

# 憲法法庭 111 年憲判字第 20 號判決不同意見書

謝銘洋大法官提出

本件聲請案是因為聲請人就領事事務事件，認臺北高等行政法院 104 年度訴字第 1980 號確定終局判決，所適用的最高行政法院 103 年 8 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議<sup>1</sup>（下稱系爭決議），有牴觸憲法疑義，聲請解釋。本件經憲法法庭審理後，認為系爭決議關於「外籍配偶申請居留簽證經主管機關駁回，本國配偶……提起課予義務訴訟，行政法院應駁回其訴」，尚未侵害憲法保障本國（籍）配偶之婚姻自由與訴訟權。對於本件判決的大法官多數意見，本席並無法贊同，爰提出不同意見。

## 一、課予義務訴訟的規定與限制

本件涉及本國（籍）配偶得否為其外籍配偶提起課予義務訴訟的問題。課予義務訴訟是我國於 2000 年 7 月 1 日施行的新修正行政訴訟法，有鑑於原有的行政訴訟種類只有「撤銷訴訟」，對於人民合法權益的維護不夠周全，因而在原有的撤銷訴訟外，新增確認訴訟與給付訴訟。本件聲請所涉的「課予義務訴訟」，一般認為是屬於特殊型態的給付訴訟，其目的在於請求行政機關為特定之作為。課予義務訴訟，又可因為係人民就其依法申請之案件，行政機關應作為而不作為，或是行政機關將其申請駁回，而分

---

<sup>1</sup> 系爭決議所涉及的法律問題與決議的完整內容如附件。

為兩種類型，分別規定於行政訴訟法第 5 條第 1 項，因行政機關怠為處分（消極之應作為而不作為）之課予義務訴訟，與第 2 項，因行政機關（積極）拒絕人民所請之拒絕處分。本件聲請案所涉即為後者，條文規範如下：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟」。

課予義務訴訟向來的爭議，主要在於人民是否限於「依法申請之案件」，始得提起課予義務訴訟，而以人民對於其依法所申請的事務內容，從該法律規範之意旨中有無賦予申請人得據以請求的「公法上請求權」存在為要件。本件系爭決議認為依外國護照簽證條例第 11 條及第 12 條，以及同條例施行細則第 6 條的規定，得以外國護照申請居留簽證者，限於持外國護照之外國國民，是該外國國民之本國（籍）配偶，因並非居留簽證所核發的對象，而認為其並無為其外國配偶申請居留簽證的公法上請求權，不可能因主管機關駁回本國（籍）配偶的申請而有權利或法律上利益受損害，因而否定本國配偶得為其外籍配偶提起課予義務訴訟原告的訴訟權能。本件判決基本上也是延續前揭爭議，認為「……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」（見理由書第 13 段）。

此一限制是否適當，非無疑義，因我國課予義務訴訟

主要是參考德國行政法院法第 42 條第 1 項：「人民得起訴請求撤銷行政處分（撤銷訴訟），亦得起訴請求判令做成被拒絕或怠為之行政處分（課予義務訴訟）」的規定而為制定，我國卻加上「依法申請之案件」的限制，以致於實務適用上產生相當大的爭議，也深受學界批評。系爭決議則進一步將其具體化為以其是否有公法上請求權為判斷的依據。系爭決議之見解或許受限於法律規定的解釋適用而不得不然，惟憲法法庭應立於憲法的高度，檢視該項法律的限制規定是否符合憲法保障人民權益的意旨。

## **二、課予義務訴訟，重點應在於人民權益因行政機關未依法為特定內容的行政處分而受損害，而非人民是否依法申請或是否有公法上之請求權**

本判決否定本國（籍）配偶得提起課予義務訴訟的依據，主要是基於外國護照簽證條例的規定，認為本國（籍）配偶並無為外籍配偶申請居留簽證之公法上請求權，因而並非屬「依法申請之案件」。

課予義務訴訟，其實重要的是人民的權利或法律上利益，因為行政機關依法有為特定內容的行政處分的義務而拒絕為之或怠於作為而受有損害，而訴請行政機關為特定內容的行政處分。至於人民提出的申請是否「依法」為之，或者是否有公法上請求權，此乃判斷請求是否合於程序要件（例如是否於法定期間內提出），或是其請求實體上是否有理由的問題，而不應該是訴訟主體資格的問題，或是得否提出課予義務訴訟的前提要件。更何況，人民縱使依其所申請事項所依據之法規範無法從解釋上得出其具

有公法上請求權，其於其他憲法上所保障之基本權利或法律上利益仍可能因行政機關未為授益之行政處分而受有損害，本件之情形即為如此（詳下述）。此一限制，使人民於其憲法上所保障之基本權利或法律上利益受到損害時，依系爭決議及本判決之意旨，僅能迂迴地透過撤銷訴訟除去對第三人不利處分之效力，然而實際上無論是申請人或有利害關係之第三人均無法僅藉由撤銷訴訟獲得有效的救濟，顯然有違憲法保障人民權利之旨。

### **三、本判決肯認拒發簽證予外籍配偶之否准處分，侵害本國配偶受憲法保障的婚姻自由權利，但卻只容許提起撤銷訴訟，對婚姻自由及訴訟權的保障不足**

本件判決肯定憲法所保障之婚姻自由，包括與配偶共同形成與經營其婚姻關係之權利，並認為「就此等婚姻自由之限制，外籍配偶固得依法提起行政救濟，本國（籍）配偶亦應有適當之行政救濟途徑，始符合憲法第 16 條保障人民訴訟權，有權利即有救濟之意旨」（見理由書第 11 段），而且於判決理由中進一步肯認「……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」（見理由書第 13 段）。

就此而言，本件判決業已推翻系爭決議「外籍配偶申請居留簽證經主管機關駁回，本國配偶主張此事實，不可能因主管機關否准而有權利或法律上利益受損害之情形」之見解，而明白肯認本國（籍）配偶受憲法保障的婚姻自由權利，將因其外籍配偶申請簽證被拒而受到侵害。此為

本判決重要意義之所在，亦即肯認本國（籍）配偶縱使依法無公法上請求權，其「權利或法律上利益」仍可能因行政機關否准其外籍配偶之簽證而受有損害。而此處之「權利或法律上利益」則為本國（籍）配偶自身基於憲法所保障之婚姻自由，所衍生與配偶共同形成與經營其婚姻關係之權利。且本於對其訴訟權之保障，自應許有請求救濟之機會，並應該是足以使其所受之侵害得以回復之有效救濟途徑。

惟撤銷訴訟只是消極地撤銷行政機關之違法行政處分，就本案而言，只是撤銷外籍配偶申請簽證被駁回或不受理的行政處分，並無法積極地使聲請人受憲法保障之婚姻自由獲得有效之救濟，其外籍配偶仍應重新提出申請。可以想見的情況是，行政機關仍可能基於不同、甚至相同理由，仍然再為否准的行政處分，此時有利害關係之本國（籍）配偶僅能再次提起第三人撤銷訴訟請求撤銷原處分，依此不斷循環，對於合於申請要件之外籍配偶與本國（籍）配偶而言，其憲法上所保障之基本權利仍無從獲得實現。

從保障人民憲法上的權利角度觀之，既然肯認系爭決議所涉之規定限制婚姻自由，侵害本國（籍）配偶自身受憲法保障之權利，本國（籍）配偶應有適當而有效之行政救濟途徑。然而本判決卻只肯定本國（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 條提起撤銷訴訟之可能」（見理由書第 13 段），亦即僅於例外情形始得提起無法達成目的之「孤立」的撤銷訴訟，僅止於撤銷被駁回的簽證申請，而

未能進一步肯定人民於權利受侵害時，亦得提起課予義務訴訟。本件判決甚至以本國（籍）配偶仍有提起撤銷訴訟之可能為由，而認為未承認其得提起課予義務訴訟，並未侵害憲法保障本國（籍）配偶之婚姻自由與訴訟權，其結果將使本國（籍）配偶無法獲得積極有效之救濟，顯然不符合有權利即有救濟之旨。反之，如果容許本國（籍）配偶可以提起課予義務訴訟，將使其於法院確認行政機關之拒絕行政處分係屬違法之情形下，直接獲得有效之救濟，而達到可以共同經營婚姻生活之目的。

#### **四、本國（籍）配偶亦屬利害關係人，卻僅得提起撤銷訴訟，而不得提起課予義務訴訟？**

再者，行政訴訟法第4條第3項對於撤銷訴訟，容許訴願人以外之利害關係人，認為訴願決定損害其權利或法律上之利益者，得向行政法院提起撤銷訴訟。解釋上，只要是認為訴願決定損害其權利或法律上之利益，縱使不是訴願人，而是利害關係人，亦得提起撤銷訴訟，完全以其權利或法律上之利益是否受損害為判斷之標準，此由本件判決容許本國（籍）配偶於婚姻自由受限制者，得提起撤銷訴訟亦可知。然而系爭決議所依據的行政訴訟法第5條第2項，卻只限於原訴願人得提起課予義務訴訟，而未規定利害關係人亦得提起，縱使利害關係人之權利或法律上之利益受到損害亦不得提起，此是否對利害關係人之權利保障（尤其是憲法上的權利保障）有所不足，實有疑義。特別是本件為申請人與其外籍配偶為夫妻關係，對於其外籍配偶能否取得簽證一事，彼此間利害關係實為相同，其所受

損害之權利或法律上利益亦屬相同。

或許有人質疑課予義務訴訟係要求行政機關向申請人為特定行政處分，而利害關係人並非申請人，並無法要求行政機關向利害關係人為行政處分。實則利害關係人所提起的課予義務訴訟，並非要求行政機關向利害關係人為行政處分，而仍然是向申請人為行政處分，亦即利害關係人以自己名義「請求行政機關對第三人（申請人）作成特定行政處分」。

## 五、本件判決似有訴外裁判

此外，本件判決似有訴外裁判的問題。本件聲請的標的是系爭決議，其內容並未涉及撤銷訴訟，而是完全針對「課予義務訴訟」所為的決議，然而本件判決內容卻及於撤銷訴訟，甚至限制其僅於「例外」情形始得提起：「……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」（見理由書第13段）；惟依行政訴訟法第4條第3項之規定，本國（籍）配偶解釋上應屬於該條項所稱之「訴願人以外之利害關係人」，原本就可以提起撤銷訴訟，而本件判決卻認為其僅於「例外」情形始得提出撤銷訴訟，而究竟何為本判決所稱「例外」之情況並不明確，反而限縮撤銷訴訟之適用範圍。

## 六、結語

本判決雖然肯認本國（籍）配偶受憲法保障的婚姻自由權利，將因其外籍配偶申請簽證被拒而受到侵害，然而

對於其權利受侵害之救濟，卻保守地認為本國（籍）配偶僅得以撤銷訴訟保障其權利，而不需要賦予其提起課予義務訴訟的資格。實則只有撤銷原來否准簽證的處分，並無法積極地使本國（籍）配偶可以達到與其外籍配偶共同經營婚姻生活之目的，亦即對於本國（籍）配偶在憲法上所保障之婚姻自由權利保護不足。況且在其受憲法保障的婚姻自由權受侵害之情形下，既然容許其可以利害關係人之名義提起撤銷訴訟，從有權利就有救濟之觀點，卻不容許其以利害關係人之名義提起課予義務訴訟，實有不足。

況且從憲法對於人民訴訟權保障之觀點，容許本國（籍）配偶以自己或以利害關係人之名義提起課予義務訴訟之實益在於，就本件外國籍配偶申請人身在國外之情形而言，其可能因為聯繫、郵件、認證等諸多困難因素，而無法親自甚至無法委託其本國（籍）配偶以代理人名義提起課予義務訴訟，此時容許其本國（籍）配偶得以自己或以利害關係人名義提起課予義務訴訟即有其必要性與實益，也才能真正達到權利救濟之憲法訴訟權保障之目的。

綜上所述，本件判決只是從行政訴訟法的解釋適用角度出發，而認為系爭決議合憲，未能從憲法高度，以保障人民婚姻自由權利以及訴訟權為出發點來審查系爭決議，本席並無法贊同。

## 附件

最高行政法院 103 年 8 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議

法律問題：

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，向我國駐外使領館、代表處、辦事處、其他外交部授權機構（下稱駐外館處）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？

決 議：

行政訴訟法第 5 條第 2 項：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」人民根據此項規定提起課予義務訴訟，係以依其所主張之事實，法令上有賦予請求主管機關作成行政處分或特定內容行政處分之公法上請求權，經向主管機關申請遭駁回為其要件。如果對於人民依法申請遭駁回之事件，法令上並未賦予第三人有為其申請之公法上請求權，第三人即不可能因主管機關之駁回該項申請而有權利或法律上利益受損害之情形。外國護照簽證條例第 11 條：「居留簽證適用於持外國護照，而擬在我國境內作長期居留之人士。」第 12 條：「外交部及駐外館處受理簽證申請時，應衡酌國家利益、申請人個別情形及其國家與我國關係決定准駁；……」同條例施行細則第 6 條：「外交部及駐外館處應審酌申請人身分、申請目的、所持外國護照之種類、效期等條件，核發適當種類之簽證。」據此等規定可知，得以外國護照申請居留簽證者，限於持外國護照之外國國民，該外國國民之本國配偶，並無為其申請居留簽證之公法上請求權。又公民與政治權利國際公約(下稱公政公約)及經濟社會文化權利國際公約(下稱經社文公約)所揭示保障人權之規定，固具有國內法律之效力，然其得否直接發生人民對國家機關請求作成一定

行為之請求權，仍應視此兩公約之各別規定，對如何之請求權內容及要件有無明確之規定而定。有明確規定者，例如公政公約第 24 條第 3 項兒童之出生登記及取得名字規定，及經社文公約第 13 條第 2 項第 1 款義務免費之初等教育規定，始得作為人民之請求權依據。至公政公約第 23 條第 1 項：「家庭為社會之自然基本團體單位，應受社會及國家之保護。」經社文公約第 10 條第 1 款前段：「家庭為社會之自然基本團體單位，應儘力廣予保護與協助，其成立及當其負責養護教育受扶養之兒童時，尤應予以保護與協助。」就如何之請求權內容及要件，並未明確規定，不得據以認為本國配偶有為其外籍配偶申請居留簽證之公法上請求權。因此，外籍配偶申請居留簽證經主管機關駁回，本國配偶主張此事實，不可能因主管機關否准而有權利或法律上利益受損害之情形，其提起課予義務訴訟，行政法院應駁回其訴。