

## 憲法法庭 111 年憲判字第 20 號判決協同意見書

蔡宗珍大法官提出

本席主張本件聲請既經聲請人具狀撤回，即應不受理，惟多數大法官既決議不准許聲請人撤回聲請並受理之，於此前提下，本席支持本號判決主文宣示最高行政法院 103 年 8 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議（下稱系爭決議）未抵觸憲法之結論，然所持理據則有不同，爰述要如下。

### 一、系爭決議之核心爭點，係特定案型是否具備行政訴訟法第 5 條第 2 項所定課予義務訴訟之訴訟要件問題

本件聲請與審查標的，即最高行政法院系爭決議，其所針對之問題是：「本國人民與外國人民在國外結婚後，該外籍配偶以依親為由，向我國駐外館處申請居留簽證遭駁回，本國配偶得否認為其有權利或法律上利益受損害，而提起行政訴訟法第 5 條第 2 項課予義務訴訟？」即本國配偶於此類案例類型（下稱系爭案型），得否以配偶之地位，自為原告，針對其外籍配偶申請居留簽證遭否准之拒絕處分，提起行政訴訟法第 5 條第 2 項所定之課予義務訴訟（以下所稱課予義務訴訟均僅限於此類型，不包括同條第 1 項之課予義務訴訟），係提起課予義務訴訟所須具備之訴訟要件中之訴訟權能問題，並不涉及系爭案型之實體法爭議與訴訟有無理由之實體問題，亦無涉課予義務訴訟以外之其他訴訟類型（如行政訴訟法第 4 條第 1 項所定撤銷訴訟）及其訴訟要件問題。

行政訴訟法第 5 條第 2 項明定人民得提起課予義務訴訟及其訴訟要件，乃具體化憲法訴訟權保障之制度憑藉，就此而言，該規定並不生限制人民訴訟權之問題。而人民提起課

予義務訴訟是否具備訴訟要件，法官應依行政訴訟法第 5 條第 2 項規定，依職權而為解釋、認定，而此階段僅屬訴訟是否合法提起之認定，尚未涉及訴訟實體有無理由問題，原則上不生限制憲法訴訟權或其他基本權問題。又，最高行政法院庭長法官聯席會議係最高行政法院於大法庭制度建立前，為求各審判庭就相同法律爭議所持法律見解一致化，所建立之內部討論機制，其決議內容仍應由個案法官採為裁判之見解，始生拘束力，性質上仍屬法官認事用法之一環。是系爭決議乃屬法官就系爭案中，本國配偶是否具備提起課予義務訴訟之訴訟要件問題所採法律見解，其決議內容尚不生牴觸憲法訴訟權與婚姻自由之問題。

課予義務訴訟乃原告就其享有公法上請求權之依法申請案，遭主管機關否准，致損害其權益，經依訴願程序未獲救濟時，以否准機關為被告所提起之訴訟，其目的係在請求法院撤銷原拒絕處分及訴願決定，以使其申請案回復未受准駁之狀態，進而判命被告機關應依其申請，重為准駁處分或特定內容之行政處分，以實現原告所主張之公法上請求權。因此，得提起課予義務訴訟者，除法律另有規定外，自須為本於公法上請求權依法向該管機關提出申請，而遭受駁回處分，致得主張其據以為申請之公法上請求權遭受損害之申請人（即駁回處分之相對人）。換言之，「依法申請案件」之申請人，於其申請遭駁回時，始得主張其據以為申請之公法上請求權受違法損害，因而具備提起課予義務訴訟之訴訟權能（Klagebefugnis），得請求法院判命被告機關，依其申請作成其所請求之行政處分。申請人以外之第三人，除法律另有規定外，其既非申請人，即非該依法申請案所據公法上請求權

之權利人，因此第三人自不因申請人所受之駁回處分而受有與該申請案相關之公法上請求權之損害，因此，第三人並不具提起課予義務訴訟之訴訟權能，無從以自己名義提起此類型訴訟，請求法院判命被告機關依申請人所請，對申請人作成其所請求之處分。至申請人所主張之「依法申請案件」及其所據之公法上請求權是否存在，乃訴訟有無理由之實體問題，與訴訟要件之訴訟權能要求無涉。

系爭決議所設定之問題為「……該外籍配偶以依親為由，向我國駐外館處申請居留簽證遭駁回……」，是該決議僅針對外籍配偶依外國護照簽證條例相關規定，申請居留簽證遭駁回之情形，亦即僅限外籍配偶為居留簽證申請人及居留簽證駁回處分之相對人之情形。此種情形下，外籍配偶自得因其依法申請居留簽證遭駁回，主張其公法上請求權遭違法損害而循序提起訴願與課予義務訴訟，其具備提起課予義務訴訟之訴訟權能應屬無疑（其訴訟主張實體有無理由，則屬另事）。至其本國配偶，既非系爭居留簽證之申請人，亦非駁回處分之相對人，無從主張其有該依法申請居留簽證案所據之公法上請求權受損害，欠缺提起課予義務訴訟之訴訟權能，自不得以自己名義，就其外籍配偶所受居留簽證駁回處分，提起課予義務訴訟。就此而言，系爭決議內容難謂於法有違，與憲法訴訟權之保障實亦無涉，不生抵觸憲法問題。

附帶一提的是，若自始即由本國配偶以自己名義（即自為申請人），向該管機關申請其外籍配偶之居留簽證，遭該管機關以其不具申請權而予以退件或不受理，此種情形下，本國配偶既為申請遭拒之當事人，自得主張其據以提出申請之公法上請求權，因該管機關作成拒絕處分而受損害，具備訴

訟權能，得循序提起訴願與課予義務訴訟；至其權利主張有無理由，乃訴訟實體面所應審究者，非訴訟權能問題。相反地，於此種情形，其外籍配偶則欠缺就其本國配偶所受拒絕處分，以自己名義提起課予義務訴訟之訴訟權能。由此亦可窺知，由於系爭決議僅涉及課予義務訴訟之訴訟要件問題，與訴訟標的所涉實體法上居留簽證之申請權具有一身專屬性（即專屬於欲獲得居留簽證之受益人本人所有），未必有直接關係。

## 二、孤立的撤銷訴訟之提起，除訴訟權能外，仍須具備權利保護必要性

本號判決主文指出，系爭決議「……並未排除本國（籍）配偶以其與外籍配偶共同經營婚姻生活之婚姻自由受限制為由，例外依行政訴訟法第4條規定提起撤銷訴訟之可能……」，隱含支持系爭案型中之本國配偶，仍可能因具備提起撤銷訴訟之訴訟權能，而例外得提起孤立的撤銷訴訟之意。

然行政訴訟法第4條第1項所定撤銷訴訟與同法第5條第2項所定課予義務訴訟，其訴訟性質、依據、訴訟要件及判決效力等均不相同，其訴訟合法要件本應分別認定，並無相互作用關係，而系爭決議並無涉（孤立的）撤銷訴訟問題。本號判決主文意旨延伸納入撤銷訴訟，是否妥適，非無商榷餘地。姑不論此，就系爭案型而言，本國配偶是否得提起孤立的撤銷訴訟，其訴訟權能固不妨著眼於憲法婚姻、家庭權之保障而從寬認定，惟是否具備權利保護必要性，恐須細加斟酌。

申言之，所謂孤立的撤銷訴訟，係指依法原告應提起課予義務訴訟，然其僅訴請撤銷系爭拒絕處分，以除去該拒絕

處分效力所生之不利益，而未同時訴請法院判令被告機關應依其申請，重為准其所請之授益處分。由於孤立的撤銷訴訟係代替原應提起之課予義務訴訟，而原告起訴之目的，通常係為滿足其向該管機關所為之申請內容，因此，原告若未提起課予義務訴訟，而僅訴請法院撤銷該拒絕處分，則即便該拒絕處分遭撤銷，亦僅排除其所生不利益，原告向該管機關提出申請所欲滿足之內容，仍無從實現，原告訴訟之目的自亦無法達成。是原告提起此種孤立的撤銷訴訟，即屬欠缺權利保護利益，不具權利保護必要性。相反地，原告得例外合法提起孤立的撤銷訴訟之情形，基本上便是原告藉此即得實現其訴訟目的，達到其權利保護之需求者，甚至更有利於其權利保護需求之滿足，例如須經當事人提出申請始得作成准駁處分，該管機關卻未經當事人申請即對之作成駁回處分，或駁回處分機關欠缺專屬管轄權等情形，此時原告僅提起孤立的撤銷訴訟，訴請撤銷該駁回處分，即得以達成其訴訟目的，自具備權利保護必要性。

於系爭決議所涉案型，本國配偶起訴目的係為獲得其外籍配偶之入國居留簽證，若僅提起孤立的撤銷訴訟，訴請法院撤銷其外籍配偶所受駁回處分，則即便勝訴，法院亦僅得撤銷該駁回處分及訴願決定，本件訴訟目的（有權機關核發入國居留簽證於其外籍配偶）仍無從達成，此種情形下，本國配偶提起孤立的撤銷訴訟，即欠缺權利保護必要，依 112 年 8 月 15 日修正施行之行政訴訟法第 107 條第 3 項第 1 款規定，法院應以判決駁回其訴。於此，實與本號判決主文所提及之「本國（籍）配偶以其與外籍配偶共同經營婚姻生活之婚姻自由受限制」之主張無涉，該等主張充其量僅涉及本國配偶

就其外籍配偶所受駁回處分提起撤銷訴訟，是否具備訴訟要件中之訴訟權能，無助於權利保護要件之成立。

於系爭案型，我國行政法院實務上已見容許本國配偶提起孤立的撤銷訴訟（僅訴請撤銷居留簽證申請駁回處分及訴願決定）之案例，惟法院於訴訟要件之審查上，似均僅著眼於訴訟權能問題，未見審究本國配偶提起孤立的撤銷訴訟有何等權利保護利益，因而具備權利保護必要性。就此而言，相關實務見解似有進一步周全之必要。

### 三、德國相關實務見解與適用案型之區辨

上述行政法院實務之發展，隱然有參考德國實務見解之影子，行政法院相關判決中，亦有明示表明係參考德國實務見解者<sup>1</sup>，惟似未見對德國相關實務見解之法制背景與相關案型脈絡有所分析比較，是否得逕為參考援引，實非無疑。簡要以言，德國容許配偶（或家庭成員）就其配偶（或家庭成員）所受與居留權相關之拒絕處分，例外得提起孤立的撤銷訴訟之案例，並未涵蓋相當於我國系爭案型之情形，且配偶（或家庭成員）提起孤立的撤銷訴訟均須具備訴訟權能與權利保護必要性，條件相當嚴格，絕非一律容許配偶或家庭成員提起孤立的撤銷訴訟。

詳言之，德國居留法(Aufenthaltsgesetz)第 81 條第 1 項明文規定，除法律另有規定外，僅欲獲得居留許可之本人有權提出申請，因此實務上咸認其配偶與家庭成員均無權以自己名義為其提出居留申請，且無論從歐盟家庭團聚指令

---

<sup>1</sup> 如臺北高等行政法院 108 年度訴字第 1904 號判決，援引德國聯邦行政法院 1996 年 8 月 27 日一則判決 (BVerwG, Urteil vom 27.8.1996 – 1 C 8.94)。

(2003/86/EC)、德國基本法第6條有關婚姻與家庭權之保障、歐洲人權公約第8條、兒童權利公約或歐盟基本權憲章，均無法導出配偶或家庭成員享有以自己名義，請求德國政府發給其配偶或家庭成員居留許可之權利。基此，申請居留許可遭駁回者之配偶與家庭成員，亦不得以自己名義提起課予義務訴訟，實務上對此亦幾無爭議<sup>2</sup>。至於實務上認許配偶或家庭成員得以自己名義，就居留許可申請人所受駁回處分，提起孤立的撤銷訴訟<sup>3</sup>之基本前提是，該申請人與其家庭成員已共同居留於德國境內，並已在德國建立家庭同居生活體 (familiäre Lebensgemeinschaft)，因此受到德國基本法第6條之婚姻與家庭權之保障。該管機關駁回申請人(延長)居留之申請後，申請人無法繼續於德國居留，導致其在德國經營之家庭同居生活體瓦解、無法與家庭成員團聚往來，或被迫必須移居國外以延續其家庭同居生活體，其配偶與家庭成員受憲法保障之家庭權即因此遭受侵害。此種情況下，其同樣居留於德國之配偶與家庭成員，始例外享有提起孤立的撤銷訴訟之訴訟權能<sup>4</sup>。德國相關實務案例中，似未見有容許人在德國之配偶，就其未能取得依親簽證進入德國之外國配偶所受拒絕處分，提起孤立的撤銷訴訟之裁判先例。

此外，就訴訟利益而言，由於受駁回處分之居留許可申請人先前已(合法)居留於德國，其延長居留申請遭駁回，喪失合法居留名義後，便可能遭受強制出境處分。如該申請人本人因種種原因已無法提起課予義務訴訟以為救濟(常見原

---

<sup>2</sup> 晚近著名之判例：Verwaltungsgerichtshof Mannheim (Baden-Württemberg), Urteil vom 17.07.2015 – 11 S 164/15.

<sup>3</sup> 於此暫不納入提起撤銷訴訟之情形(如涉及強制出境處分之例)。

<sup>4</sup> 詳可參見上開 VGH Mannheim 判決理由。

因是逾期請求救濟)，此時其配偶與家庭成員以自己名義提起孤立的撤銷訴訟，訴請撤銷申請人所受駁回處分，如獲勝訴判決，不但具有暫時排除強制出境處分之效力，亦因德國居留法定有諸如「容忍居留」(Duldung)之相關規定，申請人於原居留許可期限屆至，新居留許可尚未取得之過渡期間，於符合法定要件下，可合法暫時居留，因此，配偶與家庭成員提起孤立的撤銷訴訟，亦具備訴訟利益，符合權利保護要件。凡此皆與系爭決議所涉之系爭案型（外籍配偶尚未入境）之境境大不相同。