詬病的是沒有罰則，而就業服務法反歧視條款則有處罰規定，各縣市政府也紛紛依該法針對就業歧視的處理設置了就業歧視評議委員會。就業服務法反歧視條款的特色是列舉出的群體身分相當多，便於主張多元交織性歧視的存在。另一個特色是規範簡單，對「障礙」、「歧視」的意涵皆少有交代，也未列出雇主抗辯事由，讓障礙歧視的認定存有較大的解釋空間。由立法史來看，可以說規範簡單是由於當時負責提案的勞委會與行政院院會並不重視障礙歧視的問題，障礙團體當時則將主要心力放在修憲議題，可能無暇提出較完整的民間版反障礙就業歧視立法草案。

對於障礙者來說，比較重要的問題可能是就業服務法反歧視條款立法後，是否有助於改善就業歧視問題。整體而言，雖然各縣市政府皆設有就業歧視評議委員會，歷次的障礙者勞動統計也有不少障礙者反應就業歧視問題，障礙歧視申訴的案件的數量相當少，使該制度改善就業歧視的效果顯得不大，本文試著對案件量少的的原因進行初步的分析。從案件處理者面向來看，雖然表面上各縣市政府皆設有就業歧視評議委員會，實際打電話卻可能找不到就業歧視的負責人員。有些地方政府調解先行的做法，也會減少就業歧視案件量。從案件發動者面向來看，障礙者在受雇狀況下可能有較不敢提出申訴的結構困境，非障礙者也可以是案件發動者，但實際上非障礙者主動開啟障礙歧視申訴的例子也不多。

再者，若由障礙歧視的案件內容來看，就業服務法反歧視條款立法前存在的簡章歧視、面試時直接指出基於障礙而不錄用障礙者，不論採反差異論或反從屬論，應該都會被認定為障礙歧視（只是公務員考試的簡章歧視因為「他法另有規定」被保留下來，維繫了原先的壓迫問題），此部分確實有助減緩障礙者邊緣化的受壓迫處境。然而，若雇主是用看似中性的理由拒絕求職的障礙者（諸如：「現在不缺人」、「其他求職者更合適」、「感覺應徵的障礙者工作態度不積極」），究竟該如何處理，反差異論是否會注意到中立外觀下的歧視，則有問題。未提供合理調適措施這類以健全人為中心的文化帝國主義壓迫態樣，也容易在反差異論下被

忽略，甚至存有緊張關係，某程度可以呼應到實務很少處理未提供合理調適措施的歧視問題。

雖然我們在障礙者勞動統計上，看不出就業服務法反歧視條款立法前後障礙者就業狀況的改善。但若由 1990 年後的強制定額進用施行成效來看，障礙者進入中大型公私立機關的情形有顯著改善，應該也較有機會進入公私立學校就職。雖然本文認為就業服務法反歧視條款不是只能主張無差別待遇，也可能主張合理調適措施。但仍無法從就業服務法反歧視條款直接推導出應施行強制定額進用、視障按摩保留等制度，這也是反歧視條款的限制。下一章將會詳細處理包括定額進用制度在內的各種身心障礙者權益保障法的差異化的就業規範，一邊說明差異化規範生成的歷史背景，一邊思考差別待遇是否不平等、差異取徑是否能促進平等的問題。

## 第四章 差別待遇是否不平等？：身心障礙者 權益保障法的差異取徑




有時候，反歧視法會被認為是用來處理少數人個別地對障礙者的惡行（wrongdoing）<sup>1</sup>，平等條款被認為是用來宣告非合理差別待遇的下位規範無效。這樣的想法的確可能處理某些歧視問題，但也可能忽略某些重要的歧視問題。例如，將歧視行為個別化，容易忽略整個障礙者群體的社會不利處境，同時也難以思考利用法律改善障礙者群體的不利益。特別是將差別待遇直接連結到有不平等嫌疑時，會難以想到可用差別待遇的法律進行消除壓迫、促進平等的制度改革。如果由反從屬論出發，則比較容易肯認差別待遇的制度也可能作為反歧視法的一環，差別待遇究竟構成歧視或消除歧視，應該看該制度或行為是維持、深化或改善既有的壓迫問題。

上一章討論的就業服務法反障礙歧視條款，有可能被當成是處理少數人惡行的反歧視法，如就現行的法律效果「處新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰鍰」來看，也有幾分像是處理個別雇主的惡行<sup>2</sup>（否則何以是對個別雇主的重罰？）。不過，如果看到就業服務法反障礙歧視條款可能用來處理對求職者的歧視、簡章歧視、未提供合理調適措施，因而有對抗邊緣化、文化帝國主義壓迫態樣的作用，雖然只是個案的處理，仍可說是回應到體制性的壓迫。只是，若不是處理個人的惡行，在法律效果上可能可以有更多樣的想像，例如未提供合理調適措施的法律效果，可能是課予雇主行為或不行為義務，要求雇主限期改善，未改善再送行政執行，而非直接處罰鍰。

如果不是將反歧視法做比較狹隘的理解，本章欲探討的身心障礙者權益保障

<sup>1</sup>可以參考 Crenshaw 對限制型反歧視法的理解與批評。See Kimberlé W. Crenshaw, *Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law*, 101 HARV. L. REV. 1331, 1342(1987).

<sup>2</sup> 此規範方式亦忽略其他歧視行為人的問題。障礙者工作者也可能受到同事、顧客的歧視。



法差異取徑也可能構成反歧視法的一部分。差異取徑指的是身心障礙者權益保障法諸種差異化的就業規範。具體而言，包括 1980 年殘障福利法及 1981 年該法施行細則中已出現的：1.庇護工場：差異化的工作場所；2.視障者按摩保留：差異化的特定職種保障；3.定額進用：差異化的雇用；以及在 1990 年修法中出現的：4.產能核薪：差異化的薪資規範。當然，差異化的就業規範也未必會改善既有的壓迫問題，或許反而維持或深化壓迫，甚至產生新的壓迫問題，這些制度究竟是反歧視法的一分子或反歧視法欲除去、修改的對象，需要藉由這些規範在歷史社會中的運作、與障礙者的互動關聯來理解。

本章將探究身心障礙者權益保障法差異取徑的法律變遷過程，這些差異化的職業規範究竟是在什麼樣的歷史條件下發生？產生什麼樣的實踐？實踐又如何反饋到制度呢？這些制度的誕生與平等權是否有關連？差異取徑的路線是否容易受到不平等的質疑？或者，差異取徑也可能基於某些理由而受到合理化，甚至被視為一種對平等的追求？我們將在歷史中探究這些問題。

身心障礙者權益保障法修法的次數相當多，其中共有 5 次大修法對差異取徑有較重要的影響，包括：1980 年制定殘障福利法、1990 年殘障福利法全文修正、1997 年全文修正並更名為身心障礙者保護法、2007 年全文修正並更名為身心障礙者權益保障法、2011 年大幅修訂身心障礙者權益保障法。本章分節的時點，是以整體身心障礙者權益保障法差異取徑的修法變遷情況做觀察，在 1990 年與 2011 年有較大的轉折。

1990 年的轉折背景是在解嚴與逐步民主化的狀況下，障礙團體能對修法提出較強力的訴求。修法的結果並未盡符合障礙團體提出的草案，但殘障福利法就業規範中的差異化特色變得更加明顯、實踐上也引發更多社會關注。在差異取徑顯著化的同時，伴隨而來的是質疑差異化就業規範的聲音也變得較大聲(庇護工場、視障者按摩保留、強制定額進用、產能核薪皆有可質疑之處)。其中，又以理容業者希望開放視障按摩保留引發最大的爭議。在 1990 年之前，我們只看到理容

業者陳情希望理容後不另行收費的按摩服務可以透過法律解釋方式，免予取締。由 1990 年的修法開始，理容業者不斷提出降低視障按摩業保障強度的修法訴求，但在視障團體強力防守與其他障礙團體、部分立委的聲援下，一直未能如願。直到 2008 年司法院釋字第 649 號解釋宣告視障按摩保留違憲，才給予差異取徑重重的一擊，並促使 2011 年視障者職業保障的補救修法發生，本文以此做為另一個歷史的分節點。據此，以下分三節討論：第一節為差異取徑的誕生（1990 年之前的狀況）；第二節為差異取徑的顯著化與異議之聲（1990 年、1997 年、2007 年的修法與實踐）；第三節為差異取徑再出發與晚近的變化（2011 年修法緣由以致實踐）。

## 第一節 差異取徑的誕生

與第三章討論就業服務法反障礙歧視條款時相同，本章殘障福利法差異取徑的討論時點也非由 1980 年制定殘障福利法時開始起算，而是希望一併討論戰後以迄殘障福利法差異取徑制訂前的歷史。如此一來，第三章與第四章的時間斷限皆為戰後，而有一致性。再者，在 1980 年很久遠之前的 1950 年代，殘障福利法草案（一開始是名為〈國民身體殘廢者福利條例〉、〈體能殘障國民福利法〉草案）及與之相關的〈臺灣省各縣市按摩業管理規則〉已被提出，前者遲遲未能通過，後者則在提出不久後的 1957 年即公布施行。這段歷史也相當值得關注，並能與 1980 年後的殘障福利法差異取徑進行對照，加深歷史縱深的關照。

據此，本節第一項討論戰後以迄 1980 年以前的狀況，將分別探究殘障福利法草案與〈臺灣省各縣市按摩業管理規則〉的形成與變遷，特別注意其中差異化職業規範的形成過程，以及障礙者在此形成過程中所扮演的角色。1980 年殘障福利法可說是此二法（案）的延續與改造，本節第二項分三款，分別說明 1980 年殘障福利法的立法動因、規範形構過程與實踐。申言之，第一款將說明遲遲未能通過的殘障福利法草案為何在此時得以通過，第二款探討為何有些差異化職業規範受到採用，有些遭到改寫或敗部復活，第三款則探究 1980 年殘障福利法規

範下的實踐情形，是否有助於改善障礙者就業的不利處境。最後總體思考 1990 年之前的差異取徑是否有助改善障礙者不利的就業處境。

## 第一項 寫在殘障福利法形成之前(1980 以前)

### 第一款 中央政府久懸未決的草案與障礙者的聲聲催促

與就業服務法的立法有著奇妙的巧合，內政部與臺灣省政府合設的社會安全制度計劃委員會，於 1956 年 7 月開始草擬的各項社會安全法案中，除了就業服務法草案，也包括〈體能殘障國民福利法〉草案，這是殘障福利法的前身。最終共有 8 項社會安全法案草擬工作於 1958 年完成，只待內政部審核通過後，即可由行政院送交立法院審議<sup>3</sup>。關於擬定這些法案的理由，內政部負責人曾指出<sup>4</sup>，這些社會安全法案一方面是要向世界各「自由國家」看齊，一方面也呼應「自由中國」當前的需要。除了有學者專家提供意見，社會安全制度計劃委員會也蒐集地方工作人員的實務經驗，以期法案能順利推行。以上的報導比較是從國家的角度看待立法，國家參考了學者專家與地方行政人員的意見，但卻看不到國家有參考障礙者的意見。

如果試著在歷史中找尋障礙者的聲音，我們可以發現，約略在相同時期，臺灣的障礙者已經開始進行立法遊說，並可以自行擬定法律草案供政府參考，而不待政府向他們諮詢意見。這樣的行動，是在 1954 年請願法施行後的法律機會結構下進行，人們因此得向立法或行政機關行使憲法賦予的請願權。立法院內政委員會曾在 1955 年 12 月 27 日的院會中，報告臺灣省盲人福利協進會呈請制定〈國民身體殘廢者福利條例〉一案，並決議：本案交付內政、法制兩委員會審查<sup>5</sup>。顯示視障者至少在 1955 年即有立法遊說行動。此外，從立法院公報的記載中，我們還可以看到臺灣省盲人福利協進會不只進行請願，還有自行草擬法案供立法

<sup>3</sup>中央社，社會安全制度會 擬就八法案 安全委會定期結，聯合報，1958 年 7 月 9 日 3 版。

<sup>4</sup>中央社（註 3）。

<sup>5</sup>立法院公報處，第 1 屆第 16 會期第 10 期院會紀錄，立法院公報，45 卷 16 期 10 冊，頁 121-123（1956 年）。



者參考<sup>6</sup>。值得注意的是，雖然整個草案的宗旨偏向福利，該草案中已有出現反歧視條款<sup>7</sup>。不過，本文關注的各項差異取徑：定額進用、庇護工場（福利工場）、視障按摩保留制度皆未出現在該草案中<sup>8</sup>。1956年11月，立法院內政、法制兩委員會審查後向院會報告，認為本案與憲法第155條老弱殘廢扶助救濟條款精神相符，決定建議院會函請行政院草擬有關國民身體殘廢者福利之法案送院審議，院會也決議通過請行政院草擬相關對案<sup>9</sup>。

約略相同時間，臺灣省聾啞福利協進會也進行類似的請願行動，也有障礙者自行提出的草案。據臺灣省聾啞福利協進會請願書的記載<sup>10</sup>，該會曾在1956年擬有〈國民身體殘廢者福利法〉草案，在1956年7月交由內政部審議，1958年7月完成審議，再轉呈立法院<sup>11</sup>，只是之後便一直沒有下文。該會理事長李鑽根遂在1960年向臺灣省議會提出請願，希望臺灣省議會能轉請立法院迅速制訂〈國民體殘福利法〉。李鑽根的請願理由中，具體明確的援引憲法第155條老弱殘廢扶助與救濟條款作為其立法主張的依據。另外，請願書中也表示歐美與日本各國均有相關規定，我國的民主進步不應遜於此等國家。

障礙者與國家兩種行動者，都草擬了專為障礙者設計的福利法案，雖然法案名稱略有不同，但由時間點的相似來看，或許是同一件事。而且，內政部與臺灣省政府合設的社會安全制度計劃委員會會制定〈體能殘障國民福利法〉，或許與

<sup>6</sup>臺灣省盲人福利協進會理事長楊根盛提出的請願案所附的〈國民身體殘廢者福利條例試案〉是參考日本〈身體障害者福祉法〉草擬。請願書內容與〈國民身體殘廢者福利條例試案〉，參立法院公報處（註5），頁46-50。

<sup>7</sup>1955年國民身體殘廢者福利條例試案第3條：「各級政府機關，團體，及一般人民，對身體殘廢者，在任何社會生活活動上，一律不得因其持有身體缺陷，而加以歧視，或差別待遇。」

<sup>8</sup>可以補充說明的是，該草案有些與障礙者就業相關的規定。如：1955年國民身體殘廢者福利條例試案第6條：「福利設施分左列各種：九、公共場所賣店設置優先權。十、身體殘廢者製作品優先購買事項。」同法第9條：「依身體殘廢人需要以左列方法為之。十一、實施技能及公民訓練。十二、職業介紹。」

<sup>9</sup>立法院公報處，第1屆第18會期第5期院會紀錄，立法院公報，46卷18期5冊，頁21、92（1957年）。

<sup>10</sup>相關事件經過收錄於1960年臺灣省聾啞福利協進會理事長李鑽根向臺灣省議會提出的請願書中。台灣省議會史料總庫，民願字第一七〇五號，典藏號:003-02-02OA-01-5-1-00-05103。

<sup>11</sup>由於立法院提案系統無法查到1950年代的提案情形，難以查證相關提案是否確實有進入立法院。

盲人福利協進會請願、立法院要求行政院草擬相關法案有關。可惜的是，儘管殘障福利法的草案已經分別在 1955 年、1956 年與 1958 年以國民身體殘廢者福利條例、國民身體殘廢者福利法及體能殘障國民福利法的名稱出現，殘障福利法本身卻遲遲未能通過，其中原因，耐人尋味。我們只能在有限史料中看到，政府認為自己財政有困難，所以無法大舉辦理各項福利措施。例如，1955 年立法院會的討論中已提到，政府經費困難，雖認為制定殘廢者福利法案有必要，恐怕不容易完全達成臺灣省盲人福利協進會請願案中的訴求<sup>12</sup>。又如，1967 年內政部的體能殘障國民福利法草案，即是在資源有限的考量下，希望暫時只保障肢體或五官有殘缺之國民，而不保障精神障礙者、癲癇患者、慢性病患者<sup>13</sup>。由此或許可以推測，整部福利法可能是在國家自認財政無法負擔的想法下，不斷遭到延宕。而障礙團體能做的，就只有不斷建議政府早日公佈〈殘障國民福利法〉。如於 1961、1964、1969 年，臺灣省盲人福利協進會皆有請政府早日公佈殘障國民福利法的決議，雖無法確定他們是否有付諸請願或遊說行動。但至少障礙者透過報紙傳達了他們對殘障國民福利法殷切的需求<sup>14</sup>。

另外，除了 1955 年臺灣省盲人福利協進會的請願案，相關資料均未附草案，我們無法確定殘障福利法職業保障的差異取徑是否在 1956 年或 1958 年的草案中已經存在。可以確定的是，之後可見的各版本草案，不論是內政部提出的 1967 年體能殘障國民福利法草案、1973 年殘障福利實施辦法草案，或是臺灣省政府建議中央通過的 1968 年體能殘障者福利法草案，都已經有相關職業保障規定<sup>15</sup>。

這些職業保障的規定是如何誕生的呢？從 1967 年體能殘障國民福利法草案的立法說明<sup>16</sup>可知，憲法第 155 條老弱殘廢扶助與救濟條款是我們主要的立法基

<sup>12</sup>立法院公報處（註 5），頁 122。

<sup>13</sup>周建卿，中華社會福利法制史，頁 360（1992 年）。

<sup>14</sup>參聯合報，社團消息，聯合報，1961 年 8 月 31 日 3 版。聯合報，盲人福利協進會敦促 速擬定殘障國民福利法，聯合報，1964 年 12 月 6 日 2 版。聯合報，盲人代表 昨開年會，聯合報，1969 年 3 月 18 日 2 版。

<sup>15</sup>參附表七：1960 年代末至 70 年代初殘障福利法相關草案對照。

<sup>16</sup>周建卿（註 13），頁 358-360。

礎，而在具體內容上，我們的立法參考了相當多的外國立法例，包括：英國、美國、日本、澳洲、芬蘭等國家。因此，負責草擬草案的政府官員應該知道外國有定額進用與庇護工場的制度存在。定額進用與庇護工場極有可能是參考外國制度而生。

值得注意的是，由以上三個草案內容來看，我們也不只是原般照樣的將外國立法變成我國條文。外國立法繼受到我國的過程中，有可能遭到打折。比如庇護工場規範僅出現於 1967 年的草案，之後便未再受採用。再者，內政部副司長周建卿認為我國立法參考日本立法居多，但日本的法定雇用比例是：公營企業 1.8%；民間企業 1.5%；政府及國營的非營利機構 1.9%，未達比例者要繳交「雇用納付金」<sup>17</sup>。這樣的規定到了我國，1967 年的草案變成由法律授權主管機關規定雇用百分比，且沒有雇用不足額時須繳納雇用納付金的規定。三個草案中，只有臺灣省政府 1968 年的草案明確規定了雇用百分比。該草案原本規定定額進用 1% 的障礙者，由於教育廳意見認為 1% 過少，世界各國統計中身心傷殘者的比率為 4% 至 6% 左右，因而提議增為 4%，最後折衷為公私機關應雇用 1% 至 4% 的障礙者<sup>18</sup>。定額進用 4% 的提案是在我國障礙者職業保障規範變遷中，少見的高比例。可惜的是，早年我們缺乏較完整的本國統計，只能參考外國統計，反映出當時我國對障礙者的不重視，連基本的障礙人口統計資料都不足。更重要的問題是，臺灣省政府 1% 至 4% 的定額進用比例建議未受中央採納，1973 年的草案甚至看不到雇用百分比的規定。而且，三個草案都沒有雇用不足額的公私立單位要繳納代金的規定。

另一方面，視障者按摩保留在此時期似乎不是繼受外國立法的結果，而比較像是將既有〈臺灣省各縣市按摩業管理規則〉<sup>19</sup>提高到中央法律位階。此可參考曾

<sup>17</sup>周建卿（註 13），頁 355-358。

<sup>18</sup>省府委員會議檔案，社會處為建議中央修正「體能殘障者福利法」一案請提府會討論案，典藏號：00501098914。

<sup>19</sup>臺灣省各縣市按摩業管理規則的形成與發展，請參考下一款盲人請願下按摩業管理的再造。

任內政部副司長的周建卿所編的《中華社會福利法制史》<sup>20</sup>，該書收錄的各國(含：西德、英國、荷蘭、瑞典、美國、加拿大、澳大利亞、日本<sup>21</sup>)殘障福利法制介紹中，並沒有視障者按摩保留的相關規範。

對於障礙者與國家所提出的草案，可以思考的是，障礙者與國家皆援引憲法第 155 條老弱殘廢扶助與救濟條款作為依據，但我們所能援引的是否只有這個條文？雖然憲法只有第 155 條明文列出障礙者，但障礙者仍受平等權在內的其他憲法權利保障。此時期的論述只注意到有明文的部份，在權利保障的思考上顯得有些單薄，同時也就沒有思考各種差異化的職業保障與平等權的關聯。此狀況某程度可以呼應到本文第三章使用法律的表述功能理論對憲法平等權條款進行的檢討。雖然將憲法平等權條款解為例示規定即可保障障礙者平等權，但就法律表述功能意義而言，未於平等權條款明列出障礙者，易使人忽略反障礙歧視的意義與可能。稍微值得慶幸的是，在福利掛帥之下，1955 年、1967 年、1968 年、1973

<sup>20</sup>周建卿（註 13），頁 345-357。

<sup>21</sup>由於臺灣引入視障按摩教育與視障者從事按摩業是日本殖民統治後的產物，似乎有必要簡單說明一下日本戰後的按摩業管理規範。特別啟人疑竇的是，為何戰後我國行政機關參考日本法制定殘障福利法，卻沒有看到日本的按摩業管理規範呢？日本戰後便不繼續進行戰前曾有的按摩業管制嗎？由周建卿收錄的日本障礙者福利法制介紹來看，可推測我國行政機關 1960、70 年代參考的日本法包括：〈身體障礙者福祉法〉、〈身體障礙者雇用促進法〉、〈精神薄弱者福祉法〉、〈身心障礙者對策基本法〉、〈職業訓練法〉、〈學校教育法〉、〈特殊兒童扶養補助金給與法〉。周建卿，（註 509），頁 354-357。

我們參考了很多日本法，卻似乎未考量視障者最重視的按摩業管理規範，顯示國家對視障者的權益的確不是那麼重視。日本當時其實也有相關規範，是 1947 年制定（昭和 22 年 12 月 20 日法律第 217 号）、1964 年修正的〈關於按摩、馬殺雞、指壓師、針師、灸師、柔道整復師等的法律〉（あん摩マッサージ指圧師、はり師、きゆう師、柔道整復師等に関する法律，昭和 39 年 6 月 30 日法律第 120 号）。日本當時對按摩業的管理規範與我國自行發展出的「非雙目失明」者不得從事按摩業不同。1947 年的規定中看不見視障者的差異化保障，只於第 1 條規定，醫師以外的按摩業相關從業人員需取得營業許可方得執業。或可說表面中立的規定仍可對視障者有一定保障。1964 年修正的〈關於按摩、馬殺雞、指壓師、針師、灸師、柔道整復師等的法律〉第 19 條第 1 項則規定：「文部大臣或厚生大臣仔細考量當下省令所定程度的顯著的視覺障礙者以外之人，在按摩、馬殺雞、指壓師總數中所占的比例、在關於按摩、馬殺雞、指壓師的學校或養成設施所占的比例或其他情事後，認為有必要避免作為按摩、馬殺雞、指壓師的視覺障礙者生計維持有顯著困難之時，得不為關於按摩、馬殺雞、指壓師的學校或養成設施中，關於教育養成非視覺障礙者的第二條第一項的認定（即認定由這些學校或養成設施畢業者，得直接給與營業許可），或得不為這些學校或養成設施學生員額增加的同條第三項（該項是對這些學校或養成設施的規範，包括學生員額變更須經文部大臣或厚生大臣承認）的承認。」出現了視障者的差異化保障，但在制度上留有相當大的管制彈性。

年各版本（體能）殘障國民福利法草案皆有反歧視條款存在<sup>22</sup>，可見至少在 1955 年即有反障礙歧視條款立法的想法。殘障福利法的草案在 1950 年代便被提出，可惜遲遲未通過，下一款將討論約略同時期提出且獲通過的〈臺灣省各縣市按摩業管理規則〉。



## 第二款 盲人請願下按摩業管理的再造

〈按摩術營業取締規則〉在日治時期的臺灣便已存在，日治時期的法令在國治時期並未被全盤廢止，到 1946 年 10 月 24 日臺灣省行政長官公署還有公告 236 種法令屬「暫緩廢止日本佔領時代法令」，這些法令是嗣後才逐漸被廢止<sup>23</sup>。按摩術營業取締規則可能也在此 236 種法令中，臺灣省政府繼續沿用日治時期的相關規定，直到 1953 年才公告廢止此規則。同一公告中還廢止了〈鍼術、灸術營業取締規則〉<sup>24</sup>，由於日治時期臺灣盲校亦有教授鍼灸，鍼灸也是當時視障者會從事的工作。此二規則廢止後，視障者按摩業保障也跟著出現空窗期。

不僅如此，兩年後（1955 年）臺灣省社會處又發函給各縣市政府<sup>25</sup>，表示社會處原本頒訂的台灣省工人團體分頁補充表業別欄所列的「鍼灸按摩業」應修正為「按摩業」。此是由於 1955 年考試院公告檢覈及格的中醫師名單中有針灸科，故臺灣省社會處認為原有的「針灸按摩業職業工會」中的針灸業者便非指稱職業工人，不得組織工會。這似乎表示，視障者在當時仍從事的鍼灸工作已變成中醫師獨佔的專業領域，視障者原有的鍼灸專業權威則被剝奪。受邱大昕訪談的資深

<sup>22</sup> 參本款敘述與附表七。

關於反歧視條款立法原因。1955 年盲人福利協進會的草案是參考日本〈身體障害者福祉法〉草擬，1949 年該法第 3 條規定：「國家、地方公共團體與國民，對於身體障害者，不得由於其具有障害，給予不當的差別的對待。」可推測是參考該條文立法。後來的行政機關草案亦有參考日本法或其他外國立法例。但由盲人福利協進會與行政機關自主性來說，或許也是認為有反歧視條款立法的必要性才引入相關條文。

<sup>23</sup> 參王泰升，台灣戰後初期的政權轉體與法律體系的承接，台灣法的斷裂與連續，頁 29-32（2002 年）。

<sup>24</sup> 臺灣省政府 42 府秘法字第 15526 號。參臺灣省政府秘書處，臺灣省政府公報，42 卷 39 期，頁 454（1953 年）。

<sup>25</sup> 臺灣省政府 44 社一字第 5248 號。參臺灣省政府秘書處，臺灣省政府公報，42 卷春 57 期，頁 681（1955 年）。

視障按摩業者也表示，日本人相信視障者能從事鍼灸工作，但政權轉替後，開始有人來找麻煩，認為眼睛看不見的人不會鍼灸，要重新報考中醫考試、申請中醫執照<sup>26</sup>。

會擔心視障者就業保障不足的並非國家，而是視障者本身。1953年臺灣省盲人福利協進會召開第一屆第二次會員代表大會，邀請省府社會處處長謝徵孚及教育廳代表出席，其中一項討論提案便是「請政府保護盲人職業，如按摩、鍼灸術、相命等」<sup>27</sup>。關於實際的立法遊說行動，翻閱1956年的報紙，曾經有標題為〈夜深沉·笛淒怨〉與〈按摩者的悲歌（上）（中）（下）〉<sup>28</sup>的連載，提到盲人福利協進會最近有向臺灣省臨時省議會請願，也準備向內政部、臺灣省政府社會處、警務處等單位請願，希望「審核夠水準者才給予執照」，並重視盲人的生存<sup>29</sup>。報紙提到多年前按摩業曾有一段燦爛的時光，一兩年前旅館中的按摩者一天還有一兩宗生意，但最近按摩業已經開始蕭條與受到漠視，甚至五六年無人上門。記者各方打聽所歸納出的主要原因有二：1.政府怠於管制：日治時期有按摩術營業取締規則，需要技術純熟者才有辦法獲取執照，政府更迭後卻不繼續進行職業管制或輔導，導致按摩技術不佳者壞了按摩業的招牌。2.按摩業的形象變遷與缺乏正面宣傳：日治時期有為按摩業設宣傳介紹機構，政府更迭後不僅宣傳介紹機構消失，還開始有雜誌文章將按摩女說成具「另種身分」，導致一般正經人不願光顧按摩。盲人福利協進會因此希望政府可以進行相關管制，對從事按摩業

<sup>26</sup>邱大昕，為什麼馬殺雞？視障按摩歷史的行動網絡分析，台灣社會研究，83期，頁26-27（2011年）。

<sup>27</sup>聯合報，盲人協進會開代表大會 通過提案多件 兩模範盲人 受省府表彰 合協昨理監事會，聯合報，1953年12月6日03版。

<sup>28</sup>中國時報，按摩業瀕絕境請求當局救濟 請發執照保障生活，中國時報，1956年1月18日3版。王彤，夜深沉·笛淒怨 按摩者的悲歌（上），中國時報，1956年1月18日3版。王彤，按摩者的悲歌（中），中國時報，1956年1月19日3版。王彤，按摩者的悲歌（下），中國時報，1956年1月20日3版。不過，如果日治時期便有盲人從事鍼灸工作，且1953年臺灣省盲人福利協進會會員大會的討論提案除了按摩，也包括鍼灸術、相命，為何不連同從事鍼灸業、相命的問題一起請願，而只提到按摩業部分？由於史料不足，暫時無法確認緣由。

<sup>29</sup>可以在臺灣省議會檔案中發現有相關請願案。台灣省議會史料總庫，臺灣省盲人福利協進會為請建議政府制定「臺灣省按摩業管理規則」，典藏號：0021330645001。但本件檔案影像尚不提供閱覽，故無法得知具體請願內容。

者進行資格審查，並發給執照，最好還能為之廣為宣傳。

其後，臺灣省政府警務處有對按摩業相關管理進行討論，但未能訂出相關規則。最後，〈臺灣省各縣市按摩業管理規則〉草案是由盲人福利協進會草擬，再由警務處召集衛生處、社會處重新審查而成<sup>30</sup>，送交臺灣省臨時省議會審議。

值得注意的是，不論是視障者提出的草案或報紙的報導，都沒有直接表示為了保障視障者就業，只有視障者得從事按摩業。當然，盲人福利協進會所擬的草案未限制只有盲人能從事按摩業，也可能是其有此意思卻漏未規定。不過，也有另一個可能是，有許多盲人從事按摩業<sup>31</sup>，而對於按摩業從業資格與專業性進行管制，間接可以促進盲人就業，較不會有僧多粥少的問題。換言之，原本的草案並看不出差異化的職業保障，而僅是單純對按摩業進行管制，事實上可以間接保障到視障者。此可呼應本文第二章曾提到，表面中立化的規範也有保障弱勢群體的可能。

需「雙目失明」成為按摩業從業資格<sup>32</sup>，主要是省議員們的要求。省議會的討論過程中<sup>33</sup>，黃朝琴<sup>34</sup>議長表示日治時代僅有盲人才可從事按摩業<sup>35</sup>，而且草案

<sup>30</sup>請參臺灣省臨時省議會討論中警務處代表的發言。台灣省議會史料總庫，審議臺灣省各縣市按摩業管理規則草案，典藏號：002-02-06OA-00-5-2-1-00087。

<sup>31</sup>聯合報曾於 1955 年刊登盲人福利協進會的統計，表示全省盲胞共有 14482 人，其中女性有 7840 人。然而，僅有 1700 餘人能夠自食其力。其所從事的職業類型如下：按摩 716 人，命卜 455 人，農業 215 人，商業 52 人，道士 39 人，賣唱 32 人，電療 31 人，教員 6 人，其他職業 195 人。從事按摩業者占了四成多。聯合報，全省盲者 一萬餘人，聯合報，1955 年 12 月 16 日 5 版。另外說明，原文為「盲人福利協助會」，似為誤植，因為其他當時報紙或官方收錄的請願資料皆只有「盲人福利協進會」。

<sup>32</sup> 1957 年臺灣省各縣市按摩業管理規則第 2 條：「(第 1 項) 凡從事按摩業者，須雙目失明（但在本規則公佈三個月前執業者不在此限），並應於執業前填具申請書（附申請登記事項）保證書各乙份，連同資格證明書（由主管機關所指定之按摩人資格審查委員會填發）健康診斷書（由公私立衛生醫療機構填發其格式另定之）本人最近二吋半身照片三張，暨許可證成本費印花費被經該管派出所層轉警察局登記核發許可證後方得執業，並應於領到許可證後十日內加入該按摩業職業工會及勸導其加入臺灣省盲人福利協進會（該縣市尚無按摩工會組織者暫免）。(第 2 項) 前項許可證，每件收工本費新台幣貳元。」臺灣省政府 46 府警一字第 74124 號。參臺灣省政府秘書處，臺灣省政府公報，46 卷 22 期，頁 343-344（1957 年）。

<sup>33</sup> 台灣省議會史料總庫（註 30）。

<sup>34</sup> 議事錄中僅寫「黃議長」，依年代判斷應是指黃朝琴。

<sup>35</sup> 對本文來說，這是對日治時期按摩業管理規範的誤解。參下註。另參許世賢議員在議會中的發言紀錄：「李建和議員也說過，在日本時代有很多按摩人是眼明的」。但許世賢議員同時也支持應硬性規定只有盲人能從事按摩業。台灣省議會史料總庫（註 30）。

第 2 條寫明應「勸導其（按摩業者）加入臺灣省盲人福利協進會」，說明該規則是在保障盲人的職業。黃朝琴的提議獲得省議會的通過，促成了 1957 年視障按摩保留制度的誕生，宣告著視障者與按摩業者的高度結合關係，劃分出其與始於日治、1953 年廢止的按摩術營業取締規則<sup>36</sup>的差異，也埋下日後平等權保障、自由權限制爭議的種子。

再者，雖然規定只有雙目失明者得從事按摩業，看起來是很高的保障，但視障按摩業者的職業聲望與人們對其專業性的認知或許不增反減。此可由三點來觀察，其一是如前述報紙報導按摩業的形象變遷，按摩業此時可能已受有色情波及。其二，邱大昕曾對日治時期已從事按摩業的陳老先生訪談，陳老先生緬懷從前幫日本人按摩時會被尊稱為「先生」，「先生」在日語也有老師的意思，感覺職業聲望比較高，戰後職業聲望反而變低<sup>37</sup>。其三，則可從草案審議過程中，政府官員與省議員的討論<sup>38</sup>，看出他們對視障按摩業的認知。警務處代表便表示，原先盲人福利協進會的提案是要求按摩業者具備「醫學知識」，省府會議將其改為「醫學常識」。議員們或者認為只須要求按摩業者的衛生即可，或者認為草案要求的按摩學、解剖學、生理學、病理學、衛生學等可能還是太過困難。這些質疑反映

---

<sup>36</sup>日治時期按摩術營業取締規則並未明文只有視障者得從事按摩業，其對視障按摩的制度保障有三：1.「考試雙軌制」：考試分成甲種考試與乙種考試，乙種考試僅盲人可以報考。2.「盲校特典」：只有臺北州立盲啞學校與臺南州立盲啞學校被指定為畢業後可直接取得按摩術營業資格的學校。3.「營業資格的例外」：不具按摩術營業取締規則第 1 條營業資格的盲人也能取得營業許可，但仍至少要有一年的相關修業履歷。參臺灣總督府府報，按摩術營業取締規則，臺灣總督府府報，1924 年 3 月 5 日號別 3177。佐藤會哲，臺灣衛生年鑑，頁 103-105、263-273（2010 年）。其實，日治時期〈按摩術營業取締規則〉對視障者從事按摩業的保障有些隱晦，整個規則看起來更像是對公共衛生相關行業的管制。按摩業從業資格與視障者保障的規範依據如下：依據按摩術營業取締規則第 1 條，有 3 種取得營業資格的方式：「為按摩術營業者，需要有左列資格而受有知事或廳長的免許：一、通過定於本令的按摩術試驗。二、畢業於知事或廳長指定的按摩術學校或講習所者。三、通過明治四十四年（1911 年）內務省令第十號按摩術營業取締規則的按摩術試驗者以及畢業於按摩的指定學校或講習所者。」該條第 1 款「按摩術試驗」是指該規則第 5 條與第 6 條的「考試雙軌制」。該條第 2 款「知事或廳長指定的按摩術學校」，依《臺灣衛生年鑑》是指臺北、臺南州立盲啞學校，在當時被稱為「盲校特典」。「營業資格的例外」則規定在〈按摩術營業取締規則〉的附則中，1924 年 5 月 10 日總警第 554 號總務長官通達〈按摩、鍼灸術營業取締規則施行方〉第 9 條對此附則進行補充：「依按摩術營業取締規則附則第三項，給予盲人免許的場合，需要有一年以上的修業履歷」。關於該號通達，參佐藤會哲，頁 271-273。

<sup>37</sup>邱大昕（註 26），頁 21（2011 年）。

<sup>38</sup>臺灣省議會史料總庫（註 30）。



出即使盲人福利協進會希望按摩業有品質保證，按摩業在主管機關與省議員的心中，早已非專業化的行業。只有日本長崎醫科大學畢業、具醫師身分<sup>39</sup>的周百鍊議員自承，日治時期從盲校畢業的按摩業者「有時對解剖學還比我清楚」，並強調「如明瞭筋絡等才能幫助恢復疲勞，否則有害無益」。對於視障按摩業的專業性給予高度肯定。

關於視障按摩業的去專業化困境，王育瑜曾用「視障按摩業的去醫療化」<sup>40</sup>來說明，本文大致同意此說法。可以補充的是，王育瑜採擇的去醫療化時間點是1967年醫師法修正後，針灸被列為醫療行為，不具醫師資格的視障者不能繼續為針灸，盲校中的針灸課程亦遭取消。而本文認為去醫療化可能在更早之前便已開始，如前述1955年「針灸按摩業職業工會」被改成「按摩業職業工會」<sup>41</sup>。另外，社會與政府官員對按摩業的認知更使去專業化困境雪上加霜。Young曾提到<sup>42</sup>，某些工作被賦予較高聲望，某些工作聲望較低，職業聲望多是文化建構的產物，但專業者聲望高，同時也較有權威、對資源有近用權、受人尊敬，且此特

<sup>39</sup>許雪姬，臺灣歷史辭典，2版，頁432（2004年）。

<sup>40</sup>王育瑜，臺灣視障者的職業困境——以按摩業為例的分析，國立政治大學社會學系碩士論文，頁33（1995年）。

<sup>41</sup>另外，王育瑜提到，戰後至1967年這段時間，由於盲校的教材沿用日治時期的教材，缺乏修訂，許多盲校畢業的學生只敢從事按摩，不做針灸。這基本上已經是國家資源支持不足導致的去醫療化。王育瑜（註40），頁32-33。

<sup>42</sup>此取自Young對無權力壓迫的觀察，IRIS M. YOUNG, JUSTICE AND THE POLITICS OF DIFFERENCE 214-222 (1990)。戰後視障按摩師的去專業化困境，似與剝削（exploitation）、邊緣化（marginalization）、無權力（powerless）都有點關係，又不太一樣，幾經考慮，就稱為去專業化壓迫，而不沿用Young的概念分類。

Young對此三種壓迫態樣的描述與分類，引述Young自己的話，簡單來說是：“Exploitation, marginalization, and powerlessness all refer to relations of power and oppression that occur by virtue of the social division of labor—who works for whom, who does not work, and how the content of work defines one institutional position relative to others.” p.58。若比較細緻去看此三種壓迫態樣，可發現皆有與視障按摩師處境類似與相異處。Young談無權力時偏重專業者與非專業者的階級分化，前者負責設計工作如何執行，後者負責執行已被設計好的工作，非專業者的勞力貢獻易受忽略，而將勞動成果歸功於專業者。但視障按摩業者這邊較非執行工作自主性低、須完全聽從專業者指示的問題。Young談剝削時提到許多族群或女性從事職業聲望較低的工作（如：私人幫傭、清潔工、服務員），讓白男人能做重要、有創造性或高技術的工作。視障按摩業的專業性、職業聲望被貶低，但與此狀況也不同。邊緣化主要是講弱勢群體（年長者、障礙者、單親媽媽等）被排除於「有意義的社會參與」之外，Young討論邊緣化時帶入了西方福利國的問題，邊緣化後可能有物質剝奪（material deprivation）難以維生的問題，此時即使福利國介入，讓弱勢群體在機構中有吃有住又不限制其自由，也算不上良好的社會參與。視障者可能在整體就業市場受到排除，所以最後只好選擇成為視障按摩師，但視障按摩師的去專業化，又與西方福利國的問題不同。

權會超出工作領域範圍外。按摩業未必是聲望低的職業，日治時期到國治時期職業聲望的轉變正可說明其文化建構性，但國治時期視障按摩業的聲望、專業性、權威與受到的尊敬，似乎不增反減，深化了去專業化的壓迫。

臺灣省各縣市按摩業管理規則公佈不久後的 1962 年，臺灣省政府警務處就有廢止該規則的提議，1964 年再度提案請府會討論<sup>43</sup>。希望廢止該規則的理由並非由於視障者按摩保留會侵害明眼人的工作權或平等權，而是因為警務處認為按摩業的管理與警務無關，希望可以簡化警察業務。對此，臺灣省政府 1964 年曾以第 822 次委員會決議：「按摩業不屬於特種營業，本案原則上准予廢止，但應由衛生處另行擬具管理辦法後再行明令廢止」。有些縣市警察局因為既有管理規則原則上准予廢止而不再適用，導致非法按摩猖獗，還有土耳其浴室陪浴行為出現<sup>44</sup>。臺灣省盲人福利協進會為此再次請願<sup>45</sup>，希望早日公佈新的草案。為了呼應臺灣省政府警務處與視障團體，1967 年臺灣省議會通過〈臺灣省按摩業者管理規則〉<sup>46</sup>。惟需注意，1967 年的草案雖經臺灣省議會審議通過，但未經臺灣省政府公佈，故未生法律效力<sup>47</sup>。因而，1957 年的規範未被取代，持續有效，主管機關也未由警務單位移至衛生單位。

大體而言，此時期的視障按摩保留制度看起來保障相當高，保障程度之高可說是空前絕後（1953 年廢止的按摩術營業取締規則沒有僅視障者得從事按摩業的規定，而是規定各種差異化的營業許可取得方式，1980 年殘障福利法的視障

<sup>43</sup>省府委員會議檔案，警務處簽為擬廢止「臺灣省各縣市按摩業管理規則」一案請提府會討論案，典藏號：00501082207。

<sup>44</sup>臺灣省議會史料總庫，民政類：臺灣省盲人福利協進會理事長陳天乞請願為請早日制訂「臺灣省各縣市按摩業管理規則」並促請公佈，典藏號：003-03-070A-01-5-1-00-05142。

<sup>45</sup>臺灣省議會史料總庫（註 44）。

<sup>46</sup>1967 年〈臺灣省按摩業者管理規則〉的省政府草案與臺灣省議會的討論通過，參臺灣省議會史料總庫，臺灣省政府單行法規：為函送上修正「臺灣省各縣市按摩業管理規則」為「臺灣省按摩業者管理規則」草案並做成對照表請惠予審議見復案，典藏號：003-03-090A-01-5-2-1-00099。臺灣省議會史料總庫，臺灣省政府函送修正臺灣省各縣市按摩業管理規則為「臺灣省按摩業管理規則」草案並作成對照表請惠予審議見復案，典藏號：003-03-090A-02-5-2-0-00010。

<sup>47</sup>政府公報資訊網的資料可能會有所遺漏，故本文有再查詢 1982 年的臺灣省政府法規彙編，該彙編僅收錄 1957 年〈臺灣省各縣市按摩業管理規則〉，沒有 1967 年〈臺灣省按摩業者管理規則〉。參臺灣省政府法規委員會，臺灣省政府法規彙編（四）：農林類、社政類、警政類，頁 4、115-117（1982 年）。

按摩保留條文則設有醫療人員得以按摩為人治病的但書規定)，讓視障者獨占按摩業，至少保有一個工作，而能倖免於遭遇勞動市場排除的邊緣化壓迫。只是，制度是否確實執行具有疑問，且在避免邊緣化的同時又製造了去專業化的壓迫問題。了解 1980 年殘障福利法立法形成之前的兩支脈絡後，接下來進入第二項討論 1980 年殘障福利法的立法動因、規範形構過程與影響。

## 第二項 威權體制下有限的就業保障 1980~1990

### 第一款 外交危機開啟的修法契機

前項的歷史耙梳中，我們看到從 1950 年代起便有殘障福利法草案，並經多次修改，只是一直未審議通過。歷經多年的草擬階段，該草案終於在 1979 年進入立法院。推動該草案進入立法院的主要原因，似乎是由於外交關係的轉變導致國民黨希望有所改革。申言之，美國總統卡特在 1978 年 12 月 16 日宣布與中國建交，「美匪建交」消息出現後，國民黨旋即在 12 月 18 日召開第十一屆中央委員會第三次全體委員會與中央評議委員第三次會議，希望有所改革。其中，在社會工作的改革方面，社會工作被認為可以「防止共匪對基層民眾實施統戰」、「團結民心」、「鞏固社會」，因而得出應從速制定「老人福利法」、「殘障福利法」，修訂「社會救濟法」的會議結論<sup>48</sup>。行政院遂在 1979 年初，限內政部在 5 月底前將殘障福利法草案送交行政院。5 月 24 日行政院院會修正通過該草案，並於 6 月 18 日送立法院審議<sup>49</sup>。

就整體殘障福利法草案與立法說明來看，與 1950 年代的立法構想一脈相承，國家仍引用憲法第 155 條老弱殘廢扶助與救濟條款作為這部法律的憲法依據。立法目標是要朝向現代化福利國家前進，讓這部法律成為提供障礙者福利措施的依據<sup>50</sup>。循著這樣的立法構想，立法過程中，多數立委與行政單位也是單純以憲法

<sup>48</sup>聯合報，國民黨十一屆三中全會決議案工作組綜合報告，聯合報，1979 年 2 月 8 日 3 版。

<sup>49</sup>周建卿（註 13），頁 370。

<sup>50</sup>參 1980 年殘障福利法政府提案與立法草案總說明。立法院秘書處，法律案專輯第三十四輯——殘障福利法案，頁 1-8（1981 年）。

第 155 條為依據，並從福利、慈善、同情、仁愛、宏揚三民主義中的民生主義等觀點來看待殘障福利法的立法，較未考量平等權或其他憲法權利與該法的關聯。如：時任內政部長的邱創煥在草案說明時即提到：「我國一向基於仁愛的精神重視人民生活，致力於推行社會福利。」並以憲法第 155 條與三民主義精神來說明推行社會福利措施的正當性<sup>51</sup>。審查會召集委員牛踐初向院會的報告認為，本法的性質是社會福利法，依憲法第 155 條的精神而來<sup>52</sup>。陸京士委員認為，殘障福利法與憲法中的民生主義、大同思想皆有關係<sup>53</sup>。魏佩蘭委員則說：「殘障者是不幸的，值得我們同情，予以幫助的一群人<sup>54</sup>。」由於許多官員皆採用「福利」作為該法的意義構框，雖然 1980 年時殘障福利法草案即有反歧視條款，也有可視為欲促進就業平等的鼓勵性定額進用制度，障礙者平等的意義並未被突顯。

了解 1980 年殘障福利法的立法動因與整體立法構想後，下款將討論差異取徑的規範形構過程。

## 第二款 行政部門意見為主下障礙者有限的立法突破

本次立法只有行政部門的草案，故殘障福利法的立法可以說主要是以行政部門的意見為基礎來進行討論。行政院送立法院審議的草案，又與先前 1960、70 年代諸版本的草案有所不同。其中，差異化的就業保障只剩下鼓勵性定額進用制度（雇用障礙員工超過總員工 3% 有獎勵），沒有視障按摩保留或庇護工場的規定。立法過程中，視障按摩保留條款加入了殘障福利法中。庇護工場則在立法後的施行細則中以「殘障福利工廠」的名稱出現。為何有些就業保障的規定被轉化或被留下來？有些則被刪除或新增呢？以下分述之。

### 一、行政機關以企業之名排除強制定額進用

由於有立委質疑鼓勵性定額進用難以落實障礙者的就業保障，質疑為何不採

<sup>51</sup>立法院秘書處（註 50），頁 12。

<sup>52</sup>立法院秘書處（註 50），頁 158-159。

<sup>53</sup>立法院秘書處（註 50），頁 26。

<sup>54</sup>立法院秘書處（註 50），頁 29。

強制性定額進用<sup>55</sup>，行政機關曾在立法過程中說明不採強制性定額進用的原因。內政部政務次長易君博表示，未採強制性規定是因為企業反彈<sup>56</sup>。教育部長朱匯森則回應，原本教育部希望規定至少僱用一定比例障礙者，但經濟部認為公營機構尚有可能僱用一定比例障礙者，私人企業財力不一，實行頗有困難，而刪改原先的規定<sup>57</sup>。依此二說法來看，會有的疑問是，究竟是真的有企業強力反對的聲音出現？或是只是經濟部擔心企業會反對呢？再者，如果只是擔心私人的反對，為何不規定公營機構需僱用一定比例障礙者呢？另外，雖有立委質疑鼓勵性定額進用保障不足，最終卻未提議修改成強制性定額進用，是否在威權體制下，擁有立法職權的立委比較尊重行政部門的意見？尚待考究。

## 二、內政部借施行細則還魂的庇護工場

庇護工場的規定未出現在行政院送立法院審議的草案中，在立法討論中也未受到重視。但殘障福利法的主管單位——內政部似乎支持設置庇護工場。若回顧相關資料，內政部曾在 1976 年召開「社會福利業務研討會」，並在同年底作成「當前社會福利服務與社會救助業務改進方案」，其中有提到要「由政府等設殘障庇護工場，並辦理產品推銷一貫作業」<sup>58</sup>，顯示內政部的立場是支持國家設置庇護工場。因而，1981 年由內政部制定的殘障福利法施行細則第 9 至 11 條有「殘障福利工廠」的規範<sup>59</sup>，國家據此有自行設立或獎勵民間設立庇護工場的法源依據。

1980 年殘障福利法的草案未出現庇護工場規範，或可推測是內政部的提案於行政院院會中遭到行政院或其他部會反對。可以進一步思考的是，國家是否真的無力設置庇護工場？早在 1955 年，省政府便針對具「反共義士」身分的障礙者

<sup>55</sup>謝深山、趙文藝委員發言。立法院秘書處（註 50），頁 22、42。

<sup>56</sup>立法院秘書處（註 50），頁 31。

<sup>57</sup>立法院秘書處（註 50），頁 49。

<sup>58</sup>行政院研究發展考核委員會，我國殘障福利法執行成效評估，頁 56-57（1990 年）。

<sup>59</sup> 1980 年殘障福利法並沒有直接提到庇護工場，只有在第 8 條提到：「省（市）、縣（市）政府應按需要，設立或獎勵民間設立左列各類殘障福利機構」。庇護工場應屬於第 9 款「其他服務機構」。

設置「台灣省反共義士生產輔導所」（含農場與工廠）<sup>60</sup>。顯示政府想要設置庇護工場時，還是有辦法籌措出相關財源來設置庇護工場。此種資源分配的選擇，與冷戰時期國民黨政府反共形象的塑造有關。王恩美的研究指出，當代人們聽到「反共」可能認為這只是一個歷史名詞，但在冷戰時期，反共是社會生活重要的一部分，更是國家用來統合人民的重要工具，國家透過學校教育以及報紙、廣播、電視等媒體培養人民的反共意識<sup>61</sup>。而具「反共義士」身分的障礙者，恰好搭上反共意識形態的大船，才獲得國家一定程度的重視。

另外，關於戰後到 1980 年代國家如何分配預算及社會福利支出，因而國家可能自認無力設置庇護工場的問題，林萬億曾以「槍砲占用了奶油錢」做比喻，說明當時政府的國防支出遠大於福利支出造成的資源排擠問題<sup>62</sup>。如：1964 年，光是國防支出就占了政府總支出的 49.6%，社會福利支出卻只占 6.64%<sup>63</sup>，而且當時社會福利支出主要是花在軍公教人員保險、退休撫卹、勞工（公營事業、大企業）保費上。到 1981 年，國防支出下降，占政府總支出的 24.9%，社會福利提升，占 12.05%，不過，1986 年軍公教人員退休撫卹支出、社區發展、環境保

<sup>60</sup> 「台灣省反共義士生產輔導所」的成立是由於 1954 年有一萬四千多名反共義士從南韓到臺灣來，而其中有部分人屬於「老弱殘障傷患反共義士」，無法繼續待在部隊中，遂由省府撥借資金、購置農場，協助其發揮生產能力。參聯合報，老弱傷殘義士 已全部安置 省府均予輔導，聯合報，1955 年 1 月 23 日 3 版。

關於反共義士來台之經過，可以參周琇環，接運韓戰反共義士來臺之研究(1950~1954)，國史館館刊，28 期，頁 115-154（2011 年）。不過，周琇環只有略為提到也有「傷殘義士」來臺，未著墨到後來為障礙者設置「台灣省反共義士生產輔導所」部分。

關於（傷殘）反共義士與其他榮民的保障是否有差別，目前可見資料甚少。林萬億指出，1954 年政府經檢討後認為有 7 萬人需離開軍中，同年即成立「行政院國軍退除役官兵就業輔導委員會」，讓退役官兵可獲就業輔導與安置。由此可見，其他榮民約略同時也獲就業輔導與安置，只是不清楚反共義士與其他榮民保障是否有差別。再者，林萬億還提到，1954 年的反共義士生產輔導所於 1972 年改隸行政院退輔會（原先應是由省政府管轄）成為「反共義士輔導中心」，1994 年該中心又與土城大陸榮胞中心合併為「台北榮譽國民之家」。由於後來主管機關與輔導安置單位與其他榮民趨同，或可推測至少在後期保障差別不大。林萬億，台灣的社會福利：歷史經驗與制度分析，頁 407-411（2006 年）。目前唯一看到的差異是，以前「反共義士」會參加 123 自由日集會，每人可獲 200 元，此為其他榮民所無。參沈幸儀，一萬四千個證人：韓戰時期「反共義士」之研究，頁 320（2013 年）。（沈幸儀僅表示「近年」取消 200 元獎金，無法確知是何年）

<sup>61</sup> 王恩美，冷戰時期學校教育中的反共形象：以臺灣與韓國兩地小學教科書為中心的分析，思與言，48 卷 2 期，頁 49-117（2010 年）。

<sup>62</sup> 林萬億，臺灣的社會福利：歷史與制度的分析，2 版，頁 178-181（2012 年）。

<sup>63</sup> 林萬億還提到，為數不多的社會福利基金有時還會被挪作他用，比如：作為防洪經費、九年國民義務教育經費。林萬億（註 62），頁 179。

護，獨立於社會福利支出之外後，社會福利支出就只占政府總支出的 6.7%<sup>64</sup>，顯示較狹義的社會福利支出仍不多。

### 三、立法請願下挽回的按摩保留制度

原本內政部草擬時曾將視障按摩保留條款納入，送行政院審議後卻遭刪除。對此，不同政府代表有不同的說法，內政部政務次長易君博表示，行政院審議時有人認為非視障者也應可從事按摩業<sup>65</sup>。內政部詹騰孫司長則答覆，按摩是物理治療的一個項目，非視障者所能勝任，怕視障者按摩保留條文會使醫療行為變成違法<sup>66</sup>。前者考量非視障者的工作權，後者考量醫療人員從事相關行為的合法性，並表達醫療體系對視障者的輕視與不信任。由於謝深山、楊登洲、黃雲煥幾位委員皆有質問行政官員為何未將視障按摩保留條款加入殘障福利法，顯示不少立委支持視障按摩保留制度，最後，由謝深山提案增列視障者按摩保留條款，並加上但書<sup>67</sup>，以維持醫療人員的合法性。

立法加入容許「醫護人員以按摩為病患治療」的但書規定，正說明了按摩與醫療專業的關聯。1980 年代之前的討論中<sup>68</sup>，我們看到視障按摩業職業聲望降低或被官員認為是非專業的工作，這是去專業化壓迫的一個面向。1980 年殘障福利法的討論，則讓我們看到基於視障者身分本身便受有去專業化壓迫，亦即，視障者被認為無法從事專業的物理治療按摩。簡言之，視障按摩工作被認為不專業，視障者又被認為無法從事受專業肯認的物理治療，基於工作的去專業化與基於視障者身分的去專業化，互相糾結，使這個問題更加複雜難解。

除了行政官員與立法者的行動，不容忽視的是障礙者對於就業保障法規的訴求。行政院送立法院的草案並未提到視障者按摩保留，為何許多委員都會關切此問題呢？此即與視障團體的請願活動有關。如趙文藝委員即表示其有接到盲人按

<sup>64</sup>1990 年代這部分的政府支出再度成長，社會福利支出平均占政府總支出的 12.3%，這是後話。林萬億（註 62），頁 182。

<sup>65</sup>立法院秘書處（註 50），頁 31。

<sup>66</sup>立法院秘書處（註 50），頁 113。

<sup>67</sup>立法院秘書處（註 50），頁 139。

<sup>68</sup>參第四章第一節第一項第二款盲人請願下按摩業管理的再造。

摩工會希望將按摩職業保障條文列入的請願書<sup>69</sup>。立法院的會議紀錄也附有「內政部函：檢附中華民國全國總工會函送該會按摩業勞工委員會有關對殘障福利法之建議<sup>70</sup>」，供立法者參考。因此，視障者的就業處境與困難，獲得了立委較高的關注。

另外，比起 1950 年代送交請願書給行政機關與立法者的行動，此次修立法院還有舉行立法座談會<sup>71</sup>，讓障礙者能面對面的傳達訴求。可以注意的是，與會的學者專家與相關團體代表共有 8 人<sup>72</sup>，視障團體代表與視障者職訓機構代表即占 3 人，包括：臺北市盲人福利協進會理事長陳天乞、臺灣盲人重建院代表林幸夫、臺灣省盲人福利協進會理事長劉慶。顯示視障者進行立法遊說爭取權益的活躍。這 3 位代表，皆有提到原本已有制定臺灣省各縣市按摩業管理規則，使視障者在就業與生活上安定有保障，希望殘障福利法可以加入相關保障條文。視障團體在 1956、1957 年臺灣省各縣市按摩業管理規則的請願與草案中，未提到從事按摩業者限「雙目失明」，卻在 1980 年的立法遊說中希望維持按摩保留規範，或許可用歷史的路徑依賴（path dependence）關係來解釋。路徑依賴是指行動者在關鍵時刻可能有多種選擇，而在選擇特定方案後，該制度會自我再製，歷史發展會受先前選擇影響與限制<sup>73</sup>。1957 年臺灣省各縣市按摩業管理規則在省議會審議時訂入從事按摩業者限雙目失明的條款，正是一個關鍵選擇，影響了日後歷史發展的路徑與視障團體的主張方向。

除了延續既有保障，其正當化視障者按摩保障的基礎是：視障者被摒棄於各行業之外，並無選擇職業之自由，但按摩業保留至少讓視障者還有一個工作。我

<sup>69</sup>立法院秘書處（註 50），頁 45。

<sup>70</sup>立法院秘書處（註 50），頁 124、141。

<sup>71</sup>立法院秘書處（註 50），頁 55-107。

<sup>72</sup>視障團體與視障者職訓機構外，其他 5 位分別是：中華民國傷殘重建協會理事長陸以仁、榮民總醫院傷殘重建中心副主任譚子捷、友好復健工藝社代表姚卓英、振興復健中心趙尚良、國立臺灣師範大學社教系副教授林美和。

<sup>73</sup>林國明，歷史研究法，收於：瞿海源、畢恆達、劉長萱、楊國樞主編，社會及行為科學研究法二：質性研究法，頁 202-203（2012 年）。柯志明，跨學科的歷史研究法，收於：瞿海源、畢恆達、劉長萱、楊國樞主編，社會及行為科學研究法二：質性研究法，頁 229-232（2012 年）。



們或可將此說法理解為：視障者認為己身遭遇到極致的邊緣化勞動壓迫，而視障按摩保留制度是減緩壓迫的一種方式。另一個理由是，當時有許多視障者從事按摩業<sup>74</sup>，全省盲校的職業教育與兩所盲人職業重建中心的職業訓練也均以按摩為主<sup>75</sup>。當然，這並不表示盲人的職業訓練只有按摩。臺灣盲人重建院也有進行按摩以外的職業訓練<sup>76</sup>，但這 3 位代表結論上還是認為以民間力量推動他種職訓，成效不彰，而仍須維持按摩業保障。

其實，不少參與立法座談會的學者專家與視障團體代表<sup>77</sup>也反應鼓勵性定額進用不夠積極，或希望可以有其他就業保障，卻未受採納。為何有些民間的建議受採納？有些未受採納？謝宗學對視障按摩保留制度受採納的分析<sup>78</sup>認為，對政府而言，此制度是延續既有政策，較無執行困難與反對聲浪；對視障者而言，當然須努力爭取自身利益<sup>79</sup>。此種利益導向的分析方式固然有些道理，但似乎較忽

<sup>74</sup>依林幸夫說法，全省 32000 多盲人中，依已加入工會者計算，有 2000 多人從事按摩業，另外有 1400 多人從事相命業。劉慶則表示，據臺灣省及臺北市盲人福利協進會統計，從事按摩工作者有 6000 人（半數未加入工會）。參立法院秘書處（註 50），頁 95。

<sup>75</sup>立法院秘書處（註 50），頁 70-73，92-94。

<sup>76</sup>關於此，也可以參考臺灣原住民盲人詩人莫那能的口述回憶錄。莫那能發現自己視力狀況惡化後，在 1982 年打聽「盲人能做的工作」，問到的只有兩個選項，一個是算命，另一個是按摩。後來進到臺灣盲人重建院，也是兩個選項，一個是按摩，另一個是工商科，但因為先前讀工商科的人出去往往不到半年便被解雇，多數人還是只好選擇按摩。盲人重建院之前也有教養豬養雞，莫那能進去時則只剩下豬舍。參莫那能，一個台灣原住民的經歷，修訂初版，頁 181、188-197（2014 年）。

<sup>77</sup>此為中華民國傷殘重建總會理事長陸以仁、振興復健中心代表趙尚良、臺灣盲人重建院代表林幸夫、臺灣省盲人福利協進會理事長劉慶等人的書面意見。參立法院秘書處（註 50），頁 62-63。

<sup>78</sup>謝宗學，我國殘障政策發展之分析—國家、公民與政策網絡，國立政治大學公共政策研究所碩士論文，頁 142-143（1997 年）。

<sup>79</sup>此外，謝宗學還提到，謝深山是立法委員增額選舉工人團體選出的委員，從事按摩業的視障者是工人團體選民，謝深山須強化選民支持而有利連任。問題是，與視障按摩業易有利害衝突的「理髮業職業工會」會員也是謝深山的選民，此說法似有問題。

不過，可以觀察到一個有趣的現象，視障按摩業較常藉由「工會」系統動員。理容業者卻常常是由「（商業）同業公會」系統動員，而非「理髮業職業工會」。如：1979 年的「理容美髮商業同業公會」（可參註 84）、1990 年與 1993 年臺灣省男子理髮商業公會聯合會（可參註 147、191）、1997 年臺北市男子理髮商業公會聯合會（可參註 248）。

另一個延伸問題是，理容業者究竟是「理髮業職業工會」會員？「理容商業同業公會」會員？或可以兩者都是，這牽涉到上述「理容業者是否是工人團體立委的選民」的問題。據早年臺灣省社會處的函釋來看，應可能兩者都是。函釋節錄如下：「查職業工人為商店主體人（或稱店主）時，仍繼續擔任其本業實際工作者，即具有勞資兩重資格，依照工會法施行細則第九條之規定，得加入其所從事之職業工會為會員，但同時加入勞資兩種團體者，不得當選為工會理監事。」臺灣省政府秘書處，電雲林縣政府據請釋示有關理髮業職業工會會員疑義一案，核復查照，臺灣省政府公報，40 卷秋字第 24 期，頁 315（1951 年）。惟若選擇只加入「理容商業同業公會」，應是當時

略價值導向的思考。亦即，不同行動者是否認為給予視障者差異保障具正當性，行動者是否在做「有利的事」之外，也會想做「對的事」。比如謝深山受媒體訪問時曾表示，在我國盲人就業訓練制度及盲人最低生活水準的保障辦法還沒有建立之前，應該在法律中明確保障盲人就業<sup>80</sup>。似可說立法者認為對盲人的職業保障在價值判斷上具一定正當性，此正當性部分基於整體視障者就業訓練制度與生活保障的不足。

再者，視障團體也有主張應採用強制性定額進用<sup>81</sup>，卻未受採納。或可推測視障團體花了較多心力堅持視障按摩保留制度，而此制度雖然是在 1957 年被建構出來的傳統，大家卻習慣繼續依循既有路徑邁進。在反對聲浪方面，1960 年代負責執行取締的臺灣省政府警務處已經表達了反對<sup>82</sup>，只是未進入此次修法場域。此外，1979 年已經有明眼人馬殺雞氾濫的報導<sup>83</sup>，這些業者應該也會反對視障按摩保留制度。事實上，依照臺北市政府 1979 年行文臺北市議會的公函來看，理髮美容商業同業公會的確有進行陳情活動，只是似非針對本次修法。理容業者陳情的結果，使臺北市政府認定理容附帶的(在原座位上、未成為另行收費項目)捶背捏肩按摩服務，並不違法<sup>84</sup>。因此，不是如謝宗學所說沒有反對意見，只是反對意見未在本次修法中如視障者般積極地展開動員與請願。

關於 1980 年殘障福利法的制定，大體而言，在威權體制下，是以行政院單一版本的草案作為立法基礎，這個草案對促進障礙者就業並不積極。在定額進用的立法方面，當時有學者專家或視障團體認為鼓勵性定額進用不夠積極，應硬性規定一定雇用比例，但未受採納。在庇護工場、視障按摩保留方面，該草案更是

---

立委選制下「商業團體」選民，非工人團體選民。

<sup>80</sup>民生報，視聽沒有殘障的人 將不准從事按摩業，民生報，1979 年 10 月 21 日 6 版。

<sup>81</sup>如臺灣省盲人福利協進會理事長劉慶。參立法院秘書處(註 50)，頁 62-63。

<sup>82</sup>參第四章第一節第一項第二款盲人請願下按摩業管理的再造。

<sup>83</sup>邵美麗，「馬殺雞」搶了盲人按摩業！，聯合報，1979 年 7 月 18 日 12 版。

<sup>84</sup>原文節錄為：「本市應理髮美容商業同業公會之陳情及貴會之建議酌情放寬，乃規定以就其原理髮座位上不另收費為客義務作捶背捏肩之服務者，得免予取締，以順民情。」。臺北市政府(68)府警行字第 41858 號函。參台北市議政資訊與民主記憶數位典藏國家型科技計畫，第 3 屆第 4 次定期大會議決案，市府提案-報告案警政衛生，關於本市理髮業色情按摩行為認定之標準案。

隻字未提。庇護工場是有賴內政部 1981 年制定的殘障福利法施行細則將國家得設置或補助庇護工場的規範明文化、具體化。視障按摩保留制度則是視障團體、按摩業工會積極參與殘障福利法立法座談會與向立法委員立法遊說、請願的成果。說明了即使在威權體制下，仍留有一定的法律動員可能。下一款將處理這三個差異化就業規範的實踐情形，思考這些規範對促進障礙者就業、改善壓迫是否有幫助。

### 第三款 1980 年殘障福利法的有限影響

殘障福利法及其施行細則有鼓勵性定額進用、視障按摩保留與庇護工場規範，這些差異化的職業保障是否對障礙者的就業帶來改變呢？以下分述之。

#### 一、難以鼓動人心的鼓勵性定額進用

在鼓勵性定額進用制度底下，從 1982 年到 1986 年之間，因僱用障礙者超過 3% 而受獎勵的公私立機構只有 61 所，獎勵方式是由政府頒贈獎牌一面<sup>85</sup>。而在地方政府僱用障礙者的調查方面，1986 年臺灣省 21 個縣市中，只有 11 縣市政府共僱用障礙者 51 人，各縣市僱用比率介於 0% 與 2.33%（花蓮縣）之間<sup>86</sup>。顯示很少機構能達到鼓勵性定額進用 3% 的門檻，沒有任何一個地方政府達到此門檻。

由於缺少更進一步的調查資料或 1980 年代之前的相關統計可供對照，所以並不易了解這些受獎勵的公私立機構是否是由於殘障福利法的獎勵而僱用較多障礙者，只能確知頒贈獎牌實在是誘因不高的一種獎勵方式。

#### 二、不傾向自設庇護工場的國家與障礙者的自力救濟

庇護工場方面，雖然在法令上政府是「得補助」或「得設置」庇護工場，但在庇護工場誕生時期，政府便傾向將自己定位在補助者的角色。此可見於內政部

<sup>85</sup>行政院研究發展考核委員會（註 58），頁 93-97。本書有列出受獎勵機構名稱與部分機構的雇用人數，受獎勵機構雇用障礙者人數在 1 人至 30 人之間。由此可見規定「僱用障礙者超過 3%」而未限制至少要雇用多少人的問題，如果是小型公司，雇用 1 位障礙者便已超過 3%，實際上受雇障礙者仍不多。

<sup>86</sup>行政院研究發展考核委員會（註 58），頁 92-93。

曾於 1981 年發表的「社會福利十年計畫」草案，表示要鼓勵企業機構辦理殘障庇護工場<sup>87</sup>，並讓殘障福利工廠普及化<sup>88</sup>。不過，1981 年底即有內政部官員指出，內政部和廠商的協調工作並不很順利<sup>89</sup>。

再者，政府一開始的接洽對象並不限於福利團體，可惜一般民間企業少有意願經營庇護工場，因此，最後不少政府的合作與補助對象還是福利團體或障礙者開設的公司。例如，高雄市政府社會局曾邀請 20 多家廠商卻只有 2 家願意簽約。經過一番努力，才有 6 家簽約單位，其中，國民就業輔導所是市府所屬機構，基督教福澤慈善事業基金會、傷殘服務協會附設印刷中心則具慈善福利團體性質<sup>90</sup>。臺北市府社會局方面，曾在 1983 年補助德林股份有限公司辦理殘障器具製造福利工廠<sup>91</sup>，該公司老闆也是障礙者。1989 年臺灣省政府社會處的手冊<sup>92</sup>列有「民營企業公司及殘障福利機構附設福利工廠一覽表」，僅列有 9 家公司。其實，據社會福利十年計畫的相關調查，設置殘障福利工廠是最多障礙者希望加強的就業服務措施。有 69.25% 的人認為需要設立福利工廠，而多數人（62.29%）希望辦理方式是由政府辦理<sup>93</sup>。可惜政府不傾向承擔設立庇護工場的任務。

雖然國家與一般企業設置庇護工場者不多見，我們可以在此時期發現不少福利團體或個別障礙者自力救濟設置庇護工場的報導<sup>94</sup>。我們不確定這些庇護工場的設置是否與 1980 年的殘障福利法有關？是否有接受政府補助？但至少可以知

<sup>87</sup> 民生報，加強老人與殘障福利 內政部研討具體措施，民生報，1981 年 4 月 14 日 1 版。

<sup>88</sup> 民生報，加強辦理社會福利 九年預算五十五億 內政部擬訂長中程計畫，民生報，1981 年 5 月 27 日 1 版。民生報，社會福利工作邁入新境界 「社會福利十年計畫」草案研擬完成，民生報，1981 年 10 月 10 日 6 版。

<sup>89</sup> 郭俊良，《多一點參與·多一點平等》殘障年·年年不息，民生報，1981 年 12 月 30 日 9 版。

<sup>90</sup> 民生報，殘障就業路茫茫！ 高雄市政府輔導殘障就業不遺餘力 社會大眾的接納才能解決根本問題，民生報，1982 年 12 月 20 日 11 版。

<sup>91</sup> 聯合報，殘障器具製造廠 招訓十名殘障者，聯合報，1983 年 7 月 10 日 7 版。

<sup>92</sup> 臺灣省政府社會處，殘障福利手冊，頁 93（1989 年）。

<sup>93</sup> 劉泰英，社會福利十年計劃調查研究報告，頁 3-1 至 3-56（1983 年）。

<sup>94</sup> 蔡宗英，殘缺的月亮，一樣的月光 臉部傷殘者，工作能力強 殘障社團紛紛自力更生，成立庇護工場 實施職訓就業合一制度，企望各界鼓勵，聯合報，1983 年 11 月 1 日 5 版。聯合報，杏林子創造了「夢中伊甸」 殘障朋友拓展生活新天地 伊甸基金會成立滿半年又有新理想 經營「台中農牧營」需要大眾的支援，聯合報，1983 年 6 月 2 日 7 版。聯合報，杏林子「夢中伊甸」成真 給殘障同胞提供一個伊甸園 坐輪椅奔走一年心願終得償，聯合報，1984 年 4 月 16 日 3 版。

道，不少障礙者支持設立庇護工場，且實際上也有自助行動。1983年，有陽光基金會、伊甸殘障福利基金會、康復協會設立小型<sup>95</sup>庇護工場的報導。這些庇護工場都是實施職訓與就業銜接的制度，讓受訓者結業後可以留在工場工作。認為自己能力、財力足夠者，也可在外自行開業。

關於社會福利服務是由國家提供、民間提供或公私協力的模式選擇，林萬億的研究指出<sup>96</sup>，我國戰後到1980年以前，政府與民間多是各做各的社會服務，政府有時會將個案轉介、委託至民間機構，並給予「補助」，但政府不管補助是否符合服務成本與轉介後的服務品質。1980年代則是我國社會福利服務「方案委託」<sup>97</sup>、「公設民營」<sup>98</sup>興起的時點，前者是國家提供民間團體對等補助，後者除了經費補助，還將國有的場地、設備提供給民間團體管理、辦理福利服務。公私協力模式的優點在於，國家與民間團體皆認為有拓展福利服務的必要，國家希望節省開支、精簡人事，民間需要經費、場地、設備。故國家提供經費補助、場地、設備，民間團體提供人力。當然，公私協力也會有其問題，比如民間團體接受政府補助後，其提供的服務也會受到政府干預，而影響自主性、創新性，所以不與國家合作也是一種選擇。由本文蒐集到的報導來看，此時國家的確是希望將庇護工場委託給民間辦理，但也不是國家提供經費補助就有企業願意承擔福利服務外包的任務。另一方面，或許有些民間團體並非與國家合作，而維持私營模式。

如果思考庇護工場的社會意涵，可以發現庇護工場在臺灣並不像西方障礙研究中的惡名昭彰<sup>99</sup>。臺灣並非沒有對庇護工場隔離模式的批評，早在1983年的

<sup>95</sup>這些「小型」庇護工場的設立，未必是源於意識到西方大型庇護工場帶有隔離的負面意涵，也有可能是因為福利團體本身經費有限。比如報導中表示陽光基金會有19台打字機可提供職訓，但基金會只擺得下9台，一些其他工作也無法在基金會中進行，而須讓曾受訓者自行在家加工。蔡宗英（註94）。

<sup>96</sup>林萬億（註62），頁148-173。

<sup>97</sup>林萬億是從內政部社會司1983年頒布的「加強結合民間力量推展社會福利實施計畫」作為「方案委託」的興起時點。林萬億（註62），頁160。但本文所見報導中，國家尋求民間經營庇護工場的做法，在1981年即開始，或許1983年的計畫只是將既有的做法更加制度化。

<sup>98</sup>林萬億提到，「公設民營」最早是1985年臺北市政府社會局委託第一兒童發展文教基金會辦理臺北市博愛兒童發展中心（中重度智能障礙兒童日間教養中心）。但公設民營模式是在1990年代才比較廣為採用的做法。林萬億（註62），頁160。

<sup>99</sup>如障礙研究學者Ravaud與Stiker在討論藉由隔離排除（exclusion through segregation）時，便

楓橋新村事件<sup>100</sup>，聯合報的社論即有批評：「設立養護機構或庇護工廠，將殘障者和一般人隔離的政策，是造成殘障者和社會大眾彼此不相瞭解的主要原因。長期的隔離，不僅會使殘障者無法適應現代一般社會的生活，而且使得社會上的大多數人更加不能瞭解和接納殘障者<sup>101</sup>」。不過，多數報導中的庇護工場形象，比較是政府作為補助者，希望促進障礙者就業，而社福團體或個別的障礙者<sup>102</sup>則期許藉由庇護工場自力更生或幫助其他障礙者就業<sup>103</sup>。可以補充的是，社福團體或障礙團體對於「隔離/融合」的問題並非完全無感，不論楓橋新村事件中的第一兒童發展中心或後來的心路文教基金會，其希望設置的都是「融合於社區中的庇護工場」。除了「社區化」與否，另一個臺灣與西方庇護工場的差異可能在於規模，西方「大型」庇護工場較易有「隔離」之感，臺灣則多為小型庇護工場<sup>104</sup>。

---

認為庇護工場這類空間上分離障礙者與健全人的設計有問題。See Jean-Francois Ravaud & Henri-Jacques Stiker, *Inclusion/Exclusion: An Analysis of Historical and Cultural Meanings*, in HANDBOOK OF DISABILITY STUDIES 490, 504-505 (Gary L. Albrecht, Katherine D. Seelman, and Michael Bury eds., 2001).

<sup>100</sup>楓橋新村事件的爭議大體如下：臺北市第一兒童發展中心欲進住楓橋新村，但遭到楓橋新村睦鄰互助會反對，因為擔心該中心的心智障礙兒童對該村大人與兒童身心健康會產生不利影響。參聯合報，第一兒童發展中心 有權進住使用新屋 董事長柴松林昨天表示 該會盼與村民和睦相處，聯合報，1983年5月15日7版。

<sup>101</sup>聯合報，《社論》保障殘障者自由居住和免於歧視的權利，聯合報，1986年6月25日2版。不過，有點矛盾的是，該篇社論因此認為臺北市第一兒童發展中心有進駐楓橋新村的權利（不讓障礙者被隔離於社區之外），但該中心其實有意要在地下室設立庇護工場（以障礙者為主的工作場所，空間上分離障礙者與健全人）。所以，該社論真的反對庇護工場嗎？或者，「融合於社區中的庇護工場」是可以被接受的？

<sup>102</sup>除了上述報導，亦可參聯合報，殘障創業 倍嘗艱辛 自強楷模 十足榮耀，聯合報，1986年11月25日6版。具障礙者身分的女裝師章蔭川成立了一家服飾公司作為庇護工廠。經一年訓練後，受訓者可留下任職或自行就業。章蔭川也希望未來可以給予資金協助，讓其他障礙者可以開設更多的服飾庇護工廠，協助更多障礙者。

<sup>103</sup>參施美惠，讓智障者有個投靠處 心路文教基金會籌劃建立社區家園，聯合報，1989年9月10日14版。該報導指出，心路文教基金會希望為成人智能障礙者建立社區家園、社區庇護工場。社區家園是希望讓障礙者成為社區生活的一部分，並和一般人一起工作、休閒，分享各種社會資源。顯然心路文教基金會已注意到隔離/融合的問題。

<sup>104</sup>除前文提到1983年，陽光基金會、伊甸殘障福利基金會、康復協會設立小型庇護工場的報導，亦可參1990年殘障福利法立法資料中，有列出「(民國)七十八年度殘障福利推展重要績效統計表」，其中，福利工場與福利工場安置人數分別為臺灣省(9所；109人)、高雄市(1所；4人)、台北市(0所；0人)。顯示平均而言，每間庇護工場人數不多，屬小型庇護工場。立法院秘書處，法律案專輯第一百二十六輯——殘障福利法案，頁222(1990年)。

臺灣庇護工場與西方「大型」庇護工場不同，可能被認為隔離性較低。不過，臺灣雖較無西方大型機構式隔離，卻有「居家隔離」問題。原生家庭通常也是「小型」隔離場所，究竟何謂隔離？什麼樣的隔離才算是不平等？仍值得持續思考。張恆豪、蘇峰山，西方社會障礙歷史文化，收於：王國羽等編，障礙研究，頁35(2012年)。

### 三、行政機關取締處罰下明眼人按摩的持續

在殘障福利法施行之前，視障按摩保留規範已經存在，同時，許多明眼人違法從事按摩相關行業的現象也已經存在。殘障福利法施行之後，不論在 1980 年代前期或後期，都仍可看到「指壓、三溫暖、色情按摩充斥街頭」<sup>105</sup>或視障者控訴理髮廳、三溫暖、休閒中心充斥明眼人從業人員兼營馬殺雞的報導<sup>106</sup>。顯示明眼人違法從事按摩業的狀態仍存在，但是否相關狀況有改善或惡化則不得而知。

另外，經由視障者的控訴，我們可以思考法律的表述方式是否某程度指引著人們的思考方式。由於 1980 年的殘障福利法單獨抽出原先 1957 年〈臺灣省各縣市按摩業管理規則〉「非視障者不得按摩」<sup>107</sup>的規定，似乎引導人們特別注意明眼人/視障者的區別，並將其對應到按摩違法/按摩合法。事實上，未取得專業資格的視障者從事按摩也是違法。目前本文並未找到國治時期警察取締「未取得專業資格的視障按摩業者」的資料。相關資料有二，其一，日治時期有取締「未取得專業資格的視障按摩業者」<sup>108</sup>。顯示日治時期確實在保障盲人外，也注意是否取得專業資格。其二，國治時期取得專業資格的視障按摩業者會因為違反職業倫理規範被吊銷執照<sup>109</sup>。

1950 年代盲人請願報導中，強調「非專業者不得按摩」的論述淡化，對於視障按摩業者專業化形象建立與改善去專業化壓迫來說，並不是件好事。不論是

<sup>105</sup>郭俊良，《指壓.三溫暖.色情按摩充斥街頭》「不要玷汙我們的職業」，民生報，1982 年 1 月 8 日 9 版。

<sup>106</sup>聯合報，盲者難維生 無可奈何讓執照 內政部修法 處罰明眼按摩，聯合報，1988 年 9 月 24 日 3 版。

<sup>107</sup>嚴格來說，1957 年〈臺灣省各縣市按摩業管理規則〉是規定「非雙目失明」，認定上未必與「非視障者」完全一致。

<sup>108</sup>參臺灣民報，地方通信 南北屬取締按摩 盲人叫苦連天，臺灣民報，第 230 號，頁 6。轉引自鄭志敏（輯錄），日治時期《臺灣民報》醫藥衛生史料輯錄，頁 244（2004 年）。

<sup>109</sup>被吊銷執照的理由都是違反 1982 年按摩業管理規則第 15 條：「從事按摩業者，如有左列情事之一者，由直轄市社會局、縣（市）政府吊銷執業許可證。一、聘請非按摩技術士為顧客按摩。二、與非按摩技術士共同經營按摩場所。三、從事按摩時，有妨害善良風俗之行為。四、將執業許可證轉借他人使用。」參臺北市政府，公告盲民王俊雄及陳阿泉持有之按摩技術士執業許可證應予作廢，臺北市政府公報，75 卷冬字第 22 期，頁 32（1986 年）。臺北市政府，公告盲民呂學禮等 4 人違反「按摩業管理規則」其按摩技術士執業許可證應予作廢，臺北市政府公報，75 卷冬字第 27 期，頁 32（1986 年）。臺北市政府，公告吊銷盲民金長之按摩技術士執業許可證，臺北市政府公報，75 卷夏字第 21 期，頁 16（1987 年）。

1953 年廢止的〈按摩術營業取締規則〉或 1957 年制訂的〈臺灣省各縣市按摩業管理規則〉<sup>110</sup>，我們都可以在保障視障者就業的規定外，同時注意到對按摩業從業人員專業性的要求，需要具備一定學科知識/教育訓練、檢定考試方能執業，對從業人員的行為也有所管制，1980 年的殘障福利法卻容易讓人忽略按摩業的專業性<sup>111</sup>，十分可惜。

1980 年代違法按摩業氾濫，並不表示警察未從事取締工作。由相關報導與臺灣省政府社會處出版的相關手冊<sup>112</sup>可知，警察應有從事明眼人按摩業的取締工作，但取締的頻率或每年有多少取締件數，也難以知曉。值得注意的是，雖然殘障福利法本身沒有罰則規定，警察機關與臺灣省政府社會處都還是表示可以依行政執行法與違警罰法進行處罰<sup>113</sup>。這似乎是延續 1957 年臺灣省各縣市按摩業管

<sup>110</sup>1957 年臺灣省各縣市按摩業管理規則第 7 條：「凡申請執行按摩業者應受主管機關所指定之按摩人資格審查委員會檢定其按摩技能及所必要之醫學常識（包括解剖學、生理學、病理學、衛生學等）後發給資格證明書，但曾在盲啞學校理療科畢業領有光復前按摩人資格憑證送經審查委員會屬實者，准予發給資格證明書。」

<sup>111</sup> 依殘障福利法授權制定的 1982 年按摩業管理規則，仍有按摩技術士技能檢定合格方能執業的規定。但未規定於殘障福利法中，較容易受忽略。且也取消 1957 年臺灣省各縣市按摩業管理規則第 7 條從業者須具備「必要之醫學常識（包括解剖學、生理學、病理學、衛生學等）」的要求。

<sup>112</sup>聯合報，為理髮男客 按摩肩部 乃屬違警，聯合報，1984 年 1 月 21 日 5 版。臺灣省政府社會處（註 92），頁 68-69。

<sup>113</sup>聯合報（註 112）。臺灣省政府社會處（註 92），頁 68-69。該手冊引用 72 年 1 月 20 日警政署(72)警署行字第 2571 號函及 73 年 1 月 16 日臺灣省政府警務處(73)警行字第 133111 號函見解。臺北市政府公報也有提到理髮廳雇用非按摩技術士從事按摩，應處以違警罰法。臺北市政府，理髮廳女理髮師為男客作「肩部」按摩，經警查獲應如何處理，臺北市政府公報，73 卷春字第 9 期，頁 14-15（1984）。

行政機關找到了處罰依據，但本文對行政機關的處罰依據有點疑問。違警罰法部分，該報導提到是「構成妨害風俗及安寧秩序的違警，除處以七日以下拘留或五十圓以下罰鍰外，並得停止營業或勒令歇業。」並未提到違警罰法的具體條文。本文猜測可能是用違警罰法第 54 條：「（第 1 項）有左列各款行為之一者，處七日以下拘留或五十圓以下罰鍰：十一、營工商業不遵法令之規定者。（第 2 項）前項第十款至第十二款之違警，並得停止其營業或勒令歇業。」需注意的是，違警罰法在臺灣法律史上可說是惡名昭彰的法律，特別是在涉及人身自由的「拘留」等情形，違反憲法第 8 條限制人身自由須由法院審問處罰的規定，並經司法院釋字第 166、251 號解釋兩度宣告違憲。如果用違憲的「拘留」作為處罰方式，會有問題。對於戰後違警罰法的臺灣法律史考察與批判，可以參吳俊瑩，戰後臺灣關於「違警罰法」的批判內容與脈絡考察，臺灣文獻，66 卷 3 期，頁 151-196（2015 年）。吳俊瑩也提到「營工商業不遵法令」屬空白構成要件，過分擴張警察權限的問題。頁 164。

行政執行法部分，臺灣省政府社會處的手冊提到處罰依據是 1947 年行政執行法第 4 條：「有左列情形之一者，該管行政官署得處以罰鍰：一、依法令或本於法令之處分，負有行為義務而不為其行為，非官署或第三人所能代執行者。二、依法令或本於法令之處分，負有不行為義務而為之者。」不過以現今行政執行法的理論概念來思考，當時條文中的「罰鍰」應該是違反行為不行為義務時的「怠金」，將其直接當成處罰依據似非允妥。



理規則的做法<sup>114</sup>。另外，取締範圍是否及於「指壓」在此時期曾有過爭議。內政部曾於 1985 年 3 月的函釋中表示指壓不屬於按摩業範圍，臺北市警察局告知臺北市按摩職業工會後，該工會隨即聯合全省各按摩業工會集體向內政部陳情抗議<sup>115</sup>。臺北市議會也為此召開協調會，希望內政部重新考量按摩業範圍，並請臺北市政府嚴加取締違法按摩業者、對列有按摩營業項目的理髮廳禁止發照<sup>116</sup>。

整體而言，1980 年殘障福利法的差異取徑對障礙者就業促進的成效並不明朗，視障按摩保留制度大體維繫殘障福利法制定前的狀況。稍微有助益的部分可能是庇護工場的設置，但庇護工場的家數與可容納的障礙者人數似不多<sup>117</sup>，成效自然也有限。雖然 1980 年的殘障福利法少有強制性規定，但國家機關如果願意，仍可給予超過 3% 定額進用門檻的機構較好的獎勵，或自己多設一些庇護工場，可惜這些都沒有發生。

關於殘障福利法差異取徑的誕生，既有研究<sup>118</sup>比較忽略障礙者（尤其是視障者）在其中扮演的角色，使得障礙者改變法律的訴求變得像是在 1980 年代後期隨著民主化才出現，按摩業管制變得像是國家單方面的政策考量，或者即使注意到視障者在 1980 年的殘障福利法有進行立法遊說，也不認為這股力量是有影響

---

<sup>114</sup>1957 年臺灣省各縣市按摩業管理規則第 11 條：「違反本規則之規定者，按其情節分別依違警罰法或行政執行法處罰。」

<sup>115</sup>王弘岳，把指壓排除按摩業範圍外 茲事體大必然帶來後遺症，聯合報，1985 年 6 月 14 日 7 版。本文搜尋過法源法律系統、政府公報資訊網、內政部網站，並未搜尋到內政部 1985 年 3 月的函釋，這未必表示該函釋不存在，只是搜尋早期的函釋有一定困難。另外，臺北市政府於年底曾行文所屬機關否准「油壓」、「指壓」辦理營利事業登記，或許與此事件有關。臺北市政府（74）府法三字第 61889 號函。參臺北市政府，「油壓」「指壓」「推拿」等行業應否准其辦理營利事業登記，臺北市政府公報，74 卷冬 53 期，頁 11（1985 年）。

<sup>116</sup>聯合報，保障盲胞生存權與工作權 議會決議送請市府有關單位 取締違反按摩管理規則業者，聯合報，1985 年 6 月 12 日 7 版。

按摩與多種職業間均有「劃界」問題，包括：醫療專業人員（如物理治療師）、民俗療法從業人員（傳統推拿、指壓、腳底按摩）、美髮或美容護膚業者之手技。參孫迺翊，再探視障按摩保留條款之合憲性—大法官釋字第六四九號解釋的法事實與法釋義，中研院法學期刊，9 期，頁 81-92（2011 年）。

<sup>117</sup>除前面 1980 年代庇護工場的討論，亦可參註 104。

<sup>118</sup>張恆豪，障礙者權利運動的策略與組織變遷——提供服務做為社會運動的手段？，收於：何明修、林秀幸編，社會運動的年代——晚近二十年來的台灣行動主義，頁 129-169（2011 年）。蕭新煌、孫志慧，一九八〇年代以來台灣社會福利運動的發展，收於：台灣的社會福利運動，頁 33-70（2001 年）。謝宗學（註 78），頁 135-144。王育瑜（註 40），頁 32-35。

力的，而把該法的制定歸諸於國家機關或立委的決策<sup>119</sup>。本研究則發現到，障礙者改變法律體制的聲音，至少在 1950 年代即存在，且不論是殘障福利法（當時稱作〈國民身體殘廢者福利法〉或〈國民體殘福利法〉）或臺灣省各縣市按摩業管理規則，障礙者皆有自行草擬草案，並向立法、行政機關進行遊說。如果視障者未進行遊說，相信 1957 年不會有臺灣省各縣市按摩業管理規則產生，視障按摩保留條款也不會寫入 1980 年的殘障福利法。惟須注意，立法或行政機關也未必會照著障礙者的訴求行動，如：1957 年從事按摩業者限「雙目失明」的規定，並非視障者的主張，而是由官方提出，是省議員們提議下意外的收穫。又如障礙者 1950 年代請求制定殘障福利法的訴求，一直到 1980 年才通過，通過的內容也未盡符合障礙者期待。

我們可以將庇護工場、視障者按摩保留、鼓勵性定額進用皆視為改善障礙者邊緣化處境、讓更多障礙者得以就業的制度，因而有促進平等的意義。可惜在立法依據上，差異取徑誕生時期的論述比較偏向援引憲法第 155 條老弱殘廢扶助與救濟條款，殘障福利法的名稱便揭示了其「福利」導向。更重要的問題是，我們在實踐上看到此時差異取徑促進障礙者就業的成效並不大，視障者按摩保留制度看似保障很高，卻同時有著去專業化壓迫的困境。以下要進入 1990 年以降差異取徑的法律變遷，繼續探究各種差異化職業規範的變遷如何發生，並思考其與平等權的關聯。

## 第二節 差異取徑的顯著化與異議之聲

「差異取徑的顯著化」意指殘障福利法就業規範中的差異化特色變得更加明顯的一個歷史變化。這個變化發生的時間是在 1990 年殘障福利法的法律形構與實踐中。差異取徑的顯著化可以有多重面向的意義，包括：1. 規範上的顯著：1990 年之前沒有產能核薪規範，1990 年修法後障礙者差異化的薪資規定才出現；1990 年之前殘障福利工廠是規定在施行細則中，1990 年修法後庇護工場直接規定在

---

<sup>119</sup>謝宗學（註 78），頁 135-144。

殘障福利法母法中，更凸顯其重要性；1990 年之前是鼓勵性定額進用，1990 年修法後改為強制性定額進用，增加規範的強制力與影響力。2. 規範實踐上的顯著：1980 年代殘障福利法的對障礙者就業的影響並不大，1990 年修法後該法的社會影響力變大。只是差別待遇規範的影響力可能有促進平等的影響與促進不平等的影響。強制定額進用在減緩障礙者被就業市場排除的壓迫上，有促進平等的影響。70% 產能核薪在淪為雇主取巧減薪、深化剝削壓迫上，有促進不平等的影響。3. 報紙報導上的顯著：1990 年修法後，差異取徑的報導明顯變多，尤其是在強制性定額進用部分，報導常常追問為何許多公私立機關不雇用障礙者或無法足額進用。

本節分三項講述 1990 年、1997 年與 2007 年三次全文修正的法律形構與實踐過程，每項再分三節，分別處理每次修法的修法動因、法律形構過程、法律實踐影響。需要說明的是，差異取徑的顯著化在這三次修法中，並非線性進化的過程（不是 1997 年修法後比 1990 年顯著、2007 年修法又更顯著），顯著化主要是發生在 1990 年殘障福利法的法律形構與實踐中，之後兩次修法則是大體維持該次修法狀態或進行調整。

事實上，維持差異取徑顯著化的規範狀態，並非理所當然的事。我們可以在本節的歷史探尋中看到不少異議/反思之聲，包括：1. 障礙者陳情 70% 產能核薪淪為雇主取巧扣薪水的憑藉。2. 隨著 1990 年代初期「支持性就業」觀念傳入我國，障礙團體需思考支持性就業（帶障礙者進入一般健常人的工作場所並給予支持的制度）是否能取代庇護工場（以障礙者為主的工作場所，是否隔離了障礙者與健常人因而必然不平等）？是否可以關掉庇護工場？3. 有些機關會反對強制定額進用制度或阻止提高進用比例。不過，也有些定額進用義務機關未直接反對強制定額進用制度，只是希望改變計算方式，列入「除外機關」（除外機關的某些職務可以排除於機關總員額的計算，降低需進用的障礙者員工數）。又或者在實踐上，使用「找不到合適的障礙者」、「工作性質不適合障礙者」等中性化理由，

希望用繳交代金代替雇用。4.視障者按摩保留制度雖然到 2008 年司法院釋字第 649 號解釋前都一直被維持下來，光是要維持此制度，視障團體就需要耗費相當大的動員資源。由 1990 年開始，理容業者發動數波立法、行政遊說，希望有條件開放理容業者從事按摩業，每次都可見視障/障礙團體出現，希望在視障者就業處境未改善前，不要開放按摩業。以下，我們就來看看差異取徑的顯著化與異議之聲是在什麼樣的歷史脈絡下發生，顯著化與異議的過程中，與平等權又可能有什麼樣的關聯。

## 第一項 1990 年的法律形構與實踐

### 第一款 障礙者權利運動累積的修法能量

在解嚴前後社會運動風起雲湧的年代，障礙者權利運動也開始透過陳情、請願、集會遊行、行動劇、舉辦各式座談會的方式，主張在障礙者的教育、考試、工作等方面的權利保障<sup>120</sup>。具體內容包括：要求障礙學童應有接受義務教育的基本權利、要求取消大學聯考不合理的病殘限制、抗議政府驟然停止發行愛國獎券、希望政府單位在有職缺時優先僱用障礙人士、爭取臺北市大眾捷運系統設置無障礙設施等。在這些抗議與救援行動之中，不同的障礙團體開始進行連結與結盟，最終促成「促進殘障福利法修正行動委員會」的成立。

1989 年 3 月 14 日，由伊甸殘障福利基金會、心路文教基金會、陽光社會福利基金會、創世植物人基金會等 8 個團體所發起，結合國內近 40 個障礙團體，宣佈成立促進殘障福利法修正行動委員會<sup>121</sup>。成立之日，同時舉行「殘障福利法相對修正草案公聽會」，也邀請立法委員趙少康和朱高正出席。不論是立委或障

<sup>120</sup>謝宗學（註 78），頁 167-174。張恆豪（註 118），頁 129-169。陳俊良，殘障福利運動，社會工作學刊，2 期，頁 177-198（1992 年）。謝東儒、張嘉玲、黃珉蓉，殘障聯盟發展史，社區發展季刊，109 期，頁 300-309（2005 年）。杏林子，俠風長流：劉俠回憶錄，頁 290-312（2004 年）。

<sup>121</sup>民生報，我們不要同情，祇要法律保障 殘障團體提相對修正案 要求強制立法，民生報，1989 年 3 月 15 日 23 版。聯合晚報，殘障團體促進修法跨一大步 落實殘障福利功能 組成委會促立法院重視潘秉新，聯合晚報，1989 年 3 月 14 日 4 版。聯合報，《吶喊篇》慢三步！立法部門別再拖……請快修正殘障福利法 15 團體呼籲：本會期內，「虛法速補實」！，聯合報，1989 年 3 月 15 日 14 版。

礙團體，大家一致同意要落實殘障福利法，就必須加強其「強制性」，需要增列罰則、將各種「得」字改為「應」字，並讓補助辦法更具體。在就業保障方面，該委員會除了提出一般性的平等條款「政府與民間不得以殘障為由，拒絕其入學、應考、僱用或予以其他不公平待遇」，讓既有平等條款更加具體化。同時，也主張差異化的就業保障，包括：「各級政府應協助私人設置福利工廠或商店」與「公私立機構僱用殘障人士，明定應達僱用員額的百分之二以上」。問題是，平等條款與差異化的職業規範間有何關聯，未被清楚交代，有些可惜。

除了在北、中、南各地舉行公聽會廣徵意見，完成民間版的「殘障福利法修正草案」，交由趙少康委員提案，該修法行動委員會也積極地向立法院、交通部、經濟部、教育部、行政院、內政部、總統府等單位請願。此舉獲得行政院長俞國華表示行政院會積極地處理殘障福利法的修正，以及經濟部長陳履安表示經濟部「原則上不強力反對（強制性）定額進用」<sup>122</sup>。在社會運動不斷地對行政官員遊說的壓力下，行政院也的確在 5 月 4 日快速通過了行政院版的殘障福利法修正草案<sup>123</sup>。

可以說，1990 年的修法是在解嚴後政治機會結構開放的狀況下發生，障礙者因而更有力量促進法律改變。社運風潮與集會遊行的合法化，讓障礙者的訴求方式可以變得更加強硬，甚至可以向政府傳達「如果不修法，將不惜進行街頭抗爭」的威脅<sup>124</sup>。障礙團體的組織集結，也是在這波社運風潮下，產生凝聚力，在蒐集不同障礙者群體的修法意見與修法動員上，更為有利。了解此次修法的動因後，以下即進入不同修法主張與議會的討論，同時思考差異取徑的職業規範何以被顯著化。

<sup>122</sup>陳俊良（註 120），頁 183、187。

<sup>123</sup>葉明華，殘障福利法 有眉目了 行政院會通過修正草案，明定各機關僱用一定比例殘障人士，薪資比照一般待遇，聯合晚報，1989 年 5 月 4 日 5 版。

<sup>124</sup>民生報（註 121）。

## 第二款 差異顯著化的修法

就整體的修法氛圍而言，本次修法與 1980 年殘障福利法制定時的一個重要差異在於，本次修法開始脫離以憲法第 155 條老弱殘廢扶助與救濟條款作為立法依據<sup>125</sup>，在提供福利之外，也強調權利的重要性。1990 年的立法討論中，仍有出現「同情殘胞」的觀點<sup>126</sup>，但批評此種觀點的聲音也已出現，且不少立委更強調殘障福利法是要保障障礙者的基本權利。如吳淑珍委員認為執政當局應揚棄過去對殘障者所抱持的憐憫、同情、施惠、德政的心態，而應以保障殘障者與非殘障者立足點平等為原則<sup>127</sup>。趙少康委員則表示：「包括殘障福利在內的社會福利不是社會救濟，而是政府的職責，人民的權利<sup>128</sup>。」可以說，民主化浪潮下，國會中的權利意識也有所提升。

就個別的差異化職業規範而言，不論行政院版的草案或趙少康委員代為提出的民間版草案<sup>129</sup>，大致上都表現出差異取徑顯著化的趨勢。包括：1.採納強制性定額進用制度，未達進用比例時須繳納代金。2.注意到有些障礙者在現行環境下，要達到一定產能有所困難。行政院版提出的解方是「產能核薪」，對產能不足的障礙者得減薪 70%，將問題由障礙者承擔。民間版的解方則是由政府「填補基本薪資差額」，讓「障礙」問題由政府承擔。3.庇護工場出現在殘障福利法母法（但此部分僅民間版草案有規範）。另外，視障按摩保留條款大體維持 1980 年的狀況。

為何有這些強化差異職業規範的趨勢出現？不同行動者又是如何看待這些修法呢？分別討論如下。

<sup>125</sup>如趙少康、張俊雄委員均認為殘障福利法的憲法依據不只是憲法第 155 條。參立法院秘書處(註 104)，頁 278、280。

<sup>126</sup>立法院秘書處(註 104)，頁 85。參立委賴晚鐘發言紀錄，賴晚鐘同時強調「同情」與「人權」，即「對殘胞給予同情與照顧才符合人權」。

<sup>127</sup>立法院秘書處(註 104)，頁 82。

<sup>128</sup>立法院秘書處(註 104)，頁 63。李勝峰亦有提到相關修法都是「基本權利」，頁 80。

<sup>129</sup>參附表八「1990 年殘障福利法行政院版與民間版草案對照（差異化就業保障部分）」。

## 一、混合民間與行政院草案的強制定額進用

關於由鼓勵性改為強制性定額進用，障礙團體的態度是希望能增加殘障福利法的強制性，才能有具體的保障。國家部門則展現不同部會間的分歧，有報導<sup>130</sup>指出，在行政院院會審查草案時，經濟部、經建會代表反對強制性定額進用，內政部則在外國立法例加持與保障障礙者工作權的主張下，持支持態度。

經濟部反對的主要理由是擔心企業會反彈，但在障礙團體拜會經濟部官員時，經濟部官員也提不出相關數據說明究竟有多少企業支持或反對定額進用制度<sup>131</sup>。事實上，據學者吳武典當時的研究，對於採取強制定額進用，公私機構持贊成態度者占 53.1%（含：無條件贊成者 18.4%、有條件贊成者 34.7%），略超過半數，反對者占 33.9%（含：不贊成者 29.3%、極不贊成者 4.6%）<sup>132</sup>，可見公私機構仍偏向支持強制定額進用。只是，佔最多數的「有條件贊成」究竟是指什麼呢？該研究提到包括：應考量工作性質是否適合某些類別的障礙者、應依不同行業設定進用比例、仍應尊重機構雇用自由權等<sup>133</sup>。關於「仍應尊重機構雇用自由權」，可見當時報導指出，一些大企業（包括：台泥公司、聲寶公司、大陸工程公司、福特六和汽車）並不直接反對定額進用制度。但更精確地說，他們仍希望保有較大僱用員工的自由，而認為可以繳交代金來「捐款補助」障礙者<sup>134</sup>。顯見支持障礙者就業的概念尚未普及，在將障礙者連結到福利補助的錯誤思考下，連促進就業的制度都可以被解釋為是在變相做補助。

經建會反對的主要理由是公務員任用需要經過考試，考試問題未解決，即使

<sup>130</sup>民生報，殘障福利法修正草案面臨考驗 強制性比例僱用殘障引起爭議，民生報，1989年3月22日23版。葉明華，保障殘障者工作權 僱用比例起爭議 殘福法報院 面臨考驗，聯合晚報，1989年3月21日4版。

<sup>131</sup>杏林子（註120），頁310。

<sup>132</sup>不過，由於吳武典的問卷回收率不高，638份問卷只取得239份有效問卷，吳武典認為不回問卷者可能僱用率偏低，我們也可推測不回問卷者或許較不認同強制定額進用，因而該問卷結果可能偏樂觀。參吳武典，工商企業機構對殘障者職業訓練及就業輔導之意見調查，收於：行政院勞工委員會職業訓練局編，推展我國殘障者職業訓練及就業輔導之研究，頁116、120、128-130（1990年）。

<sup>133</sup>吳武典（註132），頁129。

<sup>134</sup>李美惠，僱用殘障 應有彈性 企業界盼依行業性質僱用 不要強制規定，聯合晚報，1989年3月21日4版。

放寬體檢標準，公家機關也未必有辦法僱用 2% 的障礙者。其次，僱用障礙者後，工作場所設備的改善也會對僱用單位造成負擔<sup>135</sup>。經建會的意見其實反映出障礙者長久以來難以擔任公務員的幾個前提問題，亦即不合理的體檢標準、考試與工作環境。體檢標準直接限制障礙者的就業。除了工作環境需要無障礙化，障礙者也需要「考試調整措施」。從障礙的社會模式來看，改善各種環境與制度的障礙原本即是必要的，政府或雇主應協力負擔工作場所或考試方式的改善。不合理的體檢限制與未提供合理調適措施均構成歧視。

與 1980 年代不同的是，這次修法有著障礙者權利運動更強烈的強制性保障修法訴求，內政部或許挾著此一優勢，讓行政院中的討論最終通過強制性定額進用條款。因此，本次立法討論的方向，一開始即是在採取行政院版或民間版草案之間做選擇，而非是否採用強制性定額進用。對此，具障礙者身分同時受障礙團體<sup>136</sup>請託的吳淑珍委員，比較支持民間版草案 50 人以上員工之企業即應納入義務進用機關的做法，並且駁斥經濟部進用障礙者會影響公司營運的說法<sup>137</sup>。但後續的討論，仍有不少委員支持行政院版。民間版草案的主要提案人趙少康便認為可以折衷兩方案，公家單位的進用門檻採民間版的 50 人以上機關需僱用 2% 障礙者，私人企業則採行政院版的 100 人以上機關需僱用 1% 障礙者<sup>138</sup>。障礙團體 50 人以上公私機關各進用 2% 障礙者的提案，因而遭到妥協。

## 二、薪資差異問題的浮現與產能核薪方針的確立

產能核薪是本次修法新出現的制度。關於是否應給予障礙者差異化薪資的討論非常稀少，吳武典主持的《我國殘障福利法執行成效評估》有提到<sup>139</sup>，許多障礙者的薪資偏低，而不少雇主認為智能障礙者的生產率較低，難以給予基本工資。

<sup>135</sup>張景明，構想不錯 實施有困難 殘福法規定僱用比例 經建會不苟同，聯合晚報，1989 年 3 月 21 日 4 版。

<sup>136</sup>障礙團體同時尋求國民兩黨委員的支持，包括國民黨趙少康、李勝峰、周荃、洪文棟、謝美惠、林鈺祥，與民進黨吳淑珍、葉菊蘭、謝長廷、彭百顯等。參杏林子（註 120），頁 312。

<sup>137</sup>立法院秘書處（註 104），頁 65、67-68。

<sup>138</sup>立法院秘書處（註 104），頁 176-182。

<sup>139</sup>行政院研究發展考核委員會（註 58），頁 207。



該書的出版是在草案出現之後，但行政院或障礙團體若有邀請學者參與討論或注意到障礙者實際工作的情形，應了解障礙者的工作效能不能一概而論，只是部分障礙者的確可能存有「產能」與「薪資」的對應問題。或可推測行政院版草案第 17 條 70%產能核薪與民間版草案第 18 條填補基本薪資差額的想法，是由此而生<sup>140</sup>。

立法討論中，委員們完全無視此問題的重要性，連民間版提案委員趙少康也表示民間版草案第 18 條（政府應補助基本薪資差額、補助因雇用障礙者所生改善工作環境設備之費用）的部分內容已經納入行政院版草案第 16 條第 4 項（地方政府應補助超額進用機關人事費，以及因雇用障礙者所生改善工作環境設備之費用），因而可以直接採用行政院版草案第 17 條 70%產能核薪規定即可<sup>141</sup>。此作法忽略民間版與行政院版草案在產能核薪問題上的差異性，行政院版希望問題由障礙者承擔，民間版則由政府承擔，比較有將「障礙」視為社會問題的意味。況且，行政院版草案第 16 條第 4 項只有提到改善工作場所環境設備方面的補助，補助對象還限於超額義務進用機關，並未提到政府是否應填補障礙者基本薪資差額的問題。民間版草案的巧思，因而遭到行政院版 70%產能核薪規範取代。

### 三、庇護工場規範出現在殘障福利法母法

本次修法，庇護工場成功由 1981 年的殘障福利法施行細則位階提升至法律層級<sup>142</sup>，更加顯示庇護工場對障礙者就業的重要性。但在實質內容上，並未有太

<sup>140</sup>無法確知行政院版 70%產能核薪的提案是否有受到工商團體的壓力。一個間接證據是，在 1990 年 5 月舉行的一場障礙者就業研討會中，工業總會代表郭永雄認為，強制定額進用的先決條件之一是「生產力要和報酬相當」，否則受限於基本工資、廠商怕虧錢，只能進用輕度障礙者，會剝奪中重度障礙者就業機會。吳武典（主持），專題討論（三）工商企業機構的角色、難題突破，七十九年度殘障者職業訓練與就業輔導業務研討會會議實錄，行政院勞工委員會職業訓練局主辦，頁 87、92（1990 年 5 月 7 日、8 日）。問題是，70%產能核薪條款，並未將適用對象限於中重度障礙者，且我國這種障礙程度分類是否能對應到產能高低，也有問題。

<sup>141</sup>立法院秘書處（註 104），頁 182-183。

<sup>142</sup> 1980 年殘障福利法第 8 條：「(第 1 項) 省(市)、縣(市)政府應按需要，設立或獎勵民間設立左列各類殘障福利機構：九、其他服務及育樂機構。」1981 年殘障福利法施行細則第 9 條：「各級政府依實際需要設置或獎勵民間設置各類殘障福利工廠，其設施應能適合殘障者職業性向，提供適當之工作項目與環境，並培養殘障者之工作能力及正確觀念。」1990 年殘障福利法第 8 條：「(第 1 項) 各級政府應按需要，設立、獎助或補助下列各類私立殘障福利機構：四、殘障庇護福利工廠或商店。」

大的變動，政府還是有權「視需要」決定是否補助或設置庇護工場。

庇護工場提升至法律層級的轉變是如何發生的呢？由兩個版本的草案來說，行政院版對庇護工場隻字未提，應該是有意省略不為規定，因為在行政院版草案通過稍早之前，據報載，內政部認為殘障福利法修法應增加鼓勵設置福利(庇護)工廠之規定，並要求公營事業單位優先採購<sup>143</sup>。庇護工場的規定很可能原本出現在內政部的提案中，後來又被行政院院會否決。另一方面，民間版草案則延續社福/障礙團體 1980 年代的態度與自救行動，在草案中加入庇護工場。

由立法討論來看，庇護工場的討論度相當低，只有趙少康委員強調庇護工場的規定很重要，讓障礙者可以自立謀生。其他委員或行政官員對於庇護工場則皆未表示意見<sup>144</sup>，或許表示一般委員對庇護工場的不熟悉。在趙少康委員支持與無反對意見下，庇護工場成功由 1981 年的殘障福利法施行細則位階提升至法律層級。可以說，我國庇護工場的立法推動，相當有賴障礙團體及其立法代理人的支持。

#### 四、視障按摩加入處罰規範與反對聲浪動員未果

在 1980 年的視障按摩保留制度實踐中，我們看到 1980 年的殘障福利法未設罰則，但警察仍可用違警罰法進行處罰。本次修法，則將違反視障按摩保留制度的處罰條文加入殘障福利法<sup>145</sup>中，維持了處罰規定。值得一提的是，原先作為違法按摩業處罰依據的違警罰法在 1991 年 6 月 29 日廢止，取而代之的 1991 年社會秩序維護法沒有原先違警罰法中「營工商業不遵法令」這樣過於概括性的處罰條款<sup>146</sup>。所以如果 1990 年的殘障福利法仍未設違法按摩業的罰則，似乎就真的無「法」可罰。

另外，我們也可以觀察常被認為保障程度過高的視障按摩保留制度，為何沒

<sup>143</sup>中央社，內政部擬修法保障殘胞就業，中央日報，1989 年 4 月 24 日 11 版。

<sup>144</sup>立法院秘書處（註 104），頁 134-139。

<sup>145</sup> 1990 年殘障福利法第 27 條：「(第 1 項) 違反第十九條第一項（即視障按摩保留條文）規定者，處新臺幣三千元以上一萬五千元以下罰鍰。(第 2 項) 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營業場所之負責人。」

<sup>146</sup> 由違警罰法到社會秩序維護法的轉變，可以稍微窺見解嚴與民主化浪潮下，警察權的限縮。

有發生「差異取徑的弱化」？此主要是由於視障按摩反對聲浪動員未果。民主化後，理容業者也開始集結抗議，希望放寬視障者按摩保障的強度<sup>147</sup>。張平沼委員因此提議將視障者按摩保障改為特定場所保障與高比例視障按摩師定額進用<sup>148</sup>，只是在民間版草案提案代理人趙少康委員堅持與解釋「理髮之後順便按兩下不算從事按摩業」後，仍維持原條文<sup>149</sup>。

可以補充說明的是，約略同時期，視障者按摩工作專業化的請願也未受採納。在民間障礙/福利團體成立「促進殘障福利法修正行動委員會」的稍早之前，已經有視障者向立法院與衛生署請願，希望讓盲校可以開設針灸、物理治療課程，並在畢業後能取得證照與執業資格<sup>150</sup>。只是未獲衛生署准允，也未進入民間版殘障福利法修正草案<sup>151</sup>。不過，希望取得針灸、物理治療執業資格的訴求，在抵抗去專業化壓迫面向上，實比 1980 年立法遊說時有更進一步發展，只可惜訴求未受採納。

整體而言，差異取徑在此立法過程中變得更加顯著，這主要是由於各種差異化職業規範提案的成功與反對聲浪動員未果。但人們還是幾乎未討論差異化的職業規範是否不平等。支持者所想的只是要給予障礙者有效的職業保障。主要推動修法的障礙團體與相關論者<sup>152</sup>，通常都將問題歸因於「不具強制性」。另一方面，降低差異取徑強度的聲浪也未見其使用「差異」等於「不平等」的論述。在強制

<sup>147</sup>立法資料中可見「臺灣省男子理髮商業公會聯合會的請願書」，以及立委提到理容業者至立法院請願。立法院秘書處（註 104），頁 200-201、304。

<sup>148</sup>立委張平沼提議條文內容為：「(第 1 項) 非本法所稱視覺殘障者，不得於飯店、旅館、賓館、住戶等場所從事按摩業。但醫護人員以按摩為病患治療者，不在此限。(第 2 項) 兼營按摩業之事業體，應優先僱用有按摩技能，並持有執照之本法所稱視覺殘障者，其僱用人數不得低於十分之一。」

<sup>149</sup>立法院秘書處（註 104），頁 301-312。

<sup>150</sup>民生報，要求恢復針灸等執業資格 盲胞今將為生計赴立院請願，民生報，1989 年 1 月 5 日 23 版。其實，在 1988 年，聯合報已經有署名為「一群盲生」的文章，表達盲生的專職訓練只到高級職業學校，沒有大專教育，求知的權利受剝奪與不平等的問題。希望恢復盲校的針灸課程與設立更高的教育學府。這是改善去專業化壓迫的訴求。一群盲生，給他魚 不如教他捕魚 殘障青年有心上進 奈何前途窄且崎嶇，聯合報，1988 年 10 月 17 日 11 版。

<sup>151</sup>視障者讓盲校開設針灸、物理治療課程的主張，與推動修法時間相當接近，為何沒有進入民間版殘障福利法修正草案，也是目前史料無法說明的部分。

<sup>152</sup>行政院研究發展考核委員會（註 58），頁 93-97。其關於定額進用的研究結論為：「不具強制性的法律，其執行效果是有限的」。

性定額進用與視障者按摩保留制度上，他們所關注的主要是這些制度是否會使健全人蒙受不利益。因此，同樣是「差異」，但較不影響健全人利益的庇護工場與產能核薪便未受挑戰。可以留意的是，對於強制定額進用希望保有雇用自由的企業或者幫理容業者發聲的立委，也沒有主張障礙者與健全人「相同」，所以不能給予障礙者任何差異化的保障。在價值判斷上，他們似乎都還是同意障礙者需要保障，只是可能從福利補助角度出發因而失之消極，或認為保障強度應減弱。下一款將進入到本次修法後的實踐問題。

### 第三款 差異顯著化的實踐問題

1990 年修法後，差異取徑的特色更加明顯，但規範制定後，未必能在現實中落實，或者人們會發現差異化的職業規範有某些問題，需要減輕差異化的程度。本款討論的便是關於立法後、實踐中浮現的問題。這些問題未必是有人直接反對規範或規範的執行，也有可能來自障礙團體的反思（如庇護工場是否應轉成支持性就業）或強制定額進用施行後雇主表達找不到合適的障礙者可以僱用。

#### 一、定額進用的成果、困難與進用後的壓迫問題

強制性定額進用的實施成果可由下表 4-1「1991 年與 1996 年定額進用狀況比較」來了解，障礙者的進用率從 1991 年到 1996 年有顯著的提升，但離達到足額進用還有一段距離。顯示有很多中大型的公私立機關原本僱用的障礙者即很少<sup>153</sup>，在制度實施之後，仍無法在短時間內改善此問題。

<sup>153</sup>其實，據吳武典在強制定額進用施行不久前（本研究在 1990 年 2 月發表，未註明問卷調查的時間點）的問卷調查，公私立機構雇用障礙者的比率為 0.81%，其中，政府機關雇用比為 0.59%，公營機構雇用比為 0.35%，民營機構雇用比為 0.92%。如果民營機構雇用比真的有 0.92%，要改善成進用 1% 應不困難，1991 年私立機關的進用率也應不至於如此低。一個可能的解釋是，吳武典的問卷回收率偏低，638 份問卷只取得 232 份有效問卷，吳武典認為不回問卷者可能雇用率偏低，回問卷者可能已有雇用障礙者或至少態度上較友善。參吳武典（註 132），頁 116、119-120。另一個解釋是，許多機構可能事實上有雇用障礙者，只是在 1991 年時他們還未去申請殘障手冊，尚未變成「法定障礙者」。

表 4-1：1991 年與 1996 年定額進用狀況比較

單位：人；%

	應進用人數			已進用人數			未足額進用人數			進用率
	總數	公立	私立	總數	公立	私立	總數	公立	私立	
1991	24803	13509	11294 <sup>154</sup>	4503	1625	2878	20280	11864	8416	18.16%
1996	28535	15445	13090	19429	8844	10585	9106	6601	2505	68.09%

製表：陳力宇

資料來源：民生報<sup>155</sup>、中國時報<sup>156</sup>

說明：此分別為 1991 年 8 月與 1996 年 4 月的資料，1991 年的資料僅含臺灣省、臺北市、高雄市。進用率=已進用人數/應進用人數。

由統計資料來看，1991 年到 1996 年「已進用人數」增加將近 1 萬 5 千人，對於改善障礙者難以進入職場的壓迫處境頗有幫助，但因強制性定額進用制度而就業者是否真的有這麼多人呢？很明顯的一個情形是，有些機關是透過「事實上障礙者」轉成「法定障礙者」來達成定額進用目標。申言之，有些障礙者原本已經在職場中工作，但未申請殘障手冊，因為雇用不足額需要繳交差額補助費，雇主才勸說障礙者去申請殘障手冊。如有報導指出，臺北市誠正國中校長溫怡梅表示，該校 4 名定額雇用的障礙者都是在強制性定額進用制度實施前即進入該校任職，校長與人事主任要做的只是陪他們去體檢，努力讓他們變成「法定障礙者」，體檢完後該校就變成超額進用單位<sup>157</sup>。大同公司甚至經歷更戲劇性的變化，原本

<sup>154</sup>民生報原本所載的私立機關應進用人數為「6774」人，顯為誤植。因為將「應進用人數總數（24803）」-「公立機關應進用人數（13509）」=「私立機關應進用人數（11294）」。將「私立機關已進用人數（2878）」+「私立機關未足額進用人數（8416）」=「私立機關應進用人數（11294）」。算來算去都應該是 11294 人。民生報所載「6774」人似僅為臺灣省的私立機關應進用人數，誤填為臺灣省、臺北市、高雄市合計私立機關應進用人數。另外，1991 年的統計，其他數字相加對照也有些微落差，但不像 11294 人誤寫成 6774 人這麼嚴重。黃士榮、王淑瑛、蘇秀慧、薛荷玉，何時全民才能關切殘障福利唱出“他不重，他是我兄弟”……？殘胞求職 心酸點滴在心頭 落實殘胞定額僱用制度 給他們一個公平競爭機會，民生報，1991 年 8 月 19 日 13 版。

<sup>155</sup>黃士榮、王淑瑛、蘇秀慧、薛荷玉（註 154）。本篇民生報的「定額僱用殘障者就業執行調查表」並未出現在聯合知識庫中，聯合知識庫僅收錄本篇文字資料，表格內容須另行調閱。

<sup>156</sup>廖國寶，殘障者工作權何時可獲充分保障？中國時報，1996 年 5 月 13 日，23 版。

<sup>157</sup>周怡倫，雇用殘胞 公家表現差勁，聯合報，1992 年 6 月 8 日 14 版。該報導也指出，在誠正

是不足額進用、拒繳差額補助費，遭移送法院強制執行查封拍賣冷氣機，但在原本未領殘障手冊的員工領取殘障手冊後，也變成足額進用，部分月分甚至超額進用<sup>158</sup>。我們很難得知究竟有多少單位是用「事實上障礙者」轉成「法定障礙者」達成定額進用。可參考的是吳武典 1980 年代末期對有工作障礙者的抽樣調查，該調查顯示：肢體障礙者有 71% 領有殘障手冊、智能障礙者有 70% 領有殘障手冊、聽覺或平衡機能及聲音或語言機能障礙者有 50% 領有殘障手冊、視覺障礙者或多重障礙者僅有 29% 領有殘障手冊<sup>159</sup>。可知未領有殘障手冊者不少，頗有轉換空間。另外，1990 年代前期經歷大幅度「法定障礙者範疇的擴張」，包括：1. 殘障福利法障礙者類型增加：1990 年修法增加重要器官失去功能者、顏面傷殘者、植物人、老人痴呆症患者、自閉症者，1995 年修法增加慢性精神病患者。2. 納入輕度障礙者：對照 1981 年與 1991 年殘障福利法施行細則所附的〈殘障等級表〉，可發現 1981 年未納入輕度障礙者，1991 年才納入。法定障礙者範疇的擴張會使許多原本已經在職場中工作，但無法申請殘障手冊者，變成可以申請殘障手冊。總而言之，該制度的促進就業成效需要稍微打折，而沒有統計數字顯示的這麼漂亮。

再者，雖然強制定額進用有促進整體障礙者就業的成效，實際上卻是幾家歡樂幾家愁。障別的差異顯然會影響是否受僱用。依據刁惠美 1992 年的問卷抽樣調查，民間企業最先考慮雇用的障別依次為：1. 肢體障礙（128 家；50.4%）；2. 顏面傷殘（61 家；24%）；3. 聽語障礙（52 家；20.5%）。企業最不願雇用的障別依次為：1. 視覺障礙（109 家；42.9%）；2. 智能障礙（89 家；35%）；3. 重要器官失去功能者（25 家；9.8%）<sup>160</sup>。吳武典等人 1994 年的問卷抽樣調查，則是列出

---

國中擔任輔導老師的周筱珍曾因右手萎縮，考取師範大學後被學校要求轉校，經過一番爭取，才願意讓她註冊。顯示存有「障礙者不能為人師表的問題」的原則，只是偶爾可以被通融。另外，周筱珍也表示，她曾帶一位智能障礙者到某國民就業輔導站，但站裡的人連該智能障礙者的基本資料都不收，顯示國民就業輔導中心不願推介障礙者就業的問題。

<sup>158</sup>周怡倫，大同冷氣不用拍賣了 還可獲社會局獎勵 拍賣前夕補足資料 部分月分超額雇用 兩極化差異凸顯實質殘障與法定殘障認定問題，聯合報，1992 年 10 月 7 日 14 版。

<sup>159</sup>行政院研究發展考核委員會（註 58），頁 204。

<sup>160</sup>刁惠美，影響民間企業僱用殘障者雇用表現因素之研究--以台北市、台北縣、桃園縣為例，國

27 項工作，詢問臺北市民間企業認為哪些工作適合哪些障礙者，結果工作適性最被肯定者前 3 名為：1.肢體障礙（23 項）；2.顏面傷殘（15 項）；3.聽語障礙（分別為 9 項與 11 項）。而被民間企業認為只適合少數工作的障礙者為：視覺障礙（3 項）；智能障礙（3 項）；自閉症（3 項）<sup>161</sup>。刁惠美與吳武典等人的問法不同，但都顯示肢障者最受雇主青睞，視障者與智能障礙者則最不受青睞<sup>162</sup>。

有別於以上統計資料屬於雇主主觀態度，下表則藉由刁惠美 1992 年的調查，呈現民間定額進用義務機關中各障別實際雇用狀況。肢障者占總障礙人口比例原本就比較高（30.45%），但雇主實際雇用肢障者的比例更是不成比例的高（75.48%）。反之，視障者與智能障礙者原本占總障礙人口比例均約 9%，實際受雇比例卻僅 1%點多，是不成比例的低。與上述雇主主觀態度的統計資料相當吻合，也顯示障別的差異會影響是否受僱用、是否受惠於強制定額進用制度。

---

立臺灣大學社會學研究所碩士論文，頁 69（1992 年）。

<sup>161</sup>吳武典、蔡崇建、黃淑芬、王華沛、廖永堃，台北市民間工商企業僱用殘障者意願調查研究，特殊教育研究學刊，10 期，頁 93-94（1994 年）。

<sup>162</sup> 若注意障別的差異，會發現刁惠美的研究有列出重要器官失去功能者，但未列自閉症者。吳武典有列出自閉症者，但未列出重要器官失去功能者。兩者皆未列：老人痴呆症患者（政府障礙者就業統計資料可見仍有少數失智症者有工作）。

另外，由於精障者在 1995 年才加入殘障福利法「法定障礙者」，在此之前並不屬於義務進用機關需進用對象，刁惠美 1992 年與吳武典 1994 年的研究未列精障者實係法律規定問題。

表 4-2：民間定額進用義務機關中各障別受雇百分比（1992 年） 單位：人；%

受雇情形 \ 障別	視覺 障礙	聽覺 障礙	智能 障礙	重要 器官 失能	顏面 傷殘	肢體 障礙	多重 障礙
各障別員工數(共 620 人)	9	86	7	2	26	468	22
各障別員工所占百分比	1.45	13.87	1.13	0.32	4.19	75.48	3.55
各障別占總障礙人口比例	9.2	9.96	9.73	5.5	0.41	30.45	8.66

製表：陳力宇

資料來源：《影響民間企業僱用殘障者雇用表現因素之研究---以台北市、台北縣、桃園縣為例》<sup>163</sup>、《中華民國七十九年台閩地區戶口及住宅普查報告 第一卷 上冊》<sup>164</sup>

說明：

1. 各障別員工數援引自刁惠美的調查，百分比則為本文自行計算而得。惟應注意該調查範圍限於台北市、台北縣、桃園縣的民間定額進用義務機關。
2. 「各障別占總障礙人口比例」引自《中華民國七十九年台閩地區戶口及住宅普查報告 第一卷 上冊》。由於各障別占總障礙人口比例原本就不同，應將此比例與定額進用義務機關實際雇用比例比較，才看得出強制定額進用下的障別差異。

強制定額進用制度對促進障礙者就業有一定的幫助，但我們還是可以思考：為何有些公私立機關仍無法足額進用？工作性質不適合、找不到適合的員工這類以「工作能力」為中心的說法相當常見<sup>165</sup>。刁惠美的研究結論也認為企業「首重

<sup>163</sup>刁惠美（註 160），頁 72。

<sup>164</sup>行政院戶口普查處，中華民國七十九年台閩地區戶口及住宅普查報告 第一卷 上冊，頁 245（1992 年）。

<sup>165</sup>如自由時報訪問保險業、銀行業、百貨業、國營事業、家電業、資訊業、石化業、汽車業的結



的是殘障者的能力，其次才會考慮所謂社會責任或殘福法的問題」<sup>166</sup>。找不到適合的障礙者有可能是就業媒合或就業市場供需失調的問題<sup>167</sup>。不過，本文更關注的是表面中立的說法背後是否潛藏了許多結構性不利障礙者就業的因素，或對障礙者能力的誤認。比如說，吳武典等人的研究提到，障礙者職能評估的專家認為視障者適合擔任總機話務員的工作，但回覆問卷的臺北市民間企業卻無一認為視障者適合此工作<sup>168</sup>，抹殺了視障者的就業空間。也有不少企業認為障礙者行動困難，只能做「內勤」或比較「靜態」的工作<sup>169</sup>，但並非每類型的障礙者皆有行動不便問題（如：上肢障礙者、聽障者），障礙者的行動困難很多時候也來自工作環境與公共空間無障礙空間規劃的問題，這牽涉到整個社會的空間設計是否排斥障礙者<sup>170</sup>。

另一種無法足額進用的表面中立的說法是找不到有「任用資格」者，這常表現在學校教師或公務員須具備任用資格的問題。臺北市社會局曾因為要將積欠差額補助費的學校移送法院強制執行，遭到校長們的集體抗議。校長們認為是由於過去師範院校不招收障礙學生，使學校無法進用具有教師資格的障礙者<sup>171</sup>。對此，臺北市社會局主任祕書張雅麗的回答深中肯綮：「學校找不到具教師資格的殘障者，面臨受罰困境，事實上是過去限制殘障人士報考師範院校的惡果。教育界以教師形象的膚淺理由，拒收殘障生，是否體諒過殘障生的辛酸。……殘障福利法

---

果，若有雇用不足額者，通常皆表示是基於「工作需求」或雇不到障礙者。參自由時報財經新聞中心，殘胞進用未達標準 企業各有難唸的經，自由時報，1997年3月3日14版。另可參陳啟明，經營話題 殘障勞工何處尋，經濟日報，1992年1月3日27版。

<sup>166</sup>刁惠美（註160），頁107。此研究結論與兩個問項相關：1.「企業在僱用殘障者最重視的是」：回答「作業能力」者最多（36.8%）。2.「企業不願雇用殘障者的原因」：回答「職業及工作內容的限制」者最多（49.6%）。刁惠美，頁73。

<sup>167</sup>刁惠美（註160），頁107。

<sup>168</sup>吳武典、蔡崇建、黃淑芬、王華沛，廖永堃（註161），頁94-95。

<sup>169</sup>自由時報財經新聞中心（註165）。

<sup>170</sup>重度腦性麻痺患者林凱翊曾投書報紙，表示其完成高工學業後一直苦無工作機會，強制定額進用制度施行後，終於取得第一份工作。但由於任職的公所交通不便，上下班都仰賴家人接送會對家人產生極大困擾，任職一年多後只好離職。這說明就業不平等與交通無障礙有一定的關聯。林凱翊，我重殘住鄉下…社福邊緣，聯合報，2008年4月12日A23版。另外，由本篇投書，也可看到公共空間、交通運輸的無障礙可能有城鄉差距的問題。

<sup>171</sup>聯合報，雇用殘障不足額將法辦 各校抗議 師範院校未收殘障生 學校何處禮聘殘障老師？，聯合報，1992年5月31日14版。

的施行，或許有其缺失，但也同時揭露了社會各界對殘障福利的長期漠視。<sup>172</sup>」同理，如果找不到具公務員任用資格者，很重要的一個原因是公務員考試任用上長期排斥障礙者。強制定額進用制度讓這些歷史性、結構性的障礙者就業歧視問題都暴露出來<sup>173</sup>。

最後，可以檢討的是強制定額進用雖然改善了障礙者被排除在勞動市場外的壓迫，進用後卻也可能有其他壓迫問題存在。比如說，行政院人事行政局的官員曾表示，一位肢障者上下班時需父母接送，為用人機關帶來困擾。殘障聯盟則接獲同案當事人申訴，表示該肢障者是以輪椅行動，工作地點卻被安排在三樓，而且沒有任何無障礙設施<sup>174</sup>，如果父母不來協助上下樓，通常要等很久才有人願意幫忙，但卻遭上級長官認為不適應工作<sup>175</sup>。顯示強制定額進用雖然改善了障礙者被排除在勞動市場外的壓迫，未必同時改善健全人為中心的工作環境，進入職場後會面臨不同的壓迫。

另一個壓迫問題是某些公立機關大量以約聘雇人員方式雇用障礙者，使其處在勞動市場中的邊緣化位置，並規避障礙者被排除在取得公務員任用資格的歷史性歧視問題。如曾在總統府擔任約聘雇人員、使用輪椅行動的簡玉玲曾表示，總統府有 500 名員工，需進用 10 位障礙者，據她所知，都是不具公務員資格的約聘雇人員<sup>176</sup>。又如報導指出，1991 年 9 月臺北市政府依法應進用 1300 名殘胞，

<sup>172</sup>聯合報（註 171）。

<sup>173</sup> 類似問題也可見於 2015 年大學學生助理納保與定額進用爭議。勞動部將專科以上學生兼任助理納入勞保後，卻又在 2015 年 9 月 3 日逕行用行政解釋方式表示學生兼任助理排除身權法定額進用規定適用。9 月 4 日身心障礙聯盟（原「殘障聯盟」）與陳節如立法委員發表聯合聲明表達抗議。參身心障礙聯盟、陳節如，「勞動部違法濫權 踐踏身心障礙者就業權益」，<http://www.enable.org.tw/iss/detail.php?id=267>（最後瀏覽日：2015 年 11 月 29 日）。

勞動部稱身障學生占全部學生比率不及百分之一，難以達成進用比例。但實應趁此機會檢討為何障礙者學生比例較低？是否存有就學歧視問題？過去是否較排斥障礙學生擔任兼任助理工作？而非逕行幫雇主解套。

<sup>174</sup> 可以區分「無障礙設施」與「合理調適措施」兩個概念，前者是事前針對潛在障礙者設置的設施，後者是事後個別化的措施。此處可說事前缺乏無障礙設施，事後調適措施又不足，難為了障礙者。

<sup>175</sup> 羅如蘭，沒有缺額？殘障特考曇花一現，中國時報，1997 年 3 月 27 日 16 版。

<sup>176</sup> 梁玉芳，殘障特考不過是逼政府正視的工具，聯合報，1996 年 8 月 2 日 7 版。另外，據報載，簡玉玲能進到總統府工作也與殘障福利法要求無障礙環境與總統府的環境改造有關，顯示改善被排除在勞動市場外的就業處境的確與改善健全人為中心的工作環境相關。美中不足的是，總統府

尚有 1000 人左右的差額未補足，已進用的障礙者中，約聘了 150 名未領有殘障手冊的障礙者。顯示臺北市政府進用的障礙者中至少有半數障礙者是約聘雇人員<sup>177</sup>。即使障礙者免於被排除於勞動市場的處境，若定額進用後是處在勞動市場中的邊緣化位置，仍是不平等。

## 二、勞雇關係不平等下的產能核薪

產能核薪條文的一種解釋方式是障礙者原則上適用同工同酬原則、薪資不得低於基本工資，但例外時可以減薪 70%。亦即，如果原本薪水只有基本工資的水準，減薪後可能只有基本工資的 70%。然而，由相關主管機關的行政函釋<sup>178</sup>來看，內政部與行政院勞工委員會顯然都是將殘障福利法的減薪規定與勞動基準法第 21 條基本工資規範<sup>179</sup>做融貫性的解釋，變成可以減薪，但「酌減後之待遇仍不得低於基本工資」。

主管機關做出此行政函釋顯然跟產能核薪條文的實踐狀況不良有關。1991 年即有報導指出，有殘障者向社會局陳情，由於雇主認為他們產能不足，便隨意扣減他們的薪資<sup>180</sup>。同年底，行政院勞委會召開的「促進殘障者就業服務」會議，已經決定障礙者的薪資下限仍不得低於當時 11040 元的基本工資，並將工資列為檢查重點，目的是怕會有「爭議及取巧行為」發生<sup>181</sup>。

行政院當初提出產能核薪規範的立法目的是：「使僱用單位樂於僱用產能不足的殘障者」<sup>182</sup>，但似乎無相關調查資料可以說明障礙者的僱用率因此增加。從以上的報導中，我們可以看到，如何認定「產能」並不是件清楚的事。而在勞雇

---

改造後，簡玉玲工作處室的門仍過窄，須將輪椅留在走廊，撐拐杖走到辦公桌，要上廁所再出來坐輪椅。

<sup>177</sup>蘇秀慧，殘胞定額雇用制度 似有不當 約聘未領殘障手冊殘胞 不算數？北市府認應依事認定請內政部解釋，民生報，1991 年 9 月 4 日 15 版。

<sup>178</sup>包括此次修法後作成的：行政院勞工委員會（81）台勞檢一字第 05207 號，以及 1997 年後修法後作成的：內政部臺（87）內社字第 8716731 號函、行政院勞工委員會勞職特字第 0910200896 號函。

<sup>179</sup>勞動基準法第 21 條第 1 項：「工資由勞雇雙方議定之。但不得低於基本工資。」

<sup>180</sup>黃漢華，殘障手冊申請不踴躍 僱主煩惱 社局變通 殘障證明 可做僱用依據，聯合報，1991 年 9 月 16 日 14 版。

<sup>181</sup>林浚南，殘胞就業 同工同酬，聯合晚報，1991 年 12 月 16 日 7 版。

<sup>182</sup>立法院秘書處（註 104），頁 24。

關係不對等的情况下，可能主要是由雇主自行認定。產能核薪規定反而可能成為雇主取巧減薪的憑藉，而深化原有不平等的狀況。

### 三、選擇庇護工場或支持性就業？

此時期的一個重要改變是「支持性就業」的出現，其與庇護工場的存立有某種競爭或取代關係。如果庇護工場表彰的是一種差異化的工作場所，支持性就業代表的便是要進入與健全人相同的工作場所。支持性就業的精神是：只要有適當支持，較重度的障礙者也可以在與健全人相同的環境下工作，支持性就業被認為是可以替代庇護工場的新型就業方式<sup>183</sup>。具體作法是，支持性就業輔導員依障礙者興趣與性向直接帶障礙者進入一般性工作場所，再依障礙者與工作場所環境狀況，做工作技巧與環境適應訓練，同時協調雇主調整工作環境與建立職場支持系統<sup>184</sup>。庇護工場與支持性就業的另一個差異是「工作」(work)與「就業」

(employment)之別，吳秀照與陳美智曾指出「就業」是指在在競爭性勞動市場以勞力交換報酬，工作的涵義則較廣泛，未必在競爭性勞動市場、也未必是有酬工作<sup>185</sup>。支持性就業是在競爭性勞動市場的「就業」，庇護工場則屬非競爭性勞動市場的「工作」。

1990年，臺北市第一兒童發展中心已有支持性就業的計劃，讓老師帶領二至三名智能障礙者到企業，一面職訓、一面進行環境適應，等智能障礙者能獨立面對工作老師再退出<sup>186</sup>。不過，報導並未提到希望障礙者能在與健全人相同的環

<sup>183</sup> Judith E. Heumann, *Closing the Shop: Conversion from Sheltered to Integrated Work*, 22(1) AM. REHABIL. 34 (1996) (book review).

<sup>184</sup> 吳秀照、陳美智，勞動與就業，收於：王國羽等編，障礙研究，頁177-180（2012年）。

<sup>185</sup> 吳秀照、陳美智（註184），頁162-164。另外，吳秀照也指出當「工作」被窄化理解成競爭性勞動市場的「就業」時，對障礙者的意義與影響。申言之，競爭性勞動市場會用「有工作能力」、「無工作能力」評價員工，而障礙者易被評價為「無工作能力」。吳秀照，臺中縣身心障礙者就業需求：排除社會障礙的就業政策探討，社會政策與社會工作學刊，11卷2期，頁150-155（2007年）。關於此，本文認為與其質疑障礙者的工作能力，不如思考所謂工作能力的評價標準是如何創造出來？如吳秀照與陳美智也質疑目前用「職業輔導評量」篩選障礙者進入庇護工廠的做法，認為職評無法決定障礙者「適合/不適合就業」、「適合/不適合進入庇護工廠」。吳秀照、陳美智，頁187-188。

<sup>186</sup> 陳素玲，解決場地經費問題 生產線上老師指導作業 智障兒職訓 工廠當教室，聯合報，1990年5月8日15版。

境中工作，而是採更務實的理由，包括：1.可節省職訓成本。2.庇護工廠場地不足，致可就業者有限。3.一般職業訓練的職種有限或訓練內容未必符合就業單位需求。

1993 年底，臺北縣智障福利協進會已經爭取到臺北縣殘障福利金專戶<sup>187</sup>管理運用委員會的支持，試辦半年的「支持性就業服務計畫」，協進會希望可以改善成年智障者的生活，不要只有「在家」或「在教養院」兩個選項。但協進會理事長陳惠香並未認為支持性就業可完全取代庇護工場，反而認為兩者是相輔相成。若智障者在一般工作場所仍不適應或雇主不願繼續僱用，至少還有退路，可在庇護工場中維持工作態度與習慣<sup>188</sup>。

總之，支持性就業作為障礙者工作場所相同化的方案，在 1990 年代初期進入臺灣，但並未取代舊有的庇護工場就業方案。兩者除了平行並存，也可能是交錯關係，即在支持性就業方案下無法適應仍可回歸庇護工場，原先在庇護工場工作的障礙者也可能用支持性就業轉入一般職場。

#### 四、按摩保衛戰中理容業者不平等論述現形

理容業者在 1990 年殘障福利法立法過程中，向立委請願放寬視障者按摩保留強度，並未成功，在 1990 年修法後又捲土重來。這次行動與按摩保留條款的執行實踐有關。據報載，理容業者感受到政府的取締行動加劇，罰單連連，行政單位又開會表示考慮要「加重刑罰」<sup>189</sup>，因而決定上街頭抗議。理容業者在 1993 年 11 月 16 日進行集會遊行與請願，成員包括臺北市、高雄市、臺灣省、桃園市、臺中市等理髮公會會員，口號是「響應政府照顧盲胞福利德政、請政府重視百萬

<sup>187</sup>殘障福利金專戶是拜強制定額進用制度實施才有的經費來源，1990 年殘障福利法第 17 條第 3 項：「進用殘障者人數，未達前二項規定標準者，應繳納差額補助費，其金額依差額人數乘以每月基本工資計算，按月向直轄市或縣（市）主管機關設立之殘障福利金專戶繳納，作為辦理殘障福利事業之用。」

<sup>188</sup>刁惠美，台灣地區家長團體辦理智障者就業服務現況報導，推波引水，5 期，頁 7-9（1994 年）。

<sup>189</sup>朱復元，明眼人按摩 擬加重刑罰 全省理容業代表 決 16 日休業請願，聯合報，1993 年 11 月 11 日 6 版。朱復元，明眼按摩 理容業醞釀發起請願業者：全省十二萬名女子投入 保障盲胞 卻剝奪明眼人工作權，聯合報，1993 年 11 月 2 日 7 版。

人生計」<sup>190</sup>。具體的訴求有二：1.支持政府取締色情按摩，但請分清楚色情按摩與一般理容業的界線。2.希望有條件<sup>191</sup>開放理容業者從事按摩。

在史料限制下，我們無法確定理容業者是否在 1990 年修法的請願書中即有主張平等權。可以確定的是，他們在 1993 年的行動中，除了主張生存權、工作權、視障者按摩保留制度違憲，「要平等」也是重要的訴求之一<sup>192</sup>。此外，在自由民主化的浪潮下，理容業者也可藉由集會遊行更強硬的表達訴求，如果政府不給予善意回應或只行緩兵之計，將要「不惜包圍總統府抗爭到底」<sup>193</sup>。平等權與差異化職業規範之間的衝突，因為理容業者的主張，變得明顯。

臺灣按摩業聯合會、臺北及高雄按摩工會、愛盲文教基金會等二十多個視障團體為此也在臺北市雙連教會討論因應方案，並發表聲明，反對理容業者的主張。可惜的是，他們似乎未爭執平等權的意義，或改變視障按摩保留與平等權衝突的論述，主要還是訴諸盲人生存問題<sup>194</sup>。值得注意的是，視障團體在這場論爭中也同時強調視障按摩的專業性。愛盲文教基金會董事長鄭龍水即指出，盲人按摩師是經過三年訓練、筆試、技術檢定拿到執照後才執業，理容業則否。因為不了解人體構造、肌理、穴道而造成頸椎、肌肉傷害的例子不少<sup>195</sup>。

之後，視障團體與理容業仍爭議不休。包括 1994 年內政部核准理容業者成立「指壓協會」，引起視障團體前往內政部抗議工作權遭到危害<sup>196</sup>。不久後，經

<sup>190</sup> 相關報導與理容業者的主張請參黃淑儀，化「按」為明 理髮業赴立法院陳情 盼能合法從事按摩，經濟日報，1993 年 11 月 17 日 10 版。方寶柱，「明眼人不得從事按摩」影響生計理容業界代表遊行陳情，中國時報，1993 年 11 月 17 日 10 版。陳素玲，爭取從事按摩 理容業陳情抗議 業者強調無意搶盲胞飯碗 只希望政府放寬規定，聯合報，1993 年 11 月 17 日 15 版。

<sup>191</sup> 全國理容公會副會長林家慶希望將視障者按摩保留條文修改為：「非視覺殘障者得從事理容按摩業，但須優先聘僱盲胞，並不得在飯店、賓館、旅社從事按摩」。李桂馨、宮以斯帖，爭取工作權 全國理容自救會 三千人街頭抗爭，臺灣時報，1993 年 11 月 17 日 6 版。臺灣省男子理髮商業同業公會理事長何明豐希望將條文修改為：「非本法所稱視覺殘障者，從事按摩業，得聘請有執業資格者優先從業，但不得於觀光飯店、賓館、旅社等特定場所從事按摩」。楊國文，理容從業人員為生存權走出來抗爭，自立早報，1993 年 11 月 17 日 10 版。

<sup>192</sup> 李桂馨、宮以斯帖（註 191）。楊國文（註 191）。

<sup>193</sup> 李桂馨、宮以斯帖（註 191）。

<sup>194</sup> 陳素玲（註 190）。

<sup>195</sup> 陳素玲（註 190）。

<sup>196</sup> 梁玉芳，明眼人指壓 盲胞抗議，聯合報，1994 年 3 月 22 日 15 版。

濟部的一項研究報告主張有條件開放理容業者從事按摩，視障團體再度掛著「我要工作」、「請讓盲胞活下去」的海報，至立法院、行政院進行請願<sup>197</sup>。到了1996年，則有臺北市政府掃蕩住宅區色情行動的新聞，視障者前往臺北市政府表達支持，臺北市男子理燙髮商業同業公會則向市議員表達自己非色情行業，希望不要受到波及<sup>198</sup>。這些行動，都可以看作相關爭議的延續，視障者仍主張工作、生存的權利，而理容業者希望可以條件開放。視障者按摩保留制度尚在，但警方取締行動或許會因為抗議而受到動搖。視障者與理容業者的按摩保衛戰仍會持續下去。

關於1990年差異取徑的法律形構與實踐，對於促進障礙者就業最為明顯的制度是強制定額進用。雖然本文認為強制定額進用的成效可能沒有統計上那麼漂亮，但基本上還是肯認強制定額進用對於改善障礙者被排除於就業市場的壓迫問題，有不小的助益。強制定額進用的實施，讓許多媒體、研究者開始追問為何許多企業不雇用障礙者？為何無法足額進用？也因為學校、公家機關往往難以找到具任用資格的障礙者，暴露出師範學院、公務員考試任用長期排除障礙者的問題。惟須注意，我們不該讓定額進用流於「數人頭」的問題<sup>199</sup>。進入職場只是個開始，如果配套不足，無法改善健全人為中心的職場環境，或無法幫助障礙者取得學校、公家機關的正式任用資格，讓障礙者只能當約聘僱人員，仍會有文化帝國主義與進入職場後的邊緣化壓迫問題。

強制定額進用是利用差別待遇促進平等的例子。但我們也在產能核薪的議題

<sup>197</sup>梁玉芳，按摩業擬開放唯一飯碗不保 盲胞為「活著」請願，聯合報，1994年6月10日17版。

<sup>198</sup>詹三源，理容業爭取復業 議員：不碰的好，聯合報，1996年10月4日13版。

<sup>199</sup>關於「數人頭」，也有報導指出強制定額進用實施後有「買人頭充數」的現象，亦即有些企業可以用低於基本薪資的價錢表面上僱用障礙者，實際上不願意讓障礙者進入職場工作。此種作法可說是只注重「數人頭」的極端展現，定額進用真的只注重「人頭」與統計上企業是否足額進用嗎？或許該更在乎定額進用與消除各種壓迫態樣、促進平等的連結。參洪淑惠，企業僱用殘胞 出現「人頭」發給基本薪資不用上班 殘盟痛心呼籲莫破壞他人權益，聯合晚報，1991年10月17日4版。王宛茹，社會司：殘福法無法規範 但可能涉偽造文書或違法勞基法，聯合晚報，1991年10月17日4版。可以補充的是，1998年身心障礙者保護法施行細則第14條規定：「直轄市及縣（市）勞工主管機關應……不定期抽查進用身心障礙者之實際狀況。」或許便是意在防免此種情形發生。

上看到，不是每個差異化規範皆能促進平等。儘管產能核薪的立法目的是希望能雇用更多障礙者，實踐上似乎是讓障礙者更容易被扣薪水而受到雇主剝削。在這一正一反的例子中，我們再度認識到差別待遇有可能促進平等、也有可能深化不平等，端看其是減緩壓迫或促進壓迫問題。以下進入 1997 年的立法動因、法律形構與實踐，看接下來差異取徑如何在 1990 年修法實踐的基礎上繼續演變。

## 第二項 1997 年的法律形構與實踐

### 第一款 由身障立委徐中雄啟動的三方修法版本

1992 年底的立委選舉，是首次在臺灣進行立法委員的全面改選。具障礙者身分、國民黨提名的徐中雄在此次選舉中當選立法委員。關於障礙者參選公職的制度背景因素，值得注意的是，舊有的〈動員戡亂時期公職候選人檢覈規則〉已在 1991 年 11 月底修正為〈公職候選人檢覈規則〉，新的規則第 14 條刪除原先「體格檢查表」的要求，同年 11 月考試院也廢止了〈動員戡亂時期公職候選人檢覈申請人體格檢查標準〉<sup>200</sup>。往後，欲出來參選公職的障礙者便不必再擔心是否體檢不會過關的問題。

在當選前，徐中雄已經表明殘障福利法亟待修正，殘障同胞的就業、就醫、無障礙生活環境等基本權益都還不夠完善，行政體系內需要有專人與專責單位為障礙者提供服務<sup>201</sup>。伊甸殘障福利基金會創辦人與殘障聯盟創會理事長劉俠也號召全國障礙者支持徐中雄<sup>202</sup>。由於國會較缺乏障礙者的代理人，難以了解障礙者的需要，而徐中雄具有職能復健諮商博士學位，又有心落實並推動殘障福利法的改革，因此獲得劉俠的支持。徐中雄也曾表示，他之所以出來當立委，是因為大學畢業時找不到工作，便去留學、選立委。對於工作的不順遂，徐中雄自身的理

<sup>200</sup>法務部，公職候選人檢覈規則，法務部公報，138 期，頁 5-7（1991 年）。考試院(80)考臺秘議字第 3577 號。參考試院，廢止「動員戡亂時期公職候選人檢覈申請人體格檢查標準」，考試院公報，11 卷 6 期，頁 20（1991 年）。

<sup>201</sup>羅珮瑩，形象受肯定 徐中雄矢志爭取殘障福利，中國時報，1992 年 1 月 14 日第 14 版。

<sup>202</sup>何瑞雄，伊甸殘障基金會聲援徐中雄，中國時報，1992 年 10 月 30 日 14 版。章樹珉，自幼小兒麻痺 職能復健博士 娶得空姐為妻徐中雄 自信執著又樂觀，中國時報，1992 年 7 月 23 日 13 版。



解是：當時沒有工作「不是我沒有能力工作，而是當時的社會沒有能力接納我。<sup>203</sup>」由此可知，徐中雄對於殘障福利法的修法相當有企圖心，且對障礙者就業問題有切身之痛與關心。

當時，內政部與殘障聯盟皆認同殘障福利法有修正必要，但率先提出修法草案者是徐中雄。1994年5月31日，徐中雄舉辦「浴火重生——賦予『殘障福利法』新生命」公聽會，希望將殘障福利法正名為〈身心障礙福利法〉，並建立職能復健制度<sup>204</sup>。接著，6月23日即完成一讀及大體討論。對於徐中雄的快速修法行動，殘障聯盟一方面肯定其貢獻與職能復健的專業，另一方面還是認為有許多殘障福利法的缺失未能改正，希望徐中雄可以再多跟各個障礙團體討論，納入不同意見<sup>205</sup>。不過，殘障聯盟代理事長陳俊良與顧問曹愛蘭前往徐中雄立委辦公室拜會後，卻因徐中雄擔心修法議程延宕，協商未成功。殘障聯盟因此緊急融合先前不同障礙團體討論的修法意見，提出「殘障者權益保護法」，並進行立法遊說，爭取民進黨福利國連線立委支持，將殘障聯盟民間版提案送至立法院，由顏錦福委員提案。

民間版提案送進議會後，卻發生程序上錯誤的問題，原本應交付「內政及邊政、教育聯席會」審查，院會卻交付給「內政及邊政委員會」，委員們因而未收到民間版提案的條文對照表。幸而聯席會議上的委員似乎都知道殘障聯盟有相關

<sup>203</sup>劉時榮，考選部長反對舉辦殘障特考 王作榮：文官考試講究公平 殘障人士可藉社福法保障 邱創煥接見徐中雄：殘障特考有需要，聯合報，1993年10月14日6版。

<sup>204</sup>民生報，殘障福利法'正名為'身心殘障福利法' 立委徐中雄：精神病患也適用，民生報，1994年6月1日21版。應注意，民生報標題所載「身心殘障福利法」應為「身心障礙福利法」的誤植。因為徐中雄的提案為「殘障福利法之法名稱及部分條文修正草案」，提案中提到要將法律名稱由「殘障福利法」修正為「身心障礙福利法」。立法院秘書處，法律案專輯第221輯——身心障礙者保護法修正案（上），頁6-7（1998年）。雖然提案是在公聽會後（由立法院議事及發言整合系統查詢為1994年6月17日提案），但徐中雄相當強調正名，應非在公聽會後才改稱「身心障礙福利法」。另一證據是臺灣時報中提到「徐中雄公布殘障福利法修正草案，該草案將『殘障者』正名為『身心障礙者』」。林靜君，過去叫：殘障者 現在稱：身心障礙者，臺灣時報，1994年6月1日5版。

<sup>205</sup>主要參考中華民國殘障聯盟，修法戰鼓聲聲急 年度選舉莫放棄，殘障聯盟雜誌，10期，頁1（1994年）。亦可參梁玉芳，立委擬修殘福法 殘盟緊急大動員，聯合報，1994年7月2日17版。梁玉芳，殘障年金 殘障團體喊出訴求 117個團體同聲 不認同徐中雄殘福法修正版本，聯合報，1994年7月5日17版。

提案，比較支持等相關提案資料齊全再併案審查，而徐中雄本人也未在會議上繼續堅持火速通過其提出的修法版本<sup>206</sup>。顯示殘障聯盟立法遊說的成功。殘障聯盟因此也換取到時間，重行提出一個較完整的「身心障礙者權益保護法」修法版本。

內政部<sup>207</sup>方面，雖然也在約略相同的時間有修正殘障福利法的構想，卻未能如殘障聯盟般展現高度的機動性，快速完成行政部門的版本。內政部原本向立委承諾 1994 年 10 月會有行政單位的修法版本<sup>208</sup>，卻拖到 1995 年 6 月 13 日才提案<sup>209</sup>。不過，似乎因為殘障聯盟重新提出的修法版本也是在 1995 年 3 月才送入立法院<sup>210</sup>，與行政院版本提出的時間未相差太多，行政院的遲延似未引起障礙團體抗議的聲浪。

此次修法可說仍是由障礙者發動，與 1990 年不同的是，1990 年是由障礙團體發動，而 1997 年的修法是比民間障礙團體還急著修法的徐中雄委員啟動。障礙團體在此的角色不是加速修法進行，而是希望可以等一等，待不同民間團體的意見統合、有更完整的修改方案後，再行修法。當年的「促進殘障福利法修正行動委員會」現已正式組成殘障聯盟，組織動員與立法遊說的能力仍然不容小覷。只是殘障聯盟尚沒有自己推派的立法代表出現，徐中雄雖然同是障礙者，在修法意見上仍可能與其意見相左。對於 1997 年三方修法版本的提出有基本認識後，以下將進入 1997 年的法律形構。

## 第二款 修法中差異取徑的危機與維持

差異取徑在本次修法中雖然略有修正，但大體上是與 1990 年的規範狀態相去不遠。其實，也有不少修法意見希望有較大幅度的改變，縮減差異化的特色，本文將此稱作差異取徑的危機。主要包括：1.強制定額進用：許多公私立機關希

<sup>206</sup>立法院秘書處（註 204），頁 155-164。

<sup>207</sup>內政部從 1993 年 5 月起，即有邀請學者專家與障礙團體商討修法事宜。相關過程參立法院秘書處（註 204），頁 312-313。

<sup>208</sup>立法院秘書處（註 204），頁 170。

<sup>209</sup>立法院秘書處（註 204），頁 223。

<sup>210</sup>立法院公報處，院會紀錄，立法院公報，84 卷 14 期，頁 3-4（1995 年）。

望可以讓某些「不適合障礙者擔任的職位」（包括教師資格問題）排除於定額進用計算範圍。2.是否刪除 70%產能核薪規定？3.是否應有條件放寬視障按摩保留強度？只是大幅改變的修法要求多未被接受，因而大體維持 1990 年的規範狀態。本款將探討差異取徑危機發生與被維持的過程。

另外，由於庇護工場方面的規範無太大變動與爭議，只是隨著 1990 年代初期社會實踐上對支持性就業的引入，1997 年的修法在條文中也加入支持性就業，作為障礙者的另一種就業模式。因此，以下的討論只環繞在定額進用、產能核薪、視障按摩保留三個部分。

### 一、除外條款與進用員額的算計

定額進用經過 1990 年代前期的實踐，許多公私立機構紛紛反映因為工作性質的限制，有些工作不適合障礙者擔任。定額進用制度的危機在於是否設置除外條款，讓某些工作可以排除定額進用的規範，而「例外」的門一旦打開，是否各個公私立機構皆會想要納入除外條款，讓例外變成原則。

關於定額進用制度應否設置除外條款的問題，幾乎各方行動者皆是持肯定態度。問題是，雖然大家都認同可設除外條款，哪些工作可以除外？應該如何除外？卻有不同的看法。三個草案中，只有民間版草案第 45 條第 1 項有規定，得因工作性質及產業種類之不同，而對進用總人數之計算有不同規定。草案的理由並標明是參考日本法，針對不同產業可以設置「除外率」<sup>211</sup>。依據殘障聯盟秘書長謝東儒的說法，此條款的重點在於不同產業的除外率皆須經過「專業殘障者就業促進組織——雇用促進會」的評定<sup>212</sup>，而非可由行政機關率性決定。問題是，綜觀民間版草案，雖然有在立法理由提到參考日本法，但並未提到要設置「雇用促進會」或邀請專家學者、障礙團體共同進行除外率的審定。是否是由於在徐中雄立委的修法壓力下，殘障聯盟提案較倉促而漏未規定呢？尚待考究。

行政院版草案雖未列出除外條款，但在 1996 年 6 月殘障特考錄取名額的討

<sup>211</sup>立法院秘書處（註 204），頁 68。

<sup>212</sup>中華民國殘障聯盟，勿踐踏殘障者就業權，殘障聯盟雜誌，18 期，頁 4（1996 年）。

論中，行政機關已經展現增設除外條款勢在必行的態度。內政部社會司副司長蕭玉煌與行政院人事行政局處長廖正村共同指出，當時政府不足額進用障礙者人數是 5782 人，相較之下，殘障特考錄取 360 人太少。但如果義務進用機關總員額人數在計算時扣除外勤警察 8 萬多人、海關人員 1800 多人、調查局外勤人員 1700 多人、應具教師資格的 18 萬 6 千多人，駐外單位 1100 多人，換算後，政府應進用的障礙者只剩下 355 人，殘障特考錄取名額已經高過應進用人數<sup>213</sup>。行政機關或許認為他們是基於「工作性質」、「任用資格」進行排除，障礙團體卻不這麼認為。除了批評行政機關的決定過於恣意<sup>214</sup>，殘障聯盟李燕也提出「難道警察不能是顏面傷殘（者）、外交人員不能是肢障者嗎？」的疑問，並援引日本法的除外率多是重工業及幼教行業，未包含警察<sup>215</sup>，進行反駁。

徐中雄版草案雖未列出除外條款，但在立法審查過程中<sup>216</sup>，徐中雄與具視障者身分的鄭龍水委員皆贊成對某些職業可以有排除條款。鄭龍水比較支持民間版草案第 45 條，認為公私機關皆應有除外率，只是除外的範圍無法在審查會上立即決定，需再邀請不同政府部門代表與障礙團體協商。另一方面，徐中雄對民間版的做法則抱持懷疑態度，因為民間版草案的第 45 條第 2 項是將除外率放在施行細則中規定，等於授權主管機關決定公私立除外機關。徐中雄對於行政機關是否能堅持促進障礙者就業抱有懷疑態度<sup>217</sup>。

至於最後為何決定只有警政、消防、關務及法務等單位可以排除，由於是私下協商的結果，從立法資料並無法知道詳細原因。但從發言紀錄可知，此結果大體上和徐中雄的意思相符。亦即，私人機關方面，不贊成如民間版草案一般性授權施行細則，造成各種職業皆有可能排除。公家機關方面，同意排除警政、消防

<sup>213</sup>梁玉芳，殘障特考錄取名額 官員有套新算法 警察等工作「不適殘胞」？殘障團體不以為然，聯合報，1996 年 6 月 12 日 6 版。

<sup>214</sup>中華民國殘障聯盟（註 212），頁 4。

<sup>215</sup>梁玉芳（註 213）。

<sup>216</sup>立法院秘書處（註 204），頁 485-507。

<sup>217</sup>由後見之明來看，徐中雄的擔心不無道理，可參第四章第二節第三項第三款一、定額進用除外標準細緻化。

第一線人員、法務部之監管、調查人員及關務外勤工作人員（海上、陸上查緝，調查、燈塔管理），排除的理由主要是基於這些工作的機動性、危險性、急迫性，需要體力與技能。其他單位則無法排除，特別是教師，徐中雄特別闡述個人的慘痛經驗，他原本想考師範學院，師範學院卻不讓他考試，所以現在聘不到老師是教育體系咎由自取。由修法結果與徐中雄意見的契合性來看，可推測主要是徐中雄維持定額進用除外之門不要大開，讓各大公私立機關須定額進用障礙者仍保有原則地位。只是法律規定「等」單位可以排除，似乎還是留給主管機關上下其手的空間。此可能是由於相關實證研究不足，究竟「哪些工作可以除外？應該如何除外？」無法在立法上決定，最終不免授權給主管機關訂在施行細則。

就效果上而言，定額進用除外條款的設置，可以解決義務機關不足額進用的問題，但對障礙者就業邊緣化的問題較無幫助，如果排除過多職位，反而會回到1990年修法前的狀態，讓邊緣化壓迫惡化下去，因此須謹慎面對。另外，在整個修法討論過程中，有個未受注意便獲通過的提案，亦即行政院版草案規定進用1名重度殘障者可以計算為2人<sup>218</sup>，立法理由美其名是鼓勵多進用重度障礙者<sup>219</sup>，實際上也有解決義務機關不足額進用問題的效果。比方說，一個機關原本應進用40位障礙者，如果進用了5位重度障礙者，就只要再進用30位輕/中度障礙者即可。如果真的是為了重度障礙者與整體障礙者就業著想，應可在原有進用名額中，再規定至少應進用一定比例重度障礙者，或採取其他鼓勵措施，而非利用重度障礙者來排擠整體障礙者進用名額。

雖然除外條款獲得通過，我們仍可思考定額進用除外條款的設置是否是種必然？比方說，我們也可能主張，不論是否有辦法僱用障礙者，較大的公私立機關皆應支持障礙者就業，如果無法雇用，便以繳代金的方式支持障礙者。或者，也

<sup>218</sup>對於雇主的主觀期待來說，障礙程度的差異會影響是否受僱用。雇主最希望僱用的殘障程度依次為：1.輕度（227家；89.4%）；不拘（17家；6.7%）；中度（10家；3.9%）；重度（0家；0%）。刁惠美（註160），頁69。但該研究未調查事實上輕度、中度、重度障礙者雇用比例的差異，所以難以得知事實上的狀況。

<sup>219</sup>立法院秘書處（註204），頁264-266。

可以不承認某些單位較難雇用障礙者，而主張只是他們活在健常人中心的世界太久，暫時找不到調整作業環境以雇用障礙者的方式而已。只是，我們的定額進用制度立法討論趨向上，似乎是一方面認為定額進用制度就是要支持障礙者進入職場，只願繳交代金的雇主會受到譴責：雇主是「能雇用而不雇用」障礙者。另一方面，有點遷就（健常人中心的）現實，承認某些單位較難雇用障礙者，可能非「能雇用而不雇用」之流。除外條款的通過大概可以理解成此二想法交錯下的產物。

## 二、欲刪未刪的產能核薪

與定額進用相同，產能核薪的問題也是在 1990 年代前期的實踐中已經暴露。「由誰來決定產能」與「如何決定產能」的問題並未在實踐過程中獲得解決。內政部在 1994 年時已表示，許多企業現在進用殘障人員時，常以生產力不同當藉口，在薪資待遇上打折扣<sup>220</sup>。因此，內政部決定在新提出的殘障福利法修正草案中刪除薪資打七折規定。

除了行政院版草案，徐中雄版草案、民間版草案皆有對產能核薪的規定做修正，顯示各方修法的行動者都有注意到相關問題。只是，不同版本草案解決問題的方式並不相同。第一種辦法是直接刪除產能核薪規範。民間版草案第 49 條（不得因身心障礙而在各種勞動條件上予以歧視）與行政院版草案第 30 條同工同酬條款均在其修法理由中表示，身心障礙者仍受勞動基準法第 21 條基本工資規定保障<sup>221</sup>，同時刪除產能核薪規範。雖然主管機關解釋上仍維持障礙者待遇不得低於基本工資，但民間版與行政院版可能認為，原先的規定會讓人誤以為可以讓障礙者的工資低於基本工資，為避免誤導民眾，乾脆刪除相關規定。第二種辦法是認為減薪至 70% 有爭議時，應可以向國家申訴處理。徐中雄版草案第 31 條採此種解決方式。一方面維持得減薪至 70% 的規定，另一方面加入第 2 項：「前項產能不足之認定及扣減工資之金額遇有爭議時，依本法第六條成立申訴審理委員會審

<sup>220</sup>黃秀義，僱用殘障人 將薪比薪 殘福法修正案規定雇主不得有差別待遇，經濟日報，1994 年 7 月 26 日 3 版。

<sup>221</sup>立法院秘書處（註 204），頁 72、268。

理之。<sup>222</sup>」

立法院的審查會上，是用行政院版的第 29 至 33 條對照委員提案一起討論。第 30 條同工同酬條款在委員與行政院提案間並不一致，但審查會主要都在討論不足額進用、繳納差額補助費後累積的龐大身心障礙福利基金如何運用，未討論 70% 的產能核薪是否不平等，或在實際適用上會有爭議。然後這些條文就在休息五分鐘協商後無異議通過<sup>223</sup>。俟後「立法院內政及邊政、教育、司法三委員會審查報告」表示，審查會通過的條文是為保障殘障者就業之薪資免於受到任何歧視與差別待遇，參照徐案作為第 2、3 項（即保留得減薪至 70% 的規定），行政院提案作為第 1 項<sup>224</sup>。看似是將各個版本的意見都包含進來，但實際上，民間版與行政院版的意見應該都是支持刪除 70% 產能核薪的規定。可以說，產能核薪規範的維持是在立法者忽視相關問題點的混亂狀態下通過。雖然本次修法有增設事後申訴救濟管道，但此救濟管道是否能解決雇主容易濫用權力扣減障礙者薪資的問題，需要打一個大問號。

### 三、立法院內外的按摩保衛戰與取得針灸專業的挫敗

與產能核薪問題受到立委們忽視不同，視障者按摩保留制度在 1996、1997 年的修法中受到立委大量討論，意見僵持不下，修法爭議更延伸至立法院外，成為視障團體與理容業者的靜坐、修法遊說對決。

由本次修法的民間版草案<sup>225</sup>來看，視障者有 3 項修法構想：1. 維持視障者按摩保留制度。2. 加重明眼人違法按摩的處罰，並將罰鍰收入轉作視障者職業訓練、就業輔導、創業補助的基金。3. 具專業資格的視障者得以針灸進行理療。特別是第 3 點，讓 1950、60 年代以來中醫獨占針灸工作，導致視障按摩業者去專業化、去醫療化的壓迫得以減緩，而有再專業化的機會。然而，實際上的狀況卻是：1.

<sup>222</sup>立法院秘書處（註 204），頁 24。

<sup>223</sup>立法院秘書處，法律案專輯第 221 輯——身心障礙者保護法修正案（下），頁 509-519（1998 年）。

<sup>224</sup>立法院秘書處（註 223），頁 630。

<sup>225</sup> 參附表九。

由於受到理容業者與部分立委挑戰，要維持視障者按摩保留制度已顯得困難。2. 僅稍微加重明眼人違法按摩的處罰（罰鍰轉作視障者就業基金）。3. 視障者回復針灸專業資格的訴求未被採納。以下說明這段充滿爭議的修法過程。

本文先簡單說明很快就被否定的視障者針灸專業提案。審查會中<sup>226</sup>，具視障者身分的鄭龍水委員提到日本的視障者可以從事針灸，中國設有按摩病院，我國制度排斥視障者從事針灸工作或在醫院工作並不合理。然而，衛生署醫政處楊漢淥處長與王立信副處長均不贊成讓視障者回復針灸專業資格的提案。王立信表示他在省立基隆醫院服務時，看到病人因接受針灸治療，造成嚴重氣胸而需急救的狀況。似乎對中醫針灸的安全性本身即抱持懷疑態度。在衛生主管機關全力否定視障者針灸專業提案下，視障者仍無法回復日治時期曾有過的針灸業從業資格，也繼續維繫了去專業化的問題。

另一方面，視障者按摩保留制度的維持或放寬，可說是本次修法最大的爭議。立法院的審查會<sup>227</sup>上，支持給予一定程度開放的立委，引發了視障者按摩保留制度的存續危機。支持放寬者的意見主要有：1. 自由市場經濟，如果按摩技術好自然能在市場上生存。但主張者也支持針對視障者給予職業訓練或補貼視障按摩師，顯然非完全支持自由放任。2. 職業管制須具備公益性，如：醫師、律師、建築師、會計師的證照管制，但主張者認為按摩業證照管制不具這類公益性。此種論點是無視按摩業管制與公共衛生、民眾健康的關聯，以及按摩業所具有的專業性。3. 可改為較高比例的按摩業定額進用視障者制度，或保障視障者從事其他職業（如：音樂工作或播音員）的比例。4. 視障者按摩保留制度牴觸憲法對工作權、平等權的保障。

另一方面，支持存續者的意見為：1. 整體社會環境不平等，使視障者不得不從事按摩。按摩的工作很卑微，但仍是一份辛苦而有尊嚴的工作<sup>228</sup>。2. 一般企業<sup>229</sup>

<sup>226</sup>立法院秘書處（註 204），頁 520-525、558-560。

<sup>227</sup>立法院秘書處（註 223），頁 558-594。

<sup>228</sup>鄭龍水所描述的視障者處境如下：「本席與所有的視障者一樣，隨時可能面臨掉入水溝中、被



與公務員特考<sup>230</sup>任用視障者的意願也相當低。2.按摩工作與視障者間的契合性，視障者從事此工作較不受限。3.生存權應優先於工作權保障，因而視障者的生存權應優先考量。4.透過對憲法第 23 條公共利益的解釋，可以肯認限制非視障者從事按摩業合憲。

雖然雙方在支持維持或放寬按摩保留制度上有所對立，大致仍可歸納出委員間的三個共識：1.有許多視障者從事按摩業。2.視障者有能力從事按摩業以外的工作。3.基於視障者處於不利地位，應給予其一定程度的保障。另外，支持放寬者未必不注重視障者就業權益，支持存續者也未必認為視障者按摩保留制度沒有問題。比方說，支持放寬的趙永清委員便圍繞著「怎樣是對視障者的最佳保障」打轉，質疑只有按摩保留無法讓視障者有多元工作機會。支持存續的徐中雄將它稱作「上當條款」，因為政府好像會覺得定了本條就是對視障者的保障，除此就不用再給予其他保障。鄭龍水一方面認為這對障礙者來說也是種歧視性條款<sup>231</sup>，一方面又認為這是「不得已的保障條款」，亦即在社會環境尚未改善之前，若拿掉此條款，視障者將更無保障。

由於在審查會中無法達成共識，故決定將各版本草案保留至院會再繼續討論<sup>232</sup>。消息一出，便引發視障團體的不滿，包括省市各按摩業職業工會、盲人協進

---

摩托車撞傷、甚至有更嚴重的危險顧慮，我們寧願有一隻可以看得見的眼睛及可以行動自如的雙腳，這些保障只是盲人、殘障者在不得已的情況下，一方面因為生理上的殘缺，一方面由於政府政策的偏差，及社會觀念無法接受殘障者。所以我們很無奈的、很卑微的期望讓盲人做他現在最能做的工作——按摩。……臺灣有很多盲人靠按摩養活自己，甚至養活他的家人，可見按摩是一種辛苦而有尊嚴的工作。這是一個事實。」立法院秘書處（註 223），頁 584。

<sup>229</sup>吳武典曾於 1990 年調查「殘障者可能的工作機會為何」，請願意或已僱用障礙者的公私立機關自行填寫其認為何類障礙者適合何種職位。結果有 58 個機關填答肢障者，且公私立機關認為肢障者適合的職位也相當廣泛多樣。智能障礙者部分，則只有公立學校認為智能障礙者可勝任工友。最不獲賞識與了解的就是視障者，沒有任何機構填寫其認為適合視障者的職位。吳武典（註 132），頁 138-140。另可參本文討論 1990 年定額進用實踐時提到，受義務進用機關雇用的視障者比例也偏低，參第四章第二節第一項第三款一、定額進用的成果、困難與進用後的壓迫問題。

<sup>230</sup>靜宜大學校長李家同曾於聯合報上投書，指出殘障特考 360 個名額中，只有 2 個名額是給視障者，視障者名額過少的問題。李家同，三百六十個名額 盲胞只占兩個 進用殘胞 殘障特考能否起帶頭作用？，聯合報，1996 年 5 月 23 日 11 版。

<sup>231</sup> 很可惜，鄭龍水並未就視障者觀點，更深入闡述為何認為按摩保留在保障外同時帶有歧視性質。是因為政府無法排除結構性的就業歧視、無法提供視障者多元就業機會？或如徐中雄講的是「上當條款」，並不清楚。

<sup>232</sup>立法院秘書處（註 223），頁 594。

會、盲人重建院、啟明學校、惠盲教育協會、愛盲基金會等團體代表同時表達抗議，並獲得伊甸福利基金會、中華民國殘障人協會、殘障聯盟等團體的聲援<sup>233</sup>。他們先到支持開放按摩保留制度的趙永清立委的臺北縣中和市服務處表達抗議，再到立法院參加由立委陳鴻基、徐中雄主持的公聽會。趙永清在公聽會上意見轉趨柔性，表達若沒有更好的職業保障方式，便會讓此條文通過。值得注意的是，視障團體對視障按摩保留制度的支持，是與國家怠於改善視障者在整個就業市場的不利處境有關。視障團體在抗議立委要開放按摩業時，也指責政府怠於開發新職種、未進行全盤規劃，故仍希望保留按摩業作為視障者最後一條活路<sup>234</sup>。

之後的二讀會，由於立委們走院外朝野協商路線，在立法院會議紀錄中無法看到討論過程，只知道立委們進行二次協商後達成共識，主要協商者是趙永清與視障立委鄭龍水，視障者按摩保留制度被維持下來。但是，三讀宣讀完之後，國民黨的施台生委員表示異議，認為此法限制人民就業，有違憲問題<sup>235</sup>。一切協商重新來過，視障者按摩保留制度的存續危機再起。

之後，理容業者開始採用軟硬兼施的方式和視障者進行交涉。一方面，立委

---

<sup>233</sup>李惠美，爭工作權 盲胞 21 日北上請願，中國時報，1996 年 11 月 19 日 15 版。李文輝，盲人自救 抗議開放明眼人按摩：立委趙永清原則贊成保留原條文，中國時報，1996 年 11 月 22 日 16 版。陳碧華，保障工作權 盲胞有話說 不滿立院條文未過關 四五十人出席公聽會，聯合報，1996 年 11 月 22 日 16 版。

<sup>234</sup>李文輝，保障視障？空有其法，中國時報，1996 年 11 月 22 日 16 版。類似說法，也可見於全國按摩業勞委會祕書長陳志洋的報紙投書，陳志洋指出啟明教育未具前瞻性、未開發視障新職種的問題。陳志洋，視障按摩師 要何去何從，聯合報，1997 年 4 月 7 日 11 版。殘障聯盟祕書長王榮璋也批評殘障教育、輔導轉業訓練、新職種開發都不完善的狀況下開放按摩業，根本是逼視障者走絕路。梁玉芳，盲友顧飯碗 後天靜坐抗議 擔憂按摩開放條款剝奪就業機會，聯合報，1997 年 4 月 7 日 19 版。盲人重建院院長曾文雄也質疑政府做得不夠，在此狀況下談何工作選擇權？。陳碧華（註 233）。

另外，全國按摩業勞委會祕書長陳志洋於 2002 年再度投書報紙，談到視障者新職種開發刻不容緩的問題。陳志洋表示「音樂職業演出」是視障者第二大職業輔導目標。其他適合輕中度視障者工作則有如：節目主持人、錄音工程師、電話諮詢、電話行銷客服員、包裝助理、超商補貨員、手工藝品編織。問題是，視障團體也「還在等待政府社會給我們的支持與鼓勵」，顯示國家的支持還是不足。陳志洋，金門王走了「新職種」在哪 視障按摩者的悲歌，聯合報，2002 年 5 月 8 日 15 版。

<sup>235</sup>立法院祕書處（註 223），頁 784-787、820。關於施台生是否是受理容業者陳情而提出異議，本文尚未看到比較好的證據資料。中時晚報曾提到，由於立法院修法欲加重非法按摩的處罰，造成理容業反撲，透過施台生立委提出異議。但該篇報導較像是記者的敘事兼評論，未說明消息來源是理容業者、施台生立委或記者自己的臆測。郭淑媛、張麗伽，給視障者魚吃不如教他釣魚，中時晚報，1997 年 4 月 13 日 2 版。

代其向障礙團體提出交換條件，5000 家理容業者願意在開放條款通過之後，每家雇用 4 位盲胞<sup>236</sup>。另一方面，殘障聯盟等團體遭到不明人士恐嚇，警告帶頭陳情者「小心點」、「不要擋人財路」<sup>237</sup>。

障礙團體對此不為所動，仍然堅持守住視障按摩保留條款。全國按摩業勞委會祕書長陳志洋在報紙上投書表示<sup>238</sup>，在原先存有視障按摩保留條款的情況下，都有明眼人跟視障者借牌開按摩院，實際上兼營色情按摩的情形。一旦遭到取締，明眼人都跑得很快，只留下視障者，按摩技術士證照也因此被吊銷。如果開放明眼人按摩，此類色情按摩與合法掩護非法的情形只會更加嚴重。

1997 年 4 月 9 日上午，100 多名視障者高舉著「社會正義何在」、「明眼按摩色情加料」的白布條前往國民黨部向正在召開中常會的李登輝總統兼國民黨主席陳情，並抗議國民黨籍立委企圖開放明眼人從事按摩業<sup>239</sup>。下午轉到立法院前進行「七十二小時靜坐抗議」。視障者靜坐消息一出，由全國美容、理容、浴室、三溫暖等業者組成的「全國按摩業工作權自救會」也號稱發動萬人前往行政院、國民黨中央黨部、立法院前「靜坐四十八小時」，要和視障者的靜坐大對決<sup>240</sup>。

隔天下午朝野立委邀請理容業與視障團體代表一起協商，在雙方各有堅持的情況下不歡而散<sup>241</sup>。最後協調會決定，一週內由行政部門提出完整的保障視障者措施，再邀請雙方代表協調，協調確定前暫不處理身心障礙者保護法。

理容業者組成的「全國按摩業工作平等權自救會」於 4 月 16 日再行召開記

<sup>236</sup>梁玉芳（註 234）。

<sup>237</sup>梁玉芳，按摩工作權 明爭暗鬥不相讓 殘盟明赴立院陳情 消息曝光 竟遭放話恐嚇，聯合報，1997 年 4 月 8 日 7 版。

<sup>238</sup>陳志洋（註 234），（1997 年）。

<sup>239</sup>邵冰如，拄杖迎雨 盲胞爭按摩工作權 漂亮小姐馬殺雞 盲胞怨嘆：整月賺不到一萬 開放明眼人按摩 請問立委：社會正義在哪？，聯合晚報，1997 年 4 月 9 日 4 版。

<sup>240</sup>聯合報，爭奪按摩大餅 視障者 理容業 坐對 盲胞：爭取工作權 昨拄杖上街頭靜坐 明眼：有飯大家吃 今動員 萬人別苗頭 立委今邀雙方溝通，聯合報，1997 年 4 月 10 日 6 版。劉開元，立院首爭工作權 萬名理容業者與 10 餘視障者「對壘」兩派人馬都要展開馬拉松靜坐，警方區隔未生衝突；民進黨堅決主張保障視障者工作權，聯合晚報，1997 年 4 月 10 日 4 版。

<sup>241</sup>陳鳳馨、何明國、林秀玲，按摩工作權 理容業視障者面對面抗爭 雙方代表與立委協商無共識 「身心障礙者保護法」立院暫不處理，聯合報，1997 年 4 月 11 日 19 版。梁欣怡，按摩權之爭 協商破裂 視障團體堅持立院今表決，民生報，1997 年 4 月 11 日 21 版。

者會，提出更清楚的交換條件<sup>242</sup>，包括：1.每月應繳營業稅額的 30%作為愛盲教育基金。2.未繳交基金的業者將予處分。3.每 10 名員工中雇用一名盲人 4.受僱盲人每月 2 萬 4000 元的最低薪資保障。此外，理容業者還請到婦女新知基金會常務董事王如玄出面為其說話，以「遭遇坎河的邊緣女子心聲」為題，希望藉由理容業從業者的辛酸故事說服開放視障者按摩保留<sup>243</sup>。同日，全國視障按摩業者也緊急舉行記者會<sup>244</sup>，請出李總統夫人曾文惠的哥哥、臺灣盲人重建院院長曾文雄出面為盲人的工作權請命。他們表示，「盲人的尊嚴是錢買不到的」，政府對盲人的照顧太少，不願依賴理容業者的善意施捨。殘障聯盟理事曹愛蘭也發表聲明「敬告王如玄律師」<sup>245</sup>。曹愛蘭指出，理容業中的中年婦女與視障者比較，誰去轉行的可能性比較大？誰能從事的行業比較多？且視障者中也有一半是弱勢的婦女。

4 月 18 日，經過朝野協商後，決定視障按摩保留條文照二讀會的條文通過，但罰則部份，改為新臺幣 10000 元以上 30000 元以下罰鍰，並拿掉得連續處罰至改善為止的規定。比 1990 年的處罰略為加重<sup>246</sup>，但不若 1997 年修法原先欲通過的視障按摩處罰條款那麼嚴厲<sup>247</sup>。民間版草案將罰鍰轉作視障者就業基金的提議也獲通過。此時，在立法院外等待結果的視障團體與理容業代表都表達「無奈」、「不滿意但也只好接受」。發動近千位理容業者前來立法院群賢樓前陳情的臺北

<sup>242</sup>邵冰如，理容業願設愛盲基金 爭取按摩權 願捐出營業稅額三成助盲人，聯合晚報，1997 年 4 月 16 日 4 版。

<sup>243</sup>梁玉芳，按摩工作權 戰火再起 理容業：願雇用殘胞 視障者：尊嚴買不到 明眼按摩人稱靠勞力吃飯有辛酸 盲人重建院長指政府照顧不周，聯合報，1997 年 4 月 17 日 19 版。

<sup>244</sup>梁玉芳（註 243）。

<sup>245</sup>梁玉芳（註 243）。

<sup>246</sup>原本 1990 年殘障福利法第 27 條：「(第 1 項) 違反第十九條第一項 (即視障按摩保留條文) 規定者，處新臺幣三千元以上一萬五千元以下罰鍰。(第 2 項) 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營業場所之負責人。」

<sup>247</sup>立法院秘書處（註 223），頁 825-832。原先通過的罰則為 1997 年 4 月 18 日身心障礙者保護法第 65 條：「(第 1 項) 違反第三十七條第一項規定者，處新臺幣十萬元以上三十萬元以下罰鍰並限期改善；逾期未改善者，得按次連續處罰至其改善為止。(第 2 項) 前項情事於營業場所內發生時，依前項標準加倍處罰營業場所之負責人或其所有權人。同一負責人或所有權人二次以上違法時，其目的事業主管機關得依左列措施處罰：一、撤銷其營利事業許可之登記。二、勒令停業並採取斷水、斷電。三、兩年內不得於同一轄區經營相關行業。」

市理容同業公會副理事長盧正德表示，他不會放棄繼續與視障團體溝通，希望明眼人也能從事按摩<sup>248</sup>。

無論如何，視障按摩保留條文被維持下來。只是我們對於該條文如何被維持仍有些不清楚的地方，因為兩次關鍵的條文通過都是在朝野協商下進行，未留有相關紀錄。由於第一次通過是鄭龍水與趙永清協商的結果，應可推論，主要是依靠視障立委鄭龍水的支持。第二次的條文通過前，立委們似乎是希望將決定權交給視障團體與理容業者協商，只是雙方無法達成共識。如果由各個立院黨團的發言來看，也看不出視障者可獲得較大支持。原先只有民進黨黨團幹事長李進勇表示，在配套措施未完善前按摩業不應開放。國民黨立院黨團書記長洪性榮與新黨全國委員會召集人陳癸淼皆表示，政府要保障視障者的工作權，但未必要維持視障按摩保留<sup>249</sup>。不久，新黨召集人陳癸淼改變見解，表示該黨已決議一致支持視障團體<sup>250</sup>。不知是否為同為新黨的鄭龍水立委強力拉票後的結果。然而，當時立法委員席次分布為：國民黨 85 席；民進黨 54 席；新黨 21 席<sup>251</sup>，即便在該議題上民進黨與新黨立場一致，要動用表決的話仍敵不過占多數的國民黨<sup>252</sup>。或許可以說，視障者在抗議靜坐的場合與立法委員的支持度上，皆非多數，但少數者的堅持，仍深具意義與影響力。

最後，需再度指出，與 1990 年代前期相同，平等權在 1996 至 1997 年的按摩保衛戰中，仍是理容業者用來主張開放視障者按摩保留的依據之一，此次修法平等權也成為立委支持開放按摩保留條款的重要依據。視障團體與支持維持視障按摩保留的立委仍以生存權、工作權為論述基礎，未將平等權挪為己用。如果可

<sup>248</sup>梁欣怡，視障同胞 爭到按摩工作權 立院通過身心障礙者保護法 規定視障者才可從事按摩業 非法按摩業罰則將於下周五修正降低，民生報，1997 年 4 月 19 日 21 版。

<sup>249</sup>劉開元（註 240）。

<sup>250</sup>李季光，是否開放非視障者從事按摩業復議案：視障者要求立院一週內處理，中國時報，1997 年 4 月 12 日第 16 版。

<sup>251</sup>中選會選舉資料庫網站，第 03 屆立法委員選舉：各政黨席次表，<http://db.cec.gov.tw/histMain.jsp?voteSel=19951201A2>（最後瀏覽日：2015 年 10 月 11 日）。

<sup>252</sup>當然，國民黨立委也未必皆支持開放按摩保留條款，如徐中雄委員便是國民黨立委、支持維持按摩保留條款。本文無法一一了解當時每位立委的意見傾向，只能以政黨的意見傾向做大致的判斷。

以認為生存權、工作權有積極的內涵，為何不會想到某種積極的平等權主張也可能支持視障者按摩保留呢？實在有些可惜。

整體而言，1997 年的差異取徑僅有略為修改。在強制定額進用方面，主要由於徐中雄不願設置太多的除外機關，並無私人義務機關可排除定額進用，公立除外機關也不多。產能核薪議題則在立法討論中受到忽略而在加入申訴管道後獲通過。1990 年殘障福利法的討論結果，本文認為定額進用可以促進平等，產能核薪則讓障礙者容易受剝削，此二規範狀態大體維持下來。再者，本次修法最大的危機、最被認為與平等權衝突的部分，非視障者按摩保留制度莫屬。事實上，我們可以拿視障立委鄭龍水的意見，作為反從屬論平等觀支持維持按摩保留制度的理由，亦即，若取消/有條件開放按摩保留制度，視障者就業邊緣化的問題究竟是會變好還是變壞呢？鄭龍水認為視障者將更無保障。這或許也是其他視障團體、障礙團體支持維持按摩保留制度的理由吧！以下將進入 1997 年差異取徑的實踐情形。

### 第三款 趨於穩定的進用率與差異化規範爭議的持續

#### 一、趨於穩定的進用率與進用後仍存在的邊緣化壓迫

有別於 1990 年代前期，對於公私立機關不足額進用情況嚴重的諸多報導，1990 年代末期開始，出現了接近足額進用，甚至超額進用的報導。比如在 1999 年底，臺東縣全縣定額進用執行率已經高達 99%，只差臺電臺東營業處再進用一人<sup>253</sup>。在尚有機關不足額進用的同時，其他機關則出現超額進用的情形。臺東縣政府社會科表示，臺東縣障礙者義務進用機關有 62 個，應進用障礙者 136 名，實際上所有義務進用機關已進用到 236 人。當然，我們也須注意 1997 年身心障礙者保護法定額進用的計算方式已與 1990 年殘障福利法略有不同，不論是公部門的警政、消防、關務及法務單位進用總人數可另行計算(即可將部分職位除外)，

<sup>253</sup>周全剛，身心障礙者就業基金管委會：再進用一身障者 台電便 100 分，聯合報，1999 年 12 月 29 日版。

或進用 1 名重度障礙者可以計算為 2 人，都讓足額進用變得更加容易。

從 2002 年之後定額進用的相關統計資料<sup>254</sup>來看，也可以觀察到類似的情形。其他縣市的足額進用率可能沒有臺東縣這麼高，因此，2002 年底仍有 12.77% 的公私立機關未達進用標準，同時，就整體義務進用機關來看，則實際進用人數與法定進用人數的比值已經達到 144.22%。之後，不足額進機關的比率緩緩下降，但仍約有 10% 的機關維持不足額進用，整體義務進用機關超額進用的比率大約維持在 130% 到 140% 之間。可以說，不論是不足額進用或超額進用的情形，在 2000 年代前期已經顯現比較穩定的趨勢。

再者，1990 年代前期的制度實踐中，不論從定額進用義務機關雇主主觀態度或實際雇用情形來看，視障者的雇用率皆不佳，到 2000 年代初期仍是如此。吳秀照曾於 2002 年 5 月至 12 月利用勞委會職訓局中彰投就業服務中心的資料庫進行電話訪問，有雇用障礙者的企業中，72.2% 有雇用肢障者；27.4% 有雇用聽障者；再其次為智能障礙者、語障者，吳秀照也提到精障者與重要器官失去功能者占障礙者人數比不低，雇用比例卻偏低的問題<sup>255</sup>。似乎沒有訪問到雇用視障者的企業。對此，視障團體展開了新的自力救濟行動。2003 年，中華視障聯盟開始推動「企業按摩師」計畫，中華視障聯盟副秘書長蔡再相透過報紙向企業喊話，與其不足額進用、繳納相當於基本工資的差額補助費，不如將這些錢拿來聘僱具有專業證照的視障按摩師，發按摩券給員工，以按摩獎勵員工<sup>256</sup>。殘障聯盟理事長林石旺也認為，此為三贏策略，可提昇企業形象、造福員工、又幫助視障朋友就業<sup>257</sup>。報導刊出後，該計畫有陸續獲得一些公司響應<sup>258</sup>。2004 年開始，臺北

<sup>254</sup>參附表十：定額進用身心障礙者概況。

<sup>255</sup>補充說明，吳秀照電話訪問有效問卷為 126 份，由其用語為「企業」來看，似未訪問公部門。另外，受訪企業是否限於定額進用義務機關也不清楚。參吳秀照，行政院勞工委員會職業訓練局台中區就業服務中心 91 年度身心障礙者就業服務滿意度調查，行政院勞工委員會職業訓練局台中區就業服務中心委託研究報告，（2002 年）。轉引自吳秀照（註 185），頁 163-165。

原文為「重度器障者」，似指法定用語中的「重要器官失去功能者」。若重視障別差異，可發現頑性癲癇症者、罕見疾病者並未列入吳秀照的討論。

<sup>256</sup>林怡婷，工作累了，拿張按摩券，立刻馬一下 如果辦公室有按摩師…，聯合報，2003 年 7 月 7 日 A6 版。

<sup>257</sup>林怡婷（註 256）。

市勞工局也跟進推動企業雇用專職<sup>259</sup>視障按摩師計畫，至 2007 年 3 月，共協助 130 多位視障按摩師進入 30 多家企業就業<sup>260</sup>。此計畫可能如臺北市勞工局所說，可以改善視障按摩師客戶、工時、收入皆不穩定的困境<sup>261</sup>，也可提升定額進用義務機關雇用視障者的比例。然而，定額進用不應該只是數人頭的問題，這些企業雖然雇用了視障者，但他們並沒有就此認識到視障者也可能從事其他各種工作，也就無助改變對視障者就業的刻板印象。

雖然 1997 年修法後定額進用實踐狀況較佳、趨於穩定，減緩了障礙者被排除於就業市場外的壓迫，我們仍可以發現進入就業市場後的不平等問題。如有肢障者在郵局擔任約聘員工，工作為半日，薪資亦以半日計算，希望爭取成為全職員工遭到拒絕<sup>262</sup>。只願讓障礙者做半日工，是因郵局對障礙者懷有「較適合做部分工時，因其生理狀況，如體力較差及殘度較重者」的刻板印象<sup>263</sup>。顯係忽略不同障礙者的工作意願與能力。藉由此案，我們也可發現定額進用員額計算上的其他巧門，據臺北市勞工局表示，郵政總局員工有 20000 多人，依法應進用 200(按：應為 400 名<sup>264</sup>)名身心障礙者，郵政總局進用 500 多位身心障礙者看似超額進用，但實際上是進用半日工作的障礙者。總之，我們不應只滿足於漂亮的統計數字，狀似足額進用、甚至超額進用的統計下，仍有著對障礙者就業的刻板印象，受雇用的障礙者也可能是「約聘」的「半日工」，而非正職、全職工作者，因而受有

<sup>258</sup>林怡婷，累了嗎 上班也可「馬一下」 第一位視障企業按摩師誕生 張樹生月薪一萬六 裕融員工期待每周二、三的午後，聯合報，2003 年 10 月 2 日 A12 版。孫中英，《財經快遞》員工上班還可「馬兩節」 中租迪和聘殘障按摩師，聯合報，2004 年 5 月 1 日 C2 版。

<sup>259</sup>郭峰誠、張恆豪 2009 年對視障者進行訪談時，也有發現視障按摩師進入企業的現象。但受訪視障者提到，很多視障按摩師是一週到企業按摩 2-3 天，或許有不少視障按摩師進入企業，但非「專職」。郭峰誠、張恆豪，保障還是限制？定額進用政策與視障者的就業困境，臺灣社會研究季刊，83 期，頁 117 (2011 年)。

<sup>260</sup>楊芷茜，視障按摩師 為上班族「療傷」，聯合報，2007 年 3 月 22 日 C2 版。經濟日報，任用身心障礙者 政府助一臂之力，經濟日報，2006 年 12 月 24 日 B8 版。

<sup>261</sup>楊芷茜 (註 260)。

<sup>262</sup>戴安瑋，郵局守法半吊子 殘胞只准半天班 勞工局認已構成就業歧視，聯合晚報，1998 年 3 月 31 日 12 版。

<sup>263</sup>臺北市勞工局 (編)，就業歧視暨兩性平等實例介紹暨法令研討專輯，頁 38-40 (2005 年)。

<sup>264</sup>報紙轉載的臺北市勞工局說法似有問題，郵政總局應該屬「公營事業機構」，進用率為 2%，所以依法應進用 400 名障礙者。



進入就業市場後的邊緣化壓迫。

## 二、仍未解的產能核薪認定問題

在強制定額進用的實踐情形趨於穩定的同時，其他差異化職業規範的既有問題仍舊存在。1990年代前期實踐我們看到產能核薪規定有可能成為雇主恣意減薪的憑藉，到此時期問題似仍未解決。雖然1997年修法規定有爭議時可以向身心障礙者保護委員會申訴<sup>265</sup>，但相關案件並不公開，難以得知是否有相關申訴，或相關申訴如何被處理。再者，依1997年身心障礙者保護法第7條設立的身心障礙者保護委員會，其組織定位為何、是否能處理申訴案件？亦有疑義。2007年身心障礙者權益保障法第10條（主管機關應遴聘障礙者/團體代表參與辦理身心障礙者權益保障事項）的立法理由即指出，原先1997年身心障礙者保護法第7條規定的權益受損「申訴」審定，性質上並非行政救濟程序，因而2007年修法將其改為處理權益受損「協調」事宜<sup>266</sup>。相對而言，美國負責處理就業歧視的平等就業機會委員會（Equal Employment Opportunity Commission, EEOC），雖然其處理就業歧視紛爭時，也常採取協商、和解、勸服等非訴訟紛爭解決程序，但若透過這些程序仍無法解決紛爭，平等就業機會委員會可以代替受歧視當事人提出訴訟，由該委員會律師無償提供法律服務，對於易受歧視的弱勢群體成員較為有利<sup>267</sup>。

另外，2002年，臺中縣社會局副局長王秀燕曾表示，身心障礙者保護法有

<sup>265</sup> 1997年身心障礙者保護法第33條：「(第3項)前項產能不足之認定及扣減工資之金額遇有爭議時，得向依本法第七條成立之保護委員會申訴之。」1997年身心障礙者保護法第7條：「(第1項)各級主管機關應設立身心障礙者保護委員會，以行政首長為主任委員，各目的事業主管機關、身心障礙者或其監護人代表、身心障礙福利學者或專家、民意代表及民間相關機構、團體代表等為委員；其中身心障礙者或其監護人代表、民意代表及民間相關機構、團體代表等不得少於三分之一。(第2項)前項保護委員會辦理下列事項：一、整合規劃、研究、諮詢、協調推動促進身心障礙者保護相關事宜。二、審議身心障礙者權益受損申訴事宜。三、其他促進身心障礙者權益及福利保護相關事宜。第一項保護委員會組織規程，由中央主管機關定之。(第3項)身心障礙者權益遭受損失時，其最終申訴及仲裁，由中央主管機關之保護委員會辦理。」

<sup>266</sup> 立法院公報處，立法院議案關係文書院總第1032號政府提案第10602號，立法院第6屆第4會期第4次會議議案關係文書，頁13（2006年）。

<sup>267</sup> 焦興鎧，美國平等就業機會委員會機能之研究，律師雜誌，243期，頁63-87（1999年）。焦興鎧，美國兩性工作平等救濟制度之研究，臺北大學法學論叢，47期，頁106-109、113-117（2000年）。

產能不足雇主可調整薪資的規定，但未說明如何認定「產能不足」<sup>268</sup>，可見「由誰來決定產能」與「如何決定產能」的問題仍不清楚，連行政機關都覺得有疑義。

值得一提的是，在 70%產能核薪之外，2002 年障礙者也面臨制定「次基本工資」的威脅。2002 年行政院勞委會舉行的基本工資審議委員會議，其中一項議案是討論是否要制定「次基本工資」，讓身心障礙、青少年、中高齡、外籍勞工的薪資與基本工資脫勾<sup>269</sup>。對此，除了障礙團體表達要向勞委會抗議、「次基本工資」是一種歧視之外<sup>270</sup>，工運團體也表達了不滿，障礙團體與工運團體在此訴求上有了交集。工人立法行動委員會、勞動人權協會皆批評制定次基本工資的作法是替資方解套<sup>271</sup>。身為審議委員之一的全國總工會也發表聲明表示制定次基本工資是將身心障礙者當成次等公民，根本違反就業服務法禁止就業歧視的規定<sup>272</sup>。最後，在資方代表支持、勞方反對次基本工資與障礙者的批評聲浪下，勞委會自己決定擱置議案，暫不討論次基本工資<sup>273</sup>。由此可見，工運團體也認同障礙者作為勞動者的一份子，並不希望障礙者被排除於一般基本工資規範的適用。只是，工運團體似也未注意到障礙者獨有的 70%產能核薪問題，未在相關議題上發表意見<sup>274</sup>。

<sup>268</sup>陳秋雲，次基本工資 身障團體：另類歧視 勞工局、社會局也質疑勞委會作法 對是否能提升身心障礙者就業率 大打問號，聯合報，2002 年 6 月 12 日 18 版。

<sup>269</sup>勞委會表示這是資方團體的要求。參陳怡如，今年基本工資可能調降 GDP 取代勞動生產指數計算公式將調整，經濟日報，2002 年 6 月 11 日 6 版。

<sup>270</sup>陳秋雲（註 268）。

<sup>271</sup>徐國淦，身心障礙者 另訂次基本工資 較現行基本工資還低 外勞比照辦理 勞委會擬增訂時薪及日薪制 勞工團體揚言抗爭，聯合報，2002 年 6 月 10 日 1 版。

<sup>272</sup>徐國淦，勞委會：次基本工資 非次等公民 全國總工會發表聲明 認已違就業服務法相關規定，聯合報，2002 年 6 月 11 日 4 版。

<sup>273</sup>徐國淦，基本工資暫不調 次基本工資叫停 勞委會審議委員會推翻新版計算公式 另組專案重新討論 日薪、時薪制也因反對而暫不討論，聯合報，2002 年 6 月 12 日 22 版。

<sup>274</sup>嚴格來說，只是筆者並未查到工運團體對 70%產能核薪或 2007 年後庇護工場無下限產能核薪議題發表意見的資料。搜尋範圍包括聯合知識庫的報紙資料、台灣勞工陣線網站（可查詢 1984 年至今的各期《勞動者雜誌》目錄標題）、《台灣勞工的主張：2000 年勞動政策白皮書》（由台灣勞工陣線、台北市上班族協會、台灣原住民勞工聯盟共同著作）、國史館編《戰後臺灣勞工運動史料彙編》（內容主要是台灣勞工陣線捐贈的檔案資料）、苦勞網。

苦勞網曾轉載蘋果日報的新聞，2010 年「次基本工資」的提案再起，希望依各地區差異，以及青少年、高齡、身障、見習生等身分制定不同基本工資標準。殘障聯盟常務理事林進興與台灣勞工陣線秘書長孫友聯皆不認同此做法，障礙團體與工運團體再度有交集。只是產能核薪仍未被討論。陳嘉恩，基本工資擬以城鄉分級 身障者適用低標準 勞團批圖利資方用廉價勞工，蘋果日報，

### 三、仍只有理容業者使用的不平等論述

視障者按摩保留制度如同產能核薪，延續著 1990 年代前期即存在的問題，視障者與理容業者的按摩保衛戰再度上演。事件起因於內政部長余政憲接受明眼人按摩<sup>275</sup>，連身心障礙者保護法中央主管機關（內政部）首長都已淪陷接受明眼人按摩，顯示在實踐上非法按摩的普遍。事件爆發後，明眼人是否可從事按摩業的問題又開始受到媒體關注。2003 年 10 月，理容業者趁此機會組成「中華民國視聽理容工作平等促進會」，請民進黨立委張清芳舉行公聽會，邀來法律學者蔡墩銘在公聽會上背書，表示視障者按摩保留條款侵害憲法第 15 條保障人民的工作權<sup>276</sup>。立委林忠正也表示要提案開放明眼人從事按摩業，同時要求理容業必須至少聘用一名領有執照的視障按摩師<sup>277</sup>。對此，已卸下立委身分的愛盲文教基金會董事長鄭龍水陪同臺北市盲人福利協進會、中華視障經穴推廣協會、伊甸基金會事業發展處、中華民國視覺障礙人福利協會、臺北市惠盲教育學會、愛盲護康中心等團體，拜會立法院各黨團，希望立委不要開放明眼人從事按摩業<sup>278</sup>。值得注意的是，針對此事件，視障重建專業發展協會秘書長陳志洋也投書報紙表示視障按摩具有一定技巧與專業，須通過按摩技術士技能檢定考試，並非只要是盲人就可以按摩，但是這樣的專業卻常常不受尊重<sup>279</sup>。陳志洋表達了按摩業職業聲望低，明明有一定技術、可以往專業化發展，卻往往不被肯定為專業的困境。

後來，民進黨立委林忠正與國民黨立委關沃暖分別於 2003 年 10 月、12 月針對視障者按摩保留條款提出修正草案<sup>280</sup>，希望開放非視障者也可從事按摩，並獲

---

2010 年 2 月 25 日，

<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20100225/32321229/%E5%9F%BA%E6%9C%AC%E5%B7%A5%E8%B3%87%E6%93%AC%E4%BB%A5%E5%9F%8E%E9%84%89%E5%88%86%E7%B4%9A>（最後瀏覽日：2015 年 11 月 24 日）。

<sup>275</sup>林修全，明眼人按摩 民代促合法，聯合晚報，2003 年 9 月 26 日 2 版。

<sup>276</sup>林修全，《立法院》明眼人爭權益 視障團體拔河，聯合晚報，2003 年 10 月 7 日 3 版。

<sup>277</sup>楊清雄，有立委 將提案 開放明眼人從事按摩 立委林忠正擬提案刪除明眼人限制條款，視障團體展開工作權保衛戰，6 年前對峙場面即將重現，民生報，2003 年 10 月 8 日 A3 版。

<sup>278</sup>楊清雄（註 277）。

<sup>279</sup>陳志洋，視障按摩 又一個恥辱烙印 結合技巧與醫療的職業 豈是「理容業」能取代，聯合報，2003 年 9 月 26 日 A15 版。

<sup>280</sup>立法院公報處，立法院議案關係文書院總第 1032 號委員提案第 5153 號，立法院第 5 屆第 4

一讀通過<sup>281</sup>。另外，陳道明等立委則是透過比較迂迴的方式與語氣，請行政院重新研擬具體可行的按摩業管理方案<sup>282</sup>。對此，內政部 2004 年 3 月 3 日的回函<sup>283</sup>做了不少說明，最重要者莫過於說明第 5 點：「在視障者就業機會尚未能全面參與前，立法保障視障者從事按摩業仍有其必要。」立法院方面似乎在內政部反對開放的情況下就此作罷<sup>284</sup>。總之，視障者按摩保留條款備受挑戰，但仍在視障者立法遊說與內政部支持下繼續維持下來<sup>285</sup>，只可惜平等權的論述仍然只有理容業者使用。

關於 1997 年差異取徑的法律形構與實踐，雖然有刪除產能核薪的提議、開放理容業者從事按摩業的提議與動員、將許多公私立機關的職位排除定額進用計算的提議。修法結果大體上仍維持 1990 年的規範狀態：產能核薪規定未刪除；非視障的理容業者仍無法從事按摩業；僅有公部門的警政、消防、關務及法務單位的職位可以排除定額進用的員額計算。在此規範狀態下，產能核薪認定爭議與視障按摩業者、理容業者的按摩保衛戰爭議，也就跟著維持下來。

整體來看，本時期對於促進障礙者就業較有幫助的制度仍是強制定額進用，只是當進用率趨於穩定之後，就不再容易單純由統計上看出就業促進的進步。當然，本文也不認為看待強制定額進用時只要注意統計數字，公私立機關進用障礙者後仍可能有其他不平等問題，如：視障者仍是做按摩師、障礙者只能做約聘的

---

會期第 7 次會議議案關係文書，頁 41-44（2003 年）。立法院公報處，立法院議案關係文書院總第 1032 號委員提案第 5321 號，立法院第 5 屆第 4 會期第 15 次會議議案關係文書，頁 123-126（2003 年）。

<sup>281</sup>立法院公報處，院會紀錄，立法院公報，92 卷 45 期，頁 3-4（2003 年）。立法院公報處，院會紀錄，立法院公報，92 卷 59 期，頁 5-6（2003 年）。

<sup>282</sup>陳道明等立委的說法為：「建請政府應針對社會現實需求及憲法保障人民工作權之精神，召集相關單位研擬具體可行之策略，落實對按摩業之管理，並兼顧保障視障者之工作權」。參立法院公報處，立法院議案關係文書，立法院第 5 屆第 5 會期第 8 次會議議案關係文書，頁報 757-761（2004 年）。

<sup>283</sup>立法院公報處（註 282）。

<sup>284</sup>高雄市按摩業職業工會曾於 2004 年 6 月 8 日向立法院請願，對林忠正的提案提出書面意見。立法院衛生環境及社會福利委員會援引內政部認為不宜修訂視障按摩保留條款的見解，回覆給高雄市按摩業職業工會。立法院公報處，立法院議案關係文書，立法院第 6 屆第 1 會期第 9 次會議議案關係文書，頁報 335（2005 年）。

<sup>285</sup>不過，內政部支持視障者按摩保留條款，內政部長卻私下接受非視障者的按摩，不免令人有種衝突與矛盾的感覺。

半日工。另外，視障者按摩保留制度的罰鍰轉作視障者就業基金，可能也對促進視障者（按摩業之外的）就業有幫助，而不只是限制非視障者不得從事按摩業。只是這些就業基金是否主要又是提供按摩師的職業訓練、補助設立按摩站<sup>286</sup>，就難以確定。

### 第三項 2007 年的法律形構與實踐

#### 第一款 取得障礙者共識的行政院版草案

本次立法有不少委員提案，但對整部身心障礙者權益保障法通盤檢討的版本只有行政院版。先前曾經提出修法草案的殘障聯盟與徐中雄，為何沒有在本次修法提出修法版本呢？殘障聯盟方面，可由相關資料中看到，2000 年政黨輪替後，障礙團體進入國家參與制度決策的狀況變得比較頻繁<sup>287</sup>。或許由於跟行政機關討論修法的管道變得比較暢通，殘障聯盟選擇了跟國家共商修法<sup>288</sup>，在進入立法院前先進行不同意見的協調。再者，值得注意的是，曾任殘障聯盟秘書長的王榮璋在本次修法時成為民進黨的不分區立委，殘障聯盟終於有在立法院中的發言人。據王榮璋的說法，王榮璋除了參加內政部的修法會議，還有參加各種會前會、會後會、會外會與宣導，其意見已經融入在行政院的法案中，而且行政院的法案也有再給相關團體確認過<sup>289</sup>。徐中雄方面，在立法資料上也可見其參與立法工作甚

<sup>286</sup> 依 1997 年身心障礙者保護法授權訂定的〈視覺障礙者就業基金管理及運用辦法〉（1999 年公布，2008 年廢止，廢止應是因為 2007 年身心障礙者權益保障法修法將相關罰鍰併入身心障礙者就業基金）第 5 條：「本基金之用途如下：一、補助或辦理視覺障礙者職業訓練。二、補助或辦理視覺障礙者就業服務及安置。三、辦理視覺障礙者創業貸款。四、補助設立及經營視覺障礙者示範按摩中心（院）。五、其他推行視覺障礙者就業促進相關事項。六、管理及總務支出。七、其他有關支出。」行政院勞委會則訂有行政規則〈視覺障礙者就業基金補助示範按摩中心（院）要點〉（2000 年公布）與〈視覺障礙者就業基金補助作業要點〉（2001 年公布，2009 年廢止）。從規範上只能看出補助「示範按摩中心」仍是重點項目之一。

<sup>287</sup> 謝東儒、張嘉玲、黃珉蓉（註 120），頁 307-308。

<sup>288</sup> 2004 年 4 月到 10 月間，殘障聯盟曾參與內政部主辦的「身心障礙者保護法研修小組委員會」，共 24 次的會議。參中華民國殘障聯盟，覺醒・奮進：走過台灣身心障礙權益二十年，頁 186（2010 年）。

<sup>289</sup> 立法院公報處，立法院第 6 屆第 5 會期衛生環境及社會福利委員會第 12 次全體委員會議紀錄，立法院公報，96 卷 36 期，頁 193（2007 年）。

多<sup>290</sup>。或許可以認為本次行政院版的草案大體上有達成各方的共識，所以障礙者不用另行提出修法版本。

障礙團體與行政機關共商修法，比較明顯的優點在於草案送入立法院審議後，可能通過較快速，較不須花時間比較不同版本與抉擇採哪個版本較佳。特別是 2007 年的身心障礙者權益保障法是修正全文共 109 條，若逐條比較不同版本差異，顯然相當費時。比較可惜的是，我們也就較難如 1990、1997 年的修法，藉由比較不同版本草案了解行政機關與障礙者/團體在修法意見上的差異。比如 1989 年<sup>291</sup>與 1997 年<sup>292</sup>的修法草案，視障團體皆有希望讓視障者也可取得針灸或物理治療專業資格的主張，但都不被醫療主管機關衛生署接受。由於本次修法只有行政院版，難以確定障礙團體與行政機關商議修法的過程中，是否仍對此議題有所爭執。

另外，有點令人意外地，視障者按摩保留制度在本此修法中討論與爭議皆甚少，主要的改變僅是將按摩執業許可證的核發與管理從社政機關改為由勞工主管機關管轄。因此，以下對 2007 年的修法，本文只討論差異取徑其他面向歷經的制度整備，包括：1.強制定額進用：承襲前兩次修法，一方面修改進用比例與門檻以增加進用員額，另一方面增加某些公立機關的職位可排除於進用員額計算範圍。2.確立庇護工場的性質，庇護工場與障礙者間有勞雇關係。3.將原本所有雇主皆可用的 70%產能核薪，改成只有庇護工場可採用的、無限制比例的產能核薪。

## 第二款 差異化規範的重新整備

### 一、增加進用員額與除外機關

由行政院版草案來看，本次強制定額進用的修法<sup>293</sup>主要包括三點：第一，定額進用比例與門檻的改革方案。公立機關進用門檻與比例由原本員工總數 50 人

<sup>290</sup>立法院公報處（註 289），頁 188。

<sup>291</sup> 參第四章第二節第一項第二款四、視障按摩加入處罰規範與反對聲浪動員未果。

<sup>292</sup> 參第四章第二節第二項第二款三、立法院內外的按摩保衛戰與取得針灸專業的挫敗。

<sup>293</sup>立法院公報處（註 289），頁 25-28。

以上需進用 2%障礙者改為員工總數達 34 人需進用 3%障礙者，私立機關則由原本員工總數 100 人以上需進用 1%障礙者改為員工總數達 67 人需進用 1%障礙者，且不得少於 1 人。

第二，增加可排除在定額進用計算範圍的公立機關。原先只有警政、消防、關務、法務四個公立機關可以另定定額進用計算方式，本次修法再加入國防、海巡、航空站三單位。修法理由主要仍是工作性質問題，這些機關的工作性質與先前的除外機關相似，如：海岸巡防署是納編軍職、警察、海關等單位人員組成，航空站消防人力占三分之一以上，因而得以共同成為除外機關。

第三，增加半日半薪工作者條款。障礙員工薪資未達基本工資時，不得計入進用障礙者人數，但若薪資達基本工資二分之一，進用 2 位半薪工作者得當成進用 1 位障礙者。修法理由是要保障無法全時工作之障礙者進入職場，但實際上的原因或許是發現義務進用機關約聘障礙者員工從事半日工作、給半薪，卻可以計算為進用 1 位障礙者的問題<sup>294</sup>，有防弊的意味。

這三點中，只有定額進用比例與門檻改革方案有其他立委提案並在立法院的討論中有不同意見。為何會在此時修改定額進用比例與門檻呢？由各草案<sup>295</sup>中可觀察到的理由包括：1. 障礙者人數已接近或超過全國總人口 4%，由於障礙者人口增加，進用比率也應跟著增加。2. 由比較法來看，我國的進用率不高，在比例與門檻上皆有調整空間。3. 從 2000 年代前期的定額進用實踐可以看到，已經有 9 成左右的機關達成原先的進用目標，甚至有超額進用的情形，因此，有再增加進用比率的空間。4. 政府或公立機關需承擔較大責任。所有提案中，公立機關的進用門檻皆比私立機關低、進用比率皆比私立機關高，表示提案者普遍同意公立機關有帶頭示範作用。5. 最後一個理由可能是工商團體代表的抗議。此可由對照 2004 年內政部修法小組民間團體建議<sup>296</sup>與 2006 年行政院版草案推測得知。原本

<sup>294</sup> 參第四章第二節第二項第三款一、趨於穩定的進用率與進用後仍存在的邊緣化壓迫。

<sup>295</sup> 參表 4-3：定額進用比例與門檻改革方案，以及該表的資料來源。

<sup>296</sup> 該建議內容寫在行政院版草案的立法理由中。

民間團體希望私立機關進用比例從 1%提高為 1.5%<sup>297</sup>。在 2006 年與工商團體代表會談後，便維持原本 1%的進用比例，僅進用門檻調降為 67 人符合原本民間團體的主張。

有趣的是，雖然各草案的修法理由有重覆或雷同的情形，但大家訂出來的進用比例與門檻都不太一樣。不論是 2005 年林重謨等委員提案或 2007 年賴幸媛等委員修正動議，進用障礙者的員額皆比行政院版本草案高<sup>298</sup>。在立法院委員會審查時，盧天麟委員也曾主張公部門進用比例可提昇到 4%，但面對其他立委（提案）主張可以再增加定額進用比例或降低門檻，民進黨不分區立委王榮璋與勞委會副主任委員曹愛蘭（王榮璋曾任殘障聯盟秘書長，曹愛蘭曾任殘障聯盟理事、顧問）卻都表示，強制定額進用不是促進障礙者就業唯一的方式，若能循序漸進，並爭取到私人企業的配合，對障礙者就業較有幫助（惟須注意，若只是擔心「私人企業」反彈，似不須拒絕公部門進用比例提昇到 4%的提案）<sup>299</sup>。顯見工商團體的影響力不容小覷，障礙團體在立法倡議時也無法忽視。而且，行政院版草案似乎是在立法院審查討論前，已經取得行政機關、障礙團體、工商團體共識的版本，或許因此王榮璋與曹愛蘭傾向盡速通過行政院版草案即可<sup>300</sup>。

後來盧天麟或其他委員並未再堅持各版本的進用比例與門檻改革方案，包括增加進用除外機關與半日半薪工作者條款，基本上都是照著行政院版草案原先的

<sup>297</sup>在 2004 年時，殘障聯盟秘書長王榮璋曾表示他們最近在參加內政部修法公聽會，希望可以將定額雇用比例「加倍」。如果真的要加倍，應該改成公立機關進用 4%，私立機關進用 2%。所以，後來民間團體只建議「公立機關進用 3%，私立機關進用 1.5%」，可能已有考量一下改太多易遭致反彈。參梁欣怡，雇用身障重殘者 補助減半 民間團體：提撥就業安定基金，民生報，2004 年 5 月 12 日 A3 版。

<sup>298</sup>雖然「表 4-3：定額進用比例與門檻改革方案」列出 5 個提案，實際上本次修法在立法院中競逐的版本只有 3 個：2006 年行政院版草案、2005 年林重謨等委員提案、2007 年賴幸媛等委員修正動議。2004 年內政部修法小組民間團體建議是在協商行政院版草案時障礙團體的意見。2003 年羅志明等委員提案應是基於屆期不連續原則，第 5 屆立法委員提案未經決議無法再延到第 6 屆做審查。

<sup>299</sup>立法院公報處（註 289），頁 213-217。

<sup>300</sup>盧天麟主張公部門進用比例可提昇到 4%時，王榮璋甚至有點不耐煩地表示：「請問主席，逐條發言沒有時間限制嗎？」希望盧天麟的發言盡快結束。另外，因為盧天麟的不同意見、認為本條有爭議，主席宣告定額進用條款保留到之後繼續討論時，曹愛蘭也表示「立法說明欄裡我們已經明確地敘述」，希望可以不用保留，直接通過。參立法院公報處（註 289），頁 215、217。



設計通過。大體上，本次強制定額進用修法延續了前兩次修法，一面納入更多定額進用義務機關或提高義務進用比例，使障礙者被排除於就業市場的壓迫得以減緩，另一面讓某些公立機關的職位排除於進用員額計算，不需進用那麼多障礙者。看似作用力相反，但參與修法的行動者或許認為這是比較合理的進用與計算方式。

表 4-3：定額進用比例與門檻改革方案

提出時間	提出者	內容
2003	羅志明等委員提案	公立機關進用身心障礙者人數不得低於員工總人數 4%
2004	內政部修法小組 民間團體建議	公立機關進用門檻修正為 34 人、進用比率修正為 3%，私立機關進用門檻修正為 67 人、進用比率修正為 1.5%。（其計算結果以最少進用一人為門檻、進用比率調整原則，即公立：34 人×3%=1.02 人、私立：67 人×1.5%=1.005 人）。
2005	林重謨等委員提案	公立機關進用身心障礙者人數不得低於員工總人數 3%，私立機關進用身心障礙者人數不得低於員工總人數 2%
2006	行政院提案（與同年中央行政機關、地方政府、身心障礙團體及工商團體代表開會協商結果同）	公立機關進用門檻修正為 34 人、進用比率修正為 3%，私立機關進用門檻修正為 67 人，且不得少於 1 人。
2007	賴幸媛等委員修正動議	公立機關進用門檻修正為 25 人、進用比率修正為 4%，私立機關進用門檻修正為 67 人、進用比率修正為 1.5%。

製表：陳力宇

資料來源：立法院公報處<sup>301</sup>

<sup>301</sup>立法院公報處（2003），立法院議案關係文書院總第 1032 號委員提案第 5382 號，立法院第 5 屆第 4 會期第 18 次會議議案關係文書。立法院公報處，立法院議案關係文書院總第 1032 號委員提案第 6260 號，立法院第 6 屆第 1 會期第 14 次會議議案關係文書（2005 年）。立法院公報處（註



## 二、庇護工場勞雇關係確立與限於庇護工場的產能核薪

與定額進用的重新整備方向主要是延續前兩次修法不同，產能核薪與庇護工場的重新整備有不同於以往的質變。在庇護工場工作的障礙者是否為勞動者原本有疑義，本次修法則確立障礙者與庇護工場間具勞雇關係。原先雇主可依障礙者產能僅給予 70% 薪資的產能核薪規定，則轉換成限於庇護工場的、無下限的產能核薪。此二轉換是如何發生的呢？這要從 2007 年修法前一般性就業市場的產能核薪規範與庇護工場的薪資狀況談起。

一方面，產能核薪規範在 1990 年是以「為使雇主樂於僱用障礙者」的理由進行立法，但在勞雇關係不平等的實踐下，反易淪為雇主恣意扣減薪資的憑據<sup>302</sup>。另一方面，庇護工場的薪資狀況更為複雜。雖然從 1981 年開始，殘障福利法施行細則即有庇護工場的規範（當時條文稱作「福利工廠」）<sup>303</sup>，但規範密度不高，也都一直未特別針對庇護工場的薪資問題有所規範。如此一來，庇護工場如果是作為提供障礙者工作的工作場所，應該要適用較一般性的規範。所謂一般性規範，是指在 1990 年之前受勞動基準法保障，而在薪資部分，1990 年之後則如先前<sup>304</sup>所提到：殘障福利法雖有減薪規定，但依勞動基準法第 21 條與主管機關的行政函釋，酌減後待遇仍不得低於基本工資。

問題是，在實踐上可以看到一些庇護工場在 2007 年之前，已經有低於基本工資的情形出現<sup>305</sup>。為何這些庇護工場可發放低於基本工資的薪資？理由可能是

---

266)，頁 25-28。立法院公報處（註 289），頁 214。立法院公報處，立法院第 6 屆第 5 會期衛生環境及社會福利委員會第 20 次全體委員會議紀錄，立法院公報，96 卷 47 期，頁 54-55（2007 年）。

<sup>302</sup> 參第四章第二節第一項第三款二、勞雇關係不平等下的產能核薪。

<sup>303</sup> 參第四章第一節第二項第二款二、內政部借施行細則還魂的庇護工場。

<sup>304</sup> 參第四章第二節第一項第三款二、勞雇關係不平等下的產能核薪。

<sup>305</sup> 如：21 歲輕度智能障礙的小傑在心路社會福利基金會受政府委託設立的臺北縣慈佑庇護工場工作，可以領到每月 2000 元的工作獎勵金。極重度智能障礙者強強在臺南縣心智障礙者關顧協進會設置的庇護烘焙坊工作，每個月平均工資只有 1000 多元。孫蓉華，啟智青年小傑 母親節表心意 庇護工場工作 學會自立 獎金、康乃馨相贈 媽媽開心，聯合報，2003 年 5 月 10 日 B2 版。修瑞瑩，母親節蛋糕 DIY 關愛智障者 庇護烘焙坊搬家後 業績滑落一半 推出半成品材料包 方便小朋友自己設計花樣 表達對媽媽的愛，聯合報，2005 年 4 月 15 日 C2 版。可以補充的是，也

因為他們雖然稱作「工場」，但設置庇護工場的公私立單位及主管機關未必把它當成工作場所。因為在 2007 年身心障礙者權益保障法修法之前，庇護工場的定位並不明確<sup>306</sup>，同時有社政單位、衛政單位及勞政單位主管及輔導設立庇護工場，社政單位下的庇護工場可能認為自己提供的是福利服務，衛政單位可能認為自己提供的是復健治療<sup>307</sup>，又或者只把障礙者當成「學徒」、「學員」來看待<sup>308</sup>，庇護工場與障礙者雙方不具勞雇關係，因此不適用一般的基本工資規範。

---

非所有庇護工場給薪皆低於基本工資，曾有記者訪問自強創業協會與中油合作的加油站、關懷魚鱗癬症協會愛心商店，皆有基本工資水準。楊濡嘉，訓練身障者 社福團體以學徒給薪 有人檢舉「未給基本工資」 社會局 庇護工場學員不用支基本工資，聯合報，2002 年 9 月 14 日 17 版。

<sup>306</sup>勞動部新聞稿網站，庇護工場定位明確，辦理家數穩定成長，2009 年 9 月 9 日，[http://www.mol.gov.tw/cht/index.php?code=list&flag=detail&ids=24&article\\_id=4953](http://www.mol.gov.tw/cht/index.php?code=list&flag=detail&ids=24&article_id=4953)（最後瀏覽日：2014 年 8 月 25 日）。

<sup>307</sup>勞動部新聞稿網站（註 306）。

<sup>308</sup>楊濡嘉（註 305）。

表 4-4：2007 年前後產能核薪比較

	一般性產能核薪	庇護工場產能核薪	
時代	1990~2007	2007 之前	2007 之後
內容	產能不足可減薪至 70 %	視主管單位而定，社政單位、衛政單位下的庇護工場非勞雇關係？不受基本工資規定拘束？	無下限產能核薪
薪水是否可低於基本工資？	否		是
如何評價產能？	未定(雇主決定？1997 年後有爭議可向身心障礙者保護委員會申訴)		依「職業輔導評量結果」認定；資訊公開、細緻的評量方式與主管機關審查

製表：陳力宇

資料來源：本文整理自相關法規、行政函釋與資料，包括：1990 年殘障福利法、1997 年身心障礙者保護法，2007 年身心障礙者權益保障法；2008 年〈身心障礙者職業輔導評量實施方式及補助準則〉、地方政府的〈庇護工場庇護性就業者產能核薪核備程序及作業方式〉<sup>309</sup>；行政院勞工委員會（81）台勞檢一字第 05207 號函，內政部臺（87）內社字第 8716731 號函、行政院勞工委員會勞職特字第 0910200896 號函；勞動部新聞稿網站<sup>310</sup>。

2007 年的修法，意在同時處理庇護工場與產能核薪雙方面的問題。2007 年

<sup>309</sup> 參第四章第二節第三項第三款二、庇護工場產能核薪標準細緻化。

<sup>310</sup> 勞動部新聞稿網站（註 306）。

之前，在庇護工場工作的障礙者可能不被當成是勞工，無法享有一般勞工的待遇保障。2007 年後，庇護工場被明確定位在勞政事項，由勞工主管機關管轄<sup>311</sup>，相關勞動條件除了產能核薪外，皆應適用勞動基準法之規定，而不容以「學習」來否定「工作」的性質，也不能以「獎勵金」來替代「工資」<sup>312</sup>。一般性產能核薪則可能由於先前實踐狀況不良而在本次修法遭致刪除的命運。

令人擔憂的是，刪去一般性產能核薪後，仍舊留有庇護工場的產能核薪，而且是容許沒有設定下限的薪資給付。面對先前一般性產能核薪的教訓，亦即在勞雇關係不對等狀況下的濫扣薪資問題，本次修法有何改進之道？單從條文來看，解決方法並不清楚。由 2007 年身心障礙者權益保障法第 34 條第 2 項來看，障礙者產能是否不足應依「職業輔導評量結果」認定。同法第 40 條第 2 項規定庇護性就業的薪資由進用單位（設置庇護工場方）與障礙者議定，並報地方勞工主管機關核備。修法理由強調是「基於不同工者不同酬之原則」<sup>313</sup>而制定本規定。問題是，在勞雇關係不對等狀況下，障礙者不易與雇主協商薪資，所謂「不同工不同酬原則」也易流於雇主的片面決定。如果不同工不同酬的理由可以成立，一般性產能核薪的規定又何須刪除呢？可以因為許多庇護工場與障礙團體、非營利組織關係密切便忽略勞雇關係不對等的問題嗎？問題是否獲得解決，有待實踐上觀察，看職業輔導評量與向地方勞工主管機關核備是否發揮足夠的監督功能。

下一款將進入 2007 年的規範實踐，了解定額進用除外機關的職務評估問題

<sup>311</sup>在此之前，1997 年身心障礙者保護法第 30 條後段規定：「主管機關及各目的事業主管機關得設立或獎勵設立庇護工場或商店。」造成不同主管機關皆可獎勵設置庇護工場的情形。2007 年身心障礙者權益保障法第 34 條第 2 項則明訂是「各級勞工主管機關」得提供庇護性就業服務。不同主管機關皆有管轄庇護工場的情形，亦可見 2006 年 8 月勞委會對當時 128 個執行單位進行的調查，當時執行庇護性就業計畫的單位約 69% 由社政主管、20% 衛政主管、9% 由勞政主管、2% 由教育主管。參陳博，身心障礙者庇護工場之推動現況與展望，就業安全，10 卷 1 期，頁 85-91（2011 年）。

<sup>312</sup>若對照行政院版草案第 41、42 條，草案原先的定位還沒有這麼明確，因為它容許庇護工場「提供最長 2 年之職業能力強化服務，職業能力強化期間，雙方不具勞雇關係，但應簽訂書面服務契約，並發給獎勵金。」是在後續的審查會中，逐漸確立庇護工場設置者與障礙者間具勞雇關係，並否定庇護工場同時是「提供學習及工作」的場所。立法院公報處（註 266），頁 3、28-29。立法院公報處（註 289），頁 218-219。立法院公報處（2007），立法院第 6 屆第 5 會期衛生環境及社會福利委員會第 20 次全體委員會議紀錄，立法院公報，96 卷 47 期，頁 60。

<sup>313</sup>立法院公報處（註 266），頁 28。

(如何認定那些職務不適合障礙者擔任)與庇護工場產能核薪的產能評估如何進行(如何認定障礙者的產能)。



### 第三款 職務/產能評估細緻化的實踐趨向

#### 一、定額進用除外標準細緻化

雖然 2007 年的修法有針對定額進用比例與門檻進行調整，但調整幅度不算大，而且立法者還給予較多準備期間，讓該條款在公布 2 年後才生效。或許因為如此，我們可以看到不足額進用機關比例僅在 2009 年有略微上升 2%，到了 2010 年又回復原先不足額進用機關約占 1 成的比例<sup>314</sup>。問題比較大的部分毋寧是 1990 年代強制定額進用制度施行以來持續存在的進入就業市場後的邊緣化壓迫。林昭吟、孫健忠曾就我國公部門 2010 年的障礙者定額進用資料進行分析，發現公務員與教師比例合占 1/3，將近 40% 障礙者的工作職位為「職代或其他人員」，其餘為約聘僱人員或工友，多數障礙者所處的職位工作保障較低、流動性可能也較高<sup>315</sup>。顯示進入就業市場後的邊緣化問題仍存在。

再者，此時期受到障礙團體關注的一個重要問題是定額進用除外標準的爭議。由 1997 年開始，警政、消防、關務及法務等單位定額進用總人數之計算得另外在施行細則規定。據此，1998 年身心障礙者保護法施行細則<sup>316</sup>列有除外規定。母法雖然是規定「等單位」得除外，但施行細則中並未再行擴張得除外的單位。只是，由列舉出來的這些職務來看，不免啟人疑竇：除外範圍是否過寬呢？比如，所有的警察官與法務單位的檢察官、書記官都在除外之列，這些職務真的都沒有障礙者可以勝任嗎？或者，只是相關行政機關無法想像障礙者能夠勝任而已。

<sup>314</sup>參「附表十：定額進用身心障礙者概況（2002 年至 2013 年）」。

<sup>315</sup>林昭吟、孫健忠，我國公部門身心障礙者定額進用實施之多面向檢視，東吳社會工作學報，26 期，頁 58（2014 年）。補充說明，林昭吟、孫健忠利用的資料是行政院人事行政局提供的資料，資料範圍限於行政院及所屬機關學校，不含其他公部門機關，如：司法院、立法院。

<sup>316</sup> 1998 年身心障礙者保護法施行細則第 12 條第 1 項但書規定：「下列單位人員不予計入：一、警政單位：警察官。二、消防單位：實際從事救災救護之員工。三、關務單位：擔任海上及陸上查緝、驗貨、調查、燈塔管理之員工。四、法務單位：檢察官、書記官、法醫師、檢驗員、法警、調查人員、矯正人員及駐衛警。」

這些問題的確成為障礙團體的隱憂。以 2007 年身心障礙者權益保障法再度新增國防、海巡及航空站三個除外進用單位為契機，2008 年 7 月，殘障聯盟秘書長王幼玲受勞委會邀請，參與除外進用單位的討論<sup>317</sup>。共同與會者，除了法定的 7 個除外機關，還有其他障礙團體及專家學者。參與討論之後，殘障聯盟才發現，原來並沒有任何評估機制用來決定哪些職務會被列在除外範圍。結果，除外範圍便單純是靠行政機關想像障礙者是否適合這些工作來決定。導致有些機關的排除範圍甚至逼近 90%，幾乎不須雇用障礙者。

對於除外範圍，殘障聯盟指出，有些除外機關的工作同仁是就職後才成為障礙者，在適當安排後，仍有辦法在原機關留任，顯示仍有雇用障礙者的可能。長庚大學早期療育研究所的柯平順教授也指出利用職務再設計<sup>318</sup>，這些除外進用單位想像中的不少就業困難都有可能被克服。只是，這些行政機關仍然對於除外範圍有一定的堅持，在 2008 年 11 月二度召開的會議中，仍無法和障礙團體達成共識，提出能說服障礙團體的理由。

雖然沒能達成共識，障礙團體與學者專家的意見對於除外範圍的決定仍產生了一些影響，這些影響具體地展現在 2009 年 7 月修正發布的身心障礙者權益保障法施行細則第 13 條<sup>319</sup>。與先前的施行細則做對照，新的施行細則顯然有將除

<sup>317</sup> 古明龍，身心障礙 e 能網，進用還是禁用？身心障礙者權益保障法「定額進用」條文研商紀實，<http://www.enable.org.tw/magz/detail.php?id=113>（最後瀏覽日：2015 年 3 月 9 日）

<sup>318</sup> 職務再設計的概念是希望可以配合工作者的特性條件（體力、感官能力、經驗、工作期望等），改善工作環境、應用輔具、調整職務內容或作業方法，使工作者能勝任工作。一方面要對特定工作的內容、目標、流程、工作環境有所了解與進行分析，一方面也要了解特定工作者的特質，包括：教育背景、專長、體能、職業心理特質、與其他人員相處關係。發現工作者就業上的困難或問題後，訂立目標與方案，然後評估是否能符合工作者需求或待修正。具體的例子如：陽光洗車中心針對不同的洗車服務項目，設計出 5 種顏色的洗車票券，藉由顏色幫助視障與智能障礙員工辨識服務項目，並在收銀機按鍵上塗相應的顏色，簡化打發票與找零流程。紀佳芬，身心障礙者職務再設計與工作改善，頁 1-48（2003 年）。另一個例子是關於定額進用的報導，1996 年臺北縣宜達電子公司雇用 3 名智能障礙者清洗機器，但由於他們無法掌握清洗時間，導致清洗品質不穩定，雇主認為其無法勝任工作。但經過職訓局職務再設計加裝一組計時器後，該問題便迎刃而解。廖國寶（註 156）。

<sup>319</sup> 2009 年身心障礙者權益保障法施行細則第 13 條：「本法第三十八條第七項所定下列單位人員，不予計入員工總人數：一、警政單位：依警察人員人事條例任官授階，擔任警勤區工作、犯罪偵防、交通執法、群眾抗爭活動處理、人犯押送、戒護、刑事案件處理、警衛安全之警察任務之人員。二、消防單位：實際從事救災救護之人員。三、關務單位：擔任查緝、驗貨、機動巡查、押運、理船、燈塔管理、艦艇駕駛、輪機之人員。四、國防單位：從事軍情工作之人員。五、海巡



外範圍進行限縮與細緻化。只是，殘障聯盟對此可能並未感到滿意，因此，醞釀了 2011 年除外單位需經職務分析的修法。

## 二、庇護工場產能核薪標準細緻化

除了定額進用除外機關職務分析細緻化，產能核薪標準也有細緻化的傾向。產能由誰認定？如何認定產能/薪資？產能核薪是否會變成雇主任意減薪的藉口？我們將進一步檢視 2007 年修法後的狀況。

關於產能不足由誰認定的問題，從 2008 年〈身心障礙者職業輔導評量實施方式及補助準則〉第 3 條來看，職業輔導評量是「由主管機關辦理，並得委託學校、醫療機構或其他專業機構、團體辦理」。所以，至少「產能不足」並非由經營庇護工場者自行預先判定，而有其他機構辦理。只是在薪資方面，仍是由庇護工場與障礙者（庇護性就業者）議定，再報請主管機關核備。

其次，為了杜絕「如何認定產能/薪資」的爭議，行政院勞委會曾在 2011 年初召開「身心障礙庇護性就業者產能核薪注意事項」諮詢會議，廣徵意見，殘障聯盟亦有參與該會議<sup>320</sup>。之後，勞委會在 2011 年 5 月發函「身心障礙庇護性就業者產能核薪注意事項」<sup>321</sup>給各地方政府，請各地方政府建立公開透明的核薪機制並落實核備程序，各地方政府因而訂有更細緻的規範。如臺北市在 2011 年 7 月訂有「臺北市庇護工場庇護性就業者產能核薪核備程序及作業方式」，要求庇護工場雇主需詳列職務內容的工作細項，並依「工作勝任能力」與「生產能力」逐項評估。評估標準須在庇護工場內公開揭示，臺北市勞動力重建運用處網站也有公告<sup>322</sup>。基本上是以資訊公開、細緻的評量方式與主管機關審查，希望減少產

---

單位：從事海岸、海域巡防、犯罪查緝、安全檢查、海難救助海洋災害救護及漁業巡護之人員。  
六、法務單位：擔任偵查、公訴、刑事執行、刑事及行政執行紀錄、法警事務、調查、矯正及駐衛警察工作之人員。七、航空站：交通部民用航空局所屬航空站實際從事消防救災救護之人員。」

<sup>320</sup>身心障礙 e 能網，大事紀(99 年 12 月~100 年 2 月)，

<http://www.enable.org.tw/magz/detail.php?id=173> (最後瀏覽日：2015 年 3 月 13 日)。

<sup>321</sup>行政院勞委會勞職特字第 1000507054 號函。

<sup>322</sup>臺北市勞動力重建運用處網站，庇護工場產能核薪，

<http://www.fd.taipei.gov.tw/ct.asp?xItem=60381918&ctNode=67440&mp=116053> (最後瀏覽日：2014 年 9 月 5 日)。該網站有公告臺北市各家庇護工場產能的核薪機制。如：2014 年 1 月 1 日修訂的〈財團法人喜憨兒社會福利基金會喜憨兒烘培屋的庇護工場員工產能核薪機制〉。薪資等級從

能核薪的爭議性。總算是對 1990 年以來的產能核薪認定爭議有比較積極的處理。

庇護工場與產能核薪議題涉及的平等與不平等問題，並不簡單。在國外，庇護工場除了隔離式工作環境（隔離不平等）的批評，也有受到勞動條件較差與薪資較低的批評<sup>323</sup>。在我國，2007 年的修法，確立在庇護工場工作的障礙者具勞動者屬性，享有一般勞動法規保障，較能避免勞動條件不良的疑慮。只是，2007 年修法後庇護工場無下限的產能核薪，可能還是易有低薪的批評。薪資低時便容易有剝削的指控<sup>324</sup>，亦即障礙勞動者的勞力付出，是否被雇主端走的問題<sup>325</sup>。或許可以為庇護工場辯護，低薪是因為「產能」，有些障礙者進入工作狀況需要花比較久的時間<sup>326</sup>，而且比起一般職場，庇護工場也比較願意雇用工作狀況還不是

---

9,637 元/月到 19,637 元/月，共有 11 個等級，給薪標準是依照產能核薪得分：工作勝任能力（80 分）+工作生產能力（20 分）。工作勝任能力又分：1.功能性學科（算數、閱讀、書寫）；2.自我管理（主動工作、時間掌握與控制、準時上下班、不任意請假、衛生習慣）；3.工作行為（承受壓力、獨自工作、與人合作、遵循操作程序、接受工作變異、原物料使用）；4.人際社交（適當的穿著、儀容整飾、與同事良好互動、性別合宜之舉止、參與職場活動、溝通表達、合宜情緒/行為表現、對人的挫折忍耐力）；5.肢體行動（負重、移動平衡、體耐力、手眼協調、精細動作）。6.工作表現（區辨力、問題解決能力、檢核能力、善後能力、專注度、工作速度、工作品質）；7.安全健康（工作安全/意外傷害防範）；8.工作認知（了解及遵循指示、學習意願、責任感、遵守工作規則、工作配合度）。工作生產能力又分：1.前置準備；2.補/備料；3.產品辨識；4.盤點能力；5.產品製作/包裝；6.機器設備操作；7.工具操作；8.環境清潔；9.機具設備清潔；10.理貨/組裝（外場）度量衡使用（內場）。每個細項（如：「算數」、「閱讀」、「書寫」各算一項）皆分 5 等第進行評分，最低 0 分，最高 2 分。實可謂是非常細緻的評量方式。

<sup>323</sup> Alberto Migliore, *Sheltered Workshops*, *International Encyclopedia of Rehabilitation*, <http://cirrie.buffalo.edu/encyclopedia/en/article/136/> (last visited Oct.15, 2015)。值得注意的是，Migliore 也提到，很多有最低工資管制的國家，都會讓庇護工場不受限於最低工資規範，少數例外如加拿大的英屬哥倫比亞（British Columbia）與紐西蘭分別在 1996 年與 2000 年廢除庇護工場薪資可低於最低工資的規定。吳秀照、陳美智（註 184），頁 177-178。（吳秀照、陳美智這部分的說法也是引用國外文獻對國外庇護工場的批評）

Migliore 還指出，障礙者在庇護工場中的角色有：1.需受長期監護的病人；2.受職業訓練者；3.真正的工作者。相對而言，2007 年後我國障礙者在庇護工場中的角色應是後二者（但這也牽涉到在庇護工場工作者是否能稱為「真正的工作者」，或者在開放競爭市場的工作才是「真正的工作」），而非病人。2007 年修法前衛政單位主管的庇護工場認為自己提供「復健治療」，才是將障礙者作為病人。

<sup>324</sup>如 2005 年，在臺北市府一樓經營的喜憨兒庇護工場，曾遭聯合晚報在頭版刊出「剝削喜憨兒→時薪 66→不如外勞」的報導。這些喜憨兒的工資其實都有達到當時時薪 66 元的基本工資水準（後續輿論也偏向支持喜憨兒庇護工場），卻還是被批評為剝削，低於基本工資的產能核薪，恐怕更岌岌可危。劉開元，剝削喜憨兒→時薪 66→不如外勞，聯合晚報，2005 年 10 月 5 日 1 版。

<sup>325</sup> Young 討論剝削的概念時，並不限於低薪問題，也包括勞動者勞動過程中的控制感與自尊問題。但低薪的確容易有剝削的疑慮。YOUNG, *supra* note 42, at 48-57.

<sup>326</sup>可以參考鄧若坊，難以想像的人生難題，喜憨兒基金會部落格，2013 年 1 月 17 日，

那麼好或那麼穩定的障礙者。

本文認為，問題還是會回到「產能」是否真的能被評估？雇主是否真的依照產能給付薪水？或者，產能核薪規定容易淪為雇主恣意減薪的藉口，而實質上變成剝削。現行法採用職業輔導評量來認定障礙者產能是否不足，已經遭致國內社會工作學者批評。吳秀照與陳美智<sup>327</sup>認為職評專業原本是要幫助案主了解作為一個工作者，還有哪些方面需要加強、又有哪些服務或資源可以利用。職業輔導評量並無法決定個案能否成功就業，因為工作種類太多、能否成功就業的因素太複雜。由此觀之，用職業輔導評量抽象地評估某人的「產能」，或許不如就個別障礙者的特定工作成果進行評估，以及監督雇主是否有濫用職權。

關於 2007 年差異取徑的法律形構與實踐，對於避免障礙者被排除於就業市場、增加障礙者就業人數較有幫助的部分，可能還是強制定額進用。雖然 2007 年的修法也增加新的除外機關，但由統計資料來看<sup>328</sup>，總體定額進用義務機關數目與進用人數仍有大幅成長，2008 年義務機數為 9,977 個、進用人數為 49,816 人，2009 年強制定額進用新制生效後義務機數增加為 14,218 個、進用人數增加為 60,138 人。其次，將庇護工場定位於勞動領域的修法，則對於提升庇護性障礙員工的就業品質、勞動保障有幫助。唯一最有深化不平等疑慮的部分，可能是可以低於基本工資的產能核薪。2007 年之前，在行政機關的解釋下，70%產能核薪是減薪後仍不得低於基本工資，2007 年修法後，庇護工場的產能核薪則是法律明文可以低於基本工資，而且未設下限。不過，如果連同實踐面一起觀察，

---

<http://careus1995.pixnet.net/blog/post/48264158> (最後瀏覽日：2015 年 10 月 15 日)。該篇文章提到，有些喜憨兒能從 1 數到 20，但要進步到從 90 數到 100 卻是困難的，或者，招呼客人時要講一句不到 10 個字的句子，對有些喜憨兒來說有些艱澀。

當然，本文還是希望強調，「工作能力」或某障礙者是否適合工作並非那麼僵固的概念，而是可能透過職務再設計或學習進行改善。如喜憨兒基金會發明的輔具「算零錢板」曾入圍勞委會職訓局主辦的第三屆職務再設計創意競賽。看得出來「算零錢板」是為了幫助學習結帳、找零有困難的障礙者的精心設計。參喜憨兒基金會網站，用創意做公益 職務再設計，2013 年 11 月 22 日，[http://www.c-are-us.org.tw/message/news\\_detail/153](http://www.c-are-us.org.tw/message/news_detail/153) (最後瀏覽日：2015 年 10 月 15 日)。(可以進入以上喜憨兒基金會網站觀看「算零錢板」的照片，本文較難單純用文字描述其設計)

<sup>327</sup>吳秀照、陳美智(註 184)，頁 187-188。

<sup>328</sup>參「附表十：定額進用身心障礙者概況(2002 年至 2013 年)」。

2007 年之前非屬勞政機關主管的庇護工場原也可能給出低於基本工資的「獎勵金」，所以 2007 年的修法或許也沒有讓狀況變糟。目前讓產能核薪合理化、透明化的幾個機制（公告核薪標準、細緻的評量與主管機關審查），或有助於減少剝削的爭議<sup>329</sup>。

整體而言，差異取徑的顯著化與異議之聲是伴隨著臺灣的民主化而出現，本節敘述的歷史發展，可說是民主化 20 年的回顧。與 1990 年之前不同之處在於，民主化後的權利意識提升，身心障礙者權益保障法與其中的差異化就業規範，不再單純被認為是福利事項或單純將憲法依據訴諸憲法第 155 條的老弱殘廢扶助救濟條款，只可惜差異取徑與平等權的關聯少被提起。我們可否說這是一種「由福利到權利」的轉向呢？由立法資料<sup>330</sup>來說，大體可以成立。惟應注意，我們立法中蘊含的福利觀，未必與西方論述中的福利相同，比如支持殘障福利法的仁愛、民生主義、大同思想，和西方的福利觀不同。在權利部分，廖福特曾指出，到 2007 年為止的身心障礙者權益保障法修法，該法的行政罰頗多，但權利救濟機制不明的問題<sup>331</sup>。對法學研究者而言，「有權利，有救濟」是當然之理，當救濟機制不明時，障礙者真的有「權利」了嗎？可以說，立法上整體論述轉向權利，但在制度設計與實踐上還轉不到位。

民主化後的第二個特點是障礙團體的修法訴求可以更加強烈，利用集會遊行進行遊說，可以給政府更大的壓力。強制定額進用的實施，與障礙團體的遊說壓

<sup>329</sup>產能核薪可與性別工作平等法第 10 條第 1 項中段（「其工作或價值相同者，應給付同等薪資」）同值同酬（comparable worth）概念進行比較。兩者相通之處在於「如何決定工作價值與薪資」的問題。不同之處在於，性別平等倡議的「同值同酬」主要是希望提升女性為主的職業的工資，障礙者的產能核薪通常卻是「合理化對障礙者減薪」的說法，須更謹慎以對。同值同酬的概念介紹可參張晉芬，*勞動社會學*，增訂初版，頁 255-261（2013 年）。張晉芬也指出我國雖有同值同酬規定，實際上卻未曾進行同值同酬工作分析的問題。相對而言，由本文前述說明可知近年來障礙者的產能核薪有進行較細緻的工作分析，較有實踐意義。

<sup>330</sup> 可以比較第四章第一節第二項第一款外交危機開啟的修法契機、第四章第二節第一項第一款障礙者權利運動累積的修法能量，關於殘障福利法的立法，在論述上的差異與轉向。另外，此說法僅限於「立法資料」的觀察，在其他地方，如宣告視障按摩違憲的司法院釋字第 649 號解釋，其釋憲聲請書，仍是將國家對障礙者的政策都放在「福利」框架下來談。

其次，本文只能觀察到論述轉向，但為何有此轉向則待研究。

<sup>331</sup>廖福特，從「醫療」、「福利」到「權利」——身心障礙者權利保障之新發展，*中研院法學期刊*，2 期，頁 200-203（2008 年）。

力有一定關聯。然而，民主化後如理容業者般的反對聲浪，亦可利用集會遊行給予政府修法壓力，亦學會主張工作權、平等權，讓視障者按摩保留制度的維持變得岌岌可危。關於視障團體與理容業者對抗立場的形成，目前無法確認理容業者何時開始做按摩、遭取締、萌生抗爭的念頭，但至少在 1979 年已經有理髮美容商業同業公會向臺北市政府陳情放寬取締標準的紀錄<sup>332</sup>，因此本文認為應該是在民主化之前對抗立場即開始醞釀。而民主化過程中解放的社會力與集會遊行的合法化，則催動理容業者更強硬的表達訴求，也讓視障團體需花大量時間精力進行立法遊說，表達希望維持視障按摩保留制度。另外，在定額進用議題上，「企業雇用自由」的集會遊行動員則未出現，或許是因為工商團體代表有體制內發言管道（如 2007 年，阻止提高私立機關強制進用率），而 1% 的進用率在實踐上可行也已趨於穩定。

第三，〈動員戡亂時期公職候選人檢覈申請人體格檢查標準〉在 1991 年廢除，讓障礙者出來競選公職不必再擔心體檢問題，後續多位具障礙者身分的立委（徐中雄、鄭龍水、王榮璋）對差異取徑顯著化的調整與維持皆具有重要影響。在此之前，吳淑珍在 1986 年參選立委時，便曾面臨可能不合公職候選人體檢的處境<sup>333</sup>，只是她有幸逃過一劫通過體檢<sup>334</sup>而可就任立委。具障礙者身分的立委，基本上對於障礙者議題都相當關心，可以看出「誰來說」與「說什麼」具一定連結性。

第四，承接上一點，民主化與立委選舉制度改變、障礙者當選立委也有關聯。徐中雄是在 1992 年立法院全面改選的機會結構下當選區域立委。鄭龍水、王榮璋則是分別獲新黨（於 1995、1998 年）、民進黨（於 2004 年）提名當選不分區

<sup>332</sup> 參第四章第一節第二項第二款三、立法請願下挽回的按摩保留制度。

<sup>333</sup> 聯合報，殘障申請候選人檢覈 體檢標準將研究放寬 吳淑珍下肢麻痺可能影響參選資格，聯合報，1986 年 10 月 2 日 2 版。

<sup>334</sup> 1987 年臺北市議會的質詢中，曾有討論吳淑珍體檢合格與障礙身分之事。依李定中、謝長廷、藍美津議員的說法，事件起因於僑選增額立法委員宣以文在立法院指責選務機關竟「通過讓吳淑珍那樣身體傷殘、行動維艱，進而心理變態的人成為候選人，令人遺憾」。李定中、謝長廷、藍美津三位議員均有表示吳淑珍體檢合格/檢覈及格，不應質疑臺北市立仁愛醫院檢驗結果的公信力。參台北市議政資訊與民主記憶數位典藏國家型科技計畫，第 5 屆第 3 次大會第二次會議紀錄，<http://taipeiinthemaking.tcc.gov.tw/record/pr05-05r03-3002-23452367.txt>（最後瀏覽日：2015 年 11 月 24 日）。

立委。全國不分區立委是在 1991 年之後才有的制度，是以政黨比例代表制方式選出<sup>335</sup>，所以各政黨是否支持障礙者/團體、提名障礙者具有重要性。有學者認為，全國不分區立委的制度意義在於兼顧不同社會階層代表性、保障弱勢群體參政、讓學者專家參與立法<sup>336</sup>。問題是，相關法規並未規定政黨的不分區立委名單中必定要有障礙者代表，因此不分區名單是否有障礙者代表某程度委諸各政黨與障礙團體的結盟策略或善意<sup>337</sup>。實踐上，新黨於 1995 年便將障礙者代表放入不分區安全名單<sup>338</sup>，1998 年的提名中，鄭龍水仍是在第 3 位的安全名單中，顯示對障礙者的重視<sup>339</sup>。只是後來 2001 年的立委選舉中，新黨未繼續於不分區名單中提名障礙者代表<sup>340</sup>。民進黨則是在 2004 年立委選舉開始才提名殘障聯盟的障礙者代表進入不分區安全名單。

第五，2007 年的修法從草案草擬到實踐，看起來行政機關的決定也更注重民間障礙團體的參與。

<sup>335</sup> 1991 年中華民國憲法增修條文第 2 條第 1 項第 4 款：「立法院立法委員依左列規定選出之，不受憲法第六十四條之限制：四、全國不分區三十人。」1991 年中華民國憲法增修條文第 4 條：「國民大會代表、立法院立法委員、監察院監察委員之選舉罷免，依公職人員選舉罷免法之規定辦理之。僑居國外國民及全國不分區名額，採政黨比例方式選出之。」

<sup>336</sup> 吳東野，我國立法院全國不分區委員制度之研究，選舉研究，6 卷 1 期，頁 148-149（1999 年）。羅清俊，立法院常設委員會審查功能之實證研究——委員會資深程度與不分區立委角色之影響，月旦法學，86 期，頁 40-41（2002 年）。

<sup>337</sup> 事實上，吳東野在分析我國 1990 年代第 2 屆至第 4 屆三大黨（國民黨、民進黨、新黨）提名的不分區立委人選時，曾指出三黨不分區立委名單普遍受到輿論批評。即使民進黨第 3、4 屆立委不分區名單是用「三三制」（分政治人物、學者專家、弱勢團體三組投票排定提名順序），看起來有學者專家與弱勢團體代表，也曾被批評「政治組是政客組、學術組是不學無術組、弱勢組是強勢組」。吳東野（註 336），頁 153-158。

<sup>338</sup> 1995 年新黨不分區立委第 3 位提名財團法人愛盲文教基金會董事長、雙目全盲的鄭龍水，有尊重弱勢族群的考量。參孫中英，新黨通過不分區立委名單 尊重弱勢族群 鄭龍水排第三 另補提名朱天衣在苗縣參選，聯合報，1995 年 10 月 28 日 2 版。

<sup>339</sup> 1998 年新黨不分區立委提名 14 名候選人，依序為：李炷峰（教師、現任不分區國代）、張世良（大陸台商）、鄭龍水（殘障、現任不分區立委）、鍾新財（退伍軍人）、孫吉珍（護理人員）、林弘鑑（計程車司機）、閔兆磊（基層員警）、張樹榮（基層勞工）、李金利（原住民）、楊舒惠（教師）、王毅民（大陸台商）、蘇金玉（殘障）、林小冰（退伍軍人）、桂志仁（計程車司機）。單厚之，謝啟大 接受徵召參選立委 新黨同時徵召傅崑成投入北縣一選區，聯合報，1998 年 10 月 21 日 4 版。吳東野曾指出新黨提名方式是用 9 種行業代表/身分進行輪流排序，與上述 1998 年新黨不分區立委候選人對照，的確是如此，所以「殘障人士代表」分占第 3 位、第 12 位。吳東野（註 336），頁 153-158。新黨指定每 9 位不分區立委需要有一名「殘障人士代表」的做法，目前在我國似只有新黨於 1998 年採行過。

<sup>340</sup> 歷次立委選舉不分區名單可於中選會網站查詢。中央選舉委員會，選舉及公民投票公報查詢系統，<http://bulletin.cec.gov.tw/bin/home.php>（最後瀏覽日：2015 年 11 月 26 日）。

民主化後 20 年間，差別待遇的規範是促進障礙者就業平等或深化不平等呢？似乎無法一概而論，因為往往會有解放與壓迫共生的情況出現。如視障者按摩保留制度讓視障者受到整個就業市場排除的邊緣化壓迫（需考量強制定額進用、殘障特考這類促進整體障礙者就業的制度，對視障者幫助也很少）時，至少還保有一個工作。但視障按摩業專業性無法提升的問題從 1990 年之前、之後到 2007 年修法，仍未獲解決，視障者從事針灸、物理治療的提案不受醫療主管機關衛生署的認可，去專業化壓迫持續存在。又如庇護工場提供障礙者就業訓練、就業機會，也可減少邊緣化壓迫。然而，在 2007 年修法之前，非屬勞政單位主管的庇護工場，不受一般勞動法規保障，有縮減障礙者權益之嫌。2007 年修法之後，可低於基本可資的庇護工場的產能核薪，也要小心重蹈 2007 年之前一般性產能核薪的覆轍，以「產能不足」之名行剝削之實。最後，強制定額進用看起來對促進障礙者就業成效最大，但也應留意進用後障礙者處於職場中邊緣位置的問題，並思考就業市場中以健常人為中心、無障礙環境不足的問題是否在進用障礙者後一併獲改善。以下進入 2011 年差異取徑的修法與實踐，看看新的轉折如何發生、帶來什麼問題。

### 第三節 差異取徑再出發與晚近的變化

回顧先前的法律倡議行動，障礙者/團體也有許多提案未成功或遭到打折，但似乎沒有立法成功後，整個制度被宣告無效或廢棄的狀況。2008 年，司法院釋字第 649 號解釋宣告視障者按摩保留條款違憲定期 3 年失效，毋寧是一個比較嚴重的打擊。大法官解釋作成後視障團體的遊行抗議、後續 2011 年的修法應變，在在顯示該號解釋帶來的衝擊不小，亟需思索視障者按摩業保障強度減弱後，應該如何應變。

本節第一項闡述 2011 年差異取徑的修法原由，主要將焦點放在理容業者提出釋憲案、大法官作成釋字第 649 號解釋與隨之而來視障者的抗議行動。需要說明的是，2011 年身心障礙者權益保障法整體的修法內容與修法原由相當複雜，

總共包含有 10 個立委提案的部分條文修正草案、36 條增修條文，修正內容共涉及中央 16 個部會與地方政府的職掌<sup>341</sup>，相關內容本文無法一一細數。不過，若單就差異化的職業規範而言，變動最為顯著的部分就是視障者按摩保留條款，且大法官解釋宣告該條款三年定期失效的要求也為修法帶來急迫性，因此，將大法官解釋的衝擊作為本次差異取徑的重要修法動因，應不為過。第二、三項則分別說明差異取徑 2011 年的修法過程與晚近的實踐情形。由於本次修法關於視障者就業保障的變動最大，在修法與實踐的討論中，皆以視障者就業保障為主。

## 第一項 大法官解釋衝擊下促成的修法

並無資料顯示理容業者在歷經 1990 年以來的修法訴求失敗後，有意識的轉變策略，改採利用大法官宣告違憲再修法的策略。不過，由理容業者提出而做成的釋字第 649 號解釋，無疑是視障者與理容業者長久以來爭執視障按摩保留制度是否應適度開放的一個延伸。一方面，從 1990 年殘障福利法修法開始，理容業者便斷斷續續有在進行開放視障按摩保留制度的立法遊說與集會遊行動員。另一方面，理容業者也在遊說與動員過程中，不斷累積理容業從事按摩具正當性、限制明眼人工作違憲的論述。這些論述就在司法院釋字第 649 號解釋中受到官方的肯認。

此釋憲案的發展可以從 2003 年 4 月 4 日說起。當天傍晚，臺北市政府警察局中正第一分局的員警進入一家理髮店臨檢，發現有兩位明眼女子正在從事按摩服務。中正第一分局將臨檢筆錄交給臺北市政府社會局後，臺北市政府社會局分別對理髮店負責人與兩名從事按摩的理髮店員工處以新臺幣 4 萬元、2 萬元、1 萬元的罰鍰。理髮店負責人與兩名員工皆對社會局的處分感到不服氣，分別委託許文彬律師提起訴願與行政訴訟<sup>342</sup>。在訴訟中，理容業者已有主張視障按摩保留

<sup>341</sup>立法院公報處，立法院第 7 屆第 6 會期社會福利及衛生環境委員會第 22 次全體委員會議紀錄，立法院公報，100 卷 3 期，頁 51-82（2010 年）。

<sup>342</sup>臺北高等行政法院判決 92 年度簡字第 847 號判決、臺北高等行政法院判決 92 年度簡字第 848 號判決、最高行政法院 94 年度裁字第 02033 號裁定、最高行政法院 94 年度裁字第 01291 號裁定



條款違反憲法第 7 條「階級平等」<sup>343</sup>的規定。但臺北高等行政法院與最高行政法院皆肯認視障者按摩保留條款的合憲性，認為「身心障礙者工作及學習機會比正常者少，政府為照顧其生活，不得不對於身心正常者之工作加以部分限制」，因此屬於增進公共利益所必要，符合憲法第 23 條，也能實現「真正之平等」。在訴訟接連敗訴的情況下，該理髮店負責人與員工繼續提起大法官釋憲。判決確定後 3 年的 2008 年 10 月 31 日，大法官作出釋字第 649 號解釋，宣告視障者按摩保留條款違反憲法第 7 條平等權、第 15 條工作權與第 23 條的比例原則，定期 3 年失效。

我們該如何理解這號釋字的作成呢？首先，這號解釋的作成是在民主化之後，在民主化後大法官權威提升，且比較有願意宣告法令違憲失效的傾向<sup>344</sup>。但是，大法官權威的提升與較願意宣告違憲，未必能確保障礙者的平等化，也不表示大法官對障礙者的就業不平等處境有足夠的理解。此可連接到第二點，如邱大昕所言，大法官比較著重抽象的論理，對於視障者的就業狀況與相關規範的歷史理解不足。例如，大法官認為視障者的職業選擇日趨多元，而實際上，到 2000 年大學聯招才有提供放大影印試題與延長考試時間的考試調整措施，但對全盲者仍完

<sup>343</sup>有趣的是，本案當事人是主張「階級平等」，而非健全人/障礙者或明眼人/視障者應該要平等。很可惜，由判決或釋憲聲請書中我們也看不出為何是主張階級平等（因為憲法第 7 條有特別例示「階級」？）。「階級平等」的主張由高等行政法院（臺北高等行政法院判決 92 年度簡字第 847 號判決、臺北高等行政法院判決 92 年度簡字第 848 號判決）到釋憲聲請書都存在。該釋憲聲請書也認為視障者按摩保留條款違反工作權、比例原則。但又同時指出，保障公私機構雇用一定數額的障礙者是立法上可考量之處，只是該釋憲聲請書仍將定額進用歸為「福利政策」、「優惠的待遇」，似乎未考量定額進用可能理解為一種積極矯正歧視措施。

<sup>344</sup>翁岳生對於 1988 年之前大法官解釋的分析顯示，早年大法官宣告法令違憲或警告性解釋的例子相當少，只有司法院釋字第 86、166、210、218 號解釋。翁岳生，近年來司法院大法官會議解釋之研討——有關人民權利之保障，收於：法治國家之行政法與司法，頁 11-15（1995 年）。其中，司法院釋字第 86 號解釋（高等法院以下各級法院應隸屬司法院）是在 1960 年即作成，但是過了將近 20 年的 1979 年 4 月才由國民黨中常會決議修法，立法將高等法院以下各級法院改隸司法院。司法院釋字第 166 號解釋（違警罰法之拘留、罰役應由法院依法定程序為之）於 1980 年作成後，違警罰法也是一直未修正，直到 1990 年司法院釋字第 251 號解釋重申違警罰法違憲，該法才在 1991 年廢止，顯示早期大法官解釋未受立法與行政機關重視，較無權威。除了翁岳生的文章，亦參王泰升，台灣法律史概論，2 版，頁 152-153（2004 年）。王泰升指出民主化後大法官權威提升的狀況，包括 1990 年代常以行政機關未獲法律授權否定其命令效力、宣告 2000 年國民大會的修憲違憲（司法院釋字第 499 號解釋）。

全沒有幫助，嚴重影響視障者日後的職業選擇<sup>345</sup>。此也可說明許多就業不利益在更早的教育階段已發生。若由障礙者的生命歷程來看，則可說明上大學以前已經具有障礙者身分的人，可能受有較大的累積性不利益。第三，在先前視障者與理容業者競逐視障按摩保留條款正當性的過程中，每當理容業者提出修法訴求、視障者感受到生存危機，視障者、障礙團體或障礙團體的立法代理人便會在第一時間跳出來喊話，希望保住視障者按摩保留條款。然而，本次大法官的違憲宣告，似是全然出乎視障者意料之外的晴天霹靂，根本來不及做出反對陳述<sup>346</sup>。某程度上可說，視障群體對立法途徑的反動員較敏感，屢屢化險為夷，司法途徑的反動員則難以防衛。

釋憲文做成的隔天，已經有報導指出視障按摩業者不排除進行街頭抗議表達心聲，捍衛自己的生存權<sup>347</sup>。按摩業職業工會全國聯合會在 11 月 12 日開會緊急商討對策，會中一致決議通過要在 11 月 21 日穿著象徵視障按摩師的白色制服與持白手杖，上街抗議，並提出五點訴求，希望大法官可以重做解釋，政府單位可以加強對視障按摩業的保障，或強化職業重建及轉業輔導等支持<sup>348</sup>。

「大法官破我飯碗、視障者馬上沒工作」大遊行<sup>349</sup>當日，以按摩業職業工會

---

<sup>345</sup>邱大昕，被忽略的歷史事實：從視障者工作演變看大法官釋字第六四九號解釋，社會政策與社會工作學刊，13 卷 2 期，頁 77（2009 年）。關於視障者職業選擇多元的說法，孫迺翊也曾批評視障按摩師中不乏受過大學教育者，但仍從事按摩業，顯示大法官認為教育程度增加、職業選擇會跟著增加，是錯誤的假設。孫迺翊，再探視障按摩保留條款之合憲性—大法官釋字第六四九號解釋的法事實與法釋義，中研院法學期刊，9 期，頁 92-95（2011 年）。

<sup>346</sup>本文是從歷史前後的對照呈現視障者在違憲審查中的缺席問題，孫迺翊則從人權模式、視障者的程序參與論述此問題。參孫迺翊（註 345），頁 114-116。

<sup>347</sup>何玉華、許敏溶、陳璟民，盲人團體：剝奪生存權 要上街抗議，自由時報，2008 年 11 月 1 日，<http://news.ltn.com.tw/news/life/paper/254925>（最後瀏覽日：2015 年 3 月 6 日）。

<sup>348</sup>具體訴求內容為：「一、立即研議尋求大法官再解釋的機會。二、透過補助視障按摩開業、獎勵雇用及定額雇用等措施，立即研議視障按摩的工作保障措施。三、協助視障按摩業者接受按摩在職及進階訓練及經營管理教育，以提升產業價值。四、加強中途失明者之生活重建、定向訓練、職業重建及轉業輔導等機制。五、立即由行政院成立視障按摩工作權益保障因應小組，訂定政府各目的事業主管機關，因應此一衝擊的政策目標，並列管監督政策落實情形。」按摩業職業工會全國聯合會，「大法官破我飯碗、我們不要馬上沒工作」會後新聞稿，苦勞網，2008 年 11 月 13 日，<http://www.coolld.org.tw/node/29924>（最後瀏覽日：2014 年 12 月 20 日）。

<sup>349</sup>關於該遊行的報導與事件的來龍去脈可參中華民國按摩業職業工會全國聯合會，「大法官破我飯碗、視障者馬上沒工作」視障界爭工作、求生存大遊行，2008 年 11 月 20 日，<http://www.coolld.org.tw/node/30328>（最後瀏覽日：2014 年 12 月 20 日）。郭洛伶，身心障礙 e

全國聯合會工會成員為主的視障按摩師、遊行發言人視障律師李秉宏與殘障聯盟、陳節如立委辦公室、中華民國視覺障礙人協會、台灣勞工陣線、愛盲基金會等團體，在自由廣場集合，喊著「要生存！反剝奪！要尊嚴！反失業！要工作！」的口號，緩步走向內政部。由於集會遊行的申請問題，隊伍剛出發便遭到警察舉牌，到場聲援的余政道立委表示：「太離譜，他們看不到啦！」透露出國家甚至在集會遊行的管制上都是以明眼人為中心，彷彿視障者不會上街抗爭一般。最後，出面接受陳情的是內政部的林中森次長，但政府部門對於視障者所提的五點訴求皆無法做出積極的回應，只承諾在行政院社會福利委員會下成立跨部會視障按摩工作權益保障因應小組。

從抗議事件中，我們可以看到視障者陳述他們在就業與工作上的不方便，種種社會障礙導致他們在工作上無法與明眼人競爭<sup>350</sup>，而大法官的違憲宣告，促使視障者的就業處境更形雪上加霜。另外，雖然整個抗議事件的論述方向仍如先前般偏向生存與工作的訴求，但可喜的是，視障者與障礙團體也在這次事件中稍微回應了差別待遇是否不平等的命題。具全盲者身分的中華民國視覺障礙人協會理事長李繼吾透過媒體與報紙投書<sup>351</sup>表示，憲法保障明眼人與視障的工作權，但在說他們享有同等的工作權之前，是否應先看見並彌補視障者在立足點上的不平等。曾任殘障聯盟常務理事的陳節如立委則拿出聯合國 1993 年的身心障礙者平等機會準則(Standard Rules on the Equalization of Opportunities

---

能網，視障者上街頭求生存~來自大法官 649 釋憲函的衝擊，

<http://www.enable.org.tw/magz/detail.php?id=108> (最後瀏覽日：2014 年 12 月 20 日)。謝文華、林曉雲、洪素卿、魏怡嘉、許紹軒，視障按摩者上街爭工作權，自由時報，2008 年 11 月 22 日，<http://news.ltn.com.tw/news/life/paper/260070> (最後瀏覽日：2015 年 3 月 6 日)。劉開元，揮舞白手杖 導盲犬帶路 高唱金包銀 視障按摩師 上街頭護飯碗！，聯合晚報，2008 年 11 月 21 日 A12 版。

<sup>350</sup>除了上述報導，亦可參李秉宏律師分析視障者較多從事按摩業的原因與視障者的就業障礙，包括：紙本為主的就業環境便是一種障礙、缺乏各種便利視障者的資訊取得管道、一般人觀念上的障礙不願意讓視障者進入一般職場等。公民行動影音紀錄資料庫，『大法官破我飯碗、視障者馬上沒工作』大遊行宣告記者會，<http://www.civilmedia.tw/archives/1771> (最後瀏覽日：2014 年 12 月 20 日)。

<sup>351</sup>李繼吾，〈自由廣場〉盲友被逼上街頭，自由時報，2008 年 11 月 19 日，<http://news.ltn.com.tw/news/opinion/paper/259383> (最後瀏覽日：2015 年 3 月 6 日)。何玉華、許敏溶、陳璟民(註 347)。

for Persons with Disabilities) 作為依據，該準則指出可以用保留性職業保障障礙者工作權<sup>352</sup>。陳節如更進一步解釋，如果不用社會正義、實質正義的角度看待平等，所有積極矯正歧視措施<sup>353</sup> (affirmative action)，包括應優先採購庇護工場商品等規定都可能變成違憲<sup>354</sup>。如果大法官在做成釋字前，有機會讓視障者與障礙團體參與違憲審查的平等論辯，或許可以加入這些思考，寫下有別於釋字第 649 號解釋的平等權釋憲文。

## 第二項 2011 年差異取徑修法變革

### 一、視障者職業保障的微轉型

為了因應大法官解釋，立法院在 2010 年底展開修法，提出修法草案者是曾任殘障聯盟常務理事的陳節如立委，可惜部分修法提議在法案審議過程中又遭打折。2011 年完成的立法中，許多修法仍然是針對視障者與按摩業的保障，比如：規定對視障按摩業者應進行輔導或補助<sup>355</sup>、特定場所不能提供給非視障者進行按摩<sup>356</sup>，以及醫療機構「得僱用」視障者進行「非醫療按摩」<sup>357</sup>。

對「非醫療按摩」的標示，顯示掌管醫療定義大權的衛生署還是相當強調醫療與非醫療的分界。視障者所從事的按摩工作，則被分配在看起來較不具專業性的非醫療行為。陳節如立委提案中，原本希望增設「醫療按摩師制度」，有包括教育、專門職業及技術人員證照考試、進用、醫療按摩費用納入全民健康保險醫

<sup>352</sup> 關於該準則，可參聯合國世界衛生組織網站，<http://www.un.org/esa/socdev/enable/dissre04.htm> (最後瀏覽日：2015 年 10 月 14 日)。該準則第 7 條就業條款有提到，國家可採取保留或指定就業 (reserved or designated employment) 措施，支持障礙者就業。

<sup>353</sup> 原文是將 affirmative action 稱為「積極性措施」。

<sup>354</sup> 按摩業職業工會全國聯合會 (註 348)。

<sup>355</sup> 2011 年身心障礙者權益保障法第 46 條第 2 項：「各級勞工主管機關為協助視覺功能障礙者從事按摩及理療按摩工作，應自行或結合民間資源，輔導提升其專業技能、經營管理能力，並補助其營運所需相關費用。」

<sup>356</sup> 2011 年身心障礙者權益保障法第 46 條第 5 項：「醫療機構、車站、民用航空站、公園營運者及政府機關 (構)，不得提供場所供非視覺功能障礙者從事按摩或理療按摩工作。其提供場地供視覺功能障礙者從事按摩或理療按摩工作者應予優惠。」

<sup>357</sup> 2011 年身心障礙者權益保障法第 46 條第 4 項：「醫療機構得僱用視覺功能障礙者於特定場所從事非醫療按摩工作。」

療給付項目的整套設計<sup>358</sup>，希望讓視障按摩師的技術升級、專業性獲得肯認。在去專業化壓迫下，視障者被認為無法從事專業工作，視障按摩業又被認為不專業、職業聲望較低，陳節如立委所提的醫療按摩師制度正是欲解決此壓迫問題。然而，此制度由於使用「醫療」的用語，遭衛生署反對，審查會中，衛生署醫事處處長石崇良表示<sup>359</sup>，按摩有放鬆肌肉與紓解身心疲勞的作用，但不能稱為有醫療療效。另外，由於衛生署醫事處處長遲到，開會途中才加入討論，醫療按摩教育的條文<sup>360</sup>獲通過，後續其他條文卻受衛生署反對而未通過，造成可開辦醫療按摩教育，但無法銜接到證照考試、就業保障的規範矛盾情形。

為了因應大法官解釋的衝擊，在按摩以外的職種，則新增公立機關電話值機工作需雇用 10% 視障者的定額進用規定<sup>361</sup>。此舉可能是延續之前視障立委鄭龍水的成果，蓋鄭龍水委員在 1997 年曾表示其有要求交通部讓視障者從事 104、105 查號臺的工作，也有訓練視障者擔任電話行銷人員或錄音工程師，希望積極開展盲人的就業<sup>362</sup>。由於該規定規範的對象是政府機關（構）、公營事業或受其委託辦理諮詢性電話服務工作者，對於限制人民自由權的疑慮較低，較可防免限制自由權的違憲宣告。但若不改善差別待遇即不平等的思考模式，仍易被視為是一個不平等的規範。

<sup>358</sup>陳節如立委提案第 32 條第 2 項：「中央教育及衛生主管機關應積極獎勵輔導大專校院開辦醫療按摩相關科系，對視覺功能障礙者應辦理單獨招收考試，視覺功能障礙者不得低於招收總額二分之一。」第 46 條第 5 項：「中央衛生主管機關應配合大專院校開辦醫療按摩相關科系時程，推動醫療按摩師專門職業及技術人員證照、執業及繼續教育制度。醫療機構應優先進用領有證照之視覺障礙者執行相關醫療業務，並將醫療按摩費用納入全民健康保險醫療給付項目。」立法院公報處，立法院議案關係文書院總第 1032 號委員提案第 10071 號，立法院第 7 屆第 6 會期第 10 次會議議案關係文書（2010 年）。

<sup>359</sup>立法院公報處，立法院第 7 屆第 6 會期社會福利及衛生環境委員會第 25 次全體委員會議紀錄，立法院公報，100 卷 10 期，頁 36-40、67-71（2010 年）。

<sup>360</sup>2011 年身心障礙者權益保障法第 32 條第 2 項：「中央教育主管機關應積極鼓勵輔導大專校院開辦按摩、理療按摩或醫療按摩相關科系，並應保障視覺功能障礙者入學及就學機會。」

<sup>361</sup>2011 年身心障礙者權益保障法第 46 條之 1 第 1 項：「政府機關（構）及公營事業自行或委託辦理諮詢性電話服務工作，電話值機人數在十人以上者，除其他法規另有規定外，應進用視覺功能障礙者達電話值機人數十分之一以上。但因工作性質特殊或進用確有困難，報經電話值機所在地直轄市、縣（市）勞工主管機關同意者，不在此限。」

<sup>362</sup>立法院秘書處（註 223），頁 584-585。

## 二、定額進用除外機關應經職務分析

與視障者職業保障同時間進行的修法，還有身心障礙者權益保障法第 38 條第 8 項與第 9 項，定額進用除外進用單位須經職務分析的規範<sup>363</sup>。嚴格來說，在 2010 年底的修法中，除外單位需經職務分析的法案究竟是誰提出來的並不清楚，因為在該次修法的提案中，並未看見相關條文。由勞委會職訓局林三貴局長的發言紀錄來看，此提案是用臨時修正動議的方式提出，而立法院公報並未收錄完整的修正動議紀錄。不過，由曾任殘障聯盟常務理事的陳節如立委與林三貴的問答情形來看，可以確認殘障聯盟方面支持該修法。值得一提的是，原本的條文規範較嚴謹，要求除外範圍的職務「應經職務分析確為身心障礙者所不堪勝任」。但勞委會職訓局方面擔心這樣的文字過於嚴苛，而去掉後段「確為身心障礙者所不堪勝任」。陳節如立委似乎認為重點是要有職務分析，藉此說服障礙團體，所以接受了勞委會方面的修改<sup>364</sup>。了解 2011 年差異取徑修法的過程後，下一項將進一步了解修法實踐的情形。

## 第三項 差異取徑晚近的實踐

### 一、視障按摩保留開放的影響與補救措施

視障按摩保留開放的第一個影響展現在官方對於視障按摩業者就業情形的關心。行政院勞工委員會出版的《中華民國九十九年視覺障礙者勞動狀況調查報告》<sup>365</sup>有對視障按摩業者工作狀況進行初步調查。由該統計可知，從事按摩業的視障者約有 2160 人，此即視障按摩保留開放後會面臨明眼人競爭與衝擊的人數。值得注意的是，視障者間弱視者與全盲者的狀況有很大的差異，弱視者從事按摩

<sup>363</sup> 2011 年身心障礙者權益保障法第 38 條：「(第 8 項) 依前項規定不列入定額進用總人數計算範圍之單位，其職務應經職務分析，並於三年內完成。(第 9 項) 前項職務分析之標準及程序，由中央勞工主管機關另定之。」

<sup>364</sup> 立法院公報處（註 359），頁 30-32。

<sup>365</sup> 行政院勞工委員會，中華民國九十九年視覺障礙者勞動狀況調查報告，頁 8-9、45、206-207（2010 年）。在此之前，不論歷年內政部的《身心障礙者生活需求調查報告》或行政院勞工委員會的《身心障礙者勞動狀況調查報告》，皆只有針對整體身心障礙者或視障者就業情形進行調查，未特別調查視障按摩業者的就業情形。

業的比例是 16%，而全盲者高達 78%，顯示處境較不利的全盲者職業選擇真的非常少，卻會面臨較大的衝擊。



表 4-5：視障者（弱視/全盲）就業與從事按摩業比率（2010 年）

	人數	就業者	從事按摩業者	從事按摩業比率
弱視	24516	28.4%(約 6963 人)	1114	16%
全盲	3937	34%(約 1339 人)	1046	78%



資料來源：中華民國九十九年視覺障礙者勞動狀況調查報告<sup>366</sup>

製表：陳力宇

可是，這 2160 位視障按摩業者面臨的衝擊到底有多大呢？或許沒有人說得準。因此，勞委會在與視障團體多次溝通後，擬出三階段的協助方案<sup>367</sup>：第一階段（2011 年 11 月），提供視障按摩業者技能訓練與補助設備更新，為避免明眼人競爭造成收入損失，提供每人每月 1 萬元補助，為期一年；第二階段（2012 年）若視障按摩業者認為衝擊過大而欲轉業，可參加勞委會開辦的各種職訓，每月領取 10368 元職訓津貼，為期一年；第三階段協助參加職訓的視障者就業，並給予雇主雇用補助。

此方案是在不知道開放按摩業會對視障按摩業者有多大影響的狀況下擬定，給予視障按摩業者一年的評估、思考與補助期間，若在開放 1 年後認為衝擊過大，可以進行職訓與轉業。雖然在 2010 年的調查中，有高達 97.7% 的視障按摩業者認為他們仍會繼續從事按摩工作<sup>368</sup>，但若明眼人按摩衝擊過大或有好的轉業機會，或許仍會推動一小波轉業潮。2012 年的一篇報導便引述臺灣盲人福利會國總會執行長鍾誌穎的說法，表示在大法官解釋衝擊下，不少視障者因此轉型為街頭藝人<sup>369</sup>。也有視障者表示，因為擔心生計受影響而去職訓中心進行音樂訓練，取得

<sup>366</sup>行政院勞工委員會（註 365），頁 8-9，45，206-207。

<sup>367</sup>陳素玲，生計受威脅 視障團體抗議 勞委會：3 階段補助，聯合晚報，2010 年 1 月 5 日 A8 版。  
陳素玲、黃玉芳，保障視障 醫療按摩將納健保給付，聯合晚報，2010 年 10 月 13 日 A6 版。

<sup>368</sup>行政院勞工委員會（註 365），頁 9。

<sup>369</sup>趙容萱，培訓視障者 按摩師變樂手，聯合報，2012 年 5 月 1 日 B1 版。



街頭藝人執照後，則一邊繼續按摩工作，一邊接表演案<sup>370</sup>。

另一方面，作為視障按摩保留開放的另一個補救措施是 2011 年立法通過的視障者電話值機保障。據勞委會 2011 年統計中央與地方政府各單位回報的資料，擔任諮詢性電話服務工作者共有 2588 人，應進用視障者 141 人，未足額進用 108 人（約 77%）<sup>371</sup>。要達到足額進用或超額進用的狀況，或許跟 1990 年代強制定額進用的實踐一樣，需要若干年的調整適應期。再者，電話值機保障也有如同強制定額進用是否可排除計算某些單位的問題，在 2011 年勞委會舉行的「研商政府機關（構）及公營事業進用視障者擔任諮詢性電話服務工作事宜」會議中，即有單位認為工作性質特殊或非屬「諮詢性」電話服務工作，希望排除在計算範圍外。而障礙團體對於那些單位可以排除，仍有不同意見。如殘障聯盟秘書長王幼玲表示，不少建議排除之單位的查號台工作應屬「諮詢性」，其他則可能透過職務分析或職務再設計使視障者從事，僅有少數電話值機工作對視障者來說可能較困難（如：涉及高速公路路況監控、警消）<sup>372</sup>。

基本上，增加新的職種保障可以讓視障者有較多的職業選擇。只是，電話值機保障提供的百餘名額，在人數上遠比不上受到大法官解釋衝擊的 2 千多人。勞委會的三年期協助計畫僅在短期內有所幫助，長遠來看，該如何支持視障者就業仍是個大問題。

## 二、定額進用除外單位職務分析的完成

勞委會曾在 2012 年初訂定「身心障礙者定額進用不列入員工總人數計算單位職務分析標準」，邀請學者專家與民間團體參與職務分析審查，並在 2014 年初的法定時限內完成職務分析<sup>373</sup>。我們並不清楚障礙團體是否有被新訂的職務分析

<sup>370</sup>趙容萱（註 369）。

<sup>371</sup>身心障礙 e 能網，勞職特字第 1000507174 號「研商政府機關（構）及公營事業進用視障者擔任諮詢性電話服務工作事宜會議紀錄」，[http://meeting.enable.org.tw:8085/attachments/month\\_0901/720091191338.pdf](http://meeting.enable.org.tw:8085/attachments/month_0901/720091191338.pdf)（最後瀏覽日：2015 年 3 月 26 日）。

<sup>372</sup>身心障礙 e 能網，（註 371）。

<sup>373</sup>陳燕卿，7 類單位 37 種職務 不列入定額進用總人數計算範圍 已依法完成職務分析，勞動部勞動力發展署電子報月刊，2014 年 2 月，

標準說服，但從 2011 年修法前的爭議到修法後職務分析審查的參與，應可讓除外範圍更加合理化與促進行政機關了解障礙者的就業能力。

關於 2011 年差異取徑的修法與實踐，開放明眼人從事按摩業究竟對視障按摩業者會產生多大的衝擊，需要一段時間的觀察與更深入的研究來說明。可以確定的是，有些視障按摩業者為此開始準備轉業或兼職從事街頭藝人工作，顯然已對視障者造成負擔。我們不僅看不出視障者在一般就業市場的邊緣化壓迫獲得解決，醫療按摩師的立法提案再度遭衛生署阻擋，去專業化的壓迫持續，原本被貶為非專業的視障按摩又可能遭受新的衝擊，可謂雪上加霜。雖然 2011 年因應大法官解釋而做了緊急修法，也為視障者新增了電話值機保障工作，視障者整體的就業不平等處境，仍未獲緩解。

## 第四節 小結

差異取徑是在多重行動者的作用下誕生，誕生的理由可能是參考外國立法或曾經有過的按摩業管制，但在歷史中也可發現，不論外國立法或按摩業管制，都會在新形成的立法中受改造。另外，平等與反歧視的論述在提出差異取徑規範時並不常出現，出現的多是基於憲法第 155 條老弱殘廢救濟條款應對「福利」的保障，或工作、生存的保障。是否因為這些規範標示著差異而非相同，所以難以令人聯想到平等權呢？不過，控訴差異規範違反平等權的聲音也尚未出現，或許這是相關行動者對平等權的集體漠視。

隨著解嚴與集會遊行的開放，障礙者在 1989 年組織了殘障福利法修正行動委員會，並在嗣後變成常設化的殘障聯盟。殘障聯盟與多位具障礙者身分的立委（徐中雄、鄭龍水、王榮璋）對修法的推動、差異取徑的顯著化、調整、維持皆具有重要影響，讓每次的修法過程中不會只有行政部門的修法聲音，而是有障礙者的草案版本或將其意見融入行政部門的草案中。可以說，障礙者的聲音比起

1980 年代以前更形壯大。

只是在民主化後，理容業者的聲音也變得壯大，也可以利用集會遊行表達訴求，而且還常常使用著平等權的語彙主張開放視障按摩保留。相對於此，支持維持視障按摩保留制度的一方多是以工作權與生存權為依據，較忽略使用平等權的可能。平等權是否也可變成友性的、積極支持障礙者就業的一種權利？至於其他的差異化就業規範，也少被與平等權連結，如庇護工場是用比較務實的理由被留下來。但在實踐上，其實是可以看見一些不平等問題存在，如產能核薪在勞雇關係不對等狀況下有遭恣意扣減薪資的可能，又如定額進用的實踐，呈現出障礙者在進用後的就業邊緣化問題。

大法官在 2008 年宣告視障者按摩保留制度的違憲與不平等，讓視障者與障礙團體出聲辯護如此的差別待遇並非不平等，可惜這樣的聲音無法進入憲法辯論或挽回違憲宣告。值得注意的是，在後續定額進用除外機關認定標準的爭議中，殘障聯盟改寫了定額進用的歷史論述，認為定額進用的立法一開始便是為讓障礙者在工作方面獲得憲法平等權的實質保障<sup>374</sup>。本文也認為，差別待遇的立法未必不平等，應該要注意差異化的立法究竟是促進障礙者就業，或維繫、深化原有的不平等壓迫處境。

---

<sup>374</sup>古明龍（註 317）。

## 第五章 結論



### 第一節 回首過去，抗拒失憶

回顧臺灣戰後障礙者工作平等權的法律史，我們可以用解嚴與民主化作為時代分期，分別說明在此之前與之後，法律形構的原因與立法後的實踐情形。由於本文著重障礙者的權利主體地位，也將說明障礙者在法律規範形構與實踐中是否扮演了一定角色？是否進行法律動員？是否主張平等權？以及相關規範實踐是否促進了障礙者的就業平等？在說明過程中，也試圖展現本文的研究發現與論點。

在解嚴與民主化之前，既有研究比較忽略至少從 1950 年代開始，臺灣的障礙者/團體（臺灣省盲人福利協進會、臺灣省聾啞福利協進會）已從事按摩業管理與殘障福利的立法倡議，且在這兩方面皆有利用請願自行提出立法草案，顯示在戒嚴體制下法律動員空間遭到重大壓縮，但仍可在有限的機會結構下進行立法遊說。障礙者的法律動員方式是同時向中央與省政府的立法與行政各機關請願，行政遊說與立法遊說多管齊下，一方面請行政機關提出草案，另一方面請立法機關制定法律，也有請求省議會代為向立法院表達立法迫切性的情形。在臺灣省盲人福利協進會的請願下，1957 年臺灣省各縣市按摩業管理規則獲通過，是障礙團體早年立法動員的一大成就。值得注意的是，臺灣省盲人福利協進會原先的草案中並未限制需「雙目失明」才能從事按摩業，只是採取專業證照管制，「雙目失明」的從業限制是省議員們後來加入的「官方提議」。

相對於按摩業管理的立法倡議，殘障福利的立法倡議雖然是採取類似的法律動員方式，卻在中央政府不斷遭延宕。行政院直到 1978 年底「美匪建交」的外交危機下，才於 1979 年迅速通過殘障福利法草案，送交立法院審議，希望有所改革。此次立法亦有視障團體（臺灣省盲人福利協進會、臺北市盲人福利協進會、中華民國全國總工會按摩業勞工委員會）的立法遊說行動，包括向立委請願與參

與立法院舉行的立法公聽會。視障按摩保留制度在視障團體積極遊說下，訂入 1980 年殘障福利法。此時期，與非法按摩取締有利害關係的理容業，則曾利用行政遊說，促使臺北市政府解釋理容「附帶按摩」不違法，但未直接挑戰按摩保留規範。

這些立法對促進障礙者就業平等是否有幫助呢？在視障按摩保留制度方面，有學者曾批評視障按摩保留規範並未訂定罰則，至 1990 年訂入罰則才有拘束力<sup>1</sup>。本研究則發現實務上社福主管機關與負責執行的警政單位仍認為可透過違警罰法、行政執行法進行處罰，此種間接處罰規定從 1957 年臺灣省各縣市按摩業管理規則即存在，只是處罰案件數以及處罰與促進視障者就業的關係並不清楚。本文也試圖更精確描述 1980 年其他差異取徑的有限影響，如：鼓勵性定額進用的獎勵只有「頒贈獎牌一面」，臺灣省之下的縣市政府無一達到 3% 的獎勵門檻；庇護工場家數不多，政府與私人企業不太願意自行設置庇護工場，報導上多見由社福機構或障礙者自力救濟設置。因此在促進障礙者就業平等上影響不大。

本文也嘗試論述在解嚴與民主化之前，仍有機會動員殘障福利法反歧視條款或憲法平等權條款主張就業歧視。只是本文目前並未發現當時障礙者有這樣的法律動員主張。

解嚴與民主化同時帶來障礙者動員組織、機會結構、意義構框三方面的改變。在動員組織上，1989 年組成的殘障福利法修正行動委員會，在推動 1990 年殘障福利法的修正後，成立了殘障聯盟，成為往後障礙者權益的主要立法倡議團體。在機會結構上，障礙團體比較能利用結社、集會、遊行凝聚集體法律動員能量，並向國家施壓盡速通過殘障福利法，不會像解嚴前只能透過請願、等待國家機構的善意回應。當然，即使在解嚴後的修法，也不會完全依照障礙團體提出的立法草案進行修正，不同國家機關、其他私人企業、團體，皆可能提出不同意見。像

---

<sup>1</sup>孫迺翊，再探視障按摩保留條款之合憲性——大法官釋字第六四九號解釋的法事實與法釋義，中研院法學期刊，9 期，頁 71（2011 年）。王育瑜，臺灣視障者的職業困境——以按摩業為例的分析，國立政治大學社會學系碩士論文，頁 35-36（1995 年）。

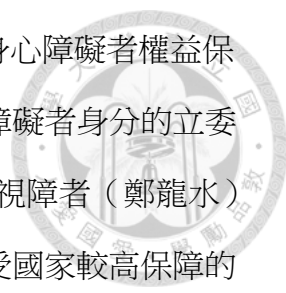
是 1990 年通過的強制定額進用制度，便是折衷民間版定額進用 2% 與行政院版定額進用 1% 後的結果。在意義構框上，解嚴與民主化前，不論官方或障礙團體，主要都是援引憲法第 155 條老弱殘廢扶助與救濟條款作為正當化保障障礙者規範的依據，訴求以「福利」為主<sup>2</sup>。1990 年代則轉為「權利」為主，平等權也是其中之一。

障礙者平等、反就業歧視的意義構框受重視，也展現在 1992 年就業服務法立法與修憲動員中。原本行政機關的就業服務法草案，並無反障礙歧視的規定。將「殘障」加入反就業歧視條款是立委們的提案，這些立委多數曾與障礙團體接觸。本文尚未發現障礙團體針對該條款進行遊說，但已可顯示反障礙就業歧視受重視。障礙團體的平等主張則展現在 1991 年到 1992 年的修憲動員，殘障聯盟的陳博文曾主張將障礙者平等權明訂於憲法平等權條款中，後來其以國大代表身分提出的「社會福利及殘障條款」，在社會權之外，也表達了平等的訴求。不知是否由於這些憲法與平等的訴求未成功寫入憲法增修條文，1992 年的憲法增修條文障礙者保障條款是依國民黨版提案通過，這段修憲動員的歷史鮮少被後人所提及<sup>3</sup>。

<sup>2</sup>反障礙歧視條款至少在 1955 年臺灣省盲人福利協進會提出的國民身體殘廢者福利條例試案即已出現，所以不得歧視障礙者並非晚近才有的想法，只是早年平等的重要性未被強調。

<sup>3</sup> 1992 年修憲障礙者並非一無所獲，仍有國民黨版的障礙者保障條款獲通過，但看不出國民黨版的條文有受障礙者法律動員直接影響。其次，1997 年修憲有加入無障礙環境與正名，在本文的寫作架構下較未提到 1997 年修憲狀況，在此略為補充說明。該次修憲，正名與無障礙環境同時受到國民黨提名的障礙者代表石元娜與障礙團體的支持，但雙方的互動細節本文並不清楚。正名部分可參第三章（註 2）說明；無障礙環境部分，石元娜在修憲第二讀會討論前提出修憲提案審查結果修正案，後來憲法增修條文才有國家應保障無障礙環境之建構的規定。參國民大會秘書處編，第三屆國民大會第二次會議實錄（上冊），頁 361（1998 年）。

另外，可以思考憲法增修條文通過對後續修法、障礙者法律動員是否具一定影響與意義。以本文「就業歧視」為中心的相關資料進行初步搜尋後，認為憲法增修條文雖有障礙者「就業輔導」保障之規定，但對立法或法律動員僅有少許影響。在立法方面，僅 1997 年身心障礙者保護法修法民間版提案（由顏錦福委員代為提出）中，有提到該法欲落實憲法增修條文第 18 條殘障者保障規定。參立法院秘書處，法律案專輯第 221 輯——身心障礙者保護法修正案（上），頁 32（1998 年）。後續身心障礙者權益保障法 2007 年、2011 年修法（含提案、委員會審查、院會二三讀）均未引用或討論憲法增修條文，作為立法正當性依據。到 2014 年身心障礙者權利公約施行法的立法，尤美女等委員的提案版本居然還是引用憲法本文第 155 條老弱殘廢扶助與救濟條款作為依據，而非憲法增修條文，有些奇特。（其他草案或立法討論則忽略憲法增修條文）參立法院公報處，立法院議案關係文書院總第 1684 號委員提案第 16372 號，立法院第 8 屆第 5 會期第 8 次會議議案關係文書（2014 年）。



殘障福利法後來變成 1997 年身心障礙者保護法、2007 年身心障礙者權益保障法，每次大修法均有障礙團體的立法遊說或參與。同時，具障礙者身分的立委徐中雄、鄭龍水、王榮璋均對修法有所影響。只是，即使個別視障者（鄭龍水）能夠當選立委，整體視障者就業不利處境還是難以翻轉。原本受國家較高保障的視障按摩保留制度，不斷遭到理容業者挑戰，雖然視障團體/障礙團體在立法遊說上屢屢化險為夷，理容業者提出的釋憲聲請反動員，仍在 2008 年獲大法官宣告視障按摩保留制度違憲定期失效。2011 年的修法雖然新增視障者於公立機關的電話值機定額進用保障，仍無法補足視障按摩保留制度違憲的衝擊，距離「多元化就業」國家還有很大進步空間。

在法律實踐上，障礙者提出就業歧視申訴也具有法律動員的意義。然而，就業服務法反歧視條款面臨的一個重大問題是受理案件量不多，本文初步認為可能與部分地方政府對就業歧視評議制度運作不熟悉、協議先行的做法有關，障礙者受雇者也可能礙於勞雇關係不平等怯於提出申訴。但此問題實有待後續研究更進一步釐清原因與癥結點。或許有於障礙者就業歧視案件量不多（早期更少），既有研究較未進行案件分析。本文對案件分析後發現，就業服務法反歧視條款的確有助於處理某些不平等問題，如：簡章歧視、錄用後才發現障礙者身分而立即解雇。然而，表面中立待遇、表面中立的拒絕雇用說詞下可能隱藏的歧視，以及未提供合理調適措施作為歧視，卻鮮少被注意。

另一方面，在身心障礙者權益保障法差異取徑的實踐上，強制定額進用制度、庇護工場、視障者職業保障（含：按摩業與 2011 年新增的電話值機）均有助於障礙者就業，而可改善被就業市場排除的邊緣化壓迫。特別是強制定額進用制度歷經 1990 年代不足額進用的陣痛期，在 2000 年代後趨於穩定，讓許多障礙者有

---

在立法之外的法律動員，不論障礙者就業歧視的訴願書、判決，或由報導、障礙團體刊物與網站可見的非正式法律場域之動員，偶可見訴諸憲法（第 7 條及第 15 條）工作平等權，但也少見訴諸憲法增修條文。反而是宣告視障按摩保留條款違憲的司法院釋字第 649 號解釋中，大法官有同時訴諸憲法第 155 條與憲法增修條文第 10 條第 7 項障礙者保障條款，並因此認為憲法蘊含有「扶助弱勢之原則」。

機會進入大型公私立機構工作。只是，本文也注意到這些制度可能有些待留意的不平等問題，如：定額進用後仍處於職場中的邊緣化位置、庇護工場容許低於基本工資的產能核薪是否有恰當的評估機制、視障按摩業的去專業化困境。這些不平等問題均值得進一步研究。本節主要進行歷史回顧，下一節希望進一步由歷史思考平等理論與障礙者工作平權相關制度。

## 第二節 由歷史反思平等與障礙者工作制度

本文的問題意識之一是希望歷史經驗資料的討論，可以促進我們對平等理論的思考，本節將由歷史整合入平等理論的討論。由於本文希望嘗試用反從屬論進行思考，這部分討論會以反從屬論為主。

藉由歷史回顧，本文發現「障礙群體作為一個弱勢群體」與「障礙者應可獲得國家一定程度的保障」，大體上受到各種歷史行動者的肯認。比方說，即使是與視障按摩師有高度利害衝突的理容業者，在 1990 年代提出的視障按摩保留制度替代方案，在訴求開放明眼人從事按摩業的同時，仍認為限制明眼人在某些公共場所從事按摩業，或者要求明眼按摩業者需雇用較高比例視障按摩師具有正當性。只是，國家對障礙群體的保障，有時仍然被連結到「福利」，而非促進「平等」。例如，1989 年爭論是否實施強制定額進用時，有些企業並不直接反對，而是希望保有一定雇用自由、繳交代金來「捐款補助」障礙者。或者，2005 年司法院釋字第 649 號解釋的聲請書中也表示，國家「福利政策」保障公私立機構雇用最低數額障礙者是立法上可考量之處。這些說法顯示，障礙者、平等權和障礙者工作平權相關制度的關係需要被釐清。

由反從屬論出發，我們應該重視弱勢群體與優勢群體的區別，需進一步闡明的是，此種區別在法學平等思考上的意義。由王韻茹的文章可見，其認為依憲法增修條文第 10 條第 7 項，國家有促進障礙者平等的義務，因而在看待定額進用制度時，可以肯認該制度具「重要之公益目的」<sup>4</sup>。再者，對於黃昭元來說，分

<sup>4</sup>王韻茹，身心障礙者定額進用條款之合憲性探討——以身心障礙者權益保障法為中心，國立中



類/差別待遇的目的或效果有利弱勢者時，審查標準應該降一級。如：對視障的分類原本用中度審查，但在目的或效果有利視障者時，可改採寬鬆審查<sup>5</sup>。對於本文而言，不同群體可能有不同壓迫態樣，似乎無法訂出統一的審查標準（嚴格審查、中度審查）。需要做的，應該是實質去了解障礙者的不利處境為何，惟有了解障礙者的不平等問題，才有想像平等的可能。


本文的平等思考可以再梳理如下：1.在較抽象的層次上，不平等是群體間權力關係不均的問題，因為群體身分而易在社會結構、法律制度中受到不利益是一種歧視。這或許聽起來太過抽象，所以本文試著將此說法進一步具體化。2.在中間層次上，Young 五種壓迫的面向（剝削、邊緣化、無權力、文化帝國主義、系統性的暴力）與障礙研究的討論，可以提供我們一些理論指引，說明障礙者就業上可能面臨的壓迫態樣。但 Young 對美國社會的觀察與西方障礙研究理論只是參考，未必適用臺灣。3.在最具體的層次上，可以拿臺灣障礙者的就業歧視問題與中間層次的思考相互對照，從中可見 Young 提到的邊緣化壓迫的確是臺灣障礙者面臨的重大問題。比方說，1990 年代之前，公私立機關可能在簡章上排除障礙者、面試時看見障礙者便拒絕錄用，甚至在就業之前的就學階段就先抹煞障礙者的就業可能性（如：師範院校認為障礙者與教師形象不符，便拒絕障礙者入學）。

本文提到的幾個主要制度，皆可說與對抗邊緣化壓迫有關。就業服務法反歧視條款可能處理障礙者求職者、受解雇者的問題，視障按摩保留制度、強制定額進用、庇護工場，皆有助障礙者就業。甚至 1990 年至 2007 年 70% 產能核薪的規定，照當初行政院草案的立法理由都是為了促使雇主更樂於雇用障礙者。問題是，

---

正大學法學集刊，33 期，頁 156-164（2011 年）。不過，可以留意，廖元豪在評析司法院釋字第 649 號解釋時提到，要找到「目的不正當」而違憲的法令並不容易。廖元豪，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六四九號解釋，台灣法學雜誌，123 期，頁 192-193（2009 年）。

<sup>5</sup>黃昭元，從釋字第 649 號解釋看優惠性差別待遇的合憲性審查，收於：許志雄教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，立憲國家之課題與挑戰：許志雄教授六秩華誕祝壽論文集，頁 175（2014 年）。



沒有評估與監督機制的產能核薪，讓雇主更容易藉由剝削障礙者來節省成本，行政機關只好趕緊解釋減薪後仍不得低於基本工資。其他制度也有各自的問題，就業服務法反歧視條款的實踐使用度低、對不平等不夠敏感（無法處理看似中性說詞、未提供合理調適措施）。視障按摩保留制度雖然在整體就業市場排除視障者就業的狀況下，給予一線生機，卻又有去專業化、性騷擾<sup>6</sup>的問題。強制定額進用看似能促進各種障礙者進入各行各業，實際上卻因為義務進用機關對不同障礙者的刻板印象，僅有某些障別的障礙者較易獲得進用。更可怕的是，進入職場後，障礙者可能還是待在職場中邊緣化的位置，不是正式編制內的人員，而是擔任臨時人員、約聘僱人員、職務代理人等。又或者，由於職場設計以健常人為中心<sup>7</sup>，無障礙設施不足，沒有方便障礙者使用的廁所，甚至進出職場都不容易。以上所提這些相當具體的例子與壓迫態樣，才是障礙者就業不平等的實體問題，而非分類、差別待遇問題，也非統一的審查標準（嚴格、中度、寬鬆）可以說明的。

看見不平等只是第一步，如何設法消除對障礙者的就業歧視則是困難的下一步。說困難，是因為目前看來並沒有任何制度實施後，障礙者不平等問題就迎刃而解，常常是解放與壓迫共生或解放後又有新的壓迫。目前可以做的，或許是好好連結平等與各種障礙者就業制度。以強制定額進用制度為例，若是以義務進用機關角度出發，會問說是否沒有那麼多合格的（qualified）障礙者可從事相關工作，所以應增加「除外機關」或降低部分機關的進用率。但是，若從障礙者就業平等的角度出發，一定要再追問：「沒有那麼多符合某就業資格的障礙者，是否與就業歧視有關？」比方說，晚近公部門定額進用研究發現障礙者較少成為正式人員，此是否與公務人員資格、教師資格取得有關？取得相關資格的障礙者較少，是否與資格考試上的歧視有關？甚至在更早的教育階段已經有排除障礙者？表面上公部門足額進用率高，但強制定額進用施行初期的公務人員資格、教師資格問題，或許都還繼續存在。

---

<sup>6</sup> Young 所提「系統性的暴力」包含性騷擾。

<sup>7</sup>此與 Young 所提「文化帝國主義」有關。

關於平等權的反思，也可思考反從屬論本身是否在「保障手段」上應有限制，或者只要有助弱勢群體改善處境就可以「不擇手段」<sup>8</sup>。第二章討論反從屬論限制時，曾說明採用積極矯正歧視措施應注意是否真能改善系爭弱勢群體地位、是否會削弱其他弱勢群體的資源，此可說是反從屬論本身的內在限制。而且，當「弱勢群體」地位獲改善，該群體不再處於不利地位時，依反從屬論的思路，不須再「改善處境」。除了內在限制，在規範正當性本身與處罰依據、法律效果上，也會受到其他法律原則、基本權的外在限制。以視障按摩保留條款來說，處罰無專業證照者/明眼人，仍須注意是否符合法律保留原則、比例原則或無專業證照者/明眼人的工作權受有限制。而在法律效果上，本文也批評 1990 年殘障福利法修法之前依行政執行法與違警罰法進行處罰的不當<sup>9</sup>。

本文在歷史書寫中，還有試圖說明國家不只是不夠積極促進平等，常常也是限制障礙者就業的元凶，這是國內障礙者就業文獻中討論不足的部分，本文的討論仍嫌不足<sup>10</sup>。我們需要對障礙者就業不平等有更多了解，否則我們甚至不知道要平等什麼。下一節將秉持此自我反省的精神，說明本論文的研究限制。

### 第三節 研究限制

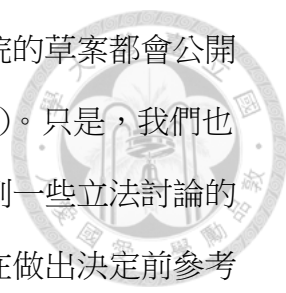
#### 第一項 史料的使用與歷史推論

歷史研究比較強調歷史事實與考證，因此史料是重要的，二手史料、文獻可作為研究輔助，但最好能閱讀一手史料。就應該盡量使用一手史料而言，在法律史探尋過程中，要看到官方意見大體上比較容易，因為許多官方意見會留下紀錄、會公開、有較好的保存，立法過程會留在《立法院公報》，司法機關的判決、大

<sup>8</sup>由於通常是認為對障礙者保障不足，而非保障過多，本文較少討論是否應限制保障問題，在此補充說明。

<sup>9</sup>參第四章第一節第二項第三款三、行政機關取締處罰下明眼人按摩的持續內文及註腳。

<sup>10</sup>如黃珉蓉提到，在殘障聯盟與各障別總會的努力下，2000 年代中期有一波解除國家考試、公務人員考試體檢限制的轉變。具體例子像是：2004 年起，身心障礙人員特考完全不限全盲或全聾者報考；2005 年起，一般性類科不實施體檢；2006 年起，取消專門職業及技術人員體檢限制（因而有全盲律師、全盲社工師出現）。黃珉蓉，殘障聯盟之興起與發展，收於：蕭新煌主編，書寫臺灣第三部門史 II，頁 78（2015 年）。



法官解釋以及行政機關的命令、函釋、訴願決定書、送入立法院的草案都會公開（不過，早期的判決、函釋、訴願決定書比較難搜尋或不公開）。只是，我們也可以發現搜尋官方意見上的一些限制。例如，除了立法可以看到一些立法討論的過程，司法機關、行政機關部分多只能看到最終的決定，他們在做出決定前參考了哪些資料、意見或有哪些討論、意見爭辯，較難得知。甚至，有時候立法院公報上的立法過程也有空洞化危機，像是 1997 年身心障礙者保護法的修法，在定額進用除外機關、產能核薪、視障按摩保留制度的存續上，都是（委員/朝野）協商的產物，立法院公報只記載部分討論或未記載討論過程，然後就跳到不受記錄的協商，得出協商結果。如果沒有討論過程的記載，我們就較難得知為何會有這些立法或決定。

有些官方意見會透過報紙轉載留下記錄，此時二手史料可以補充一手史料資訊的不足。比方說，內政部與臺灣省政府合設的社會安全制度計劃委員會，於 1958 年完成包括〈就業服務法〉草案、〈體能殘障國民福利法〉草案在內的 8 項社會安全法案，本文是透過報紙轉載得知。在 1990 年行政院院會通過〈就業服務法〉草案之前，內政部也曾多次提出〈就業服務法〉草案，相關內容本文也是透過報紙轉載了解。美中不足的是，報紙只會轉載部分草案內容，1958 年的報導甚至只看見有完成草擬工作，不知草案內容。或許可以再嘗試找尋早年的草案內容。本文也曾試著透過《機關檔案目錄查詢網》進行初步搜尋，並無「體能殘障國民福利法」（也搜尋過當時類似的草案名稱「國民身體殘廢者福利條例」、「國民體殘福利法」、「國民身體殘廢者福利法」）的資料。「就業服務法」則可見 1960 年代後的資料，沒有 1958 年的資料，由於檔案頁數不多，可能沒有詳細的草案討論過程紀錄，本文未申請閱覽相關檔案<sup>11</sup>。

對於官方意見來說是一手史料，對於障礙者而言可能是二手史料。比如法院判決、訴願決定書上會刊載障礙者就業歧視的案件事實，判決書或訴願決定書可

---

<sup>11</sup>有些檔案數量是標註「0 頁」，讓人不解究竟是有檔案還是沒有檔案存在。

能會參考、引述障礙者的話，但案件事實是經過官方重構，而非障礙者完整陳述的故事。在就業歧視評議案件的蒐集上，據統計至 2013 年為止至少有 149 件障礙歧視案件提出申訴，本文只有蒐集到少部分案件，未向勞委會/勞動部提起訴願，也未刊載於臺北市、臺北縣/新北市政府防制就業歧視案例實錄的案件，便難以蒐集、研究，是較可惜之處。

本文有嘗試蒐集一些障礙者/團體的一手資料，例如：障礙團體的刊物、網站，障礙者的自傳、回憶錄、請願書、釋憲聲請書、報紙投書，但不可諱言的是，使用二手報紙資料還是比較多。本文常常是透過報紙轉載了解障礙者/團體的意見、法律動員行動的情形<sup>12</sup>。有時候，這會造成一些困擾，「障礙者怎麼說」與「記者怎麼報導障礙者」可能還是有些差別。一個明顯的例子是，1994 年徐中雄立委舉辦殘障福利法修法公聽會，希望將「殘障」正名為「身心障礙」，民生報卻還是報導正名為「身心殘障」，我們需要透過前後歷史脈絡的對照（徐中雄的立法提案強調正名為「身心障礙」與其他報紙記載（本文另外對照《臺灣時報》的報導），來確認歷史事實。或許報紙有時候誤導了本文對障礙者/團體言行的認識，只是本文未察覺，只能透過詳細的引註告訴讀者本文對相關歷史事實的認識由何而來，並期待後續研究發掘更多障礙者的一手史料。

書寫歷史不只需要史料，也需要歷史解釋、歷史推論，說明「為何事情會發生/不發生」？當然，歷史解釋也需要建立在對史料的蒐集與了解之上，不能只是研究者的想像。只是，有時可得的史料並不完整，所以在推論「為何事情會發生/不發生」之中，可能會有些跳躍。例如：1980 年殘障福利法的草案未出現庇護工場規範，1981 年內政部提出的殘障福利法施行細則卻有相關規定，先前 1976 年內政部也有提到打算設置庇護工場，本文推測或許內政部有相關提案，只是在行政院院會中遭到行政院或其他部會反對。事實上，我們只看得到行政院院會通過送入立法院的草案，不知道內政部提交行政院的 1980 年殘障福利法草案內容

---

<sup>12</sup>與障礙者就業保障可能有利益衝突者的意見，常常也是透過報紙轉載了解，也會有類似的問題。

為何。或許當時內政部的草案內容還存在或還有人記得，只是本文尚未發現。另外，就業服務法形成之前是否沒有障礙者利用平權條款主張就業歧視，以及 1992 年就業服務法反障礙歧視條款通過，是否沒有障礙者進行立法遊說，也都還可以再找找看是否有相關經驗證據。

再者，在事件成因上，本文通常會思考有哪些相關的行動者促成改變或維繫既有狀態，但是在整體政治、經濟「背景因素」方面，可能討論不足。比方說，1980 年殘障福利法的通過，除了本文第四章提到是「外交危機開啟的修法契機」，是否也與整體臺灣經濟發展有關？是否與國際間對障礙者議題的重視有關<sup>13</sup>？或者，本文第三章第一節討論了戒嚴體制與平等權未被動員的關係，戒嚴法未直接限制平等權，那兩者是否有關係呢？本文只做了初步的討論，包括法治斌指出戒嚴前平等權解釋較少、整體人民權利意識受壓抑，及本文認為限制集會結社自由可能對障礙者權益倡議組織的集結、法律動員產生影響，應該還有更深入討論的空間。

最後，在歷史推論上，本文也討論歷史的其他可能性，這部分在第三章討論比較多，如：討論就業服務法形成之前，雖未看到事實上有障礙者動員平等條款主張就業歧視，但本文認為此可能性存在。或者，討論與就業服務法反障礙歧視條款相關/類似的立法提案，有些修法主張曾被提出，只是未立法通過。然而，第四章在這部分討論就比較少，或許可以再思考是否有其他歷史上的可能性。比如，我國為何是採制定額進用搭配差額補助費的制度？為何不是如美國某些積極矯正歧視措施，設定目標（goal），當公私立機關無法達成目標時容有舉證免責的空間，說明已盡力完成目標。有時進行歷史回溯時，會因為過去的事情已經發生，而順著歷史演變講下來，但本文毋寧較認為歷史變遷不是那麼理所當然，

---

<sup>13</sup>張恆豪有提到，聯合國在 1975 年公布「障礙者權利宣言」，其認為 1980 年殘障福利法的通過與國際趨勢相關。參張恆豪，障礙者權利運動的策略與組織變遷——提供服務做為社會運動的手段？，收於：何明修、林秀幸編，社會運動的年代——晚近二十年來的台灣行動主義，頁 140（2011 年）。

在每個過去的當下，都有許多可能<sup>14</sup>，值得我們進行探究。

## 第二項 障礙工作者的立場、異質性與多元交織性

作為一個「暫時健常人」(temporarily able-bodied)，是否有辦法進行障礙研究呢？是否能夠了解障礙者的不平等經驗呢？這涉及立場論 (standpoint theory) 的問題，研究者是否能夠從障礙者的生活經驗出發來了解障礙者的壓迫經驗。筆者必須承認，「暫時健常人」在障礙者不平等經驗的認識上處於劣勢，換言之，比較難察覺到障礙者不平等經驗。例如，筆者在臺大旁聽「International Disability Rights Law」課程時，會聽到具障礙者身分的同學分享經驗，從中筆者才認識到，臺大有些教室輪椅族進得去，但有階梯，所以可能只能待在前門或後門附近的位置，這是筆者不容易認識到的障礙者不平等經驗。再者，在該課程討論議題時，Lily 曾經說過：「不好意思，我是障礙者，所以我的主張會比較基進。」相對而言，筆者的意見或許就不夠基進、不夠貼近障礙者立場吧！另外，除了障礙者立場，受雇者立場也是一個問題。由於筆者受雇經驗也很少，或許會忽略勞雇關係不平等的一些細節之處。在解決方式上，可以做的就是盡量多閱讀障礙者就業不平等的經驗資料，以求從障礙工作者生活經驗出發了解不平等問題、構思解決方案。

有時候，筆者也會思考，如果障礙者/團體內部有多樣異質的經驗，某些類型的障礙者是否會了解其他障礙者遭遇的不平等問題呢？這涉及多元交織性 (intersectionality) 問題，可以分成三個面向檢討障礙者/團體內部異質性與本文的關聯。首先，關於障礙身分與其他群體身分的交織，在「勞雇關係不平等」的階級身分上，本文比較有討論到，如：障礙者受雇者在 70%產能核薪規定下，可能被恣意扣減薪資。相對而言，障礙身分與性別（稍有提到的是視障按摩師易

---

<sup>14</sup>可以參考柯志明對於「歷史機遇」的說明，以及「重溯回去，機遇不再」、「史家要解釋真正發生了什麼之前，當先自問可能發生什麼」兩種寫作觀點。柯志明，跨學科的歷史研究法，收於：瞿海源、畢恆達、劉長萱、楊國樞主編，社會及行為科學研究法二：質性研究法，頁 229-232 (2012 年)。

受性騷擾之部分)、族群身分的交織或世代差異<sup>15</sup>，較少論及。這不代表本文未納入女性、原住民障礙工作者的經驗，如：李湘華、沈曉亞、劉俠皆是女性障礙者，盲人詩人莫那能則具備原住民身分。但本文的確未能凸顯除了具備障礙者身分外，同時帶有女性或原住民身分，是否會帶來有別於男性障礙者、漢人障礙者的壓迫經驗。這或許與筆者「暫時健全人」、男性、漢人的認識論立場有關，或許與本文史料蒐集的研究方法有關，大體上，筆者覺得較難從既有的史料、文章架構下處理複雜的障礙、性別、族群身分交織問題，有待後續研究處理。

其次，障礙群體內部也可以再細分不同障別，不同障別者的就業不平等問題可能也不太一樣。本文有試著納入各種障礙者的經驗，若從「附表六：就業服務法障礙歧視案件整理」來看，包括有：自閉症者、肢障者、聽障者、癲癇患者、精障者的就業歧視申訴。其他地方還有提到：視障者、智能障礙者、顏面損傷者、腦性麻痺患者。只是，除了視障按摩師之外，比較沒有凸顯各種障礙者就業不平等經驗的差異。此外，也可以思考多重障礙者的狀況，是否也是一種多重身分交織。

第三，本文所稱的「障礙團體」，並未嚴格區分成員是否皆為障礙者，有時候是泛指關心障礙者權益的團體。比如：中華民國智障者家長總會，是障礙者家長團體。本文也注意到殘障聯盟的組成相當複雜，成員未必是障礙者。從殘障聯盟第一屆理監事名錄來看<sup>16</sup>，伊甸殘障福利基金會劉俠、中華民國殘障人協會陳

---

<sup>15</sup>張恆豪口試委員有指出其學生訪談視障者後認為有世代差異存在，年輕一輩視障者可能認為有科技幫助而較有就業、職業選擇空間。這的確是本文較未觸及的部分。可補充說明的是，據《中華民國九十三年身心障礙者勞動狀況調查報告》「身心障礙就業者認為『政府規定非視覺障礙者不得從事按摩業』規定之看法」，結果如附表十一所示，反對開放的意見較無明顯世代遞移，認為可開放的意見則明顯從 65 歲以上的 11.6%到 15-24 歲的 36.9%呈逐步遞增趨勢，越年輕世代越認為可開放。需補充說明，這是整體障礙者就業者的調查，無法得知視障者就業者的意見是否也具世代差異。

另外，目前本文並未看到視障者客觀就業環境有顯著改善的研究。科技進步是否增加就業機會，尚待研究。因為有時科技進步伴隨的機械化、自動化，也會縮減視障者就業機會，難以論斷整體而言是促進就業或減少就業機會。邱大昕曾訪問 1926 年出生的一位視障者，其原本的工作是捕魚，但在 1960 年代機械化後，就難以討海，改行按摩。參邱大昕，被忽略的歷史事實：從視障者工作演變看大法官釋字第六四九號解釋，社會政策與社會工作學刊，13 卷 2 期，頁 63-64(2009 年)。

<sup>16</sup>中華民國殘障聯盟，中華民國殘障聯盟六、七月會議記錄，中華民國殘障聯盟盟訊，3 期，頁



博文是肢障者、陽光社會福利基金會陳明里是顏面損傷者，但如中華民國啟智協會曹愛蘭、宜蘭慕光盲人重建中心陳五福則非障礙者，而是關心障礙者權益的相關機構創辦者、專業人員<sup>17</sup>。障礙者家長團體或專業人員的看法，是否會與障礙者一致呢？這是本文寫作中未深究的部分。但願往後的研究可藉由本文的檢討，繼續深化對障礙者工作平等權的歷史理解。

---

2 (1990 年)。

<sup>17</sup>曹愛蘭是特殊教育碩士，陳五福則是眼科醫師，創立宜蘭慕光盲人重建中心。

# 參考文獻



## 一、中文文獻<sup>1</sup>

Erving Goffman 著，曾凡慈譯（2010），汙名，臺北：群學。[Goffman, Erving. 1963.

*Stigma: Notes on the Management of Spoiled Identity*. New York: Simon & Schuster.]

刁惠美（1992），影響民間企業僱用殘障者雇用表現因素之研究--以台北市、台北縣、桃園縣為例，國立臺灣大學社會學研究所碩士論文。

——（1994），台灣地區家長團體辦理智障者就業服務現況報導，推波引水，5期，頁 7-9。

中華民國智障者家長總會（2002），總會十年簡史，推波引水，第 35、36 期，頁 16。

中華民國殘障聯盟（1990），中華民國殘障聯盟六、七月會議記錄，中華民國殘障聯盟盟訊，3 期，頁 2。

——（1991），陳副理事長榮獲民進黨不分區國代候選人第三順位，中華民國殘障聯盟盟訊，16 期，頁 7。

——（1994），修法戰鼓聲聲急 年度選舉莫放棄，殘障聯盟雜誌，10 期，頁 1。

——（1996），勿踐踏殘障者就業權，殘障聯盟雜誌，18 期，頁 4。

——（2010），覺醒•奮進：走過台灣身心障礙權益二十年，臺北：中華民國殘障聯盟。

中華民國憲法草案宣傳委員會（1946），中華民國憲法草案說明書，5 版，上海：正中書局。


內政部（1982），台灣地區殘障者複查與鑑定工作總報告 第三冊，臺北：內政部。

---

<sup>1</sup>本論文註腳與參考文獻主要參考中研院法學期刊格式，由於該格式於參考文獻中只需列出「學術性文獻」，註腳中出現的報紙、檔案、政府公報、網站（除非是有學術討論性質的網站）基本上不列入參考文獻中。



- 內政部統計處（1995），中華民國八十二年臺灣地區殘障者生活狀況調查報告，臺北：內政部統計處。
- （1996），中華民國八十三年臺灣地區殘障者生活狀況調查報告，臺北：內政部統計處。
- （2006），中華民國九十二年身心障礙者生活需求調查報告，臺北：內政部。
- （2007），中華民國九十五年身心障礙者生活需求調查報告，臺北：內政部。
- （2013），中華民國 100 年身心障礙者生活狀況及各項需求評估調查報告，臺北：內政部。
- 內政部統計處、行政院勞工委員會、行政院衛生署（2001），中華民國八十九年臺閩地區身心障礙者生活需求調查報告(三)就業服務與職業訓練篇，臺北：內政部統計處。
- 王玉葉（1998），美國最高法院處理優惠待遇（**Affirmative Action**）案件之新趨勢：**Adarand Constructors, Inc. v. Peña** 案之評析，收於：焦興鎧主編，美國最高法院重要判決之研究：一九九三~一九九五，頁 171-210，臺北：中研院歐美所。
- 王自雄（2010），人權兩公約之國內法化暨其施行法之實施--從國際法的內化與人權在我國憲政體制下之法律地位論起，臺灣法學雜誌，164 期，頁 113-122。
- 王育瑜（1995），臺灣視障者的職業困境——以按摩業為例的分析，國立政治大學社會學系碩士論文。
- 王恩美（2010），冷戰時期學校教育中的反共形象：以臺灣與韓國兩地小學教科書為中心的分析，思與言，48 卷 2 期，頁 49-117。
- 王泰升（2002），台灣戰後初期的政權轉體與法律體系的承接，台灣法的斷裂與連續，頁 3-110，臺北：元照。
- （2004），台灣法律史概論，2 版，臺北：元照。

- 
- 王國羽（2002），我國身心障礙福利政策與體系：身心障礙者保護法的分析，社區發展季刊，79期，頁115-127。
- （2010），身心障礙人口問題與趨勢，收於：瞿海源、張荳雲主編，台灣的社會問題，二版，頁306-346，高雄：巨流。
- （2012），障礙概念模式與理論發展，收於：王國羽等編，障礙研究，頁43-70，高雄：巨流。
- 、林昭吟、張恆豪編（2012），障礙研究，高雄：巨流。
- 王澤鑑（2000），民法總則，增訂版，臺北：自版。
- 王韻茹（2011），身心障礙者定額進用條款之合憲性探討——以身心障礙者權益保障法為中心，國立中正大學法學集刊，33期，頁156-175。
- 台灣法學會（編）（1999），世界人權宣言五十週年紀念研討會專輯，臺北：台灣法學會。
- 田仁杰（2006），「具有犯罪前科者」之群體的平等權保障--從釋字第五八四號解釋之職業平等談起，憲政時代，32卷1期，頁71-106。
- 立法院秘書處（1981），法律案專輯第三十四輯——殘障福利法案，臺北：立法院公報處。
- （1990），法律案專輯第一百二十六輯——殘障福利法案，臺北：立法院公報處。
- （1993），法律案專輯第一百五輯（上）——就業服務法案，臺北：立法院公報處。
- （1993），法律案專輯第一百五輯（下）——就業服務法案，臺北：立法院公報處。
- （1998），法律案專輯第221輯——身心障礙者保護法修正案（上），臺北：立法院公報處。
- （1998），法律案專輯第221輯——身心障礙者保護法修正案（下），臺北：



- 立法院公報處。
- 行政院戶口普查處（1982），中華民國六十九年臺閩地區戶口及住宅普查報告——第一卷 總說明、統計提要及法規，臺北：行政院戶口普查處。
- （1992）中華民國七十九年台閩地區戶口及住宅普查報告 第一卷 上冊，臺北：行政院戶口普查處。
- （1992）中華民國七十九年台閩地區戶口及住宅普查報告 第一卷 中冊，臺北：行政院戶口普查處。
- 行政院研究發展考核委員會（1990），我國殘障福利法執行成效評估，臺北：行政院研究發展考核委員會。
- 行政院勞工委員會（2005），中華民國九十三年身心障礙者勞動狀況調查報告，臺北：行政院勞工委員會。
- （2006），中華民國九十四年身心障礙者勞動狀況調查報告，臺北：行政院勞工委員會。
- （2008），中華民國九十六年身心障礙者勞動狀況調查報告，臺北：行政院勞工委員會。
- 何明修（2005），社會運動概論，臺北：三民。
- （2009），社會運動，收於：王振寰、瞿海源主編，社會學與台灣社會，3版，頁 341-364，高雄：巨流。
- 利格拉樂·阿(女烏)（1998），樓上樓下——都會區中產階級女性運動與原住民女性運動的矛盾，收於：穆莉淡 Mulidan：部落手札，頁 47-57，臺北：女書。
- 吳秀照（2007），臺中縣身心障礙者就業需求：排除社會障礙的就業政策探討，社會政策與社會工作學刊，11 卷 2 期，頁 149-198。
- 吳秀照、陳美智（2012），勞動與就業，收於：王國羽等編，障礙研究，頁 177-180。
- 吳東野（1999），我國立法院全國不分區委員制度之研究，選舉研究，6 卷 1 期，

頁 143-174。

吳武典(1990)，工商企業機構對殘障者職業訓練及就業輔導之意見調查，收於：行政院勞工委員會職業訓練局編，推展我國殘障者職業訓練及就業輔導之研究，頁 113-145，臺北：行政院勞工委員會職業訓練局。

——(主持)(1990年5月)，專題討論(三)工商企業機構的角色、難題突破，七十九年度殘障者職業訓練與就業輔導業務研討會會議實錄，行政院勞工委員會職業訓練局主辦。

吳武典、蔡崇建、黃淑芬、王華沛，廖永堃(1994)，台北市民間工商企業僱用殘障者意願調查研究，特殊教育研究學刊，10期，頁 75-101。

吳俊瑩(2015)，戰後臺灣關於「違警罰法」的批判內容與脈絡考察，臺灣文獻，66卷3期，頁 151-196。

吳經熊、黃公覺(1992)，中國制憲史，據商務印書館版本再版，上海：上海書店。

李立如(2008)，司法審查之表述功能與社會變革：以性別平等原則在家庭中的落實為例，臺大法學論叢，37卷1期，頁 31-77。

李念祖(2006)，案例憲法Ⅲ(下)：人權保障的內容，臺北：三民。

李南海(1998)，制憲時期婦女爭取代表名額始末——以國民大會代表之選舉為例，近代中國，123期，頁 170-190。

李建良(2008)，經濟管制的平等思維——兼評大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋，政大法學評論，102期，頁 71-157。

——(2013年6月)，「形式平等」與「實質平等」語辨的反思——比較憲法學方法論的初步探討，第九屆憲法解釋之理論與實務學術研討會，中央研究院法律學研究所主辦。

李惠宗(2003)，肝炎帶原者止步——就業歧視條款的憲法問題，月旦法學教室，10期，頁 8-9。



- (2009), 憲法要義, 5 版, 臺北: 元照。
- 李貴連 (2007), 民國北京政府制憲史料: 第三冊, 北京: 線裝書局。
- (2007), 民國北京政府制憲史料: 第六冊, 北京: 線裝書局。
- (2007), 民國北京政府制憲史料: 第七冊, 北京: 線裝書局。
- 李震山 (2007), 論行政罰法「具裁罰性之不利處分」及「特別法優先適用原則」, 法學叢刊, 52 卷 3 期, 頁 1-19。
- 杏林子 (2004), 俠風長流: 劉俠回憶錄, 臺北: 九歌。
- 沈幸儀 (2013), 一萬四千個證人: 韓戰時期「反共義士」之研究, 臺北: 國史館。
- 沈曉亞 (1980), 怕見陽光的人, 台北: 聯亞。
- 卓妙如、潘玉涵、詹沛祺、王秋琪、蔡育倫、吳佳靜、王譽潔 (2007), 智能障礙者絕育議題之倫理考量, 身心障礙研究, 5 卷 3 期, 頁 178-197。
- 周月清 (1998), 身心障礙者福利與家庭社會工作——理論、實務與研究, 五南: 臺北。
- 周怡君、賴金蓮 (2009), 台灣庇護工場現況分析: 理論與實務, 臺北: 心路。
- 周治平 (1964), 憲法中保障人權規定對於私人之效力, 憲政論壇, 10 卷 10 期, 頁 18-19。
- 周建卿 (1992), 中華社會福利法制史, 臺北: 黎明。
- 周琇環 (2011), 接連韓戰反共義士來臺之研究(1950~1954), 國史館館刊, 28 期, 頁 115-154。
- 林子儀 (1993), 言論自由與優惠性的差別待遇——Metro Broadcasting, Inc. v. F.C.C., 收於: 焦興鎧編, 美國聯邦最高法院論文集, 頁 75-109, 臺北: 中研院歐美所。
- 林明昕 (2015 年 12 月), 憲法規範下的社會正義—以基本國策之規範效力為中心, 社會正義之理論與制度實踐, 科技部委託整合型研究計畫期末成果發



表。

林政緯（2004），美國禁止身心障礙就業歧視制度之研究——兼論對我國制度建構之啟示，國立政治大學勞工研究所碩士論文。

林昭吟、孫健忠（2014），我國公部門身心障礙者定額進用實施之多面向檢視，東吳社會工作學報，26期，頁47-75。

林紀東（1967），論人權之保障與私人相互間之法律關係，法令月刊，18卷1期，頁3-4。

——（1981），中華民國憲法逐條釋義（第四冊），臺北：三民。

——（1982），中華民國憲法逐條釋義（第一冊），臺北：三民。

林國明（2012），歷史研究法，收於：瞿海源、畢恆達、劉長萱、楊國樞主編，社會及行為科學研究法二：質性研究法，頁167-210，臺北：臺灣東華。

林國明、蕭新煌（2001），台灣的社會福利運動導論，收於：林國明、蕭新煌主編，台灣的社會福利運動，頁1-31，臺北：巨流。

林萬億（2006），台灣的社會福利：歷史經驗與制度分析，台北：五南。

——（2012），台灣的社會福利：歷史與制度的分析，二版，臺北：五南。

法治斌（1983），私人關係與憲法保障，政大法學評論，27期，頁159-193。

——（2003），司法審查中之平等權：建構雙重基準之研究，收於：法治國家與表意自由，頁209-246，臺北：正典。

邱大昕（2009），被忽略的歷史事實：從視障者工作演變看大法官釋字第六四九號解釋，社會政策與社會工作學刊，13卷2期，頁55-86。

——（2011），為什麼馬殺雞？視障按摩歷史的行動網絡分析，83期，頁5-36。

——（2012），為什麼需要女性主義身心障礙研究？，婦研縱橫，96期，頁16-24。

——（2015），盲流非盲流：日治時期臺灣盲人的流動與遷移，臺灣史研究，22卷1期，頁1-24。

金鳴盛（編著）（1936），國民政府宣布中華民國憲法草案釋義，上海：世界書局。



俞浩偉（2008），從憲法平等權探討我國身心障礙者就業保障之問題，國立臺灣大學法律學系碩士論文。

施啟揚（2001），民法總則，增訂 10 版，臺北：自版。

柯志明（2012），跨學科的歷史研究法，收於：瞿海源、畢恆達、劉長萱、楊國樞主編，社會及行為科學研究法二：質性研究法，頁 211-239，臺北：臺灣東華。

紀佳芬（2003），身心障礙者職務再設計與工作改善，臺北：五南。

范雅鈞（編）（2004），戰後臺灣勞工運動史料彙編 3：工運組織與工運事件，臺北縣：國史館。

孫迺翊（2011），再探視障按摩保留條款之合憲性——大法官釋字第六四九號解釋的法事實與法釋義，中研院法學期刊，9 期，頁 49-127。

——（2011），身心障礙者權益保障法之基本精神及相關爭議問題，法律扶助，33 期，頁 29-34。

——（2015 年 12 月），不歧視、合理調整措施與平等原則——以身心障礙者權益保障法第 16 條為中心，社會正義之理論與制度實踐，科技部委託整合型研究計畫期末成果發表。

翁岳生（1995），近年來司法院大法官會議解釋之研討——有關人民權利之保障，收於：法治國家之行政法與司法，頁 371-388，臺北：月旦。

國民大會秘書處（1946），國民大會實錄，南京：國民大會秘書處。

——（1992），第二屆國民大會臨時會實錄，臺北：國民大會秘書處。

——（1998），第三屆國民大會第二次會議實錄（上冊），臺北：國民大會秘書處。

婦女新知基金會（2000），各縣市就業歧視評議委員會調查報告，婦女新知通訊，215 期，頁 10-16。

張幼慈（2003），我國身心障礙者就業保障之研究——以定額進用制度為例，政

治大學勞工研究所碩士論文。

張恆豪 (2006), 必也正名乎：關於障礙者正名與認同的反思, 教育社會學通訊, 71 期, 頁 3-7。

—— (2011), 障礙者權利運動的策略與組織變遷——提供服務做為社會運動的手段?, 收於: 何明修、林秀幸編, 社會運動的年代——晚近二十年來的台灣行動主義, 頁 129-169, 臺北: 群學。

張恆豪、蘇峰山 (2012), 西方社會障礙歷史文化, 收於: 王國羽等編, 障礙研究, 頁 11-41, 高雄: 巨流。

張珏 (年分不詳), 台灣地區智障兒家庭計畫及優生保健研究: 台北地區研究, 臺北: 臺灣省家庭計畫研究所。

張晉芬 (2013), 勞動社會學, 增訂初版, 臺北: 政大。

梁惠錦 (2003), 婦女爭取參政代表保障名額的經過, 收於: 秦孝儀主編, 蔣夫人宋美齡女士與近代中國學術討論集, 頁 519-547, 臺北: 中正文教基金會。

莫那能 (2014), 一個台灣原住民的經歷, 修訂初版, 臺北: 人間。

許玉秀 (主持) (2015), 「私法自治 VS. 性別平等——從釋字 728 論祭祀公業條例之合憲性」學術座談會, 臺灣法學雜誌, 270 期, 頁 57-84。

許志雄 (2010), 職業規制與保留的違憲審查 (上) ——司法院釋字第六四九號解釋評析, 法學新論, 19 期, 頁 1-33。

—— (2010), 職業規制與保留的違憲審查 (下) ——司法院釋字第六四九號解釋評析, 法學新論, 20 期, 頁 1-22。

許秀能、張麗淑 (編) (2007), 臺北縣政府防制就業歧視案例實錄 5, 臺北: 臺北縣政府勞工局。

許育典 (2009), 非視障者不得按摩, 違憲?, 月旦法學教室, 76 期, 頁 6-7。

許宗力 (2000), 從大法官解釋看平等原則與違憲審查, 收於: 李建良、簡資修主編, 憲法解釋之理論與實務第二輯, 頁 85-122, 臺北: 中央研究院中山人



文社會科學研究所。

- (2002)，基本權的功能，月旦法學教室，2期，頁72-80。
- 許雪姬 (2004)，臺灣歷史辭典，2版，臺北：行政院文化建設委員會。
- 許陽明 (1991)，人民制憲會議實錄，臺北：民主進步黨中央黨部。
- 郭峰誠、張恆豪 (2011)，保障還是限制？定額進用政策與視障者的就業困境，  
臺灣社會研究季刊，83期，頁95-136。
- 陳俊良 (1992)，殘障福利運動，社會工作學刊，2期，頁177-198。
- 陳昭如 (2007)，發現受害者或是製造受害者？初探女性主義法學中的受害者政治，收於：殷海光基金會主編，自由主義與新世紀台灣，頁373-420，臺北：允晨。
- (2009)，在棄權與爭產之間：超越被害人與行動者二元對立的女兒繼承權實踐，臺大法學論叢，38卷4期，頁133-228。
- (2010)，大法官解釋中的歷史與傳統--女性主義觀點的批判，中研院法學期刊，7期，頁81-140。
- (2010)，婚姻作為法律上的異性戀父權與特權，女學學誌，27期，頁113-199。
- (2011)，交叉路口與樓上樓下——反歧視法中的交錯問題，月旦法學雜誌，189期，頁51-68。
- (2012)，改寫男人的憲法：從平等條款、婦女憲章到釋憲運動的婦運憲法動員，政治科學論叢，52期，頁43-88。
- (2012)，顯見的少數，在野法潮，12期，頁80-85。
- (2013)，還是不平等——婦運修法改造父權家庭的困境與未竟之業，女學學誌，33期，頁119-169。
- (2014)，父姓的常規，母姓的權利：子女姓氏修法改革的法社會學考察，臺大法學論叢，43卷2期，頁271-380。



- (2015), 踐行的法學：凱瑟琳·麥金儂的女性主義理論與行動，收於：陳昭如編，性平等論爭——麥金儂訪臺演講集，頁 1-71，臺北：臺大出版中心。
- 陳昭如、張晉芬 (2009)，性別差異與不公平的法意識——以勞動待遇為例，政大法學評論，108 期，頁 63-123。
- 陳美華 (2009)，性別，收於：社會學與台灣社會，王振寰、瞿海源主編，三版，頁 129-156，臺北：巨流。
- 陳張培倫 (2013)，族群發展導向積極賦權行動與原住民族，政治與社會哲學評論，47 期，頁 1-64。
- 陳博 (2011)，身心障礙者庇護工場之推動現況與展望，就業安全，10 卷 1 期，頁 85-91。
- 陳新民 (1985)，憲法基本權利及「對第三者效力」之理論，政大法學評論，31 期，頁 67-111。
- 湯德宗 (1989)，美國聯邦最高法院一九八八-八九會期重要判決評述，美國月刊，4 卷 5 期，頁 21-31。
- 焦興鎧 (1990)，美國勞工法上就業歧視問題之最新發展，美國研究，20 卷 2 期，頁 51-116。
- (1999)，美國平等就業機會委員會機能之研究，律師雜誌，243 期，頁 63-87。
- (2000)，美國兩性工作平等救濟制度之研究，臺北大學法學論叢，47 期，頁 95-150。
- (2002)，我國就業歧視評議制度之現況及實施檢討評析，臺大法學論叢，31 卷 2 期，頁 131-195。
- (2005)，就業歧視最新案例解析與國內外最新趨勢說明，收於：就業歧視暨兩性平等實例介紹暨法令研討專輯，頁 46-59，台北：台北市政府。

- （2009），論美國推動積極行動方案以消弭就業歧視問題之努力，長庚人文社會學報，2 卷 1 期，頁 53-99。
- （2012），美國最高法院與身心障礙者就業歧視爭議之解決——二〇〇二  
年庭期三則判決之評析，美國最高法院重要判決之研究：二〇〇〇-二〇〇  
三，收於：焦興鎧主編，頁 289-361，臺北：中研院歐美所。
- （2012），禁止就業上身心障礙歧視國際勞動基準之建構，全國律師，16  
卷 3 期，頁 4-20。
- （2014 年 6 月），就業歧視爭議中禁止雇主報復規範在美國之最新發展——  
聯邦最高法院在 *Southwest Medical Center v. Nassar* 一案判決之評析，美國最  
高法院重要判決之研究：二〇一〇~二〇一三學術研討會，國立臺灣大學法  
律學院公法中心及中央研究院歐美研究所合辦。
- （2014 年 11 月），美國公平就業法制之發展特質及對我國建構就業平等  
法制之啟示，各國就業平等法制學術研討會，勞動部委託中華勞動及勞資關  
係協會主辦，頁 9-30。
- （2015），臺灣建構防制就業歧視法制之努力——二十年之回顧與前瞻，  
收於：勞動法裁判選輯（七）焦興鎧教授六秩五華誕祝壽專輯，臺灣勞動法  
學會編，頁 1-66，臺北：臺灣勞動法學。
- 焦興鎧、鄭津津（2000），我國就業歧視評議運作機能與制度建立研究報告，計  
畫編號：89-CLA-014。
- 雅柏甦詠·博伊哲努（2012），原住民部落大學發展的機遇及挑戰：誰的部落？  
什麼樣的大學？收於：琺濟·伊斯坦大主編，原住民族部落大學政策與實務，  
頁 2-43，臺北：原民會。
- 黃長玲（2012），差異政治的形成：1946 年婦女保障名額制訂的歷史過程，政治  
科學論叢，52 期，頁 89-116。
- 黃昭元（2009），平等權案件之司法審查標準——從釋字第 626 號解釋談起，收

- 於：廖福特主編，憲法解釋之理論與實務第六輯，頁 551-580，臺北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- （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，7 期，頁 17-43。
- （2012），論差別影響歧視與差別對待歧視的關係——評美國最高法院 Ricci v. DeStefano(2009)判決，中研院法學期刊，11 期，頁 1-63。
- （2014），從釋字第 649 號解釋看優惠性差別待遇的合憲性審查，收於：許志雄教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，立憲國家之課題與挑戰：許志雄教授六秩華誕祝壽論文集，頁 161-188，臺北：元照。
- （2014），法令「違憲但有效」宣告方式之再檢討，臺灣法學雜誌，262 期，頁 39-54。
- 黃昭元等（2010），「身心障礙者與優惠性差別待遇：談強制進用比例之手段」研討會，台灣法學雜誌，159 期，頁 51-77。
- 黃珉蓉（2015），殘障聯盟之興起與發展，收於：蕭新煌主編，書寫臺灣第三部門史 II，頁 65-98，高雄：巨流。
- 黃舒芃（2010），立法者對社會福利政策的形成自由及其界限——以釋字第 649 號解釋為例，黃舒芃主編，憲法解釋之理論與實務第七輯，頁 137-191，臺北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- 萬明美（1991），視覺障礙者從事按摩業之現況及影響其收入之相關研究，特殊教育學報，6 期，頁 1-47。
- 詹翠華（2012），案例 8：身心障礙歧視案，收於：臺北市政府勞動局 101 年度防制就業歧視暨性別平等案例彙編，頁 66-69，臺北：臺北市政府。
- （2013），第五案：身心障礙歧視案，收於：臺北市政府勞動局 102 年度防制就業歧視暨性別平等案例彙編，頁 74-77，臺北：臺北市政府。
- 雷文玫（2000），性別平等的違憲審查——從美國女性主義主義法學看我國大法

官幾則有關男女實質平等的解釋，收於：李建良、簡資修主編，憲法解釋之理論與實務第二輯，頁 123-160，臺北：中央研究院中山人文社會科學研究所。



雷震（1957），制憲述要，香港：友聯。

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六四九號解釋，臺灣法學雜誌，123 期，頁 187-193。

廖福特（2008），從「醫療」、「福利」到「權利」——身心障礙者權利保障之新發展，中研院法學期刊，2 期，頁 167-210。

臺北市府勞工局（2006），平等：讓職場更自在 臺北市就業歧視暨兩性平等專輯，臺北：臺北市府。

臺北市勞工局（編）（2003），職場平等與就業歧視——她=他的新思維蔓延在隔板間，臺北：台北市政府。

——（編）（2004），職場天秤的擺盪——兩性平權與就業平等，臺北：台北市政府。

——（編）（2005），就業歧視暨兩性平等實例介紹暨法令研討專輯，臺北：台北市政府。


臺灣省戶口普查處（1956），中華民國戶口普查報告書 第二卷：台灣省 第四冊 人口之行業，臺北：臺灣省戶口普查處。

——（1969），中華民國五十五年臺閩地區戶口及住宅普查報告書 第一卷 臺閩地區，南投：臺灣省戶口普查處。

臺灣省政府法規委員會（1982），臺灣省政府法規彙編（四）：農林類、社政類、警政類，南投：臺灣省政府法規委員會。

臺灣省政府社會處（1989），殘障福利手冊，南投：臺灣省政府社會處。

蒲忠成（2012），原住民族部落大學政策檢討與前瞻，收於：珉濟·伊斯坦大主編，原住民族部落大學政策與實務，頁 44-65，臺北：原民會。

- 
- 劉泰英（1983），社會福利十年計劃調查研究報告，臺北：台灣經濟研究所。
- 蔡友月（2009），達悟族的精神失序：現代性、變遷與受苦的社會根源，臺北：聯經。
- 蔡季庭（2013），美國總統發布法案簽屬聲明書及相關司法判決之經驗研究，收於：張永健主編，2011 司法制度實證研究，頁 85-146，臺北：中研院法研所。
- 蔡茂寅（1999），身心障礙者與人權——以正常的社會參與為檢驗標準，台灣法學會編，世界人權宣言五十週年紀念研討會專輯，頁 31-53，臺北：台灣法學會。
- 鄭木恩（2004），從美國禁止身心障礙歧視法制看我國相關法制之成效與未來之發展，中正大學勞工研究所碩士論文。
- 鄭志敏（輯錄）（2004），日治時期《臺灣民報》醫藥衛生史料輯錄，臺北：國立中國醫藥研究所。
- 鄭津津（2003），美國就業歧視法制之研究——兼論我國相關法制應有之發展，臺大法學論叢，32 卷 4 期，頁 135-205。
- 鄭豐喜（1975），汪洋中的破船，永生版初版，雲林縣：吳繼釗。
- 蕭新煌、孫志慧（2001），一九八〇年代以來台灣社會福利運動的發展，收於：林國明、蕭新煌主編，台灣的社會福利運動，頁 33-70，臺北：巨流。
- 賴俊兆（2014），原住民族教育權利的憲法建構，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。
- 賴淑玲（2011），案例 10：性別歧視及年齡歧視案，收於：臺北市政府防制就業歧視職場平權案例實錄，頁 62-65，臺北：臺北市政府。
- 繆全吉（1989），中國制憲史資料彙編——憲法篇，臺北：國史館。
- 謝宗學（1997），我國殘障政策發展之分析——國家、公民與政策網絡，國立政治大學公共政策研究所碩士論文。



謝東儒、張嘉玲、黃珉蓉（2005），殘障聯盟發展史，社區發展季刊，109期，  
頁 300-309。

藍佩嘉（2008），跨國灰姑娘：當東南亞幫傭遇上台灣新富家庭，臺北：行人。

羅士翔（2010），反 AIDS 歧視與法律動員：以台灣 AIDS 防治法制為中心  
（1981-2009），國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

羅清俊（2002），立法院常設委員會審查功能之實證研究——委員會資深程度與  
不分區立委角色之影響，月旦法學，86期，頁 36-61。

譚光鼎（2002），臺灣原住民教育——從廢墟到重建，臺北：師大書苑。

嚴嘉楓、林金定（2009），智能障礙者女性月經來潮歷程探索：以智能障礙者女  
性與其主要照顧者之視觀分析，身心障礙研究，7卷3期，頁 156-181。

鐘琳惠（編）（2013），「公平就業，有你有我」——勞委會與企業雇主共同營造  
沒有障礙、公平就業的友善職場，台灣勞工簡訊，15期，頁 1-3。

## 二、日文文獻

佐藤會哲（2010），臺灣衛生年鑑，臺北：成文。

## 三、英文文獻

Amundson, Ron. 2000. Against Normal Function. *Studies in history and philosophy of biological and biomedical sciences* 31:33-53.

———. 2000. Biological Normality and the ADA. Pp.102-110 in *Americans with disabilities: exploring implications of the law for individuals and institutions*, edited by Leslie Pickering Francis and Anita Silvers. New York: Routledge.

Bagenstos, Samuel R. 2000. Subordination, Stigma, and Disability. *Virginia Law Review* 86:397-534.

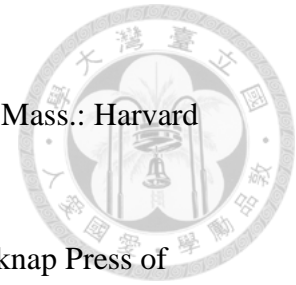
Balkin, Jack M. and Reva B. Siegel. 2003. American Civil Rights Tradition:


- 
- Anticlassification or Antisubordination. *University of Miami Law Review* 58:9-34.
- Colker, Ruth. 1986. Anti-Subordination above All: Sex, Race, and Equal Protection. *New York University Law Review* 61:1003-1066.
- . 1987. Anti-Subordination Principle: Applications. *Wisconsin Women's Law Journal* 3:59-80.
- . 2009. *When Is Separate Unequal?: A Disability Perspective*. Cambridge, NY: Cambridge University Press.
- Crenshaw, Kimberlé W. 1987. Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law. *Harvard Law Review* 101:1331-1387.
- . 1989. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. *University of Chicago Legal Forum* 1989:139-168.
- Crossley, Mary. 1998. Disability Kaleidoscope. *Notre Dame Law Review* 74:621-716.
- . 2003. Reasonable Accommodation as Part and Parcel of the Antidiscrimination Project. *Rutgers Law Journal* 35:861-958.
- Fiss, Owen M. 1977. Groups and the Equal Protection Clause. Pp.84-154 in *Equality and Preferential Treatment*, edited by Marshall Cohen, Thomas Nagel, and Thomas Scanlon. Princeton, N.J.: Princeton University Press.
- Goldman, Alan H. 1977. Affirmative Action. Pp.192-209 in *Equality and Preferential Treatment*, edited by Marshall Cohen, Thomas Nagel, and Thomas Scanlon. Princeton, N.J.: Princeton University Press.
- Halley, Janet E. 1994. Sexual Orientation and the Politics of Biology: A Critique of the Argument from Immutability. *Stanford Law Review* 46:503-568.
- Heumann, Judith E. 1996. Closing the Shop: Conversion from Sheltered to Integrated

- Work 22(1) *American Rehabilitation* 34-35 (book review).
- Heyer, Katharina C. 2006. The ADA on the Road: Disability Rights in Germany. Pp. 199-238 in *Law and social movements*, edited by Michael W. McCann. Burlington, VT: Ashgate.
- Hoffman, Sharona. 2007. Settling the Matter: Does Title I of the ADA Work?. *Alabama Law Review* 59:305-344.
- . 2010. The Importance of Immutability in Employment Discrimination Law. *William and Mary Law Review* 52:1483-1546.
- Issacharoff, Samuel and Justin Nelson. 2000. Discrimination with a Difference: Can Employment Discrimination Law Accomodate the Americans with Disabilities Act. *North Carolina Law Review* 79:307-358.
- Jolls, Christine. 2001. Antidiscrimination and Accommodation. *Harvard Law Review* 115:642-700.
- Karlan, Pamela S. and George Rutherglen. 1996. Disabilities, Discrimination, and Reasonable Accommodation. *Duke Law Journal* 46:1-42.
- Key, Lisa E. 1996. Voluntary Disabilities and the ADA: A Reasonable Interpretation of Reasonable Accommodations. *Hastings Law Journal* 48:75-104.
- Kosslyn, Stephen M. & Robin Rosenberg. 2006. *Psychology in Context*. 3rd ed. Boston, MA: Pearson/Allyn and Bacon.
- Lamp, Sharon and Carol Cleigh. 2011. A Heritage of Ableist Rhetoric in American Feminism from the Eugenics Period. Pp.175-189 in *Feminist Disability Studies*, edited by Kim Q. Hall. Bloomington, Ind: Indiana University Press.
- Lombardo, Paul A. 2008. Disability, Eugenics, and the Culture Wars Disability. *Saint Louis University Journal of Health Law & Policy* 2(1):57-80.
- MacKinnon, Catharine A. 1987. *Feminism Unmodified: Discourses On Life And Law*.



- Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- . 1989. *Toward a Feminist Theory of The State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- . 2005. *Women's Lives, Men's Laws*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press.
- . 2011. Substantive Equality: A Perspective. *Minnesota Law Review* 96:1-27.
- Mayer, David S., and Sidney Tarrow. 1998. A Movement Society: Contentious Politics for a New Century. Pp. 1-28 in *The Social Movement Society*, edited by David S. Mayer and Sidney Tarrow. Lanham, Md.: Rowman & Littlefield Publishers.
- McCluskey, Martha T. 2010. How the Biological/Social Divide Limits Disability and Equality. *Washington University Journal of Law & Policy* 33:109-160.
- Migliore, Alberto. 2010. Sheltered Workshops. In *International Encyclopedia of Rehabilitation*, <http://cirrie.buffalo.edu/encyclopedia/en/article/136/>.
- Oakes, Wayne Thomas. 2005. *Perspectives on Disability, Discrimination, Accommodations, and Law: A Comparison of the Canadian and American experience*. New York: LFB Scholarly Pub.
- Oliver, Michael. 1990. *The Politics of Disablement*. Houndmills, Basingstoke, Hampshire: Macmillan.
- . 2009. *Understanding Disability: From Theory to Practice*. 2nd ed. New York, NY: Palgrave Macmillan.
- Oppenheimer, David Benjamin. 1988. Distinguishing Five Models of Affirmative Action. *Berkeley Women's Law Journal* 4:42-61.
- . 1996. Understanding Affirmative Action. *Hastings Constitutional Law Quarterly* 23:921-998.



- 
- Pfeiffer, David. 2001. The Conceptualization of Disability. Pp.29-52 in *Exploring Theories and Expanding Methodologies: Where We Are and Where We Need to Go*, edited by Sharon N. Barnartt and Barbara M. Altman. New York: Emerald Group Publishing.
- Ravaud, Jean-Francois and Henri-Jacques Stiker. 2001. Inclusion/Exclusion: An Analysis of Historical and Cultural Meanings. Pp.490-512 in *Handbook of Disability Studies*, edited by Gary L. Albrecht, Katherine D. Seelman, and Michael Bury. Thousand Oaks, CA: Sage Publications.
- Rieser, Richard. 2008. *Implementing Inclusive Education: A Commonwealth Guide to Implementing Article 24 of the UN Convention on the Rights of People with Disabilities*. London, UK: Commonwealth Secretariat.
- Rovner, Laura L. 2001. Perpetuating Stigma: Client Identity in Disability Rights Litigation. *Utah Law Review* 2001:247-318.
- Samaha, Adam M. 2007. What Good Is the Social Model of Disability?. *University of Chicago Law Review* 74:1251-1308.
- Schriner, Kay. 2001. A Disability Studies Perspective on Employment Issues and Policies for Disabled People: An International View. Pp.642-662 in *Handbook of Disability Studies*, edited by Gary L. Albrecht, Katherine D. Seelman, and Michael Bury. Thousand Oaks, CA: Sage Publications.
- Shakespeare, Tom and Nicholas Watson. 2001. The Social Model of Disability: An Outdated Ideology?. Pp.9-28 in *Exploring Theories and Expanding Methodologies: Where We Are and Where We Need to Go*, edited by Sharon N. Barnartt and Barbara M. Altman. New York: Emerald Group Publishing.
- . 2006. *Disability Rights and Wrongs*. New York, NY: Routledge.
- Stein, Michael Ashley and Penelope J. S. Stein. 2006. *Beyond Disability Civil Rights*.

*Hastings Law Journal* 58:1203-1240.

Stone, Alison. 2007. *An Introduction to Feminist Philosophy*. Cambridge; Malden, MA: Polity.

Strauss, David A. 1986. The Myth of Colorblindness. *Supreme Court Review*. 1986:99-134.

The Union of the Physically Impaired Against Segregation and the Disability Alliance. 1976. Fundamental Principles of Disability. Available at <http://www.leeds.ac.uk/disability-studies/archiveuk/UPIAS/fundamental%20principles.pdf>.

Sunstein, Cass R. 1993. Anticaste Principle. *Michigan Law Review* 92:2410-2455.

Vanhala, Lisa. 2011. *Making Rights a Reality?: Disability Rights Activists and Legal Mobilization*. Cambridge, New York: Cambridge University Press.

Williams, Gareth. 2001. Theorizing Disability. Pp. 123-144 in *Handbook of Disability Studies*, edited by Gary L. Albrecht, Katherine D. Seelman, and Michael Bury. Thousand Oaks, Calif.: Sage Publications.

Yoshino, Kenji. 2001. Covering. *Yale Law Journal* 111:769-940.

———. 2006. *Covering: The Hidden Assault on Our Civil Rights*. New York: Random House.

Young, Iris M. 1990. *Justice and The Politics of Difference*. Princeton, N.J.: Princeton University Press.



# 附錄



附表一：15 歲以上障礙者勞參率與失業率<sup>1</sup>

單位：人 / %

項目別	15 歲以上 之障礙者 人數	勞動力 (人)			非勞動力	勞參率 <sup>2</sup> (%)	失業率 <sup>3</sup> (%)
		總計	就業	失業			
<b>合計</b>							
1981	109,325		33,042			30.22 <sup>4</sup>	
1990/12	332,444	60,994	58,968	2,026	271,450	18.35	3.32
2000/3	612,942	147,662	116,750	30,912	465,280	24.09	20.93
2003/8	793,367	209,231	178,467	30,764	584,137	26.37	14.7
2004/8	829,059	178,577	152,238	26,339	650,482	21.54	14.75
2005/8	859,315	185,305	158,336	26,969	674,010	21.56	14.55
2006/9	897,777	222,990	187,602	35,388	674,787	24.84	15.87
2011/8	1,036,442	198,277	173,785	24,492	838,165	19.13	12.35
<b>女性</b>							
1981	39,479		7,790			19.73	
1990/12	133,787	12,487	12,062	425	121,300	9.33	3.4
2000/3	243,968	40,329	32,342	7,987	203,639	16.53	19.8
2003/8	335,779	60,768	54,355	6,413	275,011	18.1	10.55
2004/8	343,803	48,118	40,857	7,261	295,685	14	15.09
2005/8	357,648	49,193	41,903	7,290	308,455	13.75	14.82
2006/9	389,956	69,947	59,680	10,267	320,009	17.94	14.68
2011/8	447,020	59,406	52,293	7,113	387,614	13.29	11.97
<b>男性</b>							
1981	69,846		25,252			36.15	
1990/12	198,657	48,507	46,906	1,601	150,150	24.42	3.3
2000/3	368,974	107,333	84,408	22,925	261,641	29.09	21.36
2003/8	457,588	148,462	124,111	24,351	309,126	32.44	16.4

<sup>1</sup>本表改編自勞動部勞動統計業務網頁，身心障礙者基本統計資料

<http://www.mol.gov.tw/upload/cht/attachment/0e6ea7e77ca91a2c5b25eb7d83bdec30.doc>。本文加上 1981、1990 年的統計與失業率的計算。另外，勞動部網頁上的「身心障礙者基本統計資料」，極少數資料數據與資料來源略有出入，經核對原先數據後，依資料來源數據修改。

<sup>2</sup>勞參率 (%) = 勞動力 / 15 歲以上身心障礙人口 \* 100%

<sup>3</sup>失業率 (%) = 失業者 / 勞動力 \* 100%

<sup>4</sup> 1981 年僅統計有工作者/無工作者，未統計失業者。故本表所呈現的是 1981 年障礙者「有工作率」，不知勞參率。有工作率 (%) = 有工作者 / 身心障礙人口 \* 100%。勞參率尚包括失業者，百分比應更高。

2004/8	485,256	130,459	111,381	19,078	354,797	26.88	14.62
2005/8	501,667	136,111	116,432	19,679	365,556	27.13	14.46
2006/9	507,822	153,043	127,922	25,121	354,778	30.14	16.41
2011/8	589,423	138,872	121,492	17,380	450,551	23.56	12.52

資料來源：內政部 1981 年調查之《台灣地區殘障者複查與鑑定工作總報告 第三冊》，行政院主計總處《中華民國七十九年台閩地區戶口及住宅普查報告 第一卷中冊》，內政部 2000、2003、2006、2011 年調查之《身心障礙者生活需求調查報告》，勞工委員會 2004、2005 年調查之《身心障礙者勞動狀況調查報告》

說明：本表 2005 年之統計「15 歲以上障礙者人數」不含植物人。



附表二：15 歲以上障礙者與全國勞參率、失業率比較

單位：%

項目別	障礙者 勞參率 (%)	障礙者 失業率 (%)	全國勞 參率 (%)	全國失 業率 (%)
1981	30.22		57.82	1.36
1990/12/1	18.35	3.32	59.2	1.52
2000/3/1	24.09	20.93	57.43	2.83
2003/8/1	26.37	14.7	57.65	5.21
2004/8/1	21.54	14.75	58.04	4.67
2005/8/1	21.56	14.55	58.02	4.36
2006/9/1	24.84	15.87	58.05	3.96
2011/8/1	19.13	12.35	58.54	4.45



資料來源：附表一與行政院主計總處就業失業統計資料查詢系統<sup>5</sup>

<sup>5</sup>行政院主計總處就業失業統計資料查詢系統，  
<http://www.dgbas.gov.tw/ct.asp?xItem=32985&CtNode=4943&mp=1>（最後瀏覽日：2015 年 5 月 11 日）

附表三：15 至 64 歲障礙者勞參率與失業率<sup>6</sup>

單位：人 / %

項目別	15~64 歲 之障礙者 人數	勞動力 (人)			非勞動力	勞參率 (%)	失業率 (%)
		總計	就業	失業			
<b>合計</b>							
1990/12	201,977	55,325	53,336	1,989	146,652	27.39	3.6
1993	164,211		68,092			41.47	
1994	280,722		119,683			42.63 <sup>7</sup>	
2007/8	588,647	161,389	134,432	26,957	427,258	27.42	16.7
2009/6	614,053	197,288	163,112	34,176	416,765	32.13	17.32
<b>女性</b>							
1990/12	73,583	11,498	11,088	410	62,085	15.63	3.57
1993	58,190		19,789			34.01	
1994	103,576		40,532			39.13	
2007/8	229,793	46,643	38,909	7,734	183,150	20.3	16.58
2009/6	253,383	62,556	52,330	10,226	190,827	24.69	16.35
<b>男性</b>							
1990/12	128,394	43,827	42,248	1,579	84,567	34.13	3.6
1993	106,021		48,303			45.56	
1994	177,146		79,151			44.68	
2007/8	358,854	114,747	95,523	19,224	244,107	31.98	16.75
2009/6	360,670	134,732	110,782	23,950	225,938	37.36	17.78

資料來源：行政院主計總處《中華民國七十九年台閩地區戶口及住宅普查報告 第一卷 中冊》，內政部《中華民國八十二/八十三年臺灣地區殘障者生活狀況調查報告》，勞工委員會 2007、2009 年調查之《身心障礙者勞動狀況調查報告》  
說明：本表 2007、2009 之統計不含植物人。1993 年的統計為 15 至 60 歲障礙者

<sup>6</sup>本表改編自勞動部勞動統計業務網頁，身心障礙者基本統計資料

<http://www.mol.gov.tw/upload/cht/attachment/0e6ea7e77ca91a2c5b25eb7d83bdec30.doc>。本文加上 1990、1993、1994 年的統計與失業率的計算。

<sup>7</sup> 1993、1994 年僅統計有工作者/無工作者，未統計失業者。故本表所呈現的是 1993、1994 年障礙者「有工作率」，不知勞參率。有工作率(%)=有工作者/身心障礙人口\*100%。另外，1993 年的調查結果分析，只有呈現整體障礙者的有工作率，以及 15 至 60 歲障礙者的有工作率(或許是因為本次抽樣調查未調查到超過 60 歲的有工作者)，本文取後者的統計數字。但宜注意，以 15 至 60 歲障礙者當分母，呈現出的有工作率會偏高。

附表四：15 歲以上障礙者無法參與勞動力之原因 單位：%



項目別	身體重度 障礙，無法 工作	高齡/退休	料理家務		
			合計	男	女
1990/12	34.58 <sup>8</sup>	41.17 <sup>9</sup>	11.66	1.23	24.56
1993	38.09	X	X	X	X
1994	52.23	29.6 <sup>10</sup>	X	X	X
2000/3	45.96	35.06	9.35	2.55	18.08
2003/8	43.98	38.6	5.39	3.61	7.4
2004/8	44	30.4	18.1	11.4	26.1
2005/8	41	32.7	19.2	11.6	28.3
2006/9	35.64	45.55	8.92	5.31	12.9
2007/8	66.6	5.2	14.7	8.7	22.7
2009/6	61	3.1	15.1	5.2	26.9
2011/8	68.84	18.49 <sup>11</sup>	4.23	1.27	7.66

資料來源：行政院主計總處《中華民國七十九年台閩地區戶口及住宅普查報告 第一卷 中冊》，內政部《中華民國八十二/八十三年臺灣地區殘障者生活狀況調查報告》，內政部 2000、2003、2006、2011 年調查之《身心障礙者生活需求調查報告》，勞工委員會 2004、2005、2007、2009 年調查之《身心障礙者勞動狀況調查報告》

說明：

1. X 代表該項於該年度未納入統計。
2. 2007、2009 年之調查報告僅含 15 至 64 歲障礙者。其退休者之計算，亦僅包括未滿 65 歲者，因而人數特別少。其它統計年度，若未特別標註，皆有分別統計高齡（65 歲以上）與退休（未滿 65 歲），本文將其相加。
3. 計算方式是將「身體重度障礙，無法工作」、「高齡/退休」、「料理家務（合計）」分別除以「非勞動力」之障礙者。「料理家務（男）」、「料理家務（女）」則是分別除以「男性非勞動力」、「女性非勞動力」之障礙者。
4. 「身體重度障礙，無法工作」之障礙者，除了 1993 年之統計，均不限於重度與極重度障礙者，輕度與中度障礙者亦可選擇此項

<sup>8</sup> 1990 年此項為「殘障」。

<sup>9</sup> 1990 年此項為「久病衰老」。15 至 19 歲者亦可選填此項，只是 50 歲以上選填此項者明顯較多。

<sup>10</sup> 1994 年此項為「已退休」，65 歲以上者亦可選此項。

<sup>11</sup> 2011 年此項為「已退休」。

附表五：障礙者在工作場所中受到不公平待遇之狀況

單位：%

項目別	有遭受不公平待遇經驗者	受到不公平待遇之狀況						
		工作配置	薪資	考績	陞遷	訓練進修	資遣、離職或解僱	其他
2003	11.04	36.14	43.12	9.87	13.04	7.07	14.4	懷孕 1.09/性騷擾 2.17
2004	8.1	33.33	30.86 <sup>12</sup>	9.88	9.88	0	8.64	性別歧視 2.47/身心障礙而受歧視 12.35
2005	9.1	41.76	43.96	11.98	10.99	4.4	4.4	27.47
2006	11.49	37.42	47.69	10.53	21.85	5.74	X	X
2007	10.4	49.04	42.31	15.38	18.27	8.65	X	20.19
2009	9.5	54.74	34.74	15.79	20	12.63	X	12.63
2011	13.85	57.22	28.6	14.24	21.33	5.77	1.75 <sup>13</sup>	異樣眼光 10.03

資料來源：內政部 2003、2006、2011 年調查之《身心障礙者生活需求調查報告》，勞工委員會 2004、2005、2007、2009 年調查之《身心障礙者勞動狀況調查報告》說明：

- 2003、2004 年的問項為「您在工作場所是否有受到不公平待遇？」，2005 年之後的問項變為「請問您在工作場所中，有沒有因身心障礙的身分而受到不公平待遇的經驗？」不公平待遇未必是基於障礙者身分而來，因而 2005 年之後的統計資料對我們來說較有參考價值<sup>14</sup>。
- X 代表該項於該年度未納入統計。
- 「不公平待遇之狀況」可複選，以「有遭受不公平待遇經驗者」為分母計算而得。

<sup>12</sup> 2004 年此項為「調薪」。

<sup>13</sup> 2011 年此項為「要求離職」。

<sup>14</sup> 另外，我認為，若能將問項改成「請問最近一年內，您是否因身心障礙的身分而在工作場所中受到不公平待遇？」此比較會更有意義，因為回報不公平待遇也可能是多年前的經驗。

附表六：就業服務法障礙歧視案件整理

編號	申訴者	申訴內容與過程概述	最終就業歧視是否成立	訴願書或判決書字號/案號；出處
1	阿祥(自閉症)	某公司招募電腦操作員簡章中有「需持有無須重新辦理鑑定之身心障礙手冊」之規定，而自閉症需定時重新辦理鑑定，因而未錄用阿祥。	是	《職場平等與就業歧視》(臺北市)(2003年)
2	小美(肢障)	小美在郵政支局擔任約聘員工，工作為半日，薪資亦以半日計算，希望爭取成為全職員工而遭拒絕。小美認為郵政支局以半職方式聘用員工，有規避身心障礙者保護法定額進用與就業歧視問題。	否	《職場天秤的擺盪》(臺北市)(2004年)
3	不明(但資料中表示確有12名報考者被拒絕)	某公司招募簡章的報考資格中明訂：「四肢健全、辨色力及聽力正常，且無患有法定傳染性疾病、突發性疾病、精神異常或不堪勞動之宿疾者。顏面傷殘等未影響身體各部功能運作者可報考各甄試類別，肢體障礙者可報考非技術類。」即使雇主表示僅為建議性用語，仍認定有歧視。	是	《就業歧視暨兩性平等實例介紹暨法令研討專輯》(臺北市)(2005年)
4	洪女士	2007年6月自由時報記者洪女士提出申訴，認為國家考試96年調查人員特考應試資格與體檢標準之規定，違反就業服務法第5條。該考試應試資格限定年齡在18歲以上、30歲以下，體檢標準設定身高、體重標準，並禁止患有精神病者、五官有嚴重畸形者報考。	否	《臺北縣政府防制就業歧視案例實錄5》(2007年)
5	江女士(聽障)	雇主以江女士不能勝任工作為理由，予以解雇。江女士提出就業歧視申訴，臺北市政府認定雇主未提供合理措施(調派江麗中從事其他工作及提供助聽器)之行為，構成就業歧視。行政院勞工委員會維持臺北市政府的處分，但臺北高等行政法院判決將原處分與訴願均撤銷。	否	行政院勞工委員會訴願決定書，案號1：09501603091D05(勞訴字第0950041388號)、案號2：09501558091D05、案號3：09601328091D03；臺北高等行政法院96年度訴字第00915號判決

6	孫君	原本雇主方來電通知面試，並敲定隔天面試，隨後當日下午接獲該公司來電，確認是否持有身心障礙卡，再用其他理由（認為孫君工作心態不夠積極）通知不用面試。	未知(原處分機關未查明事實，行政院勞委會命其另為適法處分)	行政院勞工委員會訴願決定書，案號：09800559041D04
7	蘇女士	雇主公司內部員工手冊規定「男性櫃台人員上班時間可以戴眼鏡，女性櫃台人員上班時間不能戴眼鏡」，後來蘇君受到資遣，申訴性別及年齡歧視。（蘇女士尚表示眼睛有開刀過，所以會比同年齡的人還更老花，且老花的隱形眼鏡不能久戴。）	是	行政院勞工委員會訴願決定書，案號：09802090111K05；《臺北市府防制就業歧視職場平權案例實錄》（2011年）
8	陳先生	陳先生以電子郵件向勞委會陳情，其於收到雇主錄取通知當日告知其具有身心障礙手冊，然隔日雇主竟因而通知取消其錄取資格。勞委會移送臺北縣政府查處，臺北縣政府認定歧視成立。	是	行政院勞工委員會勞訴字第 0990003071 號訴願決定書；臺北高等行政法院 99 年度簡字第 648 號判決
9	吳君(精障)	中華郵政股份有限公司的員工甄試簡章規定：「經合格醫師證明有精神疾病者，不予分發進用或即予終止勞動契約」，求職者吳君認為該規定對狀況良好之精神疾病患者構成就業歧視。	是	行政院勞工委員會勞訴字第 0990030657 號訴願決定書、行政院勞工委員會勞訴字第 1000016724 號訴願決定書、臺北高等行政法院 100 年度簡字第 796 號判決、最高行政法院 101 年度裁字第 1911 號裁定；《102 年度防制就業歧視暨性別平等案例彙編》（臺北市）
10	張先生(精障)	雇主以一年內經功過相抵懲處達記大過兩次為由，將張先生解僱。張先生認為雇主的懲處、不予獎勵及解僱，係基於階級、身心障礙者及曾擔任工會幹部等因素，對其所為歧視而提出就業歧視申訴。	否	行政院勞工委員會勞訴字第 1000013974 號訴願決定書、臺北高等行政法院 101 年度訴字第 15 號判決、最高行政法院 101 年度裁字第 2346 號裁定

11	不明	臺北大眾捷運股份有限公司招募新進人員時設有體格檢查標準，惟臺北市政府認為其招募職缺之業務執行內容與其體格檢查之標準並無直接相關，認定歧視成立。	是	行政院勞工委員會勞訴字第 1000005274 號 訴願決定書
12	楊君(癲癇)	雇主面試晚班工讀生楊君後，以「癲癇」為由不予錄用楊君。	是	行政院勞工委員會勞訴字第 1000025767 號 訴願決定書；《臺北市政府勞動局 101 年度防制就業歧視暨性別平等案例彙編》
13	林君(聽障)	林君應徵物流送貨員，認為雇主方因其聽力障礙不願予以試用機會即拒絕錄用，遂提出就業歧視申訴。臺北市政府認為該職務有運用聽力及口語能力之真實執業資格需要，認為就業歧視不成立，行政院勞工委員會維持歧視不成立之處分。	否	行政院勞工委員會勞訴字第 1010016546 號 訴願決定書
14	余先生(肢障)	余先生受雇主資遣後提出就業歧視申訴，認為雇主逼迫其從事無法勝任之工作，且要至 2 樓打卡對肢障者不便，屬歧視身障人士。	否	行政院勞工委員會勞訴字第 1020012478 號 訴願決定書、勞動部勞動法 3 字第 1020034069 號訴願決定書
15	潘謝君(肢障)	潘謝君認為其與同為派遣員工之林君有同工不同酬之差別待遇，故主張雇主涉及身心障礙歧視。	未知(原處分機關未查明事實，行政院勞委會命其另為適法處分)	行政院勞工委員會勞訴字第 1020018266 號 訴願決定書
16	李先生(肢障)	雇主於李先生工作試用期 1 個月後仍決定繼續試用李先生，惟收受改制前勞工保險局身心障礙者保費補助通知書後，當日予以解僱。	是	勞動部勞動法 3 字第 1020032960 號訴願決定書

製表：陳力宇

資料來源：勞動部訴願審議委員會案件資料查詢系統、司法院判決查詢系統、《臺北市就業歧視暨兩性平等專輯/臺北市政府防制就業歧視職場平權案例彙編》<sup>15</sup>與

<sup>15</sup>臺北市勞工局（編），職場平等與就業歧視——她=他的新思維蔓延在隔板間，頁 43-44（2003 年）。臺北市勞工局（編），職場天秤的擺盪——兩性平權與就業平等，頁 38-40（2004 年）。臺

《臺北縣政府防制就業歧視案例實錄》<sup>16</sup>

說明：

1. 關於申訴者的姓名與稱謂，臺北市就業歧視案例實錄皆使用匿名，因而前兩件案件當事人阿祥與小美應為匿名，從此二匿名可判斷當事人性別。訴願決定書為保障當事人隱私，多只使用如「陳 OO 君」的用語，若由訴願決定書內資料可區分性別，本文區分「先生」與「女士」，若無法判定性別，則維持訴願決定書一般使用的「O 君」。另外，也有一些案件看不到具體申訴者。
2. 行政院勞工委員會訴願決定書原則上列出字號，但早期有些案件僅標明案號，則會以案號方式呈現。

---

北市勞工局（編），就業歧視暨兩性平等實例介紹暨法令研討專輯，頁 20-21（2005 年）。詹翠華，案例 8：身心障礙歧視案，收於：臺北市政府勞動局 101 年度防制就業歧視暨性別平等案例彙編，頁 66-69（2012 年）。詹翠華，第五案：身心障礙歧視案，收於：102 年度防制就業歧視暨性別平等案例彙編，頁 74-77（2013 年）。

<sup>16</sup>許秀能、張麗淑（編），臺北縣政府防制就業歧視案例實錄 5，頁 39-44（2007 年）。



附表七：1960年代末至70年代初殘障福利法相關草案對照

草案名稱	體能殘障國民福利法草案（1967年）	體能殘障者福利法草案（1968年）	殘障福利實施辦法草案（1973年）
反歧視條款	第3條：「凡機關團體企業組織與一般國民，不得對體能殘障國民有任何歧視或不當之差別待遇。」	第3條：「體能殘障者之人格應受尊重不得有任何歧視。」	第3條：「殘障者之人格，應受尊重，不得忽視。」
定額進用	第23條：「各級政府對於曾受訓練之體能殘障國民，應責成就業服務機構通知各機關團體學校或企業組織依法雇用，並得視事實需要，由主管官署規定其雇用百分比；非因特殊情形經主管機關核准者，不得拒絕或變更。」	第19條：「各級政府公私事業單位應按員工總額百分之一至百分之四比率僱用體能殘障而且有工作能力者充任之。」	第15條：「各級政府機關、學校及公民營事業機構，可視其業務需要，僱用曾經受專業訓練，而具有工作能力之殘障者，從事適當工作。」 (定額進用?)
庇護工場	第26條：「中央及省(市)政府應於境內交通便利工商發達地區，設立特殊工廠，以安置不能於一般工廠或機關就業之體能殘障國民。」	無	無
視障者按摩保留	無	第20條：「按摩業規定為盲人特定職業非在本法規定之視覺殘障者，不得從事，患有傳染病、精神病與未滿十六歲之盲人不得從事按摩業。」	第16條：「按摩業，為盲人特定職業；但非屬本法規定視覺殘障之盲人及患有傳染病、精神病與未滿十六歲之盲人，不得從事該業。」

資料來源：《中華社會福利法制史》<sup>17</sup>、省府委員會議檔案<sup>18</sup>


製表：陳力宇

<sup>17</sup>周建卿，中華社會福利法制史，頁358-370（1992年）。

<sup>18</sup>省府委員會議檔案，社會處為建議中央修正「體能殘障者福利法」一案請提府會討論案，典藏號：00501098914。

附表八：1990年殘障福利法行政院版與民間版草案對照(差異化就業保障部分)

草案名稱	殘障福利法修正草案(行政院版)	殘障福利法修正草案(民間版；趙少康提案)
庇護工場	無	<p>第8條：「各級政府應按需要，設立或補助私立下列各類殘障福利機構：九、庇護(福利)工廠或商店。」</p> <p>理由：加上政府補助民間設立庇護工廠，將「獎勵」改為「補助」，希望有實質助益。</p>
定額進用	<p>第16條：「(第1項)各級政府機關、公立學校及公營事業機構員工總人數在一百人以上者，其進用具有工作能力之殘障者人數不得低於員工總人數百分之二。(第2項)私立學校、團體及民營事業機構員工總人數在一百人以上者，進用具有工作能力之殘障者人數，不得低於員工總人數百分之一。(第3項)進用殘障者人數，未達前二項規定標準者，其應繳納差額之補償費用，應按月向直轄市或縣(市)主管機關設立之殘障福利金專戶繳納依差額人數乘以每月基本工資計算之金額，作為辦理殘障福利事業之用。(第4項)進用殘障者人數超過第一項及第二項規定比例者，直轄市及縣(市)主管機關除殘障福利金專戶補助其超過部分人事費之二分之一外，並應補助其因進用殘障者必須購置、改裝或修繕器材、設備及試用期間所需之經費。(第5項)中央主管機關對於直轄市或縣(市)主管機關辦理前項工作所需之經費得酌予補助；對於機關、學校、團體及事業機構進用殘障者工作績優者，應予</p>	<p>第17條：「(第1項)各級政府機關，公、私立學校及公、民營事業機構，對於具有工作能力或資格條件之殘障者，應視業務需要，僱用從事適當工作。其員額在五十人以上者，應僱用其員額百分之二以上的殘障者。公、民營事業機構僱用殘障者人數在十人以上者，且超過其僱用總人數百分之十者，得申請政府補助因僱用殘障者而必須購置或修繕之各項器具，設備及試用期間所需經費。(第2項)前項僱用比例應成立人事監督委員會監督審核，其成員由殘障者或殘障團體指定其中三分之一，政府機構指定其中三分之一，餘三分之一由雙方共同選定。」</p> <p>第27條：「違反第十七條第一項規定者，其未達比例標準人數，應課以每人每月基本工資二分之一代金，至達僱用比例為止。違反第十七條之規定者，其主管首長及人事單位主管應受公務員懲戒處分。」</p> <p>第30條前段：「第十七條所課之代金，應專作為殘障者職業訓練及就業輔導之用。」</p>

	獎勵。(第 6 項) 殘障福利金專戶之設置、管理及運用辦法，由中央主管機關定之。」 =>殘障者及殘障福利機構有陳情採用強制僱用規定	
產能核薪	第 17 條：「政府對於曾經職業重建合格並具有工作能力、資格條件之殘障者，應促進其就業。其薪資應比照一般待遇，惟若產能不足時，可酌予減少，但不得低於百分之七十。」	第 18 條：「民營事業機構因僱用殘障者而必須改善生產設備或生活環境的費用及基本薪資差額，政府應予補助或減稅，其辦法由中央主管機關定之。」 (填補基本薪資差額)
視障者按摩保留	第 18 條。(內容未更動) 增列罰則。第 24 條：「(第 1 項) 違反第十八條第一項規定者，處二千元以上四千元以下之罰鍰；連續違反者的按次分別處罰。(第 2 項) 前項違法事件如係於營業場所內發生，並依前項標準處罰營業場所之負責人。」	第 19 條。(內容未更動) 增列罰則。第 29 條：「違反第十九條第一項規定者處一千元以上五千元以下之罰鍰。連續違反者連續罰之。」第 30 條後段：「第十九條所處之罰鍰應專作為推展視覺障礙者福利之用。」

資料來源：《法律案專輯第一百二十六輯——殘障福利法案》<sup>19</sup>

製表：陳力宇

<sup>19</sup>立法院秘書處，法律案專輯第一百二十六輯——殘障福利法案，(1990年)。

附表九：1997 年身心障礙者權益保護法行政院版、徐中雄委員版與民間版草案對照（差異化就業保障部分）

草案名稱	殘障福利法修正草案（行政院版）	身心障礙福利法草案（徐中雄委員版）	身心障礙者權益保護法草案（民間版；顏錦福委員代為提案）
庇護工場	第 27 條：「勞工主管機關對於重度殘障者，應提供個別化就業服務；主管機關得設立或獎勵設立庇護工廠或商店。」	第 22 條第 1 項：「各級政府應按需要自行或結合民間資源設立左列身心障礙福利機構：三、身心障礙庇護工廠、商店及示範按摩中心。」 第 32 條：「政府應提供重度身心障礙者支持性就業服務，辦法由中央主管機關定之。」	第 50 條：「政府對於具有工作能力，但尚不足於進入競爭性就業市場之身心障礙者應提供支持性就業服務；對於具有工作意願，但工作能力確實不足的身心障礙者，應提供庇護性就業服務。」
產能核薪	第 30 條：「進用殘障者之機關（構），應本同工同酬之原則，不得為任何歧視待遇，且其正常工作時間所得不得低於基本工資。」 (刪 70%產能核薪)	第 31 條：「(第 1 項)政府應輔導身心障礙者就業，薪資比照一般待遇，於產能不足時，可酌予減少。但不得低於百分之七十。(第 2 項)前項產能不足之認定及扣減工資之金額遇有爭議時，依本法第六條成立申訴審理委員會審理之。」	第 49 條：「不得因受雇者為身心障礙而對於受雇者之申請、薪資、升遷、解雇、職業賠償、職業訓練以及其他就業條件與權益有歧視之情事。」 對各種職業條件不得為就業歧視(刪 70%產能核薪)
定額進用	第 28 條（第 1 至 3 項內容未更動，並將原文第 4 至 6 項改列其他條文）。 第 28 條第 4 項：「依第一項、第二項進用重度殘障者，每進用一人以二人核計。」（理由是要鼓勵多進用重度障礙者）	第 33 條（內容未更動）	第 44 條（第 1 至 3 項內容未更動，並將第 4 至 6 項改列其他條文）。 第 45 條：「(第 1 項)前條第一項及第二項定額進用總人數之計算，得因工作性質及產業種類之不同，而有不同之特別規定。(第 2

<p>第 31 條：「直轄市及縣（市）勞工主管機關對於進用殘障者達一訂標準以上之機關（構）應以殘障者權益基金專戶補助其因進用殘障者必須購置、改裝或修繕器材、設備及其他為協助進用必要之費用。對於私立義務機構並得核發獎勵金，其金額按超額進用人數乘以每月基本工資二分之一計算；其運用以協助進用殘障者必要之支出為限。」</p> <p>（第 31 條前段是為了讓非義務進用機關也有可能受到補助）</p> <p>第 32 條：「（第 1 項）各級勞工主管機關對於進用殘障者達工作績優之機關（構）應予獎勵。（第 2 項）前項獎勵辦法由中央勞工主管機關定之。」</p> <p>第 31 條：「（第 1 項）直轄市及縣（市）勞工主管機關依第二十八條第三項收取之差額補助費，應開立殘障者權益基金專戶儲存，除依本法補助進用殘障者機關（構）外，並作為辦理促進殘障者就業權益相關事項之用。（第 2 項）前項基金專戶之收支、保管及</p>		<p>項）前項特別規定在促進就業之相關法律訂定前，於本法施行細則定之。」（考量實務運作上有工作性質及產業種類之差異，並參考日本法）</p> <p>第 46 條：「（第 1 項）各級政府機關、公立學校及公營事業機構依本法第四十五條第三項應繳納之差額補助費，不得專列預算支付。其依第四十八條接受之補助與獎勵金，應專款專用，不得繳納公庫。（第 2 項）對於執行不力、表現欠佳之政府部門或單位負責人應給予行政處分。」</p> <p>第 47 條：「（第 1 項）直轄市及縣（市）主管機關依本法第四十五條收取之差額補助費，應在專業或商業銀行開立身心障礙福利金專戶儲存，除依本法補助進用身心障礙者機關（構）及達一定比例之非進用義務單位者外，並作為辦理身心障礙者職業復健、職業訓練、就業輔導與促進進用之用。（第 2 項）勞工行政主關機關不得因前項身心障礙福利金專戶之設立而減列應編列之經費預</p>
---	--	--

	運用辦法，由直轄市及縣（市）政府定之。」		算。(第3項)身心障礙福利金依其性質，不受預算法之限制，其設置及運用辦法由中央勞工行政主管機關會同中央社政主管機關及中央主計主管機關共同定之。」 第48條：「(第1項)直轄市及縣（市）主管機關對於進用身心障礙者達一定標準以上之機關（構），應以身心障礙福利金專戶補助其部分人事費與因進用身心障礙者必須購買、改裝、修繕器材、設備及其他協助進用必要之經費。非進用義務單位，進用身心障礙者達一定比例者，亦同。(第2項)前項經費之補助應依機關（構）之規模大小、雇用身心障礙者之障別輕重、短時間工作、重度身心障礙者等之不同給予不同程度之獎助費用。(第3項)對於進用身心障礙者績優之機關（構），各級主管機關應予公開表揚並核發獎狀及獎勵金。」
視障	行政院版提案 <sup>20</sup> 第34	第34條（內容未更	民間版提案 <sup>22</sup> 第51條

<sup>20</sup>立法院秘書處，法律案專輯第221輯——身心障礙者保護法修正案（上），頁272-275、292-293（1998年）。

<sup>22</sup>立法院秘書處（註20），頁72-73、94。

<p>者按摩保留</p>	<p>條第 2 項增修為：「視覺障礙者經專業訓練並取得資格者，得在固定場所進行非醫療目的之按摩。」第 50 條：「(第 1 項) 違反第三十四條第一項規定者，處新臺幣一萬五千元以上四萬五千元以下罰鍰。(第 2 項) 於營業場所內發生前項情事者，並處其負責人三萬元以上九萬元以下罰鍰。」</p>	<p>動)。 第 44 條第 1 項將罰鍰提高至一萬五千元以上、三萬元以下<sup>21</sup>。</p>	<p>改為：「(第 1 項) 非本法所稱視覺障礙者不得從事按摩業。(第 2 項) 醫護人員及取得專業資格之視覺障礙者得以按摩或針灸為病患進行理療。」第 94 條：「(第 1 項) 違反第五十一條第一項規定者，科新臺幣十萬元以上三十萬元以下罰鍰。(第 2 項) 前項情事於營業場所內發生時，依前項標準加倍處罰營業場所之負責人。同一負責人二次以上違法時，其目的事業主管機關得依左列措施處罰：一、撤銷其營利事業許可之登記。二、勒令停業並採取斷水、斷電。三、兩年內不得於同一轄區經營相關行業。(第 3 項) 第一項罰鍰之收入不列政府年度預算，應充作視障者職業訓練、就業輔導、創業補助之用。」</p>
--------------	--	---	---

資料來源：《法律案專輯第 221 輯——身心障礙者保護法修正案（上）》<sup>23</sup>

製表：陳力宇

<sup>21</sup>立法院秘書處（註 20），頁 25、28。

<sup>23</sup>立法院秘書處（註 20）。

附表十：定額進用身心障礙者概況（2002年至2013年）

單位：個、人、千元

年份	義務機關(構)數			法定進用人數			實際進用人數(加權後)			
	計	公立	私立	計	公立	私立	計	公立	私立	
	Total	Public	Private	Total	Public	Private	Total	%	Public	Private
2002年底	8,857	3,478	5,379	30,616	12,855	17,761	44,153	144.22	17,957	26,196
2003年底	9,257	3,589	5,668	33,050	14,047	19,003	45,860	138.76	21,003	24,857
2004年底	9,684	3,605	6,079	34,410	13,687	20,723	47,048	136.73	19,740	27,308
2005年底	9,657	3,516	6,141	34,453	13,058	21,395	47,040	136.53	18,494	28,546
2006年底	9,715	3,498	6,217	34,714	12,962	21,752	48,120	138.62	18,436	29,684
2007年底	9,800	3,486	6,314	35,312	12,809	22,503	48,395	137.05	18,403	29,992
2008年底	9,977	3,539	6,438	35,836	13,126	22,710	49,816	139.01	19,884	29,932
2009年底	14,218	4,345	9,873	47,854	22,076	25,778	60,138	125.67	25,574	34,564
2010年底	14,773	4,305	10,468	49,638	21,747	27,891	64,785	130.51	26,616	38,169
2011年底	15,416	4,321	11,095	50,796	21,346	29,450	68,409	134.67	26,085	42,324
2012年底	15,776	4,387	11,389	51,770	21,322	30,448	69,823	134.87	25,528	44,295
2013年底	16,116	4,406	11,710	52,661	21,444	31,217	72,132	136.97	25,850	46,282
年份	未達法定進用機關(構)數				當年度累計已繳納差額補助費	身心障礙者就業基金專戶經費已運用數(自開辦以來累計數)	身心障礙者就業基金專戶餘額			
	計	%	公立	私立						
2002年底	1,131	12.77	222	909	—	9,048,835	11,287,957			
2003年底	1,282	13.85	97	1,185	1,030,334	10,848,291	10,675,717			
2004年底	1,185	12.24	76	1,109	635,890	12,211,519	10,105,862			
2005年底	1,090	11.29	42	1,048	661,074	13,526,546	9,725,560			
2006年底	1,019	10.49	47	972	625,288	14,557,353	9,321,538			
2007年底	1,059	10.81	61	998	592,961	15,568,091	9,112,790			
2008年底	1,025	10.27	38	987	629,408	16,605,676	9,071,026			
2009年底	1,828	12.86	222	1,606	620,712	17,535,469	8,806,765			
2010年底	1,605	10.86	79	1,526	680,624	18,455,575	8,866,292			
2011年底	1,672	10.85	36	1,636	663,492	18,783,601	8,845,651			
2012年底	1,622	10.28	56	1,566	650,672	19,670,438	8,793,023			
2013年底	1,514	9.39	25	1,489	568,550	20,316,505	8,670,963			



資料來源：勞動統計月報<sup>24</sup>

說明：「實際進用人數」是「加權後」為筆者所加。「實際進用人數」是否有加權的問題，勞動部定額進用統計給的資訊並不充足。經筆者於 2016 年 1 月 7 日電話詢問勞動部與臺北市勞動力重建運用處的結果，得知「實際進用人數」其實是「加權後的進用人數」。加權方式是依定額進用相關規定，亦即：1. 雇用重度以上障礙者 1 人可以計算成 2 人。2. 薪資未達基本工資的員工無法計入定額進用障礙者人數，但雇用 2 位達基本工資二分之一薪資的障礙者，可計算為進用 1 人。3. 以上兩狀況同時發生，雇用重度以上障礙者領半薪，可計算為進用 1 人。

---

<sup>24</sup>勞動部，勞動統計月報，262 期，頁 172-173（2014 年）。

附表十一：障礙者就業者對開放按摩業看法的世代差異（2004年）

	可開放	反對開放
15-24 歲	36.9%	33.4%
26-34 歲	33.7%	38.8%
35-44 歲	30.1%	40.1%
45-54 歲	29%	40.2%
55-64 歲	20.3%	39.3%
65 歲以上	11.6%	37.1%



資料來源：《中華民國九十三年身心障礙者勞動狀況調查報告》<sup>25</sup>

<sup>25</sup>行政院勞工委員會，中華民國九十三年身心障礙者勞動狀況調查報告，頁 121（2005 年）。