最　高　行　政　法　院　判　決

113年度上字第662號

上　訴　人　林瑞英

訴訟代理人　林維信　律師

被 上訴 人　嘉義縣選舉委員會

代　表　人　羅木興

上列當事人間公職人員選舉罷免法事件，上訴人對於中華民國113年9月24日高雄高等行政法院113年度訴字第152號判決，提起上訴，本院判決如下：

主　文

一、上訴駁回。

二、上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

一、上訴人為民國111年地方公職人員選舉-嘉義縣番路鄉第22屆鄉民代表選舉（下稱系爭選舉）第2選區候選人。因系爭選舉當選人林朝新有行為時公職人員選舉罷免法（下稱選罷法）第26條第4款情事，經臺灣嘉義地方法院（下稱嘉義地院）及臺灣高等法院臺南分院（下稱臺南高分院）民事判決當選無效確定，並經嘉義縣政府於112年10月6日解除其職權。上訴人於112年10月20日向被上訴人申請應公告上訴人當選、重行公告其當選或作成遞補其為系爭選舉鄉民代表之行政處分。被上訴人以112年10月30日嘉縣選一字第1120001399號函（下稱系爭函或原處分）復上訴人略以，林朝新係有行為時選罷法第26條第4款事由而遭判決當選無效定讞，惟其得票數並無重行審認；另當選人有同法第120條第1項第3款之情事時，始有同法第74條第2項規定之適用，因其他原因而受判決當選無效，依法並無遞補規定之適用，因此無法公告上訴人得以遞補。上訴人不服，提起訴願，經中央選舉

委員會113年2月19日113年中選訴字第3號訴願決定駁回後，向高雄高等行政法院（下稱原審）提起行政訴訟，並聲明：1.訴願決定及原處分均撤銷。2.被上訴人應公告上訴人當選系爭選舉鄉民代表；或應重行公告上訴人當選系爭選舉鄉民代表；或應作成上訴人遞補系爭選舉鄉民代表之行政處分。經原審以113年度訴字第152號判決（下稱原判決）駁回，上訴人遂提起本件上訴（上訴人於113年9月2日以言詞辯論狀向原審追加聲明，訴請撤銷被上訴人111年11月20日嘉縣選一字第1113150258號選舉候選人名單公告之附件一「番路鄉第2選舉區(2)林朝新」部分及111年12月2日嘉縣選一字第1113150280號當選人名單公告之附件一「番路鄉第02選舉區林朝新」部分，另經原審以其追加之訴不合法而裁定駁回，不在本件審理範圍）。

二、上訴人起訴主張與被上訴人在原審之答辯均引用原判決之記載。

三、原審為不利上訴人之判決，係以：㈠被上訴人固依職權對於其辦理轄區內鄉民代表之選舉結果為審查並作成當選公告之決定，如選舉結果不正確（即經法院判決得票數變動致影響當選結果之情形），依行為時選罷法第74條第1項規定應予重新公告，或有同條第2項規定之情形而造成當選結果缺額者，則應辦理遞補程序，然此係選務機關基於維護選舉結果正確及選舉公正性之公益目的，本於職權依法定程序而為之，與公共利益有關，並不涉及個人私益保障，參酌司法院釋字第469號解釋理由所揭示保護規範理論，尚無賦予人民對於選務機關得依法提起行政救濟之公法上請求權。換言之，上訴人在法律上顯無要求被上訴人發動當選公告或遞補缺額等權限之公法上請求權，故上訴人112年10月20日行政申請書，非屬依法申請之案件，充其量僅係促使被上訴人發動職權，選罷法既未賦予人民有請求地方選務機關公告當選、重新公告當選或辦理遞補之公法上權利，則系爭函即不發生准駁之效力，自非行政處分，上訴人不得提起課予義務

訴訟。㈡上訴人為系爭選舉之候選人，被上訴人於111年12月2日公告選舉結果，上訴人得票數238票，得票數排序第5名，應選共4名，上訴人未當選。而系爭選舉之當選人林朝新前於111年4月19日因犯刑法第185條之3第1項第1款不能安全駕駛之公共危險罪，經嘉義地院111年度嘉交簡字第400號刑事簡易判決判處有期徒刑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，故林朝新於系爭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未執行完畢，亦未受緩刑宣告，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，惟其登記參選並經被上訴人公告當選，符合行為時選罷法第29條第1項第2款所定情事。檢察官乃依選罷法第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，其提起上訴，復經臺南高分院於112年9月20日以112年度選上字第5號民事判決駁回確定。是民事法院係以林朝新有行為時選罷法第26條第4款所定事由，判決當選無效，並非以候選人得票數有變動致影響當選或落選為判決當選無效之理由，核與行為時選罷法第74條第1項規定有間。又林朝新並非因行為時選罷法第120條第1項第3款情事而經判決當選無效，亦與同法第74條第2項規定之要件有別，自無從適用該規定。是縱認上訴人具有提起本件訴訟之公法上請求權，其訴仍無理由。㈢上訴人另主張依國家賠償法第2條第2項及第7條第1項規定，被上訴人負有回復原狀之義務，應作成上訴人當選之行政處分。惟國家賠償法第7條第1項但書規定之「回復原狀」，不包括撤銷前處分並命作成特定處分之情形。是上訴人有關被上訴人應作成特定行政處分之主張，洵屬無據。又選舉制度係由立法者形成，對於行為時選罷法第74條第1、2項規定以外之當選無效情形，被上訴人應為何種具體作為或其審查要件為何，法無明文，應由立法者制定或修正相關法制後，法院始能依法裁判。從而，上訴人並無

公法上請求權得請求被上訴人作成公告其當選系爭選舉鄉民代表之行政處分等語，判決駁回上訴人在原審之訴。

四、本院經核原判決駁回上訴人在原審之訴，結論並無違誤。茲就上訴意旨補充論斷如下：

㈠我國行政訴訟審判權採概括主義，行政訴訟法第2條規定公法上的爭議，除法律別有規定外，得依同法提起行政訴訟。依法辦理選舉罷免事件所生的法律上爭議，本質上為公法上爭議，於有以司法救濟途徑保障人民之權利或法律上利益的必要時，法院應擔負司法審查的責任，至於劃歸為民事法院或行政法院的審判權限，則屬立法裁量的範圍。因此，行政訴訟法第10條及第11條規定選舉罷免事件的爭議，除法律別有規定外，得依同法提起行政訴訟，並依其性質，準用撤銷、確認或給付訴訟有關的規定。按行政訴訟法第5條第2項規定：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」可知，人民請求中央或地方機關作成行政處分遭否准時，得依本條項提起課予義務訴訟，此亦為選舉罷免事件所準用。其中所謂「依法申請」，係指法規有賦予人民申請之權利。我國行政訴訟係保障人民之主觀公權利，個人是否具有公法上權利，以保護規範理論為界定之基準。如法律已明確規定特定人得享有權利，或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求權者，其規範目的在於保障個人利益，固無疑義；如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知其有保障特定人之意旨時，受該法律保護之人，亦具有公法上請求權（司法院釋字第469號解釋理由書參照）。故若法規有賦予人民得為此申請之權利，僅是個案申請人之情形不合於要件，則為有無理由問題，尚非指其非屬依法申請之案件。

㈡行為時選罷法第26條規定：「有下列情事之一者，不得登記為候選人：一、動員戡亂時期終止後，曾犯內亂、外患罪，經依刑法判刑確定。二、曾犯貪污罪，經判刑確定。三、曾犯刑法第一百四十二條、第一百四十四條之罪，經判刑確定。四、犯前三款以外之罪，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。……」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；當選後依第一百二十一條規定提起當選無效之訴：……二、有第二十六條……之情事。」又選罷法第121條第1項規定：「當選人有第二十九條第一項所列各款之一……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。」第122條規定：「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。」第123條規定：「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。」鄉（鎮、市）民代表經法院判決當選無效確定，由縣政府分別解除其職權或職務，地方制度法第79條第1項第1款亦有明文。由上開規定可知，因犯行為時選罷法第26條第1款至第3款所規定以外之罪，經判處有期徒刑以上之刑確定，尚未執行或執行未畢，且未受緩刑宣告者，不得登記為候選人。候選人名單公告後，經發現候選人在公告前或投票前有同條第4款情事者，投票前由選舉委員會撤銷其候選人登記；投票後若其當選，則由選舉委員會、檢察官或同一選舉區之候選人依同法第121條規定提起當選無效之訴。權責機關（縣政府）依選罷法第122條、地方制度法第79條第1項第1款規定解除當選人職務，係以當選人經法院判決當選無效確定且已就職為要件。且當選人就職後職務上之行為，尚不受當選無效判決之影響。

㈢行為時選罷法第74條規定：「（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因第一百二十條第一項第三款之情事，經法院判決當選無效確定者或當選人有褫奪公權尚未復權之情形時，其缺額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。但遞補人員之得票數不得低於選舉委員會原公告該選舉區得票數最低之當選人得票數二分之一。」第120條第1項第3款規定：「當選人有下列情事之一者，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，自公告當選人名單之日起三十日內，向該管轄法院提起當選無效之訴：……三、有第九十七條、第九十九條第一項、第一百零一條第一項、第一百零二條第一項第一款、刑法第一百四十六條第一項、第二項之行為。」依上開規定可知，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，始由主管選舉委員會重行審定，並依審定結果而撤銷已公告當選者或重行公告應當選者，不適用重行選舉或缺額補選規定，若候選人得票數並無變動致影響當選或落選之情事，即無上開規定之適用；又當選無效之訴於行為時選罷法第120條第1項有3款不同事由，惟立法者僅就其中第3款事由明文由落選人依得票數之高低順序遞補缺額，顯見對於其他事由係有意排除缺額遞補規定之適用。

㈣經查，上訴人為系爭選舉之候選人，被上訴人於111年12月2日公告選舉結果，上訴人得票數238票，得票數排序第5名，應選共4名，故上訴人未當選。系爭選舉當選人林朝新前因犯刑法第185條之3第1項第1款不能安全駕駛之公共危險罪，於系爭選舉登記期間截止日即111年8月31日，已受法院判處

有期徒刑確定尚未執行完畢，亦未受緩刑宣告，而有行為時選罷法第26條第4款不得登記為候選人情事，惟其仍登記參選並經被上訴人公告當選，因符合同法第29條第1項第2款事由，檢察官依同法第121條第1項提起當選無效之訴，經嘉義地院112年度選字第7號民事判決林朝新當選無效，復經臺南高分院於112年9月20日以112年度選上字第5號民事判決駁回其上訴確定，嘉義縣政府即於112年10月6日解除職權在案。上訴人於112年10月20日向被上訴人申請應公告其當選、重行公告其當選或作成遞補其為系爭選舉鄉民代表之行政處分，經被上訴人以原處分否准等情，業經原判決依調查證據之辯論結果予以認定在案，核與卷內證據資料相符。原判決並指明：民事法院係以林朝新有行為時選罷法第26條第4款所定事由，判決林朝新當選無效，並非以候選人得票數有變動致影響當選或落選為當選無效之理由，核與同法第74條第1項重行公告規定有間。又林朝新係犯刑法第185條之3第1項第1款不能安全駕駛之公共危險案件，而經民事法院判決當選無效確定，並非因行為時選罷法第120條第1項第3款情事而經民事法院判決當選無效，亦與同法第74條第2項規定之要件有別，無從適用該遞補規定；且立法者上開由落選人依得票數之高低順序遞補該等「因妨害投票行為」所產生缺額之規定，旨在鼓勵其他候選人勇於檢舉賄選，本件原當選人林朝新係因公共危險案件而遭判決當選無效，與上開立法目的有別，無從類推適用行為時選罷法第74條第2項規定。又國家賠償法第7條第1項回復原狀但書規定之「回復損害發生前原狀」，並不包括撤銷前處分並命作成特定處分之情形，上訴人有關被上訴人應依國家賠償法之回復原狀義務作成公告其當選之主張，洵屬無據等語，已敘明其判斷之依據及得心證之理由，亦就上訴人在原審主張之論據，何以不足採取，分別予以指駁，並無違反經驗法則、論理法則或理由不備等情事。原審據而駁回上訴人在原審之訴，認事用法並無違誤，核無判決違背法令之情形。

㈤至於上訴意旨主張：被上訴人於系爭選舉登記截止日111年8月31日翌日函詢臺灣嘉義地方檢察署有關各候選人之消極資格，經該署同年9月8日函復，明確告知林朝新易服社會勞動之履行期間為111年9月15日至112年1月14日，顯見被上訴人知悉林朝新具候選人消極資格，且距投票日111年11月26日尚2個月有餘，足徵被上訴人確有撤銷林朝新候選登記之作為義務。上訴人對於林朝新有候選人消極資格，則完全不知情，並無故意過失，符合結果除去請求權之要件。選罷法並無規定選舉委員會應於投票日後幾日內為當選公告，或逾時即不得再為當選公告，足徵被上訴人尚非不得回復至違法行政不作為前狀態。上訴人於系爭選舉之得票238票，已超過選罷法第70條第1項第2款規定之最低當選門檻88票，倘被上訴人依法履行其審查候選人資格之作為義務，上訴人應當選而得服公職，然因被上訴人怠於審查，直接侵害上訴人服公職權利，被上訴人拒絕公告上訴人當選，亦與平等原則相悖，因認原判決有不適用法規或適用不當及判決理由不備之違背法令云云。惟查，選舉委員會應於投票日後7日內公告當選人名單，業明定於選罷法第38條第1項第6款，上訴意旨有關當選公告並無期限之主張，自無可採。且被上訴人已於111年12月2日公告系爭選舉之當選人名單，第2選區應選4名，當選人即林宜清、洪研蘋、丁秀蘭及林朝新（原審卷第81、87頁），並非未為系爭選舉當選結果之公告，尚無從另為當選公告。如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，被上訴人始依行為時選罷法第74條第1項規定重行審定及重行公告，本件候選人得票數既未因林朝新當選無效判決而有變動，依法亦無從為重行公告。至於上訴人於系爭選舉得票數238票，因排序第5名而未當選，上訴人固主張其已超過選罷法第70條第1項第2款規定之最低當選門檻88票，被上訴人應撤銷林朝新候選人登記，回復至違法行政不作為前之狀態，並為其當選公告等語。惟選舉投票係一次性之行為，縱

回復至投票前撤銷林朝新候選人登記，因候選人組合已有改變，除法律明定應採用原投票結果外，非可當然認為投票時上訴人仍應維持原得票數及達到該最低當選門檻，自難逕依原投票結果而認上訴人必可當選。是上訴人上開主張，洵非可取。至於上訴意旨有關撤銷被上訴人候選人名單公告及當選人名單公告之主張部分，業經原審以其為追加之訴不合法而裁定駁回，不在本件審理範圍，附此敘明。

㈥原判決另論及選罷法既未賦予人民有請求地方選務機關公告當選、重新公告當選或辦理遞補之公法上權利，故上訴人於112年10月20日向被上訴人所為申請，非屬上訴人得「依法申請」之案件，僅為陳情或建言性質，係促使被上訴人儘速發動職權，則被上訴人以系爭函答復上訴人，即不發生准駁之效力，並非行政處分，上訴人自不得提起課予義務訴訟，其訴為不合法等語。然按，經發現當選人在投票前有行為時選罷法第26條第4款不得登記候選人事由者，依同法第29條第1項第2款規定，除選舉委員會、檢察官外，同一選舉區之候選人亦得依選罷法第121條第1項規定，以當選人為被告提起當選無效之訴，足認選罷法雖係為公共利益或一般國民福祉而設，但公平選舉亦為保障人民憲法服公職權之實現，觀察上開第26條第4款、第29條第1項第2款及第121條第1項之整體結構，該條文既准許同一選舉區其他候選人得對當選人提起當選無效之訴，可知亦具有保障該同一選舉區其他候選人之意旨，而為其保護規範。至於一般選舉人，既未得據此提起當選無效之訴，則非屬保護規範。上訴人為系爭選舉第2選區候選人，係主張同選區當選人林朝新有行為時選罷法第26條第4款、第29條第1項第2款規定經判決當選無效確定情事，認其權益受有違法損害，而向被上訴人申請應公告其當選、重行公告其當選或作成遞補其為系爭選舉鄉民代表之行政處分。依上所論，尚難認其為非依法申請之案件，僅是訴有無理由之問題，原審贅論其訴不合法，雖有未洽，惟原

判決業以實體理由駁回上訴人第一審之訴，此部分上訴仍為無理由，應予駁回。

㈦綜上所述，原判決駁回上訴人在原審之訴，結論尚無違誤。上訴論旨指摘原判決違背法令，求予廢棄，為無理由，應予駁回。

五、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第255條第1項、第98條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　6　　月　　30　　日

最高行政法院第二庭

審判長法官　陳　國　成

法官　林　麗　真

法官　簡　慧　娟

法官　蔡　如　琪

法官　高　愈　杰

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　　華　　民　　國　　114　　年　　6　　月　　30　　日

書記官　章　舒　涵