

本人 薛智仁 受憲法法庭指定，就會台字第 9433 號幽靈人口案，提出專業意見，並出席憲法法庭於 112 年 4 月 11 日就本案所行之言詞辯論期日。謹依憲法訴訟法第 19 條第 3 項規定，就相關專業意見或資料之準備或提出，揭露相關資訊如下：

		是/否	如是，其情形
一	相關專業意見或資料之準備或提出，是否與當事人、關係人或其代理人有分工或合作關係。	否	
二	相關專業意見或資料之準備或提出，是否受當事人、關係人或其代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。	否	
三	其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。	否	

此 致

憲法法庭

陳報人：薛智仁 (簽章)

2023 年 4 月 4 日 (日期)

憲法法庭會台字第 9433 號胡靈智等聲請案專家諮詢意見書

薛智仁

國立台灣大學法律學院教授

本人受囑託於憲法法庭會台字第 9433 號聲請解釋案件擔任鑑定人，謹就刑法第 146 條第 1 項（系爭規定一）、第 146 條第 2 項（系爭規定二）與第 146 條第 3 項（系爭規定三）有違比例原則、平等權、刑罰明確性原則之疑義，提出專家諮詢意見書。

目次

壹、虛遷戶籍投票罪（系爭規定二）之刑法分析	2
一、立法沿革	2
二、立法正當性	3
三、犯罪構成要件	6
貳、虛遷戶籍投票罪（系爭規定二）之憲法審查	8
一、比例原則	8
二、平等權	14
三、刑罰法律明確性原則	16
參、妨害投票結果正確罪（系爭規定一）之憲法審查	17
肆、虛遷戶籍投票未遂罪（系爭規定三）之憲法審查	18
伍、對爭點題綱之回覆	20

壹、虛遷戶籍投票罪（系爭規定二）之刑法分析

一、立法沿革

選舉幽靈人口是我國民主化過程中所出現的獨特現象，係指未實際居住選舉區之人，以虛偽遷徙戶籍的方式取得投票權，並投票支持特定候選人。此種操縱選舉結果的手段並不新穎，過去國民黨就利用「國防共同事業戶」成為鐵票部隊；現在則是在村里長、離島與原住民等小選區選舉，某些候選人為求勝選，利用戶籍遷徙登記未詳查遷徙事實之漏洞，收買或動員親友虛偽遷徙戶籍投票支持自己。此種虛偽遷徙戶籍而投票的行為是否成立犯罪，在 2007 年之前成為實務與學說的重大爭議。

主要爭議在於此種行為是否成立妨害投票結果正確罪。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或變造投票之結果者，處五年以下有期徒刑。」最高法院認為，本罪係採概括規定，泛指以詐術或其他一切非法之方法，使投票發生不正確之結果者。依據公職人員選舉罷免法第 15 條第 1 項規定，有選舉權人在各該選舉區繼續居住四個月以上者，為公職人員選舉各該選舉區之選舉人，其立法意旨在於民選公職人員係代表人民行使公權力，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¹。因此，意圖使特定候選人當選而虛偽遷徙戶籍之人，因未於選舉區繼續居住達四個月而無投票權，以不實之方法使公務員登載於選舉名冊，取得形式上之投票權以投票，應成立本罪²。最高法院多次強調，虛偽戶籍登記應由戶籍機關依相關規定為撤銷登記，不得據此認為具備該選舉區之選舉人資格³；人民固有遷徙之自由，但並無為虛偽戶籍登記之自由與權利⁴。

最高法院的看法遭受學界幾乎一致的反對⁵，立法者遂以增訂獨立條文的方式解決爭議。立法院於 2007 年 1 月 24 日增訂虛遷戶籍投票罪。刑法第 146 條第 2 項規

¹ 最高法院 88 年度台上字第 5895 號刑事判決。

² 最高法院 88 年度台上字第 4210 號刑事判決。

³ 參考最高法院 88 年度台上字第 7231 號刑事判決、最高法院 88 年度台上字第 6916 號刑事判決、最高法院 89 年度台上字第 1190 號刑事判決。

⁴ 參考最高法院 89 年度台上字第 號刑事判決、最高法院 90 年度台上字第 149 號刑事判決、最高法院 90 年度台上字第 3097 號刑事判決、最高法院 90 年度台上字第 3243 號刑事判決、最高法院 94 年度台上字第 465 號刑事判決、最高法院 94 年度台上字第 1696 號刑事判決。

⁵ 詳見李惠宗，論「選舉幽靈人口」的罪與罰—最高法院八十八年度台上字第五八九五號刑事判決及台南地檢署有關幽靈人口法律問題座談意見評釋，台灣本土法學雜誌，9 期，2000 年 4 月，頁 29-48；許玉秀，幽靈人口妨害投票罪？，輔仁法學，22 期，2001 年 12 月，頁 17-32；柯耀程，適用「幽靈人口」的幽靈法律—最高法院八九年度台上字第九三八號及相關判決評釋，台灣本土法學雜誌，38 期，2002 年 9 月，頁 38-49；柯耀程，適用幽靈人口的幽靈規範，全國律師，12 卷 6 期，2008 年 6 月，頁 9-20；陳錦華，論「非現住人口」投票行為之法律效果及法規範評價之盲點，警學叢刊，34 卷 1 期，2003 年 7 月，頁 213-234；劉邦繡，為選舉目的而遷移戶籍之「幽靈人口」是否具有刑事不

定：「意圖使特定候選人當選，虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票者，亦同。」其修正理由表示：「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，其影響民主選舉之精神甚深。」；「現未實際居住於戶籍地者有數百萬人，其因就業、就學、服兵役未實際居住於戶籍地，或為子女學區、農保、都會區福利給付優渥、增加或維持應當選席次或其他因素而遷籍於未實際居住地，其原因不一。然此與意圖支持特定候選人當選，進而遷徙戶籍之情形不同，並非所有籍在人不在參與投票均須以刑罰相繩，是以第二項以意圖支持特定候選人當選虛偽遷徙戶籍投票者，為處罰之對象。」觀察修法理由及犯罪構成要件可知，本罪係全盤繼受最高法院為選舉幽靈人口所設定之處罰範圍。

二、立法正當性

雖然立法者透過增訂刑法第 146 條第 2 項之虛遷戶籍投票罪，解決選舉幽靈人口是否適用同條第 1 項妨害投票結果正確罪的爭議，不過其處罰正當性的疑義並未隨之消逝。因為如果反對選舉幽靈人口適用妨害結果正確罪的理由成立，相同理由一樣可以用來質疑虛遷戶籍投票罪的正當性。因此，選舉幽靈人口適用妨害投票結果正確罪的妥適性，仍然是評估虛遷戶籍投票罪正當性的先決問題。

在妨害投票罪章之中，妨害投票結果正確罪的獨特功能在於保障投票結果的正確性，因此必須確認「正確投票結果」的精確意義，始能劃定本罪的適用範圍。在民主法治國家中，民主的基本意義在於國家權力的行使最終應以多數國民的意志為依據，而投票作為國民直接表達政治意志的重要途徑，必須擔保投票結果忠實地反應全體國民的政治意志。立法者基於此一目的，按照普通、平等、秘密、直接及自由等原則，具體安排行使投票權的前提及整個投票過程的進行。倘若投票的進行有違選舉法令或前述選舉之基本原則，其投票結果就很有可能無法反應真正的國民政治意志，因而不足以成為行使國家權力的正當性基礎。就此而言，民主國家的「正確投票結果」，係指投票結果符合國民合法表達的政治意志，因而成為行使國家權力的基礎。只要投票過程合法，不管具體是哪位候選人當選，也不管表決的事項是被通過或否決，其投票結果就是正確的投票結果；如果實際的投票結果不是投票依法

法—最高法院九十一年第十七次刑事庭會議決議之探討，法令月刊，55 卷 4 期，2004 年 4 月，頁 41-50；胡峰賓，刑法第一四六條修正前後與幽靈人口適用問題，全國律師，12 卷 6 期，2008 年 6 月，頁 2-8；董武全，論選舉幽靈人口行使投票權之正當性—兼評刑法第一四六條第二項之增訂，全國律師，12 卷 6 期，2008 年 6 月，頁 21-31。肯定最高法院見解者，林山田，選舉買票與幽靈人口及公開亮票的刑法問題，月旦法學雜誌，105 期，2004 年 2 月，頁 177、183。

進行時所應得的投票結果，就不是正確的投票結果。簡言之，投票結果的正確性是建立在形成投票結果的程序合法性上⁶。

依此，妨害投票結果正確罪的「不正確投票結果」，係指構成表決基礎之票數分配或比例係在欠缺程序合法性之下所產生，「詐術或其他非法方法」泛指任何違反選舉法令或選舉之基本原則導致投票結果的行為，例如行為人在投票時混入其他選票、取出已合法投入之選票，或交付他人一張已圈選之選票投入等。其中「詐術」作為「非法方法」的例示概念，並不是指投票過程中所出現的任何傳達不實訊息的舉止，而是專指「無權投票」。觀諸立法理由的說明：「...原案第一百五十八條第一項，係仿列舉式，其所注意者一為選舉名簿，一為無資格之投票，其嚴密不如法國，且於投票後，選舉結果前一切弊端無明文處罰，故本案擬從第二派為概括之規定。」其中的列舉事例似指無投票權人被登載於選舉人名冊上而取得投票權，以及無投票權人實施投票等情形，「詐術」應是立法者在放棄列舉式規定之後，用以表達此種「無權投票」的事實，作為概括條款的例示。此一理解也符合「詐術」在條文裡的例示概念地位，因為無投票權之人所實施的投票行為，不僅違背選舉法令，也必然使投票結果加計無效票而不正確。質言之，無權投票必定是導致不正確投票結果的非法方法⁷。

根據上述理解，虛遷戶籍投票行為是否成立妨害投票結果正確罪，關鍵在於虛遷戶籍之人是否為無投票權之人，其投票行為屬於無權投票意義下的「詐術」。虛遷戶籍之人有無投票權，必須依據相關之選舉法令予以認定。依據公職人員選舉罷免法第 15 條第 1 項：「有選舉權人在各該選舉區繼續居住四個月以上者，為公職人員選舉各該選舉區之選舉人。」同法第 4 條第 1 項規定「選舉人、候選人年齡及居住期間之計算，均以算至投票日前一日為準，並以戶籍登記資料為依據。」同條第 2 項規定：「前項居住期間之計算，自戶籍遷入登記之日起算。」由前述規定可知，取得選舉人資格之前提是有選舉權人在各該選舉區繼續居住四個月以上，居住事實係以戶籍登記資料為法定證據方法，居住期間則從戶籍遷入登記之日起算。公職人員選舉罷免法以戶籍登記作為居住事實之法定證據方法，係因為戶籍法規定人民有遷徙事實時應為戶籍遷徙登記，戶籍遷徙登記可以正確反應實際的遷徙狀況，戶政機關在編列選舉人名冊時，無庸另行調查有選舉權人是否在選舉區繼續居住四個月以上，而是逕行依據戶籍登記資料辦理即可⁸。因此，公職人員選舉罷免法第 15 條第 1 項係指有選舉權人在選舉區有實際居住四個月以上的事實，而不是單純指有選舉

⁶ 薛智仁，虛遷戶籍而投票之可罰性，法學新論，7 期，2009 年 2 月，頁 82。

⁷ 薛智仁，同註 6，頁 86-87。

⁸ 參薛智仁，同註 6，頁 88-89；薛智仁，家庭成員之虛遷戶籍投票—最高法院 100 台上 2653 刑事判決，台灣法學雜誌，203 期，2012 年 7 月，頁 99-100。

權人有戶籍遷入登記達四個月以上，而完全不問其於選舉區內有無實際居住⁹。依據上述法律規定的邏輯，假如有選舉權人未實際遷入選舉區居住，卻利用戶政機關疏於審查的漏洞辦理戶籍遷入登記，不僅不得以其已辦理戶籍遷入登記達四個月以上就認定為選舉人，反而應該依據戶籍法第 23 條以下規定辦理更正、撤銷或註銷戶籍遷入登記。據此，虛偽遷徙戶籍之人係無投票權之人，其投票行為符合無權投票意義下的「詐術」概念，導致票數分配摻入無權投票之人的選票而不正確，成立妨害投票結果正確罪。

部分學說認為，戶籍遷入登記被撤銷前均屬有效，虛偽遷徙戶籍者仍得基於選舉人名冊的確認性行政處分而取得選舉人資格，其投票行為係有權投票而不構成本罪的「詐術」¹⁰。此一看法的理論基礎是：有效的行政處分對於法院或其他行政機關具有構成要件效力，國家機關在做成決定時，必須尊重有效的行政處分，將之當成決定的基礎構成事實。然而，行政處分的構成要件效力，係以法院或行政機關的其他決定以該行政處分所創設的法律關係為構成要件要素之一為前提，而不是對於任何法院或行政機關的決定都有拘束力。本罪的「詐術」所指稱之無權投票，係指依據相關選舉法令無投票權之人的投票行為，而不是指未經戶政機關確認為投票權人的投票行為。虛偽遷徙戶籍之人不符合公職人員選舉罷免法第 15 條第 1 項之要件而屬於無投票權之人，即使戶政機關將其編入選舉人名冊之違法行政處分尚未被撤銷，此一違法行政處分對於刑事法院並不發生構成要件效力，刑事法院仍應認定其投票行為屬於「詐術」。若非如此，形同承認任何人都可以提出虛偽的出生證明、國籍資料、竄改褫奪公權判決等方式，利用戶政機關的審查漏洞被編入選舉人名冊，即可實際上造成不正確的投票結果，卻無法以本罪加以處罰，此一結果恰好與本罪保護合法投票結果的規範意旨牴觸。

不過，目前戶籍遷徙登記並無法正確反應實際居住情形，所謂「住籍分離」已是台灣社會的普遍現象，最高法院單挑為了支持特定候選人而虛偽遷徙戶籍投票的

⁹ 不同見解，李惠宗，同註 5，頁 42。依據李惠宗教授的分析，有選舉權人在何處行使投票權，立法例上有「選舉權人選擇主義」、「戶籍住址主義」與「實際居住地主義」，從公職人員選舉罷免法第 4 條第 1 項、第 23 條規定可知，戶政事務所在編列選舉人名冊時僅以戶籍為準，不另行認定繼續居住之事實，故係採取「戶籍住址主義」。本文認為，「戶籍住址主義」與其他兩種立法例的關係，仍有進一步釐清的必要。一方面，倘若有選舉權人得不受其實際居住狀況之拘束，任意在特定選舉區申請戶籍遷入登記，即可憑此一戶籍地址取得投票權，此種「戶籍住址主義」似乎和「選舉權人選擇主義」並無差別。另一方面，倘若有選舉權人在特定選舉區申請戶籍遷入登記，還是要在當地有某種居住事實，戶政機關在編列選舉人名冊時僅以戶籍登記為依據，不另行認定繼續居住之事實，就純粹是預設戶政機關審查確定有遷徙之事實才為戶籍遷入登記，在編列選舉人名冊時無庸重新確認繼續居住事實是否存在，此種「戶籍住址主義」似乎又等於「實際居住地主義」，僅是以戶籍登記作為證明（而非擬制）繼續居住事實的方法。因此，所謂「戶籍住址主義」有無獨立於其他兩種立法例的內涵，尚有思考餘地。

¹⁰ 參考李惠宗，同註 5，頁 39 以下。

行為論以妨害投票結果正確罪，卻不追訴其他虛偽遷徙戶籍者之投票以及所謂「空降候選人」、甚至政府每逢選舉就帶頭鼓勵「返鄉投票」等，經常被拿來質疑上述有罪結論的正當性。然而，上述各種行為模式的情節有所不同，法律評價原本就可能有所出入，從其他所謂「住籍分離」的參與投票行為模式未被追訴處罰，並無法推論出支持特定候選人而虛偽遷徙戶籍的投票行為也不得被處罰。最重要的是，上述其他所謂「住籍分離」的參與投票行為模式是否應被追訴處罰，關鍵還是在於妨害投票結果正確罪的構成要件，尤其行為人是否不符合公職人員選罷法第 15 條第 1 項「在選舉區繼續居住四個月以上」的要件，已屬無投票權之人。舉例而言，基於學區、社會福利等原因而辦理虛偽戶籍遷入登記之人，於該選舉區並無實際居住四個月以上的事實，其投票行為屬於無權投票之「詐術」，不因辦理虛偽戶籍遷入登記不是出於選舉目的而改變，此種行為人之投票未被追訴處罰，是司法實務遷就社會普遍現象的不得已作法，而不是承認其依法為有投票權之人。相對地，所謂「返鄉投票」之人通常是原本已經居住選舉區達四個月以上，基於求學或就業等因素遷出戶籍登記地，卻長期未辦理戶籍遷出登記。依據公職人員選舉罷免法第 4 條第 2 項「居住期間之起算，以申報戶籍遷入登記之申請日為準」，只要行為人在戶籍登記地已有繼續居住四個月以上的事實，即使違反戶籍遷出登記之義務，仍然不會影響其於該選舉區之選舉人資格。因此，相較於辦理虛偽戶籍遷入登記之人已屬於無投票權之人，違反戶籍遷入登記義務之人仍是有投票權之人，「返鄉投票」行為並非無權投票之「詐術」¹¹。無論如何，其他「住籍分離」的參與投票行為未被追訴處罰，此一事實並無法推翻對於支持特定候選人而虛偽遷徙戶籍投票行為的處罰正當性。

從前面的分析可以確定，選舉幽靈人口作為無投票權之人，其投票行為原本即可成立刑法第 146 條第 1 項之妨害投票結果正確罪，立法者於 2007 年於同條第 2 項增訂虛偽遷徙戶籍投票罪，純粹是為了解決解釋爭議所為的宣示性規定。此一規定之立法意旨同樣是在保護投票結果的正確性，確保實際的投票結果符合國民真正的政治意志，得以作為國家權力行使的基礎，貫徹國民主權原則的實現。其構成要件「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」，則是具體描述原本即可成立同條第 1 項「詐術」的無權投票行為。因此，對於本罪構成要件的解釋適用，必須緊扣住「無權投票」概念的核心意義。

三、犯罪構成要件¹²

（一）客觀構成要件

¹¹ 薛智仁，同註 6，頁 94-95。

¹² 本段內容，引用自薛智仁，無權投票作為虛遷戶籍投票罪之解釋指引—最高法院 109 年度台上字第 4333 號與 111 年度台上字第 550 號刑事判決，台灣法律人，13 期，2022 年 7 月，頁 169-171。

本罪的客觀構成要件係以虛偽遷徙戶籍取得投票權而投票。前面提過，此一構成要件是同條第 1 項「詐術」致生不正確投票結果的具體方式，其實質意義係指「無權投票」。此一觀點，對於客觀構成要件的解釋，具有兩個重要意義：

第一、「以虛偽遷徙戶籍取得投票權」，並不是泛指行為人的戶籍登記地與實際居住地不相符合，而是指行為人在戶籍遷入登記之後，未於選舉區繼續居住四個月以上，不符合選舉人資格。換言之，「虛偽遷徙戶籍」並非單純指稱行為人申請不實的戶籍遷入登記，未實際居住於戶籍登記地址，而是指行為人欠缺在選舉區繼續居住之選舉人要件。如果行為人申請不實的戶籍遷入登記，但在選舉區繼續居住四個月以上，符合各該選舉的選舉人要件，則不是本罪的虛偽遷徙戶籍。例如，行為人實際居住在台北市大安區，卻將戶籍遷入台北市大同區，在台北市長選舉中被編入大同區的選舉人名冊，並參與投票。行為人申請不實的戶籍遷入登記，並不妨礙其於「台北市」繼續居住四個月以上的事實，仍屬於該次選舉的合法選舉人，而非無權投票之人，不適用本罪。其故意為不實之戶籍遷入登記申請，影響戶籍登記的正確性，僅屬於戶籍法第 76 條¹³科處罰鍰的對象¹⁴。

第二、「虛偽遷徙戶籍」僅是使無選舉人資格之人，得以欺騙戶政機關將其編入選舉人名冊，取得投票的事實可能性，但是還不足以影響投票結果。行為人必須進一步實施「投票」行為，才會導致不合法的投票結果。從本罪保護投票結果不受無權投票所影響來看，「虛偽遷徙戶籍」是使法益侵害發生的必要條件，「投票」行為則是實現法益侵害的關鍵條件。二者之間的關係，有如醉態駕駛罪（刑法第 185 條之 3）的「服用酒精」與「駕駛動力交通工具」：從保護交通安全來看，服用酒精是駕駛行為危害交通安全的必要條件，駕駛行為才是危害交通安全的關鍵條件。由此可知，投票作為本罪的既遂要件，應係指行為人將選票投入票匱，而不是單純領取選票。如果行為人虛偽遷徙戶籍，卻未前往投票，尚未直接危害投票結果的合法形成，不能算是著手實行，僅是不罰的預備行為¹⁵。

（二）主觀構成要件

¹³ 戶籍法第 76 條：「申請人故意為不實之申請或有關機關、學校、團體、公司、人民故意提供各級主管機關及戶政事務所不實之資料者，處新台幣三千元以上九千元以下罰鍰。」

¹⁴ 依據最高法院 91 年度第 17 次刑事庭會議決議，虛偽遷徙戶籍的行為不構成刑法第 214 條使公務員登載不實罪，蓋戶政機關之公務員對於戶籍變更事項有實質審核之義務。

¹⁵ 薛智仁，虛遷戶籍投票罪之既未遂——評最高法院 101 年度台上字第 4041 號刑事判決，月旦裁判時報，20 期，2013 年 4 月，67-77 頁；相同見解，許澤天，刑法分則（下），3 版，2021 年，640 頁。不同見解，最高法院 110 年度台上字第 2715 號刑事判決；陳子平，刑法各論（下），3 版，2020 年，759 頁。

本罪的主觀構成要件係虛遷戶籍投票故意及使特定候選人當選之意圖。「虛遷戶籍投票故意」僅以未必故意為必要，解釋上並無疑問。比較值得討論的是，「使特定候選人當選之意圖」意義為何。

理論上，本罪保障投票結果不受無權投票之人干擾，凡是不符合選舉人要件的虛遷戶籍投票，都是導致違反合法程序的投票結果，虛遷戶籍的原始目的為何並不重要。然而，立法者不願意將社會上普遍存在的虛遷戶籍投票一網打盡¹⁶，認為僅在虛遷戶籍係出於使特定候選人當選之意圖時，其侵害國民主權的意志更加強烈，投票行為始具有刑罰必要性。

此一意圖要素的內涵，係指行為人出於使特定候選人當選之目的，並且對於特定候選人可能當選有所認知¹⁷。從展現侵害國民主權的意志來看，行為人所支持的特定候選人是誰無關緊要。絕大多數的時候，行為人所支持的候選人是第三人，如果行為人就是候選人，所支持的候選人也可以是自己。從法條文義來看，此一意圖必須在虛遷戶籍時就已經存在，並且延續到著手實行投票行為時；行為人在這段期間內變更所支持的候選人，不影響意圖要素的存在。

貳、虛遷戶籍投票罪（系爭規定二）之憲法審查

一、比例原則

（一）系爭規定所干預之基本權

本罪之行為規範係禁止意圖使特定候選人當選而虛偽遷徙戶籍之人投票，其制裁規範係對於違反此一行為規範之人科處五年以下有期徒刑。依據本文見解，刑法規範之基本權干預是否符合比例原則，應該合併行為規範與制裁規範予以審查¹⁸。本罪之法定刑係干預人身自由，固無疑問；但犯罪構成要件禁止投票所可能干預之基本權為何，則有檢討必要。

系爭規定禁止意圖使特定候選人當選而虛遷戶籍之人投票，是否干預居住及遷徙自由（憲法第 10 條）？依據大法官解釋，居住及遷徙之自由，係指人民有選擇其居住處所，營私人生活不受干預之自由，且有得依個人意願自由遷徙或旅居各地之權利（司法院釋字第 443 號解釋），旨在保障人民有自由設定居所、遷徙、旅行，包括入出國境之權利（司法院釋字第 558 號解釋）。對於居住及遷徙自由之干預，前提

¹⁶ 許澤天，同註 15，654 頁稱之為「法不責眾」。

¹⁷ 薛智仁，虛遷戶籍投票罪之「從嚴」解釋—評臺灣高等法院 109 年度上訴字第 114 號判決，月旦裁判時報，102 期，2020 年 12 月，頁 78-79。

¹⁸ 詳見薛智仁，通姦罪之憲法審查—評司法院釋字第 791 號解釋，成大法學，42 期，2021 年 12 月，頁 12-16。

是對於上述自由有所阻礙或損害，例如人民必須滿足一定條件、取得許可或提出證明始能遷徙。然而，本罪之行為規範係禁止虛偽遷徙戶籍之人實施「投票」行為，在投票行為之前，行為人選擇停留於所選擇居住處所或停留地點之消極居住及遷徙自由，以及變更居住處所或停留地點之積極居住及遷徙自由，完全不受本罪禁止投票行為所影響。因此，本罪之行為規範並未干預居住及遷徙自由。

系爭規定禁止意圖使特定候選人當選而虛遷戶籍之人投票，是否干預言論自由（憲法第 11 條）？或有認為，投票是公民表達政治意見的舉動，禁止虛遷戶籍之人投票，使其不能表達支持特定候選人之意思，係干預政治意見之表意自由¹⁹。言論自由保障意見表達的自由，意見表達係指個人基於自我決定向外在世界表明意見，其以表達者希望透過意見向公眾展露的意圖為要件，不打算向公眾傳達的陳述（例如自言自語、日記），則不是意見表達²⁰。依據秘密選舉原則，選舉人之投票行為不會違反其意願地被第三人知悉，國家不僅有義務保護投票秘密，選舉人亦不得放棄投票的秘密性²¹。因此，選舉人匿名透過投票行為所表達的政治意見，似乎欠缺向公眾展露的意圖，不屬於言論自由所保障之意見表達。依此，系爭規定禁止虛遷戶籍之人秘密投票並未干預言論自由。

系爭規定禁止意圖使特定候選人當選而虛遷戶籍之人投票，應是構成對於選舉權（憲法第 17 條）之干預。依據憲法第 129 條：「本憲法所規定之各種選舉，除本憲法別有規定外，以普通、平等、直接及無記名投票之方法行之。」其中，普通選舉原則（Die Allgemeinheit der Wahl）所要求的是，所有國民應該能夠以盡可能形式平等的方式行使其選舉權，立法者不得基於政治、經濟或社會因素排除特定的一群國民行使選舉權。因此，公職人員選舉罷免法第 15 條第 1 項規定「有選舉權人於選舉區繼續居住四個月以上」為選舉人資格要件，導致未於選舉區繼續居住四個月之有選舉權人不得投票，本罪禁止與處罰此種無投票權之人的投票，係對於普通選舉

¹⁹ 參考柯耀程，同註 5（全國律師），頁 17（但將此歸類為參政權）。類似於此，部分學說認為依據「選舉自由原則」，人民享有「是否投票」、「在哪裡行使投票」及「投票給誰」的自由，人民應有依其自己意願選擇在何處行使其選舉權之自由，參考李惠宗，同註 5，頁 44。本文認為，上述訴諸參政權或選舉自由等概念的觀點，其具體內涵尚有釐清的必要。自由選舉原則，係指保障投票的舉動不受強制或非法壓力，而且保障選舉人得在自由開放的意見形成過程中獲取並做成其判斷；即使投票秘密受到保護，選舉人應被保護不會受到足以重大侵害其決定自由的影響（Vgl. Klein/Schwarz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 99. EL September 2022, Art. 38 Rn. 110）。依此，自由選舉原則固然保障選舉人「是否投票」與「投票給誰」的決定自由，但似乎不包含「在哪裡行使投票」的自由。有選舉權人因為在選舉區無繼續居住事實而無選舉人資格，造成所謂「在哪裡行使投票」的自由受侵害，應是涉及普通選舉原則之限制，而不是涉及自由選舉原則之違反。

²⁰ Vgl. Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 99. EL September 2022, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 80 f.

²¹ Vgl. Klein/Schwarz, (Fn. 19), Art. 38 Rn. 117 f.

原則之限制，構成對於選舉權之干預。問題是，本罪之行為規範對於選舉權之干預，以及其制裁規範對於人身自由之干預，是否符合比例原則。

（二）追求正當目的

首先應檢討的是，系爭規定是否追求正當目的。此一限制僅在禁止立法者追求明顯違憲之目的，只要系爭規定所追求之公共利益為憲法所容許，即可滿足目的正當性之要求。系爭規定禁止與處罰無繼續居住事實之人投票，係為確保投票結果不受無權投票所影響，以實現國民主權原則。不過，無繼續居住事實之人投票被認為是無權投票，係因為公職人員選舉罷免法第 15 條第 1 項以「於選舉區繼續居住四個月以上」為選舉人資格要件。因此，系爭規定對於普通選舉原則之限制是否追求正當目的，應探究公職人員選舉罷免法第 15 條第 1 項之立法意旨。

上開規定以繼續居住之事實作為取得選舉人資格的前提，主要是考量當地人民通常對選舉區之政治、經濟、社會與文化事務有起碼的瞭解。民主作為一個政治共同體自我決定的國家統治形式，越是擴大政治共同體成員參與投票的規模，投票結果越能夠反映自我決定的結果。不過，如同在個人事務的層面上，個人對於系爭事務必須具備一定的認知判斷能力，其所做成的決定才會被視為自主意志的表現；在政治共同體的層面上，選舉人對於系爭事務也必須具備一定認知判斷能力，投票結果才會被視為共同體自主意思的表現。尤其民主並不是僅表現在選舉時的投票行為上，而是也表現在持續參與形成政治意見的過程上，如果政治共同體的某些成員欠缺參與形成政治意見的最低能力，即使排除其參與投票的可能性，也不會影響民主選舉整合國民政治意志的意義。因此，行使選舉權以達到最低法定年齡為要件，向來被視為限制普通選舉原則之正當理由。基於同樣的道理，繼續居住選舉區作為行使選舉權的要件，係在達到最低法定年齡所預設之心智成熟度之外，以繼續居住之事實通常伴隨個人對於選舉區相關事務之認識，進一步確保選舉人具備持續參與當地政治意見形成的最低能力，投票結果足以反映當地人民共同自我決定的意思。就此而言，公職人員選舉罷免法第 15 條第 1 項以繼續居住之事實作為選舉人資格之前提，係為了實現民主選舉整合國民政治意志的目標，有其正當性。據此，系爭規定作為確保上述規定之規範效力獲得實現的制裁規範，亦係追求正當目的。

（三）手段適合性

接著的問題是，系爭規定是否為達成正當目的之有效手段。手段適合性，係指國家所採取的手段並非完全不適合，只要對於所追求的公益目的有些微的助益或效果，即可通過手段適合性的審查。系爭規定對於虛遷戶籍之人之投票行為處以五年以下有期徒刑之刑罰，是否能夠嚇阻潛在虛遷戶籍之人參與投票，確保公職人員選

舉罷免法第 15 條第 1 項之規範效力獲得實現，進而達成民主選舉整合國民政治意志的目標？

關於系爭規定之刑罰有無嚇阻潛在行為人的效果，涉及刑罰規範合憲性審查的共通難題。依據目前的犯罪學研究，刑罰的嚇阻效果雖未被積極證實，但也尚未被完全推翻，對於刑罰有無一般預防效果，立法者享有廣泛的評價優先權限²²。在系爭規定被證實毫無嚇阻潛在行為人的效果之前，立法者認定系爭規定之刑罰手段有一般預防效果，釋憲者應予以尊重。有疑問的是，系爭規定以刑罰手段所擔保實現的公職人員選舉罷免法第 15 條第 1 項，係依據繼續居住事實之有無，作為個人對於選舉區事務有無最低認識之區分標準，此一規定是否有助於達成民主選舉整合國民政治意志的目標？

這個問題的關鍵在於，繼續居住之事實能否充分擔保個人對於選舉區事務有最低限度的認識。立法者似乎認為，繼續居住選舉區達四個月的人，通常因為地利之便或切身利益關係，會對於當地事務有最起碼的認識；未在當地繼續居住四個月的人，則欠缺相同條件建立對於當地事務的認識。但是，基於下述兩個理由，此一區分標準的有效性被大幅相對化。第一個理由是，依據公職人員選舉罷免法第 4 條第 2 項：「前項居住期間之計算，係自戶籍遷入登記之日起算」，故上述規定之「繼續居住四個月以上」，係指有選舉權人資格之人自戶籍遷入登記之日起，有繼續居住四個月以上之事實，即可成為該選舉區之選舉人。假如某人在戶籍遷入登記後有繼續居住四個月，嗣後因為求學、就業、婚姻等因素不再居住於選舉區，卻未依法申請戶籍遷出登記，並不會因此喪失該選舉區之選舉人資格。然而，此種違反戶籍遷出義務之人，可能因為長期未實際居住選舉區，在投票時早已喪失對於當地事務之最低認識。第二個理由是，隨著通訊和網路科技的迅速發展，對於選舉區事務的認識已經不以實際居住當地為必要，透過電話、郵件、新聞報導與網路等媒介，個人通常亦能隨時取得選舉區相關事務的資訊。個人即使不實際居住當地，仍然可能基於工作、投資置產、休閒、情感等多元因素而關心選舉區事務，與有無實際居住當地亦無必然關聯性。由此可知，戶籍遷入登記後繼續居住四個月之人，可能在投票時已經喪失對選舉區事務的最低認識；在戶籍遷入登記後未繼續居住四個月之人，可能出於其他原因而對於選舉區事務有最低認識。

既然戶籍遷入登記後有無繼續居住四個月，不一定等於個人對於選舉區事務有無最低認識，上述規定單純以繼續居住事實之存否來決定選舉人資格之有無，顯得過於僵化。儘管選舉人資格的認定標準在未來應該更有彈性，但不代表上述規定以戶籍遷入登記後繼續居住四個月作為選舉人資格要件，已經是完全不能達成民主選

²² 薛智仁，同註 18，頁 34-37。

舉整合國民政治意志目標的手段。因為，在戶籍遷入登記後有繼續居住四個月的人之中，固然有部分的人在投票時不再居住於當地，已經喪失對於當地事務的最低認識，但是可能有更大部分的人在投票時仍然繼續居住於當地，保有對於當地事務的最低認識。除此之外，上述規定之「繼續居住」概念，若是配合現代的生活型態從寬認定²³，某程度上納入在戶籍遷入登記後在選舉區有就業、求學等事實之人，亦可提升繼續居住事實與個人對當地事務最低認識之間的連結性。因此，上述規定以戶籍遷入登記後有繼續居住四個月之事實作為選舉人資格，仍然有助於實現民主選舉整合國民政治意志的目標。就結論而言，系爭規定以刑罰手段確保上述規定之規範效力，亦是實現上述民主選舉目標之合適手段。

（四）手段必要性

在確定系爭規定符合手段合適性之後，接著的問題是，系爭規定是否符合手段必要性。手段必要性，係指當立法者所追求之公益目的，存在多數具有相同適合性的手段時，應採取限制基本權最輕微的手段。系爭規定對於虛遷戶籍之人的投票行為科處刑罰，目的在於預防無繼續居住事實之人參與投票。然而，對於無繼續居住事實之人，亦可透過不受理其戶籍遷入登記之申請、戶政機關不將其列入選舉人名冊、選舉前撤銷選舉人資格等行政管制手段，預防其參與投票。因此，系爭規定之刑罰手段是否符合手段必要性，不無疑問²⁴。

系爭規定之刑罰效果相較於上述行政管制手段，對於基本權利之干預程度無疑是更為重大，系爭規定是否符合手段必要性，關鍵在於其與上述行政管制手段是否為相同有效的手段。仔細觀察可知，上述行政管制手段的預防作用在於，無繼續居住事實之人自始不被列入選舉人名冊，以致於根本無法實施「無權投票」；系爭規定之預防作用則是在於，對於無實際居住事實之人之「無權投票」科處刑罰，嚇阻其他無繼續居住事實之潛在行為人在未來進行無權投票。上述行政管制手段固然能夠發揮一定的預防作用，但是不論戶政、選務或警察機關如何善盡其審核義務，都不

²³ 薛智仁，同註 8，頁 102。此一見解已在實務上獲得採納，最高法院 110 年度台上字第 550 號刑事判決：「基於虛遷戶籍投票罪之規範目的，在於禁止無選舉權人之投票行為，進而保障投票結果之合法產生。關於該罪所定『虛偽遷徙戶籍』之成立要件，解釋上須參酌選罷法所規定上述選舉人資格，限於依法無選舉權之情形。換言之，行為人是否實現『虛偽遷徙戶籍』之要件，應視其於選舉區有無繼續居住事實而定。而有無『繼續居住事實』之判斷，為契合現代多元化生活型態（例如家庭生活在甲地，工作場地在乙地等情形），自不宜單純以民法之住所作為認定居住事實之唯一標準，倘行為人因在遷徙戶籍所在選舉區工作且實際居住該處，而與該選舉區有相當聯結，對於該選舉區之公共事務甚為瞭解，基於上述選罷法籍繼續居住事實，以建立與選舉區間之相當聯結，因而賦予選舉權之本旨，自得認其於選舉區有繼續居住之事實，而無科以刑罰之必要，始符該罪之立法意旨，並與刑法謙抑（即刑罰最後手段性）原則無違。」

²⁴ 此一方向之主張，詳見李惠宗，同註 5，頁 46-48；林超駿，選舉人名冊與選舉正潔——抑制幽靈人口之關鍵，台灣法學雜誌，153 期，2010 年 6 月，頁 28-43。

可能絕對防堵無繼續居住事實之人被列入選舉人名冊，進而實施「無權投票」。如果國家對於上述行政管制手段所無法防堵的「無權投票」不做任何反應，等於是向社會大眾宣示，只要無繼續居住事實之人能夠躲過行政機關的查核，就有權力以其無權投票的手段操縱投票結果。因此，系爭規定對於無實際居住事實之人的「無權投票」科處刑罰制裁，係在行政管制手段未能發揮預防作用時，重申禁止虛遷戶籍之人無權投票的規範效力，對於虛遷戶籍之人及其他潛在行為人宣示「不得無權投票！」。由此可知，系爭規定之刑罰手段的預防效果，係其他行政管制手段所不能取代，二者並非相同有效的手段，即使其對於基本權利之干預程度更重大，仍然符合手段必要性之要求。

（五）手段狹義合比例性

最後應審查的是系爭規定對於基本權之干預是否符合手段狹義合比例性。手段狹義合比例性，一方面必須考量立法者所欲保護法益的價值、系爭法益受損害的程度、損害發生的可能性高低；另一方面必須考量限制的嚴重性、限制幅度及所處罰的行為與所防止之損害是否密切。系爭規定以干預選舉權及人身自由的方式，達成民主選舉整合國民政治意志之目標，在手段與目的之間是否合乎比例。

系爭規定係為保護投票結果不受無權投票行為所操縱，保障民主選舉整合國民意志的作用。我國作為民主國家，民主統治形式是為了建立有益於每個人的共同生活所必要的最低條件，投票結果不僅是定期反應民意的最重要途徑，而且是正式授權國家機關行使權力的基礎，係特別值得保護的公共利益。然而，投票結果特別容易因為詐欺、暴力或貪腐而受到損害，這從台灣民主化歷程中所出現的各種選舉舞弊即可獲得佐證。系爭規定所禁止之虛遷戶籍投票行為，通常發生在村里長、離島等小選舉區的選舉，因為動員少數的選舉幽靈人口即可影響候選人當選與否。這些選舉幽靈人口幾乎都是在選前利用戶政機關的審查漏洞辦理戶籍遷入登記，選後就立刻辦理戶籍遷出登記，投票時不但對於當地事務欠缺最低認識，也完全不必承擔投票結果的影響。原本在此種地域性利益關係特別強烈的選舉裡，村里長與民意代表應該更大程度上能夠代表在地居民之利益，選舉幽靈人口卻透過短暫將戶籍登記於選舉區左右投票結果，輕易地扭曲當地居民合法表達的政治意志。如果我們可以接受，投票結果作為人民授權國家機關行使權力的基礎，僅在其係完全遵守法定程序所產生時才能獲得人民的信賴，虛遷戶籍投票的行為正是一種根本破壞民主遊戲規則的選舉詐欺，將人民對於民主選舉之信賴基礎破壞殆盡。因此，虛遷戶籍投票行為不僅因為戶籍登記的審查漏洞而長期、頻繁發生，而且根本阻礙投票結果的合

法形成，對於民主統治的危害重大。系爭規定禁止與處罰虛遷戶籍投票行為，係保障民主統治之重大公益免於重大危害²⁵。

系爭規定禁止與處罰意圖使特定候選人當選而虛遷戶籍之人投票，係干預人民之選舉權及人身自由。不過，系爭規定禁止實施投票的對象，係依公職人員選舉罷免法第 15 條第 1 項不具選舉人資格之人，此一規定否定無繼續居住四個月事實之人的選舉人資格，係考量此種人欠缺參與當地政治意見形成之最低能力，有助於實現民主選舉整合政治意志的目標。因此，系爭規定重申禁止虛遷戶籍之人無權投票之相同意旨，係在普通選舉原則容許的範圍內干預其選舉權。除此之外，大法官認為，限制人身自由之刑罰，對於人身自由之限制與其所欲維護之法益，須有合乎比例之關係，尤其法定刑之高低應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相稱，始符合罪刑相當原則，而與憲法第 23 條比例原則無違（司法院釋字第 777 號解釋）。依此，系爭規定之法定刑為五年以下有期徒刑，其所保護之利益為民主統治之重大公益，而對於犯罪情節輕微之行為人，仍保留適用緩起訴處分（刑事訴訟法第 253 條之 1）、易科罰金或易服社會勞動（刑法第 41 條）、緩刑（刑法第 74 條）等規定之可能性，避免個案刑罰過苛的情形，尚與罪刑相當原則相符。因此，系爭規定以干預選舉權及人身自由之方式，達成民主選舉整合國民政治意志之目標，其手段與目的之間尚合乎比例。

（六）結論

綜上所述，系爭規定對於選舉權與人身自由之干預符合比例原則。

二、平等權

憲法第 7 條保障平等權，法規範所為之差別待遇，以差別待遇之目的合憲，及其所採取之分類與規範目的之達成有一定程度之關聯性為要件；刑罰制裁須與立法目的間具有實質關聯，始與平等權保障無違（參照司法院釋字第 791 號解釋）。依據系爭規定之法條文義，意圖使特定候選人當選而為虛偽戶籍遷入登記之人的投票行為，始成立本罪。反面解釋可知，在所有非實際居住戶籍登記地（住籍分離）的人之中，「違反戶籍遷出登記義務之人」的投票行為，以及「非為使特定候選人當選而為虛偽戶籍遷入登記之人」的投票行為，皆不適用系爭規定處罰。系爭規定是否符合平等權之保障，不無疑問。

²⁵ 可以進一步思考的是，國家機關怠於採取行政管制措施防堵選舉幽靈人口的無權投票，是否導致系爭規定所追求的這項重大公益的需保護性降低，影響其所使用之刑罰手段的狹義合比例性？這個問題，恐怕沒有容易的答案。

首先，系爭規定僅處罰虛偽申請戶籍遷入登記之人的投票行為，卻未處罰違反戶籍遷出登記義務之人的投票行為，係對於「住籍分離」之人的投票行為所為之差別待遇。然而，系爭規定之規範目的是保護投票結果不受無權投票行為所操縱，因此系爭規定之適用對象是否、多大範圍內適用於「住籍分離」之人的投票行為，亦應以其依法有無選舉人資格為區分標準。如前所述，依據公職人員選舉罷免法第15條第1項及第4條第2項，作為選舉人資格要件之實際居住事實，係以其於戶籍遷入登記後有繼續居住四個月以上為標準。虛偽申請戶籍遷入登記之人，於戶籍遷入登記後並無繼續居住四個月的事實，依法沒有選舉人資格，其投票行為屬於無權投票；違反戶籍遷出登記義務之人，通常於戶籍遷入登記後已有繼續居住四個月的事實，依法仍有選舉人資格，其投票行為屬於有權投票。據此，系爭規定未處罰違反戶籍遷出登記義務之人的投票行為，係與規範目的有實質關聯性的差別待遇，在此範圍內符合平等權之保障。

其次，系爭規定處罰「意圖使特定候選人當選」而虛遷戶籍之人的投票行為，不處罰「非意圖使特定候選人當選」而虛遷戶籍之人的投票行為，係對於「虛偽申請戶籍遷入登記」之人所為之差別待遇。既然系爭規定之規範目的是保護投票結果不受無權投票行為所操縱，而不論行為人是否出於使特定候選人當選之意圖而虛遷戶籍，其投票行為皆為無權投票，此一區別待遇似乎不能達成系爭規定之規範目的。不過，若是因此就斷定系爭規定違反平等權保障，則是忽略了立法者在決定將哪些行為入罪化時，基於比例原則或刑罰謙抑性的考量，係同時考量行為的法益侵害程度（結果不法）與行為方式的社會倫理可非難性（行為不法），對於造成相同法益侵害的不同行為模式，仍有可能因為其社會倫理可非難性程度不同，僅選擇處罰其一而不處罰其他。因此，在確定刑罰規範之規範目的時，除了考量立法者所欲防止的法益侵害之外，還必須考量立法者僅選擇處罰可非難性較重大的行為模式，並且尊重立法者在入罪化決定上所享有的形成空間²⁶。就此而言，系爭規定僅處罰「意圖使特定候選人當選」而虛遷戶籍之人的投票行為，應係立法者在「住籍分離」已經成為台灣社會的普遍現象之下，認定此種虛遷戶籍之人自始就出於操縱選舉之目的，對於國民主權原則的攻擊意志較強，其他虛遷戶籍之人並非出於操縱選舉之目的，

²⁶ 例如，刑法第320條第1項規定：「意圖為自己或第三人不法之所有，而竊取他人動產者，為竊盜罪，處五年以下有期徒刑、拘役或五十萬元以下罰金。」通說認為本罪係保護個人所有權，竊取行為因為使所有權人喪失對於動產使用、收益、處分的事實上可能性，應受處罰。不過，本罪僅處罰出於不法所有意圖之竊取行為，不處罰非出於不法所有意圖之竊取行為。例如，行為人偷走他人飼養的寵物，若是為了將它帶到野外放生，欠缺為自己所有之意圖而不成立本罪（至多在該寵物因放生而死亡或受傷時成立毀損罪）；若是為了將它上網拍賣，則具備為自己所有之意圖而成立本罪。竊取行為是否出於不法所有意圖，不影響其法益侵害的程度，卻可能影響其社會可非難性的高低。如果在認定竊盜罪之規範目的時，未將這個犯罪評價的面向納入考量，可能也會得出此一區別待遇違反平等權保障的結論，導致立法者必須將所有竊取行為入罪化。

對於國民主權原則的攻擊意志較弱，只有情節重大的前者，才需要動用刑罰手段予以回應。因此，就系爭規定保障國民主權原則之規範目的而言，依據行為人虛遷戶籍是否出於使特定候選人當選之意圖，區分無權投票行為的可非難性程度高低，此一差別待遇與規範目的具有一定關聯性，仍符合平等權之保障²⁷。

綜上所述，系爭規定符合平等權之保障。

三、刑罰法律明確性原則

刑罰法律明確性原則，係指「在罪刑法定之原則下，處罰犯罪必須依據法律為之，犯罪之法定性與犯罪構成要件之明確性密不可分。有關受規範者之行為準則及處罰之立法使用抽象概念者，苟其意義非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以認定及判斷者，即無違反法律明確性原則。」(司法院釋字第 602 號解釋)大法官亦多次強調，法律明確性原則固然適用於刑罰規範所使用之不確定法律概念或概括條款，但是由於刑罰規範涉及人身自由之限制，其法律明確性應該從嚴審查(司法院釋字第 636、777 號解釋)。

大法官所建立的「可理解、可預見、可司法性」法律明確性標準，不但抽象的審查標準與密度搖擺不定，大法官的個案判斷也經常欠缺可供檢驗的理由，故有必要對於刑罰法律明確性之審查結構與標準進行續造。本文的具體建議是：(1) 建立審查結構：優先適用「可司法性」審查標準，其次適用「可理解或可預見性」審查標準；(2) 具體化審查標準：「可司法性」標準，係指國會立法者透過形式意義的法律使人得以辨識其保護法益，並且大致描述或例示所禁止的行為模式(規範密度之充足性)；「可理解或可預見性」標準，係指一般受規範者得從刑法規範預見行為之可罰性及刑罰程度，應考量受規範者的專業能力、法定刑高低、裁判的具體化、規範事務的特性與規範目的等因素，進行規範性整體評價(規範內容之清晰性)²⁸。

在「可司法性」審查上，系爭規定之犯罪構成要件「意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而投票者」，立法者已經相當具體地描述所欲禁止之特定無權投票行為，其目的是在避免無權投票行為偽造合法形成的投票結果，導致投

²⁷ 此一結論，不因為實務上鮮少追訴所謂「空降候選人」而改變。由於各選舉區之候選人必須具備選舉人資格，候選人為了使自己當選而虛偽遷徙戶籍投票，同樣可以成立刑法第 146 條第 2 項之虛遷戶籍投票罪(參照最高法院 110 年度台上字第 550 號刑事判決)。所謂「空降候選人」鮮少被追訴的原因，不是系爭規定自始將其排除在處罰範圍之外，而是因為「空降候選人」通常在戶籍遷入登記之後，在選舉區有實際的作息活動，符合繼續居住四個月以上之選舉人資格要件，因而不該當「虛偽遷徙戶籍」之構成要件要素。因此，不得以所謂「空降候選人」未被追訴為理由，認定系爭規定違反平等權保障。

²⁸ 薛智仁，憲法法庭 110 年度憲二字第 67 號鑑定意見書，頁 16-17。

票結果不能成為國家權力行使的基礎，影響國民主權原則的實現。因此，系爭規定通過「可司法性」審查。在「可理解或可預見性」審查上，基於本罪禁止「無權投票」的核心意旨，系爭規定之構成要件要素的內涵皆可被具體化，因而使一般受規範者可得預見其行為之可罰性。雖然系爭規定之解釋適用難免仍有爭議，例如遷徙戶籍之「虛偽性」是否、如何考量現代多元生活型態予以認定，意圖使「特定候選人」當選是否包含虛遷戶籍的本人或特定家庭成員²⁹，以及如何證明虛遷戶籍之人是否出於使特定候選人當選之意圖³⁰等。不過，這些構成要件要素的解釋爭議，都仍然可以透過法律解釋方法予以排除，系爭規定之可罰性範圍並未達到完全難以捉模的地步。因此，系爭規定亦可通過「可理解或可預見性」審查。綜上所述，系爭規定符合刑罰法律明確性原則。

參、妨害投票結果正確罪（系爭規定一）之憲法審查

本罪之行為規範係禁止以詐術或其他非法之方法，使投票發生不正確之結果或變造投票之結果，其制裁規範係對於行為人科處五年以下有期徒刑。相較於上述的虛遷戶籍投票罪（系爭規定二），本罪（系爭規定一）係全面保護合法投票結果免於非法影響之犯罪構成要件。具體而言，第一選項「詐術或其他非法之方法，使投票發生不正確之結果」，係指在投票結果出現之前，行為人以無權投票或其他非法方式「偽造」一個合法的投票結果，例如選務人員將額外的選票投入票匱；第二選項「變造投票之結果」，係指在合法投票結果出現之後，行為人無權竄改投票結果，例如選務人員計票錯誤。依據前面的分析，本罪例示之「詐術」係指無權投票行為，虛遷戶籍投票罪所處罰的行為，原本就符合本罪之「詐術」概念。

系爭規定禁止與處罰偽造與變造投票結果的行為，其行為規範干預人民的選舉權或一般行為自由，制裁規範干預人民的人身自由，此一基本權干預是否符合比例原則，值得檢討。系爭規定禁止與處罰「詐術」的部分，涉及選舉權與人身自由之干預，參照上述對於虛遷戶籍投票罪之分析，可以肯定其符合比例原則。系爭規定禁止與處罰「其他非法方法，使投票發生不正確之結果」及「變造投票之結果」，僅涉及對於一般行為自由和人身自由之干預。就此部分，系爭規定係追求實現國民主權原則之重大公益，以刑罰手段嚇阻上述偽造與變造投票結果的行為，尚未被證實

²⁹ 相關檢討，薛智仁，同註 12，頁 171-177。

³⁰ 此一主觀要素雖然不易證明，但並非絕對無法證明。此一主觀要素的「特定候選人」，並不是指行為人具備在系爭選舉中支持 A 或 B 候選人之目的，而是指行為人具備在系爭選舉中支持「某個」候選人之目的，其實質意義等於行為人具備在系爭選舉中參與投票之目的。在司法實務上，除了行為人受某候選人之請託或收買之外，若是行為人於接近投票日前四個月申請戶籍遷入登記，又在投票日後立刻申請戶籍遷出登記，通常即可證明行為人之虛遷戶籍出於使特定候選人當選的意圖。行為人於虛遷戶籍時具備此一意圖，不受其於投票時實際圈選哪位特定候選人所影響，故即使秘密選舉原則禁止法院調查投票內容（例如勘驗選票或訊問被告），亦不影響此一主觀要素之證明。

絕對無效，並且能夠發揮行政管制手段所不可取代的嚇阻作用；五年以下有期徒刑之法定刑，也保留犯罪情節輕微之案件不執行徒刑的可能性，因而符合罪刑相當原則。因此，系爭規定並不違反比例原則。

系爭規定之犯罪構成要件為「以詐術或其他非法方法，使投票發生不正確之結果或變造投票之結果」，此一概括規定是否符合刑罰法律明確性原則，值得討論。首先，系爭規定之規範目的是保護正確（合法形成）的投票結果，立法者亦透過「詐術」、「不正確之投票結果」、「變造」等概念，具體描述所有非法影響合法投票結果的行為，可通過「可司法性」審查。其次，「詐術」、「其他非法方法」與「不正確投票結果」等犯罪構成要件要素，看似都是相當抽象模糊的概念，但是透過緊扣保護投票結果合法形成的規範目的，參照公職人員選舉罷免法等選舉法令之規定，仍可以賦予具體明確的涵義。因此，儘管過去對於系爭規定是否適用於選舉幽靈人口案件產生爭議，最高法院對於投票結果的解釋也有所更迭，但系爭規定的適用範圍仍可以大致上獲得確定，一般受規範者通常可得預見行為之可罰性範圍，可通過「可理解或可預見性」審查。據此，系爭規定仍符合刑罰法律明確性原則。

綜上所述，系爭規定符合比例原則與刑罰法律明確性原則。

肆、虛遷戶籍投票未遂罪（系爭規定三）之憲法審查

本罪（系爭規定三）規定：「前二項之未遂犯罰之。」未遂犯係指「已著手於犯罪行為之實行而不遂者」（刑法第 25 條第 1 項），故系爭規定所處罰之不法行為，係指行為人出於妨害投票結果正確或虛遷戶籍投票之故意而著手實行，客觀上卻未達到犯罪既遂。在法律效果上，未遂犯之法定刑係「得按既遂犯之刑減輕之」（刑法第 25 條第 2 項），故本罪之法定刑係有期徒刑二年六月以下。

就虛遷戶籍投票罪而言，系爭規定之不法行為為何，涉及如何認定著手實行的時點。就此，最高法院 101 年度台上字第 4041 號判決表示：「第一部分之虛偽遷徙戶籍，就該選舉區之整體投票結果以言，其計算得票比率基礎之選舉人數額，及實際投票數額等各項，當然導致不正確發生，自毋庸如同第一項，特將其『使投票發生不正確之結果』，再列為犯罪之構成要件，故一旦基於使特定候選人之意圖，而虛偽遷徙戶籍，當以其遷籍之行為，作為本罪之著手。」本文認為，虛遷戶籍投票罪係保障構成國家權力行使基礎之合法投票結果，大多數選舉之「投票結果」係指候選人之票數分配，故「投票」係指行為人將選票投入票匱的行為。依據主客觀混合理論，著手實行係指依據行為人之犯罪計畫，已經開始實施與犯罪構成要件之實現有密切關聯的行為，故本罪之著手實行最早係指行為人領票圈選。如果行為人出於使特定候選人當選之意圖而虛偽遷徙戶籍，客觀上通常需要等待數個月後才可能投票，在此之前行為人尚可控制不去投票，不能算是已經與犯罪構成要件實現有密切

關聯的行為，而是不罰的預備行為³¹。因此，系爭規定之不法行為為何，取決於本罪之著手實行係指「虛遷戶籍」或「領票圈選」，仍有爭議空間。

系爭規定禁止與處罰為了無權投票而「虛遷戶籍」或「領票圈選」的行為，其行為規範干預人民的選舉權，制裁規範干預人民的人身自由，此一基本權干預是否符合比例原則，值得檢討。系爭規定所追求之目的及所採取的刑罰手段，皆與虛遷戶籍投票罪（系爭規定二），相同，其目的正當性、手段適合性與必要性，可援引虛遷戶籍投票罪之分析予以肯定。需要特別檢討的是，系爭規定以刑罰手段處罰「無權投票」之前階段行為，此種行為僅是對於合法的投票結果造成危險，法定刑減輕至2年6月有期徒刑，是否符合手段狹義合比例性。就此，由於法定刑已經隨著行為僅對合法投票結果造成危險而降低，法定刑尚與行為之不法及行為人責任程度相稱，應該符合罪刑相當的要求，因而通過手段狹義合比例性之審查。據此，系爭規定符合比例原則。

系爭規定禁止與處罰「前二項之未遂犯」，其客觀犯罪構成要件與虛遷戶籍投票罪（系爭規定二）不同，是否符合刑罰法律明確性原則，需要特別討論。系爭規定之規範目的是保障合法的投票結果，立法者描述所禁止之行為是「著手實行」虛遷戶籍投票，應可通過「可司法性」審查。不過，實務與學說對於「著手實行」之認定不同，系爭規定是否欠缺「可理解或可預見性」？由於著手實行是共通適用於所有犯罪之未遂犯成立要件，著手標準隨著所採取之未遂理論不同而改變，其具體運用於不同犯罪也會產生獨特的難題，因此立法者未具體描述虛遷戶籍投票之著手行為，而是保留給學說與實務依其所發展之著手標準進行判斷，有其必要性。何況最高法院向來以「虛遷戶籍」作為本罪之著手實行時點，雖然在理論上未必妥適，但是至少清楚確立本罪之著手時點，確保一般受規範者可得預見可罰性範圍，故可通過「可理解或可預見性」審查。因此，系爭規定亦符合刑罰法律明確性原則。

系爭規定僅處罰「意圖使特定候選人當選」而虛遷戶籍投票未遂的行為，不處罰出於其他原因而虛遷戶籍投票未遂的行為，此一區別待遇是否符合平等權，與虛遷戶籍投票罪（系爭規定二）的問題相同。如前所述，系爭規定係考量出於選舉意圖之虛遷戶籍之人，對於國民主權原則之攻擊意志較強，此一區別待遇與系爭規定之規範目的存在一定關聯性，仍符合平等權之保障。

綜上所述，系爭規定符合比例原則、刑罰法律明確性原則及平等權保障。

³¹ 薛智仁，虛遷戶籍投票罪之既未遂——評最高法院101年度台上字第4041號刑事判決，月旦裁判時報，20期，2013年4月，頁73-76。

伍、對爭點題綱之回覆

一、系爭規定二所處罰之不法行為為何？其是否涉及人民之選舉權、遷徙自由、居住自由或其他憲法上權利？

回覆：系爭規定二之「虛偽遷徙戶籍取得投票權」僅係行為人欠缺選舉人資格之原因，所處罰之不法行為係「投票」行為本身。系爭規定禁止與處罰虛遷戶籍之人的無權投票行為，其行為規範涉及人民之選舉權，制裁規範涉及人民之人身自由（詳見貳、一、(一)）。

二、系爭規定二就上述憲法上權利，是否違反比例原則或平等原則？尤請析論以下問題：

1. 系爭規定二之立法目的及其憲法正當性為何？

回覆：系爭規定二之立法目的係保障合法投票結果，實現國民主權原則，具有憲法正當性（詳見貳、一、(二)）。

2. 選舉公告日、候選人登記與取得選舉投票權之戶籍登記，其時序關係對系爭規定二所處罰行為之「不法性」之構成有無影響？有何影響？（背景說明：可取得公職人員選舉投票權之戶籍登記最終日，原則上均早於選舉公告日；候選人登記與確定則更晚於選舉公告日）

回覆：系爭規定二之客觀構成要件為「虛偽遷徙戶籍取得投票權而投票」，「虛偽遷徙戶籍」係指行為人於戶籍遷入登記後未於選舉區繼續居住四個月以上，此一要素之認定與選舉公告日、候選人登記與戶籍登記期限之時序無關。系爭規定二之主觀構成要件以虛遷戶籍時之「使特定候選人當選之意圖」為必要。或有認為，在虛偽遷徙戶籍之際，通常尚未公告選舉及辦理候選人登記，既然尚未產生候選人，行為人此時不可能實現「使特定候選人當選之意圖」。然而，意圖作為特殊之主觀犯罪構成要件要素，僅以行為人之主觀想像為認定依據，意圖之內容（對象）無庸在客觀上真實存在。因此，雖然在虛遷戶籍時客觀上尚不存在「特定候選人」，只要行為人主觀上預見未來有特定候選人參與選舉，並出於使其當選之目的而虛遷戶籍，即可實現此一意圖要素。據此，上述日期之時序，亦不影響系爭規定二之意圖要素的認定。結論是，上述日期之時序關係，與系爭規定二所處罰行為之不法性無關。

3. 民主選舉制度下，以選民支持特定候選人當選之意向作為犯罪主觀構成要件要素，是否具有憲法上之正當性？

回覆：行為人虛遷戶籍不論出於何種目的，皆不影響其欠缺選舉人資格，投票行為造成不合法之投票結果。立法者僅處罰出於選舉目的而虛遷戶籍之人的無權投票行

為，係考量此種行為人攻擊民主之意志較為強烈，此一區別待遇與系爭規定二之規範目的存在一定關聯性，符合平等權之保障（詳見貳、二）。

或有認為，民主選舉之投票行為原本就是「意圖使特定候選人當選」，以此種目的作為犯罪主觀構成要件要素，與民主選舉制度本質有所牴觸，不具憲法正當性。但是此種觀點所忽略的是，在民主選舉中，選舉人以其投票行為支持特定候選人，前提是投票行為符合選舉法令；如果投票行為不符合選舉法令，行為人「使特定候選人當選之意圖」，在評價上就不是合法參與民主選舉的動機，反而是非法操縱、扭曲民主選舉的動機。因此，系爭規定二將「意圖使特定候選人當選」規定為犯罪主觀構成要件要素，係在標示此種無權投票行為出自更強烈的攻擊民主意志，而不是將合法參與民主選舉之意志評價為不法，沒有牴觸民主選舉制度之本質可言。

4.公職人員選舉之選舉人，其選舉投票權之取得要件、選舉人資格取得之依據及其法律屬性為何？其與系爭規定二所處罰之不法行為之關係為何？

回覆：依據公職人員選舉罷免法第 15 條第 1 項、第 4 條第 2 項，選舉人資格以戶籍遷入登記後於選舉區繼續居住四個月以上為要件。系爭規定二係禁止虛遷戶籍之人的無權投票行為，「虛偽遷徙戶籍」係指行為人欠缺選舉人資格之原因，故行為人於戶籍遷入登記後未於選舉區繼續居住四個月，因而欠缺選舉人資格者，始適用本罪處罰。換言之，在解釋上，「虛偽遷徙戶籍」係指不符合公職人員選舉罷免法第 15 條第 1 項、第 4 條第 2 項之選舉人資格要件（詳見壹、三、（一））。

5.系爭規定二僅就特定態樣（即意圖使特定候選人當選而虛偽遷徙戶籍）之選舉人「住、籍分離」情形而為處罰，其手段是否適於上開第 1 點所稱立法目的之實現？

回覆：系爭規定二係為保障投票結果之合法形成，其禁止與處罰意圖使特定候選人當選而虛偽遷徙戶籍者之投票行為，有助於防止投票結果受此種行為人之無權投票所影響，符合手段適合性（詳見貳、一、（三））。

6.系爭規定二之刑罰手段，就實現上開第 1 點所稱立法目的而言，是否具有不可替代性？有無其他侵害較小之法律手段，如不予列入選舉人名冊或選舉前撤銷選舉人資格等行政管制手段？

回覆：系爭規定二為保障合法之投票結果，在行政管制手段不能防堵無權投票發生時，透過處罰虛遷戶籍之人的無權投票，向虛遷戶籍之潛在行為人宣示「不得無權投票！」，具有其他行政管制手段所無之預防效果，符合手段必要性（詳見貳、一、（四））。

三、系爭規定二之處罰構成要件，是否有違刑罰法律明確性原則？

回覆：系爭規定二已可辨識其保護目的及所禁止之行為模式，相關構成要件要素之解釋適用爭議，不影響一般受規範者可得預見其可罰性範圍，符合刑罰法律明確性原則（詳見貳、三）。

四、系爭規定一之處罰構成要件，是否有違刑罰法律明確性原則？

回覆：系爭規定一已可辨識其保護目的及所禁止之行為模式，其適用範圍亦大致上可得確定，一般受規範者尚可得預見其可罰性範圍，符合刑罰法律明確性原則（詳見參）。

五、系爭規定一及二之不法行為間之關係為何？系爭規定二之犯罪，是否必然為系爭規定一所涵蓋？

回覆：系爭規定一及二均保障合法的投票結果，前者處罰全部偽造與變造投票結果之行為，包含「詐術」所代表之無權投票行為在內；後者處罰「意圖使特定候選人當選，虛偽遷徙戶籍而取得投票權」者之無權投票行為。系爭規定二之犯罪必然為系爭規定一所涵蓋；對於系爭規定一而言，系爭規定二僅係排除「詐術」解釋爭議之宣示性規定（詳見壹、一與二）。

六、系爭規定三所處罰之不法行為為何？其是否有不同於系爭規定二之合憲或違憲理由？

回覆：系爭規定三係處罰意圖使特定候選人而虛遷戶籍投票未遂的行為，可能是指「虛遷戶籍」或「領票圈選」行為。系爭規定三符合比例原則、刑罰法律明確性原則及平等權之保障，沒有不同於系爭規定二之合憲或違憲理由（詳見肆）。