

裁判字號：最高行政法院 107 年裁字第 1767 號裁定

裁判日期：民國 107 年 11 月 19 日

裁判案由：聲請停止執行等

最 高 行 政 法 院 裁 定

107年度裁字第1767號

抗 告 人 中央選舉委員會

代 表 人 陳英鈞

訴訟代理人 賴中強 律師

伍徹興 律師

上列抗告人因與相對人曾獻瑩間聲請停止執行等事件，對於中華民國107年11月7日臺北高等行政法院107年度停字第88號裁定，提起抗告，並聲請於抗告確定前停止原裁定之執行，本院裁定如下：

主 文

抗告及聲請均駁回。

抗告及聲請訴訟費用均由抗告人負擔。

理 由

- 一、按抗告法院認抗告為不合法或無理由者，應為駁回抗告之裁定。
- 二、相對人為民國107年11月24日公民投票案第12案（下稱系爭公投票）提案人之領銜人，系爭公投票主文為「你是否同意以民法婚姻規定以外之其他形式來保障同性別二人經營永久共同生活的權益？」抗告人於107年10月24日以中選務字第1073150405號公告（下稱107年10月24日公告）已登載系爭公投票投票日期（即107年11月24日）、投票起止時間、編號、主文、理由書、公民投票權行使範圍及方式，暨行政院提出之意見書。嗣行政院以107年10月29日院臺法字第1070212830號函（下稱行政院107年10月29日函）提出修正意見書，抗告人乃於107年11月2日以中選務字第1073150452號公告（下稱系爭公告）重行公告行政院修正後意見書。相對人不服，向臺北高等行政法院（下稱原審）提起行政訴訟（107年度訴字第1429號公民投票法事件，下稱本案訴訟），並聲請停止執行系爭公告，且抗告人不得將系爭公告登載於107年11月24日公民投票公報（原裁定誤載為「公民投票選舉公報」），經原審裁定准許停止執行，抗告人不服，乃提起本件抗告。
- 三、抗告意旨略謂：(一)原審於作成原裁定前，並未通知抗告人陳述意見，顯有違行政訴訟法第116條第4項規定。(二)系爭公告並未變動、修改或取代107年10月24日公告內容，且僅係就行政院意見書之內容作補充，對於相對人或利害關係人並不

生任何權利義務或法律效果之變動，非屬行政處分，自非行政訴訟法第116條得聲請停止執行之標的。(三)行政機關意見僅供投票人參考，系爭公告之內容並未變更107年10月24日公告之效力內容，且抗告人於107年11月2日公告行政院修正意見後，隨即舉辦公提案全國電視意見發表會，相關提案人若對政府機關的意見不表贊同，均可適當說明，故系爭公告實質上對於相對人之權利不生影響，相對人聲請停止執行不符行政訴訟法第116條第2項規定「將發生難以回復損害及急迫情事」之要件。(四)抗告人於107年11月9日收受原裁定之送達時，各地選舉委員會多已印製完成公民投票公報，並送達至各鄉鎮市區公所，部分縣市並已送至各家戶，現實上已無可能逐戶重新收回公民投票公報，重新編印並於投票二日前送達公民投票公報，如依原裁定執行，將造成系爭公投案須停止舉行，或在無有效公民投票公報下舉行，對於公益顯有重大不利之影響，原裁定違反行政訴訟法第116條第2項但書規定。(五)相對人未經合法提起訴願，即逕行提起撤銷訴訟，本案訴訟即不合法，原裁定停止執行亦非適法等語。

四、本院按：

- (一)按行政訴訟法第116條第1、2項規定：「(第1項)原處分或決定之執行，除法律另有規定外，不因提起行政訴訟而停止。(第2項)行政訴訟繫屬中，行政法院認為原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，得依職權或依聲請裁定停止執行。但於公益有重大影響，或原告之訴在法律上顯無理由者，不得為之。」依前揭規定可知，聲請人於行政訴訟繫屬中，向行政法院聲請停止執行，須原處分或決定之執行將發生難於回復之損害，且有急迫情事，行政法院始得裁定准許之。而所謂「難於回復之損害」係指其損害不能回復原狀，或不能以金錢賠償，或在一般社會通念上，如為執行可認達到回復困難之程度而言。至所謂「急迫情事」，則指原處分或決定已開始執行或隨時有開始執行之虞，其執行將發生難於回復之損害且情況緊急，非即時由行政法院予以處理，則難以救濟。
- (二)公民投票法(下稱公投法)第1條第1項規定：「依據憲法主權在民之原則，為確保國民直接民權之行使，特制定本法。本法未規定者，適用其他法律之規定。」第10條第7項規定：「提案合於本法規定者，主管機關應依該提案性質分別函請相關立法機關及行政機關於收受該函文後30日內提出意見書；逾期未提出者，視為放棄。意見書以2千字為限，超過字數者，其超過部分，不予公告及刊登公報。」第17條第1項規定：「主管機關應於公民投票日28日前，就下列事項公告之：一、公民投票案投票日期、投票起、止時間。二、公民投票案之編號、主文、理由書。三、政府機關針對公民投票案提出之意見書。四、公民投票權行使範圍及方式。」第18條規定：「主管機關應彙集前條公告事項及其他投票有關

規定，編印公民投票公報，於投票日2日前送達公民投票案投票區內各戶，並分別張貼適當地點，及公開於網際網路。」第30條第1項第2款規定：「公民投票案經通過者，各該選舉委員會應於投票完畢7日內公告公民投票結果，並依下列方式處理：……二、有關法律、自治條例立法原則之創制案，行政院、直轄市、縣（市）政府應於3個月內研擬相關之法律、自治條例提案，並送立法院、直轄市議會、縣（市）議會審議。立法院、直轄市議會、縣（市）議會應於下一會期休會前完成審議程序。……」又憲法第17條規定：「人民有選舉、罷免、創制及複決之權。」第136條規定：「創制複決兩權之行使，以法律定之。」足見憲法明定人民得經由創制、複決權之行使，參與國家意志之形成。為保障人民之創制、複決權，使公民投票順利正當進行，立法機關應就公民投票有關之實體與程序規範，予以詳細規定，尤應以法律明確規定有關公民投票提案之實質要件與程序進行，並設置公正、客觀之組織，處理提案之審核，以獲得人民之信賴，而提高參與公民投票之意願（司法院釋字第645號解釋理由書參照）。由上可知，公投法係依據憲法主權在民之原則，確保國民直接民權之行使而制定，俾以實踐憲法保障人民創制、複決基本權之行使，藉由公投法之規定，使人民得依循該法規定之程序，參與公民投票事項之決定，俾協助人民正當行使上開公民投票事項之創制、複決權。

(三)行政程序法第92條第1項、第2項前段規定：「（第1項）本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。（第2項）前項決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，為一般處分，適用本法有關行政處分之規定。」查系爭公投案主文為「你是否同意以民法婚姻規定以外之其他形式來保障同性別二人經營永久共同生活的權益？」為法律立法原則之創制案，因上開提案合於公投法規定，抗告人乃依公投法第10條第7項規定函請行政院提出意見書，嗣行政院提出意見書後，抗告人乃依公投法第17第1項規定，以107年10月24日公告登載系爭公投案之投票日期、投票起止時間、編號、主文、理由書、行政院提出之意見書暨公民投票權行使範圍及方式，而就上開公告之事項對外直接發生法律效果，且系爭公投案如經通過，依公投法第30條第1項第2款規定，即發生行政院應於3個月內研擬相關之法律提案，送立法院審議，立法院應於下一會期休會前完成審議程序之規制性。至107年10月24日公告之相對人雖非特定，然依一般性特徵仍可得確定其範圍，依行政程序法第92條第2項前段規定，應為一般處分。嗣行政院以107年10月29日函提出修正意見書，抗告人以系爭公告就上開修正意見書予以重行公告，其目的即在取代107年10月24日公告有關行政院針對系爭公投案之意見書，並變更107年10月24日

公告之內容，系爭公告自亦為一般處分，而得為行政訴訟法第116條得聲請停止執行之標的。

(四)另查，相較於107年10月24日公告之行政院意見書，系爭公告之行政院修正意見書係增加「一、憲法保障同性間得以結婚之權利，已經司法院釋字第748號解釋確認，不會因本次公投結果而有所變更。二、惟司法院釋字第748號解釋亦責成相關機關應於2年內完成相關法律修正或制定，其僅須使同性之間能與異性之間享有平等之結婚權利，並未限定須修正民法或以其他法律另定之。三、基於以上，本案若獲通過，政府將尊重依法所進行之公投結果，並依司法院釋字第748號解釋之意旨，進行同性婚姻相關法規修正工作並送立法院議決。」等內容，如依抗告人所述，上開增加內容僅係107年10月24日公告行政院意見書之補充，而未實質變更其內容，亦不會對系爭公投案之進行產生影響，則107年10月24日公告既已依法定程序正確表達政府機關之意見，行政院自無另以107年10月29日函提出修正意見書，抗告人亦無重行公告致引起本案爭議之必要性，是抗告人之主張，即非可採。

(五)又依公投法第17條第1項第3款規定，政府機關針對公民投票案提出之意見書應於公民投票日28日前公告，且依同法第18條規定，抗告人應彙集第17條第1項公告事項編印公民投票公報，送達公投案投票區內各戶，並分別張貼適當地點，及公開於網際網路。上開公民投票程序規範之目的在於公民投票舉行前之相當期間，使系爭公投案之不同意見得以公平客觀傳達予人民，以增進人民對系爭公投案之瞭解，進而提高參與公民投票之意願，使公民投票順利正當進行。承上述，行政院已於107年10月24日前提出意見書，並經抗告人於107年10月24日公告，嗣行政院以107年10月29日函提出修正意見書，抗告人於107年11月2日以系爭公告予以重行公告，距系爭公投案之公民投票日（即107年11月24日），並未滿28日，是系爭公告形式上已違反公投法第17條第1項之規定，相對人之本案訴訟於法律上非顯無理由。系爭公投案之公民投票日為107年11月24日，抗告人如執行系爭公告，進而依公投法第18條規定登載系爭公告於公民投票公報，恐影響公民投票之意願，而使人民對系爭公投案所欲創制立法原則之多數意見無法公平客觀呈現，對人民所生損害顯不能回復原狀，亦無法以金錢賠償，而有難於回復之損害。抑有進者，依抗告人於本院所提出之全國性公投公報印製及送達情形調查表，抗告人於107年11月9日收受原裁定時，各縣市選舉委員會雖多已印製完成公民投票公報，且部分已送達各鄉鎮市區公所，然尚未悉數送達投票區內各戶，亦足見系爭公告已開始執行，非即時由行政法院予以處理，則難以救濟，而具有急迫之情事。抗告人主張本件聲請停止執行不符行政訴訟法第116條第2項規定之要件云云，即屬無據。

- (六)再查，系爭公告係於107年11月2日作成，依訴願法第14條第1項規定，訴願之提起，應自行政處分達到或公告期滿之次日起30日內為之，則相對人於107年11月5日向原審提起本案訴訟時，縱未踐行訴願程序，然迄本院裁定時，仍未逾上開訴願期間，故相對人仍得就系爭公告合法踐行訴願程序。是抗告人主張：相對人未經合法提起訴願，即逕行提起撤銷訴訟，本案訴訟並不合法，原裁定停止執行亦非適法云云，核無足採。
- (七)另抗告人107年10月24日公告已依法登載行政院意見書，是系爭公告如停止執行，抗告人自得依107年10月24日公告之事項編印公民投票公報，尚難認對公益有不利之影響。又依公投法第18條規定，針對如何使人民瞭解公民投票公報之內容，其方式包括將公民投票公報送達公民投票案投票區內各戶、張貼適當地點，以及公開於網際網路，亦不致影響系爭公投案之舉行。此外，關於停止執行之裁定，雖得為抗告，惟依行政訴訟法第272條準用民事訴訟法第491條第1項規定：「抗告，除別有規定外，無停止執行之效力。」是抗告人於107年11月9日收受原裁定時，距系爭公投案之公民投票日（即107年11月24日）仍有相當期間，而得採取適當措施，惟抗告人未依法執行原裁定，猶執詞主張：其已無逐戶收回公民投票公報，並重新編印公民投票公報，且於投票日2日前送達之可能，對於公益有重大不利之影響云云，即無理由。
- (八)行政訴訟法第116條第4項規定：「行政法院為前2項裁定前，應先徵詢當事人之意見。如原處分或決定機關已依職權或依聲請停止執行者，應為駁回聲請之裁定。」依本條項之整體文義，應認本項所定之「應先徵詢當事人之意見」，主要係在使相對人即行政機關有對應否停止執行為陳述及釋明之機會，尤其聲請停止執行事件，事屬急迫，故此所稱「應先徵詢當事人之意見」，應屬訓示性規定，即行政法院得就事件之整體情形斟酌之，惟行政法院如依聲請人書面陳述及其提出釋明之相關證據審理結果，已初步獲得其聲請符合停止執行要件之高度可能性，為妥善權衡對公益及私益之影響，仍宜於裁定前，徵詢相對人即行政機關之意見。查本件原審於作成停止執行系爭公告之裁定前，雖未先徵詢抗告人意見，而未盡妥適，惟本院審理抗告事件，得自行認定事實，（本院100年10月份第1次庭長法官聯席會議決議參照），是本院在抗告程序自得斟酌原裁定未經斟酌之事證，然本院審酌抗告人所提出之理由及事證後，仍認定本件停止執行之聲請為有理由，結論並無二致，尚不得因原審未踐行行政訴訟法第116條第4項之程序，即謂該裁定係屬違法。
- (九)綜上，抗告人之主張均無可採，原裁定以系爭公告如繼續執行，將發生難於回復之損害，並有急迫情事，且系爭公告停止執行，於公益無重大影響，故本件停止執行之聲請為有理

由，應予准許，核無不合，本件抗告難認有理由，應予駁回。至抗告人另依行政訴訟法第272條準用民事訴訟法第491條第2項規定聲請停止原裁定之執行，因本件抗告駁回，而告確定，自無於抗告確定前停止原裁定執行之必要，爰併予駁回。

五、據上論結，本件抗告及聲請為無理由。依行政訴訟法第104條、民事訴訟法第95條、第78條，裁定如主文。

中 華 民 國 107 年 11 月 19 日

最高行政法院第三庭

審判長法官 吳 明 鴻

法官 鄭 忠 仁

法官 黃 淑 玲

法官 姜 素 娥

法官 林 欣 蓉

以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

中 華 民 國 107 年 11 月 19 日

書記官 劉 柏 君