

憲法法庭審理會台字第 9433 號等聲請案專家意見書

徐育安

(台北大學法律學系教授)

壹、前言

選舉制度為民主社會最為核心之機制，以民意決定立法與行政權限之賦予，由於關乎國家各項權力的轉移，因此，世界各國無不對於選舉制度進行綿密之規範，以期透過公平與透明的機制，維護民主憲政秩序。我國刑法設有第六章之妨害投票罪，禁止各種破壞選舉制度之行為，其中第 146 條之妨害投票結果正確罪，乃為防止選舉受到非法介入產生不正確結果所設，共分為下列三項之規定：首先，第一項，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。其次，第二項規定，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。第三項則規定，前二項之未遂犯罰之。

本次言詞辯論，擬就上述刑法第 146 條全部共三項之規定分別探究其各自規定之合憲性，依此，以下分別稱之為系爭規定一、二與三。而按照本次憲法法庭所提言詞辯論之討論題綱，所列出的爭點在劃分上相當精細，著實有利於逐一針對諸多疑義徹底予以釐清，但由於涉及的問題點因而也就較為繁多，為兼顧討論題綱所列之爭點順序與意見書之行文方便，乃就涉及之三個系爭規定為主軸，劃分為下列三大部分進行論述，待討論議題的順序上則未有變動，謹提出管見供為參考如下：

貳、系爭規定二之相關疑義

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？

觀察本項規定之犯罪成立要件，乃基於使特定候選人當選之目的，透過以虛偽遷徙戶籍之方式取得投票權後，進而為投票之行為。依此，本構成要件所擬規範之行為，係出於影響特定選舉結果之動機，雖無居住之事實，但藉由戶籍登記而取得投票權後，於選舉日進行投票，藉以增加某一候選人所獲取之票數，期能

以此達成該特定人當選之目的。按照此一構成要件之設計，本項規定之不法行為，其實質不法內涵在於，行為人為了能夠讓特定人當選，於戶政機關登載不實之戶籍資料後，取得戶籍地之投票權，因而改變該地區之選舉結果。

本規定所禁止者，限於以影響選舉結果之目的而虛偽遷移戶籍，並進而投票，其並未設定任何人民遷徙之條件，亦未限制人民居住某一地區之消極或積極自由，而是要求不得透過虛設戶籍之方式取得任一選區之投票權，因此，所涉及者係限制人民以不當之方式取得選舉權，但是，這並不直接意味立法者將人民的選舉權予以剝奪，因為，即便被禁絕進行此等行為，人民本即擁有其於原戶籍地之選舉權，此項權利並不受到任何影響，是故，若是單從此點著眼，系爭規定二所納入規範者，係以特定方式取得投票權進而影響選舉結果之行為，其所限制者似僅人民進行上述行為之行動自由。

然而，若進一步思考系爭規定二所為之限制，則其不僅止於特定行動自由權利的剝奪，因為，既然是遏止人民以特定方式行使其作為國民之選舉權，亦即禁止以虛偽登記戶籍的方式取得特定選區投票權並行使之，就此而言，即為限制人民取得投票權之管道並據以行使之權限，此一規範限制實已涉及人民如何行使其選舉權之自由，當有檢視其是否具有正當性之必要。

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？

（一）系爭規定二之立法目的及其憲法正當性為何？

本規定於民國 96 年 01 月生效施行，其立法理由中指出，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，為導正選舉風氣，爰增訂第二項規定。本立法理由卻也同時點出，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、保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，是以第二項以意圖使特定候選人當選虛偽遷徙戶籍投票者，為處罰之對象。

更進一步爬梳立法歷史資料，可知該修正案初由立法委員所提出，其原意為

修正第一項規定，而非增列第二項¹。而之所以要進行本次的修正，乃是為遏止選舉舞弊，但原有之第一項規定採取概括規定而非採列舉式規定，此模式失諸於籠統而未能明確網羅各種犯罪類型，易生法律解釋與適用之爭議。爰參考德國刑法第 107a 條之規定，對於第一項之規定進行兩點修正：首先，擬將適用之情狀侷限在選舉公告後，因認進入選舉期間後方有舞弊影響選舉正確之可能，故此時方有予以規範介入之必要；其次，該立法說明中指出，按照德國法之規定，其所規範之類型除了於投票後變造選舉結果之外，另一個重要的類型是，在選舉權人確定後，於投票前非法取得選舉權，此未為我國規定所明確包含，故修正將「取得投票權」與發生其他投票不正確結果並列，屬犯罪結果之其中一種態樣。²

法案於二讀時，為避免虛偽遷徙戶籍影響選舉結果之處罰範圍過於廣泛，因此，將原提案改為另立第二項規定，以意圖是特定人當選為適用前提，處罰虛偽遷徙戶籍而取得投票權者，依此，排除基於其他原因而虛設戶籍者，如因就學、服兵役、福利給付而有住、籍分離之情形。此處，在修正理由中還提到一個重要的問題，由於選舉人名冊為戶政機關與選務機關所共同製作，屬確認性行政處分，虛設戶籍者受合法投票通知而前往投票，非屬原條文第一項之「非法方法」，故有另訂第二項具以規範處罰之必要³。

從上述立法過程可以看到，立法者不斷強調此次修法乃為杜絕選舉舞弊與維護選舉制度，就此，我們可以按圖索驥地查找當時德國刑法第 107a 條選舉舞弊罪（*Wahlfälschung*）之相關資料，該條文為 1975 年至 2019 年生效之版本，其立法目的在於維護公眾對於合法選舉之利益⁴，此一立法之目的在民主法治國家中，確實為法秩序所應予保護者，具有憲法上的正當性，若參考德國聯邦憲法法院意見，其指出選舉權設有於選區一定居住期間之規定，乃是為了實現由居住該地區的人民自治（*gemeindliche Selbstverwaltung durch das Volk in der Gemeinde*），地區事務應該由那些熟悉當地情況與連結的人民共同參與⁵。依此，我們可以說選區居住期間之規定，乃是基於國民主權之住民自決理念，具有民主之意義。

進一步觀察我國立法者當時所參考的德國刑法第 107a 條⁶，其構成要件所包

¹ 立法院第六屆第 4 會期第 7 次會議議案文書（院總字 246 立委提案 7136 號），2006 年 11 月 8 日。

² 原提案將第一項修改為：「選舉公告後，以詐術或其他非法之方法，取得投票權或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。」

³ 立法院公報第 96 卷第 3 期，院會紀錄，第 76、78 頁。

⁴ Laufhütte, in LK 11. Aufl., 1993, § 107a Rn.1.; Kargl, in NK 5 Aufl., 2017, § 107a Rn.1.

⁵ BVerfG, NVwZ 1993, 55, 56.

⁶ 德國刑法第 107a 條 妨害選舉結果正確罪

括的行為態樣有二，分別為無權選舉（*unbefugtes Wählen*），以及其他致不正確選舉結果之行為（*sonstige Herbeiführung eines unrichtigen Wahlergebnisses*）。其中所謂無權選舉，犯罪具體的實行方法，如投票者係已遭褫奪公權者、二次投票者、冒他人之名頂替者，此外，於選區實際居住未滿法定期間者亦同。就最後這一種犯罪方法，應進一步說明的是，按照德國實務見解，即便經選舉機關登錄於選舉人名冊，也不因此使無權投票者變為有權之人，因此，該虛設住所地之行為仍構成本罪。⁷

（二）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）

觀察上述原始提案內容，比對其與現行法條文規定後，可以發現兩者之間存在一個重要的差異：原始提案所擬規範之類型為，於選舉公告之後，也就是投票權人確定之後，以非法之方式取得投票權。而現行法之規定，則是行為人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，依此，其所擬規範者為選舉公告前，基於使特定人當選之目的而虛偽變更戶籍，因此取得投票權之情形，此時，由於形式上經戶籍登記為特定地區之人口，經戶政單位造冊後由選舉機關列入為有投票權人。

從上述的比對之中，可以看出現行法所欲禁止行為之不法內涵，已有相當之差異，其主要是基於虛偽變更戶籍以取得投票權，並因投票而使選舉之結果有所不同，依此，可將其劃分為前後兩個部分，首先，行為人將戶籍變更於特定處所，但並無居住之事實，此一不實之戶籍申請行為，影響戶政資料之正確性，此屬戶籍法第 76 條所禁止之不實申請行為，具有行政不法而應受罰鍰之法律效果。其後，系爭規定二所涉之行為，尚須更進一步於取得投票權後，有投票之行為，以影響最終影響選舉之結果，單就此部分之行為來說，似乎難以認定其不法之內涵，因為，在有投票權之前提之下，進行投票行為並未牴觸法秩序，反而是民主憲政

(1) 無權而參與投票，或以其他方法，使投票發生不正確結果，或偽造投票結果者，處五年以下有期徒刑或罰金。

(2) 對於選舉結果，為不正確之宣布，或使人為不正確之宣布者，亦同。

(3) 未遂犯罰之。

⁷ Laufhütte, in LK 11. Aufl., 1993, § 107a Rn.2.; Kargl, in NK 5 Aufl., 2017, § 107a Rn.3.

秩序之應然。整體觀察前後兩個行為，方能完整顯現其不法內容，是以透過違反戶籍法規定的情況下，取得投票權而投票，從民主憲政秩序來看，投票決定地方之公共事務，應以與當地有確實連結者為限，因此，虛偽變更戶籍者，與此一選舉制度之原理有所違背。

此外，須特別指出的是，由於上述行為係向戶政單位之公務員提出戶籍變更之申請，此不實變更戶籍似乎符合使公務員登載不實之要件，然而，根據我國實務見解，該構成要件之該當，以公務員無權審查申請是否真實為限⁸。就虛偽登記戶籍之行為，最高法院更於 91 年 11 月 26 日做成決議，戶政單位公務員對此變更戶籍之申請須經實質審核，是故，依此實務所持之法律意見，虛偽遷移戶籍之行為尚不構成刑法第 214 條之使公務員登載不實罪。

（三）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？

另一方面，在主觀方面，須具有使特定候選人當選之意圖，就此行為人所設定之主觀追求目的言之，本身並未能彰顯任何不法內涵，因為，在民主選舉中，欲使心目中理想之候選人當選，本即為選舉制度之功能所在，難謂其與法秩序有所抵觸。此處本意圖要素之意義應是在於，將處罰之範圍予以限縮，以免包括立法理由中所提及之因就業、就學、服兵役、子女學區、農保、都會區福利給付優渥、保席次或其他因素而遷籍者。

令人產生疑惑之處在於，前述已經提及，本罪之不法內涵在於，虛偽變更戶籍者，與民主選舉制度之住民自決原理有所違背，若為因就業、就學、服兵役、福利因素而遷籍者，同樣並未實際居住於戶籍地，但也同樣因戶籍登記而取得投票權，當然，也就同樣違反住民自決之民主原理，這一點並不因為行為人欠缺主觀上使特定人當選之意圖而有所不同，更何況這些非出於選舉動機而虛設戶籍者，對於自身行為將會造成其投票權所在選區之變動，同樣是心知肚明，依此，系爭規定二在適用範圍的選擇上，其區分欠缺實質的理由⁹。因此，本文認為若將處罰之範圍侷限於純粹出於選舉考量者，而未包括追求其他目的之情形，雖是為顧全我國社會民情與觀感，但此種法律上的區別待遇恐有違反平等原則之疑義。

⁸ 請參閱 73 年台上字第 1710 號前判例、最高法院 109 年度台上字第 2522 號判決。

⁹ 曾提出類似質疑者，柯耀程，適用幽靈人口的幽靈規範，全國律師雜誌，第 12 卷第 6 期，2008 年 6 月，頁 11。

若更擴大平等原則的檢視，可以發現在我國實務上對於適用範圍迭生爭議。首先，最高法院認為，刑法第 146 條第 2 項所指「特定候選人」，應限縮予以解釋，倘行為人是為支持其配偶或直系血親之競選，而遷移戶籍投票者，尚不具有可罰違法性，因此並不成立本罪，但行為人若為候選人之旁系血親、姻親者，則不適用該法理，無法排除其違法性¹⁰。此一區分固然可能是基於遠近親疏之考量，似有其理由，但其結果同樣產生平等原則之破壞，畢竟，就虛設戶籍而製造選舉幽靈人口來說，不法程度之高低並不因直系血親抑或旁系血親而有不同。

其次，對於系爭規定二之適用，是否包括候選人自己，多持否定見解，換言之，就意圖「特定人」當選之要素，實務上所持之法律見解為，該特定人並不包含自己¹¹。若觀察我國選舉實務，經常有受政黨徵召而遷徙戶籍以參選者，尤其立委、縣市首長之選舉儼成常態，知名政治人物此種空降式的投入選舉，其與選區之間原有的連結甚寡，遷徙戶籍僅是取得候選資格之手段，並非有意繼續居住於該新設戶籍地，但我國司法實務對於此種行為多未以選舉之幽靈人口視之，罕見有主動查緝者。此一差別對待也彰顯系爭規定二在平等原則上的疑義¹²。若與德國司法實務判決相對照，筆者所搜尋到的兩個案例，反而恰好都是涉及候選人虛設戶籍而成立德國刑法第 107a 條之選舉舞弊罪者¹³。就此現象，並非可以直接推論我國司法實務選擇性辦案，而是呈現出一個問題，我國立法之時並未謹慎思考社會實情，而將選舉舞弊的大帽子，扣在特定族群之上，以致形成我國法秩序的奇特景象。

平等原則在國家制裁權限上的意義，於釋字第 666 號大法官解釋中即已明確指出，在處罰上如因處罰對象之取捨，而形成差別待遇者，須與立法目的間具有實質關聯，始與平等原則無違。觀察上述系爭規定二在規範對象的選擇範圍上，以及在司法實務的執法上，都出現差別待遇的現象，而從立法目的，亦即從落實國民主權選舉制度、杜絕幽靈選舉人口而言，即便出於非選舉之理由而虛設戶籍，仍是選區的幽靈人口，而空降後未實際居住的候選人亦復如此，因此，系爭規定二之差別待遇並無正當基礎。

¹⁰ 如最高法院 105 年台上字第 3097 號、106 年台上字第 1744 號、107 年度台上字第 3650 號判決。

¹¹ 近來，最高法院 109 年台上字第 4333 號判決則對上述排除候選人之實務見解有所質疑。

¹² 我國學者有對於系爭規定二積極肯認其合憲性者，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 號刑事判決，裁判時報，102 期，2020 年 12 月，頁 70-80。

¹³ BVerfG, NVwZ 1993, 55, 56; VerfGH BW Beschl. v. 30.8.2016 – 1 VB 59/16, BeckRS 2016, 51142.

參考德國聯邦憲法法院較為新近之見解，其就審查平等原則問題時指出，法律所限制之自由權利越重要者，立法機關自受到平等原則更嚴格的拘束，此外，區別對待所考量的可支配性要素越少，或是越接近基本法第 3 條第 3 項之因素者¹⁴，則憲法上基於平等原則的要求就越嚴格¹⁵。其中，所謂可支配性(Verfügbarkeit)因素，指受規範者得以左右決定之因素，尤其是涉及個人性因素

(Persönlichkeitsmerkmale)而決定區別對待時，需審視該個人性因素是否欠缺可支配性，亦即當事人是否有決定影響之能力¹⁶。因此，或可能有認為，系爭規定二之使特定人當選之意圖具有可支配性；但基於學區、社會福利等原因虛遷戶籍者，是被選務機關主動納入選舉人名冊，並非主動為之，因此僅對具有此一動機者予以處罰並無違反平等原則。然而，此種見解忽略了一個問題，因為其他理由而虛偽遷徙戶籍者，其對於其行為與行為之結果，亦即產生選區變動，同樣皆具有可支配性，因為這是虛設戶籍之自願行為所帶來的必然結果，若不欲此結果出現，只要不做出此一行為即可，因此，自不因是由選務機關自動納入選舉人名冊而變為不具支配性，由此觀之，系爭規定二仍然欠缺區別對待之實質理由，難謂合理之區別待遇。

(四) 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？

憲法第 17 條規定，人民有選舉、罷免、創制及複決之權，此為人民基於國民主權原則，所享有之積極參政權，以此參與國家統治權的行使，又被稱之為狹義參政權。其中，選舉投票權之取得，係人民參與選舉之前提，使之得以參與決定候選人之選拔，因此，選舉人資格屬人民之主觀公權利。

選舉權固為人民之公權利，但此項權利之行使，一般皆有於選區居住一定期間之限制，如公職人員選舉罷免法第 15 條規定，有選舉權人在各該選舉區繼續居住四個月以上者，方為公職人員選舉各該選舉區之選舉人。依此，未有居住事實或居住未滿此期間者，即不具備選舉人之身分而不得行使投票之權利，而虛偽遷移戶籍者，於戶籍地並未滿足此項居住期間之要件，因此，應不具備投票權人之身分而不得進行投票，系爭規定二所處罰者，即屬此一違反公職人員選舉罷免

¹⁴ 即性別、血統、種族、語言、祖國和出身、信仰、宗教或政治觀點等因素。

¹⁵ BVerfGE 139, 285, 309.

¹⁶ 參考 BeckOK GG/Kischel, 46. Ed. 15.2.2021, GG Art. 3 Rn. 42 ff., 45 f.

法第 15 條或其他相類規定之行為。

(五) 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？

如上所述，系爭規定二之立法目的在於防止選舉舞弊，影響選舉結果之正確性，而意圖使特定候選人當選而虛偽遷移戶籍，不但違反戶籍法第 76 條，亦同時違反如公職人員選舉罷免法第 15 條之關於選舉的特別規定。對於此一行為，系爭規定二是否適於達成此一目的之實現，首先，從行為規範的角度予以分析，禁止基於選舉目的之虛偽遷移戶籍，由於在外觀上大多無異於因其他動機而虛偽遷移者，而由於社會上此種住、籍分離之情形極為普遍，人民多欠缺不法意識，因此，予以禁止之成效值得懷疑。其次，從制裁規範的層面言之，處以刑罰之手段，是否能發揮預防功能杜絕此種不法行為，恐怕也將因人民欠缺不法意識而收效甚微¹⁷。

在我國司法實務上，能夠較為確實進行犯罪之訴追與處罰者，多為小區域之選舉，如里長選舉，且是在出現大量不尋常之遷入活動時，例如眾多人數同時遷移戶籍於一戶口之內，方才較容易予以判定；反之，只要是鄉鎮長以上較為大型之選舉，虛設戶籍之活動將顯得零星或分散時，由於我國社會生活中遷移戶籍地的舉動可能出於形形色色不同原因，因此，難以單純藉由外在事實且在短時間內即得以判斷出，行為人是否是出於選舉之動機始為虛偽之戶籍移轉。由此觀之，系爭規定二雖非不能達成立法目的，但是其成效著實有其相當之侷限，當然，也同時造成執法認定上的疑問。

(六) 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？

¹⁷ 關於我國人民對此行為之不法意識，亦請參閱李惠宗，論「選舉幽靈人口」的罪與罰－最高法院八十八年度臺上字第五八九五號刑事判決及臺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，第 9 期，2000 年 4 月，頁 45 以下；許玉秀，幽靈人口妨害投票罪？輔仁法學，第 22 期，2001 年 12 月，頁 22 以下。

系爭規定二之目的在於防堵藉由虛偽遷移戶籍的方式，影響某一地區之選舉，與此相關之管制手段，就虛偽遷移戶籍言之，由於違反戶籍法第 76 條之規定，本即一受到行政罰所處罰之行為，其處罰之目的僅為戶籍資料正確性之維持，由此觀之，似與系爭規定二之立法目的並不相同，不過，若從更為根本的角度觀之，既然戶籍的移轉將直接造成投票權之取得，那麼，管制戶籍的正確性即能發揮杜絕投票權不當取得之目的，因此，戶籍法第 76 條之規定將有助於系爭規定二之目的達成，但是，由於本條在適用範圍上包括了所有不實申請之行為，因此，可以涵蓋所有違反住民自決之情形。

若能單純將虛偽遷移戶籍者不予列入選舉人名冊，或是於選舉前撤銷選舉人資格等行政管制方法，其手段自然更為和緩，且更為全面地排除違反住民自決原則者，似乎可以算是能夠同樣達到目的之手段。然而，此種管制方式所將造成的社會成本相當巨大，因為，必須先經過嚴謹之普查程序，方能確認何者屬無居住事實者，其過程不但耗費巨大且擾民，何謂無居住事實之判斷標準也恐難以統一，至於現行實務上所運用之調查方法，例如檢視其所使用之電量，容易透過許多不同的理由提出抗辯或迴避。是故，藉由行政管制之手段雖然確實是侵害較小之選擇，但目前的做法所形成之社會成本，似乎難以被稱之為侵害較小者，或是被認為具有相同之效果，因此，一方面勢必需要對於現行戶籍管理與查核制度進行重新之檢討與調整，方能做到有效的戶籍管理，減少查核成本，並符合現代生活之變遷，另一方面也可考慮改變傳統戶籍與選區連動的做法，將兩者予以脫鉤，另以其他有助如判斷實際居住地之方法確認選區，以普遍解決選舉幽靈人口問題。

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？

我國大法官自釋字第 432 號解釋所發展之明確性判斷法則，有鑑於立法者於制定法律時，需衡酌所擬規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，故而運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定，此種抽象概念「苟其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認」，即不得謂與明確性原則相違。依其意旨係以受規範之一般人民是否具有可預見性，以及可審查性作為標準，此標準亦出現於釋字第 690 號解釋，此外，釋字第 545、702 號解釋予以補充，若涉及特定專門職業事項之規範時，所需考量者包括是否能「由適當

組成之機構依其專業知識加以認定與判斷」¹⁸。

對於明確性原則審查之寬嚴程度，大法官於釋字第 636 號解釋指出，若涉及「嚴重拘束人民身體自由而與刑罰無異之法律規定，其法定要件是否符合法律明確性原則，自應受較為嚴格之審查」。反之，若與刑罰相類似但仍有所不同之法律規定，釋字第 690 號解釋指出，如「強制隔離雖拘束人身自由於一定處所，因其乃以保護人民生命安全與身體健康為目的，與刑事處罰之本質不同，且事涉醫療及公共衛生專業，其明確性之審查自得採一般之標準，毋須如刑事處罰拘束人民身體自由之採嚴格審查標準」¹⁹。而更為寬鬆者，如釋字第 767 號解釋中，大法官認為涉及社會政策、國家資源分配之立法，則採取較寬鬆之審查基準，立法者享有較大的裁量空間²⁰。

系爭規定二之用語，為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，從上述判斷明確性之標準來看，一般人民在理解上並無困難可以大致掌握其意義，因此，多數情形之下應可預見其行為是否屬本規定之適用範圍，但是，整體上來看，其規定仍有籠統之處，由於並未有任何相關期限之規定，該意圖於何時形成始屬本條之適用範圍，即難有明確之標準，這一點對於人民與執法者都將造成判斷上的困難²¹。值得一提的是，與我國相當簡單的規範相對照，德國刑法除了前述之第 107a 條之外，另外制定第 107b 條之偽造選舉資料罪²²，且在規定之用語上也較為明確，將行為與選舉人名冊作緊密之連結。

參、系爭規定一之相關疑義

¹⁸ 進一步之檢討，請參閱釋字第 767 號解釋黃昭元大法官協同意見書。

¹⁹ 許志雄大法官釋字第 636 號解釋協同意見書亦指出此一思考方向，即涉及的基本權越重大，法律明確性之要求即應更為嚴格，反之則得為較寬鬆的審查。

²⁰ 黃虹霞大法官協同意見書亦表示：「就福利性措施，則各項憲法原則之要求含法律明確性要求應可較低。」

²¹ 我國則有學者指出，系爭規定二應屬抽象危險犯之立法，李惠宗，再論選舉幽靈人口的罪與罰－刑法第一四六條新增第二項虛偽遷徙戶籍立法技術之檢討，全國律師雜誌，第 12 卷第 6 期，2008 年 06 月，頁 41。

²² 德國刑法 第 107b 條 偽造選舉資料罪

(1) 實施下列行為之一，若無其他法律設有較重之刑罰者，處六月以下有期徒刑或一百八十日額單位之罰金：

1. 提供虛偽資料而登載於選舉人名冊者，
2. 明知他人無選舉權，而將其登載於選舉人名冊者，
3. 明知他人有選舉權，而不將其登記為選舉人者，
4. 雖無候選人資格，而使自己列為候選人者。

(2) 將選舉人登記於選舉人名冊之規定，於社會保險初選所製作之選舉文件，準用之。

一、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？

系爭規定一之構成要件為，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，本規定於 2006 年之修法提案時，即被指出其有失諸於籠統之疑義，其理由為其中有概括條款之規定，因而造成意義上的不明確。

若參考德國刑法第 107a 條妨害選舉結果正確罪之規定，其規定相較之下確實將明確之程度做了一定程度的提升，但其中亦有概括條款之使用，可見在立法技術上，為免於掛一漏萬，仍有運用此種條款之必要。因此，整體上說來，系爭規定一就明確性原則的要求，雖並未達於明顯違背之程度，但用語確實較為模糊，應有改善之空間，可參考德國之規定適度調整。

二、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？

兩個規定的關係為何，本文擬從虛設戶籍是否構成系爭規定一之犯罪這個問題切入。在系爭規定二制定之前，最高法院即曾做成 92 台上 6125 判決指出，系爭規定一所謂使投票發生不正確之結果，並不僅指使候選人當選與否發生不正確之結果而言，凡使投票之選舉人數、候選人得票數發生不正確之結果均包括在內；再本規定所謂「詐術」即使用欺罔手段，使人陷於錯誤而言，所謂「其他非法之方法」，即除詐術外，其他一切非法律所允許之方法，均屬之。故原判決認為若實際上並未居住該選舉區，為支持某特定候選人，而虛報遷入戶籍，以行使投票權，來達到所支持之候選人勝選之目的時，自有妨害選舉之純正及公正性，符合刑法第一百四十六條妨害投票罪既遂之見解，並無判決違法之情形。

上述判決似乎並未具體指出虛設戶籍所該當者為「詐術」，抑或所謂「其他非法之方法」，謹認為此等行為已然該當系爭規定一之構成要件，實則，最高法院曾陸續作成 88 台上 5895 號、96 年度台上字第 5688 號判決，即已明確指出，虛設戶籍應屬系爭規定一所稱其他非法方法，若依此見解，系爭規定一及二有高度的重疊關係，系爭規定二之犯罪本即為系爭規定一所涵蓋。

然而，需要特別加以指出的是，事實上整體來說，過去我國司法實務對於虛設戶籍是否構成系爭規定一之犯罪，出現相當分歧之意見²³。而在學說上也多有

²³ 對此問題的完整分析，已見李惠宗，再論選舉幽靈人口的罪與罰－刑法第一四六條新增第二項虛偽遷徙戶籍立法技術之檢討，全國律師雜誌，第 12 卷第 6 期，2008 年 06 月，頁 33 以下。

學者批判最高法院見解者²⁴。依此，系爭規定一似乎難以涵蓋系爭規定二，但若從虛設戶籍即違反我國戶籍法與選罷法相關規定言之，難謂此非屬系爭規定一之非法方法，最高法院之意見仍有其基礎²⁵。

肆、系爭規定三之相關疑義

一、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？

系爭規定三為未遂犯之規定，所處罰者為著手於前兩項規定之犯罪而尚未達於既遂者，從刑法學理言之，未遂犯之處罰乃是基於此種行為對於法一所造成之危險性，或是動搖一般人民對於法秩序之信賴，但是，其是否因此即有處罰之必要，仍待立法者之判斷，以特別規定之方式律定之。依此，其與系爭規定二之正當性基礎並不相同，須分別論之。

系爭規定三較有疑義者，厥為如何判斷實行系爭規定二犯罪之著手與既遂時點。就此，最高法院 100 年台上字第 5427 號判決指出，若行為人基於妨害投票之犯意而虛偽遷移戶籍，取得選舉人資格，且於投票日前二十日以前仍未將戶籍遷出該選區，經編入該選區選舉人名冊中，取得形式上之選舉權而得於該選區行使選舉權，已足以妨害選舉之涓潔及公正性，適足以影響該選舉區之選舉權人數量或投票數等整體投票結果，其行為已達於可實現該罪構成要件之著手階段，惟尚未使投票發生不正確之結果，則屬未遂；在此之前應屬妨害投票之預備行為，若取得選舉權並進而前往投票，則完全實現妨害投票罪之構成要件行為，已屬既遂範疇²⁶。本判決似未具體說明犯罪之著手時點為何，但認為若經編入選區選舉人名冊中時，屬系爭規定三所處罰之未遂行為。

其後，101 年台上字第 4041 號判決則有不同之見解，其說明如下：細繹本罪之客觀構成要件，計有三部分，一為虛偽遷徙戶籍，二為取得投票權，三為投

²⁴ 許玉秀，幽靈人口妨害投票罪？輔仁法學，第 22 期，2001 年 12 月，頁 28；李惠宗，前揭著，頁 46 以下；柯耀程，適用幽靈人口的幽靈規範，全國律師雜誌，第 12 卷第 6 期，2008 年 6 月，頁 13 以下；林鈺雄，二〇〇一年刑事類實務見解回顧，收錄於：刑法與刑訴之交錯適用，2008 年，頁 445 以下。

²⁵ 學界意見與最高法院之立場相近者，如林山田，選舉買賣選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 以下；薛智仁，虛偽遷徙戶籍而投票之可罰性，法學新論，7 期，2009 年 2 月，頁 94。

²⁶ 類似意見，如最高法院 101 年度台上字第 392 號判決。

票。其中第二部分，係由選務機關依據客觀之戶籍資料，造製選舉人名冊，經公告無異議而生效，行為人根本不必有所作為；亦即實際上祇有第一部分及第三部分，始屬於行為人之積極作為。而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，故一旦基於支持某特定候選人之意圖，而虛偽遷徙戶籍，當以其遷籍之行為，作為本罪之著手。第三部分則應綜合選舉法規、作業實務及社會通念予以理解，詳言之，投票雖可分為領票、圈選及投入票匭等三個動作，但既在同一投票所之內，通常祇需短短數分鐘時間，即可逐步完成，客觀上符合於密接之同一時、地內行為概念，自不能分割，是應合一而為評價，一旦領票，犯罪即達既遂，此後之圈選或投入票匭，仍在同一之投票行為概念之內²⁷。

上述實務見解雖然對於本罪之著手時點有不同之認定，但其共通之處在於，都指出一旦有虛設戶籍之行為，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。此一說明確實符合我國選舉制度運作之現實，卻也點出了系爭規定一、二與三之間的齟齬，既然只要虛偽遷移戶籍即改變選舉之結果，則不論是否有投票之行為，以第一項之規定言之，已使構成要件所要求之結果出現，因此，似應屬既遂犯而非未遂犯²⁸。

反面言之，若要避免系爭規定一、二與三之間的衝突，取得相互之間的和諧，可能的做法有二，其一是將系爭規定二之著手時點前移，但如此一來將造成構成要件更不明確，因為難以在遷移戶籍這個時間點之前找到一個同樣得以客觀化的時點。另一個可能的解決方案是，將系爭規定二予以修改，廢除「而為投票」之用語，但如此一來，也同樣將造成構成要件的不明確。由此可見，問題的根源還是來自於系爭規定二之不完備，若能重新檢討系爭規定二之立法，當有助於此疑義之釐清。

伍、結論

綜上所述，系爭規定二雖基於憲法上之正當目的，亦即為落實民主制度而設，

²⁷ 類似意見，如最高法院 110 年度台上字第 2715 號判決。

²⁸ 有持系爭規定二之既遂應以有實際投票為限者，薛智仁，虛遷戶籍投票罪之既未遂——評最高法院一○一年度台上字第四○四一號刑事判決，月旦裁判時報，20 期，2013 年 4 月，頁 69 以下。

禁止選舉舞弊行為，但由於在法理上與實際執行上，皆失諸於其區別對待之實質基礎，因此，恐已違反平等原則，而且由於其成效相當侷限，在比例原則上亦將產生疑義。其次，系爭規定一的部分，則有未臻明確之疑義，雖未達明顯違憲之程度，但仍有予以改正之必要，宜增列具體之行為態樣，以作為法院在解釋何謂其他非法方法時，據為參考之用，避免失諸籠統不清。最後，系爭規定三未遂犯之規定，雖然在法理上仍有其正當之設立基礎，但其與系爭規定二之關聯已生疑義，若系爭規定二有所修正時，當一併將此連動性納入考量。