

109 年度憲二字第 532 號張氏碧聲請解釋案不受理決議  
不同意見書

黃瑞明大法官 提出  
許宗力大法官 加入  
謝銘洋大法官 加入

本件聲請案多數意見決議不受理，本席不同意，認本案具有受理審查之價值，理由如下：

一、本聲請案原因事實大要

聲請人為越南籍，自民國 91 年起來臺從事家庭看護工作，因努力學習中文，已通過高級華語文檢定測驗。於 103 年間為某科技公司之越籍工程師協助翻譯，經勞動部認為違反就業服務法第 73 條第 1 款規定「為申請許可以外之雇主工作。」（下稱系爭規定一）而依同法第 74 條（下稱系爭規定二）之規定裁處令其出國。聲請人主張：1、系爭規定一之效果為羈束處分，如符合該款事由即廢止聘僱許可，並依系爭規定二令其出國，毫未審酌個案違法情節之輕重，不問外國人該當各款事由之背景緣由為何，一律處以最嚴厲之驅逐出境手段，未予外國人改正之機會，顯然違背憲法第 23 條比例原則之最小侵害原則。2、系爭規定一以是否具有本國籍為區分標準，不問外國人工作之動機及背景緣由，亦未考量係有償、無償，或為一次性、偶發性，一概禁止從事許可範圍以外之工作，有涵蓋過廣之情形，又其違反效果為驅逐出境，所採取手段甚為嚴重，此種差別待遇並不合理，違反憲法第 7 條對平等權之保障。3、系爭規定一所規定「工作」之內容為何，於行政院勞工委員會及司法實務上，迭有爭議，見解

前後不一，對於本款規定之受規範者（即外國人）而言，甚難預見處罰之範圍態樣為何，顯然違反法律明確性原則等語。

**二、本席主張應受理之理由：對外國人在臺灣從事一定之活動，依就業服務法可能有「令其出國」與「無須申請許可」之截然不同之法律效果，二者之間應有緩衝機制，以處罰較不嚴重之違法工作行為，並令其有改善機會。**

本案聲請人受處罰令其出國之依據為系爭規定一「為申請許可以外之雇主工作」，聲請人主張該規定有違反比例原則、涵蓋過廣、違反平等權及違反法明確性等違憲事由，本席認為具有討論價值，析論如下：

（一）為了區隔外國人在臺活動是否屬就業服務法第 43 條所稱之「工作」，而何者不屬之，勞動部於 107 年 11 月 27 日勞動發管字第 1070507378 號函（下稱 107 年函）之附表列舉 5 種類別，認其不在就業服務法第 43 條規定之「工作」範疇<sup>1</sup>，無需申請許可，該 5 種類型之規定略為：1、商務行為，例如業務視察、商務談判等。2、課程實習或研修行為，例如因課程學習關係而擔任研究助理或教學助理。3、輔助性服務行為，指外國人自發性地奉獻社會及非以獲取報酬為目的，從事無相當對價報酬之志願服務。4、一般聯誼行為，指已持有勞動部核發工作許可者，於工作之餘，因個人興趣於公開場所提供短期表演或無償表演者。5、其他非為境內任何人提供勞務為目的，且無妨礙本國人就業機會之行為。

---

<sup>1</sup>就業服務法第 43 條規定：「除本法另有規定外，外國人未經雇主申請許可，不得在中華民國境內工作。」

勞動部 107 年函列出 5 種類別，同時以「行為列舉之態樣」欄就各類別舉例說明，並以「判斷要件」欄說明各類別之判斷要件，由上可知就業服務法所稱之「工作」，並無截然可分之標準可供遵循，必然具有相當大之模糊空間，且留有判斷之空間。因此在本案聲請人之行為是否構成違法之行為時，勞動部及法院均以勞動部 107 年函所列舉之 5 種類別，作為審查依據。本席認為勞動部 107 年函所列之 5 種類別僅為認定是否違法工作之參考，對其為過度僵硬之認事用法，而忽略個人於社會活動之多樣性，恐生不合理之結果。例如勞動部 107 年函稱不屬就業服務法規範之「工作」之活動包括「於工作之餘，因個人興趣於公開場所提供短期表演」與本件聲請人所主張其翻譯工作是工作之餘，用個人語文專長（或興趣）為來自故鄉之工程師提供短期翻譯服務，二者活動之本質與態樣並無根本差別，而前者則不屬「工作」範圍，無須申請許可，而後者則須立即「令其出國」，其法律效果差別鉅大，難認合理。

（二）就業服務法第 73 條第 6 款規定「違反其他中華民國法令，情節重大」與系爭規定一「為申請許可以外之雇主工作」規範意旨相同，且違反者均依系爭規定二應立即令其出國，但前者設有「情節重大」之判斷餘地。例如在臺工作之外國人，偶爾開車超速或違規左轉而被開罰單，仍屬違反中華民國法令之行為，但是否須令其立即出國，則主管機關與法院依第 6 款之規定有判斷是否屬「情節重大」之空間而不至於過苛。至於當事人為許可以外之雇主「工作」，依系爭規定一，則無論其工作之情狀、次數、主觀意圖、收受報酬之多寡，一律認應依系爭規定二令其出國，而無任何裁量空間，

規範體系不一致，且適用上即易生過苛之效果。

(三) 綜上，就業服務法所稱「工作」之範圍既難定義，如有違法而「工作」者，又無法依其違法情節之輕重而作區隔，一律令其出國，即易生過苛之效果。因此本席認為就業服務法應在「令其出國」與「無須申請許可」中，就違法工作而情節較輕者，設中間緩衝之機制，或先處罰鍰，或違規記點，以促其注意改善，而非一律令其立即出國。系爭規定一、二對此未規範而有所缺陷，適用上可能過苛，故有違憲之疑慮。

### **三、應受理之理由：在臺外國人之基本權仍應受保障**

基本人權為普世價值，憲法對於在中華民國境內之所有人之基本人權，如生命權、人身自由權、信仰自由，不分國籍應平等保障，應無疑義。至於一般具有本國國民身分始能享受之權利，如工作權、居住權、訴訟權等，憲法對其保障之程度，在本國人與外國人間之保障或有所差別。本件聲請人於受驅逐出境處分前已在臺工作 16 年（自 91 年來臺，至 107 年勞動部作成撤銷聘僱許可處分，並命於文到後 14 日內出國），人生精華之工作歲月已有一半以上奉獻在臺灣，其人生和工作與臺灣有強烈之連結。聲請人在臺灣之工作權、居住遷徙自由等基本權仍應受我國憲法之保障，主管機關若輕率地強制其出境，無異是對其基本權之侵害，故相關規定是否合於憲法原則，應有受理聲請並依嚴格標準加以審查之必要。