

# 司法院大法官審理胡靈智聲請釋憲案說明會

## 書面意見

(2010/4/30)

李建良

中央研究院法律學研究所研究員  
國立台灣大學法律學院合聘教授

### 一、德國有無類似我國刑法第 146 條第 1 項及第 2 項規定，又有無相關憲法爭議？

刑法第 146 條規定：「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。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。前二項之未遂犯罰之。」

德國與刑法第 146 條相類似之規定，為德國刑法第 108a 條：「（一）以詐術使他人於投票時發生內容表示之錯誤，或違反其意思而不為投票或投廢票者，處 2 年以下有期徒刑或罰金。<sup>1</sup>（二）前項未遂犯罰之。」

此一規定與我國刑法不同之處，在於其處罰之行為僅以「詐術」為限，不及於其他之非法方法，且係以影響「他人」之投票行為作為處罰之構成要件，故較不生解釋上之疑義，似亦無憲法上之相關爭議。

### 二、有關刑法第 146 條第 1 項之法解釋問題

（一）民國 96 年 1 月 24 日修正前之刑法第 146 條第 1 項，是否包含現行同法第 2 項之規定？第 1 項所稱之「其他非法方法」所可能適用的範圍如何確定？是否包含實際居住與設籍不符的情形？「使投票發生不正確之結果」究何所指？

1. 修正前之刑法第 146 條第 1 項不包含現行同法第 2 項之規定，理由如下：從文義及解釋方法，刑法第 146 條第 1 項之犯罪行為係「詐術」或「非法方法」；反之，同條第 2 項規定之犯罪行為是「虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票」，

<sup>1</sup> „Wer durch Täuschung bewirkt, daß jemand bei der Stimmabgabe über den Inhalt seiner Erklärung irrt oder gegen seinen Willen nicht oder ungültig wählt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

二者之字義內涵並不相同。蓋所謂「詐術」，係指使他人陷於錯誤之方法，且影響他人之投票行為<sup>2</sup>；反之，「虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票」，則是自己之行為，與他人的投票行為無關。「非法方法」，指該行為本身非法之所許；反之，遷徙戶籍本身乃合法之行為，至於其以影響選舉結果為目的（所謂「虛偽」），則屬遷徙戶籍的動機部分，其之所以構成「不法」，乃方法與目的之相互關聯（未必不當聯結）所致，而非法律禁止人民遷徙戶籍之故。

從歷史解釋方法解讀，查刑法第 146 條第 2 項之修正理由為：「一、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。二、為導正選舉風氣，爰增訂第二項：『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。』三、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。」由其中所稱「以遷徙戶籍但未實際居住戶籍地之方式」、「導正選舉風氣」等語，以及排除「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」等因素以觀，刑法第 146 條第 2 項所欲規制之行為，不在同條第一項所定之範圍，故有「增訂」（新增）之必要。

承上理由，再從體系及目的解釋方法言之，刑法第 146 條第 1 項之「以詐術或其他非法之方法」與「使投票發生不正確之結果或變造投票之結果」二者對照以觀，其所規範者，均非選舉人「自己」之投票行為，故立法者新增第 2 項規定而欲禁絕「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」者，其重點在於禁止選舉權人「以特定之方法取得特定之投票權」，與以詐術或其他非法之方法影響「他人」投票行為或投票結果，截然有別。又從二項之犯罪構成要件觀之，刑法第 146 條第 1 項乃屬一種結果犯，

---

<sup>2</sup> 德國刑法第 108a 條規定之「詐術」（Täuschung），在解釋上不包括影響他人「選舉意志（意向）之形成」（Willensbildung）。參見 *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl., 2005, § 108a Rn. 1.*

須同時具備「行為不法」（以詐術或其他非法之方法）與「結果不法」（使投票發生不正確之結果或變造投票之結果），始構成犯罪；反之，新增之第2項則是一種行為犯，只須有「虛偽遷徙戶籍取得投票權」及「投票行為」即為已足，至於是否使投票發生不正確之結果或變造投票之結果，則非所問。由此益證，刑法第146條第1項並不包含現行同法第2項之規定。況且，基於罪刑法定主義之保障旨趣，刑法之構成要件要素，立法上應力求明確，且適用上禁止類推適用。「詐術」或「非法方法」之概念內涵，若包含主觀上意圖支持特定候選人當選與客觀上居住地與戶籍地不在同一處所之情形，在文義範圍均不無違反罪刑法定主義之嫌。設若刑法第146條第1項包含現行同法第2項之規定，則新增第2項規定無異多餘之舉。

刑法第146條第1項所稱之「其他非法方法」所可能適用的範圍，即應著眼於上述觀點而加以確定，亦即，方法之非法性，應參諸方法與目的綜合判斷，除手段非法外，例如竄改選票，尚包括手段與目的關聯之非法，手段與目的之間若欠缺合理關聯者，亦具有不法性，此點應斟酌一切情事，尤其須要考量行為人所欲達成之目的具有正當利益，以及依其所使用之方法實現此項利益是否適宜而判斷之。例如：自傷之行為並非法之所禁，惟利用自傷行為造成選民錯誤之認知而為違反其意思之投票行為，即屬之。換言之，自傷行為本身雖非不法手段，惟與選舉之間欠缺合理之關聯，故亦屬非法之方法<sup>3</sup>。

2. 刑法第146條第1項旨在處罰以非法方法影響他人之投票行為，故其所稱之「使投票發生不正確之結果」，在解釋上，係指投票權人之主觀投票意志（原本意屬之候選人）與客觀之投票行為（實際圈選之候選人）或結果（實際未為投票或投廢票）不相一致之情形，且僅指「個別」投票行為之不正確，而非「整體」投票結果之不正確，尤其非以特定候選人之當選與否，作為判別投票是否正確的準據<sup>4</sup>。此點尚可從同條第3項設有處罰未遂犯之規定，獲得佐證。蓋就第1項之犯罪行為而言，所謂「未遂」者，指著手為詐術或其他非法方法之行為，而未生「投票發生不正確」之結果或「變造投票」之結果，前者例如選舉權人不受行為人之詐術所惑或不為非法行為所動，仍依其自由意志為投票行為；後者例如著手「作票」之行為而被發覺。反之，選舉權人如受行為人之詐術所惑或為非法行

<sup>3</sup> 又如以自傷行為逃避兵役，自傷行為即屬非法方法。

<sup>4</sup> 此屬選舉無效或當選無效訴訟之問題。

為所動，而無法依其自由意志而為投票行為，縱使投票結果未如行為人所預期（例如行為人意圖使其當選之候選人仍落選），仍構成刑法第 146 條第 1 項之既遂。

相對於上，選舉權人若在其自由意志之下而為投票行為，縱使其特定投票權之取得係透過遷徙戶籍而來，亦無不同，由於主觀的投票意志與客觀之投票行為並無二致，故無所謂「投票發生不正確之結果」可言。從而，刑法第 146 條第 2 項「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」之未遂犯，乃指已著手為「虛偽」戶籍取得投票權之行為，但未完成投票行為者，而非指已完成投票行為，但其意圖使之當選的特定候選人落選之情形。

### 三、 刑法第 146 條第 2 項規定（系爭規定）之合憲性問題

#### （一） 「虛偽遷徙戶籍」之要件，是否違反法律明確性原則，牴觸憲法第 23 條？

按「虛偽遷徙戶籍」之要件，自其字義以觀，殆可分為「虛偽」之主觀要件要素與「遷徙戶籍」之客觀要件要素二端。其中「遷徙戶籍」部分，乃指依戶籍法之規定，自特定之戶籍登記遷出，再遷入特定之戶籍登記（參見戶籍法第 4 條第 3 款），其意涵尚非受規範者難以理解。較滋疑義者，乃「虛偽」二字究何所指？單從文義以解，乃與事實不符之謂，固無疑問。惟因遷徙戶籍本身並非法之所禁，法律亦未對遷徙戶籍之原因設有限制，則如何之情形，始構成「虛偽」，即不無疑問。

參諸立法理由，所謂「虛偽遷徙戶籍」者，殆指「戶籍地」與「實際居住地」非屬同一之情形，此可稱為「空間因素」之判準。然因「戶籍地」與「實際居住地」非屬同一之原因多端，例如教育、工作等因素，則如何判定其有影響選舉結果之意圖，欠缺明確之準據以資判別。又設若行為人確有意圖使特定候選人當選之主觀意圖而遷徙戶籍，惟於特定選舉期間實際（短期）居住於戶籍地，是否即不當該於構成要件，即非無疑。從而，所謂「虛偽」似尚應考量「時間因素」，亦即在接近選舉日期之一定時間內遷徙戶籍（例如選前 6 個月）。然而，從法條文字似難明確得知前揭意旨，系爭用語之意義顯難以理解，且非受規範者所得預見，故「虛偽遷徙戶籍」之要件，有違反法律明確性原則、牴觸憲法第 23 條之嫌。

## (二) 系爭規定是否涉及限制人民受憲法第 10 條保護之居住遷徙自由？

憲法第 10 條保障人民之居住遷徙自由，旨在保障人民有自由設定住居所、遷徙，任意移居或旅行各地之權利，包括出境或入境之權利<sup>5</sup>。若欲對人民之自由權利加以限制，必須符合憲法第 23 條所定必要之程度，並以法律定之或經立法機關明確授權由行政機關以命令訂定。換言之，憲法第 10 條規定人民有居住及遷徙之自由，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<sup>6</sup>。

據此以言，憲法第 10 條之保障範圍，亦應及於戶籍之遷徙。例如關於在臺灣地區無戶籍人民申請在臺灣地區長期居留得不予許可、撤銷其許可、撤銷或註銷其戶籍，並限期離境之規定，係對人民居住及遷徙自由之重大限制。固然，戶籍地與居住地於事實上常未一致，但法律與事實之落差，尚不足以否定戶籍制度與人民居住遷徙自由關聯密切，故國家限制人民遷徙戶籍之自由，即構成對人民居住遷徙自由之限制。至於人民遷徙戶籍之自由及居住遷徙之自由是否受有限制，端視各該規定之指涉內涵與規範目的而定，尚難一概而論。

刑法第 146 條第 2 項處罰「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」，表面上觀，似限制到人民之居住遷徙自由，實則不然。蓋姑且不論上開規定中「虛偽遷徙戶籍」如何認定，其旨在處罰虛偽遷徙戶籍而為之「投票行為」，而非遷徙戶籍之行為。換言之，選舉權人仍可依其自由意願辦理戶籍遷徙登記，選擇居住處所，並不因上開規定而受有限制<sup>7</sup>。選舉權人受上開

<sup>5</sup> 參見釋字第 558 號解釋。

<sup>6</sup> 參見釋字第 265、443、454、497、542 號解釋。

<sup>7</sup> 在歷來大法官解釋中，涉及戶籍事項而與居住遷徙自由未必相關者，不乏其例，可資參照，以下僅舉數例：

1. 釋字第 172 號解釋文：「內政部令頒『更正戶籍登記出生年月日辦法』第三條第一項第六款及同條第二項，申請更正戶籍登記之出生年月日所提出之其他足資證明文件，以可資採信之原始證件為限之規定，旨在求更正之正確，並未逾越內政部法定職權，對憲法所保障人民之工作權及服公職之權，亦無侵害，尚難謂為與憲法有何牴觸。」

2. 釋字第 398 號解釋文：「農會係以保障農民權益、提高農民知識技能、促進農業現代化、增加生產收益、改善農民生活、發展農村經濟為宗旨，得由居住農會組織區域內，實際從事農業之人依法參加為會員。農會既以其組織區域內之農民為服務對象，其會員資格之認定自以『居住農會組織區域內』及『實際從事農業』為要件。農會法第十八條第四款規定農會會員住址遷離原

規定禁止之行為，乃不得以遷徙戶籍取得選舉權之方式，而行使投票權，進而使特定候選人當選。因此，選舉權人真正受有限制者，毋寧是選舉權，而非居住遷徙自由<sup>8</sup>。

---

農會組織區域者為出會之原因，係屬法律效果之當然規定，與憲法第七條及第十條亦無牴觸。……」

解釋理由書：「…農會法第十八條第四款規定農會會員住址遷離原農會組織區域者為出會之原因，係屬法律效果之當然規定。況辦理戶籍遷徙登記，係出於當事人之自願，應無違反憲法第十條人民有居住遷徙之自由；而實際從事農業工作者，又非不得依農會法之有關規定申請加入其新居住區域之基層農會為會員，亦無違反憲法第七條平等權之可言。…」

3.釋字第 415 號解釋文：「所得稅法有關個人綜合所得稅『免稅額』之規定，其目的在以稅捐之優惠使納稅義務人對特定親屬或家屬盡其法定扶養義務。……所得稅法施行細則第二十一條之二規定：『本法第十七條第一項第一款第四目關於減除扶養親屬免稅額之規定，其為納稅義務人之其他親屬或家屬者，應以與納稅義務人或其配偶同一戶籍，且確係受納稅義務人扶養者為限，其應以與納稅義務人或其配偶『同一戶籍』為要件，限縮母法之適用，有違憲法第十九條租稅法律主義，其與上開解釋意旨不符部分應不予援用。』」

4.釋字第 571 號解釋文：「…對於九二一大地震災區住屋全倒、半倒者，發給慰助金之對象，以設籍、實際居住於受災屋與否作為判斷依據，並設定申請慰助金之相當期限，旨在實現前開緊急命令及執行要點規定之目的，並未逾越其範圍。且上述設限係基於實施災害救助、慰問之事物本質，就受非常災害之人民生存照護之緊急必要，與非實際居住於受災屋之人民，尚無提供緊急救助之必要者，作合理之差別對待，已兼顧震災急難救助之目的達成，手段亦屬合理，與憲法第七條規定無違。又上開函釋旨在提供災害之緊急慰助，並非就人民財產權加以限制，故亦不生違反憲法第二十三條之問題。」

5.釋字第 618 號解釋：「……八十九年十二月二十日修正公布之兩岸關係條例第二十一條第一項前段規定，……基於原設籍大陸地區人民設籍臺灣地區未滿十年者，對自由民主憲政體制認識與其他臺灣地區人民容有差異，故對其擔任公務人員之資格與其他臺灣地區人民予以區別對待，亦屬合理，與憲法第七條之平等原則及憲法增修條文第十一條之意旨尚無違背。又系爭規定限制原設籍大陸地區人民，須在臺灣地區設有戶籍滿十年，作為擔任公務人員之要件，實乃考量原設籍大陸地區人民對自由民主憲政體制認識之差異，及融入臺灣社會需經過適應期間，且為使原設籍大陸地區人民於擔任公務人員時普遍獲得人民對其所行使公權力之信賴，尤需有長時間之培養，系爭規定以十年為期，其手段仍在必要及合理之範圍內，立法者就此所為之斟酌判斷，尚無明顯而重大之瑕疵，難謂違反憲法第二十三條規定之比例原則。」

<sup>8</sup> 釋字第 517 號解釋理由書謂：「憲法第十條規定人民有居住遷徙之自由，旨在保障人民有自由設定住居所、遷徙、旅行，包括出境或入境之權利，業經本院釋字第四五四號解釋闡明在案。妨害兵役治罪條例第十一條第一項第三款僅就居住處所遷移，課予後備軍人依規定向相關機關為申報之義務，俾日後召集令得有效送達，並未限制其居住遷徙自由權利之行使，與憲法第十條之規定亦無牴觸。」可資參照。

(三) 憲法第 17 條保障人民之選舉權，是否及於選擇於何選區行使選舉權之自由？其目的（如維護選舉之公正性）有無正當性？系爭規定是否侵害人民受憲法第 17 條保護之選舉權？本項立法是否有助於目的之達成？

續前之見，刑法第 146 條第 2 項旨在處罰虛偽遷徙戶籍而為之「投票行為」，其是否對於人民選舉權之行使構成一種限制，而侵害人民受憲法第 17 條保障之選舉權，須先探求憲法第 17 條保障人民之選舉權是否及於選擇於何選區行使選舉權之自由？次則審查系爭規定之目的是否正當，有無牴觸憲法第 23 條規定之比例原則？

憲法第 17 條保障人民之選舉權，與人民之被選舉權共同構成人民最重要的參政權<sup>9</sup>，且屬國民主權之具體展現，為實施民主政治最重要的基本權之一。憲法另於第 130 條規定：「中華民國國民年滿二十歲者，有依法選舉之權；除本憲法及法律別有規定者外，年滿二十三歲者，有依法被選舉之權」，尤顯其重要性。特別是此一條文中，僅就被選舉權設有「除本憲法及法律別有規定者外」之法律保留限制，而未及於選舉權。從憲法規範體系解釋之觀點以言，選舉權可被提升為一種「無法律保留之基本權」，僅能以憲法位階之規定、法益或論據「界定」其受保障之界限，而非能予以法律「限制」之。立法者尤其應儘可能調和此種無保留基本權法益與其他憲法（基本權）法益間之衝突<sup>10</sup>。在此基礎下，選舉權之保障內涵及保護射程，亦應儘可能從寬解釋，以符憲法保護人民選舉權之意旨。

憲法保障人民之選舉權，乃年滿 20 歲之中華民國國民，得依其自由意願將選票投給其所意屬之特定候選人的憲法權利，其保障範圍自應及於人民選擇於何選區行使選舉權之自由。按選舉權乃民主憲政制度之下的產物，非人民與生俱來之原始權利，其行使須賴國家（主要是立法者）建立制度、設定程序，方足以實

<sup>9</sup> 司法院大法官截至目前之解釋中，涉及人民參政權者，均屬被選舉權之部分，例如釋字第 290、468、546 號解釋。

<sup>10</sup> 無法律保留基本權之概念及憲法法益權衡之觀念，可借鏡德國法制與實務見解（參見 BVerfGE 30, 173/191 ff.; 77, 240/253; 81, 278/292; 83, 130/143），以及德國學說所發展之「實際調和」理論（praktischer Konkordanz）。參見 Peter Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 152 f.; Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl., 1990, Rn. 72, 317 f.

現之。然選舉權既是實現民主政治不可或缺之憲法權利，則任何與選舉權行使相關之制度及程序，均可能對選舉權構成（違憲之）限制；相對而言，舉凡與選舉權行使之相關制度及程序，均應為選舉權保障意旨之射程所及，而落入選舉權之保障範圍（選舉權與選舉制度之交互影響理論）。

從選舉制度以論，綜觀各國歷史發展與法制演進，選舉制度殆可分為「選區選舉制」與「政黨比例代表選舉制」，前者係採選區的劃分，由得票較多的候選人當選；後者，則以政黨得票數的比例為依據，依各政黨所提名單，分配席次<sup>11</sup>。此二種制度可選用其一，亦可合併摻採。由於「選區選舉制」係以劃分選區，確立各區候選人數，再同時分區舉行選舉之方式進行，故存有如何劃定選區及選舉人範圍之問題<sup>12</sup>，而選區之劃分基本上係以行政區域為基礎，而選舉權人與選區之「地域連結」，則非透過「戶籍制度」無以建立，是以選區及行政區域之劃分及戶籍制度不僅牽動到選舉權之制度內涵，同時亦構成選舉權之界限。準此以言，選擇於何選區行使選舉權之自由，亦屬自由行使選舉權之一環。設若人民選舉權之保障內涵不及於選擇於何選區行使選舉權之自由，則有關選區之劃分、戶籍之設定，乃至於行政區域之劃分，將被置於國家（立法及行政權）之手上，而無法以憲法保障之選舉權與之對抗。苟若國家恣意為之，憲法保障選舉權之內涵勢將有被淘空殆盡之危險。

刑法第 146 條第 2 項對「虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票者」，以刑法相繩，乃禁止人民以遷徙戶籍之方式取得投票權進而為投票行為，揆其規範旨趣，顯係限制人民選擇於何選區行使選舉權之自由，從而對人民選舉權之行使構成一種限制，其是否侵害人民受憲法第 17 條保障之選舉權，得依比例原則之規範旨趣，依序作以下之審查：

首先審查系爭規定之目的是否正當？從立法理由中：「…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。二、為導正選舉風氣，…」等語以觀，可知系爭規定旨在導正選舉風氣，防止民主選舉之精神受到戕害。若抽象、孤立觀察此等目的，應無不妥，洵屬正當。惟若放在系爭規定的規範脈絡之下審視，則不無商榷餘地。蓋究實以言，系爭規

<sup>11</sup> 參見李建良，政黨比例代表制與選舉平等原則，憲法理論與實踐（二），2 版，2007 年 8 月，頁 173。

<sup>12</sup> 不問是否為「單一選舉制」（小選區），或其他選區選舉制度（例如大選區）。



定所欲追求之目的實乃「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」。換言之，選區當選人必須與選區居民之間具有實質之關聯，也就是確保選民與被選舉人之間的「地域之關聯性」。問題在於，基於憲法民主原則所生之選舉制度及其密切關聯之憲法上選舉權，旨在建立國家機關與人民之間的聯繫關係（所謂「民主鍊條」），並確保任何國家權力必須擁有民意之基底，故民選公職人員必須獲得多數選民之支持與認同，乃屬當然。然則，此種支持與認同並非必然須有「地域之關聯性」。除地方性之選舉（例如縣市長之選舉），「地域關聯」乃其制度不可或缺之要素外，其餘選舉之選區劃分，往往是出於選舉技術面之考量，而非以選出「地區代表」為目的<sup>13</sup>。尤其是全國性之立法委員選舉，各選區所選出之立法委員，乃代表「全國」人民行使其立法權，而非代表特定之選區。準此以言，以確保「地區之實質代表性」作為系爭規定之立法目的，即不無欠缺正當性而有違憲之疑義。

設若系爭規定之目的「洵屬正當」，則須進一步檢視其是否有助於目的之達成（適合性原則）？由於系爭規定直接以「虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票者」為處罰對象，不問是否發生選舉不正確之結果，只要戶籍地與實際居住地不一致，即可以刑法相繩。在可能受刑法制裁之威嚇下，自然會對冀圖遷籍投票者產生一定程度的遏止及抑制效果，進而使意圖遷籍投票者有所忌憚而為之斂手。不過，如前所述，因遷徙戶籍本身並非法之所禁，法律亦未對遷徙戶籍之原因設有限制，則如何之情形，始構成「虛偽」（如何證明「意圖」），不無疑問。尤其立法理由中明白表示，非所有籍在人不在參與投票均須以刑罰相繩，例如因就業、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，均不在處罰之列。實際上，系爭規定之犯罪嫌疑人均可提出上述遷籍之理由，以脫免罪責。如何辨別真偽，委屬不易（姑且不論查察人力之問題）。若從寬認定，則人民易被羅織入罪；從嚴認定，則系爭規定形同具文，故系爭規定能否達到所欲追求之目的，難謂全無可資懷疑之餘地。

適合性原則之審查，若如一般所採寬鬆立場，給予立法者一定程度之評估特權，則只要有達成預定目標之可能，即與適合性原則無違，則須續探為達目的是否尚有其他相同有效，但侵害較小之方法（必要性原則）？衡諸上述目的及系爭規定所採之手段（刑事制裁），可資想像之侵害較小手段，厥有三端：一、改以

<sup>13</sup> 也因此，選區之劃分，人口數之考量應重於地區特性。

「行政罰」為制裁手段；二、限定特定期間內（例如）之遷徙戶籍，始構成刑事處罰要件；三、將意圖影響之選舉限定在地方性選舉。惟此三種方法未必均能有效達到導正選舉風氣、防止民主選舉精神受到戕害之目的，故尚難指摘系爭規定牴觸必要性原則。

最後須審視者，乃系爭規定所欲追求之目的及利益，是否逾越因限制人民權利所生之損害，因而顯失均衡，形成過度之限制（狹義比例原則）？系爭規定之目的，不管是導正選舉風氣、防止民主選舉精神受到戕害，或是確保選民與被選舉人之間的地域關聯性及當選人的實質代表性，均旨在維護選舉之公平性與正確性。惟如前所述，選舉人為支持特定人，本於自由意旨遷徙戶籍，進而為投票行為，嚴格而言，並無「虛偽」可言，而且是人民行使憲法上權利之正當行為。系爭規定所欲導正（選舉風氣）者，毋寧是選舉人出於不法原因（例如受脅迫或受賄賂）而遷徙戶籍，進而藉此影響選舉結果之情形，至於戶籍地與實際居住地不一致充其量只是不法行為之「表徵」，遷徙戶籍行為本身並非刑法上可資非難之行為。立法者為導正其中少數之不法，而將具有此種表徵之遷籍投票者一概視為以刑法相繩之犯罪，無異是「將洗澡水（基於不法原因而遷籍者）連同嬰兒（合法行使選舉權之人民）一起倒掉」，因小失大。況且，上述與選舉有關不法之行為，刑法第 142 條至第 145 條及第 146 條第 1 項已分別設有處罰規定。就此而言，系爭規定所能達到之規範功能恐怕相當有限，頂多可以解決賄選難以舉證之問題。然如何舉證犯罪行為之存在，乃刑事訴追機關之職責，要難將檢警辦案不力之後果轉嫁到選民身上。由上顯示系爭所能達到之利益甚微，衡之對選舉權所生之嚴重侵害，顯失均衡，與狹義比例原則之意旨難謂契合。

綜上以論，在民主開放之社會中，人民認同、支持特定候選人，進而願意以移居之方式，在選舉時全力相挺，除其中涉有不法（例如候選人以脅迫相挾或以賄賂利誘）外，從憲法保障選舉權及民主原則之旨趣而言，不僅理所當然，亦屬民主憲政之常態，要無不可。是故，系爭規定之目的未必正當，手段難期有效，損益顯失均衡，牴觸憲法第 23 條規定之比例原則，侵害人民受憲法第 17 條保護之選舉權，應屬違憲。

（四） 國家不處罰因其他原因致戶籍與實際居住地不一致之情形，亦不處罰候選人為參與選舉而遷徙戶籍者，是否為欠缺

## 正當理由之差別待遇，侵害人民受憲法第 7 條保障之平等權？

1. 國家不處罰因其他原因致戶籍與實際居住地不一致之情形，是否為欠缺正當理由之差別待遇，侵害人民受憲法第 7 條保障之平等權，首應審究者，乃有否差別待遇之存在？

平等原則的保障旨趣，在於要求國家對相同的事物為相同的處理，不同的事物，應為不同的處理（同者等之，不同者不等之），故在確認是否存有差別待遇之前，必須先究明系爭事項是否為「相同的事物」或「不同的事物」，而可以被納入比對、掂量，進行同異之辨者，必須屬於同一規範系統的事物。差別待遇若出於不同的規範系統，基本上不生憲法上平等審查的問題。其次，於區辨同異時，必先設定「比較點」(tertium comparationis)，透過「比較點」的比對找出比較事物或組群的「共同點」(genus proximum)，此二組群始存有「可資比較性」(又稱「可相提並論性」)，而堪為相同的事物。

按刑法第 146 條第 1 項僅處罰「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」，而不及於因其他原因致戶籍與實際居住地不一致之情形，初觀之，似難直接論以構成差別對待。蓋系爭規定對於所有選舉權人一體適用，不生對選舉權人差別待遇之問題。次者單從刑法規範系統而言，立法者對於何種事項具有可非難性而應以刑法予以制裁（入罪化），享有形成自由及立法裁量，故刑法中未規範之事項，未必即與已納入規範之事項構成可資比較之關係，從而形成差別對待。尤其因其他原因而遷徙戶籍者，例如就業、教育或社會福利，致戶籍與實際居住地不一致之情形，分屬不同領域之規範事項，能否放在同一（刑法）規範系統之下進行比較，非無疑問。

惟查系爭規定之特殊之處，在於立法者首次將「虛偽遷徙戶籍」（戶籍與實際居住地不一致）納入刑法之規範體系中，成為犯罪構成要件要素之一，並作刑法上之非價判斷。從刑法入罪化之角度，應予檢視者，乃立法者僅選擇將「其中一種」虛偽遷徙戶籍予以入罪，而捨其他，究係基於何種考量？有無合乎事理之正當理由？在此思維基礎下，因意圖使他人當選與因其他原因致戶籍與實際居住地不一致之情形，仍可放在同一（刑法）規範系統之下進行比較，並作法律上之

評價。循此，再以「實際居住地與戶籍地不一致」作為比較點，則因其他原因而遷徙戶籍，例如因就業、就學等其他因素而遷籍，相較於為選舉目的而遷籍，原因雖有差異，但「虛偽遷徙戶籍」則無不同，而立法者卻僅單挑意圖使特定候選人當選而投票者予以處罰，即構成差別待遇。

循上續論，系爭規定所形成之差別對待是否為憲法所許，繫於是否具有正當理由。如前所述，系爭規定旨在導正選舉風氣，防止民主選舉之精神受到戕害。若抽象、孤立觀察此等目的，應無不妥，洵屬正當。惟目的之是否正當及差別待遇有無正當理由，必須放在系爭規定的規範脈絡之下予以審視。查系爭規定所形成之差別對待，其重點（差異點）在於「意圖」部分，也就是遷徙戶籍之目的。換言之，立法者係對「為使特定候選人當選」之遷籍目的進行非價判斷。然則，「為使特定候選人當選」實乃人民行使選舉權之目的所在，否則又何必費事投票。是故，若只因「意圖」一端而為差別處罰，即難謂有正當理由，毋寧尚須其他理由，不外有二：其一，導正選舉風氣，如賄選等是；其二，確保選民與被選舉人間之「地域關聯性」。然前者刑法第 142 條至第 145 條及第 146 條第 1 項已分別設有處罰規定；後者（地域關聯）則非民主及選舉制度不可或缺之要素，故二者均非能作為系爭差別待遇之正當理由。就此而言，系爭規定欠缺正當理由而對遷籍投票者構成差別待遇，侵害人民受憲法第 7 條保障之平等權。

2. 國家不處罰候選人為參與選舉而遷徙戶籍者，是否為欠缺正當理由之差別待遇，侵害人民受憲法第 7 條保障之平等權，亦須先判別是否存有法律上之差別對待。

在憲法規範保障上，候選人與選舉人之權利分別為「被選舉權」與「選舉權」，雖同屬人民之參政權，惟其權利內涵存有差異，「候選人為參與選舉而遷徙戶籍」與「選舉權人為使特定候選人當選而遷徙戶籍」之考量因素及影響層面有異，二者難有比較之共同基礎，不具可相提並論性，故國家不處罰候選人為參與選舉而遷徙戶籍者，對於因遷籍而受罰之選舉權人而言，並不構成差別待遇。至於應否立法處罰候選人為參選而遷籍，則屬另一問題，立法者對於不同事物之處理，有先後優先順序之選擇權限，故國家不處罰候選人為參與選舉而遷徙戶籍者，與平等原則尚無違背。