

01 最 高 行 政 法 院 判 決

02 110年度上字第673號

03 上 訴 人 朱旺星  
04 方志強

05 共 同  
06 訴訟代理人 劉繼蔚 律師  
07 被 上 訴 人 高雄市選舉委員會

08 代 表 人 郭添貴

09 上列當事人間確認行政處分違法事件，上訴人對於中華民國110  
10 年9月6日高雄高等行政法院110年度訴字第1號判決，提起上訴，  
11 本院判決如下：

12 主 文

13 上訴駁回。

14 上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

15 理 由

16 一、被上訴人代表人由楊明州變更為史哲，再變更為郭添貴，茲  
17 據新任代表人具狀承受訴訟，核無不合，合先敘明。

18 二、上訴人均設籍在○○市○○區，於原審裁判時分別在○○○  
19 ○○○○○○○○及○○○○執行中。被上訴人於民國109年5  
20 月8日公告同年6月6日為高雄市第3屆市長韓國瑜罷免案（下  
21 稱系爭罷免案）投票日，上訴人於同年5月15日以其符合投  
22 票人之資格均請求被上訴人於其所在監獄設立投票所供其行  
23 使系爭罷免案之投票權利，經被上訴人分別以109年5月25日  
24 高市選一字第10931502541號函、第1093150254號函（下合

01 稱109年5月25日函或系爭函) 覆略以：「說明：……二、  
02 ……現行公職人員選舉罷免法第17條第1項規定……欲在戶  
03 籍地以外或在外縣市投票，殆屬不在籍投票範疇，監所受刑  
04 人是否得以不在籍投票方式行使選舉權，涉及上開法律之修  
05 正，如有立法通過，選務機關自當遵循辦理。」「說明：  
06 ……(三) 鑒於戶籍遷至監所受刑人在其戶籍地投票所投票  
07 可能採行方案，尚有上述社會信任及安全問題，宜與不在籍  
08 投票制度併同研議，又目前有關不在籍投票之投票方式、適  
09 用選舉(罷免)種類及對象，各界看法不盡一致，仍有待社  
10 會各界凝聚共識，倘選舉罷免法修正通過，本會自當配合辦  
11 理。」等語。上訴人均不服，提起行政訴訟，並聲明：被上  
12 訴人於上訴人受矯正執行期間，辦理總統、副總統與各級公  
13 職人員選舉、罷免、全國性公民投票與地方性公民投票，所  
14 設置之投票所，不得使上訴人需離去所在矯正機關始得進行  
15 投票。案經高雄高等行政法院(下稱原審)以110年度訴字  
16 第1號判決(下稱原判決)駁回，上訴人仍表不服，遂提起  
17 本件上訴，並聲明：原判決廢棄；發回原審更為審理(關於  
18 上訴人起訴之聲明第1項確認系爭函違法及起訴聲明第2項關  
19 於編制選舉人、投票人名冊部分，另以裁定駁回)。

20 三、上訴人起訴主張、被上訴人在第一審的答辯，均引用原判決  
21 的記載。

22 四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：

23 (一)上訴人均設籍在○○市○○區，於原審裁判時分別在○○○  
24 ○○○○○○○○及○○○○執行中，堪認其等均為在監執行  
25 之受刑人無誤。又上訴人不服被上訴人109年5月25日函而提  
26 起行政訴訟，其訴之聲明第2項「被告(本院按：即被上訴  
27 人，下同)於原告(本院按：即上訴人，下同)受矯正執行  
28 期間，辦理總統、副總統與各級公職人員選舉、罷免、全國  
29 性公民投票與地方性公民投票，所編制之投票人名冊及設置  
30 之投票所，不得使原告需離去所在矯正機關始得進行投  
31 票」，其中關於請求被上訴人於未來設置投票所時不得使上

01 訴人需離去所在矯正機關始得進行投票部分，核係請求判令  
02 行政機關不得為特定行政事實行為之預防性不作為訴訟，性  
03 質上屬一般給付訴訟，仍須以其對被上訴人具有公法上之請  
04 求權為前提，始得據以請求被上訴人履行。

05 (二)依目前公職人員選舉罷免法（下稱選罷法）第17條第1項、  
06 第57條第1項及第89條、總統副總統選舉罷免法第13條第1  
07 項、第53條第1項、第75條及公民投票法第24條規定可知，  
08 選舉人（投票人）投票，除另有規定外，以在籍投票為原  
09 則；依前揭設置投票所相關規定意旨，主管機關設置投票所  
10 性質上屬事實行為，而在何處設置投票所，乃屬該主管機關  
11 之職權；綜觀選罷法、總統副總統選舉罷免法及公民投票法  
12 全文及其規範結構，尚難認有何賦予人民得對主管機關請求  
13 應在特定地點設置投票所之公法上請求權的規範意旨，是上  
14 訴人縱曾對被上訴人提出請求，亦僅係促請主管機關本於職  
15 權依法審酌是否履行該事實行為。況受刑人在監執行期間，  
16 因人身自由遭受限制，附帶造成其他自由權利（例如居住與  
17 遷徙自由）亦受限制，事實上並無自由前往戶籍地投票所投  
18 票之可能。倘欲使受刑人不在其戶籍地投票所進行投票，除  
19 投票所之設置外，必須配合選舉人、投票人名冊之編造。惟  
20 對照選罷法第20條第1項、總統副總統選舉罷免法第16條第1  
21 項、公民投票法第24條規定，足見無論選舉人名冊或投票人  
22 名冊之編造均係戶政機關之職權，而非被上訴人之法定職掌  
23 範圍，堪認目前法令並未賦予被上訴人得以單獨自行作成以  
24 前揭方式實施特定行政事實行為之職權，上訴人即無從透過  
25 此一般給付訴訟請求被上訴人履行此種不作為給付。雖然選  
26 罷法第17條第1項、總統副總統選舉罷免法第13條第1項均規  
27 定於「另有規定」之情形得不在戶籍地投票所投票，公民投  
28 票法第24條亦設有準用規定，惟目前相關法令僅於選罷法第  
29 17條第2項、總統副總統選舉罷免法第13條第3項就投票所工  
30 作人員設有不在籍投票之例外規定，立法機關尚未制定或授  
31 權主管機關訂定其他得辦理不在籍投票之具體規範。原審審

01 酌投票制度之組織及運作存在有許多種制度設計的可能，比  
02 較法上關於不在籍投票之實施方式至少包含通訊投票、代理  
03 投票、特別投票所投票及移轉投票等具體態樣，其實施對  
04 象、態樣及範圍涉及高度複雜性之立法政策決定，亦為極具  
05 爭議性之社會暨政治議題，性質上應由民意機關體察民情，  
06 盱衡全局、折衝協調後，再適時妥為立（修）法；待立法者  
07 制定或修正相關法制後，法院始能獲得依法裁判之法令依  
08 據；法院倘於個案中以一般給付訴訟之方式介入，不但與權  
09 力分立之憲法架構相違，亦可能將因多數受刑人個案間裁判  
10 歧異造成法秩序混亂不一之情形。從而，在目前立法者尚未  
11 制定或修正不在籍投票相關法制之情形下，上訴人顯難對被  
12 上訴人提起此一般給付訴訟即獲致得以於在監執行期間不在  
13 戶籍地行使投票權之結果。

14 (三)原審肯認上訴人所主張受刑人投票權如何行使之問題為法制  
15 上重要議題，必須慎重地加以討論、檢視。惟此議題涉及相  
16 關法律制度之根本設計架構，司法權本質上不適合也無從在  
17 此情形下，越過具有民意基礎之立法權，逕由個案判決創設  
18 具有普遍性的法律制度。蓋此類民主社群內對之存在合理意  
19 見分歧的一般性政策事務，具有民主正當性之立法機關或行  
20 政機關均比行政法院更有立場去權衡國內的需要與條件，在  
21 廣泛地徵詢各界意見以後，以在諸多政策選項中作出選擇。

22 (四)綜上，上訴人訴之聲明第2項關於就被上訴人設置投票所部  
23 分所提起預防性不作為訴訟，依其起訴時所述事實，在目前  
24 規範狀態下顯無公法上請求權存在，該部分在法律上即屬顯  
25 無理由，爰不經言詞辯論，逕以判決駁回之。

26 五、本院經核原判決駁回上訴人在原審之訴，並無違誤。茲就  
27 上訴意旨論斷如下：

28 (一)憲法第16條所定人民之訴訟權，乃人民於其權利受侵害時，  
29 得向司法機關訴請救濟之制度性保障。行政法院踐行訴訟程  
30 序須符合正當法律程序原則，使人民受公開、公平、公正之  
31 審判，為人民之訴訟權受憲法保障之核心領域。行政訴訟法

01 第188條第1項規定：「行政訴訟除別有規定外，應本於言詞  
02 辯論而為裁判。」同條第2項規定：「法官非參與裁判基礎  
03 之辯論者，不得參與裁判。」及第189條第1項規定：「行政  
04 法院為裁判時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依論  
05 理及經驗法則判斷事實之真偽。但別有規定者，不在此  
06 限。」固在貫徹言詞審理原則及直接審理原則之精神；但另  
07 方面，行政訴訟涉及組織、人員、經費等國家整體資源運  
08 用，其制度設計須有效能、效率之考量。行政訴訟法為提供  
09 人民「有效之權利救濟」，避免濫用司法資源，乃配合各種  
10 紛爭性質、原告訴訟請求以及法院裁判方式，建立不同之訴  
11 訟類型，使原告在具備一定要件時，得請求行政法院，對其  
12 與被告之法律爭議，以適當內容及效力之裁判，予以公允，  
13 並且經濟、迅速、有效之解決。惟原告之訴如依其所訴事  
14 實，在法律上顯無理由者，依同法第107條第3項規定，則得  
15 不經言詞辯論，逕以判決駁回，此即為同法第188條第1項之  
16 「別有規定」，因而得例外不經言詞辯論而為裁判。因此，  
17 如原告之訴，依其所訴之事實，並無證據有待調查審認，亦  
18 無法律上問題有待釐清，在法律上顯然不能獲得勝訴判決，  
19 即足以判斷在法律上顯無理由，為避免徒增當事人勞費及無  
20 謂耗損司法資源，自無進行無實質意義之言詞辯論程序之必  
21 要，以符訴訟經濟之原則。此為貫徹有效之權利救濟原則所  
22 為之必要程序設計。

23 (二)又按人民向行政法院請求判令行政機關未來不得作成損害其  
24 權利之行政行為之不作為訴訟，稱為預防性不作為訴訟，以  
25 此行政訴訟禁止之行為，除行政機關之事實行為外，也包括  
26 將作成之行政處分。預防性不作為訴訟具有事前審查性質，  
27 為免司法權過早介入行政權的決定空間，規避訴願前置程序  
28 的可能，因此，僅在人民將因行政機關作成之行政處分或其  
29 他公權力行為，而有發生重大損害之虞（或無可回復之重大  
30 不利益），且須在事後救濟已無實益或無可期待人民等到行  
31 政行為作成後再循行政救濟情形下，具特別權利保護必要

01 性，司法權始可事前介入審判。換言之，只有在訴願及撤銷  
02 訴訟不能達成有效權利保護，如不許可人民預防地發動行政  
03 訴訟程序以阻止行政處分或事實行為的作成，權利無從及時  
04 受到保護時，才例外的允許提起此類訴訟。而預防性不作為  
05 訴訟性質上屬於依行政訴訟法第8條提起之消極性給付訴  
06 訟，亦屬一般給付訴訟，故依一般給付訴訟之要件，仍須以  
07 其對該行政機關享有公法上之請求權（主觀公權利）始得為  
08 之。行政機關表現於外部之事實行為所據之行政法規範意旨  
09 倘未賦予人民公法上請求權者，則不能僅因該行政行為性質  
10 上屬事實行為，即謂人民得提起一般給付訴訟向行政機關請  
11 求應為該事實行為。再按「原告之訴，依其所訴之事實，在  
12 法律上顯無理由者，行政法院得不經言詞辯論，逕以判決駁  
13 回之。」行政訴訟法第107條第3項定有明文。若依原告起訴  
14 時所陳述之事實，顯無公法上請求權存在時，其訴在法律上  
15 即屬顯無理由，依前揭規定，行政法院得不經言詞辯論，逕  
16 以判決駁回之。

17 (三)上訴人均設籍在○○市○○區，於原審起訴時分別在○○○  
18 ○○○○○○○○及○○○○○執行中，均為在監執行之受刑  
19 人等情，為原審依法確定之事實，上訴人在被上訴人公告系  
20 爭罷免案投票日後，於109年5月15日分別提出書面向被上訴  
21 人請求將其年籍編入投票人名冊並在其所在監獄設立投票所  
22 供其行使系爭罷免案之投票權利，經被上訴人分別以109年5  
23 月25日函覆略以：監所受刑人是否得以不在籍投票方式行使  
24 選舉權，涉及法律之修正，倘選罷法修正通過，被上訴人自  
25 當配合辦理等語。上訴人不服而提起本件訴訟，其於原審訴  
26 之聲明第2項求為判決「被上訴人於上訴人受矯正執行期  
27 間，辦理總統、副總統與各級公職人員選舉、罷免、全國性  
28 公民投票與地方性公民投票，所編制之投票人名冊及設置之  
29 投票所，不得使上訴人需離去所在矯正機關始得進行投  
30 票」，其中關於請求被上訴人於未來設置投票所時不得使上  
31 訴人需離去所在矯正機關始得進行投票部分，因「設置投票

01 所部分」係屬事實行為，核上訴人係請求判命被上訴人不得  
02 為特定行政事實行為之預防性不作為訴訟，而非請求判命被  
03 上訴人作成特定內容之行政處分，性質上屬一般給付訴訟。  
04 惟依前揭說明，仍須以其對被上訴人具有公法上之請求權為  
05 前提，始得據以請求被上訴人履行。

06 (四)依選罷法第17條第1項規定：「選舉人，除另有規定外，應  
07 於戶籍地投票所投票。」同法第57條第1項規定：「公職人  
08 員選舉，應視選舉區廣狹及選舉人分布情形，就機關  
09 (構)、學校、公共場所或其他適當處所，分設投票所。」  
10 總統副總統選舉罷免法第13條第1項、第53條第1項、第75  
11 條、公民投票法第24條亦分別設有相類規定。足見依目前選  
12 罷法、總統副總統選舉罷免法及公民投票法之規定，投票所  
13 係設置在選舉區內，且選舉人投票，除另有規定外，以在籍  
14 投票為原則。目前相關法令僅於選罷法第17條第2項就投票  
15 所工作人員設有不在籍投票之例外規定(總統副總統選舉罷  
16 免法第13條第1項亦同有規定；公民投票法第24條亦設有準  
17 用規定)，立法機關尚未制定或授權主管機關訂定其他得辦  
18 理不在籍投票之具體規範。而關於受刑人不在籍投票之實施  
19 方式，關涉戶政機關(選舉人名冊之編造)、矯正機關及選務  
20 機關等各機關之職權，應待立法者制定或修正相關法制後，  
21 法院始能獲得依法裁判之法令依據，法院倘於個案中以一般  
22 給付訴訟之方式預為介入，顯與權力分立之憲法架構相違。  
23 原判決以目前立法者尚未制定或修正不在籍投票相關法制之  
24 情形下，上訴人顯難對被上訴人提起此一般給付訴訟即獲致  
25 得以於在監執行期間不在戶籍地行使投票權之結果，上訴人  
26 於原審訴之聲明第2項關於就被上訴人設置投票所部分所提  
27 起預防性不作為訴訟，依其起訴時所述事實，在目前規範狀  
28 態下顯無公法上請求權存在，該部分在法律上即屬顯無理  
29 由，因而不經言詞辯論，逕以判決駁回此部分訴訟，於法並  
30 無不合。上訴人主張類推適用選罷法第17條第2項規定使被  
31 上訴人於矯正機關所在地設置投票所，俾其得於矯正機關所

01 在地投票行使選舉、罷免之權利，亦無足採，縱原審依上訴  
02 人主張，行使闡明權，命追加類推適用選罷法第17條第2項  
03 規定為請求之基礎，其訴亦屬無理由，故原審縱未闡明上訴  
04 人追加此部分，仍未違闡明義務。上訴意旨主張在選罷法第  
05 17條第1項中「戶籍地」文義最大可能範圍內，即收容人於  
06 戶籍地矯正機關執行矯正或羈押之情形，係選務機關於行使  
07 同法第57條「分設投票所」職權，原審就被上訴人是否「有  
08 此義務」、其最終「分設投票所」之結果是否「合於義  
09 務」，自應調查被上訴人安排投票所之情況，且就義務之存  
10 否與履行進行法律上之辯論，始足據以裁判，迺原判決未經  
11 調查、辯論，亦未就上訴人關於本案之法律關係是否類推適  
12 用選罷法第17條第2項規定，是否不完足予以闡明，給予上  
13 訴人補充陳述之機會，逕認上訴人之訴「顯無理由」而不經  
14 言詞辯論駁回上訴人之訴，於法自有未合，訴訟程序有重大  
15 瑕疵云云，核係上訴人以其主觀一己之法律見解，就業經原  
16 判決論述不採之事由再予爭執，自無可採。

17 (五)又公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）及經濟社會文  
18 化權利國際公約（下稱經社文公約）所揭示保障人權之規  
19 定，固具有國內法律之效力，然其得否直接發生人民對國家  
20 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  
21 定，對如何之請求權內容及要件有無明確之規定而定。有明  
22 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  
23 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  
24 等教育規定，始得作為人民之請求權依據。至公政公約第25  
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  
26 別，不受無理限制，均應有權利及機會：……（二）在真  
27 正、定期之選舉中投票及被選。選舉權必須普及而平等，選  
28 舉應以無記名投票法行之，以保證選民意志之自由表現。」  
29 就如何之請求權內容及要件，並未明確規定，不得據以認為  
30 上訴人有就被上訴人設置投票所部分享有公法上之請求權，  
31 因此上訴人所提起預防性不作為訴訟，原審予以駁回，核無



01 違誤。上訴意旨主張公政公約第25條第1項第2款規定，確屬  
02 保障人民參政權之規定，且具有國內法律之效力，被上訴人  
03 行使其職權，應符合該規定，避免侵害人權，並應積極促進  
04 各項人權之實現，原判決以上訴人於法律上顯無理由，不經  
05 言詞辯論，判決駁回上訴人之訴，顯非適法，已明顯違反公  
06 政公約規定云云，無非係執其主觀一己之法律見解加以爭  
07 執，自無可採。

08 (六)審酌選罷法第17條第1項原即設有「除另有規定外」之明  
09 文，已預留其就不在籍投票制度之立法形成自由的空間，目  
10 前關於受刑人不在籍投票之相關法制空缺，並非選罷法第17  
11 條第1項規定本身違憲所致，尚難使本院在客觀上形成該法  
12 律為違憲之確信，故上訴人聲請本院裁定停止訴訟程序，並  
13 請求本院向憲法法庭聲請宣告違憲之主張，核無必要，附此  
14 敘明。

15 (七)綜上所述，原判決駁回上訴人在第一審之訴，經核結論並無  
16 違誤。上訴意旨指摘原判決違背法令，請求廢棄，為無理  
17 由，應予駁回。

18 六、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第255條第1  
19 項、第98條第1項前段、第104條、民事訴訟法第85條第1項  
20 前段，判決如主文。

21 中 華 民 國 112 年 5 月 30 日

22 最高行政法院第一庭

23 審判長法官 吳 東 都

24 法官 洪 慕 芳

25 法官 許 瑞 助

26 法官 侯 志 融

27 法官 王 俊 雄

28 以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

29 中 華 民 國 112 年 5 月 30 日

30 書記官 張 玉 純