

## 釋字第 769 號解釋部分不同意見書

蔡明誠大法官 提出

本件係雲林縣議會就其於中華民國 90 年 7 月 16 日修正公布之雲林縣議會組織自治條例第 6 條前段規定：「本會置議長、副議長各一人，由議員以無記名投票分別互選或罷免之。」其中以無記名投票方式互選或罷免議長及副議長部分，是否修正為記名投票，認應適用之 105 年 6 月 22 日修正公布之地方制度法第 44 條前段第 1 項規定：「……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）有牴觸憲法第 129 條、第 171 條及第 23 條規定之疑義，向本院聲請解釋憲法。本號解釋認系爭規定中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，前開地方制度法有關記名投票規定之部分，自不生違背憲法第 129 條之問題。其中對於憲法增修條文第 9 條第 1 項是否涵蓋縣（市）議會正副議長選舉方法，是否屬由中央立法之重要事項，或應尊重地方自治之本旨，由地方立法機關自主決定？凡此等問題，認仍有再進一步釐清之必要，爰提出部分不同意見如下：

### 一、我國地方自治制度之憲法相關規定

地方自治(Kommunale Selbstverwaltung)受到憲法上制度性保障(Institutionelle Garantien; Einrichtungsgarantien)，並未

包括個人之基本權或類似基本權之權利，例如鄉鎮市(Gemeinden)本身不具基本權能力(nicht grundrechtsfähig)。<sup>1</sup>我國地方自治制度，地方與中央之關係，如借用單一國、聯邦國與邦聯國之類型化見解，有認我國係屬均權制之單一國。又本院對於地方自治之制度性保障，曾作有釋字第 498 號、第 550 號及第 553 號等解釋，且我國憲法第 107 條至第 117 條明定地方就地方自治事務，享有一定自治權。另於憲法第 111 條係對於剩餘權之規定；直轄市之自治，依憲法第 118 條規定，以法律定之；屬於縣之立法權，依憲法第 124 條規定，由縣議會行之。

有關地方自治之本質，學理上不易有其定論<sup>2</sup>，於此以本

---

<sup>1</sup> 參照 Nierhaus/Engels, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl., München: Beck, 2018, Art. 28 Rn.39ff..

<sup>2</sup> 有關地方自治之本質，向來有固有權說、傳來說、承認說、住民主權說（人民主權說）、新中央集權主義及制度性保障說等，學說上因我國大法官於釋字第 498 號解釋開宗明義即表示，地方自治為憲法所保障之制度。因此，有認為我國採取制度性保障說，並為我國通說。（參照許育典，憲法，台北：元照，2018 年 2 月 8 版 1 刷，頁 444-445；法治斌、董保城，憲法新論，台北：元照，2010 年 9 月 4 版 1 刷，頁 467-471。）另我國學者就制度性保障說，加以進一步深論，認為如以見於憲法規定之制度，自可認為屬於受到制度性保障，但僅規定於一般性法律之制度，是否亦屬於受到制度性保障之制度，則存有懷疑態度，認其仍需再為思量。（參照蔡志芳，憲法與地方自治保障，載於陳清秀、蔡志芳主編，地方自治法，新北市：華藝，2017 年 9 月初版，頁 16-17。）

在日本學說，就地方自治之性質，因該國憲法第 92 條規定，關於地方公共團體之組織及營運之事項，基於地方自治之本旨，依法律定之。另日本憲法學者，有認為該國係採制度的保障說，但亦有學者認為係採社會契約說及新固有權說（參照涉谷秀樹，憲法，東京：有斐閣，2017 年 4 月 30 日 3 版 1 刷，頁 737-738。）固有權說與制度的保障說對於國家與地方公共團體之關係之議論出發點有所差異。但亦有認為依地方自治之本旨之內容之具體判斷，固有權

院解釋有關制度性保障見解，並基於地方自治之意旨及目的，從地方自治之本質內容（核心範圍）作為論述之出發點，特先說明。

## 二、憲法增修條文第 9 條與憲法上重要內容保障之問題

本號解釋原因案件事實所涉及之縣議會議長及副議長選舉及罷免方式，於憲法並未明文規定。縣（市）議會正副議長之選舉，是否屬於憲法第 129 條所規定之選舉？縣議會議長及副議長之選舉及罷免方式是否屬於憲法上重要事項？系爭規定有關縣（市）議會正副議長之選舉及罷免採記名投票之規定，是否屬於憲法增修條文第 9 條第 1 項前段所稱之須依法律規定之中央立法重要事項？均值得再深入探討。

本號解釋認憲法增修條文第 9 條第 1 項規定：「省、縣地方制度，應包括左列各款，以法律定之，不受憲法第 108 條第 1 項第 1 款、第 109 條、第 112 條至第 115 條及第 122 條之限制：……。」足見憲法就縣地方制度事項已明文賦予中央以法律定之，無須再依憲法第 111 條規定判斷。本號解釋並認憲法增修條文第 9 條第 1 項第 3 款明定「縣設縣議會」，解釋上並非僅指縣議會之設立，尚得包括與縣議會組織及其運作有關之重要事項。……縣議會置議長及副議長以及其選舉及罷免之投票方式，屬與縣議會組織及其運作有關之重要

---

說，係針對地方公共團體之固有之自治事務為何，而制度的保障說，則係對於地方自治制度之本質的內容之核心的部分為何之問題，兩說之間不存在太大差異。結果而言，基於憲法之基本人權之保障與國民主權原則，解釋地方自治之本旨，有必要對地方公共團體之自治事務，由歷史的、經驗的確定之。（參照野中俊彥、中村睦男、高橋和之、高見勝利，憲法Ⅱ，東京：有斐閣，2012 年 3 月 30 日 5 版 1 刷，頁 365。）

事項，是中央自得以法律規範之。惟就憲法增修條文第 9 條第 1 項前段及同條項第 3 款文義觀之，並未見其明文列舉正副議長選舉及罷免方式之事項。詳言之，本號解釋採重要性理論，認縣（市）議會正副議長選舉方式，是憲法上地方自治制度之重要事項，將尚未涵蓋於前開規定之縣（市）議會正副議長選舉及罷免方式，納入適用範圍，但從前述規定之文義而言，其是否屬於前開規定之內容範圍，亦即是否屬由中央立法之重要事項，值得再思考。此類似有關法人團體之章程，法律明定其必要記載事項，如法律未明定必要規定之事項，得由該團體自行參酌其特殊情形訂定之。

再者，本號解釋認憲法既明定須設縣議會，為有助於議會議事之運作，自應有議長及副議長之設置，縣議會置議長及副議長以及其選舉及罷免之投票方式，因攸關縣議員行使投票之法定職權，以選舉產生對外代表該地方立法機關，對內綜理及主持議會立法事務之適當人選，或以罷免使其喪失資格，屬與縣議會組織及其運作有關之重要事項，是中央自得以法律規範之。如從議會之組織及運作而言，固可認其屬重要事項。但如何選舉議長及副議長，如本號解釋所採重要性理論，認其係屬重要事項，則為何又不認為其係屬於憲法第 129 條規定之各類選舉之一種？<sup>3</sup>況且，從立法院修正地方制度法第 44 條將正副議長選舉改採記名投票之立法理由觀

---

<sup>3</sup> 有認為直轄市議會及縣市議會之議長選舉是否屬於憲法所規定之選舉？憲法本文及增修條文皆提及縣議會，而有議會自然就要有議長之選舉，於此可以解釋縣議會議長之選舉乃屬憲法所規定之選舉，因此應依照憲法第 129 條規定採無記名投票方式。參照吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，台北：作者發行，2017 年 9 月增訂 5 版，頁 689-690。

之，係認為在比較法制上，記名或無記名投票兩種制度並無絕對優劣，容可基於政黨政治及議會議長之功能等各種因素考量，而為立法政策之選擇<sup>4</sup>。其選舉方式，既可政策性之選擇，解釋上宜認為其非屬本質內容上重要（或稱重大）之事項，或認其係屬地方自治之邊緣範圍之事項，似更為妥適。

本號解釋既然採取重要性理論，顯已認為有關縣（市）議會正副議長選舉方式，非憲法所列舉規定之事項，解釋上不宜適用憲法增修條文第9條第1項，作為違憲審查之依據，且本案涉及雲林縣議會，屬於民選之議會組織，宜以比較法探討外國就議會正副議長選舉方式之規範模式及內容，之後，再從憲法第11章或地方自治之本旨及政策，尋找其論證及適用之依據。

### 三、地方自治與法律保留及過度禁止原則之問題

地方自治，如僅於法律範圍內受到保障，而依憲法推論出地方自治受到中央法律之拘束，在德國有稱之為麻煩（或譯不幸）之法律保留(Der “unglückselige” Gesetzesvorbehalt)，立法者仍須就自治之地域、社會及功能要素加以具體化，尤其於鄉鎮市自治之制度性保障，必須有其法定之設計及形成。上開所謂法律保留，得解為規定或設計保留(Regelungs- oder Ausgestaltungsvorbehalt)。於憲法所要求法律保留，具有設計委託(Ausgestaltungsauftrag)與干預保留(Eingriffsvorbehalt)之雙重的矛盾心理之作用(eine ambivalente Doppelfunktion)。<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> 參照立法院第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。

<sup>5</sup> 參照 Nierhaus/Engels, in: Sachs, a.a.O., Art. 28 Rn. 59ff..

又德國實務及學說上，有認為此可借用基本權釋義方法(Rechtsdogmatik)，就核心範圍保護(Kernbereichsschutz)及過度禁止(Übermaßverbot)審查<sup>6</sup>，以避免行政力過度介入而違反地方自治之本旨及其制度性保障之目的，亦即憲法上對於地方自治事項之法律保留要求，仍應對地方自治之限制(Schranken)，進行核心範圍及過度（或稱過苛）禁止之審查。<sup>7</sup>

從比較法觀察，德國基本法第 19 條第 2 項規定基本權之重要內容(或稱本質內容)(Wesensgehalt)不得加以侵害，即就基本權須具正當理由(Rechtfertigung)始得以干預或限制，換言之，基本權之重要內容 (Der Wesensgehalt eines Grundrechts)，受到憲法上保障，有稱為重要內容保障(Wesensgehaltsgarantie)，實務上亦得適用於憲法財產權之重要內容保障。<sup>8</sup>如運用於地方自治制度，在中央擬介入地方自

---

<sup>6</sup> 比例原則，於德國首先於警察法中運用，於公共安全及秩序之危害案件，作為行政介入之限制，而將必要性及(狹義)比例性(或稱相當性)判斷標準，合為過度禁止(Übermaßverbot)審查原則。(參照 Peter Badura, Staatsrecht, 7.Aufl., München: Beck, 2018, C28.)此過度禁止原則，在德國之學說到實務上，從巴伐利亞邦憲法法院，逐漸到聯邦憲法法院，成為憲法原則，甚至運用於歐洲法。(參照 Sachs, in: Sachs, a.a.O., Art. 20 Rn.145.)但有以過度禁止之三階段，包括比例原則之三審查要件，亦即適合性、必要性及狹義比例性(參照 Michael/Morlok, Grundrechte, 4.Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2014, Rn. 618ff..)另有多加入一要件，即目的正當性，合為審查之四步驟。(參照 Jörn Ipsen, Staatsrecht II Grundrechte, 18.Aufl., München: Vahlen, 2015, Rn.182ff..)此將過度禁止之審查，採廣義比例原則之四步驟作為其判斷要件。

<sup>7</sup> 參照 Nierhaus/Engels, in: Sachs, a.a.O., Art. 28 Rn. 64-67, 72-73a.

<sup>8</sup> 參照 Papier/Shirvani, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 14 Rn. 445-448, beck-online 2018.

治時，不得侵害地方自治之核心範圍(Kernbereich)，判斷是否侵害，採取比例原則，進行較嚴格之審查。至於非屬於地方自治之核心範圍，如屬於其邊緣範圍(Randbereich)，在判斷是否基於公共利益，且有無恣意干預或限制地方自治之情事，此採取較寬鬆審查。<sup>9</sup>

我國學理上，有認為地方議會所制定之自治條例，不能取代立法院所制定之法律，以規範法律保留事項。如自治條例規範領域之重要決定，具有一般性及普遍性者，依重要性理論仍屬法律保留事項，地方自治立法不能自行規範之。此說或可作為本號解釋之立論參考。惟就本號解釋涉及縣（市）議會正副議長選舉方式而言，如參照前述德國法重要性理論，將之運用於中央介入地方自治之法律保留事項，則有商榷之必要。尤其是涉及地方制度、地方與中央之權限劃分問題，在違憲審查時，係運用重要性理論，分別依比例原則或恣意禁止原則，採取不同程度之審查密度。質言之，在審查次序上，如運用重要性理論，判斷中央就縣（市）議會議員分別互選正副議長及罷免之方式，是否屬於地方自治之核心範圍，如不屬於核心範圍，再判斷其是否屬於邊緣範圍，故此須先判斷本號解釋涉及縣（市）議會議員分別互選正副議長及罷免方式，是否納入核心範圍，如認其屬於重要事項，則解釋上宜認其屬於地方自治核心範圍，自非中央專屬立法權之規範範圍。

再就本號解釋有關憲法第 111 條規定等審查問題而言，其認憲法本文及其增修條文就縣地方制度事項已明文賦予中

---

<sup>9</sup> 參照 Hellermann, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz,-beck-online 15.08.2018, Art. 28 Rn.47ff.

央以法律定之，無須再依憲法第 111 條規定判斷，且憲法增修條文第 9 條第 1 項第 3 款明定「縣設縣議會」及適用重要性理論，本號解釋認上開規定並非僅指縣議會之設立，尚得包括與縣議會組織及其運作有關之事項。就縣議會置議長及副議長與其選舉或罷免之投票方式，認其係屬與縣議會組織及其運作有關之重要事項，是中央自得以法律規範之。是就此憲法授權事項之立法，因憲法已就縣地方制度事項已明文賦予中央以法律定之，故其涉及地方制度之政策形成，認本院應予尊重，原則上採寬鬆標準予以審查。惟關於縣地方制度之事項，憲法第 108 條第 1 項第 1 款係規定：「左列事項，由中央立法並執行之，或交由省縣執行之：一、省縣自治通則。」憲法增修條文第 9 條第 1 項規定：「省、縣地方制度，應包括左列各款，以法律定之，不受憲法第 108 條第 1 項第 1 款、第 109 條、第 112 條至第 115 條及第 122 條之限制：……。」由上述憲法文義觀察，憲法本文及其增修條文是否已明確認定一切縣地方制度事項均完全賦予中央以法律定之，而無須再依憲法第 111 條規定或其他有關本號解釋所提出重要性理論而判斷是否屬地方自治核心範圍之可能性，本號解釋上述見解，頗值得再推敲之。

本號解釋之前述論點，顯有將憲法增修條文第 9 條第 1 項中縣設縣議會之規定，過度擴張解釋之疑慮。因縣議會議長及副議長之分別互選及罷免方式，既認為憲法並未明文規定，且須運用重要性理論，則可見其分別互選及罷免之方式，解釋上並非為前述縣設縣議會之字義所涵蓋。至於其是否性質上屬於重要事項，則有賴從憲法及地方自治制度之意旨及目的(Sinn und Zweck)，探求其涵蓋可能範圍，否則有論



證不夠充分之疑慮。

本號解釋認「縣議會置議長及副議長以及其選舉及罷免之投票方式，因攸關縣議員行使投票之法定職權，以選舉產生對外代表該地方立法機關，對內綜理及主持議會立法事務之適當人選，或以罷免使其喪失資格，屬與縣議會組織及其運作有關之重要事項，是中央自得以法律規範之。就此憲法授權事項之立法，涉及地方制度之政策形成，本院應予尊重，原則上採寬鬆標準予以審查。」然如認為係地方議會之重要事項，則屬於核心範圍，中央自不宜介入地方自治事項。如認為地方自治之邊緣範圍之事項，基於公共利益考量，認其得由中央法律定之，不論採取何種見解，可見本號解釋之重點，係從中央立法權出發，但在應予受理之理由，卻又從地方自治出發，認為本件所涉之憲法疑義，屬中央與地方立法權限劃分，涉及地方自治之適用範圍，而有本質上之重要性，可見其審查重點，顯係以地方自治之核心範圍為其出發點。總之，兩者之審查出發點，顯有不同，且兩者可能發生相互矛盾之疑慮。換言之，如基於地方自治之憲法制度性保障，關於憲法未明定之地方事務，如擬適用重要性理論，宜先從地方自治方面出發，判斷其係核心範圍（即重要內容保障）或邊緣範圍，並決定其審查密度，從而進行違憲審查。

#### 四、從比較法觀察地方議會正副議長之選舉方法

從比較法觀察，國外之地方議會正副議長選舉方式，有明定於各該議會之議事規則 (rules of procedure; Geschäftsordnung) 者，亦即其本質上並非當然應規定於憲法或中央法律之中。比較外國議會議事規則，諸如德國聯邦眾

議會正副議長及若干邦議會正副議長選舉，於議會議事規則規定其採秘密投票方式，即其適例。

在德國聯邦議事規則方面，德國聯邦眾議院議事規則 (Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages) 第 2 條及第 49 條規定，以隱藏式票選舉 (Wahlen mit verdeckten Stimmzetteln)，並以秘密進行 (findet die Wahl geheim statt) 之議長選舉。有關聯邦眾議會議員選舉，與自由選舉相結合，依基本法第 38 條第 1 項第 1 段規定，採取秘密選舉 (Geheime Wahl)，以保護議員之決定自由，不受選民之對價要求。<sup>10</sup> 同項第 2 段規定，議員當選人係為全體人民之代表，不受委任及指令 (Aufträge und Weisung) 之拘束，僅依其良心執行職務。以上可見，其受選民付託，依良心執行其議員職務。

在德國各邦議事規則方面，例如什勒斯維希-霍爾斯坦邦議會議事規則 (Geschäftsordnung des Schleswig-Holsteinischen Landtages) 第 1 條第 4 項有關女議長或男議長之選舉，明定以秘密選舉之。<sup>11</sup> 另如北萊茵-西發利亞邦議會議事規則 (Geschäftsordnung des Landtags Nordrhein-Westfalen) 第 3 條第 1 項規定，正副議長分別以秘密選舉之 (in getrennten Wahlgängen in geheimer Wahl)；梅克倫堡-西波美恩邦議會議事規則 (Geschäftsordnung des Landtages Mecklenburg-Vorpommern) 第 2 條第 1 項亦規定，議長以秘密選舉之。他如薩克森自由邦議會議事規則 (Geschäftsordnung des Sächsischen

---

<sup>10</sup> 參照 Magiera, in: Sachs, a.a.O., Art. 28 Rn.39ff..

<sup>11</sup> “Die Alterspräsidentin oder der Alterspräsident läßt die Präsidentin oder den Präsidenten in geheimer Wahl für die Dauer der Wahlperiode wählen...”.

Landtags)第 3 條第 1 項規定，議長以秘密投票(in geheimer Abstimmung)選舉之<sup>12</sup>，同條第 2 項規定，第一及第二副議長，以秘密投票選舉之。<sup>13</sup>

在日本法方面，日本憲法第 93 條規定，於地方公共團體，就議事機關，設置議會，並由其地方公共團體之住民直接選舉議會之議員，該選舉適用公職選舉法第 46 條第 4 項之秘密投票規定。<sup>14</sup>依日本地方自治法第 103 條規定，普通地方公共團體之議會，從議員中選舉議長及副議長，其任期與議員之任期相同。議長及副議長之選舉，依同法第 118 條規定。<sup>15</sup>以上可知，日本議會正副議長選舉方式，並非規定於憲法中，而係以地方自治法明定其準用公職選舉法之規定。

由上可見，地方議會正副議長之選舉及罷免是否採取秘密無記名或記名之投票方式，從比較法觀察，並非必然規定於憲法中，有如日本立法例係準用公職選舉法，亦有如德國立法例，將之規定於各該議會之議事規則中，是前述選舉方式，可見其係各國立法政策之選擇，並非在本質上必然應將之規定於憲法或中央法律之中。縱使規定於中央法律，則另以準用方式，適用公職選舉法所定選舉方式。

## 五、正副議長選舉方法宜由地方自治之立法機關自行決定

---

<sup>12</sup> Der Präsident wird in geheimer Abstimmung gewählt.

<sup>13</sup> Der Erste und Zweite Vizepräsident werden in geheimer Abstimmung gewählt.

<sup>14</sup> 參照宇賀克也，地方自治法概說，東京：有斐閣，2011 年 12 月 25 日 4 版 2 刷，頁 27, 203。

<sup>15</sup> 參照松本英昭，逐條地方自治法，東京：學陽書房，2011 年 10 月 31 日 6 次改訂版，頁 387, 429-430。

地方制度法第 44 條及第 46 條強制規定各地方議會正副議長分別互選及罷免均應採取記名投票，此屬於中央集中式之立法模式，實有對於地方自治過多干預之疑慮，從地方自治之制度性保障觀點，宜避免之。質言之，如認為地方議會正副議長分別互選及罷免方法非屬重要事項，如前所述，擬採較寬鬆之審查時，即基於公共利益之考量，就地方自治所採措施，進行恣意禁止 (Willkürverbot) 原則審查或合理審查 (Vertretbarkeitsprüfung)，實不宜逕認其屬中央專屬立法權範圍，以避免過度干預地方自治。換言之，如立法院對於前述地方制度法第 44 條之理由，既認為記名或無記名投票難分優劣，為因地制宜，宜由各該地方自治之立法機關自行決定為妥。目前我國有議會<sup>16</sup>未遵照前開地方制度法之新修正規定，而修正其正副議長分別互選及罷免選舉方式之規定，既因本號解釋作出採取合憲性解釋，是否意味中央機關得以本號解釋強制未修法之前述議會，應修正各該正副議長之分別互選及罷免方式，均改採記名投票。反之，本號解釋是否僅有個案之拘束效力，亦即其解釋效力僅及於雲林縣議會，其餘議會則非本號解釋適用範圍，故仍可不予理會。凡此等問題，如未予明確交代，相關憲法上爭議，似仍有未能一次完全解決爭議之疑慮。

---

<sup>16</sup> 即如臺東縣議會組織自治條例（96 年 11 月 7 日修正）第 6 條規定，本會置議長、副議長各一人，由議員以無記名投票分別互選或罷免之。但就職未滿一年者，不得罷免；金門縣議會組織自治條例（97 年 1 月 23 日修正）第 6 條及連江縣議會組織自治條例（105 年 8 月 11 日修正）第 6 條規定，亦係採無記名投票方式。