

憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決協同意見書

許志雄大法官 提出

蔡明誠大法官 加入

原因案件涉及俗稱「幽靈人口」之選舉犯罪。本號判決就系爭之刑法第 146 條各項規定及確定終局判決，分別作成合憲及違憲判斷。關於判斷結果，本席敬表贊同，惟為闡明其旨趣，以下從國民主權原理、民主原則、代表制，以及選舉權之性質與限制等角度，提出數點協同意見。

一、國民主權與民主制度

選舉乃人民參政權之行使，與國民主權及民主息息相關。多數意見特別表明，選舉為「落實民意政治、責任政治之民主基本原則不可或缺之手段，並同時彰顯主權在民之原則」(理由第 61 段參照)。惟依照主權行使方式及權限分配之不同，民主制度大體上可區分為代表制(間接民主制)、半直接制(半直接民主制)與直接制(直接民主制)三種。這種區分著眼於國民與議會(立法)之關係，至於總統制、議會內閣制及議會統治制之區分，則著眼於議會與政府之關係，二者分屬不同之民主類型論¹。在憲法學上，通常前者為國民主權原理及民主原則之課題，而後者則劃歸權力分立原理及統治機構論之範疇。

於直接制下，國民直接行使立法權，決定國家意思，故無議會之存在。反之，實施代表制之國家，國民唯有透過代表方能形成國家意思。至於半直接制，則介於二者之間，一

¹ 大石真著，立憲民主制，信山社，1996 年，頁 149。

方面具備代表制度，他方面在一定要件下，國民有直接介入立法作用及其他國政之機會。就比較法觀之，創制、複決或公民投票，屬於常見之半直接制之技術²。參照法國憲法理論，代表制又有「純粹代表制」(即我國習稱之法定代表制)與「半代表制」之別，形成「純粹代表制—半代表制—半直接制—直接制」四種制度，抑或「純粹代表制—半代表制或半直接制—直接制」三類型³。

近代憲法多採純粹代表制，惟第一次世界大戰後，歐洲各國憲法出現半直接制傾向，如威瑪憲法即屬典型例子。第二次世界大戰後，半直接制甚至成為一般國家之民主形態，連有議會中心主義傳統之法國亦不例外。我國憲法揭櫫國民主權原理(第2條)及民主原則(第1條)，採行民主政治體制，明定人民除選舉、罷免之權利外，更享有創制、複決及公民投票等權利(憲法第17條、第123條、第136條及憲法增修條文第12條參照)，顯然採行半直接制。

在半直接制下，固然有創制、複決、公民投票等直接民主之機制設計，惟無可否認，選舉仍是最重要之民主方式。換言之，半直接制之國家，民主政治通常還是循代表制運作，藉由選舉產生民意代表，以間接民主方式為之。是以本號判決不厭其煩強調選舉為「人民參政權中最核心之權利」、「民主國家中人民最基本之政治參與權利之一」、「民主國家中，公民參與政治最重要之管道」、「公民參與民主政治最重要之管道」(理由第60至第62段參照)。

² 大石真著，同註1，頁102以下。

³ 辻村みよ子著，憲法，日本評論社，2012年第4版第1刷，頁358。

二、社會學意義之代表

主權概念源於法國，參照大革命時期即已形成之理論，廣義之國民主權包含狹義之「國民主權」與「人民主權」。本席認為，主權係指決定國家意思之最終權威或權力，兼具正當性契機與權力契機。「國民主權」適合用以詮釋正當性契機，但著眼於權力契機時，應以「人民主權」為宜。關於選舉之課題，無寧應側重於權力契機，採行「人民主權」，方符合民主之真諦。

詳言之，依「國民主權」原理，主權屬於抽象之國民（nation）全體，惟國民本身無法行使主權，必須由代表（représentant）以國民之名義行使之。代表一旦選出，原則上即獨立行動，言論及表決不受原選舉區選民意向之拘束，亦無庸反映真實之民意，所謂國會議員代表全體國民，純係一種「擬制」，是為「純粹代表」或「法定代表」。反之，在「人民主權」原理下，主權之主體為具有選舉權者，各個選舉人或人民（peuple）均享有主權。參政權乃人民各自固有之權利，充作主權之行使方法。代表依普通選舉產生，任務在於「反映」民意，而非代替人民「決定」民意，民意機關之意思亦不能逕行「擬制」為民意。民意代表應具備體察輿情、呈現民意之能力；同時，民意機關在組織結構上，必須足以忠實反映存在於國民間之複雜利害關係。換言之，即使囿於技術，民意代表之意思與真實民意無法絲毫不差，亦應力求一致；而民意機關應如社會之縮影，不可與社會脫節，或由單一黨派勢力操控。如此，方可維護多元化之社會現象，並落實國民主權（人民主權）原理。這種「代表」概念具有社會學之意義，學說上稱之為「實存代表」或「半代表」，有別

於古典之「純粹代表」或「法定代表」⁴。當代民主政治強調民意之忠實反映，重視主權者對國政主導權之確保。因此，就人民與民意代表之關係，意即代表制之類型而言，已從「純粹代表」或「法定代表」向「半代表」、「實存代表」或「社會學之代表」發展。

我國憲法明定立法院為國家最高立法機關，由人民選舉之立法委員組織之，代表人民行使立法權（憲法第 62 條規定參照）。立法委員包含區域代表、原住民代表及政黨比例代表（憲法增條文第 4 條第 1 項及第 2 項規定參照），呈現多元化之代表性。而且，人民除選舉立法委員外，亦可罷免之。由此可見，我國憲法順應當代潮流，採行「人民主權」及社會學意義之代表。本號判決稱，選舉權「保障符合法定資格之選舉人，均得於公平、公正、公開之選舉中參與投票，選出回應多數民意之各種民選公職人員，以具體實現憲法第 1 條及第 2 條所揭示之民主原則」（理由第 60 段參照）。其憲法上之意涵，宜本於前揭論述理解之

又刑法第 146 條第 1 項規定：「以詐術或其他非法之方法，使投票發生不正確之結果……者，處 5 年以下有期徒刑。」第 2 項規定：「意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票者，亦同。」本號判決於審查其合憲性時，援引 96 年 1 月 24 日修正增訂刑法第 146 條第 2 規定之立法理由：「公職人員經由各選舉區選出，自應獲得各該選舉區居民多數之支持與認同，始具實質代表性，若以遷徙戶籍但未實際居住戶籍地之方式，取得投票權參與投票，其影響戕害民主選舉之精神甚深。」其接受「實質代表性」之說法，指

⁴ 許志雄著，憲法秩序之變動，元照，2010 年 2 版，頁 180、181、194、195。

出該規定限制人民依自己意願任意選擇選舉區投票之自由，目的在於維護選舉之民主正當性與公正性（理由第 67 段及第 68 段參照），並進一步表示：「查區域選舉，無異於一個政治社群之選舉，無論目的在選出足以反映該地區民意之民意代表，或處理該區域行政事務之行政首長，一般民主國家多以法律對選舉權設定住民資格限制，亦即以有在該選舉區實際居住作為與該選舉區之連結因素，用來確認政治社群之成員範圍，並只允許社群成員參與投票，作成集體決策。其理據是惟有實際居住當地始可發展與其他社群成員休戚與共之網絡，進而表達對政治社群之認同，此正是人民自我治理之民主原則之體現」（理由第 69 段參照）。上開「實質代表性」、「選出足以反映該地區民意之民意代表」及「人民自我治理之民主原則之體現」等說法，更加證實本號判決採取「人民主權」及社會學意義之代表，值得肯定。

三、選舉權之性質與限制

關於選舉權之性質，學說分歧，基本上有權利說、公務說、權限說（或請求權說）及二元說四種見解。早在法國大革命時期，權利說及公務說即已登場。權利說主張選舉權係主權者個人之權利，據以要求實施普通選舉。反之，公務說認選舉為公務，而選舉權係執行此一公務之義務；此說有將限制選舉制正當化之機能。19 世紀德國盛行國家法人說及國家主權論，權限說或請求權說成為國法學之主流，否認選舉權之權利性，而將其解為國家機關權限，或個人就選舉人資格之請求權。之後，隨著普通選舉之確立，以及議會制與政黨政治之發達，認選舉權兼具權利及公務性質之二元說，在

各國成為有力見解⁵。如今，公務說與權限說（或請求權說）已成明日黃花，權利說與二元說卻仍爭論不休。

二元說認為選舉權具有雙重性格，係國民基於選舉人地位，透過選舉一方面參政之「權利」，另一方面執行選定公職人員之「公務」。權利說之論者或基於「人民主權」與「國民主權」之異同，強調選舉權之根據應在於「人民主權」，而非過時之「國民主權」。其批評二元說之基礎殘存「國民主權」與國家法人說色彩，與當代憲政發展不符。此點姑且不論，實際上權利說與二元說並無多大差異，蓋即使權利說，亦承認選舉權行使之效果在於選定公職人員，具有極強之公共性，而二元說肯定選舉權屬憲法保障之權利，更不待贅言。況就選舉權之保障及限制言之，二說均承認選舉權為民主政治最基本且重要之權利，應受憲法高度保障，其限制之合憲性應受嚴格審查，僅於必要最小限度內始容許限制之。

此外，民主必須有選舉，有選舉卻不一定民主，關鍵繫於選舉制度之設計與運作之良窳。換言之，選舉權與制度之關係密切，須有健全之選舉制度，始能發揮應有之機能與效果。此與其他權利，特別是自由權，顯然有別，稱之為制度性之權利亦不為過⁶。無論二元說或權利說，均肯定選舉制度之必要性，且認同為確保選舉之民主正當性、公正性及合理性，於選舉制度之建立方面，應允許一定程度之立法裁量。法律若超越立法裁量應有之限度，將構成違憲。或謂有關選舉之論點，主戰場多在立法裁量之統制⁷，本案亦不例外。是

⁵ 辻村みよ子著，憲法，日本評論社，2012年第4版第1刷，頁325、326。

⁶ 奧平康弘著，憲法Ⅲ—憲法が保障する權利，有斐閣，1993年，頁406。

⁷ 穴戸常壽著，憲法解釋論の應用と展開，日本評論社，2014年第2版第1刷，頁187。

本號判決表示：「選舉制度之設計固屬立法形成之自由，惟不得違背民主原則及憲法第 129 條至第 132 條之規定意旨（理由第 60 段參照）、選舉方法「不得有礙民主共和國及國民主權原則之實現，亦不得變動選舉權、平等權之核心內涵」（理由第 61 段及司法院釋字第 721 號解釋參照）。

二元說與權利說唯一不同，殆係對強制投票制度（棄權之禁止）之態度。從權利說之立場，棄權不過是權利之不行使，應不許加以禁止。從二元說之立場，法律以公務為理由，明定棄權之禁止，尚無不可⁸。多數意見表示：「憲法第 17 條規定之選舉權之保障內涵，除保障投票與不投票之自由、投票對象之選擇自由等外，解釋上也包括依自己意願選擇在何處投票之自由」（理由第 65 段參照）。其認不投票之自由屬選舉權之保障內涵，似採權利說。

綜上，二元說與權利說之區分固有理論上之意義，但實務上並無多大實益。

如前所述，基於選舉權之重要性，其限制之合憲性應受嚴格審查。刑法第 146 條第 2 項規定，意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票者，處 5 年以下有期徒刑。該規定構成選舉權之限制，本號判決經嚴格審查，認其限制之目的係為維護特別重要公共利益，所採限制手段適合目的之達成，屬最小侵害，且限制所造成之不利益與所欲維護之公共利益相稱，爰作成合憲判斷。惟多數意見認為，遷徙戶籍而未實際居住戶籍地者，固屬虛偽遷徙戶籍，但所

⁸ 芦部信喜著、高橋和之補訂，憲法，岩波書店，2021 年第 7 版第 6 刷，頁 271-275；高橋和之著，立憲主義と日本國憲法，有斐閣，2006 年初版第 3 刷，頁 247、248；野中俊彦、中村睦男、高橋和之、高見勝利共著，憲法 I，有斐閣，1997 年新版第 1 刷，頁 478-482（高見勝利執筆部分）。

謂「居住」或「實際居住」，不應侷限於以居家生活或住宿理解之傳統「居住」概念，而應擴及在某選舉區持續就業之事實（理由第 72 段參照）。其採取合憲性解釋方法，實隱含部分違憲之意旨。一般而言，嚴格審查基準具司法積極主義色彩，合憲性解釋蘊含司法消極主義傾向，二者於本案並存，堪稱奇妙，足見司法積極主義與消極主義之區分僅具相對意義，尚非水火不容，如何取捨，可因具體情況而定。