

本人 蘇彥圖 受憲法法庭指定，就會台字第 9433 號幽靈人口案，提出專業意見，並出席憲法法庭於 112 年 4 月 11 日就本案所行之言詞辯論期日。謹依憲法訴訟法第 19 條第 3 項規定，就相關專業意見或資料之準備或提出，揭露相關資訊如下：

		是/否	如是，其情形
一	相關專業意見或資料之準備或提出，是否與當事人、關係人或其代理人有分工或合作關係。	否	
二	相關專業意見或資料之準備或提出，是否受當事人、關係人或其代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。	否	
三	其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。	否	

此 致

憲法法庭

陳報人：

蘇彥圖

(簽章)

2023.3.29

(日期)

會台字第9433號聲請案

## 專家諮詢意見書

蘇彥圖

(中央研究院法律學研究所)

2023年3月

憲法法庭為審理會台字第9433號胡靈智等聲請案（以下簡稱本案），指定本人提出專家諮詢意見書。由於本人能力之限制，並為使討論聚焦，本諮詢意見書僅針對本案系爭規定二（也就是《刑法》第146條第2項規定）的司法違憲審查，從民主法／選舉法的學術觀點，敬提意見如下：

### 一、選舉權的住民資格限制

【1.】《公職人員選舉罷免法》（以下簡稱《選罷法》）第15條第1項規定：「有選舉權人在各該選舉區繼續居住四個月以上者，為公職人員選舉各該選舉區之選舉人。」這項規定可被理解為是在《選罷法》第14條所定(i)國籍、(ii)投票年齡以及(iii)未受監護宣告這三項資格限制（qualifications）外，對《選罷法》所定公職人員選舉的選舉權，設定了另一項資格限制：(iv)「在各該選舉區繼續居住四個月以上」。

【2.】參酌美國聯邦最高法院的相關裁判法理論，我們可以將(iv)「在各該選舉區繼續居住四個月以上」這項資格限制，進一步區分為(iv-1)真實居住（bona fide residence），也就是有真摯、實在的住居活動，以及(iv-2)一定期間之居住／居住期間（durational residence）這

1 兩重限制<sup>1</sup>。這項區分是重要的，因為本案的系爭規定二，其目的是在  
2 確保、維持(iv-1)真實居住這項規範要求的有效性，而與(iv-2) 居住期  
3 間之限制無關。

4 【3.】選舉法就(iv-2) 居住期間所設限制，由於可能不當限制新遷入住  
5 民的選舉權行使，還會間接影響到人民的遷徙自由，憲法法院容有對  
6 之為嚴格審查的必要<sup>2</sup>。但是(iv-1)真實居住這項限制，其正當性與必  
7 要性，則向為美國聯邦最高法院所肯認。在 *Dunn v. Blumstein* (1972)一  
8 案判決的法院意見中，主筆大法官 Marshall 即曾以傍論肯認，這項資  
9 格限制可以通過仔細的司法審查<sup>3</sup>。該院於 *Holt Civic Club v. City of*  
10 *Tuscaloosa* (1978)一案判決，則是僅對系爭規定就選舉權所設住民資  
11 格限制，進行寬鬆之合理審查，並從而判定 Tuscaloosa 市，毋須賦與  
12 選舉權予該市行政區外之住民——儘管其住居地係位在該市警察的轄  
13 區之內<sup>4</sup>。

---

<sup>1</sup> 關於真實居住與居住期間在美國民主法上的區分討論，*see, e.g., Dunn v. Blumstein*, 405 U.S. 330, 343-44 (1972).

<sup>2</sup> 在 *Dunn v. Blumstein* (1972)一案判決宣告田納西州就投票權所設之一年居住期間的限制違憲後，美國聯邦最高法院於 *Marston v. Lewis*, 410 U.S. 679 (1973)以及 *Burns v. Fortson*, 410 U.S. 686 (1973)等案判決，均認定50日之居住期間限制是合憲的。受到美國《投票權法》於1970年之相關修正的影響，當代美國各州所設選舉居住期間或選民登記截止日期，基本上已縮減至30日內（甚至有部分州已容許於投票同日辦理選民登記）。關於美國選舉居住期間限制的歷史演進與制度現況，*see generally Eugene D. Mazo, Residency and Democracy: Durational Residency Requirements from the Framers to the Present*, 43 FLA. ST. U. L. REV. 611 (2016). 相較之下，歐洲人權法院對於選舉居住期間限制，採取較為寬厚的態度；*see EUR. CT. H.R., GUIDE ON ARTICLE 3 OF PROTOCOL NO. 1 TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS - RIGHT TO FREE ELECTIONS* 11-12 (Updated on 31 August 2022) [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_3\\_Protocol\\_1\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_3_Protocol_1_ENG.pdf). 威尼斯委員會亦僅建議，選舉居住期間限制不應超過6個月，且僅得依保護國族少數之需要而延長；*see VENICE COMMISSION, CODE OF GOOD PRACTICE IN ELECTORAL MATTERS - ADOPTED GUIDELINES AND EXPLANATORY REPORT* 5,13 (2002), <https://rm.coe.int/090000168092af01>.

<sup>3</sup> *Dunn*, 405 U.S. 343-44.

<sup>4</sup> *Holt Civic Club v. City of Tuscaloosa*, 439 U.S. 60 (1978).

1 【4.】對於選舉權所設住民資格限制，其最主要的正當事由，在於確  
2 定一個地理上之政治社群（political community）的成員範圍  
3 （membership），而這件事情的確定，是讓該社群之民主自治成為可  
4 能的必要條件<sup>5</sup>。普通投票權（universal suffrage）作為一項憲法原則，  
5 一般而言也僅適用於一個政治社群的疆界內，而無法讓某位疆界外的  
6 非成員取得投票權<sup>6</sup>。如果某人並非一個政治社群的成員，不論她對該  
7 社群的公共事務是如何地關心與熟稔，她都無從主張自己享有參與做  
8 成該社群之集體決策的政治權利。這種「只有而且只限社群成員（住  
9 民）參與做成集體決策」的憲政安排，反映了投票權所具群體性、集  
10 合性的權利特質<sup>7</sup>。如果上述命題為真，那麼我國有些論者關於「投票  
11 /選舉自由」的理解，毋寧就有商榷的餘地——因為從「投票必須出於  
12 選民的自由意志」這個自由選舉的核心命題，我們無法推導出「人民  
13 應有依其自己意願選擇在何處行使其投票權之自由」等類似主張<sup>8</sup>。

14 【5.】進一步的問題是：為什麼在自由憲政民主秩序下，一個政治社  
15 群可以使用真實居住這項資格條件，來識別、限定她的投票成員  
16 （voting members; franchised members）呢？學者 Gerald L. Neuman 就  
17 此所做的論證與說明，值得我們參考。Neuman 指出：

---

<sup>5</sup> See, e.g., ROBERT A. DAHL, AFTER THE REVOLUTION?: AUTHORITY IN A GOOD SOCIETY 45 (Rev. ed. 1990); Sanford Levinson, *Suffrage and Community: Who Should Vote?*, 41 FLA. L. REV. 545 (1989).

<sup>6</sup> 一個政治社群應否將居住在其內的外籍人士（resident aliens），也視為政治社群的成員並賦予其投票權，則有討論的空間。

<sup>7</sup> 關於選舉權的群體性與集合性，參見蘇彥圖，在權利與結構之間——初探美國民主法學的認同與典範，收於：許志雄、蔡茂寅、周志宏編，現代憲法的理論與現實——李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集，頁 241-42（2007年）。

<sup>8</sup> 參見例如李惠宗，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，9期，頁 44（2000年）；柯耀程，適用幽靈人口的幽靈規範，全國律師，12卷6期，頁 17（2008年）；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，12卷6期，頁 27-28（2008年）。

1 「住居顯然是決定政治社群要涵納何人的一個合理基礎。實  
2 證而言，住居提供了一個有用的預測指標，可以據以判定一  
3 個個人會在何種頻繁程度上，受到一個管轄受有地域限制之  
4 政府單元之所作所為的影響。[...]在某個限度內，住居是自  
5 願性的，而且每一個人一個給定的時間點上，只會有一個  
6 住居地，所以住居的事實，可被視為政治忠誠的一種合意許  
7 諾（a consensual undertaking of political allegiance）。藉由在切  
8 身與共的諸多議題上交織住民的利益，也藉由創造面對面的  
9 互動機會，讓對話政治成為可能，共同的住居為理想的政治  
10 提供了一些前提條件。[...]」<sup>9</sup>

11 真實居住表達了住民對於所處政治社群的基本認同——這項看法，更早  
12 以前，是由學者 Frank I. Michelman 所提出與強調的。Michelman 認為，  
13 就算我們不從共和主義的觀點理解、想像政治社群，一個個人，還是  
14 要對參與一個政治社群的對話政治（dialogic politics），做出某種許諾  
15 （commitment），才能成為該社群的一份子：

16 「一個人對於此等程序所做的許諾，必然要是出於自由選  
17 擇：一個人如果做此選擇，就可以加入成為社群的一員，但  
18 是一個人就是不可以只在該社群的邊際徘徊、不對它的程序  
19 做出許諾，卻還主張她有資格成為該社群的投票成員。<sup>10</sup>」

20 真實居住的事實行動，基本上就在表達 Michelman 所論述的那種「許  
21 諾」。對於一個保障人民的居住與遷徙自由，也尊重、包容政治社群  
22 內部之異質多元的自由憲政民主國度來說，這項針對地域性政治社群  
23 成員所設的資格要件，無疑是有意義的。一方面，它要求政治社群接

---

<sup>9</sup> Gerald L. Neuman, *"We are the People": Alien Suffrage in German and American Perspective*, 13 MICH. J. INT'L L. 259, 315 (1992).

<sup>10</sup> Frank I. Michaelman, *Conceptions of Democracy in American Constitutional Arguments: Voting Rights*, 41 FLA. L. REV. 443, 479 (1989).

1 納所有善意的新移民，從而讓移民加入社群、參與社群政治的個人意  
2 願，可以得到尊重與成全。另一方面，它也要求有意移民者，必須付  
3 諸行動，以真實居住的方式表達政治認同，從而讓政治社群得以確保  
4 其住民自治的整全性（integrity）。反過來說，如果非住民  
5 （nonresidents）毋須經由真實居住就可以取得投票權，社群的住民就  
6 有理由擔心，他們的民主自治，會被那些假住民、真外人給稀釋乃至  
7 支配。就此而言，選舉權的資格條件設定，需要兼顧、平衡不同社群  
8 成員的參政權益<sup>11</sup>。

9 【6.】在不致掏空、顛覆住民之民主自治的限度內，一個政治社群可  
10 以基於若干正當的規範考量，例外地容許符合特定條件的非住民，參  
11 與該社群的投票決策。《選罷法》第20條第1項第3段規定：「投票日  
12 前二十日以後遷出之選舉人，仍應在原選舉區行使選舉權。」《總統  
13 副總統選舉罷免法》第12條第1項規定：「前條有選舉權人具下列條  
14 件之一者，為選舉人：[……] 二、曾在中華民國自由地區繼續居住六  
15 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  
16 後遷出國外時之原戶籍地戶政機關辦理選舉人登記者。」這兩項規定，  
17 即屬這類免除投票權之住民資格限制的特殊規範<sup>12</sup>。這類「例外」，  
18 其實進一步證明了非住民，「原則上」是沒有投票權的。要不是真實  
19 居住的資格條件先界定出了一個地域性政治社群的基本／核心成員範  
20 疇，這類「擴大」社群投票成員範疇的制度，恐怕是無所附麗的。如  
21 果住民資格限制完全非屬必要，我們也無法合理解釋，為什麼這類規

---

<sup>11</sup> 美國民主法上有關「非住民選票稀釋（nonresident vote dilution）」的訴訟案件，就在爭執有些地方政府賦予非住民投票權的作法，是否稀釋、減損了社群住民的投票權；see, Richard Briffault, *Who Rules at Home?: One Person/One Vote and Local Governments*, 60 U. CHI. L. REV. 339, 396-401 (1993); Amanda Mayo, *Nonresident Vote Dilution Claims: Rational Basis or Strict Scrutiny Review?*, 83 U. CHI. L. REV. 2213 (2016).

<sup>12</sup> 關於美國法上類似規範的發展及其理由，see, Neuman, *supra* note 9, at 315-16.

1 範，僅將投票人的範圍擴及至某些「前住民」，而仍將絕大多數的非  
2 住民，排拒在外。

3 【7.】隨著時代的進步與社會的變遷，人的遷徙、流動確實愈趨頻  
4 繁；人與土地／地域性政治社群的關係，也多半比往昔來得淡薄許多。  
5 有些論者就此認為，關於「居住」的傳統規範設想，已然不合時宜。  
6 有論者進而主張，地方政府應根本解除投票權的住民資格限制，改以  
7 後現代的主體思維，架構「非地理的城市（ageographical city）」<sup>13</sup>。  
8 在政治理論上，這類仍在發想、清議階段的基進政治方案，當然大有  
9 討論的空間與價值，但是在司法審查上，憲法法院若援引這類新穎、  
10 充滿不確定性而且未獲共識的規範主張，去根本或全盤否定現行法對  
11 於選舉權所設住民資格限制的正當性與必要性，只怕會釀成憲政災難。  
12 法與時轉。在不解構、揚棄真實居住此項選舉權之資格條件的情況下，  
13 我們確實可以而且應該調整選舉法上關於真實居住的概念定義，使其  
14 得以順應現代社會的變遷及其需求。一個值得考慮的做法，是只要一  
15 個人在一地具有某種與其他住民密切互動的日常生活事實（亦即不算  
16 短期造訪該地之過客），就認定其已符合選舉法上的真實居住條件，  
17 而不過問這個人是否「住」於該地或另住於他處。在一人因而擁有雙  
18 重或多重居住地的場合，就算法制上仍限制一人僅得參與一地的選舉  
19 程序，法制至少應容許並尊重一人在其雙重或多重居住地間所做的選  
20 擇<sup>14</sup>。我國刑事法院近來已發展出從寬認定選舉法上之真實居住的司  
21 法理論（例如最高法院111年度台上字第550號刑事判決）。這項裁判

---

<sup>13</sup> See GERALD E. FRUG, CITY MAKING: BUILDING COMMUNITIES WITHOUT BUILDING WALLS 106-09 (1999).

<sup>14</sup> 根據學者李惠宗的介紹，德國聯邦選舉法即設有這樣的制度；參見李惠宗（註8），頁40-41。至於地方層級的選舉應否進一步解除一人僅得參與一地選舉的限制，當然也有討論的空間；see Ashira Pelman Ostrow, *Dual Resident Voting: Traditional Disenfranchisement and Prospects for Change*, 102 COLUM. L. REV. 1954 (2002); Joshua A. Douglas, *The Right to Vote Under Local Law*, 85 GEO. WASH. L. REV. 1039, 1068 (2017).



1 法的發展，無疑有助於確保符合真實居住條件之行為人的正當投票權  
2 行使，不致受到系爭規定二的非難與處罰，從而亦有助於避免、化解  
3 系爭規定二之具體適用所可能引生的適用（as-applied）違憲或裁判違  
4 憲嫌疑，應該值得我們加以肯定<sup>15</sup>。

5

## 6 二、選舉行政與虛偽選民登記的可刑罰性

7 【8.】《選罷法》第4條第1項規定：「選舉人、候選人年齡及居住期  
8 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。」  
9 同法第20條第1項第1段規定：「選舉人名冊，由鄉（鎮、市、區）戶  
10 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  
11 日及戶籍地址」。與不少民主國家一樣，我國的選舉行政，是直接從  
12 國家既有、常設的民事登記（civil registries）或人口登記（population  
13 registration）系統中，篩檢出合於資格條件的選舉人／選民，並將之  
14 編成一次性使用的選舉人名冊。在這項制度安排底下，我國的戶籍登  
15 記制度，具有相當於選民登記（voter registration）的功能意義，而且  
16 具備經常存續、自動（也就是毋須選民主動作為）、無重複登記之虞  
17 （參照《戶籍法》第3條第3項規定）以及作業成本低廉等特質<sup>16</sup>。作

---

<sup>15</sup> 參見薛智仁，無權投票作為虛遷戶籍投票罪之解釋指引——最高法院109年度台上字第4333號與111年度台上字第550號刑事判決，台灣法律人，13期，頁168、172-73（2022年）。

<sup>16</sup> 關於選民登記制度的比較研究，see OSCE'S OFFICE FOR DEMOCRATIC INSTITUTIONS AND HUMAN RIGHTS (ODIHR), GUIDELINES ON POPULATION REGISTRATION (2009), <https://www.osce.org/files/f/documents/7/d/39496.pdf>; Jennifer S. Rosenberg & Margaret Chen, *Expanding Democracy: Voter Registration Around the World*, BRENNAN CENTER FOR JUSTICE (2009), <https://www.brennancenter.org/sites/default/files/legacy/publications/Expanding.Democracy.pdf>; Michael Yard ed., *Civil and Voter Registries: Lessons Learned from Global Experiences*, INTERNATIONAL FOUNDATION FOR ELECTORAL SYSTEMS (2011), [https://aceproject.org/ero-en/regions/africa/mz/ifes-civil-and-voter-registries-lessons-learned/at\\_download/file](https://aceproject.org/ero-en/regions/africa/mz/ifes-civil-and-voter-registries-lessons-learned/at_download/file); 另參見林超駿，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，153期，頁23-44（2010年）。



1 為現代大眾民主之選舉程序的一個環節，選民登記的制度本旨，是要  
2 藉由在投票開始之前即明白確定「哪些人是選舉人」這件事，來避免  
3 不這麼做就可能發生的諸多選舉舞弊與投票糾紛<sup>17</sup>。在理想狀態下，  
4 選民登記，只是落實、貫徹投票權所受資格限制的一種選舉行政程序，  
5 所以不會更易投票資格的任何實體法條件；就選民登記制度的規範理  
6 想而言，所有符合投票資格的人，都應該被登記為選民，但是一個人  
7 若不具備投票資格，她就不應該被登記為選民。

8 當然，理想與現實之間，往往存在巨大落差。我國戶籍法制實務上長  
9 期存在的「住、籍分離」現象意謂著在我國，有相當比例的選舉人，  
10 其戶籍／選民登記所載地址，並非其「常居地」，從而未必確實具備  
11 於其戶籍地行使選舉權的住民資格<sup>18</sup>。面對這種戶籍登記所載資訊與  
12 實際情形不符的問題，我國的戶政機關於非選舉期間，至少在一般國  
13 人的印象中，並無積極、嚴格的執法作為<sup>19</sup>；於相對短促的選舉期間，  
14 戶政機關在實務上，恐怕也只能逕依既有的戶籍登記資料，編製選舉  
15 人名冊<sup>20</sup>。然而，即便為了促成選舉行政的順暢運作，選舉行政上有  
16 逕以選民登記資料認定投票資格的合理性，這也並不表示《選罷法》

---

<sup>17</sup> 關於美國選民登記制度的緣起與發展歷程，see ALEXANDER KEYSSAR, THE RIGHT TO VOTE: THE CONTESTED HISTORY OF DEMOCRACY IN THE UNITED STATES 151-59 (1st ed. 2000).

<sup>18</sup> 根據行政院主計總處所為2020年人口及住宅普查的初步統計，於2020年本國籍常住人口2291.3萬人中，有637.9萬人（占比27.8%）未設戶籍於常住地；參見行政院主計總處，109年人口及住宅普查初步統計結果提要分析，2021年9月，頁8-9，<https://www.stat.gov.tw/public/Attachment/1112143117MKFOK1MR.pdf>（最後瀏覽日：2023年3月27日）。

<sup>19</sup> 惟根據內政部戶政司的業務統計公開資訊，於1994-2021年間，虛報遷入（出）登記的戶政管理件數，已累計有超過2萬6千多件；參見內政部統計月報網站，戶政管理及便民服務案件，<https://ws.moi.gov.tw/001/Upload/400/relfile/0/4413/79c158fd-d51f-4061-b24b-fbcd0fb92d9/month.html>（最後瀏覽日：2023年3月27日）。這項戶政業務的實際運作情形及其與系爭規定之刑事司法實務的互動關係，無疑需要更進一步的分析研究。

<sup>20</sup> 學者林超駿對於我國選舉人名冊的編製，則抱有更高的規範期許；參見林超駿（註16），頁27-28。

1 第15條第1項所定選舉權住民資格限制，已欠缺任何規範實效，因為  
2 國家／政治社群，還是可以而且應該運用其他方法，追求選民登記  
3 （形式）與投票資格（實質）的合致，進而維持、貫徹此項限制的規  
4 範意旨。也由於做成戶籍登記與做成選舉人名冊的行政處分，並不會  
5 讓一個無權投票人因而成為合法的投票權人，我們也無法以國家已經  
6 容許其投票為由，就認為國家不可以另行追究無權投票者的任何法律  
7 責任<sup>21</sup>。

8 【9.】在美國法上，明知並運用不實之住址資訊登記取得選民資格的  
9 行為，會被論以選民登記詐欺（voter registration fraud），而這項犯罪  
10 行為，一般認為是選民詐欺（voter fraud）、選舉詐欺（election fraud）  
11 的一種次類型<sup>22</sup>。除了可能受到州的相關刑事訴追，選民登記詐欺也  
12 是52 U.S.C. §10307(c)以及52 U.S.C. §20511(2)所定得處罰金與／或五  
13 年以下有期徒刑的聯邦犯罪，而可能受到聯邦的刑事訴追<sup>23</sup>。此等刑

---

<sup>21</sup> 類似意見參見薛智仁，虛偽遷徙戶籍而投票之可罰性，法學新論，7期，頁 88-91（2009年）。

<sup>22</sup> See, e.g., Justin Levitt, *The Truth About Voter Fraud*, BRENNAN CENTER FOR JUSTICE (2007), <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/truth-about-voter-fraud>; Craig C. Donsanto, *Corruption of the Election Process under U.S. Federal Law*, in ELECTION FRAUD: DETECTING AND DETERRING ELECTORAL MANIPULATION 21, 21-36 (R. Michael Alvarez, Thad E. Hall & Susan D. Hyde eds., 2008); Madeline C. Alagia, *Election Law Violations*, 59 AM. CRIM. L. REV. 609, 635-66 (2022).

<sup>23</sup> 52 U.S.C. §10307(c): “Whoever knowingly or willfully gives false information as to his name, address or period of residence in the voting district for the purpose of establishing his eligibility to register or vote, or conspires with another individual for the purpose of encouraging his false registration to vote or illegal voting, or pays or offers to pay or accepts payment either for registration to vote or for voting shall be fined not more than \$10,000 or imprisoned not more than five years, or both: [...]”

52 U.S.C. §20511: “A person, including an election official, who in any election for Federal office [...] (2) knowingly and willfully deprives, defrauds, or attempts to deprive or defraud the residents of a State or a fair and impartially conducted election process by (A) the procurement or submission of voter registration applications that are known by the person to be materially false, fictitious, or fraudulent under the laws of the State in which the election is held, [...] shall be fined in accordance with Title 18 [...], or imprisoned not more than 5 years, or both.”

關於這兩項犯罪的聯邦刑事追訴，see also Richard C. Pilger ed., *Federal Prosecution of Election Offense*, DEPARTMENT OF JUSTICE 38-45, 59 (8th ed. 2017), <https://www.justice.gov/criminal/file/1029066/download>.

1 事處罰，向來被認為是保護選舉結果之正確以及選舉程序之公正所必  
2 要，其合憲性並未成為議題。

3 為什麼美國法上的選民登記詐欺的可刑罰性不成問題，可是我國法上  
4 與之類似的虛遷戶籍投票罪，其可刑罰性卻一直備受爭議呢？如果暫  
5 時擱置系爭規定二是否有違刑罰法律明確性原則的爭議，反對系爭規  
6 定二之可刑罰性的一項主要理由，似乎是建立在我國戶籍制度與美國  
7 選民登記制度間的一項關鍵分歧：在美國，選民登記全然是由選民志  
8 願、主動為之，而且登記者必須具結其登記內容以及相關證明文件，  
9 均無不實<sup>24</sup>。可是在我國，戶籍登記雖然主要是由人民提出申請，但  
10 從來就是由戶政機關做成的確認性行政處分<sup>25</sup>。由於戶政機關負有實  
11 質審查戶籍登記事項的權責，最高法院91年第17次刑事庭會議決議認  
12 為，虛遷戶籍行為並不構成《刑法》第214條所定之使公務員登載不  
13 實罪<sup>26</sup>。我國有論者進而認為，戶籍登記縱有不實並影響選舉，主要  
14 亦係戶政機關之怠忽職守所致，從而不應歸責、處罰虛遷戶籍的行為  
15 人<sup>27</sup>。不過，如果我們認為，申請人對於戶籍登記資料的確實性，還  
16 是負有某種協力義務，也不去質疑《戶籍法》第76條對故意為不實之  
17 申請或故意提供不實之資料者處以行政罰的合憲性，我們恐怕就無法  
18 主張，行為人在以不實資訊取得投票資格這件事情上，是完全沒有責  
19 任的。

---

<sup>24</sup> See, e.g., U.S. ELECTION ASSISTANCE COMMISSION, NATIONAL MAIL VOTER REGISTRATION FORM, BOX 9, <https://www.eac.gov/voters/national-mail-voter-registration-form>.

<sup>25</sup> 參見例如吳庚，行政法之理論與實用，13版，頁332（2015年）。

<sup>26</sup> 相關討論參見例如劉邦繡，為選舉目的而遷移戶籍之「幽靈人口」是否具有刑事不法——最高法院九十一年第十七次刑事庭會議決議之探討，法令月刊，55卷4期，頁41-50（2004年）。

<sup>27</sup> 參見例如陳志祥，論「幽靈人口」之法律變遷，全國律師，12卷6期，頁68-70（2008年）；林超駿（註16），頁27-29。

1 除了(a)違反戶籍／選民登記上的真實義務，系爭規定二所要處罰的行  
2 為人，還(b)實際參與了一個他其實無權參與的選舉程序；這個無權但  
3 還是投票的行為本身，會對政治社群的民主自治造成損害，並不是正  
4 當的權利行使<sup>28</sup>。反對系爭規定二的論者，當然得極力試圖反駁這項  
5 論斷。但是一旦我們肯認了真實居住作為選舉權資格限制的合憲性，  
6 也不同意戶政機關確認戶籍登記與編製選舉人名冊的行政行為，就可  
7 讓一位不具投票資格的非住民取得正當、合法的投票權，我們恐怕就  
8 無法根本否定(b)這種無權投票行為的不法性。

9

### 10 三、虛遷戶籍投票罪的不可替代性

11 【10.】如果我們將我國現行的戶籍登記制度，理解成是一種經常存續、  
12 政府與人民協力、又複合了其他人口登記系統的選民登記制度，而選  
13 舉人名冊的編製，則是一種將選民登記資料彙整後以名冊格式輸出的  
14 程序（從而本身不是一個可以獨立自足的選民登記制度），那麼，戶  
15 政機關對於人民所為戶籍遷徙登記申請的核實認定，及其後續對於戶  
16 籍登記資料所做的校正、維護與更新，無疑就是一種意在確保登記資  
17 料之確實性的行政管制措施，而且戶政機關在平時／非選舉期間，就  
18 可以而且也應該設法做好這項管制<sup>29</sup>。這類事前的管制做得愈好、愈  
19 到位，當然愈能夠降低事後追究、處罰不法行為的制度需求。不過，

---

<sup>28</sup> 關於無權投票的不法性討論，另參見薛智仁（註21），頁 86-87。

<sup>29</sup> 關於美國近年為維護選民登記資料的正確性所採取的行政措施及其爭議，*see, e.g.,* Daniel P. Tokaji, *Voter Registration and Election Reform*, 17 WM. & MARY BILL RTS. J. 453 (2008); R. Michael Alvarez & Thad E. Hall, *Resolving Voter Registration Problems: Making Registration Easier, Less Costly, and More Accurate*, in ELECTION ADMINISTRATION IN THE UNITED STATES: THE STATE OF REFORM AFTER BUSH V. GORE 186, 186-198 (R. Michael Alvarez & Bernard Grofman eds., 2014); Anthony J. Gaughan, *Notice, Due Process, and Voter Registration Purges*, 67 CLEV. ST. L. REV. 485 (2019); Hope C. Kashatus, *Ready to Roll: How the U.S. Election Assistance Commission Can Strengthen State Compliance with Federal Voter Roll Maintenance Requirements*, 73 ADMIN. L. REV. 901 (2021); Erin C. Gianopoulos, *How Much Is Enough? Voter Registration List Maintenance under the NVRA*, 68 WAYNE L. REV. 265 (2022).

1 由於戶政機關的執法資源（特別是人力與時間）有限，且戶政業務又  
2 極為龐雜，我們可以合理預期，現實上多少還是會有一些「虛報遷徙  
3 登記」案件（特別是並無典型虛報遷徙登記案件之顯著特徵者），不  
4 會被戶政機關於申請審查階段截阻，也不會在選舉人名冊編製完成前，  
5 被戶政機關及時依法更正。

6 除了試圖追究虛遷戶籍之無權投票者的不法責任，系爭規定二也試圖  
7 以刑罰的不利後果及其所蘊含的道德非難，嚇阻想要這麼做的人以身  
8 試法。在我國選民登記制度的基本結構不變的討論前提下，系爭規定  
9 二在一般預防上，究竟具有什麼樣的功能表現，又能否為戶政機關的  
10 行政裁罰所替代——這類問題，毋寧都沒有顯而易見、不證自明的答案  
11 可言，而需要、值得我們做進一步的實證研究。也由於這類立法事實  
12 問題具有相當程度的未知（unknown）與實證不確定（empirical  
13 uncertainties），憲法法院的司法審查，應該給予立法者所為之預測與  
14 評量適度的尊重。

15 【11.】為了提升選民登記資料的確實性，我國有些論者主張，我國應  
16 提前並延長戶政機關將選舉人名冊之原冊公開陳列、供公眾閱覽的作  
17 業時程，並另行建置一套機制，讓一般公民或不同競選陣營，得對個  
18 別選舉人是否具備法定資格一事，提出異議，據此協助戶政機關於選  
19 舉人名冊之編造階段，有更多機會得以及時撤銷無權投票者的選舉人  
20 資格<sup>30</sup>。然而，美國有關選民（資格）挑戰法（voter challenge laws）  
21 的運作經驗顯示，雖然相對於選舉日當日的選民資格挑戰而言，容許  
22 公民於選舉日前提出選民資格挑戰的制度安排，一來尚不致干擾到投  
23 票程序的進行，二來也可以給予被挑戰者較為周延的程序保護，並讓  
24 選務機關有較充裕的時間進行正確的處置，可是如果欠缺適當的防弊  
25 設計，它有可能只會徒增選務機關的困擾（因為可能有相當比例的選

---

<sup>30</sup> 參見例如李惠宗（註8），頁 47-48；林超駿（註16），頁 40-42。



1 民資格挑戰，並無實據），也仍可能導致合格選民，蒙受惡意的打壓  
2 與／或騷擾<sup>31</sup>。就此而言，這種選民資格挑戰機制的建置，對於確保、  
3 提升我國選民登記的資料確實性而言，究竟能夠產生多大的助益，可  
4 能發生何種應該要防免的弊害，又是否確實利大於弊，恐怕還有詳加  
5 斟酌的必要。

6 【12.】作為選舉刑法規範，系爭規定二在非難觸法的個別行為人之餘，  
7 也對整個選舉競爭活動，劃設了某種道德紅線：如果一個政黨或參選  
8 者動員非真實住民之支持者從事系爭規定二的構成要件行為，我們除  
9 了會追究相關行為人的刑事責任，還會在政治道德上，譴責該政黨或  
10 參選者，使用了操弄選舉的「選舉奧步」（electoral malpractice）<sup>32</sup>。  
11 不過，我國有些論者試圖挑戰、翻轉這項將動員外來「投票部隊」的  
12 做法看成一種選舉奧步、選舉操弄（election manipulation）的政治道  
13 德觀。他們基本上認為，如果選民可以自由選擇參與任何一個次國家  
14 政治社群的選舉，那麼動員非住民，就跟動員住民出來投票，沒有什  
15 麼兩樣；如果每個政黨或參選者都可以這麼做，就沒有什麼不公平競  
16 爭的顧慮；為了避免顧此失彼，政黨在支持者的跨區調動上，也會有  
17 所節制，不會做得太超過<sup>33</sup>。

18 我國應該基於上述看法而將虛遷戶籍投票行為除罪化甚至合法化嗎？  
19 匈牙利的相關法制經驗，值得我們引以為鑑。匈牙利於2021年制定公

---

<sup>31</sup> 關於美國各州的選民（資格）挑戰法及其爭議，see, e.g., Peter K. Schalestock, *Monitoring of Election Processes by Private Actors*, 34 WM. MITCHELL L. REV. 563 (2008); Gilda R. Daniels, *Outsourcing Democracy: Redefining the Public Private Partnership in Election Administration*, 88 DENV. L. REV. 237 (2010); Nicolas Riley, *Voter Challengers*, BRENNAN CENTER FOR JUSTICE (2012), [https://www.brennancenter.org/sites/default/files/legacy/publications/Voter\\_Challengers.pdf](https://www.brennancenter.org/sites/default/files/legacy/publications/Voter_Challengers.pdf).

<sup>32</sup> 參見例如林山田，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，105期，頁183-85（2004年）；Daniel Calingaert, *Election Rigging and How to Fight It*, 17 J. DEMOCR. 138, 139-40 (2006).

<sup>33</sup> 參見例如許玉秀，幽靈人口妨害投票罪？，輔仁法學，22期，頁29（2001年）；林超駿（註16），頁40-41。

1 布了一組被論者譏稱為「選民旅遊法（voter-tourism law）」的法律；  
2 藉由大幅放寬該國《公民登記法》（Citizens Register Act）就居住地  
3 （residence）所設定義，這項修法的用意與效果，形同容許匈牙利公  
4 民，得在國內的任何一個選舉區登記為選民，而不論其是否實際生活  
5 於該選舉區<sup>34</sup>。根據比較憲法學者 Kim Lane Scheppele 的分析與評論，  
6 這是 Victor Orbán 所領導的 Fidesz 政府近年來為確保其政權存續而做  
7 的選舉操弄的系列手法之一；藉由讓 Fidesz 得以將其支持者，從該黨  
8 或反對陣營的安全選區「調度」、「移轉」到特定競爭選區，進而左  
9 右選情，選民旅遊法在某個程度上，為這個選舉威權政黨在2022年匈  
10 牙利國會選舉的意外大勝，助了一臂之力<sup>35</sup>。就跟黨派性選區劃分  
11 （partisan gerrymandering）一樣，這個做法反轉了「選民選擇政治代  
12 表」的代議民主原則，讓政治代表可以反過來選擇選民。在這個看似  
13 開放、自由的選舉賽局規則底下，也往往不會有公平的政治競爭可言，  
14 因為並不是所有政黨／競爭者，都具備相同的選民調度與動員能力。  
15 就算主要政黨／競爭者在組建與調動投票部隊這件事情上是勢均力敵  
16 的，這類會扭曲個別選舉區之選舉競爭的反競爭操弄，還可能加劇全  
17 國層次的政治極化。開放或默許某種選民旅遊的法制安排，是否有可  
18 能扭曲了選舉民主及其間的公平競爭，恐怕非常需要我們深思。

19

## 20 四、虛遷戶籍投票罪的平等審查

21 【13.】如果先區分「遷出未報」（也就是《戶籍法》第48條第1項所  
22 定申請義務的消極不履行）以及「虛報遷入」（也就是《戶籍法》第  
23 76條所定真實義務的積極違反）這兩種情形，再區分「虛報遷入」的

---

<sup>34</sup> 關於這項匈牙利法的内容與修法理由，可參見匈牙利憲法法院於2022年就相關違憲審查聲請所做不受理裁定的英譯本；see Alkotmánybíróság [Constitutional Court of Hungary] 3063/2022. (II.25.) (Hung.).

<sup>35</sup> See Kim Lane Scheppele, *How Viktor Orbán Wins*, 33 J. DEMOCR. 45, 55-56 (2022).



1 主要目的是否是為了參與選舉／投票，我們可以將我國的「住、籍分  
2 離」現象，大致分成三種類型<sup>36</sup>：[類型 A]是已不再真實居住於戶籍地、  
3 但未申辦遷徙登記的情形；[類型 B]是（主要）非為選舉目的而將戶  
4 籍地址登記於非真實居住地的情形；[類型 C]則是（主要）為了選舉  
5 目的而將戶籍地址登記於非真實居住地的情形。如果本諮詢意見對於  
6 系爭規定二的構成要件沒有理解錯誤的話，那麼系爭規定二並不會被  
7 適用於[類型 A]與[類型 B]，而且在[類型 C]，系爭規定二也只會被適  
8 用於行為人有「使特定候選人當選」之意圖的場合。根據我國既往的  
9 調查研究，我們可以合理推估，我國「住、籍分離」的人口，絕大多  
10 數屬於[類型 A]，而且只有極小比例的人，有可能被歸類於[類型 C]<sup>37</sup>。  
11 如果這項推估是合理的話，那麼系爭規定二作為貫徹選舉權之住民資  
12 格限制的一種手段，就只會有涵蓋不足（under-inclusive）的問題，不  
13 會有涵蓋過廣（over-inclusive）的顧慮。同樣都是「住、籍分離」，  
14 為何只有[類型 C]的人可能受到國家的刑事追訴與處罰呢？我國不少  
15 論者會對系爭規定二的公平與否提出質疑，毋寧是可以理解的。為了  
16 回應這樣的質疑，憲法法院除了必須審查系爭規定二是否合於憲法比  
17 例原則，也有必要對之進行平等審查，據以確保其構成要件所創造出  
18 來的差別對待，具有相當的合理性，並非出於恣意。不過，由於在平  
19 等審查階段，憲法法院所要探問的問題，並非國家可不可以合憲地刑  
20 罰化（criminalize）[類型 C]之人的無權投票，而是國家可否不將屬於  
21 [類型 A]與[類型 B]的行為人，置於系爭規定二的射程範圍內，憲法法

---

<sup>36</sup> 「住、籍分離」一詞通常指涉的是一個人的常住地與登記戶籍地並不一致的情形。在此定義下，所有暫時性、一時性的人口跨地移動，都不會構成「住、籍分離」。此外，如果解除「單一住地」（single residence）的規則限制，我們也可以將登記戶籍地是一人的其中一個常住地的情形，排除在「住、籍分離」的概念範圍之外。

<sup>37</sup> 參見例如廖培珊、蕭錦炎、楊雅惠，以大型抽樣調查評估戶籍人口與常住人口之可能差異，人口學刊，57期，頁 25（2018年）。

1 院在此不應使用嚴格的審查標準，以免阻礙到刑法謙抑原則的立法實  
2 踐。

3 【14.】為什麼[類型 A]之人於投票日的「返鄉投票」，不會也不應受  
4 到系爭規定二的非難與處罰呢？本諮詢意見的看法是，系爭規定二結  
5 合了(a)選民登記詐欺（也就是積極違反《戶籍法》第76條所定真實義  
6 務）以及(b)無權投票（也就是不具《選罷法》第15條第1項所定之選  
7 舉人資格而仍為投票）這兩重客觀要素；行為人若屬[類型 A]，基本  
8 上會因不具(a)要素，而根本不該當於系爭規定二<sup>38</sup>。換句話說，[類型  
9 A]之人對於《戶籍法》第48條第1項所定申請義務的消極不履行，並  
10 無法也不應該被評斷為一種選民登記詐欺，而是應該受到不同的規範  
11 評價與對待<sup>39</sup>。這種對於「消極不履行申請義務」與「積極違反真實  
12 義務」的區分對待是合理的，因為在前者，刑罰很有可能不是促使人  
13 民及時更新戶籍登記的適當與必要手段<sup>40</sup>。其次，立法者可以合理推  
14 斷，相對於[類型 C]之人之必然具有為不實之申請或提供不實之資料  
15 的故意，也因而知道自己其實無權投票，[類型 A]之人的消極不履行  
16 申請義務，大多不是出於故意，而且他們也往往真摯地認為，自己仍  
17 係戶籍地所屬政治社群的成員，而根本欠缺無權投票的違法意識。再  
18 者，[類型 A]之人基本上可說是「尚未主動宣示脫離社群的前住民」。

---

<sup>38</sup> 學者薛智仁認為，由於《選罷法》第4條第2項有關居住期間起算基準日的規定使然，違反戶籍遷出義務的行為人「仍得基於曾有繼續居住四個月的事實而取得選舉人資格」，並非無權投票；參見薛智仁（註21），頁 94-95；薛智仁，虛遷戶籍投票罪之「從嚴」解釋——評臺灣高等法院 109 年度上訴字第 114 號刑事判決，月旦裁判時報，102期，頁 74-75（2020年）。本諮詢意見則是認為，選舉行政程序上的任何制度安排，並不會更易投票資格的實體法條件，所以除非《選罷法》也做有像《總統副總統選舉罷免法》第12條第1項第2款這種寬認前住民之投票資格的明確規定，否則[類型 A]之人的投票，嚴格而言，仍屬無權投票。

<sup>39</sup> 不同見解參見廖元豪，刑法第一四六條第二項合憲性意見書，台灣法律網，2014年11月10日，<https://www.lawtw.com/archives/424168>（最後瀏覽日：2023年3月27日）。

<sup>40</sup> 美國聯邦與各州有關選民登記詐欺罪的刑法規範，也並沒有處罰未主動更新選民登記的行為人。

1 要不要在選舉刑法上從寬認定這群人的住民資格，也就是不把他們當  
2 作外人——這應該是一件可以討論的事。當然，一個政治社群如果選擇  
3 接納[類型 A]之人返鄉投票，並不表示它就得容任[類型 C]之人的無權  
4 投票。

5 【15.】為什麼同樣也會是無權投票者，屬於[類型 B]的行為人卻不該  
6 受到系爭規定二的非難與處罰呢？如果系爭規定二完全僅在非難、處  
7 罰無權投票的行為，那麼系爭規定二若僅處罰[類型 C]而不處罰[類型  
8 B]的行為人，難免會被質疑其有牴觸憲法平等原則的疑慮；得以正當  
9 化這項差別對待的可能理由，或許也只剩下像是「法不責眾」這類的  
10 政策考量了<sup>41</sup>。不過，如果系爭規定二所要禁止的，是(a)選民登記詐  
11 欺以及(b)無權投票，那麼系爭規定二可能就有正當化不處罰[類型 B]  
12 之人的另一個理由：他們的虛遷戶籍，可以不算是選民登記詐欺。或  
13 許我們可以先做一個思想實驗，假設我國在戶籍登記制度外，另有一  
14 個獨立的選民登記制度。在這樣的制度安排下，選舉刑法只處罰選民  
15 登記詐欺，而不處罰不實的戶籍登記，應該會被認為是再合理不過的  
16 事。回到現實世界，我國現在有的是一套多功能／多用途的戶籍登記  
17 制度，所以[類型 B]的人才會在虛遷戶籍後成為無權投票者——即便這  
18 並不是他們的本意。在這樣的情況下，如果選舉刑法仍只試圖處罰構  
19 成選民登記詐欺的[類型 C]，而不處罰[類型 B]之人的不實戶籍登記，  
20 應該還是合理的。畢竟，我們沒有理由要求國家一定要分別建置戶籍  
21 登記與選民登記以後，才可以這麼做<sup>42</sup>。

22 系爭規定二是如何區辨行為人屬於[類型 B]抑或[類型 C]的呢？參酌它  
23 的立法理由，系爭規定二基本上是試圖以「意圖使特定候選人當選」

---

<sup>41</sup> 參見例如薛智仁（註21），頁 94；許澤天，刑法分則（下）：人格與公共法益篇，2版，頁 632（2020年）。

<sup>42</sup> 關於選民登記系統跟其他人口登記系統要整合建置或者分別建置的政策考量，see Yard ed., *supra* note 16, at 17-18.

1 這項本身不具任何不法性的主觀構成要件，來限定它所要非難、處罰  
2 的對象（也就是(a) 選民登記詐欺+(b)無權投票）。這項做法在刑法的  
3 立法論與解釋論上是否合宜，是否另有更好的替代做法，無疑還有檢  
4 討的餘地，惟因本人不具相關學術專業，恕不對此表示意見。

5 【16.】「意圖使特定候選人當選」這項主觀構成要件，雖然主要是被  
6 用以區辨[類型 B]與[類型 C]這兩種情形，卻也可能進一步縮限了系爭  
7 規定二對於[類型 C]的處罰範圍，例如使得僅有影響選舉、罷免或公  
8 民投票之意圖（而無使特定候選人當選之意圖）的虛遷戶籍投票者，  
9 得不受國家的刑事訴追與處罰。這種[類型 C]內部的差別對待，能否  
10 為某種刑法謙抑的政策考量正當化，應該還有斟酌的空間。

11 【17.】在我國的公共論壇上，還有論者質疑，系爭規定二僅處罰該當  
12 構成要件的一般選民，卻不處罰那些選前數月才「空降」到某個選舉  
13 區的參選人，根本就有失公平。面對這樣的質疑，我們首先必須澄清  
14 的是，根據《選罷法》第24條第1項規定，區域選舉的候選人，必須  
15 具備該選舉區之選舉人的資格，而系爭規定二，也並未將參選人一概  
16 排除在處罰範圍外<sup>43</sup>。我國刑事司法實務上之所以鮮少處罰空降型的  
17 參選人，是因為他們在選舉區內的作息活動，大多已滿足選舉法上的  
18 真實居住條件，所以並不該當於系爭規定二的構成要件。一般選民如  
19 果滿足選舉法上的真實居住條件，其所為遷徙登記，自應亦被認定非  
20 屬系爭規定二所要處罰的虛遷戶籍。換句話說，系爭規定二並未也不  
21 應限制任何真實／善意的（bona fide）的遷徙—即便遷徙者的動機，  
22 主要就是為了參與選舉。

23

## 24 五、結論

---

<sup>43</sup> 參見最高法院109年度台上字第4333號判決；另參見薛智仁（註15），頁 171-72。

1 基於上述分析，本諮詢意見謹做成以下結論，敬供憲法法院參酌：

2 (I) 系爭規定二是維繫選舉權住民資格限制，進而確保民主自治與選舉  
3 公正的一種選舉刑法規制，在我國現行選舉行政的基本制度架構下，  
4 其正當性與必要性應該受到肯認，整體／表面（“on its face”）而言，  
5 應尚無牴觸憲法第10條、第17條與第23條等規定的違憲疑義。

6 (II) 刑事法院對於系爭規定二的解釋與適用，應隨時代與社會之變遷，  
7 修正、更新選舉法上真實居住的事實認定標準，以避免裁判損及人民  
8 遷徙自由與選舉權的正當行使。

9 (III) 系爭規定二不處罰已不再真實居住於戶籍地但未申辦遷徙登記的  
10 行為人，亦不處罰非為選舉目的而將戶籍地址登記於非真實居住地的  
11 行為人。此等因系爭規定二之構成要件設計而形成的差別待遇，均有  
12 正當、合理之規範理由，應無違反憲法第7條所定平等原則之疑義。  
13 惟系爭規定二之不處罰僅有影響選舉、罷免或公民投票之意圖（而無  
14 使特定候選人當選之意圖）的虛遷戶籍投票者，應係其構成要件設計  
15 涵蓋不足所致；此項差別待遇是否已達違憲程度，尚有討論空間。

16 (IV) 系爭規定二之構成要件行為的除罪化乃至合法化，可能會對我國  
17 自由而公平的選舉民主造成何種負面衝擊，有待憲法法院於本案審理  
18 中正視並審慎評估。