

釋字第 769 號解釋協同意見書

許志雄大法官 提出

106 年 6 月 22 日修正公布之地方制度法第 44 條第 1 項前段規定：「……縣（市）議會置議長、副議長……由……縣（市）議員……以記名投票分別互選或罷免之。」及第 46 條第 1 項第 3 款規定：「……縣（市）議會議長、副議長……之罷免，依下列之規定：…… 三、……由出席議員……就同意罷免或不同意罷免，以記名投票表決之。」（下併稱系爭規定）本號解釋表示，系爭規定有關記名投票規定之部分，符合憲法增修條文第 9 條第 1 項所定由中央「以法律定之」之規範意旨；且縣（市）議會議長及副議長之選舉及罷免，非憲法第 129 條所規範，系爭規定有關記名投票規定之部分，自不生違背憲法第 129 條之問題。就其合憲之結論，本席敬表贊同。惟系爭規定有關記名投票規定部分，涉及中央（國家）與地方之權限劃分、立法依據及界限等問題，而有無侵害地方自治之本旨，則為合憲與否之關鍵所在。對系爭規定有無侵害地方自治之本旨問題，多數意見略而不談，顯有不足之處。是系爭規定之合憲理由，除解釋理由書所示外，猶有補充說明之空間。又系爭規定有關記名投票規定部分，何以非憲法第 129 條所規範，而不生違背憲法第 129 條之問題，多數意見語焉不詳，亦有闡明、辨正之必要。爰提出協同意見書。

一、系爭規定尚不違背地方自治之本旨

我國為單一國，憲法第 10 章「中央與地方之權限」卻仿聯邦制國家之體例，於第 107 條至第 109 條分別明定中央、

省及縣掌理之事項，並於第 111 條揭示剩餘權之歸屬原則。憲法增修條文第 9 條第 1 項復規定，省、縣地方制度「應以法律定之」。惟理論上，即使屬地方自治事項，無論其是否為憲法所明定者，中央於不違反地方自治之本旨範圍內，亦得立法規範之。例如，縣公營事業、縣稅、縣債係由縣立法並執行之事項（憲法第 110 條第 1 項第 3 款、第 6 款、第 7 款參照），而中央立法限制縣之舉債上限（公共債務法第 5 條參照），規定縣政府課徵縣稅時應遵守之事項（地方稅法通則參照），或對縣公營事業移轉民營加以規範（公營事業移轉民營條例參照），並無不可。尤其，針對必須立於國家整體之觀點，以全國性規模，採取必要對策及措施之事項，制定有關法律，更是中央責無旁貸之任務¹。況且，傳統公法學基於法治主義，採取「法令先占理論」，認為一旦中央法令就地方自治事項有所規定，地方自治團體即應受其拘束，不得以自治條例另為不同之規範。地方自治條例若牴觸中央法令，應屬無效。雖然，近年來學術界及實務界嘗試突破「法令先占理論」，以強化地方自治或地方分權之機能。論者或主張中央就地方自治事項僅得為框架立法，俾保留地方自主之空間與彈性；或主張應依各地方自治事項之性質，以及所涉人權之種類，在一定領域或範圍內，容許地方自治團體立法，為與中央法令不同之規範。本席認為，地方自治條例原則上不得牴觸中央法律，但地方自治團體擔負住民生活環境之維護責任，有時為因地制宜，不得不超越中央立法之規定，自行設定較嚴格之必要管制。特別是基於人權保障之要求，就地方自治事項，以地方立法突破中央立法，未必與法治主義之意旨有違。

¹ 廣田全男著，事務分配論の再検討—憲法の視點から，公法研究第 62 號，2000 年，頁 180。

再者，如歐洲地方自治憲章及世界地方自治宣言所示，地方自治團體應具有自主組織權，於不違反法律上之一般規定範圍內，為因應地域需要，確保行政運作效率，得自行決定內部之行政機構²。亦即，地方自治團體對其內部組織及人員之設置，應有相當自主決定之權限，以因應地方事務之需要。憲法或法律即使基於某些考慮，對地方自治團體組織可為一定規範，亦應讓其保有充分彈性³。地方議會議長、副議長之選舉及罷免，亦與地方自治團體之自主組織權有關，但其屬議會（立法機關）之問題，與行政機關不盡相同，中央立法應如何規範，是否為全國一致性之規範，自當另有考量因素。

就本件而言，憲法增修條文第9條第1項第3款明定，「縣設縣議會」屬中央之立法事項。縣議會置議長與副議長，以及其選舉與罷免之投票方式，皆與縣議會之設置有關，解釋上涵蓋於上開規定之範圍內，中央自得以法律規範之。詳細理由，見諸解釋理由書，不俟贅言。該等事項之立法，涉及地方制度之政策形成，於不違反地方自治之本旨範圍內，本院應予尊重。

所謂地方自治之本旨，包含團體自治與住民自治兩大要素。團體自治係指國家領土內另有地域團體，其具備獨立於國家之法律人格（公法人），可依自己之意思與責任，由本身之機關處理地方公共事務。住民自治則要求，地方公共事務之處理決定過程，應有住民之參與。前者具自由主義及地方分權之意涵，後者彰顯民主主義之理念⁴。追根究底，地方自

² 許志雄著，憲法秩序之變動，元照，2010年2版，頁397。

³ 同註2，頁408。

⁴ 芦部信喜著、高橋和之補訂，憲法，岩波書店，2005年第3版第7刷，頁337。

治本旨之理解，繫於人權保障目的及國民主權（人民主權）原理⁵。

解釋理由書稱：「按縣議會議長及副議長之選舉及罷免，究應採記名或無記名投票方式，因各有其利弊，尚屬立法政策之選擇。查中央立法者考量地方議會議長及副議長之選舉實務，為彰顯責任政治，並防止投票賄賂行為（立法院第9屆第1會期第2次會議議案關係文書院總第1544號委員提案第18257號及第18525號參照），乃修正為系爭規定，將地方議會議長及副議長之選舉及罷免，由無記名投票改為記名投票方式，有其上述正當目的，且其手段與目的之達成間亦有合理關聯，並非恣意之決定，尚未逾越中央立法權之合理範圍。」多數意見首先對記名或無記名投票方式採取開放立場，認其抉擇屬立法者之政策形成空間，原則上應予尊重；繼則表示系爭規定將無記名投票改為記名投票方式，如立法委員提案說明所示，係為彰顯責任政治，並防止投票賄賂行為，目的正當；最後以手段與目的之達成間具有合理關聯性為由，認定系爭規定尚未逾越中央立法權之合理範圍。其合憲判斷簡明俐落，似無疑義。惟如前所述，系爭規定所涉事項，中央立法縱有政策形成空間，亦不得違反地方自治之本旨。關於系爭規定有無違反地方自治之本旨，多數意見絲毫未見著墨，難免有疏漏之嫌。

按地方議會議長及副議長之選舉及罷免，究採記名或無記名投票方式，本不待中央立法規範，由地方自治條例或議會議事規則定之即可⁶。惟我國歷來地方議會議長之選舉，屢

⁵ 杉原泰雄著，憲法Ⅲ—統治の機構，有斐閣，1993年，頁460-464。

⁶ 國會議長之選任屬國會自律權範圍，其選任方式由國會以議事規則定之即可，要無疑義。地方議會之地位及任務均與國會有別，是否享有憲法保障之議會自律權，不無爭議。惟地方議會

傳賄賂投票，嚴重戕害地方自治，並對民主政治造成不利之影響，已至非由中央藉投票方式之規定尋求解決不可之地步。立法者基於政治環境之特殊性，為彰顯責任政治，並防止投票賄賂行為，於系爭規定明定採取記名投票方式，乃不得已之作法。此一作法，必然於某種程度內，壓縮地方自治團體之自主決定空間。若有論者因而批判系爭規定侵害地方自治，亦非難以想像之事。然投票賄賂行為乃民主之毒瘤，必須去除，否則地方自治徒具虛名，將淪為黑金政治之溫床。換言之，藉由系爭規定廓清地方政治，防止黑金侵蝕民主，不僅不會侵害地方自治之本旨，更有助於地方自治之健全發展，而符合國民主權原理之精神。

此外，委員提案之說明更指出：「於無記名投票選制之掩護下，司法機關追訴、調查正、副議長（或主席）選舉之行、收賄投票犯罪，亦是困難重重，不僅勞師動眾、曠日廢時，且時而必須祭出非常手段始能釐清部分事實（如驗選票指紋），不但滋生無謂爭議，且虛耗國家司法資源。」（前揭院總第 1544 號委員提案第 18257 號參照）、「直轄市及縣（市）議會之正、副議長之投票前，所屬政黨則會公開推出一組候選人，該政黨之民意代表亦會針對其政黨候選人進行投票。近年來，每逢正、副議長改選期間皆會有賄聲賄影之傳聞，對於甫當選之民意代表，不啻為一種名譽損傷，所屬政黨之民意代表則以亮票之投票行為，杜絕買票傳聞；檢調單位亦針對民意代表投票現況，進行錄影搜證，並於選後針對亮票

係具意思決定權限之合議制組織，即使受憲法保障之程度與國會不同，亦應賦予一定程度之自律權，俾使發揮地方議會之機能。參照駒林良則著，地方議會の自律權の再検討，收於樋口陽一、上村貞美、戶波江二編「日獨憲法學の創造力（下卷）—栗城壽夫先生古稀記念」，信山社，2003 年，頁 427 以下。

行為之民意代表進行傳喚、約談及偵辦，徒增困擾，對於端正選風，助益不大。」(立法院第9屆第1會期第1次會議議案關係文書院總第1544號委員提案第18219號參照)實務上，無記名投票規定確實造成民意代表及政黨莫大困擾。民意代表為自清或遵守黨紀，於投票時以各種方式亮票，往往遭到偵辦、起訴，讓民意代表及政黨進退維谷。各法院對亮票行為是否觸犯刑法第132條第1項「洩漏國防以外秘密罪」，亦見解不一，判決呈現分歧現象，衍生司法紛爭。顯可預見，系爭規定改採記名投票方式後，將有效化解上開問題，於政治及司法皆有助益。

106年6月22日地方制度法第44條及第46條修正公布後，多數地方自治團體皆陸續配合系爭規定，修正議會組織自治條例，將議長、副議長之選舉及罷免由無記名改為記名投票方式，惟若干地方自治團體之法規，如臺北市議會組織自治條例、臺東縣議會組織自治條例、金門縣議會組織自治條例及連江縣議會組織自治條例，迄今尚維持無記名投票方式之規定。本席認為，系爭規定係為解決全國地方自治運作上出現之重大問題，立於國家整體之觀點，以全國性規模，所採取之必要對策及措施，所有地方自治團體均應受其拘束。各地方自治團體之法規與系爭規定牴觸者，應屬無效。是地方自治團體之議會組織自治條例或議會組織規程未將無記名投票改為記名投票者，仍應遵照系爭規定，以記名投票方式行之。

事實上，依委員之提案說明，系爭規定之立法理由，除解釋理由書所引「為彰顯責任政治，並防止投票賄賂行為」外，尚有「貫徹政黨政治之理念」一項，值得注意。其說明

指出：地方制度法第 44 條第 1 項「原就地方民意機關正、副議長（或主席），採取由民意代表以無記名投票方式互選，然此選制於實務上卻成為行、收賄投票之溫床，敗壞地方政治。政黨左支右絀，事前無法貫徹其推選舉之正、副議長人選，事後又因欠缺調查權而難以查明事實。現行無記名投票選制已使政黨政治難以貫徹至地方民意機關。」（前揭院總第 1544 號委員提案第 18257 號參照）。就我國政治生態觀之，所言應與事實無違，但於正、副議長之選舉過度強調政黨政治，似非所宜，故未為解釋理由書所採。

蓋地方自治團體之任務，重點在於處理住民日常生活上之現實課題，通常未涉及政治意識之取捨，按理與政黨政治之關係較為淡薄。惟我國地方選舉普遍政黨化，無論地方政府首長或議員之選舉，皆充滿政黨競爭現象；議會議長、副議長之選舉，亦不例外。地方政治政黨化，利弊得失如何，姑且不論，而議長之選舉政黨化，則有悖理之處，不得不察。議長對外代表議會，對內綜理會務，主持會議；其地位崇高，理應秉持公正中立原則，不受政黨左右或影響。因此，議長之人選應以具備公正中立之人格特質，且獲不分黨派多數議員認同者為宜。解釋理由書未納入「貫徹政黨政治之理念」一項，實乃出於此等考量。

二、系爭規定不生違背憲法第 129 條之問題

憲法第 129 條明定：「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。」解釋理由書表示：「查憲法本文及其增修條文均無明定地方議會議長及副議長之選舉及罷免事項，是縣（市）議會

議長及副議長之選舉及罷免，非憲法第 129 條所規範，系爭規定有關記名投票規定之部分，自不生違背憲法第 129 條之問題。」從文義觀之，多數意見似認為地方議會議長及副議長選舉未見諸憲法條文，不屬憲法所規定之選舉，故與憲法第 129 條無關。反之，立法院院長及副院長由立法委員互選之，為憲法第 66 條所明定，則屬憲法所規定之選舉，應有憲法第 129 條之適用。本席認為，此一見解是否符合憲法第 129 條之規範意旨，有待商榷。

憲法第 17 條規定「人民有選舉、罷免、創制及複決之權」，明文保障人民之參政權。憲法第 12 章之章名「選舉、罷免、創制、複決」，顯然與憲法第 17 條規定遙相呼應。該章從第 129 條至第 136 條，計 8 個條文。第 130 條至第 136 條，係關於參政權之要件、原則及行使方法之規定。第 129 條位居該章首條，具有引領之作用，當屬有關參政權之樞要規定。的確，選舉權為最基本且最重要之參政權，而憲法第 129 條揭櫫選舉之四項基本原則：普通選舉、平等選舉、直接選舉及無記名投票，解釋上若不定位為有關人民參政權之規定，實與事理不合。

按國會議長之選任權，乃國會自主組織權之一環，屬於國會自律權之範疇。國會議員選任議長，係國會議員權能之行使，性質為一種議事行為。此與人民行使參政權，選舉公職人員，性質截然不同，不能相提並論。準此，立法委員選任立法院院長，乃立法委員行使國會議員之權能，並非人民行使參政權（選舉權），自始不屬憲法第 12 章規範之對象，應與憲法第 129 條無涉。換言之，即使立法院院長之選任為憲法第 66 條所規定，亦不生憲法第 129 條之適用問題。初

不問地方議會是否如國會一般，享有議會自律權，其議員選任議長，乃地方議會議員權能之行使，與國會議員選任議長之性質並無二致。同理，地方議會議員選任議長，亦非人民行使參政權（選舉權），應與憲法第 129 條無關。是本號解釋認系爭規定有關以記名投票方式選舉及罷免議長、副議長之規定，不生違背憲法第 129 條之問題，洵有道理。