

學員論著

初探物理治療師法第 12 條及其衍伸 規定之合憲性——以其對於物理治療 師職業自由之限制為中心

許翔甯

目次

- 壹、問題意識
- 貳、職業自由在我國釋憲實務之實踐
 - 一、何謂職業？什麼是職業自由？
 - 二、職業自由三階論
 - 三、我國實務對職業自由三階論的實踐
- 參、物理治療師法第 12 條及其衍伸規範之合憲性
 - 一、架構分析
 - 二、系爭規範對物理治療師職業自由之限制
 - 三、系爭規定只在「終身禁止在任」的範圍內違憲
- 肆、修正草案簡評
 - 一、「違憲以外」的修法理由
 - 二、物理治療師業務的「水平擴張」或「垂直擴張」？
 - 三、「列舉模式」或「概括模式」？
 - 四、小結
- 伍、結論

* 東吳大學法律系碩士，法務部司法官學院司法官班第 62 期學員。



壹、問題意識

媒體報導，物理治療師團體倡議多年的物理治療師法第 12 條第 2 項修正，終於在本會期（第 10 屆第 5 會期）獲得多位立委支持，包含立法委員林為洲、林奕華、吳玉琴、時代力量黨團及台灣民眾黨黨團均提出修法版本，盼能藉此鬆綁物理治療師執業時所受重重限制，擴大物理治療師服務範圍¹。然而，在此次推動修法的過程當中，正反雙方針對是否將使物理治療師取得「診斷權」與修法後是否會造成物理治療師「獨占」預防失能及健康促進服務兩點不斷交鋒²。事實上，藏在這兩項表面爭論背後真正的爭點是以物理治療師的職業自由為中心點，在垂直層面與復健科醫師如何分工，以及在水平層面如何和民俗治療、按摩業者與健身教練等相關產業之間進行劃分的問題。立法者透

過法律對於不同職業活動進行劃分，涉及到從事該職業者的職業自由，是否遭過當限制的問題，但在此次修法當中，對於現行物理治療師法對於物理治療師所生限制是否合憲的討論，卻付之闕如。因此本文的第一個目標，是對於現行物理治療師法第 12 條第 2 項的合憲性進行分析，點出這個缺失的基本權觀點，並且回答現行規定是否因為「違憲」而不得不進行修正？

本文的第二個目標是認為釐清系爭規定的合憲性，也可以作為其他醫事人員職業自由限制是否合憲的參考。因為如果以「醫囑」為關鍵字進行檢索可以發現包含：心理師法第 13 條第 2 項、第 14 條第 2 項³、職能治療師法第 12 條第 2 款⁴、語言治療師法第 12 條第 2 項⁵、聽力師法第 12 條第 2 項⁶、驗光人員法第 12 條第 1 項第 4 款⁷等當中都有類似的規定，甚而連條號都如此接

¹ 中央社，物理治療師法擬修法 立委盼適度鬆綁執業限制，<https://ppt.cc/fUKdGx>，最後瀏覽日：2022/5/16。

² 楚恆毅，健康促進入醫療法，讓「醫療行為」與「非醫療行為」模糊化，非全民之福！，<https://ppt.cc/fSF6ix>，最後瀏覽日：2022/6/16。趙遠宏，物理治療師修法爭議《因應高齡化社會 修法是健康產業趨勢 沒有獨佔問題》，<https://ppt.cc/f46d6x>，最後瀏覽日：2022/06/16。

³ 心理師法第 13 條第 2 項：「（臨床心理師）前項第六款與第七款之業務，應依醫師開具之診斷及照會或醫囑為之。」、第 14 條第 2 項：「（諮商心理師）前項第五款之業務，應依醫師開具之診斷及照會或醫囑為之。」

⁴ 職能治療師法第 12 條第 2 項：「職能治療師執行業務，應依醫師開具之診斷、照會或醫囑為之。」

⁵ 語言治療師法第 12 條第 2 項：「前項業務，應經醫師診斷後，依醫師之照會或醫囑為之。」

⁶ 聽力師法第 12 條第 2 項：「前項業務，應經醫師診斷後，依醫師之照會或醫囑為之。」

⁷ 驗光人員法第 12 條第 1 項第 4 款：「四、其他依醫師開具之照會單或醫囑單所為之驗光。」

近，可以說是一組多胞胎的立法，應該可以推斷這樣的規定是我國醫事人員⁸法規當中，一貫的立法結構。上述各種醫事人員法規中關於醫囑與執行業務範圍之關聯性各不相同，本文無意全面性的檢討這樣的規範模式，且在論理上也無法藉由對於物理治療師法的檢討當然得出其他有著相類似規範結構的法規合憲與否的結論，惟在如此相似的規範結構下，本文的檢討對於上開規範是否過度限制其他醫事人員職業自由仍有參考價值。

第三個目標，是針對此次修正草案進行簡評，嘗試回答本次修正草案「是否造成物理治療師獨占？」、「是否使物理治療師取得診斷權？」及「現在提出的版本，何者為佳？」三個問題。

以下針對本文的用語及特殊的引用情形進行說明。本文所謂「物理治療師法第 12 條及其衍伸規範」係指由物理治療師法第 12 條、第 33 條第 3 項及第 6 條共同構成，所產生的「物理治療師涉犯『物理治療師非法執行業務罪』情節重大，將產生『終身不得再任物理

治療師』的法律效果」這樣一組對「物理治療師職業自由」形成限制的規範架構，而本文也以此為討論核心。與之相關的同法的第 17 條、第 18 條⁹及第 32 條，分別規定了「物理治療生業務」及「非物理治療師（生）執行物理治療業務罪」，對於這兩條規定的理解，將有助於釐清本法第 33 條的適用範圍，故在後續討論時會將相關實務見解納入討論。至於，本法其他和物理治療師（生）業務相關的條文，僅於作體系解釋時附帶提及。最後，由於本文所討論的修法爭議部分，在法律層面，並沒有進入比較正式的學術討論，正反雙方仍然是透過媒體投書與受訪的方式來進行意見交換，故本文在引用雙方見解時，也多引用媒體資料及立法院公報，合先敘明。

本文以下，先針對我國大法官對於職業自由限制的審查標準進行整理與分析，接著說明以物理治療師法第 12 條為中心所衍伸的規範架構，接著進行上開規定的違憲審查，最後再針對此次立法院所提出的草案進行簡評。

⁸ 醫事人員人事條例第 2 條第 1 項規定：「本條例所稱醫事人員，指依法領有專門職業證書之醫師、中醫師、牙醫師、藥師、醫事檢驗師、護理師、助產師、營養師、物理治療師、職能治療師、醫事放射師、臨床心理師、諮商心理師、呼吸治療師、藥劑生、醫事檢驗生、護士、助產士、物理治療生、職能治療生、醫事放射士及其他經中央衛生主管機關核發醫事專門職業證書，並擔任公立醫療機構、政府機關或公立學校（以下簡稱各機關）組織法規所定醫事職務之人員。」

⁹ 物理治療師法第 18 條：「物理治療生執行前條業務，準用本章物理治療師執業規定。」



貳、職業自由在我國釋憲實務之實踐

一、何謂職業？什麼是職業自由？

我國憲法並沒有針對「職業」進行規定，論者多直接援引德國通說，認為：「所謂的職業指的是於一定期間內所執行或從事，而旨在作為生活基礎創造與維持的活動¹⁰」。若將上述這項定義進行拆解，可以得到兩項要件，分別是：具有持續性、與創造或維持生活基礎有關係的活動兩者。前者比較容易理解，就是從事某項「職業活動」必須客觀上持續一段時間，同時在主觀上從事該職業之人，也必須有在一定期間內執行的意圖¹¹。然而，對於認識何謂職業，真正具有關鍵性的要件，當屬後者，

也就是說職業的本質其實是在於「謀生」，但需要注意的是，只要是從事該職業之人在「主觀上」有以此為生之意圖即可，而不必實際上因此衣食無虞，故無論是主業或副業均可屬之，上述學說見解將職業之內涵詮釋為「與謀生相關，卻又不必因此衣食無虞」，亦為我國釋憲實務所採¹²。需要說明的是，職業也與人格發展有關，不只是單純作為謀求其他人格權發展物質基礎之活動，德國諺語有云：「工作使人生甜蜜」(Arbeit macht das Leben süß!)，之所以有此一說是因為受到德國理想主義哲學之影響，認為勞動不只是人類的終極目標，同時也是人類自我實現的最高貴的呈現¹³，而這樣的見解，同為德國聯邦憲法法院¹⁴及我國釋憲實務所採¹⁵。

¹⁰ 李惠宗，德國基本法所保障之職業自由——德國聯邦憲法法院有關職業自由保障判決之研究，收錄於：德國聯邦憲法法院裁判選輯（七）—職業選擇自由與工作權，司法院，1997，1版，頁7。

¹¹ 李惠宗，前揭註10，頁9。

¹² 釋字404號解釋稱：「憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，故人民得自由選擇工作及職業，以維持生計。」及第659號解釋所稱：「私立學校之董事為無給職，但得酌支出席費及交通費；董事每屆任期為三年，連選得連任（第三十四條、第二十三條第一項參照）。……準此，私立學校董事執行私立學校法上開職務之工作，屬職業自由之範疇，自應受憲法工作權之保障。」正是同時採取了與謀生相關，卻又不必因此衣食無虞的見解。

¹³ Otto Depenheuer/李惠宗譯，職業自由與工作基本自由，收錄於：德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集（下），聯經，2010，1版，頁263。

¹⁴ 蕭文生譯，關於「職業自由（工作權）」之判決，收錄於：西德聯邦憲法法院裁判選輯（一），司法院，2020，2版，頁135。

¹⁵ 釋字695號解釋：「職業自由為人民充實生活內涵及自由發展人格所必要，不因職業之性質為公益或私益、營利或非營利而有異。」

本文之所以特別提出職業選擇自由對於人格發展之重要性，目的在於避免將職業自由化約成僅係個人謀生的手段，而在與公共利益進行審查的時候，忽略了職業自由對於個人自我實現的重要性存在¹⁶。

我國憲法同樣沒有針對「職業自由」進行規範，我國大法官向來以憲法第 15 條所規定之「工作權」為其依歸，如釋字 809 號解釋所稱：「憲法第 15 條規定人民之工作權應予保障，人民有從事工作、選擇及執行職業之自由（本院釋字第 404 號、第 510 號、第 612 號及第 637 號解釋參照）。」換言之，所謂的職業自由的內涵就是人民透過「選擇職業」並且「執行該職業」藉此維持

生計的自由¹⁷。而事實上這樣的區分其實也是在一定程度上受到德國法見解的影響¹⁸。

二、職業自由三階論

我國釋憲實務早期提到職業自由之例子，是釋字 404 號解釋，該解釋只是單純地提到人民有職業自由，並且該自由可以透過法律加以合於比例原則的限制而已，並沒有針對限制的樣態或者寬嚴程度進行細分，直到釋字 584 號解釋開始提到「職業自由限制有寬嚴不同的標準」後，國內學說才開始認為¹⁹，我國大法官正式繼受了德國藥房案所建立的「職業自由三階論²⁰」，並且在後續的案件當中反覆操作這樣的標準，比

¹⁶ 關於職業自由與人格發展之間的關係，許玉秀大法官在釋字 584 號解釋的不同意見書中有生動的描寫。

¹⁷ 吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，自版，2021，7 版，頁 291。

¹⁸ 德國基本法第 12 條第 1 項規定：「所有德國人均有自由選擇其職業、工作地點及訓練地點之權利，職業之執行得依法律管理之。」有學者認為，因為我國憲法本身並沒有相同或相似的規範結構，在移植這樣的理論時，可能會碰到無法在我國憲法上尋找依據的問題，然而其主張我國憲法第 15 條其實蘊藏了「以自由市場經濟為主，計劃經濟為輔的混合體制」，而在以自由經濟市場為主的體制下，選擇職業之自由比執行職業之自由受到更高的保障，也就可以理解，接著再因為職業選擇自由與人格發展的關聯性，推論以「是否可以藉由自己爭取？」來區分的主、客觀限制的正當性。參見：釋字 702 號解釋蘇永欽大法官部分協同部分不同意見書。

¹⁹ 李惠宗，職業自由主觀要件限制之違憲審查 - 司法院大法官釋字第五八四號解釋評析，憲政時代，第 30 卷第 3 期，200501，頁 271。

²⁰ 然而，如果仔細觀察釋字 584 號解釋其實只提到了「職業選擇自由」與「職業執行自由」兩者的區別，並沒有特別再針對職業自由之限制屬於主觀或客觀這個部分進行說明或適用，所以有學說認為，我國真正提到並且適用「職業選擇自由」的客觀限制，要等到釋字 649 號解釋，才算是全面的繼受且適用了「職業自由三階段論」。陳新民，憲法學釋論，自版，2022，10 版，



較近期的解釋如釋字 778 號解釋稱：「對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事工作之方法、時間、地點、內容等執行職業自由，立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制。至人民選擇職業之自由，如屬應具備之主觀條件，即從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，且該等能力或資格可經由訓練培養而獲得者，例如知識、學位、體能等，立法者欲對此加以限制，須有重要公共利益存在。至人民選擇職業應具備之客觀條件，即對從事特定職業之條件限制，非個人努力所可達成，例如行業獨占制度，則應以保護特別重要之公共利益始得為之。」然而，在我國釋憲實務繼受上開理論後，並未對於我國職業自由限制之審查標準，一錘定音，學說對於上開理論的質疑從未間斷，最主要的批評都集中在

以下兩點：一、對於上述標準本身的不明確性，因為無論是「選擇職業」與「執行職業」之自由之間，或者是對於選擇職業之限制究竟屬於「主觀限制」或「客觀限制」，其實都存在一定的模糊地帶²¹；二、認為「法規限制態樣」並不能完全等同於對於基本權的侵害強度，過度依賴上開理論，會使得對於職業自由的違憲審查過於僵化或簡化，而淪為套公式的操演²²。

本文認為，理論上的不完美，並不影響其實用性，尤其是在我國釋憲實務仍然持續援用的情況下，如果能從我國釋憲實務中歸納出繼受本土化的標準，而穩定的操作該標準，應該可以降低第一點批評所帶來的影響；至於第二點，則應該如同學者所言，在審查時同時考量規範目的與立法事實²³，如此一來才可能更忠實的呈現對於基本權的侵害強度，藉此選擇相應的審查標準²⁴。

頁 247-248。

- 21 胡博硯，從大法官對於營業自由之想像評釋字第 719 號解釋，臺灣原住民族法學，第 5 期，201808，頁 34。
- 22 吳信華，憲法釋論，自版，2021，4 版，頁 418。相同見解，釋字 711 號解釋陳新民大法官協同意見書，頁 12。
- 23 李仁森，職業自由與違憲審查方法，月旦法學教室，155 期，201509，頁 46。
- 24 著眼於「立法事實」去選擇審查基準，並不代表可以從認定之立法事實直接得到比例原則上合憲或違憲的結論，更重要的是對於該立法事實應該如何提出有說服力的法律論證並且藉此給予該立法事實應有的「價值判斷」，才是進行憲法訴訟時，比較適切也正確的推理方式。參見：黃舒芃，數字會說話？—從大法官釋字第 584 號解釋談事實認定在規範違憲審查中的地位，中研院法學期刊，第 1 期，200709，頁 20-29。

三、我國實務對職業自由三階論的實踐

以下本文就我國釋憲實務在釋字 584 號解釋後，以職業自由作為審查之

基本權者，並且有在解釋文或理由書中提到：「職業自由之限制有寬嚴不同標準」概念之解釋中所採取的審查基準及結果，整理如下表：

【我國司法院大法官關於職業自由解釋整理，作者整理】

編號	釋字及案由	系爭法規	侵害方式 / 審查標準	結果	備註
1	584 犯特定罪之人不得擔任計程車司機	民國 88 年 4 月 21 日修正公布之道路交通管理處罰條例第 37 條第 1 項	主觀 / 不明	合憲	當時之所以宣告合憲是囿於當時管理技術限制，應與時俱進，個案上經審查若不再具有危險性，應解除管制。
2	637 公務員旋轉門條款	公務員服務法第 14 條之 1	主觀 / 中度 ²⁵	合憲	處罰可能過苛，宜檢討改進。
3	649 視障按摩案	90 年 11 月 21 日修正公布之身心障礙者保護法第 37 條第 1 項	客觀 / 嚴格	違憲	/
4	659 私立學校法允許解任全部董事	86 年 6 月 18 日修正公布之私立學校法第 32 條第 1 項	主觀 / 中度	合憲	/
5	682 中醫師考試及格案	90 年 7 月 23 日專門職業及技術人員考試法施行細則第 15 條第 2 項	不明 / 不明	合憲	本件只有在理由書第 1 段提到職業自由有寬嚴不同的審查標準，但實際上本件屬於何種限制？又應該採取審查標準？並不清楚。

²⁵ 本文所稱「中度標準」參照釋字 801 號解釋，是指立法目的必須是為追求「重要之公共利益」，手段與目的之達成間有「實質關聯性」者。



6	689 新聞記者跟 追案	社會秩序維護法 第 89 條第 2 款	方法 / 不明	合憲	本件並沒有完整的把三階段論作為大前提，而是在理由書第 10 段，一語帶過認為屬於執行方法的限制，並且沒有說明審查基準，直接認定未逾越比例原則。
7	702 教師因行為 不檢有損師 道而不得從 事教職案	98 年 11 月 25 日 教師法第 14 條第 1 項第 6 款及同條 第 3 項	主觀 / 不明	部分違 憲	本件宣告違憲的部分是：「同條第三項前段使違反前開第六款者不得聘任為教師之規定部分……」
8	711 藥師執業處 所限制案	藥師法第 11 條	方法 / 不明	違憲	本件宣告違憲的理由是因為實務上主管機關對於該規定有彈性解釋，故大法官認為：「藥師不違反前揭立法目的之情形下，或於有重大公益或緊急情況之需要時，一律禁止藥師於其他處所執行各種不同之藥事業務，未設必要合理之例外規定，已對藥師執行職業自由形成不必要之限制」
9	738 電子遊戲場 業營業場所 距離限制案	電子遊戲場業申 請核發電子遊戲 場業營業級別證 作業要點第 2 點 第 1 款第 1 目及 電子遊戲場業設 置管理自治條例 第五條第一項第 二款等相關規定	方法 / 寬鬆	合憲	本件同時涉及中央與地方權限爭議及設定高於中央標準是否合憲的爭議，大法官系爭規定均合憲，但強調：「如超出法定最低限制較多時，非無可能產生實質阻絕之效果，而須受較嚴格之比例原則之審查。」
10	749 計程車駕駛 人定期禁業 及吊銷駕照 案	道路交通管理處 罰條例第 37 條第 3 項等	主觀 / 中度	違憲	/

11	778 醫藥分業下 之醫師藥品 調劑權案	藥事法第 102 條 第 2 項等	方法 / 寬鬆	合憲	/
12	780 駕車闖越平 交道處罰案	101 年 5 月 30 日 修正公布之道路 交通管理處罰條 例第 54 條第 1 款	主觀 / 不明	合憲	本件理由書認為「終身不能考 照」有過苛之虞，但因為道交條 例第 67 條之 1 有所放寬，對於 終身禁止考照一事有所緩和，因 而認定合憲。
13	802 跨國（境） 婚姻媒合不 得要求或期 約報酬案	入出國及移民法 第 58 條第 2 項等 規定	方式 / 寬鬆	合憲	/
14	806 臺北市街頭 藝人活動許 可證案	臺北市街頭藝人 從事藝文活動許 可辦法第 4 條第 1 項等規定	主觀 / 中度	違憲	/
15	809 不動產估價 師設分事務 所案	不動產估價師法 第 9 條第 2 項	方法 / 寬鬆	合憲	/

上開共 15 件關於職業自由之解釋，認為所涉及規範僅係「執行職業方法」限制者有 6 號，其中只有釋字 711 號解釋結論為違憲；而認為係「職業選擇自由的主觀限制者」有 7 件，其中全部違憲者 2 號（釋字 749 號及釋字 806 號）、部分違憲者 1 號（釋字 702 號），其

餘 4 號均為合憲；至於認為係「職業選擇自由客觀限制者」，僅有釋字 649 號，結論為違憲；其餘在解釋文中表示不明，而無法分類者 1 號。由此我們或許可以大膽的認為，繼受自德國的職業自由限制三階論，在我國釋憲實務的操作上有相當的可預測性²⁶，大致上呈現

²⁶ 釋字 778 號解釋詹森林大法官協同意見書，頁 5。



出認為係方法限制採寬鬆審查，大多合憲；認為係職業自由客觀限制，採取嚴格審查，結論違憲；而主觀限制，則採取中度審查，合憲與違憲結果各半的趨勢。值得注意的是，上述解釋當中，那些跳出此種趨勢的解釋，及理由書當中所提到的見解，是如何作為上述職業自由三階論本土化的「標準」及「例外」呢？

(一)屬於何種限制，並非單純以規範之構成要件為斷

學者對於職業自由三階論的批評，認為標準不明，且不一定能明確反應基本權侵害強度，已如前述。究竟我國釋憲實務是如何理解系爭規定的侵害是對於「執行職業方法的限制」或「選擇職業自由的限制」？釋字 702 號解釋涉及 98 年版的教師法第 14 條第 1 項第 6 款及同條第 3 項前段，使被認為有「行為不檢有損師道」之教師，喪失現有教職，並且終身不得被聘任為教師之規定，如果單純只就「行為不檢有損師道」的構成要件來看，似乎會被評價為是「執行職業方法的限制」。然而，該號解釋卻認為，因為系爭規定所連結的法律效果，將使得教師喪失現有教職，

且會產生終身不得被聘任為教師的效果，屬於對於教師「選擇職業自由的主觀限制²⁷」，由此可知，在我國釋憲實務上，系爭規定屬於何種層面的限制，並不是單純就規範的構成要件而言，而是必須同時考量所產生的法律效果。

另一個相似的例子是釋字 738 號解釋，該號解釋涉及台北市等三地方自治團體之自治條例，對於電子遊戲場距離學校等設施的設置距離，範圍大於中央所定法規命令是否違憲的爭議，該號解釋認為設置距離的限制，只是電子遊戲場業者「執行職業自由」的限制²⁸，但「其限制產生實質阻絕之結果而涉及職業選擇自由之限制應受較嚴格之審查……」換言之，本號解釋認為，限制的效果，在事實上已經使得電子遊戲場業者根本無法繼續營業時，原本針對營業場所設置距離的「執行職業自由的限制」將會質變為「選擇職業自由的主觀限制」，因而要受到中度審查。上開兩號解釋的操作模式，也和學說上認為不能僵化操作，而必須要有彈性的考慮基本權侵害強度的見解，若合符節²⁹。

(二)「毫無例外」與「終身禁止」屬於職業自由限制的「嚴重侵害」

²⁷ 釋字 702 號解釋理由書第 5 段及第 6 段。

²⁸ 釋字 738 號解釋理由書第 6 段。

²⁹ 釋字 738 號解釋蘇永欽大法官及陳春生大法官協同意見書，頁 9。

本文前述，我國釋憲實務對於「職業自由三階論」的操作具有高度的可預測性，其實是包含了：限制態樣、採取的審查基準到違憲與否的結果，三個部分的推論。然而，上述「趨勢」並非毫無例外：

首先，我們可以發現，在「執行職業方法的限制」部分，唯一違憲的是釋字 711 號解釋。該解釋涉及藥師法第 11 條規定：「藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限。」大法官認為係對於藥師「執行職業自由之限制」，但大法官並沒有明確說明所採取的審查基準，而是直接認為，雖然系爭規定有助於避免借牌的立法目的，但對於不違背此立法目的之情況（如偏鄉義診）及具有重大公益或緊急情況之需要時，也未設置合理例外規定，已對藥師執行職業之自由形成不必要之限制，而認為違憲³⁰。就此而言，釋字 809 號解釋可以作為對照組，該號解釋涉及不動產估價師法第 9 條第 2 項限制不動產估價師不得設置分事務所的規定，是否違憲的問題，而大法官在該號解釋末尾認為，系爭規定的立法意旨，是一處開業，全國執業，並沒有釋字 711 號解釋所稱例外之適用，因此，我們應該可以推論：我國釋憲實務認為，在不違反立法意旨的

情況下，卻「完全未設置例外規定」，所為的執行職業自由限制是違憲的。

接著，我們可以再次回顧釋字 702 號解釋，該號解釋最後認為系爭規定違憲的原因是，因為系爭規定將造成「終身禁止」被聘任為教師的法律效果，該號解釋認為：「一律禁止終身再任教職，而未針對行為人有改正可能之情形，訂定再受聘任之合理相隔期間或條件，使客觀上可判斷確已改正者，仍有機會再任教職，就該部分對人民工作權之限制實已逾越必要之程度，有違憲法第二十三條之比例原則。」而釋字 780 號解釋也是相同意旨，該號解釋涉及道路交通管理處罰條例第 54 條第 1 款及同法第 67 條第 1 項本文規定，使得曾因闖越平交道遭吊銷駕照者，產生「終身不得考領駕照」的法律效果，大法官認為系爭規定不違憲的理由是，同法第 67 條第 1 項但書規定，「汽車駕駛人曾依系爭規定一及二受終身不得考領駕駛執照處分者，符合特定條件，可依肇事所致損害之輕重，分別於處分執行已逾 6 年、8 年、10 年或 12 年之期間後，申請考領駕駛執照，對『終身不得考領駕駛執照』之限制設有緩和規定，使駕駛人有重新考領駕駛執照之機會，已非終身限制。」這兩號解釋都把「終身禁止」

³⁰ 釋字 711 號解釋理由書第 7 段。



視作對於職業選擇自由主觀限制非常強烈的侵害，因而要求立法者在採取「終身禁止」的立法模式時，在構成要件上應有所區分，不能不分情節輕重一律剝奪資格，並且應該要設置緩和規定，否則系爭規範將有很高的可能性被宣告違憲³¹。

(三)小結

本文從整理我國釋憲實務關於職業自由限制的 15 號解釋中發現，我國釋憲實務繼受德國「職業自由三階論」後，呈現大致符合該理論的傾向，但在判斷屬於何種限制時，並沒有僵化的依照法規之構成要件結構進行操作，而是進一步地考量了規範的法律效果及事實上的效果；同時，若是立法者在合於立法目的的情況下，卻未設置合理例外規定，縱使只是「執行職業自由」的限制，也會被宣告違憲；而「終身禁止」更是對於「選擇職業自由主觀限制」的重大限制，立法者必須透過細緻化的立法，才能避免被宣告違憲。

參、物理治療師法第 12 條及其衍伸規範之合憲性

一、架構分析

物理治療師法第 2 章章名為「執業」，而其中第 12 條及第 17 條³²為其核心規範。物理治療師法第 12 條規定：「（第一項）物理治療師業務如下：一、物理治療之評估及測試。二、物理治療目標及內容之擬定。三、操作治療。四、運動治療。五、冷、熱、光、電、水、超音波等物理治療。六、牽引、振動或其他機械性治療。七、義肢、輪椅、助行器、裝具之使用訓練及指導。八、其他經中央主管機關認可之物理治療業務。（第二項）物理治療師執行業務，應依醫師開具之診斷、照會或醫囑為之。」換言之，本條第 1 項規定的是物理治療師執行業務之範圍，第 2 項則是規定物理治療師在執行上開業務的執行程序，其程序為「應」依照醫師之「診斷、照會或醫囑」為之³³。

³¹ 必須說明的是，本文並不認為法律規定「終身禁止特定人選擇特定職業」的規範模式，必然違憲，因此我國對於許多職業本身具有消極資格限制也不會當然違憲，毋寧還是透過比例原則進行審查。上開釋憲實務只是透露出對於「終身禁止」規範模式的重視。

³² 物理治療師法第 17 條：「（第一項）物理治療生業務如下：一、運動治療。二、冷、熱、光、電、水、磁等物理治療。三、牽引、振動或其他機械性治療。四、其他經中央主管機關認可之物理治療業務。（第二項）物理治療生執行業務，應依醫師開具之診斷及書面指示為之。」由此可知，物理治療生業務，其實就是同法第 12 條第 1 項的第 4 款、第 5 款、第 6 款及第 8 款，可以被第 12 條的討論給涵蓋，為縮減篇幅就不另討論。

³³ 物理治療師法第 17 條係針對「物理治療生業務」進行規範，構成要件相似，只是較為限縮，

然上開規定是針對物理治療師執行業務範圍進行規範，並無相應的法律效果，本文所謂「物理治療師法第 12 條及其衍伸規範」係指以物理治療師法第 12 條為中心，結合同法第 6 條、第 32 條、33 條及第 38 條的「規範主體」及「法律效果」所架構的以「物理治療師業務」為核心概念的規範體系。

物理治療師法第 32 條、33 條及第 38 條，分別針對「不具有物理治療師資格之人」、「物理治療師」及「物理治療所」三種主體進行規定，進而產生不同的法律效果：(1) 第一組規範在同法第 32 條第 1 項³⁴，是為「非法執行物理治療業務罪」；(2) 第二組規範在第 33 條第 1 項³⁵，為「物理治療師非法執行業務罪」，第 2 項為第 1 項之加重結果犯；(3) 第三組則是規定在同法第 38 條第 1 項第 1 款³⁶，係規範物理治療所不得容留不具有物理治療師資格之人執行物理治療業務。

本文既然以物理治療師的職業自由限制為題，上述三組受規範之主體中，當以第二組是討論重點。細譯之，對於物理治療師而言，於從事物理治療師法第 12 條第 1 項之業務時，若未遵守同條第 2 項程序，除了上述的刑事責任外，依照同法第 33 條第 3 項規定：「犯前二項之罪者，並處一個月以上一年以下停業處分；其情節重大者，並得廢止其執業執照或其物理治療師或物理治療生證書。」將連結到「停業」或「廢止執照或證書」的行政秩序罰規定，甚而在「情節重大得廢止執照或證書」的情況，將再連結同法第 6 條：「曾受本法所定廢止物理治療師或物理治療生證書處分者，不得充物理治療師或物理治療生。」將產生「終身不得再從事物理治療工作」的效果，這也是提倡修法的物理治療師團體將這一組規定比喻為懸頂之劍，使渠等在執業時芒刺在背的原因³⁷。

法律效果一樣規定在同法第 33 條，囿於篇幅，不另說明。

³⁴ 物理治療師法第 32 條第 1 項：「未取得物理治療師或物理治療生資格而執行物理治療業務者，處三年以下有期徒刑，得併科新臺幣三萬元以上十五萬元以下罰金。但在物理治療師指導下實習之相關物理治療系、組、科學生或取得畢業證書日起六個月內之畢業生，不在此限。」

³⁵ 物理治療師法第 33 條第 1 項：「物理治療師違反第十二條第二項或物理治療生違反第十七條第二項規定者，處二年以下有期徒刑，得併科新臺幣三萬元以上十五萬元以下罰金。」

³⁶ 物理治療師法第 38 條第 1 項第 1 款：「物理治療所有下列各款情形之一者，處新臺幣二萬元以上十萬元以下罰鍰；其情節重大者，並得廢止其開業執照：一、容留未具物理治療師或物理治療生資格人員擅自執行物理治療業務。」

³⁷ 元氣網，治療師提供長照服務 竟是遊走於「違法」邊緣，<https://ppt.cc/f8wIFx>，最後瀏覽日：



二、系爭規範對物理治療師職業自由之限制

(一)系爭規範涉及職業自由主觀限制

如本文前述，規範對於人民職業自由之限制，究竟屬於何種限制，除構成要件外，應綜合系爭規範所造成的法律效果及事實效果加以判斷。而物理治療師法第 12 條、第 33 條第 3 項及第 6 條，對於物理治療師而言，共同組成了「物理治療師涉犯『物理治療師非法執行業務罪』情節重大者，將產生『終身不得再任物理治療師』」的規範模式。因為此種規範模式，會造成物理治療師資格的得喪，故應被評價為是「職業選擇自由之主觀限制」，而非僅係「執行職業方式」的限制，應受中度審查標準。

如本文前述，我國釋憲實務在「職業選擇自由之主觀限制」中將「終身禁止」視為是非常強烈的侵害，除了要求在構成要件階段不能不分輕重一律剝奪資格，同時要求禁止選擇該職業的期間，也應有一定限制。而系爭規定之規範模式，只符合了上開標準的一半，

也就是在同法第 33 條第 3 項後段設置了「情節重大」時才可以廢止執照及證書的構成要件，但同法第 6 條並未在法律效果層面，設置相應的和緩措施，仍有過苛之嫌，就此部分而言，恐仍難以通過比例原則的要求。

(二)系爭規範是否限於「基於治療目的」？

至於此次修法爭議最劇烈的物理治療師法第 12 條第 2 項規定，許多支持修法的看法認為物理治療師除了在醫療照護的範圍外，也可以在教育、體育、勞動、維持健康、延緩失能及長期照顧領域發揮專業³⁸，而反對者修法者則有認為，物理治療師法作為醫事法規，本來就只針對具有「治療目的」的行為進行規範，並無修正必要³⁹。對於物理治療師法第 12 條「物理治療師業務」範圍是否限於以「治療目的」行為的爭論，關係到現行「物理治療師從事物理治療行為，均必須有醫囑」是否屬於本文前述「毫無例外」的規範模式，理論上存在三種解釋可能性：

甲、物理治療師法第 12 條第 1 項包含

2022/6/23。

³⁸ 見立法院公報第 111 卷第 82 期委員會紀錄，蔡壁如委員發言，頁 4。陳思樺、柴惠敏，物理治療在競技運動表現之角色，台灣醫學，第 21 卷第 3 期，201705，頁 268-275。

³⁹ 梁忠詔，「健康促進」非醫療行為應各方合作而非獨佔，<https://ppt.cc/fD6CYx>，最後瀏覽日：2022/6/24。相同見解，申哲，物理治療師執行業務前，要不要先取得醫師診斷？來看修正草案吵什麼，<https://ppt.cc/fMSZux>，最後瀏覽日：2022/7/28。

了「治療目的」與「非治療目的」兩種的業務，無論是哪一種，均適用第 2 項應經「醫囑、照會」的程序。

乙、物理治療師法第 12 條第 1 項包含了「治療目的」與「非治療目的」兩種的業務，但只有其中具有「治療目的」者適用第 2 項「醫囑、照會」的程序。

丙、物理治療師法第 12 條第 1 項乃至於整部法律對於物理治療師業務的規定，均只限於具有「治療目的」的業務，非基於「治療目的」者，根本不在物理治療師法的規範範圍內。

粗略地分析這三種可能性利弊，甲說最容易該當本文前述「毫無例外」的模式，釋字 711 號解釋是將此種模式適用在「執行職業自由」的限制上，而宣告藥師法相關規範違憲，依照舉輕以明重的法理，在本件已經涉及「選擇職業自由主觀限制」，並且受中度審查的情

況下，縱使人民健康權依照釋字 794 號解釋的見解，屬於重要公共利益，但如此「毫無例外」立法模式，恐怕仍難以通過比例原則的要求；乙說及丙說，則無此問題，但丙說的問題是，物理治療師法第 2 章有關於「業務」相關規範繁多，如第 14 條規定：「物理治療師執行業務時，遇有病人危急或不適繼續施行物理治療者，應即停止並聯絡醫師，或建議病人由醫師再行診治。」又第 29 條：「物理治療所不得以不正當方法，招攬業務。」及第 31 條規定：「物理治療師、物理治療生或物理治療所之人員，對於因業務而知悉或持有他人之秘密，不得無故洩漏。」均以物理治療師法第 12 條第 1 項為其依據，若採取此種解釋方式，則物理治療師若從事運動促進或其他非以「治療疾病」為目的的物理治療時，是否可以脫免於上開義務？而且主管機關也不能依照同法第 35 條⁴⁰及第 40 條第 1 項⁴¹予以處罰呢⁴²？如此解釋方式，將極度限縮本法對於物

⁴⁰ 物理治療師法第 35 條：「物理治療師、物理治療生有下列各款情事之一者，處新臺幣二萬元以上十萬元以下罰鍰；其情節重大者，並處一個月以上一年以下停業處分或廢止其執業執照；其涉及刑事責任者，並應移送該管檢察機關依法辦理：一、違反第十六條規定。二、於業務上有違法或不正當行為。」

⁴¹ 物理治療師法第 40 條第 1 項：「違反第五條、第十九條第一項、第二十一條第二項、第二十二條第二項、第二十七條第二項、第二十八條、第二十九條或第三十一條規定之一者，處新臺幣二萬元以上十萬元以下罰鍰。」

⁴² 例如：從事非治療為目的操作治療時，向客戶收取報酬以外的紅包，是否將導致這種行為不能被評價為「業務上不正當行為」，而無法處罰？



理治療師執行業務行政管制的範圍，尤其物理治療師係專門職業技術人員考試法施行細則所定專門職業技術人員⁴³，屬於一種「許可制」的行業⁴⁴，考量到專技人員工作具有「與公共利益或人民之生命、身體、財產等權利有密切關係⁴⁵」的特性，如此限縮其行政管制範圍，是否為立法者之原意？乙說則是三種可能性中較為折衷的可能，在不過度侵害物理治療師職業自由的前提下，兼顧物理治療師法的管制目的，但其最大的缺陷在於可能在釋義學上不合於體系解釋的要求。

上述三說，若以釋義學的角度而言，何者為當？如果從文義解釋觀察物理治療師法第 12 條第 1 項，針對上述的爭議，並沒有辦法得出明確的答案，因為系爭規定本身並沒有針對「目的」進行規範。因此只能從其他的解釋方式出發。如果從物理治療師法第 12 條的立法理由出發，該條的立法目的稱：

「一、明定物理治療師業務範圍。二、按物理治療乃為復健醫療之一種方式，於醫療過程中是否須對病人作物理治療，應由醫師依病人病情需要作診斷，如須施行物理治療，再交由物理治療人員為之，爰於第二項明定物理治療師執行物理治療業務，應依醫師開具之診斷及書面指示為之。」立法目的明確預設了物理治療只是復健醫學的一種，故物理治療師的業務僅限於「疾病治療」的目的⁴⁶。如果從歷史解釋的角度，觀察當時與會人員的發言，其實也會得到相同的結論⁴⁷。最後則是體系解釋，審查意見給予本文的寶貴意見中所提到的，物理治療師法第 12 條第 2 項屬於強制規定，若認為同條第 1 項包含「非治療目的」的業務，二者將產生體系矛盾，這樣的見解相當精闢。因此在釋義學上似乎均排斥甲說見解，其中體系解釋的角度更是直指「丙說」才是唯一的正確解釋方式，排斥乙說。

⁴³ 專門職業及技術人員考試法施行細則第 2 條第 1 項第 3 款。

⁴⁴ 物理治療師法第 1 條第 1 項：「中華民國國民經物理治療師考試及格並依本法領有物理治療師證書者，得充物理治療師。」

⁴⁵ 釋字 453 號解釋理由書。

⁴⁶ 陳韋宏，「動作專家」還是「儀器操作員」？物理治療師的專業自主與照護實作，國立臺灣大學社會學系碩士論文，201901，頁 21。

⁴⁷ 參見，84 年立法當時，時任法務部次長翟宗泉及時任立法委員謝美惠發言，立法院公報第 84 卷第 6 會期院會紀錄，頁 192-193。

在法院實務方面⁴⁸，臺灣高等法院 109 年度醫上易字第 2 號判決針對「非法執行物理治療業務罪」進行判決，該判決指出：「合法從事身體調理服務之人，難免於調理過程中，會有對患者肢體施力或牽動到患者筋骨之情形，坊間常見之傳統推拿之民俗療法如此，協助進行運動前後之暖身與伸展亦是如此，但與法律明文限定物理治療師所得執行之『操作治療』或『運動治療』，甚至醫師方得執行之醫療行為，**確有區分上之必要及其合法與否之模糊界線，依據前述說明及現有法令解釋，當應以執行者主觀上是否有治療患者傷病之目的，客觀上是否有明確宣稱療效之作為，佐以招攬業務、營業方式、具體手法等為綜合判斷，方能於個案中確認其適法性**，若依上開標準判斷後，認為並非物理治療行為甚至醫療行為，即便由不具物理治療師或醫師資格之人所施作，若未涉及違反其他法令，尚不違法……（底線及粗體為作者所加）」另外，臺灣高等法院臺中分院 102 年度醫上易字第 568 號判決，針對「物理治療生未遵醫囑而執行物理治療業務」，該號

判決認為：「按『物理治療生執行前條業務，準用本章物理治療師執業規定。』，物理治療師法第 18 條定有明文。**次按物理治療師法第 12 條第 1 項所稱物理治療師業務，係醫療業務之一部分**，得由醫師或物理治療師依醫師開具之診斷、照會或醫囑為之。物理治療師對未取得醫師開具之診斷、照會或醫囑之病患，逕自決定物理治療之療程與執行，應屬違反同法第 12 條第 2 項規定，物理治療師如逾越該法所定之業務範圍，應受醫師法第 28 條之規範，有行政院衛生署 85 年 7 月 18 日醫署醫字第 00000000 號解釋在案。**本案被告領有物理治療生證書，未依醫師開據之診斷及書面指示，以矯正槍、魔鬼氈鬆緊帶等工具，為方碧姿等人實施物理治療行為，每次收取費用 500 元，屬於物理治療師法第 17 條第 1 項之物理治療業務範疇，故核被告所為，係違反物理治療師法第 17 條第 2 項之規定**，應依同法第 33 條第 1 項規定，應論以物理治療生非法執行業務之罪……」上開判決之見解，對於物理治療師法第 12 條或第 17 條所謂「物理治療師（生）業

⁴⁸ 自司法院判決查詢系統中，唯一一則「物理治療師非法執行業務罪」係簡易判決，事實部分引用起訴書，但又未公開，無從一虧全貌。所以才找尋有關於「物理治療生非法執行業務罪」及「非法執行物理治療業務罪」的前例，是相類似的規定，做為參考。另外由於上開二罪，除非發生致死、致重傷的加重結果，否則均屬最重本刑三年以下有期徒刑之罪，依照刑事訴訟法第 376 條第 1 項第 1 款，不得上訴第三審，故均以高等法院層級之判決為依據。



務」均認為係一種「醫療業務」，臺灣高等法院 109 年度醫上易字第 2 號判決更是非常明確地認為，物理治療師法第 12 條第 1 項「物理治療師業務」係指具有「治療患者傷病之目的」，應該認為是採取丙說。

與之相對的是，主管機關衛福部 109 年 12 月 16 日衛部醫字第 1091668444 號覆社團法人台灣物理治療學會函的見解，該函稱：「物理治療師執行非以治療疾病為目的的業務，如不涉及上開規定，自無依醫師開具之診斷、照會或醫囑為之之事由……」由於上開擷取內容係接續衛福部闡述醫師法第 28 條「醫療業務行為」定義，及物理治療師法第 12 條全文之後，究竟是採取乙說或丙說？並不明確。

因此我們可以看出以下三點推論：一、無論是從現行法院或主管機關的見解，均排斥甲說，並非本文前述「毫無例外」之類型；二、主管機關雖「有可能」採取乙說，但不合於體系解釋的要求，故應以丙說為當；三、基此，現行物理治療師的業務實際上分為「法律上業務」與「事實上業務」，只有法律上的業務，受到本法刑事及行政管制規定的適用。

三、系爭規定只在「終身禁止再任」

的範圍內違憲

對於系爭規定是否因為過度限制物理治療師的職業自由而違憲一題，我們可以認為物理治療師法第 12 條第 1 項在解釋上不及於物理治療師「事實上業務」，故並非本文前述「毫無例外」模式，自不得以釋字 711 號解釋相類比，而認其違憲；但在本法第 12 條、第 33 條第 3 項及第 6 條所建構的規範架構下，則因為未設置合理的和緩期限，而終身禁止再任物理治療師部分，則仍然難以符合釋字 702 號解釋及 780 號解釋之要求。

肆、修正草案簡評

一、「違憲以外」的修法理由

承前所述，物理治療師法第 12 條、第 33 條只在終身禁止再任的部分有違憲之虞，就此立法者自然不應置之不理。除此之外的部分，我們可以說現行法並不會因為過度侵害物理治療師的工作權而違憲，因此非修不可。更進一步地說，基於立法權與違憲審查權本質有別，違憲審查權本只在法律違憲時予以非難，但除此之外，立法者在不違背追求基本權最大實現的憲法要求下，仍有其廣泛的形成自由⁴⁹。而增加現行

⁴⁹ 黃舒芃，違憲審查中之立法形成空間，月旦法學雜誌，185 期，201010，頁 47。

規範的明確性使得物理治療師不再手足無措，以及擴張本法行政管制的適用範圍，均是此次立法院提出修草以及行政部門提出對案的重要動力。

重要的是立法者在討論時，是否正確理解本法對內可能限制物理治療師的執業自由，對外在垂直層面與復健科醫師如何分工，以及在水平層面如何和民俗治療、按摩業者與健身教練等相關產業之間進行劃分的關係，並且藉此做出通盤考量。

二、物理治療師業務的「水平擴張」或「垂直擴張」？

立法院針對系爭規範，提出了眾多版本，經 111 年 5 月 23 日社福委員會討論後，共有 6 案及 3 項修正動議送交黨團協商⁵⁰，由於 6 案之內容多有重複，不逐一列出，僅就委員會當日討論最熱烈的 3 項修正動議進行說明：本次修草所採取的區分標準，本文姑且將其稱作「列舉模式⁵¹」與「概括模式⁵²」兩種草案模式，而在採取以「概括模式」為區分標準的草案中，又可以分為正面表列與負面表列兩種模式。

先說明對於此次修法（不分模式）共同的質疑有二：一、因為物理治療師業務範圍擴張，可能產生物理治療師

【物理治療師法第 12 條第 2 項修正草案對照表】

現行條文	邱泰源委員修正動議	蘇巧慧委員修正動議 1	蘇巧慧委員修正動議 2
物理治療師業務如下： 一、物理治療之評估及測試。 二、物理治療目標及內容之擬定。 三、操作治療。 四、運動治療。	第十二條 物理治療師業務如下： 一、物理治療之評估及測試。 二、物理治療目標及內容之擬定。 三、操作治療。	第十二條 物理治療師業務如下： 一、物理治療之評估及測試。 二、物理治療目標及內容之擬定。 三、操作治療。 四、運動治療。	第十二條 物理治療師業務如下： 一、物理治療之評估及測試。 二、物理治療目標及內容之擬定。 三、操作治療。

⁵⁰ 立法院第 10 屆第 5 會期社會福利及衛生環境委員會第 18 次全體委員會議議事錄，頁 13-14。

⁵¹ 即邱泰源委員版。

⁵² 即蘇巧慧委員版。



現行條文	邱泰源委員修正動議	蘇巧慧委員修正動議 1	蘇巧慧委員修正動議 2
五、冷、熱、光、電、水、超音波等物理治療。 六、牽引、振動或其他機械性治療。 七、義肢、輪椅、助行器等、裝具之使用訓練及指導。 八、其他經中央主管機關認可之物理治療業務。 物理治療師執行業務，應依醫師開具之診斷、照會或醫囑為之。	四、運動治療。 五、冷、熱、光、電、水、超音波等物理治療。 六、牽引、振動或其他機械性治療。 七、義肢、輪椅、助行器等、裝具之使用訓練及指導。 八、其他經中央主管機關認可之物理治療業務。 物理治療師執行業務，應依醫師開具之診斷及醫囑為之。 <u>但以健康促進、運動物理治療、特殊教育為目的，與傷病診治無關，並經中央主管機關認可之項目，不在此限。</u>	五、冷、熱、光、電、水、超音波等物理治療。 六、牽引、振動或其他機械性治療。 七、義肢、輪椅、助行器等、裝具之使用訓練及指導。 八、其他經中央主管機關認可之物理治療業務。 物理治療師 以疾病治療為目的 執行前項業務，應依醫師開具之診斷、照會或醫囑為之。	四、運動治療。 五、冷、熱、光、電、水、超音波等物理治療。 六、牽引、振動或其他機械性治療。 七、義肢、輪椅、助行器等、裝具之使用訓練及指導。 八、其他經中央主管機關認可之物理治療業務。 物理治療師執行業務，應依醫師開具之診斷、照會或醫囑為之。 <u>但非以疾病治療為目的者，不在此限。</u>

「獨占」的結果（水平擴張）；二、物理治療師取得「診斷權」使得密醫橫行（垂直擴張）。

針對上述的質疑，我們可以先確定的是，物理治療師作為一種專技人員，其管理法律中為了保護人民生命、健康、財產免於侵害，賦予一定程度的排

他性，係專技人員管理法律的本質，但如此規定對於專門職業技術人員及其他非該專門職業技術人員職業自由之限制，仍然必須符合比例原則⁵³。如果只看現在的修草，無論採取何種模式，都會使物理治療師業務的「法律上業務」不再限於具有「治療目的」，擴張了本

⁵³ 董保城，從大法官釋字第六五五號解釋論憲法第八六條專門職業資格專業證照之建構，月旦法學雜誌，第 172 期，200908，頁 282。

法關於「物理治療師業務」的刑事及行政管制層面的效果，同時本法第 32 條的適用範圍也將隨之擴張使得「非物理治療師（生）從事不具治療目的的行為」也會該當本罪，此乃上開關於「獨占」部分的批評最主要的論據⁵⁴。就此本文以為，渠等擔憂確實有其依據，故應該一併修正本法第 32 條第 1 項關於刑事處罰的部分，將其限於「具有治療目的」避免過度限制「非物理治療師（生）」之人的執業自由。

針對第二點批評，需要先說明的是在現行法下，承本文「參、二」的說明，無論係主管機關或法院實務，在結論上均認為現行規範不及於物理治療師之「事實上業務」，因此「現行法下」物理治療師在從事其「事實上業務」時，本不須經醫囑，自然不會有此爭議。這一點在修法之後，也不會改變。原因可以從與醫師診斷權最相關的醫師法第 28 條看起，該條規定：「未取得合法醫師資格，執行醫療業務，除有下列情形之一者外，處六個月以上五年以下

有期徒刑，得併科新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰金：……」其中何謂「執行醫療業務」我國法院實務向來援引行政機關之見解認為：「按以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為之診察、診斷及治療，或基於診察、診斷結果，以治療為目的，所為的處方、用藥、施術或處置等行為的全部或一部總稱為醫療行為⁵⁵。」其中一樣包含了主觀要件與客觀要件，其中客觀要件當中就規定了「診察、診斷」這兩種行為，是為醫師的「診斷權」的依據，但不可忽略的是「以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的」的主觀要件⁵⁶，反面解釋就是「非基於此等目的」之「判斷」（或者「評估」）本不在此限⁵⁷。況且上開修草版本中，無論正面或者反面表列，均將「非治療目的」作為物理治療師自主範圍的界線。因此，即使修法通過，物理治療師也不會取得如同醫師一般的診斷權，而是僅如同舊法一般在不具有治療目的的範圍內，可以自為判斷（或評估）。當

⁵⁴ 聯合報，物理治療師法修法 20 個醫學會、協會等發聲明盼謹慎，<https://ppt.cc/fGYySx>，最後瀏覽日：2022/06/23。

⁵⁵ 此一見解應該首見於行政院衛生署 91 年 2 月 4 日衛署醫字第 0900076266 號函，並且為許多法院見解所引用，例如：臺灣高等法院 101 年度上訴字第 1394 號刑事判決。

⁵⁶ 可能會有疑問的是，是否存在不具有上開主觀目的的「診斷」行為？本文認為確實有可能，例如兵役體檢的目的，就不在治療、矯正及預防役男身體疾病等，而是在確認是否適合服役。

⁵⁷ 這或許是前述主管機關函覆先提及醫師法第 28 條才說明物理治療師法第 12 條的真正原因。



然為杜絕爭議，立法者若能在立法理由進一步明示方為上策。

就此我們可以推論，此次修正不分版本，均會造成物理治療師「法律上業務」的水平擴張，但不會發生垂直擴張的效果。

三、「列舉模式」或「概括模式」？

無論是「列舉模式」以及「概括模式」達成的效果，跟可能造成的影響其實是相同的，但仍然必須在此二種模式中，選出一種較佳的模式。有認為列舉模式較為明確，因為概括模式所採取的「治療」與「非治療」行為往往仁智互見，並非適當之區分標準⁵⁸。此種批評，故非無見，但因法條有限，事實無窮，立法者不可避免地必須在法律中使用不確定法律概念，將概念內涵留待行政機關與司法機關透過個案累積加以形塑⁵⁹，且從前述我國實務見解可知，「基於治療目的」其實是我國實務已經很熟悉的不確定法律概念，司法機關確實也透過不同的個案一步步累積形塑其

內涵。

然「基於治療目的」與「非基於治療目的」確實並非截然可分。對此，有學說見解藉由歐洲人權法院在 2013 年的 *Skatteverket v. PFC Clinic AB* 判決中對於當時歐盟增值稅指令第 132 條第 1 項的 (b) 款及 (c) 款，關於「醫療美容行為」是否屬於得免稅之「醫療行為」所提出的標準，認為「給付之目的」是判斷是否屬於「醫療行為」的重要標準，只要帶有「維持健康或重新恢復健康的目的」，即使是因此從事美容性質，也可以算是醫療行為；反之，至於單純出於美容目的行為則否⁶⁰。此種見解其實是採取了對於是否「具有治療目的」較為寬廣的解釋方式。本文認為，「概括模式」應該是較為簡潔的模式，「列舉模式」必須多操作「健康促進、運動物理治療、特殊教育為目的」這三組不確定法律概念，我國法就此較為陌生，況且上述「列舉模式」中同樣也提到「與傷病診治無關」。是以，縱使採取「列舉模式」，恐怕根本仍然難以避

⁵⁸ 對於「是否具有治療目的」標準的批評，在醫療法中其他領域，亦有相類似的爭議。參見：黃皓彥，論醫療商品之安全性欠缺——以美國法為借鏡，國立臺灣大學法律系碩士論文，202108，頁 164。

⁵⁹ 陳敏，行政法總論，自版，2019，10 版，頁 201-202。

⁶⁰ 魏伶娟，論非治療性微整形美容與消費者保護法之適用，高大法學論叢，第 12 卷第 2 期，201703，頁 263-265。其實是對於「醫療行為」採取了比較廣泛的認定。

免操作「治療疾病」的不確定法律概念。

四、小結

針對此次的修正草案，本文小結如下：一、無論上開何種草案模式，都會擴張物理治療師「法律上的業務」，將物理治療師從事「非基於治療目的之業務」給明文化，並且明確地說明物理治療師從事此種業務不需經過醫囑；二、其所帶來的正向影響包含擴張本法行政管制的適用範圍，此種增加明確性的作法，也有助於減少現行法不明確對於物理治療師職業自由所造成的「事實上的障礙」；三、但同時也擴張本法關於「非物理治療師執行物理治療業務罪」的適用範圍，將使得物理治療師職業與健身教練、按摩業者等相互競爭，並且後者可能受到本法刑事處罰規定相繩，而應該同時修正本法第 32 條第 1 項同樣限於「非治療目的」而不至於打擊過廣；四、此次修草就物理治療師從事「非基於治療目的」的業務明文化，並且說明無需經過醫囑，就此而言既然已是現狀，也就沒有「擴張」或者侵奪醫師診斷權的問題，這一點從實務見解對於醫師法第 28 條的解釋與修正草案均維持「治療目的需要經過醫囑」可以得知；五、就修正草案而言，本文認為「概

括模式」是比較簡潔，我國法院也比較熟悉的方式，應該是較為可行的立法模式。

伍、結論

本文針對物理治療師法第 12 條及其衍伸規定對於物理治療師的職業自由限制合憲性以及此次修草之分析，結論如下：

- 一、本文從整理我國釋憲實務關於職業自由限制的 15 號解釋中發現，我國釋憲實務繼受德國「職業自由三階論」後，呈現大致符合該理論的傾向，但在判斷屬於何種限制時，並沒有僵化地依照規範構成要件進行操作，而是進一步地考量了規範的法律效果及事實上的效果；同時，若是立法者在合於立法目的的情況下，卻未設置合理例外規定，縱使只是「執行職業自由」的限制，也會被宣告違憲；而「終身禁止」更是對於「選擇職業自由主觀限制」的重大限制，立法者必須透過細緻化的立法，才能避免被宣告違憲。
- 二、針對現行物理治療師法第 12 條的解釋，應以丙說為當；因此，現行物理治療師的業務實際上分為「法



律上業務」與「事實上業務」，只有法律上的業務，受到本法刑事及行政管制規定的適用，自然不是屬於本文所述「毫無例外」模式，就此部分並不違憲。但在本法第 12 條、第 33 條第 3 項及第 6 條所建構的規範架構下，則因為未設置合理的和緩期限，而終身禁止再任物理治療師部分，則仍然難以符合釋字 702 號解釋及 780 號解釋之要求。

三、無論何種草案模式，都會擴張物理治療師「法律上的業務」，將物理治療師從事「非治療業務」給明文化，並且明確地說明物理治療師從事此種業務不需經過醫囑；其所帶來的正向影響包含擴張本法行政管制的適用範圍，此種增加明確性的作法，也有助於減少現行法不明確對於物理治療師職業自由所造成的「事實上的障礙」；但同時也擴張

本法關於「非物理治療師執行物理治療業務罪」的適用範圍，將使得物理治療師職業與健身教練、民俗業者等相互競爭，並且後者可能受到本法刑法規定相繩，而應該同時修正本法第 32 條第 1 項同樣限於「非治療目的」而不至於打擊過廣；此次修草就物理治療師從事「非基於治療目的」的業務明文化，並且說明無需經過醫囑，就此而言既然已是現狀，也就沒有「擴張」或者侵奪醫師診斷權的問題，這一點從實務見解對於醫師法第 28 條的解釋與修正草案均維持「治療目的需要經過醫囑」可以得知。

四、就修正草案而言，本文認為「概括模式」是比較簡潔，我國法院也比較熟悉的方式，應該是較為可行的立法模式。

參考文獻

教科書

1. 吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，自版，2021，7 版。
2. 吳信華，憲法釋論，自版，2021，4 版。
3. 陳敏，行政法總論，自版，2019，10 版。
4. 陳新民，憲法學釋論，自版，2022，10 版。

專書論文

1. Otto Depenheuer 著，李惠宗譯，職業自由與工作基本自由，收錄於：德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集（下），聯經，2010，1 版，頁 257-289。
2. 李惠宗，德國基本法所保障之職業自由——德國聯邦憲法法院有關職業自由保障判決之研究，收錄於：德國聯邦憲法法院裁判選輯（七）—職業選擇自由與工作權，司法院，1997，1 版，頁 1-46。
3. 蕭文生譯，關於「職業自由（工作權）」之判決，收錄於：西德聯邦憲法法院裁判選輯（一），司法院，2020，2 版，頁 120-171。

期刊論文

1. 李仁淼，職業自由與違憲審查方法，月旦法學教室，第 155 期，201509，頁 34-46。
2. 李念祖，法官為司法審查的點石成金術——從釋字第 177、371、407 及 617 號解釋論審判中合憲性解釋的功能，裁判時報，第 82 期，201904，頁 79-93。
3. 李惠宗，職業自由主觀要件限制之違憲審查 - 司法院大法官釋字第五八四號解釋評析，憲政時代，第 30 卷第 3 期，200501，頁 255-293。
4. 胡博硯，從大法官對於營業自由之想像評釋字第 719 號解釋，臺灣原住民族法學，第 5 期，201808，頁 27-36。
5. 陳思樺、柴惠敏，物理治療在競技運動表現之角色，台灣醫學，第 21 卷第 3 期，201705，頁 268-275。
6. 黃舒芃，違憲審查中之立法形成空間，月旦法學雜誌，185 期，201010，頁 39-51。
7. 黃舒芃，數字會說話？—從大法官釋字第 584 號解釋談事實認定在規範違憲審查中的地位，中研院法學期刊，第 1 期，200709，頁 1-44。



8. 董保城，從大法官釋字第六五五號解釋論憲法第八六條專門職業資格專業證照之建構，月旦法學雜誌，第 172 期，200908，頁 269-286。
9. 魏伶娟，論非治療性微整形美容與消費者保護法之適用，高大法學論叢，第 12 卷第 2 期，201703，頁 245-298。

學位論文

1. 陳韋宏，「動作專家」還是「儀器操作員」？物理治療師的專業自主與照護實作，國立臺灣大學社會學系碩士論文，201901。
2. 黃皓彥，論醫療商品之安全性欠缺——以美國法為借鏡，國立臺灣大學法律系碩士論文，202108。

網路資料

1. 申哲，物理治療師執行業務前，要不要先取得醫師診斷？來看修正草案吵什麼，<https://ppt.cc/fMSZux>，最後瀏覽日：2022/7/28。
2. 楚恆毅，健康促進入醫療法，讓「醫療行為」與「非醫療行為」模糊化，非全民之福！，<https://ppt.cc/fSF6ix>，最後瀏覽日：2022/6/16。
3. 趙遠宏，物理治療師修法爭議》因應高齡化社會 修法是健康產業趨勢 沒有獨佔問題，<https://ppt.cc/f46d6x>，最後瀏覽日：2022/06/16。
4. 中央社，物理治療師法擬修法 立委盼適度鬆綁執業限制，<https://ppt.cc/fUKdgx>，最後瀏覽日：2022/5/16。
5. 聯合報，物理治療師法修法 20 個醫學會、協會等發聲明盼謹慎，<https://ppt.cc/fGYySx>，最後瀏覽日：2022/06/23。
6. 元氣網，治療師提供長照服務 竟是遊走於「違法」邊緣，<https://ppt.cc/f8wIFx>，最後瀏覽日：2022/6/23。
7. 梁忠詔，「健康促進」非醫療行為 應各方合作而非獨佔，<https://ppt.cc/fD6CYx>，最後瀏覽日：2022/6/24。

政府資料

1. 立法院公報第 111 卷第 82 期委員會紀錄。
2. 立法院第 10 屆第 5 會期社會福利及衛生環境委員會第 18 次全體委員會議議事錄。
3. 立法院公報第 84 卷第 6 會期會議紀錄。