

最 高 行 政 法 院 裁 定

112年度抗字第397號

抗 告 人 桃園市選舉委員會
(原審相對人)

代 表 人 蘇俊賓
備位相對人 中央選舉委員會
(原審相對人)

代 表 人 李進勇
共 同
訴訟代理人 顏碧志 律師
相 對 人 林祐良
(原審聲請人)

訴訟代理人 謝孟羽律師 (法扶律師)
薛煒育律師 (法扶律師)
陳宜均律師 (法扶律師)

輔助參加人 法務部

代 表 人 蔡清祥

上列當事人間聲請假處分事件，抗告人對於中華民國112年10月12日臺北高等行政法院高等行政訴訟庭112年度全字第50號裁定，提起抗告，本院裁定如下：

主 文

- 一、原裁定廢棄。
- 二、相對人在第一審先位之聲請駁回。
- 三、相對人備位之聲請駁回。
- 四、聲請及抗告訴訟費用由相對人負擔。

理 由

- 一、緣相對人林祐良(即原審聲請人，下稱其名)為年滿20歲之國民，現於○○○○○○○○○○(下稱○○○○)○○中，戶籍於民國000年00月遷入○○○○。中央選舉委員會(即

01 原審備位聲請之相對人，下稱中選會）定於113年1月13日辦
02 理第16任總統、副總統選舉及第11屆立法委員選舉（下合稱
03 系爭選舉）。林祐良委由社團法人監所關注小組函請中選
04 會、桃園市選舉委員會（即原審先位聲請之相對人，下稱桃
05 委會）於舉行系爭選舉時，在○○○○設置投票所。中選會
06 以112年3月27日中選務字第1120021603號函、桃委會以112
07 年3月28日桃選一字第1120005309號函復，略以：「……在
08 監所內設置投票所，屬於特設投票所，即選務機關針對特定
09 身分之選舉人，在特定地點設置投票所，以方便行使投票權
10 的一種投票方式。特設投票所為不在籍投票類型之一，考量
11 監所情況特殊，於監所特設投票所，允應於總統副總統選舉
12 罷免法及公職人員選舉罷免法明文規範，以避免爭議。」林
13 祐良乃依行政訴訟法第298條第2項規定向臺北高等行政法院
14 請求定暫時狀態處分，並聲明：1. 先位請求：桃委會於本案
15 行政爭訟程序確定前，應暫先准予於林祐良所在○○○○
16 內，設置系爭選舉之投票所或其他適當方法，供其行使前開
17 選舉之投票權。2. 備位請求：於本案行政訴訟確定前，暫時
18 確認中選會有使林祐良得以行使系爭選舉之選舉權之義務存
19 在。經原裁定准許林祐良先位之聲請，並敘明關於備位之聲
20 請，因林祐良先位之聲請為有理由，毋庸就其備位對中選會
21 之聲請加以裁判。桃委會不服原裁定關於林祐良先位之聲請
22 部分，乃提起抗告。

23 二、原裁定理由，略以：（一）先位之聲請部分：選舉權係受憲法保
24 障之基本權，有請求國家給付之積極受益功能。林祐良為戶
25 籍在○○○○4年之選舉權人，○○○○為可設置投票所之
26 「機關」，其依總統副總統選舉罷免法（下稱總統選罷法）第
27 13條第1項、第53條第1項及公職人員選舉罷免法（下稱公職
28 選罷法）第17條第1項、第57條第1項等規定，享有向直轄市
29 暨縣市之選舉委員會，請求在戶籍地○○○○設置投票所等
30 適當方法，供其行使選舉權之權利。且由桃委會在○○○○
31 內適當處所設置投票所供在籍受刑人投票，相較於由監獄人

01 力戒護在籍受刑人至監獄外投票所投票，更能降低行政成本
02 與意外風險，而有效達成行政目的符合比例原則之方法。林
03 祐良本案勝訴可能性不低。依國際人權公約審查委員會於11
04 1年5月13日出具對我國關於落實兩公約(公民與政治權利國
05 際公約及經濟社會文化權利國際公約所合稱)第3次報告之審
06 查結論意見建議及公民與政治權利國際公約第25條明確規
07 定，所有公民都有權利和機會在真正的定期選舉中投票，不
08 應遭受任何歧視。林祐良因在監執行，依現行實務事實上無
09 法行使投票權，其受憲法保障之選舉基本權已因桃委會之消
10 極不作為而受侵害，且就即將舉行之系爭選舉有選舉權卻無
11 法行使，實屬重大之損害，如待本案勝訴，也無從再行使本
12 次選舉權，權利將無法回復，有急迫之危險。監獄設投票所
13 供受刑人投票，早為各國採行，相關經驗均可參考，非難以
14 執行。如不准許林祐良所請，對民主法治及基本權制度保障
15 之危害均鉅。監獄投票所在籍居民之劃設，擬限於在籍受刑
16 人或尚包括周遭一定範圍之居民，應由桃委會裁量劃定。可
17 否參採法國、加拿大做法，在獄內設置投票「分」所，於投
18 票完成後，票匱密封即刻以全程錄影方式最短時間送至獄外
19 最近投票所以保公正，並同步播放合併開票等運用科技設備
20 方式，桃委會非無裁量空間。若最終規劃僅限受刑人在監投
21 票，也屬適當之處所，如欲將獄外眾多在籍民眾劃入監獄選
22 區範圍，應解決獄外民眾入監投開票之問題。監獄作為一個
23 政府機關，可供臨時設投票所之處，含大門內之中庭、廣
24 場、走廊、庭院、停車場、庫房等各類空間，擇一適當場所
25 供獄外民眾入內投票與開票(如同洽公一般)，同時也供受刑
26 人在建物圍牆內就近到場投票(如同出公差一般)，並非不可
27 行。一名選舉人投票所需時間不過數分鐘，受刑人身分十分
28 特定，毋庸費時查證，整體投票所需時間不多，可得控制。
29 審酌桃委會提供林祐良於系爭選舉投票權行使之方式，有除
30 在○○○○設置投票所外，尚容有其他適當方式之行政裁量
31 空間，以確保其投票權之行使。林祐良先位之聲請所防免確

01 保基本權不受侵害且深化民主之利益，大於及早增設投票所
02 將產生行政作業支出等有限公益之損害，有保全之必要。爰
03 准林祐良先位之聲請，至備位對中選會之聲請則毋庸加以裁
04 判等語。

05 三、桃委會抗告意旨略以：總統選罷法第9條及其施行細則第24
06 條、公職選罷法第11條及其施行細則第30條等規定，僅為機
07 關權限劃分規定，林祐良與桃委會間不存在繼續性公法上法
08 律關係之爭執。又對於特定身分或特殊情狀之選舉人，總統
09 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
10 於「投票所之工作人員」及「返國行使選舉權之選舉人」為
11 特別規定，其餘均為劃一規定，未對受刑人另為特別規定，
12 林祐良並無請求桃委會於○○○○設置投票所之主觀公權
13 利。林祐良因在監執行無法投票乃其人身自由受限制所必須
14 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
15 投票，難認其無法於系爭選舉行使投票權，有何非僅通常而
16 難以回復之損害，然若許特設投票所供林祐良投票，違反無
17 記名投票及平等原則，後續開票及其本案如受敗訴判決，如
18 何剔除其選票？此等影響選舉結果信任之公益遠大於私益。
19 且林祐良之聲請係以假處分聲請達到本案請求之目的，違反
20 本案預為裁判禁止原則等語。

21 四、本院查：

22 (一)林祐良於原審同一聲請程序，以桃委會與中選會為相對人，
23 並表明其先位對桃委會之聲請為無理由時，始請求對中選會
24 為裁判(見原審卷第504頁)。審酌林祐良本案先、備位聲請
25 所據之基礎事實同一，攻擊防禦方法可相互為用，中選會亦
26 未拒卻而於原審應訴並陳述意見等情，本於尊重當事人處分
27 權及程序經濟，程序上爰許林祐良為上揭預備合併之聲請。
28 惟第一審如就先位之聲請為林祐良勝訴之裁定，在尚未確定
29 前，備位聲請之訴訟繫屬並未消滅，且在第一審所為之訴訟
30 行為，於第二審亦有效力，是該備位之聲請，雖未經第一審
31 裁判，亦應解為隨同先位之聲請繫屬於第二審而生移審之效

01 力，即林祐良先位之聲請勝訴，備位之聲請未受裁判，經桃
02 委會合法抗告時，備位之聲請即生移審效力。然因中選會尚
03 未受原審裁判，而不得謂其為抗告人或視同抗告人，爰列中
04 選會為備位相對人。本院並依行政訴訟法第49條之1第8項規
05 定裁定命林祐良與中選會補正委任合法訴訟代理人，均經其
06 等補正後向本院陳述意見，合先敘明。

07 (二)關於先位之聲請：

08 1.抗告法院認抗告為有理由者，應廢棄或變更原裁定；非有必
09 要，不得命原法院或審判長更為裁定，行政訴訟法第272條
10 第3項準用民事訴訟法第492條規定甚明。

11 2.行政訴訟法第298條第2項規定：「於爭執之公法上法律關
12 係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險而有必要時，
13 得聲請為定暫時狀態之處分。」同條第3項規定：「前項處
14 分，得命先為一定之給付。」可知，定暫時狀態之處分係於
15 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
16 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
17 裁定後，在本案執行前，可依該裁定所定暫時狀態實現其權
18 利，相對人亦應暫時履行其義務，而在一定範圍內會造成達
19 到本案勝訴判決之相同結果。因此，必須聲請人有爭執之公
20 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
21 之必要時，始得為之。依行政訴訟法第302條準用同法第297
22 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
23 分請求及原因，應釋明其與相對人間有爭執之法律關係，及
24 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，
25 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
26 點判斷，形成本案訴訟勝訴可能性較高之心證，及如不准許
27 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
28 可能性之心證，而認有必要加以防止。聲請人如未能釋明，
29 其聲請即難以准許。

30 3.林祐良先位聲請爭執之法律關係為桃委會應否於林祐良戶籍
31 所在○○○○內，設置系爭選舉之投票所或其他適當方法，

01 供其行使前開選舉之投票權。按選舉乃多數人民透過集中意
02 志，決定民意代表或各級政府首長之行為。而選舉權為民主
03 憲政制度下之產物，非人民與生俱來之原始權利，其行使須
04 賴國家(主要是立法者)建立制度、設定程序，方足以實現
05 之。憲法第17條明文保障人民享有選舉權，並於第129條明
06 定除憲法別有規定外，憲法所規定之各種選舉，以普通、平
07 等、直接及無記名投票之方法行之；第130條前段則規定中
08 華民國國民年滿20歲者，有「依法」選舉之權。惟人民選舉
09 權之具體享有及其行使，須以選舉制度之存在為前提，而憲
10 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
11 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
12 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
13 成合於憲法明定之普通、平等、直接及無記名投票方式之選
14 舉法制。是憲法第17條所保障之選舉權，除憲法明定事項
15 外，並不具備特定之實體法保障內涵，而應由立法者立法建
16 立完整選舉法制後，憲法保障選舉之要求始得具體化(憲法
17 法庭112年憲判字第11號判決理由參照、蔡宗珍大法官提
18 出、林俊益大法官、張瓊文大法官、楊惠欽大法官加入之部
19 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
20 照)；憲法及立法者對於選舉制度的內容有相當充分的形成
21 空間，包括對人民選舉權資格及行使方式(如投票日期、地
22 點、方法等)的合理限制，憲法第130條前段規定其中「依
23 法」即可謂上述立法形成之憲法依據(憲法法庭同號判決黃
24 昭元大法官部分不同意見書第8段參照)。

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

29 5.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
30 條、第3章第6節訂定有關「投票及開票」之規定，共同形成
31 選舉制度中有關人民選舉權行使方式之指引。因此，公職選

01 罷法第17條第1項：「選舉人，除另有規定外，應於戶籍地
02 投票所投票。」及第57條第1項：「公職人員選舉，應視選
03 舉區廣狹及選舉人分布情形，就機關（構）、學校、公共場
04 所或其他適當處所，分設投票所。」之規定（總統選罷法第2
05 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
06 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
07 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
08 求立法者形成之選舉權行使方式。

09 6.是以對照公職選罷法第3條第1項：「公職人員選舉，以普
10 通、平等、直接及無記名單記投票之方法行之。」第57條第
11 5項：「投票所於投票完畢後，即改為開票所，當眾唱名開
12 票。開票完畢，開票所主任管理員與主任監察員即依投開票
13 報告表宣布開票結果，除於開票所門口張貼外，並應將同一
14 內容之投開票報告表副本，當場簽名交付推薦候選人之政
15 黨，及非經政黨推薦之候選人所指派之人員……。」第63
16 條：「（第1項）選舉之投票，由選舉人於選舉票圈選欄上，
17 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
18 居國外國民立法委員選舉，圈選一政黨。（第2項）選舉人圈
19 選後，不得將圈選內容出示他人。……」等規定（總統選罷
20 法第2條、第53條第4項、第59條有相類規定），可知公職選
21 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
22 場域設置投票所，透過不特定多數人公眾監督選務，兼有保
23 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
24 舉人可在無顧忌之自由環境下，以無記名方式投票（秘密投
25 票）。投票時間一截止，採取各投票所各別開票，即各投票
26 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
27 動將投票所改為公眾得監督之公開、透明之現場開票所，而
28 在不特定公眾可見聞、見證整個開票過程之場景下，當場清
29 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
30 投票匭，當眾唱名開票、記票、核對及宣布各開票所之開票
31 結果，以確保每張以自由意志投入票匭之選票，自始至終受

01 到公開、公平、公正與公眾監督之保障，而能直接完整且真
02 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
03 制度。

04 7.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
05 選舉人分布情形，就機關（構）、學校、公共場所或其他適
06 當處所，分設投票所，供選舉權人於其戶籍地投票，其所列
07 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
08 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
09 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
10 眾得見聞、見證之各別開票所，進行現場公開唱票、記票之
11 選舉權行使方式。從而尚難得出人民有依系爭規定，請求在
12 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
13 如矯正機關內（監獄）設置投票所，供收容人（含監獄受刑人）
14 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
15 票，或以特殊方式供收容人行使投、開票之請求權。而此為
16 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
17 性、細節性之執行方法。矯正機關收容人等各種特殊情況選
18 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，
19 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
20 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
21 定行為，而為周全之保障，核屬立法通盤考量之裁量範疇。
22 至於憲法法庭112年憲判字第11號判決係選舉幽靈人口案，
23 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
24 涵，解釋上也包括依自己意願選擇在何處投票之自由等文
25 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
26 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
27 行使選舉權，並以刑事禁止規範，禁止人民基於支持特定候
28 選人當選之意圖，以遷徙戶籍而未實際居住戶籍地之方式，
29 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
30 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
31 設置投票所供選舉權人投票之問題。林祐良執以主張人民有

01 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
02 所之請求權，尚難採據。

03 8.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
04 法者形成，始符我國民主共和國及國民主權原則。外國或許
05 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
06 之民主國家—英國，於歷經200多年歷史，直到西元2017年
07 才正式公告確定修正方向，著手修法，期待可能逐步開放之
08 情形(盧映潔、李莉娟合著「受刑人投票權之發展與實踐」
09 參照)，可見各國選舉制度為各國立法形成空間。是以，國
10 外對監獄受刑人之選舉制度，或可供我國立法參考，然不足
11 直接成為我國人民之請求權依據。法院倘於個案中以定暫時
12 狀態處分之方式預為介入，與權力分立之憲法架構有違。又
13 公民與政治權利國際公約第25條之規定，固具有國內法律之
14 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
15 之請求權，仍應視我國就選舉制度有如何具體化之請求權內
16 容及要件。

17 9.凡此，均待受理本案法院審酌兩造之主張並依調查結果綜合
18 判斷，本院尚無法在本件定暫時狀態處分之緊急程序，形成
19 林祐良本案訴訟勝訴可能性較高之心證。又因系爭選舉應採
20 無記名、秘密方式投票，本件若准林祐良之聲請在○○○○
21 內設置投票所，如由林祐良1人在該投票所投票，有違秘密
22 投票；如係與戶籍在同監獄之其他受刑人，或讓選務工作人
23 員、同戶籍區域其他一般居民共同在該投票所投票，模型多
24 樣，而有選票混合難辨之可能；倘林祐良事後本案敗訴，以
25 上各情均可能影響選舉結果之重大公益。且因林祐良已藉由
26 定暫時狀態處分達成本案訴訟之目的，其另行提起之本案裁
27 判亦隨之失其意義。林祐良雖主張若其本案敗訴，可透過選
28 舉無效之訴重行投票回復選舉結果云云，惟公職選罷法第11
29 8條、第119條(總統選罷法第102條、第103條)所稱之選舉無
30 效，係指選舉委員會辦理選舉違法，足以影響選舉結果者而
31 言。然而，本件如係法院定暫時狀態處分命桃委會於監所內

01 設置投票所供選舉權人投票，是否符合選舉無效之要件，亦
02 有疑義。且如因此認為有選舉無效致同一投票所之其他選舉
03 權人應重行投票，更見其對其他投票權人之權利及原投票結
04 果之選舉公益有重大影響。衡酌本件若准許林祐良之聲請，
05 其對系爭選舉結果之公共利益造成巨大且難以回復之影響遠
06 高於其個人防免暫時不能行使投票權之損害，即與公益有重
07 大違反。經綜合衡量比較本件如暫時准許林祐良定暫時狀態
08 處分之聲請對影響選舉結果公益所造成之重大損害，遠甚於
09 未准林祐良之聲請而其事後獲本案勝訴所生之個人損害，尚
10 無從認有准予定暫時狀態處分之必要。

11 10.又許宗力大法官於司法院釋字第755號解釋提出之協同意見
12 書，係謂受刑人在監禁期間，其所擁有各種基本權利中，除
13 人身自由遭受限制，以及附帶造成其他自由權利的當然限制
14 外，其他憲法所保障之基本權利，「監獄」如欲加以限制，
15 仍需符合目的正當，手段合乎比例性的憲法要求，其並未特
16 地就監獄受刑人之「選舉權」之行使提出意見，原裁定引述
17 該號解釋許宗力大法官關此部分之協同意見書容有不盡相符
18 之處，併此敘明。

19 11.綜上，林祐良未能釋明其本案勝訴之可能性較高，及定暫時
20 狀態處分之必要。林祐良先位之聲請，請求「桃委會於本案
21 行政爭訟程序確定前，應暫先准予於林祐良所在○○○○
22 內，設置系爭選舉之投票所或其他適當方法，供其行使前開
23 選舉之投票權」，與定暫時狀態處分之聲請要件不符，不應
24 准許。原裁定准予林祐良先位聲明之請求，自有違誤。抗告
25 意旨求予廢棄並駁回林祐良之聲請，為有理由，應由本院將
26 原裁定廢棄，並自為裁定駁回林祐良此部分之聲請。

27 (三)關於備位之聲請：

28 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
29 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
30 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
31 重大之損害或急迫之危險，提前給予規制性之處分，使聲請

01 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
02 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
03 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
04 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
05 護之必要。

06 2. 經查，依林祐良所述事實，係請求於本案確定前，得於系爭
07 選舉行使投票權，惟其備位之聲請，係請求：「於本案行政
08 訴訟確定前，暫時確認中選會有使林祐良得以行使系爭選舉
09 之選舉權之義務存在」，依前開規定及說明，林祐良對中選
10 會所為上開義務之確認，並無法達到林祐良所述定暫時狀態
11 處分之目的，自屬欠缺暫時權利保護之必要，且亦難認林祐
12 良已釋明其本案勝訴之可能性較高，及有定暫時狀態處分之
13 必要，其聲請即難以准許，應予駁回。

14 (四) 綜上所述，林祐良先位之聲請，與定暫時狀態處分之聲請要
15 件不符，不應准許。原裁定准予林祐良先位聲明之請求，自
16 有違誤。抗告意旨求予廢棄並駁回林祐良此部分之聲請，為
17 有理由，應由本院將原裁定廢棄，並自為裁定駁回林祐良在
18 第一審之聲請。至林祐良備位之聲請，亦與定暫時狀態處分
19 之聲請要件不符，不應准許，亦應予駁回。

20 五、據上論結，本件抗告為有理由，相對人林祐良備位之聲請為
21 無理由。依行政訴訟法第272條第3項、第104條、民事訴訟
22 法第492條、第95條、第78條，裁定如主文。

23 中 華 民 國 112 年 11 月 16 日

24 最高行政法院第二庭

25 審判長法官 陳 國 成

26 法官 王 碧 芳

27 法官 蔡 如 琪

28 法官 陳 文 燦

29 法官 簡 慧 娟

30 以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

01 中 華 民 國 112 年 11 月 16 日
02 書記官 蕭 君 卉