

憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決協同意見書

黃虹霞大法官提出

蔡烱燊大法官加入

蔡明誠大法官加入

許志雄大法官加入

謝銘洋大法官加入

本件判決主文五，係由肯定最高法院為普通法院體系法律審終審法院之地位出發，乃維持普通法院審級救濟、統一法律見解制度所必要。最高法院應體認遲到的正義不是正義，改弦更張，盡可能自為裁判，切勿為不必要之發回。

本件判決一共包括八件原因案件聲請案，涉及選舉幽靈人口爭議，其中第一案於中華民國 98 年間提出釋憲聲請，歷經大法官多次審理，於憲法訴訟法修正施行前，無法獲得足夠多數意見同意以作成解釋。憲法訴訟法修正施行後終能做出判決，雖然是遲到的判決，但是著實不易。本件判決主文共六項，本席均贊成其內容，但就其中主文第五項部分，認有另補充其理由論述之必要，乃為本協同意見書，謹補充理由如下：

一、關於廢棄之對象為最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決，及發回最高法院部分：

1、多數意見認為應發回最高法院及其 111 年度台上字第 1861 號刑事判決為廢棄之對象，少數意見認為應以臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決為廢棄之對象並發回臺灣高等法院。本席贊同發回最高法院並以最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決為廢棄之對象。

2、少數意見認為應發回台灣高等法院，並以臺灣高等法院110年度上更一字第172號刑事判決為廢棄之對象，其理由主要為：最高法院111年度台上字第1861號刑事判決係以上訴不合程式為理由駁回聲請人八之上訴，亦即認本庭廢棄並發回之對象應專以最高法院駁回上訴之形式觀察，凡以上訴不合程式為理由者，應以最高法院之直接下級審刑事判決為廢棄對象並發回下級審法院；反之，最高法院如以上訴無理由駁回上訴者，應以最高法院刑事判決為廢棄之對象，並發回最高法院。就此，本席難以贊同少數意見，因為最高法院目前駁回上訴之實務作業，慣用上訴不合程式為理由，實則每每涉及實體之論斷，如果單以最高法院駁回之用詞作為論斷之標準，不但係昧於事實，且顯非合宜。

3、更何況就抽象而言：本庭所處理者，為法規範憲法審查及裁判憲法審查，係法規範最高位階之憲法爭議。而為普通法院體系之法規範最終有權解釋、監督、統一見解之層級為最高法院，除非案件之最終審法院非為最高法院，比如簡易案件，否則本庭經裁判憲法審查結果，認為聲請案件之最終審確定終局裁判亦即最高法院刑事判決違背憲法者，原則上自應以為法律終審法院之最高法院刑事判決為廢棄之對象，並發回最高法院。這樣才符合最高法院為法律審及終審法院之本旨，也才可能及有助於發揮最高法院統一法律見解之功能。

又在最高法院為原因案件最終審法院之情形，除非係如逾期上訴等第三審上訴不合法之情形，在刑事訴訟法第377條、378條以下級審判決違背法令為第三審上訴理由之規定下，最高法院負有查核及監督下級審判決是否違背法令之職責，以成就勿枉勿縱實現公平正義之司法職能。從而下級審判決如違背法令者，原則上最高法院應撤銷其判決，是於最高法院駁回被告上訴之情形，當以最高法院認下級審法院之判決無違背法令之處為前提。最高法院若就下級審法院之判決有無違憲為錯誤之判斷者，最高法院之判決自然亦有違誤，最高法院之判決本應被廢棄；且審級制度應予以維繫，基於審級制度之維持，本庭更不應該越過最高

法院，而直接以最高法院之下級審法院判決為廢棄之對象，及發回下級審法院。因為本庭不應該無視於最高法院為普通法院層級之法律終審法院之地位！

司法為民常在我心！遲到的正義不是正義！於事實已臻明確無須另為調查之情形，最高法院刑事判決經本庭廢棄並發回最高法院者，最高法院有權並應依本庭之判決意見本旨，而自為被告無罪之裁判，切勿為不必要之發回，以避免被告再受不必要之纏訟之苦，並最可減省司法資源之無謂浪費。再者，縱然於事實是否已臻明確而無須另為調查有疑之情形，因為此一情事有無之判斷非屬本庭之職權，在審級制度之下，應由最高法院判斷之，從而本庭也唯有以最高法院刑事判決為廢棄對象並發回最高法院一種途徑(由本庭先發回最高法院，再由最高法院依事實是否已臻明確有無另為調查必要之情形，決定自為裁判或發回下級審重行審理)，本於對最高法院地位之尊重，本庭沒有超越最高法院逕行將其下級審刑事判決廢棄並發回其下級審之理！

4、就個案言：為聲請人八之原因案件被告 3 人，均長期在桃園市工作之事實，既然為原因案件相關刑事書類(包括臺灣桃園地方檢察署 108 年度選偵字第 67 號檢察官起訴書、臺灣桃園地方法院 108 年度選訴字第 16 號刑事判決、臺灣高等法院 109 年度上訴字第 114 號刑事判決、最高法院 110 年度台上字第 1054 號刑事判決、臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決及最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決)所均同意者(上開起訴書、判決理由參照)，而最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決既經本庭廢棄並發回最高法院，則最高法院有義務依照本件判決意旨為裁判，復因聲請人八均長期在桃園市工作之事實已臻明確，即無另為調查之必要，最高法院自應依照本件判決意旨逕為被告 3 人無罪之判決(刑事訴訟法第 398 條第 1 款規定參照)。本件更沒有由本庭越過最高法院層級，廢棄臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決及發回臺灣高等法院之理；因為若此之為，不但係無視最高法院之法律審終審地位，且

徒然增加人民無謂之訟累及司法資源之浪費(事實審法院之開庭程序、事實審法院裁判後之上訴相關程序等)。

臺灣桃園地方法院 108 年度選訴字第 16 號刑事判決及臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決，固均認工作地非實際居住地，從而為聲請人八有罪之判決；反之，臺灣高等法院 109 年度上訴字第 114 號刑事判決則認為工作地即為一種實際居住地(與本件判決多數意見同)，故而為聲請人八無罪之判決。至於相關之最高法院兩個裁判，亦即最高法院 110 年度台上字第 1054 號刑事判決及 111 年度台上字第 1861 號刑事判決，均係以工作地非實際居住地為其論述之前提，而因為最高法院之發回意旨所示法律上之見解有拘束受發回之下級審之效力，所以臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決，乃依據最高法院發回意旨所示之此一見解，認定聲請人八有罪，是關於工作地是否為實際居住地之關鍵法律爭執，顯然並非臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決之創見，而不過是遵循來自最高法院之法律見解而已。解鈴尚需繫鈴人！工作地非實際居住地之關鍵法律爭議既源自最高法院，其相關違背憲法之錯誤解讀而生之糾結，自應由最高法院自己解開。

如前所述，最高法院本有下級審法院刑事判決無違背法令之處之把關責任，以落實勿枉勿縱公平正義之實現，是最高法院如駁回被告之上訴，原則上係以下級審法院刑事判決無違背法令之處為前提(依刑事訴訟法第 393 條第 3 款規定，對於確定事實援用法令之當否乃最高法院之職權事項)，即最高法院如駁回被告之上訴，應認為最高法院縱非明示亦係默示採納下級審法院之法律見解，從而不能以最高法院所慣用之不合程式上訴駁回用詞為據，否定上開最高法院之默示法律見解存在。更何況最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決理由已稱：「……四、(一)公職人員經由各選舉區選出，係代表人民行使公權力，自應獲得各該選舉區內具有一定資格居民多數之支持與認同，始具實質代表性。依我國公職人員選舉之實況，出現為支持特定人選舉之目的，以

形式上遷徙戶籍登記，但未實際居住戶籍地之方式，取得投票權參與投票之情形，對此未實際居住於選舉區內戶籍地之選舉人，一般以『選舉幽靈人口』稱之，因此行為影響民主運作及選舉公平性甚深，為此乃增訂刑法第 146 條第 2 項之規定，以禁止主觀上出於使特定候選人當選之意圖，客觀上虛偽遷徙戶籍以取得投票權，並因而投票之行為。依此規定之立法理由載稱：『……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而參與投票均須以刑罰相繩，是以第 2 項以意圖使特定候選人當選虛偽遷徙戶籍投票者，為處罰之對象。』等語。上揭法律規定，旨在確保選舉制度之公平運行，其所處罰者，僅限於『意圖支持特定候選人當選』，虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票之犯罪行為，並未禁止人民於選舉期間基於『其他正當目的』之意圖所為遷徙戶籍行為；而行為人是否形式上遷徙戶籍，但未實際居住，係屬客觀事實之判斷，自應由代表國家之檢察官基於實質舉證責任，以嚴格證據證明之；至遷徙戶籍行為之主觀意圖，亦非不能透過法庭上之舉證與攻防，依遷徙時間與選舉起跑時點之關連、行為與目的間之關連強度、行為人與新戶籍地址聯繫因素、行為人與新戶籍地選舉區候選人之關係等之客觀事實，由法院本於罪疑惟輕、無罪推定等刑罰原則，依一般生活經驗，為綜合判斷。尚難僅因刑法未明文『居住』、『戶籍』之定義，即謂上開條文所稱『虛偽』遷徙戶籍之要件，違反憲法法律明確性原則及刑法構成要件明確性。自不生牴觸憲法所揭示保障人民居住及遷徙自由、參政權之意旨，而有所謂違憲之問題。再者，選罷法第 15 條第 1 項規定：『有選舉權人在各該選舉區繼續居住 4 個月以上者，為公職人員選舉各該選舉區之選舉人。』寓有二義，一係自積極層面言，基於住民意識與民主精神，欲藉繼續居住 4 個月之期間，以建立選舉人和設籍地之地緣與認同關係，產生榮辱與共、切身利害感覺之住民意識，進而使其地方生活與政

治責任相結合，本於關心地區公共事務，及對於候選人之理解，投下神聖一票，方能反映當地人民的心聲，體現參與式民主之精神；另則在於消極防弊，倘非繼續居住相當期間，而純為選舉之目標，製造所謂『投票部隊』之『選舉幽靈人口』，自外地遷入戶籍，未與設籍地之政治、文化、經濟及社會事務有最低限度的熟悉、連結之情形下，使自己被登錄於選舉人名冊，而取得選舉權參與投票，勢必危害選舉之公平、公正和純潔性。為增進公共利益之必要而依法律就其自由權予以限制，自有其憲法上正當性。」顯然最高法院已自行為法律上之判斷，並據此進一步於其理由四、(二)肯認臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決，並無理由不備、理由矛盾之違法，故而認聲請人八之第三審上訴，係憑己見所為之指摘，非上訴第三審之適法理由(最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決上開理由參照)。本件最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決已為實體裁判，且其裁判已針對本件判決關鍵憲法爭議而為，並已涉及受憲法保障之選舉權之錯誤解讀，最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決自應為本件裁判憲法審查之客體，應由本庭廢棄之並發回最高法院重行審理。

至於本件判決理由多處提及臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決之理由部分，或為最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決所引用者，或為完整說明而有必要引據如本件判決理由第 98 段及 99 段，均無礙就聲請人八之聲請而言，系爭有違憲法保障基本權意旨之法律見解，其係源自最高法院，最高法院為影武者，為須負最終法律見解責任者之事實。其實本庭使最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決作為裁判憲法審查之客體，予以廢棄並發回最高法院，係對最高法院在普通法院體系最崇高地位的尊重；若非如此，而如少數意見之主張，越過最高法院，以臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決為廢棄對象，將案件發回台灣高等法院，則係無視最高法院之存在，把最高法院當作空氣，忽視最高法院之地位價值，長此以往，最高法院何復存在？

二、關於本件聲請人八之聲請合於裁判憲法審查要件部分

1、相關選舉並非僅涉及極有限人數之縣市鄉鎮村里長之選舉，而是為直轄市之桃園市長選舉，相關選舉人人數眾多。

2、行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰，刑法第26條定有明文。又系爭規定二係以意圖使特定候選人當選為構成要件，如欠缺此一意圖，應不能成立系爭規定二之罪。聲請人八固然為宣揚其勞工參政理念而參與相關工會推派工會秘書長朱梅雪參選第二屆桃園市市長選舉之決議，並將其戶籍遷移至其工作地所在之桃園市，但是客觀而言，如難認朱梅雪有當選可能性，則聲請人八是否具系爭規定二之犯罪意圖，或其等充其量為不能犯，均應不成立系爭規定二之罪。

3、憲法訴訟法引進裁判憲法審查制度，意在解決法規範本身不違憲，但適用該法規範之裁判，就該法規範之解讀違背憲法意旨。就此而言，此制度之引進將更進一步保障人民基本權，立意良善，值得肯定。但是裁判憲法審查之內涵仍待進一步確定，本件判決繼本庭111年憲判字第8號之後，進一步闡述裁判憲法審查之意旨及審查基準(本件判決理由第94段參照)，並詳細說明就系爭規定而言，實際居住地如何應包括長期工作地，從而人民得於傳統住宿地與長期工作地之間，選擇其一為戶籍地據以行使其選舉權，論述成立，堪予支持。

4、至於將實際居住地有傳統住宿地，擴大及於長期工作地，可能衍生之濫用情形，及傳統住宿地(居家生活地)選舉人與長期工作地選舉人間利益衝突問題，多數意見已經列入考量，並於本件判決理由中有所說明(本件判決理由第100段參照)，尚稱完整。只是未來適用時，應注意適當過濾，避免雇主濫用其權勢，操縱選舉，不當涉入政治；其根本在於：人民應該有憲法意識，本於自由意志行使選舉權，選賢與能。