

監察院國家人權委員會鑑定意見書

案號：會台字第 9433 號

國家人權委員會基於落實憲法對人民權利之維護，奠定促進及保障人權之基礎條件，確保社會公平正義之實現，並符合國際人權標準建立普世人權之價值及規範之法定職權，從國際人權標準及比較法之基礎，蒐整相關資料，與我國現行法律相互比較分析，爰提供下列意見，供憲法法庭就本案審酌參考之鑑定意見如下：

「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。又適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。此分別於兩公約施行法第 2 條及第 3 條明文規定。

一、國際人權公約及我國憲法對人民參政權、遷徙自由、家庭隱私權及平等之權利的保障

（一）國際人權公約部分

1. 公民與政治權利國際公約(ICCPR)第 25 條：「凡屬公民，無分第二條所列之任何區別，不受無理限制，均應有權利及機會：在真正、定期之選舉中投票及被選。選舉權必須普及而平等，選舉應以無記名投票法行之，以保證選民意志之自由表現；(第 2 款)」

2. 公民與政治權利國際公約(ICCPR)第 12 條：「在一國領土內合法居留之人，在該國領土內有遷徙往來之自由及擇居之自由。(第 1 項)」

3. 公民與政治權利國際公約(ICCPR)第 17 條：「任何人之私生活、家庭、住宅或通信，不得無理或非法侵擾，其名譽及信用，亦不得非法破壞。(第 1 項)」

4. 公民與政治權利國際公約(ICCPR)第 26 條：「人人在法律上一律平等，且應受法律平等保護，無所歧視。在此方面，法律應禁止任何歧視，並保證人人享受平等而有效之保護，以防因種族、膚色、性別、語言、宗教、政見或其他主張、民族本源或社會階級。財產、出生或其他身分而生之歧視。」

1 (二) 我國憲法部分

2 1.憲法第 7 條：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在
3 法律上一律平等。」

4 2.憲法第 10 條：「人民有居住及遷徙之自由。」

5 3.憲法第 17 條：「人民有選舉、罷免、創制及複決之權。」

6 4.憲法第 22 條：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，
7 均受憲法之保障。」

8 5.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
9 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
10 限制之。」

11 二、在民主國家，選舉之參政權、遷徙自由及家庭隱私權應受高度之保障，
12 政府對此等權利之行使及限制，應受公民與政治權利國際公約第 25 條、
13 第 12 條、第 17 條及第 26 條規範，亦應符合我國憲法規範保障之人民
14 基本權。

15 (一) 聯合國人權事務委員會對公民與政治權利國際公約之一般性意見闡
16 釋部分

17 1.針對公民與政治權利國際公約第 25 條闡釋之第 25 號一般性意見：

18 第 1 點：《公約》第 25 條承認並保護每個公民參與公共事務的權利、選
19 舉和被選舉權利和服公職的權利。無論現行憲法或政府採取何種形式，

20 《公約》要求各國透過必要的立法和其他措施，確保公民具有有效的機
21 會，享受《公約》保護的權利。第 3 點：公民在享受這些權利方面，不

22 得受到基於種族、膚色、性別、語言、宗教、政見或其他主張、民族本
23 源或社會階級、財產、出生或其他身分等任何理由的歧視。第 4 點：對

24 行使第 25 條保護的權利規定的任何條件應以客觀和合理標準為基礎。
25 不得中止或排除公民對這些權利的行使，除非基於法律規定並屬於客觀

26 和合理的理由。第 10 點：投票權和公民投票權必須由法律規定，僅受
27 合理的限制。第 11 點：如果對登記實行居住規定，此規定必須合理。刑

28 法應禁止對登記或投票的任何侵權性干涉以及對投票人進行恫嚇或脅

迫。**第 19 點**：有投票權的人必須能自由投任何候選人的票，投票人應該可以獨立形成見解。**第 21 點**：締約國實行的任何選舉制度必須與第 25 條保護的權利相符，並必須保證和落實選舉人自由表達的意願。

2. 針對公民與政治權利國際公約第 12 條闡釋之第 27 號一般性意見：

第 1 點：遷徙自由是一個人自由發展必不可少的條件。它又與《公約》中規定的其他權利相互連結。**第 4 點**：合法處在某一國家境內的每一個人均在此國境內享有遷徙自由和選擇住所的自由權利。原則上而言，一個國家的公民總是合法處於該國領土內。**第 5 點**：人人有權自由遷徙，並在自己選擇的地址定居。享受這一權利不取決於意欲遷徙或居住某地的人的目的或理由。任何限制必須符合第 3 項的規定。**第 14 點**：第 12 條第 3 項明確指出，限制僅僅有利於可允許的目的是不夠的，它們必須是為保護這些目的而必要才行。限制性措施必須符合比例原則；必須適合於實現保護功能；必須是可用來實現預期結果的諸種手段中侵犯性最小的一個；必須與要保護的利益符合比例性。**第 11 點**：第 12 條第 3 項規定了可對第 1 項及第 2 項保證的權利施加限制的例外情況，即只有在為了保護國家安全、公共秩序、公共衛生或道德、或他人的權利與自由時才能對這些權利加以限制。為了施行限制，必須在法律上對其加以規定，必須是民主社會為了保護上述種種目的，而且必須與《公約》中承認的其他權利相一致。

3. 針對公民與政治權利國際公約第 17 條闡釋之第 16 號一般性意見：

第 1 點：第 17 條規定任何人之私生活、家庭、住宅或通信，不得無理或非法侵擾，其名譽及信用，亦不得非法破壞。委員會認為這種權利必須加以保障，使之不受任何這類侵擾和破壞，不管是來自政府機關或自然人或法人。依照本條所規定的義務，政府應採取立法及其他措施，以禁止這種侵擾和破壞，並保障這種權利。**第 4 點**：「無理侵擾」一詞也適用於第 17 條所規定的權利的保障。委員會認為「無理侵擾」一詞也可以推廣引申，使之適用於法律所規定的侵擾。使用無理這個概念的用意是確保法律所規定的侵擾都符合《公約》的規定和目標，而且無論如

何要在個別情況中合情合理。

（二）我國憲法部分

1. 憲法第 17 條人民有選舉權

參政權中，憲法第 17 條規定：「人民有選舉、罷免、創制及複決之權。」此一選舉權之保障，包含依法選舉之主動選舉權與被選舉之被動選舉權，選舉權人亦得選擇在何處投票，欲投票予何人等主動之選舉權，此即所謂之「選舉自主權」或「選舉自由原則」，選舉自由原則即是「是否投票」、「在那裡行使投票」及「投票給誰」之自由。

2. 憲法第 10 條規定人民有居住及遷徙之自由

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。人民有居住自由，乃指人民有選擇其住所之自主權，包含遷徙戶籍之自由外，解釋上尚應包含人民有選擇不在戶籍地居住之自由¹。而對人民入境居住之權利，固得視規範對象究為臺灣地區有戶籍人民，僑居國外或居住港澳等地區之人民，及其所受限制之輕重而容許合理差異之規範，惟必須符合憲法第 23 條所定必要之程度，並以法律定之。從而憲法所保障之遷徙自由乃包含遷徙戶籍之自由²，因此戶籍上住址登記係憲法第 10 條所保障遷徙自由之範圍³。

¹ 參見司法院釋字第 452 號解釋。

² 司法院釋字第 454 號解釋文略以：中華民國八十三年四月二十日行政院台內字第一三五五七號函修正核定之「國人入境短期停留長期居留及戶籍登記作業要點」第七點規定（即原八十二年六月十八日行政院台內字第二〇〇七七號函修正核定之同作業要點第六點），關於在臺灣地區無戶籍人民申請在臺灣地區長期居留得不予許可、撤銷其許可、撤銷或註銷其戶籍，並限期離境之規定，係對人民居住及遷徙自由之重大限制，應有法律或法律明確授權之依據。除其中第 1 項第 3 款及第 2 項之相關規定，係為執行國家安全法等特別法所必要者外，其餘各款及第 2 項戶籍登記之相關規定、第 3 項關於限期離境之規定，均與前開憲法意旨不符，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時失其效力。關於居住大陸及港澳地區未曾在臺灣地區設籍之人民申請在臺灣地區居留及設定戶籍，各該相關法律設有規定者，依其規定，併予指明。」足見人民遷徙自由包含遷徙戶籍之自由。

³ 李惠宗，論「選舉幽靈人口」的罪與罰—最高法院 88 年度台上字第 5895 號刑事判決及台南地檢署有關幽靈人口法律問題座談會，台灣本土法學雜誌第 9 期，頁 38，2000 年 4 月。

基於憲法所保障人民有自由選擇住居所之權利，並無因戶籍之遷徙登記之現行制度，推導出人民有將「實際生活重心之住所」或「事實上所居住之所在地」據實登記為戶籍住址之法定義務。亦不因戶籍登記後即必受限制而必須繼續居住於該地⁴。強制人民將生活重心或事實居住地必須向戶政機關登記為戶籍地址，並作為一種法定義務，乃專制國家控制人民行動自由之制度，嚴重侵犯到人民基本權自由權核心^{5 6}。當政府各項行政欲以戶籍、遷徙登記作為認定人民有無居住之依據，則戶籍上遷徙登記之真實性、正確性，人民是否確實有居住在所設籍所在地，或登記遷入之所在地，此應係戶政機關之職權與職責⁷。

3.憲法第 7 條之平等權

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。固然憲法第 7 條所揭示之平等原則非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，要求本質上相同之事物應為相同之處理，不得恣意為無正當理由之差別待遇。法律為貫徹立法目的，而設刑罰或行政罰之規定時，如因處罰對象之取捨，而形成差別待遇者，須與立法目的間具有實質關聯，始與平等原則無違。

⁴ 劉邦鏞，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 45，2004 年 4 月。

⁵ 參見李惠宗，同註 3，頁 40。另按戶籍法上之登記分為兩類：一是身分登記，二是遷徙登記；遷徙登記與身分登記並非根據相同戶籍法理，在身分登記必須以真實之事實已發生即存在為前提後，始能向戶政機關提出身分登記，戶政機關並有實質審核之職責，例如出生、認領、收養、結婚、離婚、監護登記。但在遷徙登記僅屬戶籍形式登記，並非人民實際住居所載之事實為前提。參見劉邦鏞，同上註。

⁶ 至於戶政機關因不合理之違背經驗法則，而因戶政機關事後核實查驗，而受到限制逕為遷出戶籍，乃因有違反戶籍法之行政不法，而限制戶籍遷徙登記，乃為立法形成之規制而為法所許。參見李惠宗，《憲法要義》，頁 167-169，2009 年 9 月，台北：元照。

⁷ 人民是否將實際生活重心或事實上繼續居住地址登記為戶籍地址，容屬憲法保障個人資訊自主決定權。

三、系爭刑法第 146 條之行為論以刑事不法，立法、修正條文以及成罪構成要件

(一) 刑法第146條修正前後條文對照與立法理由

1.修正前刑法第146條條文（民國24年1月1日制定）

以詐術或其他非法之方法，使投票發生不正確之結果或變造投票之結果者，處五年以下有期徒刑。（第1項）

前項之未遂犯罰之。（第2項）

2.修正後刑法第146條條文（民國96年1月24日修正）

以詐術或其他非法之方法，使投票發生不正確之結果或變造投票之結果者，處五年以下有期徒刑。（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，亦同。（第2項）

前二項之未遂犯罰之。（第3項）

(二) 立法理由⁸

1.公職人員經由各選舉區選出，自應獲得各該選舉區居民多數之支持與認同，始具實質代表性，若以遷徙戶籍但未實際居住戶籍地之方式，取得投票權參與投票，其影響戕害民主選舉之精神甚深。

2.然行政機關若對此未加以剔除，進而列入選舉人名冊，選舉人名冊經公告更正後即告確定，行政機關所製成之「選舉人名冊」乃屬「確認性行政處分」，此生行政處分之「構成要件效力」，後若再通知選舉人前往投票，選舉人依照選舉機關之合法通知前往投票並非屬刑法第146條之非法之方法。是以司法院91年4月22日幽靈人口適用刑法座談會之結論及法務部(88)法檢字第004007號函，均認為不構成該條，但此種新型態行為嚴重戕害選舉之民主性，實有必要對此種類型立法新增處罰之規定，以導正選舉風氣，爰增訂第2項：「意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票者，亦同。」。

⁸ 參立法院公報第 96 卷第 13 期，頁 78-79。

3.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2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。原第2項改列為第3項，並將句首之「前項」修正為：「前二項」。

(三) 1.刑法第146條第2項之構成要件分析，本罪之主觀構成要件乃(1)違犯本罪之故意(2)意圖使特定候選人當選。客觀構成要件，則是(3)以虛偽遷徙戶籍(4)為取得投票權(5)而為投票。

2.刑法第146條第3項則規定未遂犯罰之⁹。

(四) 就本案所涉爭點，乃刑法第146條第2項之罪之主觀要件為「意圖使特定候選人當選」，客觀要件乃「以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票者」，因此本罪乃所謂之意圖犯，按刑法總則明定故意的意義與種類，刑法分則另外對特定犯罪以特定意圖為主觀要件，後者的目的在於限制此特定犯罪之通用範圍。意圖是行為的方向與目的，動機則是促成行為的原因。刑法分則各罪之成立要件在主觀構成要件上，在故意犯罪，除主觀上之故意外，必須再有行為人內心特定主觀意欲而成立犯罪之意圖，大抵皆屬財產犯罪之意圖¹⁰，例如刑法竊盜罪、侵占罪、詐欺罪等。衡諸我國刑法除本罪外，尚無規定以特定政治思想或政治選舉傾向之意圖犯¹¹。惟刑

⁹ 刑法第146條第2項之客觀構成要件，計有三部分，一為虛偽遷徙戶籍，二為取得投票權，三為投票。如一旦基於支持某特定候選人之意圖，而虛偽遷徙戶籍，其遷籍之行為，即為本罪之著手。第三部分之投票則應綜合選舉法規、作業實務及社會通念予以理解，雖可分為領票、圈選及投入票匱等三個動作，但客觀上符合於密接之同一時、地內行為概念，自不能分割，應合一而為評價，一旦領票，犯罪即達既遂。至於領票之前，倘因遭犯罪調、偵查機關查辦，不敢前往投票，屬障礙未遂（非僅止於預備犯）。參見最高法院111年度台上字第2715號刑事判決。

¹⁰ 例如不法營利之意圖、意圖為自己或第三人不法之所有、意圖他人受刑事或懲戒處分。

¹¹ 按刑法中對於意圖犯類型，有其本質性的結構與限制，意圖犯之設計主要目的有三：

1 法第146條第2項之罪，乃以所謂行為人內心之思想及政治上傾向，
2 使特定候選人當選之罪為主觀要件之意圖，恐有逾越刑法處罰規
3 範應以行為人行為之界線¹²。已使政府機關藉由先行調查人民遷移
4 戶籍資料，易生以威嚇進行犯罪偵查手段，而查察人民政治傾向
5 是否支持特定候選人，並進而干涉人民選舉自由與居住隱私自由
6 權之質疑¹³。

7 四、刑法第146條第2項：意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票
8 權而為投票者。立法機關認此行為態樣成立妨害投票罪，似與公民與政
9 治權利國際公約第25條承認並保護每位公民參與公共事務的權利、選舉
10 和被選舉權利和服公職的權利，以及憲法第17條人民有選舉權自由行使
11 有間：

（一）為確認行為人所為行為的目的性，（二）確認法益侵害的真實性，（三）確認意圖的內容與基本行為事實的關聯性。參見柯耀程，適用「幽靈人口」的幽靈法律——最高法院八十九年度台上字第九三八號及相關判決評釋，意圖犯意圖涵攝範圍之認定——評臺中地方法院 106 年度智訴字第 11 號刑事判決，月旦裁判時報第 113 期，頁 56，2021 年 11 月。惟無論如何，當不能以思想之傾向，尤其是政治傾向或行為人主觀上之動機惡性，作為意圖之主觀構成要件。

¹² 所有之選舉投票行為，大多係為使所支持之候選人當選所為，若無此種使特定候選人當選之意思，則所有之投票行為皆毫無意義，但刑法第 146 條第 2 項之犯罪該當而成罪規定，卻將使特定候選人當選此理所當然之情形，作為本罪之意圖主觀構成要件內容，已有以刑罰介入人民政治思想傾向之偵查。

¹³ 例如 1.《防幽靈人口影響選舉結果花蓮檢方寄 968 封通知單提醒》花蓮地檢署指出，在遷戶籍時是否為了使特定人當選，遷移戶籍是否居住在新戶籍地，還在舊戶籍地居住的話，就有可能符合幽靈人口要件，若去投票就有可能觸法，這次初步清查，請民眾謹慎考慮是否要行使投票權。不要因為不知道法律規定，不慎觸法而被究辦，希望透過「事先預防宣導方式，勝於事後查辦」，避免幽靈人口影響選舉結果。見聯合新聞網 <https://udn.com/news/story/7328/6781090> (2023 年 3 月 10 日瀏覽)。
又如 2.新竹地檢署邀集新竹縣、市政府民政處、轄內鄉鎮（市）區戶政事務所主任、警察局、調查站、政風處等代表 60 餘人召開會議。新竹地檢署表示，以往地方公職人員選舉時，部分選舉區曾發生幽靈人口遷徙，進而影響選舉公平，為此執法機關必須通力分工合作，對於意圖使特定候選人當選而虛偽遷徙戶籍者，應以事先詳實查核、柔性勸導，事後迅速查辦及提起當選無效之訴等方式遏止。新竹地檢署呼籲，選舉即將於（民國 111 年）11 月 6 日完成編造選舉人名冊，如為支持候選人而遷徙戶籍、未實際居住在戶籍地者，請儘早將戶籍遷回實際居住處所，否則一旦選舉人名冊編造完成，即有觸犯妨害投票罪之虞。參見中時新聞網，<https://www.chinatimes.com/realtimenews/20220912003654-260402?chdtv> (2023 年 3 月 10 日瀏覽)。

1 (一)所有之選舉投票行為，多係為使所支持之候選人當選所為，若無此種
2 使特定候選人當選之意思，則所有選舉權人之投票行為皆毫無意義，
3 但刑法第146條第2項之成罪規定，卻將「使特定候選人當選」作為本
4 罪成罪之意圖主觀構成要件，在規範上以「行為人內心思想之政治選
5 舉傾向」做為犯罪成立要件，似已違背刑法不應以行為人主觀思想或
6 政治選舉傾向做為處罰界線之誡命規範。若偵查機關以本罪之成立主
7 觀要件中，意圖使特定候選人當選，將此意圖犯¹⁴，不當利用作為政
8 治思想傾向調查，恐涉及對於人民政治思想之偵防及調查。

9 (二)又自憲法第17條保障人民之參政權以觀，選舉權既為憲法保障之公民
10 基本權，此種政治上之選擇權不應僅為被動之權利，如所有候選人均
11 非其屬意時僅能放棄投票；參政權者，應為主動且積極之權利，若原
12 戶籍地之候選人均非其屬意之人，而其屬意之候選人在其他選區，此
13 時將戶籍遷徙至該選舉區內以便將票投給其屬意之人，此乃參政權最
14 具體之表現，否則政治參與基本權之意旨，將被摧殘殆盡。從而按刑
15 法第146條第2項之罪，除非另有賄選或受賄之事實，本罪縱使有以所
16 謂選舉幽靈人口視之，亦僅使「選舉局勢」發生改變而已，並非使得
17 「選舉結果不正確」¹⁵。而選舉權乃參政權最基本之權利，選舉係現
18 代民主國家統治權之基礎。自參政權之主動身分觀之，此一選舉權之
19 保障，因參政權兼具權利與權力之雙重性質，則不應僅限於人民於符
20 合法律規定要件內有依法選舉與被選舉之被動選舉權，尚應包含人民
21 能主動參與國家政事之權，包含選擇於何處投票、欲投票予何人等主
22 動之選舉權，此即所謂之「選舉自主權」，如此最能展現人民自由意

¹⁴ 刑法分則各罪之成立要件在主觀構成要件上，如屬故意犯，除主觀上之故意外，而必須再有行為人內心特定內主觀意欲而成立犯罪之**意圖**，皆屬財產犯罪，例如刑法竊盜罪、侵占罪、詐欺罪等。尚無規定以特定思想之意圖犯。刑法第146條第2項之罪，乃以所謂之行為人內心之思想及政治上傾向之使特定候選人當選罪為主觀要件之意圖，已明顯逾越刑法處罰規範應以行為人行為之界線。

¹⁵ 參見李惠宗，同註3，頁20。另按刑法第146條第2項規定：「意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票者，亦同。」其中所謂「亦同」，乃法律效果與第1項相同，因此不需另有「使投票結果發生不正確結果」或「變造投票之結果」。

1 志，達成民主政治之精神。

2 (三)立法者制定刑法第146條第2項之規定，使遷徙戶籍後未實際居住於該
3 戶籍地而前往投票者，以刑相繩，以刑罰規範之制度間接迫使遷徙戶
4 籍者必須實際居住於戶籍地，始能前往投票而免除刑責，不僅已如前
5 所述，涉及侵害人民之不在戶籍登記地址居住自由之疑慮；又造成以
6 刑罰嚇阻遷徙戶籍但未實際居住於戶籍地者不得前往投票之疑慮，恐
7 係侵害人民參政權中之選舉自主權。甚且對於遷徙戶籍後，並經戶政
8 機關登錄於選舉人名冊上，但因懼怕刑罰而未前往投票者以未遂犯非
9 難之，此亦與遷徙戶籍之自由有違。雖刑法第146條第2項之修正理由
10 謂「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
11 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、
12 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
13 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
14 在參與投票均須以刑罰相繩，是以第2項以意圖使特定候選人當選虛
15 偽遷徙戶籍投票者，為處罰之對象。」然縱以此「意圖支持特定候選
16 人當選」作為刑罰處罰對象，亦係事涉以偵防調查而侵害人民政治傾
17 向之思想自由基本權之疑慮，蓋選舉自主權之行使應包含能選擇於何
18 處投票、欲投票予何人等積極之選舉權，已如前述¹⁶。刑法對所謂選
19 舉幽靈人口科以刑罰，實乃涉及對人民選舉權之參政基本權造成侵害

¹⁶ 例如：若選舉人實際居住於甲地，對該地之候選人皆不滿意，而對於乙地之某候選人寄予厚望，認為其當選後必能有一番作為，在政治舞台上勢將成為明日之星，故將戶籍遷往乙地投票給他，此際究應讚許該選舉人具體展現民主選舉制度之實質內涵，抑或係認為該選舉人實乃造成所謂選舉結果不公之亂源，而應以刑法加以處罰？居住於乙地之居民，究應讚許該選舉人熱衷政事，抑或係苛責該選舉人影響乙地選舉之正確結果？尤有甚者，自己之特定親屬，例如兄弟姐妹，欲在家鄉參選里長，平常雖未實際居住於家鄉，且戶籍亦因工作等因素遷離家鄉，但為支持自己之特定親屬當選，乃將戶籍遷回家鄉，未涉及任何對價關係之賄選，此實乃選舉時，候選人應可尋求選舉人正常支持之競選活動，亦屬參政權之選舉權自由行使之範疇，如因本罪立法以所謂選舉幽靈人口以刑相繩，實乃對人民之基本權造成限制，應無疑義。參見陳振均，《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35，2013年12月。

選舉自由，似無疑義，並已實質違反公民與政治權利國際公約第25條規定之公民享受參與政事，投票權和公民投票權必須由法律規定，僅受合理之限制範疇，亦即最小限制原則。

（四）在民主國家，參政權應受極高度之保障，釋憲機關應從嚴檢驗任何限制人民參政權之法令措施。雖憲法第23條賦予立法者於必要之情形得以法律限制人民之基本權，惟應符合比例原則，有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者為之。縱使有所謂虛偽遷移戶籍行為或有違反戶籍法之行政違法性，亦不宜以刑事不法處理，刑法向來秉持謙抑原則及最後手段性原則，倘違法行為尚有其他處罰可有效達成目的，即應避免對人民課與刑罰之處罰，否則立法干預人民之基本權，即涉及違憲與否之判斷。系爭刑法第146條第2項之罪，干涉人民「選舉自主權」，逕以意圖犯罪形式，規範意圖使特定候選人當選而遷移戶籍，即該當犯罪而刑罰之，難謂符合反公民與政治權利國際公約第25號一般性意見有關剝奪公民投票權的法律規定，剝奪這種權利的理由應該客觀合理。亦難認符合憲法第23條，自有不當。

五、刑法第146條第2項：意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票者。立法該當成立妨害投票罪，業違反公民與政治權利國際公約第12條遷徙自由權利、第17條家庭隱私權之保障，以及憲法第10條人民有居住及遷徙之自由權利：

（一）按刑法第146條第2項規定，須以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票者，是以必須於選舉前相當期日有遷徙戶籍之動作，方屬構成要件該當。又由刑法第146條第2項之「虛偽遷徙戶籍」及公職人員選舉罷免法第15條第1項「繼續居住四個月以上」之規定可知，若僅於選舉前四個月內始將戶籍遷入，其投票並非當然適法，必須該行為人遷徙戶籍後於該地「繼續居住」四個月以上，方可謂適法之選舉權人。選舉人名冊乃戶政機關依照職權編造及強制登錄¹⁷，然而依據公職人員選

¹⁷ 我國之選舉人名冊之編造，依公職人員選舉罷免法第23條規定，係由戶政機關採職權編造主義及強制登錄主義；見劉邦繡，為選舉目的而遷移戶籍之「幽靈人口」是否

舉罷免法第18條第2項「選舉人名冊上無其姓名或姓名不符者，不得領取選票」之規定，該次選舉公職人員之選舉權人其選舉權行使投票，就等於無故遭戶政機關誤載或漏列而遭剝奪其參政權¹⁸。選舉人名冊並非創設選舉人資格之效力，又縱選舉人名冊經公告確定¹⁹，虛偽遷徙者基於此鄉鎮市區戶政機關所編造之選舉人名冊公告而確認，卻因公告確定之行政處分取得選舉人資格，仍不改變欠缺居住事實之人依投票法律不具選舉人資格之事實。惟「繼續居住」並非限制選舉人必須持續居住該地不得前往其他地區，故何謂繼續居住，則為居住事實有無認定之問題。惟刑法第146條第2項所謂之虛偽遷移戶籍，如以居住事實作為認定虛偽構成要件，或以公職人員選舉罷免法第15條第1項規定所謂「繼續居住」，亦並未嚴格限定必須以實際居住在該選舉區內為限²⁰，而「繼續居住」之意義，既不能以實際居住為

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43，2004年4月。另關於選舉人名冊之編造有下列原則：一、職權編造主義與申報主義，二、自由登錄主義與強制登錄主義。參見莊勝榮，《公職人員選舉罷免法論》，頁38-39，五南圖書，1992年。

¹⁸ 參見研究主持人董翔飛，《公職人員選舉制度之比較研究》，頁37-39，行政院研究發展考核委員會編印，1988年7月。

¹⁹ 公職人員選舉罷免法第22條：選舉人名冊編造後，戶政機關應送由鄉（鎮、市、區）公所函報直轄市、縣（市）選舉委員會備查，並由鄉（鎮、市、區）公所公開陳列、公告閱覽，選舉人發現錯誤或遺漏時，得於閱覽期間內申請更正。

公職人員選舉罷免法施行細則第11條：選舉人名冊應編造三份，並切實核對後，先以一份送由鄉（鎮、市、區）公所，依本法第二十二條及第三十八條第1項第三款規定於投票日十五日前在鄉（鎮、市、區）公所公開陳列、公告閱覽；俟更正確定後，一份由戶政機關留存，一份送由鄉（鎮、市、區）公所於投票日後函報直轄市、縣（市）選舉委員會備查，一份作為投票所發票之用。

選舉人名冊經公告閱覽後，如更正過多時，得重行編造。

公職人員選舉罷免法施行細則第12條：選舉人名冊確定後，戶政機關應填造選舉人人數統計表，送由鄉（鎮、市、區）公所轉報直轄市、縣（市）選舉委員會，依本法第三十八條第1項第五款規定於投票日三日前，公告選舉人人數。

在工作地投票之選舉人人數，由工作地之戶政機關併入工作地之選舉人人數內計算，戶籍地之戶政機關不予計算。

戶政機關應依據確定之選舉人名冊填造投票通知單，送由鄉（鎮、市、區）公所於投票日二日前分送選舉區內各戶。但鄉（鎮、市）及原住民區以下公職人員之選舉，得免填送。

²⁰ 司法實務見解認為：刑法第146條第2項之虛遷戶籍投票罪之規範目的，在於禁止無

1 認定標準²¹，可謂極度不明確之法律概念，與罪刑法定主義中要求構
2 成要件明確性原則有違。又如若以人民有無實際居住為事實前提，即
3 必須實施戶口訪查，從而以調查人民遷移戶籍之生活重心或繼續居
4 住之事實，此即涉有以刑法手段無理侵擾人民住宅之隱私之嫌²²。

5 (二)再按人民並無將「實際生活重心之住所」或「事實上所居住之所在地」
6 據實登記為戶籍住址之法定義務。亦不因戶籍登記後即必受限制而
7 必須繼續居住於該地。強制人民將生活重心或事實繼續居住地必須
8 向戶政機關登記為戶籍地址，並作為一種法定義務，乃專制國家控制
9 人民行動自由之制度，嚴重侵犯到人民基本權自由權核心²³。且法律

選舉權人之投票行為，進而保障投票結果之合法產生。關於該罪所定「虛偽遷徙戶籍」之成立要件，解釋上須參酌公職人員選舉罷免法（下稱選罷法）第15條第1項規定：「有選舉權人在各該選舉區繼續居住4個月以上者，為公職人員選舉各該選舉區之選舉人。」之以「在各該選舉區繼續居住4個月以上」，為取得選舉權要件之一，旨在藉繼續居住4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而投票，進而選出真正符合民意之公職人員。換言之，行為人是否實現「虛偽遷徙戶籍」之要件，應視其於選舉區有無繼續居住事實而定，而有無「繼續居住事實」之判斷。為契合現代多元化生活型態（例如家庭生活於甲地，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（即刑罰最後手段性）原則無違。參見最高法院111年度台上字第4580號刑事判決。

²¹ 有學者指出：所謂「繼續居住」的意義，並不能以實際居住為認定標準，蓋其可能涉及違反憲法保障參政及住居自由之規範。是以認定是否「繼續居住」的標準，乃以是否於選舉區內設定為戶籍為基準，至於是否實際居住，則非為取得選舉人資格的必要條件。參見柯耀程，適用「幽靈人口」的幽靈法律——最高法院八十九年度台上字第九三八號及相關判決評釋，臺灣本土法學雜誌第38期，頁46-48，2002年9月。

²² 任意實施戶口訪查，確有侵害人權之虞。過去有關戶口查察之實施，原依「戶口查察實施辦法」由警察依警勤區的家戶進行挨家挨戶之戶口查察；至民國89年廢止「戶口查察實施辦法」，改以作業規定繼續執行，仍以治安維護為主。隨著政治、經濟、社會環境的改變，員警挨家挨戶的戶口訪查，已無法有效達成掌控暫住、治安顧慮人口目的，且有侵犯人權的疑慮，遂於96年12月13日依警察勤務條例第11條授權訂定發布「警察勤務區家戶訪查辦法」，規定僅針對前項犯罪預防必須訪查的對象進行訪查外，不再進行挨家挨戶之戶口訪查。另依警察職權行使法第15條規定，對治安顧慮人口得定期實施查訪。

²³ 同註5、6。

1 對戶籍之設定，並非「恆定不變」，乃屬人民自由決定事項，除非具
2 有憲法上之比例原則之界線，法律既無法任意加以干涉，亦不得假借
3 任何理由予以限制。而刑法第146條之規定，無異剝奪居住遷徙自由
4 之基本權，即使遷徙之目的乃為特定政治目的，亦不能因此以刑相繩。
5 因此刑法第146條第2項虛偽遷移戶籍之構成要件，以事實上繼續居
6 住之事實認定之，與公民與政治權利國際公約第12條遷徙自由之權
7 利，及憲法第10條保障人民有居住遷徙之自由權利未盡相符。

8 六、刑法第146條第2項規範之科處刑罰，對公民選舉權行使為不合理之差
9 別待遇，與公民與政治權利國際公約第26條及憲法所保障之平等原則
10 未盡相符

11 (一)又同為虛偽遷移戶籍投票罪，同為未繼續居住四個月以上之人藉遷移
12 戶籍以取得該次選舉之被選舉人資格，如此選舉前四個月才辦理戶
13 籍遷移，對戶籍地又有何所謂休戚與共之認同關係，如此謂特定公
14 職選舉刻意形成幽靈人口參選之候選人，當應更具非難性，然卻未
15 屬於刑法第146條第2項之妨害投票罪規範對象，如此差別待遇。而幽
16 靈人口參選之候選人的「空降」參選為何無法可罰？一名政治人物接
17 受政黨徵召，卻沒有實際居住的事實，為何可以行使選舉權之投票與
18 被選舉權？如何認定候選人的「居住」事實，是否只要有參選活動就
19 等同在此之前設戶籍前即以繼續居住，確有雙標疑慮，立法者恣意，
20 對人民為不合理之差別待遇，並不符合平等權保障之要求。

21 (二)憲法增修條文第2條第1項後段規定：「在國外之中華民國自由地區人
22 民返國行使選舉權，以法律定之。」總統副總統選舉罷免法第12條第
23 2項即授權中央選舉委員會、外交部及僑務委員會訂定「在國外之中
24 華民國自由地區人民申請返國行使總統副總統選舉權登記查核辦
25 法」，供曾經設籍國內而現已未居住於國內者，可取得選舉權，且縱
26 已離開國內未實際居住於國內數十年者，亦可至戶政事務所「登記」
27 後取得選舉權，甚或未曾居住於國內且無戶籍之國民，亦得為初設戶
28 籍登記後取得選舉權。若依前刑法第146條第2項之規範與司法實務

運作下之有罪判決之見解，認為未實際居住而投票者將導致選舉結果不正確，有違主權在民之理由²⁴，如何解釋同樣無居住於選舉區之人，甚或數十年長期未居住於國內，此等堪稱「標準之幽靈人口」者，其總統副總統之選舉權竟又受到憲法位階之保障？刑法第146條第2項之罪造成只處罰國內所謂選舉幽靈人口，卻對長期居住國外未實際居住戶籍地而回國參與總統副總統選舉人，不該當成立刑法第146條第2項，如何認定同是籍在人不在者有無戕害民主選舉之精神，而為差別待遇合理性所在呢？何況基於選舉權自由自主有效行使原則，諸多民主國家業已採行不在籍之通訊投票制度，則現行刑法第146條第2項之規範目的，即與選舉權自由行使有間。

（三）另按現行刑法第146條第2項之虛偽遷移戶籍投票罪，處罰對象乃是積極遷入戶籍但未實際居住者，未繼續居住四個月以上之人，然而對於消極不遷出戶籍而為投票者卻不處罰，而按刑法作為犯與不作為犯均是等價，何以本罪僅處罰積極之作為犯，而不處罰消極之不作為犯，亦與公民與政治權利國際公約第26條及憲法第7條之平等原則有間²⁵。

七、綜上，本案確有不符合公民與政治權利國際公約第 25 條、第 12 條、第 17 條及第 26 條之規範，背離憲法第 7 條、第 10 條、第 17 條、第 22 條及第 23 條之基本權保障之規定

（一）立法院於民國 96 年修正刑法第 146 條第 2 項，以五年以下有期徒刑相繩。自憲法保障人民之參政權，不應僅限於人民於符合法律規定要件內有依法選舉與被選舉之被動選舉權，尚應包含選擇於何處投票、欲投票予何人等之選舉自主權。以刑法處罰選舉幽靈人口，直接或間接侵害人民之參政權與居住遷徙自由，以及憲法平等原則，立法者雖以刑法第 146 條第 2 項制定而符合法律保留原則，惟為遏止選舉幽靈人口影響投票結果之歪風，以刑法之規定限制人民之參政權與居

²⁴ 參見最高法院 97 年度台上字第 5311 號刑事判決。

²⁵ 施佩岑，《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 50，2018 年 7 月。

1 住遷徙自由，手段與目的應不具有正當，至於選舉制度之如何行使選
2 舉自由原則，應從現有之戶籍制度與選舉制度進行檢討，以能重新設
3 計出公正之選舉制度²⁶。

4 (二)立法者對於遷移戶籍行政管制之事項，固得衡酌事實之特性、侵害法
5 益之輕重程度、及所欲達成之管制效果等因素，而選擇以刑罰或行政
6 罰之方式制裁此一行為；惟此等衡量決定，應通過比例原則之驗證，
7 方能滿足國家動用刑罰「最後手段性」之正當性要求。立法者欲選擇
8 以刑罰方式作為制裁之手段時，仍必須以該行為具有「可罰性」為前
9 提，其決定方有正當性可言²⁷。立法者於選擇一項違法行為之制裁手
10 段時，其所為之效果預測或衡量決定，須合乎比例原則之規範要求，
11 俾確保「罪」與「刑」之平衡。而現行刑法第 146 條第 2 項妨害投票

²⁶ 欲解決選舉幽靈人口之情形，自應從戶籍制度或選舉制度中著手，如將選舉制度與戶籍制度脫鉤，就選舉制度加以檢討修正。參考各國選舉法規，大多採行選舉權人選擇主義或實際居住地主義，如我國兼採戶籍地址主義與實際居住地主義者可謂絕無僅有。採實際居住地主義之國家，為擔保選舉人係於其實際居住之地區行使選舉權，故其選舉法規對於選舉人在非實際居住地址投票者多半有相關之處罰規定，然此與我國以刑法處罰選舉幽靈人口不能相提併列。以加拿大為例，其選舉法規中詳細規定居住事實應如何認定，人民應在何處登記為選舉人，由單一之選舉法規建立起未在實際居住地址投票加以處罰之制度；但我國乃係先建立戶籍制度，規範人民必須將實際居住之地址據實登記為戶籍地址，澈底掌控人民實際生活重心地，而選舉法規再規範依據戶籍登自資料編造選舉人名冊，包含居住期間與居住地址皆依據戶籍資料，而後立法者發覺選舉幽靈人口之問題，不思從選舉法規上解決，反於刑法中制定處罰選舉幽靈人口之規範，由彼此不相干之法律規範中建立選舉幽靈人口之刑罰處罰制度，且相較於加拿大選舉法，刑法第 146 條第 2 項之規定可謂構成要件意圖犯之戶籍登記制度，即易羅織入罪。參見陳振均，同註 16，頁 91。

²⁷ 就以刑法處罰是否具有正當性而言，現行規定處罰遷戶籍，是處罰危險行為，是一種抽象危險犯的類型，處罰過廣。為支持特定候選人而遷戶籍，並非破壞選舉秩序的行為，而是選民真實意志表現的政治言論自由行為，刑法真正要處罰的應該是強暴、脅迫、利誘或其他不當方法操縱選舉不能真實呈現選民真實意志的行為，而能夠操縱選舉的必然是集體大規模(相對選舉人數而定)收買或強制選民為這種應該被認為非法影響選民投票意志的改變選舉人名冊的行為，所以現行刑法第 146 條第 2 項，不具有應刑罰性；此外現行構成要件，調查證據時，如依據現行司法實務為證明有投給特定候選人，而造成實務所稱不正確的投票結果(事實上僅使「選舉局勢」發生改變而已)，勢必得要求被告告知投票對象為何，如此一來就會侵害被告個人隱私，這樣的構成要件，難道不會因而侵犯人民資訊自主權？

1 罪之刑罰處罰，對於人民憲法上選舉權自由行使、居住自由，個人政
2 治傾向及家庭隱私權之權利侵害已有所逾越，而違反比例原則以及
3 平等原則，自不具有憲法正當性，而本罪處罰特定意圖犯遷移戶籍態
4 樣（即意圖使特定候選人當選而虛偽遷徙戶籍）之選舉人，手段並無
5 適於立法目的之實現，戶籍遷移登記無論基於何種原因或意圖，如有
6 需要導正，應以行政罰或行政處分之法律手段為之，始符合最小侵害
7 原則。從而刑法第 146 條第 2 項之規定尚難謂符合公民與政治權利
8 國際公約第 25 條、第 12 條、第 17 條及第 26 條之規範目的，更與
9 憲法第 23 條比例原則之要求有違。

10
11 此致

12 憲法法庭 公鑒

13
14 中華民國 112 年 3 月 22 日

15
16 具狀人