高雄高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第二庭
112年度訴字第352號

原　　告　廖敏貴

被　　告　○○市選舉委員會

代　表　人　郭添貴
被　　告　中央選舉委員會

代　表　人　李進勇
共　　同
訴訟代理人　王建強　律師

上列當事人間選舉事件，原告提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

一、原告之訴駁回。

二、訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、爭訟概要：

原告年滿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）。原告委請訴外人社團法人監所關注小組（下稱監所關注小組）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。原告因認其勢必難以於上開投票日行使系爭選舉之投票權，遂對於被告高市選委會、中選會，分別提起本件給付訴訟、確認訴訟。

二、原告起訴主張及聲明：

㈠主張要旨：

1.先位聲明之給付訴訟部分：

⑴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。原告雖為收容人，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。

⑵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。原告本件請求為「在籍投票」，並非不在籍投票之特設投票所，亦即請求被告高市選委會「在位於選舉區內的○○○監設置投票所」，使原告得以實際行使系爭選舉之選舉權。

⑶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項為原告之保護規範，原告依前開規定有權請求被告高市選委會於原告所在之○○○監內設置系爭選舉之投票所，供原告行使前開選舉之選舉權。被告高市選委會如未依原告根據上開規定之請求在

○○○監設置投票所，原告將無法行使選舉權，實質上形同剝奪原告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，故被告高市選委會對於原告本件請求，不得拒絕。且因被告已預示拒絕於原告戶籍所在地之○○○監內設置投票所供原告行使投票權，如待被告高市選委會依法於系爭選舉投票日15日前公告投票所後，再行提起行政爭訟，顯然無法行使系爭選舉之投票權，原告實有預為請求而提起將來給付訴訟之必要。

2. 備位聲明之確認訴訟部分：

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，原告自得於備位聲明提出預防性確認訴訟，請求確認被告中選會有使原告得以行使系爭選舉之選舉權之義務。又本件事涉戶籍設在監所之原告得否行使系爭選舉之選舉權，自屬對於系爭選舉事務之進行程序、計畫及綜合規劃，亦涉及相關選務事項法規訂定或修正，自應以系爭選舉之主管機關即被告中選會為確認對象。

㈡聲明：

1. 先位聲明：被告高市選委會應於原告所在地之○○○監內，設置系爭選舉之投票所，供原告行使前開選舉之選舉權。

2. 備位聲明：確認被告中央選委會有使原告得以行使系爭選舉之選舉權之義務存在。

三、被告答辯及聲明：

㈠答辯要旨：

1. 對於特定身分或特殊情狀之選舉人，總統選罷法第13條第2項、第3項及公職選罷法第17條第2項僅對於「投票所之工作人員」及「返國行使選舉權之選舉人」為特別規定，其餘均為劃一規定，未對受刑人另為特別規定，原告並無請求高市選委會於○○○監設置投票所之主觀公權利。被告高市選委會依法於各地設置適當之投票所，且已於原告戶籍所在之高

雄市燕巢區橫山里設置投票所，本件並未構成裁量減縮至零的情形，亦未違背裁量合法性。原告因在監執行無法投票乃其人身自由受限制所必須忍受之附帶結果，其於刑期執行完畢後即可參與往後之選舉投票，難認其無法於系爭選舉行使投票權，有何非僅通常而難以回復之損害。在監所內設投票所，違反無記名投票及平等原則，影響選舉結果信任之公益遠大於私益。

2.被告中選會依法辦理系爭選舉並落實普通、平等、直接及無記名投票原則，原告業經戶政單位依法列入選舉人名冊，仍具有行使投票權之權利及資格，原告之選舉權並未遭被告中選會及高市選委會剝奪或否認，故原告於法律上並無不能行使選舉權之情事。至原告事實上能否行使選舉權，包含原告身體狀況、監所管理權之行使等，原因甚多，此等因素無法提前確認，原告遽行提起預防性確認訴訟，並無理由。

㈡聲明：原告之訴駁回。

四、爭點：

原告有無被告高市選委會應在其戶籍所在之○○○監內，設置系爭選舉之投票所之公法上請求權？原告對於被告中選會提起預備之確認訴訟，有無理由？

五、本院之判斷：

㈠前提事實：

如爭訟概要欄所示之事實，有原告戶籍謄本（本院卷第59頁）、監所關注小組112年3月23日監注字第0000000000號函（本院卷第67至68頁）、中選會112年3月27日中選務字第0000000000號函（本院卷第69至71頁）、高市選委會以112年4月18日高市選一字第0000000000號函（本院卷第73至74頁）等在卷可稽，固堪信實。

㈡原告就其先位聲明，並無請求被告高市選委會應在其戶籍所在之○○○監內，設置系爭選舉之投票所之主觀公權利：

1.行政訴訟法第107條第3項規定：「原告之訴，有下列各款情形之一者，行政法院得不經言詞辯論，逕以判決駁回之。但

其情形可以補正者，審判長應先定期間命補正：一、除第2項以外之當事人不適格或欠缺權利保護必要。二、依其所訴之事實，在法律上顯無理由。」而人民請求國家為一定之行為，必須以人民對國家享有公法上之請求權（主觀公權利）為前提，始得為之。又國家應為之行為，如屬行政處分者，係依行政訴訟法第5條之規定，提起課予義務訴訟；如屬行政處分以外之法律行為或事實行為者，則依行政訴訟法第8條規定提起一般給付訴訟。是不論提起課予義務訴訟或一般給付訴訟，均以人民對於行政機關有公法上之請求權為前提。若原告之訴，依其陳述之事實，顯無公法上請求權存在時，其訴在法律上即屬顯無理由，依行政訴訟法第107條第3項第2款規定，行政法院得不經言詞辯論，逕以判決駁回之。

2. 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）。

3. 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。

4. 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。

5. 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。

6. 經本院審查結果認為，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。原告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。

7. 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，不得據以認為原告有就被告高市選委會於○○○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）。

8. 綜上，原告並無「被告高市選委會應於原告所在之○○○監內，設置系爭選舉之投票所，供原告行使前開選舉之選舉權」之公法上請求權，是其先位聲明在法律上顯無理由，應予判決駁回。

㈢原告備位聲明對於被告中選會提起預防性確認訴訟，欠缺權利保護之必要：

1. 按提起行政爭訟，須其爭訟有權利保護必要，即具有爭訟之利益為前提。又行政訴訟法第6條第1項前段規定：「（第1項）……確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之。」所謂即受確認判決之法律上利益，係指原告目前所處之法律狀態，若不尋求判決確認即將受到不利益之效果而言，故原告須有即受判決之法律上利益，始具備訴之利益而其權利有保護之必要。

2. 經查，選舉制度應由我國立法者形成，監獄受刑人之投票權應如何行使及其具體要件，亦應由我國立法者制定或修正相關法制後，法院始能獲得依法裁判之法令依據，從而在目前立法者尚未制定或修正監獄受刑人投票相關法制之情形下，原告並無請求選務機關應於其設籍之監所內設置投票所之公法上請求權存在，業經本院審認如上，則本件之根本問題在於立法形成之欠缺（立法怠惰），非屬司法權得以一般個案裁判事前介入而創設普遍性法律制度之範疇。是依前開規定

及說明，原告對被告中選會所為上開義務之確認，無法達到其請求在監投票之目的，自屬欠缺訴之利益而無權利保護之必要，其備位聲明，在法律上亦顯無理由，應併予駁回。

六、綜上所述，原告之訴，依其主張之事實，在法律上顯無理由，爰不經言詞辯論，逕以判決駁回之。至兩造其餘攻擊防禦方法及所提訴訟資料，經斟酌後均核與判決結果不生影響，不再逐一論列，附此敘明。

七、結論：原告之訴顯無理由。

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、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書（均須按他造人數附繕本）。未表明上訴理由者，逕以裁定駁回。

二、上訴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，當事人應於提起上訴或委任時釋明之，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