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35號

聲　請　人　林瑞英

相　對　人　嘉義縣選舉委員會

代　表　人　羅木興

上列當事人間聲請假處分事件，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、按「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。」行政訴訟法第298條第2項固有明文。然定暫時狀態之處分係為防止發生重大之損害或避免急迫之危險而有必要時，於爭執之公法上法律關係尚未經確定終局裁判前，作成暫時擴張法律地位之措施。易言之，聲請人於准許定暫時狀態之假處分裁定後，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，在一定範圍內會造成達到本案勝訴判決之相同結果。基於其影響之重大性並平衡當事人雙方之利害及訴訟程序之充分性及完整性等因素，此種定暫時狀態處分之聲請，須其本案權利存在之蓋然性較高，且若未定暫時狀態之處分，聲請人將受有重大之損害或急迫之危險時，始認有准許必要性。而依行政訴訟法第301條、第302條準用同法第297條再準用民事訴訟法第525條第1項及第526條第1項規定，定暫時狀態假處分之請求及其原因，均應予釋明；如未能釋明，其聲請即難准許。

二、聲請意旨及聲明：

㈠聲請人為民國111年地方公職人員選舉○○縣○○鄉第22屆鄉民代表第2選舉區（下稱系爭選區）候選人，並經相對人核准並公告在案。相對人於111年11月26日舉行系爭選舉投票，系爭選區選舉人數3,520人，該區共5名候選人，應選4人，相對人根據投票結果公告洪研蘋、丁秀蘭、林宜清及林朝新4人當選，聲請人得票238票，雖已超過選罷法第70條第1項第2款所定「該選舉區應選出之名額除該選舉區選舉人總數所得商數百分之10」即88票（計算式：3,520÷4×10%＝88）之門檻，然聲請人得票排序為第5位而未當選。訴外人林朝新即得票排序第4位當選人，因於111年4月19日酒後騎乘機車犯公共危險罪，經臺灣嘉義地方法院（下稱嘉義地院）111年度嘉交簡字第400號刑事簡易判決處有期徒刑2月，並於同年6月24日確定；聲請易服社會勞動履行期間自111年9月15日起至112年1月14日止。而系爭選舉最後登記日為111年8月31日，林朝新於選舉登記時已受有期徒刑宣告確定且尚未執行完畢，違反112年6月9日修正前公職人員選舉罷免法（下稱行為時選罷法）第26條第4款消極資格規定；且嘉義地院112年度選字第7號民事判決亦判決林朝新當選無效（下稱當選無效判決），林朝新不服，提起上訴，業經臺灣高等法院臺南分院以112年度選上字第5號民事判決駁回上訴確定。

㈡本案係相對人怠於行使調查義務，對候選人消極資格審查認定有誤，未依同法第29條第1項第2款規定撤銷林朝新之候選人登記所致，然相對人向媒體表示本案縱經當選無效判決確定亦不會辦理遞補，使聲請人承擔不利益；聲請人於112年10月20日向相對人提出聲請，相對人於同年月30日以嘉縣選一字第0000000000號函拒絕。而行為時選罷法第121條賦予同一選舉區候選人得以當選人為被告，其立法目的為俟當選無效判決確定後，候選人即得依同法第74條第1項重行公告為當選人，或依該條第2項遞補，以兼顧選舉公正性及各參選人之參政權。林朝新既違反同法第26條第4款規定登記參

選，自無得票數可言，應視為林朝新自始、確定、當然未當選，自當選無效判決確定後，林朝新之得票數亦應變動至零，相對人應依同法第74條第1項規定，重行公告作成聲請人當選之行政處分，或依同條第2項規定，並無明文排除地方民意代表當選人因其他事由致法院判決當選無效確定時，其他落選人不得遞補，本於憲法第7條、行政程序法第6條所揭櫫之平等原則，由聲請人遞補為當選人。

㈢本件涉及憲法層次之民主政治運作基本原則與地方自治權限之核心，鄉民代表為地方民意機關，具有監督制衡地方行政機關之權利，並具有憲法上之本質重要性，惟任期僅有4年，倘不許聲請人得先暫時遞補鄉民代表職務，縱聲請人能於3年3個月之合理行政救濟辦案期間內取得確定終局勝訴判決，屆時任期亦將屆滿，於此救濟期間，系爭選區之地方自治及權力分立架構將有失衡之虞，除造成聲請人參政權損害外，對憲政秩序所生損害甚鉅，且該損害無從回復，具有保全必要性，依行政訴訟法第298條第2項規定聲請定暫時狀態假處分。

㈣聲明：相對人應作成聲請人於本案訴訟確定前，公告聲請人當選系爭選區之鄉民代表並給與當選證書之行政處分。

三、本院之判斷：

㈠按行為時選罷法第26條第4款前段規定：「有下列情事之一者，不得登記為候選人：……四、犯前3款以外之罪，判處有期徒刑以上之刑確定，尚未執行或執行未畢。但受緩刑宣告者，不在此限。」據此，所宣告之有期徒刑以上之刑，有「尚未執行」或「執行未畢」情事之一者，均不得登記為候選人。而候選人消極資格要件之判斷時點係以「登記期間截止時」為準，發現候選人有同法第26條各款情事之一者，投票前由選舉委員會撤銷其候選人登記；當選後依同法第121條規定提起當選無效之訴，此觀同法第29條第1項第2款規定：「候選人名單公告後，經發現候選人在『公告前』或投票前有下列情事之一者，投票前由選舉委員會撤銷其候選人

登記；當選後依第121條規定提起當選無效之訴：……二、有第26條……之情事。」即明。有關選舉後始發現當選人具有上開消極資格要件，同法第121條第1項規定：「當選人有第29條第1項所列各款之一……規定情事者，選舉委員會、檢察官或同一選舉區之候選人得以當選人為被告，於其任期或規定之日期屆滿前，向該管轄法院提起當選無效之訴。」及地方制度法第79條第1項第1款規定：「……鄉（鎮、市）民代表……有下列情事之一，……鄉（鎮、市）民代表……由縣政府分別解除其職權或職務，並通知各該……鄉（鎮、市）民代表會……。應補選者，並依法補選：一、經法院判決當選無效確定，或經法院判決選舉無效確定，致影響其當選資格者。……」已明定當選人於當選後發現有第26條第4款情形，由選舉委員會、檢察官或同一選舉區之候選人提起當選無效之訴，經法院判決當選無效確定者，始由縣政府解除其職權或職務。又「當選無效之訴經判決無效確定者，當選人之當選，無效；已就職者，並應自判決確定之日起，解除職務。」「選舉無效或當選無效之判決，不影響當選人就職後職務上之行為。」選罷法第122條、第123條亦有明文。準此，當選之鄉民代表經法院判決當選無效確定，其所取得之公職人員身分，尚非自始當然無效，須由縣政府作成解職處分，始生公職人員身分喪失之效果。

㈡次按現行選罷法第74條第1項及第2項規定：「（第1項）當選人經判決當選無效確定，依法院確定判決認定之事實，候選人得票數有變動致影響當選或落選時，主管選舉委員會應依法院確定判決認定之事實，重行審定。審定結果，有不應當選而已公告當選之情形，應予撤銷；有應當選而未予公告之情形，應重行公告，不適用重行選舉或缺額補選之規定。（第2項）地方民意代表當選人於登記參選該公職身分之選舉因第120條第1項第3款之情事，經法院判決當選無效確定者或經提起當選無效之訴後辭職者，或因犯第120條第1項第3款所列之罪，經有罪判決確定者，其缺額於法院判決確定

日或辭職生效日由落選人依得票數之高低順序遞補，不適用重行選舉或缺額補選之規定。」地方制度法第81條第1項規定「……鄉（鎮、市）民代表辭職、去職或死亡，其缺額達總名額10分之3以上或同一選舉區缺額達2分之1以上時，均應補選。但其所遺任期不足2年，且缺額未達總名額2分之1時，不再補選。」準此，民選公職人員當選就職後發生缺額，立法者以選罷法及地方制度法明定4種處理方式：1.重行公告當選。2.遞補。3.補選。4.任其缺額。各處理方式之法定要件均不相同且法律效果有異，核屬立法機關就選舉制度之立法形成自由空間。

㈢查聲請人為系爭選區之候選人，相對人於111年12月2日公告選舉結果，原告得票數238票，得票數排序第5名，應選4名，原告未當選等情，有選舉公報（見本院卷第61頁）、候選人得票數資料（見本院卷第63頁）及相對人當選公告（見本院卷第65頁、第71頁）在卷可稽。而相對人所公告系爭選舉當選人之一林朝新前於111年4月19日因犯不能安全駕駛之公共危險案件，經嘉義地院於同年5月27日以111年度嘉交簡字第400號判決判處有期徒刑2月，於同年6月24日確定；嗣經檢察官不准易科罰金然准予易服社會勞動，履行期間自111年9月15日起至112年1月14日止，故林朝新於上開選舉登記期間截止日即111年8月31日，已受法院判處有期徒刑確定且尚未執行完畢，依行為時選罷法第26條第4款規定，林朝新不得登記為候選人，惟其仍登記參選並經相對人公告當選，符合同法第29條第1項第2款所定情事；檢察官依同法第121條第1項規定提起當選無效之訴，經嘉義地院112年度選字第7號民事判決林朝新當選無效；林朝新不服，提起上訴，業經臺灣高等法院臺南分院於112年9月20日以112年度選上字第5號民事判決駁回上訴確定等情，有嘉義地院111年度嘉交簡字第400號刑事判決（見本院卷第73頁至第75頁）、112年度選字第7號民事判決（見本院卷第79頁至第84頁）、臺灣

高等法院臺南分院112年度選上字第5號民事判決（本院卷第85頁至第91頁）附卷可稽。

㈣聲請人雖主張林朝新於登記截止日時，受有期徒刑確定且尚未執行，不得登記參選，應視為自始未當選鄉民代表，其得票數亦應變動至零，故相對人應依同法第74條第1項規定，重行公告作成聲請人當選之行政處分。然依地方制度法第79條第1項第1款及選罷法第122條、第123條規定，鄉民代表經法院判決當選無效確定，或有其他符合法定解職之事由，其所取得之公職人員身分，並非自始當然無效，尚須由權責機關即嘉義縣政府作成解職處分，始喪失其鄉民代表身分。而相對人所公告系爭選舉當選人林朝新因前揭法定解職事由（經法院判決當選無效確定），經嘉義縣政府撤銷其當選資格，始於112年10月6日喪失鄉民代表身分等情，此觀相對人112年10月30日嘉縣選一字第0000000000號函（見本院卷第115頁）即明。對照前揭當選無效判決內容，法院係以訴外人林朝新有行為時選罷法第26條第4款所定當選無效事由，尚非對選舉結果關於候選人之得票數重行審認致影響當選或落選之情事，自無同法第74條第1項所定主管選舉委員會應依法院確定判決認定事實重行審定之適用。且無論行為時或現行選罷法第74條第2項均明定僅適用於「因第120條第1項第3款之情事」而有缺額情形，亦即具有該法列舉之妨害投票行為而有缺額情形，其缺額始得依得票數高低而為遞補。而訴外人林朝新既係犯不能安全駕駛之公共危險案件而有當選無效之情事，自與上開選罷法第74條第2項所定遞補規定要件不符。聲請人請求相對人作成公告遞補聲請人當選並給與當選證書之行政處分，於法無據，依前揭說明，其無由在本案確定終局裁判前請求本院作成暫時擴張其法律地位之措施。

㈤綜上所述，依聲請人之釋明尚無法使本院形成其本案權利存在之蓋然性較高之心證，依首揭說明，其聲請定暫時狀態之處分，核與行政訴訟法第298條第2項所定要件不符，應予裁定駁回。

四、結論：聲請無理由。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　1　　月　　12　　日

審判長法官　孫　國　禎

法官　林　韋　岑

法官　曾　宏　揚

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　　113　　年　　1　　月　　15　　日

書記官　林　幸　怡