

憲法法庭 111 年憲判字第 20 號判決不同意見書

蔡明誠大法官提出

本號判決認最高行政法院 103 年 8 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議（下稱系爭決議）固未承認本國（籍）配偶得以自己名義提起課予義務訴訟，惟並未排除本國（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。於此範圍內，上開決議尚未牴觸憲法第 22 條保障本國（籍）配偶之婚姻自由與第 16 條保障訴訟權之意旨。本號判決就所涉及基本權與例外依法提起撤銷訴訟之論述，仍有商榷之餘地，且其合憲之結論，亦難以贊同。爰提起不同意見書如下：

一、本件涉及憲法保障婚姻權連結訴訟權之概括性綜合概念問題

從本件之原因案件事實與爭訟過程而言，本件聲請人中華民國籍之甲○○與越南籍乙○○在越南辦理結婚登記，乙○○持越南結婚證書向外交部駐越南代表處申請驗證結婚證書及核發依親居留簽證。聲請人與乙○○不服駁回簽證申請處分，乃分別提起訴願，經行政院認訴願無理由而駁回。聲請人就訴願決定提起課予義務訴訟及請求撤銷訴願決定及原處分，經臺北高等行政法院 104 年度訴字第 1980 號判決駁回，關於機關否准居留簽證部分，以聲請人並非居留簽證之申請人及否准處分之相對人，無為乙○○申請居留簽證之公法上請求權，其權利或利益並未因駁回乙○○居留簽證之申請而受有損害，是其提起課予義務訴訟，請求撤銷該部分訴願決定及原處分，及判命被告應核發乙○○依親居留簽證，屬當事人不適格以判決駁回。聲請人不服提起上訴，經最高行政法院 105

年度裁字第 825 號裁定以上訴不合法為由予以駁回確定。

聲請人認確定終局判決所適用之系爭決議違憲，聲請解釋。本號判決認為，依行政訴訟法第 5 條第 2 項中「依法申請之案件」之規定，為人民依本條規定提起課予義務訴訟之要件。按外國護照簽證條例第 1 條及第 6 條規定，持外國護照者依其申請來我國之目的及條件，申請外交部或駐外館處核發適當之簽證，屬持外國護照者專屬之權利，本國（籍）配偶尚非得依簽證條例所定得申請簽證之人，並無為外籍配偶申請居留簽證之公法上請求權，故依法尚無提起課予義務訴訟之權利。然而有關機關之拒發簽證予其外籍配偶之否准處分，就本國（籍）配偶之上開憲法上權利而言，自己具侵害其權利或法律上利益之不利處分之性質，本國（籍）配偶就此等不利處分，自非不得對之例外依法提起訴願及撤銷訴訟，以保障其訴訟權。

本號判決所涉及之基本權，除憲法第 16 條保障人民訴訟權外，亦論及憲法第 22 條所保障之婚姻自由（司法院釋字第 791 號解釋參照），認本國（籍）與外籍配偶共同經營婚姻生活之婚姻自由受限制時，外籍配偶得依法提起行政救濟，亦應賦予本國（籍）配偶適當之行政救濟途徑，以符合憲法第 16 條保障人民訴訟權之「有權利即有救濟」之意旨。本號判決就相關基本權之論述，固可資贊同，惟其立論，單純從外籍配偶申請居留簽證之個人基本權觀點出發，且認為外籍配偶申請居留簽證之公法上請求權，係屬專屬性之申請權。如此立論，忽視婚姻權連結訴訟權之概括性綜合基本權之概念，亦即應就配偶間所享有共同生活關係之婚姻權而為立論，其具有經濟性與精神性兼具之同財共居之共同生活性

質，屬於生活共同體，而非係單一性之個人權利而已。¹

所謂婚姻權與家庭權之概念，於我國憲法未明文規定，往昔司法院釋字係以憲法第 22 條作為依據。從比較憲法觀察，如德國基本法第 6 條有關婚姻與家庭(Ehe und Familie)規定，家庭之概念，主要著重於父母與子女之概括性共同體(die umfassende Gemeinschaft von Eltern und Kindern)。又婚姻之概念，於傳統觀念上，著重於男女結合之存續生活共同體(Lebengemeinschaft)²，在國家之參與作用下（例如德國民法第 1310 條以下規定於戶政人員面前為結婚意思表示之婚姻登記等），得自由締結而成立婚姻，以平權之夥伴方式，自由形成其共同生活(Zusammenleben)。³又前開德國基本法第 6 條所稱婚姻權，包含結婚與共同生活等法律關係，且其具有特別保護功能，除具有典型防衛權性質，得拒絕國家干預婚姻、家庭與教育之自由外，在憲法文義上其應受國家秩序之特別保護，即客觀保護義務(ein objective Schutzpflicht)。⁴因

¹ 婚姻自由保障範疇包括共同生活之維持，婚姻既以組成家庭共同生活為目的，立法或行政措施應維護夫妻共同生活，避免產生拆散家庭的效果，參照陳淳文、吳庚，憲法理論與政府體制，臺北：三民書局，2021 年 9 月增訂 7 版，頁 340。

² 德國在政治性之考量上，雖於 2017 年 6 月 30 日通過法律，擴張婚姻概念及於經登記之同性夥伴(Ehe für Alle; “為所有人之婚姻”)，但有關現行德國基本法第 6 條所定之婚姻，解釋上仍相當保留，亦即婚姻之憲法概念仍未改變。(參照 Friedhelm Hufen, Staatsrecht II, Grundrechte, 8. Aufl., München: Beck, 2020, §16 Rn.2, 4, 45 及其相關評論。)

³ 參照 von Coelln, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl., München: Beck, 2021, Art. 6 Rn.4, 8, 14; BVerfGE 10, 59(60).

⁴ 從德國憲法院實務與學理上而言，基本法第 6 條第 1 項保護任何之婚姻與家庭，且同時保障受國家影響所剝奪之私生活形成之領域(eine Sphäre privater Lebensgestaltung)，可相互比較者，即人權與基本自由保護公約(EMRK)第 8 條及歐盟基本權憲章(EU-GRCharta)第 7 條

此，婚姻權蘊含其他基本權所無者，包含連結婚姻配偶、家庭與父母之個人自由，及婚姻與家庭之客觀保護，作為共同體之基礎(Grundlage der Gemeinschaft)。如參考多年來德國聯邦憲法法院判決之見解，按其關聯性，使用「價值決定之基礎規範」、「制度保障」及「客觀保護規範」等用語⁵，藉以解釋婚姻與家庭之主觀與客觀基本權性質。

系爭決議認聲請人並無為外籍配偶申請居留簽證之公法上請求權，此以主觀公權利之個人基本權作為立論，而未以婚姻權之共同生活本質結合關係出發，亦即婚姻與家庭之屬性，具有同財共居之團體性。如不賦予本國（籍）配偶一方為外籍配偶他方提起法律救濟機會，實非公允！⁶從現實狀

所定「私人與家庭生活之尊重」(其中包含家庭生活權(Recht auf Familienleben))與前開人權與基本自由保護公約第 12 條所定之訂立婚姻與成立家庭權。(參照 Karpenstein/Mayer, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten(EMRK), 3. Aufl., München: Beck, 2022, Art. 8 Rn. 40ff., 51, Art.12 Rn.1f., 13.)於此其除具有防衛或自由權外，亦涉及特別平等原則。此外，其尚包含具拘束力之價值決定(eine verbindliche Wertentscheidung)與制度保障(Institutsgarantie)。前述價值決定之內涵要求，得以提供與保護作為生活形式之婚姻(die Ehe als Lebensform)，且引導出廣泛之保護義務。參照 Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl., München: Beck, 2022, Art. 6 Rn. 1.。另參照 Michael Kloepfer, Verfassungsrecht, Band II Grundrechte, München: Beck, 2010, §67 Rn.1。其從德國憲法史發展觀察，認基本法第 6 條規定之婚姻與家庭，納入國家秩序之特別保護，係屬相對年輕之新基本權(relativ “junges Grundrecht”)，其係採於此所引述之見解。亦即其除將之作為價值決定外，有關制度保障，乃為確保婚姻與家庭之整體規範基礎之核心，不僅包含民法規定，亦且及於公法之部分(就學、少年保護、社會、稅捐及國籍法等)。

⁵ 參照 Friedhelm Hufen, Staatsrecht II, Grundrechte, 8. Aufl., München: Beck, 2020, §16 Rn.33ff.

⁶ 婚姻與家庭保障之權利特質，係由兩人互動形成，應認為本國配偶為法律上利害關係人，而有提起行政訴訟之當事人資格，參照廖福特，限縮權利主體及範疇/最高行 103 年 8 月份第 1 次庭長決議，台灣法

況而言，處於異地而遠居他方之外籍配偶，自不如本國（籍）配偶提起法律救濟，更加便利且直接有效之途徑。另從比較法觀察，尤其是外國人士入境與居留相關法律之憲法審查上，較不易被宣示違憲，縱使法規範有違憲之疑義，往往以合憲性解釋處理，固非少見。惟從憲法婚姻制度之保障與人道之考量，本號判決如能以更寬廣之思維，使我國籍配偶有為其遠在外國之配偶訴請居留簽證，共同保障其憲法上婚姻權及其自由選擇在同一地方經營生活共同體之機會，如此自更有益於憲法婚姻制度保障及客觀保護義務之實現，使配偶間得同時同地經營與維護其共同生活之關係。

本號判決肯定本國（籍）配偶之訴訟權，且與婚姻自由基本權相連結，原本應藉此基本權連結，強化本國（籍）配偶為其外籍配偶訴請來台依親共同生活之婚姻權。本號判決卻有過度運用行政訴訟法規定之「法釋義學(Dogmatik)」方法之嫌，得出不利於聲請人之合憲結論，因而失去對於本國（籍）與外籍配偶婚姻權之憲法保障制度具體化實踐之機會，不無可惜！況且，聲請人於我國產下子女，如未給予外籍配偶來台依親探視子女之機會，恐不符憲法保障其親子共同生活關係之家庭權與子女教育權之目的，亦且有與憲法保障人民婚姻權與訴訟權意旨牴觸之疑慮，是本號判決仍有商榷之處！

二、課予義務訴訟與撤銷訴訟之救濟類型及功能之差異性

本號判決不否認本國（籍）配偶之權利或法律上利益因拒發簽證否准處分受到侵害，得例外依法提起撤銷訴訟，以保障其訴訟權。於此本號判決不願直接賦予聲請人請求法院

命相關機關為行政處分之訴訟救濟機會，不對於聲請人訴求加以正面回應，卻以相當迂迴方式，認系爭決議並未排除本國（籍）配偶例外提起撤銷訴訟，率爾認為系爭決議無侵害其婚姻自由與訴訟權，如此立論，是否合乎邏輯，不無再推敲之必要！

首要說明者，撤銷訴訟及課予義務訴訟之訴訟類型與功能，不盡相同。撤銷訴訟係屬形成訴訟類型，經法院撤銷違法行政處分，使其效力回到未處分狀態。至於課予義務訴訟屬於給付訴訟類型，其目的係為促使原駁回申請或不作為之機關，應有更積極作為作成行政處分之義務。茲比較撤銷訴訟及課予義務訴訟如下：

	撤銷訴訟	課予義務訴訟
要件	<ol style="list-style-type: none"> 1. 人民須主張行政處分違法，且損害其權利或法律上之利益 2. 須提起訴願未獲救濟 3. 應遵守法定救濟期間 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 人民已向機關提出申請，且因機關怠為行政處分或駁回人民申請 2. 人民應主張其權利或法律上利益受損害，且其向法院請求機關應為者為行政處分 3. 應先經訴願程序 4. 應遵守法定救濟期間
訴訟性質與功能 ⁷	形成之訴； 防衛性(Abwehr)	給付之訴； 對於駁回處分之訴(Versagungsgegenklage)，亦包含請求決定之訴

⁷ 參照 Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Auf., München: Beck, 2019, §13 Rn.5f.,§16 Rn.6.

		(Beschwerdeklage) 與 怠 為 處 分 之 訴 (Untätigkeitsklage)
目的	人民請求法院除去侵益 性之行政處分，以防禦 人民之權利	人民請求法院命機關作 成行政處分或特定內容 之行政處分，以達到權利 救濟之完整性及有效性

撤銷訴訟及課予義務訴訟兩者之訴訟類型與功能，尚存差異。有關撤銷訴訟之效果，僅在於撤銷違法之原處分，若行政機關另為處分之內容，非人民所期待者，人民僅能再次提起撤銷訴訟，陷入不斷地訴訟輪迴，無法獲得實質救濟。若允許提起課予義務訴訟，則人民得請求法院命機關作成特定內容之行政處分，甚且附帶發生撤銷原拒絕之處分等效果，如此產生之行政救濟效果更加，亦即其可達到更加完整且有效解決行政訟爭之功能。再者，本號判決卻以系爭決議縱使未允許本國（籍）配偶提起課予義務訴訟，然並未排除其例外提起撤銷訴訟等救濟機會，無礙於其憲法保障之婚姻自由與訴訟權，如此見解，略嫌保守，實有再商榷之餘地！

況且，課予義務訴訟，於實務上亦可能附含撤銷訴訟之作用，兩者是否應於行政訴訟一併提起，雖尚有不同見解。

⁸惟兩者分屬兩種不同訴訟類型與功能，乃不容混淆！至於例

⁸ 有認為，對駁回處分提起課予義務訴訟，邏輯上當然包括撤銷聲明，即使原告未為該聲明，法院在判決上亦應自動先將該拒絕處分撤銷，始得再為課予義務判決，參照李震山，行政法導論，臺北：三民書局，2022年9月修訂12版1刷，頁571。另有認為，為明確起見，自以一併提起撤銷之訴與課予義務之訴為佳，有疑義時法院尤應將撤銷之訴視為已默示提起，而一併處理，參照翁岳生主編，許宗力、張登科副主編，行政訴訟法逐條釋義，臺北：五南圖書，2018年7月2版1刷，頁75。

外提起撤銷訴訟之情形，容許所謂孤立之撤銷訴訟(“Isolierte” Anfechtungsklage)，亦屬特殊狀況⁹，並不宜認為另有提起撤銷訴訟之可能，即逕認其可取代課予義務訴訟之功能，如此之論述，將無法使人民獲得及時有效救濟之機會！

再從比較法觀察，婚姻權利係屬一種任何人（包含外國人）基本權(ein Jedermann-Grundrecht)。至德國實務上通常並未給予外國人享有進入德國而於家庭共同生活之請求權，外國人雖無此請求權，但是否賦予其前述基本權之保護，在個案上，仍須就各種因素綜合決定之。設若假結婚，固不受前開德國基本法第 6 條在德國之居留法保護。¹⁰惟是否准予入境依親簽證之訴訟提起與在實體上因假結婚而不准依親，分屬兩種不同階段。換言之，分別為涉及當事人能力或適格等要件，是否准予提起課予義務訴訟，而請求相關機關有作為義務（例如確認文件與簽證准許等）之程序合法性(Zulässigkeit)之問題，及其是否因假結婚等因素而被認為該訴訟在實體上有無理由(Begründetheit)之問題。如因國家公權力之介入等行政因素，阻絕配偶間共同生活之目的達成，實

⁹ 於例外情形(In Ausnahmefällen)，始得提起以廢棄拒絕決定為目的之孤立撤銷訴訟，取代固有法定之課予義務訴訟。參照 Riese, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht Werkstand: 42. EL Februar 2022-beck-online, VwGO § 113 Rn.198. 孤立撤銷訴訟原則上予以受理，因為人民不服之拒絕決定，具有行政處分性質。有認為，課予義務訴訟並非涉及與(孤立)撤銷訴訟相關之特別訴訟類型，因為兩者之訴訟目的與審查標準，並不相同。(有認此係較妥當見解，參照 so zutreffend Eyermann/Happ Rn. 21; NK-VwGO/Sodan Rn. 339; 但亦有採不同見解者， aA Schoch/Schneider/Pietzcker Rn. 110; Kopp/Schenke Rn. 30; Redeker/v. Oertzen/v. Nicolai Rn. 3)，參照 Schmidt-Kötters, in: Posser/Wolff(Hrsg.), BeckOK VwGO, , 63. Edition Stand: 01.10.2019-beck-online, § 42 Rn.45.

¹⁰ 參照 von Coelln, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl., München: Beck, 2021, Art. 6 Rn.23.

有忽視配偶一方為他方提起法律救濟之婚姻權連結訴訟權
雙重保障之憲法意旨。

綜上，本號判決認系爭決議合憲，窄化憲法保障婚姻權
之概括性功能，忽視聲請人之聲請目的，係在於課予義務訴
訟之准否，其卻回應得例外提起撤銷訴訟以救濟，無侵害本
國（籍）配偶之婚姻自由與訴訟權，凡此論點，皆值得再推
敲。

三、結語

總之，本號判決認系爭決議尚未侵害憲法保障本國（籍）
配偶之婚姻自由與訴訟權，其未從憲法保障婚姻權之配偶共
同生活綜合觀點出發，恐忽視憲法所保障者，除人民主觀公
權利之婚姻自由外，亦意含婚姻制度保障與客觀法秩序之憲
法價值。且就本件原因案件觀之，法院駁回簽證申請，本國
（籍）配偶除提起撤銷訴訟外，仍有可能涉及其他不同功能
之行政訴訟類型，亦即前述給付訴訟性質之課予義務訴訟等
其他行政爭訟類型。因此，聲請人就系爭決議聲請釋憲之目
的，既在於法院就課予義務訴訟之拒絕，實不宜僅因其另有
其他訴訟類型得以主張，即認系爭決議未構成憲法保障前開
權利之侵害。因此，本號判決之推論方式，既有不合邏輯之
疑慮，亦有違憲法保障人民之婚姻權與訴訟權之目的與意
旨！

附錄：行政訴訟結構 (Aufbau einer verwaltungsrechtlichen Klage)(以課予義務訴訟為例)¹¹

1. 法律救濟途徑與法院管轄權 (Gerichtsbarkeit)(與撤銷訴訟等其他行政訴訟類似)

2. 訴訟程序合法性 (Zulässigkeit der Klage)

2.1 聲請行政救濟之當事人或關係人之要件

2.2 受理可能性

2.3 授益行政處分作為訴訟目標 (Klageziel)

2.3.1 對拒絕之行政處分 (反拒絕之訴)

2.3.2 不作為之行政處分 (怠為處分之訴)

2.4 訴權 (Klagebefugnis)

2.5 異議程序 (Widerspruchsverfahren)

2.6 訴訟期限

2.7 一般權利保護必要性 (allgemeines Rechtsschutzbedürfnis)

2.8 其他程序合法性要件 (例如對於怠為處分之訴在法定相當期間內無正當理由未遵期作出決定者)

3. 實體要件 (即有無理由審理)

3.1 消極要件 (如被告之不適格) (Passivlegitimation)

3.2 行政處分之拒絕或不作為之違法性

3.3 原處分機關之管轄

3.4 程序與形式

3.5 請求權基礎

3.6 因拒絕或怠為處分之權利侵害

3.7 作成裁判之成熟度 (Spruchreife; 即已可作裁判之時機)

¹¹ 參照 Friedhelm Hufen, a.a.O., §15 Rn.1ff,31,§26 Rn.1ff, 26.