



國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master's Thesis

重新省思虛偽遷徙戶籍投票罪的合憲性與爭議問題

——以保護法益的重構為中心

**Rethinking the Constitutionality and Disputes over the
Criminalization of Voting after Falsely Household Registering
——Focusing on the Reconstruction of Legal Interests**

李雨綸

Yu-Lun Lee

指導教授：許恒達博士

Advisor: Heng-Da Hsu, Dr. iur

中華民國 113 年 1 月

January 2024

國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書

重新省思虛偽遷徙戶籍投票罪的合憲性與爭議問題
——以保護法益的重構為中心

Rethinking the Constitutionality and Disputes over the
Criminalization of Voting after Falsely Household Registering
——Focusing on the Reconstruction of Legal Interests

本論文係李雨綸君 (R10A21064) 在國立臺灣大學法律學系完成
之碩士學位論文，於民國 113 年 1 月 26 日承下列考試委員審查通過及
口試及格，特此證明

指導教授：

許恒達

口試委員：

薛智仁

劉邦瑞

許恒達

謝辭



隨著總統選舉的落幕，論文寫作也迎來了尾聲。寫作的過程並不輕鬆，但能夠將自己所關懷的民主政治寫進論文裡，是一件非常非常幸福的事情。

能夠完成這篇論文，要感謝劉邦揚老師，老師在口試時提供諸多寶貴的修正意見，讓這篇論文得以更加完整。也要感謝薛智仁老師，老師以虛偽遷徙戶籍投票罪為題所撰寫的文章開啟我對於本罪的認識，口試時對於這篇論文中的看法所提出的回應，皆清楚地指出了我在論文寫作上的盲點，使得這篇論文得以更加豐富。最後（且最重要的是），要感謝許恒達老師的指導，老師除了對於論文中的主張給出具體回饋外，更將原本混亂的寫作順序編排成更具有可讀性的架構，可以說是沒有老師的指導，就不會有這篇論文的完成。

就讀研究所的期間，不論是學術討論、準備國家考試還是日常生活，都獲得了太多太多不求回報的幫助。儘管可能是舉手之勞，但絕非當然之事，請容許我在現實生活中一一向幫助過我的人表達感謝。

最後，感謝這塊土地使我得以自由地思考、任意地書寫。儘管民主這條路上充滿著挑戰，願黑暗中的那盞燈火，一明一滅，帶著我們繼續前進。

李雨綸

2024年01月29日

摘要

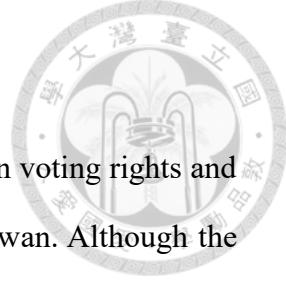


我國地方選舉實務中長期存在透過遷籍取得投票權並參與投票的現象。儘管立法者於民國 96 年將虛偽遷徙戶籍投票行為的處罰明文化，系爭行為的處罰合憲性仍受到諸多質疑，憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決遂針對本罪進行比例原則與平等原則的審查，惟個別大法官意見書及文獻上仍存有不同看法。另一方面，從實際居住事實的認定、意圖使特定候選人當選的解釋到支持家庭成員競選的不罰事由，虛偽遷徙戶籍投票罪在解釋上也存在諸多困擾司法實務的爭議問題，有待分析與探討。

本文以虛偽遷徙戶籍投票罪上開既有爭議的重新省思作為問題意識，自合憲性疑義與爭議問題的共通前提——本罪保護法益出發，檢討關於本罪保護法益的既有說法並以信賴觀點重構虛偽遷徙戶籍投票罪的保護法益。本文再從信賴利益的觀點檢視本罪合憲性與爭議問題，以期可以透過保護法益的重構，為實際居住事實的未來認定疑義與其他選舉規則的正當性疑義，提供一個不一樣的思考維度。

關鍵字：虛偽遷徙戶籍投票、選舉幽靈人口、實際居住、選舉權、國民主權、民主選舉、信賴利益

Abstract



The practice of relocating one's household registration to obtain voting rights and participate in the election has long existed in local elections in Taiwan. Although the legislature criminalized the act of voting after falsely household registration in 2007, the constitutionality of punishing such acts has been questioned on many grounds. The Constitutional Court therefore examined the proportionality principle and equality principle regarding this crime in 2023, but differing views remain in individual justices' dissenting opinions and academia. Moreover, issues from determining one's bona fide residence, interpreting the intent to have a specific candidate elected, and not to punishing one who intent to support family members campaigning have posed controversies in judicial practice when interpreting this crime of voting after falsely household registration. These issues warrant further analysis and discussion.

With the aforesaid controversies regarding the crime of voting after falsely household registration as the issue awareness, this article rethinks the legal interests as the common premise of the constitutionality doubts and controversial issues, reviews existing theories on the legal interests protected by this crime, and reconstructs the legal interests from the perspective of confidence. This article then examines the constitutionality and controversial issues of this crime from the viewpoint of interests of confidence, hoping to provide a different dimension for future determination of issues of bona fide residence and legitimacy doubts of other election rules by reconstructing the legal interests.

Keywords: voting after falsely household registration, phantom voters, bona fide residence, suffrage, popular sovereignty, democratic election, legal interest of confidence

目次

第一章 緒論

第一節 研究背景與動機	1
第二節 既有爭議	5
第一項 實際居住概念的認定爭議	5
第二項 意圖使特定候選人當選的解釋爭議	8
第三節 支持家庭成員競選的不罰爭議	9
第四項 憲法法庭與合憲性疑義	12
第三節 研究方法	15
第四節 論文架構	16
第二章 虛偽遷徙戶籍投票罪的保護法益	17
第一節 我國既有說法的梳理	18
第一項 民主正當性觀點	18
第一款 選票導向的民主正當性觀點	18
第二款 程序導向的民主正當性觀點	21
第二項 選舉公正性觀點	23
第二節 我國既有說法的檢討	26
第一項 國民主權原則與代議民主制度	26
第二項 民主正當性的程度性質	28
第三項 選舉規則與真實國民意志	32
第四項 選舉公正性的空洞內涵	35
第三節 多元爭勝民主觀點的考察	39
第一項 多元爭勝民主觀點的背景	40
第一款 菁英民主理論	40
第二款 審議民主理論	41
第二項 多元爭勝民主觀點的理論基礎	44





第一款 主導權與政治秩序	44
第二款 多元主義、構成性外在與政治性	48
第三項 多元爭勝的民主政治共同體	51
第一款 民主政治共同體的組織	51
第二款 民主政治共同體的對立	53
第四節 多元爭勝民主下的信賴觀點	56
第一項 信賴觀點的發想——從數則美國聯邦最高法院裁判出發	57
第二項 信賴利益的必要條件	61
第三項 集體信賴的目的	63
第四項 集體信賴的對象	66
第五節 小結	71
第三章 虛偽遷徙戶籍投票罪的合憲性	75
第一節 虛偽遷徙戶籍投票罪的審查範圍	75
第一項 繼續居住的意涵	75
第二項 基本權利的干預	83
第一款 選舉權	83
第二款 遷徙自由	92
第三款 平等權	99
第二節 虛偽遷徙戶籍投票罪的比例原則審查	103
第一項 刑法規範的比例原則審查模式爭議	103
第二項 目的正當性的審查	110
第三項 行為規範的審查	114
第一款 構成要件效力與適當性	114
第二款 選舉賄賂與必要性	118
第三款 政治社群規模與衡平性	121
第四項 制裁規範的審查	123



第一款 一般預防功能與適當性	123
第二款 事前管制措施與必要性	127
第三款 未遂犯的處罰與衡平性	132
第三節 虛偽遷徙戶籍投票罪的平等原則審查	135
第一項 遷徙戶籍的差別待遇	136
第二項 選舉意圖的差別待遇	140
第四節 小結	145
第四章 虛偽遷徙戶籍投票罪的爭議問題及其解釋	148
第一節 虛偽遷徙戶籍與實際居住	148
第一項 實際居住的理論基礎	149
第一款 熟悉程度	149
第二款 利害關係	152
第三款 許諾行動	154
第二項 實際居住的判斷標準	157
第一款 工作地與事業戶	157
第二款 工作概念與長期工作概念	159
第三款 戶籍地與選舉區	162
第二節 使候選人當選意圖與顯無當選可能性	164
第三節 為支持家庭成員的競選	168
第四節 小結	172
第五章 結論	176
參考文獻	179

第一章 緒論

第一節 研究背景與動機



我國於民國 85 年首次由人民直接選舉總統，而在此之前，我國已有數十年地方選舉的實務經驗。我們在早期地方選舉中可以觀察到部分人民透過遷徙戶籍的方式取得特定選舉區的投票資格並前往投票的現象，其中，民國 75 年發生的【坪林鄉長案】可以說是規模最大的遷籍投票現象之一。該案案例事實略為：於第九屆台北縣坪林鄉長選舉中，候選人甲所屬地方派系為求勝選，遂於投票日前一年展開行動，動員外地人口將戶籍遷入坪林鄉。爾後，尋求連任的候選人乙在發現對方陣營的舉動後也開始如法炮製。¹當時，雙方陣營每日皆會前往戶政事務所詢問戶籍遷入狀況，並動員更多的外地人口遷籍至坪林鄉。最後，該次坪林鄉長選舉的選舉人數由 6,000 餘人增加至 18,000 餘人。²報導指出，於投票日前一天，雙方陣營皆使用大量遊覽車將遷籍的外地人口運送至坪林鄉，選舉人數大幅增加也造成投票所外大排長龍，出現排隊三小時仍無法投票的情形。³候選人甲、乙最終分別獲得了 5,961 票與 5,204 票，而四年前坪林鄉長選舉的二位候選人，僅分別得到 1,684 票及 1,641 票，投票人數由 3,000 餘人暴增至 11,000 餘人。⁴於投票日之後，欲將戶籍遷出的群眾把戶政事務所擠得人滿為患，報導指出，投票日之後的一個月內即有近千人將戶籍遷出坪林鄉。⁵

¹ 謝春波（1996/07/10），幽靈人口，中國時報。

² 林全洲（2001/11/21），幽靈人口 從坪林創世紀，聯合報、葉德正（2018/07/18），人口突然暴增 1 倍多 坪林「幽靈」選勝 地方自治史「傳奇」，中國時報。

³ 坪林訊（1986/02/02），坪林出現「外籍兵團」大對抗 近萬「幽靈人口」均派上用場、投票率逾九成二 山城住戶「人滿為患」真熱鬧 兩派「短兵相接」動員力驚人、結果由林派當選，中國時報。

⁴ 臺灣省臺北縣選舉委員會（1982），臺灣省臺北縣第九屆鄉鎮縣轄市長選舉結果清冊、臺灣省臺北縣選舉委員會（1986），臺灣省臺北縣第十屆鄉鎮縣轄市長選舉結果清冊。

⁵ 坪林訊（1986/02/20），坪林選戰息鼓後 幽靈人口大撤退，中國時報。

動員外地人口遷籍投票的情形也同樣發生在民國 86 年第二屆金門縣議員選舉之中。候選人丙為求於縣議員選舉中順利連任，遂自臺灣地區尋找有選舉權之人，使其將戶籍遷入金門地區。待取得金門縣議員的投票資格後，丙再與旅行社合作，為遷籍者舉辦金門旅行活動，其中，投票日當日行程即包含將遷籍者載往投票所投票。⁶本案經福建金門地方法院檢察署（現為福建金門地方檢察署）起訴、法院最後判決丙成立刑法第 146 條第 1 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」之罪（以下稱妨害投票結果正確罪），使得虛偽遷徙戶籍投票行為正式進入刑法規制的視野之中。

自此之後，我國司法實務的多數見解認為，虛偽遷徙戶籍投票行為與公職人員選舉罷免法（以下稱選罷法）第 15 條第 1 項規定的意旨有違，故成立妨害投票結果正確罪。如最高法院 89 年度台上字第 7394 號刑事判決：「選罷法第 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。』，揆其立法意旨，無非以民選公職人員係代表人民行使公權力，其應由各該選舉區選出者，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，並符合選賢與能及主權在民之精神……如有選舉權人未曾於該選舉區內居住，或居住期間尚未達一定時間者，依上開意旨反面解釋，自不適於選舉該選舉區之公職人員。從而無投票權人以虛報遷入戶籍之不實方法使公務員登載於選舉人名冊並公告確定，取得形式上之投票權以投票，致投票發生不正確之結果者，應屬刑法第 146 條所指非法方法之範疇。」、最高法院 88 年度台上字第 5895 號刑事判決：「如故意使非真正居住於各該選舉區之人以虛報遷入戶籍登記之手段，使戶籍機關將之列入該選舉區之選舉人名冊內而投票選舉，則顯足以使各該選舉區計算得票率基礎之選舉人

⁶ 福建高等法院金門分院 90 年度上更（一）字第 4 號刑事判決。

之人數及投票之票數為不實之增加，且其虛報遷入登記之人數愈多，虛增之選舉人數及投票之票數亦相對增加。縱因查證困難，無法得知其等投票選舉之特定候選人為何人，然不論其投與何一候選人，其既已使選舉權人之人數及投票數為不實之增加，自足以使投票發生不正確之結果。」

然而，針對虛偽遷徙戶籍投票行為成立妨害投票結果正確罪的見解，仍有部分司法實務持不同看法。如臺灣基隆地方法院 92 年度訴字第 386 號刑事判決認為：「選舉權係人民參政權之表現，人民欲於可預見之將來，在不同之選舉區內選舉特定候選人，自必須先於投票日四個月以前遷徙戶籍，取得該選舉區之選舉人資格；人民既無以其登記戶籍『住址』為其實際生活重心之義務，其遷徙戶籍登記「住址」之行為，復為符合法律規定之行為，如何能被評價屬刑法第一百四十六條之『非法方法』？」、臺灣高等法院臺中分院 90 年度上更（一）字第 62 號刑事判決則認為：「如認本件被告等人並無居住於遷徙地之事實，係為選舉關係而刻意辦理遷入戶籍，有加以禁止之必要，應由戶籍法規予以規範，又倘認被告等人係『幽靈人口』，足以影響選舉之結果，亦應由罷免法制定防弊條文，均非刑法第一百四十六條妨害投票罪得以相繩。」

民國 96 年，立法院為杜絕虛偽遷徙戶籍投票行為的處罰疑義，遂增訂刑法第 146 條第 2 項的規定「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。」，將虛偽遷徙戶籍投票行為的處罰予以明文化。民國 112 年，立法院三讀通過選罷法第 98 條之 1 的規定，除重申處罰「以虛偽遷徙戶籍的方式取得投票權而為投票」的行為外，也將「以虛偽遷徙戶籍的方式取得罷免案投票權而為投票」納入處罰範圍。⁷簡言之，虛偽遷徙戶籍投票行為的處罰

⁷ 公職人員選舉罷免法第 98 條之 1：「（第 1 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，處五年以下有期徒刑。（第 2 項）意圖影響罷免案之結果，以虛偽遷

沿革，從論以刑法第 146 條第 1 項之妨害投票結果正確罪，到制定刑法第 146 條第 2 項虛偽遷徙戶籍投票罪獨立的構成要件，再到制定選罷法第 98 條之 1 的規定以獨立的法條規制系爭行為，可以窺見立法者已將虛偽遷徙戶籍投票行為定位為選舉犯罪中的一種獨立類型。

民國 112 年 7 月 28 日，憲法法庭針對虛偽遷徙戶籍投票罪進行法規範憲法審查，並針對適用本罪所作成的確定終局判決進行裁判憲法審查，作成憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決。本號判決宣告虛偽遷徙戶籍投票罪未違反憲法比例原則與刑罰明確性原則，亦未構成憲法所不容許的差別待遇，至於最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決則應予廢棄並發回最高法院。⁸

綜合以上說明，在選舉犯罪的視野中，虛偽遷徙戶籍投票行為的規制是一個特別的存在。首先，系爭行為並非一開始即受到刑法規制，而是透過司法實務與法律修正逐步確立其可罰性。再者，對於系爭行為可罰性的質疑並未隨著虛偽遷徙戶籍投票罪的制定而消失，使得從本罪保護法益到系爭行為對於民主政治運作的影響，皆存有許多探討空間。另外，憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決雖正面肯定虛偽遷徙戶籍投票罪的合憲性，惟本號判決同時也廢棄適用本罪的確定終局裁判，因此不論是針對本罪合憲性抑或是解釋論上的探討，皆具備高度研究價值。從而，本文希望透過對於虛偽遷徙戶籍投票罪之保護法益的重構，重新省思本罪的合憲性與解釋論上的爭議問題並提出本文看法，以期可以對於虛偽遷徙戶籍投票行為的規制提供一個不同的觀點。

⁸ 徒戶籍取得罷免案投票權而為投票者，處五年以下有期徒刑。（第 3 項）前二項之未遂犯罰之。」

⁸ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決主文二、三、五。

第二節 既有爭議

據統計，自民國 89 年以來，共有 6,512 名被告因虛偽遷徙戶籍投票行為遭檢察官起訴，其中，5,275 名被告獲有罪判決結果，整體有罪率約為 82%。⁹在眾多虛偽遷徙戶籍投票的案件中，虛偽遷徙戶籍投票罪不論是在解釋論或合憲性上，均於我國司法實務中產生許多爭議與討論，在處罰上也出現具有高度研究價值的案例。本文所欲處理的既有爭議，分述如下：

第一項 實際居住概念的認定爭議

於虛偽遷徙戶籍投票罪增訂前，我國司法實務多數意見認為，人民以戶籍遷徙的方式取得投票權而未實際居住於選舉區，違背選罷法第 15 條第 1 項的意旨，構成妨害投票結果正確罪的非法手段，已如前述。刑法增訂虛偽遷徙戶籍投票罪後，我國司法實務依舊運用選罷法第 15 條第 1 項的實際居住概念，填充「虛偽遷徙戶籍」此一構成要件的內涵。如最高法院 101 年度台上字第 1237 號刑事判決認為：「選罷法第 15 條第 1 項規定……寓有二義，一係自積極層面言，欲藉繼續居住四個月之期間，以建立選舉人和選舉區之地緣與認同關係，產生榮辱與共、切身利害感覺，進而使其地方生活與政治責任相結合，本於關心地區公共事務，及對於候選人之理解，投下神聖一票，選賢與能之目的克以實現；另則在於消極防弊，倘非繼續居住相當期間，而純為選舉之目標，製造所謂『投票部隊』之『幽靈人口』，自外地遷入戶籍，勢必危害選舉之公平、公正和純潔性。」、臺灣高等法院 109 年度原上訴字第 58 號刑事判決：「虛偽遷徙戶籍投票罪，其構成要件應限縮在行為人遷移戶籍至未實際居住之特定地

⁹ 中央研究院法律學研究所法實證研究資料中心（2023），憲法法庭會台字第 9433 號胡靈智等聲請案法庭之友意見書，頁 4-5。

點時，主觀上係意圖使特定候選人當選，客觀上以此虛偽遷移戶籍之方式取得投票權者，始足成立。」

然而，選罷法對於實際居住概念並無明確定義，我國司法實務則多認為應以民法上「住所」的概念加以理解。最高法院 94 年度台上字第 465 號刑事判決：「查住所之意義及設定，民法第 20 條已規定：『依一定事實，足認以久住之意思，住於一定之地域者，即為設定住所於該地。一人不得同時有兩住所。』原判決已說明上訴人無將生活重心遷至坪林，亦即無久住於坪林之意思，而為系爭戶籍遷移之理由。」、最高法院 93 年度台上字第 3947 號刑事判決：「以上人數，合計為二十三人，其中除未婚之兄弟或姊妹可同住一房外，其餘已婚者均須單獨一房，則合計約為五十餘坪，僅有七個房間之房屋，是否足以容納上開全部住戶？……則原判決認定，被告等均實際居住在育仁里該址，是否與事實相符，即有研求餘地。究竟何者為虛遷戶籍？何者有實際繼續居住四個月以上？原審未予究明，即遽行判決，自難昭折服。」、最高法院 100 年度台上字第 2653 號刑事判決：「本件許○○結婚後，係以久住之意思共同生活而將戶籍地設在馬公市，該馬公市戶籍地即為其住所。許○○之公、婆居住之湖西鄉，其夫妻固得遷回久住，但其為照顧公婆之便，而暫時居住於湖西鄉，則與久住之意義並不相符。」在此觀點下，選罷法第 15 條第 1 項的實際居住限制，即相當於要求人民須於戶籍地有久住、歇宿的事實，始具有選舉區的投票資格。

有問題的是，以歇宿地作為實際居住概念之唯一內涵的見解，在晚近發生的【中汕里長案】中產生了是否應擴張實際居住概念及於工作地的爭議。該案案例事實略為：高雄市林園區的中汕里及東汕里為相鄰的二里，被告 A 為參選第三屆中汕里里長選舉，遂將其戶籍至東汕里遷至中汕里。甲於戶籍遷徙後多數時間仍於東汕里的原戶籍地歇宿，惟其另於中汕里內承租房屋作為里長競選

服務處，並以此處作為服務中汕里里民的據點。最終第三屆中汕里里長選舉結果，甲以 825 票擊敗另一位候選人李○○的 809 票，當選中汕里里長。¹⁰

本案涉及空降候選人是否具備實際居住事實的問題。所謂空降候選人，係指候選人應政黨徵召或其他因素而遷籍至未曾有實際居住事實的選舉區並登記為公職人員候選人。本案中，被告 A 雖於中汕里戶籍地址內無四個月以上的歇宿事實，然而，A 於中汕里承租房屋作為服務處，服務中汕里里民，此一行為是否足以滿足選罷法對於實際居住的要求，即生爭議。

類似爭議也出現在晚近極具爭議的【桃園市長案】中，該案案例事實略為：華航工會於會員代表大會中表決通過推派工會祕書長朱○○參選第二屆桃園市長選舉，被告 B、C、D 皆為華航工會會員，於位於桃園市的華航公司有二十年以上的工作事實，三人為支持秘書長的競選，分別將戶籍遷入工會成員或其親屬於桃園市的戶籍地中，且於各自的戶籍地均無歇宿事實。最終第二屆桃園市長選舉結果，華航工會秘書長獲得 18,200 票，得票率為 1.76%，桃園市長當選人鄭○○則獲得 552,330 票。¹¹

在桃園市長案中，除了被告 B、C、D 三人於華航工會的長期工作事實是否足以建構實際居住概念的疑義外，縱使肯定三人的長期工作事實足以建構實際居住概念，惟三人並非將戶籍遷入其工作地，也凸顯了實際居住概念與虛偽遷徙戶籍要件在接合上的齟齬。質言之，選罷法第 15 條第 1 項固然僅要求人民須於「選舉區」有實際居住事實，然選罷法既使用戶籍資料認定人民於選舉區有無實際居住事實，則虛偽遷徙戶籍的該當與否在解釋上應理解為人民於「選舉區」抑或是「戶籍地」無實際居住事實，亦有疑義，而有加以探討的必要。

¹⁰ 臺灣高等法院高雄分院 109 年度上訴字第 457 號刑事判決。

¹¹ 臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決。

第二項 意圖使特定候選人當選的解釋爭議



除實際居住概念的認定爭議外，本罪另一個既有爭議出現在「使特定候選人當選」的意圖要件上。申言之，一般對於虛偽遷徙戶籍投票行為的想像，無非是在規模較小或候選人間競爭較為激烈的選舉區中，行為人意欲透過遷籍取得投票權，以達影響當選結果的目的。然而，晚近發生的【桃園市長案】則將支持顯無當選可能性之候選人的情形，帶進虛偽遷徙戶籍投票罪的視野之中。

本案被告辯護人多次主張，華航工會所推派的候選人朱○○缺乏政治資源，且選舉結果顯示朱○○的得票率未達 2%，足見其欠缺當選桃園市長的可能性，因此，被告並無使朱○○當選的主觀意圖，僅具有使朱○○收回參選保證金，並宣傳工人參政之政治理念的意圖。¹²然而，於歷審判決中，司法實務皆未對此一意圖要件不該當的抗辯表示意見，僅地方法院判決稍有提出：「至被告 3 人、辯護人所辯關於：朱○○客觀上不可能當選……按刑法第 146 條第 1 項規定，其立法目的在杜絕任何選舉舞弊，以達選舉之純正與公平性，而該條所稱使投票發生不正確之結果，係以該選舉區之整體投票結果，包含計算得票比率基礎選舉權人之人數及投票數等投票結果在內，發生不正確之結果為已足，不以行為人所支持之特定候選人已否當選為必要。故在虛偽遷入戶籍，實際上未確實居住之情形，既僅符合公職人員選舉罷免法繼續居住 4 個月以上規定之形式，以達投票予某一候選人之目約，如不認為構成該條妨害投票罪，該規定即形同具文，顯昧於社會事實。¹³」然而，此一說法僅回應虛偽遷徙戶籍投票罪不以行為人所支持的候選人當選作為結果要件，依然未對於本罪意圖要件不該當的抗辯進行論述。

¹² 臺灣桃園地方法院 108 年度選訴字第 16 號判決。

¹³ 臺灣桃園地方法院 108 年度選訴字第 16 號判決。

究其文義，本罪意圖要件既規定行為人須有使特定候選人「當選」的意圖，倘若行為人明知其所支持的候選人顯無當選可能性，仍虛偽遷徙戶籍而為投票行為，是否可認行為人主觀上該當於本罪意圖要件，涉及對於「當選」的解釋。系爭解釋疑義攸關對於本罪法益侵害流程的想像，尤其是對於顯無當選可能性的認識與法益侵害流程的互動關係，應具有高度研究價值。

第三節 支持家庭成員競選的不罰爭議

除實際居住概念與意圖要件的爭議外，虛偽遷徙戶籍投票罪在我國司法實務發展出的不罰事由上亦有疑義。詳言之，儘管法條文義上並未以虛偽遷徙戶籍投票的行為人與其所支持的候選人間的特殊關係限縮妨害投票結果正確罪與虛偽遷徙戶籍投票罪的成罪範圍，自最高法院 97 年度台上字第 6856 號刑事判決以降，我國司法實務仍發展出專屬於本罪的不罰事由：「父母、配偶、子女為組成家庭之成員，且為人倫之起源、社會之基礎，其以永久共同生活為目的，同居於一家庭，乃倫常之正軌……法律為顧及配偶、親子間之特殊親情，本於謙抑原則在特定事項猶為適度之限縮……因求學、就業等因素，未實際居住於戶籍地者，原本即欠缺違法性，縱曾將戶籍遷出，但為支持其配偶、父母競選，復將戶籍遷回原生家庭者，亦僅恢復到遷出前（即前述籍在人不在）之狀態而已，於情、於理、於法應為社會通念所容許，且非法律責難之對象。此種情形，要與非家庭成員，意圖使特定候選人當選而『虛偽遷徙戶籍』者，迥然有別。」

首先，上開判決強調支持特定家庭成員競選的不罰原因在於「於情、於理、於法應為社會通念所容許，且非法律責難之對象」。一方面，「一般社會通念的概念」於刑法領域中通常用於構成要件的解釋，考量刑法的保護法益無法脫離社會實際運作情形而單獨存在，主要功能在於勾勒、描繪法益侵害行為

的構成要件，納入一般社會通念進行構成要件解釋，尚無疑義，惟一般社會通念是否得作為排除特定行為態樣可罰性的理由，即生疑義。另一方面，系爭行為態樣是否為刑法責難的對象，理應從刑法審查體系中尋求排除刑事責任的理由，換言之，為支持特定家庭成員競選的虛偽遷徙戶籍投票行為，是否可以在刑法審查體系中建構合理的不罰事由，應有詳加探究的必要。

再者，針對系爭不罰事由的家庭成員範圍，我國司法實務多遵循最高法院97年度台上字第6856號刑事判決而以直系血親或配偶為限。如最高法院101年度台上字第1237號刑事判決認為：「為支持直系血親或配偶之競選而遷籍未實際居住者，雖然基於情、理、法之調和與社會通念之容許，或有認為不具可罰違法性或非難必要性者，但於其他旁系血親、姻親，仍應藉由四個月之實際繼續入住，以確實建立上揭人、地之連結關係，尚無相提並論餘地。」、最高法院106年度台上字第1744號刑事判決亦認為：「刑法第167條係基於社會防衛之考量、司法審判之維護，及其等親屬關係密切，相為容隱，雖觸法禁，情有可原等情，所設減輕或免除其刑之特別規定。該行為人之所以犯罪，乃為避免配偶或一定親屬之不利益，此與刑法第146條第2項，係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，致觸犯刑章，二者有其本質上之不同。申言之，前者如行為人不為犯罪（藏匿、使之隱避、頂替或湮滅刑事證據），其配偶、一定親屬恐將身陷囹圄，基於親情不忍見之受罰，其有強烈之動機铤而走險，甚至犯罪；後者如行為人不為犯罪（虛偽遷徙戶籍），其親屬至多未能當選，並無何緊迫之危險可言，難認其有非虛偽遷徙戶籍不可之情……實務上關於刑法第146條第2項，就行為人支持配偶或直系血親之競選而遷徙戶籍，未實際居住者，基於法、理、情之調和與社會通念之容許，雖認不具可罰違法性或非難必要性，然此係就特別親屬間人倫關係而為考量，尚難

執此遽謂應擴大及於五親等內之血親或三親等內之姻親等其他親屬，亦應認無可罰違法性或非難必要性。」

有問題的是，晚近出現了極具爭議的【安寮里長案】，該案案例事實略為：呂○○為第十屆嘉義市安寮里里長選舉的候選人，呂○○的兒孫為支持其參選，皆將戶籍遷入安寮里的戶籍地址中。被告 E 為呂○○的媳婦（直系姻親一等親），E 雖不曾於安寮里有過實際居住事實，仍於投票日前四個月將其戶籍遷入安寮里戶籍地址中。¹⁴於該案中，倘若以直系血親與配偶作為不罰界線，將產生舉家虛偽遷徙戶籍投票僅有媳婦 E 受刑事追訴、處罰的結果。基此，臺灣高等法院臺南分院 108 年度上訴字第 1238 號刑事判決即認為：「衡諸社會常情，「媳婦（兒媳）」乃『兒子』之配偶，孫子女之母親，在家庭（族）中之角色極為吃重，善盡職責之媳婦（兒媳），其家庭重要性可說與親生兒女無異，對家庭（族）之付出、壓力、辛勞與犧牲，往往勝過男性（『兒子』），渠等在家庭（族）中事實上之身分，實與血親關係無異，當應與直系血親卑親屬等同視之……被告凝聚「家庭成員」向心力，為支持公公參選、當選而遷移戶籍，衡諸吾國社會民情、家庭倫理，實為社會通念所接受，可認為乃係其等理性自主之決定，自應與所謂遭候選人或其支持者利誘、支配、指使動員前往投票之「幽靈人口」有所區別……應不成立刑法妨害投票未遂罪。」

綜合以上說明，作為虛偽遷徙戶籍投票罪的不罰事由，除了支持家庭成員競選的不罰理據具有討論實益外，系爭不罰事由造成候選人不同親屬間的遷籍投票行為獲得相異的評價結果，亦存在反思空間。

¹⁴ 臺灣嘉義地方法院 108 年度訴字第 284 號刑事判決。

第四項 憲法法庭與合憲性疑義

除解釋論上的爭議外，虛偽遷徙戶籍投票罪在合憲性上亦存有疑義。民國 112 年 7 月 28 日，我國憲法法庭針對虛偽遷徙戶籍投票罪的處罰規定及前述桃園市長案的終局確定判決（最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決）分別進行法規範憲法審查與裁判憲法審查，並作成憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（以下稱本號判決），判決內容整理如下。¹⁵

首先，本號判決認為，憲法第 17 條所保障的選舉權，其內涵包含「依自己意願選擇在何處投票之自由」。虛偽遷徙戶籍投票罪所謂「虛偽遷徙戶籍」，係指為戶籍遷徙後未實際居住於戶籍地的情形。因此，本罪蘊涵僅允許人民於有實際居住事實的戶籍地行使投票權的誠命，禁止人民基於支持特定候選人當選的意圖，以遷徙戶籍而未實際居住於戶籍地的方式，取得投票權而為投票，構成了人民選擇於何選舉區投票之自由的限制，而其限制須符合比例原則的憲法誠命始為合憲。¹⁶本號判決另認為，虛偽遷徙戶籍投票罪形式上雖處罰虛遷戶籍而投票的行為，惟實際上未就人民自由設定住所、遷徙權利或選擇戶籍地並加以登記的權利加以限制，故與憲法第 10 條所保障的居住遷徙自由無涉。¹⁷

再者，針對比例原則的實質審查，本號判決認為，本罪立法目的係考量未實際居住於各該選舉區的選民，不足以提供選舉產生之公職人員的實質代表性，其投票行為將嚴重戕害選舉的民主正當性。¹⁸另外，虛偽遷徙戶籍投票的情形也使得其他候選人無法透過公開競爭的方式爭取其選票，形成不公平的競

¹⁵ 本號判決另有審查妨害投票結果正確罪與虛偽遷徙戶籍投票罪有無違反刑罰明確性原則的違憲疑義，惟此部分形式合憲性的問題非本文研究範圍，故以下判決整理不會提到刑罰明確性原則的審查部分，先予敘明。

¹⁶ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 65 段。

¹⁷ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 78 段。

¹⁸ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 68 段。

爭，從而，本罪亦有避免扭曲選舉競爭秩序，確保選舉公正性的規範目的。本罪透過確保民主正當性與選舉公正性，維護政治社群民主最根本的自我治理原則，足認為追求特別重要之公共利益。¹⁹



於手段目的關聯性的審查上，本號判決認為，本罪採取刑事制裁手段符合最小侵害手段的要求，理由在於，戶政機關的實質審查等事前行政管制措施固然可以預防部分危害選舉競爭秩序的行為，且屬較小侵害手段，然而，事前行政管制措施存在侷限性，無法完全杜絕一切危害選舉競爭秩序的情形發生，倘若因此放棄刑事制裁手段，可能造成巨大且難以回復的損害。因此，只要危險的發生並非不可能，釋憲者若無堅實的反對理由，應尊重立法者的政治風險評估與風險管理決策。²⁰

本號判決亦認為，相較於對民主正當性與選舉公正性的維護，虛偽遷徙戶籍投票罪對於選舉權的干預，其所得與所失尚屬相稱。²¹惟本號判決同時也指出，隨著社會變遷，「實際居住」不應拘泥於以歇宿地理解的傳統居住概念，政治社群的界定範圍也應更加具有彈性。因長期工作而與工作地所在的選舉區生活密切關連，亦足以產生社群共同體的歸屬與認同感，而應承認就業事實作為參與政治社群自我治理的另一種正當性基礎。²²

此外，針對本罪未遂犯的處罰部分，本號判決認為，未遂犯的處罰同樣旨在確保民主正當性與公正性，立法者基於防止特別重要之公共利益受到侵害的危險，擴張處罰未遂的著手行為，應具有目的正當性。²³實證資料顯示，虛偽遷徙戶籍而取得投票權的行為人，約九成會完成後續投票行為，顯見行為人虛

¹⁹ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 71 段。

²⁰ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 75 段。

²¹ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 76 段。

²² 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 72 段。

²³ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 88 段。

偽遷徙戶籍後即具有實現法益侵害的高度蓋然性，從有效防免危險的目的而言，處罰未遂犯的手段與目的達成間存在實質關聯，與憲法比例原則及罪刑相當原則尚屬無違。²⁴



另一方面，針對平等原則的審查，本號判決認為，虛偽遷徙戶籍投票罪以行為人是否有「使特定候選人當選」的意圖為分類標準，形成是否加以處罰的差別待遇。此一差別待遇措施係考量非出於選舉目的之虛偽遷徙戶籍投票行為與本罪所欲維護的民主正當性及選舉公正性並不相關，故是否處罰屬立法者就刑事處罰範圍的裁量，未違反平等原則。²⁵至於部分聲請人提出本罪僅處罰選舉人而不處罰候選人而違反平等原則的主張，本號判決認為，倘若候選人的戶籍地非實際居住地，其虛偽遷徙戶籍投票行為自屬本罪處罰範疇，惟候選人的密集競選活動已與選舉區建立實際連結，如同於選舉區從事長期工作，因此縱使候選人每日未於戶籍地歇宿，仍應認定符合實際居住的要件，不生違反憲法保障平等權的問題。²⁶

最後，針對桃園市長案的裁判，本號判決認為，臺灣高等法院更審判決將實際居住侷限於傳統居住概念（即歇宿地），否定「工作地公共事務的治理良窳也與人民在工作地的日常生活密切關聯，足以建立地緣與認同關係，成為享有選舉權的正當性基礎」，因此，上開更審判決在解釋適用本罪「虛偽遷徙戶籍」的概念時，未能正確考量憲法保障人民選舉權之意旨，而實質影響個案裁判，侵害人民受憲法保障的選舉權。²⁷進而，最高法院確定終局判決援引並維

²⁴ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 89 段。

²⁵ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 80-81 段。

²⁶ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 82 段。

²⁷ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 99-100 段。

持上開更審判決的見解，自有相同的違憲理由，故本號判決將最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決廢棄並發回最高法院。²⁸

綜合以上說明，憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決一方面認為虛偽遷徙戶籍投票罪未違反比例原則或平等原則的憲法誠命，另一方面則宣告桃園市長案的確定終局判決侵害人民受憲法保障的選舉權。至此，虛偽遷徙戶籍投票罪的違憲疑義看似在本號判決作成後已一槌定音。然而，不論是憲法法庭多數意見所提出的本罪規範目的觀點，抑或是針對比例原則與平等原則的檢驗及論述，個別大法官意見書及文獻上皆存在不同看法。因此，針對虛偽遷徙戶籍投票罪的合憲性亦應有再行檢討的必要。

第三節 研究方法

針對以上既有爭議，本文主要使用的研究方法為「案例研究法」及「文獻分析法」。首先，針對虛偽遷徙戶籍投票行為的刑事制裁，我國司法實務上已累積相當數量的判決。本文透過研讀、整理虛偽遷徙戶籍投票罪的判決，以了解司法實務在面對本罪保護法益、構成要件乃至於合憲性的不同立場。此外，本文亦選擇數則具有高度研究價值的案件，針對其歷審判決中的解釋論爭議提出本文看法，並具體適用於虛偽遷徙戶籍投票罪的個案之中。

再者，本文彙整我國關於虛偽遷徙戶籍投票罪的相關文獻，梳理各文獻對於本罪合憲性及解釋上的見解。本文亦閱讀政治學上關於民主理論的文獻，以期透過對於民主政治與我國既有說法的認識與了解，並在此之上提出本文對於虛偽遷徙戶籍投票罪各問題意識的本文看法。

²⁸ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 104-105 段。

第四節 論文架構



本文共分為五章，架構安排與各章研究內容說明如下：

第一章「緒論」：敘述以虛偽遷徙戶籍投票罪作為研究對象的研究背景與動機，介紹本文所欲處理的本罪既有爭議，並說明本文研究方法及論文架構。

第二章「虛偽遷徙戶籍投票罪的保護法益」：作為釐清虛偽遷徙戶籍投票罪之合憲性疑義與解釋疑義的共通前提，本章先梳理我國既有說法對於本罪保護法益的不同理解，提出本文對各種看法的檢討，再將視角切換至多元爭勝民主觀點，並嘗試從信賴觀點提出本文看法。

第三章「虛偽遷徙戶籍投票罪的合憲性」：在憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決的基礎下，本章先確立虛偽遷徙戶籍投票罪之違憲審查的範圍，再從本文對於本罪保護法益的觀點，分別檢驗本罪是否符合比例原則與平等原則的憲法誠命。

第四章「虛偽遷徙戶籍投票罪的解釋疑義」：針對虛偽遷徙戶籍投票罪的三個解釋疑義，本章先梳理司法實務與文獻對於系爭問題的見解，再從本文對於本罪保護法益的觀點，提出本文看法，並將其具體適用於指標案例中的解釋疑義之處。

第五章「結論」：說明本文針對虛偽遷徙戶籍投票罪的保護法益、合憲性疑義與解釋疑義的研究成果，做成本文結論。

第二章 虛偽遷徙戶籍投票罪的保護法益

自十九世紀末以來，現代刑法學已形成以保護法益為中心的論述系統。保護法益於司法解釋個案成罪的過程中尤其關鍵，透過保護法益限定侵害內容，可以在解釋上確認條文的處罰範圍與應用案例。²⁹除指導構成要件的功能外，刑罰是唯一可以將違犯者長期隔離於社會，甚至剝奪其個人生命的國家權力，因此，刑法規範的保護目的不僅須符合憲法預設的價值，更須具有相當程度的價值重要性，始得動用刑法進行管制。在此意義下，法益概念亦可作為判斷保護目的重要性的輔助標準。³⁰虛偽遷徙戶籍投票罪保護法益的定性，不僅影響到成罪要件的解釋，更攸關本罪保護目的是否具備發動刑罰的相當程度價值重要性，而有深入探討的必要。

憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決將虛偽遷徙戶籍投票罪的規範目的理解為維護選舉之民主正當性與公正性，已如前述。³¹於本罪保護法益的討論脈絡之中，我們也可以發現我國既有說法多選擇自民主正當性或選舉公正性的觀點論述、建構本罪保護法益。本章將先行梳理既有說法對於本罪保護法益的不同理解（第一節），再進一步提出本文對於民主正當性與選舉公正性觀點的檢討（第二節）。本文認為，既有說法皆存在未能充分說明多數決規則於民主政治中之定位的問題，因此，本文轉而切換視角，介紹多元爭勝民主觀點對於民主政治的想像（第三節）。透過上開觀點，嘗試提出以信賴法益建構虛偽遷徙戶籍投票罪保護法益的本文見解（第四節）。

²⁹ 許恒達（2020），行為規範、保護法益與通姦罪的違憲審查——評釋字第 791 號解釋，月旦法學雜誌，第 305 卷，頁 22。

³⁰ 許恒達（2020），同註 29，頁 28。

³¹ 關於本號判決的詳細論述，參見第一章第二節第四項的整理。



第一節 我國既有說法的梳理

第一項 民主正當性觀點

於梳理民主正當性觀點前，針對「民主正當性」與「實質代表性」二概念的差異，有先予釐清的必要，蓋於本罪保護法益的討論脈絡中，二概念皆有被既有說法所使用。以憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決為例：「選舉產生之公職人員的實質代表性，係來自各該選舉區實際居住居民的投票支持與認同，未實際居住各該選舉區之選民，不足以提供選舉產生之公職人員的實質代表性。若不阻止人民以遷徙戶籍但未實際居住戶籍地的方式，取得投票權參與投票，將嚴重戕害選舉的民主正當性。³²」本文認為，本號判決精確地區分了二概念的評價對象：以選舉產生的公職人員為評價對象，實質代表性強調當選公職人員受人民委任的代表性；以民主選舉本身為評價對象，民主正當性則重視國家權力行使的正當性基礎。儘管存在評價對象上的差異，於本罪保護法益的討論脈絡中，既有說法使用二概念所欲建構的不法內涵尚屬相當，從而，以下本文也會適當地交互使用二概念，先予說明。

以民主正當性作為虛偽遷徙戶籍投票罪的保護法益，可以區分為選票導向與程序導向二種解釋進路，分述如下：

第一款 選票導向的民主正當性觀點

於虛偽遷徙戶籍投票罪制定前，最高法院多認為虛偽遷徙戶籍投票行為成立妨害投票結果正確罪，已如前述。³³由於妨害投票結果正確罪以「使投票發生不正確之結果」為構成要件，最高法院在論述上強調，虛偽遷徙戶籍之人僅

³² 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 68 段。

³³ 關於虛偽遷徙戶籍投票罪的沿革，參見第一章第一節的說明。

取得形式上的投票權而非真正適格的投票權人，因此，其投票行為造成了投票結果中存在「不正確的選票」，而該當於使投票發生不正確結果之要件。³⁴

新法施行後，部分最高法院裁判仍選擇以選票導向的進路建構虛偽遷徙戶籍投票行為的不法內涵。有判決認為，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，幽靈人口為特定選舉之目的而遷移戶籍地址，取得投票權參與投票，自己戕害民主選舉的精神。³⁵另有認為，就選舉區整體投票結果來說，虛偽遷徙戶籍投票影響選舉人數額及實際投票數額等各項數據，當然導致不正確投票結果發生，自毋庸再將其列為犯罪構成要件。³⁶簡言之，在舊法時期選票導向的不法內涵建構模式上，此觀點認為虛偽遷徙戶籍投票行為造成當選公職人員實質代表性的減損。有問題的是，縱使肯認虛偽遷徙戶籍之人欠缺投票資格，無權投票行為與減損實質代表性之間似乎尚存落差，有賴其他概念加以填充、連結。

對此，文獻上有認為，不論是全國性選舉或地方性選舉，選舉乃民主政治將主權歸屬於人民的實踐。因此，妨害投票結果正確罪的保護法益在於國民主權原則的維護。³⁷申言之，國民主權原則的實踐係透過適格選舉人表達的意志決定公職人選，無權投票的行為人以其意志介入人民意志的形成，對於民主正當性產生了結構性的弱化。³⁸虛偽遷徙戶籍投票行為同樣是對於人民政治意志形成的干擾、妨害，對於實踐國民主權原則的破壞作用不亞於冒名投票、重複

³⁴ 最高法院 88 年度台上字第 5895 號刑事判決。類似見解，參見林山田（2004），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，第 105 期，頁 183-184。學者認為，候選人以投票部隊為手段，其所得投票結果自與未經操作的自然投票結果有所不同，而屬使投票發生不正確之結果。

³⁵ 最高法院 100 年度台上字第 4940 號刑事判決。

³⁶ 最高法院 101 年度台上字第 4041 號刑事判決。

³⁷ 王怡婷（2013），刑法妨害投票結果正確罪之研究——以虛偽遷徙戶籍投票行為之可罰性為中心，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 87。

³⁸ 王怡婷（2013），同註 37，頁 152-153。

投票或混入投票等無權投票行為，因此，立法者將虛偽遷徙戶籍投票行為的處罰明文化，形同宣示刑法對於相類行為的價值判斷。³⁹

上開看法係透過選票稀釋（vote dilution）的概念將不正確投票結果與民主正當性的減損相連結。一般認為，選票稀釋有著重在質與量的不同討論，前者關注不同規模選舉區受分配相同數量的席次，可能產生票票不等值的問題；後者則強調特定選舉區內是否存在不應享有投票權而為投票的問題。倘若一地的整體投票結果滲入無實際居住事實之人的選票，對於當地居民而言，整體投票結果即有被稀釋的疑慮。⁴⁰憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決似同樣肯定選票稀釋的看法：「未實際居住各該選舉區之選民，不足以提供選舉產生之公職人員之實質代表性。⁴¹……若允許未實際居住之他者可以參與投票，則政治社群成員投票影響力勢遭稀釋，政治社群成員自我治理之民主原則也將逐步遭破壞，終至形骸化，從自治變他治而從根瓦解。⁴²……此類未實際居住於該選舉區之虛遷戶籍者……虛遷戶籍取得投票權而至該選舉區投票，不惟稀釋與選舉區有實質利害關係之政治社群成員所投選票之影響力。⁴³」

綜合以上說明，選票導向的民主正當性觀點認為，倘若選舉結果中參雜了不正確的選票，其他正確選票即因此受到稀釋，進而減損當選公職人員的實質代表性。由於虛偽遷徙戶籍之人無投票資格，其無權投票行為使得其他政治社群成員的選票受到稀釋，弱化了該次選舉的民主正當性，戕害社群成員自我治理之原則。

³⁹ 王怡婷（2013），同註 37，頁 154。

⁴⁰ 施佩岑（2018），論我國現行選舉資格認定與戶籍問題，國立臺北大學法律學系碩士論文，頁 80。

⁴¹ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 68 段。

⁴² 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 69 段。

⁴³ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 71 段。

第二款 程序導向的民主正當性觀點



除選票導向的民主正當性觀點外，文獻上另有極具啟發性的見解自程序導向說明虛偽遷徙戶籍投票行為對於民主正當性的侵害。詳言之，在一個民主法治的國家中，選舉是國民表達政治意志的重要機制。⁴⁴選舉制度的設計上，必須擔保投票結果能忠實反映全體國民的政治意志，方足以成為國家權力的正當化基礎。⁴⁵然而，正因為選舉是反映國民政治意志的機制，國家無法過度干預國民意志的自由形成及表達，無從干預候選人的得票數及得票率應為多少。⁴⁶

舊法時期，最高法院 88 年度台上字第 5895 號刑事判決認為：「候選人保證金之發還、沒收，及競選經費之捐贈限制，與選舉經費之補助，暨有關全國不分區、僑居國外國民之國民大會代表、立法委員選舉當選人名額，均以投票得票率之多寡而為決定及分配……因之，刑法第 146 條所謂『使投票發生不正確之結果』，除指使某候選人當選與否之選舉結果外，兼指使得票率等投票結果發生不正確結果之情形在內。」上開判決以發還保證金或選舉補助的門檻為理由，將得票數或得票率等統計數據作為正確投票結果的認定基準，無疑使妨害投票結果正確罪淪為保護候選人的經濟利益，而未能切中保護國民主權原則的立法意旨。⁴⁷任何從選票導向界定投票結果正確性的嘗試，實質上都在否定國民意志才是投票結果的最終決定者，亦即否定投票的民主價值。⁴⁸

⁴⁴ 薛智仁（2009），虛遷戶籍而投票之可罰性，法學新論，第 7 期，頁 77。

⁴⁵ 薛智仁（2009），同註 44，頁 82。

⁴⁶ 薛智仁（2012），家庭成員之虛遷戶籍投票——評最高法院 100 年度台上字第 2653 號刑事判決，台灣法學雜誌，第 203 期，頁 99。

⁴⁷ 薛智仁（2009），同註 44，頁 83-84。

⁴⁸ 薛智仁（2009），同註 44，頁 85。

在此觀點下，國家僅得事前透過選舉原則及法律規定，確保真正的國民意志彰顯在投票結果中。⁴⁹倘若投票程序違反選舉原則或法律規定，投票結果即很有可能無法反映真正的國民政治意志，而不足以成為國家權力的正當性基礎。換言之，投票結果的正確性是建立在投票程序的合法性之上，只要投票過程合法，不論哪位候選人當選，皆是正確的投票結果。⁵⁰

在程序導向的民主正當性觀點下，虛偽遷徙戶籍者固然欠缺投票資格，然其投票行為的不法內涵並非在於選舉結果中存在稀釋他人選票的不正確選票，而在於違反國家為確保投票結果足以反映真正國民政治意志的選舉規則。因此，系爭行為不因立法者未增訂虛偽遷徙戶籍投票罪即喪失可罰性，本罪僅係立法者為解決系爭行為可罰性爭議所為的宣示性規定，其規範目的與妨害投票結果正確罪相同，皆在於保護投票結果的正確性，確保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。⁵¹

此外，依德國刑法第 107a 條第 1 項之規定：「無權而參與投票或以其他方法，使投票發生不正確之結果或變造投票結果者，處五年以下有期徒刑或罰金。」有學者認為，虛偽遷徙戶籍投票罪的立法過程中，可以觀察到立法者不斷強調此次修法旨在杜絕選舉舞弊並維護選舉制度。本罪所參考的德國刑法第 107a 條之選舉舞弊罪，其立法目的在於維護公眾對於合法選舉的利益，此一立法目的在民主法治國家中，確為法秩序所應予保護者。⁵²

⁴⁹ 薛智仁（2012），同註 46，頁 99。

⁵⁰ 薛智仁（2009），同註 44，頁 82。

⁵¹ 薛智仁（2023），會台字第 9433 號胡靈智等聲請案專家諮詢意見書，頁 4。

⁵² 徐育安（2023），會台字第 9433 號胡靈智等聲請案專家諮詢意見書，頁 3。



第二項 選舉公正性觀點

除了民主正當性的觀點外，亦不乏有既有說法將虛偽遷徙戶籍投票行為的不法內涵理解為選舉公正性的侵害。首先，選舉公正性的說法廣泛出現於我國司法實務中，如最高法院 92 年度台上字第 5229 號刑事判決：「妨害投票結果正確罪之立法目的在杜絕任何選舉舞弊，以達選舉之純正與公平……行政區域政權之行使，按諸主權在民之原則，自應由該行政區之人民行使，非得由其他地區之人民所能代為決定，故為支持某特定候選人，而將戶籍及實際上居住處所遷入該選舉區，而虛報遷入戶籍者，其有妨害選舉之純正及公正性結果，至為顯然。」、最高法院 101 年度台上字第 1237 號刑事判決：「政治性選舉，係主權在民之具體實現；透過公平、公正、純潔之選舉規定與實踐，而選賢與能，為法治民主國家之表徵……倘非繼續居住相當期間，而純為選舉之目標，製造所謂『投票部隊』之『幽靈人口』，自外地遷入戶籍，勢必危害選舉之公平、公正和純潔性。」上開引文雖將選舉公正性與公平、純正、純潔等概念臚列、混用，然其所強調者仍不脫行為人欠缺實質投票資格，故其投票行為損及選舉的公正性。

我們也可以在虛偽遷徙戶籍投票罪之釋憲案的相對機關言詞辯論意旨書中看見連結「欠缺實質投票資格」與「侵害選舉公正性」的論述。中央選舉委員會認為，刑法妨害投票罪章所欲保護的法益，係確保選舉權實現及保障民主選舉制度。除確保民主選舉制度不受到破壞之外，選舉過程中的程序亦須符合選舉原則，方足以確保選舉結果的公正性。⁵³虛偽遷徙戶籍投票罪的立法目的在於維護民主選舉的精神、導正選舉風氣並確保選舉制度的公平運行，杜絕選舉

⁵³ 中央選舉委員會（2023），憲法法庭會台字第 9433 號胡靈智等聲請案言詞辯論意旨書（二），頁 2。

舞弊，維護投票結果的正確性，使投票結果能忠實反應民意，落實主權在民的精神。⁵⁴法務部則認為，選舉乃將人民政治意志傳遞至國家決定的關鍵制度，國家權力之行使與人民政治意志表現間不可中斷的正當性連結，可因選舉制度而建立。為達成此目標，選舉制度的設計須盡可能反映人民的政治意志。不正確的投票人數導致不公正的選舉結果是一種選舉舞弊。基於選舉事務正確性、嚴正性及選舉權應正當行使之要求，妨害投票結果正確罪處罰無權投票行為，以維護民主選舉作為自由民主憲政秩序之根本，並維持其公正性。⁵⁵在設籍地無繼續居住四個月之事實，僅以行使投票權之目的而為形式戶籍登記，此等以虛偽方式取得投票權的行為，戕害民主選舉制度的本質及公平性。⁵⁶

相較於司法實務及行政機關的觀點，文獻上則傾向自競爭公平性的角度說明虛偽遷徙戶籍投票行為對於選舉公正性的影響。學者指出，於美國法上，運用不實住址資訊取得選民資格的行為構成聯邦犯罪，其刑事責任向來被認為是保護選舉結果的正確性及選舉程序的公正性。⁵⁷至於公民得在任何一選舉區登記為選民，不論其是否實際生活於該選區的做法，反轉了「選民選擇政治代表」的代議民主原則，讓政治代表可以反過來選擇選民。在這個看似開放、自由的選舉賽局規則底下，也往往不會有公平的政治競爭可言，因為並不是所有政黨／競爭者，都具備相同的選民調度與動員能力。⁵⁸因此，虛偽遷徙戶籍投

⁵⁴ 中央選舉委員會（2023），憲法法庭會台字第 9433 號胡靈智等聲請案言詞辯論意旨書（三），頁 10。

⁵⁵ 法務部（2023），憲法法庭會台字第 9433 號胡靈智等聲請案言詞辯論意旨書，頁 8-9。

⁵⁶ 法務部（2023），同註 55，頁 3。

⁵⁷ 蘇彥圖（2023），會台字第 9433 號胡靈智等聲請案，專家諮詢意見書，頁 9-10。52.U.S.C. §10307(c)：「意圖取得登記或投票資格，故意提供姓名、地址或選舉區居住期間的虛偽資訊者，或教唆他人為虛假投票登記或非法投票者，或意圖登記投票或投票而行求、支付或收受報酬者，處五年以下有期徒刑，得併科 10000 美元以下罰金。」

⁵⁸ 蘇彥圖（2023），同註 57，頁 14。

票罪是透過維繫選舉權的住民資格限制，進而確保民主自治與選舉公正的一種選舉刑法規制。⁵⁹

另有學者認為，虛偽遷徙戶籍投票行為的處罰理由在於行為人違反民主政治運作，扭曲操弄選舉過程，危害民主選舉的公平性與公開性。申言之，虛偽遷徙戶籍投票犯罪通常係由掌握資源的候選人所動員，除動員的候選人外，其他候選人無法得知幽靈人口的存在，乃至於無法與這些幽靈人口互動、討論與共同決定公共事務。相反地，為競選公職而遷徙戶籍之人，其必須作為政治社群的一員，參與社群公共事務、尋求其他社群成員支持。這個過程必須公開，且與其他候選人一樣皆須經過選戰的考驗，故無扭曲選舉的公平性。⁶⁰

憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決亦肯認虛偽遷徙戶籍投票罪的規範目的兼及選舉公正性：「虛偽遷徙戶籍投票罪亦有藉此維護選舉公平性之意，避免部分情形之未實際居住於選舉區之選舉權人，僅透過遷徙戶籍至選舉區即取得投票權，因而影響選舉區選舉之公平性。⁶¹……此類未實際居住於該選舉區之虛遷戶籍者……使同選舉區其他候選人因無從透過政治理念之說服或個人特質等公開競爭之方式爭取其選票，而造成不公平之競爭。⁶²」上開引文中，憲法法庭同樣以競爭公平性的視角詮釋選舉公正性，在此觀點下，虛偽遷徙戶籍投票行為的非難核心在於基於支持特定候選人意圖的虛偽遷徙戶籍行為造成不同候選人爭取其支持的機會不平等，因此其投票行為構成選舉公正性的侵害。

綜合以上說明，於虛偽遷徙戶籍投票罪的脈絡下，我們可以將選舉公正性的既有說法進一步區分二種解釋進路：第一種解釋進路強調虛偽遷徙戶籍者無

⁵⁹ 蘇彥圖（2023），同註 57，頁 19。類似見解可見陳振鈞（2014），刑法妨害投票罪合憲性之研究——以選舉幽靈人口之處罰為中心，東海大學法律學研究所碩士論文，頁 37。

⁶⁰ 王金壽（2010），會台字第 9433 號胡靈智等聲請案說明會專家諮詢意見書，頁 4-5。

⁶¹ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 68 段。

⁶² 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 71 段。

投票資格，其投票行為構成選舉舞弊，侵害選舉公正性；第二種解釋進路則強調虛偽遷徙戶籍投票者造成候選人間的不公平現象，因此，其投票行為侵害選舉公正性。



第二節 我國既有說法的檢討

第一項 國民主權原則與代議民主制度

既有說法中的民主正當性觀點，不論是選票導向或程序導向，皆以國民主權原則作為上位價值。中華民國憲法第 2 條規定：「中華民國主權屬於全體國民。」一般認為，上開規定揭示了國民主權原則的憲法誠命。⁶³由我國憲法明定人民有選舉、罷免、創制、複決及公民投票等權利，可知我國民主政治通常藉由選舉產生代表，以間接民主的方式運作。⁶⁴有問題的是，在我國代議民主為主的制度下，公共事務的處理權限原則上非由我國國民直接行使，則主權歸屬於全體國民的憲法誠命如何獲得具體實踐，即有先行探討的必要。

針對國民主權原則在代議民主制度下的實踐方式，我國釋憲實務於司法院釋字第 499 號解釋有其論述：「基於國民主權原則，國民主權必須經由國民意見表達及意思形成的溝通程序予以確保。國民主權的行使，表現於憲政制度及其運作之際，應公開透明以滿足理性溝通的條件，方能賦予憲政國家的正當性基礎。……代議民主的正當性，在於民意代表行使選民賦予的職權時，須遵守與選民約定。除有不能改選的正當理由外，任期屆滿應即改選乃約定之首要者，否則將失其正當性。」憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決則進一步提出：

⁶³ 除「國民主權原則」外，司法實務及文獻上亦有「主權在民原則」或「人民主權」的說法。本文認為，考量上開說法皆表彰國家主權歸屬於全體國民之意，為避免造成用語上的歧異，本文皆使用國民主權原則一詞，先予說明。

⁶⁴ 許志雄（2023），憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決，許志雄大法官提出、蔡明誠大法官加入之協同意見書，頁 1-2。

「選舉乃多數人民透過集中意志，決定民意代表或各級政府首長之行為，人民參政權為民主政治與專制政治最關鍵之不同處，選舉尤為人民參政權中最核心之權利，透過人民選舉賦予民意代表或各級政府首長行使國家權力之正當性。我國憲法第 1 條明定民主共和國原則，第 2 條明定國民主權原則，係採民主政治體制。是憲法第 17 條所保障之選舉權，乃民主國家中人民最基本之政治參與權利之一，其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。⁶⁵」

基於國民主權原則，人民可以直接行使公民權，惟考量現代社會中，公共事務的管理具高度專業性，無法全由人民自行處理，因此產生代表人民管理國家的政府組織。為使公共事務能受有效率的處理，人民透過選舉託付管理權，但仍未交出主權。⁶⁶國會定期改選不僅能使民意政治與責任政治總量地體現，統治權歸屬應由被統治者決定的主權在民原則，也只有通過國會定期改選始能彰顯。⁶⁷廣義的國民主權包含狹義的國民主權及人民主權，其中，在人民主權原理下，主權的主體為具有選舉權者，而參政權乃人民主權的行使方法。選舉產生的代表，其任務在於反映民意，因此，代表應具備體察輿情、呈現民意的能力，且民意機關於組織結構上亦須足以忠實反映存在於國民間的複雜利害關係，方可維護多元化之社會現象，並落實人民主權原理。⁶⁸另有認為，於理性主義、政治上自由主義及人民革命後，人民主權不再是統治方式的描述，而是

⁶⁵ 憲法法庭 112 年度憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 60 段。

⁶⁶ 許玉秀（2008），司法院釋字第 645 號解釋，許玉秀大法官提出之一部協同、一部不同意見書，頁 10。

⁶⁷ 蘇永欽（2014），司法院釋字第 721 號解釋，蘇永欽大法官提出之協同意見書，頁 6。

⁶⁸ 許志雄（2023），同註 64，頁 3-4。

具有規範效力的政治價值決定。人民主權未必意味著須由人民直接行使國家權力，僅表示國家權力須根源於人民。⁶⁹

綜合以上說法，我們可以歸納出以下結論：在代議民主制度中，主權歸屬於全體國民的憲法誠命原則上僅能透過民主選舉獲得實踐。當公共事務處理權限被特定代表所掌握時，決定代表並授予其代表權限的民主選舉即構成了國民主權原則的核心內涵。國民透過民主選舉將其政治意志傳送至國家權力的行使之中，並使國家權力的行使返回至民意，以達成國家主權歸屬於全體國民的憲法誠命。⁷⁰

第二項 民主正當性的程度性質

在說明了國民主權原則在代議民主制度下的實踐方式後，毫無疑問地，民主正當性的概念在國家權力與人民間的流動過程中扮演重要角色。正當性的概念與統治互為表裡，一群人統治另一群人的依據非先天預設或無端忍受，正當性表明著統治權力有被肯認為正確與公正的內在腹性，而為統治存續的基礎成分。⁷¹然而，在一個多元民主社會中，國民間存在複雜利害關係，其利益往往並非指向相同目標。⁷²我們幾乎無法看到一位候選人能夠獲得全體選民的支持，因此，只要國民的數量遠多於代表的數量，代表們即無從代表所有國民的利益。⁷³然而，基於公共事務的高度專業性及效率考量，代議民主政治高度仰賴由代表為人民制定重大公共政策。在這樣一個無法取得共識又必須作成決定的難題下，多數決規則（majority rule）即孕育而生。

⁶⁹ 蕭文生（2003），國家組織：第一講 人民、國民與主權，月旦法學教室，第 13 期，頁 64。

⁷⁰ 林依仁（2012），民主正當性與其程度，政大法學評論，第 129 期，頁 80。

⁷¹ 林依仁（2012），同註 70，頁 79。

⁷² 許志雄（2023），同註 64，頁 3-4。

⁷³ 張宏偉（2012），民主理論視角下的選舉權，國立臺北大學公共行政暨政策學系碩士論文，頁 91。

我們可以觀察到在選票導向的民主正當性觀點中，不乏有論述將多數決規則納入民主正當性的內涵。舉例來說，虛偽遷徙戶籍投票罪的修法理由即指出，「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。⁷⁴」、憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決也認為，「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，選出回應多數民意的各種民選公職人員，以具體實現憲法第 1 條及第 2 條所揭示之民主原則。⁷⁵」

有問題的是，如果我們將多數決規則理解為民主正當性的內涵，代議民主制度是否依然能夠完美地達到國民主權原則的憲法誠命，實非無疑。申言之，在多數決規則下，受到多數國民支持的候選人成為國民的代表，享有公共事務處理權限。然而，倘若當選代表只獲得一部分國民而非全部國民的首肯，則其當選結果必然違背了另一部分國民的政治意志，換言之，其他國民並無授予其公共事務處理權限的意志。此時，代議民主制度在運作上即與國家主權歸屬於「全體國民」的理念產生程度上的落差。或有認為，國民主權原則於民主選舉中的具體實踐並非保障決定代表的當然權力，而是保障決定代表的機會。少數國民固然於多數決規則下無法將其政治意志現實化，成為授予其支持候選人公共事務處理權限的基礎，然少數國民的投票行為蘊含決定代表的機會在其中，而仍屬國民行使國家主權的實踐。此一說法將國民主權原則理解為全體國民皆有享有國家主權的「機會」，惟當國民享有國家主權的宣稱從一種必然轉變為一種可能性時，毋寧承認對於個別國民而言，剩餘的可能性即是由一部國民統治他部國民的他治情形。因此，此一說法是否仍符合國民主權原則的基本價值，應有商榷餘地。

⁷⁴ 立法院公報處（2006），立法院公報，第 96 卷第 13 期院會紀錄，頁 77-78。

⁷⁵ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 60 段。

從而，在一個包容多元政治意志的民主社會中，民主正當性必然存在本質上的侷限。過度強調透過民主選舉決定代表是國民主權原則的實踐、民主選舉的民主正當性在於全體國民的授權，實際上是對於少數選民的視而不見。因此，較為合理的說法應為，在代議民主政治制度中，透過民主選舉決定代表是國民主權原則的實踐，民主正當性亦來自民主選舉，然而，民主正當性不是非黑即白的概念而具有程度特性，只要社會中存在多元的政治意志，我們就無從使國家主權歸屬於全體國民，亦無從形塑百分之百的民主正當性。國民政治意志可能因層層轉遞而與原初意思不符，民主正當性的程度特性僅意味著，自結果回溯的角度，我們只能要求民主正當性必須維持在一個合理程度。⁷⁶從而，在代議民主制度下，民主正當性的弱化結果往往是民主選舉中的「常態」。舉凡一張投給非當選代表的選票，都會對於該次「將民意轉化成國家權力」的過程造成弱化效果，減損了當選代表的實質代表性。

如果接受以上分析，選票導向的民主正當性觀點應不足以建構虛偽遷徙戶籍投票罪的保護法益。理由在於，此一論理進路固然說明了虛偽遷徙戶籍投票行為造成選票稀釋及民主正當性的弱化，惟其忽略了民主正當性的程度特性，也未能正確理解到民主正當性的弱化反而才是代議民主制度與多數決規則下的常態。從而，選舉結果中一張無投票資格者的選票以及一張投給非當選代表的選票，皆造成了該次代表權授予程序中民主正當性的弱化。我們難以說明前者的弱化效果高於後者，更無法說明無權投票行為已造成民主正當性弱化至一個不合理的程度。簡言之，在代議民主制度與多數決規則下，倘若沒有其他觀點的補充，選票導向的民主正當性應無法說明虛偽遷徙戶籍投票行為具備何等可罰的不法內涵。

⁷⁶ 林依仁（2012），同註 70，頁 83。

針對舊法時期虛偽遷徙戶籍投票行為成立妨害投票結果正確罪的實務見解，文獻上有認為，投票結果無法反映人民政治意志的因素相當複雜，投票率、候選人素質、選民素質、選舉制度等因素均可能影響得票率，使投票結果無法反映真實民意，因此，無從以真實民意作為正確投票結果之內涵。⁷⁷另有認為，妨害投票結果正確罪無從規範政治意志如何形成，只能處罰對於已形成的政治意志之妨害行為。所謂妨害正確投票結果係指對於已形成的選舉結果之非法改變行為，如投票後變造投票結果即屬適例，虛偽遷徙戶籍投票行為非針對已形成的政治意志所為的妨害行為，尚不符合妨害正確投票之結果要件。⁷⁸上開批評固然有其見地，惟本文認為，舊法時期妨害投票結果正確罪在結果要件上的認定疑義僅係未能認識到民主正當性侷限本質的衍生問題。選票導向的民主正當性觀點試圖在「選舉結果中的不正確選票」與「民主正當性的弱化」間建立連結，然而，足以影響民主正當性程度的因素眾多，民主正當性的概念本身亦無從提供區分合理與不合理影響因素的判斷標準。從而，上開學者即針對民主正當性的形式依據——構成表決基礎的票數分配，其正確性的認定提出質疑，甚而提出妨害投票結果正確罪只能規範已形成之政治意志的看法。

值得一提的是，民主正當性的概念雖無法提供「弱化民主正當性的合理與否」或「投票結果的正確與否」具體判斷標準，惟我國司法實務透過妨害投票結果正確罪的行為模式「詐術或其他非法方法」為民主正當性的弱化行為提供可罰性的標準。舉例來說，虛偽遷徙戶籍投票行為的可罰理由在於，此一行為

⁷⁷ 柯耀程（2008），適用幽靈人口的幽靈規範，全國律師，第12卷第6期，頁14。類似見解，參見李惠宗（2008），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，第12卷第6期，頁43。學者認為，倘若認為虛偽遷徙戶籍投票行為會造成不正確選舉結果，則應需要先能夠確定正確選舉結果的態樣，如不知何為正確結果，即無從認定系爭行為已造成不正確的結果。

⁷⁸ 林鈺雄（2002），九十年度刑事類實務見解回顧，台灣本土法學雜誌，第38期副刊，頁99。

在造成民主正當性弱化效果的同時，也違反了選罷法第 15 條第 1 項四個月以上實際居住的要求，故該當於妨害投票結果正確罪的「其他非法方法」。因此，本文認為，我國司法實務雖以選票導向的民主正當性作為本罪保護法益，然實質上已將程序觀點作為行為可罰性的重要考量因素。至於納入了程序導向的民主正當性作為虛偽遷徙戶籍投票罪的保護法益，可能產生的疑問，本文於下一段再行討論。

第三項 選舉規則與真實國民意志

程序導向的民主正當性觀點強調，國家透過選舉規則的制定確保投票結果反映真實的國民意志，已如前述。然而，符合選舉規則的選舉活動以及不符合選舉規則的選舉活動，是否存在合法性以外的本質上差異，非無疑問。具體而言，候選人與選民於選舉期間實施的各種選舉活動，舉凡懸掛看板、掃街拜票、參與政見發表會、揭發其他候選人私德問題，乃至將選票投入票匦，其動機及結果無非在於影響投票結果。就行為動機以及所致結果而言，合法選舉活動與違法選舉活動並無二致。在程序導向的民主正當性觀點下，前者被評價為民主政治的正常運作情形，後者卻被評價為使得投票結果無法反映真實國民意志，足以動搖取得國家權力正當性基礎的行為。

倘若進一步檢視程序導向的民主正當性觀點，此一觀點之所以無法解釋合法與違法選舉活動間本質上的差異，理由在於，程序導向的民主正當性觀點在前提上即已承認了選舉規則的正當性。在承認現行有效的選舉規則皆是國家為確保投票結果可以反映真實國民意志而制定的同時，一方面，我們即失去了檢討、批判既有選舉規則是否正當的空間，蓋既有選舉規則的違犯行為對於投票結果的影響都可能使得投票結果不足以反映真實的國民意志；另一方面，我們似乎也無從質疑國家是否應加以管制現行法下特定的合法選舉活動，蓋此類行

為並未違反既有選舉規則，其行為對於投票結果的影響並不會使得投票結果不足以反映真實的國民意志，而僅係民主政治的常態。

再者，程序導向的民主正當性觀點也存在無法說明不同選舉規則違犯行為間不法內涵差異的問題。舉例來說，選罷法第 40 條第 1 項定有各公職選舉的競選活動期間，倘若某直轄市長候選人早於投票日前 15 日展開競選活動，則該候選人違犯上開選舉規則的行為將使其有更多接觸選民的機會，進而足以改變選民的投票意向、影響投票結果。⁷⁹選罷法第 53 條第 3 項禁止於投票日前十日內發布、引述民意調查資料，同樣在於避免當存在複數候選人時，選前民意調查的散布使得選民採取策略性投票，而改變其投票意向。⁸⁰選罷法第 99 條則禁止對有投票權之人以投票或不投票為對價關係行求、期約或交付賄賂，避免選民因選舉賄賂而改變其投票意向。⁸¹上開三則選舉規則的目的，無非在於禁止選舉中出現特定選舉活動影響選舉結果，然而，選舉賄賂行為的制裁效果為三年以上之有期徒刑、政黨於投票日前十日內發布民意調查行為的制裁效果為 20 萬元以上之罰鍰，直轄市長候選人早於投票日前 15 日展開競選活動則於選罷法中毫無制裁效果。在程序導向的民主正當性觀點中，似乎難以說明為何三種影響選舉結果的選舉規則違犯行為，存在刑罰、行政罰及不處罰的法律效果。換言之，訴諸選舉規則旨在確保投票結果反映真實的國民意志，不只無法說明合法

⁷⁹ 公職人員選舉罷免法第 40 條：「（第 1 項）公職人員選舉競選及罷免活動期間依下列規定：
一、直轄市長為十五日。」

⁸⁰ 公職人員選舉罷免法第 53 條：「（第 3 項）政黨及任何人自投票日前十日起至投票時間截止前，不得以任何方式，發布、報導、散布、評論或引述前二項資料。」公職人員選舉罷免法第 110 條：「（第 6 項）違反第五十三條或第五十六條規定者，依下列規定處罰；違反第五十六條規定，經制止不聽者，按次處罰：一、政黨、候選人、罷免案提議人之領銜人、被罷免人及其受僱人、代理人或使用人：處新臺幣二十萬元以上二百萬元以下罰鍰。」

⁸¹ 公職人員選舉罷免法第 99 條：「（第 1 項）對於有投票權之人，行求期約或交付賄賂或其他不正利益，而約其不行使投票權或為一定之行使者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以上一千萬元以下罰金。」

與違法選舉活動對於投票結果的影響有何本質上差異，也無法說明不同選舉規則的違犯行為對於投票結果的影響有何不法內涵上的差異。

需在此說明的是，一種可能的想法是，妨害投票結果正確罪的詐術概念，係立法者考量無投票權人必須於取得投票權或實施投票之階段對他人行使詐術才能達成無權投票之目的，而選擇詐術之用語，故本罪的詐術僅限於立法者所欲表達之「無權投票」的核心意義。⁸²因此，無權投票行為「直接地」造成了投票結果無法忠實反映國民意志，自然具有較高的不法內涵。另一種可能的想法則是，涉及「選民結構」的選舉規則對於投票結果忠實反映國民意志有更高的影響程度，故立法者僅以刑法規制此類選舉規則的違犯行為，即係考量違犯不同選舉規則間的不法內涵差異。惟本文認為，現行的選舉犯罪類型並不以實施投票階段的詐術或違反涉及選民結構的選舉規則為限。舉例來說，選罷法第103條之1對於意圖營利而以選舉結果為標的之聚眾賭博行為的規制、選罷法第104條對於意圖使候選人不當選而散布謠言行為的規制，二者既非實施投票階段的詐術，亦無關選民結構的改變，而是透過賭盤或謠言「間接地」達到影響當選結果的效果。⁸³然而，上開行為的法定刑與妨害投票結果正確罪皆為五年以下有期徒刑，實難以透過上開想法說明何以具有相同不法內涵。

此外，程序導向的民主正當性雖主張國家無從干預政治意志的自由形成與表達，不應以選票觀點界定正確投票結果，然而，此一觀點既允許國家透過制定選舉規則的方式事前規範選舉活動，即使國家未直接干預政治意志的形成與

⁸² 薛智仁（2009），同註44，頁86-87。

⁸³ 公職人員選舉罷免法第103條之1：「（第4項）意圖營利，以選舉、罷免結果為標的，供給賭博場所或聚眾賭博財物者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣五十萬元以下罰金。」、公職人員選舉罷免法第104條：「（第1項）意圖使候選人當選或不當選，或意圖使被罷免人罷免案通過或否決者，以文字、圖畫、錄音、錄影、演講或他法，散布謠言或傳播不實之事，足以生損害於公眾或他人者，處五年以下有期徒刑。」

表達，仍足以透過制定抽象選舉規則的方式達到影響投票結果的目的。以選罷法第 26 條為例，國家透過排除特定條件之人登記為公職人員選舉之候選人的資格，廣泛地剝奪有特定犯罪紀錄等人民將其政治意志透過參選實踐的機會，進而造成選民僅得於其他候選人中做出選擇而影響了投票結果。⁸⁴因此，程序觀點實際上同樣無法立於一個絕對中立的地位，蓋程序事項的決定往往影響著實體事項的結果。誠然，在代議民主制度下，國家必然有制定選舉規則的需求，人民選舉權也只有透過國家制定明確選舉規則方有實現可能，惟本文認為，「確保投票結果反映真實民意」的中立價值無法說明國家制定選舉規則所依循的價值判斷，而我們只有釐清其背後所依循的上位價值，方能找到選舉規則違犯行為的不法內涵。

綜合以上說明，程序導向的民主正當性觀點固然解決了選票導向的進路無法劃定可罰性標準的問題，然而，在承認現行有效的選舉規則皆為確保投票結果得以真實反映國民意志的前提下，此一觀點難以說明合法選舉活動與違法選舉活動的本質上差異，以及不同選舉規則的違犯行為間的不法內涵差異，更有失去檢討既有選舉規則的空間之虞。因此，以程序導向的民主正當性作為虛偽遷徙戶籍投票罪的保護法益，應有疑慮。

第四項 選舉公正性的空洞內涵

以選舉公正性作為虛偽遷徙戶籍投票罪之保護法益的既有說法，可以再區分為二種解釋進路，已如前述。本文認為，二種解釋進路皆無法具體填充選舉公正性的內涵，而產生空洞內涵的質疑。

⁸⁴ 公職人員選舉罷免法第 26 條：「有下列情事之一者，不得登記為候選人：一、動員戡亂時期終止後，曾犯內亂、外患罪，經有罪判決確定。二、曾犯貪污罪，經有罪判決確定。」

第一種解釋進路認為虛偽遷徙戶籍投票行為構成選舉舞弊，故侵害選舉公正性。這種解釋進路向來為我國司法實務所採，且可以看到司法實務以選舉公正性填充不同選舉犯罪的不法內涵。如最高法院 90 年度台上字第 5941 號刑事判決認為：「選罷法第 104 條意圖使候選人不當選而散布謠言或傳播不實罪之規定，旨在杜絕恣意虛構事實抹黑其他候選人，以端正選風，維護選舉之公正及候選人之權益。」最高法院 106 年度台上字第 3195 號刑事判決則認為：「民主政治之基石建立在公平、公正之選舉制度上，為防止金錢介入選舉，影響選賢舉能法制運作，腐蝕民主政治根基，選罷法第 99 條第 1 項乃明定投票交付賄賂罪罰則，俾維選舉公平純正。」

不論是構成選舉舞弊、影響選風端正，抑或是侵蝕民主政治根基，司法實務皆未明確指出選舉公正性的具體內涵，而選擇使用更多的不確定法律概念鋪陳不同選舉犯罪的不法內涵。在這樣的說理之下，我們無法透過此一見解判斷各選舉活動是否同樣侵害選舉公正性，使得第一種解釋進路似乎淪為一種單純的宣稱。

一般認為，公正性的原始概念，係指居於超然地位的第三人，面對各該競爭者相互衝突的利害關係，必須採取一個中立不偏頗的立場。⁸⁵以貪汙犯罪為例，文獻上有認為，執行公務公正性的保護法益要求公務員作成的決策必須合乎特定形式規則，尤其是確保行政效率、中立與平等之要求。倘若公務員的決策違反這些形式規定，可能使職務內容與落實法律規定的真正人民意志不符，亦可能使職務之行使缺乏效率或公平性，會危及行政體系的有效運作。⁸⁶在貪汙犯罪的脈絡下，公正性觀點著眼於有義務居於超然地位的公務員，須以相同

⁸⁵ 王怡婷（2013），同註 37，頁 53。

⁸⁶ 薛智仁（2016），我國圖利罪之檢討與立法展望——與瑞士法及義大利法為比較——與談意見（一）：公務員圖利罪之立法商榷，檢察新論，第 19 期，頁 25。

標準的合法手段執行職權上的行政任務。從而，居於超然地位的義務係建構公正性法益的前提。有問題的是，選舉犯罪的處罰對象多為候選人或選舉權人，不論是投票行為或其他選舉活動，無非是出於使個人的政治意志獲得具體實踐的意圖。在此脈絡下，應無從期待候選人及選舉權人居於超然地位，其選舉活動是否適於以公正性評價，即生疑問。

本文認為，由於公正性的概念於選舉犯罪中已逸脫超然地位的條件，不論是選舉舞弊或影響選風端正，均僅剩重申違犯選舉規則的功能，而無法形塑選舉公正性的具體內涵。此外，文獻上指出，選舉公正性的要求，其具體內容有許多不同的可能性，違反選舉公正性未必會對選舉人或候選人產生嚴重偏頗或歧視，或重大影響投票結果，因此，以選舉公正性作為保護法益，不僅可能失之空泛、欠缺明確成罪標準，更難以通過刑罰必要性的檢驗。⁸⁷

至於以公平性作為核心論述的第二種解釋進路是否得說明虛偽遷徙戶籍投票行為的具體不法內涵，亦非無疑。論者認為，公平性是一種須經比較才得以顯現出來的狀態，而虛偽遷徙戶籍投票行為並未造成不公平狀態。就候選人間的公平而言，各候選人均得動員未實際居住於選舉區之人前往投票，此與其他提高支持度的競選手段並無二致；就選民間的公平而言，是否使欠缺居住事實之人取得投票資格，僅係區域政策上的選擇，任何選民皆可參與居住地以外的選舉，亦無不公平狀態可言。⁸⁸選舉公平性繫諸於眾多因素的綜合作用，無法單就虛偽遷徙戶籍投票行為所啟動的客觀因果流程逕行認定。⁸⁹

自檢討規範適用情形的觀察視角，上開見解認為虛偽遷徙戶籍投票行為並未造成不公平狀態，固非無見。然本文認為，於探討保護法益的層次，公平性

⁸⁷ 王怡婷（2013），同註 37，頁 65。

⁸⁸ 王怡婷（2013），同註 37，頁 60-61。

⁸⁹ 王怡婷（2013），同註 37，頁 62。

的概念欠缺具體內涵，應無法作為保護法益。以憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決為例：「虛偽遷徙戶籍投票罪亦有藉此維護選舉公平性之意，避免部分情形之未實際居住於選舉區之選舉權人，僅透過遷徙戶籍至選舉區即取得投票權，因而影響選舉區選舉之公平性。⁹⁰」、「此類未實際居住於該選舉區之虛偽遷徙戶籍者……使同選舉區其他候選人因無從透過政治理念之說服或個人特質等公開競爭之方式爭取其選票，而造成不公平之競爭。⁹¹」憲法法庭固然指出虛偽遷徙戶籍投票行為造成候選人間的不公平競爭，惟不公平狀態為何具備發動刑罰的不法內涵則不明確。

申言之，在探討保護法益的層次，公平性僅為合法性的倒映。一旦有人民因選舉規則的違犯行為獲得優勢，相較於未違犯選舉規則而未獲優勢的其他人民即造成不公平狀態。公平性的說法使得我們毋庸討論被違犯的選舉規則其規範目的為何，即可評價比較對象間的利益流動情形；然相對地，由於選舉規則的規範目的仍不明確，我們亦無從自不公平狀態說明違犯行為的不法內涵。從而，以公平性作為保護法益的嘗試，即陷入一種循環論證的危險。

倘若一條解釋進路僅止於對行為規範的強調，而未能訴諸於特定法益的保護，我們即無從判斷刑法行為規範禁止人類舉措的具體理由。⁹²在虛偽遷徙戶籍投票罪的脈絡中，選舉公正性的解釋進路——不論是訴諸於欠缺實質投票資格或是強調造成選舉間的不公平，其所提出的不法內涵實際上與選舉規則的違犯並無二致。從而，在無法指出虛偽遷徙戶籍投票行為的明確不法內涵之情形下，選舉公正性的觀點應無從作為虛偽遷徙戶籍投票罪的保護法益。⁹³

⁹⁰ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 68 段。

⁹¹ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 71 段。

⁹² 許恒達（2011），刑法法益概念的產生與流變，月旦法學雜誌，第 197 期，頁 149。

⁹³ 類似看法，參見王怡婷（2013），同註 37，頁 65。論者認為，選舉公正性的要求存在各種具體的可能，我們無法從選舉公正性的觀點特定出本罪保護法益的具體內涵。

第三節 多元爭勝民主觀點的考察



於虛偽遷徙戶籍投票罪之保護法益的討論中，既有說法各自存在的問題，已如前述。本文認為，本罪既屬選舉犯罪的一環，自然無法避免需要從民主政治的觀點加以檢視，方能重新定位虛偽遷徙戶籍投票行為於民主政治中的定位及其影響。當代民主理論，大致可區分為審議民主理論（deliberative democracy）與基進民主理論（radical democracy）二種解釋取向。審議民主理論強調民主是一種由國家憲政法治架構所形成的政府形式，並主張以法治程序協商、達成共識，以調節緩解社會上的各種衝突；基進民主理論則質疑一切自稱統一性或終極性的理論，認為民主本質上具有分裂性及抗爭性。⁹⁴本節選擇從基進民主理論出發，以比利時政治哲學學者 Chantal Mouffe 所提出的多元爭勝民主觀點（plural and agonism democracy）作為主要考察對象。此一觀點更多地納入了政治行為的衝突面向，也更多地回溯國民主權的基本概念。⁹⁵以期透過梳理多元爭勝民主觀點對於民主政治的理解與想像，提供虛偽遷徙戶籍投票行為的不同思考維度，進而建構其保護法益。

本節第一項介紹基進民主理論的提出背景，即菁英民主理論及審議民主理論的發展。透過梳理菁英民主觀點受到審議民主觀點的批評，以及不同審議式途徑的異同，而能更好地理解 Mouffe 對於審議民主理論的批判重心。第二項則論及基進民主理論的理論基礎，主導權的概念提供了一個看待政治秩序的不同觀點，政治性的概念則說明人類互動關係的固有維度，進而提出對於審議民主理論的批判。第三項進一步藉由前開理論基礎，從組織形式到對立模式，發展出 Mouffe 對於民主政治共同體的想像。

⁹⁴ 蔡英文（2009），當代政治思潮，頁 229，三民書局。

⁹⁵ 林佳和（2021），憲法政策不得公投——從公投法第 2 條第 2 項第 3 款談起，台灣法學，第 410 期，頁 79。

第一項 多元爭勝民主觀點的背景

第一款 菁英民主理論



菁英民主理論，或被稱為均衡模式（the equilibrium model），一般認為是由奧地利政治經濟學者 Joseph A. Schumpeter 於《資本主義、社會主義與民主》一書中首開先聲。菁英民主理論的核心觀念在於全面反思十八世紀的古典民主理論。古典民主理論認為，民主制度的內涵在於公民出於共同意志，追求共同利益，然而，要求每位公民就每件公共事務行使治理權極其不便利，較為方便的方式是透過選舉選出代表，由代表展現、反映公民的意志。⁹⁶

Schumpeter 認為，古典民主理論預設每個公民對於每個公共議題都有明確而理性的看法，然而，這樣的預設顯然與現實不符。對 Schumpeter 而言，民主政治的主要目的不在於賦予公民決定政治問題的權力，反之，公民的任務只在於產生政府。在此觀點下，民主政治僅意味著透過競爭性的公民投票獲得政治權力的制度設計。⁹⁷民主與國民主權的概念不同，民主只代表公民有機會通過投票選擇統治他們的人，此一實踐尚不代表國家主權在於人民。⁹⁸

加拿大政治學者 Crawford B. Macpherson 認為，Schumpeter 的菁英民主理論是建立在「現代民主政治系統必須適應一個多元社會」的預設之上。亦即，組成現代社會的個人因為受到各種面向的利益拉扯，而組成不同的政治組織。⁹⁹

Macpherson 指出，相較於古典民主理論賦予民主政治促使人們進步的功能，菁英民主理論將道德內容排除於民主之外，使得民主政治僅剩下反映人民

⁹⁶ Schumpeter, J. (1943), CAPITALISM, SOCIALISM AND DEMOCRACY, at 250-251.

⁹⁷ *Ibid.* at 269.

⁹⁸ *Ibid.* at 284-285.

⁹⁹ Macpherson, C. (1977), THE LIFE AND TIMES OF LIBERAL DEMOCRACY, at 77.

需求的功能。¹⁰⁰然而，菁英民主理論並不像 Schumpeter 所主張的如此民主。即使採取菁英民主理論的看法，將政治視為一個競爭市場，政治市場中的政治購買力取決於金錢與精力，前者受到財富分配不均的影響，後者則受到個人智識條件的影響，需要花費不同程度的精力，取得有效參與所需的資訊。¹⁰¹再者，菁英民主理論下的政治商品僅係寡頭競爭的形式，這些政治商品既無法滿足所有政治消費者的需求，也無需滿足政治消費者的需求。從而，菁英民主理論中的選民無法平等的參與政治市場，也未必滿足於有限的政治商品，此一情形無疑會導致選民對政治市場的冷漠。¹⁰²隨著菁英民主理論受到的質疑日漸增加，審議民主理論的主張也漸趨走向主流地位。

第二款 審議民主理論

作為多元爭勝民主觀點的主要批判對象，Mouffe 認為，審議民主論者可大略區分為 John Rawls 途徑及 Jürgen Habermas 途徑，但二者具有許多共同特徵。首先，Rawls 及 Habermas 的共同目標之一，是在民主及自由主義之間建立一個堅實的連結，因此，二人皆反對「自由主義民主觀（liberal democracy）具有矛盾本質」的主張。¹⁰³其次，兩種途徑皆強調權威與正當性應建立在某種形式的理性基礎之上，並認為可以在自由主義民主觀的制度中找到實踐理性的理想內容，因此，兩種途徑皆致力於達成某種理性共識，因為他們認為理性共識有助於確保自由民主制度的未來。¹⁰⁴對 Rawls 來說，理性基礎是合理性（the reasonable）；對 Habermas 而言，理性基礎則是理性溝通。¹⁰⁵此外，審議民主理

¹⁰⁰ *Ibid.* at 78-79.

¹⁰¹ *Ibid.* at 86-88.

¹⁰² *Ibid.* at 89.

¹⁰³ Mouffe, C. (2000), THE DEMOCRATIC PARADOX, at 84.

¹⁰⁴ *Ibid.* at 94.

¹⁰⁵ *Ibid.* at 85-86.

論理解的多元主義可以被表述為：「我們生活在一個存在許多不同觀點及價值觀的世界，由於經驗上的限制，我們永遠無法將不同的觀點及價值觀全部付諸實踐，然而，這些多元想法可以結合成和諧且不衝突的集合體。¹⁰⁶」

個別而言，Rawls 採取古典民主理論的公民觀念作為理論前提，他認為公民具有自由與平等的人格，有正義感及認識善的道德能力，也有思辨、判斷善的理性能力，這些能力使他們是自由的，透過這些能力成為相互合作的社會成員，使他們是平等的。¹⁰⁷以這種公民觀念為出發點，Rawls 提出政治性的正義概念，即公民運用公共理性針對憲政及正義議題，進行反思判斷，進而產生論辯這些議題的適當理據，形成合理性的交疊共識。公民在這些引導下，能夠在面對價值衝突時，將其價值觀念及倫理理念轉化為公共可以討論的議題，並承擔公共理性的負擔。至於最分歧、爭議最嚴重的，甚至會動搖社會合作基礎的議題，公民應將其從政治議程中排除。¹⁰⁸

然而，Rawls 對於審議民主的直接論述甚少，學界普遍認為可從羅爾斯學派大將——美國政治哲學學者 Joshua Cohen 的著作瞭解其觀點。¹⁰⁹Cohen 認為，在價值多元的社會中，人民同意以審議程序作成集體決定，他們雖有不同人生目標，但不認為必須接受任何特定偏好、信念及理想，包容他人的宗教、言論及道德自由（包容原則）；他們透過講理，以彼此都能接受的理由形成公共決策（共善原則），並積極確保弱勢族群參與公共審議的權利（參與原則）。¹¹⁰

¹⁰⁶ Mouffe, C. (2013), AGONISTICS: THINKING THE WORLD POLITICALLY, at 3.

¹⁰⁷ 蔡英文（2009），同註 94，頁 77。

¹⁰⁸ 蔡英文（2009），同註 94，頁 79-80。

¹⁰⁹ 陳朝政、曾志隆（2012），論穆芙對審議式民主的批判，東吳政治學報，第 30 卷第 1 期，頁 89。

¹¹⁰ 陳朝政、曾志隆（2012），同註 109，頁 89。

相較於 Rawls 的進路，Habermas 則認為，審議民主的核心觀念是溝通理性，理性可以被理解為論述能力反映在具有理由及根據的行為模式中。¹¹¹為了確保溝通理性可以呈現於主體間的對話，必須建立一套程序性制度以保證理性有效性，即論辯諸規則的概念。¹¹²對 Habermas 而言，論辯諸規則之內容是形式學用語而非實質的道德規範，人們於論辯中所遵守的「公開、平等、無強迫」等條件，與一般道德意義上的平等與公開顯然不同。道德意義上的平等與公開必須置於生活世界或文化傳統上才能理解，而論辯諸規則所指的平等與公開只是純粹的程序性概念。¹¹³

以論述行動者為單位，Habermas 認為，審議民主的理想在於，透過參與者的真誠溝通，形成公共意志並達成共識，而審議民主在憲政框架下，既可回應公民自決，亦可達成程序制度化。¹¹⁴法律社群以論辯諸規則為基礎，使人們於道德層面建立第一層聯繫，進而再以法律辯論容納社群價值及實用論辯考量的目的合理性。對 Habermas 而言，國家既不是一個倫理共同體，也不是為了保障個人私益的偶然、鬆散利益結合，而是透過論辯諸規則涵納二者，從論辯中產出正當的結果。¹¹⁵

多元爭勝民主觀點對於審議民主理論的批評，多集中在「民主可以消除權力關係」、「理性溝通可以避免成員對立」的基本價值之上，Mouffe 也在檢討審議民主理論的同時，藉由主導權、政治性等概念，提出與審議民主理論截然不同的，對於民主政治的想像，下詳述之。

¹¹¹ 黃瑞祺、陳閔翔（2018），哈伯馬斯的民主理論，頁 149。

¹¹² 黃瑞祺、陳閔翔（2018），同註 111，頁 153。

¹¹³ 呂政諺（2017），民主原則規範性困境之解決——透過論辯倫理學建構基進審議民主的嘗試，國立政治大學法律學系碩士論文，頁 78-79。

¹¹⁴ 黃瑞祺、陳閔翔（2018），同註 111，頁 161。

¹¹⁵ 呂政諺（2017），同註 113，頁 135-136。

第二項 多元爭勝民主觀點的理論基礎

第一款 主導權與政治秩序



在 Mouffe 的多元爭勝民主觀點中，主導權（hegemony）的概念居於舉足輕重的地位。¹¹⁶於 Mouffe 與阿根廷政治哲學學者 Ernesto Laclau 合著的《主導權與社會主義戰略：邁向基進民主政治》一書中，二人以符號學及言說理論（discourse）說明主導權的意義及其作用模式。¹¹⁷

言說理論的基本概念為：所有觀念、對象及行動的意義都必須透過特定的言說場域來呈現。以地震為例，地震及磚塊掉落的事件在此時此刻正在發生，其存在固然是獨立於我的意志之外，然而，地震事件的意義被建構為自然現象抑或是上帝憤怒的表現，取決於言說場域的建構過程，這種意義的建構必須透過某種言說條件始有存在可能。¹¹⁸Mouffe 將透過言說場域建構形成的意義稱為社會客觀性（social objectivity）。¹¹⁹

申言之，Laclau 與 Mouffe 認為，言說場域建構社會客觀性的運作模式，是言說與節點間不斷接合——脫接——再接合的一種過程。¹²⁰舉例來說，如果一

¹¹⁶ 有論者認為，hegemony 一詞有譯為霸權或主導權，霸權的直譯雖可保留左翼政治理論的批判性格，然於中文語意下可能具有負面意涵，然 hegemony 一詞於 Mouffe 的基進民主理論中乃一中性概念，將其譯為較中性的主導權更能符合 Mouffe 的理論意涵。基此，本文亦使用主導權一詞作為 hegemony 一詞的翻譯。詳見，呂政諺（2017），同註 113，頁 215。

¹¹⁷ 亦有論者將 discourse 一詞譯為論述，然不論如何，Laclau 與 Mouffe 所強調的 discourse，包含但不限於狹義的口頭或書面行動，對 Laclau 與 Mouffe 而言，言說作為形成社會客觀性的動能，包含一切形式的行動。舉例來說，透過高壓獨裁統治，暫時固定政治秩序此一社會客觀性，在言說理論中，同樣是一種言說。

¹¹⁸ Laclau, E. & Mouffe, C. (1985), HEGEMONY AND SOCIALIST STRATEGY: TOWARDS A RADICAL DEMOCRATIC POLITICS, at 108.

¹¹⁹ Mouffe, C. (1993), THE RETURN OF THE POLITICAL, at 141.

¹²⁰ 曾志隆（2006），基進與多元民主政治理論的建構：以 Mouffe 的「爭勝式民主」為討論對象，東吳大學政治學系博士論文，頁 189。

場以「解放」為訴求的工人罷工獲得了整個社會的認同，作為言說的罷工即與解放接合而創造出節點，這樣的言說形構建立起「支持罷工就是支持解放」的等同鏈。此時，社會成員的認同使得罷工的社會客觀性被塑造為解放。然而，接合實踐的成功只能是暫時的。當社會成員不再支持罷工時，罷工與解放間即發生脫接，此時，解放作為一個可以任意銘刻意義的版面，其他訴求皆可嘗試與解放再接合，透過解放形成等同鏈而加以表述。¹²¹對 Laclau 與 Mouffe 而言，接合實踐即為主導權的作用模式，而接合實踐的產物即是社會客觀性。

根據言說理論，言說形構本質上具有無可決斷性（undecidability）。一方面，言說場域中的節點必須被填補，因此接合實踐必須作成；另一方面，主導權無法永遠固定節點的社會客觀性，因此脫接的可能性必然存在，不可能作成最終的決斷。¹²²既不存在最終決斷，又無法避免一個又一個的暫時決斷在言說場域中接合與脫接，形成了言說形構無可決斷的本質。

我們也可以從罷工的事例中，觀察到言說形構無可決斷性的本質。以解放為中心所建立的等同鏈，實質上已掏空了解放的意義，使解放成為空符號。在此情形下，解放不會被任何一個特定訴求永遠填補佔據，但由於社會指涉為解放，解放又一定得被填補。因此，系統中的某個言說必須與解放接合，擔負起解放的表達功能，同時將系統指涉為解放，形成解放的意義流被暫時固定而系統可以自我指涉的現象。¹²³

文獻指出，言說理論摒棄了本質論，轉而強調言說形構沒有必然的本質，是一個開放且不完全建構的整體。¹²⁴此外，需特別說明的是，言說理論除了說

¹²¹ Laclau, E. (1996), EMANCIPATION(S), at 44-45.

¹²² 鍾永昌（2003），構成性域外與共同・體之研究：以「難民」為例，國立政治大學政治研究所碩士論文，頁 45。

¹²³ 林淑芬（2003），政治行動的可能性條件，政治與社會哲學評論，第 4 期，頁 53-54。

¹²⁴ 曾志隆（2006），同註 120，頁 157。

明言說形構在主導權的作用下可能出現言說與節點的脫接外，言說場域本身亦有透過主導權的作用而被顛覆的可能性。¹²⁵在相同的罷工事例中，社會成員不僅有不再認同「支持罷工就是支持解放」的可能性，也有不再將「解放」作為正義與否的判斷標準、不再將社會系統指涉為解放的可能性。

在說明主導權的基本概念後，Mouffe 指出，政治問題乃社會典章制度之間題，亦即，在充滿敵意對抗與矛盾交織的場域中，關於社會關係的定義與接合的問題。¹²⁶因此，任何政治秩序（politics）皆為主導權的展現，表彰著一定形式的權力關係。從而，民主作為一種政治秩序，其本質上仍然是主導權的展現，具備無可決斷的本質。從而，社會結構成為一個沒有最後中心、沒有最後本質的言說形構。¹²⁷

民主政治的主導權運作痕跡，也出現在自由主義民主觀的矛盾本質之中。Mouffe 認為，民主政治的邏輯需要在公民與非公民間劃定界線，這必然與強調普世人權觀念的自由主義產生緊張關係。國民主權的行使往往會受到自由主義以「保障人權」為理由的限制，這些限制看似不可談判，實則取決於一定時空背景下對於人權的定義與詮釋，是當代主導權的展現，應當可以被挑戰。¹²⁸因此，由於不願正視自由主義民主觀的矛盾本質，審議民主理論希望透過理性、共識消滅民主政治中的權力關係是徒勞無功的。

進步而言，審議民主理論所強調的理性共識非但無法消除主導權的作用，其理性共識的主張本身即屬主導權的展現。為確保理性共識，審議民主論者選擇將所有爭議性問題排除於討論議程外（Rawls 的途徑）或強調論辯諸規則的

¹²⁵ 曾志隆（2002），拉克勞與穆芙，頁 123，生智文化。

¹²⁶ 曾志隆（2002），同註 125，頁 165。

¹²⁷ 曾志隆（2002），同註 125，頁 110。

¹²⁸ Mouffe, C. (2000), THE DEMOCRATIC PARADOX, at 4.

遵守（Habermas 的途徑）。這種作法是將自己的觀點形塑為理性的體現，使反對者被排除於理性對話的參與，然而，對被排除者而言，審議民主論者宣稱的理性無疑是一種強制。¹²⁹

在主導權的觀點下，Mouffe 並不否認自由主義民主觀及其「自由與平等」的政治原則構成民主政治秩序的言說場域。有問題的是，對於這些政治原則的內涵、適用的社會關係及制度化的模式，應存在不同權勢的可能。Mouffe 認為，羅爾斯宣稱其正義理論可作為這個問題的合理解決方案，但這個說法應被徹底否決。¹³⁰現代民主政治的特色正在於阻止終局固定社會秩序，排除建立緊密接合言說的可能性。不同言說會嘗試主導言說場域，透過接合實踐建立節點，但它們至多只能暫時固定意義。一個成功的主導權，意味著在一段相對穩定的時期，創造一個被廣泛接受的常識，但絕非 Rawls 所尋找的交疊共識。¹³¹因此，對 Mouffe 而言，Rawls 的正義理論仍然是爭奪與鞏固主導權的一環。¹³²

我們也可以從美國政治哲學學者 Jason Brennan 對於平等概念的理解觀察到自由主義民主觀下的主導權爭奪過程。Brennan 指出，在一個民主社會中，幾乎每個人都相信平等，但對於平等所需的條件則存在高度爭議。Rawls 認為必須採取社會民主體制，Cohen 認為必須採取社會無政府主義，自由意志論者則認為其他形式的最小規模政府才是平等的必要條件。他們爭論的不是人民應否受平等對待，而是人民應根據哪種平等方式受到對待。¹³³

¹²⁹ Mouffe, C. (1993), THE RETURN OF THE POLITICAL, at 145.

¹³⁰ *Ibid.* at 52.

¹³¹ *Ibid.* at 53.

¹³² *Ibid.* at 57.

¹³³ Brennan, J. 著，劉維人譯（2018），反民主：選票失能、理性失調，反思最神聖制度的狂亂與神話！，頁 203-204，聯經出版。

如果以主導權的觀點解釋 Brennan 的觀點，幾乎人人皆相信平等的事實使得民主政治系統被指涉為平等。然而，平等作為一個被掏空意義的空符號，具有接合與脫接的可能性，也有必須要被暫時填補的必要性。因此，對於平等的不同理解皆意圖爭奪詮釋平等的主導權，而在民主中獲得實踐的平等言說，即成功地暫時固定了平等的意義。

第二款 多元主義、構成性外在與政治性

政治性 (the political) 是多元爭勝民主觀點的另一個核心概念。對 Mouffe 而言，政治性指涉的是「多元主義下的差異所形成之人類關係中的對立維度」。作為政治性對立的前提，Mouffe 認為，多元主義不僅是一個事實，更是一個不證自明的原則。在自由的社會中，對於良善概念存在各式各樣的理解，形成了不只是經驗層次，更是象徵層次的差異。¹³⁴

首先，Mouffe 以構成性外在 (constitutive outside) 的概念，說明在多元主義下，集體認同的形成條件。構成性外在強調所有認同都是相對的，且差異是建立各種認同的可能性條件。換言之，每個認同都必須要有一個「他者」扮演外在角色，這種差異的彰顯方使得認同的建立成為可能。¹³⁵因此，集體認同的形成關鍵在於如何透過劃定一條界線，定義他群以創造我群。¹³⁶從而，我群與他群的區辨意味著，一個完全包容的我群是永遠不可能實現的，永遠需要藉助一個非我群的構成性域外，才使得集體認同的建立成為可能。¹³⁷

¹³⁴ Mouffe, C. (2000), THE DEMOCRATIC PARADOX, at 18-19.

¹³⁵ Mouffe, C. (2005), ON THE POLITICAL, at 15.

¹³⁶ Mouffe, C. (1993), THE RETURN OF THE POLITICAL, at 2-3.

¹³⁷ *Ibid.* at 68-69.

在建立集體認同後，當我群與他群的差異開始被我群理解為有損我群的認同或是構成我群存在的質疑時，我群與他群的關係就可能由單純差異轉變為友敵的對立關係。¹³⁸政治性的對立也可以由言說理論的觀點解釋。有學者指出，言說形構間存在的從屬關係充其量只是對立的根源，然而，當言說形構嘗試接合或侵入其他言說形構的意圖完全顯現，對立即無法避免。¹³⁹對 Mouffe 而言，這種由集體認同間的差異所形成的對立維度，即為政治性。需特別強調的是，由於集體認同存在於任何形式的我群與他群的區辨，如宗教、種族或民族認同，因此，政治性的對立維度並非僅出現於政治秩序中，各種集體認同皆可能成為政治性的場域。¹⁴⁰

在說明政治性的基本概念後，Mouffe 指出，政治性具有無法消除的特徵。從多元主義的觀點而言，政治性的差異來自於多元主義，而多元主義中對於良善概念的不同理解，無法經由理性弭平。¹⁴¹自構成性外在的角度而言，所有集體認同的建立皆須借助我群與他群的區辨，故差異與集體認同必然同時存在，當不同認同進入到一個言說場域中，爭奪主導權的對立狀態即無法避免。因此，政治性永遠無法消除，相信對立可被根除僅是一種幻想。¹⁴²另有認為，在 Mouffe 的想像中，人類為能夠以簡單的邏輯理解世界，總是企圖將對世界的理解化約為兩個部分，將意義的光譜分裂為兩個極點，從而，集體認同必須建立在尋找差異、劃定疆界、共同禦敵之上，進而形成政治性的概念。¹⁴³

¹³⁸ *Ibid.* at 2-3.

¹³⁹ 曾志隆（2002），同註 125，頁 164。

¹⁴⁰ Mouffe, C. (1993), THE RETURN OF THE POLITICAL, at 2-3.

¹⁴¹ Mouffe, C. (2005), ON THE POLITICAL, at 10.

¹⁴² *Ibid.* at 16.

¹⁴³ 鍾永昌（2003），同註 122，頁 50-51。

對於「民主政治中的政治性是否有消除的可能性」的不同看法，構成了 Mouffe 對於審議民主理論的批判重心。Mouffe 認為，審議民主論者將多元主義理解為「多元想法可以結合成和諧且不衝突的集合體」，造成審議民主理論對於政治性有消除可能的錯誤想像。

對 Rawls 而言，公領域與私領域是涇渭分明的，對於善的概念的多元理解僅出現在私領域，而公領域的共識是基於合理的、理性自利的正義原則。¹⁴⁴然而，Rawls 所想像的這個井然有序的自由主義烏托邦並不存在，是否理性、合理的界定只能由既存民主體制的主導權所決定，因此，理性政治追求的交疊共識只是自欺欺人的幻象。¹⁴⁵由墮胎議題中也可以觀察到，多元主義下對於墮胎行為善惡評價的衝突想法，既不會於私領域不試圖相互干預，也不會於公領域和平共存。公私領域的邊界會持續移動，私領域的議題在任何時間點都可能見證對立的出現，從而成為政治性的場域。¹⁴⁶

Habermas 雖不區分公私領域，但其強調普遍可及的審議式途徑可以期待得到理性且可被接受的結果，卻避而不談何為「理性且可被接受的結果」？誰可以決定表達政治意志的限制？排除的依據為何？¹⁴⁷如同德國公法與政治哲學學者 Carl Schmitt 所言，在人類的法律及精神生活中，最重要的現象之一是，有實際權力的人可以決定概念及文字的意義，且這些關鍵的政治概念取決於誰來詮釋、定義及使用。¹⁴⁸因此，程序與實質事項無法如 Habermas 所宣稱的嚴格區分。¹⁴⁹Habermas 對於中立程序的想像，仍然是一種對於政治性概念的忽略。

¹⁴⁴ Mouffe, C. (2000), THE DEMOCRATIC PARADOX, at 50-51.

¹⁴⁵ 陳朝政、曾志隆（2012），同註 109，頁 94。

¹⁴⁶ Mouffe, C. (2000), THE DEMOCRATIC PARADOX, at 51.

¹⁴⁷ Mouffe, C. (2005), ON THE POLITICAL, at 87.

¹⁴⁸ *Ibid.* at 87.

¹⁴⁹ Mouffe, C. (2000), THE DEMOCRATIC PARADOX, at 90-91.

一般認為，Mouffe 的政治性概念受到 Schmitt 提出的友敵分判概念啟發，Mouffe 於著作中亦多次引用 Schmitt 的說法批評審議民主論者忽略政治性的面向。惟 Mouffe 認為，多元爭勝民主觀點與 Schmitt 最根本的不同之處在於，多元爭勝民主觀點的政治性概念係以多元主義作為起點，而 Schmitt 的對立概念則是建立在人格化的國家主權之上，因此，Schmitt 認為必須殲滅會威脅到國家存在的敵人，而不存在多元主義的可能性。¹⁵⁰從而，Schmitt 對於多元主義的否認，使得其友敵分判概念只是對於既存邊界的承認，只存在於國家之間，而無法觀察到國家內的對立維度。¹⁵¹

第三項 多元爭勝的民主政治共同體

第一款 民主政治共同體的組織

對 Mouffe 而言，政治性的對立維度既無法消解，人類賴以生存的政治秩序亦無法排除主導權的展現，則民主政治需要解決的問題，在於如何設計一個符合民主價值的政治秩序，符合民主價值的政治性與主導權。針對這個問題，Mouffe 以英國政治哲學學者 Michael Oakeshott 對於人類組織的分類出發，探討民主政治共同體所需的組織形式。

Oakeshott 指出，利益團體 (*universitas*) 與公民組織 (*societas*) 在中世紀晚期被理解為人類組織的兩種模式。利益團體旨在追求共同實質目的或促進共同利益，公民組織則確立規範面向的正式關係，而非共同行動面向的實質關係。公民組織既不追求共同實質目的，其成員間相互連結的原因，或者說使成員自認是組織一員的原因，在於彼此間的忠誠。公民組織的成員對於特定行為規範的權威性存在共識，使得成員對於公共事務的關心明確化。公民組織的行

¹⁵⁰ 鍾永昌（2003），同註 122，頁 54。

¹⁵¹ Mouffe, C. (2000), THE DEMOCRATIC PARADOX, at 54.

為規範，其內容不會訂明成員要去追求的幸福或執行的行動，而僅是行動時應遵守的道德因素。¹⁵²

Mouffe 認為，Oakeshott 對於公民組織的描述，適於定義現代民主條件下的政治共同體。公民組織承認不存在單一實質共善理念的特色，為個人自由提供空間。對於公眾交往規則的關心，即公共性（*respublica*），則將公民組織的成員間彼此連繫在一起。¹⁵³然而，Mouffe 同時也指出 Oakeshott 建構的公民組織概念只包含我群的面向，忽略了分化與對立的他群（敵方）面向，而要將衝突與對立放進公民組織的模型中，關鍵在於公共性的規則及其詮釋。¹⁵⁴

對於自由主義民主觀而言，公共性可以理解為「自由且平等」，換言之，民主政治共同體中成員間的連繫，在於成員皆服從公共交往規則，將他人視為自由且平等的人來對待，然同時，自由且平等這個自由主義民主觀下的政治倫理原則，存在接合言說的詮釋空間，存在主導權的爭奪，存在永遠無法消除的緊張關係。¹⁵⁵Mouffe 指出，由於倫理政治原則只能通過相互衝突的解釋而存在，這樣的共識必然是一種衝突的共識（*conflictual consensus*），而對於倫理政治原則的解釋是爭奪主導權的核心地帶，理想的情況是，各種言說都包含了對於自由平等的詮釋，並試圖實施不同形式的主導權。¹⁵⁶

文獻指出，Mouffe 從基進民主的觀點賦予公共性新的詮釋，除延續公共性作為一種公共的關懷外，更強調公共性作為一種政治認同，即共同體成員服從公共性所制定的規則。公共性的倫理政治原則將共同體成員，且同時構成基進

¹⁵² Mouffe, C. (1993), THE RETURN OF THE POLITICAL, at 66-67.

¹⁵³ *Ibid.* at 67.

¹⁵⁴ *Ibid.* at 68-69.

¹⁵⁵ *Ibid.* at 70-72.

¹⁵⁶ Mouffe, C. (2000), THE DEMOCRATIC PARADOX, at 103-104.

民主理論的公民身分與公共領域。然於基進民主觀點下，公共性的內容最終仍然是由主導權所決定。¹⁵⁷

透過 Mouffe 認為的民主政治共同體的理想組織形式，可以發現公民組織包容多元主義，允許對於良善生活的不同理解，而不會落入 Schmitt 式的國家至上的同質性要求。此外，Mouffe 將政治性置於公民組織之中，一方面允許對於公民交往規則爭奪主導權，另一方面則透過對於公共性的關心建立成員間的聯繫。Mouffe 理解的多元主義既是異中求同，也是同中求異，過度強調同質性會使多元主義失去空間，毫無共同點的極端多元主義則使共同體的建立淪為空談。¹⁵⁸

基進民主觀點下的公民組織中，公共性與個人行動自由各自形成了公私領域。然而，Mouffe 強調公私領域並非涇渭分明的領域，我們無法宣稱自己「在此終結作為公民的義務並開始作為個人的自由」，二者間的緊張關係永遠無法被調和，而自由與平等間的緊張關係正是現代民主的特徵，任何找尋完美、和諧的「真民主」的嘗試都只會導致民主的滅亡。¹⁵⁹

第二款 民主政治共同體的對立

在描繪出民主政治共同體的輪廓後，Mouffe 認為，民主政治的特徵在於沒有一個成員可以宣稱擁有共同體的代表權。¹⁶⁰民主存在的前提在於沒有一個社會成員可以宣稱其完全控制了社會基礎，只有當社會成員間認識到自己的主張具有特殊性及侷限性時，即認識到彼此間不可能排除權力作用時，社會成員間

¹⁵⁷ 曾志隆（2006），同註 125，頁 239。

¹⁵⁸ 陳朝政、曾志隆（2012），同註 109，頁 101。

¹⁵⁹ Mouffe, C. (1993), THE RETURN OF THE POLITICAL, at 72.

¹⁶⁰ Mouffe, C. (2000), THE DEMOCRATIC PARADOX, at 22.

的關係才會變得更為民主。¹⁶¹對民主的忠誠，不在於找到一個既可以正當化自由主義民主觀又可以使所有人接受的言說，相反地，對民主的忠誠，需要透過各式各樣的實踐說服人們擴張對他人的承諾，以建立一個更為包容的社會。¹⁶²

進步而言，社會成員的主張具有特殊性及侷限性，可以從多元主義社會中存在對於良善概念的不同理解來解釋，也可以透過構成性外在的概念證成，亦即，每一個主張都需要不同主張扮演他群的角色，需要不同主張作為主張存在的可能性條件，因此社會成員的主張必定具有特殊性及侷限性。至於不同主張間不可能排除權力作用，則是主導權下的必然事實，社會系統指涉的空符號及其表達功能，皆是不同言說持續爭奪主導權的過程。在這過程中，暫時固定空符號及其表達功能的主流言說即為強而有力的權力作用。

只有當社會成員認識到自己主張的侷限性與權力作用的必然時，社會成員才有可能包容異見。現代民主的特殊性在於承認對抗、賦予對抗正當性，更重要的是，拒絕使用威權秩序壓制異議。然而，社會成員認識到政治性的對立維度不會改變對立存在的必然。Mouffe 認為，要建構一個符合民主價值的對立維度，必須將對立的概念細緻化地區分為敵對（antagonism）與爭勝（agonism），敵對是敵人間的對抗，爭勝則是對手間的對抗。爭勝的核心概念在於，在民主政治共同體的範圍內，對立方不應被視為需要消滅的敵人，而是需要承認其正當性並容忍其存在的對手。我們挑戰對手的思想，但我們不質疑對手捍衛自己思想的權利。¹⁶³

民主政治中爭勝形式的維持，需要提供集體激情（人類基於多元主義及政治性所形成的集體認同）的表達管道。如果在政治場域欠缺對立，政治性的對

¹⁶¹ *Ibid.* at 21.

¹⁶² *Ibid.* at 65-66.

¹⁶³ Mouffe, C. (1993), THE RETURN OF THE POLITICAL, at 4.

立維度即會被其他場域中的認同所取代，如種族、民族或宗教認同，這些場域中的對立方不會被視為與之抗衡的對手，而是需要消滅的敵人，這正是民主政治所欲避免的情形。因此，Mouffe 指出，審議式民主消滅公領域的激情、以共識取代對立的主張，進而形成的冷漠會使民主陷入危機。¹⁶⁴

在確保集體認同表達管道的同時，Mouffe 也指出，民主政治也必須確保人民將對立方視為對手而非敵人，這意味著，民主政治共同體需要一種不會消除對立的共識。透過前開公民組織中 Mouffe 對於公共性概念的重塑，可以將這種共識作以下的表述：「我群與他群皆相信自由主義民主觀的政治倫理原則——自由與平等，然由於多元主義，針對自由平等的內涵及實踐方式，我們與對手間存在無法經由審議程序及理性討論消除的分歧。¹⁶⁵」有論者認為，所謂「衝突的共識」指涉的是某種使政治能夠運作、不讓社會返回戰爭狀態的遊戲規則，即民主的遊戲規則。此規則及據此規則運作而得的方案，可謂共識。衝突的共識意味著，共識是衝突之後不得不達成的暫時方案。¹⁶⁶

需要特別說明的是，Mouffe 認為，民主政治共同體中，敵人轉化為對手是建立在對倫理政治原則的共識之上，則對手的範圍仍存在界限，不認同自由與平等的對立方，仍然是民主政治共同體的敵人。¹⁶⁷此一說法除了表達對於極端多元主義的反對立場，同時也再次示範任何政治秩序都是主導權的展現，必須透過劃定界線、排除他群才能存在。¹⁶⁸

在主導權的觀點下，Mouffe 認為，民主制度不應被視為人類道德發展的必然結果。反之，民主政治存在不確定性及非必然性，民主政治永遠都是脆弱的

¹⁶⁴ Mouffe, C. (2000), *THE DEMOCRATIC PARADOX*, at 5-6.

¹⁶⁵ *Ibid.* at 101-102.

¹⁶⁶ 呂政諺（2018），同註 113，頁 217。

¹⁶⁷ Mouffe, C. (2013), *AGONISTICS: THINKING THE WORLD POLITICALLY*, at 13-14.

¹⁶⁸ Mouffe, C. (1993), *THE RETURN OF THE POLITICAL*, at 145-146.

主導，需要被捍衛及深化，沒有一個門檻可以確保民主政治繼續存在。¹⁶⁹由於言說理論的基本概念認為一切觀念、對象及行動的意義都必須透過特定的言說場域來呈現，Mouffe 的觀點意味著政治秩序中也具有多重層次的主導權作用。申言之，在共同體的基礎體制層次，民主政治可能相對於其他的政治系統居於主導地位；在民主共同體的內部制度層次，民主的意涵、自由與平等的意義、憲法的重要性與解釋，皆是有待填補的空符號，同樣存在主導權的作用效果。

綜合以上說明，多元爭勝民主觀點強調，多元社會裡的不同認同與價值，係根植自人類社會中無法被消除政治性對立，無法透過審議民主理論所提倡的理性溝通或論辯來解消。在對立無法消除的前提之上，多元爭勝民主觀點認為民主政治的重要性在於，公開主導權的爭奪過程，正面承認主導權接合實踐的無可決斷性，使民主政治共同體成員不把不同意見的對立者視為需要被消滅的對手。一個民主政治秩序要能夠將政治性對立以「容忍對手存在並相互競爭」的爭勝形式呈現，必須在組織形式的設計上，在容許成員存在不同認同的同時，透過「衝突的共識」將成員相互連結。簡言之，只有型塑一個異中求同、同中求異的政治秩序，民主政治共同體方有建立的可能。

第四節 多元爭勝民主下的信賴觀點

於前一節中，本文介紹了多元爭勝民主觀點對於民主政治的想像，本節進一步地嘗試在多元爭勝民主觀點的基本輪廓下，自信賴視角切入並建構虛偽遷徙戶籍投票罪的保護法益。本節先以數則美國聯邦最高法院判決出發，說明將信賴利益運用於選舉犯罪中的發想來源（第一項），接著梳理在刑法體系下，信賴利益作為刑法保護法益所需要具備的必要條件（第二項）。釐清完信賴利

¹⁶⁹ *Ibid.* at 6.

益的基本概念後，本節復將虛偽遷徙戶籍投票行為於多元爭勝民主觀點下加以理解，並論述以信賴利益作為本罪保護法益需要加以解釋的疑義——即維持集體信賴的目的為何（第三項），以及集體信賴的對象為何。（第四項）



第一項 信賴觀點的發想——從數則美國聯邦最高法院裁判出發

針對選舉規則所乘載的公共利益，美國聯邦最高法院於數則判決中選擇了從信賴觀點作為論述主軸。信賴觀點首次出現在 *Buckley v. Valeo* (1976) 一案之中，該案主要爭點之一在於，對於公職人員選舉候選人的政治獻金總額限制是否合憲。聯邦最高法院在說明此一選舉規則所乘載的公共利益時，指出「系爭規定的主要目的在於，防止來自個人的鉅額政治獻金對於廉潔性所造成的損害（corruption）……傳播媒體、群發廣告及民意調查等選舉活動對於一場有效競選的重要性與日俱增，因此，籌措鉅額資金成為了有效競選的重要條件。提供現任或潛在公職人員鉅額財物並以此作為政治條件的對價，此等行為足以損害代議民主制度的公正性（integrity）。與實際交換對價的危害同樣令人擔心的是，個人巨額政治獻金所蘊含的機會濫用，損害了公眾對於選舉廉潔性的想像……避免上開不當影響是至關重要的，因為只有這樣才能使公眾對於代議政府的信心不會落入災難性的程度。¹⁷⁰」在其他涉及政治獻金總額限制的案件中，聯邦最高法院重申：「我們在 *Buckley v. Valeo* 一案中，明確肯認了限制鉅額政治獻金的重要性：避免直接減損廉潔性，以及避免減損公眾對於選舉過程的信心。這些公共利益涉及選舉過程的公正性，也涉及個別公民對於選舉制度成功運作的責任。¹⁷¹」

¹⁷⁰ *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976)

¹⁷¹ *Caselaw Caution Fed. Election Comm'n v. Nat'l Right to Work Comm.*, 459 U.S. 197 (1982)

上開判決中，聯邦最高法院將「對公職人員候選人的賄賂行為」以及「對公職人員候選人的政治獻金贈與行為」予以比較，並認為前者存在對價關係，造成了對於廉潔性與公正性的損害。然而，由於無法在政治獻金贈與行為中找到明確的對價關係，聯邦最高法院轉而選擇從信賴觀點建構政治獻金總額限制所乘載的公共利益——公眾仍然會產生政治獻金背後有「潛在對價關係」的想像，而這樣的想像足以減損公眾對於代議民主制度的信心。簡言之，上開信賴觀點並未發展出一個獨立的公共利益內涵，毋寧應理解成，在考量對價關係於證明上的困難後，將維護代議民主制度的公共利益要求從「客觀廉潔性與公正性的減損結果」，擴大解釋至「公眾對於制度運作的主觀合理想像」。

除政治獻金總額限制的案件外，美國聯邦最高法院於選民身分識別措施的合憲性爭議中，同樣也有使用信賴觀點對其乘載的公共利益進行論述。其中，*Purcell v. Gonzalez* (2006) 應屬指標性案例。其案例事實略為：亞利桑那州 (Arizona) 於 2004 年通過第 200 號法案，基於防堵選舉詐欺的目的，該法案要求亞利桑那州選民於登記投票及實際投票時，皆須出示有效的身分證明文件。就系爭身分識別措施所乘載的公共利益，最高法院認為：「毫無疑問地，維護選舉過程的公正性對政府而言係特別重大迫切利益 (compelling interest)」。對於參與式民主的運作來說，選民對於選舉過程公正性的信心是至關重要的。選舉詐欺將誠實公民驅逐於民主程序之外，並孳生對於政府的不信任。選民擔心其合法選票會被虛假選票所壓制，而感到自己被剝奪投票權 (disenfranchised)。就剝奪投票權而言，稀釋一張合法選票的重量之手段，與直接禁止自由行使投票權的作法同樣有效……儘管系爭措施的適當性容有爭

論，地方法院法官在審酌原告主張時仍應考量（選舉詐欺造成）合格選民拒絕參與選舉的可能性。¹⁷²」

類似的選民身分識別措施之合憲性爭議，發生於 *Crawford v. Marion County Election Bd.* (2008) 一案中。印第安納州 (Indiana) 於 2005 年通過第 483 號法案，該法案要求印第安納州的選民於投票時，須出示由政府核發的、含照片的身分證明文件。最高法院認為：「系爭規定涉及的公共利益為保護選舉過程的公正性與可信性 (reliability) 對於代議政府公正性及正當性的公眾信心，乃應受政府保護的公共利益，此一利益雖與防止選舉詐欺密切關聯，然而，公眾對於選舉過程公正性的信心具有鼓勵公民參與民主程序的獨立意義。如果不存在識別選民身分或其他阻止、偵測選舉詐欺的措施，選舉系統即無法喚起公眾信心。¹⁷³」在 *Crawford v. Marion County Election Bd.* (2008) 一案中，最高法院多數意見認為系爭選民身分識別措施合憲。值得一提的是，持不同意見的蘇特 (David Souter) 法官認為：「維護公眾信心固然為正當公共利益，然而，利益的重要性取決於證明其正當性的事實（或假設的合理性）..... 由於沒有證據證明印第安納州存在冒名投票情形，且冒名投票情形於全國範圍內亦少有發生，因此，預設冒名投票行為是選舉制度中的固有情形是不合理的。¹⁷⁴」上開不同意見強調公共利益必須建立在正當事實或合理假設之上，而由於無法證明確實存在冒名投票的情形，亦無法假設其合理存在，故難認旨在避免冒名投票的選民身分識別措施背後乘載著具有重要性的公共利益。此一說法並不反對以公眾信賴的觀點建構選舉規則乘載的公共利益，相反地，倘若特定類型的選舉規則違犯行為有存在之虞，仍有維護公眾對於選舉過程的信賴之需求。

¹⁷² *Purcell v. Gonzalez*, 549 U.S. 1. (2006)

¹⁷³ *Crawford v. Marion County Election Bd.*, 553 U.S. 181. (2008)

¹⁷⁴ *Crawford v. Marion County Election Bd.*, 553 U.S. 181. (Souter, D., dissenting).

於上述二則涉及選民身分識別措施合憲性的判決中，聯邦最高法院並非逕以選舉公正性作為公共利益，相反地，法院著眼於選民對於選舉過程的信心以及對於政府的不信任。同樣地，聯邦最高法院並未直接針對選票稀釋或選舉權的剝奪，反之，法院更重視選民對於其選票會被稀釋或其選舉權會被剝奪的擔憂。與政治獻金總額限制不同的是，選民身分識別措施不涉及對價關係晦暗不明的證明難題，然而，可以想見的是，選舉詐欺在揭露上往往也會存在難以發覺、證明的問題。一方面，在沒有身分識別措施的選舉中，我們難以確認選舉結果中的每一張選票是否皆出自社群成員之手；另一方面，即使我們發現存在選舉詐欺行為，在秘密投票原則下，我們也難以將投票結果修正成「正確的投票結果」。從而，在選民身分識別措施的缺席下，選舉公正性的損害毋寧會陷入一個無法證實也無法證偽的困境。惟國家不應就此放棄選舉規則的規範，蓋選民可能會因為主觀上認為其選票對於選舉結果無影響，其選票毫無價值且不信任政府，進而不為投票。¹⁷⁵不論選舉公正性的損害是否可被確定，這樣的危險依然有防止的需求。在此觀點下，聯邦最高法院遂選擇從信賴觀點，建構選民身分識別措施所乘載的公共利益。

綜合以上說明，在數則關於選舉規則合憲性的判決中，美國聯邦最高法院皆選擇從信賴觀點出發建構其公共利益。從其論述中，信賴觀點的運用並不在於提出一個獨立需要受到保護的公共利益，而是在客觀上無法證明有廉潔性或公正性的損害時，轉而由公眾的信賴視角，建構選舉規則的公共利益。

¹⁷⁵ Flanders, C. (2007), HOW TO THINK ABOUT VOTER FRAUD (AND WHY), Creighton Law Review, Vol. 41, 93-153.

第二項 信賴利益的必要條件



從美國聯邦最高法院數則判決出發，倘若要從信賴觀點建構虛偽遷徙戶籍投票罪的保護法益，必須要符合刑法上對於信賴利益的基本概念。文獻上有認為，制度是一套彼此相關的規範體系，將人類社會中扮演的角色及其乘載的期待定型化，要求擔任該角色之人的行動須符合期待。人類社會透過制度化約複雜、減少意外，使制度運作成果具有可預測性。¹⁷⁶對制度的信賴是制度運作的重要基礎。對制度的信賴意味著將一部分生活中的風險交由特定角色應付、決策，使授信人得減輕負擔，專心在較小範圍的事項上。¹⁷⁷

詳言之，信賴利益是一個透過眾多信賴承載者的認同，從而累積、交疊建立的集體意識。信賴乘載者的集體意識建立在對於制度的特定運作功能之上，換言之，信賴乘載者相信，如果確保制度得以適當運作即可預期制度運作成果，使其產生明確的可預測性。¹⁷⁸從而，當角色未做出合乎期待的行動時，信賴乘載者會產生期待與實際落差間的失望。一般而言，失望會被信賴乘載者解讀為偶然的紕漏，然而，當失望達到臨界值時，人民的行為指引便會轉變為信賴崩解，人民可能尋求替代方案，亦可能放棄制度並任由其崩解。¹⁷⁹

須特別說明的是，由於信賴建立於認同的累積效果，實際上不容易判斷累積性的認同於何種情形下遭受損程度。因此，立法者必須在法條中揭明較為明

¹⁷⁶ Hefendehl, R. (2002), *KOLLEKTIVE RECHTSGÜTER IM STRAFRECHT*, S. 38；轉引自鍾宏彬（2009），法益理論的憲法基礎，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁 199。

¹⁷⁷ Hefendehl, R. (2002), *KOLLEKTIVE RECHTSGÜTER IM STRAFRECHT*, S. 127f.；轉引自鍾宏彬（2009），同註 176，頁 199。

¹⁷⁸ Hefendehl, R. (2002), *KOLLEKTIVE RECHTSGÜTER IM STRAFRECHT*, S. 124f.；轉引自許恒達（2014），主管職務圖利罪之罪質與犯罪結構的分析反省，臺大法學論叢，第 43 卷第 3 期，頁 738。

¹⁷⁹ Hefendehl, R. (2002), *KOLLEKTIVE RECHTSGÜTER IM STRAFRECHT*, S. 130f.；轉引自鍾宏彬（2009），同註 176，頁 201-202。

確、直接的判斷門檻，藉以決定集體信賴崩解的臨界值。¹⁸⁰當個案事實逾越信賴崩解的臨界值時，刑罰就必須介入處罰，透過制裁侵犯集體信賴的行為人，以達到重建信賴的目的。¹⁸¹以刑法第 131 條之圖利罪為例，學者認為，本罪保護法益為公權力事務得以公正執行的社會信賴利益。當公務員的違法行為造成特定人獲利時，該行為及特定人不法獲利之結果，即斬喪一般社會大眾對於公正執行職務的信賴，因此必須予以處罰。¹⁸²

文獻上另有認為，當信賴是制度功能性運作的建構性條件時，即制度必須透過信賴乘載者因信賴驅使的行動而協力運作時，信賴的減損將會使制度無法順利運作，造成制度性功能的毀敗。舉例而言，司法制度是一種須透過人民信賴而參與利用的制度，倘若人民發生紛爭時不相信法官依法裁判，寧可私力救濟亦不願循訴訟途徑解決，則個人權利難以實現或退回自然狀態而採用私人執行模式，從而使司法制度所欲達成的任務完全落空。然於警察受賄之情形，由於警察職權之行使原則上皆不需要人民主動參與利用，其受賄造成的信賴減損，欠缺警察制度功能運作上的建構性意義，而僅係因警察違背職務而延伸的失望與憤恨。¹⁸³

在梳理文獻對於信賴利益的論述後，我們可以歸納出以下結論：以信賴利益作為保護法益的前提，在於信賴乘載者對於制度運作結果存在明確的可預測性，從而，在制度未能正常運作時，集體信賴方有可能達到信賴崩解的臨界值，使制度失去其風險控管的功能。再者，制度於運作上須透過信賴乘載者的

¹⁸⁰ Hefendehl, R. (2002), KOLLEKTIVE RECHTSGÜTER IM STRAFRECHT, S. 130f.；轉引自許恒達（2014），同註 178，頁 738。

¹⁸¹ 許恒達（2014），同註 178，頁 738。

¹⁸² 許恒達（2014），同註 178，頁 730。

¹⁸³ 周漾沂（2017），對賄賂罪保護法益的反思，月旦刑事法評論，第 5 期，頁 118-119。

協力始能達成制度功能，且信賴崩解導致的制度失效結果亦須對於國家、社會的存在或運作有重大影響，信賴利益始有受刑法保障的必要性。

從而，倘若欲以信賴利益建構虛偽遷徙戶籍投票罪的保護法益，需先說明的是，人民對於選舉制度的信賴崩解是否會對於國家的存在或社會的運作造成重大不利益的後果，此一公共利益的維護方足以證成人民對於選舉制度的信賴具有受刑法保障的必要性。再者，人民對於選舉制度的信賴內涵尚不明確，倘若人民對於當選結果自始欠缺明確的可預測性，則人民是否對於選舉制度有集體信賴內容可言，虛偽遷徙戶籍投票行為又是如何使人民的信賴轉變為失望甚至是達到信賴崩解的臨界值，亦有詳加論述的必要。針對此二問題，以下於第三項及第四項分別加以探討。

第三項 集體信賴的目的

首先，針對集體信賴的目的，可以將問題轉化為「我們需要維持一個民主政治秩序的理由」。對於審議民主論者而言，為民主政治辯護的理由可能出於自由觀點，強調民主政治是最適於維護個人自由的政治秩序。¹⁸⁴亦可能出於平等觀點，主張由於沒有人的政治判斷享有特權地位，故應採用蘊含政治平等的民主政體。¹⁸⁵然而，文獻上有質疑，多元爭勝民主觀點既肯定民主政治具有不斷顛覆既成體制與秩序的傾向，則生活在民主社會中的人如何可能容受其政治的不斷抗爭及不安定性。¹⁸⁶甚而，對多元爭勝民主觀點來說，如果民主政治的社會關係必然是一種主導權的競爭關係，而無法解放權力關係，我們何必鞏固民主認同、避免民主政治被顛覆？¹⁸⁷

¹⁸⁴ Dahl, R.著，李培元譯（2006），民主及其批判，頁 142。

¹⁸⁵ Weale, A. (2007), DEMOCRACY, at 50.

¹⁸⁶ 蔡英文（2009），同註 94，頁 248。

¹⁸⁷ 曾志隆（2006），同註 120，頁 251。

本文認為，上開問題的答案可從多元爭勝民主觀點對於民主政治共同體的想像中尋得。一方面，在一個包容多元主義的公民組織中，審議民主理論所提出自由或平等的觀點係對於公共性的主導權式言說，如果這種言說獲得社會多數的支持，多元爭勝民主觀點並不會否定其作為維持民主政治秩序的理由。另一方面，Mouffe 在此言說場域中亦提出了自己的言說：如果不讓共同體成員間的對立以爭勝的形式蓬勃發展，民主爭勝將會被其他類型的集體認同間的敵對所取代，產生無法被民主議程所控制的集體激情，進而爆發足以毀滅文明基礎的政治性對立。¹⁸⁸對 Mouffe 來說，民主爭勝的價值在於稀釋其他領域中集體認同的激情，避免共同體成員因其他集體認同將他群視為需要消滅的敵人，而使得人類社會回到暴力的戰爭狀態。

根本而言，各種政治秩序的目的皆致力於在人類潛在的政治性對立上建立共存，但相較於部分政治秩序透過強大、穩定的主導權地位穩固政治共同體，民主政治選擇將潛在對立以爭勝形式納入政治議程，以壓制其暴力的潛能。在多元爭勝民主觀點的理解下，爭勝形式的維持，既需要提供共同體成員展現集體激情的表達管道，也需要共同體成員願意持續承認一種衝突的共識。我們也可以在選舉制度的運作中看到二種條件的滿足。保加利亞社會學家 Elias Canetti 觀察到，在議會民主制度中，參與鬥爭的政黨放棄彼此廝殺，接受由多數決規則判斷勝負，因此，實際投票是展開決鬥的決定性時刻，一開始的嚴重衝突可能以威脅、辱罵、肢體挑釁，甚至是暴力等形式展開，但開始計票即結束了戰鬥。¹⁸⁹ Canetti 以開票時點將選舉制度的運作劃分為二個階段——在開票之前，競選活動及投票行為提供共同體成員表達集體認同的管道；在開票之後，基於

¹⁸⁸ Mouffe, C. (2000), THE DEMOCRATIC PARADOX, at 104.

¹⁸⁹ Canetti, E. (1973), CROWDS AND POWER, at 220.

持續承認某種共同體內部的共識，共同體成員甘願接受由當選代表取得公共事務處理權限。¹⁹⁰

不論是提供表達集體認同的管道，抑或是持續承認共同體的內部共識，選舉制度毫無疑問地需要共同體成員的積極參與，始能發揮其維繫爭勝形式之對立的功能。因此，在多元爭勝民主觀點下，選舉制度所乘載的信賴，並非僅是失望或憤恨等負面情緒的聚合，更具有制度運作上的建構性意義，倘若共同體成員因為對於選舉制度失去信賴，而不願意參與選舉實踐，則民主議程中的爭勝形式無以維持，不同集體認同間的對立將再度以敵人間的敵對形式出現，使民主選舉失其意義。

我們也可以透過言說理論說明共識對於民主政治秩序的重要性。在言說理論中，言說場域中的接合實踐固然是主導權的重要作用模式，然而，言說場域本身亦存在透過主導權的作用而被顛覆的可能性。從而，在民主政治的言說場域中，一旦共同體成員間的共識不再居於主導地位，共同體的政治秩序即未必再指涉為民主。因此，民主政治絕非人類道德發展的必然結果，民主具有不確定性，永遠無法被視為理所當然。¹⁹¹共同體成員對於選舉制度的信賴崩解後果，無疑將導致民主政治秩序的不復存在。

綜合以上說明，民主政治秩序的主要目的在於避免使共同體成員回到需要日日擔憂生命安危的戰爭狀態，從而，民主政治希望可以藉由選舉制度形塑爭勝形式的對立，以壓制政治性的暴力潛能。民主選舉中，爭勝形式對立的維持需要共同體成員的積極參與，而成員的參與則建立在對於選舉制度的信賴之

¹⁹⁰ 以開票時點劃分「抒發集體激情」與「持續承認共識」的不同階段是一個略為簡化的說法，蓋實際上，於開票前的選舉活動或投票行為同樣需要成員以行動展現對於集體共識的承認，於開票後亦同樣需要提供成員（尤其是選舉中的少數政治意見）表達集體認同的管道，方足以維持爭勝形式的政治性對立。

¹⁹¹ Mouffe, C. (1993), THE RETURN OF THE POLITICAL, at 6.

上。短期而言，信賴的減損使得成員降低參與民主選舉的意願，當對於選舉制度運作結果的失望逾越臨界值，爭勝形式的民主政治共同體即無以維繫。

第四項 集體信賴的對象

於多元爭勝民主觀點下，確保成員對於選舉制度的集體信賴，其目的在於維繫民主政治共同體內部爭勝對立形式、避免民主政治共同體瓦解，不同認同間的成員陷於須將敵人消滅的戰爭狀態，已如前述。接下來的問題是，成員集體信賴的內涵為何，虛偽遷徙戶籍投票行為又是如何斬喪集體信賴。針對此一問題，本文選擇從多數決規則的視角切入，說明集體信賴在民主政治中可能存在的斬喪風險。

首先，一種常見的想法是，多數決規則是代議民主政治中的必然規則，蓋國民主權原則係建立在人人平等的預設之上，而倘若人人平等，則越多的選票即表彰越高的重要性。然而，多數決規則與民主政治實際上欠缺邏輯上的必然關係。¹⁹²舉例來說，抽籤選舉制（lottery voting）的運作方式為在全部選票中隨機抽出一張選票，並以該選票的投票對象作為當選結果。此一制度透過賦予每張選票相同的抽出蓋然性，在由人民自我決定當選結果的同時，確保每個人皆有實現其政治意志的相等機會。抽籤選舉制在不仰賴多數決規則的情形下，依舊符合人民自我治理與政治平等的要求。¹⁹³另一方面，支持多數決規則的各種論點也無法證立多數決規則乃代議民主政治中的最佳決策方法。其中一個支持的論點認為，多數決規則使得共同體在允許成員忠於自身信念的同時作成集體決策，惟抽籤選舉制不僅同樣可以達到相同功能，甚至可以確保每一個

¹⁹² Saunders, B. (2010), DEMOCRACY, POLITICAL EQUALITY, AND MAJORITY RULE, Vol. 121, No. 1, at 149.

¹⁹³ *Ibid.* at 151-152.

成員的訴求都有採取投票行動的意義，蓋尋求更多的認同即相當於擁有更高的當選期望值。¹⁹⁴尤其在一個存在穩定少數（permanent minority）現象的社會中，抽籤選舉制應較多數決規則更能尊重成員的自身信念。¹⁹⁵

儘管多數決規則並非代議民主政治中的必然規則，亦無法被證明是最佳的決策方法，我們依然可以在選舉法的視野中觀察到多數決規則被視為不證自明之理的現象。如憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決即認為：「選舉乃多數人民透過集中意志，決定民意代表或各級政府首長之行為……選舉權乃民主國家中人民最基本之政治參與權利之一，其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，以具體實現民主原則。¹⁹⁶」

將多數決規則視為不證自明之理，強調民主政治的意義在於多數人民的意志實踐，相當於忽略了民主政治共同體內尚有少數意見的存在。質言之，在知悉當選結果後，少數意見對於多數決規則的承認，無異於暫時放棄實踐其政治意志的想望。有問題的是，多元民主爭勝觀點告訴我們，民主政治永遠都是脆弱的主導，少數意見未必永遠都會甘於承認多數決規則。一旦少數意見選擇否定多數決規則與當選結果，民主政治共同體內部的多元意見不會再將不同認同視為需容許其存在的對手，而是需要被消滅的敵人。至此，爭勝形式的政治性對立與民主政治共同體均不復存在。

¹⁹⁴ *Ibid.* at 165-166.

¹⁹⁵ *Ibid.* at 152. 另有認為，以統計學觀點提出支持多數決規則的論點，如孔多賽陪審團定理（Condorcet Jury Theorem）或梅定理（May's theorem），仍有其侷限或缺失，而無法證立多數決規則在所有條件下皆係民主政治的最佳決策方案。參見，Risse, M. (2004), ARGUING FOR MAJORITY RULE, *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 12, No. 1, 41–64.

¹⁹⁶ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由書第 60 段。

如果能夠同意以上對於多數決規則的分析，少數意見在多數決規則下的犧牲不僅不應被視而不見，作為民主政治共同體既脆弱也至關重要的一環，少數意見對於多數決規則的持續承認有必要被特別強調與努力維繫。接下來的問題是，少數意見為何會選擇暫時放棄實踐其政治意志的想望而承認多數決規則與當選結果呢？本文認為，當多數政治意志的主導權地位極為穩固時，少數意見可能考量拒絕承認當選結果仍無力改變共同體內部的權力結構，反而會使自己被多數意見視為共同體的敵人而陷於更為不利的政治地位，故僅得選擇繼續承認由多數意見所主導的當選結果。然而，民主政治共同體往往會出現多數政治意志不穩固的微弱多數時刻（narrow majority），此時，唯有共同體內部存在足夠堅韌的共識，少數意見方有可能持續承認多數決規則，而此處的共識內容可以被描繪為「每個人的政治意志不應也不會永遠居於多數，且每個人的政治意志不應也不會永遠居於少數」。於多元爭勝民主觀點下，民主政治秩序公開主導權爭奪方式，使得共同體成員皆認識到公共事務處理權限及其歸屬者間的接合實踐具有無可決斷性。這樣的無可決斷性使得少數意見能夠相信自己的政治意志可能成為下次主導權爭奪中的多數，也正是這樣的無可決斷性使得少數意見願意於此刻暫時承認多數決規則下的當選結果。如同 Mouffe 所言：「對手間永遠不會停止分歧，然而，妥協也是可能的，妥協是政治的重要組成部分，但妥協只應被視為持續對抗的暫時休戰。¹⁹⁷」

然而，在民主政治的漫漫長河中，「每個人都有機會成為多數」的共識並非總是能夠在一次次的選舉實務中被逐漸強化。可以想像的是，倘若選舉過程中的特定因素對於當選結果的影響程度居於決定性的地位，且該因素並非偶然出現而得由人為所控制，則對於少數意見而言，只要該因素持續存在，掌握該

¹⁹⁷ Mouffe, C. (2000), THE DEMOCRATIC PARADOX, at 102.

因素的政治意志勢必得以持續在多數決規則下獲得具體實踐。換言之，一個長期、穩定影響當選結果的因素，將使得少數意見失去於未來成為多數的機會。

有問題的是，如同美國聯邦最高法院在論述選舉規則所乘載之公共利益時所面臨到的困境，由於影響一次當選結果的因素眾多，在秘密投票原則與統計科學的侷限下，我們往往無法斷言一個因素對於選舉結果所造成的影响程度，進而宣稱此一因素已足以解消共同體成員對於每個人都有機會成為多數的共識。然而，共同體成員並不會因為特定因素之於當選結果的影響缺乏客觀證據，而持續存在對於未來可能成為多數的期待。當共同體成員基於合理的選舉實務經驗，認為特定因素已成為了足以操縱選舉結果的決定性因素時，少數意見即可能動搖未來可能成為多數的期待，因此，我們有必要將視角切換至公眾信賴觀點，說明禁止此一因素出現在選舉中的規範目的。具體而言，從最粗糙的作票手法——大量冒名選舉名冊中未領取選票的選民，並將其選票投給特定候選人、開票時將投票給特定候選人的選票唱名為投票給其他候選人或廢票，¹⁹⁸到隱蔽且難以被覺察的影響因素——對於有投票權之人交付賄賂、意圖使候選人不當選而散布謠言……我們可以發現要證明特定行為已構成長期穩定影響當選結果的因素愈發困難。然而，出於合理的選舉知識經驗，少數意見或將因特定行為的存在，將懷疑倘若選舉中不存在上開因素，其政治意志或已成為居於主導權地位的多數意見，進而斬喪了當選結果不受操縱的信賴。

誠然，人民對於當選結果不具可操縱性的信賴不會因為居於關鍵地位的決定性因素在一次選舉中作用而崩解。然而，當一次又一次的選舉因為相同因素的作用而形成固定、難以改變的投票結果，使得少數意見無從再形成任何未來可能成為多數意見的期待，其對於選舉制度運作功能的失望即可能逾越臨界

¹⁹⁸ 蘇瑞鏘（2019），1950、60 年代台灣在野菁英對地方選舉弊端的批評與因應，文史台灣學報，總號：13，頁 101-102。

值，使得選舉制度失去維繫爭勝形式之對立的功能。在此觀點下，共同體成員對於選舉制度的信賴，並非建立在特定候選人的當選結果或所得票數，而是相信在選舉制度的運作中，投票結果不會因為特定決定性因素的介入而具有可操縱性。從而，縱使共同體成員無從事前預見當選結果，仍不會欠缺建構選舉制度之信賴利益的必要條件。

綜合以上說明，自信賴觀點出發，共同體成員對於選舉制度的集體信賴，係建立在當選結果不會被特定因素操縱之上，唯有維繫共同體成員對於當選結果不具可操縱性的信賴，少數意見始有可能期待於未來可能成為多數意見，進而選擇持續承認多數決規則這個既脆弱又關鍵的共識，也唯有當共同體成員皆願意承認多數決規則，民主政治共同體內部的爭勝形式對立才有維繫的可能。

如果接受上述分析，則虛偽遷徙戶籍投票行為的真正不法內涵在於，遷入戶籍參與投票的因素可能被人民理解為一個長期、穩定影響當選結果的決定性因素，進而斲喪人民對於當選結果不具可操縱性的信賴。¹⁹⁹需特別說明的是，上開集體信賴的減損並非出自人民或立法者的憑空想像，而係建立在我國選舉實務的經驗基礎之上。質言之，我國選舉實務上經常發生為數眾多的人民，藉由虛偽遷徙戶籍的方式取得投票資格並參與投票的情形。²⁰⁰這些人民民主觀上並無加入該政治社群的想法，其與政治社群公共事務的唯一參與僅在於投票，這些人民僅係被用來影響投票結果的工具。²⁰¹可以想見的是，於政治社群規模較小的基層選舉中，每一票都顯得格外重要，參選人有很大的動機動員支持者參與選舉，只要誰能動員更多的選民遷入戶籍參與投票，誰的勝算就更大。²⁰²以

¹⁹⁹ 類似見解，楊皓清（2010），會台字第 9433 號胡靈智等聲請案說明會專家諮詢意見書，頁 9。論者認為，本罪規範目的旨在避免小選區的選舉權人數過度遭受人為控制。

²⁰⁰ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 71 段。

²⁰¹ 王金壽（2010），同註 60，頁 3-4。

²⁰² 陳陸輝（2010），會台字第 9433 號胡靈智等聲請案說明會專家諮詢意見書，頁 3-4。

坪林鄉長案為例，該次競爭激烈的選舉造成坪林鄉戶籍人口與投票人數皆暴增三倍。²⁰³在此情形下，遷入戶籍參與投票的因素儼然成為影響投票結果的決定性因素，在極端情況下（如前開坪林鄉長選舉），只要動員的人數夠多，候選人即使未獲任何非選前遷入者的青睞，仍然足以成為投票結果上的當選者。倘若允許這樣的因素持續存在於選舉實務中，少數意見將無從維繫對於當選結果不具可操縱性的信賴。是以，基於我國選舉實務所形塑的經驗基礎，立法者以刑法明文規制虛偽遷徙戶籍投票行為，以排除系爭因素的持續出現對於集體信賴的斲喪效果，也透過對於虛偽遷徙戶籍投票行為發動刑罰，重建人民對於當選結果不具可操縱性的信賴，以鞏固民主政治共同體內部「每個人都有機會成為多數」的重要共識。

第五節 小結

作為探討虛偽遷徙戶籍投票罪之合憲性與爭議問題的共同前提，本章聚焦於虛偽遷徙戶籍投票罪之保護法益的討論。首先，我國既有說法可以約略區分為民主正當性與選舉公正性觀點，前者強調虛偽遷徙戶籍投票行為因選票稀釋或違反選舉規則而造成投票結果無法反映真實國民意志，弱化該次選舉的民主正當性；後者則認為虛偽遷徙戶籍投票行為欠缺實質投票資格，構成選舉舞弊或形成選舉中的不公平，故侵害選舉公正性。本文認為，民主正當性觀點一方面忽略了國民主權原則於代議民主政治中的實踐，使得民主正當性本身即具有程度特性；另一方面在肯定選舉規則旨在確保投票結果反映真實國民意志的同時，無法說明合法選舉活動與違法選舉活動間的差異，無從解釋不同選舉規則違犯行為間的不法內涵程度，更失去了檢討選舉規則正當性的空間。至於選舉公正性的觀點，不論從選舉舞弊或公平性的論述出發，皆未能提出虛偽遷徙戶

²⁰³ 關於坪林鄉長案的詳細始末，詳見第一章第一節。

籍投票行為具體而獨立的不法內涵，無法擺脫本質上只是違反選舉規則之倒映的質疑。因此，既有說法皆存有未臻明確或無法解釋之處，是否適於作為虛偽遷徙戶籍投票罪的保護法益，容有疑問。



再者，由於本罪保護法益的既有說法缺乏從民主政治觀點的切入視角，本章接續考察多元爭勝民主觀點對於民主政治的想像。簡言之，此一觀點強調多元社會中的不同認同與價值，無法透過理性溝通與論辯消解，從而，民主政治的特徵在於透過公開主導權的爭奪過程，正面看待主導權爭奪中的權力關係；透過維持共同體成員間的共識，使成員不把不同認同的他者視為須被消滅的敵人，而是相互爭勝的對手。因此，只有當共同體成員間既存在足夠共識，也存在一定價值分歧，在這樣一個異中求同、同中求異的政治秩序下，民主政治共同體方有建立的可能。

承繼多元爭勝民主觀點的看法，本文嘗試從信賴觀點重構虛偽遷徙戶籍投票罪的保護法益。透過梳理數則美國聯邦最高法院裁判，我們發現，法院將選舉規則所乘載的公共利益定位為信賴利益，其目的在於避免選舉規則所規制的行為由於在客觀上無法證明對於選舉廉潔性或公正性造成損害而失去規制的正當性。考量民主政治需要透過人民的集體信賴加以維繫，我們有將公共利益轉換至信賴觀點加以建構的必要。

針對集體信賴之目的，民主政治秩序的主要目的對多元爭勝民主觀點來說應在於避免共同體成員回到戰爭狀態，從而，民主政治共同體希望透過爭勝形式的對立壓制政治性的暴力潛能。然而，爭勝形式對立的維繫仰賴共同體內部的堅韌共識，倘若共同體成員對於選舉制度的集體信賴的減損逾越了臨界值，爭勝形式的民主政治共同體即無以維繫。因此，民主政治共同體成員對於民主選舉應具備值得法律保護的集體信賴。

從多數決規則的視角切入，少數意見係基於相信「每個人都有機會成為多數」的共識，而在多數決規則下暫時放棄實踐其政治意志的想望。從而，倘若選舉規則無法確保少數意見保有未來可能成為多數的期待，多數決規則與爭勝形式的對立即無以維繫。在選舉實務中，每個人都有機會成為多數的期待可能受到長期、穩定影響當選結果的決定性因素出現而破滅。儘管在秘密投票原則的侷限下，我們在客觀上往往無法證明虛偽遷徙戶籍投票行為對於當選結果的影響是否已成為決定性因素，惟共同體成員基於合理的經驗基礎，其主觀上對於當選結果不具可操縱性的集體信賴仍可能因此受到斲喪、崩解。立法者透過刑法規制虛偽遷徙戶籍投票行為，一方面避免遷入戶籍參與投票的因素的持續出現造成人民集體信賴的減損，另一方面設定斲喪集體信賴的臨界值，並以刑罰手段重建虛偽遷徙戶籍投票行為對於集體信賴的減損效果。綜上，本文認為應以集體信賴的確保重構虛偽遷徙戶籍投票罪的保護法益，並以此觀點檢視本罪的合憲性與爭議問題。



第三章 虛偽遷徙戶籍投票罪的合憲性

自刑法第 146 條第 2 項之虛偽遷徙戶籍投票罪的制定以來，文獻上對於本罪的違憲質疑未曾停歇，亦有受有罪確定終局裁判的人民針對本罪的合憲性聲請憲法解釋。儘管憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決業已肯定虛偽遷徙戶籍投票罪的合憲性，然而，從審查範圍、審查模式到比例原則與平等原則的檢驗，本號判決是否充分地回應了既有說法的質疑，仍非無檢討空間。²⁰⁴

以通盤評析本號判決對於虛偽遷徙戶籍投票罪之合憲性的審查為問題意識，首先，本章先探討虛偽遷徙戶籍投票罪的審查範圍，其中涉及的爭議包含對選罷法第 15 條第 1 項「繼續居住」的不同理解，也包含本罪是否有干預選舉權、遷徙自由與平等權的相異見解。（第一節）再進一步分別從比例原則（第二節）與平等原則（第三節）檢驗虛偽遷徙戶籍投票罪的合憲性，並以對憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決所提出的本文評析作結。（第四節）

第一節 虛偽遷徙戶籍投票罪的審查範圍

第一項 繼續居住的意涵

於虛偽遷徙戶籍投票罪的違憲審查視野中，首先會面臨到的是本罪行為規範的擇定問題。依刑法第 146 條第 2 項，本罪行為規範形式上為「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」，惟我國司法實務於「虛偽遷徙戶籍」之構成要件的解釋上，納入選罷法第 15 條第 1 項作為構成要件該當與否的判斷標準。選罷法第 15 條規定：「（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。」有問題的

²⁰⁴ 關於本號裁判的內容梳理，參見第一章第二節第四項的說明。

是，上開規定使用的「繼續居住」之法律概念，是否有要求選舉權人「實際居住」於各該選舉區之意，文獻上存有不同看法。對於繼續居住的相異理解，攸關虛偽遷徙戶籍投票罪的行為規範是否應納入選罷法第 15 條第 1 項之規定。換言之，以實際居住作為投票行為的規制究係刑法虛偽遷徙戶籍投票罪的獨立規定，抑或是由選罷法延伸至刑法的行為規範，應有先予釐清的必要。

主張繼續居住一詞並無要求人民於選舉區實際居住之意的看法，多以選罷法第 4 條第 1 項之規定開展其論據。選罷法第 4 條規定：「（第 1 項）選舉人、候選人年齡及居住期間之計算，除另有規定外，均以算至投票日前一日為準，並以戶籍登記資料為依據。」文獻上有認為，將選罷法第 4 條第 1 項與第 15 條第 1 項合併觀察，可以推知戶籍不僅具有推定居住事實的功能，繼續居住要件實際上已被作成規範性的詮釋而生擬制效力，將戶籍登記存續事實視為繼續居住事實。²⁰⁵另有認為，選罷法事實上並無「實際居住」的用語或概念，選罷法第 15 條第 1 項之規定係指有選舉權人於各該選舉區為戶籍遷入並繼續設籍達四個月者，有投票資格。²⁰⁶亦有認為，法律解釋及個案涵攝固然為司法主要任務，然倘若立法者對於特定名詞已事先預擬意義，其立法解釋應有拘束司法機關的效力。選罷法第 4 條第 1 項即是以立法解釋的方式，將繼續居住以戶籍登記作為認定標準，因此，選罷法第 15 條第 1 項中的「繼續居住」即為戶籍登記之意。²⁰⁷

文獻上也有從戶籍法的觀點出發，認為倘若將選罷法第 15 條第 1 項理解為實際居住限制，則未實際居住於戶籍地者，於實際居住地無設籍事實而無從行

²⁰⁵ 許玉秀（2001），幽靈人口妨害投票罪？，輔仁法學，第 22 期，頁 27。

²⁰⁶ 蔡宗珍（2023），憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決，蔡宗珍大法官提出、林俊益、張瓊文、楊惠欽大法官加入之部分不同意見書，頁 2-3。

²⁰⁷ 胡峰賓（2008），刑法第一四六條修正前後與幽靈人口適用問題，全國律師，第 12 卷第 6 期，頁 4。

使投票權，於戶籍地無實際居住事實亦無法行使投票權，因此，此一解釋將造成國民受憲法保障的參政權遭完全剝奪，侵害參政權的核心價值。²⁰⁸因此，基於憲法保障參政權之意旨，應認選罷法第 15 條第 1 項所稱之繼續居住，並未嚴格限以實際居住於該選舉區為限，即使未實際居住於戶籍地，只要合於戶籍條件且被列入選舉區的選舉人名冊，即得為該選舉區的選舉權人。²⁰⁹另有學者認為，戶籍法的立法目的固然希望戶籍地與實際居住地結合，然實務上，透過戶籍地表彰實際居住地的想法並未產生強制作用，除虛偽遷徙戶籍投票罪外，未有因虛偽遷徙戶籍而受到行政法的案例。²¹⁰從而，選罷法第 4 條第 1 項既將實際居住的認定標準完全以戶籍登記簿為依據，立法政策上即希望將戶籍地擬制為實際居住地。選舉人名冊係由戶政機關編造，且依選罷法第 20 條，戶政機關就人民是否繼續居住於戶籍地的事實並無另行認定的餘地，故我國投票權的取得係採戶籍登記主義，而非要求實際居住事實的實際居住主義。²¹¹

在選罷法第 15 條第 1 項無實際居住限制的觀點下，虛偽遷徙戶籍投票罪所稱之虛偽，係指人民透過辦理戶籍遷入登記而取得戶籍地投票權的虛偽性。虛偽遷徙戶籍投票罪於選罷法之外就投票資格另行增設實際居住於戶籍地的要件，乃公職人員選舉投票資格的獨立規定。²¹²然而，就規範屬性及規範功能而言，刑事禁止規範難以如同行政規範般參與承擔建構行政法制的功能，亦不宜獨立規範行政法上的法律關係。此外基於法律體系上的一致性與一貫性，如刑罰規範與行政法制規範間存在無法調和的衝突，刑罰規範的禁止效力不當然凌

²⁰⁸ 董武全（2008），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，第 12 卷第 6 期，頁 25-26。

²⁰⁹ 柯耀程（2002），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，第 38 期，頁 41-42。

²¹⁰ 李惠宗（2023），憲法法庭會台字第 9433 號胡靈智等聲請案專家諮詢意見書，頁 4。

²¹¹ 李惠宗（2023），同註 210，頁 8。

²¹² 蔡宗珍（2023），同註 206，頁 6-7。

駕行政法制之規範效力。²¹³依此見解，虛偽遷徙戶籍投票罪作為刑事禁止規定，而擔負規範選舉人投票資格的獨立規定，應非妥適。

相反地，主張選罷法第 15 條第 1 項有實際居住限制之意的看法則指出，倘若戶籍遷入登記本身就足以創設選舉人資格，在法條規定的邏輯上，選罷法第 15 條第 1 項應直接規定為「戶籍遷入登記達四個月以上」，而無須強調繼續居住之事實。從而，對於選罷法第 4 條第 1 項較為合理的解釋是，法律體系預設戶籍遷徙登記可以正確反應實際居住情形，惟倘不存在遷徙事實，戶籍遷徙登記並無擬制遷徙事實的效力，反而是應以遷徙事實自始不存在而撤銷該遷徙登記。反面而言，倘若辦理戶籍遷徙登記非以存在遷徙事實為前提，我們無法理解戶政機關要以什麼標準來從事更正、撤銷及註銷遷徙登記。²¹⁴簡言之，實際居住事實乃創設選舉人資格的必要條件，戶籍遷入登記則是立法者用以認定居住期間的法定證據方法，無法取代繼續居住之事實而單獨創設選舉人資格。²¹⁵

文獻上亦有認為，我國選舉行政係直接由戶籍系統中篩檢出合於資格條件的選舉人，並將其編造為一次性使用的選舉人名冊。在此制度安排下，戶籍登記制度相當於選民登記的功能，且具備經常存續、自動、無重複登記之虞及作

²¹³ 蔡宗珍（2023），同註 206，頁 13-14。

²¹⁴ 薛智仁（2009），同註 44，頁 88-89。相同見解，參見，李惠宗（2000），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，第 9 期，頁 42、陳錦華（2003），論「非現住人口」投票行為之法律效果與法規範評價之盲點，警學叢刊，第 34 卷第 1 期，頁 220。董武全（2008），同註 208，頁 30。此外，文獻上另有認為，要求人民將其實際居住地登記為戶籍地，構成人身自由或遷徙自由的干預，且現行法並未賦予戶政機關以未實際居住於戶籍地為由撤銷戶籍登記的權限，戶籍法第 23 條前段應限於未經戶長同意的遷入或遷入於空屋等情形。詳見，劉邦繡（2004），為選舉目的而遷移戶籍之「幽靈人口」是否具有刑事不法——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，第 55 卷第 4 期，頁 44-45、許玉秀（2001），同註 205，頁 27。

²¹⁵ 薛智仁（2009），同註 44，頁 88-89。

業成本低廉等特質。²¹⁶儘管我國戶籍法制上長期存在住籍分離的現象，造成有相當比例的選舉人因未實際居住於戶籍地而未必具備於戶籍地行使選舉權的住民資格，且戶政機關於非選舉期間欠缺積極、嚴格的執法作為，造成於選舉行政上只能逕依既有的戶籍登記資料，編製選舉人名冊。然而，這並不表示選罷法第 15 條第 1 項所定選舉權住民資格限制已欠缺任何規範實效，國家仍得透過其他手段追求選民登記與投票資格的合致。²¹⁷另有認為，必須有選舉人資格者，方能列入選舉人名冊。因此，負責編造選舉人名冊的公務員對於人民是否具備選舉人資格自應為實質審查，而非將戶籍登記資料內容竟列入選舉人名冊中。選罷法第 15 條第 1 項的繼續居住既為取得選舉人資格的要件，則人民是否有居住於設籍地之事實，亦應為負責編造選舉人名冊之公務員的審查標的。反面而言，當未列入選舉人名冊的人民依選罷法第 23 條要求戶政機關更正，戶政機關既有拒絕更正的權力，即可說明負責編造選舉人名冊編造的公務人員對於選舉人資格有實質審查的權限。²¹⁸

至於憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決雖認為聲請人針對選罷法第 15 條第 1 項之規定難謂客觀上已具體敘明牴觸憲法之處，而認為此部分法規範違憲審查的聲請應不受理。²¹⁹然而，本號判決於論述上已實質上將選罷法上的實際居住限制理解為虛偽遷徙戶籍投票罪的行為規範：「基於社群成員自我治理之原則的考量，立法者乃於選罷法第 15 條第 1 項要求以實際居住於各該選舉區為取得選舉人資格之條件；同法第 4 條則係以戶籍遷入登記之日起算四個月，作為判斷繼續居住四個月之標準，以兼顧前述戶籍登記與實際居住間之聯結關

²¹⁶ 蘇彥圖（2023），同註 57，頁 7。

²¹⁷ 蘇彥圖（2023），同註 57，頁 8-9。

²¹⁸ 林超駿（2010），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，第 153 期，頁 27-28。

²¹⁹ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 28 段。

係，並提供判斷是否具備該選舉區選舉人資格之明確標準，俾有助於選舉爭議之防免或解決。至戶籍登記與實際居住之聯結，則藉由戶籍法第 16 條、第 17 條、第 23 條以及第 76 條等規定加以鞏固……上開選罷法與戶籍法相關規定固要求選舉人須在選舉區設有戶籍並實際居住，然我國公職人員選舉實務上卻經常發生為數眾多原戶籍於特定選舉區外之人，藉由虛遷戶籍方式取得選舉人資格參與投票。……立法者因而增訂虛偽遷徙戶籍投票罪，以刑事禁止規範禁止意圖使特定候選人當選，以虛遷戶籍取得投票權而為投票之行為。²²⁰」

透過上述不同看法的梳理，我們可以觀察到既有說法有自體系解釋、目的解釋至於合憲性解釋的觀點進行各自論述。然本文認為，針對立法者於選罷法第 15 條第 1 項使用「繼續居住」此一法律概念的真意，以及是否有以戶籍地擬制居住事實或逕以戶籍作為投票資格，既有說法欠缺運用歷史解釋的方法，從立法沿革加以探討。從而，以下本文嘗試從歷史解釋的角度，檢視繼續居住法律概念的解釋疑義。

首先，我國以「繼續居住」的法律概念作為投票資格限制的法規範，可追溯至於民國 19 年制定的市組織法第 6 條：「（第 1 項）中華民國人民，無論男女在市區域內繼續居住一年以上，或有住所達二年以上，年滿二十歲，經宣誓登記後，為各該市之公民，有出席區民大會、坊民大會及行使選舉、罷免、創制、複決之權。」我們也可以在民國 36 年修正的鄉鎮組織暫行條例第 5 條中找到類似的立法模式。²²¹當時的市組織法或鄉鎮組織暫行條例，未有如選罷法第 4 條將居住事實的計算以戶籍資料為依據的規定。

²²⁰ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 70-71 段。

²²¹ 鄉鎮組織暫行條例第 5 條：「中華民國國民，在該縣鄉、鎮區域內，繼續居住六個月以上，或有住所達一年以上，年滿二十歲，經登記後，為縣公民，有依法行使選舉、罷免及創制、複決之權。」市組織法及鄉鎮組織暫行條例現皆已廢止，併予說明。

其後，繼續居住的法律概念被沿用至民國 69 年所制定的動員戡亂時期公職人員選舉罷免法第 15 條：「（第 1 項）有選舉權人在其本籍或在各該選舉區繼續居住六個月以上者，為公職人員區域選舉各該選舉區之選舉人。」同時，也出現了將選舉人年齡的計算以戶籍資料為依據的規定。²²²於動員戡亂時期公職人員選舉罷免法的立法過程中，由於制定的條文眾多，少有聚焦在本法第 4 條及第 15 條互動關係的討論。值得注意的是，時任內政部民政司司長於委員會討論中，針對「將第 15 條第 1 項之有選舉權人修正為選舉人」的委員提案曾作出說明：「有選舉權人不一定就是選舉人。因為有選舉權之後，我們尚須核對其戶籍資料是否正確，是否居住滿六個月以上，是否具有消極資格之限制等問題。選務機關本身並未掌握這些資料，戶政機關有這些資料，選務機關必須與戶政機關一一核對，故『有選舉權人』不宜修正為選舉人。²²³」

民國 72 年，立法院將動員戡亂時期公職人員選舉罷免法第 4 條之規定，修正為：「（第 1 項）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，並以戶籍登記簿為依據。」，首次明文將居住期間之計算以戶籍登記簿為依據。針對此一修正案，委員的討論主要聚焦在共同事業戶的投票資格與本法第 4 條、第 15 條第 1 項的適用關係。有委員指出，當時於古亭區公所設了一個共同事業戶的戶口，把過往台北市區內部分軍事機關的職業軍人戶口均寄在此共同事業戶之中，儘管部分軍人已調動或搬遷至他地，仍未清查其戶口。雖無證據指出他們於選舉時並未親自前往戶籍地投票，然而他們顯未於共同事業戶中有六個月以上的繼續居住事實，是否仍有投票權，非無疑問。²²⁴亦

²²² 動員戡亂時期公職人員選舉罷免法第 4 條「選舉人、候選人年齡之計算，以投票日前一日為準，並以戶籍登記簿為依據。居住期間之計算，以投票日前二十日為準，並以申報戶籍遷入登記之申請日期為準。重行選舉或重行投票者，均仍依原投票日計算。」

²²³ 立法院公報處（1980），立法院公報，第 69 卷第 66 期委員會紀錄，頁 62-63

²²⁴ 立法院公報處（1983），立法院公報，第 72 卷第 60 期委員會紀錄，頁 4-5。

有委員建議，共同事業戶應受到選罷法第 15 條六個月以上繼續居住事實的管制，沒有六個月以上的共同生活事實就要清查，執行單位亦應訂立細則決定如何清查。²²⁵另有委員認為，同一個戶口有許多家的情形眾多，可能是為了子女就學而遷戶籍，也可能是公司中無家眷者也寄在同一戶中。這種情形非常廣泛，將所有人編入選舉人名冊並不影響投票的公正，蓋選罷法規定，凡投票前二十日已登錄戶籍登記簿，依規定有選舉權者，應一律編入名冊。²²⁶

綜合以上立法過程的梳理，我們可以發現選罷法第 15 條第 1 項的繼續居住要件，不論在選罷法第 4 條規定的出現前後，皆有「實際居住」之意。然而，立法者並非透過直接審查有投票權人有無實際居住事實的方式確保僅有實際居住事實者有投票資格，相反地，選罷法第 4 條彰顯立法者於法律體系上預設了「戶籍遷徙登記可以正確反映實際居住情形」，進而使用戶籍作為實際居住要見的計算依據，間接地達到實際居住限制的目的。

然而，儘管戶籍法要求戶政機關應就戶籍遷入登記為實質審查，戶政實務上並未（如同立法者所設想）嚴格審查人民於戶籍遷入地有無居住事實。²²⁷此一立法預設與行政實務上的差距，造成了選舉人名冊上的合格選民與實際居住事實的連結受到威脅（上開委員討論提及的共同事業戶的投票資格爭議，即為適例）。從而，立法者希望透過刑法規範規制特定情形下的投票行為，以維持

²²⁵ 立法院公報處（1983），同註 224，頁 15。

²²⁶ 立法院公報處（1983），同註 224，頁 13。

²²⁷ 戶籍法第 17 條規定：「（第 1 項）由他鄉（鎮、市、區）遷入三個月以上，應為遷入登記。」、戶籍法第 23 條規定：「戶籍登記事項自始不存在或自始無效時，應為撤銷之登記。撤銷中華民國國籍之喪失或撤銷中華民國國籍者，亦同。」最高法院 91 年第 17 次刑事庭會議決議亦認為：「戶籍法所謂之遷出及遷入登記，並非僅指戶籍上之異動而已，實應包括居住處所遷移之事實行為在內，故如僅將戶籍遷出或遷入，而實際居住所未隨之遷移，本質上即屬不實，戶政事務所除可依上開規定科以行政罰鍰外，並得以其實際上無遷徙之事實，而逕行撤銷其遷入登記。」

選罷法第 15 條第 1 項實際居住限制的效力。²²⁸因此，本文認為，逕以選罷法部分規定將戶籍資料作為認定實際居住或編造選舉人名冊之依據為理由，斷言我國投票權的取得係採戶籍登記主義，不僅忽略了我國法上使用繼續居住的法律概念作為投票資格限制的立法真意，也未能認識到虛偽遷徙戶籍投票罪的處罰明文化所代表的意涵。

綜合以上說明，憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決對於選罷法第 15 條第 1 項與虛偽遷徙戶籍投票罪的關聯的理解，符合立法沿革中所彰顯的立法真意。我國司法實務以選罷法第 15 條第 1 項之規定解釋虛偽遷徙戶籍的要件，殊值贊同。從而，虛偽遷徙戶籍投票罪既旨在貫徹選罷法上的實際居住限制，自應將選罷法第 15 條第 1 項納入本罪行為規範，一併加以審查、檢驗。

第二項 基本權利的干預

第一款 選舉權

中華民國憲法第 17 條規定：「人民有選舉、罷免、創制及複決之權。」虛偽遷徙戶籍投票罪明確地將投票行為列為發動刑事責任的構成要件，自然產生了本罪構成選舉權之干預的看法。然而，文獻上另有不同看法認為，虛偽遷徙戶籍投票罪並未構成選舉權的干預，因而產生了有無選舉權的爭議，以及本罪究係干預了選舉權何等內涵的質疑，而有先予釐清的必要。

²²⁸ 除刑事禁止規範外，立法者亦有透過建立否定該次選舉結果之效力的救濟管道，維持選罷法上實際居住限制的效力。如公職人員選舉罷免法第 120 條：「（第 1 項）當選人有下列情事之一者，選舉委員會、檢察官或同一選舉區之候選人得以當選人為被告，自公告當選人名單之日起六十日內，向該管轄法院提起當選無效之訴：三、有第九十七條、第九十八條之一第一項、第九十九條第一項、第一百零一條第一項、第一百零二條第一項第一款、刑法第一百四十六條第一項之行為。」

首先，實際居住限制構成選舉權干預措施的主張認為，選舉的功能不僅在於人民對於統治合法性表示同意，更是人民對於公共事務表達意見的機會。²²⁹因此，選舉權不應只是被動權利，而應為主動、積極的權利。當所有候選人均非人民所屬意時，除放棄投票外，人民有權本於自由意願為政治意見的積極表達，而遷籍至屬意候選人的選舉區行使投票權即屬之。²³⁰簡言之，憲法保障的選舉權包含是否投票、於何處行使投票權及投票給何人的自由。²³¹從而，出於選舉動機而遷徙戶籍投票乃選舉權的具體展現，不應作任何立法限制性的操作，否則憲法保障人民選舉權的意旨將被摧殘殆盡。²³²

文獻上另有認為，憲法第 130 條僅就被選舉權設有「除本憲法及法律別有規定者外」的法律保留限制，而未及於選舉權，解釋上選舉權可被提升為「無法律保留之基本權」，僅得以憲法位階之規定、法益或論據界定其受保障的界限，而非能予以法律限制之。在此基礎下，選舉權的保障內涵及保護射程應盡可能從寬解釋，以符合憲法保障人民選舉權之意旨。²³³依選舉權與選舉制度交互影響理論，任何與行使選舉權相關的制度及程序，均可能對選舉權構成（違憲的）限制；與行使選舉權相關的制度及程序，乃憲法保障選舉權意旨的射程所及，而落入選舉權的保障範圍。因此，選區的劃分不僅牽動到選舉權的制度內涵，人民選擇於何選區行使選舉權的自由，亦屬選舉權的保障範圍，否則倘

²²⁹ 李惠宗（2000），同註 214，頁 44。

²³⁰ 柯耀程（2008），同註 77，頁 17。類似見解，參見，陳陸輝（2010），同註 202，頁 4。學者認為，未實際居住於戶籍地者在考量返鄉的成本後仍願意返鄉投票，足以證明其希望透過個人神聖的一票表達對於候選人的支持，基於憲法對於言論自由及選舉權的保障，自應予以尊重。

²³¹ 李惠宗（2000），同註 214，頁 45。類似見解，參見，劉邦繡（2023），刑法遷移戶籍妨害投票罪與憲法選舉自由權之糾葛——從最高法院 111 年度台上字第 550 號、臺灣高等法院高雄分院 111 年度上更二字第 16 號刑事判決談起，當代法律，第 16 期，頁 108。學者認為，選舉自由原則的內涵包含是否投票、在那裡行使投票及投票給誰之自由。

²³² 柯耀程（2008），同註 77，頁 17。

²³³ 李建良（2010），虛偽遷徙戶籍投票罪釋憲案說明會專家諮詢意見書，頁 7。

若選區劃分的權力掌握在國家手上而人民無相應的基本權利與之對抗，憲法保障選舉權的內涵即有因國家的恣意劃分而被掏空殆盡的危險。²³⁴

另一方面，實際居住限制非選舉權干預措施的主張大致上可以區分為二種不同的解釋進路。第一種解釋進路認為，實際居住限制的功能在於確定政治社群的成員範圍，此一限制要求有意加入地域性政治社群之人，必須以實際居住的方式付諸行動、表達政治認同，從而使政治社群得以確保其住民自治的整全性。²³⁵因此，不論非社群成員之人對於該社群事務是如何地關心、熟稔，皆無法因此取得投票權。²³⁶進步而言，選舉的意義在於使同屬一個政治社群的成員，對於與自身緊密相關的公共事務得表達各自的意見並參與事務的決行。²³⁷於一地欠缺實際居住事實之人，倘若無其他足堪認定為對該地許諾的行為，其主觀上是否有意成為該地政治社群的成員，已有可疑。此類行為人如於選後隨即遷出戶籍，拒絕與該地其他住民共同承擔選舉結果及當選者的治理成效或議政表現，其非該地政治社群成員的事實，尤為顯然。依此見解，實際居住限制作為選舉權的保障範圍，自然不構成對憲法保障選舉權的干預。

有問題的是，將實際居住限制理解為確定政治社群成員範圍的說法，與現行法間可能存在齟齬。現行法不乏賦予欠缺實際居住事實之人參與政治社群決策權利的規定，如選罷法第 20 條規定：「（第 1 項）投票日前二十日以後遷出之選舉人，仍應在原戶籍地之投票所投票。」、總統副總統選舉罷免法第 12 條第 1 項規定：「前條有選舉權人具下列條件之一者，為選舉人：二、曾在中華

²³⁴ 李建良（2010），同註 233，頁 7-8。

²³⁵ 蘇彥圖（2023），同註 57，頁 4-5。

²³⁶ 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。」

²³⁷ 詹森林（2023），憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決，詹森林大法官提出之部分不同意見書，頁 5。

民國自由地區繼續居住六個月以上，現在國外，持有效中華民國護照，並在規定期間內向其最後遷出國外時之原戶籍地戶政機關辦理選舉人登記者。」倘若認為於地方選舉中無實際居住事實者非社群成員，不得取得投票資格，則上開規定無疑會造成法律秩序的價值扭曲與衝突。²³⁸對此質疑，學者認為，在不掏空、顛覆住民自治的限度內，政治社群仍得基於正當考量，例外容許特定條件的非住民參與社群投票決策，這樣的例外更足以證明非住民原則上無投票資格，蓋如果沒有先透過住民資格限制界定地域性政治社群的成員範疇，擴大投票資格的制度即無所附麗。²³⁹

第二種解釋進路則認為，實際居住限制非選舉權的干預措施，而應理解為普通選舉原則的限制。申言之，憲法針對民主選舉僅就有限事項自為規定，因此，選舉權的享有及行使係以立法建構選舉制度為前提，難謂立法者就選舉權設定的取得或行使要件直接干預憲法保障的選舉權。然而，立法者有遵循憲法就選舉事項的自為規定，憲法第 129 條的普通選舉原則即屬適例。²⁴⁰普通選舉原則的憲法誠命旨在處理享有選舉權與被選舉權的對象，禁止立法者基於政治、經濟、社會或教育等理由而為選舉權或被選舉權的差別待遇，避免將特定群體排除於選舉之外。²⁴¹普通選舉原則是實現民主原則所植基之政治平等的前提，蓋唯有確保人民在取得選舉權時的平等地位，其投票價值才可能受到相同對待，使選舉結果得以有效轉介人民的個別意志為社群的總體意志，進而形成

²³⁸ 胡峰賓（2008），同註 207，頁 3。

²³⁹ 蘇彥圖（2023），同註 57，頁 5。

²⁴⁰ 蔡宗珍（2023），同註 206，頁 8-9。類似見解，參見，黃昭元（2023），憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決，黃昭元大法官提出之部分不同意見書，頁 3。大法官認為，選舉權涉及現代民主政治的根基，乃應受高度保障的重要憲法權利，然而，憲法及立法者對於選舉制度的內容亦有相當充分的形成空間，可制定選舉權資格的合理限制；反之，人民亦無從主張有「想在哪裡投票，就可以在那裡投票」的完全自主權。

²⁴¹ 蕭文生（2004），國家組織：第二講 選舉制度，月旦法學教室，第 15 期，頁 90。

並建構國家意志，以落實國家主權的民主政治。²⁴²選罷法第 15 條第 1 項對於選舉人資格的實際居住要求，使得沒有實際居住在特定選舉區的選舉權人無法取得該選舉區的選舉人資格，構成了對於普通選舉原則的限制。然而，普通選舉原則本來就不是不受限制的憲法原則，不平等的差別待遇只有在欠缺憲法上正當理由時，才會構成對普通選舉原則的違反。²⁴³

此外，針對實際居住限制與選舉權的關係，憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決一方面認為，「憲法第 17 條選舉權之保障內涵……解釋上也包括依自己意願選擇在何處投票之自由……虛偽遷徙戶籍投票罪所蘊涵之內容，乃只允許人民在其戶籍所在地……涉及對人民受憲法第 17 條所保障選舉權，尤其是依自己意願選擇在何選舉區投票之自由之限制。²⁴⁴」，另一方面則認為，「區域選舉無異於一個政治社群之選舉……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……基此考量，立法者乃於選罷法第 15 條第 1 項要求以實際居住於各該選舉區為取得選舉人資格之條件。²⁴⁵」依憲法法庭之見，實際居住限制在認定政治社群成員資格的同時也限制了人民依其意願選擇於何選舉區投票之自由，此一說法無疑會得到「無實際居住事實的非政治社群成員，其於該政治社群投票的權利同樣受到憲法選舉權之保障」的不合理結論。「若允許未實際居住之他者可以參與投票，則政治社群成員投票影響力勢遭稀釋，所稱政治社群成員自我治理之民主

²⁴² 蔡宗珍（2023），同註 206，頁 10。

²⁴³ 薛智仁（2009），同註 44，頁 92。類似見解，蕭文生（2007），普通選舉原則，月旦法學教室，第 62 期，頁 7。學者認為，普通選舉原則並非絕對禁止為任何區分，惟僅有在重大理由下才能限制普通選舉原則。

²⁴⁴ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 65 段。

²⁴⁵ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 69-70 段。

原則也將逐步遭破壞，終至形骸化。²⁴⁶」殊難想像未實際居住之他者的投票資格，在顛覆民主基本原則的同時，也受到憲法選舉權的保障，故憲法法庭在此混用了二種互斥的論述，有值得檢討、修正之處。



本文認為，將實際居住限制理解為選舉權保障邊界的主張，與我國現行選舉法制間存在齟齬，亦難以符合憲法保障選舉權的意旨。首先，由選罷法第 15 條第 1 項的整體結構觀察，可以發現立法者係將實際居住設定為有選舉權人取得投票資格的限制。在此一立法邏輯下，實際居住顯非人民享有選舉權的要件，毋寧是行使投票資格的條件。從而，倘若欠缺實際居住事實者自始欠缺受憲法保障的選舉權，則無法說明為何現行選舉法制需先劃定有選舉權人的邊界，再設定投票資格的取得要件。²⁴⁷再者，憲法對於人民基本權利的保障固然有其界線，然無可否認的是，基本權保障範圍的寬嚴認定標準，攸關基本權的保障程度。從嚴解釋基本權保障範圍，而將特定主體 / 行止排除在保障範圍之外，無疑使得人民自始喪失其權利受憲法保障的機會，且造成國家有恣意侵害人民權利的風險。²⁴⁸尤其選舉權作為國民參與公共事務決策的重要途徑，倘若允許國家恣意劃定選舉權的保障範圍，任意剝奪特定國民的選舉權，難認國民主權原則與民主原則的憲法誠命尚有獲得具體實踐的可能。因此，將實際居住限制理解為選舉權保障邊界的主張，在從嚴解釋基本權保障範圍的同時，也賦予了國家在劃定公共事務決策資格上有不受司法審查的絕對權力，應有違於憲法保障選舉權之意旨。

²⁴⁶ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 69 段。

²⁴⁷ 類似見解，李惠宗（2000），同註 214，頁 12。學者認為，選舉權與投票權略有不同，選舉權乃抽象的投票權，以具有某種資格為標準，係資格的問題。投票權是具體的選舉權，涉及選舉行政的選舉區技術性安排。實際居住限制屬投票權如何具體行使的問題，而非選舉權取得與否的問題。

²⁴⁸ 李建良（1997），基本權利理論體系之構成及其思考層次，人文及社會科學集刊，第 9 卷第 1 期，頁 59。

至於針對實際居住限制僅構成普通選舉原則之限制的主張，本文認為，仰賴法律具體化基本權利的內涵，無法得出該法律無違反憲法保障該基本權利意旨之可能的結論，且普通選舉原則的限制與選舉權的干預措施是否正當、合理的檢驗，其內涵尚屬有間，不具有包含關係。首先，儘管部分基本權利需藉助法律賦予人民權利，並將該權利的內涵加以具體化，人民方有實現並享有該權利的可能。然而，立法者在形成權利內涵的過程中，可能因法律所規範的權利範圍較憲法基本權利原先所保障的範圍小，以至於發生基本權侵害的現象。²⁴⁹因此，選舉權的取得及行使條件固然有賴法律建構選舉制度，惟此一事實尚不足以得出實際居住限制不可能干預憲法保障之選舉權的結論。申言之，倘若承認實際居住限制僅構成選舉原則限制的說法，則無疑會得出，國家在不違反憲法選舉原則的前提下，對於選舉制度所為任何措施，皆不受司法審查的不合理結論。再者，基本權利最初的作用在於對抗國家權力，以「國家的不作為」作為主要的訴求，此即基本權的防禦功能。²⁵⁰然隨著社會政經條件的變遷，在「人民的自由非有國家無以為之」的理念下，基本權利的訴求擴張至要求國家的積極作為，而生基本權的給付功能。從而，人民與統治權間的互動關係存在主動地位，人民有主動為國家所有作為並形成國家意思的自由，即參政權。²⁵¹在此理解下，即使人民參與政治決策的權利仰賴立法者建構選舉制度，仍不會因此得出選舉制度的內容無法構成選舉權的干預之結論。只要選舉規則動搖了人民對於統治權的主動地位，人民即得基於憲法保障選舉權之意旨，請求國家排除其形成國家意思的障礙。

²⁴⁹ 林三欽（2000），論基本權之侵害，收錄於：憲法解釋之理論與實務（第二輯），中央研究院法律學研究所，頁 443。

²⁵⁰ 李建良（1997），同註 248，頁 43。

²⁵¹ 李建良（1997），同註 248，頁 44-45。

另一方面，實際居住限制構成選舉權的干預，不足以涵蓋此一限制同時構成普通選舉原則之限制的性質。普通選舉原則的實現，是各種社會政經因素在漫長歲月中相互影響發酵後的結果。從經濟條件到性別條件的排除，普通選舉原則的意義在於讓選舉權人的範圍原則上及於全體國民，使國民資格等同於選舉資格，禁止將國民排除在選舉之外。因此，普通選舉原則本質上仍係平等原則在取得選舉權時的具體憲法誠命，牴觸普通選舉原則者，必然隱含對於平等原則的侵害。²⁵²如果接受以上說法，實際居住限制對於普通選舉原則的限制是否正當、合理的檢驗，本質上乃自平等原則觀點的審查，而與選舉權的干預此一比例原則觀點的審查尚屬有間，自無從以普通選舉原則之限制的審查取代選舉權干預的審查。

於說明主張實際居住限制非選舉權干預措施之不同解釋進路的不合理之處後，針對憲法法庭及文獻上「選擇於何處投票的自由」的說法，需受到詳細的檢視。倘若針對選擇於何處投票的自由加以分析，其意涵係指當一國範圍內存在複數、同等地位的選舉區時，人民有權利選擇於特定的選舉區行使投票權，參與該選舉區的政治決策。如果接受以上分析，則人民可以選擇投票的地域仍無法突破選舉權的保護範圍邊界——即國籍條件或國界限制。另一方面，在一國範圍內，原則上僅有地方自治存在數個同等地位的選舉區，因此，此一基本權利的內涵於建構上無法不將地方自治的特徵考量於內。²⁵³

²⁵² 蘇慧婕（2003），論國會議員產生方式之規範及其憲法界限——以人民的選擇自由為中心，
國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 39-40。

²⁵³ 於我國現行選舉法制中，僅有區域立委選舉為存在數個同等地位選舉區的中央公職人員選舉，惟考量後續論述的一致性，且區域立委選舉並非虛偽遷徙戶籍投票犯行所常見發生的選舉類型，後續論述皆以地方公職人員選舉作為討論重心，先予敘明。

地方自治，係指以一定地域為基礎的團體，其居民獨立於國家意志之外，而以其自身意思與責任，處理該團體事務的機制。²⁵⁴簡言之，地方自治最核心的二個要素，即是在「地域性政治社群」的範圍內，由社群成員「決定社群公共事務」。從而，在地方自治的脈絡下，我們可以將選擇於何處投票的自由理解為人民得「任意加入地域性政治社群」並「參與所屬社群事務決策」的權利。此二權利是否受到實際居住限制的干預，分述如下：

首先，本文認為實際居住限制應無干預人民任意加入地域性政治社群的權利。申言之，地方制度法第 15 條規定：「中華民國國民，設籍在直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）地方自治區域內者，為直轄市民、縣（市）民、鄉（鎮、市）民。」在此規定下，我國國民加入地域性政治社群僅需踐行戶籍遷入登記的程序，而無實際居住的要求。一種可能的想法是，戶籍法要求戶籍遷入登記的申請人須有實際居住於遷入地的事實，故加入地域性政治社群的基本權利於現行法下尚有受到實際居住限制。然而，於我國戶政實務中，戶政機關對於戶籍遷入登記並無就實際居住事實為實質審查，且現行法律秩序亦未試圖改變大量國民長期住籍不一致的現狀。因此，戶籍法上的實際居住限制難謂對於加入任意地域性政治社群的權利有何實質干預可言。另一方面，實際居住限制以人民具備實際居住事實作為取得所屬地域性政治社群投票資格的條件，虛偽遷徙戶籍投票罪則進一步將特定欠缺實際居住事實的遷籍投票類型以刑罰加以規制，從而，實際居住限制實際干預的權利應為人民參與所屬政治社群事務決策的權利。

綜合以上說明，基於國民主權原則，選舉權的保障應以我國國民為界限，不應將欠缺實際居住事實之國民排除在選舉權的保障範圍之外。再者，虛偽遷

²⁵⁴ 蔡茂寅（2000），地方自治之基礎理論，台灣本土法學雜誌，第 11 期，頁 6。

徙戶籍投票罪作為選舉權的干預措施，不會因為選舉權的行使仰賴立法制度設計或實際居住限制構成普通選舉原則的限制而失其基本權利干預性質。詳言之，在地方自治的框架中，我國國民應享有得加入任意地域性政治社群，並參與所屬地域性政治社群事務決策的權利。實際居住限制並未干預加入任意地域性政治社群的權利，僅剝奪國民於所屬地域性政治社群投票資格。就此而言，憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決雖於理由中混用了相互矛盾的論述，惟倘若將其所指「選擇於何處投票的自由」理解為參與所屬地域性政治社群事務決策的權利，應可贊同。

第二款 遷徙自由

中華民國憲法第 10 條規定：「人民有居住及遷徙之自由。」選罷法第 15 條第 1 項的實際居住限制除干預地域性政治社群成員參與社群事務決策的權利之外，是否也構成對憲法保障之遷徙自由的干預，文獻上存在不同看法。

肯定實際居住限制干預遷徙自由的主張，包含二種解釋進路。第一種看法認為，現行法強制人民將居住地登記為戶籍地，剝奪人民自由選擇戶籍地的權利。²⁵⁵依司法官釋字第 454 號解釋理由書之意旨，人民自由選擇戶籍地的權利乃遷徙自由的保障範疇。²⁵⁶憲法所保障的居住遷徙自由，係指人民有選擇其居

²⁵⁵ 107 年度憲二字第 96 號釋憲聲請書（2018），頁 24。相同見解，可見，會台字第 10956 號釋憲聲請書（2012），頁 8、會台字第 10957 號釋憲聲請書（2012），頁 3、111 年度憲民字第 3946 號釋憲聲請書（2022），頁 7-8。

²⁵⁶ 107 年度憲二字第 96 號釋憲聲請書（2018），頁 22-23。司法院釋字第 454 號解釋理由書：「憲法第 10 條規定人民有居住及遷徙之自由，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。……國人入境短期停留長期居留及戶籍登記作業要點第 7 點第 2 項規定：『在臺灣地區無戶籍人民申請在臺灣地區戶籍登記，有前項第一款至第六款情形之一者，得不予許可。但依第六點第一項第二款至第五款申請者，不在此限。』……上開戶籍登記相關規定……欠缺法律之依據，與憲法保障人民居住遷徙自由之意旨不符，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時，失其效力。」

住處所，營私人生活不受干預的自由，且有依其個人意願遷徙或旅居各地的自由。儘管戶籍地與居住地於事實上常未一致，然而，法律與事實間的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，因此，國家對於人民遷徙戶籍的限制自構成對於人民遷徙自由的干預。²⁵⁷詳言之，強制人民將實際生活重心之地登記為戶籍地，乃專制國家控制人民行動自由的制度，民主法治國家無實施此制度的必要。因此，人民僅有戶籍地址的登記義務，而無將實際生活重心登記為戶籍地的義務。²⁵⁸住居的變更既屬人民自由決定事項，法律無法任意加以干預或假藉任何理由予以限制。²⁵⁹況每個人的實際生活重心不限於也不可能限於一個，在此情況下，單一戶籍無從與實際生活重心相契合。考量眾多法律係以戶籍地作為權利義務的得喪變更依據，倘若戶籍地必須與實際居住地相符而不得任意選擇戶籍地，則人民無法滿足多元社會生活機能的需求。²⁶⁰綜合以上說明，戶籍法強制人民將實際生活重心登記為戶籍地，而虛偽遷徙戶籍投票罪又規制了未實際居住於戶籍地而投票的行為，足認實際居住限制構成憲法保障之遷徙自由的干預。

第二種解釋進路則強調，選罷法第 15 條第 1 項規定以人民有實際居住事實作為行使投票權的要件，使人民陷於遷徙或投票的兩難困境，故構成遷徙自由的干預。申言之，實際居住限制相當於以剝奪投票權的手段，懲罰任何在選舉日前四個月內變更生活重心的人民。理由在於，對於有意變更生活重心的人民來說，實際居住限制無疑是一種負面壓力——只要選擇於選舉日前四個月內搬家，即無法於新住居地投票，而僅得回原住居地投票。然而，原住居地可能因地區過於遙遠或其他原因而對人民造成不便，使得人民被迫於變更生活重心與

²⁵⁷ 李建良（2010），同註 233，頁 5。

²⁵⁸ 李惠宗（2000），同註 214，頁 40。

²⁵⁹ 柯耀程（2008），同註 77，頁 17。

²⁶⁰ 許玉秀（2001），同註 205，頁 24-25。

投票間作出選擇。²⁶¹在此觀點下，即使實際居住限制本身並未就遷徙權利的行使附加前提或條件，仍不應逕得出選罷法與戶籍法的連結適用結果不會造成遷徙自由的不合理限制之結論。簡言之，倘若人民為了確保自身能夠參與公共事務的法律上地位，而必須自行放棄或避免遷徙的發生，則取得投票資格的實際居住限制即與遷徙自由間存在緊張關係。²⁶²另有自虛偽遷徙戶籍投票罪的角度，指出以刑罰手段處罰無四個月以上居住事實的虛偽遷徙戶籍投票者，使得人民為了不被評價為虛偽遷徙戶籍，於選舉日前四個月的期間不敢遷徙戶籍；或使人民為取得特定選舉區的投票資格，而須搬離原生活重心地，在特定選舉區實際居住四個月以上。因此，虛偽遷徙戶籍投票罪使得國家於選舉日前四個月形同進入戒嚴狀態，使全國人民受到類似刑事訴訟法上的限制住居，不得擅自離開戶籍地否則即無從取得投票權，對人民遷徙自由的侵害甚鉅。²⁶³

此外，最高法院亦有裁判認為實際居住限制構成遷徙自由的干預，然未詳細說明其理由。如最高法院 97 年度台上字第 5311 號刑事判決：「選罷法第 15 條第 1 項規定之目的，即在於管理戶籍、維護社會秩序及選舉之公平性，為維護社會秩序之必要，而對人民居住遷徙自由所附加之限制。」、最高法院 101 年度台上字第 1237 號刑事判決：「上揭各選舉法律規定，既為維持社會秩序及增進公共利益所必要，符合憲法第二十三條所定之比例原則，不生牴觸同法第十條所揭示之人民居住遷徙自由保障問題；尤於原住民、離島、村里長等類之非多眾、小區域選舉場合，利用遷籍方式，虛偽製造投票權，故僅競數票，即有影響選舉結果可能，自非法之所許。」

²⁶¹ 廖元豪（2010），虛偽遷徙戶籍投票罪釋憲案說明會專家諮詢意見書，頁 2。

²⁶² 王怡婷（2013），同註 37，頁 33-34。

²⁶³ 107 年度憲二字第 96 號釋憲聲請書（2018），頁 23。類似見解，參見，會台字第 9433 號釋憲聲請書（2009），頁 4。釋憲聲請書認為，虛偽遷徙戶籍投票罪未考量行為人與選舉區有無連繫因素，強制公民不得將戶籍遷回家鄉，並於家鄉行使投票權，有違憲法保障選舉權及遷徙自由之意旨。

反對論者則分別回應上開二種解釋進路。首先，針對遷徙自由的保障範疇及於戶籍地的選擇自由之主張，文獻上有認為，遷徙自由的主要內涵係指人民享有在國境內的任何地點停留與選擇住所，以及基於此目的從事移動的自由。虛偽遷徙戶籍之人實際上無遷徙事實，其固然在行使消極的遷徙自由，但此一自由的內涵自始不包含向戶政機關隱瞞實際居住地的權利。²⁶⁴臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決亦採相同見解：「居住及遷徙自由權之內涵則在於人民有自由移居或旅行各地之權利；而所謂居住及遷徙，係指住居於某地或由甲地遷移至乙地而言。倘若非出於居住或遷徙之主觀意思，以及客觀上有居住某地或遷移某地之事實，即非屬居住及遷徙自由權之內涵所含蓋，自不受憲法所保障。……倘若無居住遷徙之事實，卻故意為不實之遷出、遷入登記申請者，因非屬憲法所保障居住及遷徙自由權之內涵所含蓋，並不具有防禦權之功能……人民雖有居住遷徙之自由，但並無虛偽戶籍登記之自由權。」

再者，針對實際居住限制造成選舉權與遷徙自由的緊張關係之主張，反對論者則強調，遷徙自由不僅保護人民改變所在地點的自由，也保護人民不改變所在地點的自由，只有在對於上述自由有所阻礙或損害時，如要求人民須滿足一定條件、取得許可或提出證明始得遷徙，才是對於遷徙自由的干預。在此觀點下，戶籍法賦予實際遷徙之人申報居住地點的義務，僅要求人民向戶政機關揭露其居住地點，而未對人民行使遷徙自由附加任何的前提限制。²⁶⁵自遷徙過程觀察，人民仍得依其意願自由遷徙，檢附遷入戶籍所需資料並辦理戶籍遷入登記，其營私人生活不受干預之自由並未受到限制。²⁶⁶選罷法第 15 條第 1 項規定以實際居住於戶籍地作為投票權取得要件，亦未限制人民不得自由遷徙，而

²⁶⁴ 薛智仁（2009），同註 44，頁 91。

²⁶⁵ 薛智仁（2009），同註 44，頁 91。

²⁶⁶ 法務部（2023），同註 55，頁 2。

是如果人民在選舉日前四個月內變更戶籍地（實際居住地），須承擔回到原選舉區投票的事實上不利，僅構成選舉權的干預。²⁶⁷而虛偽遷徙戶籍投票罪所稱的虛偽行為並非指涉遷徙戶籍的行為，而係指人民透過辦理戶籍遷入登記而取得戶籍地投票權的虛偽性。²⁶⁸本罪未處罰行為人遷徙戶籍至其實際居住地以外之處所的行為。²⁶⁹相反地，本罪旨在處罰虛偽遷徙戶籍者而為的「投票行為」，故虛偽遷徙戶籍投票亦不構成遷徙自由的干預。²⁷⁰

即使在擴張干預概念下，實際居住限制固然使於選舉前四個月內遷徙的人，必須承擔在原戶籍地投票的不利益，但此一不利益類似於搬家附隨的日常麻煩，並不會剝奪個人遷徙的可能性或使遷徙遭遇重大阻礙，因此難謂實際居住限制構成遷徙自由的干預。²⁷¹憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決亦採類似看法：「虛偽遷徙戶籍投票罪雖處罰虛遷戶籍而投票之行為，實質上並未就人民自由設定住居所及遷徙等權利予以限制，人民選擇戶籍地並加以登記之權利，並未因此受到影響，與人民受憲法第 10 條保障之居住遷徙自由無涉。²⁷²」

本文認為，戶籍登記本身並無獨立的基本權利干預屬性，而是由於其他法律以戶籍資料作為發動基本權干預措施的依據，造成戶籍登記干預基本權的表象。因此，戶籍地的選擇自由是否為憲法第 10 條居住遷徙自由的基本權保障內涵，此一爭議須探究的實則係以戶籍登記在其他法律中的衍生效果。依戶籍法第 4 條，戶籍登記包含初設戶籍登記、遷徙登記與其他事項的登記（如身分登記等），初設戶籍登記與遷徙登記的意義固然皆在於彰顯國家與國民的「地域

²⁶⁷ 中央選舉委員會（2023），同註 53，頁 4。

²⁶⁸ 蔡宗珍（2023），同註 212，頁 5。

²⁶⁹ 蔡宗珍（2023），同註 212，頁 7。

²⁷⁰ 李建良（2010），同註 233，頁 5-6。

²⁷¹ 薛智仁（2020），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，月旦裁判時報，第 102 期，頁 74。

²⁷² 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 78 段。

關聯」，然而，前者係強調國民居住於「國家實際統治範圍」的關係，因此初設戶籍登記多與出入境等權利相連結。²⁷³而後者所強調的則是國民居住於「特定地域性政治社群」的關係，因此遷徙登記往往影響到國民與地方政府間的權利義務關係內容。²⁷⁴

透過上述區分，我們可以觀察到，直接干預人民遷徙自由的法律係以初設戶籍登記資料為其依據，而遷徙登記則多發生在其他權利義務事項上。因此，對於司法院釋字第 454 號解釋所謂「戶籍設定攸關人民居住遷徙自由」的合理解釋，應為「初設戶籍登記攸關人民居住遷徙自由」而尚不包含遷徙登記的部分。從而，戶籍地的選擇自由僅係遷徙登記的問題，無法據以主張對上開自由的干預構成居住遷徙自由的限制。

至於第二種解釋進路的討論，則須先釐清對於基本權利干預概念的不同理解。申言之，由於基本權的原始目的在於防禦國家的侵害，古典干預概念強調國家行為必須具備下命性或強制性，且其行為須直接造成基本權的影響，在此理解下，構成基本權干預的國家行為通常僅止於處罰、禁止、管制等措施。²⁷⁵然今日國家行為多樣性下，國家可能實施間接操控或誘導的措施，倘若將基本權干預概念侷限於強制性、直接性的國家行為，在國家享有法律形式的選擇自由之下，勢必將大部分國家行為對於基本權的影響皆排除在干預概念之外，嚴重限縮基本權利的適用。²⁷⁶因此，基於擴張、廣義的干預概念，凡對人民基本

²⁷³ 如出入國及移民法第 5 條規定：「（第 1 項）居住臺灣地區設有戶籍國民出入國，不須申請許可。但涉及國家安全之人員，應先經其服務機關核准，始得出國。」

²⁷⁴ 如臺北市公立國民小學新生分發及入學辦法第 3 條規定：「（第 1 項）臺北市（以下簡稱本市）公立國民小學（以下簡稱國民小學）新生入學應依劃分學區列冊分發，學齡兒童（以下簡稱學童）之入學資格如下：二、設籍本市，且有居住事實者。」

²⁷⁵ 李建良（1997），同註 248，頁 62。

²⁷⁶ 蕭文生（2000），論基本權利侵害之救濟，收錄於：憲法解釋之理論與實務（第二輯），中央研究所法律學研究所，頁 476。

權的行使產生部分或全部的影響，即使是不具強制性、直接性的行為，仍應認構成基本權的干預。²⁷⁷具體而言，行為自由的影響類型，係指國家雖未命令或禁止人民為特定行為，然而，國家透過使實施該行為的人民需承受不利益結果的手段，促使人民產生不為該行為的動機。在這種類型中，國家行為雖未禁止或限縮人民在基本權保護範圍內的行為自由，卻使人民的行為自由獲得較大的困難或需承擔較大的成本，故於擴張、廣義的干預概念下仍構成基本權的干預。²⁷⁸在此觀點下，即使實際居住並非直接限制人民遷徙行動的條件，然倘若實際居住限制使得人民須因遷徙而承擔額外的不利益，仍造成遷徙自由的基本權利干預作用。

在擴張、廣義的干預概念下，人民返回原戶籍地投票的交通成本固然屬於對於遷徙自由的干預。有問題的是，此一負面壓力應無法歸結於選罷法第 15 條第 1 項的實際居住限制。質言之，選罷法第 17 條第 1 項及第 20 條第 1 項後段規定，選舉人原則上應於戶籍地投票所投票，但選舉人於投票日前四個月至投票日前二十日為戶籍遷徙登記者，仍應於原戶籍地的投票所投票。在此規定之下，不論人民是否實際居住於選舉區，原則上僅得於戶籍地投票而無法以「不在籍」的方式參與選舉。換言之，足以干預遷徙自由的交通成本係「選舉人投票地」的規定所致，而與「選舉人投票資格」的規定無涉。

因此，本文認為，實際居住限制對於遷徙自由所造成的干預應由三難困境的角度加以觀察。詳言之，倘若承認人民得自由加入地域性政治社群，並享有參與所屬地域性政治社群決策的權利，可以想像的是，實際居住於甲地的人民，如出於支持乙地特定候選人的動機，將戶籍遷入乙地加入乙地政治社群並

²⁷⁷ 林鈺雄（2007），干預保留與門檻理論——司法警察（官）一般調查權限之理論檢討，政大法學評論，第 96 期，頁 199。

²⁷⁸ 林三欽（2000），同註 249，頁 445-446。

希望參與乙地選舉，此時，該人民的選舉權、遷徙自由與人身自由即會因此陷入至少有一種基本權利受到限制的三難困境。具體來說，該人民可能被迫放棄參與乙地（所屬政治社群）決策的權利，也可能甘冒風險承擔虛偽遷徙戶籍投票罪的制裁效果，更可能被動地遷徙至乙地以建立四個月以上的實際居住事實。在現實生活中，人民為支持特定候選人而遷籍投票的動機有限，造成多數人民不會為了遷籍投票而犧牲其四個月以上的遷徙自由。然而，在空降候選人的情形中，由於人民遷籍參選與投票的動機提升，此時，實際居住限制對於人民的遷徙自由即產生了強而有力的引導作用，使得空降候選人除了於選舉區內建立四個月以上的實際居住事實外別無選擇。因此，儘管實際居住限制並非以直接性或強制性的方式影響，在擴張、廣義的干預概念下，仍難謂沒有構成遷徙自由的干預。²⁷⁹

綜合以上說明，戶籍遷徙登記雖非遷徙自由的保障範圍，惟虛偽遷徙戶籍投票罪造成人民陷於選舉權、遷徙自由與刑罰的基本權利干預之三難困境，於本罪行為規範的比例原則檢驗上，應同時將選舉權與遷徙自由考量於內，方足以完整評價本罪行為規範的基本權利干預情形。

第三款 平等權

中華民國憲法第 7 條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」一般認為，憲法上的平等概念可以區分為形式平等（formal equality）與實質平等（substantive equality），在比較憲法中，形式平等係指禁止不合理的法律上差別待遇，此一概念僅表彰消極性的歧視禁

²⁷⁹ 類似見解，參見朱青緯（2015），論刑法虛偽遷徙戶籍投票罪，國防大學管理學院法律學系碩士班碩士論文，頁 125。論者認為，政府基於維護個人法定政治投票權的行使，及法定的政治投票程序的圓滿進行與公正的投票結果，而處罰選舉幽靈人口，無形中，已經侵害人民的遷徙自由。



止，而不挑戰既有社會架構中的階級不正義；相反地，實質平等則指要求國家採取積極性的保障以減少既有的事實上不平等，積極平權措施（affirmative action）即屬適例。²⁸⁰簡言之，形式平等重視個人免於恣意分類對待的利益，實質平等則強調不同群體間的地位及權力問題。²⁸¹

關於虛偽遷徙戶籍投票罪干預平等權的討論，多聚焦於本罪構成要件所形成的處罰與否差別待遇，是否有違反形式平等的疑慮。²⁸²在確認是否存在差別待遇前，系爭事項須同屬一個規範系統，方有納入比對、掂量，進行同異之辨的可能性。²⁸³首先，以虛偽遷徙戶籍為構成要件，本罪在「虛偽遷徙戶籍」與「虛偽不遷徙戶籍」的情形下形成處罰與否的差別待遇。質言之，於我國選舉實務中有大量返鄉投票的現象，此類人民雖已將實際居住地遷徙至戶籍地以外的地區，惟未辦理戶籍遷出登記，而仍於投票日返回戶籍地所屬選舉區行使投票權。就返鄉投票行為的外觀而言，此類人民與虛偽遷徙戶籍之人皆於地域性政治社群欠缺實際居住事實。有問題的是，不論於新舊法時期，我國司法實務皆未有將返鄉投票行為論以犯罪行為。釋憲聲請書即認為，返鄉投票的人民，

²⁸⁰ 黃昭元（2009），平等權與自由權競合案件之審查——從釋字第六四九號解釋談起，收錄於：程序正義、人權保障與司法改革——范光群教授七秩華誕祝壽論文集，元照出版，頁45-46。

²⁸¹ 廖元豪（2008），平等權：第一講 憲法平等權之意義，月旦法學教室，第68期，頁52-53。值得一提的是，我國釋憲實務長期以來將形式平等與實質平等分別理解為「等者等之」與「不等者不等之」，然晚近釋憲實務似有認識到對於實質平等概念的誤用問題，而將實質平等的概念使用在檢驗立法者於法律文義字面規範外的適用結果，是否有隱藏在中立規範下的歧視現實，並予說明。

²⁸² 於部分虛偽遷徙戶籍投票案件中，行為人出生並成長於原住民部落或離島地區，因工作因素而將戶籍遷至都市，嗣後為支持原鄉特定候選人而將戶籍遷回原鄉。（如最高法院101年度台上字第1237號刑事判決、最高法院96年度台上字第5377號刑事判決）於此類案件中，倘若考量不同族群在戶籍遷徙與實際居住上的可能影響因素，實際居住限制在適用結果上即可能產生對於部分族群地位不平等的疑慮，惟實質平等的切入視角並非本文的研究重心，以下仍將以虛偽遷徙戶籍投票罪中的形式平等問題作為討論主軸，並予說明。

²⁸³ 李建良（2010），同註233，頁11-12。類似見解，參見，中央選舉委員會（2023），同註53，頁8。機關認為，選舉人與候選人的法律地位與本質並不相同，故立法者予以不同對待難謂違反平等原則。

不但可能不了解故鄉的發展狀況，更可能失去與故鄉休戚與共的認同，其投票行為顯然戕害民主選舉的精神。從而，本罪並未針對相同事務為相同的對待，形成差別待遇措施。²⁸⁴



再者，虛偽遷徙戶籍投票罪以「意圖使特定候選人當選」為構成要件，也在有無選舉意圖的虛偽遷徙戶籍投票行為間形成刑事責任上的差別待遇。申言之，倘若以民主正當性的觀點理解本罪保護法益，由於集體意志的形構所強調的是參與決策之人是否有其資格，不論行為人於戶籍遷徙時有無使特定人當選的主觀意圖，其無權投票行為已將自身意志揉合於整體意志之中，難謂對於民主正當性沒有妨害。²⁸⁵如果以選舉公正性的觀點理解本罪的保護法益，影響選舉公正性的關鍵應在於虛偽遷徙戶籍本身，即實質上住籍不一致的情形。不論人民主觀上的動機為何，住籍不一致的人民於戶籍地投票，必然一定程度上侵害選舉的正潔。²⁸⁶因此，本罪的意圖要件在功能上使得全部的法益侵害行為中僅出於選舉動機的虛偽遷徙戶籍投票行為會受到刑事追訴、處罰，未針對相同事務為相同的對待，形成差別待遇措施。

有問題的是，人民對於刑法規範中的差別待遇措施是否得主張受有平等權的干預，非無疑問。文獻上有認為，縱使釋憲者宣告刑法規範中的犯罪成立要件違反憲法平等保障的要求，立法者不論選擇將系爭行為「全部納入處罰範圍」或「全部排除刑事責任」，皆合乎平等保障的要求。從而，對於聲請釋憲的人民而言，倘若僅獲得「拉其他人下水一同受罰」的結果，無法改變其基本

²⁸⁴ 107 年度憲二字第 96 號釋憲聲請書（2018），頁 26。類似見解，參見，會台字第 9433 號釋憲聲請書（2009），頁 2、111 年度憲民字第 3946 號釋憲聲請書（2022），頁 9。釋憲理由認為，倘若戶籍地與實際居住地不同的人民，其投票行為構成妨害投票結果正確罪，則每次選舉中大量返鄉投票的人民豈不均有罪責。欠缺實際居住事實的返鄉投票行為同樣可能損及當選公職人員的實質代表性，其差別待遇難認具正當性。

²⁸⁵ 王怡婷（2013），同註 37，頁 180。

²⁸⁶ 林超駿（2010），同註 218，頁 30-31。

權受干預的狀態，根本沒有援引平等權的實益。²⁸⁷學者認為，倘若差別待遇係因分類標準涵蓋不足而違反平等原則，違法的人民不得主張「不法的平等」而享受違憲宣告的利益，免除違法責任。²⁸⁸



本文認為，平等權的核心概念既然在於禁止國家為任何恣意的差別待遇，國家自然有多種修正手段使法規範回復至無恣意差別待遇的平等保障狀態。以司法院釋字第 748 號解釋為例，釋憲者宣告國家在婚姻制度的保障上以性傾向為分類標準形成的差別待遇違反憲法保障平等權之意旨時，倘若不考慮其他憲法誠命，立法者除採取「保障各種性傾向所組成之婚姻」的立法模式外，採取「不保障各種性傾向所組成之婚姻」的立法模式亦未違反平等保障的要求。因此，平等保障本質上即存在多種達成方式，就修正方式的多樣性而言，刑法規範與其他規範並無差異。從而，我們只有透過納入其他憲法誠命的考量（如以比例原則檢驗基本權干預的正當性），才能排除那些「平等但不適當」的修法方式。²⁸⁹在此觀點下，以違反平等原則為由提起憲法審查的聲請人得否享受刑法規範違憲宣告的利益，無法單獨由平等原則的檢驗中得知，毋寧尚須加入比例原則等其他憲法誠命的觀點才能決定。然而，縱使是涵蓋不足的刑法規範，只要是法律秩序的一環即無豁免於平等原則檢驗的理據。如果平等保障、禁止恣意差別待遇是法規範應遵循的憲法誠命，即使人民以刑法規範涵蓋不足為由聲請憲法解釋只能得到「拉他人下水一同受罰」的結果，仍不應逕認為人民無法針對不平等的刑法規範提起憲法審查。簡言之，「不法的平等」之概念僅於個案適用上有其理據，尚無法構成拒絕人民聲請憲法解釋的理由。

²⁸⁷ 陳新民（2009），司法院釋字第 666 號解釋，陳新民大法官提出之協同意見書，頁 7-8。

²⁸⁸ 黃昭元（2000），信上帝者下地獄？——從司法院釋字第四九〇號解釋論宗教自由與兵役義務的衝突，台灣本土法學雜誌，第 8 期，頁 36。

²⁸⁹ 黃茂榮（2009），司法院釋字第 666 號解釋，黃茂榮大法官提出之協同意見書，頁 2。

綜合以上說明，憲法形式平等的要求禁止國家為法律上恣意差別待遇，虛偽遷徙戶籍投票罪在「虛偽遷徙戶籍」及「意圖使特定候選人當選」的犯罪成立要件上形成了對相似事務為相異法律評價的差別待遇。儘管刑法上的恣意差別待遇措施存有多種修正可能性，然而，即使是刑法規範涵蓋不足的類型，亦無法逕認違反刑法規範的人民欠缺受憲法保障的平等權。換言之，我們仍應檢驗系爭差別待遇措施是否符合平等保障的要求。

第二節 虛偽遷徙戶籍投票罪的比例原則審查

第一項 刑法規範的比例原則審查模式爭議

於我國釋憲實務中，以比例原則的審查體系檢驗刑法規範的合憲性，最早可以追溯至司法院釋字第 476 號解釋。本號解釋以憲法第 23 條之規定作為比例原則的憲法依據。²⁹⁰於論述中也可以窺見「目的正當」、「（手段）對於人民基本權利為必要之限制」等審查體系的雛形。自本號解釋以降，我國釋憲實務於眾多刑法規範的違憲審查中皆穩定地使用比例原則的審查體系進行基本權利干預合憲性的檢驗標準。

有問題的是，刑法規範在結構上可以區分為行為規範與制裁規範，前者係指限制人民行為自由之禁令或誠命，後者則指違反行為規範的制裁效果。關於行為規範與制裁規範於比例原則的審查上應分別檢驗或合併為之，文獻上存在不同看法。從而，於進行虛偽遷徙戶籍投票罪的比例原則檢驗前，針對刑法規範的比例原則審查模式爭議，應有先予探討的必要。

²⁹⁰ 中華民國憲法第 23 條：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」

主張行為規範與制裁規範應合併審查的看法認為，由於刑事制裁的發動必然連結到行為規範的違反，脫離制裁規範的行為規範，僅是一個無直接法律效果的禁止命令。違反行為規範所連結的法律效果，可能為道德勸說、民事賠償、行政管制或刑罰，單獨審查行為規範無從得知系爭行為管制是否違憲，而毋寧須將制裁規範一併納入考量，方能補充單獨審查行為規範的不足之處。因此，只有將行為規範與制裁規範包裹式地進行違憲審查，才能確認整合二者的刑法規範是否合於比例原則的憲法誠命。²⁹¹

另有學者認為，行為規範對於基本權的限制程度，必然涉及違反行為規範的法律效果，從而，不考量制裁規範就不可能完整說明行為規範的意義。以禁止誹謗的行為規範為例，其違犯的法律效果是民事賠償、行政罰或刑罰，無疑是受規範者決定是否發表誹謗言論的重要因素，因此，制裁規範的內容會影響行為規範對於基本權利的限制程度。另一方面，制裁規範限制基本權利的目的，看似僅在於維護行為規範的效力，然制裁規範所乘載的公共利益之重要性，仍會受到行為規範所欲保護的利益之重要性所影響。因此，制裁規範的違憲審查亦無法完全不看行為規範。基於行為規範與制裁規範的內在關聯性，如將二者分別審查，將會看不清刑法規範以刑罰手段達成保護法益的效果，以及刑法規範作為一個限制基本權的整體規範之特色。據此，刑法規範的比例原則審查應考量行為規範及制裁規範所限制的全部基本權。²⁹²

另一方面，主張行為規範與制裁規範應分別審查的看法則認為，誠然，沒有制裁規範的行為規範與沒有行為規範的制裁規範，皆難以想像發生基本權干預的作用，因此，行為規範的審查很難不同時論述刑罰手段；制裁規範的審查

²⁹¹ 許恒達（2020），同註 29，頁 20-21。

²⁹² 薛智仁（2021），通姦罪之憲法審查——評司法院釋字第七九一號解釋，成大法學，第 42 期，頁 13-14。

也很難不檢視制裁的原因規範。然而，行為規範與制裁規範所干預的基本權並不相同，應適用不同的審查標準，不能不分別審查。²⁹³申言之，對行為規範而言，目的合憲性的審查即足以證立其必要性，一個通過目的合憲性審查的行為規範，至少能說明其基本權的限制符合社會期待。至於選擇以刑罰手段作為制裁效果是否符合社會期待，則需透過制裁規範的審查決定。在分別審查的觀點下，倘若僅有制裁規範違憲，釋憲者可以僅免除刑罰的適用而毋庸宣告整個刑法規範違憲；反之，當行為規範違憲時，亦毋庸進一步審查無所附麗的制裁規範，即可宣告整個刑法規範違憲。²⁹⁴另有認為，行為規範與制裁規範的正當性並不相同。行為規範的正當性基礎在於「合比例的法益保護」，當立法者要制定一個歸責標準時，除須考慮規範所欲維護的利益是否正當外，尚須在利益保護與一般人的行為自由間進行利益權衡。²⁹⁵制裁規範的正當性基礎則在於「目的理性的法益保護」，對於過去已發生的案件而言，刑罰的制裁無論如何都晚了一步。²⁹⁶只有透過刑罰對未來產生預防效果，才能達到保護法益的目的。因此，刑罰的任務在於宣示行為規範的有效性且應被維持，藉以穩固一般人對於法秩序的信賴，預防未來發生法益侵害的事件。²⁹⁷

透過對於不同看法的初步梳理，我們可以發現，合併審查與分別審查的論者皆同意行為規範與制裁規範在基本權干預的作用上係脣齒相依的關係——行為規範對受規範者的拘束力來自制裁效果；制裁規範的基本權干預亦仰賴行為規範的違反作為發動條件。從而，二種審查模式間最大的分歧毋寧在於「分別

²⁹³ 許玉秀（2005），刑罰規範的違憲審查標準，收錄於：民主、人權、正義——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，元照出版，頁394-395。

²⁹⁴ 許玉秀（2005），同註293，頁395-396。

²⁹⁵ 蔡聖偉（2006），評2005年關於不能未遂的修法——兼論刑法上行為規範與制裁規範的區分，政大法學評論，第91期，頁356-357。

²⁹⁶ 蔡聖偉（2006），同註295，頁359。

²⁹⁷ 蔡聖偉（2006），同註295，頁361-362。

審查行為規範與制裁規範，是否會有考量的基本權不足的問題」，換言之，「行為規範與制裁規範各自干預的基本權是否明確可分」，即為合併審查與分別審查模式的最大分歧之處。倘若行為規範與制裁規範各自干預的基本權明確可分而不生漏未考量的情形，於比例原則檢驗時即可採取分別審查模式，各自檢驗行為規範與制裁規範的合憲性；惟倘若行為規範與制裁規範所干預的基本權相互交織，各自審查將產生漏未考量的疑慮，則於比例原則的檢驗時即應將二者合併考量。

就此問題，本文認為，行為規範與制裁規範發生基本權干預作用的情形各不相同，當受規範者遵守行為規範時，行為規範始會產生基本權干預作用；而當受規範者違反行為規範時，制裁規範始會產生基本權干預作用。在此觀察視角下，不同制裁效果固然會造成受規範者於遵守行為規範上程度各異的心理壓力，惟尚不會影響到行為規範的基本權干預程度。相反地，行為規範內容固然會決定受規範者是否須受到制裁效果的不利益，惟制裁規範的基本權干預程度仍僅以該罪法定刑為依歸。²⁹⁸以刑法第 310 條之誹謗罪為例，當受規範者遵守誹謗罪的規定，不發表誹謗言論時，不論本罪所連結的制裁效果是民事賠償、行政罰、罰金刑或自由刑，受規範者的言論自由皆受到完全的剝奪；而當受規

²⁹⁸ 一種可能的想法是，意志及想法不受到他人拘束的「意志決定自由」同樣也是憲法保障的基本權利，分別審查將會忽略不同制裁效果對於受規範者意志決定自由的不同干預程度，進而無法通盤考量刑法規範的基本權干預情形。本文肯定意志決定自由應受憲法保障，且其干預程度必然會受到不同制裁效果的影響，然而，意志決定自由的保障應可被一般行為自由所吸收，相同地，對於意志決定自由的干預不論多麼強烈，應皆可被完全評價於對一般行為自由的干預之中。從而，單獨審查對於一般行為自由的干預是否合乎比例原則時，即業已將意志決定自由的干預考量於內，應不生漏未考量的問題。

範者違反誹謗罪的規定時，其言論自由並未受任何干預，受干預者毋寧是誹謗罪制裁規範所連結的財產權或人身自由的干預。²⁹⁹

如果接受以上分析，由於行為規範的基本權干預作用係全有全無的問題，因此，不同的制裁效果尚無法影響行為規範的基本權干預程度。從而，分別審查行為規範與制裁規範應不會產生基本權不可分或將漏未審酌特定基本權利的問題。惟須特別說明的是，行為規範仰賴制裁規範產生基本權干預作用，制裁規範亦依靠行為規範填補發動條件，故行為規範與制裁規範無從分別審查，真正需要分別審查的客體乃行為規範與制裁規範所干預的基本權，亦即受規範者與刑法規範間的不同規範互動情形。³⁰⁰至於目的正當性的審查，由於刑法運用行為規範與制裁規範所欲達成的目的尚屬相同，應適於合併審查。³⁰¹

此外，本文認為，合併審查與分別審查的爭議並非單純檢驗程序繁簡的問題，由於合併審查將受規範者遵守與違反行為規範時的基本權干預情形一併置於比例原則的檢驗之中，實際上可能造成比例原則的檢驗困難。舉例來說，於必要性的審查階段，合併審查無法妥適地找尋所謂的「基本權較小侵害手段」究應比較一般行為自由或是制裁效果上的較小侵害手段；於衡平性的審查階段，倘若得出「一般行為自由及刑罰的基本權干預情形」與「規範目的」間輕

²⁹⁹ 一般而言，刑法的行為規範所欲干預的基本權僅為一般行為自由，惟在涉及處罰言論自由、性自主權等憲法上重要基本權利時，行為規範所干預的基本權利即可能因重要性提升而有提升審查密度的必要性。

³⁰⁰ 惟考量到行文上的便利，本文仍使用「行為規範的比例原則審查」與「制裁規範的比例原則審查」的用語。於本文脈絡下，前者係指行為規範所干預之基本權的比例原則審查，即受規範者遵守行為規範之規範互動情形的比例原則審查；後者係指制裁規範所干預之基本權的比例原則審查，即受規範者違犯行為規範之規範互動情形的比例原則審查，併予說明。

³⁰¹ 類似見解，參見，鍾宏彬（2009），同註 176，頁 144。論者認為，於目的正當性的審查時，由於刑法規範的最終目的在於保護法益而非保護規範，應將行為規範與制裁規範合併審查；於比例原則的審查時，由於行為規範與制裁規範的基本權干預不同，應將二規範分別審查。

重失衡的結論，我們亦無從知悉釋憲者究係認為系爭行為不應受到刑法規制抑或僅是制裁效果過當。

在本文分別審查的觀點下，行為規範的比例原則審查，其意義在於審查當受規範者遵守行為規範時，行為規範的基本權干預手段對於行為規範目的之達成是否合乎比例原則；制裁規範的比例原則審查，其意義則在於審查，當受規範者因違反行為規範而面臨制裁效果時，制裁規範的基本權干預手段對於制裁規範目的之達成是否合乎比例原則。³⁰²同樣以誹謗罪為例，倘若受規範者考量到誹謗罪的制裁效果，而決定不發表誹謗言論，此時，行為規範的比例原則審查即應判斷「禁止誹謗的行為規範對於言論自由的干預手段」與「避免因誹謗行為侵害他人名譽權的規範目的」間是否具適當性、必要性及衡平性；倘若受規範者因發表誹謗言論而面臨誹謗罪的制裁效果，此時，制裁規範的比例原則審查則應判斷「自由刑與罰金刑對於人身自由與財產權的干預手段」與「避免因誹謗行為侵害他人名譽權的規範目的」間是否具適當性、必要性及衡平性。

如果觀察我國釋憲實務針對刑法規範所為的比例原則審查，可以發現在基本權干預的認定上，似乎有採取分別審查的外觀。詳言之，部分解釋將審查重心置於行為規範所干預的基本權，如誹謗罪構成言論自由的干預（司法院釋字第 509 號解釋、憲法法庭 112 年憲判字第 8 號判決）、通姦罪構成性自主權的干預（司法院釋字第 554 號解釋、第 791 號解釋）、散布猥褻物罪構成言論及出版自由的干預（司法院釋字第 617 號解釋）、兒童及少年性交易防制條例就散布促使他人為性交易的訊息之刑罰構成言論自由的干預（司法院釋字第 623

³⁰² 或有認為，自刑法角度，制裁規範之規範目的專指刑罰目的，而行為規範之規範目的則指保護法益，惟本文認為，對於刑罰目的之不同理解，僅係制裁規範於手段上如何達成維護保護法益的相異看法，其所涉者為比例原則手段審查的問題，而非目的正當性的問題，故行為規範與制裁規範之規範目的尚屬相同。

號解釋）、證券交易法就證券投資顧問事業逾越業務範圍的刑罰構成職業自由的干預（司法院釋字第 634 號解釋）、野生動物保育法就獵捕野生動物的刑罰構成原住民文化權的干預（司法院釋字第 803 號解釋）。另一部分則強調制裁規範所干預的基本權，包含毒品危害防制條例（司法院釋字第 476 號解釋、第 544 號解釋、第 551 號解釋、第 790 號解釋、憲法法庭 112 年憲判字第 13 號判決）、妨害兵役治罪條例（司法院釋字第 517 號解釋）、商標法（司法案釋字第 594 號解釋）、公平交易法（司法院釋字第 602 號解釋）、電子遊戲場業管理條例（司法院釋字第 646 號解釋）、槍砲彈藥刀械管制條例（司法院釋字第 669 號解釋）、肇事逃逸罪（司法院釋字第 777 號解釋）、著作權法（司法院釋字第 804 號解釋）等法律中的刑罰規定構成人民財產權、人身自由乃至於生存權的干預。

釋憲實務針對不同刑法規範強調行為規範或制裁規範所干預基本權的理由，應係考量不同刑法規範存在違憲疑義之處有所差異。如著作權法上禁止以重製方法侵害他人著作財產權之規定，雖涉及言論、出版及職業自由的限制，然此一限制顯可通過比例原則的審查，故司法院釋字第 804 號解釋僅針對違犯重製規定的互動情形的違憲疑義進行討論，而將系爭規定的基本權干預定位在制裁規範的人身自由限制。³⁰³相反地，儘管野生動物保護法的刑罰規定涉及人身自由的限制，然其違憲疑義處在於受規範者遵守行為規範的互動情形，故司法院釋字第 803 號解釋未就制裁規範對於人身自由的干預進行論述，而將論述重心置於系爭規定行為規範所干預的原住民文化權。³⁰⁴

³⁰³ 司法院釋字第 804 號解釋：「著作權法第 91 條第 2 項規定『意圖銷售或出租而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 20 萬元以上 200 萬元以下罰金。』……有關以 6 月以上有期徒刑為最低度法定自由刑部分，與憲法第 8 條保障人身自由之意旨亦尚無違背。」

³⁰⁴ 司法院釋字第 803 號解釋：「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第 4 條第 3 項規定……有關非定期性獵捕活動所定之申請期限與程序規定部分，其中就

回到虛偽遷徙戶籍投票罪，憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決僅認為本罪構成選舉權的限制，而未提及人身自由或財產權等刑罰所造成的基本權利干預情形，應可認本號判決認為本罪違憲疑義主要在於行為規範本身。然而，考量文獻上對於本罪制裁規範亦有提出若干違憲疑義，且本號判決另有針對本罪未遂犯處罰規定進行違憲審查，故於本文分別審查模式下，以下將分別檢驗本罪的目的正當性、行為規範合比例性與制裁規範合比例性。

第二項 目的正當性的審查

在討論虛偽遷徙戶籍投票罪的規範目的是否可以通過目的正當性的審查前，針對刑法規範所要求的目的正當性程度，有先予說明的必要。文獻上有認為，考量刑罰係唯一可將違犯者長期隔離於社會，乃至於剝奪其生命的國家權力，且國家為應對犯罪，特設檢察官等刑事司法組織及獨立的刑事程序、機制，因此，刑法不僅是一種管制手段，更是特別屬性的國家權力。從而，立法者既選擇動用法律效果最具侵害基本權屬性的刑法制裁規範，其目的正當性的審查密度自應採較為嚴格的審查標準，亦即，刑法的規範目的不僅須合乎憲法價值，其所連動的利益更須符合重要性門檻，方為合憲。³⁰⁵在此觀點下，學者認為，刑法上的法益概念可作為提高目的正當性審查密度的標準。在法益理論下，純粹道德、宗教、風俗或倫理法則的違反，或是個人內在感情的冒犯，都不足以合理化刑罰之適用。因此，法益概念適於限制可動用刑法保護的利益，劃定絕對不得動用刑罰的禁區。刑法規範所保護的利益若無法符合刑法承認的法益，即不具有目的正當性，不得正當化刑罰的適用。³⁰⁶

突發性未可事先預期者，欠缺合理彈性，對原住民從事狩獵活動之文化權利所為限制已屬過度，於此範圍內，有違憲法比例原則。」

³⁰⁵ 許恒達（2020），同註 29，頁 28。

³⁰⁶ 許恒達（2020），同註 29，頁 28。類似見解，參見，李惠宗（2001），論比例原則作為刑事立法的界限——大法官釋字第五一七號解釋評釋，台灣本土法學雜誌，第 18 期，頁 30、

不同意見則認為，我國憲法第 23 條雖以例示的方式限制以法律干預基本權的適格目的，然上開目的皆為語意上高度開放性的抽象法律概念，容有多種解釋的可能性，因此，憲法對於目的正當性的要求至多僅得發揮消極界定的功能，除憲法明示或默示禁止的目的外，皆是合憲的立法目的。³⁰⁷自民主憲政秩序的觀點，立法者就其所欲達成之目的及使用之手段，只要不牴觸憲法的界限，應享有自由決定的空間。提高目的正當性之要求的說法，如果無法轉變為具有憲法強制性的理由，毋寧會牴觸立法者的行為自由。³⁰⁸因此，刑法規範的目的正當性要求，應僅以其所追求的公共利益不牴觸憲法價值為已足。³⁰⁹

我國釋憲實務針對制裁規範的目的正當性要求，於不同時期有採取相異審查密度的現象。早期釋憲實務採取寬鬆審查標準，即使系爭制裁規範涉及人身自由乃至於生存權的干預，仍僅要求規範目的須具「目的合理性」（司法院釋字第 476 號解釋、第 544 號解釋、第 551 號解釋）或處罰的行為須為「具社會侵害性之行為」（司法院釋字第 594 號解釋、第 602 號解釋）。然而，自司法院釋字第 646 號解釋以降，釋憲實務有提高審查密度的趨勢，提出以刑罰限制人身自由與財產權，其規範目的須為「保護合乎憲法價值之特定重要法益」（司法院釋字第 669 號解釋、第 777 號解釋、第 790 號解釋）。³¹⁰然而，儘管

蔡聖偉（2021），通姦罪的違憲審查——兼評司法院釋字第 554 號及第 791 號解釋，興大法學，第 29 期，頁 8。學者認為，鑒於刑罰的嚴厲，刑法規範的目的正當性審查應採較嚴格的審查密度，並以法益理論進行把關。換言之，只有當刑法規範所追求的目的具有法益適格性時，始須進入比例原則的審查。

³⁰⁷ 許澤天（2010），同註 353，頁 271。

³⁰⁸ 薛智仁（2021），同註 292，頁 30-31。

³⁰⁹ 薛智仁（2021），同註 292，頁 32。

³¹⁰ 晚近釋憲實務似有不再強調刑法規範目的重要性，轉而強調自由刑之刑度高低，應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相稱，始符合憲法罪刑相當原則，而與憲法第 23 條比例原則無違（司法院釋字第 804 號解釋、憲法法庭 112 年憲判字第 13 號判決）。惟於上開法規範審查中，釋憲實務於論述中仍指出系爭規定所追求的目的屬「重要公共利益」（司法院釋字第 804 號解釋）、「特別重要公共利益」（憲法法庭 112 年憲判字第 13 號判決）。因此，釋憲實務對於刑法規範目的正當性的標準仍有待持續觀察。

存在寬嚴不一的審查密度，釋憲實務於個案中未曾作出「制裁規範目的違憲」的宣告。事實上，綜觀針對各領域之法律所為的比例原則審查，我國釋憲實務鮮少逕行針對基本權干預措施宣告規範目的無法通過目的正當性的審查。³¹¹

本文認為，我國釋憲實務針對基本權利干預措施，會因為基本權利的重要性與干預程度的不同，而異其目的正當性程度的要求。基於刑法規範本身的特殊性，刑法規範造成的基本權利干預程度非屬於輕微影響，因此應有提高目的正當性要求的必要。再者，較高的目的正當性要求也可以形成一個明確的憲法誠命，提醒立法者在決定要規制特定行為時，必須將其規制的目的正當性納入考量，而不應逕以刑罰的制裁效果作為基本思考邏輯。

針對虛偽遷徙戶籍投票罪之目的正當性程度要求，憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決認為，「鑑於選舉為民主國家中，公民參與政治最重要之管道，人民之選舉權自應受高度保障……國家如基於特定之考量，採取管制手段乃至於刑事制裁，而涉及限制部分人民選舉權之行使，則其目的須為追求特別重要之公共利益……始符合憲法第 23 條比例原則之要求。³¹²」本號判決似綜合考量本罪的行為規範構成選舉權的干預，且以刑罰作為制裁手段，進而得出規範目的須為追求特別重要公共利益的結論。在本罪公共利益的評價上，憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決認為：「選罷法與戶籍法相關規定固要求選舉人須在選舉區設有戶籍並實際居住，然我國公職人員選舉實務上卻經常發生為數眾多原戶籍於特定選舉區外之人，藉由虛遷戶籍方式取得選舉人資格參與投票。鑑於此

³¹¹ 我國晚近釋憲實務正面宣告目的違憲者，可參見憲法法庭 112 年憲判字第 1 號判決：「系爭規定之立法目的所欲維護者為傳統、舊慣，此等傳統、舊慣認祭祀公業之派下員以男系子孫為限；在無男系子孫之情形，女子以未結婚者為限或排除未冠母姓者，明顯係出於性別歧視且係以歷史性刻板印象為分類，因而對未列入派下員之其餘祭祀公業設立人之女系子孫，形成不當差別待遇。即系爭規定欲以立法肯認者，乃帶有性別歧視之傳統、舊慣，其目的難謂為重要公益。」

³¹² 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 61 段。

類未實際居住於該選舉區之虛遷戶籍者，與作為政治社群之該選舉區真正成員間不具休戚與共之利害關係，往往僅因人情請託、政治動員乃至期約賄選，而虛遷戶籍取得投票權而至該選舉區投票，不惟稀釋與選舉區有實質利害關係之政治社群成員所投選票之影響力，亦使同選舉區其他候選人因無從透過政治理念之說服或個人特質等公開競爭之方式爭取其選票，而造成不公平之競爭……立法者因而增訂虛偽遷徙戶籍投票罪，以刑事禁止規範禁止意圖使特定候選人當選，以虛遷戶籍取得投票權而為投票之行為。如前述，其目的在避免扭曲選舉競爭秩序，以確保民主正當性與公正性，進而維護政治社群民主最根本之自我治理原則，自可認係為追求特別重要之公共利益，核屬正當，於憲法上並無可非難之處。³¹³」本號判決由避免扭曲選舉競爭秩序出發，推演至確保民主正當性與公正性，最後得出本罪規範目的在於「維護政治社群民主最根本之自我治理原則」，並肯認其屬特別重要之公共利益。

本文認為，本號判決一方面要求虛偽遷徙戶籍投票罪的規範目的須為特別重要之公共利益，另一方面卻透過層層推論的方式，得出自我治理原則乃特別重要之公共利益的結論，可能產生架空目的正當性之檢驗的風險。毫無疑問地，基於國民主權原則的憲法誠命，社群成員自我治理的實踐自屬特別重要之公共利益。然而，不難想像的是，現行有效的選舉規則皆可以透過釋憲者的縝密說理及層層推論，最後連結到人民自我治理的上位價值。倘若釋憲者的功能僅在於提出連結選舉規則與人民自我治理原則的論述，縱使釋憲者要求規範目的須保護特別重要之公共利益，仍難以期待選舉規則的目的正當性檢驗可以發揮實質篩選的功能。

³¹³ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 71 段。

另一方面，在本文的信賴觀點下，虛偽遷徙戶籍投票罪的規範目的，在於確保政治社群成員對於投票結果不具可操縱性的信賴，而集體信賴的維持乃維繫民主政治共同體不可或缺的條件。³¹⁴因此，倘若以信賴觀點建構虛偽遷徙戶籍投票罪的規範目的，應可被評價為特別重要之公共利益，而符合目的正當性的要求。

第三項 行為規範的審查

第一款 構成要件效力與適當性

一般認為，適當性的審查要求限制基本權的手段必須適合於所追求公共利益目的之達成。³¹⁵虛偽遷徙戶籍投票罪的行為規範對於選舉權與遷徙自由的干預，是否有助於規範目的之達成，即有探求餘地。

首先，文獻上有質疑，在行政處分的構成要件效力下，本罪行為規範的基本權干預措施欠缺適當性。詳言之，行政程序法第 110 條規定：「（第 3 項）行政處分未經撤銷、廢止，或未因其他事由而失效者，其效力繼續存在。」即使承認人民有將實際生活重心登記為戶籍地的義務，在戶政機關依法將虛偽的戶籍遷入登記撤銷前，該戶籍登記仍屬「違法但有效」的行政處分。³¹⁶因此，立法者既於選舉法制中以戶籍登記作為認定選舉人資格的形式依據之一，在該戶籍未註銷前，自應繼續承認其形式效力並據以為認定有無選舉人資格的形式依據。³¹⁷反面而言，選務機關如果要否定此類人民的投票資格，亦應以註銷戶

³¹⁴ 關於信賴觀點的詳細說明，參見第二章。

³¹⁵ 許宗力（2007），法與國家權力（二），頁 125，元照出版。

³¹⁶ 陳錦華（2003），論「非現住人口」投票行為之法律效果與法規範評價之盲點，警學叢刊，第 34 卷第 1 期，頁 220。

³¹⁷ 黃昭元（2023），同註 240，頁 2。

籍登記的方式為之。³¹⁸從而，倘若戶政機關消極不作為，則人民依選舉人名冊所實施的投票行為應屬合乎法律秩序的行為，將憲法保障的合法行為評價為刑法上的違法行為，不僅顯然矛盾且不合理。³¹⁹況以戶籍登記為依據的選舉人名冊編造確定後，即生行政處分的形式存續力及構成要件效力，有拘束行政機關、相對人及法院的效力。此時，刑事法院應受選舉人名冊的構成要件效力所拘束，不得審查虛偽遷徙戶籍是否使行為人的投票資格產生不實。³²⁰更有認為，任何國家機關皆不得在選舉人名冊確定後再指摘虛偽遷徙戶籍投票行為係屬不法，蓋此顯非法治國家依法行政所應有之作為。³²¹在上開觀點下，刑事法院應受有效的戶籍遷入登記與選舉人名冊等行政處分所拘束，不得認定虛偽遷徙戶籍投票的行為人有何刑事不法，則本罪顯然無助於規範目的之達成而欠缺適當性。

不同意見則認為，選舉人名冊僅具有確認選舉人資格的效力，不會改變無實際居住事實之人欠缺投票資格的事實。況行政處分的構成要件效力，係以行政機關或法院所為的其他決定須以該行政處分所創設或確認的法律關係為構成要件要素作為前提，而非對任何行政機關及法院的決定皆有拘束力。妨害投票結果正確罪的詐術行為模式，其要素並非判斷未經確認投票資格的投票行為，而是所有依據選舉規則不具備投票資格的投票行為，因此，刑事法院只需要判斷投票行為是否合乎選罷法等規定，而不受選舉人名冊效力拘束。³²²另有認為，基於權力分立原則，構成要件效力固然要求法院須尊重機關的處分權限，即使選舉人名冊有實體違法的瑕疵，在處分撤銷前仍不應對「投票權的有無」

³¹⁸ 李惠宗（2000），同註 214，頁 42。

³¹⁹ 陳志祥（2008），論「幽靈人口」之法律變遷，全國律師，第 12 卷第 6 期，頁 70。

³²⁰ 李惠宗（2000），同註 214，頁 42。

³²¹ 董武全（2008），同註 208，頁 26。

³²² 薛智仁（2009），同註 44，頁 90。

自為認定，但這不代表法院也必須受到選務機關就「行為人有無實際居住事實」的認定之拘束，行為人是否利用虛偽資訊使機關作成反於真實的選舉人名冊，刑事法院自有權審查。³²³



行政處分乃行政機關履行行政任務最常運用的單方高權措施，只要有效的行政處分合法送達於相對人與利害關係人，其規制內容即對外發生法律效果，成為「個案中之法」。立基於行政權有效貫徹的思維，行政處分合法性與有效性的脫鉤，成為行政法制上的穩定見解。³²⁴基於對國家組織法上機關權限分配秩序的尊重，國家機關行使公權力，倘若須以其他機關業已作成的有效行政處分為前提，原則上不得否認或背離該處分的既存與效力，應以其規制內容作為行使公權力的構成要件事實，並於此基礎上行使其法定權限，此乃行政處分的構成要件效力。³²⁵然而，倘若國家機關依職權得對於行政處分的合法性進行審查，則此時依法行政的公益性應大於國家一體性的公益性，應優先受遵循與貫徹，自不生構成要件效力可言。³²⁶

本文認為，刑事法院雖無審查、推翻違法行政處分效力的權限，惟倘若由虛偽遷徙戶籍投票罪的制定脈絡觀之，立法者既希望透過以刑法規制此行為的方式，維護選罷法上實際居住限制的規範效力，則對於違反選罷法第 15 條第 1 項之規定，將無投票資格者編列進選舉人名冊的違法確認處分而言，應認依法行政的公益性顯大於國家一體性的公益性，此時，刑事法院自不受構成要件效力所拘束，得依職權認定行為人是否有意圖支持特定候選人而虛偽遷徙戶籍投

³²³ 王怡婷（2013），同註 37，頁 150。

³²⁴ 詹鎮榮（2023），行政處分構成要件效力適用之省思——以行政法院相關裁判為觀察，月旦法學雜誌，第 334 期，頁 114-115。

³²⁵ 詹鎮榮（2023），同註 324，頁 119。

³²⁶ 詹鎮榮（2023），同註 324，頁 124。

票的犯罪行為。就此而言，違法但有效的戶籍遷入登記或選舉人名冊，尚不致使虛偽遷徙戶籍投票罪的行為規範無法成為達成規範目的之有效手段。

除構成要件效力的質疑外，文獻上另有認為，投票乃行使選舉權、表達政治意見的具體方式，於無實際居住事實的選舉區投票不可能侵害他人利益、公共利益或妨害社會秩序。³²⁷人民因戶籍設定所生的權利義務關係均反映於其身上，且現代社會中未實際居住於戶籍地者比比皆是，難謂人民於無實際居住事實地的設籍、投票行為妨害社會秩序。³²⁸

上開說法主要著眼於回應以民主正當性或選舉公正性觀點論述虛偽遷徙戶籍投票罪規範目的之說法，固非無見。然而，倘若將本罪規範目的理解為確保政治社群成員對於投票結果不具可操縱性的信賴，則實際居住限制應屬適於達成上開目的之有效手段。詳言之，於我國過往選舉實務中，可以觀察到部分人民雖形式上取得特定政治社群資格，惟其主觀上並無加入該政治社群的想法，其與政治社群公共事務的唯一參與僅在於投票，這些人民僅係被用來影響投票結果的工具。³²⁹以坪林鄉長案為例該次選舉競爭激烈，全鄉人口在選舉前由 3000 餘人暴增至 12000 餘人。³³⁰可以想見的是，於選區規模小、投票率較低的基層村里長選舉中，每一票的價值變得非常重要，使得參選人有很大的動機動員支持者參與選舉，誰能動員更多的選民遷入戶籍參與投票，誰的勝算就更大。³³¹在這種選舉現狀下，「動員他人遷入戶籍參與投票」的因素儼然成為影響投票結果的決定性因素，在極端情況下（如前開坪林鄉長案），只要動員的人數夠多，候選人即使未獲任何非選前遷入者的青睞，仍然足以成為投票結果

³²⁷ 許玉秀（2001），同註 205，頁 26。

³²⁸ 柯耀程（2002），同註 209，頁 46。

³²⁹ 王金壽（2010），同註 60，頁 3-4。

³³⁰ 關於坪林鄉長案的詳細始末，詳見第一章第一節。

³³¹ 陳陸輝（2010），同註 202，頁 3-4。

上的當選者。此時，立法者透過虛偽遷徙戶籍投票罪重申實際居住限制的效力，足以大幅增加動員投票的難度，蓋被動員者原先僅須於選舉日前四個月將戶籍遷入選舉區內，此後則須進一步於該選舉區建立四個月的實際居住事實，在成本考量下，應足以削弱「動員他人遷入戶籍參與投票」此因素對於投票結果的影響力，進而確保人民對於當選結果不會受到上開因素操縱的信賴。就此而言，實際居住限制係達成規範目的之有效手段。

第二款 選舉賄賂與必要性

再者，必要性的審查則要求立法者應於所有同樣適合達成目的之限制基本權手段中，選擇對基本權限制的最小侵害手段為之。³³²於人民遵守虛偽遷徙戶籍投票罪的規範互動情形中，可能造成人民參與所屬政治社群事務決策權利與遷徙自由的干預，已如前述。有問題的是，實際居住限制是否為有效達成規範目的之基本權最小侵害手段，文獻上有自選舉賄賂的觀點提出質疑。詳言之，我國各類公職人員選舉中，選民投票傾向易受候選人、媒體或坊間耳語的操弄，因此，選舉賄賂、配票棄保、黑函攻訐的選舉舞弊情形層出不窮。其中，傳統賄選不僅難以掌握受賄者的投票行動與內容，亦為偵查機關所查獲，候選人為提高買票的投資報酬率，遂以虛偽遷徙戶籍投票作為新型態的選舉賄賂——事先於其他選舉區網羅有特定投票傾向之人，並協助代辦戶籍遷入登記，使其成為受特定候選人掌握的投票部隊。³³³因此，虛偽遷徙戶籍投票案件本質上係候選人及其樁腳為規避選舉賄賂罪之規定，以一定的對價遂行選舉舞弊的行為。³³⁴依此見解，虛偽遷徙戶籍投票行為的處罰須顧及戶籍遷徙的背景因素，

³³² 許宗力（2007），同註 315，頁 127-128。

³³³ 宋福堂（2013），全家都是「幽靈人口」？——論新增刑法第 146 條第 2 項規定之正當性，中原大學財經法律學系碩士論文，頁 7-8。

³³⁴ 宋福堂（2013），同註 333，頁 75。

真正具有可罰性的類型，係基於對價關係而為戶籍設定，以實現此種政治約定的投票行為。³³⁵

刑法第 144 條規定：「對於有投票權之人，行求、期約或交付賄賂或其他不正利益，而約其不行使投票權或為一定之行使者，處五年以下有期徒刑，得併科二十一萬元以下罰金。」於遷徙戶籍投票受賄案件中，候選人與其他選舉區的選民建立對價關係時，尚未為戶籍遷入登記的選民尚不該當「有投票權之人」的要件，故有制定其他規定填補漏洞的必要，且虛偽遷徙戶籍投票罪即為立法者所採取的手段。³³⁶

綜觀各國選舉實務，常見的動員投票有透過「選舉賄賂」或「政黨號召」二種類型。因此，上開見解主張選舉法制中僅須有針對選舉賄賂類型的限制，即隱含著「政黨號召的遷籍投票行為」與政治道德觀尚無違背想法。³³⁷文獻上有認為，實質公平的定義涉及選舉規則的內容，政黨號召的遷籍投票行為造成的不公平結果，僅係違反選舉規則的衍生評價，倘若在另一套選舉規則底下，此一現象即可能有不同的評價。³³⁸另有認為，任何政黨為達勝選目的，皆有權利實施一定程度的選民動員，當同等地位的地方選舉皆在同日舉行時，動員選民遷入戶籍參與投票與動員選民於本區投票具有相同的正當性。³³⁹簡言之，政黨號召的遷籍投票現象僅造成局勢的改變，尚非不正確的投票結果。³⁴⁰

³³⁵ 柯耀程（2008），同註 77，頁 19。類似見解，參見，李建良（2010），同註 233，頁 10。學者認為，人民為支持特定人，本於自由意志遷徙戶籍進而為投票行為，係行使憲法上權利之正當行為。系爭規定所欲導正者，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。

³³⁶ 宋福堂（2013），同註 333，頁 68-69。

³³⁷ 蘇彥圖（2023），同註 57，頁 13。

³³⁸ 許玉秀（2001），同註 205，頁 29。

³³⁹ 林超駿（2010），同註 218，頁 40-41。

³⁴⁰ 李惠宗（2000），同註 214，頁 46。

本文認為，虛偽遷徙戶籍投票罪旨在填補選舉賄賂罪的說法應存有商榷餘地。依最高法院 90 年度第 6 次刑事庭會議決議：「若猶拘泥於狹隘之字義解釋，謂刑法第 144 條所謂之『有投票權之人』，須一律以行賄、受賄時已現實具有『有投票權人』之資格者為限，而排除其中於行賄、受賄當時尚未取得投票權，惟事後已取得投票權之人於其外，則類此提前賄選之行為，法律即無從予以約制處罰，無異鼓勵賄選者提前為之，以為脫法，顯非立法本意。正副議長選舉之賄選情形，其提前賄選之雙方……待日後果當選縣市議員而取得投票權時，犯罪構成要件即屬成就，而成為現實的『有投票權之人』。」上開決議雖係針對議長選舉中提前賄選的情形，惟最高法院亦有於一般公職人員選舉案件中運用相同思維，如最高法院 96 年度台上字第 410 號判決：「提前賄選之行為，雙方於行賄、受賄當時，均預期於有意參選之人成為候選人後，再由受賄之主體即有投票權之人履行投票選舉該特定候選人之約定條件，而完成其犯罪行為。故於行賄、受賄時，縱候選人尚未登記參選，惟於日後該有意參選者成為候選人；受賄者成為有投票權人之時，犯罪構成要件即屬成就，並不因其賄選在先，而影響犯罪之成立。」儘管文獻上對於上開見解有所批評。³⁴¹然而，實務既肯認受賄者於選舉賄賂時點毋庸為有選舉權人，則虛偽遷徙戶籍投票的行為人縱使於遷籍前收受賄賂，仍無法達脫免選舉受賄罪的目的。因此，在受有選舉賄賂而遷籍投票的案例中，選舉賄賂罪於實務見解下無規範漏洞可言，虛偽遷徙戶籍投票罪旨在填補其規範漏洞的說法即失其理據。

再者，學者認為，允許政黨動員選民遷入戶籍參與投票的做法與黨派性選區劃分（Gerrymandering）一樣，反轉了選民選擇政治代表的代議民主原則，使得政治代表可以反過來選擇選民。考量不是所有競爭者都具備相同的選民動

³⁴¹ 對於上開最高法院決議的檢討，參見，蔡聖偉（2011），所謂的「提前賄選」行為——評最高法院九十四年度台上字第 1059 號刑事判決，月旦裁判時報，第 10 期，頁 162-166。

員能力，允許政黨動員選民遷入戶籍參與投票，往往不會有公平的政治競爭可言，即使主要政黨間有著勢均力敵的選民動員能力，仍將扭曲選舉區的政治競爭、亦有可能加劇全國層次的政治極化。³⁴²



本文認為，於避免減損政治社群成員對於投票結果不具可操縱性之信賴的規範目的下，候選人與部分選民間的對價關係固然可能成為一種長期穩定且對投票結果具有決定性影響的因素，而有規制的必要。惟動員其他選舉區的選民未必與選舉賄賂行為具有必然關係，倘若將選舉賄賂罪視為較小侵害的替代手段，無異於承認候選人得以金錢以外的其他因素動員選民遷籍投票，在此情形下，是否仍足以維繫既有的政治社群成員對於投票結果不具可操縱性的信賴，實非無疑。因此，選舉賄賂罪的規範目的固然與虛偽遷徙戶籍投票罪具有相當性，惟二者所欲排除的因素尚不相同，難謂選舉賄賂罪為相同有效的較小侵害手段，故虛偽遷徙戶籍投票罪的行為規範應具有必要性。

第三款 政治社群規模與衡平性

在肯認虛偽遷徙戶籍投票罪的行為規範具有適當性及必要性後，政治社群規模因素對於實際居住限制的衡平性亦有討論必要。衡平性的檢驗目的係於相衝突的利益間劃定界限，使二者皆能獲得最佳的實現，因此，對相衝突的利益而言，一者不被實現或被影響的程度越高，另一者的實現重要性即須隨之提高。³⁴³虛偽遷徙戶籍投票的犯罪行為多發生在規模較小或層次較低的選舉區中，如村里長選舉或縣市議員選舉，蓋大規模選舉區中的選舉人數量相當多，虛偽遷徙戶籍的動員方式倘若要影響當選結果，有一定的困難性。³⁴⁴然而，晚

³⁴² 蘇彥圖（2023），同註 57，頁 14。

³⁴³ 許澤天（2010），同註 353，頁 291-292。

³⁴⁴ 王金壽（2010），同註 60，頁 3。

近發生的【桃園市長案】使得大規模選舉區進入了虛偽遷徙戶籍投票罪的視野中。³⁴⁵一種可能的想法是，由於規模較大的政治社群擁有為數眾多的成員，即使存在零星的虛偽遷徙戶籍投票行為，依然難以構成影響當選結果的決定性因素，也不至於使得社群成員主觀上對於當選結果不具可操縱性的信賴受到任何減損。從而，相較於在較大規模政治社群中不易受到動搖的規範目的，實際居住限制所干預的基本權利——個別人民參與所屬政治社群事務決策的權利及遷徙自由，即可能在衡平性的檢驗下有優先保障的必要。³⁴⁶

上開想法固非無見，以桃園市長案為例，該次桃園市長選舉有 100 萬餘人參與投票，一般而言，應難以想像該案被告乙、丙、丁各自所得支配的一票有任何可能性會影響桃園市長選舉的當選結果。惟本文認為，考量集體信賴所奠基之累積性認同的受損程度難以判斷，集體信賴崩解而需要透過刑罰制裁加以重建的臨界值，有賴立法者於法律中劃定明確的判斷門檻。³⁴⁷倘若要推翻立法者對於信賴崩解的判斷門檻，同時亦應提出同樣具體明確的標準，然而，政治社群的規模大小具有程度特性，於現實上難以具體指明在何等規模的政治社群選舉中應優先保障人民參與所屬政治社群決策的權利。

此外，文獻上另有指出，匈牙利於 2021 年修法允許該國公民於國內任一選舉區登記為選民，不論是否有實際居住事實。此一修法使得執政黨得以將支持者由「安全選區」調度、動員到「競爭選區」，進而左右選情，也在執政黨 2022 年國會選舉的意外大勝中起到一定影響。³⁴⁸將上開事例與我國曾發生的坪

³⁴⁵ 關於桃園市長案的案件事實，參見第一章第二節的介紹。

³⁴⁶ 類似見解，參見，黃瑞明（2023），憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決，黃瑞明大法官提出之協同意見書，頁 4-5。大法官認為，本罪規範目的於維護範圍較小選舉區選舉之公正性仍有存在之必要。其似隱含本罪規範目的於大規模政治社群中的必要性，存有疑義。

³⁴⁷ 關於信賴利益的討論，詳見第二章第一節第二項。

³⁴⁸ 蘇彥圖（2023），同註 57，頁 13-14。

林鄉長案合併觀察，我們發現，規模較大的政治社群固然較不易因虛偽遷徙戶籍投票行為而影響當選結果，然而，倘若全面允許在規模較大的政治社群選舉中遷入戶籍參與投票，同樣難以確保不會造成集體信賴崩解的後果。

綜合以上說明，政治社群的規模固然會影響到社群成員對於當選結果不具可操縱性之信賴的干擾程度，然而，考量集體信賴的崩解臨界值有賴立法者設定一個明確門檻，且參考他國選舉實務與我國曾出現的現象，倘若允許人民於大規模政治社群間任意選擇選舉區投票，應無法獲得不會造成集體信賴崩解的確信。就此而言，立法者以實際居住限制劃定信賴崩解的判斷門檻，在規範目的與干預的基本權利之間尚難謂有顯失均衡，故本罪行為規範應符合比例原則衡平性的要求。

第四項 制裁規範的審查

第一款 一般預防功能與適當性

在分別審查模式下，制裁規範的比例原則審查，在於檢驗當受規範者違反行為規範時，受規範者受有的基本權利干預是否符合適當性、必要性及衡平性的要求，已如前述。³⁴⁹於制裁規範的適當性檢驗中，由於制裁手段無從防止已經發生的行為舉止及法益侵害結果，其手段是否有助於規範目的之達成，有透過刑罰理論進行說明、探討的必要。

申言之，從特別預防功能的觀點，受規範者因刑罰而被隔離於監獄之中或消失在世界之上時，自然沒有再次違犯行為規範、侵害其所欲維護之公共利益的機會，應符合適當性的要求。³⁵⁰然而，一般對於刑罰目的之想像不會僅止於

³⁴⁹ 關於刑法規範的分別審查模式，詳見本章第二節第一項的討論。

³⁵⁰ 許玉秀（2005），同註 293，頁 397。

特別預防功能，反而更強調影響範圍及於整個社會的一般預防功能。在一般預防功能的觀點下，制裁手段是否亦具有適當性，即生疑義。

一般預防功能可以區分為消極與積極的一般預防，前者強調使一般社會大眾因看到犯罪人於犯罪後刑罰施用的不利與惡害而遵守法律，後者則著重判決產生的合法行為界限宣告效果足使社會大眾知悉合法界限進而遵守法律。³⁵¹有問題的是，刑罰的實施如何影響一般受規範者的行動，涉及諸多未知的複合因素，因此，一般預防功能無可避免地陷於一個無法證實也無法證偽的知識狀態。³⁵²在現有的犯罪學研究中，我們無法透過嚴謹的實驗證實一般受規範者會因刑罰的發動而傾向選擇遵守法律，也無法完全排除刑罰與遵守法律間的因果關連。在這種知識困境下，文獻上有指出，為避免因此癱瘓立法活動而違反權力分立原則，德國聯邦憲法法院承認立法機關擁有優先評價權限，除非可以證明制裁規範的一般預防功能全然無助於目的之達成，否則應肯認立法者採取的手段符合適當性的要求。³⁵³另有認為，刑法規範一方面干預人民基本權，另一方面則履行國家對於人民基本權的保護義務。³⁵⁴如果要求立法者須積極證實制裁規範的一般預防功能才能制定刑法規範，刑法的缺席勢必侵蝕個人的其他自由。³⁵⁵因此，針對立法者所制定的刑法規範，課予其過高的舉證責任可能導致立法者無法履行其保護義務。³⁵⁶

我國釋憲實務於制裁規範的適當性審查中，也面臨到一般預防功能的知識困境。於部分解釋中，釋憲者逕宣稱刑罰手段「有助於立法目的之達成」（司

³⁵¹ 許恒達（2017），省思罰金刑的設計理念與制度走向，月旦刑事法評論，第6期，頁11。

³⁵² 薛智仁（2021），同註292，頁36-37。

³⁵³ 許澤天（2010），刑法規範的基本權審查——作為刑事立法界限的比例原則，收錄於：憲法解釋之理論與實務（第七輯）（上冊），中央研究院法律學研究所，頁283。

³⁵⁴ 許澤天（2010），同註353，頁284-285。

³⁵⁵ 薛智仁（2021），同註292，頁36-37。

³⁵⁶ 許澤天（2010），同註353，頁284。

法院釋字第 646 號解釋）或「對立法目的之達成非無助益」（司法院釋字第 777 號解釋）。其他解釋則將一般預防功能納入論述，惟仍僅得說明刑罰手段「其目的無非在運用刑罰之一般預防功能以嚇阻毒品之施用，補偏救弊，導正社會於頹廢，與首揭意旨尚屬相符」（司法院釋字第 554 號解釋）、「立法機關為保護此等重要法益，乃採取刑罰之一般預防功能予以管制，可認係有助於重要公益目的之達成」（司法院釋字第 669 號解釋、第 790 號解釋）。值得注意的是，即使是在作成違憲宣告的第二次通姦罪釋憲案中，司法院釋字第 791 號解釋仍未正面否定制裁規範的適當性：「刑法所具一般預防功能，於信守夫妻忠誠義務使之成為社會生活之基本規範，進而增強人民對婚姻尊重之法意識，及維護婚姻與家庭制度之倫理價值，仍有其一定功效……以刑罰規範制裁通姦與相姦行為，即便有助於嚇阻此等行為，然就維護婚姻制度或個別婚姻關係之目的而言，其手段之適合性較低。惟整體而言，通姦罪尚非完全無助於其立法目的之達成。」綜合以上說明，我國釋憲實務在一般預防功能的知識困境下，仍選擇承認立法者的優先評價權限，而不否定制裁規範的適當性。

在虛偽遷徙戶籍投票罪的視野中，文獻上同樣不乏有針對本罪制裁規範適當性的質疑。有學者認為，本罪僅禁止基於選舉目的而虛偽遷徙戶籍，然而，我國社會住籍分離的情形極為普遍，且基於選舉目的或因其他動機而虛偽遷徙戶籍者於外觀上差別甚微，況人民亦可能欠缺不法意識，因此以刑法規制上開行為，其成效值得懷疑。³⁵⁷另有論者認為，刑罰的威嚇固然會對冀圖遷籍投票之人產生一定程度的遏止效果，進而使其有所忌憚而為之斂手，惟既非所有虛偽遷徙戶籍投票行為皆會成立本罪，行為人均可提出選舉目的以外的遷籍理由以脫免罪責，其真偽的辨別委屬不易，倘若對於本罪意圖要件從嚴採無合理懷

³⁵⁷ 徐育安（2023），同註 51，頁 8。

疑原則，則虛偽遷徙戶籍投票罪有形同具文的危險，故本罪能否達到所欲追求之目的，難謂全無可資懷疑之餘地。³⁵⁸亦有論者認為，於里長等小型選舉中，候選人僅需支出動員他人虛偽遷徙戶籍的小額成本即可獲得里長補助費等利益，行為人被查獲的機率不高，縱其次缺意圖之抗辯不為法院所採納而受有罪判決，亦多為易科罰金或緩刑宣告。因此，本罪是否得達到防止選舉幽靈人口的現象，實非無疑。³⁵⁹

文獻上有指出，司法實務上對於使特定候選人當選意圖的證明，主要仰賴被告的自白，倘若被告否認犯罪，則須考量被告與特定候選人間之關係、戶籍遷入時間是否為選舉前四個月、有無實際居住事實、有無其他遷籍目的以及是否前往投票等因素加以判斷。³⁶⁰另有文獻統計，新法施行後，在所有抗辯其次缺使特定候選人當選之意圖的被告中，僅有 23%為法院所採而為無罪判決。³⁶¹然而，在全部有罪宣告的案件中，約有 64%被告獲得緩刑，較不具主導、核心地位的遷徙者，多只受到二、三個月的徒刑，動員的候選人則以六個月為多，可見法官往往未給予剝奪人身自由的嚴厲法律效果。³⁶²在多數虛偽遷徙戶籍投票罪的案件中，倘若僅宣告易科罰金或緩刑，罰金刑能產生若干程度的一般預防功能，實屬不易具體判斷。適用於輕罪的罰金刑反而可能使一般社會大眾對於犯罪追訴結果萌生僥倖心態：實施犯罪行為未必會被抓到、被抓到也未必會坐牢，只要繳納一定財產即可息事。此一可能的訊息傳達使得一般預防功能更顯無力。³⁶³

³⁵⁸ 李建良（2010），同註 233，頁 9。

³⁵⁹ 宋福堂（2013），同註 333，頁 38。

³⁶⁰ 楊皓清（2010），同註 199，頁 6-7。

³⁶¹ 中央研究院法律學研究所法實證研究資料中心（2023），同註 9，頁 15。

³⁶² 中央研究院法律學研究所法實證研究資料中心（2023），同註 9，頁 17-18。

³⁶³ 許恒達（2017），同註 351，頁 11。

本文認為，上開質疑固非無見，惟上開質疑尚不足以證明對於涉犯虛偽遷徙戶籍投票罪的行為人實施刑罰（不論是否為易科罰金），對於一般受規範者將全然不會產生遵守本罪行為規範的心理引導作用，斷然否定本罪制裁規範的適當性，不僅會使得人民對於當選結果不具可操縱性的信賴陷於危殆狀態，更將顛覆以刑法回應過去犯罪行為、預防未來犯罪行為的現行體系。因此，釋憲者仍應尊重立法者在其經驗基礎上，對於虛偽遷徙戶籍投票罪之刑罰所生一般預防功能的預測與想像。³⁶⁴

第二款 事前管制措施與必要性

再者，針對制裁規範必要性的檢驗，文獻上有指出，由於必要性的審查流程，需要判斷基本權干預較為輕微的替代手段，是否為達成規範目的之同等有效手段，而此一有效性的比較涉及對於因果流程的預測及其經驗基礎，我們既然無法針對刑罰與替代手段的一般預防功能進行有效程度的測試，自然也無從證明替代手段是否同等有效。³⁶⁵因此，釋憲者於制裁規範的必要性審查時，同樣會面臨到無法證實也無法證偽的知識困境。德國聯邦憲法法院向來認為，立法者對於數種潛在有效的手段，在選擇上有判斷空間，如立法者認為刑法的禁止具有較佳威嚇效果，亦為憲法所容忍。德國聯邦憲法法院向來認為，立法者對於數種潛在有效的手段，在選擇上有判斷空間，如立法者認為刑法的禁止具有較佳威嚇效果，亦為憲法所容忍。³⁶⁶有學者以通姦罪為例，即使承認民事賠償手段亦有一般預防功能，由於一般預防功能的嚇阻效力難以實證測量，我們

³⁶⁴ 類似看法，參見蘇彥圖（2023），同註 57，頁 12。學者認為，虛偽遷徙戶籍投票罪在一般預防功能上究竟具有何等的功能表現，沒有顯而易見、不證自明的答案，也由於這類立法事實問題具有相當程度的未知與實證不確定，釋憲者應給予立法者所為的預測與評量適度的尊重。

³⁶⁵ 許澤天（2010），同註 353，頁 278-279。

³⁶⁶ 許澤天（2010），同註 353，頁 278-279。

沒有證據斷定二者有效性的高低，在此情形下，釋憲者既無法做出比立法者更周全睿智的判斷，只能尊重立法者對於手段必要性的優先評價權限。³⁶⁷

我國釋憲實務針對制裁規範的必要性審查時，於數則解釋中皆將數個一般預防功能導向的手段進行有效性的判斷，如死刑、無期徒刑與長期自由刑的比較（司法院釋字第 476 號解釋）、刑罰與民事賠償、行政罰的比較（司法院釋字第 509 號解釋、第 517 號解釋、第 646 號解釋）以及特別刑法加重規定與普通刑法法定刑的比較（司法院釋字第 594 號解釋、第 804 號解釋）。然而，於上開解釋中，釋憲實務或認為替代手段皆非相同有效手段，或認為手段的選擇屬於立法形成自由，而肯認制裁規範的必要性。

值得注意的是，司法院釋字第 791 號解釋以截然不同的方式進行制裁規範必要性的審查：「基於刑法謙抑性原則，國家以刑罰制裁之違法行為，原則上應以侵害公益、具有反社會性之行為為限，而不應將損及個人感情且主要係私人間權利義務爭議之行為亦一概納入刑罰制裁範圍……通姦行為固已損及婚姻關係中原應信守之忠誠義務，並有害對方之感情與對婚姻之期待，但尚不致明顯損及公益。故國家是否有必要以刑法處罰通姦行為，尚非無疑。」文獻上有指出，上開解釋於必要性的審查中考量了規範目的之重要性，亦即，不夠重要的保護目的如以刑法作為保護手段，不符合必要性的要求，然而，這個界限並非傳統意義的必要性審查所能涵括。³⁶⁸上開解釋係質疑手段本身是否合憲，而非有無較小侵害之手段可資運用。³⁶⁹另有認為，刑法謙抑性原則的內涵，包含刑法的補充性最後手段性及刑法的片斷性（僅保護重大生活利益），前者較接近必要性要求的內涵，後者則屬衡平性的審查範圍，上開解釋以通姦罪未保護

³⁶⁷ 薛智仁（2021），同註 292，頁 44-45。

³⁶⁸ 許恒達（2020），同註 29，頁 25-26。

³⁶⁹ 許志雄（2020），司法院釋字第 791 號解釋，許志雄大法官提出之協同意見書，頁 13。

重大生活利益為由認為該罪欠缺必要性，混淆了不同層次的審查項目。³⁷⁰本文認為，上述就司法院釋字第 791 號解釋的檢討固值贊同。然而，我們也可以從上開解釋中觀察到釋憲實務對於制裁規範必要性審查面臨的無能為力，在欠缺作成判斷所需基礎知識的情形下，似僅剩下尊重立法者優先評價權限的選項。

然而，於虛偽遷徙戶籍投票罪的討論中，除有行政罰的手段應可作為基本權較小侵害的相同有效手段之質疑外，部分文獻認為，事前行政管制措施相較於刑罰應屬較小侵害手段。詳言之，我國虛偽遷徙戶籍投票的現象通常會於選舉日前特定期間，有大量人口遷入特定戶籍，其現象發生的時機與數量皆有跡可循。因此，僅需戶政機關逕行撤銷戶籍登記（或否准其戶籍登記）即可迅速有效解決問題，事後動用刑罰手段制裁與威嚇，非但緩不濟急、浪費司法資源，更有違反刑法謙抑性的疑慮。³⁷¹在四個月以上實際居住事實的要求下，戶政機關應有足夠時間過濾虛偽遷徙戶籍的行為並及時撤銷其戶籍遷入登記。立法者未於戶籍法先採取適當的管制與處理機制，逕採刑事制裁手段，顯非最小侵害的限制手段，實屬過於粗糙的立法。³⁷²另有認為，戶政機關於編造選舉人名冊時，對於選舉人實際居住事實亦可為實質審查，尤其是針對於選舉日前四個月始為戶籍遷徙的人民，戶政機關應要求該等人民提供可資證明其遷徙的文件，以說明其與戶籍地的關係。³⁷³倘若以行政人力不足無法稽查為由，而以更為有限的司法資源進行事後追訴，顯為本末倒置。³⁷⁴

³⁷⁰ 薛智仁（2021），同註 292，頁 41-42。

³⁷¹ 賴政安（2005），論妨害投票正確罪——實務有關「選舉幽靈人口」見解評釋，收錄於：司法官 44 期法學研究報告合輯，法務部司法官訓練所，頁 1407。

³⁷² 黃昭元（2023），同註 240，頁 3。有問題的是，戶籍法第 23 條撤銷戶籍登記的規定，即係立法者所採取的行政管制措施，真正造成虛偽遷徙戶籍投票行為層出不窮的環節，應是行政機關未實質審查戶籍遷入登記的申請，亦少有積極撤銷虛偽戶籍登記的舉動。

³⁷³ 林超駿（2010），同註 218，頁 42。

³⁷⁴ 胡峰賓（2008），同註 207，頁 8。

文獻上另有主張，考量虛偽遷徙戶籍投票往往遷入同一個戶口，倘若規定每一戶籍住址內之人平均得享有的空間不得低於一定坪數，否則由於難以期待該戶籍地作為起居生活的居住地，不得為戶籍遷入登記，即可解決虛偽遷徙戶籍投票的問題。³⁷⁵更有主張，考量多數虛偽遷徙戶籍投票案件皆發生於村（里）長選舉，倘若取消村（里）長的事務補助費，即可減少村（里）長選舉鄙爭的效應，進而使此一問題自然消解。³⁷⁶

針對事前行政管制措施為相同有效之較小侵害手段的看法，法務部認為，倘若直接於選舉前剝奪欠缺實際居住事實之人的投票資格，非但有人力與物力上的困難，且其手段對於選舉權的干預更鉅。理由在於，人民在選舉前即被剝奪投票資格，縱使提起行政爭訟，選舉結果往往已在判決確定前產生，故此一手段使得人民無從行使其選舉權，顯非較小侵害手段。³⁷⁷

本文認為，法務部上開說法將不同基本權利的干預情形混為一談，應有商榷餘地。質言之，於人民違犯虛偽遷徙戶籍投票罪的行為規範時，相較於刑罰的制裁效果，事前行政管制措施的介入至多使人民受有行政罰上的不利益（如我國戶籍法第 76 條之規定），故事前行政管制措施應屬制裁規範上的基本權利較小侵害手段，應無疑義。另一方面，對於人民的選舉權而言，不論人民因制裁效果所生心理壓力而選擇遵守本罪行為規範，或因事前行政管制措施剝奪人民的投票資格，人民的選舉權皆受到完全限制。況行政爭訟制度中尚有暫時權利保護制度使得人民得於判決確定前行使選舉權，而不會因行政機關剝奪人民的投票資格而無從於投票日前救濟。因此，不論自刑罰或選舉權的觀點，事前管制措施皆未造成較重的基本權干預。

³⁷⁵ 李惠宗（2023），同註 210，頁 11。

³⁷⁶ 李惠宗（2023），同註 210，頁 10-11。

³⁷⁷ 法務部（2023），同註 55，頁 11-12。

在肯定行政事前管制措施乃基本權較小侵害手段後，以行政事前管制措施質疑制裁規範的必要性，真正的問題應在於「行政事前管制措施是否為同等有效的手段」。以殺人罪為例，殺人行為可能的預防措施包含加強教育，甚至於在每個人身邊安置警察或監視器，然而，由於我們無從預測殺人行為的發生可能性，導致全面性的管制難以實踐，因此設立一個刑罰規定，宣示全面性的禁止，是一個必要而有效的手段。³⁷⁸更重要的是，行為規範的事前行政管制措施再怎麼嚴密，可以想像的是，永遠存在逸脫行政措施之有效管制範圍的違犯行為。倘若逕以事前行政管制措施為較小侵害手段為由，宣告制裁規範違反比例原則，相當於宣示只要受規範者違犯行為規範的手段足夠高明、非行政管制措施的效力範圍所及，其違犯行為即為法秩序所容許。因此，事前行政管制措施永遠不可能是制裁規範的同等有效手段，蓋制裁規範的一般預防功能所著眼的情形即是事前行政管制措施無能為力的情形。

另有學者認為，不論戶政、選務或警察機關如何善盡其審核義務，仍無從絕對防堵無實際居住事實之人被列入選舉人名冊，進而實施投票行為。如果國家對於管制措施所無法防堵的虛偽遷徙戶籍投票行為無所作為，等於是向社會大眾宣示，只要糾爭行為可以躲過行政機關的查核，即可以合法地操縱投票結果。因此，虛偽遷徙戶籍投票罪的功能在於當行政管制措施未能發揮預防作用時，重申實際居住限制的規範效力，就此而言，事前行政管制措施非相同有效的手段。³⁷⁹從而，即使戶政機關在實際居住要件的審查上要求戶籍地須具備一定大小的居住空間，甚至是前往戶籍地實地訪查，仍不難想像可能存在事前行政管制措施無能為力的情形。因此，事前管制措施尚無法作為全盤否定本罪制裁規範必要性的理據。

³⁷⁸ 許玉秀（2006），司法院釋字第 617 號解釋，許玉秀大法官提出之不同意見書，頁 14。

³⁷⁹ 薛智仁（2023），同註 51，頁 12-13。

憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決亦採相同看法：「戶政機關忠實執行其行政上之查核義務，固有助於預防危害選舉競爭秩序之情形發生，且值得採行，但刑罰標示國家對妨礙選舉競爭秩序之非難……行政機關事前所採之各種宣導、預防及查核等措施……總有其侷限性，無法完全杜絕濫用戶籍登記危害選舉競爭秩序之行為發生，若連事後刑罰制裁亦完全撤手，則我國民主選舉公正之韌性，是否承受得起這種對選舉公正性可能是一點一滴之持續侵蝕，也有可能是大規模之一次性破壞……是危險之發生即使未必能證明急迫，只要其發生並非不可能，司法部門仍宜尊重政治部門之政治風險評估與風險管理決策。虛偽遷徙戶籍投票罪採事後刑罰制裁手段，可謂是政治部門經風險評估後所作風險管理決策，司法部門若無堅實反對理由，實無不予尊重之理……是本罪所採刑事禁止規範之手段，尚符合最小侵害之要求。³⁸⁰」

第三款 未遂犯的處罰與衡平性

就虛偽遷徙戶籍投票罪制裁規範的衡平性，本罪法定刑雖為五年以下有期徒刑，惟受有罪判決的被告多受到易科罰金或緩刑宣告，難謂有制裁效果過苛的違憲疑義。然而，由於憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決同時針對本罪的未遂犯處罰規定進行違憲審查，本文選擇將未遂犯的處罰正當性作為本罪制裁規範衡平性的檢驗重心。需先說明的是，未遂犯的處罰正當性為何於體系上屬於制裁規範衡平性的問題。於本號憲法判決的脈絡下，未遂犯的處罰規定乃刑法第 146 條第 2 項外的獨立規定，應單獨審查其合憲性。惟本文認為，未遂犯的處罰規定並未改變刑法規範所規制的行為態樣，僅係立法者在法益侵害流程中選擇提前以刑罰手段介入，因此，未遂犯的處罰規定本質上應為制裁範圍的擴張，欠缺單獨審查其合憲性之理據。再者，未遂犯的處罰規定，其目的正當

³⁸⁰ 憲法法庭 112 年度憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 75 段。

性、行為規範審查、制裁規範的適當性與必要性皆可援引既遂犯的討論，因此，專屬於未遂犯處罰規定的違憲疑義，應於衡平性的階段中加以檢驗。

針對虛偽遷徙戶籍投票罪的未遂犯處罰正當性，憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決認為：「行為人一旦基於使特定候選人當選之意圖，而虛遷戶籍，即構成本罪之著手行為，其對於後續完成投票行為之危險實現，具有高度蓋然性，而有處罰之正當性……當行為人在虛遷戶籍而取得投票權後，則有近九成者完成投票。顯見行為人於虛遷戶籍後，有相當高度之比例完成後續之投票行為，亦即具有實現法益侵害之高度蓋然性，從而對於虛偽遷徙戶籍投票罪所欲保護之特別重要公共利益，產生危險性。是從危險有效防免之目的以觀，本罪未遂犯處罰，其手段與目的之達成間具有實質關聯，與憲法比例原則及罪刑相當原則亦尚屬無違。³⁸¹」本號判決將論述重心置於著手行為實現法益侵害的蓋然性，依其看法，著手行為須有法益侵害的高度蓋然性，未遂犯的處罰規定與規範目的之達成間始符合比例原則的要求。

然而，本號判決的說法應存有商榷餘地。首先，在虛偽遷徙戶籍投票罪的法益侵害流程中，戶籍遷徙而取得投票權後是否具有法益侵害的高度蓋然性，非無疑問。申言之，本號判決引用實證資料，統計出約有九成被告在虛偽遷徙戶籍而取得投票權後，選擇前往投票。³⁸²有問題的是，上開統計資料係以民國 89 年以來，經偵查機關起訴，進入地方法院審判的案件為統計樣本。³⁸³考量本罪既遂犯的有罪案件多獲易科罰金或緩刑處分，可以想像的是，偵查機關就本罪未遂犯可能多為緩起訴或不起訴處分。此外，在候選人與人民間欠缺明顯動員關係的虛偽遷徙戶籍情形中，偵查機關查獲本罪犯行的難度亦將增加，此類

³⁸¹ 憲法法庭 112 年度憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 89 段。

³⁸² 中央研究院法律學研究所法實證研究資料中心（2023），同註 9，頁 13。

³⁸³ 中央研究院法律學研究所法實證研究資料中心（2023），同註 9，頁 2。

案例中或存在大量因投票動機減損或投票成本增加，而未予投票的情形。因此，倘若要分析本罪行為人取得投票權後是否存在前往投票的高度蓋然性，僅以進入地方法院審判的案件作為統計樣本，在統計上忽略了未受偵查或未獲起訴的案件，難謂「約有九成行為人會前往投票」的統計結果無抽樣偏誤（sampling bias）的疑慮。因此，本文認為上開實證資料尚不足以說明本罪在需為遷徙戶籍而取得投票權時即已存在法益侵害的高度蓋然性。

再者，憲法法庭以法益侵害的高度蓋然性作為未遂犯之處罰正當性的主要判斷標準，其妥適性亦有疑問。質言之，倘若自個案觀察，刑法學上對於著手時點的討論，多集中在法益侵害流程何時會使得保護法益進入危殆狀態。在此觀點下，未遂犯的處罰必然是建立在個案中的因果歷程已造成保護法益有受損害的高度蓋然性之上，則高度蓋然性的標準非但無法發揮未遂犯之處罰正當性的檢驗功能，反而會得出每一個犯罪行為的未遂犯處罰皆具有正當性的結論。

本文認為，未遂犯規定之處罰正當性的檢驗，應從規範目的之達成與基本權利之保護的利益權衡出發。申言之，未遂犯固然沒有造成法益的實害，惟於其法益侵害流程中，法益未受損害的原因乃其他外在因素介入法益侵害流程，而非因為立法者制定未遂犯的處罰規定。從而，未遂犯的處罰無法脫離事後制裁手段的本質，僅得透過一般預防功能達法益保護的規範目的。在此觀點下，立法者對於未遂犯的處罰想像，無非是透過刑罰的一般預防功能，使得一般受規範者不選擇實施本罪犯罪行為。當一罪所欲保護的法益更為重要時，即存在更高的處罰正當性需透過前置化刑罰以保護法益，如此一來，刑法規範對於殺人行為的預備階段、外患行為的陰謀階段之處罰，方有被證立其處罰必要性的可能性。

回到虛偽遷徙戶籍投票罪的未遂犯處罰規定，倘若於行為人虛偽遷徙戶籍而取得投票權時發動刑罰介入，對受規範者產生的一般預防功能毋寧會更為強

烈。³⁸⁴申言之，假設本罪無未遂犯處罰規定，人民在認識到偵查機關關於投票日前即會開啟虛偽遷徙戶籍投票罪的犯罪偵查時，或將抱持僥倖心態，而傾向嘗試虛偽遷徙戶籍投票的犯罪行為——倘若於投票日前即受到犯罪偵查，即可不前往投票而避免受有刑事責任；倘若於投票日前未受到犯罪偵查，則有較高蓋然性其犯罪行為未被查獲，而得「安全地」前往投票。另一方面，未遂犯的處罰規定毋寧會增加人民受人身自由或財產權干預的情形，然而，本罪所欲確保社群成員對於當選結果不具可操縱性的保護法益屬特別重大之公共利益，且依上開論述，本罪的一般預防功能可能因欠缺未遂犯的處罰規定而大幅減損，因此，在規範目的之達成與基本權利之干預間的利益權衡下，本文認為，虛偽遷徙戶籍投票罪的未遂犯處罰規定應符合衡平性的要求，與比例原則尚無違背。

第三節 虛偽遷徙戶籍投票罪的平等原則審查

一般認為，平等原則的審查重心不在差別待遇措施的目的而在手段，即分類標準與分類效果的合理性。倘若差別待遇措施同時構成其他基本權利的干預，比例原則的檢驗涵蓋了一部分的分類效果合理性，然而，分類標準的合理性——應否分類與分類是否精確，則是比例原則無法處理的問題。³⁸⁵換言之，比例原則所強調的是單面向的目的手段和比例性，平等原則所關注的則是橫向的比較。³⁸⁶儘管二者在審查上有重疊的可能，惟比例原則的檢驗無從取代平等原則，平等原則同樣無法完全取代比例原則。我國晚近釋憲實務針對平等原則

³⁸⁴ 本文以我國司法實務與本號憲法判決所認定的著手時點進行本罪未遂犯處罰正當性的損益權衡。文獻上另有以領票圈選作為本罪著手時點，參見薛智仁（2013），虛遷戶籍投票罪之既未遂——評最高法院一〇一年度台上字第四〇四一號刑事判決，月旦裁判時報，第 20 期，頁 64-77。

³⁸⁵ 黃昭元（2007），同註 280，頁 491。

³⁸⁶ 謝孟羽（2012），平等權與自由權競合案件之司法審查——從個人債務清理者之職業限制條款談起，東吳大學法學院法律學系碩士論文，頁 221。

的審查，採取「差別待遇的目的正當性」與「差別待遇的實質關聯性」的二階段審查模式。³⁸⁷前者的功能在於劃定得分類的界線，後者的功能則在於檢驗分類標準與效果有無涵蓋過廣或過窄的疑慮。本文認為，以形式平等所欲追求的消極性歧視禁止而言，上開審查模式應屬適當，故以下針對虛偽遷徙戶籍投票罪中之差別待遇措施的平等原則審查，同樣採取「差別待遇的目的正當性」與「差別待遇的實質關聯性」的二階段審查模式，先予說明。

第一項 遷徙戶籍的差別待遇

虛偽遷徙戶籍投票罪在「虛偽遷徙戶籍」的犯罪成立要件上形成了處罰上的差別待遇，且系爭差別待遇措施將大量返鄉投票的人民排除在本罪刑事責任的範圍之外，已如前述。³⁸⁸對於系爭差別待遇措施的合理性，文獻上存有不同看法，分述如下。

有學者認為，人民長期實際居住於非戶籍地而選擇保留戶籍的原因，往往包含於投票日返鄉投票的因素。此類故意不為戶籍遷出登記的行為，在模式、目的與效果上皆與虛偽遷徙戶籍行為相同，卻在規範上受到南轔北轍的差別待遇——後者會面臨刑事責任，前者非但不會受到不利益的制裁效果，反而會受到「不忘本」的美名。這樣的差別待遇，即使是最寬鬆的合理關聯性也不具備。³⁸⁹另有論者認為，依選罷法第 15 條第 1 項，欠缺實際居住事實就是選舉人

³⁸⁷ 此一審查模式首見於司法院釋字第 682 號解釋：「憲法第七條保障人民平等權，旨在防止立法者恣意，並避免對人民為不合理之差別待遇。法規範是否符合平等權保障之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度之關聯性而定。」

³⁸⁸ 關於虛偽遷徙戶籍要件所形成的差別待遇，參見本章第一節第二項第三款的討論。

³⁸⁹ 廖元豪（2010），同註 261，頁 9。類似見解，參見，林超駿（2010），同註 218，頁 30、柯耀程（2002），同註 209，頁 46-47。學者認為，候鳥選舉人既需返鄉投票，即意味著住籍不一致，而其自願花費成本返鄉，自可推定有使特定候選人當選之意圖，而合乎虛偽遷徙戶籍投票罪的要件，惟未見有應處罰候鳥選舉人的主張。

不適格，無實際居住事實之人參與投票即足以干擾真正人民意思的形成，進而妨害國民主權的實現。³⁹⁰立法者將未實際居住於選舉區而消極未遷出戶籍之人的投票行為全然豁免於本罪處罰範圍，就貫徹維護國民主權實現的規範目的而言並不合理，此一差別待遇不僅對於法益保護不夠周全，對於相同行為給予不同法律評價的做法也與平等原則有違。³⁹¹晚近臺灣高等法院 109 年度上訴字第 114 號刑事判決亦質疑：「（虛偽遷徙戶籍投票）情形與未住戶籍地，長期在外地工作，甚至長年在國外，僅於投票時始返鄉投票之『虛偽不遷徙戶籍』行為，同屬虛偽登記戶籍，何以前者為刑法處罰之行為，後者卻有返鄉投票之美名？……刑法第 146 條第 2 項之規定，在某程度上已對於人民參政權為不必要之限制，甚至形成不合理之差別待遇。」

另一方面，不同意見認為，選罷法第 4 條規定：「（第 1 項）選舉人、候選人年齡及居住期間之計算，除另有規定外，均以算至投票日前一日為準，並以戶籍登記資料為依據。（第 2 項）前項居住期間之計算，自戶籍遷入登記之日起算。」依據上開規定的文義，人民僅需於戶籍遷入時起有四個月以上的實際居住事實，即合乎同法第 15 條第 1 項之要件，縱使人民嗣後變更實際生活重心，且違反戶籍法上的戶籍遷出義務，仍得基於曾有四個月以上的實際居住事實而取得選舉人資格。³⁹²實質而言，貫徹文義結果的結果會造成實際居住限制難以擔保有投票資格之人對地方事務有最低限度關聯及熟悉程度，使選罷法第 15 條第 1 項的立法意旨幾乎落空。³⁹³然而，相較於虛偽遷徙戶籍之人於選舉區不曾有過實際居住事實，長期未居住於戶籍地之人至少曾有四個月以上的實際居住事實，二者的可罰性仍有不同，勉強可以說是不違反平等原則的合理差別

³⁹⁰ 王怡婷（2013），同註 37，頁 176。

³⁹¹ 王怡婷（2013），同註 37，頁 193-194。

³⁹² 薛智仁（2009），同註 44，頁 94-95。

³⁹³ 薛智仁（2009），同註 44，頁 95。

待遇。³⁹⁴另有學者認為，選罷法未如總統副總統選舉罷免法第 12 條有從寬認定前住民投票資格的明文規定，因此，嚴格來說，長期未居住於戶籍地的前住民仍構成無權投票。然而，虛偽遷徙戶籍投票罪僅處罰積極虛偽遷入戶籍而不處罰消極違反戶籍遷出義務的類型，尚屬合理的差別待遇。理由在於，刑罰未必是促使人民及時更新戶籍登記的適當必要手段，且消極未履行戶籍遷出義務之人，往往不知道自己是無權投票，他們通常真摯地認為自己仍是政治社群的成員，因此，立法者針對尚未主動宣示脫離社群的前住民與自始非政治社群成員而實施差別待遇措施，難謂有違於平等原則的憲法誠命。³⁹⁵

本文認為，主張系爭差別待遇措施未違反平等原則的既有說法，皆未能終局地解釋差別待遇的實質關聯性。首先，選罷法第 4 條第 2 項明文以戶籍遷入之日起算實際居住期間的規定，固然可以說明返鄉投票的人民於戶籍遷入時通常曾有四個月以上的實際居住事實，惟其忽略了此類人民於戶籍地的生活事實業已終止，而難以合理地說明何以業已終止的實際居住關係仍可以取得選罷法上的投票資格。³⁹⁶換言之，此一進路實際上僅是將恣意差別待遇的質疑前置至選罷法第 4 條第 2 項關於實際居住期間計算的規定，而未能終局解釋選舉法制在虛偽遷徙戶籍投票的人民與返鄉投票的人民間所為的不同處理。³⁹⁷

³⁹⁴ 薛智仁（2020），同註 271，頁 75。

³⁹⁵ 蘇彥圖（2023），同註 57，頁 16-17。由於學者將實際居住限制理解為地域性政治社群成員的邊界，故其將曾有而現未有實際居住事實之人理解為已非政治社群成員的前住民。惟倘依本文之見，此類人民既尚有戶籍登記，仍屬該地政治社群成員。此處論述仍使用非政治社群成員的說法，以期完整。關於社群成員界線的問題，參見本章第一節第二項第二款的討論。

³⁹⁶ 況於選罷法第 15 條第 1 項之繼續居住概念是否單純以戶籍資料為依據的討論中，本文已說明選罷法第 4 條彰顯立法者於法律體系上預設了戶籍資料可以正確反映實際居住情形，如果我們可以接受於繼續居住的判斷上，推翻戶籍資料上的推定，則在繼續居住「期間」的判斷上，自戶籍遷入時起算的推定基於相同理由亦應有被推翻的可能性。關於繼續居住概念的解釋爭議，參見第一章第二節第一項的討論。

³⁹⁷ 就此而言，德國聯邦選舉法對於選舉期間的計算，係以選舉日為基準，往前推算三個月以上的實際居住或通常停留事實，應屬較為妥適的立法。德國聯邦選舉法的規定，引自，薛智仁（2009），同註 44，頁 95。

再者，返鄉投票的人民仍認為自己是地域性政治社群成員的主張，同樣有商榷空間。質言之，我國國民享有任意加入地域性政治社群的權利，且我國國民僅須踐行戶籍遷入登記的程序即屬地域性政治社群的成員。³⁹⁸因此，返鄉投票的人民並無將戶籍遷出的行動，此類人民主觀上可能認為自己仍是地域性政治社群的一員。有問題的是，虛偽遷徙戶籍的人民固然於戶籍地欠缺實際居住事實，惟其既透過遷徙戶籍的方式加入地域性政治社群，是否得以逕認此類人民主觀上不認為自己是該政治社群的一員，而宣稱此一事物本質的不同乃差別待遇措施的合理基礎，非無疑問。

既有說法難以回應系爭差別待遇措施違反平等原則的質疑，應為虛偽遷徙戶籍投票罪的保護法益晦暗不明所致。不論是將本罪保護法益理解為民主正當性或是選舉公正性，在不法內涵的論證上都無法擺脫套套邏輯或過於模糊的問題。³⁹⁹從而，在「選舉規則的違反＝民主正當性的減損或選舉公正性的侵害」的邏輯之下，本罪的法益侵害行為可以容納各種對於現行規則的違犯行為，自然難以說明同樣都是違反戶籍法上戶籍登記義務的行為，同樣都是欠缺對政治社群許諾行動的投票行為，卻會被分別評價為有無投票資格乃至於有無刑事責任，進而產生選擇性立法或選擇性處罰的質疑。

然而，如果能夠正確地理解本罪旨在維護政治社群成員對於當選結果不具可操縱性的信賴，則應不會產生違反平等原則的疑義。首先，返鄉投票行為受限於整體規模，對於當選結果的影響程度存在本質上的侷限。質言之，返鄉投票行為的前提在於人民於該地曾有實際居住事實而未辦理戶籍遷出登記，故此類人民相較於其他政治社群成員來說有其侷限性；然而，遷籍投票的情形並無

³⁹⁸ 關於任意加入地域性政治社群之權利，參見本章第一節第二項第一款的論述。

³⁹⁹ 針對以民主正當性或選舉公正性觀點作為虛偽遷徙戶籍投票罪之保護法益的檢討，參見第二章第二節的討論。

人數上的限制，我們在坪林鄉長案中也可以觀察到其規模有以倍數壓制該地原有住民數量的潛力，因此，二者對於信賴的斲喪風險自有不同。

再者，於我國地方選舉實務上，返鄉投票群體於外觀上不具有明顯的投票意向，無法成為使特定政黨或候選人當選的穩定、長期關鍵性因素。從而，其他地域性政治社群成員對於當選結果不具可操縱性的信賴不會因為返鄉投票的現象而有減損。相反地，意圖使特定候選人當選而虛偽遷徙戶籍者，除了外觀上有明顯且特定的政治意向，於我國地方選舉實務中多次被視為是影響當選結果的關鍵性因素，故二種情形對於當選結果不具可操縱性的信賴斲喪風險，自無從相提並論。

綜合以上說明，虛偽遷徙戶籍投票罪的「虛偽遷徙戶籍」要件，在虛偽遷徙戶籍與虛偽不遷徙戶籍的行為類型間形成刑事責任上的差別待遇。然而，系爭差別待遇的分類目的在於區分各種行為類型的不法內涵並僅針對不法內涵較高的類型以刑法規制，具有目的正當性。考量於一地曾有居住事實而仍未辦理戶籍遷出登記的成員有限，且返鄉投票的因素未曾於我國地方選舉實務中成為長期、穩定影響當選結果的決定性因素，此類人民於外觀上亦欠缺明顯的投票意向，對於當選結果不具可操縱性的信賴減損較低。因此，立法者選擇僅針對信賴斲喪風險較高的虛偽遷徙戶籍投票行為加以規制，應具有實質關聯性，而與平等原則尚無違背。

第二項 選舉意圖的差別待遇

除虛偽遷徙戶籍要件外，本罪在「意圖使特定候選人當選」的犯罪成立要件上也形成處罰上的差別待遇，且系爭差別待遇措施將因學區或福利因素而虛

偽遷徙戶籍並參與投票的情形排除在本罪刑事責任的範圍之外，已如前述。⁴⁰⁰本罪立法理由中指出，立法者使用「使特定候選人當選」的意圖要件限縮犯罪成立範圍的原因在於：「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。⁴⁰¹」立法理由雖認為並非所有虛偽遷徙戶籍而投票的行為須以刑罰相繩，然而，除了我國戶政實務上普遍存在人籍不一致的現象外，我們無法從立法理由獲悉立法者透過意圖要件形成差別待遇的分類目的。

對於爭執差別待遇措施是否符合平等原則的憲法誠命，文獻上亦存有不同看法。釋憲聲請書即認為，立法者在考量特定法益的保護時，倘若選擇將部分法益侵害行為排除在成罪範圍之外，應盡合理說明義務。惟本罪立法理由對於差別待遇措施的原因未置一詞，無從知悉差別待遇與目的之達成間有無實質關聯，難謂符合平等原則所保障的意旨。⁴⁰²另有學者認為，倘若是一般經濟、社會事項，立法者或許有權認定虛偽遷徙戶籍的不同動機有程度不一的惡害，而僅對部分動機發動刑罰，然而虛偽遷徙戶籍投票罪構成選舉權的干預，在更為嚴格的審查密度下，立法者有沉重的義務要說明，使特定候選人當選的意圖是可非難性更高的動機。⁴⁰³況不具上開意圖之人，於外觀上雖係被選務機關被動地納入選舉人名冊，然而，納入選舉人名冊是主動虛偽遷徙戶籍的當然結果，

⁴⁰⁰ 關於意圖使特定候選人當選要件所形成的差別待遇，參見本章第一節第二項第三款的討論。

⁴⁰¹ 立法院公報處（2006），同註 74，頁 77-78。

⁴⁰² 111 年度憲民字第 3946 號釋憲聲請書（2022），頁 15。類似見解，參見，會台字第 9433 號釋憲聲請書（2009），頁 2。釋憲聲請書認為，在各種實際居住地與戶籍地不同的情形，以刑法相繩為於戶籍地行使投票權者，而不處罰其他情形，顯然違背憲法平等原則。

⁴⁰³ 廖元豪（2010），同註 261，頁 8-9。

對人民而言仍具有可支配性，因此本罪意圖要件所形成的差別待遇，難謂存在合理的分類目的。⁴⁰⁴

另一方面，中央選舉委員會認為，是否具備使特定人當選意圖的虛偽遷徙戶籍投票行為，本質並不相同，對於法規範的態度亦有所不同。立法者為維護民主選舉的精神，導正選舉風氣、確保選舉制度的公平運行及反映真實民意的立法目的，而為合理區別對待，具有一定程度的關聯性，與平等原則尚無違背。⁴⁰⁵另有學者認為，本罪僅處罰具備此意圖的虛偽遷徙戶籍投票行為，係立法者考量住籍分離已為我國常見的現象，認為出於操縱選舉目的之虛偽遷徙戶籍行為對於國民主權原則的攻擊意志較為強烈。因此，立法者以意圖要件區分無權投票行為的可非難性程度，選擇僅就情節重大的類型以刑罰加以回應，其差別待遇措施與規範目的具有一定程度的關聯性，符合平等原則的要求。⁴⁰⁶

此外，文獻上另有提出，由於本罪的不法內涵在於選民登記詐欺與無權投票，不處罰非出於選舉目的之虛偽遷徙戶籍投票行為，係考量其遷徙戶籍行為非選民登記詐欺。申言之，假設我國在選舉法制上存在獨立於戶籍制度之外的選民登記制度，在此制度安排下，選舉刑法僅處罰選民登記詐欺而不處罰不實戶籍登記，應屬當然之理。然而，現行法律秩序下僅存在一套多功能的戶籍登記制度，造成非出於選舉目的之虛偽遷徙戶籍者，在未必有該本意的情況下，成為了無權投票之人。從而，儘管我國尚未將戶籍制度與選民登記制度分開，以意圖要件將處罰範圍限縮在選民登記詐欺的情形，應屬合理差別待遇。⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ 徐育安（2023），同註 51，頁 7。

⁴⁰⁵ 中央選舉委員會（2023），會台字第 9433 號胡靈智等聲請案言詞辯論意旨書（一），頁 9。

⁴⁰⁶ 薛智仁（2023），同註 51，頁 15-16。

⁴⁰⁷ 蘇彥圖（2023），同註 57，頁 17。

針對系爭差別待遇措施，憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決則認為：「此種虛遷戶籍並非意圖使特定候選人當選而取得投票權所為之行為，與虛偽遷徙戶籍投票罪所欲維護之選舉公正與民主正當性之目的並不相關，則是否處罰，即屬立法者就刑事處罰範圍之裁量，尚不能因未列入處罰範圍，即指摘其違反平等原則。⁴⁰⁸」

本文認為，認為系爭差別待遇措施未違反平等原則的主張，皆強調相較於基於非選舉意圖，基於選舉意圖的虛偽遷徙戶籍投票行為具備較高的不法內涵，故僅處罰基於選舉意圖的行為類型乃正當的差別待遇。然而，非選舉意圖的虛偽遷徙戶籍投票行為是否確如本號憲法判決所言「與本罪所欲維護之選舉公正與民主正當性之目的並不相關」，或存在較低的不法內涵，非無疑問。以民主正當性觀點而言，不論將民主正當性的減損來源理解為無權投票造成的選票稀釋或是違犯確保選舉結果真實反映民意的選舉規則，人民一旦為虛偽遷徙戶籍投票行為，其所造成的法益侵害情形應不會受到遷籍時主觀意圖的影響而有所不同；以選舉公正性觀點而言，亦殊難想像客觀上踐行相同行動的人民會因為遷籍時主觀意圖的差異而影響了其行為侵害選舉公正性程度的不同評價。此外，不論人民於遷籍時是否出於選舉意圖，只要人民認識到自己於選舉區欠缺實際居住事實，其投票時對於國民主權原則的攻擊意志應無差異。綜合以上說明，既有說法似無法說明系爭差別待遇措施在不法內涵上存有差異。

然而，倘若將虛偽遷徙戶籍投票罪的保護法益理解為信賴利益，應可發現系爭差別待遇措施所區分的行為類型存在不法內涵上的差異。申言之，由於我國戶籍登記制度包含選民登記與其他行政任務的功能，對於非出於選舉意圖而虛偽遷徙戶籍之人而言，其選擇遷籍加入特定地域性政治社群時，並非著眼於

⁴⁰⁸ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 81 段。

參與哪一個政治社群的事務決策最符合自身利益，而是關注哪一個政治社群中其他行政任務的運作結果最符合自身利益。舉例來說，甲實際居住於 A 地，且主觀上認為參與 A 地事務決策最符合自身利益，惟甲希望獲得 B 地為其社群成員提供的福利政策，且在價值衡量後甲認為，享受 B 地福利政策的利益大於參與 A 地事務決策的利益，因此選擇基於享受 B 地福利政策的意圖將戶籍虛偽遷徙至 B 地。如果接受以上說法，此類人民毋寧是「被迫」只能在戶籍地所屬選舉區行使投票權。換言之，「非選舉意圖的虛偽遷徙戶籍投票行為」是戶籍登記制度下的產物，倘若選民登記與認定福利政策對象的系統脫鉤，甲便得以在享受 B 地福利的同時，於有實際居住事實的 A 地投票。

在此情形下，此類人民辦理戶籍遷徙登記的時點與選舉日程無涉，且此類人民往往在遷籍時對於戶籍地所屬選舉區下次可能參選的候選人毫無知悉。儘管我國未實際居住於選舉區的人數眾多，無法客觀地檢驗此類人民是否會造成長期、穩定影響當選結果的決定性因素。然而，此類人民在外觀上欠缺明顯的投票意向，甚至是在戶籍登記制度下被迫於戶籍地所屬選舉區投票，因此，其他社群成員對於當選結果不具可操縱性的信賴受減損的情形自然較為輕微。須並予指出的是，由於信賴法益在判斷上無法脫離地域性政治社群中選舉實務的運作，倘若不具備選舉意圖的虛偽遷徙戶籍投票現象為特定候選人或政黨所利用，例如以選舉以外因素號召選民遷籍，再於投票前號召選民支持特定候選人，其情形對於當選結果不具可操縱性的信賴減損或將不再與出於選舉意圖的虛偽遷徙戶籍投票行為產生差異，進而使得系爭差別待遇措施有違反平等原則的疑慮。惟自民國 96 年本罪制定以來，我國選舉實務中尚不存在試圖利用非選舉意圖的虛偽遷徙戶籍投票行為影響當選結果的現象，因此，系爭差別待遇的分類目的在於區分各種行為類型的不法內涵並僅針對不法內涵較高的類型以刑法規制，具有目的正當性；且系爭差別待遇措施尚可認對於信賴斷喪情形較為

輕微，立法者認為於遷籍時即有選舉意圖的情形存有較高的信賴斷喪風險，並以刑法加以規制應具有實質關聯性，而與平等原則尚無違背。

第四節 小結

針對虛偽遷徙戶籍投票罪的合憲性，本文贊同憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決的合憲結論，惟於理由上存在不同看法，整理如下：

首先，本罪旨在維持選罷法第 15 條第 1 項實際居住限制的有效性，針對部分違反實際居住限制的情形予以規制，一方面使得人民面臨參與所屬政治社群事務決策權利、遷徙自由與刑罰所干預基本權的三難困境，另一方面在構成要件的設定上則予以同樣欠缺實際居住事實的行為類型不同的法律評價，形成刑法規範上的差別待遇。

在比例原則的審查上，虛偽遷徙戶籍投票罪的規範目的在於確保社群成員對於當選結果不具可操縱性的信賴，為適於以刑罰加以保護的特別重要之公共利益，符合目的正當性的要求。於行為規範的手段上，實際居住限制增加動員非地域性政治社群成員投票的難度，削弱此一因素對於當選結果的影響力，進而確保成員對於當選結果不具可操縱性的信賴。另跨區動員的現象包含了政黨動員的類型，此類型亦會減損成員集體信賴，且非選舉賄賂罪所得規制。又信賴法益仰賴立法者制定明確的崩解臨界值，且無從確保成員集體信賴不會因為大規模政治社群中的虛偽遷徙戶籍投票行為受到減損。綜上，本罪行為規範對於選舉權與遷徙自由的干預，有助於規範目的之達成，為基本權干預罪小侵害手段，且損益間尚屬相稱。

於制裁規範的手段上，在面臨到一般預防功能無法證實也無法證偽的知識困境下，應尊重立法者在其經驗基礎上對於本罪一般預防功能的想像。另本罪事前行政管制措施殊難確保不會產生漏未管制的虛偽遷徙戶籍投票行為，無法

作為刑罰的同等有效較小侵害手段。至於未遂犯的處罰規定不因以著手行為的法益侵害蓋然性高低判斷其處罰正當性，反之，應考量規範目的的擴大保障與基本權利的擴大干預是否損益相稱。本罪如無未遂犯的處罰規定，將使得人民得透過判斷偵查機關是否知悉其虛偽遷徙戶籍行為，再決定是否前往投票，而可能使得一般預防功能大幅地落空，故以未遂犯規定擴大刑罰發動範圍在損益間尚屬相稱。綜上，本罪制裁規範對於人身自由與財產權的干預，符合適當性、必要性與衡平性的要求，尚無違背比例原則的憲法誠命。

在平等原則的審查上，「虛偽遷徙戶籍」要件所形成的差別待遇措施將返鄉投票行為排除在本罪刑事責任之外，惟返鄉投票行為對於當選結果的影響程度囿於人數限制而存在本質上的侷限，且返鄉投票人民於外觀上不具有明顯的投票意向。「意圖使特定候選人當選」要件所形成的差別待遇措施則將非選舉意圖的虛偽遷徙戶籍投票行為排除在本罪刑事責任之外，此類人民於遷籍時不僅外觀上欠缺明顯投票意向，毋寧是在戶籍登記制度下被迫於戶籍地所屬選舉區投票，且於我國選舉實務上未曾被視為影響當選結果的決定性因素。綜上，在所有欠缺實際居住事實的投票行為中，立法者選擇以刑法規制不法內涵較高的類型，具有目的正當性，且返鄉投票行為與非選舉意圖的虛偽遷徙戶籍投票行為可認對於集體信賴的斲喪情形較為輕微，其差別待遇措施亦具有實質關聯性，與平等保障的憲法誠命尚無違背。



第四章 虛偽遷徙戶籍投票罪的爭議問題及其解釋

於第二章中，本文提出以信賴觀點建構虛偽遷徙戶籍投票罪的保護法益；於第三章中，本文以信賴法益作為本罪規範目的，檢驗並肯定虛偽遷徙戶籍投票罪的合憲性。從而，本章將回到虛偽遷徙戶籍投票罪在構成要件與不罰事由上的解釋疑義，試圖從信賴法益的觀點，提出對於本罪解釋疑義的本文看法，並將本文看法適用於我國司法實務上的指標案例中。

具體而言，本章以第一章第二節所臚列虛偽遷徙戶籍投票罪中的三個解釋疑義作為探討對象。首先，我國司法實務以欠缺實際居住事實填充虛偽遷徙戶籍的內涵，有問題的是，從選罷法第 15 條第 1 項實際居住限制的理論基礎，到實際居住概念的具體判斷標準，皆存有深入探討的空間。（第一節）再者，本罪使特定候選人當選的意圖要件，在行為人支持的候選人顯無當選可能性時是否該當，亦存在高度的解釋疑義，而有加以檢視的必要。（第二節）另外，由司法實務所發展出為支持特定家庭成員競選的不罰事由，從不罰理由到不罰範圍的認定皆尚無定論，我們是否可以在刑法審查體系中找到不罰理由，進而確立其不罰範圍，亦有高度討論價值。（第三節）最後，本文將整理針對上述解釋疑義的本文看法，並將其適用於我國司法實務上的指標案例中。（第四節）

第一節 虛偽遷徙戶籍與實際居住

選罷法第 15 條第 1 項之實際居住概念的認定，不僅影響人民參與所屬政治社群事務決策的權利，也攸關虛偽遷徙戶籍投票罪的成立與否。針對虛偽遷徙戶籍之構成要件的解釋，晚近司法實務與憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決皆面臨到實際居住概念的解釋疑義，包含工作地是否適於建構實際居住事實、工作概念與長期工作要求的認定、以及人民與選舉區的實際居住連結非透過戶籍地予以建立的問題，已如前述。有問題的是，既有說法對於實際居住限制的理

論基礎眾說紛紜，而理論基礎的探求亦將影響本文對於上開認定疑義的看法。

因此，為能夠通盤檢討實際居住概念的認定疑義，本節將先探討以實際居住作為投票資格限制的理論基礎（第一項），再據以檢視實際居住概念在認定上的疑義。（第二項）

第一項 實際居住的理論基礎

依本文之見，虛偽遷徙戶籍投票罪的保護法益在於確保人民對於當選結果不具可操縱性的信賴。立法者透過實際居住限制提高以遷籍的方式加入地域性政治社群並參與投票的難度，避免遷籍參與投票被理解為影響當選結果的決定性因素，而斲喪社群成員對於當選結果不具可操縱性的信賴。然而，減少遷籍參與投票因素出現於選舉中的手段，得以諸多不同標準作為投票資格的取得限制，如種族、宗教、社會經濟地位、教育程度等等，因此，在集體信賴法益的觀點下，有先予釐清立法者以實際居住事實作為投票資格取得限制的理論基礎。就此問題，憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決認為：「政治社群成員之組成，著重於對社群事務之熟悉與理解，進而產生社群共同體之理念，對該社群具有參與意願並進而透過選舉方式加以實踐……因長期工作而與工作場所所在之選舉區生活密切關連，亦足以產生社群共同體之認同。⁴⁰⁹」本號判決綜合了成員與地域性政社群間的「熟悉程度」、「利害關係」與「許諾行動」三種不同取向的觀點，以下將分別檢驗何者適於作為實際居住限制的理論基礎。

第一款 熟悉程度

首先，以社群成員於地域性政治社群中具備實際居住事實作為參與社群決策的條件，一種可能的想法是，相較於在社群中無實際居住事實之人，實際居

⁴⁰⁹ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 72 段。

住於社群中的成員對於社群事務較為熟稔，因此較適合參與社群事務的集體決策。⁴¹⁰質言之，於地域性政治社群有實際居住事實的成員，應可確保其對於該地政治、社會、文化事務具備最低限度的熟悉程度。⁴¹¹我國司法實務中亦有類似看法，如臺灣高等法院高雄分院 104 年度上訴字第 773 號刑事判決：「被告遷居臺南已達 20 年，其等生活重心均位在臺南，並未實際居住澎湖，對於澎湖之地方事務並不熟悉，由何人擔任縣議員，與被告尚無切身關連。且被告對於澎湖選情毫無知悉，亦不瞭解候選人之政見內容，然其等竟於投票日……搭機至澎湖投票支持候選人，是被告乃為使特定人當選而虛偽遷徙戶籍，嗣後並進而為投票行為之犯行，至堪認定。」臺灣高等法院 109 年度原上訴字第 138 號刑事判決：「被告與戶籍地及所屬選區不僅有地緣、血緣、認同關係與住民意識，對於附近之人、事較為熟悉，亦有宗教信仰上之連結，就上址之地域環境、自治、福利事項等自然息息相關，自然知之甚詳……被告於投票日進行投票……當與公職人員選舉罷免法第 15 條規定欲藉由繼續居住 4 個月建立人、地連結之立法意旨並無違背。」

另一方面，文獻上有質疑，實際居住是否足以區分社群成員對於社群事務的熟悉程度。實際居住限制可以增加社群成員對於地域性政治社群的熟悉程度之說法，本身隱含歧視新住民的思維。一個從未居住或居住時間未達四個月的社群成員，或許願意深入瞭解當地事務，卻因欠缺實際居住事實而一律被剝奪投票資格。⁴¹²況於資訊快速流通的今日，成員可以透過網際網路等方式獲悉地域性政治社群事務，可見實際居住所隱含的地理上的限制——不在此地即不知此地事，於今日已被科技發展所克服。從而，倘若要以對於當地事務的熟悉程

⁴¹⁰ 黃秀端（2010），會台字第 9433 號胡靈智等聲請案說明會專家諮詢意見書，頁 1-2。

⁴¹¹ 薛智仁（2020），同註 271，頁 73。

⁴¹² 廖元豪（2010），同註 261，頁 7。

度作為理論基礎，其關鍵應在於對當地事務是否保有關注的熱忱，而非有無實際居住事實。⁴¹³

上開質疑固非無見，然而，倘若對於熟悉程度觀點的質疑僅止於與實際居住要求之間的齟齬，或將得出立法者應設定更能切合熟悉程度之理論基礎的判斷標準。惟本文認為，對於社群事務的熟悉程度差異是否得以作為限制選舉權的理論基礎，本身即有探討的必要。在民主理論中，政治社群成員對於社群事務的決策享有同等的政治判斷能力，是政治平等原則的一大前提。同等能力的假設否認社群成員間的政治判斷能力有優劣之分，也否認了在政治決策上存在特權階層的主張。⁴¹⁴儘管同等政治判斷能力的假設在處理未成年人或受監護宣告之人的投票資格時可能會面臨難題。然而，倘若一個人具備獨立在數個選項中優先排序並將其偏好明確告知他人的能力，該人所作成的決定必定比他人代替本人所為的決定更不會出現曲解的情形。⁴¹⁵因此，我們至少可以主張，只要一個社群成員有作成並表達政治決策的能力，其政治判斷能力即有不受質疑的同等價值。

如果接受以上結論，社群成員對於社群事務的熟悉程度，應無法作為限制選舉權的理論基礎。申言之，當我們評價一個社群成員對於社群事務不夠熟稔時，無異於宣稱該成員因為掌握的社群事務資訊不足，因此不具備參與社群事務決策的最低政治能力的要求。然而，即使一個成員對於所屬政治社群的事務不熟悉，甚至是一無所知，仍然可以參考其他無關社群的因素（如個人政黨意向或個人利害關係）作成並表達其政治決策。因此，熟悉程度的觀點相當於在所有具備獨立作成並表達政治決策的成員中，增加了政治決策能力的限制。這

⁴¹³ 施佩岑（2018），同註 40，頁 91-92。

⁴¹⁴ Weale, A. (2007), DEMOCRACY, at 62-63.

⁴¹⁵ Dahl, R.著，李培元譯（2006），同註 184，頁 163-164。

樣的限制違反政治平等原則對於每個人皆有同等價值之政治決策能力的假設，應無法作為實際居住限制的理論基礎。

第二款 利害關係

除熟悉程度外，另一種常見的觀點是，相較於在地域性政治社群中無實際居住事實的成員，社群事務的決策對於有實際居住事實的成員而言更具備切身的利害關係，故更適於參與社群事務的決策。質言之，一個地域性政治社群必然是由眾多利害各異的成員所組成，由於成員們生活在同一個時空環境，該時空環境中的有限資源的分配問題，便會影響社群成員間的損益消長。⁴¹⁶個人實際居住於一地的事實，使得個人受該地規範秩序所拘束，別無選擇地需要承受政治社群公共事務決策所引致的後果，因此在民主原則下，實際居住事實對於個人參與政治社群決策的權利而言具有重要性。⁴¹⁷我國司法實務亦有採類似看法，如最高法院 101 年度台上字第 1237 號刑事判決：「選罷法第 15 條第 1 項規定……自積極層面言，欲藉繼續居住四個月之期間，以建立選舉人和選舉區之地緣與認同關係，產生榮辱與共、切身利害感覺，進而使其地方生活與政治責任相結合，本於關心地區公共事務，及對於候選人之理解，投下神聖一票，選賢與能之目的克以實現。」臺灣高等法院 97 年度上訴字第 758 號刑事判決：「被告等人，均係長期在位於臺北縣烏來鄉巨龍集團工作，或基於親家關係互相往來頻繁，則被告等人對於該地之地域環境、自治、福利事項等自然息息相關，亦知之甚詳，而該地區公共政策之形成，自與上開被告具有重要利害關係，則上開被告於投票日進行投票，實質上並無使投票發生不正確結果之情況，亦無違民主政治之選舉本質。」

⁴¹⁶ 王怡婷（2013），同註 37，頁 116-117。

⁴¹⁷ 王怡婷（2013），同註 37，頁 117-118。

另一方面，文獻上亦有質疑實際居住事實的有無是否足以區分成員對於社群事務決策的利害關係多寡。有學者認為，地域性政治社群的資源分配與管理固然應由社群成員決定，有問題的是，實際居住事實是否適於劃定地域性政治社群成員，實非無疑。以全國性稅收統籌分配為例，納稅人對於各地區經費分配皆有貢獻，難認納稅人與居住地以外的地區皆毫無關聯。經選舉產生的公職人員是否稱職、守法，亦不會只攸關該地區居民的利害。⁴¹⁸此外，許多人士雖未長年定居於設籍地，但該設籍之處所為其擁有之不動產，甚至是該財產之價值超越該人士其他地方所擁有之財產者，顯見渠對於該地有相當之利益關係，為何僅因為未設籍便不得投票，亦屬有疑。⁴¹⁹另有學者認為，立法者固然希望透過實際居住限制界定與政治社群具備真實利害關係的成員，然而，在生活型態改變之下，人民經常生活地往往不只一處，亦不排除長期、深入關係非實際居住地的政經社會發展，因此利害關係的認定恐無法以形式上的實際居住作為唯一標準。⁴²⁰

在民主理論中，政治平等原則的另一個重要前提是，每個人都應被視為對於自己利益的最佳判斷者，即非家父長原則（non-paternalist principle）。非家父長原則並非強調每個人都可以完美地判斷自身利益，而是沒有其他人能夠比自己更好地判斷自身利益。⁴²¹非家父長原則在未成年人或受監護宣告之人的問題上同樣存在爭議，然而，我們至少可以接受，只要一個人有能力了解其決策的後果，他對於會影響到他自身利益的政策即有參與決策的資格。⁴²²

⁴¹⁸ 許玉秀（2001），同註 205，頁 25-26。

⁴¹⁹ 林超駿（2010），同註 218，頁 30。

⁴²⁰ 黃昭元（2023），同註 240，頁 4。

⁴²¹ Weale, A. (2007), DEMOCRACY, at 63.

⁴²² *Ibid.* at 64-65.

本文認為，如果接受非家父長原則的基本概念，則以利害關係應無法作為實際居住限制的理論基礎。質言之，戶籍法第 3 條規定：「（第 3 項）一人同時不得有二戶籍。」從而，我國既以戶籍作為地域性政治社群之成員資格的依據，則人民必然僅得加入一個地域性政治社群，且僅得參與一個地域性政治社群的社群事務決策。在此觀點下，利害關係的說法相當於由國家代替人民判斷其最適合參與哪一個地域性政治社群的事務決策。換言之，選罷法第 15 條第 1 項關於人民須於社群內有實際居住事實始有投票資格的規定，無異於國家在眾多地域性政治社群間，判斷人民加入並參與其實際居住地所屬的政治社群事務決策更符合自身利益。

我們可以想像一個狀況，某人自成年以來，其生活起居與工作場所皆在甲地，該人的家庭成員居住在乙地，而乙地的社會福利政策攸關其家庭成員的生活品質。人民在綜合考量各種因素後，認為參與乙地的公共事務決策，希望可以透過自己的一票提升家庭成員的生活品質，最符合其自身利益。此時，國家以人民在乙地沒有實際居住事實，沒有切身利害關係為由，禁止甲參與乙地政治社群的決策，難謂無隱含以公權力取代人民進行利益判斷的問題。須再次強調的是，非家父長原則並不宣稱本例中的人民參與乙地決策是最符合自身利益的選擇，而是沒有其他人適於為該人做出最佳利益的判斷。因此，在非家父長原則下，利害關係的說法有取代人民作出最佳利益之判斷的疑慮，應無法作為實際居住限制的理論基礎。

第三款 許諾行動

在否定以熟悉程度或利害關係作為實際居住限制的理論基礎後，成員對於地域性政治社群的許諾行動（commitment）是否為正當的理論基礎，亦有討論空間。文獻上有認為，倘若一個地域性政治社群的成員，僅在社群邊界徘徊，

且將自己置身於社群內部對話政治外，其不得主張自己享有社群事務的決策權利。⁴²³在此觀點下，實際居住事實可以被理解為一種對於政治社群的忠誠保證，透過實際居住，成員間的利益在不同議題之間相互交織，也形成面對面地對話機會，使對話政治成為可能。⁴²⁴詳言之，實際居住限制相當於要求有意加入地域性政治社群之人必須以客觀行動展現對於政治社群的認同，這樣的許諾行動方足以確保住民自治的整全性。如果一個成員在沒有表現出許諾行動的情形下取得社群事務的決策資格，其他成員即可能因此擔心住民自治會因為「虛假成員」的參與而受到稀釋甚至於是剝奪。⁴²⁵因此，不論成員主觀上對於地域性政治社群是否存在認同與忠誠，皆必須透過實際居住所表彰的許諾行動才能被其他成員所確認。⁴²⁶

以許諾行動作為分類目的之觀點，首先強調成員對於政治社群的忠誠係參與集體決策的前提，而忠誠要求在國籍議題中更為明顯。對於意圖歸化成為一國國民之人，我們會要求他們必須表現出對於憲法原則的依附並「宣示」效忠憲法，方足以成為政治社群的一員。⁴²⁷我國現行法律中，經許可歸化者須提出原有國籍的喪失國籍證明、同時具備我國與他國之雙重國籍者原則上不得擔任特定公職人員等規定，皆屬忠誠義務要求的具體展現。⁴²⁸文獻上亦有認為，如果政治社群的成員對於社會的核心原則不夠重視，其忠誠義務的欠缺可能足以

⁴²³ Neuman, G. (1992), "WE ARE THE PEOPLE": ALIEN SUFFRAGE IN GERMAN AND AMERICAN PERSPECTIVE, Michigan Journal of International Law, Vol. 13, Issue 2, 259.

⁴²⁴ Michaelman, F. (1989), CONCEPTIONS OF DEMOCRACY IN AMERICAN CONSTITUTIONAL ARGUMENTS: VOTING RIGHTS, Florida Law Review, Vol. 41, Issue 3, 443.

⁴²⁵ 蘇彥圖（2023），同註 57，頁 4-5。

⁴²⁶ 詹森林（2023），同註 237，頁 5。

⁴²⁷ Levinson, S. (1989), SUFFRAGE AND COMMUNITY: WHO SHOULD VOTE?, Florida Law Review, Vol. 41, Issue 3, 556.

⁴²⁸ 國籍法第 9 條：「（第 1 項）外國人申請歸化，應於許可歸化之日起，或依原屬國法令須滿一定年齡始得喪失原有國籍者自滿一定年齡之日起，一年內提出喪失原有國籍證明。」、國籍法第 20 條：「（第 1 項）中華民國國民取得外國國籍者，不得擔任中華民國公職……」

正當化公民權利的剝奪，違反法律可能被視為對於政治社群連帶關係的全然否定，因此針對重罪的褫奪公權，剝奪其參與政治社群的統治可能是合理的。⁴²⁹我國選罷法第 26 條針對曾犯特定犯罪之人不得登記為候選人的規定，儘管存在違反比例原則的疑義，惟其背後所蘊含的立法意旨，無非在於回應人民透過違反法律所表現對於政治社群欠缺忠誠的行動，尚屬正當的公共利益。

再者，以許諾行動作為理論基礎的觀點也強調對於政治社群的忠誠必須彰顯於外，透過客觀上的許諾行動方足以使其他成員確認其具有真摯的忠誠與認同。這樣的運作模式使得民族（nation）作為一個想像上的共同體有存在的可能性，在集體性的政治期望下，儘管政治民族中的成員於日常生活中僅會遇見一小部分的成員，卻依然能夠想像與全部民族成員共享民族認同感。⁴³⁰

本文認為，以許諾行動作為實際居住限制的理論基礎，亦切合多元爭勝民主觀點對於民主政治共同體的想像。質言之，不論是一個民主政治共同體的建立，抑或是政治性對立的維繫，皆仰賴共同體成員間具有一定程度的共識。這樣的共識使得多元主義下的成員願意以民主的方式爭奪主導權，也使得成員間不會因為對於良善的不同理解而將他人視為需要被消滅的敵人，進而，一個同中求異、異中求同的民主政治共同體始為可能。⁴³¹實際居住事實作為一種許諾行動，無非在於表彰一種共同體內部的共識——儘管不同成員間存在多元認同，但因為所有成員都在共同體內實際居住，因此，不同認同下的不同投票意向，皆是出於對於共同體未來走向的期待。另一方面，倘若民主政治共同體內的決策資格並無要求許諾行動，則允許對於共同體毫無認同、出於「決定共同

⁴²⁹ Levinson, S. (1989), SUFFRAGE AND COMMUNITY: WHO SHOULD VOTE?, *Florida Law Review*, Vol. 41, Issue 3, 556-557

⁴³⁰ Heywood, A.著，楊日青、李培元、林文斌、劉兆隆譯（2009），*Heywood's 政治學新論*，韋伯文化，頁 167-168。

⁴³¹ 關於多元爭勝民主觀點，詳見第二章第三節的討論。

體未來走向」以外的動機之人參與決策，或將使得共同體內部不再具備最基本的共識將成員連繫在一起，而有危及民主政治共同體存續的危險。

綜合以上說明，實際居住限制的理論基礎應在於要求地域性政治社群成員為一定的許諾行動。透過這樣的許諾行動，其他社群成員方足以確認該人非徘徊在社群邊界或欠缺集體共識的「假成員」。在確立了實際居住限制的理論基礎後，以下將接續處理實際居住概念在判斷上可能存在的解釋爭議。

第二項 實際居住的判斷標準

第一款 工作地與事業戶

首先，針對工作地是否得建構實際居住概念的認定疑義，晚近司法實務多採肯定見解。如最高法院 111 年度台上字第 550 號刑事判決：「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），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。基於上述選罷法藉繼續居住事實，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，並與刑法謙抑原則無違。」¹⁰⁹、臺灣高等法院 109 年度上訴字第 114 號刑事判決：「考量本罪的立法意旨，配合現代生活型態，就有無『居住事實』的判斷標準，應持較為寬鬆、彈性的認定標準，在行為人基於工作，而與工作地實質上存在密切關聯性之情形下，應認其在工作地有居住事實。」類似見解亦為憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決所採：「基於憲法第 17 條保障人民選舉權之意旨，所謂『實際居住』，隨著社會變遷，不應再侷限於以居家生活或住宿理解之傳統『居住』概念，蓋政治社群成員之組成，著重於對社群事務之熟悉與理解，進而產生社群共同體之理念，對該社群具有參與

意願並進而透過選舉方式加以實踐。隨著交通工具與人際互動科技發展日新月異，人民遷徙移動成本大幅降低，生活圈也日漸擴大，工作地與住家分處不同選舉區之情形所在多有，因長期工作而與工作場所所在之選舉區生活密切關連，亦足以產生社群共同體之認同，已屬不容否認之事實……人民基於持續就業而與所處地區實質上建立政治社群之歸屬與認同感，也應成為承認其在工作場所所在選舉區擁有選舉權，參與政治社群自我治理之另一種正當性基礎……是只要在某選舉區長期就業，該地區亦屬其日常生活重心所在，故將戶籍遷入就業所在之選舉區，其長期持續就業之事實必然亦得建構與選舉區成員休戚與共之網絡而成為政治社群之一員，當可因而認定具有『實際居住』事實。⁴³²」

同樣地，文獻上亦有指出，僅以歇宿地作為實際居住概念的唯一內涵可能有涵蓋不足的疑慮。隨著社會的變遷，人的遷徙流動越趨頻繁，人與地域性政治社群間的關係也較往昔淡薄。在不解構、揚棄實際居住限制下，我們應該調整實際居住概念的定義，以順應現代社會的變遷及其需求。⁴³³在生活型態多元的現代社會，歇宿事實不是建立個人與特定地域連結的唯一因素，立法者應考量社會生活型態的轉變，增加歇宿事實以外的其他連繫因素。⁴³⁴倘若行為人與工作地實質上存在密切關聯性，在現代生活型態下，刑事法院應承認其於工作地有實際居住事實。⁴³⁵

透過以上梳理，我們可以發現肯定工作地足以建構實際居住事實的見解皆係自社會變遷的角度出發。然本文認為，僅從戶籍法的體系解釋即可推論出立法者有意將人民透過工作地所建立的實際居住事實作為取得投票資格的基礎。

⁴³² 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 72 段。

⁴³³ 蘇彥圖（2023），同註 57，頁 6。

⁴³⁴ 薛智仁（2020），同註 271，頁 73。

⁴³⁵ 薛智仁（2020），同註 271，頁 78。

首先，戶籍法第 3 條規定：「（第 2 項）在一家，或同一處所同一主管人之下共同生活，或經營共同事業者為一戶，以家長或主管人為戶長；單獨生活者，得為一戶並為戶長。」由上開規定可見，立法者對於戶籍概念的想像，除了人民歇宿起居的「生活戶」外，也包含了經營工作的「事業戶」。戶籍法第 3 條的規定於民國 34 年戶籍法全文修正時即制定，在此之後，動員戡亂時期公職人員選舉罷免法於民國 72 年明文規定以戶籍資料認定實際居住事實，因此，立法者對於實際居住概念的想像本即包含事業戶的類型。舉例來說，某甲以其經營事業處所設定事業戶的戶籍，倘若立法者對於實際居住概念的想像僅限於人民日常起居的歇宿地，則我們無從自某甲事業戶的戶籍資料中得知其歇宿地是否於同一選舉區內，而於該選舉區內有歇宿的實際居住事實，從而，以戶籍資料認定實際居住事實的規定將失其功能。簡言之，立法者既於選罷法中預設了戶籍資料得確保人民於選舉區內有實際居住事實，表彰人民經營與工作的事業戶，自然同樣足以建構取得投票資格所需的實際居住概念。

第二款 工作概念與長期工作概念

在肯認工作地亦適於建構實際居住事實後，接下來的問題是，工作概念與本號憲法判決所提出的「長期工作」概念的解釋問題，此一解釋問題在空降候選人的案例中尤其重要。理由在於，空降候選人的競選活動並非有償勞務或以營利為導向的事業，是否符合工作概念，已有疑義。再者，空降候選人前往未曾有過實際居住事實的選舉區參選，往往僅有數個月的競選活動，是否符合「長期」工作的要求，亦有疑義。

首先，針對足以建構實際居住事實的工作概念，本文認為應採從寬解釋，不限於有償動機的提供勞務或營利導向的經營事業，也包含於地域性政治社群內非營利性質的公益活動。質言之，戶籍法施行細則第 3 條規定：「（第 1 項）

戶之區分如下：二、共同事業戶：在同一處所同一主管人之下經營共同事業之工廠、商店、寺廟、機關、學校或其他公私場所。」從戶籍法的觀點，我們可以觀察到細則中例示的寺廟、學校性質上皆屬非營利導向的事業，故戶籍法上事業戶的概念，本即不限於營利導向的事業類型。再者，自許諾行動的觀點而言，不論人民於地域性政治社群中從事的活動是否具有營利性質，是否足以建構實際居住事實的關鍵應在於其他社群成員是否得透過與人民真實互動的許諾行動，了解人民對於政治社群的忠誠與認同，就此而言，只要人民於地域性政治社群中維持一定頻率、一定時間的活動，不論是否具有營利性質，皆應認足以作為傳達認同的許諾行動。⁴³⁶況人民非出於營利動機參與地域性政治社群中的公益事業，依一般社會通念應屬對於該社群更強烈的許諾行動，自無排除在工作概念之理。有大法官亦認為，足以建構實際居住事實的工作概念亦可包含從事公益性質的活動。舉例來說，長期致力於偏鄉教育或關注某地環境保護問題者，為支持理念相近的候選人而遷徙戶籍至該地投票，應認對於該政治社群有認同許諾，而有取得選舉權之正當性基礎。⁴³⁷

針對空降候選人與工作概念的認定疑義，法務部認為，空降候選人於投票日前往往會於當地長期設立服務處並從事競選活動，其以親身經歷認識地域性政治社群的政治、經濟、文化，並取得社群成員的共同意識。⁴³⁸憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決亦採類似看法：「候選人於遷徙戶籍後，必然於選舉區積極從事競選等相關活動，縱每日活動結束後返回戶籍地以外居住地休憩或住宿，惟其於遷徙戶籍登記後，其密集競選活動無疑已與選舉區建立實際連結，

⁴³⁶ 然而，在當代社會中，可能產生的問題是，人民的工作或事業橫跨數個地域性政治社群（如計程車司機、外送員），抑或是人民的工作或參與的活動係以網路作為主要媒介，無從再以地域定位其活動範圍。本文尚無法處理此類情形中的許諾行動與實際居住概念的認定疑義，惟此一問題在可預見的將來應會具有相當程度的重要性。

⁴³⁷ 黃瑞明（2023），同註 346，頁 10。

⁴³⁸ 法務部（2023），同註 55，頁 4。

如同於選舉區從事長期工作之情形，即應認定符合實際居住之要件，而未構成本罪所謂虛遷戶籍，自非選舉人單純為取得投票權而將戶籍地遷出實際居住地之行為可相提並論，不生是否違反憲法保障平等權意旨之問題。⁴³⁹」本文認為，相較於其他工作、事業，候選人的參選行為與競選活動傳遞的訊息是願意成為該地域性政治社群的代表，為社群成員處理公共事務，性質上應屬更為強烈的許諾行動，足以建構實際居住事實。

下一個問題是，憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決所稱足以建構實際居住概念的「長期工作事實」應如何解釋：「長期工作而與工作場所所在之選舉區生活密切關連，亦足以產生社群共同體之認同，已屬不容否認之事實……是只要在某選舉區長期就業，該地區亦屬其日常生活重心所在，故將戶籍遷入就業所在之選舉區，其長期持續就業之事實必然亦得建構與選舉區成員休戚與共之網絡而成為政治社群之一員，當可因而認定具有實際居住事實。⁴⁴⁰」有大法官認為，依據裁判先例原則，今後虛偽遷徙戶籍投票之人如欲主張其戶籍地為工作地而不應以本罪相繩，其在該地工作期間應至少與系爭聲請案件（桃園市長案）相當，有二、三十年以上的工作事實。⁴⁴¹

本文認為，長期工作地的要求應有商榷餘地。選罷法第 15 條第 1 項既僅要求四個月以上的實際居住事實，司法實務於判斷生活戶的戶籍遷徙是否虛偽時亦使用四個月以上實際生活的標準。生活戶與事業戶既為戶籍法上並列的二種戶及類型，何以事業戶的實際居住事實即須以「長期」工作事實乃至於二十年以上工作事實加以認定，實非無疑。此一見解無異於在生活戶與事業戶間的實際居住期間要求上為差別待遇，且未見任何區分理由，難謂符合平等原則的憲

⁴³⁹ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 82 段。

⁴⁴⁰ 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 72 段。

⁴⁴¹ 詹森林（2023），同註 237，頁 7。

法誠命。此外，本號憲法判決亦肯認「候選人密集競選活動無疑已與選舉區建立實際連結，如同於選舉區從事長期工作之情形，即應認定符合實際居住之要件⁴⁴²」，將長期工作地理解為二十年以上的工作事實，無疑使得空降候選人皆無法透過競選活動建立足夠的實際居住事實，因此，較為合理的見解應為同樣要求四個月以上的工作事實，即足以肯認人民有與地域性政治社群的認同與許諾，而得取得投票資格。

第三款 戶籍地與選舉區

接下來的問題是，將立法者對於戶籍概念的想像適用於實際居住概念的判斷上，固然可以推論出生活戶與事業戶均得建構實際居住事實的結論。有問題的是，倘若從戶籍登記資料的觀點，在虛偽遷徙戶籍投票罪中，「虛偽遷徙戶籍」的要件應非當然得以「於選舉區欠缺實際居住事實」予以填充。質言之，虛偽遷徙戶籍在最原始的文義上應係指於「戶籍地」無實際居住事實，然而，在許多虛偽遷徙戶籍投票案件中，我們都可以發現行為人或與選舉區有實際居住關聯，惟其關聯並非透過戶籍地來建立。以桃園市長案為例，被告固然於桃園市中華航空股份有限公司有工作事實，惟被告戶籍均非以共同事業戶的形式登記於上開工作地，而是分別遷入工會秘書、工會理事及被告姨丈的共同生活戶。⁴⁴³有判決即質疑，本案被告設籍地與工作地雖皆位於桃園市，惟二者相距甚遠，該設籍地如何與被告的工作產生人地的連結性？⁴⁴⁴上開質疑正確地認識到選罷法第 15 條第 1 項的實際居住限制固然僅要求人民須於「選舉區」有實際居住事實，然立法者既預期戶籍資料足以確保人民於選舉區內有實際居住事實，則當人民於選舉區內的實際居住事實並無呈現於戶籍資料中，即人民於

⁴⁴² 憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決（2023），判決理由第 82 段。

⁴⁴³ 臺灣桃園地方法院 108 年度選訴字第 16 號刑事判決。

⁴⁴⁴ 最高法院 110 年度台上字第 1054 號刑事判決。

「戶籍地」欠缺實際居住事實時，是否該當於「虛偽遷徙戶籍」的要件，應有商榷餘地。

首先，美國多數州係採選民登記制度（voter registration）作為編造選舉人名冊的法制，在此制度下，人民若欲於行使投票權，須於一定期間前先為選民登記，並提出實際居住的證明供選務機關實質審查投票資格。⁴⁴⁵對於在複數選舉區皆有實際居住事實的人民而言，登記投票行為無疑是非家父長原則的具體實踐，在數個有真實許諾行動的地域性政治社群之間，人民扮演自身利益的最佳判斷者，選擇其中一個政治社群參與決策。至於我國選舉法制採取戶籍登記制度，以戶籍資料編造選舉人名冊，在此制度下，戶籍遷徙登記即包含選民登記投票的功能意義。⁴⁴⁶

有問題的是，相較於外國立法例上選民登記投票行為的全然自由，由於戶籍遷徙登記須備妥遷入地的戶籍名簿，且戶籍名簿原則上由戶長保管，我國人民在戶籍遷徙登記上往往會受到各種事實上的阻礙。⁴⁴⁷舉例來說，房東為向稅捐機關隱匿房屋租賃所得而拒絕房客將戶籍遷入租賃房屋。⁴⁴⁸共同事業戶的事業主管基於管理成本等考量拒絕受僱人將戶籍遷入共同事業戶。大學以非設籍

⁴⁴⁵ 林超駿（2010），同註 218，頁 39。

⁴⁴⁶ 蘇彥圖（2023），同註 57，頁 7。

⁴⁴⁷ 戶籍法施行細則第 21 條：「（第 1 項）戶政事務所受理戶籍登記，應查驗其國民身分證及戶口名簿正本。但外國人、無國籍人、臺灣地區無戶籍國民、大陸地區人民、香港或澳門居民，應查驗其護照、居留證、定居證或入出國許可等證明文件正本。」、戶籍法第 56 條：「（第 2 項）戶口名簿由戶長保管。戶內人口辦理戶籍登記時，戶長應提供戶口名簿，不得扣留。」

⁴⁴⁸ 民國 112 年 11 月 21 日立法院三讀通過住宅法第 15 條修正案，新法規定「（第 3 項）公益出租人依第一項規定出租住宅所簽訂之租賃契約資料，除作為該項租稅減免使用外，不得作為查核其租賃所得之依據。」，此一規定旨在避免房東因擔心稅捐機關以租金減免優惠的申請資料查核其租賃所得而拒絕承租人申請租金減免優惠，然而，由於稅捐機關仍非不得以戶籍資料作為租賃所得的查核依據，可以想像的是，房東可能基於相同理由拒絕承租人將戶籍遷入租賃房屋。

於大學所在縣市作為受分配宿舍的資格條件，使得住宿學生無法將戶籍遷入實際歇宿的宿舍，否則可能失去未來住宿資格。⁴⁴⁹在這些事實上的阻礙下，我國選舉法制所採取的戶籍登記制度無疑會使得受事實上阻礙而無法任意將戶籍遷入實際居住地的人民，其選擇加入任意政治社群並參與決策的權利受到不合理地干預並形成不當的差別待遇。因此，本文認為，在不全盤推翻既有戶籍制度的前提下，針對於選舉區內有實際居住事實惟於戶籍登記時受到事實上阻礙的人民，應允許其將戶籍遷入選舉區內其他無實際居住事實的戶籍中，方足保障其參與所屬政治社群決策的權利。⁴⁵⁰從而，我們才能合理地說明，即使人民與地域性政治社群間的實際居住連結並非透過戶籍地予以建立，仍不應該當於本罪虛偽遷徙戶籍的構成要件。

第二節 使候選人當選意圖與顯無當選可能性

虛偽遷徙戶籍投票的行為人支持的候選人顯無當選可能性時，是否該當於本罪使特定候選人當選的意圖要件，存有解釋上的疑義，已如前述。⁴⁵¹在探討這個問題前，由於本罪法益侵害流程中，行為人通常有「虛偽遷徙戶籍」與「投票」二個行動，而意圖作為一種主觀要件，須先釐清的是，本罪意圖的具備與否須檢驗行為人哪一個行為階段時的主觀想法。依我國司法實務多數看法，行為人一旦基於支持特定候選人的意圖而虛偽遷徙戶籍，即為本罪之著

⁴⁴⁹ 以國立臺灣大學為例，國立臺灣大學學生宿舍管理辦法第 14 條規定：「學生住宿服務組受理前條住宿之申請後，按大學部一年級、二年級以上、研究所學生之指定宿舍，依下列各款順序分配宿舍；床位不足，則依抽籤順序分配之：七、至申請日止，學生本人及父母設籍臺北市、新北市、基隆市、桃園市以外滿兩年以上者。」

⁴⁵⁰ 惟不可否認的是，此一解釋方法依然要求此類人民須於地域性政治社群的範圍內尋覓願意使其為戶籍遷入登記的戶長。因此，儘管這樣的解釋可以減緩戶籍登記制度對於人民選舉權的干預程度，惟仍無法逕認在這樣的解釋下已無選舉權的侵害可言。

⁴⁵¹ 詳見第一章第二節第三項。

手。⁴⁵²文獻上亦有認為，行為人須於虛偽遷徙戶籍時具備本罪意圖，且延續到投票行為，方足成立本罪。⁴⁵³由立法理由觀之，「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。⁴⁵⁴」立法者希望透過意圖要件，將於遷籍時欠缺選舉意圖的情形排除在處罰範圍之外。因此，行為人須於虛偽遷徙戶籍時即具備使特定候選人當選的意圖，始該當本罪的意圖要件，應無疑問。

在確立本罪意圖要件的認定時點後，有學者認為，意圖要件在概念上係由認知與意欲二要素所組成，倘若行為人僅有達成特定結果之目的，卻不認為有實現此結果的可能性，將因欠缺認知要素而無法實現意圖要件。因此，本罪的意圖要件的該當不僅須行為人有支持特定候選人當選的意欲，同時也需要對於特定候選人可能因此當選有所認知，始足當之。⁴⁵⁵具體來說，在較小範圍的選舉區，虛偽遷徙戶籍的行為人只要知道其將於小型選舉區投票，原則上即應認識到其投票行為可能使其所支持的候選人當選，而該當本罪意圖要件；惟於上開桃園市長案中，考量幾乎無法想像以動員虛偽遷徙戶籍投票的方式影響大型的選舉區，應認被告有認識到其所支持的候選人不可能因為自己的虛偽遷徙戶籍投票行為而當選，而欠缺本罪意圖要件。⁴⁵⁶

⁴⁵² 最高法院 101 年度台上字第 4041 號刑事判決。

⁴⁵³ 薛智仁（2022），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，第 13 期，，頁 171。

⁴⁵⁴ 立法院公報處（2006），同註 74，頁 77-78。

⁴⁵⁵ 薛智仁（2020），同註 271，頁 78-79。

⁴⁵⁶ 薛智仁（2020），同註 271，頁 78-79。

本文認為，將本罪意圖要件的該當限於行為人認識到其支持的候選人有可能因自己的虛偽遷徙戶籍投票行為而當選的情形，不僅會排除支持顯無當選可能性的候選人此一情形的刑事責任，更將使得本罪幾乎毫無成立的可能性。質言之，對於一個單獨的行為人而言，只有當該次選舉候選人得票數僅有一票之差時，行為人所投下的選票方足以使其支持的候選人當選。但凡候選人得票數相差二票以上，不論有無行為人的選票皆無從影響其支持的候選人當選與否。在此情形下，「行為人須認識到其投票行為可能使其所支持的候選人當選」的要求，相當於要求行為人須認識到該次候選人間的得票數有可能為一票之差。然而，即使是在我國最小規模的村里長選舉中，有選舉權人仍至少有數百人，候選人間僅有一票之差的選舉結果仍屬非常罕見，在這樣的條件下，殊難想像行為人於虛偽遷徙戶籍時主觀上能夠認識到該次選舉可能產生一票之差的情形。因此，以上開見解解釋本罪意圖要件，或將很大程度地架空虛偽遷徙戶籍投票罪的成立情形，應非妥適。

另外一種可能的想法是，倘若行為人所欲支持的候選人顯無當選可能性，行為人於遷籍時的主觀意圖僅為使特定候選人「拿回保證金」，而欠缺使特定候選人「當選」的主觀意圖。本文認為，此見解同樣存有商榷餘地。首先，儘管人民於投票日前可藉由民意調查結果判斷其支持的候選人客觀上有無當選可能性，惟於投票結果確定前，我們仍無法斷言當選結果必然與民意調查的統計結果相符。因此，候選人不具有當選可能性的客觀事實，尚不足以證明虛偽遷徙戶籍投票的行為人主觀上僅係出於使候選人拿回保證金的意圖，而無認為希冀其所支持的候選人當選的意圖。

除此之外，倘若將虛偽遷徙戶籍投票罪的保護法益理解為信賴法益，則行為人主觀上是否認為候選人有當選可能性應不具有不法內涵上的重要性。申言之，立法者將虛偽遷徙戶籍投票行為造成的信賴崩解臨界值設定在「一人出於

選舉意圖，遷籍至無實際居住事實的選舉區並投票」，亦即，對於立法者而言，只要有一件虛偽遷徙戶籍投票行為，成員對於當選結果不具可操縱性的信賴即有透過刑罰予以重建的必要。如果接受以上分析，候選人的當選可能性應非信賴法益的關注重心，理由在於，不論行為人所欲支持的候選人是否具有當選可能性，我們皆難以想像一張虛偽遷徙戶籍而取得的選票足以影響整體當選結果。倘若立法者將信賴崩解臨界值設定於一張虛偽遷徙戶籍而取得的選票，應可推知成員信賴減損的法益侵害流程在於透過該選票的出現，開始對於選舉結果中的其他選票開始產生質疑，進而不再信賴當選結果的不具可操縱性。從而，候選人的當選可能性與信賴減損尚屬無間。

最後，倘若認為虛偽遷徙戶籍投票的行為人因支持的候選人顯無當選可能性而不該當本罪意圖要件，無異於在支持有無當選可能性之候選人的選民間形成一種恣意的差別待遇，形成只有支持顯無當選可能性的候選人方得合法地以虛偽遷徙戶籍的方式取得投票權並投票的不合理結論。更甚者，由於我們難以窺知行為人於遷籍時主觀上所欲支持的候選人為何，上開解釋進路可能使得行為人宣稱自己所欲支持的候選人顯無當選可能性，卻在秘密投票原則的保護下實際投票給非顯無當選可能性的候選人，造成本罪信賴法益保護的意旨受到完全架空。

綜合以上說明，儘管本罪意圖要件為使特定候選人「當選」，然而，倘若虛偽遷徙戶籍者須認識到自己的一票可能會影響當選結果始該當本罪意圖要件，由於候選人間僅有一票之差的情形極為罕見，上開見解有幾乎完全架空本罪成立可能性的疑慮。再者，倘若排除支持顯無當選可能性的候選人之情形該當本罪意圖要件，不僅忽略了地域性政治社群成員對於當選結果不具可操縱性的信賴與行為人主觀上支持的候選人之當選可能性無涉，更將形成支持不同候選人間的恣意差別待遇，甚而可能利用主觀意圖難以證明與秘密投票原則的保



護，使得本罪法益保護的意旨落空。因此，只要行為人於遷籍時意欲使特定候選人當選，且認識到其投票行為有助於支持的候選人當選，即應該當於使特定候選人當選的意圖要件。

第三節 為支持家庭成員的競選

於虛偽遷徙戶籍投票罪的討論中，為支持特定家庭成員競選的不罰爭議，已如前述。⁴⁵⁷在討論系爭不罰事由是否可以從刑法審查體系中找到不罰原因之前，需先說明的是，司法實務針對支持家庭成員競選的不罰事由，是否限於行為人「將戶籍遷回原生家庭」的情形，存有不同看法。最高法院 109 年度台上字第 4333 號刑事判決即採肯定見解：「（系爭不罰事由）係基於行為人因自幼居住該原生地，與該原生地區有相當聯結，對該地區公共事務並非完全不瞭解，尚無違法律賦予住民公職人員選舉權及選舉結果正確之本旨，為其立論基礎，乃以行為人將戶籍『遷回原生家庭』作為其論述之重要因素，尚非毫無任何限制。」另一方面，最高法院 101 年度台上字第 1237 號刑事判決則僅強調：「為支持直系血親或配偶之競選而遷籍未實際居住者，雖然基於情、理、法之調和與社會通念之容許，或有認為不具可罰違法性或非難必要性者。」依此看法，凡支持特定家庭成員競選的虛偽遷徙戶籍投票行為，即使非將戶籍遷回原生家庭，皆非本罪處罰範圍。為完整釐清不罰理由，以下會將行為人是否遷回原生家庭的情形皆納入考量，先予說明。

首先，倘若我們將虛偽遷徙戶籍投票行為的保護法益理解為確保社群成員對於當選結果不具可操縱性的信賴，則支持特定家庭成員的競選應無法構成阻卻構成要件事由。申言之，不論此一不罰事由是否限於行為人將戶籍遷回原生

⁴⁵⁷ 參見第一章第二節第三項。

家庭的情形，毫無疑問地，行為人自戶籍遷徙登記後，於選舉區皆無四個月以上的實際居住事實。此外，行為人與候選人間的親屬關係，反而使其戶籍遷徙行動存在明顯的投票意向外觀，倘若對於家庭成員的範圍毫無限制，並非無法想像候選人透過動員大量家庭成員以虛偽遷徙戶籍的方式支持其競選，進而使親屬或宗族因素被社群成員理解為長期、穩定影響當選結果的決定性因素，損及社群成員對於當選結果不具可操縱性的信賴。或有認為，我國司法實務對於得排除可罰性的家庭成員範圍已為限縮，考量候選人之直系血親及配偶數量的有限性，其虛偽遷徙戶籍投票行為對於社群成員的信賴減損同樣較低。然而，本文認為，立法者既已將本罪信賴崩解而應發動刑罰的臨界值設定於選舉區中有「一人意圖使特定候選人當選而虛偽遷徙戶籍投票」，則不論有無限縮家庭成員的範圍，應認「一票」支持家庭成員競選的虛偽遷徙戶籍投票行為即已逾越信賴崩解的臨界值，而有發動刑罰以重建信賴的需求。就此而言，支持家庭成員競選的情形在不法內涵上應無不同，自無構成虛偽遷徙戶籍投票罪的阻卻構成要件事由之理。

再者，就違法性而言，對於直系血親或配偶之競選的支持與否，或將影響到家庭成員間的特殊情感或家庭倫理，且家庭與婚姻的和諧應為受法秩序保護的利益。⁴⁵⁸然而，阻卻違法事由的法理基礎在於利益權衡，相較於虛偽遷徙戶籍投票罪所保護社群成員對於當選結果不具可操縱性的信賴，家庭與婚姻的和諧是否適於被評價為得以阻卻違法的優越利益，實非無疑。就此而言，支持特定家庭成員的競選應同樣無法被評價為本罪的阻卻違法事由。

至於家庭成員間的特殊情感，是否足以構成阻卻罪責事由，亦存有討論空間。誠然，在刑法領域中，為顧及配偶或親子間的特殊親情，有些情形固然會

⁴⁵⁸ 薛智仁（2012），同註 46，頁 107。

限縮處罰範圍，惟有些情形反而擴大刑罰的適用。因此，為了保護配偶或親子之間的特殊親情，刑法如何調整國家刑罰權之範圍，完全取決於個別的問題脈絡，並不存在刑罰面對親情必然退讓的有效法則。⁴⁵⁹自罪責觀點而言，情感聯繫對於個人行為抉擇造成的心靈壓力程度，影響著可否期待行為人遵守刑法的行為規範。在虛偽遷徙戶籍投票案件中，家庭成員關係所造成的心靈壓力，應無法與湮滅證據、藏匿人犯等案件相提並論。理由在於，縱使參選的家庭成員落選，只不過是繼續回歸原本的家庭生活，與家庭成員受刑事制裁對於家庭生活可能帶來的劇烈改變大相逕庭。因此，配偶或親子間的特殊情感無法成為虛偽遷徙戶籍投票行為的免除罪責事由。⁴⁶⁰

論述至此，為支持家庭成員的競選而虛偽遷徙戶籍投票，似乎無法在刑法審查體系內找到不罰的正當理由。然而，倘若重新檢視最高法院 97 年度台上字第 6856 號刑事判決，其強調系爭行為態樣「於情、於理、於法應為社會通念所容許，且非法律責難之對象」，似隱含將不罰理由建立在「社會相當性」概念上之意。刑法學上對於社會相當性的審查階層、具體內涵、判斷標準、乃至於是否得以作為排除犯罪成立之理由，皆存在分歧。⁴⁶¹考量社會相當性並非本文研究重心，以下僅就「後設目的性限縮理論」進行介紹，並討論支持家庭成員競選的情形是否得以據此排除其可罰性。

後設目的性限縮理論認為，社會相當性的基礎在於協調刑法規範與刑罰目的之一致性，其功能在於將無法實現刑罰目的之案件排除在犯罪成立範圍之

⁴⁵⁹ 薛智仁（2012），同註 46，頁 106-107。

⁴⁶⁰ 薛智仁（2012），同註 46，頁 108-109。

⁴⁶¹ 關於社會相當性概念的詳細討論，參見李秉學（2023），論刑法上之社會相當性，國立成功大學法律學系碩士論文。

外，使受規範者得以毫無差錯地信賴刑法規範。⁴⁶²從而，後設目的性限縮即意味著以欠缺應罰性為由（刑罰目的）限縮犯罪成立範圍。需特別說明的是，後設目的性限縮理論認為，社會相當性並非關注個別構成要件要素，而是特定行為的社會評價，因此其限縮效果僅適用於整體構成要件，而不會任意地質疑個別構成要件要素。⁴⁶³

後設目的性限縮理論雖受到許多質疑，尤其是對於得後設目的性限縮犯罪成立範圍的社會相當性事由仍無法提出明確標準。⁴⁶⁴儘管如此，在支持家庭成員競選的行為態樣中，我們固然可以觀察到在競選活動中，候選人的配偶及直系血親常常會出席並為候選人尋求選民支持，這樣的舉措對候選人的形象通常皆有正面影響，而可認具有社會相當性。然而，倘若將焦點置於「虛偽遷徙戶籍並於投票日前往投票」，從社會相當性的觀點，是否仍然足以認為這樣的行為欠缺應罰性，實非無疑。至於行為人為支持特定家庭成員而將戶籍遷回原生家庭的情形，有論者認為，在他鄉求學或就業之人，雖與原鄉的物理連結較為薄弱，然其主觀上或許是迫不得已必須暫時離鄉生活，而期待有朝一日返回原鄉與原生家庭成員共同生活，就此而言，其遷籍投票行為應具社會相當性。⁴⁶⁵本文認為，將戶籍遷回原鄉與遷籍至未曾有過實際居住事實之地域性政治社群，對於其他社群成員來說，前者的許諾行動固然高於後者。有問題的是，惟此類為支持特定家庭成員競選，而為戶籍遷徙登記並試圖透過選票影響當選結果的行為，是否即具有社會相當性，實有疑義。

⁴⁶² Ruppert, *Die Sozialadäquanz im Strafrecht – Rechtsfigur oder Mythos?*, Berlin 2019, S. 211 ff.；轉引自李秉學（2023），同註 461，頁 84。

⁴⁶³ Ruppert, *Die Sozialadäquanz im Strafrecht – Rechtsfigur oder Mythos?*, Berlin 2019, S. 230 ff.；轉引自李秉學（2023），同註 461，頁 90。

⁴⁶⁴ 李秉學（2023），同註 461，頁 91。

⁴⁶⁵ 王怡婷（2013），同註 37，頁 131。

退步言之，在特定行為態樣是否符合社會相當性未臻明瞭的情形，較為妥適的做法應是由立法者透過修法的方式明訂具有社會相當性的不罰事由。倘若司法實務逕以社會相當性為由排除特定行為態樣的刑事責任，不僅致生司法實務的見解是否確實符合我國社會對於系爭行為態樣應罰性之看法的疑慮，在不罰家庭成員的認定上，則形成舉家虛偽遷徙戶籍僅特定親屬受罰的評價結果。

綜合以上說明，本文認為，我們無從自刑法審查體系中說明支持特定家庭成員競選的不罰理由，縱使依後設目的性限縮理論，我們亦難以肯定為支持家庭成員競選而虛偽遷徙戶籍投票具有社會相當性而欠缺發動刑罰的必要。退步言之，即使認為系爭行為態樣具有社會相當性，仍應透過立法者明定本罪的不罰事由，較為妥適。從而，在欠缺法律明文的不罰事由且社會相當性的評價與範圍晦暗不明的情況下，司法實務不應逕針對為支持直系血親或配偶的競選所實施的虛偽遷徙戶籍投票行為為無罪之宣告。

第四節 小結

本章處理了虛偽遷徙戶籍投票罪於解釋論上的三個疑義，首先，實際居住限制的理論基礎在於傳達對於社群忠誠與認同的許諾行動，工作地不僅符合戶籍法上事業戶的概念，且同樣可以作為許諾行動，自與歇宿地皆足以建構實際居住概念。所謂工作概念，不應限於有償動機的提供勞務或營利導向的經營事業。憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決所要求的「長期」工作事實，亦僅以四個月為已足。此外，考量人民於戶籍遷徙登記上可能面臨事實上的困難，針對人民與選舉區的實際居住聯繫非透過戶籍地建立的情形，應認不該當虛偽遷徙戶籍的構成要件。

再者，針對行為人所支持的候選人顯無當選可能性是否會影響到本罪意圖要件的該當，本文認為，倘若本罪意圖要件要求行為人遷籍時須認識到其投票

行為可能影響當選結果，有幾乎完全架空本罪成立可能性的疑慮；另外，候選人是否顯無當選可能性與信賴法益的侵害進程無涉，且據此排除本罪意圖要件的該當反而會在支持不同候選人的虛偽遷徙戶籍投票行為間形成恣意的差別待遇。因此，只要行為人於遷籍時意欲使特定候選人當選，且認識到其投票行為有助於支持的候選人當選，即應認該當於使特定候選人當選的意圖要件。

至於我國司法實務所發展出支持特定家庭成員競選的不罰事由，本文認為，我們無法自行法審查體系中說明系爭情形的不罰理由，系爭情形是否具有社會相當性而欠缺發動刑罰的必要，亦有疑問。從而，在欠缺法律明文的不罰事由且社會相當性的評價與範圍晦暗不明的情況下，司法實務不應逕針對為支持直系血親或配偶的競選所實施的虛偽遷徙戶籍投票行為為無罪的宣告。

以下將本文就上開解釋疑義的看法具體適用於指標性案例之中：

於【中汕里長案】中，被告 A 於當選里長前設立競選服務處並服務中汕里民，性質上雖為無償行動，惟非營利事業不僅符合戶籍法對於事業戶的想像，且相較於有償工作應為更強烈的許諾行動，足使中汕里的成員確認 A 對於該地的忠誠與認同。此外，儘管憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決認為僅有長期工作地足以建構實際居住事實，然考量生活戶與事業戶在戶籍法上的相同地位，且工作地與歇宿地在許諾行動的傳達上亦無顯著差異，故倘若 A 於投票日前於中汕里已有設立服務處並服務中汕里民四個月以上的期間，即應認 A 的無償行動適於建構選罷法第 15 條第 1 項的實際居住概念，不該當本罪虛偽遷徙戶籍的構成要件。

於【桃園市長案】中，被告 B、C、D 對於其所支持的候選人顯無當選可能性雖有認識，惟三人對於其遷籍投票行為有助於使朱○○的事實應有認識，且主觀上亦有使朱○○當選的意欲，故仍該當於本罪使特定候選人當選的意圖要

件。然而，被告 B、C、D 於桃園市已有四個月以上的工作事實，縱使三人的戶籍資料均非華航公司的共同事業戶，仍應肯認三人於選舉區內具備實際居住事實，不該當本罪虛偽遷徙戶籍的構成要件。



於【安寮里長案】中，被告 E 客觀上將戶籍遷入無實際居住事實的安寮里並參與該里里長選舉，主觀上 E 有虛偽遷徙戶籍投票故意，且於遷籍時有使呂○○當選的意圖。儘管 E 與呂○○間為直系姻親二等親的公媳關係，惟支持家庭成員競選的虛偽遷徙戶籍投票行為同樣足以斲喪社群成員對於當選結果不具可操縱性的信賴，且難謂具有社會相當性，故 E 之行為仍成立本罪。



第五章 結論

針對刑法第 146 條第 2 項的虛偽遷徙戶籍投票罪，存在合憲性與爭議問題上的疑義。本文對於本罪既有爭議的研究成果，說明如下：



首先，不論是合憲性或爭議問題的探討皆仰賴對於虛偽遷徙戶籍投票罪之保護法益的先行認定。本文認為，民主正當性或選舉公正性等本罪保護法益的既有說法，皆存有未臻明確或無法解釋之處。相反地，在多元爭勝民主觀點之下，虛偽遷徙戶籍投票罪的保護法益應為政治社群成員對於當選結果不具可操縱性的信賴。質言之，受限於秘密投票原則，虛偽遷徙戶籍投票行為在客觀上往往無法被嚴格地證明為長期、穩定影響當選結果的決定性因素，然而，政治社群成員基於合理經驗基礎，主觀上對於當選結果不具可操縱性的信賴會受到虛偽遷徙戶籍投票行為的出現而減損乃至於崩解。此一集體信賴的維護攸關成員參與選舉的意願、多數決規則能否被少數政治意志的成員持續承認、爭勝形式的政治性對立能否被持續維繫，進而影響著民主政治共同體的存續，因此，當虛偽遷徙戶籍投票行為對集體信賴的減損達到崩解的臨界值，即有透過刑罰重建信賴的需求。

再者，針對虛偽遷徙戶籍投票罪的合憲性疑義，儘管本文贊同憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決的合憲結論，惟於理由上有諸多值得商榷之處。首就基本權利的干預而言，本罪除干預人民參與所屬政治社群事務決策的權利外，在三難困境的條件下，實際居住限制同時對於人民遷徙自由構成具重要性的引導作用，難謂無遷徙自由的干預。其次，本號判決對於文獻上就本罪行為規範合比例性的質疑未予回應，惟於信賴法益的規範目的下，本罪行為規範應符合適當性、必要性與衡平性的要求。再就本罪未遂犯規定，不因以著手行為的法益侵害蓋然性高低判斷其處罰正當性，反之，應考量規範目的的擴大保障與基本權

利的擴大干預是否損益相稱。本罪如無未遂犯的處罰規定，將使得一般預防功能大幅地落空，故以未遂犯規定擴大刑罰發動範圍在損益間尚屬相稱。未就差別待遇措施的檢驗，自信賴法益的觀點，本罪構成要件所形成的差別待遇措施可認將減損集體信賴情節較為輕微的情形排除在成罪範圍之外，符合平等保障的憲法誠命。

另外，針對虛偽遷徙戶籍投票罪的解釋爭議，首先，本文認為，實際居住限制的理論基礎在於傳達對於社群忠誠與認同的許諾行動，工作地從戶籍法體系觀點或許諾行動角度而言皆適於建構實際居住概念，且工作概念不應限於有償動機的提供勞務或營利導向的經營事業，長期工作事實亦僅以四個月為已足。又考量人民於戶籍遷徙登記上可能面臨事實上的困難，針對人民與選舉區的實際居住聯繫非透過戶籍地建立的情形，不該當虛偽遷徙戶籍的構成要件。再就行為人所支持的候選人顯無當選可能性的情形，本文認為，候選人是否顯無當選可能性與信賴法益的侵害進程無涉，且據此排除本罪意圖要件的該當反而會在支持不同候選人的虛偽遷徙戶籍投票行為間形成恣意的差別待遇。因此，只要行為人於遷籍時意欲使特定候選人當選，且認識到其投票行為有助於支持的候選人當選，即應認該當於使特定候選人當選的意圖要件。至於我國司法實務所發展出支持特定家庭成員競選的不罰事由，本文認為，我們無法自行法審查體系中說明系爭情形的不罰理由，系爭情形是否具有社會相當性而欠缺發動刑罰的必要，亦有疑問。從而，在欠缺法律明文的不罰事由且社會相當性的評價與範圍晦暗不明的情況下，司法實務不應逕針對為支持直系血親或配偶的競選所實施的虛偽遷徙戶籍投票行為為無罪的宣告。

綜合以上研究成果的說明，虛偽遷徙戶籍投票行為的管制對於民主政治秩序的穩定應有其重要性，惟不可否認的是，地域性政治社群事務決策資格隨著交通移動的便利性與網路活動的蓬勃發展，將越來越難判斷成員是否有足以建

構實際居住事實的許諾行動，在可預見的將來，實際居住在認定上的疑義或將再次困擾我國司法實務，甚至是再次進入憲法法庭的視野中。希望本文透過信賴觀點所提出的本罪保護法益，能夠在未來處理更為複雜的實際居住爭議時，提供一個不同的思考維度。



參考文獻

一、英文文獻

(一) 專書



Canetti, E. (1973), CROWDS AND POWER, Continuum.

Laclau, E. & Mouffe, C. (1985), HEGEMONY AND SOCIALIST STRATEGY: TOWARDS A RADICAL DEMOCRATIC POLITICS, Verso.

Laclau, E. (1996), EMANCIPATION(S), Verso.

Macpherson, C. (1977), THE LIFE AND TIMES OF LIBERAL DEMOCRACY, Oxford University Press.

Mouffe, C. (1993), THE RETURN OF THE POLITICAL, Verso.

Mouffe, C. (2000), THE DEMOCRATIC PARADOX, Verso.

Mouffe, C. (2005), ON THE POLITICAL, Routledge.

Mouffe, C. (2013), AGONISTICS: THINKING THE WORLD POLITICALLY, Verso.

Schumpeter, J. (1943), CAPITALISM, SOCIALISM AND DEMOCRACY, Routledge.

Weale, A. (2007), DEMOCRACY, Palgrave Macmillan.

(二) 期刊論文

Flanders, C. (2007), HOW TO THINK ABOUT VOTER FRAUD (AND WHY), Creighton Law Review, Vol. 41, 93-153.

Levinson, S. (1989), SUFFRAGE AND COMMUNITY: WHO SHOULD VOTE?, Florida Law Review, Vol. 41, Issue 3, 545-562.

Michaelman, F. (1989), CONCEPTIONS OF DEMOCRACY IN AMERICAN CONSTITUTIONAL ARGUMENTS: VOTING RIGHTS, Florida Law Review, Vol. 41, Issue 3, 443-490.

Neuman, G. (1992), "WE ARE THE PEOPLE": ALIEN SUFFRAGE IN GERMAN AND AMERICAN PERSPECTIVE, Michigan Journal of International Law, Vol. 13, Issue 2, 259-335.

Risse, M. (2004), ARGUING FOR MAJORITY RULE, The Journal of Political Philosophy, Vol. 12, No. 1, 41–64.

Saunders, B. (2010), DEMOCRACY, POLITICAL EQUALITY, AND MAJORITY RULE, Ethics, Vol. 121, No. 1, 148-177.

二、 中文文獻

(一) 專書

Brennan, J.著，劉維人譯（2018），反民主：選票失能、理性失調，反思最神聖制度的狂亂與神話！，聯經出版。

Dahl, R.著，李培元譯（2006），民主及其批判，韋伯文化。

Heywood, A.著，楊日青、李培元、林文斌、劉兆隆譯（2009），Heywood's 政治學新論，韋伯文化。

許宗力（2007），法與國家權力（二），元照出版。

曾志隆（2002），拉克勞與穆茉，生智文化。

黃瑞祺、陳閔翔（2018），哈伯馬斯的民主理論，允晨文化。

蔡英文（2009），當代政治思潮，三民書局。

(二) 期刊論文



李建良（1997），基本權利理論體系之構成及其思考層次，人文及社會科學集刊，第 9 卷第 1 期，頁 39-83。

李惠宗（2000），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，第 9 期，頁 29-48。

李惠宗（2001），論比例原則作為刑事立法的界限——大法官釋字第五一七號解釋評釋，台灣本土法學雜誌，第 18 期，頁 23-38。

李惠宗（2008），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，第 12 卷第 6 期，頁 32-59。

周漾沂（2017），對賄賂罪保護法益的反思，月旦刑事法評論，第 5 期，頁 112-120。

林三欽（2000），論基本權之侵害，收錄於：憲法解釋之理論與實務（第二輯），中央研究院法律學研究所，頁 439-470。

林山田（2004），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，第 105 期，頁 177-187。

林佳和（2021），憲法政策不得公投——從公投法第 2 條第 2 項第 3 款談起，台灣法學，第 410 期，頁 65-84。

林依仁（2012），民主正當性與其程度，政大法學評論，第 129 期，頁 75-166。

林淑芬（2003），政治行動的可能性條件，政治與社會哲學評論，第 4 期，頁 29-72。

林超駿（2010），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，第 153 期，頁 23-43。

林鈺雄（2002），九十年度刑事類實務見解回顧，台灣本土法學雜誌，第 38 期副刊，頁 92-109。

林鈺雄（2007），干預保留與門檻理論——司法警察（官）一般調查權限之理論檢討，政大法學評論，第 96 期，頁 189-231。

柯耀程（2002），適用「幽靈人口」的幽靈法律——最高法院八九年度台上字第 938 號及相關判決評釋，台灣本土法學雜誌，第 38 期，頁 38-49。

柯耀程（2008），適用幽靈人口的幽靈規範，全國律師，第 12 卷第 6 期，頁 9-20。

胡峰賓（2008），刑法第一四六條修正前後與幽靈人口適用問題，全國律師，第 12 卷第 6 期，頁 2-8。

許玉秀（2001），幽靈人口妨害投票罪？，輔仁法學，第 22 期，頁 17-31。

許玉秀（2005），刑罰規範的違憲審查標準，收錄於：民主、人權、正義——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，元照出版，頁 365-413。

許恒達（2011），刑法法益概念的滋生與流變，月旦法學雜誌，第 197 期，頁 134-151。

許恒達（2014），主管職務圖利罪之罪質與犯罪結構的分析反省，臺大法學論叢，第 43 卷第 3 期，頁 719-769。

許恒達（2017），省思罰金刑的設計理念與制度走向，月旦刑事法評論，第 6 期，頁 5-23。

號解釋，月旦法學雜誌，第 305 卷，頁 15-32。

許澤天（2010），刑法規範的基本權審查——作為刑事立法界限的比例原則，

收錄於：憲法解釋之理論與實務（第七輯上冊），中央研究院法律學研究所，頁 259-323。

陳志祥（2008），論「幽靈人口」之法律變遷，全國律師，第 12 卷第 6 期，頁

60-78。

陳朝政、曾志隆（2012），論穆芙蓉對審議式民主的批判，東吳政治學報，第 30

卷第 1 期，頁 81-134。

陳錦華（2003），論「非現住人口」投票行為之法律效果與法規範評價之盲

點，警學叢刊，第 34 卷第 1 期，頁 213-234。

黃昭元（2000），信上帝者下地獄？——從司法院釋字第四九〇號解釋論宗教

自由與兵役義務的衝突，台灣本土法學雜誌，第 8 期，頁 30-45。

黃昭元（2009），平等權與自由權競合案件之審查——從釋字第六四九號解釋

談起，收錄於：程序正義、人權保障與司法改革——范光群教授七秩華誕
祝壽論文集，元照出版，頁 33-65。

董武全（2008），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，第 12 卷第 6 期，頁 21-31。

詹鎮榮（2023），行政處分構成要件效力適用之省思——以行政法院相關裁判

為觀察，月旦法學雜誌，第 334 期，頁 114-131。

廖元豪（2008），平等權：第一講 憲法平等權之意義，月旦法學教室，第 68

期，頁 48-58。

劉邦繡（2004），為選舉目的而遷移戶籍之「幽靈人口」是否具有刑事不法——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，第 55 卷第 4 期，頁 41-50。

劉邦繡（2023），刑法遷移戶籍妨害投票罪與憲法選舉自由權之糾葛——從最高法院 111 年度台上字第 550 號、臺灣高等法院高雄分院 111 年度上更二字第 16 號刑事判決談起，當代法律，第 16 期，頁 104-112。

蔡茂寅（2000），地方自治之基礎理論，台灣本土法學雜誌，第 11 期，頁 1-19。

蔡聖偉（2006），評 2005 年關於不能未遂的修法——兼論刑法上行為規範與制裁規範的區分，政大法學評論，第 91 期，頁 339-410。

蔡聖偉（2011），所謂的「提前賄選」行為——評最高法院九十四年度台上字第 105 九號刑事判決，月旦裁判時報，第 10 期，頁 162-166。

蔡聖偉（2021），通姦罪的違憲審查——兼評司法院釋字第 554 號及第 791 號解釋，興大法學，第 29 期，頁 1-44。

蕭文生（2000），論基本權利侵害之救濟，收錄於：憲法解釋之理論與實務（第二輯），中央研究院法律學研究所，頁 471-496。

蕭文生（2003），國家組織：第一講 人民、國民與主權，月旦法學教室，第 13 期，頁 59-66。

蕭文生（2004），國家組織：第二講 選舉制度，月旦法學教室，第 15 期，頁 84-97。

蕭文生（2007），普通選舉原則，月旦法學教室，第 62 期，頁 6-7。

賴政安（2005），論妨害投票正確罪——實務有關「選舉幽靈人口」見解評釋，收錄於：法學研究報告合輯 司法官第 44 期，法務部司法官訓練所，頁 1397-1409。



薛智仁（2009），虛遷戶籍而投票之可罰性，法學新論，第 7 期，頁 77-103。

薛智仁（2012），家庭成員之虛遷戶籍投票——評最高法院 100 年度台上字第 2653 號刑事判決，台灣法學雜誌，第 203 期，頁 96-110。

薛智仁（2013），虛遷戶籍投票罪之既未遂——評最高法院一〇一年度台上字第 4041 號刑事判決，月旦裁判時報，第 20 期，頁 64-77。

薛智仁（2016），我國圖利罪之檢討與立法展望——與瑞士法及義大利法為比較——與談意見（一）：公務員圖利罪之立法商榷，檢察新論，第 19 期，頁 21-33。

薛智仁（2020），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，月旦裁判時報，第 102 期，頁 70-80。

薛智仁（2021），通姦罪之憲法審查——評司法院釋字第七九一號解釋，成大法學，第 42 期，頁 1-69。

薛智仁（2022），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，第 13 期，頁 166-177。

蘇瑞鏘（2019），1950、60 年代台灣在野菁英對地方選舉弊端的批評與因應，文史台灣學報，總號：13，頁 89-117。

（三）學位論文

王怡婷（2013），刑法妨害投票結果正確罪之研究——以虛遷戶籍投票行為之可罰性為中心，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

朱青緯（2015），論刑法虛偽遷徙戶籍投票罪，國防大學管理學院法律學系碩士班碩士論文。

呂政諺（2017），民主原則規範性困境之解決——透過論辯倫理學建構基進審議民主的嘗試，國立政治大學法律學系碩士論文。

宋福堂（2013），全家都是「幽靈人口」？——論新增刑法第 146 條第 2 項規定之正當性，中原大學財經法律學系碩士論文。

李秉學（2023），論刑法上之社會相當性，國立成功大學法律學系碩士論文。

施佩岑（2018），論我國現行選舉資格認定與戶籍問題，國立臺北大學法律學系碩士論文。

張宏偉（2012），民主理論視角下的選舉權，國立臺北大學公共行政暨政策學系碩士論文。

陳振鈞（2014），刑法妨害投票罪合憲性之研究——以選舉幽靈人口之處罰為中心，東海大學法律學研究所碩士論文。

曾志隆（2006），基進與多元民主政治理論的建構：以穆芙的「爭勝式民主」為討論對象，東吳大學政治學系博士論文。

謝孟羽（2012），平等權與自由權競合案件之司法審查——從個人債務清理者之職業限制條款談起，東吳大學法學院法律學系碩士論文。

鍾永昌（2003），構成性域外與共同・體之研究：以「難民」為例，國立政治大學政治研究所碩士論文。

鍾宏彬（2009），法益理論的憲法基礎，國立政治大學法律學研究所碩士論文。

蘇慧婕（2003），論國會議員產生方式之規範及其憲法界限——以人民的選擇自由為中心，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

（四）大法官意見書

許玉秀（2006），司法院釋字第 617 號解釋，許玉秀大法官提出之不同意見書。

許玉秀（2008），司法院釋字第 645 號解釋，許玉秀大法官提出之一部協同、一部不同意見書。

許志雄（2020），司法院釋字第 791 號解釋，許志雄大法官提出之協同意見書。

許志雄（2023），憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決，許志雄大法官提出、蔡明誠大法官加入之協同意見書。

陳新民（2009），司法院釋字第 666 號解釋，陳新民大法官提出之協同意見書。

黃昭元（2023），憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決，黃昭元大法官提出之部分不同意見書。

黃茂榮（2009），司法院釋字第 666 號解釋，黃茂榮大法官提出之協同意見書。

黃瑞明（2023），憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決，黃瑞明大法官提出之協同意見書。

詹森林（2023），憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決，詹森林大法官提出之部分不同意見書。

蔡宗珍（2023），憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決，蔡宗珍大法官提出、林俊益大法官、張瓊文大法官、楊惠欽大法官加入之部分不同意見書。

蘇永欽（2014），司法院釋字第 721 號解釋，蘇永欽大法官提出之協同意見書。

（五） 其他

中央研究院法律學研究所法實證研究資料中心（2023），會台字第 9433 號胡靈智等聲請案法庭之友意見書。

中央選舉委員會（2023），會台字第 9433 號胡靈智等聲請案言詞辯論意旨書。

王金壽（2010），會台字第 9433 號胡靈智等聲請案說明會專家諮詢意見書。

立法院公報處（1980），立法院公報，第 69 卷第 66 期委員會紀錄。

立法院公報處（1983），立法院公報，第 72 卷第 60 期委員會紀錄。

立法院公報處（2006），立法院公報，第 96 卷第 13 期院會紀錄。

李建良（2010），會台字第 9433 號胡靈智等聲請案說明會專家諮詢意見書。

李惠宗（2023），會台字第 9433 號胡靈智等聲請案專家諮詢意見書。

法務部（2023），會台字第 9433 號胡靈智等聲請案言詞辯論意旨書。

徐育安（2023），會台字第 9433 號胡靈智等聲請案專家諮詢意見書。

陳陸輝（2010），會台字第 9433 號胡靈智等聲請案說明會專家諮詢意見書。

黃秀端（2010），會台字第 9433 號胡靈智等聲請案說明會專家諮詢意見書。

楊皓清（2010），會台字第 9433 號胡靈智等聲請案說明會專家諮詢意見書。

廖元豪（2010），會台字第 9433 號胡靈智等聲請案說明會專家諮詢意見書。

薛智仁（2023），會台字第 9433 號胡靈智等聲請案專家諮詢意見書。

蘇彥圖（2023），會台字第 9433 號胡靈智等聲請案專家諮詢意見書。

