

東海大學法律學研究所

碩士論文

指導教授：蕭淑芬博士

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  
Constitutionality of Criminal  
penalties in Voting Fraud  
With a Focus on Electoral Ghost  
Voting

研究生：陳振均 撰

中華民國 102 年 12 月 23 日

碩士學位考試委員會審定書

東海大學法律學研究所

碩士班研究生 陳振均 君所提之論文：

刑法妨害投票罪合憲性之研究—以選舉幽靈人之處罰為中心

經本委員會審查並舉行口試，認為符合  
碩士學位標準。

考試委員簽名處

李惠宗

陳運財

蕭淑芬

102年 12月 23日

## 摘要

選舉幽靈人口，係指以選舉為目的而遷徙戶籍，但未實際居住於該處且參與投票者而言。立法者於民國 96 年 1 月 24 日修正該刑法第 146 條第 2 項，明定「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」，並於第 3 項規定處罰其未遂行為。惟不論修正前與修正後，實務上對於新舊條文之適用見解不一，而在學界上亦招致不少批判。憲法第 10 條保障人民之居住遷徙自由，第 17 條保障人民之參政權。以刑法處罰選舉幽靈人口，直接間接侵害人民之居住遷徙自由與參政權，同時違反憲法第 7 條之平等原則與第 23 條之比例原則，實屬違憲而應歸於無效。現行法規中戶籍登記資料種類繁多，內容詳實，其完整度在世界上堪稱數一數二，且國家機關過度仰賴戶籍登記地址，在法制上多有以戶籍地址為依據之種種規定，因而致生許多法律適用上之紛爭。戶籍地址應僅具有推定為實際居住地之性質，此乃基於憲法保障個人之資訊自主決定權，人民並未有將實際生活重心地址據實登記為戶籍地址之義務，國家亦未有掌握人民實際生活地址之權力。國家之一切統治行為，亦應與戶籍制度逐漸脫鉤，而改採以人為單位之人口治理模式。選舉制度之設計應滿足憲法第 129 條關於普通、平等、直接、無記名等原則之要求。依據公職人員選舉罷免法與總統副總統選舉罷免法之相關規定，選舉人名冊係依據戶籍登記資料進行編造，且居住期間之計算亦係以戶籍登記資料為準，將原本僅具推定性質之戶籍登記住址擬制為實際生活重心地址，此實乃戶籍法與選舉法聯手造成選舉幽靈人口現象之根本原因。選舉幽靈人口取得選舉投票權，乃因戶籍機關以幽靈人口之戶籍登記資料（第一階段行政處分），編造選舉人名冊，經公告閱覽後未經選舉人申請更正或由戶籍機關自行更正錯誤，則選舉人名冊即告確定（第二階段行政處分），並進而參加選舉，其取得選舉權之過程皆符合相關法律規範，實不宜以刑法處罰之。欲解決選舉幽靈人口之情形，應從選舉制度中著手。為使人民能充分參與國家政事，具體展現憲法參政權中所保障之選舉自主權，對於選舉人行使其投票權之地點，實應採選舉權人選擇主義為宜。從而，刑法第 146 條第 2 項應宣告違憲、選舉制度應與戶籍制度脫鉤、選舉投票地點應採選舉權人選擇主義。

關鍵詞：選舉幽靈人口 (electoral ghost voting)、違憲審查 (constitutional review)、基本權 (essential rights)、戶籍制度 (household registration system)、選舉制度 (electoral system)

## 謝 辭

一千五百六十個日子過去，論文終於完成了！在這個喜悅的心情當中，摻雜著更多的感謝。感謝母校東海大學，讓一個法律門外漢的我，順利的拿到法學碩士學位，回首這四年半以來的點點滴滴，現在即將離開這美麗的校園，想來還有些依依不捨。

首先要感謝的是我的指導教授蕭淑芬老師。不知道為什麼，我好像給老師的印象特別的好，從入學以來到畢業這段時間，老師總是對我非常的照顧。憲法是國家的根本大法，規定國家統治權之所在與行政，及其與人民權利義務之關係，而為一國具有最高效力的根本法。從老師身上我學到了憲法的基本原理與架構，對於各項基本權的內涵有了基本的認識。而行政法為具體化之憲法，當然老師在行政法領域也有相當的功力，從憲法的指導原則到行政法的落實，老師打通了我對於公法學習的任督二脈，只可惜在這四年半短短的時光裡，很難把老師深厚的功夫全數移植到我身上。除了法學專業知識外，老師平常在課堂上對於待人處世之道的諄諄教誨，也讓我受益良多。其次，口試委員李惠宗教授，不僅在公法界為國內的權威學者，其所撰寫之「案例式法學方法論」一書當中，亦提及民、商法之領域及其適用問題，可看出老師兼具廣度與深度的功力，在老師的課堂上也學到不少觀念與知識，老師對於我的論文提供的寶貴意見也銘謝在心。另一位口試委員陳運財教授，老師也是我警大的學長，感覺上就多了一份親切感，老師在國內刑事法界的地位已經是如日中天，在老師的刑法分則與刑事訴訟法的課程中獲益良多，老師對於我的論文也提供了不少寶貴的意見，自然更是澤深恩重。此外，也要感謝溫豐文老師、高金桂老師、高得潤老師、黃啟禎老師、簡良玉老師、范姜真嫩老師、伍開遠老師、石佳立老師、許曉芬老師，在這四年半裡對我的諄諄教誨。在這個時候，我想起了我的法學啟蒙恩師——林故主任檢察官朝榮老師，還記得當年在推廣部學分班中，老師上課嚴謹但卻充滿慈愛，只憑一本六法全書，就能透過法條去連結到很多重要法律理念，老師皎白如月的高潔人格更是令我感佩莫名，在老師的循循善誘下因而決心攻讀法律研究所，很遺憾的是沒辦法和祂分享畢業的喜悅並當面感謝祂，願祂在另一個世界裡一切安好。

在法律的學習當中，也要感謝我的服務機關長官的厚愛，他們鼓勵我利用勤餘時間多多充實自己，也提供了我一個適合一面工作一面進修的工作環境。感謝前臺中縣警察局何前局長海民、刁前局長建生、陳前局長國恩、鑑識課邱前課長麗宜、魏前股長世政、清水分局郭前分局長瑞權、張前分局長銅鐘、偵查隊田前隊長中淥、林前隊長明瑤、陳前隊長世雄、蔡前隊長宗熙、唐前隊長念舜、大甲分局林前分局長清求、黃前分局長勢清、偵查隊李前隊長炳賢、張前隊長添勝、現任臺中市政府警察局刁局長建生、刑事鑑識中心楊前主任宗明、邱主任麗宜、

周專員俊銘、陳股長嘉睿、魏股長世政、陳股長素棉、大甲分局林分局長中村、偵查隊余隊長俊燦等等各級長官給予我的支持與肯定，更要感謝清水分局鑑識小組學儀、志為、仁雄、明田、正鑫、大甲分局鑑識小組嘉駿、博羽、世峰、明倫、再喜、佳華等全體同仁，於這段期間在工作上全力以赴，讓我能無後顧之憂地專注於課業上的學習。而引發我撰寫此篇論文的動機，乃是於馬祖服務期間，感謝福建連江地方法院檢察署鄭前檢察長文貴、賴前檢察長哲雄、高前檢察官永棟、福建省連江縣警察局許前局長呈傑、刑警隊楊前隊長文龍、郭前隊長順德，以及警察局全體同仁對我的支持與鼓勵，並且提供了我偵辦選舉幽靈人口案件的機會，使本篇論文於撰寫時增添了許多實務上寶貴的經驗。

學習路上多貴人，感謝東海大學法學院助教耀州學長、美蘭學姊、芳瑜學姐等在課務程序上之協助，同學秉樑、碧玉、智威、懋銓、晨貿等給予論文提供寶貴的意見，班代致魁的熱心協助，同學龍飛、一彬、裕隆、雅慧、健東、文川、筱雯、世佳、正孟、世豐、明河、政憲、偉成、曉蕃、于禎、徐祥、純菁、學弟博詩、世昌、宣佑、士勛、一恭、若谷、富邦、文毅、家維、學妹函均、思儀、依蓉、梅華、秀芬、惠雪、芝岑、婉育等等，在我求學期間給予我許多寶貴的意見。最後，最要感激的是我的父母與家人，以及許許多多的親朋好友，沒有你們的栽培與扶持，便沒有今日論文的誕生。

情長紙短，僅此寥寥數語實無法表達內心中感謝之意，在法律的學習過程中，雖然辛苦，但苦盡甘來後的喜悅，更是無法言語。誠如陳之藩先生於「謝天」一文中所云：無論什麼事，得之於人者太多，出之於己者太少。因為需要感謝的人太多了，就感謝天罷。無論什麼事，不是需要先人的遺愛與遺產，即是需要眾人的支持與合作，還要等候機會的到來。越是真正做過一點事，越是感覺自己的貢獻之渺小。一粥一飯，半絲半縷，都是多少年、多少人的血汗結晶。感謝之情，無由表達，還是謝天罷。

中華民國 103 年 1 月  
於東海大學法律學院研究生研究室

# 目次

第一章 緒論	1
第一節 研究動機	1
第二節 研究方法與論文架構	1
第三節 文獻探討	2
第二章 刑法第 146 條妨害投票正確罪	4
第一節 問題之提出	4
第二節 選舉幽靈人口概說	4
第三節 刑法第 146 條修正前之實務與學說見解	5
壹、偵查機關與司法機關之見解	5
貳、學說見解	10
第四節 刑法第 146 條第 2 項之修正	14
壹、修正前後條文對照與立法理由	14
貳、修正後刑法第 146 條第 2 項之構成要件分析	15
第五節 刑法第 146 條修正後之實務與學說見解	21
壹、實務界於修法後適用法規之情形	21
貳、學界對於修正條文之評價	25
參、本文見解	27
第六節 小結	29
第三章 刑法第 146 條第 2 項之違憲審查	31
第一節 違憲審查制度概說	31
第二節 保護領域之認定	31
壹、居住遷徙自由	32
貳、參政權	33
第三節 對基本權造成干預之確認	34
第四節 干預基本權之正當性	36
壹、形式合法性	36
貳、實質正當性	36
第五節 小結	41
第四章 戶籍制度	42
第一節 戶籍制度概說	42
第二節 我國戶籍制度之沿革與現況	42
壹、引言	42
貳、我國戶籍制度之沿革	43
參、戶籍登記之作用	44
肆、戶籍資料之屬性	44

伍、戶籍登記之內容	45
第三節 戶籍制度對幽靈人口之影響	47
壹、戶籍所在地、住所與實際居住地之關係	47
貳、戶籍登記與個人資訊自決權	48
參、我國行政機關與司法機關對戶籍所在地之依賴與迷思	49
第四節 小結	54
第五章 選舉制度	55
第一節 選舉制度概說	55
第二節 選舉法制之原則與規定	55
壹、我國選舉法制概說	55
貳、選舉原則	56
參、計票制度	57
肆、選舉法規之相關規定	59
伍、不在籍投票	63
第三節 選舉制度對幽靈人口之影響	64
壹、選舉制度設計上之拙劣	64
貳、選舉人名冊編造制度過於粗略	65
第四節 選舉訴訟	67
壹、選舉訴訟概說	67
貳、選舉訴訟之性質	67
參、選舉訴訟之種類	69
肆、管轄法院與審級制度	78
第五節 小結	78
第六章 檢討與展望	80
第一節 現行法制之檢討	79
壹、行政機關之相關函示	80
貳、戶籍登記地址、選舉人名冊公告及選舉結果之確定係個別、複數之行政處分	80
參、不在籍投票制度之引進與選舉幽靈人口之衝突	84
第二節 防制選舉幽靈人口之對策	84
壹、戶籍制度之改進	85
貳、選舉制度之改進	86
第三節 小結	91
第七章 結論	93
參考文獻	97

# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機

筆者曾於離島之福建省連江縣警察局服務兩年，馬祖地區民風純樸，治安單純，鮮少有刑事案件發生。但亦因地區人口稀少，各種選舉之競爭極為激烈，即便係縣長、立委等全縣性之選舉，勝負之間往往差距僅數百票，更遑論基層之村長、鄉民代表之選舉。每逢選舉投票時，候選人相互間經常檢舉支持對手之「幽靈人口」，唯恐該寥寥無幾之幽靈人口成為影響此次選舉勝敗之關鍵。職是，福建連江地方法院檢察署每逢選舉期間，皆大動作指揮警察局、調查站等單位偵辦「選舉幽靈人口」，於民國 90 年 12 月份之縣長與立委選舉，共起訴 502 人，而於隔年 1 月份之縣議員、鄉長選舉，緩起訴 152 人，是為馬祖地區人民口中之「502 事件」、「152 事件」<sup>1</sup>。而筆者服務期間，亦曾參與民國 94 年 12 月 3 日之縣長、縣議員、鄉長等「三合一」選舉工作，與民國 95 年 6 月 10 日鄉民代表與村長之「二合一」選舉工作等二次選舉幽靈人口之偵辦。

檢視選舉幽靈人口之犯罪型態，實與其他種類妨害投票罪之類型有別。刑法妨害投票罪章所欲保護者，乃係人民依據憲法行使參政權中政治選舉之投票權，一方面使有投票權之人可自由行使其投票權，另一方面則使投票事務不受非法之妨害與干擾，以確保投票之公平與公正。刑法第 142 條以下所處罰之犯罪行為，計有對於有投票權者個人行使投票權之妨害行為，與對投票事務整體與投票結果之妨害行為，其所欲保護之法益乃係包含個人法定政治投票權之行使，與法定政治投票程序之圓滿進行與公正之投票結果<sup>2</sup>。惟檢視選舉幽靈人口，其實乃肇因於現有之相關制度，但立法者不思由制度面徹底根本解決，卻於刑法中制定處罰選舉幽靈人口之規定以嚇阻其發生。此種規定是否妥適，有無違憲之虞，是否能有其他改善選舉幽靈人口之途徑，凡此種種乃促成本文之研究動機。

## 第二節 研究方法與論文架構

法學之研究，由於條件限制，不易以實驗之方法為之。是欲闡明一項法律制度原理原則上之真諦與其利弊得失，從歷史之考察與現況之比較，輒屬必要之方法。然甚為奧妙者，國外似乎並未有所謂選舉幽靈人口之困擾，此似我國僅有之產物，此或因我國之風俗民情與選舉文化，或因我國獨特之法規制度所導致。職是，本文將比較各國之刑法妨害投票罪與選舉相關法規，並比較國內實務與學

<sup>1</sup> 資料來源：馬祖通訊週刊，網址：

[http://www.matsu.idv.tw/board/board\\_view.php?board=25&pid=22016&link=22015&start=0](http://www.matsu.idv.tw/board/board_view.php?board=25&pid=22016&link=22015&start=0)

<sup>2</sup> 參林山田，刑法各罪論《下》，2005 年 9 月 5 版，頁 159。

說見解，探討選舉幽靈人口之成因與解決之道。

我國現行解決選舉幽靈人口之方法，乃係透過刑法之處罰規定加以嚇阻。惟若探究選舉幽靈人口之成因，實與戶籍制度與選舉制度有關，故此一議題雖表面上係刑法之問題，但其實乃橫跨憲法、行政法等領域，一言以蔽之，其乃係行政法之規範欠佳所導致之現象，但立法者卻以刑罰之手段遏止該現象之發生，而該手段卻又與憲法之平等原則與比例原則有違，其中並有牽涉民法與刑事訴訟法等相關概念，可謂係一橫跨各領域之綜合性法律問題。本文將先提出問題意識，從刑法定選舉幽靈人口之處罰規範，探究該法制定前後，實務界適用法規之情形與學術界對選舉幽靈人口之相關評釋（第二章）。其次，從憲法保障基本權之角度，以三階段審查之模式，檢視刑法處罰選舉幽靈人口之規定，其所侵害者是否係屬憲法所欲保障之基本權，是否對該基本權構成侵害，以及侵害是否符合平等原則與比例原則，能否通過憲法之檢驗（第三章）。其後，探究戶籍制度之緣由與內容，以及如何造成選舉幽靈人口（第四章），並探究選舉制度之相關規範，檢視其如何導致選舉幽靈人口之現象（第五章）。從而對選舉幽靈人口之成因加以檢討，並參酌各國之選舉法規之相關規範，提出改善之方案（第六章）。最後提出刑法處罰選舉幽靈人口之規定應屬違憲、選舉制度應與戶籍制度脫鉤、選舉投票地點應採選舉權人選擇主義等結論（第七章）。

### 第三節 文獻探討

國內以選舉幽靈人口為議題之學位論文為數甚少，僅有林宗良先生撰寫之「臺灣戶籍政策對幽靈人口管理之研究」，該篇論文係以國內戶籍制度對幽靈人口之影響進行探究，本文將於第四章戶籍制度中適度引用。以選舉幽靈人口為議題之期刊論文亦不多見，計有學者李惠宗、林山田、柯耀程、許玉秀、劉邦繡、董武全、胡峰賓、薛智仁等教授於國內期刊中有發表相關之文章，其中林山田、許玉秀、劉邦繡等教授撰寫之時間為刑法第 146 條修正前，文章內容著重於選舉幽靈人口是否該當刑法第 146 條第 1 項所稱「其他非法之方法」；林超駿、胡峰賓等教授撰寫之時間為刑法第 146 條修正後，文章內容在於探討新修正第 2 項之規範及實務上適用情形；李惠宗、柯耀程、薛智仁等教授則於修法前與修法後皆有撰寫文章，可見渠等對於選舉幽靈人口議題之重視程度。而肯定選舉幽靈人口應以刑法處罰者僅有學者林山田與薛智仁，其餘學者則可謂一面倒傾向反對之見解，且均有其成罪或不成罪之理由，本文皆將於適當章節加以引用及評論。

由於選舉幽靈人口之處罰表面上係規定於刑法，但其尚涉及憲法與行政法之領域，故本文除參酌學者林山田、黃榮堅、甘添貴、盧映潔等教授撰寫之刑法教科書外，亦參酌學者吳庚與李惠宗二位教授之憲法與行政法教科書，另外尚參酌林鈺雄教授之刑事訴訟法與王澤鑑教授之民法總則等教科書。在期刊論文方面，許宗力教授與林子儀教授分別撰寫有關德國與美國之違憲審查制度之相關文

章、林宗良、黃永銓先生撰寫有關戶籍法規之碩士論文、學者蕭文生、林超駿撰寫有關選舉制度與選舉法規之論文等，皆深具參考價值。而中央選舉委員會出版之德國、日本、加拿大、韓國、西班牙、紐西蘭、美國加州等各國選舉法規之中譯版，對不諳外語之筆者於參考國外選舉法規時，提供莫大之助益。

惟筆者自恃所學不深、才疏學淺，文中見解誤謬或有疏漏之處，在所難免，正有賴各界師長賢達不吝指正，是甚幸。



## 第二章 刑法第 146 條妨害投票正確罪

### 第一節 問題之提出

張三自幼成長於純樸之新竹鄉下。隨其升學與就業之需求，脫離其從小仰賴之熟悉環境，隻身前往繁華之臺北市區，而基於社會福利、納稅等行政便宜措施等因素，而將戶籍遷往臺北住處。某日，聽聞故鄉某位父執輩之舊識欲參加公職選舉，基於人情因素，且平日聽聞該舊識談論政事，認為其當選後必能有一番作為，故將戶籍遷回故鄉投其一票。則，此際究應讚許其實踐民主國家之主權在民原則之精神，抑或係認其戕害當地選舉結果之正潔而論以刑法妨害投票正確罪？而若欲參選者係其父親，則是否有相異之結論？

### 第二節 選舉幽靈人口概說

「幽靈人口」，並非係法律概念或法律名稱，其僅係一種社會現象之描述。自現象面觀察，稱幽靈人口者，應係飄忽不定、居無定所，無法妥善加以控管之人民，若以戶口查察而言，僅未於其戶籍登記地址實際居住者，皆得稱其為幽靈人口。然如此觀之，幽靈人口之概念又顯極為模糊。蓋因求學、工作或其他原因，離開戶籍地因而導致住籍不一之情形，是否亦可稱之為幽靈人口？又例如為跨區就學，而將戶籍遷於他地而未實際居住，是否亦稱之為幽靈人口？又或係因工作之關係而長年居住在外，其雖實際居住於工作所在地，但卻未將戶籍地址加以遷徙，將其戶籍留於原居住地，則對所在地而言，並無戶籍留存之資料，是否亦得稱其為幽靈人口<sup>3</sup>？

本文所稱幽靈人口者，係專指因涉及選舉事項而實際居住地與戶政機關所登載之戶籍地不一致之人，然並非所有之幽靈人口皆屬於刑法所規範之對象，其餘基於學籍、社會福利等因素之幽靈人口即不在刑法處罰之列。選舉幽靈人口特別容易發生於小選區，候選人藉由遷徙幽靈人口，以提升自己之得票數，在候選人間得票數差距愈小之小選區，愈易形成幽靈人口。惟選舉幽靈人口並未展現真正民意，其僅於選舉前相當時日將戶籍遷入選區，而未實際居住於該處，由不熟悉該地區特性之幽靈人口決定當選者為何人，在選舉過程中並未表達該地區之真正民意，可謂造成選舉不公之亂源。刑法第 146 條修正前，學說與實務就選舉幽靈人口之投票行為，是否應以該條第 1 項處罰，見解不一，立法者為杜絕此爭議，於民國 96 年修正第 2 項，明文將選舉幽靈人口列為處罰之對象，惟修正後實務上對該規定從嚴解釋，以種種理由限縮其適用範圍；在學界亦遭受不少學者對之批評。本文擬就刑法第 146 條之修正前後實務上之見解及學說上之評價，並以筆

<sup>3</sup> 參柯耀程，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，台灣本土法學雜誌第 38 期，2002 年 9 月，頁 41。

者實際從事偵辦之經驗，評論以刑法作為遏止選舉幽靈人口之手段是否妥適。

### 第三節 刑法第 146 條修正前之實務與學說見解

修正前刑法第 146 條並未如修正後之第 2 項，明文規定以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票者作為構成要件，故學說與實務上對於幽靈人口妨害投票之行為，是否該當於修正前刑法第 146 條第 1 項所稱之「詐術或其他非法方法」，乃出現甚為極端分歧之見解。

#### 壹、偵查機關與司法機關之見解

檢察機關對於選舉幽靈人口是否足以構成妨害投票罪，多有爭議，此經臺灣高等法院檢察署於臺南地方法院檢察署舉行座談會，綜合討論後採否定之見解，因而形成檢察機關大多傾向於不成罪之認定。然對此有爭議者並非僅止於從事偵查工作之檢察機關，即便係職司審判職務之法院亦然，最高法院認為「幽靈人口」實係造成選舉不公之根源，較為一致傾向成罪之認定，惟下級法院卻對於成罪與否，不論係事實之認定抑或係法律之適用，有極為分歧之見解，遂使一個選舉文化下之偏差現象，成為司法極端爭議之焦點<sup>4</sup>，茲就檢察機關、高等法院正反二種見解與最高法院見解，分別論述之。

##### 一、檢察機關持不成罪見解之理由<sup>5</sup>

臺灣臺南地方法院檢察署提案：以不實遷入戶籍之方式，致非實際居住於該地方之人取得選舉權（即所謂「幽靈人口」）使特定候選人取得地方選舉之優勢，影響選舉結果，是否構成刑法第 146 條第 1 項之妨害投票正確結果罪？有肯定說與否定說二種研究意見，臺灣高等法院檢察署之研究意見（採否定說）如下：

- (一) 遷徙戶口，縱然無繼續居住四個月以上之事實，然刑法第 146 條第 1 項之規定，以使投票產生不正確之結果或變造投票之結果為犯罪構成要件。茲行為人於遷入戶籍時，尚無特定候選人產生，不得以未來不確定之事實，令負刑事責任。
- (二) 無居住之事實而辦理遷入戶籍，如有禁止之必要，應由戶籍法規範。
- (三) 又倘認「幽靈人口」足以影響選舉之結果，應由公職人員選舉罷免法（以下簡稱選罷法）制定防弊條文。

法務部同意臺灣高等法院檢察署之研究意見，補充理由：依我憲法所規定之各種選舉以「無記名投票」之方式為之，我憲法第 129 條定有明文。足見我

<sup>4</sup> 參柯耀程，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，台灣本土法學雜誌第 38 期，2002 年 9 月，頁 41。

<sup>5</sup> 參法務部 88 年法檢字第 004007 號，收錄於法務部公報第 224 期，1999 年 2 月，頁 170~174。

國選舉係採取秘密方式為之，以「幽靈人口」方式遷移戶籍者究竟投票支持何人，根本無從確認，若單純以「幽靈人口」即認定必然產生「使投票發生不正確之結果」，似乏根據。

## 二、高等法院持不成罪見解之理由<sup>6</sup>

- (一) 居住遷徙自由係憲法保障人民之基本權利，固然戶籍法規定戶籍之登記為認定住所之標準，但法律並不能強求國民登記戶籍時，即必須居住於該地。
- (二) 選舉人名冊係依戶籍登記簿編造，以作為有無「繼續居住」之事實，既係以戶籍登記簿為選舉人資格認定之標準，其是否果真居住於選舉區內，則非屬重要。
- (三) 何以候選人可為選舉而遷徙戶籍，選舉人反而不可？在選舉之生態上，常見候選人易地而戰，何以此種遷徙受到法律之允許，對於選舉人卻被嚴格限制？恐有疑慮<sup>7</sup>。
- (四) 「幽靈人口」並非必然產生「使投票發生不正確之結果」，蓋苟遷居人所使用之方法，並非詐術或非法方法，縱其行為有所失當，亦屬戶籍法第 76 條行政罰之範圍，並非當然屬於刑法第 146 條成罪之適用。

## 三、高等法院持成罪見解之理由<sup>8</sup>

- (一) 遷徙自由不得妨害社會秩序，憲法第 10 條雖保障居住遷徙自由，但第 22 條及第 23 條亦規定自由權利不得妨害社會秩序，是以戶籍法乃有戶籍之登記應名實相符之規定<sup>9</sup>。
- (二) 選舉人名冊雖係依戶籍登記簿所編造，但其係基於行政便宜之措施而已，幽靈人口所為之遷徙登記，既屬無遷徙事實而為之遷徙登記，應屬戶籍法第 23 條所稱之自始不存在或自始無效之戶籍登記，戶政機關應為撤銷之登記，而原登記既為無效之登記，縱選舉人名冊依之製作，並依選罷法第 23 條公告確定，此名冊該部分亦屬無效，該登記人亦不因而取得選舉人資格。
- (三) 按刑法第 146 條之立法目的，係在杜絕任何選舉舞弊之弊端，以達選舉之純正與公平，是以虛偽之遷徙登記，自屬該條所稱之非法方法，足以使投票發生不純正之結果，進而導致不正確。
- (四) 戶籍法之行政罰並無取代刑罰之效力，雖戶籍法對於虛偽遷徙戶籍者，得以科處罰鍰<sup>10</sup>，但行政罰之目的及性質與刑罰不同，並無法取代刑法處罰犯罪之效力。

<sup>6</sup> 參臺灣高等法院 88 年度上訴字第 2620 號、臺灣高等法院臺南分院 88 年度上訴字第 1021 號判決。

<sup>7</sup> 有學者認為幽靈候選人亦應受罰，參薛智仁，虛偽遷徙戶籍而投票之可罰性，法學新論第 7 期，2009 年 2 月，頁 95~96。

<sup>8</sup> 參臺灣高等法院臺南分院 90 年度重上更(三)字第 213 號、89 年度上更(一)字第 464 號判決。

<sup>9</sup> 參戶籍法第 16 條至第 19 條，詳見本文第四章第二節。

<sup>10</sup> 參戶籍法第 76 條。

- (五) 凡使與投票直接有關之結果發生不正確者，均屬刑法第 146 條規範之範圍，蓋依公職人員選舉罷免法第 32 條第 4 項、第 42 條、第 43 條及第 67 條等規定，除涉及當選與否外，尚兼及於得票率之保證金發還與否事項，以及競選經費補助等問題，故刑法第 146 條所謂「使投票發生不正確結果」者，除當選與否之結果外，尚及於其他一切與投票有關之結果。
- (六) 幽靈人口無法反應實際民意，蓋幽靈人口僅係選舉人族羣之搬動，單純僅為讓特定候選人取得選舉優勢，其運作方式違反民主運作與地方自治之精神，幽靈人口投票所表達之民意，全然與地方民意不相干，操縱者既缺乏對於民主精神之尊重，焉能謂不具有不法。

#### 四、最高法院持成罪見解之理由<sup>11</sup>

由於選舉幽靈人口雖表面上係刑法之問題，但探究其內涵與成因，與憲法及行政法亦有關聯，最高法院之判決內容亦包含此三項領域，故本文將區分為刑法、行政法（戶籍法與選罷法）與憲法之觀點分別論述。

##### (一) 就刑法之觀點而言

按刑法第 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者，處五年以下有期徒刑。」之規定，其立法目的在杜絕任何選舉舞弊，以達選舉之純正及公平，此從刑法第二編第六章妨礙投票罪之立法目的：「查暫行律分則第八章原案謂凡選舉事宜，以純正涓潔安全為要義，尚純正則用各種詐術者有罰，尚涓潔則用各種誘惑者有罰，尚安全則用各種強暴者皆有罰。……」及觀諸刑法第 146 條之立法理由為：「查第二次修正案理由謂外國立法例，對於選舉舞弊，可分為兩派：一為列舉規定，法國、比國、意大利、西班牙、匈牙利、英國、美國等國是也。一為概括規定，德國、奧國、芬蘭等國是也。第一派之選舉法，雖屢經更改然難臻嚴密，即如法國 1852 年 2 月 2 日之選舉罷免法頒布後，至 1889 年曾經六次更改，其列舉之犯罪行為，幾及百種，仍有未盡，乃於 1902 年 3 月 30 日頒在概括規定之條文，蓋以列舉終有遺漏也。原案第 158 條第 1 項，係仿列舉式，其所注意者一為選舉名簿，一為無資格之投票，其嚴密不如法國，且於投票後，選舉結果前一切舞弊無明文處罰，故本案擬從第二派為概括之規定<sup>12</sup>。……」益徵明確。由此亦可知我國刑法第 146 條之規定，係屬概括之規定，除使用詐術外，其他以一切非法之方法，達妨害選舉之純正及公平者，均有該條之適用。又從該法條之條文觀之，所謂「詐術」即使用欺罔手段，以使用陷於錯誤而言，所謂「其他非法之方法」，即除詐術外，其他一切非法律所允許之方法，均屬之。至所稱使投票發生不正確之結果，以致該選區之整體投票結果，發生不正確之結果為已足，而不以行

<sup>11</sup> 參最高法院 88 年度台上字第 5895 號判決、89 年度台上字第 938 號判決。（此外尚有 91 台上 2893、91 台上 408；本文僅節錄前揭二判決之理由）。

<sup>12</sup> 刑法第 146 條第 1 項係民國 23 年 10 月 31 日制定，民國 24 年 1 月 1 日公布，同年 7 月 1 日施行。由於年代久遠，相關立法理由之資訊已不易取得。本資料來源係參閱林紀東等合著，新編六法參照法令判解全書，民國 91 年 10 月版，頁陸一三八。

為人所支持之特定候選人已否當選為必要。查我國憲法所規定之各項選舉，雖係採無記名方式為之，選舉人投票給何候選人固係無法知悉，然若虛偽遷入戶籍，實際上未居住於該處，目的在取得選舉人資格而投票予某一候選人，並進而投票，若仍認不構成刑法第 146 條之妨害投票正確罪，則法律豈非流於具文。況其姑不論其投票予何候選人，就該選區之整體投票結果，其投票數，亦必然發生不正確結果，是亦難以此認不構成刑法第 146 條之妨害投票正確罪。而刑法第 146 條妨害投票正確罪，以使投票之發生不正確之結果即已足，即投票票數發生不正確即足當之，並不以選舉結果是否正確為依據，此為法條文義解釋上之所當然。依據公職人員選舉罷免法之相關規定，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。參照上開規定，投票得票率之多寡，除關係候選人之當選與否外，猶與上開各項選舉結果攸關。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。

## (二) 就戶籍法與選罷法等行政法之觀點而言

公職人員選舉罷免法第 15 條第 1 項有選舉權人在各該選區繼續居住四個月以上者，始得為公職人員選舉各該選舉區之選舉人之規定，可知該法所重視者，為在選舉區繼續居住之事實，此觀諸該法之施行細則第 3 條規定本法第 4 條居住期間之計算所依據之戶籍登記，應由戶籍機關切實查察，其遷入登記不實者，應依法處理，足見上開規定之本旨，重在居住之事實，而非形式上之戶籍登記；再現代民主政治主權在民之原則，將政權付諸人民，各行政區域之政權行使，理應由該行政區之人民行使，非能由其他地區之人所能越俎代庖。若實際上並未居住該選舉區，為支持某特定候選人，而虛報遷入戶籍者，其有妨害選舉之純正及公正性，至為顯然。且虛報戶籍遷入，依戶籍法第 76 條之規定，應加以行政處罰，法有明文，若以此種虛報戶籍遷入之手段，達妨害投票之目的，自非法律所允許之方法，除依上規定予以行政之處罰外，另應該當於刑法第 146 條所規定之「其他非法之方法」之要件，至為明確，而非僅止於處予行政上之處罰而已。查行政罰之目的及性質與刑事處罰不同，並無代替刑法處罰犯罪之效力；違反行政法規之違法行為，如同時該當於刑法犯罪構成要件者，仍無礙於犯罪行為之成立，不因其應受行政處罰而解免其刑事責任。行為人故意為不實之戶籍登記申請，其構成要件即與刑法第 214 條所稱「明知為不實之事項，而使公務員登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人者」相當，但依戶籍法之規定，僅科以行政罰，而不以刑罰手段制裁之。則行為人若實際上並未居住於遷入登記之住所，而故意為不實之申請者，應逕依戶籍法之規定科處罰鍰，而不罹於刑責云云。依上開說明，其見解亦有可議。且本件起訴之事實，係指被告等以虛報遷入戶籍登記之方式，使戶籍機關將原判決附表所示之人列入該選舉區選舉人名冊公告確定，並參與投票，而使投票發生不

正確之結果。其行為態樣與單純故意為不實之戶籍登記申請，並不完全相同。原判決以戶籍法對申請人故意為不實之戶籍登記申請，已有科處罰鍰規定，而認為被告等所為不成立刑法第 146 條之妨害投票罪，其論斷亦有違誤。

### (三) 就憲法之觀點而言

憲法保障人民有居住及遷徙之自由及選舉、罷免、創制、複決之權，然所謂居住遷徙自由及選舉權，並非漫無限制，得任意行使，在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，仍得以法律限制之，憲法第 23 條定有明文。戶籍法第 16 條至第 18 條所規定之遷出、遷入登記及第 76 條對故意為不實申請者之處罰；公職人員選舉罷免法第 15 條第 1 項須在各該選舉區繼續居住四個月以上者，始為各該選舉區之選舉人之規定，其目的在於戶籍管理、維護社會秩序及選舉之公平性，均係為維護社會秩序之必要，而對人民居住遷徙自由及選舉權所附加之限制。是以依憲法規定，人民固有遷徙之自由，但並無為虛偽戶籍登記之自由與權利。次按憲法第 129 條所規定之無記名投票方法，固有使投票內容隱密之效果；然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，使戶政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，然不論其投予任一候選人，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。其中尤以小型選舉區（如鄉、鎮、市、區、村、里長或代表選舉）之影響為顯著。

### 五、選舉幽靈人口與使公務員登載不實罪

最高法院於民國 88 年度台上字第 4210 號判決理由中謂：「本件被告等以虛報不實方式申請辦理戶籍遷入，使該管戶籍機關、選舉委員會，將此不實之事項登載於戶籍記事及選舉名冊，似亦難卸刑法第 214 條之使公務員登載不實罪責，原審未詳加析究，遽行判決，亦有未當。」云云，乃創下實務界對於選舉幽靈人口應構成使公務員登載不實罪見解之首例。惟依據最高法院判例之見解，刑法第 214 條所謂使公務員登載不實事項於公文書罪，須一經他人聲明或申報，公務員即有登載之義務，並依其所為之聲明或申報予以登載，而其登載之內容又屬不實之事項，始足構成。若其所為聲明或申報，公務員尚須為實質之審查以判斷其真實與否，始得為一定之記載者，即非本罪所稱之使公務員登載不實<sup>13</sup>，自無成立刑法第 214 條罪責之可能。戶籍法第 23 條、76 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，故意為不實之申請者，由戶政事務所處罰之；次依同法第 48 條、同法施行細則第 13 條之規定，戶籍遷徙登記之申請，應於事件發生或確定後三十日內為之，申請人應於申請時提出證明遷徙事實之文件，由戶政機關查驗核實後為之。足徵戶籍法所謂之遷出

<sup>13</sup> 參最高法院 73 年度台上字第 1710 號判例。

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。綜合上開規定意旨觀之，設題為選舉將戶籍遷入之登記，該管公務員顯有查核之義務，縱為選舉而為不實之戶籍遷入，應無刑法第 214 條之適用（至於是否成立刑法第 146 條之罪係另一問題）<sup>14</sup>。因之往後之實務見解否定選舉幽靈人口構成使公務員登載不實罪。

## 貳、學說見解

刑法第 146 條修正前，對於幽靈人口妨害投票行為是否應依本條作為處罰之依據，多數學者傾向反對，僅少數學者持肯定見解。

### 一、持成罪之見解者

在以往中國國民黨長年主政下用以克敵致勝之「榮民共同事業戶」之投票部隊或眷區之國民黨鐵票等妨害投票行為形成之選舉文化，尤以民國 86 年村里長改為有給職後，此種小選區之選戰使用幽靈人口充當力求勝選之投票部隊，創造勝選鐵票之妨害選舉行為，更是層出不窮。是以，透過目的解釋，在未牴觸類推適用禁止原則之情況下，適用妨害投票結果正確罪處斷利用幽靈人口參選之候選人及幽靈人口本身，應屬正確之犯罪判斷<sup>15</sup>。刑法第 146 條第 1 項所稱之投票結果，係指各該投票中構成表決基礎之投票分配或比例，任何基於違背投票法律或投票原則而改變投票結果之行為，均屬於本罪之非法方法，而詐術作為非法方法之例示概念，係專指無權投票之行為。依此，任何虛偽遷徙戶籍者之投票行為，均屬於無權投票而應成立本罪<sup>16</sup>。

### 二、持不成罪之見解者

#### (一) 李教授惠宗

##### 1. 戶籍地址與民法住所之關係

幽靈人口之發生，係以「戶籍住址、實際生活重心地與住所」同一，且人民有據實陳報其實際生活地之義務為前提。從而某種法律效果之發生或某種權利之取得係以戶籍為要件之制度，亦必要求該人民必須將戶籍住址設於實際生活地。檢討幽靈人口發生之原因，大致有福利給付因素、子女就學因素、稅制因素、農民健康保險、自耕農身分之取得、選舉因素等六種。選舉幽靈人口之問題，與其謂係遷徙自由問題，不如謂係選舉自由問題。自選舉自由之角度以

<sup>14</sup> 參最高法院 91 年第 17 次刑事庭會議決議，2002 年 11 月 26 日，收錄於司法院公報第 45 卷第 4 期，頁 67~69。

<sup>15</sup> 參林山田，選舉買賣選票與幽靈人口及公開亮票的刑法問題，月旦法學雜誌第 105 期，2004 年 2 月，頁 183~185。

<sup>16</sup> 參薛智仁，虛偽遷徙戶籍而投票之可罰性，法學新論第 7 期，2009 年 2 月，頁 82~87。

觀，選舉權人要在何處投票，應屬自由。單從戶籍法規定中，尚難以導出人民有將生活重心之地登記為戶籍住址之義務。住所與戶籍住址可以不相同，最高法院將戶籍住址原本僅具有「推定」為住所之意義誤為「擬制」，以致於認定選舉幽靈人口非但構成使公務員登載不實罪且亦該當妨害選舉結果正確罪，其論證似有商榷之餘地，蓋刑法第 146 條之規定並無禁止人民「為了選舉遷徙戶口」之誠命規範效力。

## 2. 選舉幽靈人口之成因與刑罰最後手段性原則

「幽靈人口」問題源自於制度上設計之紊亂與我國人民重感情不重制度之庶民文化（而非公民文化）之特色。從幽靈人口之產生及消失過程觀之，幽靈人口乃制度上之動員偏差，亦即制度所衍生之負面效應，而非刑法上所擬處罰之類型。選舉幽靈人口固應受唾棄、應予責罵，因其喪失「民主自主性」，但此種應受唾棄與應予責罵，實乃肇因於立法者創造出容易產生「動員偏差」之制度。此外，基於刑罰之「最後手段性」<sup>17</sup>原則，藉由修正選舉法規，或課予幽靈人口行政罰，即可達到防制幽靈人口妨害選舉結果正確之目的，即不應藉由刑罰處罰之。

## 3. 刑事證據法之問題

選舉幽靈人口尚涉及證據證明力之問題，若一種證據無從證明其與事實是否相符，則該證據即無證明力。在選舉幽靈人口之刑事案件中，縱當事人已自白其投票予何人，此種自白尚需要有補強證據始得作為認定事實之依據<sup>18</sup>。投票既屬秘密，則此自白根本無從調查其與事實是否相符，更無法證明其對選舉結果之正確性有何影響。

## 4. 比較德國刑法妨害投票罪

德國刑法第 107a 條<sup>19</sup>規定基於公共利益旨在保護合乎秩序之選舉，特別係防止不正確結果之產生。然不正確結果之產生有許多方式，例如選票本身經變造、無效票之計入、選舉結果錯誤之公布等，本條第 1 項係處罰選舉行為結束前所產生錯誤之結果與該時點後之變造選舉結果行為。從此一比較法之觀察可知，德國刑法之選舉變造罪在投票前係防止選舉權之非法取得，投票後在防止變造投票之結果；然選舉幽靈人口自始有投票權，其選舉結果亦未受變造，故即便就比較法之觀點加以檢視，亦難認可成立選舉變造罪<sup>20</sup>。

<sup>17</sup> 參林山田，刑法通論《上》，2008 年 1 月 10 版，頁 60。

<sup>18</sup> 參刑事訴訟法第 156 條。

<sup>19</sup> 德國刑法第 107a 條

- (1) 無選舉權參加選舉或以其他方式使選舉產生不正確結果或偽造選舉結果者，處五年以下自由刑或罰金。
- (2) 不正確公佈選舉結果或讓他人不正確公佈選舉結果者，其處罰與前項相同。
- (3) 本罪之未遂犯，處罰之。

（資料來源：蔡墩銘譯，德、日刑法典，五南出版，1994 年 1 月）

<sup>20</sup> 參李惠宗，論「選舉幽靈人口」的罪與罰—最高法院八十八年度台上字第五八九五號刑事判決及台南地檢署有關幽靈人口法律問題座談會意見評釋，台灣本土法學雜誌第 9 期，2000 年 4

## (二)許教授玉秀

### 1. 居住事實與地方資源分配之關係

繼續居住之事實不但難以證明，且繼續居住事實與所謂地方資源分配並非有必然性之直接關係。何謂繼續居住？係每日均須在戶籍地址工作、夜間返回就寢，抑或僅需出現即可？若有人一年內僅於其戶籍登記處所停留一日，例如視察產業、收租等，持續數十年甚或終身，則其是否有居住之事實？究竟係每日工作處所抑或係夜間就寢之處所與個人之利害關係較為密切？又如每日至特定處所聊天喝茶，是否有居住事實？雖一年內僅停留於戶籍處所一日收租，是否可謂其與地方資源分配無關？若申報所得稅之期間適逢選舉期間，則幽靈人口對該地區將來之經費分配是否可謂全無貢獻？若自全國性稅收統籌分配之角度以觀，每一納稅人皆不會與實際生活重心地以外之地區毫不相干，更遑論長年旅居國外，在國內並未盡任何義務之僑民。再者，因選舉產生之公職人員是否戮力從公、廉潔守法，更不僅攸關於當地居民之利害。

### 2. 選舉結果公平之定義

和偽造選舉人、偽造選票、毀棄選票及冒名投票等破壞選舉規則之行為相較，選舉幽靈人口似較類似利用外籍傭兵贏得球賽之例子。例如，義大利和西班牙賽足球，若西班牙球隊中絕大多數為來自義大利之傭兵，則無論何隊贏，皆為義大利人贏，但若為該傭兵隊贏，名義上則為西班牙贏義大利。此乃利用既有之規則所創造出來之假贏，假贏之所以被認為非實質上公平之輸贏，乃以國籍定義輸贏，在容許外籍傭兵之競賽規則下，球賽只問球隊隊籍，不問國籍，所謂實質公平因之自可重新定義。幽靈人口投票之情形，亦係利用既有之規則，達成所謂不公平之結果，但所謂不公平，若在另一種選舉制度之下，例如選舉權人選擇主義，自可重新定義，從而完全與有無實際居住及居住時間久暫無關<sup>21</sup>。

## (三)柯教授耀程

### 1. 選舉幽靈人口與選舉結果之關聯

最高法院認為因有幽靈人口之存在，使選舉結果無法反應實際之民意，因而違背民主政治及地方自治之精神，此種推論之理由似是而非，蓋一方面無法反應實際民意之事由甚廣，諸如投票率、候選人素質、選舉人素質、選舉制度之設計等均屬其例，若僅因所謂幽靈人口之存在即將所有罪過單方面加以歸咎，恐失之太偏；另一方面，倘藉助幽靈人口之候選人得票數，遠不及當選之候選人抑或係遠超過其他候選人時，亦即扣除該幽靈人口仍不影響當選者之當選，是否亦表示無法反應實際民意？如此以虛幻杜撰之理由，恐有粉飾之嫌。

### 2. 以刑法處罰幽靈人口係羅織入罪且違反罪刑法定原則

月，頁 36~48。

<sup>21</sup> 參許玉秀，幽靈人口妨害投票罪？輔仁法學第 22 期，2001 年 12 月，頁 24~29。

固然刑法第 146 條係以詐術或其他非法之方法造成投票結果足生不正確，為其成立之要件，但刑法各成罪規範之構成要件及犯罪類型之成立，皆有其一定之前提與規範範圍。以刑法第 146 條成罪條件之分析，仍須與其他妨害投票罪之規定一併加以觀察，其所設定之前提條件，必須存在有選舉投票之事由，倘若無此事由存在，則雖有行為之形式，仍難謂得以成立妨害投票罪，此觀刑法第 142 條至第 148 條之規定甚明。就刑法第 146 條之規定而言，固然其成罪條件係詐術與非法方法，以及其與投票結果發生不正確之因果關係，但前提條件乃必須係有依選舉法規所舉行之投票行為始克相當，若無依選舉法規所為之選舉投票行為，而僅係一種單純之表決行為時，尚不能以該條文相繩。因之行為形式之檢視，必須在於選舉投票乃至於完成投票後之開票時，方有檢討其是否為詐術或其他非法方法之餘地，亦即決定行為著手之門檻，乃在於行使投票或開票或開票完成後，作為行為認定之時期，而此種行為形式之認定不能任意擴充至預備階段，此乃刑法第 25 條所制定作為未遂行為得加以評價始點之立法意旨。

今先將幽靈人口之戶籍遷徙行為，羅織成為所謂詐術或其他非法行為，又將投票行為認係非法戶籍登記之延續行為，進而以刑法第 146 條加以處罰，此種推演之過程無疑係一種羅織入罪之類推適用，幽靈人口形式投票行為雖有其不合理或不公平之情況存在，但此種事實既非刑法妨害投票罪前提條件之該當，亦非刑法第 146 條本然規範範圍所及，其僅係選舉文化下之特殊產物，根本無關乎刑法妨害投票罪之問題。最高法院企圖將此種足以造成選舉不公之現象加以匡正，而認為必須動用刑事制裁加以規範，但其所認定之基礎已然使刑法之適用範圍超越其本然應有之界限，誠屬一種類推作為成罪適用之誤謬，顯然與罪刑法定主義中之類推適用禁止原則有違<sup>22</sup>。

#### (四)劉分署長邦繡

##### 1. 人民並無將實際生活重心地登記為戶籍地之法定義務

依據公職人員選舉罷免法之相關規定，可看出於我國之公職人員選舉中，戶籍機關編造之選舉人名冊乃選舉人行使選舉權之依據，編造選舉人名冊之主要目的在於確保選舉之確實性，使投票得以圓滿進行並防止投票舞弊或重複投票；而選舉人名冊之編造係採職權編造主義與強制登錄主義。國民應有且應為戶籍之登記，係國家存立之所必要，亦屬國家政府機關依其職權本然之行使，戶籍登記正確性之擔保，應由戶政機關負責之。人民具有戶籍後自此戶籍地遷入彼戶籍地，其是否應為戶籍法上之遷徙登記？人民僅具有協力之義務，不能強制人民於遷徙之前後，應向戶政機關為事前之報告與事後之報備，此乃憲法上人民基本權之人身自由權行使之本質範疇。

##### 2. 本罪之成立應以有投票行為事實之存在為前提

<sup>22</sup> 參柯耀程，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，台灣本土法學雜誌第 38 期，2002 年 9 月，頁 46-48。

刑法第 146 條之妨害投票罪，其規範目的在於確保投票人自由合法行使其政治上應有之選舉投票權及確保投票之正確結果，不允許任何不法舞弊之情事發生，以達選舉公正之目的。依本罪之構成要件分析，本罪之成立必須以有選舉投票行為之事實存在為前提，倘無投票之行為則難認有本罪之適用；且本罪之規範目的與處罰對象，係在於企圖改變「已經形成之政治意志」或「選舉正確之結果」之行為人，亦即本罪規範目的與時間範圍之射程距離，由本罪之行為「以詐術或其他非法之方法」，使投票發生不正確之結果或「變造」投票之結果，必須此行為之實施在選舉投票時日至完成開票後之投票結果確定間，方為本罪規範誠命之範圍，從而此時間方係本罪之著手時點，不能將本罪之規範範圍無限延伸，或將本罪行為之著手認定時間，擴張解釋至投票前之選舉期間或更早，例如選舉人如何確認之選舉人名冊製作時間、選舉自由原則上之是否投票、在何處投票以及投票予何人上<sup>23</sup>。

#### 第四節 刑法第 146 條第 2 項之修正

##### 壹、修正前後條文對照與立法理由

###### 一、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。（第一項）

前項之未遂犯罰之。（第二項）

###### 二、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。（第一項）

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。（第二項）

前二項之未遂犯罰之。（第三項）

###### 三、立法理由<sup>24</sup>

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

（二）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

<sup>23</sup> 參劉邦繡，為選舉目的而遷移戶籍之「幽靈人口」是否具有刑事不法，法令月刊第 55 卷 4 期，2004 年 4 月，頁 43~48。

<sup>24</sup> 參立法院公報第 96 卷第 13 期，頁 78~79。

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一百四十六條之非法之方法。是以司法院九十一年四月二十二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，爰增訂第二項：「意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票者，亦同。」。

(三) 現未實際居住於戶籍地者有數百萬人，其因就業、就學、服兵役未實際居住於戶籍地，或為子女學區、農保、都會區福利給付優渥、保席次或其他因素而遷籍於未實際居住地，其原因不一。然此與意圖支持特定候選人當選，進而遷徙戶籍之情形不同，並非所有籍在人不在參與投票均須以刑罰相繩，是以第二項以意圖使特定候選人當選虛偽遷徙戶籍投票者，為處罰之對象。

(四) 原第二項改列為第三項，並將句首之「前項」修正為：「前二項」。

## 貳、修正後刑法第 146 條第 2 項之構成要件分析

實務見解依據條文之規定而認為本罪之客觀構成要件，計有三部分，一為虛偽遷徙戶籍，二為取得投票權，三為投票<sup>25</sup>。惟本文認為，該第二項構成要件其取得投票權乃係因戶政機關依據選舉法規將其編入選舉人名冊內（詳本文第五章、第六章），行為人無庸為任何之積極行為，故本文於此暫不論述。又為求第一項構成要件所謂「虛偽遷徙戶籍」之規定內涵至臻明確，而將其拆解為二並分別論述，亦即選前相當期間遷徙戶籍，與無居住之事實。並對於主觀構成要件與既未遂之規定一併論述。

### 一、選前相當期間遷徙戶籍

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，是以必須於於選舉前相當期日有遷徙戶籍之動作，方屬構成要件該當<sup>26</sup>。故，若自出生之時申報戶口後即未遷徙戶籍，即使長期未於該戶籍地居住而前往投票，仍不該當於本條之構成要件<sup>27</sup>。又，若於投票前數餘年即將戶籍遷入，此時亦難認定該遷徙戶籍之目的即係為數年後之選舉，蓋遷徙戶籍時根本無從知悉數年後之選舉有何候選人將參與選舉<sup>28</sup>。然則，須於投票前之何時遷徙戶籍，方

<sup>25</sup> 參最高法院 101 年度台上字第 4041 號判決。

<sup>26</sup> 參柯耀程，適用「幽靈人口」的幽靈法律—最高法院八十九年度台上第九三八號及相關判決評釋，台灣本土法學雜誌第 38 期，2002 年 9 月，頁 41~42。

<sup>27</sup> 此種見解與前述最高法院認為選舉幽靈人口構成刑法第 146 條第 1 項之理由相互矛盾。蓋若出生後長年未居住於該地，誠與該地之資源分配毫無瓜葛，實乃標準之選舉幽靈人口。

<sup>28</sup> 最高法院 97 年台上字第 45 號判決：被告原即為連江縣東引鄉人士，而其早於本次投票日前四年餘即已遷入上址戶籍，則其當時顯然無從得知四年後確有本次選舉，且有何候選人將參與

為本條之處罰對象？此時應對於行為人遷徙戶籍之動機、時空背景、國家政策等主客觀因素加以綜合判斷。

以連江縣警察局偵辦 94 年底之縣長選舉幽靈人口案為例，該居住期間經地檢署與警察局開會協議後，訂為一年，因之若投票日係 94 年 12 月 3 日，則於 94 年 8 月 2 日戶政事務所下班之前將戶籍遷入者，有投票權，再往前推算一年，亦即於 93 年 8 月 2 日至 94 年 8 月 2 日一年內將戶籍遷入馬祖者即有可能成為幽靈人口。由警察局行文向戶政機關調閱該一年內將戶籍遷入之名單，扣除其又遷出者，即成為「列管幽靈人口」名冊之初步資料。惟該一年之期間乃係檢警閉門協調後之產物，並無客觀上之依據，民眾無從對該期間爭執，法院在審判時亦不受該一年期間見解之拘束，但在實務上似未見法院對該一年期間之見解加以評論，被告亦未對之加以爭執。

## 二、無居住之事實

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前將戶籍遷入，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。選舉人名冊雖係依戶籍資料編造<sup>29</sup>，但選舉人名冊僅有確認（而非創設）選舉人資格之效力，縱經公告確定<sup>30</sup>，虛偽遷徙者基於此一違法之確認性行政處分固取得選舉人資格，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。惟居住事實可謂極度不明確之法律概念，與罪刑法定主義中要求構成要件明確性之原則有違。

居住事實之認定誠屬困難。以 94 年底連江縣縣長、縣議員及鄉長三合一選舉為例，縣長選舉因以全縣為選舉區，因而將戶籍遷至馬祖之任何行政區域內皆具有縣長選舉之投票權。而馬祖地區對外之交通僅有立榮航空股份有限公司之飛機與新華航業股份有限公司之臺馬輪等二種往返臺灣本島與馬祖間之海空交通工具，因之有無居住事實之認定尚屬容易，僅需向該二家公司調閱投票前四個月之旅客艙單資料，再向戶政事務所調閱前述一年內將戶籍遷入縣內之初步資料，逐一核對，即可窺知該名冊內之每人是否有在馬祖地區居住之事實。而因本罪之發動偵查，乃係針對戶政機關所提供所有選前一年將戶籍遷入馬祖

---

選舉，自難謂其有何虛偽遷徙戶籍並據以取得投票權後支持某特定候選人之行為。

（本案於偵查階段之警詢筆錄即為筆者所製作，當時雖深感該犯罪嫌疑不應構成妨害投票罪，奈因本案係受福建連江地方法院檢察署檢察官之指揮偵辦，而筆者職司司法警察人員，無權自行認定成罪與否，僅有將犯罪嫌疑人移送一途。本案經起訴後，福建連江地方法院 95 年度訴字第 10 號判決被告 7 個月有期徒刑，顯係不給予被告易科罰金之機會，為筆者所偵辦選舉幽靈人口案件中判決刑度最重者。惟復經被告上訴後，福建高等法院金門分院 95 年度上訴字第 17 號判決將原判決撤銷改判無罪，再經福建高等法院金門分院檢察署檢察官上訴後，最高法院將上訴駁回，全案至此無罪確定。）

<sup>29</sup> 參公職人員選舉罷免法第 20 條。

<sup>30</sup> 參公職人員選舉罷免法第 22 條、第 23 條。

嗣後又未遷出者(約兩千多人),為避免牽涉過廣,致使過多之人民遭受本罪之追訴,引發民怨,同時又為減輕偵查人員之負擔,故而對居住事實進行限縮解釋,認為凡於一年內往返臺灣本島與馬祖地區之間,次數逾五次以上者,表示其往返臺馬間尚屬熱絡,應有居住之事實,因而刪除於名冊之外;一年內往返臺馬次數低於五次者,則有二種可能:其大部分時間皆在馬祖,與其大部分時間皆不在馬祖等二種,而將第一種情形扣除,剩餘第二種情形即屬所謂「列管之幽靈人口」,因產生「列管幽靈人口名冊」。對於在偵查中此種限縮本罪適用之見解,本文深表贊同。惟,該所謂往返臺馬「五次」次數之決定,亦係檢警閉門協調後之產物,甚且將該「五次」基於偵查不公開之理由,而對偵查人員下達封口令,禁止偵查人員對外洩露偵查機關係以五次為基準,否則列管之幽靈人口僅需多多往返臺馬,其次數一年內逾五次,即可免責。但所謂偵查不公開,其目的乃係就被告及其他相關人士之權利保護,與國家機關之資訊優勢者而言<sup>31</sup>。詳言之,所謂偵查不公開,乃係對於個案資訊之不公開,而非對於法律見解之不公開;然往返臺馬間之次數究應達幾次始認定具備居住之事實,誠屬法律見解之認定,與偵查不公開所保障之個案資訊不予洩露,完全不相干。而進一步探究者,係所謂偵查不公開,是否僅得對社會大眾主張,或係亦得對被告或犯罪嫌疑人主張?偵查機關得否以偵查不公開為由,拒絕向被告或犯罪嫌疑人透漏其所掌握之偵查資料?偵查不公開乃相對於審判公開之概念,係對外界不公開,而非專對被告或犯罪嫌疑人或其選任之辯護人不公開,若果真有所妨害,再予依法限制即可<sup>32</sup>。本文認為,在犯罪嫌疑人身分未明,亦即所謂尚未破案之階段,偵查機關為保全證據與把握破案效率,主張偵查不公開本無可厚非,況此時在刑事程序法制上,被告或犯罪嫌疑人之地位根本尚未形成,對渠等之程序保障並未開始亦無從開始,自無所謂對渠等得否主張偵查不公開之疑義;但在犯罪嫌疑人身分已明,且相關證據已蒐集完畢,而毋需顧慮證據遭湮滅或變造之情況下,不應再對其主張偵查不公開。馬祖地區之人民,應有權利向偵查機關查詢其是否為列管之幽靈人口,以及其遭列管之理由為何,而偵查機關不得以偵查不公開為由,拒絕向其透漏。且觀諸選舉幽靈人口案件之犯罪型態,殊難想像有犯罪證據遭湮滅或變造之可能性(例如電腦駭客侵入立榮航空或臺馬輪之電腦竄改旅客艙單資料)。被告或犯罪嫌疑人作為刑事程序中之一造當事人,應有權利知悉偵查機關所掌握對其有利或不利之事實,以進行訴訟防禦。此在被告或犯罪嫌疑人於偵查中有無閱卷權之爭議<sup>33</sup>(刑事訴訟法第 33 條參照),最為顯著。

而在縣議員、鄉長,乃至於村長之選舉,居住事實之認定則較困難。蓋縣內之交通工具並未建置旅客艙單(東引鄉除外),如何認定選舉區內之新遷入戶籍者有無居住事實?係每日出現於戶籍地工作、休息,抑或係四個月中有三個

<sup>31</sup> 參林鈺雄,刑事訴訟法《下》,2007年9月5版,頁13~14。

<sup>32</sup> 參林鈺雄,刑事訴訟法《上》,2007年9月5版,頁401~402。

<sup>33</sup> 參陳運財,論偵查不公開之適用範圍及其例外,全國律師第13卷第9期,2009年9月,頁30~32。

月在同一住所被看見？又或係於週休二日返回戶籍地休假，有無居住之事實？以筆者時任刑事責任區之東引鄉為例，該鄉面積僅 4.76 平方公里，由東引島、西引島組成（二島嶼間有橋樑聯繫），該鄉僅設有二村（樂華村、中柳村），二村間僅有一條街之隔，平日村民生活中密切往返於二村之間，則如何認定其居住於何村？在鄉長、縣議員之選舉尚屬容易認定居住事實，蓋該等選舉係以全東引鄉為選舉區，而東引鄉之對外交通僅能依賴台馬輪，尚有旅客艙單資料以作為認定其於東引鄉停留期間之客觀依據；但在村長之選舉中，若其將戶籍地址由樂華村遷入中柳村，以參加村長之選舉，是否該當選舉幽靈人口而遭受處罰？如何認定其實際居住於何村？又此居住之事實應由何人認定，係鄰居、村長抑或係管區警員？以筆者實際從事選舉幽靈人口案件之偵辦為例，連江縣警察局受連江地方法院檢察署檢察官之指揮，居住事實之認定係由管區警員認定，將前選前一年將戶籍遷入之名冊交由警勤區員警，不定期隨機進行戶口查察三次，三次中若發現一次該幽靈人口居住於戶籍地即認有居住事實，而將其排除於名冊外；若查察三次均未查獲該幽靈人口者，即認定其無居住之事實，因而製作「列管幽靈人口名冊」，亦即由警勤區員警認定居住事實，偵查中與審判中皆將該員警列為有無居住事實之證人。惟，該查察次數之認定是否失之客觀？被告或犯罪嫌疑人可否要求管區警員應查訪五次以上？又人民有無義務居住於該戶籍地且不得外出，以隨時等候管區警員之查訪？即便係管區警員與該受查訪者事先約定日期時間進行查訪，該受查訪者有無配合之義務？倘若查訪未獲該幽靈人口，是否即得認定其未有居住之事實？若其抗辯係深夜下班後方返回睡覺，隔日一早又外出工作，管區員警履查不獲，則是否有居住之事實？警察人員能否於深夜前往該處查訪？此乃本罪明文化規定後，在實務上造成無法認定居住事實之困擾。

### 三、前往投票

按刑法第 146 條第 2 項「以虛偽戶籍取得投票權而為投票者」可知，倘於選舉前相當日內遷徙戶籍且無居住事實者，尚未構成本罪，必須為投票行為，方為構成要件該當之行為。

在實務上，於投票後向各選舉委員會調閱投票時領取選票登記用之選舉人名冊，核對前述「列管幽靈人口名冊」中之成員是否有完成投票程序，若已完成投票者則屬本罪之既遂，警察局則依職權主動偵查，通知其到場詢問後移送至地檢署偵辦，若未投票者則不加以偵辦。

### 四、使特定候選人當選之意圖

依修法理由第三點可知，現未實際居住於戶籍地者，有就業、就學、服兵、為子女學區、農保、都會區福利、保席次等原因，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者均須以刑罰相繩，是以處罰之對象乃以意圖使特定候選人當選虛偽遷徙戶籍而為投票者。本罪之故意係行為人主觀上對於其虛偽遷徙戶籍以取得投票權之事實有所認

識，進而決意於投票日為投票行為之心態，包括直接故意與間接故意。除故意外，尚須具有使特定候選人當選之意圖，始能成罪。

按檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法，刑事訴訟法第 161 條第 1 項定有明文。亦即檢察官應舉證被告之犯罪事實，若檢察官無法舉證或其證明力不足以使法院產生有罪判決之心證時，則法院本於無罪推定原則，應為無罪之判決，刑事訴訟法第 301 條第 1 項亦有明定<sup>34</sup>。惟在第一線司法實務上，檢察官在訊問幽靈人口時，朝有罪推定之方向認定，亦即該幽靈人口必須提出極為有力之證據，證明其遷徙戶口之時顯非係基於參與選舉之目的，例如因公務或上級長官指派調地工作等非出於其自願而不得不遷徙戶籍之理由始足當之，否則均一律認定其遷徙戶籍之目的即係為取得投票權而參與選舉，不論被告於受訊問時如何力表其遷徙戶籍乃係為就學、就業、子女福利等種種因素，又或係該等因素消滅後未將戶籍遷出，法院亦認定被告遷徙戶籍之目的即係為了選舉，若被告無法證明其遷徙戶籍乃係為選舉以外之其他理由，則將被告判決有罪，而馬祖地區居民或因資訊來源不足，或因無在地執業律師等因素，大多未委任律師為其辯護，因而導致選舉幽靈人口之被告，在第一審判決中大多含冤莫白而受有罪之判決<sup>35</sup>，此實與刑事訴訟法中關於被告受無罪推定、不自證己罪原則與訴訟武器平等原則等之程序保障之相關規定，大相逕庭。

#### 五、未遂犯之處罰

修正前原第 2 項條文改列為第 3 項，並將句首之「前項」修正為「前二項」。既遂與未遂之區別，以虛偽遷徙戶籍取得投票權後是否完成投票行為為準<sup>36</sup>。

實務見解認為，投票雖可分為領票、圈選及投入票匱等三個動作，但既在同一投票所之內，通常祇需短短數分鐘時間，即可逐步完成，客觀上符合於密接之同一時、地內行為概念，自不能分割，是應合一而為評價，一旦領票，犯罪即達既遂，此後之圈選或投入票匱，仍在同一之投票行為概念之內（選票依法不得任意撕毀或攜出）。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）；若純因自己心理障礙（例如良心自責或害怕被發覺），未去領票，故未實際投票者，屬中止未遂；如已領票，卻因上揭心理障礙，當場求助選務人員妥處者，堪認具有自首之意。再公職人

<sup>34</sup> 最高法院 101 年度台上字第 494 號判決：被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪；檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法；刑事訴訟法第一百五十四條第一項、第一百六十一條第一項分別定有明文。本件檢察官起訴係指被告等以虛偽遷徙戶籍方式妨害投票，依上揭規定，自應由檢察官就被告等是否具備意圖使特定候選人當選之主觀要件負實質之舉證責任。上訴意旨並未依據卷內證據資料具體指明如何足認被告等具備意圖使特定候選人當選之主觀犯罪構成要件，徒以被告等至澎湖縣服役之初未辦理遷徙戶籍，其等辦理遷徙戶籍之時間與選舉時間接近等上開推測之詞，對於原判決已說明事項及屬原審採證認事職權之適法行使，持憑己見而為不同之評價，重為事實之爭執，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。

<sup>35</sup> 參福建連江地方法院 95 年度訴字第 1、2、3、4、6、10 號判決。該 6 號判決經上訴後大多撤銷改判無罪。

<sup>36</sup> 參盧映潔，刑法分則新論，2010 年 8 月 3 版，頁 120；甘添貴，刑法各論《下》，2010 年 2 月初版，頁 455。

員選舉罷免法第 20 條第 1 項後段規定：「投票日前二十日以後遷出之選舉人，仍應在原選舉區行使選舉權」，是縱然在該「投票日前二十日以後」遷回原籍，無論係出於良心自責或究辦彌縫，既未喪失原虛偽取得之選舉區投票權，自於犯罪之成立，不生影響；且領票後，縱然未投票給其原欲支持之候選人，暨該候選人是否如願當選，亦同無影響<sup>37</sup>。是既遂與未遂之區別，以有無領取選票為準。

然有疑義者，係本罪於何時進入著手階段？係完成遷徙戶籍時、完成遷徙後未有居住事實時、投票當天前往投開票所領取選票前抑或係領取選票時方為著手？不無疑問。實務見解認為，倘行為人之行為僅止於妨害投票之預備階段，因該罪不罰預備犯，其行為自不受刑事處罰。若行為人基於妨害投票之犯意而虛偽遷移戶籍以取得選舉人資格，且於投票日前二十日以前仍未將戶籍遷出該選區，經編入該選區選舉人名冊中，取得形式上之選舉權而得於該選區行使選舉權，已足以妨害選舉之涓潔及公正性，適足以影響該選區之選舉權人人數或投票數等整體投票結果，其行為已達於可實現該罪構成要件之著手階段，惟尚未使投票發生不正確之結果，則屬未遂；在此之前應屬妨害投票之預備行為，若取得選舉權並進而前往投票，則完全實現妨害投票罪之構成要件行為，已屬既遂範疇<sup>38</sup>。亦即以行為人遷徙戶籍後是否編入選舉人名冊內，取得形式上之選舉權，作為本罪之著手階段之認定。

惟本文認為，選舉幽靈人口之所以列入選舉人名冊，實乃因選舉法規規定，必須以戶籍登記資料作為編造選舉人名冊之依據，而無從別為認定之結果（詳本文第五章），亦即非由行為人之具體行為作為認定進入著手階段之依據；然若因戶政機關之疏漏而未將該選舉幽靈人口列入選舉人名冊，則其是否即未達著手之階段？按刑法之所以處罰未遂犯，通說採主觀與客觀混合之未遂理論，乃係因行為人以未遂行為顯示其與法律規範相違背之意思，此種客觀可見之未遂行為，因足以震驚社會大眾對於法律之信賴，而破壞法律之安定性與法律秩序，故具備應刑罰性；復按著手時點之認定，通說採主觀與客觀混合理論，行為人必須依其犯罪計畫或對於完成犯罪行為之主觀認知，開始實行與構成要件之實現具有密切關係之實行行為，且在行為人主觀想像中，此種實行行為若繼續不中斷持續進行，勢必直接導致構成要件之實現者而言<sup>39</sup>。亦即不論就未遂犯之處罰理由，抑或係就著手時點之認定，皆須衡量行為人主觀之認知與客觀之行為加以判斷，而非以其他行政法規所規範之行政處分之生效與否為依據。且縱將幽靈人口編入選舉人名冊，該幽靈人口於投票日是否前往投票仍屬未知，即便係領取選票後亦未必會將該選票投入（將選票攜出場外或撕毀之處罰乃另當別論）。最高法院將行為人列入選舉人名冊與否，作為認定著手階段之見解，並非基於行為人主觀之認知與客觀之行為判斷，且將著手時點過分前置，

<sup>37</sup> 參最高法院 101 年度台上字第 4041 號判決。

<sup>38</sup> 參最高法院 100 年度台上字第 5427 號判決。

<sup>39</sup> 參林山田，刑法通論《上》，2008 年 1 月，頁 460-469。

其妥適性容有商榷之餘地。

## 第五節 刑法第 146 條修正後之實務與學說見解

刑法第 146 條修法前，對於「幽靈人口」是否構成刑法妨害投票罪，實務機關始終爭執不休。有鑑於此，第六屆立法委員乃連署提案，於 96 年 1 月 12 日三讀通過，增訂刑法第 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，亦同。」期就「選舉幽靈人口」問題加以規範，以導正選舉風氣。此次增訂刑法第 146 條第 2 項之規定，完全係為制裁「選舉幽靈人口」而立法之心態甚明。因法官有依法審判之義務，在修法前法官尚可透過解釋，認為選舉幽靈人口並不構成刑法妨害投票罪；但若在刑法上明文規定選舉幽靈人口構成刑事犯罪，執法者即不得拒絕適用，可見立法者對「選舉幽靈人口」已達欲去之而後快之程度。惟，幽靈人口妨害投票罪之處罰規定，是否果真如立法者期待之「導正選舉風氣」，抑或製造更多之問題，非無商榷之餘地。於此茲就實務所面臨之問題及學說之意見分別論述之。

### 壹、實務界於修法後適用法規之情形

#### 一、因修法而引發舊法之構成要件是否改變之爭議

新增訂選舉幽靈人口罪，使審判機關或偵查機關無法如修法前，透過解釋認為幽靈人口並非刑法處罰之對象，僅得依法加以追訴、審判。惟在法律適用上，若虛偽遷徙戶籍並投票之事實，發生在新增規定（民國 96 年 1 月 24 日）前，而審判在增修之後，如何適用法律，實務上頗有爭議<sup>40</sup>。

#### （一）法條無變更說

刑法第 146 條第 1 項「以其他非法方法」本即包含「虛偽遷徙戶籍並投票」，但若被告能證明其有他事由（稅務或學區等），應限縮其適用範圍，不得再以該罪論處。此一見解等同於在原規定中，增加檢察官之「證據負擔」，檢察官應證明「被告非基於其他因素之遷徙戶籍」，此種結果，等同於原規定之構成要件並未改變<sup>41</sup>。

<sup>40</sup> 參李惠宗，再論選舉幽靈人口的罪與罰—刑法第一四六條新增第二項虛偽遷徙戶籍立法技術之檢討，全國律師第 12 卷第 6 期，2008 年 6 月，頁 44~46。

<sup>41</sup> 最高法院 97 年台上字第 45 號判決：修正前之所謂「其他非法之方法」，固包括行為人以不實遷入戶籍之方式，致未實際居住於選舉區取得投票權而為投票者，但應以行為人在主觀上有為支持某特定候選人之意圖為限，並非謂凡以不實遷入戶籍之方式，致未實際居住於選舉區取得投票權而投票者，即該當修正前刑法第一百四十六條第一項之構成要件。……則其本於公民之選舉權前往投票，係正當權利之行使，不能單純僅以其前後停留於馬祖地區之日數或遷入戶籍以使用特定政策之行為，即推定其有妨害投票正確之主觀犯意，此外復查無其他積極證據足認被告有公訴人所指之犯行等情，因而撤銷第一審所為之科刑判決，改判諭知被告無罪，已詳

## (二) 不成立犯罪說

既然第 2 項另行規定「虛偽遷徙戶籍並投票之行為」，表示該行為本不屬於刑法第 146 條第 1 項所規範之對象，既然不屬於刑法第 146 條第 1 項所規範之對象，則新修正之規定又在民國 96 年 1 月 24 日始生效，則生效日前之行為，依據體系解釋與罪刑法定主義之精神，自不成立犯罪<sup>42</sup>。

## (三) 法律變更說

新增選舉幽靈人口之規定，為第 1 項「其他非法方法」之列舉(應屬例示)，且增加「意圖使特定人當選」之主觀構成要件，已實質改變構成要件，在適用上應較嚴格。亦即選舉幽靈人口本屬該當於舊法，透過新增規定更加明確，從而個案上應考慮被告主觀意圖之證據。其結果乃與法條無變更說相當，僅係增加調查證據之負擔<sup>43</sup>。

### 二、非基於選舉之目的遷徙戶籍者不成立本罪

臺灣臺中地方法院檢察署 96 年 12 月份檢察官業務座談會議法律問題提案：某甲於民國 90 年間，為就學之目的，而遷入實際上並未居住之 A 址(當時未滿 18 歲，尚無投票權)，嗣於 91 年間畢業後(此時已年滿 18 歲)，已無繼續設籍 A 址之必要，卻仍不將戶籍遷出，並於 95 年度第 18 屆里長選舉時，意圖使特定候選人當選，而前往 A 址所在之選區投票，某甲之行為是否成立刑法第 146 條第 2 項之罪<sup>44</sup>？

#### (一) 甲說：不成立

1. 刑法第 146 條第 2 項，係以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，為其構成要件。是行為人須在於虛偽遷徙戶籍之時，即已同時具備意圖使特定候選人當選之意圖，如虛偽遷徙戶籍當時，並無此意圖，依罪刑法定原則，仍難以該條罪責相繩。
2. 刑法第 146 條之修正理由三提及「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、

敘其認定所憑之證據及認定之理由。

<sup>42</sup> 臺灣高等法院臺南分院 96 年度上訴字第 229 號判決：刑法第一百四十六條，在九十六年一月廿四日經總統公布增訂第二項規定：「意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍，取得投票權而為投票者，處五年以下有期徒刑」。然此規定，係於九十四年十二月三日被告行為後，始於九十六年一月廿四日增訂，依刑法第一條「罪刑法定原則」，行為之處罰，以行為時法律有明文規定者為限。則上開規定，既係於被告行為後增訂，自難以行為後規定，溯及本件被告行為，以符刑法第一條罪刑法定原則之規定。

<sup>43</sup> 最高法院 96 年台上字第 5688 號判決：按刑法第二條所謂法律有變更，係指除刑罰法律以外之法律有變更或單純之事實變更者外，凡刑罰法律有所變更者均屬之。修正前刑法第一百四十六條第一項僅規定：「以詐術或其他非法之方法，使投票發生不正確之結果或變造投票之結果者」，雖立法者將「其他非法之方法」中之「以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票」予以列舉，而修正增列為第二項：「意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票者，亦同。」就該增列之第二項規定，乃屬刑罰之法律有所變更，自有刑法第二條第一項規定之適用。

<sup>44</sup> 參法務部民國 97 年 2 月 21 日法檢字第 0970800554 號。

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，為處罰對象。」顯已將虛偽遷徙戶籍時尚不具備犯罪意圖之情形，排除在本法適用範圍之外，倘有掛一漏萬之情形，亦屬立法層面問題，應修法解決。

3. 為防止某甲利用此一機會，反覆投票造成選舉不公，得由戶籍行政之主管機關，依戶籍法第 47 條規定，逕為登記，尚非無解決之道。

## (二)乙說：成立

1. 按由他戶籍管轄區域遷入 3 個月以上，應為遷入之登記。在同一戶籍管轄區內變更住址，應為住址變更之登記。戶籍登記事項有變更時，應為變更之登記；戶籍登記事項有錯誤或脫漏時，應為更正之登記，戶籍法第 21 條第 1 項、第 22 條、第 23 條、第 24 條訂有明文。次按消極犯罪中不純正不作為犯，須以行為人依法令或契約等法律行為或基於法律之精神觀察，負有積極之作為義務為前提，始能令負犯罪責任（請參照最高法院 86 年度台上字第 5904 號判決意旨）。刑法第 146 條第 2 項之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罪，應不以虛偽遷徙戶籍之時即有使特定候選人之意圖為必要，倘初係因就學等原因而虛偽遷徙戶籍，只要嗣後係意圖使特定候選人當選，而違背戶籍法上之正確登記義務，利用已經虛偽遷徙戶籍之狀態，而為投票，亦應該當於該條之不純正不作為犯。本案中某甲於學業完成後，拒不將戶籍遷出 A 址，且意圖使特定候選人當選，而前往投票，已然成立刑法第 146 條第 2 項之妨害投票罪。
2. 又立法者之意思固然為目的性解釋時之重要參考依據，然法律本身應具有獨立之生命，適用時並不當然受立法理由之限制，以免過於僵化而無法達到其規範目的。細譯上開立法理由，其僅在說明立法時為何設定行為人須具有主觀意圖之原因，且未慮及虛偽遷徙後就學原因已告消滅之情形，尚難遽認本案之情形亦在立法者欲排除之列。
3. 如不做此解釋，則假設有原本未虛偽設籍於 A 籍之人，係在 95 年間始有使特定候選人當選之意圖，而虛偽遷徙戶籍並投票 1 次者，即應成立刑法第 146 條第 2 項之罪。然某甲卻得在其就學原因消滅後，利用其原已虛偽遷許之戶籍，反覆多次投票，永不遭追訴處罰，顯然輕重失衡。且此類多年前即已虛偽遷徙戶籍之人，往往為地方上幽靈人口之固定班底，如從寬認定不構成犯罪，時有礙民主選舉制度。

## (三)臺灣高等法院檢察署研究意見採甲說，並補充理由如下：

刑法第 146 條並非禁止人民為選舉遷徙戶口之誠命規範，幽靈人口為選舉目的而遷移戶籍地址，其直接影響者並非使投票結果不正確，而係對選舉局勢

產生影響；關於刑法第 146 條第 2 項之罪之成立，其構成要件必須行為人遷移戶口至特定地點時，主觀上意圖使特定候選人當選，客觀上為虛偽遷移戶籍（所謂虛偽遷移戶籍，參照修法理由，係指未實際居住於戶籍地者進而遷徙戶籍）並因而取得投票權，始成立本項之罪；本案某甲於民國 90 年間為就學之目的遷入實際上並未居住之 A 址為戶籍，是以前其遷移戶籍時並未具有刑法第 146 條第 2 項所指「行為人（甲）遷移戶籍至特定地點時，意圖使特定候選人當選」，主觀構成要件未該當，縱使刑法修正本項之後，某甲客觀上繼續將戶籍登記在虛偽遷移戶籍內並取得投票權，進而行使投票，亦應不成立刑法第 146 條第 2 項之罪。

### 三、與設籍地保有相當關聯者不成立本罪

按各地城鄉之發展不一，艱困地區人民，為因應就業、就學、服兵役、子女學區或為福利給付等因素而遷籍，致脫離戶籍所在而住居他處，但有常回住之事實，而與原戶籍地仍保持相當之聯繫關係，之後因某特定因素而為回遷之事實，此乃遷徙自由之內涵。被告等人或原籍馬祖，或嫁作馬祖人婦，或因與馬祖地區具有親屬、工作、兵役等正當關聯，且依其平日及投票日前後進出馬祖之紀錄以觀，被告等人常有回住馬祖，而與原戶籍地保有相當之關聯，此與單純意圖支持特定候選人當選，而虛偽遷入戶籍而取得選舉權之妨害投票正確罪者有別<sup>45</sup>。惟所謂艱困地區所指為何？若在臺灣本島遷離戶籍，之後又有回遷之事實，平日雖不長住於戶籍地，但與原戶籍地保有相當之關聯者，是否仍可排除其構成要件之成立？又所謂相當關聯者所指為何？若行為人離去幼齡住居之所，遷往他處生活並入籍之情形，遇節日、休假或親友婚喪喜慶而有重返，是否為此處所稱之保有相當關聯？但最高法院卻認為其應構成選舉幽靈人口<sup>46</sup>。又所謂經常返回戶籍地，如何認定？在馬祖等離島地區尚有倉單此類客觀標準可資證明，但若在臺灣本島，則應如何證明？是否保有相當關聯即肯定其具有居住之事實？對此最高法院於判決理由中並未說明。

### 四、配偶、親子間之幽靈人口排除其違法性或非難性

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，例如實體法上關於特定犯罪，須告訴乃論、得（或應）減輕或免除其刑；在訴訟法上得拒絕證言、對於直系尊親屬或配偶，不得提起自訴等，以兼顧倫理。本此原則，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<sup>47</sup>。為支持直系血親或

<sup>45</sup> 參最高法院 96 年度台上字第 5377 號判決（本案之第一審判決為福建連江地方法院 95 年度訴字第 1 號判決）。

<sup>46</sup> 參最高法院 101 年度台上字第 1237 號判決。

<sup>47</sup> 參最高法院 100 年度台上字第 2653 號判決。

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<sup>48</sup>。最高法院僅排除候選人之父母、子女、配偶間之幽靈人口之可非難性，但在候選人與其他之親屬間，仍肯認其等亦具有違法性或非難性。此種僅排除配偶與直系血親間之幽靈人口之違法性，而在其他親屬間則仍肯定其違法性或非難性之見解，不知其標準何在？其餘親屬關係間之幽靈人口，例如兄弟姐妹之間，基於情、理、法之調和與社會通念即不容許，而認為其具備可罰違法性或非難必要性，理由何在？仍有待後續實務發展釐清。而最高法院並未說明此特定親屬間之幽靈人口究係排除違法性抑或係可非難性，本文認為應係排除其可非難性，猶如刑法第 324 條親屬間竊盜，其刑責遠較刑法第 320 條普通竊盜罪低且須告訴乃論。但不論如何，最高法院將刑法第 146 條第 2 項之規定透過解釋而限縮其適用，在結論上本文肯定之，惟學界仍有不同之見解<sup>49</sup>。

## 貳、學界對於修正條文之評價

國內學界在修法前對於選舉幽靈人口是否應為刑法處罰之對象，多數學者持否定見解，而針對立法者將選舉幽靈人口明文規定於刑法 146 條第 2 項加以制裁，批評者更不在少數，茲分析歸納如下：

### 一、與僑居外國國民參加總統副總統選舉投票之比較

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 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」後取得選舉權，甚或未曾居住於國內且無戶籍之國民，亦得為初設戶籍登記後取得選舉權。若依前述有罪之見解，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，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<sup>50</sup>，其總統副總統之選舉權受到憲法位階之保障？

### 二、限制幽靈人口行使投票權有侵害人民基本權之虞

憲法第 10 條保障人民居住遷徙自由，且法律對戶籍之設定，並非恆定不

<sup>48</sup> 參最高法院 101 年度台上字第 6536 號判決。

<sup>49</sup> 參薛智仁，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，2012 年 7 月，頁 96~110。該文亦質疑最高法院為此差別待遇之正當性，惟其肯定選舉幽靈人口應受刑法處罰。

<sup>50</sup> 參胡峰賓，刑法第一四六條修正前後與幽靈人口適用問題，全國律師第 12 卷第 6 期，2008 年 6 月，頁 3。（該篇文章將僑居外國國民參加總統副總統選舉投票歸納為修法前之疑義，惟本文認為此疑義在修法後更加顯著）。

可變，除法律別有特殊規定外<sup>51</sup>，乃屬人民自由決定事項，法律既無法任意加以干涉，亦不得假借任何理由予以限制。刑法第 146 條之規定，無異剝奪居住遷徙自由之基本權，即使遷徙之目的乃為特定政治目的，亦不能因此以刑相繩。再自憲法第 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，此乃參政權最具體之表現，否則政治參與基本權之意旨，將被摧殘殆盡。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。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，即屬違憲行為<sup>52</sup>，本於將於第三章論述之。

### 三、條文本身在法理上存在內部矛盾

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，但刑法之成罪規定，卻將此理所當然之情形，作為成罪之意圖內容，在規範上顯有思慮未周之處。再者，取得投票權之戶籍設定行為，在戶政機關所為之登記行為必然皆為真實，並無任何虛偽之處，故將成罪要件定為「虛偽遷徙戶籍」，若嚴格遵守罪刑法定原則，則所有幽靈人口之戶籍設定皆為真實，將面臨構成要件無法該當之餘地。蓋若戶籍設定為虛偽，必定無法取得投票權，得以取得投票權者，其戶籍之設定必定符合內容真實<sup>53</sup>，期間符合規定等要求，否則即無由為投票權之取得。

### 四、意圖之構成要件無法證明

意圖乃係行為人出於特定之犯罪目的，而努力謀求不法構成要件之實現，或希冀不法構成要件所預定結果之發生，以達其犯罪之主觀心態者而言。例如刑法竊盜罪、搶奪罪、強盜罪、侵占罪、詐欺罪、恐嚇取財罪相關條文中「意圖為自己或第三人不法之所有」，該行為本身即具備不法性；然「意圖使特定候選人當選」根本無從證明，蓋選舉依憲法之規定採秘密原則，縱被告供述其投票予何人，亦違反不自證己罪原則，而不具備證據能力，從而法律上根本無法認定意圖使特定候選人當選。法條既然將其列為構成要件，則必須有證據可證明之。在一般意圖犯罪之規定，可透過客觀之行為反推行為人具有主觀意圖，例如在大賣場將尚未結帳之包裝食品開封食用，經櫃檯仍不結帳，乃非常客觀化之事實，毋庸舉證，基本上可擬制為「意圖為自己不法之所有」而成立竊盜

<sup>51</sup> 如民法第 21 條規定，無行為能力人及限制行為能力人，以其法定代理人之住所為住所。

<sup>52</sup> 參柯耀程，適用幽靈人口的幽靈規範，全國律師第 12 卷第 6 期，2008 年 6 月，頁 17；董武全，論選舉幽靈人口行使投票權之正當性—兼評刑法第一四六條第二項之增訂，同雜誌，頁 30。

<sup>53</sup> 參柯耀程，適用幽靈人口的幽靈規範，全國律師第 12 卷第 6 期，2008 年 6 月，頁 18。

罪<sup>54</sup>。但虛偽遷徙戶籍並投票，在證據法上實無從證明，其遷徙戶籍係「意圖使特定候選人當選」。

#### 五、抽象危險犯之立法模式有待商榷

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」，此處之「亦同」乃同「五年以下有期徒刑」。此種規範相較於同條第 1 項係屬「結果犯」之模式而言，乃屬「危險犯」。抽象危險犯在立法技術上係假定「行為本身客觀上即具有不法性」，不以發生實害為必要，不必具備「實害故意」<sup>55</sup>，若非客觀行為本身具備高度不法性及危險性，實不應以抽象危險犯規定之。既然在選舉幽靈人口之規定上，立法者已預見虛偽遷徙戶籍者之動機相當多樣<sup>56</sup>，在經驗上很難說服一般人，「虛偽遷徙戶籍」絕大部分可推定「為使特定候選人當選」，並進一步與「使投票發生不正確結果」或「變造投票之結果」之實害結果等價<sup>57</sup>。

#### 參、本文見解

就實務界對修正法規之適用情形與學界對修正法規之評論加以分析後，本文將對於前述見解加以歸納整理，並提出本文見解如下：

##### 一、類似平等原則之檢討

平等原則要求相同之事物為相同之對待，不同之事物為不同之對待。於總統副總統選舉投票時，僑居國外之國民返國行使投票權享有憲法位階之保障，而在其他公職人員選舉時，無憲法明文之規定，該僑民乃屬標準之幽靈人口，其返國投票之行為即構成妨害投票罪，而應接受刑罰，此實乃將本質上相同之事物為不同之差別對待。尤以現今總統副總統選舉與立法委員選舉合併舉行，則此現象更加明顯。蓋僑居國外之國民返國同時行使總統與立委之選舉權，進入投開票所後同時領取總統與立委之選票，並同時完成投票行為，則其單一之投票行為，將發生其在總統選舉部分之投票行為為憲法所保障，屬依法令行為而不具違法性；然在立法委員選舉部分之投票行為卻係刑法所欲制裁之犯罪行為之現象，實與憲法第 7 條對於平等原則之要求有違。惟平等原則所要求者係不得將與事物本質不相關之因素納入考慮而為差別對待<sup>58</sup>，而於此處公職人員選舉罷免法並非針對特定族群加以處罰，而係對於所有不在戶籍地居住者均適用之，因此非屬平等原則所要求之內涵，本文於此處稱其為「類似平等原則」。

<sup>54</sup> 參李惠宗，再論選舉幽靈人口的罪與罰—刑法第一四六條新增第二項虛偽遷徙戶籍立法技術之檢討，全國律師第 12 卷第 6 期，2008 年 6 月，頁 39 至 41。

<sup>55</sup> 參黃榮堅，基礎刑法學《上》，2006 年 9 月 3 版，頁 464。

<sup>56</sup> 修正理由第三點參照。

<sup>57</sup> 參李惠宗，再論選舉幽靈人口的罪與罰—刑法第一四六條新增第二項虛偽遷徙戶籍立法技術之檢討，全國律師第 12 卷第 6 期，2008 年 6 月，頁 41 至 42。

<sup>58</sup> 參李惠宗，憲法要義，2006 年 9 月，頁 123。

## 二、比例原則之檢討

比例原則要求國家限制人民之基本權利時，所採取之方法應有助於目的之達成、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、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。立法者對於人民違反法律課予其義務之行為，固有選擇行政處罰抑或刑事處罰之裁量空間，惟仍應受危險程度理論、比例原則、刑罰最後手段性等原則之限制。選舉幽靈人口雖影響選舉結果、破壞選舉之公正性，並間接影響候選人服公職之權利，不能謂對國家公共秩序之安全無影響；惟是否應以刑事處罰規範之，仍應受比例原則之檢驗。隨國家與社會日益密切之交融，學理上所謂「行政犯」與「刑事犯」間存有本質上之差異之傳統見解，已為論者所摒棄，取而代之者係「量之區分說」或「危險程度理論」，立法者因之擁有相當程度之規範形成自由，得自社會需要與政策考量之觀點，衡量該等行為之危險性，據以決定處罰之方式。按違反行政法上義務之制裁究採行政罰抑刑事罰，本屬立法機關衡酌事件之特性、侵害法益之輕重程度及所欲達成之管制效果，所為立法之裁量權限，苟未逾越比例原則，要不能據指其為違憲。即對違反法律規定之行為，立法機關本於上述之立法裁量權限，亦得規定不同之處罰<sup>59</sup>。立法者對於行政管制之事項，固得衡酌事實之特性、侵害法益之輕重程度、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，方能滿足國家動用刑罰之「最後手段性」之正當性要求。立法者欲選擇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」為前提，其決定方有正當性可言。立法者於選擇一項違法行為之制裁手段時，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，俾確保「罪」與「刑」之平衡<sup>60</sup>。若必須維持現行之選舉制度，而在他行政罰之手段即可遏止幽靈人口妨害選舉之公正性，抑或係對選舉制度加以改革，而徹底解決選舉幽靈人口問題，則刑法第146條第2項之規定自與憲法第23條比例原則之要求有違。本文將於第三章，就比例原則中三項子原則之內涵，依序論述之。

## 三、新修正條文之構成要件有違明確性原則致實務執行上之困難

如前所述，居住事實本身乃係不明確之法律概念，按所謂構成要件明確性，係指刑法對於犯罪行為之法律要件之規定應力求明確，避免使用可彈性擴張而具伸縮性或模稜兩可或模糊不清之不明確概念或用詞，作為構成要件要素，以架構不法構成要件。唯有符合明確性原則而規定之不法構成要件，始能明確顯出立法意旨及刑罰權之界限，精確區分出犯罪與非犯罪之界限，而使刑法律具備保證功能。否則刑法之規定若違反明確性原則，則審判者適用此種不明確之規範時，即可輕易以其主觀之好惡而擅斷。由於立法者制定出不明確之刑

<sup>59</sup> 參司法院大法官釋字第517號解釋理由書。

<sup>60</sup> 參蘇俊雄，論刑罰與行政刑罰及行政罰之範疇界限—評最高法院八十九年度台非字第八七號判決，月旦法學雜誌第73期，2001年6月，頁155~161。

法規定，方提供審判者得以透過解釋不當適用刑法之機會，故通常破壞罪刑法定原則而足以侵害人權或對於人權構成危險者，並非係類推適用刑法，而係由於規定不明確之刑法條文，故在司法實務上，明確性原則之意義遠大於類推適用禁止原則<sup>61</sup>。而所謂虛偽遷徙戶籍究竟所指為何，可謂模糊不清，本文免強將其歸納為選前遷徙戶籍與無居住之事實。而居住事實之認定，究應由何人認定、如何認定，均極為困難。以馬祖地區偵辦幽靈人口之狀況為例，在縣長與區域立法委員選舉中，因全縣皆係同一選區，居住事實之認定可透過飛機與臺馬輪之旅客艙單之類較為客觀之資料加以認定，其可信度尚可認同；惟就鄉長與村長之選舉，又或係臺灣本島之選舉，則無該旅客艙單，居住事實應如何認定？調閱路口監視器影像觀察其是否有返回戶籍地址，抑或係調閱其行動電話位址之紀錄？然若必須交由管區警員認定，管區警員以戶口查察之方式探知一年內遷徙戶籍者有無在戶籍地居住，則將面臨無法律授權之窘境。蓋由警察人員進行戶口查察，實乃早期戶籍制度採行戶警合一制之歷史產物（詳本文第四章），警察人員進行戶口查察，並無作用法上之依據，其所依據者僅係已廢止之「戶口查察實施辦法」，該辦法並未有法律明文授權訂定，非屬法規命令，自不能用以作為查察戶口之依據。警察職權行使法亦僅授權警察人員進行身分查證與針對易生危害之交通工具、集會遊行等公共活動蒐集相關資料，並未有戶口查察之規定。從而，管區警員受檢察官之指揮前往查察戶口，但未有查察戶口之法律依據，必須經過受查察者之同意配合始能行之，然人民並未有配合警員查察戶口之義務，若其拒絕警員查察戶口，則居住事實應如何認定？此實乃刑法第 146 條第 2 項「虛偽遷徙戶籍」增訂後，其不明確之構成要件規定下所引發實際執行上之困擾。

## 第六節 小結

選舉幽靈人口，係指以選舉為目的而遷徙戶籍，但未實際居住於該處而言。修正前刑法第 146 條第 1 項僅稱「以詐術或其他非法方法，使投票發生不正確之結果者」，選舉幽靈人口是否該當之，最高法院認為幽靈人口係造成選舉不公之根源，傾向成罪之認定，惟下級法院卻有著成罪與否之分歧見解，而檢察機關亦多傾向於不成罪之認定，而學界則一面倒向反對之見解。立法者有鑑於此，遂修正刑法第 146 條，於第 2 項明定「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」，其構成要件包含於選前相當時間遷徙戶籍、無居住之事實、前往投票、主觀上具有使特定候選人當選之意圖，並處罰其未遂行為；惟本條修正後，實務上透過解釋以種種理由限縮該罪之適用，而在學界上亦招致不少批判。

選舉幽靈人口之處罰，影響憲法對人民保障之居住遷徙自由與投票權，雖

<sup>61</sup> 參林山田，刑法通論《上》，2008 年 1 月，頁 75~77。

人民之基本權並非不得限制，惟仍應符合比例原則，僅在除以刑法處罰選舉幽靈人口方能達成遏止之目的，而別無他法時，方能以刑相繩。然選舉幽靈人口乃肇因於戶籍制度與選舉制度，若針對該制度通盤檢討並重新設計，即可根本解決幽靈人口妨害投票之問題。且現行刑法對選舉幽靈人口之處罰，亦存有居住事實認定之困難，且相較於僑居外國國民返國行使投票權係受憲法位階之保障，將發生相同事件為不同待遇之不平等現象。而新修正刑法第 146 條第 2 項之規定，究竟有無抵觸憲法之虞？最高法院雖謂為維護社會秩序之必要，而對人民居住遷徙自由及選舉權所附加之限制，是以依憲法規定，人民固有遷徙之自由，但並無為虛偽戶籍登記之自由與權利。然學界多傾向違憲之見解，本文將於第三章論述之。



## 第三章 刑法第 146 條第 2 項之違憲審查

### 第一節 違憲審查制度概說

以刑法處罰選舉幽靈人口，致使人民必須將實際居住地址據實登記為戶籍地址，又或係為支持他選區之特定候選人，為免於刑罰而將戶籍遷往該地並實際居住於該處，有無侵害憲法第 10 條之居住遷徙自由？又或係其未實際居住於戶籍登記地址，因懼於刑罰而於投票當日不敢前往投票，是否侵害其參政權中之選舉權？本文擬就本罪之規定，依據違憲審查三階段之審查模式，亦即先確認刑法處罰幽靈人口所干預者是否為基本權所欲保障之領域，其次探究該干預是否構成對基本權之限制，最後探討該限制是否具有正當性，審查刑法第 146 條第 2 項之規定是否合於憲法第 23 條之要求。

在我國司法院大法官歷年來之解釋中，僅於釋字第 436 號解釋始稱憲法第 23 條之規定為比例原則，於釋字第 471 號解釋理由書指出，「對於人身自由之處罰，有多種手段可供適用時，除應選擇其最易於回歸社會營正常生活者外，其處罰程度與所欲達到目的之間，並須具合理適當之關係，俾貫徹現代法治國家保障人身自由之基本原則。」至釋字第 476 號解釋方有进一步之闡釋：「倘與憲法第 23 條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合，即無乖於比例原則」云云，明確勾勒出比例原則之內涵，其後於 544、551 號解釋亦依循此種看法。其後於釋字第 669 號解釋明確闡釋手段適合性之原則，至此目的正當性、手段適合性、手段必要性與限制妥當性之審查模式已大致底定，此乃繼受自德國之三階段審查模式。而在繼受之過程中，亦引進美國之三重基準審查模式。本文將遵循此二種審查模式，審查刑法第 146 條第 2 項之規定是否違憲。

所謂三階段審查模式，係德國聯邦憲法法院於判斷限制基本權之合憲性時，所使用之違憲審查模式。其違憲審查之方式可分為三階段：第一階段先行判斷該系爭之權利是否屬於憲法所保障之基本權；第二階段檢視國家行為是否對該基本權造成侵害；第三階段則討論該侵害是否妥適，其內容包含形式合法性與實質正當性，形式合法性係檢視其是否符合法律保留原則之要求，實質正當性則係審查其目的是否合憲、以及是否符合比例原則中之三項子原則，包含手段適當性、手段必要性與手段合比例性。而三重基準審查模式，係美國聯邦最高憲法法院從實務運作中逐漸發展出之模式，將審查基準由寬至嚴依序區分為合理關聯性審查標準、中度審查標準及嚴格之審查標準，就各種不同內涵之基本權領域詮釋其內涵，而歸納出其究應適用何種審查標準。

### 第二節 保護領域之認定

選舉幽靈人口，既係於選前相當期間遷徙戶籍，而未於該戶籍地有居住之事實，但卻於投票當日前往投票，是本罪之處罰，與憲法第 10 條之居住遷徙自由權、第 17 條參政權之保障恐有抵觸之虞，茲就該二項基本權之保護領域加以確認。

## 壹、居住遷徙自由

居住遷徙自由，實乃行動自由之意。自人權之發展歷史以觀，行動自由乃係為抵抗傳統封建國家之諸侯「圈牧」農奴之措施，蓋人民居住遷徙之自由，將帶動物品之自由流通，亦間接促成重商主義之興盛，後來方有資本主義之產生，故亦有學者將居住遷徙之自由視為具有經濟自由之意義。行動自由權之防禦功能，旨在防止國家之侵害。倘行動自由權遭受不當限制，不論其來自國家或私人，皆得請求損害賠償<sup>62</sup>。憲法第 10 條規定「人民有居住及遷徙之自由」，自字義以觀，本條似包含「居住自由」與「遷徙自由」二項基本權利。惟司法院大法官論及對憲法第 10 條所為之限制時，除釋字第 452 號解釋理由書中謂「按人民有居住之自由，乃指人民有選擇其住所之自主權。」單論人民之居住自由外，其餘如釋字第 265、443、454、497、517、542、558 號解釋皆略以「憲法第 10 條規定人民有居住、遷徙之自由，旨在保障人民有自由設定住居所、遷徙、旅行，包括入出國境之權利」云云，傾向將居住與遷徙自由相提並論，並未將二者加以深入論述。傳統對此二項自由通常分別詮釋，居住自由係靜態之權利，遷徙自由係動態之權利<sup>63</sup>。本文擬分別就二項基本權之意涵分別論述，以確立其保障之領域。

### 一、居住自由權

對於居住自由之保障範圍，有認為其係保障人民選擇及遷徙居所之自由，另有認為係保障定點式人民居住生活空間之自由<sup>64</sup>，茲分別論述之。

#### (一) 選擇住居所之自由

人民之居住自由係憲法保障人民有選擇、設定住所或遷移住居所之自由。居住自由包含暫時或長期之停留以及設定居住地等自由，係屬於靜態之自由。司法院釋字第 452 號解釋理由書即謂「按人民有居住之自由，乃指人民有選擇其住所之自主權。」人民有選擇住居所之自由，除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，蓋戶籍住址僅能推定為民法上之住所，而此種推定僅係行政機關方便之作法，制度上並無理由將行政機關之便宜轉換為人民之義務。自一般社會生活現實觀之，為符合多元化社會生活機能之需求，必須准許人民任意選擇發生權利義務關係之地點，戶籍制度之設計，尤以每人僅能有一戶籍之制度，僅係基於行政管理上之便利及人民互相往來之公信力。

<sup>62</sup> 參李惠宗，憲法要義，2006 年 9 月 3 版，頁 159。

<sup>63</sup> 參吳庚，憲法的解釋與適用，2003 年 4 月初版，頁 203。

<sup>64</sup> 參蔡基文，論人身自由及遷徙自由之保障—以公法上金錢給付義務之強制執行為中心，國立政治大學法律碩士在職專班研究所碩士論文，2008 年 7 月，頁 106-107。

故僅需人民之相互溝通、交換資訊之地點明確，即能滿足此項功能，使戶籍之設立可脫離個人之具體存在空間，此乃所謂之戶籍形式主義<sup>65</sup>。

## (二)居住安寧之自由

人民之居住自由係指人民享有居所不受干擾之自由，係一種屬於空間，而非行為之自由權。居住自由之保護主要在保障居所之隱密性，任何人在其居所內享有一定之安寧居住空間，公權力機關不得非法侵入。該居住空間除客觀上有居住事實外，居住人尚須將該特定空間設定供作居住目的之主觀意思。該空間不以具備封閉性為必要，惟在主觀上必須有最低程度上之可區隔表徵，以界定隱私空間不受他人侵犯之範圍。因之，若未得他人同意侵入他人之住居所將構成刑法第 306 條之無故侵入住宅罪，未依照法令對人民之住居所進行搜索者將構成刑法第 307 條之違法搜索罪，此皆係為保障人民之居住安寧之自由。

### 二、遷徙自由權

憲法第 10 條列舉之遷徙自由旨在保障人民有自由設定住居所、遷徙、旅行，包括出境及入境之權利。廣義之遷徙自由，係指人民概括之享有自由到各地活動之權利，此種活動不問其目的為何。不僅在國家領域內人民可自由決定前往何處，即在國家領域外活動之自由亦包括之，此即人民有入出國境之自由。狹義之遷徙自由則指人民有選擇居住地之行動自由，亦即遷居自由。遷徙自由應包含設立戶籍與遷徙戶籍之自由<sup>66</sup>。惟遷徙戶籍，與民法上住所之遷移有別，概念上容有不同，遷徙戶籍，並不必然將其生活重心所在地之住所遷離，戶籍僅具有推定住所之功能，國家並無權力掌握人民之實際生活重心處所，本文將於第四章詳加論述。

### 貳、參政權

參政權有廣義與狹義之別，廣義參政權包含人民服公職之權與狹義之參政權；狹義之參政權指人民以集體權之方式，直接對國家政事作成有具體影響決定之法律地位。此種參政權之行使，係一國民主程度之指標。一般而言，能夠由人民直接作成決定之事項越多，代表該國民主化之程度越高<sup>67</sup>。

憲法第 17 條規定：「人民有選舉、罷免、創制及複決之權。」，並於第 12 章規揭示舉、罷免、創制、複決之原則。參政權之保障係民主國家憲法所不可或缺，惟如我國憲法第 17 條般，將選舉、罷免、創制、複決四權合為一條，規範於「人民權利義務」者，似未多見。蓋各國憲法多半僅規範選舉權係人民基本權利之保障，究其原因，我國憲法主要受到國父孫中山先生「政權與治權」理論之影響，認參政權係人民之政權，以別於國家行使統治權力之治權。十九世紀末

<sup>65</sup> 參許玉秀，幽靈人口妨害投票罪？輔仁法學第 22 期，2001 年 12 月，頁 24。

<sup>66</sup> 參司法院大法官釋字第 454 號解釋。另參李惠宗，憲法要義，2006 年 9 月 3 版，頁 161。

<sup>67</sup> 參李惠宗，憲法要義，2006 年 9 月 3 版，頁 310。

德國公法學者 Georg Jellinek 將人民與國家之關係區分為四種不同之關係，進而產生四種不同之身分地位，對往後詮釋參政權之作用產生不少影響。其一係被動身分，人民須服從國家之統治權，從而發生人民之義務；其二係消極身分，人民除受國家統治權行使之必要限制外，享有不受國家干預之自由權利，從而發展出基本權利之防禦作用；其三係積極身分，人民有權要求國家為一定之給付，以保障基本權利之實現，從而發展出基本權利之給付請求作用；其四係主動身分，以現代國民主權之觀點而言，國家統治權行使之正當性既來自國民之同意與參與，自應保障具有公民身分者之參政權。由此理論觀之，作為主動身分之參政權，在本質上顯與消極及積極身分所享有之基本權利有所差異，參政權兼具「權利」與「權力」之性質，即基本權利與國民主權行使之雙重性質<sup>68</sup>。

選舉權乃參政權最基本之權利，選舉係代議政治形成之最基本條件，亦係現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，尚應包含人民能主動參予國家政事之權，包含選擇於何處投票、欲投票予何人等主動之選舉權，此即所謂之「選舉自主權」，如此最能展現人民自由意志，達成民主政治之精神。

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。以被選舉權為例，被選舉權固然須由立法機關先行設計一套選舉制度方能落實，然選舉制度所設過嚴格之門檻，將被統治者直接參政之機會排除，自應從嚴審查<sup>69</sup>，然在釋字第 468 號解釋中，大法官忽視參選門檻之嚴重性，以過於寬鬆之審查基準對待，致使總統副總統選舉罷免法中，包含連署制度與過高之保證金等有關參選門檻之規定，皆屬合憲<sup>70</sup>，此與美國之案例恰成對比。美國憲法並未有類似我國憲法第 17 條，將參政權加以一般性之明文規定，但透過美國聯邦最高法院自 1960 年起，對於凡限制或侵害有關選舉權、投票權與被選舉權等之政府措施，均以嚴格之審查基準對待之<sup>71</sup>。

### 第三節 對基本權造成干預之確認

傳統公法學對基本權限制之概念認定，採取甚為保守、嚴格之態度，認為基本權之限制必須係出於強行手段之國家法律行為所刻意並直接造成者，亦即必須具備強行性、法律性、目的性、直接性之要件，始足當之。惟今日不僅國家任務業已自單純之干涉行政，擴展至經濟、社會乃至於整體生存照顧領域，即所採

<sup>68</sup> 參吳志光，參政權(上)，法學講座第 29 期，2004 年 9 月，頁 17~18。

<sup>69</sup> 參廖元豪，平等權：第六講——平等權的檢討與展望，月旦法學教室第 90 期，2010 年 4 月，頁 34。

<sup>70</sup> 參廖元豪，參選門檻之「以價制量」？——大法官釋字第四六八號解釋之評論，月旦法學雜誌第 44 期，1999 年 1 月，頁 117~129。

<sup>71</sup> 參廖元豪，平等權：第五講——另一種嚴格審查——基礎權利，月旦法學教室第 85 期，2009 年 11 月，頁 36~41。

統治之手段亦因任務領域之變遷以及科技之進步，而趨多樣化與複雜化。基於此種種之變化，終促使對基本權限制之認定重心自國家行為之「形式」與「目的」，轉移至單純之「後果」上。要之，現代之公法學改採極為開明與寬鬆之態度，認為凡國家行為，只要增加人民基本權行使之困難，或使人民根本無法或不可能行使基本權者，無論該後果係國家有意或無意、直接或間接、以法律或事實行為、以及是否以強行手段所造成者，均可認定構成基本權之限制。職是，例如警察追捕逃犯，流彈誤傷行人，縱非國家有意造成；國家出資補貼甲企業，使與甲企業有營業競爭關係之乙企業，競爭地位因而不利，縱非國家所直接造成；又或國家秘密監聽人民之通話內容、信件檢查、乃至於單純提供資訊，例如警告民眾減少使用某種對身體健康有害之食品等，縱不具強行性；然此種種，在今日皆已無礙於對基本權干預之認定<sup>72</sup>。

準此以言，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戶籍地而前往投票者，以刑相繩，以制度間接迫使遷徙戶籍者必須實際居住於戶籍地，始能前往投票而免除刑責，乃係侵害人民之不在戶籍登記地址居住之自由<sup>73</sup>；又或係以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，乃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罪非難之，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。」云云，然縱以此意圖作為處罰對象，亦係侵害人民之基本權，蓋選舉自主權之行使應包含能選擇於何處投票、欲投票予何人等積極之選舉權，已如前述。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以厚望，認為其當選後必能有一翻作為，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，抑或係苛該選舉人其影響乙地選舉之正確結果？尤有甚者，自己之特定親屬，例如兄弟姊妹，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，此實乃人之常情，最高法院雖將候選人之父母、子女、配偶間之親屬排除於處罰之外，但仍將候選人與其他特定親屬間之幽靈人口以刑相繩。刑法對選舉幽靈人口之處罰，實乃對人民之基本權造成限制，應無疑義。

<sup>72</sup> 參許宗力，基本權的保障與限制(上)，月旦法學教室第 11 期，2003 年 9 月，頁 69~70。

<sup>73</sup> 戶籍法有關必須將實際生活重心地登記為戶籍住址之規定，亦係侵害此項自由權（詳本文第四章）。

#### 第四節 干預基本權之正當性

憲法固然保障人民之基本權利，但國家並非不能對該基本權施加一定之限制，此乃因個人行使基本權而與他人發生衝突或有潛在衝突時，國家為調和群體生活與個人自由，對個人基本權即得為一般性之介入而進行適當必要之限制。惟國家限制人民之基本權仍須符合一定要件，蓋國家限制基本權若不受任何限制，與基本權保障之全盤否認並無二致。憲法第 23 條規定「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」，其中「以法律限制之」乃係形式上必須由法律加以限制，亦即形式合法性；而「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」一般公法學將其稱為比例原則<sup>74</sup>，本文於此處稱之為實質正當性。

##### 壹、形式合法性

憲法要求欲限制人民之基本權，應以法律規定，此即法律保留原則。此處所稱之法律，除中央法規標準法第 2 條所稱形式上之法律外，尚應包含立法者立法授權行政機關訂定之法規命令，惟授權之內容及範圍應具體明確，據以發布之命令始符合憲法以法律限制人民權利之意旨<sup>75</sup>。此處選舉幽靈人口之處罰係以刑法規範之，符合形式上之法律保留原則，應無疑義。

##### 貳、實質正當性

國家對人民基本權之限制，除形式上應符合法律保留原則外，在實質內容上亦須符合一定之要求始足當之，此即憲法第 23 條所稱之「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」。有關本條對目的與手段之要求，國內實務見解已逐漸凝聚共識，稱之為比例原則<sup>76</sup>。由於我國大法官建立之審查方法已逐漸形成一項共識，即「一個原則，三種標準<sup>77</sup>」，亦即採取德國之比例原則，但須銜接美國之三種不同密度之審查標準，用以操作憲法第 23 條。故本文擬分別依循德國之比例原則模式與美國之三重審查標準，審查選

<sup>74</sup> 參許宗力，基本權的保障與限制(上)，月旦法學教室第 11 期，2003 年 9 月，頁 72。

<sup>75</sup> 司法院大法官釋字第 346、390、394、402、426、443、510、514、522、524 號解釋參照。

<sup>76</sup> 司法院大法官釋字第 436、452、462、471、476、490、507、510、515、528、551、554、558、641、642、646、649、664、669 號解釋參照。

<sup>77</sup> 參黃昭元，大法官解釋審查標準之發展(1996-2011)：比例原則的繼受與在地化，國立台灣大學法學論叢，2013 年 6 月，頁 238。另有學者對於我國違憲審查基準提出更詳盡之論述，參湯德宗，違憲審查基準體系建構初探—「階層式比例原則」構想，收錄於廖福特主編，憲法解釋之理論與實務，第六輯，下冊，2009 年 6 月，頁 581-661。

舉幽靈人口妨害投票罪之合憲性。

### 一、德國模式<sup>78</sup>

#### (一)目的合憲性之審查

此所稱目的合憲性之審查，除禁止立法者追求明顯違憲之目的者外，尚進一步要求立法目的必須符合憲法所預設並允許之基本權限制目的，惟憲法第 23 條所列舉之四大公益理由，不論係「防止妨礙他人自由」、「避免緊急危難」、「維持社會秩序」抑或係「增進公共利益」，皆屬極度之空泛與不明確，語意涵蓋面甚廣，致甚難於現行法中發現其立法目的不被涵攝於其中者。德國聯邦憲法法院對立法目的之合憲性，向來採極為寬鬆之審查態度，除非有人根據憲法針對目的之合憲性提出挑戰，否則皆推定立法目的係屬合憲<sup>79</sup>。

刑法第 146 條對於選舉幽靈人口處罰之目的，觀其修正理由謂「公職人員經由各選舉區選出，自應獲得各該選舉區居民多數之支持與認同，始具實質代表性，若以遷徙戶籍但未實際居住戶籍地之方式，取得投票權參與投票，其影響戕害民主選舉之精神甚深。為導正選舉風氣，爰增訂第二項：『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。』」可知，其目的乃係為確保選舉結果之公正性，維護民主選舉之精神，此目的應與憲法所欲追求之公益相符。

#### (二)手段適合性之審查

適合性原則要求限制基本權之手段必須適合於所追求公益目的之達成。惟手段對目的之達成，究應係非常有效，抑或係部份有效即為已足，此原係立法之自由形成空間，故德國聯邦憲法法院早期見解認為，對所追求目的之達成有部分或些微之助益或效果，即足以認為滿足適合性原則之要求<sup>80</sup>。其後，德國聯邦憲法法院發展出三種認定標準：明白性審查、可支持性審查、強烈內容審查等三項審查基準。明白性審查標準最為寬鬆，僅需立法者對適合性之判斷不具有公然明顯之錯誤即為已足，法院即不對其指摘，其適用於經濟管制領域，例如營業自由權僅其「外圍」被觸及者適用之。可支持性審查則進一步要求立法者之判斷必須合乎事理、可以支持，此種審查標準適用於經濟基本權之領域。強烈內容審查則最為嚴格，法院必須對立法者之判斷進行具體且詳盡之深入分析，倘法院無法確信立法者之判斷係屬正確，舉證之不利即應由立法者承擔，立法者必須向法院證明其所為決定確實適合於所追求目的之達成，方能免除違憲之指摘。此種審查標準適用於對生命與人身自由等重大基本權之限制，或其他基本權之重大限制<sup>81</sup>。

刑法第 146 條第 2 項之規定，對於遷徙戶籍、未實際居住於戶籍地而前往投票之幽靈人口，以五年以下有期徒刑相繩，其刑度不可謂不輕，縱所干涉者係

<sup>78</sup> 參許宗力，基本權的保障與限制(下)，月旦法學教室第 14 期，2003 年 12 月，頁 50~60。

<sup>79</sup> 參許宗力，基本權的保障與限制(下)，月旦法學教室第 14 期，2003 年 12 月，頁 52。

<sup>80</sup> 參許宗力，基本權的保障與限制(下)，月旦法學教室第 14 期，2003 年 12 月，頁 52。

<sup>81</sup> 參許宗力，基本權的保障與限制(下)，月旦法學教室第 14 期，2003 年 12 月，頁 53。

人民之行動自由與對國家主動關係而生之基本權，應採強烈內容審查標準，惟仍可認為以限制人民居住遷徙自由與參與投票之基本權，可完全有效於達成其確保選舉結果公正與維護民主選舉精神之目的，應符合手段適合性之要求。

### (三)手段必要性之審查

所謂必要原則，係要求立法者應在所有同樣適合達成目的之手段中，選擇對人民基本權限制最小者為之。亦即如有其他手段對基本權之限制較係爭手段為低時，則應認該系爭手段違反手段必要之原則。此其他手段應與係爭手段具備達成目的之相同之有效性、較少之限制性、以及較少或至少相同之公益成本耗費三者。

#### 1. 達成目的之相同之有效性

此達成目的之有效性與前述手段適合性之審查相同，亦即同樣有明白性審查、可支持性審查與強烈內容審查等三項寬嚴有別之審查標準之選擇問題。

#### 2. 較少限制性

較少限制性之判斷，應分別從所涉及基本權之相關狀態、手段對基本權侵害之強度、相對人數量等因素考量。稱基本權之相關狀態者，例如究係觸及基本權之「核心」抑或係「外圍」、該基本權究係已實現之「既得權」抑或係尚未實現之「期待權」等。手段對基本權侵犯之強度，例如侵犯期間之久暫、侵害時間點之抉擇等等。至於相對人數者，乃指受影響之相對人數愈多，則基本權受影響之程度愈嚴重，反之則否。

#### 3. 較少或至少相同之公益成本耗費

如有其他手段即便與系爭手段具備相同之有效性，對基本權之限制嚴重程度亦低於系爭手段，但倘需耗費較係爭手段更多之公益成本，則尚不能逕行指摘系爭手段為反必要原則之要求。惟即使耗費較多之公益成本，只要該公益成本非屬強國家所難而對國家造成明顯不可期待之負擔者，仍應肯認其通過較少成本耗費之審查。

欲遏止選舉幽靈人口影響選舉之歪風，是否僅有以刑相繩一途？有無其他侵害更少之方式可達成遏止選舉幽靈人口妨害投票之手段？探究選舉幽靈人口之成因，乃係我國戶籍制度與選舉制度之設計不良所導致，亦即先由戶籍法規定人民有將實際生活重心地據實登記為戶籍地址之義務，而後選舉法規規定，選舉人名冊之編造與居住期間之認定均以戶籍登記資料為準，人民為取得選舉投票權，自然提前將戶籍遷徙至其欲參予投票之地點，此種因制度所產生之所謂選舉不公之結果，卻必須由刑法加以處罰，形同由人民承擔制度設計不良之後果。就選舉制度進行通盤檢討並重新設計，自可避免所謂選舉幽靈人口之發生，從而以刑法處罰選舉幽靈人口之規定自與手段必要性之意旨有違。

### (四)手段合比例性之審查

此處乃審查限制基本權之手段所追求或增進之公益是否大於對私人所造成之損害或不利益，於此應先分別確認系爭手段對基本權之侵犯強度，以及所獲取

利益之大小與份量。

### 1. 對基本權侵犯之強度

系爭手段對基本權侵犯之強度，僅能於個案探求之，無法一概而論，充其量僅能就足以影響基本權侵犯強度大小之因素探究之，此即前所提及之「較少限制性」之判斷，例如侵害基本權愈核心處者愈強，愈外圍者愈弱；侵害基本權期間愈長者愈強，愈短者愈弱等。

### 2. 所追求或增進之公益

#### (1) 公益之重要性

德國聯邦憲法法院在藥房判決中，對於公益之追求，區分為「一般公益」、「重要公益」與「極端重要公益」。極端重要公益係指一般所公認，獨立於社會共同體當時之政治氛圍外，且先於立法者存在之公共價值，例如國民健康、市民生命與安全、交通安全、減低失業與促進就業等。重要公益則係基於立法者特別之經濟、社會政策目的所產生，係因立法者之設定方才具有重要性之公益價值，例如消費者保護、有效能之司法救濟制度等。

#### (2) 公益之迫切性

係立法者倘不進行干預，採取防護措施，公益所可能面臨之危險程度，包含危險之嚴重程度，及危險發生可能性之高低，此亦僅能斟酌具體個案之相關事實、情況與認知等綜合判斷之，無法作抽象論斷。

刑法處罰選舉幽靈人口所侵害之基本權係不在戶籍地居住之自由權、不向國家揭露其實際生活重心所在地之個人資訊自主決定權與積極主動參加投票之參政權，此基本權雖稱不上為基本權之核心處，但亦非屬外圍之基本權。惟就刑法選舉幽靈人口妨害投票罪之處罰所追求之公益觀之，其係為確保選舉結果公正與維護民主選舉精神，本文認為應無法稱其為「極端重要公益」。蓋選舉幽靈人口前往投票，乃係利用立法者所制定之戶籍法制與選舉法制，達到所謂結果不公之情形，但此所謂選舉結果不公，若改採其他之選舉制度，自可重新定義，故不能認為係先於立法者存在之公益價值。而若改採其他之選舉制度，則選舉結果公正與維護民主選舉精神之目的仍可實現而毋需以刑法加以處罰，是刑法對選舉幽靈人口之處罰，亦與手段合比例性之要求有違。

## 二、美國模式

目前美國法院於處理涉及憲法所保障之基本權利案件時，若無先例所立下之具體審查原則可資依循，則將於三重基準之審查標準中選擇其一，作為審查政府有關基本權利之立法措施是否合憲之判斷基準，此乃係美國聯邦最高憲法法院從實務運作中逐漸發展出之模式<sup>82</sup>。所稱三重基準審查標準，即係包含合理關聯

<sup>82</sup> 參林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，收錄於現代國家與憲法—李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，1997年3月，頁648~656。

性審查標準、中度審查標準及嚴格之審查標準等三種寬嚴不一之審查基準，至於應選擇何者，則須視所涉及之基本權利之類型方能加以認定。美國憲法實務在具體審查所涉之政府有關基本權利之立法或其他措施是否合憲時，首先就政府之立法或其他措施之「目的」加以審查，通過目的合憲後，再行審查其為達該目的之「手段」是否合憲，是三重基準之審查標準間，即係對「目的」與「手段」有寬嚴不一之審查標準。

#### (一)合理關聯性審查標準

此係三重審查基準中之最寬鬆者。法院於審查政府之規制措施是否合憲時，該規制措施之目的所追求者僅需合法利益即可，於手段方面亦僅要求系爭之政府措施所使用之手段與目的之達成有合理之關聯性即可。採用此種審查基準，即係對政府立法或行政部門之決定完全放任，因之所涉之政府立法或其他措施通常將被認定為合憲。此種審查基準適用於有關社會或經濟性立法或其他措施之經濟性基本權利。

#### (二)中度之審查標準

依據此種審查標準，系爭政府之立法或其他措施之目的係為實踐具有實質或重要之政府利益，而該措施所選擇之手段與達成目的具有實質之關聯性時，即為憲法所許。此種審查標準適用於平等保障原則中有關性別及非婚生子女之平等保障案件，在有關言論自由案件中，則適用於非針對言論內容規制之審查。

#### (三)嚴格之審查標準

法院將審查該措施之目的所追求者，是否係相當急迫及非常重要之政府利益，其次則審查其為達成該目的所使用者，是否係必要且侵害最小之手段。欲符合嚴格審查標準之要求幾乎係不可能，故只要法院使用此種審查基準，所有被審查之政府立法或其他措施幾乎皆難逃遭違憲宣告之命運。此種審查基準適用於涉及有關基本性權利之立法或其他措施，包括隱私權名下之父母親權、父母子女關係、生活型態之自由選擇權、婚姻自由、生命選擇權、婦女終止墮胎之選擇權、性行為及性伴侶之自由選擇權、個人資料隱私權等各種基本權利；其他如結社自由、遷徙旅行權、選舉權、被選舉權、訴訟及公平審判權等權利；平等保障領域中有關種族或外國人為差別待遇之政府措施；言論自由中針對言論內容之政府措施等<sup>83</sup>。

刑法處罰選舉幽靈人口，限制其居住遷徙自由與參政權，與嚴格審查標準中所適用之遷徙旅行權及選舉權等有關基本性權利之政府措施相當，故應採嚴格之審查標準，則其受違憲之宣告結果已不難預見。而嚴格審查標準亦要求為達成該目的所使用者必須係必要且侵害最小之手段，此與德國比例原則中之手段必要性之要求相當，亦即如有其他對人民侵害較少之手段可達成目的時，刑法對選舉幽靈人口之處罰規定即屬違憲。

<sup>83</sup> 參林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，收錄於現代國家與憲法—李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，1997年3月，頁653~656。

## 第五節 小結

為遏止選舉幽靈人口影響投票結果之歪風，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。以刑法之規定限制人民之居住遷徙自由與參政權，手段與目的是否正當，是否有違憲之虞？憲法保障人民居住遷徙自由，應包含遷徙戶籍之自由，以及不在戶籍地居住之自由。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，直接間接侵害人民之居住遷徙自由與參政權，雖形式上符合法律保留原則，若依循德國之比例原則模式，實質上亦符合目的合憲性與手段適合性，惟如對於我國現有之戶籍制度與選舉制度進行檢討，在結論上應能設計出達成使選舉結果公正之目的而對人民基本權侵害較少之手段之措施，此亦與美國模式中，採取嚴格審查模式所要求者，不謀而合，故應與手段必要性有違。然亦因選舉制度之重新設計，而可重新定義所謂之選舉結果公正，故亦與手段合比例性有違。亦即不論遵循德國模式或美國模式，刑法第 146 條第 2 項之規定皆難逃違憲之命運而應歸於無效。吾人當對於戶籍制度與選舉制度進行探討，然後提出對於選舉幽靈人口相關問題之檢討與展望。此容於本文第四章、第五章、第六章，依序論述之。

## 第四章 戶籍制度

### 第一節 戶籍制度概說

國家對人口治理主要存在二種登記系統，一係以戶為單位，將個人紀錄於家戶檔中之戶籍系統，二係以人為單位，有時將家戶成員記錄於個人檔中之身分證系統。為了國家治理而印發此兩類人口證件，往往與各種政治或社會權利相掛鉤。臺灣與多數資本主義國家相同，對人口管理手段逐漸發展出以下特徵：(一)主要以人為單位；(二)採取遷徙後向當地政府登記；(三)偶有對人口或戶口之分類，但此分類通常不涉及主要政治或經濟利益之差異；(四)人口或戶口之分類不由子女繼承；(五)由內政、民政或社會福利單位負責管理國內人口證件。相較之下，採社會主義例如中國大陸之戶籍制度則有以下特徵：(一)主要以戶為單位；(二)採取遷徙前由遷入(及遷出)地批審；(三)採取「農業戶口」與「非農業戶口」二分法，並具有政治與經濟權利之差異；(四)對戶籍之分類方式採取母系血緣繼承；(五)由公安部門管理戶口登記與各種國內身分證發放<sup>84</sup>。近年來，臺灣之戶籍登記雖逐漸與個人權益相關之財產登記、申報稅收與社會保險制度脫鉤，採取以戶為輔、以人為主之人口治理模式，惟選舉制度(詳本文第五章)仍以戶籍登記資料為主，故本章乃著重於戶籍制度之研究，並探究我國戶籍之管理，進而分析戶籍制度對幽靈人口之影響。

### 第二節 我國戶籍制度之沿革與現況

#### 壹、引言

現有實施戶籍制度之國家已不多見，在東亞國家中，僅我國、日本、中國大陸實施戶籍制度。以日本為例，日本之戶籍制度始於明治元年10月，京都政府制定「京都府戶籍仕法」，明治2年，該法正式頒布實施，全國各府縣以此法為藍本開始進行戶籍編成，以「戶」為基本單位。日本憲法規定，公民擁有遷徙自由，其戶籍管理制度之顯著特點係「戶口隨人走」。日本戶籍法規定，國民在20歲之法定成人之前，無權獨立設立自己之戶籍，成人後則完全自由。日本之「住民票」標有公民之姓名、出生年月日、性別、與戶主之關係等。公民在接受義務教育、辦理國民健康保險、國民年金保險(退休金保險)、登記納稅、登記選舉人或候選人等，都需要先出示「住民票」。公民在遷出某地時，需要到當地政府辦理「住民票」遷出證明，註明遷出原因(如上學、就職、結婚等)和計劃

<sup>84</sup> 參林宗弘，中國大陸戶籍制度、管理與變革之研究，行政院大陸委員會委託研究，2011年12月，頁2~4。

前往之地址；搬入新住址後，必須在 14 天之內到新住地政府辦理遷入登記，辦理戶籍接轉與登記手續<sup>85</sup>。

## 貳、我國戶籍制度之沿革

甲午戰爭後，日本統治臺灣，設立臺灣總督府，展開為期 51 年之殖民統治。臺灣住民先成立「臺灣民主國」，抗拒日本接收，並進行武裝抗日。日本一面致力於鎮壓反抗，一面建立總督專制之統治體制，並運用警察及保甲<sup>86</sup>制度，有效控制臺灣社會，發展出一套以警察控制保甲、以保甲控制戶口、以戶口調查來透視人民之統治體系，日治時期之戶政與警政係日本遂行其對臺殖民統治之有效工具，達到控制人民行動、維護地方治安、獲取經濟利益等目的。

臺灣保甲制度至民國 33 年始告廢止，因當時對日抗戰已近末期，日本為求溝通臺日間感情，迫於時勢，乃取消保甲制度。光復後臺灣之地方行政大致延續日本治臺之基礎，惟仍有不少制度上之變革。民國 35 年 6 月起，戶籍行政由鄉鎮公所接辦，惟臺灣自光復後，基於種種因素，造成戶政混亂之現象，既影響一般行政之推行，尤使治安維護工作遭受嚴重威脅。為彌補戶政以往之缺失，使戶政工作順利推展，在蔣中正總統之指示下，配合動員戡亂時代所需，於民國 58 年起實施戶警合一制度，由警察機關擔負戶籍登記與戶口查察之工作。

民國 81 年 7 月 1 日，為配合終止動員戡亂時期暨實際業務需要，修正戶籍法等相關法規，省（直轄市）以下戶政業務移由民（戶）政單位辦理，其目的在於正確之戶籍登記並加強為民服務、簡政便民、簡化作業程序，並積極推動戶政資訊化，此乃今日所見之戶警分立制度<sup>87</sup>。惟現今戶警雖已分立，但內政部警政署仍設置戶口組<sup>88</sup>，各直轄市政府警察局設置戶口科、各縣市（政府）警察局亦設置戶口課，辦理戶口相關業務<sup>89</sup>。

<sup>85</sup> 資料來源：維基百科 (<http://zh.wikipedia.org/wiki/%E6%88%B7%E7%B1%8D>)，最後瀏覽日：2013 年 12 月 12 日。

<sup>86</sup> 保甲係清代民間唯一地方性之自衛組織，目的在協助政府防止匪患之入侵，維護地方安寧，及維持居民安全為目的。

<sup>87</sup> 參黃永銓，兩岸戶政法制之比較研究—以人權角度以觀，中國文化大學法律學研究所碩士論文，2004 年 12 月，頁 77~96。

<sup>88</sup> 參內政部警政署組織條例第 4 條。

<sup>89</sup> 內政部警政署辦事細則第 7 條

戶口組職掌如下：

- 一、家戶訪查之規劃、督導事項。
- 二、戶警聯繫事項。
- 三、戶口卡片建立、通報、運用之規劃、督導事項。
- 四、失蹤人口查尋之規劃、督導事項。
- 五、警勤區之劃分、變更、督導、管制及績優警勤區之遴選、考核等事項。
- 六、社區治安及社區警政事項。
- 七、戶役政資訊電子閘門系統作業管理、稽核事項。
- 八、勤區查察處理系統及國民身分證相片、影像資料系統作業管理、稽核事項。
- 九、其他有關戶口業務事項。

## 參、戶籍登記之作用<sup>90</sup>

### 一、公示作用

以民法為例，舉凡結婚、離婚、收養、終止收養、認領、監護、輔助宣告、死亡或受死亡之宣告等等<sup>91</sup>，均須為登記，既已為戶籍之登記，乃發生公示之機能，自不待言。法院、行政機關調查人民之身分關係，產生疑義或爭執時，通常以其戶籍登記為認定基準，此觀戶籍法第 67 條第 1 項「各機關所需之戶籍資料及親等關聯資料，應以戶籍登記為依據。」之規定自明。

### 二、身分關係之證明

戶籍登記全盤繼續地記載各戶籍登記者自出生迄死亡之身分事項。對於收養、終止收養及認領等，民法雖不以戶籍登記為其成立之形式要件，惟戶籍法要求應予登記，並規定申請義務人、申請期限、催告及怠於申請之處罰，以強制人民依法為登記之申請<sup>92</sup>。從而，依據戶籍登記之資料，得以詳實證明個人之身分關係。根據戶籍登記之記載，即可具體證明其直系或旁系親屬關係，如戶籍記載者死亡時，其全體法定繼承人依戶籍登記即可輕易獲得證明。又結婚之當事人是否屬禁婚範圍內之近親結婚、收養當事人是否屬於禁止收養範圍內之親屬等，從相關之戶籍登記記載即可明瞭。

### 三、施政參考

就學、就業或受政府補助及其他權利，均須以戶籍證明其身分。要之，戶籍乃國民行使權利負擔義務之依據。不僅此也，戶籍蒐集人口資料，可作為政府施政之依據及參考。例如，教育、兵役、衛生、交通等，皆須仰賴精確之戶籍資料，始能為有效之施政措施。又如選舉、課稅等均須依據戶籍資料。

### 肆、戶籍資料之屬性

現行我國之戶籍資料完整度在全世界而言可謂數一數二，戶籍登記包含身分登記與遷徙登記，需民眾之主動配合申報。一般而言，歐美國家對於人民資料之登記僅包含文字屬性資料與數字屬性資料，前者指人民之姓名與家庭狀況，後者指個人社會安全號碼。此二種基本資料之結合所能產生者僅係平面資料，其能發揮最大之行政功能乃係身份認證。我國戶籍資料則有三類<sup>93</sup>：

第一、文字資料：姓名、性別、出生身分、收養身分、原住民身分、教育程度、婚姻狀況、出生死亡及其他註記資料。

<sup>90</sup> 參黃宗樂，論戶籍與身分登記，輔仁法學第 21 期，2001 年 6 月，頁 50~52。

<sup>91</sup> 參戶籍法第 7 條至第 14 條。

<sup>92</sup> 參閱戶籍法之相關規定。

<sup>93</sup> 參林宗良，臺灣戶籍政策對幽靈人口管理之研究，國立中正大學政治學研究所碩士論文，2011 年 10 月，頁 41~42。

第二、數字資料：統號、出生日期、年齡、胎別、及因文字資料產生之統計數字如人口密度等。

第三、空間資料：戶籍地址與遷徙紀錄，含有區位之意義。

此三種資料之間，可產生數種組合，主要有四大類，第一類係文字資料與數字資料之結合，可用於身分認證之管理。第二類係文字資料與空間資料之結合，可產生家庭、行政區域之行政及統計資料，作為政府施政與決策之依據。第三類係數字資料與空間資料之結合，可產生人口相關之行政及統計資料，分析人口分布狀況與流動變化趨勢，預測未來人口戶數，作為城市規劃之基礎。第四類係將三種戶政資料結合，依據各項行政業務之需求，搭配所需之資料項目，設計相關資訊系統，擴展戶政資料之運用範圍。

### 伍、戶籍登記之內容

依據戶籍法第4條之規定，戶籍登記分為身分登記、初設戶籍登記、遷徙登記、分（合）戶登記、出生地登記等。其中身分登記又可分為出生登記、認領登記、收養、終止收養登記、結婚、離婚登記、監護登記、輔助登記、未成年子女權利義務行使負擔登記、死亡、死亡宣告登記等八種；遷徙登記亦可分為遷出登記、遷入登記、住址變更登記等三種。本文僅就與選舉幽靈人口有關之初設戶籍登記與遷徙登記等相關規定說明如下：

#### 一、初設戶籍登記之規定

戶籍法第15條規定：「在國內未曾設有戶籍，且有下列情形之一者，應為初設戶籍登記：一、中華民國國民入境後，經核准定居。二、外國人或無國籍人歸化或回復國籍<sup>94</sup>後，經核准定居。三、大陸地區人民或香港、澳門居民，經核准定居。四、在臺灣地區合法居住，逾十二歲未辦理出生登記。」同法第20條規定：「中華民國人民初次申請戶籍登記時，其出生地依下列規定：一、申請戶籍登記，以其出生地所屬之省（市）及縣（市）為出生地。二、無依兒童之出生地無可考者，以發現地為出生地。三、在船機上出生而無法確定其出生地者，以其出生時該船機之船籍港、註冊地或國籍登記地為出生地。四、在兒童及少年福利機構收容教養，其出生地或發現地不明者，以該機構所在地為出生地。五、在國外出生者，以其出生所在地之國家或地區為出生地。六、不能依前五款規定確定其出生地者，以其居住處所地為出生地。」

#### 二、遷出登記之規定

戶籍法第16條規定：「遷出原鄉（鎮、市、區）三個月以上，應為遷出登記。但因服兵役、國內就學或入矯正機關收容者，得不為遷出登記。（第一項）全戶遷徙時，矯正機關收容人應隨同遷徙。（第二項）出境二年以上，應為遷出

<sup>94</sup> 有關外國人或無國籍人之歸化或回復國籍之相關要件與程序，國籍法與國籍法施行細則對於其要件與程序有詳盡之規定。

登記。但有下列情形之一者，不適用之：一、因公派駐境外之人員及其眷屬。二、隨我國籍遠洋漁船出海作業。(第三項)我國國民出境後，未持我國護照或入國證明文件入境者，其入境之期間，仍列入出境二年應為遷出登記期間之計算。(第四項)」。

### 三、遷入登記之規定

戶籍法第 17 條規定：「由他鄉（鎮、市、區）遷入三個月以上，應為遷入登記。(第一項)原有戶籍國民遷出國外，持我國護照或入國證明文件入境三個月以上者，應為遷入登記。原有戶籍國民喪失國籍後，經核准回復國籍者，亦同。(第二項)」。

### 四、住址變更登記之規定

戶籍法第 18 條規定：「同一鄉（鎮、市、區）內變更住址三個月以上，應為住址變更登記。」亦即，不同鄉（鎮、市、區）間之遷徙，因係由不同之戶政事務所管轄，故必須同時為遷出登記（遷出地之戶政事務所）與遷入登記（遷入地之戶政事務所）；然在同鄉（鎮、市、區）間之遷徙，因屬同一戶政事務所管轄，故僅需為住址變更登記。

### 五、戶政事務所依職權逕行登記之規定

戶籍法第 48 條規定：「戶籍登記之申請，應於事件發生或確定後三十日內為之。但出生登記至遲應於六十日內為之。(第一項)前項戶籍登記之申請逾期者，戶政事務所仍應受理。(第二項)戶政事務所查有不於法定期間申請者，應以書面催告應為申請之人。但由檢察官聲請死亡宣告、喪失中華民國國籍或臺灣地區人民身分者之廢止戶籍登記，得免經催告程序，由戶政事務所逕行為之。(第三項)有下列應為戶籍登記情形之一，經催告仍不申請者，戶政事務所應逕行為之：一、出生登記。二、監護登記。三、輔助登記。四、未成年子女權利義務行使負擔登記。五、死亡登記。六、遷徙登記。七、更正、撤銷或廢止登記。八、經法院裁判確定之認領、收養、終止收養、離婚、非由檢察官聲請之死亡宣告或其他非姓名變更之變更登記。九、經法院調解或和解成立之離婚登記。(第四項)」

### 六、戶籍逕遷至戶政事務所之規定

戶籍法第 50 條規定：「全戶遷離戶籍地，未於法定期間申請遷徙登記，無法催告，經房屋所有權人、管理機關、地方自治機關申請或無人申請時，戶政事務所得將其全戶戶籍暫遷至該戶政事務所。(第一項)矯正機關收容人有前項情形者，戶政事務所得逕為遷至矯正機關，不受第十六條第一項但書及第二項規定之限制。(第二項)戶政事務所接收收容人出矯正機關通報後，應查實並由收容人居住地戶政事務所辦理遷入登記。(第三項)」。

### 七、小結

前述各項規定均必須確實登記，如有登記不實者，戶籍法第 76 條規定：「申請人故意為不實之申請或有關機關、學校、團體、公司、人民故意提供各級主管

機關及戶政事務所不實之資料者，處新臺幣三千元以上九千元以下罰鍰。」。

### 第三節 戶籍制度對幽靈人口之影響

#### 壹、戶籍所在地、住所與實際居住地之關係

住所為吾人生活關係之中心，故法律即以之為法律關係之中心，是住所應等同於實際居住地址。現行民法第 20 條關於決定住所之標準，兼採主觀主義（久住之意思）及客觀主義（居住之事實）<sup>95</sup>，是否有久住之意思，應依一定事實探求之，如戶籍登記、居住情形、家屬概況及是否在當地工作等事實。惟住所為民法上之概念，籍貫則為戶籍法（行政法）上之概念，二者在事實上可能同一，但概念上應加分別。民法有住所與居所之分，戶籍法亦有本籍與寄籍之別，但並非必然一致。設籍、轉籍、除籍等另有其登記手續，雖可引為住所或居所之設定之有力證明方法，但已為住所設定或廢止而未為設籍或除籍登記者，並非不生設定或廢止住所之效力<sup>96</sup>。最高法院謂「當事人有無久住之意思，應依客觀之事實探求並認定之，而所謂一定之事實，尤以戶籍登記資料為主要之依據<sup>97</sup>。」此一裁定雖稱以戶籍為主要依據，但並非唯一依據，即可探知戶籍與住所並非同一。

有學者認為，戶籍並非住所，戶籍之重要意義在於國家對人口動態與靜態基本資料之掌控，戶籍資料特別具有人口統計上之意義。住所與戶籍地址固不相同，但二者之所以容易發生混淆，此乃因於戶籍法第 3 條規定「一人同時不得有二戶籍」，民法第 20 條亦規定「一人同時不得有兩住所」，惟民法並未完全禁止一人同時有二以上住所，民法第 23 條即將因特定行為選定之居所擬制為住所。是住所並非不得有兩個，僅就特定行為而言不得有兩個住所。實際生活重心之地址應即為民法上所稱之住所，戶籍住址僅具有「推定」為住所之作用，亦即若無其他反證，戶籍住址即可認定為住所，蓋民法上之住所並不採取登記主義，然戶籍住址因登記而有較明確之憑據。惟人民僅有戶籍地址之登記義務，並無將實際生活重心之住所據實登記為戶籍住址之法定義務。此舉非但不必要，亦不切實際，蓋將戶籍住址推定為住所，僅係行政機關之便宜措施，制度上並無理由將行政機關之便宜轉換為人民之義務。強制人民將生活重心地登記為戶籍地址，並作為一種法定義務，乃係專制國家控制人民行動自由之制度，民主法治國家不必如共產國家以控制人民行止為務，不僅制度上無此必要，實務上亦非如此執行。若需將戶籍地址視為住所，且人民有將實際生活住所據實登記為戶籍地址之義務，除需大量之特務警察外，該登記為戶籍地址之住所在法規上應有客觀適度之空間，足以作為永久生活者始足當之，但我國不似德國，並無法律規定作為戶籍登

<sup>95</sup> 參王澤鑑，民法總則，2009 年 6 月修定版，頁 152~153。

<sup>96</sup> 參李模，民法總則之理論與實用，1989 年 12 月修訂版，頁 44，註 5。

<sup>97</sup> 參最高法院 90 年度台抗字第 291 號、94 年度台抗字第 454 號民事裁定。

記之住所至少應具備多少空間之規定<sup>98</sup>。自一般社會生活現實以觀，為符合多元化社會生活機能之需求，必須准許人民任意選擇發生權利義務關係之地點，戶籍制度之設計，尤以每人僅能有一戶籍之制度，係基於行政管理上之便利及人民互相往來之公信力。故僅需人民之相互溝通、交換資訊之地點明確，即能滿足此項功能，使戶籍之設立可脫離個人之具體存在空間，此乃所謂之戶籍形式主義<sup>99</sup>。

## 貳、戶籍登記與個人資訊自決權

### 一、個人資訊自決權之保障

人民究竟有無將實際生活重心地據實登記為戶籍地址之義務，此涉及人民有無將個人資訊向國家據實透漏之義務，亦即國家有無權力干預人民生活重心住所之資訊自決權？個人資訊自決權係自然人人格權之一環，係德國實務見解所發展出之獨立基本權。個人資訊自決權係指人人皆有權自行決定，是否將其個人資料交付與供利用之權利。資訊自決權與隱私權之關係究竟為何，眾說紛紜，有認廣義之隱私權可完全涵蓋資訊自決權<sup>100</sup>，有認資訊自決權係保障個人外在行動之自由，資訊隱私權則係維護個人人格內在形成之彈性空間，資訊自決與資訊隱私不同之內涵與性質形成各自不完全相同之保護射程範圍<sup>101</sup>。在資訊科技日益精進之今日，個人資訊保護之重要性與日俱增，資訊自決權應可認係憲法第 22 條所保障之基本權利。

### 二、戶籍法對於資訊自主權之干預

有學者認為，戶籍法對於遷徙義務之登記，並未干預憲法第 10 條遷徙自由之保護領域。遷徙自由之主要內涵，乃係人民享有在國境內之任何地點停留與選擇住所，及基於此目的從事移動之自由。遷徙自由不僅保護人民改變所在地點之自由，亦保護人民不改變所在地點之自由。僅有在對於此範圍內之自由有所侵害，例如人民必須滿足一定條件、取得許可或提出證明始得遷徙，始構成對遷徙自由之干預。戶籍法賦予實際遷徙之人申報居住地點之義務，並非對於人民行使遷徙自由附加任何限制，而係要求人民向戶政機關揭露其居住地點之個人資料，故並未對遷徙自由造成任何干預，而係對資訊自主決定權之干預<sup>102</sup>。本文認為，戶籍法有關必須將實際生活重心地登記為戶籍地址之義務，固然係對個人資訊自主決定權之干預，惟若基於個人資訊自主決定權可導出人民並無向國家揭露其實

<sup>98</sup> 參李惠宗，論「選舉幽靈人口」的罪與罰—最高法院八十八年度台上字第五八九五號刑事判決及台南地檢署有關幽靈人口法律問題座談意見評釋，台灣本土法學雜誌第 9 期，2000 年 4 月，頁 39-40。

<sup>99</sup> 參許玉秀，幽靈人口妨害投票罪？輔仁法學第 22 期，2001 年 12 月，頁 24。

<sup>100</sup> 參李惠宗，裁判書上網公開與個人資訊自決權的衝突，月旦法學雜誌第 154 期，2008 年 3 月，頁 24。

<sup>101</sup> 參邱文聰，從資訊自決與資訊隱私的概念區分—評「電腦處理個人資料保護法修正草案」的結構性問題，月旦法學雜誌第 168 期，2009 年 5 月，頁 177。

<sup>102</sup> 參薛智仁，虛遷戶籍而投票之可罰性，法學新論第 7 期，2009 年 2 月，頁 91。

際生活重心地之義務者，亦即承認人民有不在戶籍地居住之權利，戶籍法此項規定自屬侵害人民之居住遷徙自由，從而刑法處罰選舉幽靈人口之規定，自與憲法保障居住遷徙自由之意旨有違。

### 三、戶籍法干預資訊自決權之正當性

憲法固對基本權原則上加以保障，但在符合比例原則之條件下並非不得以法律加以限制。戶籍法對於個人資訊自決權之干預，乃係國家對於人民進行管理所致，戶籍地址之登記，係在便於國家與人民間之資訊聯絡，就目的合憲性審查應屬合憲，在手段適合性上，戶籍地址之登記應可完全有效達成國家對人民管理之目的。惟，就手段必要性而言，是否可不藉由戶籍登記而能有其他方式達成管理人民之目的？在手段合比例性上，國家可否僅因管理上之便利而全面掌控人民之實際生活處所？此所追求之公益是否大於對人民資訊自決權之侵害？

本文主張，國家對人民資訊自決權之干預，尤以實際生活住所之掌控，應就不同之人民而有不同程度之掌控。就一般人民而言，全面掌控人民之實際生活地址實無理由且無必要，僅能掌握基於公法關係而須送達之處所，例如稅單等類行政處分之送達，又例如刑事訴訟程序中傳喚證人所為傳票之送達，此際國家僅須知悉受送達人之「通訊處所」即可，亦即僅須知悉其可連絡之處所，毋庸知悉其確實之生活處所，渠等人民亦無實際居住於該處之義務，且無將實際生活重心地址向國家揭露之義務，而吾人實難想像民主國家掌握人民實際居住地址有其他原因。國家必須制定通訊處所登記制度，指派相關機關為之，並規定人民必須登記通訊處所，且人民得隨時自由申請更換其通訊地址而無須附具任何理由，該通訊地址必須可確實連絡至該人民，登記不實而致國家資訊無法聯絡至該人民者，所引發之不利益後果自應由人民自行承擔，故對該通訊地址所為之送達即可擬制為合法之送達。現今吾人基於私法關係所為之送達，例如帳單之寄送、網路郵購物品之寄送，通常亦係由收受人自由決定其收受之通訊處所，鮮少有要求須登記戶籍地址者，而在私法關係中，亦鮮少聽聞有針對帳單或物品之送達之地址引發訴訟爭執者，例如主張未收受帳單而要求其清償期應向後延；反觀在公法上，卻屢見受處分人主張該行政處分未經合法之送達，該行政處分對其不生效力云云而引發相關之行政爭訟，此實乃國家機關過度仰賴戶籍地址所致。然對於人民在公法上必須掌握其實際居住地址者，例如刑事訴訟程序中受限制住居裁定之被告、依行政執行法受限制住居之義務人等，此際國家始能掌握其實際生活重心之處所。如此，方能兼顧國家管理人民之公益，以及人民資訊自主決定權之保障。

### 參、我國行政機關與司法機關對戶籍所在地之依賴與迷思

承前所述，戶籍地址僅具有推定為住所之作用，人民並無將實際生活重心之住所據實登記為戶籍地址之法定義務。然綜觀我國實務見解，不論係司法機關、立法機關或係行政機關，皆過於仰賴戶籍登記地址，必欲將戶籍地址與住所

等同視之，法制上亦多有以戶籍地址為依據之相關規定<sup>103</sup>，因而衍生諸多爭議，選舉幽靈人口之處罰，亦係立法者將戶籍地址擬制為實際居住地址之結果。本文以下僅就司法院大法官解釋之案例與法務部之見解，分別說明之。

## 一、司法院大法官釋字第 398 號解釋

### (一) 案例事實

緣彰化縣埤頭鄉農會於民國 77 年 10 月 25 日申報聲請人為會員參加農保，嗣聲請人於 78 年 7 月 15 日將戶籍遷至雲林縣西螺鎮，78 年 10 月 4 日遷回，再於 79 年 2 月 19 日戶籍遷至雲林縣西螺鎮，79 年 3 月 22 日遷回彰化縣埤頭鄉，彰化縣埤頭鄉乃於 81 年 10 月 1 日重新申報加保，案經勞工保險局查明上開事實後，認聲請人於 78 年 7 月 15 日遷出農會組織區域，自應喪失被保險人資格，乃發函知該農會並副知原告，自 78 年 7 月 16 日起取消其被保險人資格，另其於 81 年 10 月 1 日加保部分已受理在案。至原告住院診療費用，俟查定後另行核定。原告不服，申請爭議審議，要求恢復 78 年 7 月 16 日起至 81 年 10 月 1 日止之被保險人資格。案經審議駁回，乃提起訴願、再訴願，均遭決定駁回，遂提起行政訴訟，經行政法院 83 年度判字第 999 號判決原告之訴駁回。聲請人聲請解釋意旨略以：農民健康保險條例公佈後，農會法第 18 條第 4 款<sup>104</sup>有牴觸憲法第 7 條及第 10 條之疑義，為此聲請解釋。

### (二) 解釋文與理由書（節錄）

釋字第 398 號解釋文稱：「農會係以保障農民權益、提高農民知識技能、促進農業現代化、增加生產收益、改善農民生活、發展農村經濟為宗旨，得由居住農會組織區域內，實際從事農業之人依法參加為會員。農會既以其組織區域內之農民為服務對象，其會員資格之認定自以「居住農會組織區域內」及「實際從事農業」為要件。農會法第 18 條第 4 款規定農會會員住址遷離原農會組織區域者為出會之原因，係屬法律效果之當然規定，與憲法第 7 條及第 10 條亦無牴觸。……」其理由書略以：「農會既以其組織區域內之農民為其服務對象，其會員資格之認定，自以『居住農會組織區域』內及『實際從事農業』為要件。農會法第 18 條第 4 款規定農會會員住址遷離原農會組織區域者為出會之原因，係屬法律效果之當然規定。況辦理戶籍遷徙登記，係出於當事人之自願，應無違反憲法第 10 條人民有居住遷徙之自由；而實際從事農業工作者，又非不得依農會法之有關規定申請加入其新居住區域之基層農會為會員，亦無違反憲法第 7 條平等

<sup>103</sup> 在全國法規資料庫網站之法規檢索頁面，搜尋法規內容中有「戶籍地」之相關法規，可發現有近百種之法律或命令。

<sup>104</sup> 農會法第 18 條

農會會員有左列情形之一者為出會：

- 一、死亡。
- 二、有第十六條第一至第三款情形之一者。
- 三、喪失中華民國國籍者。
- 四、住址遷離原農會組織區域者。
- 五、除名。

權之可言。……」，從而肯定農會法第 18 條第 4 款有關將住址遷離原農會組織區域之農會會員擬制為出會之規定，與憲法第 7 條與第 10 條之規定並無牴觸。

### (三)蘇俊雄大法官部分不同意見書（節錄）

農會法第 14 條第 4 款規定農會會員住址遷離原農會組織區域者為出會。多數通過之解釋文認為，農會既以其組織區域內之農民為服務對象，其會員資格之認定應以「居住農會組織區域內」及「實際從事農業」為要件，是以上開出會原因之規定，係屬法律效果之當然規定，且與憲法第 7 條及第 10 條尚無牴觸。此項合憲判斷原則上固可贊同，但該款有關「住址遷離農會組織區域」之要件，應有作限定解釋（或合憲性解釋）之必要。蓋若單以「戶籍之遷離」，即一律強制出會，而未考量農民是否主觀上仍有保留永久居住之意願，以及客觀上仍繼續在原組織區域內從事實際農作之事實，應即與上揭憲法意旨相違。

農會基於其地域性組織之特性，而以「於區域內居住」及「實際從事農業」為認定其會員資格之要件，固屬事物本質之理。然農民之參加農會組織，屬於憲法保障之自由與權利；故其入會與出會要件之規定與解釋，應尊重農民之主觀意思，並以其客觀上是否於區域內實際營運農業生活，做為核心內容。就入會資格之限制而言，係由農民自願申請參加，自無問題；但就上開出會之規定而言，如會員並非以廢棄久居脫離實際農業活動之意思而遷離戶籍，則單以戶籍之遷出即令強制出會，即可能與上述自由意思之尊重原則有違，牴觸憲法保障結社自由之意旨。而此項違憲疑義之關鍵，乃在於該款所謂「住址遷離」，概念解釋上容有「住所變更」或「戶籍變更」等不同之界定；而後者在判斷上，並不要求具體考量實際情事與當事人真意，以致可能造成對農會會員資格保持上不必要之限制。至若採取如民法上有關「住所變更」之法理來解釋本款「住址遷離」之要件，則戶籍之登記固可為判斷上之參考，但仍應依一定事實（例如居住情形、家屬概況及是否仍在當地工作等）及當事人之意思，具體認定之。此項解釋方法，毋寧方得使本款規定合乎憲法保障結社自由之意旨。申言之，人民辦理戶籍遷出之意思，在民法上既不等於變更住所之意思，在此際自亦不足以做為判斷當事人有無脫離其原農事區域意思之標準。自憲法保障農民參加農會之結社自由之意旨以觀，所謂「住址遷離」此項構成要件之解釋，乃不能僅以戶籍變更之事實，而仍必須有實際之表徵，足認其有脫離農會服務區域之意思方可，方不致與上開自由意志之尊重原則相違。

多數通過之解釋理由，以辦理戶籍遷徙登記，係出於當事人之自願為由，認為農會法第 18 條第 4 款以住址之遷出為出會原因之規定，應無違反憲法第 10 條人民有居住遷徙自由之保障意旨。按人民辦理戶籍遷徙登記，固係人民自主權利之行使，但本案判斷之重點，應係農會法第 18 條第 4 款之規定，有無對上項權利之行使，造成不必要之限制。就此而言，若將「住址遷離」解釋為「戶籍遷離」為已足，使農民之遷移戶籍逕生強制出會之法律效果，則無疑會造成農民心理上之壓力，妨礙其基於其他考量（如子女教育、農閒時與區域外之子女同居或扶養目的等等）而辦理戶籍變更登記之自由。此種因不當法律解釋所引生之內心

壓力與負擔，對農民遷徙「戶籍」之自由，無疑會產生抑制之作用；法理上若無理由可期待農民須承擔此種心理壓力，則此際農會法該條規定，應已構成對農民遷徙自由不必要之限制。相對地若將該規定「住址遷離」之要件，做較嚴格之限定，則應足以避免此項當事人所指摘之違憲爭議。

聲請人聲請解釋所據之判決中，用以判斷農會法第 18 條第 4 款農會會員遷離住址之要件，所援用之內政部 71 年 8 月 26 日台內社字第 106725 號相關函釋，謂「住址」應以戶籍為準之部分，與上開意旨不符。聲請人雖未具體就該號函釋之違憲疑義聲請解釋，但為求本號解釋相關法令在憲法秩序上之整體性與一貫性，其不符合憲解釋之原則，應併予指明。此不當之解釋方法，對國家輔導農業及保護農民福利之任務，更產生適得其反之效應；此除可能過度限制農民參加農會之自由外，且使得戶籍遷離但仍實際在原區域內從事農業工作者，因強制出會之結果，而不能享有農會對於會員各種農業技術改良、生產資訊、計劃生產等等輔導、保護之服務。且其被扭曲擴充援用之結果，亦嚴重影響農民健康保險之權益；多數通過之解釋文對此亦有所指摘。

綜合所析，基於「法律解釋應使其不逾越憲法範圍，方為正鵠」之法理，農會法第 18 條第 4 款規定，與憲法上開意旨雖尚無抵觸，惟若如確定判決所援用之內政部 71 年 8 月 26 日台內社字第 106725 號相關函釋，謂住址應以戶籍為準，則已超越合憲解釋之範圍，而應予限定。此見解未獲多數通過之解釋文採納，應於不同意見書辯明。

## 二、法務部見解<sup>105</sup>

### (一)問題之提出

行政程序法施行後，義務人之核定稅額處分文書無法送達，查其戶籍已經戶政機關依戶籍法第 47 條第 4 項、第 5 項<sup>106</sup>及其施行細則第 15 條第 3 項<sup>107</sup>規定逕為遷出登記，並暫遷至該戶政事務所者，稅單是否應向逕為遷出登記前之原戶籍地送達，如仍無法送達時，始得為公示送達。（提案機關：桃園行政執行處）

### (二)研擬意見

#### 1. 肯定說

此說認為應向逕為遷出登記前之原戶籍地為送達，如仍無法送達，始得為公示送達。按行政程序法第 78 條第 1 項第 1 款所稱「應為送達之處所不明」，係指應受送達人之住居所、營業所、事務所或其他應為送達之處所全部不明者。戶籍登記係戶政機關本於戶籍管理依戶籍法所為之登記，義務人之戶籍地雖得推定為其住所，惟提案情形，經戶政事務所逕為遷出登記暫遷至該戶政事務所者，

<sup>105</sup> 法務部行政執行署處 93 年度法律座談會（提案三）。

<sup>106</sup> 戶籍法於民國 97 年修正，該內容規定於現行法之第 50 條。

<sup>107</sup> 戶籍法施行細則於民國 98 年 1 月 7 日修正，該內容規定於現行法之第 19 條。

該戶政事務所地址顯非基於義務人之意思所設定，並非義務人之住所。其「應為送達處所」應指基於義務人意思所決定之最後住所地，即逕為登記前之原戶籍地。應對該處所送達，如仍無法送達，始得為公示送達。

## 2. 否定說

此說認為無庸向逕為遷出登記前之戶籍地為送達，即可逕為公示送達。按行政程序法第78條第1項第1款規定「應為送達之處所不明者」，行政機關得依申請或依職權為公示送達，係以「應為送達處所不明」之事實為要件。查戶籍法第47條第4項規定「全戶遷離戶籍地，未於法定期間申請遷出登記，無法催告者，經房屋所有權人或地方自治機關申請，戶政事務所得逕為遷出登記。」同條第5項復規定「前項房屋所有權人或地方自治機關不為申請時，戶政事務所得逕為登記。」又戶籍法施行細則第15條第3項規定「戶政事務所依本法第47條第4項及第5項規定逕為登記者，應將其全戶戶籍暫遷至該戶政事務所並註明地址，同時通報警察機關。」準此，戶政機關依該前揭規定逕為遷出登記，並將其戶籍暫遷戶政事務所者，係因義務人已遷離原戶籍地，且他遷不明無從催告。此時，原戶籍地已非義務人之住所，自無庸向該址送達。且依戶政機關此項記載可知，義務人已有「應為送達處所不明」之事實，得依法辦理公示送達。初步研討結果採此說。

## 3. 法務部行政執行署初審意見

按「應受送達人行蹤不明，致文書無從送達者，稅捐稽徵機關應先向戶籍機關查明，如無著落時，應由稅捐稽徵機關保管應送達之文書，而於其牌示處黏貼，並於新聞紙登載公告，曉示應受送達人，應隨時向其領取」為稅捐稽徵法第18條第2項所規定，所謂「行蹤不明」，不必任何人皆不明其所在，如其離去其住所或居所，復無其他可聯絡之地址，致無從查明其蹤跡，即可謂為行蹤不明，至於義務人之戶籍所在地，僅係送達處所之參考（法務部93年2月17日法律字第0930005316號函釋參照），不宜僅以義務人之戶籍業經戶政機關辦理遷出登記，即謂義務人有行蹤不明之情事，題示情形，移送機關宜再查明義務人之住居所、營業所、事務所或其他可供聯絡之地址，如經再行查明仍不知義務人去向或已遷離，似得謂已達「行蹤不明」之客觀狀態，得依前揭規定辦理公示送達，始屬允妥。

### （三）研討結論

多數決採否定說，本案原則上無庸向逕為遷出登記前之戶籍地為送達，即得為公示送達。惟因義務人之戶籍所在地，僅係送達處所之參考，如依個案情形為形式上審酌，不符合「應受送達人行蹤不明，致文書無從送達者」之要件，仍不得僅以義務人之戶籍業經戶政機關辦理遷出登記，即謂義務人有行蹤不明之情事，而為公示送達。

## 三、本文評析

自司法院大法官釋字第 398 號解釋之背景事實與行政爭訟敗訴之過程，直至解釋文作成中，以及法務部行政執行署處 93 年度法律座談會提案三之研討議題，實不難看出，國家機關包含行政、立法、司法等，皆過於注重戶籍登記地址，將原本僅具有推定之功能，與以擬制化，必欲將戶籍住址視為住所，方產生許多此類型之紛爭。因之，僅需將國家之統治行為與戶籍制度逐漸脫鉤，並建立一套通訊地址制度，此類問題自然迎刃而解。

#### 第四節 小結

戶籍制度，係一種以戶為單位之人口管理方法，在現今採用戶籍制度之國家已不多見，而多數國家採取以個人為單位之人口管理制度。我國之戶籍制度可溯自日本統治臺灣時期，現今我國戶籍登記資料種類繁多，內容詳實，其完整度在世界上堪稱數一數二。目前，國家機關過度仰賴戶籍登記地址，在法制上亦多有以戶籍地址為依據之相關規定，因而致生許多法律適用上之紛爭。戶籍地址應僅具有推定為實際居住地之性質，此乃基於憲法保障個人之資訊自主決定權，人民並未有將實際生活重心地址據實登記為戶籍地址之義務，國家亦未有掌握人民實際生活地址之權力。為完成因公法關係而生之送達，使行政處分因之生效等目的，國家僅須掌握人民之通訊地址即可，對於少數依法受限制住居之人民，國家始得掌握其實際生活地址。戶籍法中對於戶籍遷徙必須登記與相關之處罰規定，實有檢討修正之必要。國家之一切統治行為，亦應與戶籍制度逐漸脫鉤，而改採以個人為單位之人口治理模式。我國現行選舉制度中，選舉人與候選人之選區，仍以戶籍地址為依據，選舉幽靈人口之問題即隨之而生，此容本文於第五章論述之。

## 第五章 選舉制度

### 第一節 選舉制度概說

民主政治以民意政治及責任政治為內涵；現代法治國家組織政府、推行政務，應以民意為基礎，始具正當性。選舉係伴隨近代民主思潮及民主制度而生之產物，被視為建立民主、實行民主之最直接手段。民主政治已成為全世界大多數國家所實行或追求之政治體制。所謂民主政治通常係指代議民主，亦即政府係經由人民自由意志選舉產生之代表所治理，從而公平、公正與定期進行之選舉便成為判斷一國之政治體制是否依循民主原則運作之重要指標。釋字第 261 號解釋即稱：「民意代表之定期改選，為反映民意，貫徹民主憲政之途徑。」釋字第 499 號解釋更進一步指出：「按國民主權原則，民意代表之權限，應直接源自國民之授權，是以代議民主之正當性，在於民意代表行使選民賦予之職權須遵守與選民約定，任期屆滿，除有不能改選之正當理由外應即改選，乃約定之首要者，否則將失其代表性。」

選舉制度係國家機關成立及組成之主要依據，其乃係人民意志影響國家機關設置之直接表現，尤以總統選舉及國會議員選舉，可牽動一國之政治權力之更替與重組。國家機關經由選舉程序取得其統治行為上之民主合法性，透過選舉使國家機關之成立與日後國家權力之行使皆可直接或間接源自於人民之意志與同意。選舉亦使執政者必須對其政策之成敗負責，給予人民和平更換政府成員之權利，而避免不必要之流血暴力衝突。選舉制度之設計，影響國家之組成至深且鉅，幽靈人口現象之發生亦係選舉制度之設計不良所造成，本文擬分別就選舉計票制度、選舉原則與選舉法規加以論述，探究選舉幽靈人口法律問題形成之原因。

### 第二節 選舉法制之原則與規定

#### 壹、我國選舉法制概說

憲法第 17 條規定，人民有選舉、罷免、創制及複決之權，即明白揭示人民之參政權。憲法第 129 條以下更詳列選舉、罷免、創制、複決之原則。為使選舉更合乎公開、公平、公正之要求，乃於民國 69 年 5 月 14 日制定「動員戡亂時期公職人員選舉罷免法」，該法於民國 80 年 8 月 2 日配合動員戡亂時期之終止，更名為現今之「公職人員選舉罷免法」。原國民大會代表選舉罷免法、立法院立法委員選舉罷免法、監察院監察委員選舉罷免法、省參議員選舉條例、縣參議員選舉條例、市參議員選舉條例、鄉鎮民代表選舉條例等均於民國 92 年 6 月 11 日加以廢止，除國民大會因憲法增修條文將其完全凍結因而廢除國民大會代表、監察

委員之產生改由總統提名經立法院同意任命因而喪失其民意代表之性質、省之地位與功能因修憲而改變因而廢除省議會議員者外，其餘公職人員之選舉均全數納入公職人員選舉罷免法加以規範。此外，為配合憲法增修條文將總統副總統之選舉改為人民直選，原由國民大會行使選舉罷免總統、副總統職權之舊總統副總統選舉罷免法，亦於民國 88 年 12 月 15 日廢止，而由現今之總統副總統選舉罷免法取代之。然比較此二部選舉罷免法，可發現其架構幾乎雷同，有諸多條文甚至一字不差，因之本文在論述選舉法規各項規定時，將同時列舉公職人員選舉罷免法與總統副總統選舉罷免法相關之條文，相互比較論述之。

## 貳、選舉原則

憲法第 129 條規定，「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。」明白揭示四項選舉之基本原則，立法者在制定各項選舉規範時，均應受此四項原則之拘束，本文簡要論述如下<sup>108</sup>。

### 一、普通原則

本項原則所處理者係何人有選舉權與被選舉權，主要目的在阻止將特定之人民族群排除於選舉之外，保障所有之國民原則上均得參加選舉，禁止立法者基於政治、經濟、社會教育等種種理由造成選舉與被選舉權之差別待遇，彰顯形式上之平等，使每一國民得以相同之方式行使選舉權。僅有在重大理由下，方能以法律限制人民之選舉權，目前所承認之限制有國籍、年齡與居住期間，以及受輔助宣告者，原尚有受褫奪公權宣告者之規定現已刪除。

### 二、平等原則

平等原則要求每一選舉人有相同之投票數，任何一票皆有相同之價值，禁止立法者依據收入、地位、教育程度或納稅之高低等任何理由區分不同之投票數或選票價值之高低，平等原則與國民主權原則緊密牽連，於政治意志形成過程中，所有人均有相同之影響力。平等原則不僅限於投票行為，尚包含候選人之參與、競選活動、計票以及席次分配等所有之選舉程序。尤係席次分配時，每一選票對於選舉應有相同之影響，在多數選舉制中，每一張選票均應有相同之計算價值，因之每一席次獲得之選票皆應相同<sup>109</sup>；在比例代表制中，每一張選票不僅須有相同之計算價值，將選票轉換為席次時，所有選票皆應具有相同之結果價值。平等原則亦確保候選人具有相同之當選機會，釋字第 340 號解釋

<sup>108</sup> 參蕭文生，國家組織：第二講—選舉制度，月旦法學教室第 15 期，2004 年 1 月，頁 90~93。

<sup>109</sup> 以區域立法委員選舉為例，臺北市選區之立法委員當選票數約數萬票，連江縣選區之當選票數則不到三千票，差距數十倍，是否有違反平等原則之虞？本文認為，此乃係憲法本身對平等原則之突破，係對離島地區先天條件不平等之反思，憲法增修條文第 10 條第 12 項亦明文保障離島地區之政治參與，屬實質之平等，應無違憲之虞，類似見解參李惠宗，憲法要義，2006 年 9 月第 3 版，頁 314。

即指出，公職人員選舉罷免法原有關無政黨推薦之候選人須繳納之保證金高於有政黨推薦者之規定，與平等原則之要求有違而無效。

### 三、直接原則

直接原則要求選舉之結果必須直接來自人民之投票行為，席次之決定僅能由選民之選票為之，不需任何轉換方式或第三人之協助，直接由選舉人決定最終之選舉結果。第六屆之前之全國不分區立法委員選舉，政黨當選席次為其黨籍候選人之得票數比例換算，非由人民直接對政黨進行投票，與直接原則有違，在改採單一選區兩票制後，此現象得以解決。

### 四、無記名原則

無記名原則在保障選舉人有權保密其選舉之決定，確保投票過程之秘密性及禁止官方或他人之刺探。本原則之目的旨在保護選舉人之決定不會受到任何壓力，且其在投票後不會遭受任何不利益。無記名選舉非但係選舉人個人之權利，亦係選舉人之義務，其不得以自由意志放棄之。選舉人不得在投票過程中使他人知悉其所為之決定，故選舉人於投票過程中不得亮票<sup>110</sup>，不得使用選委會制定之圈選工具以外之物品圈選<sup>111</sup>，選舉人及其他任何人皆不得攜帶攝影器材進入投票所<sup>112</sup>，於無記名投票中刺探票載內容者將遭受刑罰之處罰<sup>113</sup>，此皆係為確保無記名原則得以徹底實踐。通訊投票制度相較之下不易確保選舉人所為之決定能保有其秘密性，但可使無法返回戶籍地投票之選舉人行使其投票權，而滿足普通選舉原則之要求，因之立法者應在二項原則所保護之利益上加以衡量，如有適當之機制可確保通訊投票之秘密性，則通訊投票制度實無拒絕適用之理。

### 參、計票制度

選舉制度中最重要且最複雜者乃係選票之計算問題，亦即如何將成千上萬張選票規納至數目有限之議會席次。計算之方法不同，將產生各種不同之選舉制度，包含選票之設計、候選人產生之方法、當選席次之分配等問題。選舉程序之設計對選民意志表達與政黨間之競爭將產生深遠之影響。由於選舉乃係民主國家內人民參與表達政治意見最通常之方法，並透過選舉產生統治者以實現民主自我決定自我統治之原則，因之選舉制度之設計必須充分反映民意，在某種程度上亦必須形成有效之多數統治。所謂充分反映民意，例如某政黨在議員選舉中獲得百分之五十之選票，但卻當選百分之九十之席次時，該計票制度即

<sup>110</sup> 參公職人員選舉罷免法第 63 條第 2 項、總統副總統選舉罷免法第 59 條第 2 項。

<sup>111</sup> 參公職人員選舉罷免法第 64 條第 1 項第 9 款、總統副總統選舉罷免法第 60 條第 1 項第 8 款。

<sup>112</sup> 參公職人員選舉罷免法第 65 條第 3 項、第 4 項、總統副總統選舉罷免法第 61 條第 3 項、第 4 項。

<sup>113</sup> 參刑法第 148 條。

未充分反映民意。所謂形成有效之多數統治，例如造成長期性之小黨林立，而使國家意志無法有效形成甚或癱瘓時，則該計票制度自未能形成有效之多數統治。目前雖然有許多計票制度可供選擇，惟基本之設計仍以多數選舉制、比例代表制與單一選區兩票制等，本文僅就此三種制度稍加論述<sup>114</sup>。

### 一、多數選舉制

多數選舉制係傳統上最常見之制度，係指在選區內獲得多數選票之候選人或政黨即可當選該選區議員席次之制度，可附加上不同之設計，例如每一選區選出單一席次之小選區制，與每一選區選出複數席次之大選區制，又如要求須絕對多數或僅相對多數即可等。此制度最大之優點在於簡單明瞭容易了解，較易形成有效之多數統治，國會內之權力關係相對明確，易凸顯所謂責任政治。其缺點在於議員與地方關係緊密，必須重視其選區內之利益而無法顧及整體之利益，且此制度易造成選票之比例與席次之比例不均，例如某政黨其當選席次之比例遠大於其得票率。

### 二、比例代表制

比例代表制適用於一選區內選出多數議員之大選區制，在一選區僅選出一名議員之小選區制則喪失其意義。係指依據選票之分布情形來決定當選之席次，各政黨所當選之席次與其得票數相當，使多元意見得以在議會中充分表達，相較於多數選舉制，比例代表制更符合平等原則之要求。由於選票集中計算並分配於席次中，最能突顯出選票與席次間之完全反應，選舉程序完全中立，對於選票與政黨席次分配之比例毫無影響，僅選票影響議會之組成而非選舉程序。為避免小黨林立而無法形成有效之多數統治，比例代表制通常會引進一定比例之門檻（例如我國全國不分區立法委員之選舉即規定百分之五<sup>115</sup>）然此項門檻將形成不利小黨而有利於大黨之情形。

### 三、單一選區兩票制

基於多數選舉制與比例代表制各有其優缺點，因之發展出混合兩套制度優點之制度，其中以德國聯邦議會之單一選區兩票制最具代表性，此亦係我國第七屆以降之立法委員選舉模式。所謂單一選區兩票制，係指議員選舉區分為區域選舉與不分區選舉，每位選舉人有二張選票，其中一張投予其所在選區之候選人，另一張則投予政黨。區域選舉由得票數高之候選人當選，此部分採行多數選舉制；不分區選舉則統計政黨票數之比例以分配當選席次，此部份採行比例代表制。由於在第六屆以前之全國不分區立法委員選舉，選舉人僅有一張選票，其投予某一候選人即擬制為支持該候選人所屬之政黨，但對選舉人而言其支持某位候選人未必支持該候選人之政黨，因之該制度飽受批評。在採行單一選區兩票制後，該情形應可獲得改善。

<sup>114</sup> 參蕭文生，國家組織：第二講—選舉制度，月旦法學教室第15期，2004年1月，頁95~97。

<sup>115</sup> 參公職人員選舉罷免法第67條第2項第5款。

## 肆、選舉法規之相關規定

## 一、選舉機關

選舉過程係一項繁雜之程序，需嚴格確認相關權限之行使、期限、文件審查與程序進行，且選舉資格、參選資格、選票計算、投票結果之認定皆須有效之確認，因之選務工作必須透過一定規模之國家組織方能加以運作。辦理選務機關之成員形成類型有三，一係由選舉而形成，二係由行政權之任命而形成，三係由司法官形成<sup>116</sup>。

我國現行選舉工作係由各級選舉委員會辦理<sup>117</sup>。依據公職人員選舉罷免法第 8 條之規定，中央選舉委員會隸屬行政院，置委員若干人，由行政院院長提請總統派充之，其所屬之直轄市、縣（市）選舉委員會，各置委員若干人，由中央選舉委員會提請行政院院長派充之。此外，各選舉委員會委員，應有無黨籍人士；其具有同一黨籍者，在中央選舉委員會不得超過委員總額五分之一，在直轄市、縣（市）選舉委員會不得超過各該選舉委員會委員總額二分之一。依據中央選舉委員會組織法第 5 條之規定，本會依據法律，獨立行使職權。本會委員應超出黨派以外，依法獨立行使職權，於任職期間不得參加政黨活動。直轄市縣市選舉委員會組織準則第 5 條亦規定，選舉委員會依據法令，公正行使職權。選舉委員會委員、監察小組委員應超出黨派以外，依法令行使職權。因之，各級選舉委員會除組織獨立外，其內部成員亦須超出黨派之外，依法令公正行使職權，不受任何干預。

## 二、選舉人

其於國民主權之原則，理論上所有國民均應享有選舉權，惟民主政治之歷史發展出一定條件之限制。現行法制上，對於選舉人有積極之限制與消極之限制二項條件。

積極要件一般包含國籍、具備一定之年齡（我國與日本規定 20 歲<sup>118</sup>，德國為 18 歲<sup>119</sup>），以及居住之期限（我國之一般公職人員選舉為 4 個月<sup>120</sup>、總統副總

<sup>116</sup> 參謝瑞智，選舉罷免法論，1981 年 12 月，頁 49~50。

<sup>117</sup> 參公職人員選舉罷免法第 6 條、總統副總統選舉罷免法第 6 條。

<sup>118</sup> 參中華民國憲法第 130 條、公職人員選舉罷免法第 14 條、總統副總統選舉罷免法第 11 條。日本公職選舉法第 9 條

日本國民年滿二十歲以上者，具有眾議院議員及參議院議員之選舉權。

日本國民年滿二十歲以上，在市町村區域內繼續設有住所三個月以上者，具有其所屬地方公眾團體議會議員及首長之選舉權。

<sup>119</sup> 德國聯邦選舉法第 12 條第 1 項

有選舉權之人，係指基本法第 116 條第 1 項所稱之所有德意志人民，並於投票當天：

1. 年滿十八歲者；
2. 在本法施行地區擁有住所，或經常居住期間滿三個月者；
3. 未依第 13 條之規定，被剝奪選舉權者。

<sup>120</sup> 公職人員選舉罷免法第 15 條

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。

前項之居住期間，在其行政區域劃分選舉區者，仍以行政區域為範圍計算之。但於選舉公告發

統選舉為6個月<sup>121</sup>、日本之國會議員則無居住期間之限制，僅地方首長與議員之選舉為3個月、德國僅規定在其境內有住所或經常居住期間滿3個月即可)。居住期限之規定，其主要目的在於凸顯選舉人與選區之忠誠關係與民主政治理性之假設（知悉選區事務者方能作出最佳決定）<sup>122</sup>。惟居住期限之規定，可能造成善意選民之正當遷徙自由，蓋隨科技不斷之進步，往來於數地者日眾，人民遷徙至他地之情形亦復增加，此種遷徙有工作或其他因素之牽涉，此時若因遷徙而不符合居住期限之限制而不能行使投票權，亦屬事理上之不平，因之遂有主張放寬居住期限之聲浪。以美國為例，多數州將原居住期限為1年之規定改為1個月<sup>123</sup>。

消極要件則係指受監護宣告尚未撤銷者，蓋此等人民在民法上既無行為能力，不能單獨為有效之法律行為，則其更無力參與公共事務。此外，為配合刑法第36條，將褫奪公權剝奪犯罪行為人之選舉、罷免、創制、複決等權利之規定加以刪除，其理由略以不分犯罪情節、犯罪種類，齊頭式之剝奪人民選舉權之行使，似與受刑人之再社會化之目的有悖，則迭遭質疑其與預防犯罪之關係。為兼顧預防犯罪及受刑人再社會化之理想，宜修正褫奪公權內涵，將選舉、罷免、創制、複決等參政權行使之限制，與憲法第23條以法律限制基本權利行使之必要性、比例原則相契合<sup>124</sup>。故公職人員選舉罷免法、總統副總統選舉罷免法中有關選舉人受褫奪公權宣告作為消極要件之規定，亦配合加以刪除<sup>125</sup>。

### 三、選舉人名冊

#### (一)選舉人名冊之編造

選舉人名冊之編造程序，在立法例上有三種：由主管機關依職權編造、由選舉人自行登記、與強制選舉人必須登記等，我國係由主管機關依職權編造，由鄉（鎮、市、區）戶政機關依據戶籍登記資料編造<sup>126</sup>，戶政機關編造選舉人

---

布後，遷入各該選舉區者，無選舉投票權。

<sup>121</sup> 總統副總統選舉罷免法第12條

前條有選舉權人具下列條件之一者，為選舉人：

一、現在中華民國自由地區繼續居住六個月以上者。

二、曾在中華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。

前項第二款在國外之中華民國自由地區人民申請返國行使選舉權登記查核辦法，由中央選舉委員會會同外交部、僑務委員會另定之。

<sup>122</sup> 參蕭文生，國家組織：第二講—選舉制度，月旦法學教室第15期，2004年1月，頁86-87。

<sup>123</sup> 參林超駿，選舉人名冊與選舉正潔—抑制幽靈人口之關鍵，台灣法學雜誌第153期，2010年6月，頁35-36。

<sup>124</sup> 參刑法第36條修法理由第2點（民國94年2月2日）。

<sup>125</sup> 參公職人員選舉罷免法第14條立法理由（民國95年5月30日）、總統副總統選舉罷免法第11條立法理由（民國95年5月30日）。

<sup>126</sup> 公職人員選舉罷免法第20條

選舉人名冊，由鄉（鎮、市、區）戶政機關依據戶籍登記資料編造，應載明編號、姓名、性別、出生年月日及戶籍地址；投票日前二十日已登錄戶籍登記資料，依規定有選舉人資格者，一律編入名冊；投票日前二十日以後遷出之選舉人，仍應在原選舉區行使選舉權。

原住民選舉人名冊，其原住民身分之認定，以戶籍登記資料為準，由戶政機關依前項規定編造。

名冊時，受直轄市、縣（市）選舉委員會之指導監督<sup>127</sup>。戶政機關編造選舉人名冊時應依據戶籍登記資料編造，載明編號、姓名、性別、出生年月日及戶籍地址。負責編造選舉人名冊之公務員，對於戶籍登記上之民眾是否具有選舉權，應進行實質之審查，而非將戶籍登記資料內容逕行列入選舉人名冊中，例如受監護宣告尚未撤銷者，自屬審查範疇之一。因之，選舉人是否在選舉區內居住達一定期間，自應屬其職權審查之範圍。理論上雖應如此，但選舉法規卻又規定居住期間之計算應以戶籍登記資料為準<sup>128</sup>，從而戶政機關僅能完全依照戶籍登記資料編造選舉人名冊，無從依職權就是否實際居住而別為認定。

## （二）選舉人名冊之公告與確定

選舉人名冊應編造四份，並切實核對後，先以一份按鄰分訂成冊，送由鄉（鎮、市、區）公所，於投票日十五日前，在鄉（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。俟更正確定後，一份由戶政機關留存，其餘三份分別送由鄉（鎮、市、區）公所存查，函報直轄市、縣（市）選舉委員會備查及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。選舉人名冊經公告閱覽期滿後，鄉（鎮、市、區）公所應將原冊及申請更正情形，送戶政機關查核更正。選舉人名冊經公告、更正後即為確定，並由戶政機關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）選舉委員會於投票日前三日公告選舉人人數<sup>129</sup>。選舉人名冊經公告後確定，其性質應屬確認性行政處分<sup>130</sup>。

---

選舉人名冊編造後，除選舉委員會、鄉（鎮、市、區）公所、戶政機關依本法規定使用外，不得以抄寫、複印、攝影、錄音或其他任何方式對外提供。

總統副總統選舉罷免法第 16 條

選舉人名冊，除另有規定外，由鄉（鎮、市、區）戶政機關依據戶籍登記資料編造，應載明編號、姓名、性別、出生年月日及戶籍地址；凡投票日前二十日已登錄戶籍登記資料，依規定有選舉人資格者，應一律編入名冊；投票日前二十日以後遷出之選舉人，仍應在原戶籍地行使選舉權。

返國行使選舉權之選舉人名冊，應由最後遷出國外時之原戶籍地戶政機關編造，並註記僑居地。選舉人名冊編造後，除選舉委員會、鄉（鎮、市、區）公所、戶政機關依本法規定使用外，不得以抄寫、複印、攝影、錄音或其他任何方式對外提供。

<sup>127</sup> 公職人員選舉罷免法施行細則第 9 條、總統副總統選舉罷免法施行細則第 8 條第 3 項參照。

<sup>128</sup> 公職人員選舉罷免法第 4 條

選舉人、候選人年齡及居住期間之計算，均以算至投票日前一日為準，並以戶籍登記資料為依據。

前項居住期間之計算，自戶籍遷入登記之日起算。

重行投票者，仍依原投票日計算。

總統副總統選舉罷免法第 4 條

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。

前項居住期間之計算，自戶籍遷入登記之日起算。

重行投票者，仍依原投票日計算。

<sup>129</sup> 參公職人員選舉罷免法第 22 條、第 23 條、總統副總統選舉罷免法第 18 條、第 19 條、公職人員選舉罷免法施行細則第 11 條、第 12 條、總統副總統選舉罷免法第 9 條、第 10 條。

<sup>130</sup> 參吳庚，行政法之理論與實用，2007 年 9 月增訂 10 版，頁 353。

#### 四、候選人

候選人亦有積極資格與消極資格之限制。首先候選人必須達一定之年齡，憲法與公職人員選舉罷免法規定係 23 歲，而隨行政首長之職位愈高，年齡之要求亦愈大<sup>131</sup>，總統與副總統候選人則必須滿 40 歲<sup>132</sup>。候選人之居住期間限制與國籍之要求，皆與選舉人相同。候選人之消極要件則較選舉人嚴格，除受監護宣告者外，受輔助宣告、受褫奪宣告者亦屬之，且犯刑法內亂罪、外患罪、貪污罪、妨害投票秩序罪與行賄罪，經判決確定者均在其列<sup>133</sup>。總統、副總統之選舉，其消極要件則又較公職人員選舉之消極要件更加嚴格<sup>134</sup>。此外，軍人及選務人員，亦不得為公職人員或總統、副總統之候選人<sup>135</sup>。又為防止完全無選民基礎及支持者浮濫參與選舉因而造成候選人氾濫，在公職人員選舉罷免法中即設計有保證金之制度，登記為候選人時應繳納保證金，得票不足各該選舉區應選出名額除該選舉區選舉人總數所得商數百分之十者其保證金不予發還<sup>136</sup>，總統副總統選舉罷免法則規定得票數不足選舉人總數百分之五者，保證金不予發還<sup>137</sup>。

#### 五、選舉區

劃分不同之選區，使人民在不同之選區行使投票行為，其對選舉人之意義係應於何處投票、投票予何人，對候選人之意義則係應取得多少票數始能當選及其競爭者為何。劃分選區攸關當選者之人數，在總統副總統之選舉，因全國為單一選區，無選舉區劃分之問題；在其他公職人員之選舉，則因當選人數不只一人，則有劃分一定數目之選區之必要，選票依選區分別計算之。各行政區之首長選舉，在各該行政區內為其單一選區固無疑問；然在立法委員或各地方之民意代表之選舉，則採單一選區制，亦即每一選區選出一名當選者，而選區之劃分，除依照行政區域外，亦應斟酌人口分布、地理環境、交通狀況、歷史淵源與應選出之名額等因素加以劃分<sup>138</sup>。

#### 六、競選經費之限制與補貼

為使候選人之競爭不因財力差距懸殊而造成不公平之結果，因而設計出競選經費之相關規範。為確保每一人民皆有相同之影響力，以及避免受單一捐贈者或政治力量之操控，候選人所接受之競選經費有最高額度之限制<sup>139</sup>，惟因事實上查證之困難以及違反者未有處罰之相關規定，因之此類規定實際上不發生任何作用。又因選舉基本上乃係國內事務，國家應本中立立場辦理選務，因之

<sup>131</sup> 參中華民國憲法第 130 條、公職人員選舉罷免法第 24 條第 1 項。

<sup>132</sup> 參中華民國憲法第 45 條、總統副總統選舉罷免法第 20 條。

<sup>133</sup> 參公職人員選舉罷免法第 26 條。

<sup>134</sup> 參總統副總統選舉罷免法第 26 條。

<sup>135</sup> 參公職人員選舉罷免法第 27 條、總統副總統選舉罷免法第 27 條。

<sup>136</sup> 參公職人員選舉罷免法第 32 條。

<sup>137</sup> 參總統副總統選舉罷免法第 31 條。

<sup>138</sup> 參公職人員選舉罷免法第 35 條至第 37 條。

<sup>139</sup> 參公職人員選舉罷免法第 41 條、總統副總統選舉罷免法第 38 條。

來自外國（含中國大陸及香港澳門地區）之團體、法人、個人或主要成員為渠等之團體、法人捐助之競選經費，政黨及候選人皆不得接受<sup>140</sup>。而選舉結果確定後，候選人之當選票數達一定比例以上者，得向選舉委員會領取補貼之競選費用<sup>141</sup>。

### 七、選舉結果之確定及爭訟

選舉結果於開票結束後初步出現，依據不同之選舉制度而有不同之當選計算方式。公職人員選舉罷免法對於立法委員之選舉區分為區域候選人與全國不分區二者<sup>142</sup>，前者按各選舉區應選出之名額，以候選人得票數較多者為當選，票數相同時，以抽籤決定之；後者以各政黨得票數相加之和，除各該政黨得票數，求得各該政黨得票比率，再以應選名額乘以得票比率所得積數之整數，即為各政黨分配之當選名額，按政黨名單順位依序當選<sup>143</sup>。

選舉之爭訟不僅限於選舉結果之確認，在選舉過程中之任何階段皆有可能發生，惟以選舉結果之爭議較受注目。選舉結果之處理不僅涉及法律爭議，在政治上之效果更不可忽視。本文將於本章第四節對於選舉訴訟加以論述。

### 伍、不在籍投票

所謂不在籍投票，係指選民於投票日因某些因素，無法在其戶籍地投票時，可事先向選務機關申請以其他合法方法行使其投票權之制度。此種制度之設計目的，在於維護憲法所規定之選舉權，保障投票當日因故不能在戶籍所在地之有選舉權人，亦能依法行使其投票權，促進其政治參與。不在籍投票就其行使方式而言，大致可分為七種<sup>144</sup>，分別簡述之。

#### 一、通訊投票

係指選舉人以郵寄投票方式代替親自到指定投票所投票，服役中之軍人、政府駐外人員與僑居海外國民最適合用此種方式投票，此亦係各種不在籍投票方法中最常被使用者。

#### 二、代理投票

係指選舉人委託他人（通常係近親）代表投票。此種投票之原因甚多，例如服役、殘障、生病、失明、不識字等。此種投票必須事先申請，經選務機關核可後，由代理人於選舉當日持委託書至投票所代為投票。

#### 三、特設投票所投票

<sup>140</sup> 參總統副總統選舉罷免法第 37 條。公職人員選舉罷免法原亦有此規定，惟其在 96 年 11 月 7 日修正公佈全文 134 條後，即未見有相關之規定。

<sup>141</sup> 參公職人員選舉罷免法第 43 條、總統副總統選舉罷免法第 41 條。

<sup>142</sup> 參公職人員選舉罷免法第 35 條。

<sup>143</sup> 參公職人員選舉罷免法第 67 條。

<sup>144</sup> 參周良黨，台灣「不在籍投票」的立法政策分析，中山人文社會科學期刊第 13 卷第 2 期，2005 年 12 月，頁 91~93。

係指選務機關針對部分特定身分之選舉人，在其工作或生活場所設置投票所，以方便該等選舉人行使投票權。此種方式最常使用於監獄中服刑之受刑人、在療養機構就養之老年人、船舶、兵營及國外使館等。芬蘭、挪威及瑞典等最先採行此類投票所。

#### 四、移轉投票

係指選舉人可向選務機關申請在其工作或就學地所屬之選區投票所投票。由於現代社會中，人民之活動空間擴大，工作或就學地未必與戶籍地相同，且此類選舉人為數不少，此種投票方式有實際上之需要，設置此種方式之投票所，除可便利選舉人外亦可節省許多社會成本。採行此制之國家有美國各州、以色列、奧地利、義大利、荷蘭、紐西蘭、澳洲等國家。

#### 五、提前投票

又稱事先投票，即允許選舉人在投票日數日前先行投票。投票日期與地點由選務機關安排，並由選務人員管理及監督，原則上可預期其於正式選舉投票日無法在原選舉區之選舉人，皆可申請事先投票。採行此制之國家有加拿大、芬蘭、瑞典、紐西蘭、日本、挪威、以色列、美國部分州等。

#### 六、投票卡投票

係指選舉人於選舉日不在其選舉區，而向選務機關申請發給投票卡，選舉人於選舉日可持該投票卡在任何選舉區之投票所投票。此與移轉投票之最大差異在於，投票卡投票不限於事先申請之投票所投票，而可依投票者於投票日之方便，選擇至任一投票所投票，因之選務工作上之複雜性頗高。此種投票方式，1920年之德國威瑪憲法曾經採用，美國於第二次世界大戰後，其聯邦選舉法對於無固定住所之選舉人亦採行投票卡投票制。

#### 七、網路電子投票

近來歐美日等先進民主國家，皆致力於測試網路電子投票之可行性，期能建立一套安全而可行之網路電子投票程式，提供選舉人得以在住居所或辦公室利用電腦上網投票，而不需費時往返於戶籍地址投票，以方便選舉人並藉此提高投票率。蓋使用網路電子投票得以在任何場所進行，極具方便性，尤其受年輕選舉人之喜愛，效率高而成本低。隨資訊時代之來臨，未來政府將走向電子政府之形式，預期在未來網路電子投票將廣為運用，並逐漸取代傳統之投票方式。

### 第三節 選舉制度對選舉幽靈人口之影響

#### 壹、選舉制度設計上之拙劣

公職人員選舉罷免法第4條第1項規定，「選舉人、候選人年齡及居住期間之計算，均以算至投票日前一日為準，並以戶籍登記資料為依據。」第2項並規定，「前項居住期間之計算，自戶籍遷入登記之日起算。」但同法第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。」此二項規定在立法技術上實為不妥，蓋戶籍地址與實際居住地址未必同一，然此規定卻將二者視為當然同一，故必有矛盾之處。依據該法第4條規定，居住期間之計算以戶籍登記資料為依據，第20條規定，選舉人名冊係由戶政機關製作而非選舉機關，且投票日前二十日已登錄戶籍登記資料，依規定有選舉人資格者，一律編入名冊。是戶政機關在編造選舉人名冊時，完全僅能依戶籍登記資料為準，並無就繼續居住之期間別為認定之餘地。退一步言，縱認可由戶籍機關進行繼續居住事實之認定，但戶籍地址僅能推定為實際居住地址，且不排除戶政機關得依職權將虛報住址註銷，逕為變更之登記。然在戶政機關未將戶籍登記註銷之前，該戶籍登記乃係違法雖屬違法之行政處分，但該處分非屬重大明顯且未經撤銷，自屬有效<sup>145</sup>，從而戶政機關再據此製成選舉人名冊之確認性行政處分，自符合公職人員選舉罷免法以戶籍登記資料為依據之規定，此之選舉人名冊乃係合法且有效之行政處分，除戶政人員有偽造、變造或為不實之登記者外，自行政處分之構成要件效力以觀，不僅選舉機關應受其拘束，甚或法院亦應受其拘束，僅能就其是否經偽造、變造或不實登記進行審查。亦即法院必須受該選舉人名冊之行政處分所拘束，而非審查該幽靈人口之戶籍遷徙登記是否使選舉人名冊成為不實<sup>146</sup>。

## 貳、選舉人名冊編造制度過於粗略

有關人民行使選舉權之決定關鍵，並不完全存在於戶籍登記，而係存在於是否列入於選舉人名冊之中，職是，造成選舉幽靈人口現象之關鍵，應係選舉人名冊編造之程序不夠嚴謹，戶籍登記資料雖可作為選舉人名冊之製作基準，但並非謂選舉人名冊之所有資料均全數來自於戶籍登記資料。一般常見之選舉議題，諸如選區劃分、單一選區或複數選區、相對多數或絕對多數等，皆係選舉程序後半之階段，然制度設計上能否將投票結果正確反應出民意，乃係根基於一項重要之前提，亦即對於選舉人資格之認定無誤，不僅應確保具備投票資格之選舉人皆有機會投票，亦應防止不具備選舉資格者無法藉由投票干擾選舉，而篩選是否具備投票資格者之關鍵，乃在於選舉人名冊之編造程序，選舉人名冊決定何人擁有選舉權，進而影響該區域之選舉人數。因之，正視選舉人名冊編造程序之重要性，自屬確保選舉正潔之必要手段。我國選舉人名冊編造

<sup>145</sup> 參行政程序法第110條、第111條、第117條。

<sup>146</sup> 參李惠宗，論「選舉幽靈人口」的罪與罰—最高法院八十八年度台上字第五八九五號刑事判決及台南地檢署有關幽靈人口法律問題座談會意見評釋，台灣本土法學雜誌第9期，2000年4月，頁42。

上之缺失略以<sup>147</sup>：

#### 一、純以戶籍登記資料作為選舉人名冊製作基礎之弊端

選舉人名冊之製作，係為確保唯有與特定選區之間有一定之關聯者方能參與投票，然而公職人員選舉罷免法第 20 條以戶籍資料編造選舉人名冊之規定，與此目的與精神實不相干，充其量僅能謂係行政上之便宜措施。且依據現行戶籍法之規定，於非單獨成立戶口之遷徙戶籍，僅需持遷出地與遷入第之戶口名簿前往戶政事務所，便可完成登記，完全無需居住事實（例如水電費之收據等）之證明<sup>148</sup>。以此簡單之遷徙登記，即作為選舉人有無投票權認定之基礎，甚或作為以刑法處罰幽靈人口之依據，實有陷人入罪之嫌。然即便以單純之戶籍登記作為選舉人有無投票權之依據，現行法制上仍欠缺提供有權選舉之人爭執其他選舉人是否適格之管道。公職人員選舉罷免法第 22 條規定，選舉人發現錯誤或遺漏時，得於閱覽期間內申請更正，其中稱「選舉人發現錯誤」者，尚應包含選舉人對其他選舉人之資格提出質疑，本文認為甚且應賦予候選人爭執其參選區內之選舉人有無投票資格之機會。準此以言，純以戶籍登記資料為基礎而編造之選舉人名冊，自欠缺其正當性。而此種將本質上不相干之戶籍制度與選舉制度結合為一，是否與不當聯結禁止原則之要求有違，容有商榷之餘地。

#### 二、居住期間作為列入選舉人名冊之要件

目前實務運作上，固有所謂選舉幽靈人口藉由虛偽遷徙戶籍以取得投票權參與投票者，然有更多之選舉人係基於就學、工作等因素善意遷徙其戶籍。因之，公職人員選舉罷免法有關居住期間之規定，一方面固可排除所謂之選舉幽靈人口妨害選舉，另一方面卻可能限制善意之投票權人參與投票。因之，自美

<sup>147</sup> 參林超駿，選舉人名冊與選舉正潔—抑制幽靈人口之關鍵，台灣法學雜誌第 153 期，2010 年 6 月，頁 32~36。

<sup>148</sup> 戶籍法施行細則第 13 條

下列登記，申請人應於申請時提出證明文件正本：

一、出生登記。

二、認領登記。

三、收養、終止收養登記。

四、結婚、離婚登記。但於中華民國九十七年五月二十二日以前（包括九十七年五月二十二日當日）結婚，結婚雙方當事人與二人以上親見公開儀式之證人親自到場辦理登記者，得免提結婚證明文件。

五、監護登記。

六、輔助登記。

七、未成年子女權利義務行使負擔登記。

八、死亡、死亡宣告登記。

九、初設戶籍登記。

十、遷徙登記：單獨立戶者。

十一、分（合）戶登記。

十二、出生地登記。

十三、變更、撤銷或廢止登記。

十四、非過錄錯誤之更正登記。

前項第六款規定，自中華民國九十八年十一月二十三日施行。

國進數十年以來選舉法制之變遷以觀，不僅居住事實之要件放寬，許多新設計之選舉制度，自不純以設籍作為主要考量因素。以美國 1972 年之 *Dunn v. Blumstein* 案為例，將行之多年之選民居住期間之限制（過往通常要求一年以上）予以取消，各政府僅能以選民登記所需之時間（多數州為一個月）作為投票權行使之限制。至 1980 年以後，遊民亦可建立戶籍以行使投票權。又如准許大學生於一定程度下在求學地投票之論辯，亦屬此種趨勢之一。

### 三、徹底住籍合一之概念

過分拘泥於籍在人在，或過分強調居住期間之事實，實與今日強化人民參與政治之其他機制相互衝突，例如我國法制尚未實踐但許多先進國家已行之有年之不在籍投票制度，又如僑居外國國民返國行使投票權，許多僑胞實已出國多年而與國內欠缺一定之關聯，但依現行制度，僅需返國依據戶籍法第 17 條之規定辦理遷入登記手續，便可進行投票。此實與住籍合一之概念有別，然此乃係為鼓勵僑胞返國行使投票權所為之規定，亦不見實務界以選舉幽靈人口視之。

由此可知，我國現行選舉人名冊編造制度純以戶籍登記資料為基礎，不免有其侷限，且對選舉人資格之認定有過猶不及之處，故實有設計一套更完善之選舉人名冊編造制度之必要。

## 第四節 選舉訴訟

### 壹、選舉訴訟概說

選舉之目的，乃係產生眾人心目中共同認可之人，負責管理眾人之事，為眾人服務。因之，選舉必須在公正、公平、公開之方式下進行，倘有選舉機關因辦理選舉違法，致影響選舉結果，或候選人以不法手段滲入選舉，使原本純潔、神聖之選舉頓時污穢不堪，自應有選舉訴訟介入之必要，藉由選舉訴訟之迅速、正確之審判，使正確之選舉結果得以早日確定。憲法第 132 條規定，「選舉應嚴禁威脅利誘。選舉訴訟，由法院審判之。」乃奠定現今選舉訴訟由法院審判之制度，公職人員選舉罷免法第 118 條以下與總統副總統選舉罷免法第 102 條以下即針對選舉訴訟之程序加以規定。

### 貳、選舉訴訟之性質

#### 一、對選舉審查完全否認其爭訟之性質

此說之代表為席迪爾（Max Von Seydel）。依其見解，在議會所為選舉審查（舊德意志帝國憲法第 27 條所規定之議員資格審查），並非爭訟事項，對於議員當選效力加以審查時，既無當事人兩造之對立，且被審查之議員本身，亦

非扮演當事人之角色，故所謂「議會選舉無效之訴」，本即不可能存在；在議會所提對選舉之「聲明異議」，實際上不過係議員資格審查而已<sup>149</sup>。

## 二、非屬刑事訴訟

舉凡選舉人要求賄賂或收受賄賂，候選人行求期約，交付賄賂，或以強暴脅迫或其他非法之方法，妨害投票自由，或以生計上之利害誘惑投票，或以詐術或其他非法之方法使投票發生不正確等犯罪行為，刑法妨害投票罪章已設有處罰之規定，依刑事訴訟法之規定提起訴訟，不能謂之選舉訴訟。蓋選舉訴訟係指審理選舉機關辦理選舉有無違背選舉法規，確認選舉有效與無效；或審理當選人之資格有無瑕疵，當選票數是否屬實，與競選有無違反選舉法規之行為，確認其當選是否有效<sup>150</sup>。

## 三、民事訴訟

選舉訴訟之法律性質在我國法制上向來因權宜之計列為民事訴訟。蓋我國歷來有關省縣議員、國民大會代表、立法委員、監察委員之選舉罷免法令，以及臺灣省實施地方自治後，各種公職人員選舉罷免辦法，均視公職人員職務之高低，將選舉罷免事件規定由高等法院或低方法院依民事訴訟程序受理<sup>151</sup>。憲法第132條謂：「選舉應嚴禁威脅利誘，選舉訴訟，由法院審判之。」既明文規定選舉訴訟由法院審判，足證選舉訴訟為民事訴訟始符合憲法之本意<sup>152</sup>。

## 四、公法上之非訟事件

選舉審查乃依據非訟事件之程序法規，故法院雖依職權實施事實之審理、蒐集必要之證據，並依公開程序原則而為審理，惟有關選舉之「聲明異議」之關係人，則不視為當事人而使其對立<sup>153</sup>。

## 五、行政爭訟

司法之真實意義，係以究明事實為目的之程序，旨在對不明確或被侵害之權利，依據法秩序之規範，加以裁判者。議員資格、選舉權與被選舉權均係一主觀之公權利，不容質疑。故，就具體事件，依據規定議員資格或選舉效力之法律規範作成之法秩序，實施裁判之行為，自可視為具有司法行為之特質。議會或法院所為選舉爭訟之裁決，在實質意義上係作為司法機關而行使其職務。議會或法院就選舉爭訟所為之裁決，應視為判決。

選舉原係由國家與國民共同實施，而選舉審查之目的，即專在保障此種選舉結果之公法上法律行為效果之適法性；國家即係為此目的，對此種適法性之保障可認為有正當利害關係之一般國民，以訴訟之形式請求再與審查。職是，

<sup>149</sup> 參李鴻禧譯，選舉爭訟，憲政思潮第50期，1980年6月，頁69。

<sup>150</sup> 參項昌權，臺灣地方選舉訴訟案件之分析與檢討，憲政思潮第14期，1971年4月，頁2。

<sup>151</sup> 參照縣參議員選舉條例、市參議員選舉條例、省參議員選舉條例、立法院立法委員選舉罷免法、監察院監察委員選舉罷免法施行條例、國民大會代表選舉罷免法（均已廢止）。

<sup>152</sup> 參吳庚，選舉爭訟事件的法律救濟—兼論選舉罷免法草案立法技術上的缺點，憲政思潮第50期，1980年6月，頁136。

<sup>153</sup> 參李鴻禧譯，選舉爭訟，憲政思潮第50期，1980年6月，頁69。

選舉審查又被稱為民眾之訴訟，此種裁判又專涉及公法及保護主觀公權利，故應認屬行政訴訟<sup>154</sup>。

## 六、本文見解

對於選舉爭訟之性質，學者間以主張選舉訴訟係公法事件中公法上爭訟裁判者為多數<sup>155</sup>，但並未提出具體理由，本文嘗試就中央選舉委員會所為公告候選人當選之性質，論述選舉爭訟實為公法性質之理由及相關見解。

### （一）候選人之當選公告係一種行政處分

按行政處分者，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為，行政程序法第 92 條第 1 項定有明文。依此規定，中央選舉委員會依據選舉罷免法對當選者所為當選之公告，自屬行政處分，應無疑義。而對於此種行政處分有所不服，自應尋求行政爭訟途徑加以救濟方為妥適。

### （二）選舉訴訟之類型

按行政訴訟法中規定須訴願前置者，僅限於該法第 4 條撤銷訴訟及第 5 條課予義務訴訟，第 6 條之確認訴訟及第 8 條之一般給付訴訟，則並無前置之訴願程序存在<sup>156</sup>。惟同法第 10 條規定，選舉罷免事件之爭議，除法律別有規定者外，得依本法提起行政訴訟。是選舉訴訟有別於其他種類之訴訟，為一特別種類之訴訟程序，亦不需前置之訴願程序。選舉訴訟改採行政訴訟程序，於現行法規中亦非毫無依據，雖公職人員選舉罷免法第 128 條及總統副總統選舉罷免法第 112 條皆規定，選舉罷免訴訟程序，準用民事訴訟法之規定；惟此係因臺灣公法法院最初之建置不健全，故由普通法院審理<sup>157</sup>。在現今行政訴訟採三級二審制後，各相關選舉罷免法實應修改相關條文之規定，將選舉罷免訴訟改由行政法院或行政法庭管轄，並採職權主義，法院應依職權調查證據，而非由當事人自行主張、自行提出，且訴訟標的亦不允許由當事人自由處分，以回歸選舉罷免訴訟本質上係屬公法事件之特性。

## 參、選舉訴訟之種類

凡由選舉行為所產生之訴訟，即選舉行為違法或不適法所引起之爭訟，皆可稱之為選舉訴訟，此乃對選舉訴訟最廣義之解釋。依此解釋，則包含刑事上之選舉訴訟、行政上之選舉訴訟、選舉無效之訴、當選無效之訴等皆可稱之為

<sup>154</sup> 參李鴻禧譯，選舉爭訟，憲政思潮第 50 期，1980 年 6 月，頁 69~70。

<sup>155</sup> 參李惠宗，行政法要義，2010 年 9 月 5 版，頁 596；林合民、李震山、陳春生、洪家殷、黃啟禎合著，行政法入門，2011 年 9 月，頁 326；陳敏，行政法總論，2009 年 6 月，頁 1372；林騰鷄，行政法總論，2002 年 10 月，頁 673。

<sup>156</sup> 參吳庚，行政爭訟法論，2009 年 2 月 4 版 3 刷，頁 13。

<sup>157</sup> 參李惠宗，行政法要義，2010 年 9 月 5 版 1 刷，頁 596。

選舉訴訟。然依據現行有效並施行之相關法律條文規定<sup>158</sup>，選舉訴訟僅專指選舉無效、當選無效二種，因之本文僅對於該二種訴訟論述之<sup>159</sup>。

## 一、選舉（罷免）無效之訴<sup>160</sup>

### （一）意義

選舉無效乃係為確認選舉全部或局部無效之訴訟標的，以選舉機關辦理選舉違法為無效原因，由檢察官或利害關係人，以主辦選舉機關為被告所提起之訴訟。

### （二）當事人

#### 1. 原告

##### （1）檢察官

檢察官依其本身職權，代表國家利益，提起選舉無效訴訟，適足以維護選舉之優良風氣。有反對檢察官介入選舉訴訟者，蓋以檢察官介入選舉爭訟，目的不外乎二點：第一、減少訟源，防止選舉人濫訴；第二、認為檢察官係法律之守護者，有監督選舉過程合法之職責。此種設計雖有理，然仍有其待商榷之處。因選舉、罷免係人民行使主權之具體表現，選舉罷免之爭訟行為，僅係附帶於主權行使，不宜做過多之限制；且所謂檢察官係法律之守護者，係指刑事法令而言，在刑事案件之外，增加檢察官之職責，似乎並不相宜。選舉訴訟依各國通例認為係民眾訴訟，任何人皆可提出，又不受訴訟法上權利保護要件之限制，如欲防止濫訴，可限定一定人數以上之公民推選共同訴訟代表人方可起訴，沒有要求檢察官介入之必要<sup>161</sup>。惟本文認為，檢察官之法定職責並非限於刑事案件，僅以民法為例，舉凡死亡宣告之聲請、監護宣告之聲請、法人解散宣告之聲請、指定遺囑執行人之聲請等等所在多有，其餘於行政法規中更不勝枚舉，且對於選舉之過程及結果認有提起爭訟之必要時，由代表國家利益之檢察官提起選舉爭訟，並無不妥，實無因其係民眾訴訟而限制檢察官作為原告之理。

<sup>158</sup> 參公職人員選舉罷免法第 118、120 條，總統副總統選舉罷免法第 102、104 條。

<sup>159</sup> 參曾勇夫，選舉訴訟之研究，法學叢刊第 118 期，1985 年 4 月，頁 62~65。

<sup>160</sup> 公職人員選舉罷免法第 118 條

選舉委員會辦理選舉、罷免違法，足以影響選舉或罷免結果，檢察官、候選人、被罷免人或罷免案提議人，得自當選人名單或罷免投票結果公告之日起十五日內，以各該選舉委員會為被告，向管轄法院提起選舉或罷免無效之訴。

選舉委員會辦理全國不分區及僑居國外國民立法委員選舉違法，足以影響選舉結果，申請登記之政黨，得依前項規定提起選舉無效之訴。

總統副總統選舉罷免法第 102 條

選舉罷免機關辦理選舉、罷免違法，足以影響選舉或罷免結果，檢察官、候選人、被罷免人或罷免案提議人，得自當選人名單或罷免投票結果公告之日起十五日內，以各該選舉罷免機關為被告，向管轄法院提起選舉或罷免無效之訴。

<sup>161</sup> 參吳庚，從程序法的觀點談選罷法之修訂，憲政時代第 6 卷第 3 期，1981 年 1 月，頁 56。

## (2)利害關係人

候選人、罷免人或罷免提案人，對於選舉罷免結果具有利害關係，得為選舉（罷免）無效之訴之告訴人。

### 2. 被告

由辦理各該選舉、罷免之選舉罷免機關為被告。此所稱之辦理機關，在總統、副總統之選舉罷免，中央選舉委員會及各直轄市、縣（市）選舉委員會分別有其辦理事項<sup>162</sup>；在公職人員之選舉罷免，除全國不分區及僑居國外國民立法委員選舉係中央選舉委員會外，其餘包含區域立法委員、直轄市長、直轄市議員、縣（市）長、縣（市）議員、鄉（鎮、市）長、鄉（鎮、市）民代表、村（里）長之選舉，以各直轄市、縣（市）選舉委員會為辦理機關<sup>163</sup>。

## (三)選舉（罷免）無效之原因

### 1. 選舉委員會辦理選舉、罷免違法

選舉委員會辦理選舉、罷免違法，並非凡有違反法規者即當然無效，必其違反規定顯有妨害選舉、罷免之自由公正，且有因此使選舉、罷免發生相異結果之虞，始得為無效之提起原因。依實務之判決事項予以整理，辦理選舉、罷免違法，約有下列原因<sup>164</sup>：

#### (1)選務人員同意他人冒名頂替投票

選舉人投票時，應憑本人國民身分證領取選票<sup>165</sup>。是選舉投票人有冒名頂替者，選務人員即應令其退出，倘竟仍予發給選票，自屬選舉違法。

#### (2)領取選票時按指印，未有選務人員蓋章證明

選舉人領取選舉票時，應在選舉人名冊上簽名或蓋章或按指印，按指印者，並應有管理員及監察員各一人蓋章證明<sup>166</sup>。

#### (3)以國民身分證號碼不符為由拒發選票

按不得發選票者，僅限於投票人名冊無其姓名或姓名不符<sup>167</sup>，若投票人所持之身分證，與選舉人名冊之姓名、性別、年齡等相符，而身分證上之相片又與其本人相符者，自應發給選票，要不能藉口身分證號碼不符而拒發選票。

#### (4)讓無投票權人投票

按有選舉權人在各該選舉區繼續居住四個月<sup>168</sup>或六個月<sup>169</sup>以上者，始取得

<sup>162</sup> 參總統副總統選舉罷免法第7條、第9條。

<sup>163</sup> 參公職人員選舉罷免法施行細則第4條。

<sup>164</sup> 參曾勇夫，選舉訴訟之研究，法學叢刊第118期，1985年4月，頁63。

<sup>165</sup> 參公職人員選舉罷免法第18條第1項、總統副總統選舉罷免法第14條第1項。

<sup>166</sup> 參公職人員選舉罷免法第18條第2項、總統副總統選舉罷免法第14條第2項。

<sup>167</sup> 同前註。

<sup>168</sup> 參公職人員選舉罷免法第15條。

<sup>169</sup> 參總統副總統選舉罷免法第12條。

各該選舉區之選舉人資格，倘未達該標準者為無選舉權人，其參加選舉自屬違法。

(5)將無效票認定為有效票

包含認圈選二以上候選人、蓋指印、不能辨別圈選何人、污染有暗號作用、蓋私章等選票為有效票等情形<sup>170</sup>。

(6)未當眾開票及設置觀眾席

投票完畢後，主任管理員應會同主任監察員將投票匭密封，並即將投票所改為開票所。開票應公開為之，逐張唱名開票，並設置參觀席，備民眾入場參觀開票<sup>171</sup>。

2. 足以影響選舉結果者

此項規定之優點在於使選舉無效之訴有明確之界線，且可減少訟源，不至因局部違法影響整體選舉。缺點則在於是否足以影響結果，僅能在審理後方能知悉，不宜作為訴之要件。

(四)管轄法院

在公職人員選舉，由選舉、罷免行為地之該管地方法院或其分院管轄，其行為地跨連或散在數地方法院或分院管轄區域內者，各該管地方法院或分院俱有管轄權。在總統副總統選舉，則專屬中央政府所在地之高等法院管轄。選舉、罷免訴訟，設選舉法庭，採合議制審理，並應先於其他訴訟審判之，以二審終結，並不得提起再審之訴。各審受理之法院應於六個月內審結。法院審理選舉、罷免訴訟時，應依職權調查必要之事證。選舉、罷免訴訟程序，除法律有規定者外，準用民事訴訟法之規定。但關於捨棄、認諾、訴訟上自認或不爭執事實效力之規定，不在準用之列<sup>172</sup>。

(五)判決之效力

法院對於選舉、罷免無效之訴，所為之判決結果有三：以起訴不合法駁回、以起訴無理由駁回、以起訴有理由，被告機關敗訴。前二者固毋論；若係第三種判決，選舉或罷免無效之訴，經法院判決無效確定者，其選舉或罷免無效，並定期重行選舉或罷免。其違法屬選舉或罷免之局部者，局部之選舉或罷免無效，並就該局部無效部分，定期重行投票<sup>173</sup>。

二、當選無效之訴<sup>174</sup>

<sup>170</sup> 參公職人員選舉罷免法第 64 條、總統副總統選舉罷免法第 60 條。

<sup>171</sup> 參公職人員選舉罷免法施行細則第 33 條、總統副總統選舉罷免法施行細則第 27 條。

<sup>172</sup> 參公職人員選舉罷免法第 126~128 條、總統副總統選舉罷免法第 110~112 條。

<sup>173</sup> 參公職人員選舉罷免法第 119 條、總統副總統選舉罷免法第 103 條。

<sup>174</sup> 公職人員選舉罷免法第 120 條

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

### (一) 意義

當選無效之訴，乃係為確認某當選人之當選無效為訴訟標的，以當選人之候選資格不實、當選票數不實或其競選違法為無效原因，由選舉委員會、檢察官或其他候選人以該當選人為被告提起之訴訟。

### (二) 當事人

#### 1. 原告

##### (1) 選舉委員會

因選舉委員會直接負責辦理選舉事宜，其對當選人之候選資格、當選票數、競選過程有無違法、知之最稔，故乃賦予其提起當選無效之訴之權。此處所稱之選舉委員會，在公職人員選舉係指主管選舉委員會<sup>175</sup>：立法委員、直轄市議員、直轄市長、縣（市）議員及縣（市）長選舉，由中央選舉委員會主管；其餘包含鄉（鎮、市）民代表、鄉（鎮、市）長、村（里）長選舉，由各該直轄市、縣（市）選舉委員會主管<sup>176</sup>，與前述之辦理選舉委員會不同。在總統副總統選舉，則係專指中央選舉委員會或立法院<sup>177</sup>。

##### (2) 檢察官

檢察官對當選人之所以有提起當選無效之訴之權，其理由與選舉無效之訴之情形相同。

##### (3) 其他候選人

公告當選人名單之日起三十日內，向該管轄法院提起當選無效之訴：

- 一、當選票數不實，足認有影響選舉結果之虞。
- 二、對於候選人、有投票權人或選務人員，以強暴、脅迫或其他非法之方法，妨害他人競選、自由行使投票權或執行職務。
- 三、有第九十七條、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、第二項之行為。

全國不分區及僑居國外國民立法委員選舉之當選人，因政黨得票數不實，而足認有影響選舉結果之虞，或有前項第二款、第三款所列情事之一者，其他申請登記之政黨得依前項規定提起當選無效之訴。

前二項當選無效之訴經判決確定者，不因同一事由經刑事判決無罪而受影響。

總統副總統選舉罷免法第 104 條

當選人有下列情事之一者，選舉罷免機關、檢察官或候選人得以當選人為被告，自公告當選之日起三十日內，向管轄法院提起當選無效之訴：

- 一、當選票數不實，足認有影響選舉結果之虞者。
- 二、對於候選人、有投票權人或選務人員，以強暴、脅迫或其他非法之方法，妨害他人競選、自由行使投票權或執行職務者。
- 三、有第八十四條、第八十七條第一項第一款、第八十九條第一項或刑法第一百四十六條第一項之行為者。

四、有第八十六條第一項之行為，足認有影響選舉結果之虞者。

前項各款情事，經判決當選無效確定者，不因同一事由經刑事判決無罪而受影響。

<sup>175</sup> 參公職人員選舉罷免法施行細則第 52 條。

<sup>176</sup> 參公職人員選舉罷免法第 7 條。

<sup>177</sup> 參總統副總統選舉罷免法施行細則第 40 條。

在公職人員選舉中，候選人能提起當選無效之訴者，以同一選舉區者為限，蓋同一選舉區之候選人，對資格不合格等原因之當選人，始有利害關係，故賦予此項權利，以維護其法益。在總統副總統選舉中，因以全國為單一選區，故所有候選人均得以當選人為被告，提起當選無效之訴。

## 2. 被告

限於當選人，因如非當選人，則無對其提起當選無效之訴之必要。

### (三) 當選無效之原因

#### 1. 當選票數不實，足以影響當選結果者

此所謂當選票數不實，係指選委會辦理選舉適法，例如因記票錯誤或現實開出之票數與實際票數不相符合，以致當選票數不實而言。故以選舉適法為前提，如為選舉違法，則屬選舉無效之問題。又當選人票數不實，必須以其票數不實足以影響選舉之結果，方能構成當選無效之事由。

#### 2. 妨害投票秩序者

係指對於候選人、有投票權人或選務人員，以強暴、脅迫或其他非法之方法，妨害他人競選、自由行使投票權或執行職務之情形。

#### 3. 有行賄或受賄之行為者

當選人如有行賄或受賄之行為，非但將受到刑事處罰<sup>178</sup>，且同時構成當選無效之原因。行賄或受賄，依行使之對象可分為對候選人行賄或候選人受賄<sup>179</sup>、對有選舉權人行賄<sup>180</sup>、對機關或團體行賄<sup>181</sup>等而有不同之處罰規定。

#### 4. 當選人候選資格不符者<sup>182</sup>

此所稱候選資格不符，包含年齡與戶籍、國籍不符規定者<sup>183</sup>、曾經犯相關罪行經判決確定或依法不能擔任公職者<sup>184</sup>、現役軍人、選務人員及經法院判決當選無效者<sup>185</sup>、被罷免解除職務者<sup>186</sup>。在此種情形，前述有權提起當選無效之人，得於當選人任期屆滿前，對其提起當選無效之訴<sup>187</sup>。

#### 5. 有刑法妨害投票之情形者

此所稱有刑法妨害投票之情形，在公職人員選舉中包含刑法第 146 條第 1 項及第 2 項，在總統副總統選舉則僅有刑法第 146 條第 1 項之情形，分別論述

<sup>178</sup> 參刑法第 121~123 條。

<sup>179</sup> 參公職人員選舉罷免法第 97 條、總統副總統選舉罷免法第 84 條。

<sup>180</sup> 參公職人員選舉罷免法第 99 條、總統副總統選舉罷免法第 86 條。

<sup>181</sup> 參公職人員選舉罷免法第 102 條、總統副總統選舉罷免法第 87 條。

<sup>182</sup> 參公職人員選舉罷免法第 121 條、總統副總統選舉罷免法第 105 條。

<sup>183</sup> 參公職人員選舉罷免法第 24 條、總統副總統選舉罷免法第 20 條。

<sup>184</sup> 參公職人員選舉罷免法第 26 條、總統副總統選舉罷免法第 26 條。

<sup>185</sup> 參公職人員選舉罷免法第 27 條、總統副總統選舉罷免法第 27 條。

<sup>186</sup> 參公職人員選舉罷免法第 92 條、總統副總統選舉罷免法第 78 條。

<sup>187</sup> 參公職人員選舉罷免法第 121 條、總統副總統選舉罷免法第 105 條。

如下：

(1) 刑法第 146 條第 1 項

本罪之行為係以詐術或其他非法方法，使法定政治上之投票發生不正確結果之妨害投票行為，包括使用詐術或其他非法方法使投票發生不正確之結果，例如詐領選票而重複投票，或開票時變造開票計算數字、重複計票、或將有效票變造為廢票等等。稱使投票發生不正確結果者，係因行為人之妨害投票行為而導致投票結果為不正確之票數而言，不以使落選者當選或使當選者落選為必要，亦即使當選者或落選者所得票數不正確者，即為本罪所稱之使投票發生不正確之結果<sup>188</sup>。

(2) 刑法第 146 條第 2 項

本罪之處罰規定已於本文第二章詳加論述，於此茲不贅述。以選舉幽靈人口之處罰，作為當選無效之原因，將會發生下述二項疑義，包含選舉幽靈人口與當選無效之關聯，與選舉幽靈人口影響選舉之程度，茲分別論述如下。

① 選舉幽靈人口與當選無效之關連

此處所欲探討者，係當選人以選舉幽靈人口為由遭起訴時，法院究應待刑法部分判決確定後再針對當選無效之訴進行判決，抑或係逕為判決，而不受刑事法院之拘束？此觀公職人員選舉罷免法第 120 條第 3 項與總統副總統選舉罷免法第 104 條第 2 項有關「當選無效之訴經判決確定者，不因同一事由經刑事判決無罪而受影響。」之規定可知，當選無效之訴不受刑事判決之拘束，可先於刑事判決而逕為判決，且若法院判決當選人當選無效確定後，刑事判決部分若判決無罪，並不影響其當選無效之判決，此或基於當選無效之訴與一般訴訟有別，訴訟程序若延宕過久將影響公職之運作，實有速審速結之必要。惟，吾人平心而論，何種訴訟程序無速審速結之必要？何種訴訟延宕愈久，對訴訟當事人愈有利？雖選舉訴訟影響公職運作之進行，然國內諸多重大刑事案件，訴訟程序動輒延宕十餘年，此不論係對於被告或被害人家屬而言，皆係一種煎熬，難道此種案件無速審速結之必要？再者，觀刑事訴訟法第 297 條，有待民事程序終結後再為審判程序之規定，民事訴訟法第 183 條亦有在刑事訴訟終結前裁定停止訴訟程序之規定，行政訴訟法第 177 條亦然，此皆係為維護法院見解前後一致，以維護司法之威信。然，何以當選無效之訴，選舉法院所持之見解，得與刑事法院見解前後不一貫，是否選舉訴訟所追求之法安定性大於法院見解一貫性之要求？本文認為，雖無法要求所有之刑事案件皆能速審速結，但對於與當選無效之訴相關聯之刑事案件，亦要求其於六個月內審結，此於現行法中並非毫無依據<sup>189</sup>，既然刑事案件可於 6 個月內審結，則選舉法庭理當待刑事判決審結後，依據刑事判決之結果對於當選無效之訴進行判決，方不至發生當選人之刑事判決無罪但受當選無效之判決，抑或係當選人之刑事判決有罪但其當

<sup>188</sup> 參林山田，刑法各罪論《下》，2005 年 9 月 5 版，頁 176。

<sup>189</sup> 參公職人員選舉罷免法第 116 條、總統副總統選舉罷免法第 101 條。

選無效之訴無理由被駁回等前後不一致之情形。從而，公職人員選舉罷免法第 120 條第 3 項與總統副總統選舉罷免法第 104 條第 2 項之規定即無存在之必要，宜加以刪除。此舉不但可達成選舉訴訟速審速結之目的，並可維持法院前後見解一致，兼顧法安定性與法正義，確保司法威信不受動搖。

## ② 選舉幽靈人口影響選舉之程度

探究公職人員選舉罷免法第 120 條第 1 項第 3 款之規定，未有如同該項第 1 款「足認有影響選舉結果之虞」之規定，此處究係立法者「漏未規定」，而應透解釋類推適用之，抑或係立法者「有意排除」，而不以影響選舉結果為必要？

若採漏未規定之見解，亦即認為選舉幽靈人口之投票行為必須足以影響選舉結果方為已足，則將面臨無法證明之窘境且與選舉秘密投票原則相違。以臺中市第一屆沙鹿區犁份里里長選舉為例，該選區共有二位候選人，當選人之得票數高於落選人 44 票，經落選人將當選人列為被告，分別提出刑法選舉幽靈人口妨害投票罪之刑事告訴，與當選無效之訴之民事訴訟。其刑事判決部分，法院略以被告與其四子（另行緩起訴處分）、四媳（另行緩起訴處分）共同基於虛設戶籍使渠等之遷入戶籍登記者能符合規定成為犁份里里長選舉之選舉人，並於投票日行使投票權，使投票發生不正確結果之犯意聯絡，而將其戶籍遷入，並經戶籍機關列入選舉人名冊，並於投票日前往投票，並投予被告，以此非法之方法使上開里長選舉之投票發生不正確之結果云云，而將被告判決五個月有期徒刑，緩刑二年<sup>190</sup>，並未採納最高法院有關直系親屬間之幽靈人口排除其違法性或可非難性之見解（詳本文第二章第五節）。在當選無效之訴部分，經落選人以當選人遷徙幽靈人口為由，將當選人列為被告提起當選無效之訴，經臺中地方法院判決其當選無效，其理由略以被告意圖使自己當選，而與 14 名友人合謀將戶籍由外地虛偽遷入犁分里，以便形式上符合公職人員選舉罷免法繼續居住四個月以上得為犁分里選舉區選舉人之規定。致使戶政機關依上述虛偽遷入戶籍之行為，將渠等列於該選區之選舉名冊，而取得選舉權，而渠等復於投票日前往投票支持被告，被告之行為已合於刑法第 146 條第 2 項之要件，其後被告並經臺中市選舉委員會公告為當選云云<sup>191</sup>。若假設該 14 名幽靈人口皆投票予被告，扣除該 14 票，被告仍然當選，甚或假設該 14 名幽靈人口皆將票投予原告，則該被告亦可當選；亦即不論該 14 名幽靈人口如何投票，皆不能影響被告當選之結果，則於本案中，幽靈人口既不影響選舉之結果，則應以該當選無效之訴為無理由而駁回其訴。惟選舉採無記名投票原則，如何能證明該 14 名幽靈人口係投票予何人？刑事法院認定被告之四子與四媳投票予被告，依據為何？採驗選票上之指紋？抑或係透過投票者之自白？即便該自白係出於自由意志，然在無記名投票之原則下，此種刺探票載內容之行為，與憲法第 129 條關於投票無記名原則有違，且構成刑法第 148 條之妨害投票秘密罪，應認係違法

<sup>190</sup> 參臺灣臺中地方法院檢察署 100 年度選偵字第 31 號檢察官聲請簡易判決處刑書、臺灣臺中地方法院 100 年度沙簡字第 260 號刑事簡易判決。

<sup>191</sup> 參臺灣臺中地方法院 99 年度選字第 20 號民事判決。

取得之證據，自無法在法庭上提出，作為證明幽靈人口投票予何人之證據，亦即不具備證據能力。則採此見解，將面臨無法證明之困境。

若欲避免前述無法證明之窘境，而採有意排除之見解，亦即認為選舉幽靈人口所為之投票不以影響選舉結果為必要，則將產生法律規定不一致與大量引發訟源之結果。蓋公職人員選舉罷免法將其納入當選無效之原因，而未見總統副總統選舉罷免法有此規定，其理由不外乎二者：其一、總統副總統之選舉，憲法增修條文明文規定，僑居國外之國民得返國行使選舉權，是此種標準之幽靈人口在總統副總統選舉即不在處罰之列，既然刑法對該等幽靈人口不予處罰，自不能為當選無效之訴之理由。然此與憲法之類似平等原則有違，已如前述。其二、總統副總統選區廣大，不易因幽靈人口而影響選舉結果，而此處所稱之選舉結果自應從嚴解釋，應以影響當選人落選或落選人當選為必要，否則若認得票率之保證金發還與否事項，以及競選經費補助等皆係所謂之影響選舉結果，則在總統副總統之選舉實亦應將其納入處罰之列。但觀諸刑事法院在審判幽靈人口妨害投票罪之見解，認刑法第 146 條所謂「使投票發生不正確結果」者，除當選與否之結果外，尚及於其他一切與投票有關之結果，將該條之罪視為抽象危險犯，不以實際影響候選人當選與否為必要（詳本文第二章第三節）。此種見解，非但難以解釋公職人員選舉與總統副總統選舉中當選無效原因之不同，亦連帶影響公職人員選舉當選無效之實務運作模式，使法院認為候選人僅需有遷徙幽靈人口之行為，即應對其宣告當選無效，不論是否影響其當選與否。選舉法庭亦採此見解，前述臺中市第一屆沙鹿區犁份里里長選舉即屬之。若依此判決見解，則於較大選區，例如臺北市長之選舉，其得票差距動輒數以萬計，則落選之候選人，是否得僅以當選人有遷徙幽靈人口之行為為由提起當選無效之訴，且僅需證明 1 人以上之幽靈人口即可，法院亦僅因當選人有遷徙少數幽靈人口之事實為由，而對其宣告當選無效？此勢將引發大量當選無效之訟源，且法院均須對當選者為當選無效之判決，對於法安定性與選舉公平正義之原則將有所動搖。

故，不論係採漏未規定抑或係有意排除之見解，皆有其窒礙難行之處。公職人員選舉罷免法將原本即屬違憲而不應存在於刑法之選舉幽靈人口妨害投票罪，列入當選無效之原因，實有未妥，宜刪除之。

#### （四）管轄法院

在當選無效之訴中，不論係公職人員選舉抑或係總統副總統選舉，管轄法院與訴訟程序皆與選舉無效之訴相同。

#### （五）判決之效力

與選舉無效之訴同，法院可為三種裁判：以起訴不合法駁回、以起訴無理由駁回、以起訴有理由而確認當選無效。當選無效之訴經判決當選無效確定者，原當選人之當選，無效；如已就職，並應自判決確定之日起，解除職務<sup>192</sup>。惟

<sup>192</sup> 參公職人員選舉罷免法第 122 條、總統副總統選舉罷免法第 106 條。

不論係選舉無效或當選無效之判決，皆不影響原當選人就職後職務上之行為<sup>193</sup>。

#### 肆、管轄法院與審級制度

選舉訴訟既屬公法性質，自應由行政法院管轄。在現行法規中，總統副總統選舉之選舉、罷免訴訟，原專屬中央政府所在地之高等法院，亦即由臺灣高等法院管轄者，應改由中央政府所在地之高等行政法院，亦即由臺北高等行政法院管轄，並於該院設置選舉法庭審理；在公職人員之選舉、罷免訴訟，則仍由選舉、罷免行為地之該管地方法院或其分院管轄，並由行政法庭，或係設置選舉法庭審理。選舉、罷免訴訟程序，應準用行政訴訟法之規定，法院應依職權調查證據。然則，於修法前之動員戡亂時期公職人員選舉罷免法規定，選舉訴訟採一審終結，並得提起再審之訴；但修法後選舉訴訟改採二審終結，並不得提起再審之訴，是否有侵害憲法第 16 條訴訟權之虞？釋字第 442 號解釋理由書謂：「公職人員任期有一定之年限，選舉、罷免之訴訟倘審級過多，當難免於時間之拖延，不僅將有任期屆滿而訴訟猶未終結之情形，更有使當選人不能安於職位致影響公務推行之結果。是為謀法秩序之安定，選舉、罷免訴訟自有速予審結之必要。茲訴訟法上之再審，乃屬非常程序，本質上係為救濟原確定判決之認定事實錯誤而設之制度，與通常訴訟程序有別，亦因其為非常程序，要不免與確定判決安定性之要求相違。因之，對於確定判決應否設有再審此一程序，當不能一概而論，而應視各種權利之具體內涵暨訴訟案件本身之性質予以決定，此則屬於立法機關自由形成之範疇；倘其所為之限制合乎該權利維護之目的，並具備必要性者，即不得謂其係侵害憲法所保障之訴訟權。現行選舉、罷免訴訟既採當事人進行主義，復採合議制之審判，其於第一審程序即已慎重進行，以達訴訟之目的，縱使第一審偶有疏未注意之處，致影響當事人權益，亦可因上訴而獲得維護，亦即其經兩次之辯論（一、二審），在健全之司法組織與成員運作下，即應予以信賴，認事用法亦可期待其已臻於理想。因此，基於目的性之要求暨選舉、罷免訴訟之特性，其予排除再審此一非常程序，本為增進公共利益所必要，難認其有逾越憲法第二十三條之規定。」從而肯定選舉訴訟採二審終結且不得提起再審之訴之規定並未違憲<sup>194</sup>。

#### 第五節 小結

選舉係民主國家中最重要之權力分配依據，亦係賦予統治者行使國家公權力所需要之民主合法性之方法。選舉制度之設計應滿足憲法對於普通、平等、

<sup>193</sup> 參公職人員選舉罷免法第 123 條、總統副總統選舉罷免法第 107 條。

<sup>194</sup> 不同見解參林恆志，選舉訴訟「不得提起再審之訴」合憲性之探討—以釋字第四四二號解釋為中心，法令月刊第 52 卷 2 期，2001 年 2 月，頁 22。

直接、無記名原則之要求，選舉制度之設計對於國家機關之組成影響重大，應充分反映選民意志並形成有效之多數統治，同時須保障各政黨在議會席次上有公平之競爭機會。依據選舉法規之規定，選舉人名冊係依據戶籍登記資料進行編造，且居住期間之計算亦係以戶籍登記資料為準，將原本僅具推定性質之戶籍登記住址擬制為實際生活重心住址，此實乃造成選舉幽靈人口現象之主要原因。選舉訴訟，本質上應屬公法事件，惟因過往公法法院建置之不完備，因之選舉訴訟歸由普通法院之民事庭審理。在我國行政法院之組織日趨健全之今日，選舉訴訟應改由行政法院管轄，法院並應依職權調查證據。選舉訴訟之類型分為選舉（罷免）無效之訴與當選無效之訴，其訴訟之提起各有其原因。公職人員選舉罷免法於當選無效之訴中規定，以當選人有遷徙所謂「幽靈人口」之行為，作為對當選人提起當選無效之訴之原因，但不論是否實際影響候選人之當選與否為必要，皆有其內部矛盾與窒礙難行之處，本文認為此項規定極為不妥，宜刪除之。對於幽靈人口之處罰之檢討與改善之建議，本文將於第六章鋪陳之。



## 第六章 檢討與展望

### 第一節 現行法制實務之檢討

#### 壹、行政機關之相關函釋

未實際居住於戶籍地者是否應列入選舉人名冊？早在最高法院對選舉幽靈人口為有罪見解而為判決前，內政部於民國 81 年 5 月 18 日臺(81)內戶字第 8176737 號函即謂：「至如何配合公職人員選舉罷免法第十五條選舉人須在各該選舉區繼續居住六個月以上始為選舉人之規定乙節，依「公職人員選舉罷免法」第四條第一項規定：「選舉人……居住期間之計算，……以戶籍登記簿為依據。」第二項規定：「前項居住期間之起算，以申報戶籍遷入登記之申請日期為準。」經註記為行方不明、空戶、空口之人口，雖未居住戶籍地，惟其戶籍並未辦理遷出登記，依上開規定，應予列入選舉人名冊。目前戶口之查記尚難完全掌握無誤，如修正選罷法規定不將上開行方不明、空戶、空口之人口列入選舉人名冊，則其在戶籍地因無居住之事實而不予列入選舉人名冊，在現住地又因未設戶籍，亦無法列入選舉人名冊，將使其喪失選舉權，易引起當事人之不滿，導致紛爭，為保障人民之選權及維護選舉之和諧，仍以列入選舉人名冊為宜<sup>195</sup>。」從而肯定未實際居住於戶籍地者仍應列入選舉人名冊。其後法務部於民國 81 年 6 月 15 日法(81)律字第 08816 號函表示「經註記為『行方不明』、『空戶』、『空口』之人口，仍以列入選舉人名冊為宜等語，本部敬表同意<sup>196</sup>。」亦肯定前揭內政部之見解。

#### 貳、戶籍遷徙登記、選舉人名冊公告及選舉結果之確定係個別、複數之行政處分

選舉幽靈人口之產生，乃係其為戶籍住址變更之登記在先，列入選舉人名冊並經公告後而為投票在後，而選舉結果確定後選舉委員會對於當選之公告，皆具備行政處分之要件，故本文以下將自行政法總論之觀點，檢視導致選舉幽靈人口之行政法各論領域之相關法律規定。

##### 一、依據戶籍法規定之登記：形成處分（第一階段行政處分）

人民依據戶籍法之相關規定，將戶籍住址進行遷徙登記之申請，戶政機關依據該聲請而為之戶籍住址變更登記，從而發生戶籍住址變更之法律效果，屬行政處分中之形成處分。惟此種形成處分是否為合法之行政處分，端視戶籍法之規定，人民有無將實際生活重心地據實登記為戶籍地址之義務。如自戶籍法之文義解釋，由原鄉（鎮、市、區）遷入他鄉（鎮、市、區）應為遷出遷入登記，在同一鄉（鎮、市、區）變更住址者應為住址變更登記，登記事項有不實時，戶政機

<sup>195</sup> 參法務部公報第 145 期，1992 年 7 月，頁 51。函文內爰引之相關條文已修正。

<sup>196</sup> 參法務部公報第 145 期，1992 年 7 月，頁 50。

關應依職權調查並可依職權逕行登記，同時亦有相關之處罰規定等綜合觀之，戶籍法似規定人民有將實際生活重心地據實登記為戶籍地址之義務，此亦係最高法院刑事庭會議所採之見解，並據以導出選舉幽靈人口無法構成使公務員登載不實罪之結論，最高行政法院判例亦指出，「戶籍遷徙係事實行為，其遷徙登記自應依事實認定之。原告與謝某縱令果有夫妻關係，法律上規定妻之法定住所及夫妻之同居義務，並不能否定謝某實際上居住內湖鄉之事實。妻固得以夫之本籍為其本籍，亦不能因此而抹煞其他有關戶籍之事項。彰化市公所及溪湖鎮公所徒憑原告及謝某之父之聲請，即分別辦理謝某遷出原籍彰化市而遷入原告住所地同縣溪湖鎮之遷徙登記，無視該謝某遷住內湖鄉之事實，其所為之遷徙登記既非依據實際遷徙之事實而為遷出及遷入之登記，自非合法<sup>197</sup>。」從而肯定人民有將實際生活重心地址登記為戶籍地址之義務。惟自人民之資訊自主決定權與比例原則之憲法原則以觀，人民實無將生活重心地址據實登記為戶籍地址之法定義務。退萬步言，縱認人民有將實際生活重心地據實登記為戶籍地之義務，然此種住籍不一之登記，雖屬違法之行政處分，但其非屬重大明顯瑕疵，在戶籍機關未依職權撤銷該違法行政處分之前，該處分仍屬有效，其構成要件效力依然拘束各機關<sup>198</sup>。

## 二、依據選舉法規製作之選舉人名冊：確認處分（第二階段行政處分）

在公職人員選舉罷免法與總統副總統選舉罷免法（以下將二者合併簡稱選舉法規）之相關規定中，選舉人名冊之製作者係戶政機關而非選舉機關，其製作選舉人名冊之依據，不論係選舉人之年齡、住址、居住期間、以及居住期間之起算日等，皆係以戶籍登記資料之內容為依據，在法制上即未有使其審查選舉人實際上住籍是否合一之空間，戶政機關僅能依據戶籍資料為選舉人名冊之編造並加以公告更正後，產生確認名冊內之人為選舉人，其在選舉投票日有權領取選票並加以投票之法律效果，屬行政處分中之確認處分。選舉人名冊乃完全依照選舉法規之規定製作，並未有任何不法之情事發生，從而該確認處分自屬合法之行政處分<sup>199</sup>，合法行政處分自不得撤銷，其構成要件效力即繼續存在並拘束各機關及人民，人民依據該合法行政處分領取選票並加以投票，該投票行為自始至終皆係依法律行使其選舉權。刑法卻將該行為稱之為「意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票者」，歸納為違法行為並加以處罰，尤其最高法院將行為人編入選舉人名冊後即屬著手階段，將合法行政處分之生效時點作為認定刑事犯罪之著手時點，此種見解有亟待改善之必要。現行法律中有關於子女就學、社會福利給付等必需依據戶籍登記資料之相關規定<sup>200</sup>，該領取福利亦係根據戶籍登記所作成之給付行政處分，該處分亦屬合法有效，自不因其未實際居住於戶籍地而構成刑法詐欺罪<sup>201</sup>。

<sup>197</sup> 參行政法院 56 年度判字第 60 號判例。

<sup>198</sup> 參行政程序法第 110 條第 3 項。

<sup>199</sup> 從此論點觀之，台南高分院認為選舉人名冊屬無效之見解應有違誤（詳見本文第二章第二節）。

<sup>200</sup> 例如社會救助法、國民年金法等均有相關之規定。

<sup>201</sup> 參薛智仁，虛遷戶籍而投票之可罰性，法學新論第 7 期，2009 年 2 月，頁 94。其認為構成刑法第 339 條詐欺罪之見解應有違誤。

有學者認為，選舉人名冊公告之效力與刑法第 146 條第 2 項之適用無關，其主張選舉人名冊之公告效力縱屬有效，仍不改變欠缺居住事實之人依投票法律不具選舉人資格，並舉例加以說明：倘戶政機關誤對 A 為死亡之登記，而事後 A 遭 B 所殺害，刑事法院並不因行為時 A 在戶籍資料上已登記為死亡而否定 B 之殺人既遂罪，蓋在判斷 A 是否為殺人罪之客體時，係以呼吸停止、心跳停止等標準決定，而非以戶籍法上完成死亡登記決定，因而從未有人主張戶政機關之死亡登記對刑事法院判斷殺人罪成立與否時具有構成要件效力<sup>202</sup>。本文認為，此種比方與選舉人名冊公告之效力不同，可就行政處分之合法與否與案件性質二面向加以觀察。就行政處分之合法與否而言，戶政機關誤對 A 之死亡登記，非依戶籍法所為之登記，故應屬違法之行政處分；然選舉人名冊之公告，完全依照選舉法規之程序進行，係屬合法之行政處分。就案件之性質而言，雖 A 之死亡登記在形式上亦具備構成要件效力，但刑事法律並未有法院在審理死亡案件時，必須依照戶籍登記資料作為審判依據等之相關規定，刑事法院並不受該行政處分形式上之構成要件效力所影響。蓋刑事訴訟之目的在於發現實體之真實，亦即查明實際上所發生之事實，方能判斷該行為是否構成刑事實體法上之犯罪行為，進而獲得正確之裁判<sup>203</sup>。刑事法院於審判死亡案件時，必須依據檢察官所開立之相驗屍體證明書與法醫師所製作之解剖報告書及鑑定報告書，以發現 A 之死亡原因與死亡時間等實體事實，此乃基於刑事案件之性質所必要，且倘刑事法院發現戶政機關誤對 A 死亡登記之違法行政處分，自得通知原處分機關依職權撤銷之，該違法行政處分經撤銷後，即溯及既往失其效力<sup>204</sup>；但在選舉人名冊之公告中，選舉法規卻明文規定，其編造時應依據戶籍登記資料，包含居住期間之計算、居住地址之認定等，選舉法規並未要求其繼續居住期間必須係依照其實際居住事實而為認定，而係依據戶籍登記資料認定，戶政機關在編造選舉人名冊時，無從捨棄戶籍登記資料不用而別為認定，必須受該戶籍登記之形成處分構成要件效力所拘束，除非戶政機關依職權將該違法行政處分加以撤銷，其編造選舉人名冊時自不受該不實戶籍資料之拘束，否則該戶籍登記資料在未撤銷之前，仍屬有效之行政處分，從而依選舉法規之規定，必須依照戶籍登記資料製作選舉人名冊，實乃完全合法之行政處分，自不能與前揭刑事法院審判 A 死亡案件不受 A 之戶籍登記資料相比擬。此亦係本文一再強調，選舉幽靈人口實乃戶籍法規與選舉法規制度上設計不良所導致，蓋選舉法規對於居住期間之認定並非依據選舉人之實際居住事實，而係依據其形式上之戶籍登記資料，因而導致選舉幽靈人口之發生，立法者認為此實乃造成選舉不公之亂源，必須加以除去，但卻不從問題之根源下手改革，而係在刑法中增列處罰之規定，期能藉由刑法之處罰規定以嚇阻選舉幽靈人口之發生，將一切制度上所造成之不良後果歸咎於人民。

### 三、依據選舉法規對候選人所為之當選公告：形成處分（第三階段行政處分）

<sup>202</sup> 參薛智仁，虛遷戶籍而投票之可罰性，法學新論第 7 期，2009 年 2 月，頁 90。

<sup>203</sup> 參林鈺雄，刑事訴訟法《上冊》，2007 年 9 月 5 版，頁 7。

<sup>204</sup> 參行政程序法第 117 條、118 條。

選舉名冊經確定後，選舉人之選舉權因而確定，於投票之日依據選舉法規之相關規定完成投票，並基於各類選舉制度而產生當選人，選舉委員會對該當選者所為之公告，在性質上屬行政處分中之形成處分，由於該行政處分之作成過程中完全符合選舉法規之相關規定，是該當選公告之形成處分自屬合法。選舉無效之訴之理由係因「選舉委員會辦理選舉、罷免違法，足以影響選舉或罷免結果」，亦即此行政處分之作成過程有違法，故該當選之行政處分係屬違法。在當選無效之訴中，其原因皆涉及一定之不法行為，故因而當選之行政處分亦係違法。觀諸當選無效之訴之原因，計有「當選票數不實，足以影響選舉結果者」、「妨害投票秩序者」、「有行賄或收賄之行為者」、「當選人候選資格不符者」、「有刑法妨害投票罪者」等諸多原因（詳本文第五章），因渠等行為除選舉幽靈人口外，皆係直接違反選舉法規或刑法之規定，故該行政處分亦屬違法。然選舉幽靈人口乃係基於前述二階段之行政處分而生，尤以第二階段之行政處分完全符合選舉法規之相關規定，屬合法之行政處分，故其行使投票權之行為完全合法，由該合法之投票行為而致生之此第三階段之行政處分亦屬完全合法，合法行政處分自不得撤銷，而此種行政處分對當選者而言應屬授予利益之合法行政處分，且其並無行政程序法第123條各款所列各款原因，自亦不得廢止。亦即選舉幽靈人口參與投票之選舉結果不得宣告當選無效，換言之，即不得將選舉幽靈人口列為當選無效之訴之提起原因，公職人員選舉罷免法第120條第1項第3款中有關刑法第146條第2項之規定，應予刪除。然不論係選舉無效之訴抑或係當選無效之訴，此等違法之行政處分原則上皆不容許由原處分機關，亦即選舉委員會，依職權加以撤銷<sup>205</sup>，亦不經訴願程序尋求救濟，而必須透過訴訟程序為之。雖選舉法規對於選舉、罷免訴訟，規定法院應依職權調查必要之事證；惟選舉、罷免訴訟本具公法性質，且其影響所及者並非僅止於私人間權利義務之紛爭，其公益色彩尤重，攸關地區之行政首長或民意代表之去留，故實應由行政法院循行政訴訟程序加以審判，以求其名實相符。而該處分經撤銷後，原則上亦非由原處分機關另為適當之處分，而係必須擇期補辦選舉<sup>206</sup>。

<sup>205</sup> 例外情形：公職人員選舉罷免法第74條第1項

當選人經判決當選無效確定，依法院確定判決認定之事實，候選人得票數有變動致影響當選或落選時，主管選舉委員會應依法院確定判決認定之事實，重行審定。審定結果，有不應當選而已公告當選之情形，應予撤銷；有應當選而未予公告之情形，應重行公告，不適用重行選舉或缺額補選之規定。

總統副總統選舉罷免法第67條

當選人經判決當選無效確定，依法院確定判決認定之事實，候選人得票數有變動致影響當選或落選時，中央選舉委員會應依法院確定判決認定之事實，重行審定。審定結果，有不應當選而已公告當選之情形，應予撤銷；如有應當選而未予公告之情形，應重行公告，不適用重行選舉之規定。前項重行公告之當選人，其任期至原任總統、副總統任期屆滿日止。

<sup>206</sup> 參公職人員選舉罷免法第71條、第73條、總統副總統選舉罷免法第64條。

例外情形：公職人員選舉罷免法第74條第2項

地方民意代表當選人因第一百二十條第一項第三款之情事，經法院判決當選無效確定者或當選人有褫奪公權尚未復權之情形時，其缺額由落選人依得票數之高低順序遞補，不適用重行選舉或缺額補選之規定。但遞補人員之得票數不得低於選舉委員會原公告該選舉區得票數最低之當選人得票數二分之一。

### 參、不在籍投票制度之引進與選舉幽靈人口之衝突

選舉法規中關於選舉人資格之積極要件，有要求選舉人必須於選舉區內實際居住一定期間之規定，此與因故無法在戶籍地址投票而生之不在籍投票制度，有相當程度上之扞格。有論者謂選舉幽靈人口之處罰規定，對於採行不在籍投票，將產生法理上之爭議。影響所及，若欲採行不在籍投票，首應確定者係該等人士是否為合格之選舉人，而此一認定，不能專依戶籍為之。若行為人事實上未繼續居住於選舉區達一定期間，法理上不僅不應准許不在籍投票，更可能必須職權告發該等人士觸犯「妨害投票正確罪」。影響所及，未來若欲採行「不在籍投票制度」，必須在制度中考量如何確定行為人是否符合選舉人資格，此時恐須令其提出繼續居住一定期間之證明<sup>207</sup>，否則不予列入選舉人名冊。若果真採取此作法，則將與無罪推定原則有違，蓋此理論無異係懷疑選前四個月遷徙戶籍者皆係幽靈人口，亦將招致不當限制選舉自由與遷徙自由。故有學者提出，若欲引進不在籍投票制於國內實施，則應尊重選舉權人之自由選擇，由選舉權人選擇其較關心或認同之戶籍地或住所地行使投票權，此亦係德國所採行之「選舉權人選擇主義」(詳後述)。並進而提出前後二階段之不在籍投票制：第一階段，由選舉人自行登記其行使選舉權之選舉區，未為登記者以其戶籍地推定為投票處所，毋需另有在戶籍所在地居住一定期間以上為要件。第二階段則進一步規定，若選民未登記選擇選舉區，則不以其戶籍地推定為投票處所，而係直接剝奪其行使投票之權利<sup>208</sup>。然不論如何，藉由相關文獻之見解可知，若欲實施不在籍投票制度，則必須對選舉制度加以徹底改革，捨棄選舉法規對於選舉人之投票地點兼採戶籍所在地與實際居住地址之觀點，而完全由選舉人自由決定，選舉幽靈人口之相關問題亦一併獲得解決。惟本文認為，在當今立法者仍崇尚以刑罰制裁選舉幽靈人口之迷思尚未獲得解決之前，不在籍投票制度若欲引進國內實施，仍屬紙上談兵之階段。

## 第二節 防制選舉幽靈人口之對策

如前所述，選舉幽靈人口實乃制度上之設計不良而生，因之若欲防制選舉幽靈人口，自應對該制度之相關規定進行修正，而非一味立法對選舉幽靈人口加以處罰以收嚇阻之效。選舉幽靈人口乃係因二階段之行政處分而生，亦即第一階段之戶籍登記之形成處分，與第二階段之選舉人名冊公告之確認處分，因之本文擬就此二階段之相關法律規定加以論述並提出改進之方案。

<sup>207</sup> 參呂啟元，不在籍投票之法理爭議，收錄於國政評論 (<http://www.npf.org.tw/post/1/6906>)，2011年1月4日。

<sup>208</sup> 參陳朝政，不在籍投票法律爭議之反思與建議，政策研究學報第11期，2011年7月，頁196~199。

## 壹、戶籍制度之改進

如肯定人民有將實際生活重心地址登記為戶籍地址之義務，從而認為居住事實與所謂地方資源分配有其必然性之直接關係，故選舉人必須實際居住於該地方有選舉權，因之必須修正戶籍法之相關規範。蓋選舉幽靈人口之發生，實乃因第一階段之違法行政處分，方有第二階段將原不應列為選舉人者卻列入選舉人名冊之合法行政處分，若第一階段之行政處分並無爭議，則選舉幽靈人口可獲得根本上之解決，故應檢討修正戶籍法上關於遷徙戶籍登記之相關規定。在現行法制上，遷徙戶籍者不需提出任何之證明文件，僅需攜帶其欲遷入之戶籍地之戶口名簿，與其原本戶籍所在地之戶口名簿，以及遷徙戶籍者之身分證與照片，至遷入地之戶政事務所辦理即可，甚且不需本人親自到場辦理，僅需持有其印章即可，戶政機關即必須為遷出、遷入或住址變更之登記。縱戶籍法對於不實遷徙戶籍者，得依職權撤銷其登記、並科以罰鍰者，對於行方不明者得逕牽至戶政事務所等相關規定，此規定用意雖良善，但在執行層面上卻窒礙難行，蓋戶政機關並無人力實際查訪遷徙戶籍者是否實際居住於其所遷入之戶址。

因之，若需針對戶籍制度加以改革，其必須修正者有二：其一，於遷徙戶籍時，必須提出確實居住於該處之相關之證明，戶政機關必須對該證明資料詳加審核，符合者始能為戶籍地址變更之登記，例如該戶籍登記之住址至少須具備多少之空間<sup>209</sup>，又如提出水電費之收據，該用水用電量客觀上是否與該戶籍住址內之人數相當等。其二，於戶籍遷徙之後，戶政機關必須逐戶實地訪查，確認該遷徙戶籍者是否實際居住於該處，如此戶政機關必須大量擴編，增加其人事成本，招募足以擔負此等工作之人員，或回歸以往戶警合一時代由警察擔負此項工作，然若欲由警察人員為之，則戶籍法或警察職權行使法必須明文規定，警察人員得實施戶口訪查，人民有配合之義務，違反者應受到相當之罰鍰等。

惟本文認為，基於個人資訊自主決定權之保障，人民並無向國家揭露其實際生活重心地點之義務，戶籍地址不必與實際生活地址相同，若將戶籍法之相關條文修正為戶政機關人員或警察機關人員得以實施戶口訪查，且人民無拒絕之權利，則與極權國家完全掌控人民之行蹤毫無二致，實不可採。又如須在遷徙戶籍時提出相關之證明，例如居住空間與水電費等，則如何訂其標準？每人最少應有多少之居住空間？每人每月最少應使用多少之水電量？此實因個人之職業性質與生活習慣等因素而有所不同。若有人工作時間甚長，僅深夜下班後返回該居住地點就寢，則其所需要之生活空間與其水電用量，自應遠低於足不出戶者；又如三餐皆外食者，其所需之生活空間與水電用量自亦遠低於在家自行開伙者。而為

<sup>209</sup> 例如聯邦德國外國人法第 17 條規定，長期居留之外國人申請簽證，必須提出其有足夠之居住面積之證明，足夠居住面積必須考慮居住人個人與職業上之需求，一般而言 6 歲以上每人需要 12 平方公尺，6 歲以下每人需要 10 平方公尺。參李惠宗，論「選舉幽靈人口」的罪與罰—最高法院八十八年度台上字第五八九五號刑事判決及台南地檢署有關幽靈人口法律問題座談意見評釋，台灣本土法學雜誌第 9 期，2000 年 4 月，頁 40，註 22。

避免該標準過高，使確實居住於該處但水電使用量甚低者被認定為無居住事實，因而該標準必須盡量降低以求客觀，惟若降低至一定程度，則又與沒有標準無異。故本文較傾向於就選舉制度加以改革以防制選舉幽靈人口。

## 貳、選舉制度之改進

### 一、投票處所設定之立法例

選舉人應於何處行使其投票權，立法例上有三，亦即「選舉權人選擇主義」、「戶籍住址主義」與「實際居住地主義」<sup>210</sup>。

#### (一)選舉權人選擇主義

德國聯邦選舉法採之。乃指有選舉權之人，可依其登記指定於何一選區進行選舉，甚或以通訊投票為之，若選舉人未登記於何處投票，則以其戶籍登記地推定為其投票處所。此乃最尊重選民之自由意志，但頗為耗費成本。德國聯邦選舉法<sup>211</sup>第12條<sup>212</sup>規定選舉之要件，僅以滿18歲且在德國境內有住所或經常居住滿3個月即為已足，未有居住於戶籍地一定期間之要件。其投票之區域，依同法第14條<sup>213</sup>之規定，由選舉人自行選擇而登記，僅需在選舉人名冊內登錄有案或領有選舉證者，即可參加投票，無設籍久暫之問題，若旅居他鄉，尚可要求通訊投票，故德國不至於發生選舉幽靈人口之問題。

#### (二)戶籍住址主義

戶籍住址主義係以選舉權人之形式上之戶籍登記資料為準。理論上若完全以戶籍登記住址為準，則一經戶籍登記即發生選舉法上之效果，此種登記具有無因性，亦即不論如何完全以當事人申請登記為準，且戶政機關亦無審查其戶籍登記原因之權限，故理論上亦不至於發生選舉幽靈人口之問題。

#### (三)實際居住地主義

<sup>210</sup> 參李惠宗，論「選舉幽靈人口」的罪與罰—最高法院八十八年度台上字第五八九五號刑事判決及台南地檢署有關幽靈人口法律問題座談意見評釋，台灣本土法學雜誌第9期，2000年4月，頁40~41。

<sup>211</sup> 資料來源：董保城、周從郁譯，德國選舉法規彙編，中央選舉委員會出版，1994年1月。

<sup>212</sup> 德國聯邦選舉法第12條第1項 選舉權

有選舉權之人，係指基本法第116條第1項所稱之所有德意志人民，並於投票當天：

- 1.年滿十八歲者；
- 2.在本法施行地區擁有住所，或經常居住期間滿三個月者；
- 3.未依第13條之規定，被剝奪選舉權者。

<sup>213</sup> 德國聯邦選舉法第14條 選舉權之行使

- (1) 在選舉人名冊內登錄有案，或領有選舉證者，使得參加投票。
- (2) 在選舉人名冊內登錄有案者，僅得於該名冊上所屬投票區內投票。
- (3) 領有選舉證之人，得於發給選舉證之單選區內，以下列方式之一參加投票：
  - a. 在該單選區內任一投票區投票；
  - b. 通訊投票方式投票。
- (4) 選舉人每次選舉僅得親自行使一次投票權。

日本之選舉全大致可區分為全國性之選舉與地方性之選舉。全國性之選舉依日本公職選舉法<sup>214</sup>第9條<sup>215</sup>第1項之規定，僅須滿20歲之日本國民即有眾議院議員及參議院議員之選舉權，未有在特定區域設有住所達一定時間之要件。地方性之選舉依同條第2項之規定，係年滿20歲之日本國民在市町村區域內繼續設有住所3個月以上者，具有其所屬地方公共團體議會議員及首長之選舉權。此之選舉處所，依據日本實務見解，與民法上之住所同義，係指生活重心之地，亦即採實際居住地主義，是否涉有戶籍並非唯一判斷之依據，尚須衡量私生活面、事業活動面與政治活動面有關之住所。是大學生所居住之學校宿舍地，即屬選舉處所，不以其仰賴之父母所居住之住所為選舉法上之住所。又例如某上班族日間在外地工作，日間時間與中午用膳均在甲地，下班後返回與其妻同居之乙地，早晚餐與就寢時間均在乙地，則其選舉處所係乙地而非甲地，是日本係採「實際居住地主義」。

## 二、我國選舉法規之檢討

公職人員選舉罷免法規定，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。又選舉人之居住期間之計算，自戶籍遷入登記之日起算。故在選舉法規中乃完全依據戶籍登記資料，似採戶籍住址主義；惟我國之戶籍法卻採實際居住地主義，實際生活地點有遷徙時必須為遷出、遷入或住址變更之登記，若登記事項有不實時，戶政機關應依職權調查並可依職權逕行登記，同時亦有相關之處罰規定。又刑法亦認為居住事實與所謂地方資源分配有其必然性之直接關係，故選舉人必須實際居住於該地方有選舉權，而對於未居住於戶籍地卻又參與投票者進行處罰。故我國選舉人其投票之地點，係兼採戶籍住址主義與實際居住地主義，此實乃制定法規時未衡酌其他法律之立法精神，故而導致法律適用上之紊亂。本文認為，實際居住地址不必然與戶籍地址相同，故選舉法規應與戶籍制度脫鉤，其選舉投票地點不需依照戶籍登記資料，選舉人名冊之製作亦不應由戶政機關依據戶籍登記資料編造，而係由選舉機關依循其他制度製作之，此乃本文以下將論述之選舉人名冊製作制度。

## 三、世界各國選舉人名冊製作模式之比較

除德國係採選舉權人選擇主義、日本採實際居住地主義者外，本文將從其他相關國家之選舉法規中，探求其選舉人製作之模式。

### (一)日本

<sup>214</sup> 資料來源：施嘉明譯，日本選舉法規輯要，中央選舉委員會出版，1988年1月。

<sup>215</sup> 日本公職選舉法第9條 選舉權

1. 日本國民年滿二十歲以上者，具有眾議院議員及參議院議員之選舉權。
2. 日本國民年滿二十歲以上，在市町村區域內繼續設有住所三個月以上者，具有其所屬地方公眾團體議會議員及首長之選舉權。
3. 依前項規定具有包括其所屬市町村區域之都道府縣議會議員及首長之選舉權者，自各該市町村區域內繼續遷移住所於同一都道府縣區域內之其他市町村區域內者，不受同項規定住所要件之限制，繼續具有各該都道府縣議會議員及首長之選舉權。
4. 第二項規定之三個月期間，不因市町村之廢置分合或境界之變更而中斷。

日本採實際居住地主義，已如前述。本文於此欲探究者，係其公職選舉法第 236 條第 1 項規定，以詐偽方法被登錄於選舉人名冊者，處六個月以下有期徒刑或科十萬元以下罰金，同條第 2 項規定，以被登錄於選舉人名冊為目的，對依住民基本臺帳法第 22 條（遷入申報）規定之申報作虛偽之申報，致被登錄於選舉人名冊者，與前項同。可知日本公職選舉法對於未實際居住於某地而申報遷入該地因而取得選舉權者，有刑罰之處罰規定。

## （二）韓國

韓國議員選舉法<sup>216</sup>第 18 條規定，實施選舉時，區長、市長、鎮長、鄉長以選舉日公告起，依投票區別調查其管轄區域內住民登錄已有選舉權者，在選舉日公告日起五日內，作成選舉人名簿。任何人在同一選舉，不得登載於二個以上之選舉人名簿。同法第 20 條規定，選舉人名冊製作完畢之次日應公告閱覽，任何人皆得自由閱覽選舉人名冊。同法第 22 條規定，任何選舉人在選舉人名冊上有遺落、誤記，或登記無資格之選舉人時，於閱覽期間內得向該區長、市長、鎮長、鄉長申請異議。區長、市長、鎮長、鄉長應於二日內審查，若認為其申請有理時，當即修正選舉人名冊，並通知申請人、關係人與選舉委員會；若認為無理由時，須通知申請人與選舉委員會。同法第 23 條對於前揭認定有不服時，並得向選舉委員會申請不服。同法第 24 條規定，選舉人名冊在選舉前五日應予確定，並限該選舉有效。綜上所述，可知韓國之選舉人名冊係由選舉人自行登錄，採選舉權人選擇主義，且在公告時選舉人可對選舉人名冊上之登記資料，包含對於其他選舉人之登記資料認為有錯誤時，得以申請異議及申請不服。

## （三）西班牙

西班牙普選制度組織法<sup>217</sup>第 33 條規定，選舉人名冊應分區編造，每位選民僅能在一選區域辦理登記，不得在數個區域登記，亦不得在同一區域登記數次。若一選民重複登記，以最後之登記為準，其餘取消。若重複登記之日期相同，應將此狀況通知當事人，俾當事人於十天期限內自其中選擇一處。如當事人未於規定期限內重新選定，主管單位得自行決定應以何者為準。同法第 39 條規定，各省政府與領事館須於選舉公告後第五天公佈其管轄區域內之選舉人名冊。選舉公告後八天內，任何人對於名簿上之登錄或刪除，得向選民登記之各省代表辦公室提出異議。選民登記處之各省代表辦公室應於三日內解決選民提出之異議，並須於選舉公告後第十九天公開展示更新之名冊，同時須將解決方式通知當事人及有關省政府與領事館。同法第 40 條規定，自通知日期起五天內，任何人得針對選民登記處之決議向預審法官提出上訴。預審法官應於五天內宣判上訴案並將判決內容通知當事人、省政府、領事館與設於選民登記處之各省代表辦公室，而當事人不得再透過司法途徑提出任何救濟。由此相關規定觀之，尤係如選舉人在同日

<sup>216</sup> 資料來源：韓國選舉法規輯要，中央選舉委員會出版，1987 年 10 月。

<sup>217</sup> 資料來源：黃朝順譯，雷孟篤審訂，西班牙普選制度組織法，中央選舉委員會出版，1993 年 4 月。

於二處以上選區登記時，主管單位應要求其自行選擇其中一處之規定，可知西班牙之選舉人名冊編造亦採選舉權人選擇主義。

#### (四) 紐西蘭

紐西蘭一九九三年選舉法<sup>218</sup>第 74 條規定，紐西蘭公民或紐西蘭永久居民，在紐西蘭連續居住一年以上，其選舉區在該選區最近曾連續居住至少一個月之區域或若其未曾於任何選區連續居住至少一個月，則為其現居住或最後居住之選區，符合前揭條件者有資格註冊為該選區內之選舉人。當一選舉之選舉令頒布時，凡於投票日前之星期一尚居住於該選區，且若繼續居住於其選區至投票時，將會居住至少一個月者，則不論其是否會繼續居住於該選區，應被視為於該星期一時在該選區以連續居住一個月。同法第 82 條規定，具有註冊資格者，應在相關期限內向註冊員申請註冊為選舉人。當註冊員發現一人適合註冊為另一選區選舉人時，該註冊員應將此申請表移送該另一選區。紐西蘭採取強制註冊主義，若其蓄意或明知而未於規定期間內申請註冊為選舉人者，即視為違反本條之規定，初犯處一百元以下罰鍰，累犯處二百元以下罰鍰。同法第 90 條規定，任何人在其居住地所在選區中更動其居住地，應於其更動居住地之日起二個月內以書面方式向註冊員通知，未遵守者處初犯處五十元以下罰鍰，累犯處一百元以下罰鍰。惟同法第 91 條規定，未通知住址更動者，不因之喪失投票之資格。同法第 110 條以下有針對選舉人名冊公開檢閱之規定。紐西蘭選舉人名冊之編造應係採實際居住地主義，必須連續居住一個月，而該一個月之連續居住亦有客觀之認定標準，註冊員有權認定選舉人之居住地址，若認為選舉人應於他處註冊者，得依職權將該註冊資料移轉至該他選舉區。紐西蘭對於未實際居住於該地而於該地取得選舉權並投票者，亦有處罰之規定，惟其係以行政罰之手段為之，但仍不影響該幽靈人口之投票資格。

#### (五) 美國加州

美國加利福尼亞州選舉法<sup>219</sup>第 100 條規定，具有本州憲法第 2 章第 2 條規定之條件，並依本法規定辦理選舉人登記者，得於居住地所舉行之任何選舉行使選舉權。同法第 200 條規定，個人之住所係指個人有長久居留並隨時返回之意，而選定之住所。在一定期間內，一人僅能有一住所。個人之居所，指個人於一定期間所選定，而無長久居留意思之住所。在一定期間內，一人可以有一處以上之居所。本法有關選舉投票之規定，居所視同個人住所。同法第 201 條規定，住所之認定自選定住所之日起，至選舉投票日前一日止。同法第 202 條規定，個人暫時離開其住所至他州或本州其他投票區，而有返回其住所之意願，其住所不因之而喪失。個人暫時至某一投票區，而無於該投票區定居之意，則於該投票區不視為擁有一住所。同法第 203 條規定，個人遷移至他州，並有於該州設定住所之意願，則喪失本州之住所。同法第 204 條規定，個人遷移至他州，於該州設定永久居所，

<sup>218</sup> 資料來源：吳釗燮譯，紐西蘭選舉法，中央選舉委員會出版，1999 年 6 月。

<sup>219</sup> 資料來源：余明賢譯，美國加利福尼亞州選舉法，中央選舉委員會出版，1989 年 12 月。

而其居留時間不確定，則無論此人有意將來返回本州住所與否，其本州住所視同喪失。同法第 205 條規定，僅有設定住所之意願，而無遷移至新住所之事實，其住所之設定無效。僅有遷移至新住所之事實，而無設定住所之意願，其住所之遷移無效。同法第 217 條規定，經合法登記為加利福尼亞州任一投票區選舉人之人員，如於選舉投票日前 28 日內遷出原投票區，於該次選舉仍以原遷出之投票區行使選舉權。同法第 300 條以下有選舉人登記之程序相關規定，同法第 312 條以下有選舉人遷居他處時應向縣書記通知其住址變更之相關規定。準此以言，美國加州之選舉人名冊編造係採實際居住地址主義，且要求住所之設定與實際居住之事實應相符。

#### (六)加拿大

加拿大選舉法<sup>220</sup>第 55 條規定，一個人在某一時間或某一時期內之平時居住地，應由個案之所有事實加以認定。一個人之平時居住地，通常係指他經常居住或住家之地，或此個人所採用之居住或住家之地，他若離開此地時，有回到此居住地之意圖。當一個人通常在一地睡覺，而在他地用餐及工作時，其平時居住地為他睡覺之地。一人僅能有一處平時居住地，除非另一居住地取得時，原居住地才能放棄。雖通常一人之平時居住地為其家庭所在，但若其與家庭分開居住，而有繼續分開居住之意圖，則此個人之平時居住地為其所居住之地。暫時自平時居住地離開並不導致失去或改變平時居住地。同法第 56 條規定，為了大選之實施，每人皆應被視為自核算日起持續居住於平時居住地所在之選舉區內至投票日，在此期間內之實際居住地之改變，不影響其在該選舉區內之投票權，除其有本條第 2 項或第 58 條第 3 項所賦予之權利外；在此情形其在核算日內之平時居住地無選舉投票權（第 1 項）。僅為了大選之實施，而不論本法規定如何，任何人在核算日與修正終止日之間，自一投票區之內之平時居住地至另一投票區，不論此投票區是否在相同之選舉區，倘其原具有選舉人資格，而搬遷至他處，可向相關機關，在修正期間內，將其姓名加入其所申請之平時居住地所在地之投票區之選舉人名冊上。若其姓名被加入適當投票區之選舉人名冊上時，其有權在該投票區內設立之投票所投票（第 2 項）。同法第 57 條規定，若某人在核算之日所住之地，通常僅有在五月至十月或此等期間之一部分時間內有人居住，且通常在十一月至四月間無人居住，則此處不能視為此人之平時居住地，除非在大選之情況下，在核算日此人在其他選舉區無可自由搬遷之處所。同法第 58 條規定，在一大選中之核算日，在下列情況下暫時居住於該投票區內者，視為該投票區之平時居民：1. 為追求一般有收入之職業而暫時受雇；2. 學生在學期間暫時受雇之有收入職業；3. 本身具有選舉人資格；4. 自選舉令發出之日起皆居住於該處；5. 在投票之日仍然暫時居住於該處，而如本項之第 1 款或第 2 款所述之暫時受雇者，有權將其姓名列入該投票區之選舉人名冊上（第 1 項）。本條第 1 項之人其配偶或眷屬，隨其搬遷至此投票區居住，若該配偶或眷屬自選舉令發出時起皆持續居住於該

<sup>220</sup> 資料來源：吳釗燮譯，郎裕憲審訂，加拿大選舉法，中央選舉委員會出版，1993 年 5 月。

處，則在核算日應被視為該投票區之平時居民（第2項）。下列情形之一者，有權將其姓名列入該區之選舉人名冊上並參與該次選舉投票：1. 根據本條第1項或第2項，將被視為一投票區之平時居民，但其在選舉令發出後並未持續居住於該地；2. 在投票日二十日前暫時住在該投票區；3. 除此之外，其具有投票資格，並選擇在該投票區投票；4. 若其搬遷至城市投票區，則可在修正期間內向相關機關申請；5. 若其搬遷至鄉村投票區，則可向相關機關申請（第3項）。同法第63條以下有選舉人名冊編造之相關程序規定。同法第252條對於將非平時居住地所在之投票區申請成為選舉人名冊上之選舉人者，視為犯罪行為，依據同法第267條之規定，若被簡易法庭判定有罪時，可處一年以下有期徒刑，或科或併科一千元以下罰金；若被起訴時，可處五年以下有期徒刑，或科或併科五千元以下罰金。由此相關規定可知，加拿大選舉法之選舉人名冊編造，採實際居住地主義，選舉法規中詳盡規定如何認定實際居住地，且對於將非平時居住地所在之投票區申請成為選舉人名冊上之選舉人者有相關之處罰規定。

### 第三節 小結

選舉幽靈人口取得選舉投票權，乃因戶籍機關以幽靈人口之戶籍登記資料（第一階段行政處分），編造選舉人名冊，經公告閱覽後未經選舉人申請更正或戶籍機關自行更正錯誤，則選舉人名冊即告確定（第二階段行政處分），並進而參加選舉，其取得選舉權之過程皆符合相關法律規範，從而其所為之投票行為亦完全合法，基於該投票結果所為之當選公告（第三階段行政處分）亦屬合法，不得撤銷或廢止之。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，而本文認為選舉制度應與戶籍制度脫鉤，故應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，徹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極度不明確，使人民難以遵循。若認熟悉地方事務者方有權決定該地區之公職人員，而應採實際居住主義者，亦無不可。加拿大選舉法規對於不在實際居住地址投票之處罰規定，頗

值我國處理選舉幽靈人口之相關問題之參考。惟，基於憲法保障人民選舉自主權，本文認為選舉投票地點仍以採選舉權人選擇主義為適當。



## 第七章 結論

選舉幽靈人口，實乃一橫跨憲法、行政法、刑法等領域之綜合性之法律問題。一言以蔽之，其乃係行政法之規範欠佳所導致之現象，但立法者卻以刑罰之手段遏止該現象之發生，但該手段卻違反憲法之平等原則與比例原則。既有前此各章之探討後，於此應係以屆提出結論之時機。綜觀前此探討所得，歸納總結如下：

一、選舉幽靈人口，係指以選舉為目的而遷徙戶籍，但未實際居住於該處且參與投票者而言。修正前之刑法第146條第1項僅稱「以詐術或其他非法方法，使投票發生不正確之結果者」，選舉幽靈人口是否該當之，最高法院認為幽靈人口係造成選舉不公之根源，傾向成罪之認定，惟下級法院卻有著成罪與否之分歧見解，而檢察機關亦多傾向於不成罪之認定，而學界則一面倒向反對之見解。立法者有鑑於此，遂修正刑法第146條，遂於民國96年1月24日修正該條第2項，明定「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」，並於第3項規定處罰其未遂行為。其立法理由略以：「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。現未實際居住於戶籍地者有數百萬人，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。」云云，其構成要件包含於選前相當時間遷徙戶籍、無居住之事實、前往投票、主觀上具有使特定候選人當選之意圖，並處罰其未遂行為；惟本條修正後，實務上對於新舊條文之適用見解不一，且透過解釋以種種理由限縮該罪之適用，而在學界上亦招致不少批判。

二、以刑法之規定限制人民之居住遷徙自由與參政權，手段與目的是否正當，是否有違憲之虞？憲法第10條保障人民之居住遷徙自由，包含居住自由與遷徙自由，其中居住自由應包含不在戶籍地居住之自由，遷徙自由應包含遷徙戶籍之自由。憲法第17條保障人民之參政權，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、欲投票予何人等主動之選舉權，亦即選舉自主權。以刑法處罰選舉幽靈人口，直接間接侵害人民之居住遷徙自由與參政權應無疑義。而限制此等基本權是否正當？雖其形式上符合法律保留原則之要求，然若依循德國之比例原則模式，實質上雖亦符合目的合憲性與手段適合性，然如對於我國現有之戶籍制度與選舉制度進行檢討，在結論上應能設計出達成使選舉結果公正之目的而對人民基本權侵害較少之手段之措施，此亦與美國模式中，採取嚴格審查模式所要求者，不謀而合，故應與手段必要性有違。然亦因選舉制度之重新設計，而可重新定義所謂之選舉結果公正，故亦與手段合比例性有違。就類似平等原則而言，相較於總統副總統之選舉，憲法

增修條文第 2 條第 1 項，鼓勵僑居國外之國民反國參加總統副總統之選舉而明文保障之，但該僑居國外之國民，長年未實際居住於國內，若依據新修正之刑法第 146 條第 2 項之規定檢視之，渠等實屬標準之選舉幽靈人口，但卻因憲法有明文之保障，而無法以刑罰相繩，此實乃本質相同之事物而為不同之差別待遇。從而刑法第 146 條第 2 項之規定，同時違反憲法第 7 條之平等原則與第 23 條之比例原則，實屬違憲而應歸於無效。

三、戶籍制度，係一種以戶為單位之人口管理模式，在現今採用戶籍制度之國家已不多見，而大多數之民主國家採行以人為單位之人口管理模式。我國之戶籍制度可溯自日本統治臺灣時期，沿用至臺灣光復後、國民政府遷臺後迄今，歷經戶警合一制，現今採行戶警分立制。現行法規中戶籍登記資料種類繁多，內容詳實，包含身分登記、初設戶籍登記、遷徙登記、分（合）戶登記、出生地登記等，其完整度在世界上堪稱數一數二。目前，國家機關過度仰賴戶籍登記地址，在法制上多有依據戶籍地址之種種規定，因而致生許多法律適用上之紛爭，司法院大法官第 398 號解釋與法務部行政執行署處 93 年度法律問題座談會題案三，所爭執之相關問題即屬其例。戶籍地址應僅具有推定為實際居住地之性質，此乃基於憲法保障個人之資訊自主決定權，人民並未有將實際生活重心地址據實登記為戶籍地址之義務，國家亦未有掌握人民實際生活地址之權力。為完成因公法關係而生之送達，使行政處分因之生效等目的，國家僅須掌握人民之通訊地址即可，對於少數依法受限制住居之人民，國家始得掌握其實際生活地址，此方與比例原則中之手段必要性原則相符。戶籍法中對於戶籍遷徙必須登記與相關之處罰規定，實有檢討修正之必要。國家之一切統治行為，亦應與戶籍制度逐漸脫鉤，而改採以人為單位之人口治理模式。

四、選舉係民主國家中最重要之權力分配依據，亦係賦予統治者行使國家公權力所需之民主合法性之最直接手段。選舉制度之設計應滿足憲法第 129 條關於普通、平等、直接、無記名等原則之要求，選舉制度之設計對於國家機關之組成影響重大，應充分反映選民意志並形成有效之多數統治，同時須保障各政黨在議會席次上有公平之競爭機會。不在籍投票制度，在我國未解決選舉幽靈人口相關爭議之前，仍屬紙上談兵之階段而不宜貿然實施。依據公職人員選舉罷免法與總統副總統選舉罷免法之相關規定，選舉人名冊係依據戶籍登記資料進行編造，且居住期間之計算亦係以戶籍登記資料為準，將原本僅具推定性質之戶籍登記住址擬制為實際生活重心住址，此實乃戶籍法與選舉法聯手造成選舉幽靈人口現象之根本原因。候選人對於選舉結果不服，可依法提起選舉訴訟。選舉訴訟本質上應屬公法事件，惟因過往公法法院建置之不完備，因之選舉訴訟歸由普通法院之民事庭審理。在我國行政法院之組織日趨健全之今日，選舉訴訟應改由行政法院管轄，法院並應依職權調查證據。選舉訴訟之類型分為選舉（罷免）無效之訴與當選無效之訴，選舉無效乃係以確認選舉全部或局部無效為訴訟標的，以選舉機關

辦理選舉違法為無效原因，由檢察官或利害關係人，以主辦選舉機關為被告所提起之訴訟；當選無效之訴，乃係以確認某當選人之當選無效為訴訟標的，以當選人之候選資格不實、當選票數不實或其競選違法為無效原因，由選舉委員會、檢察官或其他候選人以該當選人為被告提起之訴訟。公職人員選舉罷免法第 120 條第 1 項第 3 款規定，以當選人有遷徙所謂「幽靈人口」之行為，作為對當選人提起當選無效之原因，但並未如第 1 款有「足認有影響選舉結果之虞」之規定。然若認應以足認有影響選舉結果之虞始足當之，則將面臨無法證明之窘境且與憲法所要求選舉之秘密投票原則有違；若認不以影響選舉結果為必要，則將產生法律規定不一致與大量引發訟源之結果；亦即不論是否實際影響候選人之當選為必要，皆有其內部矛盾與窒礙難行之處。此項規定極為不妥，刑法本不應存在選舉幽靈人口之處罰規定，在選舉罷免法中更不應將其列為當選無效之原因。

五、選舉幽靈人口取得選舉投票權，乃因戶籍機關以幽靈人口之戶籍登記資料（第一階段行政處分），編造選舉人名冊，經公告閱覽後未經選舉人申請更正或戶籍機關自行更正錯誤，則選舉人名冊即告確定（第二階段行政處分），並進而參加選舉，其取得選舉權之過程皆符合相關法律規範，從而其所為之投票行為亦完全合法，基於該投票結果所為之當選公告（第三階段行政處分）亦屬合法，不得撤銷或廢止之。從而，刑法第 146 條第 2 項，與公職人員選舉罷免法第 120 條第 3 項中有關前述刑法之相關規定，皆應加以刪除。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，然戶籍制度實乃歷史產物，選舉制度應與其脫鉤，故應就選舉制度加以檢討修正。在各國現行選舉法規中，大多採行選舉權人選擇主義或實際居住地主義，僅有我國兼採戶籍地址主義與實際居住地主義。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幽靈人口不能相提併列。加拿大處罰不在平時居住地址投票之選舉人之相關規範，頗值我國參考。為使人民能充分參與國家政事，具體展現憲法所保障之參政權，對於選舉人行使其投票權之地點，實應採選舉權人選擇主義，由選舉人自行決定其欲在何處參與投票，方為適當。

既有以上扼要之歸納後，刑法第 146 條第 2 項應宣告違憲、選舉制度應與戶籍制度脫鉤、選舉投票地點應採選舉權人選擇主義，是其時矣！



## 參考文獻

### 一、專書（按作者姓氏筆劃排序）

1. 王澤鑑，民法總則，2009年6月修定版
2. 甘添貴，刑法各論《下》，2010年2月初版。
3. 吳庚，憲法的解釋與適用，2003年4月初版。
4. 吳庚，行政法之理論與實用，2007年9月增訂10版。
5. 吳庚，行政爭訟法論，2009年2月4版3刷。
6. 李惠宗，憲法要義，2006年9月3版。
7. 李惠宗，行政法要義，2010年9月5版1刷。
8. 李模，民法總則之理論與實用，1989年12月修訂版。
9. 林山田，刑法通論《上》，2008年1月10版。
10. 林山田，刑法各罪論《下》，2005年9月5版。
11. 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞合著，憲法權力分立，2003年10月。
12. 林合民、李震山、陳春生、洪家殷、黃啟禎合著，行政法入門，2011年9月。
13. 林鈺雄，刑事訴訟法《上》，2007年9月5版。
14. 林鈺雄，刑事訴訟法《下》，2007年9月5版。
15. 林騰鶴，行政法總論，2002年10月。
16. 陳敏，行政法總論，2009年6月。
17. 黃榮堅，基礎刑法學《上》，2006年9月3版。
18. 蔡墩銘譯，德、日刑法典，五南出版，1994年1月。
19. 盧映潔，刑法分則新論，2010年8月3版。
20. 謝瑞智，選舉罷免法論，1981年12月。

### 二、期刊論文（按作者姓氏筆劃排序）

1. 邱文聰，從資訊自決與資訊隱私的概念區分—評「電腦處理個人資料保護法修正草案」的結構性問題，月旦法學雜誌第168期，2009年5月。
2. 吳志光，參政權(上)，法學講座第29期，2004年9月。
3. 吳庚，選舉爭訟事件的法律救濟—兼論選舉罷免法草案立法技術上的缺點，憲政思潮第50期，1980年6月。
4. 吳庚，從程序法的觀點談選罷法之修訂，憲政時代第6卷第3期，1981年1月。
5. 呂啟元，不在籍投票之法理爭議，收錄於國政評論  
(<http://www.npf.org.tw/post/1/6906>)，2011年1月4日。
6. 李惠宗，論「選舉幽靈人口」的罪與罰—最高法院八十八年度台上字第五八

- 九五號刑事判決及台南地檢署有關幽靈人口法律問題座談會意見評釋，台灣本土法學雜誌第9期，2000年4月。
7. 李惠宗，再論選舉幽靈人口的罪與罰—刑法第一四六條新增第二項虛偽遷徙戶籍立法技術之檢討，全國律師第12卷第6期，2008年6月。
  8. 李惠宗，裁判書上網公開與個人資訊自決權的衝突，月旦法學雜誌第154期。
  9. 李鴻禧譯，選舉爭訟，憲政思潮第50期，1980年6月。
  10. 林山田，選舉買賣選票與幽靈人口及公開亮票的刑法問題，月旦法學雜誌第105期，2004年2月。
  11. 林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，收錄於現代國家與憲法—李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，1997年3月。
  12. 林恆志，選舉訴訟「不得提起再審之訴」合憲性之探討—以釋字第四四二號解釋為中心，法令月刊第52卷2期，2001年2月。
  13. 林超駿，選舉人名冊與選舉正潔—抑制幽靈人口之關鍵，台灣法學雜誌第153期，2010年6月。
  14. 周良黛，台灣「不在籍投票」的立法政策分析，中山人文社會科學期刊第13卷第2期，2005年12月。
  15. 胡峰賓，刑法第一四六條修正前後與幽靈人口適用問題，全國律師第12卷第6期，2008年6月。
  16. 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，台灣本土法學雜誌第38期，2002年9月。
  17. 柯耀程，適用幽靈人口的幽靈規範，全國律師第12卷第6期，2008年6月。
  18. 許玉秀，幽靈人口妨害投票罪？輔仁法學第22期，2001年12月。
  19. 許宗力，基本權的保障與限制(上)，月旦法學教室第11期，2003年9月。
  20. 許宗力，基本權的保障與限制(下)，月旦法學教室第14期，2003年12月。
  21. 陳朝政，不在籍投票法律爭議之反思與建議，政策研究學報第11期，2011年7月。
  22. 陳運財，論偵查不公開之適用範圍及其例外，全國律師第13卷第9期，2009年9月。
  23. 項昌權，臺灣地方選舉訴訟案件之分析與檢討，憲政思潮第14期，1971年4月。
  24. 黃昭元，大法官解釋審查標準之發展(1996-2011)：比例原則的繼受與在地化，國立台灣大學法學論叢，2013年6月。
  25. 黃宗樂，論戶籍與身分登記，輔仁法學第21期，2001年6月。
  26. 曾勇夫，選舉訴訟之研究，法學叢刊第118期，1985年4月。
  27. 湯德宗，違憲審查基準體系建構初探—「階層式比例原則」構想，收錄於廖福特主編，憲法解釋之理論與實務，第六輯，下冊，2009年6月。
  28. 董武全，論選舉幽靈人口行使投票權之正當性—兼評刑法第一四六條第二項之增訂，全國律師第12卷第6期，2008年6月。

29. 劉邦繡，為選舉目的而遷移戶籍之「幽靈人口」是否具有刑事不法，法令月刊第 55 卷 4 期，2004 年 4 月。
30. 廖元豪，參選門檻之「以價制量」？——大法官釋字第四六八號解釋之評論，月旦法學雜誌第 44 期，1999 年 1 月。
31. 廖元豪，平等權：第五講——另一種嚴格審查——基礎權利，月旦法學教室第 85 期，2009 年 11 月。
32. 廖元豪，平等權：第六講——平等權的檢討與展望，月旦法學教室第 90 期，2010 年 4 月。
33. 蕭文生，國家組織：第二講—選舉制度，月旦法學教室第 15 期，2004 年 1 月。
34. 薛智仁，虛偽遷徙戶籍而投票之可罰性，法學新論第 7 期，2009 年 2 月。
35. 薛智仁，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，2012 年 7 月。
36. 蘇俊雄，論刑罰與行政刑罰及行政罰之範疇界限—評最高法院八十九年度台非字第八七號判決，月旦法學雜誌第 73 期，2001 年 6 月。

### 三、學位論文（按作者姓氏筆劃排序）

1. 林宗良，臺灣戶籍政策對幽靈人口管理之研究，國立中正大學政治學研究所碩士論文，2011 年 10 月。
2. 黃永銓，兩岸戶政法制之比較研究—以人權角度以觀，中國文化大學法律學研究所碩士論文，2004 年 12 月。
3. 蔡基文，論人身自由及遷徙自由之保障—以公法上金錢給付義務之強制執行為中心，國立政治大學法律碩士在職專班研究所碩士論文，2008 年 7 月。

### 四、政府機關出版品（按譯者姓氏筆劃排序）

1. 余明賢譯，美國加利福尼亞州選舉法，中央選舉委員會出版，1989 年 12 月。
2. 吳釗燮譯，郎裕憲審訂，加拿大選舉法，中央選舉委員會出版，1993 年 5 月。
3. 吳釗燮譯，紐西蘭選舉法，中央選舉委員會出版，1999 年 6 月。
4. 林宗弘，中國大陸戶籍制度、管理與變革之研究，行政院大陸委員會委託研究，2011 年 12 月。
5. 施嘉明譯，日本選舉法規輯要，中央選舉委員會出版，1988 年 1 月。
6. 黃朝順譯，雷孟篤審訂，西班牙普選制度組織法，中央選舉委員會出版，1993 年 4 月。
7. 董保城、周從郁譯，德國選舉法規彙編，中央選舉委員會出版，1994 年 1 月。
8. 韓國選舉法規輯要，中央選舉委員會出版，1987 年 10 月。