

# 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決 部分不同意見書

黃昭元大法官提出

## 一、本判決結論及本席立場

[1] 本判決認刑法第 146 條第 1 項、第 2 項及第 3 項（關於第 2 項之未遂犯部分）均合憲；另就聲請人八聲請之裁判憲法審查部分，則僅宣告最高法院 111 年度台上字第 1861 號判決違憲，並廢棄、發回最高法院。

[2] 本席支持主文第 1 項之合憲結論，但認為主文第 2 項及 3 項均違憲；至就主文第 5 項之裁判憲法審查部分，則認為本判決應該宣告系爭原因案件之二審實體有罪判決（即臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決）違憲，並廢棄、發回高等法院。由於應發回高等法院，基於審級制度，因此也應一併廢棄上開最高法院判決；而不是如本判決主文第 5 項之只宣告不合法駁回上訴的第三審判決（上開最高法院刑事判決）違憲，並廢棄、發回最高法院。

## 二、主文第 2 項部分之不同意見

[3] 本判決雖宣告刑法第 146 條第 2 項規定合憲，然係以限縮解釋的方法，認為上開規定所處罰之虛偽遷徙戶籍，應不包括「有持續就業事實」之遷徙戶籍。此項限縮解釋的理由，和主文第 5 項之宣告裁判違憲的理由實質相同。表面上觀之，本判決似乎是宣告法規範合憲，但適用該合憲法規範之裁判（法律見解）違憲。但在實質上，本判決只是在法規範憲法審查時，有意並很技巧地選擇了所謂「合憲限縮解釋」的方法，以保存系爭法規範的表面合憲外觀。本席認為：這其實濫用或錯誤運用所謂法律合憲解釋的方法。就本案而言，本判決多數意見如果真的認為「有持續就業事實」之遷徙戶籍，應非刑法第 146 條第 2 項所處罰之行為，那就應該正面宣告刑法第 146 條第 2 項規定，於此範圍內，違憲。如此部分違

憲之宣告，也更與主文第 5 項宣告裁判違憲的理由相一致

[4] 就解釋方法而言，本席認為：合憲限縮解釋只是法律解釋方法，不是憲法解釋方法。在我國，一般法院法官因為無法自己宣告法律違憲，如不向本庭聲請解釋或裁判，就只能（也必須）採取法律合憲解釋方法，來控制或限縮可能違憲的法律之適用範圍。然憲法法院本即有審查法律是否違憲之職權，至少在從嚴審查時，並不必然要推定法律合憲，或應優先維護法律的合憲外觀。就本件而言，既然需要限縮解釋才能拯救法律之合憲性，這就表示該法律於該被限縮（亦即排除）的範圍內，其實是違憲的，也就是（質的）部分違憲。本判決就選舉權限制部分既然採取嚴格審查標準（參本判決理由第 61 段），就平等權限制部分也是採取中度審查標準（參本判決理由第 62 段），均屬從嚴審查，於此情形，憲法法庭更沒有優先採取合憲限縮解釋的義務，也不應恣意遁入所謂合憲限縮的秘境，以此包裝法律的實質違憲。就本判決之採取合憲限縮解釋方法及其合憲宣告的結論，本席均難以支持。

[5] 就刑法第 146 條第 2 項規定之內容審查而言，本席認為：立法者在選舉法制中既然以戶籍登記及其時間長短，作為認定區域選舉中選舉人資格之形式標準之一，在各該戶籍登記仍然形式存在，未經撤銷或變更之前，自應繼續承認該戶籍登記之形式效力，並據以為認定有無選舉權及被選舉權之形式依據。本判決理由第 67 段所引刑法第 146 條第 2 項之立法理由：

…二、然行政機關若對此未加以剔除，進而列入選舉人名冊，選舉人名冊經公告更正後即告確定，行政機關所製成之「選舉人名冊」乃屬「確認性行政處分」，此生行政處分之「構成要件效力」，若再通知選舉人前往投票，選舉人依照選舉機關之合法通知前往投票並非屬刑法第 146 條之非法之方法…

顯亦採取類似見解。故如確有所謂「虛偽遷徙戶籍」之情事，於法應該先依戶籍法撤銷該虛偽戶籍，並就該虛偽遷徙戶籍行為予以處罰（參戶籍法第 23、46 及 76 條）。一旦撤銷該虛偽戶籍，該行為人即喪失其原擬取得之各該區域選舉之選舉權，而無從達成其影響選舉程序公正性之目的。

[6] 換言之，與刑法第 146 條第 2 項相比，上述管制及處罰手段，不僅更能直接達成立法者所追求的確保選舉程序公正之立法目的，也明顯是侵害較小之限制手段。況依公職人員選舉罷免法規定，在投票日之前，仍有 4 個月時間可以認定並過濾上述虛偽遷徙戶籍之行為，而及時撤銷該虛偽戶籍。就虛偽遷徙戶籍以取得選舉權之特定違法行為，立法者未於戶籍法先採取適當之管制及處理機制，而逕自採取刑法第 146 條第 2 項之刑事制裁手段，實屬過於粗糙之立法，而應透過違憲宣告方式，促使立法者併同相關法律全盤檢討修正。

[7] 本席支持「有持續就業事實」之遷徙戶籍，應可從寬認定為有居住事實之戶籍登記，從而不應以刑法第 146 條第 2 項予以處罰。然除此之外，恐怕仍有其他事由容亦應予排除，或至少在立法政策上得再考量，例如為支持家人參選而遷徙戶籍等。因此刑法第 146 條第 2 項規定之要件，實有進一步檢討修正之必要。

[8] 在憲法學理上，刑法第 146 條第 2 項的核心爭議在於：人民「用腳投票」的自主決定權究有多大？國家限制此等決定的理由及界限為何？按選舉權涉及現代民主政治之根基，確屬重要的憲法權利，而應受高度保障。然憲法及立法者對於選舉制度的內容也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；反之，人民也不可能主張有「想在那裡投，就可在那裡投票」的完全自主權。憲法第 130 條前段規定「中華民國國民年滿 20 歲者，有依法選舉之權…」，其中「依法」即可謂上述立法形成之憲法依據。一般而言，多數民主國家對於

區域選舉中之選舉權資格，多半會有「一定期間」的在地連結要求，以彰顯選舉之實質代表性。然也有部分國家或地方已經縮短其原本要求之在地連結期間長度，如美國多數州已經將居住期間的要求縮短至 30 日內，甚至有容許投票當日登記者即可取得選舉權（參蘇彥圖，會台字第 9433 號聲請案專家諮詢意見書之註 2，2023 年 3 月 29 日，本庭官網）。

[9] 隨著科技進步及生活形態之改變，通訊科技所提供之資訊利益早已超過傳統交通之實際效果，人民之經常生活地或有實際關聯地也往往不只一處，並可能長期、深入關心且參與非實際住居地或非其戶籍登記地之政經社會發展。因此如何認定誰是真實利害關係、具有實質代表性的選民？恐怕已經不能再以傳統的形式上居住標準為其當然且唯一之標準。

[10] 就刑法第 146 條第 2 項之立法目的而言，本席同意確有部分人民純係為影響選舉結果而遷徙戶籍，也確實可以將之定位為無自主性之投票部隊，類似投票機器人，而應加以管制並處罰。但現行刑法第 146 條第 2 項所定之管制手段，恐怕是過於不夠精準，而可能會失之過苛的管制手段。從憲法審查的觀點，本席寧可先宣告其部分違憲，並以此要求立法者全盤檢討修正。

### 三、主文第 5 項裁判憲法審查部分之不同意見

[11] 依 2022 年 1 月 4 日起施行之憲法訴訟法第 59 條第 1 項規定，人民必須先依法定程序，窮盡審級救濟後，始得就所受不利確定終局裁判聲請裁判憲法審查。依同條第 2 項規定，其聲請期限係自該確定終局裁判送達後起算 6 個月。又依聲請人八聲請時所適用之憲法法庭審理規則第 59 條規定，上開憲法訴訟法第 59 條第 2 項所稱 6 個月不變期間，係「自用盡審級救濟之最終裁判送達之翌日起算。」故聲請人八據以聲請裁判憲法審查之確定終局判決，就其聲請要件而言，確實是最高法院 111 年度台上字第 1861 號判決。

[12] 然本判決所審查及宣告裁判違憲之理由，其實是針對判

決聲請人八有罪之二審實體判決，這個高院判決也才是真正適用本判決所審查之法規範（即刑法第 146 條第 2 項規定）之判決。至於上開最高法院判決，程序上固然是確定判決，但其係以上訴不合法為由駁回上訴，並未真正、直接適用刑法第 146 條第 2 項規定，本判決實不應以上開最高法院判決為本件裁判憲法審查之標的。縱使以之為審查標的，上開最高法院判決既然只是程序判決，而未適用刑法第 146 條第 2 項並進而為實體有罪判決，其判決見解亦無本判決所認之違憲情形。

[13] 按在本庭實務上，在程序上聲請人據以聲請之確定終局裁判，未必都一律是審查標的。例如在本庭 111 年憲判字第 18 號判決中，該判決就聲請人四之裁判憲法審查，雖然是以駁回上訴而使該原因案件確定之第三審判決（即最高法院 111 年度台上字第 1336 號刑事判決）為聲請要件所稱之確定終局裁判，並以其送達日期為準，來認定其聲請並未逾期因此合法，而予受理。（參本庭上開判決理由第 18 段）但本庭上開判決主文第 5 項所審查並宣告合憲之確定終局判決，則係該案第二審法院（即高等法院臺中分院）判決聲請人四有罪之實體判決（臺中高分院 109 年度上訴字第 1660 號刑事判決），而非以上訴違背法律上之程式為由，駁回上開二審判決之上開最高法院 111 年度台上字第 1336 號刑事判決（程序上的確定判決）。（參本庭上開判決理由第 5 段）

[14] 換言之，本庭在裁判憲法審查所審查之標的裁判，應以聲請人主張之違憲理由為準：如果刑事案件聲請人是主張其有罪判決之實體判斷（包括法律理由及罪刑宣告）或訴訟程序違憲，則應以其有罪實體判決之最後一個審級判決為審查之標的判決，而非程序上的最終審判決。故如二審判決有罪，三審以不合法駁回上訴而確定。此時即應以二審有罪判決為本庭審查之標的裁判，而非三審判決。反之，聲請人如係主張第三審判決駁回上訴之法律依據（如刑事訴訟法第 376 條第 1 項限制第三審上訴之各款事由，參司法院釋字第 752 號

解釋)或法律見解違憲，本庭始應以該第三審判決為審查之標的裁判。

[15] 又即使於司法院大法官審理案件法時期，大法官在認定人民聲請案件之審查標的時，也是以聲請人之主張為準，因此在實務上常常是以二審實體判決為「確定終局裁判」，再據以審查其所適用之法令是否違憲，而不是一律以程序上的終審判決為確定終局裁判。

[16] 然本判決理由第 95 至 100 段，係先針對判決聲請人八有罪之二審實體判決(臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決)，進行實質審查，並論述該二審判決為何違憲。然後在第 101 至 104 段，就上開最高法院確定終局判決，先則說明該案之歷審經過：第一次二審判決(臺灣高等法院 109 年度上訴字第 114 號刑事判決，有利聲請人八)、第一次三審發回判決(最高法院 110 年度台上字第 1054 號刑事判決，不利聲請人八)、第二次二審(更一審)判決(即上開高院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決，不利聲請人八)、及第二次三審判決(即上開確定終局判決，以不合法駁回上訴，不利聲請人八)；再於本判決理由第 103 段說明上開確定判決：

除於理由四(一)引用最高法院 110 年度台上字第 1054 號刑事判決發回理由二(二)之部分外，另針對聲請人八上訴理由之指摘，援引臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決所採否定之見解，因而認為從形式觀察，上開高等法院判決並無違背法令之處，而以聲請人之上訴不合程式判決駁回(參閱系爭確定終局判決五理由二(一)、四(二)及六)。

最後更強調上開最高法院確定判決：關於

系爭規定二虛偽遷徙戶籍之見解，係延續最高法院 110 年度台上字第 1054 號及臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決之見解。然而臺灣高等

法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決未正確考量憲法保障人民選舉權之意旨妥為解釋與適用系爭規定二所定「虛偽遷徙戶籍」之概念，而實質影響個案之裁判，侵害人民受憲法保障之選舉權，既如前述，則援引並維持所採此一見解之系爭確定終局判決五，自有相同之違憲之理由。（參本判決理由第 104 段）

[17] 上述辛苦、曲折的引述，其實是為了克服一個根本的難題：上開最高法院係以不合法為由駁回上訴的程序判決，從而維持第二審之有罪實體判決，而不是以無理由駁回上訴或自為判決之實體判決。此觀上開最高法院判決理由六即可明白：

原判決從形式上觀察，並無違背法令之處。上訴意旨置原判決之論敘於不顧，徒憑己見，為不同法律評價，並對原審採證認事之職權行使，任意指摘，難認已符合首揭法定上訴要件，其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

換言之，上開最高法院縱有引述上開高院更一審判決及最高法院發回判決之見解，係用以論述「原判決從形式上觀察，並無違背法令之處」，並據以認為上訴違背法律上程序（不合法），應予駁回。其所直接適用之法律實為刑事訴訟法第 377 條，而非刑法第 146 條第 2 項。反之，上開二審實體判決不僅是直接適用刑法第 146 條第 2 項判決聲請人八有罪，也先經本判決理由詳細論述其何以違憲。本判決最後卻僅宣告上開最高法院之程序判決違憲並予廢棄、發回最高法院，而未同時宣告上開二審實體有罪判決違憲並予廢棄，而將本件原因案件直接發回至高等法院重行審理，實與向來大法官及本庭長年實踐不符，也徒生疑義。

[18] 如依本判決之作法，未來本庭在認定裁判憲法審查案件之審查標的裁判時，就第三審以不合法駁回上訴或抗告之程

序裁判，是否均須或均得進一步審視其駁回理由，然後再區別為「實體性」的程序裁判和「程序性」的程序裁判？對於前者，就可以當成實體判決而予以審查；對於後者，才只當成程序裁判予以審查。若應如此區別，其區別標準為何？看似實體的理由如引述或寫的比較多者，如本案之上開最高法院確定判決，就是「實體性的程序裁判」？寫的少或寫的空洞、籠統者，就是「程序性的程序裁判」？

[19] 美國憲法因為沒有類似我國憲法第 22 條及第 23 條之規定，美國最高法院實務及憲法學界為承認有非明文之憲法權利或審查法令之內容是否合憲，於是就美國憲法上之正當法律程序（due process），乃發展出（或辨出）「程序的正當程序」(procedural due process)和「實體的正當程序」(substantive due process)的兩種概念，以致有譏為：此無異主張直線有兩種，一種叫「直直的直線」，一種叫「彎彎的直線」。本判決將最高法院以不合法駁回刑事案件第三審上訴的程序判決，區別為「程序性的程序判決」和「實體性的程序判決」，實令人隔太平洋而莞爾。

[20] 本席認為本判決之上開理由及結論，不僅徒生不必要區別困擾，也是對最高法院的明顯不尊重。最高法院既然以上訴不合法為其判決理由，本庭理應尊重其選擇之判決理由及定位，而不應逕自重新解構其理由及定位後，再以之為本庭審查之標的。這已經不是在審查最高法院的裁判見解，這是先以本判決多數意見的閱讀心得取代上開最高法院判決，再宣告前者違憲。退一步而言，即使認為最高法院是以「不合法的程序駁回」來包裝「無理由的實體判斷」，然這仍只是法律層次，而非憲法層次的問題。我國現行體制既然區別憲法法院與一般法院間的權限及功能，因此就本案所涉及的裁判憲法審查案件，原則上應該以法院裁判的形式為準，再據以審查其法律見解：對於實體裁判，當然可以（也才可以）審查其據以為實體判斷的法令或所持法律見解是否違憲；對於程序裁判，則得審查其據以為程序決定的法令或所持法律見

解是否違憲。這就如同本庭應以確定裁判據以為法律判斷之事實基礎為前提，來審查該確定裁判之法律依據及見解是否違憲；而不能自己直接認定確定裁判之事實認定有誤，並在此自己重新認定的事實基礎上作違憲審查。

[21] 本席擔心，本判決如此重新定位最高法院確定判決之性質，再進而宣告其違憲，反而坐實了有些人對裁判憲法審查會質變為第四審--而且還是法律審--的指控。以本判決所持違憲理由而言，多數意見大可宣告上開高院更一審判決違憲，同時廢棄該高院判決及上開最高法院判決，再直接發回高等法院重新審判。至於本判決之發回最高法院，或有期待最高法院自為（無罪）判決之意。然本件原因案件之事實是否已經明確？是否毋須再調查事實？均屬一般法院職權，並非本庭所能過問或逕自認定。又最高法院是否自為判決或再發回高等法院更審，亦為法律問題，而非憲法上要求。本判決多數之善意期待能否實踐，仍屬未知，也不是職司憲法審判之大法官所能過問者。