高雄高等行政法院裁定

高等行政訴訟庭第二庭
112年度全字第23號

聲　請　人　廖敏貴

相　對　人　○○市選舉委員會

代　表　人　郭添貴
相　對　人　中央選舉委員會

代　表　人　李進勇

上列當事人間選舉事件（本院112年度訴字第352號），聲請人聲請定暫時狀態假處分，本院裁定如下：

主　文

一、聲請駁回。

二、聲請訴訟費用由聲請人負擔。

理　由

一、緣聲請人年滿20歲，現於○○○○○○○○○○○○○○（下稱○○○監）執行中，戶籍於民國00年00月00日遷入○○○監。中央選舉委員會（下稱中選會）定於113年1月13日辦理第16任總統、副總統選舉及第11屆立法委員選舉（下合稱系爭選舉）。聲請人委請訴外人社團法人監所關注小組函請中選會、高雄市選舉委員會（下稱高市選委會）於舉行系爭選舉時，在○○○監設置投票所。中選會以112年3月27日中選務字第0000000000號函、高市選委會以112年4月18日高市選一字第0000000000號函復，略以：「……在監所內設置投票所，屬於特設投票所，即選務機關針對特定身分之選舉人，在特定地點設置投票所，以方便行使投票權之一種投票方式。特設投票所為不在籍投票類型之一，考量監所情況特殊，於監所特設投票所，允應於總統副總統選舉罷免法（下

稱總統選罷法）及公職人員選舉罷免法（下稱公職選罷法）明文規範，以避免爭議。」等語。聲請人因認其勢必難以於上開投票日行使系爭選舉之投票權，遂對相對人高市選委會、中選會提起行政訴訟（本院112年度訴字第352號，下稱系爭本案），並依行政訴訟法第298條第2項規定聲請本件定暫時狀態處分。

二、聲請意旨略以：

㈠先位請求：

1. 受刑人、受羈押之人或受死刑判決確定者，於監禁期間，其憲法上所保障之權利，除因人身自由之限制外，附帶造成其他自由權利（例如居住與遷徙自由）亦受限制外，其他所享有之憲法上權利，包含選舉權在內，原則上與一般人民並無二致。如要限制此等憲法保障之基本權利，必須在不牴觸憲法及憲法增修條文相關規定下，於總統選罷法、公職選罷法中以法律明定。聲請人雖為收容人，即便在監禁期間，依現行總統選罷法、公職選罷法相關規定，仍為系爭選舉之選舉人，其受憲法第17條所保障之選舉權，在無任何法律明文規定，且係基於符合監獄行刑目的且符合比例原則之必要措施外，不得因其收容人之身分而遭限制或剝奪。

2. 依總統選罷法及公職選罷法相關規定可知，投票所係設置在選舉區內，且選舉人投票，除另有規定外，以在籍投票為原則，地方選委會則係「投票所之設置及管理」之義務機關。聲請人本件請求為「在籍投票」，並非不在籍投票之特設投票所，亦即請求相對人高市選委會「在位於選舉區內的○○○監設置投票所」，使聲請人得以實際行使系爭選舉之選舉權。

3. 總統選罷法第53條第1項及其施行細則第24條第1項、公職選罷法第57條第1項及其施行細則第30條第1項為聲請人之保護規範，聲請人依前開規定有權請求相對人高市選委會於聲請人所在之○○○監內設置系爭選舉之投票所，供聲請人行使前開選舉之選舉權。相對人高市選委會如未依聲請人根據上

開規定之請求在○○○監設置投票所，聲請人將無法行使選舉權，實質上形同剝奪聲請人之選舉權並對其造成嚴重危害，已構成「裁量減縮至零」之情形，故相對人高市選委會對於聲請人本件請求，不得拒絕。

㈡備位請求：

本於憲法訴訟權保障、權利保護有效性、法制國原則之貫徹行政機關依法行政以及我國行政訴訟法第2條之概括條款，應認預防性確認訴訟屬行政訴訟法第6條確認訴訟之一種，因此，聲請人自得備位提出預防性確認訴訟，請求確認相對人中選會有使聲請人得以行使系爭選舉之選舉權之義務。而相對人中選會已明示拒絕於聲請人戶籍所在地之監獄設置投開票所，足見就備位請求，本件確實具有爭執之公法上法律關係，且本件倘若未藉由假處分提供暫時保護，聲請人將受有於系爭選舉不能投票之重大損害，自有防止發生重大損害及避免急迫之危險的必要性。

㈢聲明：

1. 先位請求：相對人高市選委會於本案行政爭訟程序確定前，應暫先准予於聲請人所在○○○監內，設置系爭選舉之投票所，供聲請人行使前開選舉之選舉權。

2. 備位請求：於本案行政訴訟確定前，暫時確認相對人中選會有使聲請人得以行使系爭選舉之選舉權之義務存在。

三、本院之判斷：

㈠行政訴訟法第298條第2項規定：「於爭執之公法上法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分。」同條第3項規定：「前項處分，得命先為一定之給付。」可知，定暫時狀態之處分係於爭執之公法上法律關係尚未經確定終局裁判前，作成暫時擴張聲請人法律地位之措施。聲請人於准許定暫時狀態之處分裁定後，在本案執行前，可依該裁定所定暫時狀態實現其權利，相對人亦應暫時履行其義務，而在一定範圍內會造成達到本案勝訴判決之相同結果。因此，必須聲請人有爭執之公

法上法律關係，而有防止發生重大之損害或避免急迫之危險之必要時，始得為之。依行政訴訟法第302條準用同法第297條關於準用民事訴訟法第526條第1項之規定，聲請人就假處分請求及原因，應釋明其與相對人間有爭執之法律關係，及對於為防止發生重大之損害或避免急迫之危險而有必要性，使法院得對聲請事件之事實為略式審查，並自事實及法律觀點判斷，形成本案訴訟勝訴可能性較高之心證，及如不准許聲請人之聲請，有對聲請人發生重大損害或急迫危險之相當可能性之心證，而認有必要加以防止。聲請人如未能釋明，其聲請即難以准許。

㈡關於先位請求：

1.按選舉乃多數人民透過集中意志，決定民意代表或各級政府首長之行為。而選舉權為民主憲政制度下之產物，非人民與生俱來之原始權利，其行使須賴國家（主要是立法者）建立制度、設定程序，方足以實現之。憲法第17條明文保障人民享有選舉權，並於第129條明定除憲法別有規定外，憲法所規定之各種選舉，以普通、平等、直接及無記名投票之方法行之；第130條前段則規定中華民國國民年滿20歲者，有「依法」選舉之權。惟人民選舉權之具體享有及其行使，須以選舉制度之存在為前提，而憲法僅就有限事項自為規定（如憲法第12章、憲法增修條文第2條第6項及第4條第1項等），有關選舉制度之建構，尤其是行使憲法第17條所定選舉權之要件等，均須仰賴立法者立法形成合於憲法明定之普通、平等、直接及無記名投票方式之選舉法制。是憲法第17條所保障之選舉權，除憲法明定事項外，並不具備特定之實體法保障內涵，而應由立法者立法建立完整選舉法制後，憲法保障選舉之要求始得具體化（憲法法庭112年憲判字第11號判決理由參照、蔡宗珍大法官提出、林俊益大法官、張瓊文大法官、楊惠欽大法官加入之部分不同意見書、同號判決專家諮詢意見李建良教授意見書參照）；憲法及立法者對於選舉制度的內容有相當充分的形成空間，包括對人民選舉權

資格及行使方式（如投票日期、地點、方法等）的合理限制，憲法第130條前段規定其中「依法」即可謂上述立法形成之憲法依據（憲法法庭同號判決黃昭元大法官部分不同意見書第8段參照）。

2. 次按選舉權之行使，除投票行為外，必須搭配獲得民意共識之投票及開票制度，保障選舉權人得於公開、公平、公正之程序，以自由意志行使選舉權，從而求得多數人民集中意志所決定之選舉結果，兩者缺一不可。

3. 立法者已於公職選罷法第3條、第3章第7節及總統選罷法第2條、第3章第6節訂定有關「投票及開票」之規定，共同形成選舉制度中有關人民選舉權行使方式之指引。因此，公職選罷法第17條第1項：「選舉人，除另有規定外，應於戶籍地投票所投票。」及第57條第1項：「公職人員選舉，應視選舉區廣狹及選舉人分布情形，就機關（構）、學校、公共場所或其他適當處所，分設投票所。」之規定（總統選罷法第2條、第13條第1項及第53條第1項亦有相同規定，以下與公職選罷法第17條第1項及第57條第1項規定，合稱系爭規定）尚難與同法其他條文割裂觀察，而應結合同法其他條文共同探求立法者形成之選舉權行使方式。

4. 是以對照公職選罷法第3條第1項：「公職人員選舉，以普通、平等、直接及無記名單記投票之方法行之。」第57條第5項：「投票所於投票完畢後，即改為開票所，當眾唱名開票。開票完畢，開票所主任管理員與主任監察員即依投開票報告表宣布開票結果，除於開票所門口張貼外，並應將同一內容之投開票報告表副本，當場簽名交付推薦候選人之政黨，及非經政黨推薦之候選人所指派之人員……。」第63條：「(第1項)選舉之投票，由選舉人於選舉票圈選欄上，以選舉委員會製備之圈選工具圈選一人。但全國不分區及僑居國外國民立法委員選舉，圈選一政黨。(第2項)選舉人圈選後，不得將圈選內容出示他人。……」等規定（總統選罷法第2條、第53條第4項、第59條有相類規定），可知公職選

罷法及總統選罷法形成之選舉制度，係在公眾得見聞之公開場域設置投票所，透過不特定多數人公眾監督選務，兼有保障選舉權人投票與不投票自由之效應，並使前往投票所之選舉人可在無顧忌之自由環境下，以無記名方式投票（秘密投票）。投票時間一截止，採取各投票所各別開票，即各投票所選務機關必須保全該投票所投票完畢之現狀，立即原封不動將投票所改為公眾得監督之公開、透明之現場開票所，而在不特定公眾可見聞、見證整個開票過程之場景下，當場清點選舉人名冊領票人數及用餘票數，查驗投票匭及開封每一投票匭，當眾唱名開票、記票、核對及宣布各開票所之開票結果，以確保每張以自由意志投入票匭之選票，自始至終受到公開、公平、公正與公眾監督之保障，而能直接完整且真實呈現每位投票者之意志，此為民意機關立法者形成之選舉制度。

5. 經本院略式審查結果認為，系爭規定所謂應視選舉區廣狹及選舉人分布情形，就機關（構）、學校、公共場所或其他適當處所，分設投票所，供選舉權人於其戶籍地投票，其所列舉及概括所稱之適當處所，尚不得脫離前揭經過立法共識形成而為人民預見之選舉制度，即在公開場域設置之投票所供選舉權人秘密投票、可立即將各別投票所直接轉為不特定公眾得見聞、見證之各別開票所，進行現場公開唱票、記票之選舉權行使方式。從而尚難得出人民有依系爭規定，請求在戶籍所在區域為其個人因素，於性質上為管制封閉之場所例如矯正機關內（監獄）設置投票所，供收容人（含監獄受刑人）或因此牽涉要求同一戶籍區域之一般民眾進入該投票所投票，或以特殊方式供收容人行使投、開票之請求權。而此為選舉權行使制度之重要事項，尚難得出僅係行政機關之技術性、細節性之執行方法。矯正機關收容人等各種特殊情況選舉權人應如何及以何種程序保障其以自由意志行使選舉權，乃至包括立法者將如何看待並預防在類此封閉管制場所發生例如刑法第2編第6章所列之妨害選舉權公開及公平競爭

之特定行為，而為周全之保障，核屬立法通盤考量之裁量範疇。至於憲法法庭112年憲判字第11號判決係選舉幽靈人口案，其於理由書第65段表示憲法第17條規定之選舉權之保障內涵，解釋上也包括依自己意願選擇在何處投票之自由等文字，係針對96年1月24日修正公布之刑法第146條有關只允許人民在戶籍所在地，亦即在其有實際居住事實之戶籍所在地行使選舉權，並以刑事禁止規範，禁止人民基於支持特定候選人當選之意圖，以遷徙戶籍而未實際居住戶籍地之方式，取得投票權而為投票之規定，是否涉及人民依自己意願選擇在何選舉區投票自由之限制所為之論述，尚不及於應於何處設置投票所供選舉權人投票之問題。聲請人執以主張人民有要求於何處投票之自由，故其有基於個人因素為其設置投票所之請求權，尚難採據。

6. 又系爭選舉係我國社群成員之選舉，其選舉制度應由我國立法者形成，始符我國民主共和國及國民主權原則。外國或許有對監獄受刑人以立法形成之選舉制度，然亦有例如最資深之民主國家－英國，於歷經200多年歷史，直到西元2017年才正式公告確定修正方向，著手修法，期待可能逐步開放之情形（盧映潔、李莉娟合著「受刑人投票權之發展與實踐」參照），可見各國選舉制度為各國立法形成空間。是以，國外對監獄受刑人之選舉制度，或可供我國立法參考，然不足直接成為我國人民之請求權依據。法院倘於個案中以裁判預為介入，與權力分立之憲法架構有違。再者，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2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25條第1項第2款規

定：「凡屬公民，無分第2條所列之任何區別，不受無理限制，均應有權利及機會：……（二）在真正、定期之選舉中投票及被選。選舉權必須普及而平等，選舉應以無記名投票法行之，以保證選民意志之自由表現。」就如何之請求權內容及要件，並未明確規定，不得據以認為聲請人有就相對人高市選委會於○○○監設置投票所部分享有公法上之請求權（最高行政法院110年度上字第673號判決意旨參照）。此外，聲請人對於相對人高市選委會所提系爭本案訴訟之先位請求，亦經本院112年度訴字第352號判決認其所訴在法律上顯無理由，予以駁回在案。

7. 綜上，聲請人未能釋明其本案勝訴之可能性較高，及定暫時狀態處分之必要。則聲請人之先位聲請，請求「相對人高市選委會應於聲請人所在之○○○監內設置系爭選舉之投票所，供聲請人行使前開選舉之選舉權」，與行政訴訟法第298條第2項所定要件不符，自難准許，應予駁回。

㈢關於備位請求：

1. 行政訴訟法第298條第2項之定暫時狀態處分，非在事先代替本案就爭執之公法上法律關係加以確認，而係在本案實現權利前，為防止爭執之公法上法律關係因維持現狀而可能發生重大之損害或急迫之危險，提前給予規制性之處分，使聲請人可依該裁定所定暫時狀態實現其權利，以避免可能受到危害之暫時權利保護制度。故聲請人如請求在本案裁判前僅就爭執之公法上法律關係暫時加以確認，而無法達到定暫時狀態處分係在避免可能受危害之目的者，即無給予暫時權利保護之必要。

2. 經查，依聲請人所述事實，係請求於本案確定前，得於系爭選舉行使投票權，惟其備位之聲請，係請求：「於本案行政訴訟確定前，暫時確認相對人中選會有使聲請人得以行使系爭選舉之選舉權之義務存在」，依前開規定及說明，聲請人對相對人中選會所為上開義務之確認，並無法達到聲請人所述定暫時狀態處分之目的，自屬欠缺暫時權利保護之必要，

且聲請人對於相對人中選會所提系爭本案訴訟之備位請求，亦經本院以112年度訴字第352號判決認其所訴在法律上顯無理由而予駁回在案，亦難認聲請人已釋明其本案勝訴之可能性較高，及有定暫時狀態處分之必要，其聲請即難以准許，應予駁回。

四、綜上所述，聲請人先位及備位之聲請，均與定暫時狀態處分之聲請要件不符，無從准許，均應予駁回。

五、結論：聲請為無理由。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　12　　月　　5　　日

審判長法官　孫　國　禎

法官　曾　宏　揚

法官　林　韋　岑

以上正本係照原本作成。

一、如不服本裁定，應於裁定送達後10日內以書狀敘明理由，經本院向最高行政法院提出抗告（須按對造人數附具繕本）。

二、抗告時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書。（行政訴訟法第49條之1第1項）

三、但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人。（同條第3項、第4項）

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所需要件
(一)符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人。	1.當事人或其代表人、管理人、法定代理人具備法官、檢察官、律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授。 2.稅務行政事件，當事人或其代表人、管理人、法定代理人具備會計師資格。 3.專利行政事件，當事人或其代表人、管理人、法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人。

(二)非律師具有右列情形之一，經本案之行政法院認為適當者，亦得為訴訟代理人。	1.當事人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。 2.稅務行政事件，具備會計師資格。 3.專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人。 4.當事人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務。
是否符合（一）、（二）之情形，而得為強制律師代理之例外，當事人應於提起抗告或委任時釋明之，並提出（二）所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中　　華　　民　　國　　112　　年　　12　　月　　5　　日

書記官　鄭　郁　萱